

Sygn. akt I ACa 1744/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 marca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Anna Kowacz-Braun (spr.)
Sędziowie:	SSA Andrzej Struzik SSA Sławomir Jamróg
Protokolant:	st.sekr.sądowy Urszula Kłosińska

po rozpoznaniu w dniu 3 marca 2015 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa **P. M.**

przeciwko **Ł. R.**

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 21 sierpnia 2014 r. sygn. akt IX GC 275/12

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 5 400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt I Ca 1744/14

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 3 marca 2015 r.

Powód P. M. prowadzący działalność gospodarczą jako (...) .H.U. (...) P. M. wniósł o wydanie nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym przeciwko pozwanemu Ł. R. prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług (...) – Handlowy Ł. R. w S. o zapłatę kwoty 215 000,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od 22 listopada 2011 r. do dnia zapłaty oraz kwoty 6 985,94 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od 14 grudnia 2011

r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego. Powód podniósł, że strony łączyła umowa, w której powód zobowiązał się do wykonywania prac polegających na wykonaniu nawierzchni drogowej oraz parkingów z kostki brukowej, a także odwodnień ww. dróg i parkingów. Przedmiot umowy realizowany był etapami i w ten sam sposób wypłacane było wynagrodzenie stronie powodowej. Faktury wystawiane były w oparciu o bezusterkowy protokół odbioru robót wykonanych w etapach. Faktura VAT nr (...) na kwotę 215 000,00 zł została odebrana przez pozwanego, która nie została przez niego zapłacona do dnia złożenia powództwa. Podobnie było z kolejną fakturą VAT nr (...) na kwotę 6 985,94 zł. Strona powodowa wielokrotnie wzywała pozwanego o uregulowanie zaległości.

Nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym z 21 marca 2012 roku sygn. akt GNc 1698/12, Sąd uwzględnił roszczenie powoda w całości.

W zarzutach od nakazu zapłaty, strona pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda na rzecz strony pozwanej kosztów postępowania. Pozwany kwestionował wymagalność dochodzonych pozewem zobowiązań, podkreślając że żądanie nie może zostać uznane za zasadne co najmniej w części, z uwagi na dokonane przez pozwanego częściowe wpłaty jak również ze względu na liczne wady wykonanego przez powoda dzieła. Wskazał, że zasądzone zaskarżonym nakazem sumy winny zostać obniżone co najmniej o kwotę 160 999,98 z tytułu dokonanych przez pozwanego wpłat i o kwotę 235 521,85 zł z tytułu obniżenia wynagrodzenia na podstawie rękopisów za wady fizyczne dzieła. Podkreślił, że żaden z podpisanych przez strony protokołów odbioru, jak również żadna z faktur nie wskazują jaki zakres prac został wykonany na danym etapie. Do momentu wystawienia przez powoda faktur obejmujących roszczenia dochodzone pozewem pozwany zapłacił powodowi kwotę 299 037,63 zł brutto. Żądanie powoda co do kwoty 6 985,94 zł z tytułu faktury nr (...) z 6 grudnia 2011 r. winno zostać oddalone z uwagi na fakt dokonania przez pozwanego zapłaty całej należności, gdzie jednocześnie tym samym przelewem pozwany dokonał zapłaty kwoty 13 014,06 zł stanowiącej częściową realizację obowiązku wynikającego z faktur VAT (...). Zdaniem pozwanego zapłacił on powodowi za ułożenie niespełna 3000 m2 kostki brukowej wraz z robotami towarzyszącym 337 037,63 zł i dlatego domaganie się zapłaty dalszych 215 000,00 zł z tytułu ostatniej niezapłaconej faktury uznać należy za bezzasadne. Prace przez powoda zostały wykonane po terminie, z licznymi wadami, które uniemożliwiły korzystanie z parkingu. Niezwłocznie po odebraniu budowy ujawniły się wady wykonanego parkingu w okolicy zbiornika na szambo. Powód usunął wskazane mu usterki, jednak z czasem tj. począwszy od 2012 r. na jaw zaczęły wychodzić kolejne wady. Obecny stan kostki wykonanej przez powoda sprawia, że nie może być on wykorzystywany zgodnie z planowanym przez pozwanego i inwestora przeznaczeniem. Wady wykonanej przez powoda kostki brukowej pozwany powołał za opinią techniczną (załącznik w niebieskiej teczce). Opinia wskazuje na liczne nieprawidłowości w trakcie realizacji.

W dniu 1 marca 2012 r. pozwany na skutek otrzymanego wezwania do zapłaty oraz licznych monitów kierowanych do pozwanego przez powoda dokonał zapłaty kwoty 20 000,00 zł na rachunek bankowy powoda. Pozwany zatytułował przelew jako „faktura VAT (...) + zaliczka na wykonanie kostki brukowej w K.” Tym samym pozwany uregulował należność za fakturę VAT nr (...) dochodzoną przez powoda w niniejszym postępowaniu oraz dokonał częściowej wpłaty na poczet faktury (...).

Na rozprawie w dniu 5 lipca 2012 r. strona powodowa cofnęła pozew w zakresie kwoty 20 000 zł z uwagi na dokonanie zapłaty przez pozwanego w dniu 1 marca 2012 r.

Wyrokiem z dnia 21 sierpnia 2014 r. Sąd Okręgowy w Krakowie uchylił w całości nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym z 21 marca 2012r. sygn. akt IX GNc 198/12; umarzył postępowanie co do kwoty 20.000zł; w pozostałym zakresie powództwo oddalił; zasądził od powoda P. M. na rzecz pozwanego Ł. R. kwotę 15.542zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Orzeczenie to Sąd Okręgowy poprzedził następującymi ustaleniami:

W dniu 20 lipca 2011 r. została zawarta pomiędzy Zakładem Usług (...) –(...)w S. (zamawiający) a (...) .H.U. (...) P. M. (wykonawca) umowa w zakresie wykonania robót nawierzchni drogowej oraz parkingów z kostki brukowej oraz

odwodnień ww. dróg i parkingów (vide: § 1 umowy). Zgodnie z zawartą umową w § 2 ustalono zakres prac: tj. ułożenie kostki B. gr. 8 cm ok. – 4500 m², wykonanie odwoń ok. 350 mb, ułożenie obrzeży na ławie betonowej ok. 350 mb, ułożenie krawężnika na ławie betonowej ok. 20 mb. W § 3 umowy określono termin rozpoczęcia realizacji umowy na 20 lipca 2011 r., zaś termin zakończenia ustalono na 15 września 2011 r. W § 4 umowy określono wynagrodzenie za wykonanie umowy tj. strony wynagrodzenie ustalają następująco m² wykonania prac o których mowa w § 2 ust. 2 to 111,5 zł . Wynagrodzenie za ww. prace zostanie obliczone na podstawie obmiarów rzeczywistych z metra kwadratowego. Do wynagrodzenia zostanie doliczony podatek VAT w wysokości 23%.

Odbiory robót następowały częściami i tak w dniu 15 sierpnia 2011 r. został zgłoszony I etap tj. „wykonano koryto ziemi oraz wywieziono nadmiar, koryto zostało wykonane zgodnie z zaleceniami do umowy”. Protokół odbioru prac – częściowy z tych prac został odebrany w dniu 18 sierpnia 2011 r. z jakością prac dobre i bez żadnych uwag i zastrzeżeń. Powód wystawił pozwanemu w związku z wykonaniem prac fakturę VAT nr (...) z dnia 19 sierpnia 2011 r. na kwotę 49 999,99 zł brutto płatną gotówką w tym samym dniu.

Kolejny etap II został zgłoszony w dniu 22 sierpnia 2011 r. w którym „wykonano montaż rury drenażowej oraz odpływów z kanalizacji deszczowej, wykonano studnie chłonne” . Prace zostały odebrane w dniu 26 sierpnia 2011 r., jakość prac ustalono na dobrą, bez uwag i zastrzeżeń. Wystawiono pozwanemu fakturę VAT nr (...) z dnia 26 sierpnia 2011 r. na kwotę 49 999,99 zł brutto opłacona została gotówką. Niniejsza faktura obejmowała wykonywanie podbudowy wraz z potrzebnym materiałem.

Z tą samą datą tj. 26 sierpnia 2011 r. została wystawiona faktura VAT nr (...) również na wykonanie podbudowy wraz z potrzebnym materiałem na kwotę 49 999,99 zł brutto płatne przelewem do 26 sierpnia 2011 r. Faktura została opłacona przelewem tego samego dnia na kwotę 50 000,00 zł

Kolejny III etap prac został zgłoszony do odbioru w dniu 10 września 2011 r. w którym „ułożono geowłókninę pod kostkę z częściowym jej przysypaniem kruszywem”. Protokół odbioru prac – częściowy sporządzony został 14 września 2011 r. z jakością prac dobry bez uwag i zastrzeżeń. Wystawiono fakturę VAT nr (...) z 14 września 2011 r. na kwotę 20 000 zł brutto, która opłacona została gotówką tego samego dnia.

Następny etap prac został zgłoszony do odbioru w dniu 17 września 2011r., gdzie „wykonano część podbudowy z kruszywa od 0-63 wraz z mechanicznym zawibrowaniem, ułożono obrzeża oraz korytka ściekowe na ławie betonowej, zamontowano kostkę z zawibrowaniem.” Protokół odbioru prac – częściowy został odebrany w dniu 21 września 2009 r. , z określeniem wykonanej pracy jako dobrej bez uwag i zastrzeżeń. Tego samego dnia została wydana faktura VAT nr (...) na kwotę 120 000 zł brutto z terminem zapłaty do 21 września 2011 r. przelewem. W dniu 22 września 2011 r. został dokonany przelew na powyższą fakturą w tej wysokości.

W dniu 3 listopada 2011 r. powód zgłosił do odbioru kolejny etap pracy wykonany zgodnie z umową z 20 lipca 2011 r. tj. „wykonanie części podbudowy z kruszywa od 0-63 wraz z mechanicznym zawibrowaniem oraz zamontowaną kostką z zawibrowaniem”. W protokole częściowego odbioru prac z 7 listopada 2011 r. ustalono jakość prac wykonanych na dobrą, bez żadnych uwag i zastrzeżeń. Za wykonanie tych czynności została wystawiona faktura z 7 listopada 2011 r. nr (...). Termin płatności ustalono na 21 listopada . Płatne przelewem. Wartość faktury to 215 000,00 zł brutto.

W dniu 2 grudnia 2011 r. powód zgłosił gotowość do odbioru końcowego wykonanych prac. Wykonano podbudowę z kruszywa 0-63 wraz z mechanicznym zawibrowaniem, zamontowano kostkę z zawibrowaniem. W dniu 6 grudnia został sporządzony końcowy protokół odbioru prac Jakość wykonanych prac ustalono na dobrą, bez żadnych uwag i zastrzeżeń. . W tym samym dniu została wystawiona faktura nr VAT nr (...) na kwotę 6 985,94 zł brutto z terminem płatności do 13 grudnia 2011 r. przelewem.

W dniu 5 grudnia 2011 r. została wystawiona faktura VAT nr (...) na kwotę 9 037,65 zł została opłacona gotówką tego samego dnia, dotyczyła wykonania podbudowy z kruszywa od 0-63 wraz z mechanicznym zawibrowaniem.

W dniu 1 marca 2012 r. pozwany dokonał przelewu na konto powoda kwoty 20 000 zł , będącego opłatą za fakturę VAT nr (...) oraz zaliczki na wykonanie kostki brukowej w K..

Sąd uwzględnił wnioski o przesłuchanie świadków i stron. Zeznania wskazują ogólnie na zgodny przebieg współpracy stron, a w konsekwencji dokonywanie odbiorów. Nie zmienia to faktu, iż zasadnicze wady ujawniły się już po oddaniu parkingu do eksploatacji. Zeznania nadto wskazują, iż istotnie strony ustaliły, iż powód wykona podbudowę na większej powierzchni, niż to przewidziano w projekcie budowlanym.

Strony uzgodniły zabudowę kostką, w pierwszym etapie, jedynie na części podbudowy. Dołączona do akt mapa geodezyjna sporządzona przez geodetę M. B. określa plan powierzchni objętej zakresem umowy przewidzianej do ułożenia kostki na 2902,21 m² oraz powierzchni do wykonania podbudowy pod kostkę bez zabrukowania w ilości 1786 m². Strony nie podjęły dalszej współpracy, w zakresie zabudowy kostką także powierzchni 1786 m². Wbrew twierdzeniom powoda i jego świadków, po przerwaniu prac brukarskich, skutki braku zabezpieczenia krawędzi powierzchni zabrukowanej obciążają powoda. Świadek R. B. – inwestor przyznając fakt podzielenia zakresu rzeczowego prac na 2 etapy, akcentował, że wykonawcy wiedzieli, iż realizują prace na obiekcie przemysłowym, wokół którego będą jeździły samochody ciężarowe. Potwierdzali to świadkowie M. W. i M. R. (1).

Sąd Okręgowy ustalił, iż za podstawę do wyliczenia wynagrodzenia należy uwzględnić obie te powierzchnie, ale przy uwzględnieniu wartości wykonanych na nich robót. Fakt podzielenia prac na dwa etapy podawali nie tylko świadkowie, ale też powód i pozwany słuchani w charakterze stron. Nie potwierdziły się zeznania powoda jakoby wykonał całą podbudowę o miąższości 40 cm. Zakwestionował to biegły, a strony przyznały że nie było takiej podbudowy, na rozprawie 9.01.2014r. Kwestia braku miąższości podbudowy okazała się, w świetle opinii biegłego, kluczowa dla oceny mechanizmu powstawania się wad. Oceny Sądu w tym zakresie nie zmienia powoływana przez powoda 9 stycznia 2014r. okoliczność, iż z pozwanym umówili się na odstąpienie od norm budowlanych. Powód, jako wyspecjalizowany przedsiębiorca, podjął się wykonania prac m.in. zgodnie ze sztuką budowlaną (§ 12.2 b). Istotę powstawania wad opisał biegły sądowy.

W sprawie dopuszczono dowód z opinii biegłego sądowego J. Ż. na okoliczność ustalenia zakresu wykonanych przez powoda prac objętych umową z dnia 20 lipca 2011 r. w tym na okoliczność ilości wykonanej nawierzchni (podbudowa wraz z położoną warstwą wierzchnią z kostki brukowej) i wykonanej samej podbudowy pod kostkę (bez wierzchniej warstwy kostki brukowej) oraz stwierdzenia ewentualnych wad. We wstępnej opinii biegły proponował jako właściwe i uprawdopodobnione przyjąć ilości według obmiaru wykonanego przez geodetę J. R. w ilości powierzchni z ułożoną kostką na 2862,20 m² oraz powierzchnię wykonanej podbudowy pod kostkę bez zabrukowania w ilości 1770 m² (stan an 30 listopada 2011 r.). W wyniku przeglądu dokonanego w dniu 22 listopada 2012 r. biegły stwierdził, iż w nawierzchni wykonanej z kostki brukowej widoczne są rozluźnienia nawierzchni, odchylenia w linii obrzeży betonowych, braki w wypełnieniu przestrzeni między obrzeżami, akodrenami, docinkami galanterii brukarskiej. Widoczne są też deformacje powierzchni parkingu. Biegły podkreślił, że oględziny zostały dokonane po upływie 16 miesięcy i mogą one wskazywać na niewłaściwe wykonanie robót lecz nie stanowią podstawy do jednoznacznej oceny, ponieważ przyczyn takiego stanu mogło być wiele np. przeciążenie nawierzchni, prowadzenie w tym okresie innych robót wymagających ingerencji w podłoże.

Następnie w sprawie dopuszczono dowód z opinii biegłego J. Ż.. Z opinii tej wynika, że nie ma fachowego potwierdzenia prawidłowości wykonania poszczególnych etapów i odbioru robót. Ponadto zakres wykonanych stwierdzonych robót wykracza poza obszar objęty projektem, wynika to z zestawienia powierzchni przewidzianych do realizacji z faktycznie wykonanymi – dokumentacja przewiduje zabrukowanie 1955 m² faktycznie wykonano 2862,20 m² oraz podbudowę dla dalszej ilości 1786 m². Ze względu na zamierzone rozszerzenie frontu robót prace wykończeniowe i zabezpieczające takie jak obrzeża i krawężniki zostały wykonane prowizorycznie i niekompletnie. W związku z brakiem możliwości określenia wymaganego standardu robót dla danych obszarów na podstawie dokumentacji projektowej i dokumentacji budowy dalsze wnioski biegły wysunął na podstawie umowy o roboty budowlane oraz oględziny w terenie. Biegły w strefie 2 stwierdził wpływ wykonania oparcia dla kostki nie ma wpływu na jakość robót, ponieważ zostały one wykonane jako docelowe. Na tym obszarze występują nierówności

w profilu poprzecznym, deformacje są wynikiem braku właściwego wykonania podbudowy co w połączeniu z obciążeniem ruchem doprowadziło do deformacji. Jeśli ten obszar w założeniu przewidziany był do obciążenia ruchem kołowym są to wady wykonawcze. W strefie 3 biegły nie wykazał ponadnormatywnych odchyżeń w ukształtowaniu powierzchniowym oraz skoleinowań i deformacji. W strefie 4 wyrywkowe pomiary nie wykazują ponadnormatywnych odchyżeń w ukształtowaniu powierzchniowym oraz deformacji, pojawiają się oznaki skoleinowania. Obszar ten przewidziany był do obciążenia ruchem kołowym, dlatego są to wady wykonawcze, ponieważ grubość podbudowy winna wynosić 40 cm po zagęszczeniu. W strefie 1 nie ma odchyżeń ponadnormatywnych w ukształtowaniu powierzchniowym i deformacji, pojawiają się oznaki skoleinowania. Strefa poza zabrukowaniem wykazuje zmienną miąższość zasypu wykonanego z tego samego materiału co podbudowy wahającą się w przedziale od 10 do 26 cm ułożoną na geowłókninie i przysypanej ziemią.

Biegły w wyniku dokonanych odkrywek stwierdził, że podbudowy nie wykonano, albo z niewłaściwą miąższością, z zastosowaniem materiału poza klasowego, nie spełniającego wymogów dla wykonania podbudów.

W celu ustalenia wartości o którą należy obniżyć wysokość należnego wynagrodzenia za wykonane roboty zasadnym wg biegłego jest określenie zakresu wyceny robót niezbędnych dla doprowadzenia ich do należytego stanu. Wymaga to rozebrania istniejącej nawierzchni i podbudowy oraz jej odtworzenie w wymaganej miąższości z odpowiedniego materiału, a następnie wykonanie robót brukarskich z wykorzystaniem rozebranej kostki brukowej. Łącznie nakłady na $1m^{(2)}$ doprowadzenia robót do należytego stanu wynoszą 76,67 zł. Jako wartość wynikającą z umowy pomniejszoną o koszty doprowadzenia robót do należytego stanu czyli $1115,50\text{ zł} - 106,18\text{ zł} = 5,32\text{ zł}$. Dlatego wartość należnego wynagrodzenia za roboty brukarskie wynosi $2862,20\text{ m}^{(2)} \times 5,31 = 15\ 226,90\text{ zł}$. Wartości te należy pomniejszyć o koszty 20 % wartości kostki która ulegnie destrukcji w wyniku rozbiórki i którą należy odkupić $0,15 \times 2862,20 \times 27 = 11\ 591,91\text{ zł}$ Natomiast należność za roboty brukarskie wynosi $3634,99\text{ zł}$ (tj. $15\ 226,90\text{ zł} - 11\ 591,91\text{ zł}$), a wartość należnego wynagrodzenia za podbudowy bez bruku wynosi $141\ 511,50\text{ zł}$.

Po wniesieniu zarzutów do opinii w opinii uzupełniającej biegły ustalił nakłady na $1m^{(2)}$ doprowadzenia robót do należytego stanu w wysokości 106,86 zł. Wartość wynikającą z umowy pomniejszona o koszty doprowadzenia robót do należytego stanu wyniosły $4,64\text{ zł}$ (tj. $111,50\text{ zł} - 106,86\text{ zł}$). Wartość należnego wynagrodzenia za roboty brukarskie wynosi $2862,20\text{ m}^{(2)} \times 4,64\text{ zł} = 13\ 280,61\text{ zł}$ Wartość tę należy pomniejszyć o koszty od 15 do 20 % wartości kostki, która ulegnie destrukcji w wyniku rozbiórki i którą należy odkupić tj. $0,15 \times 2862,20 \times 27\text{ zł} = 11\ 591,911\text{ zł}$. Według powyższych wyliczeń należność za roboty brukarskie wynosi $13\ 280,61\text{ zł} - 11\ 591,91\text{ zł} = 1\ 688,70\text{ zł}$. Natomiast wartość należnego wynagrodzenia za podbudowy bez bruku biegły ustalił na $58\ 764,00\text{ zł}$ ($1770\text{m}^2 \times 33,20\text{ zł}$). Są to wartości netto.

Powód zwalczał wnioski biegłego o rażącej wadliwości zrealizowanych prac, wyjaśniając, iż bezpośrednio z pozwanym ustalili ustnie, że nie będą realizowali norm budowlanych realizując przedmiotowe prace, ale zastosują cieńszą podbudowę aby obniżyć koszty. Stanowiska stron w tym zakresie sąd zaprotokołował na rozprawie 9 stycznia 2014r. w obecności biegłego. Biegły oświadczył, iż nie może wyceniać wartości prac zrealizowanych w sposób sprzeczny z zasadami sztuki budowlanej, zrealizowanymi bez nawet podstawowej dokumentacji, wbrew normom. W ocenie biegłego sądowego ocena robót budowlanych winna opierać się o dokumentację techniczną, w tym przypadku powinien być projekt budowlany – wykonawczy, gdzie winno być określone w co i w jaki sposób powinno być zrobione. Powód podjął się wykonywania prac bez projektu, nie dokumentując rzeczowo zakresów postępów prac. Nadto biegły z całą stanowczością stwierdził, iż kruszywo nie pochodzi z kopalni diabazu (...) Z. . Zdaniem biegłego kruszywo z Z. ma charakterystyczną barwę tj. czerwoną, a kruszywo zastosowane przy wykonywaniu prac jest kruszywem piaskowym, nie magmowym o strukturze kwarcytowej.

W oparciu o poczynione ustalenia Sąd Okręgowy uchylił nakaz zapłaty na podstawie art. 496 k.p.c. i oddalił powództwo

Strona powodowa domagała się zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace. Powód wystawił faktury pozwanemu na łączną kwotę $521\ 023,57\text{ zł}$, natomiast pozwany zapłacił stronie powodowej łącznie $319\ 037,63\text{ zł}$. Ostatecznie powód

wnosił o zapłatę wynagrodzenia za wykonane prace w wysokości 201 985,94 zł. Kluczowym w sprawie okazał się zarzut strony pozwanej, który domagał się obniżenia wynagrodzenia na podstawie rękojmi za wady fizyczne dzieła.

Odwołując się do treści art. 637 k.c. Sąd Okręgowy wskazał, że rodzaj wady: usuwalna lub nieusuwalna, istotna lub nieistotna rzutuje, według art. 637 k.c. na uprawnienia zamawiającego dzieło z tytułu rękojmi za wady fizyczne dzieła. Po ujawnieniu się wady usuwalnej zarówno istotnej jak i nieistotnej, zamawiający może żądać tylko jej usunięcia, wyznaczając w tym celu przyjmującemu zamówienie odpowiedni termin z zagrożeniem, że po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu nie przyjmuje naprawy. Usunięcie wady w terminie lub przyjęcie przez zamawiającego naprawy dokonanej po terminie czyni bezprzedmiotową kwestię dalszych uprawnień zamawiającego z tytułu rękojmi za wady fizyczne dzieła. Jeżeli zaś tak się nie stanie tj. wada nie zostanie usunięta w terminie lub zamawiający nie przyjmie naprawy dokonanej po terminie, zamawiający uzyskuje kolejne uprawnienie z tytułu rękojmi za wady fizyczne dzieła: do odstąpienia od umowy – gdy wada jest istotna, lub do żądania obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku – gdy wada jest nieistotna / wyrok Sądu Najwyższego z dnia 08.01.1999r., sygn. akt I CKN 957/97, nr LEX 36258/.

Pozwany w odpowiedzi na pozew żądał obniżenia wynagrodzenia o kwotę, która była wyższa niż żądanie pozwu. Z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy wynika jednoznacznie, że prace wykonane przez stronę powodową zostały dokonane wadliwie. Z opinii technicznej, zamówionej przez pozwanego, a sporządzonej przez mgr inż. M. M. w sprawie oceny jakości wykonanych robót – tj. nawierzchni z betonowej kostki brukowej dróg i parkingów przy obiekcie hali firmy (...) Sp. z o.o. Sp. k w K. zostały stwierdzone liczne wady i usterki jak np. liczne deformacje w powierzchni nawierzchni spowodowane niewłaściwym przygotowaniem podłoża, rozjechania przy podjazdach, niestaranne połączenia, lokalne spękania i przebarwienia kostki brukowej, lokalne koleiny. Wnioski z opinii prywatnej otrzymały zdecydowane wsparcie w opinii biegłego sądowego, który skoncentrował się na wadzie kardynalnej – braku właściwej podbudowy pod kostką.

Z osobowych dowodów wynikało, iż konsekwencje tego faktu ujawniały się po zakończeniu prowadzenia prac przez powoda tj. po dokonaniu odbioru końcowego. Ujawnienie wad miało związek z rozpoczęciem korzystania z nowo ułożonego parkingu. Powód początkowo usuwał ukazujące się wady, jednak z czasem na jaw zaczęły wychodzić kolejne usterki, nawet w zakresie naprawianym przez powoda. Ostatecznie powód nie przystąpił do naprawy ujawnianych wad uzależniając to od całkowitego rozliczenia wystawianych przez niego faktur.

Biegły sądowy, w ostatecznym rozrachunku, przyjmując powierzchnie, które zostały wyliczone przez geodetę, a następnie zaakceptowane przez biegłego stwierdził, iż pozwany zapłacił powodowi wyższą kwotę wynagrodzenia (powód przyznał k. 250 że już otrzymał 319.037,57 zł brutto) niż należałoby się w świetle wyliczeń biegłego (wartość wszystkich prac powoda umniejszona o koszty naprawy to 74.356,82 zł brutto). W konsekwencji Sąd Okręgowy nakaz zapłaty uchylił, na zasadzie art. 496 k.p.c. i oddalił powództwo jako niezasadne w świetle wyników postępowania dowodowego.

Powód złożył oświadczenie o cofnięciu pozwu w zakresie 20 000 zł ze zrzeczeniem się roszczenia w związku z czym Sąd Okręgowy umorzył postępowanie w tym zakresie.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł w oparciu o art. 98 § 1 i 99 k.p.c., zasądzając od strony powodowej na rzecz strony powodowej kwotę 15542 zł złotych tytułem kosztów procesu, w tym 7217 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Apelację od tego wyroku, zaskarżając go w zakresie punktów I, III i IV, wniósł powód P. M., który zarzucił:

1.naruszenie przepisów prawa procesowego, a to art. 328 § 2 k.p.c. poprzez lakoniczne sporządzenie uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia, nie przedstawienie procesu myślowego oraz decyzyjnego w sposób umożliwiający dokonanie kontroli wydanego orzeczenia, albowiem

a) uzasadnienie nie wskazało stanowczo i konkretnie jakie fakty uznał Sąd za udowodnione i na podstawie jakich dowodów, a dotyczy to zwłaszcza istotnych okoliczności sprawy, a to ustalenia z jakiego miejsca pochodziło kruszywo i co było przyczyną powstania wad i kto jest za nie odpowiedzialny, gdyż Sąd w uzasadnieniu opisuje jedynie co zawierały kolejno przytoczone opinie biegłych, nie wskazując czy i w jakim zakresie cytowane spostrzeżenia biegłego stały się podstawą ustaleń faktycznych Sądu w sprawie, co ma kapitalne znaczenie dla sprawy, nie tylko z uwagi na wymogi prawne, lecz także z uwagi na fakt, że opinie te nie są ze sobą spójne, a były też przez biegłego modyfikowane;

b) uzasadnienie nie wskazuje jak mają się przytoczone na gruncie art. 637 k.c. wywody prawne do ustalonego stanu faktycznego sprawy, zatem nie wyjaśnił on podstawy prawnej orzeczenia.

Z ostrożności procesowej apelujący zarzucił:

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 656 k.c. w zw. z art. 637 k.c. mające wpływ na treść orzeczenia poprzez uznanie, iż roszczenie o obniżenie wynagrodzenia przysługuje pozwanemu:

a) pomimo nie wykonania szczególnych obowiązków wymaganych tym przepisem, a to żądania usunięcia wad, z wyznaczeniem w tym celu przyjmującemu zamówienie odpowiedniego terminu z zagrożeniem, że po bezskutecznym upływie terminu przyjmujący nie przyjmie naprawy oraz złożenia powodowi oświadczenia o skorzystaniu z uprawnień wynikających z rękojmi;

b) pomimo nie ustalenia i braku wykazania charakteru wad w rozumieniu tego przepisu, a to ustalenia czy wady te są usuwalne lub nieusuwalne i czy są nieistotne;

c) pomimo nie wykazania, iż pomiędzy dziełem wadliwym a zamówionym istnieje niekorzystna dla zamawiającego różnica wartości, a tym samym brak wskazania w.w. różnicy;

3. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 627 k.c. oraz art. 642 k.c. przez przyjęcie, że istnienie wad dzieła oraz potencjalna możliwość odstąpienia od umowy i żądania obniżenia wynagrodzenia samo w sobie wyklucza możliwość wypłaty wynagrodzenia;

4. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu:

- iż jedyną przyczyną wad były błędy wykonawcze powoda, podczas gdy z opinii biegłego sądowego jednoznacznie wynika, iż wadliwy był przede wszystkim materiał – kruszywo użyte do wykonania prac, które spełniało wymagań dla takiej podbudowy;

- oraz przyjęciu w ślad za pinią biegłego, że dostarczone przez powoda kruszywo nie pochodziło z Z. pomimo, iż był to fakt bezsporny przyznany przez obie strony;

5. naruszenie przepisów postępowania a to art. 224 §1 k.p.c., art. 299 k.p.c. oraz art. 233 § 1 k.p.c. poprzez niewyjaśnienie sprawy w sposób dostateczny do rozstrzygnięcia, przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, polegające na dokonaniu tej oceny z całkowitym pominięciem części przeprowadzonych dowodów i sprzeczność ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz wydaniu negatywnej dla powoda decyzji bez uprzedniego rozważenia w sposób bezstronny i wszechstronny zebranego materiału dowodowego, w szczególności przez błędną interpretację dowodów w tym: łączącej strony umowy i jej ustaleń, opinii biegłego – co doprowadziło do błędnego ustalenia zakresu odpowiedzialności pozwanego z tytułu wad dzieła wyrażającego się w przyjęciu, że:

a) powód ponosi odpowiedzialność za złą jakość kruszywa, pomimo, iż dostarczał go z miejsca wskazanego przez pozwanego, na jego własne żądanie, co zostało potwierdzone w toku postępowania przez obie strony;

b) powód odpowiada za złą jakość – grubość podbudowy (wadliwa technologia) pomimo, iż ze zgodnych oświadczeń stron złożonych do protokołu rozprawy z dnia 9 stycznia 2014 r. wynika, że powód wykonał umowę stosownie do

wzajemnych zgodnych ustaleń stron, co do miejsca i grubości podbudowy w poszczególnych sektorach wykonywanych prac;

c) powód ponosi odpowiedzialność za wady dzieła pomimo, iż z opinii biegłego wynika, że mogły być inne przyczyny powstania wad, np. przeciążenie nawierzchni, prowadzenie w tym okresie innych robót wymagających ingerencji w podłoże, a przede wszystkim niewłaściwe kruszywo użyte przez powoda;

6. naruszenie przepisów postępowania, a to art. 233 § 1 k.p.c. poprzez naruszenie zasady wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego poprzez bezkrytyczne przyjęcie opinii biegłego, która jest sprzeczna sama w sobie, nie zawiera stanowczych wniosków a biegły wykracza poza swoje kompetencje i dokonuje własnej oceny prawnej stanu faktycznego.

Wskazując na powyższe zarzuty apelujący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy dom ponownego rozpoznania; ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i utrzymanie w mocy nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym z 12 marca 2012 r., sygn. akt IX Gnc 198/12 co do kwoty 201 985,94 zł oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu.

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja powoda P. M. jest nieuzasadniona.

Ponieważ w apelacji podniesiono zarzuty dotyczące naruszenia prawa materialnego jak i procesowego w pierwszej kolejności należy odnieść się do tych ostatnich bowiem tylko prawidłowo ustalony stan faktyczny daje możliwość dokonania oceny poprawności zastosowania prawa materialnego. I tu stwierdzić należy, że ustalony przez Sąd Okręgowy stan faktyczny Sąd Apelacyjny przyjął za własny bowiem wyprowadzony on został z dowodów, których ocena odpowiada wskazaniom z art. 233 § 1 k.p.c. Sąd Okręgowy uwzględnił wszystkie przeprowadzone w toku postępowania dowody, wyciągnął z nich wnioski logicznie poprawne i odpowiadające aktualnym poglądom na sądowe stosowanie prawa. Tu wypada też poczynić ogólną uwagę dotyczącą zakresu postępowania dowodowego, a mianowicie to strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 232 zdanie pierwsze k.p.c. i art. 6 k.c.). Stwierdzenie to jest związane z ograniczeniem postępowania dowodowego na skutek decyzji procesowych powoda, o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia.

Przechodząc do najistotniejszego dla ustaleń faktycznych zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. podkreślić należy, że ocena dowodów zgodnie z tym przepisem pozostawiona została swobodzie sądu w konkretnej sprawie, a sprzeniewierzenie się jej mogłoby tylko wtedy być uznane za zasadne, gdyby sąd dopuścił się pogwałcenia zasad logicznego rozumowania bądź postąpił wbrew zasadom doświadczenia życiowego, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Co więcej dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie wystarcza stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2001 r., IV CKN 970/00, Lex nr 52753).

Wymogów tych nie spełnia apelacja powoda. W szczególności nie doszło do błędu w interpretacji umowy zawartej przez strony w dniu 20 lipca 2011 r. Zakres prac ustalony został w ustępie 2 § 2 umowy natomiast zgodnie z § 4 umowy wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ustalono w ten sposób, że za metr kwadratowy prac o których mowa w § 2 ust. 2 wynagrodzenie określono na cenę netto 111,5 zł, natomiast wynagrodzenie za prace miało zostać obliczone na podstawie obmiarów rzeczywistych z metra kwadratowego. Do wynagrodzenia doliczony miał być podatek VAT w wysokości 23%. Równocześnie w ustępie 2 § 4 umowy postanowiono, że zamawiający ma prawo, jeżeli jest to niezbędne do zgodnej z umową realizacji robót, polecać dokonywanie takich zmian ich jakości i ilości, jakie uzna

za niezbędne, a wykonawca powinien wykonać każde z następujących poleceń: zwiększyć lub zmniejszyć ilość robót, pominąć jakieś roboty, wykonać dodatkowe roboty niezbędne do zakończenia robót. Równocześnie w § 12 strony postanowiły, że do obowiązków wykonawcy należy między innymi wykonanie w pełnym zakresie ustalonym przez zamawiającego przedmiotu budowy zgodnie ze sztuką budowlaną. Zastrzeżono także, że wszystkie zmiany umowy wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności (umowa k. 22-24). Jak wynika z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa dróg i mostów mgr inż. J. Ż. powód nie wywiązał się w pełni z obowiązku wykonania robót zgodnie ze sztuką budowlaną. Nie jest kwestionowane przez apelującego to, że wiadomym było, iż po części przedmiotu umowy poruszać się będzie ciężki sprzęt a po części samochody o niższym tonażu (osobowe, wózki widłowe), zresztą trudno to kwestionować gdy zgodnie z § 1 wykonawca przyjął do wykonania roboty budowlane dla obiektu hali firmy (...) Spółki z o.o. przy czym zakresem prac objęto wykonanie nawierzchni drogowej oraz parkingów z kostki brukowej a także odwodnień z tych dróg i parkingów.

W tej sytuacji nie można podzielić forsowanego przez powoda poglądu, że ten wadliwy sposób wykonania prac jest zgodny z ustnymi ustaleniami stron. Prowadziłoby to bowiem do przyjęcia, że powód z góry zdecydował się na wykonanie prac w sposób wadliwy nie bacząc na przyjęte na siebie obowiązki oraz udzieloną gwarancję. Tu nasuwa się też uwaga, a mianowicie, że za wadliwe wykonanie prac nie ma podstaw do żądania wynagrodzenia zgodnie z umową zastrzegającą budowę zgodnie ze sztuką budowlaną.

Podkreślić też należy, że powód nie przedłożył zmian umowy w formie pisemnej co pod rygorem nieważności zostało w niej zastrzeżone.

Wbrew temu co zarzuca apelacja na rozprawie w dniu 9 stycznia 2014 r. strony nie złożyły zgodnych oświadczeń z których miałyby wynikać, że powód wykonał umowę stosownie do wzajemnych, zgodnych ustaleń stron, co do miejsca i grubości podbudowy w poszczególnych sektorach wykonywanych prac. Na rozprawie tej powód oświadczył, że podbudowa 40 cm miała być tylko w strefie 3 bo tam znajduje się rampa załadunkowa, a w pozostałych strefach było ustalone, że ma być 20 cm. Ustalenie to uzgodnił z pozwanym, inwestorem i koordynatorem. Powód zapewnił też, że w zakresie grubości podbudowy wykonał to co mu zlecieli, nie mógł więcej bo to wiązało się z kosztami. (czas 00:06:46, 00:08:50). Natomiast pozwany oświadczył, iż umowę rozumiał w ten sposób, że średnia miała wynosić 30 cm zaś w strefie 3 grubość podbudowy miała wynosić 40 cm. Strefa określona jako 3 była przeznaczona pod ruch kołowy ciężki, w strefie 2 przewidziano jedynie ruch wózków widłowych, w strefie 4 miał być parking dla klientów i pracowników pod samochody osobowe do 3,5 tony podobnie jak w strefie 1 (czas 00:14:59, 00:18:10). Oświadczeń tych nie można zatem uznać za zgodne i stanowiące ze strony pozwanego potwierdzenie oświadczeń powoda.

Nie jest też zasadny kolejny zarzut dotyczący tego, że powód dostarczał kruszywo z miejsca wskazanego przez pozwanego, na jego własne żądanie, co zostało potwierdzone w toku postępowania przez obie strony w związku z czym nie ponosi odpowiedzialności za jego złą jakość. Z uzasadnienia apelacji można by wnioskować, że powód stara się dowieść – mimo opinii biegłego, który stwierdził po dokonaniu odkrywek, iż na podbudowy zastosowano materiał poza klasowy nie spełniający wymogów dla wykonania podbudowy; jest to materiał tłuczniowy o nieciągłej krzywej uziarnienia z udziałem nadziarna, zanieczyszczony zawartością frakcji ilowej o niewłaściwej filtracji mocno zawilgocony (k.191) – że było to właściwe kruszywo pochodzące z kopalni z Z. bo to przyznał pozwany.

Stanowisko to nie może być uznane za trafne. Poza tym, że przeczy dowodowi z opinii biegłego to nie sposób znaleźć potwierdzenia ze strony pozwanego, na które powołuje się powód. Zresztą takie potwierdzenie byłoby nieracjonalne ze strony pozwanego, który podważałby korzystną dla siebie opinię biegłego sądowego. Na rozprawie w dniu 9 stycznia 2014 r. pozwany przyznał, że w związku z żądaniem inwestora przekazał powodowi, iż ma to być kamień z kopalni (...) (00:12:35). Obecny na rozprawie biegły J. Ż. oświadczył, iż kruszywo nie jest z Z. i dodatkowo wyjaśnił, że na budowie wykorzystano kruszywo Dolomit o strukturze osadowej, a nie skały magmowe o strukturze krystalicznej jak z Z. (00:28:04, 00:55:24). Natomiast powód oświadczył, że kruszywo było z Z. (00:36:41). Następnie powód w piśmie procesowym z dnia 23 stycznia 2014 r. wniósł o dopuszczenie dowodu z pisemnej opinii Laboratorium Politechniki (...) na okoliczność pochodzenia kruszywa wykorzystywanego do wykonywania podbudowy, tj. wykazania, iż materiał pochodzi z kopalni diabazu w N. (należącej do spółki Kopalnie (...)) spółki z o.o. z siedzibą w K., posiadającej dwie

kopalnie : porfiru w Z. i diabazu w N.) i w konsekwencji wykorzystany został zgodnie ze wszystkimi zaleceniami wynikającymi z deklaracji zgodności, w przeciwieństwie do twierdzeń biegłego sądowego wyrażonymi w opinii.

Na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2014 r. powód złożył oświadczenie podpisane przez M. P. prowadzącego usługi transportowe na okoliczność miejsca pochodzenia kruszywa na przedmiotowym obiekcie. Z oświadczenia tego wynika, że M. P. dostarczał kruszywo na budowę hali (...) do miejscowości K. z Kopalni (...) w K. oraz z Kopalni (...) (oświadczenie k. 303). Pozwany na rozprawie tej oświadczył, że aby nie przedłużać postępowania nie kwestionuje prawdziwości oświadczenia złożonego przez kierowcę, który woził kamień. Natomiast pełnomocnik powoda cofnął dowód z opinii instytutu wnioskowany w piśmie z dnia 23 stycznia 2014 r. (00:06:22).

Z powyższego nie wynika by pozwany przyznał wbrew opinii biegłego, że użyty do budowy kamień pochodził z kopalni w Z. zwłaszcza, że we wspomnianym oświadczeniu nie pada nazwa kopalnia w Z.. Cofając dowód z opinii instytutu powód uniemożliwił zbadanie tego czy zastosowane kruszywo było właściwe i pochodziło z kopalni wskazanej przez inwestora i pozwanego. W tym względzie należy w związku z tym oprzeć się na opinii biegłego J. Ż., który nie tylko szczegółowo określił charakter i właściwości zastosowanego przez powoda kruszywa, ale też wykonał zdjęcia tego materiału ujawnionego po dokonaniu odkrywek, a nawet okazał próbki skał na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2014 r.

Niezasadne są też zarzuty odnoszące się do opinii biegłego sądowego J. Ż.. Tylko w opinii wstępnej z 23 listopada 2012 r. (k. 133-134) biegły ten opisując stwierdzone wady podał, że ustaleń dokonał na podstawie oględzin dokonanych po upływie 16 miesięcy od daty wykonania robót i mogą one wskazywać na niewłaściwe wykonanie robót lecz nie stanowią podstawy do jednoznacznej oceny bowiem przyczyn takiego stanu rzeczy mogło być więcej np. przeciążenie nawierzchni, prowadzenie w tym okresie innych robót wymagających ingerencji w podłoże. W kolejnej opinii z 23 kwietnia 2013 r. (k. 190 – 198), sporządzonej po między innymi dokonaniu odkrywek, takich uwag nie ma, a wnioski, zacytowane wcześniej i przytoczone za Sadem Okręgowym, są stanowcze i właściwie umotywowane. Także na rozprawie w dniu 9 stycznia 2014 r. biegły podtrzymał zarzut wadliwości wykonania przedmiotu umowy poprzez brak właściwej frakcji kruszywa, brak właściwej miąższości kruszywa i brak właściwej technologii w budowaniu (00:45:54).

Biegły ten odpowiadał też na zarzuty stron i dwukrotnie wezwany był na rozprawy. Słusznie więc Sad Okręgowy uznał ten dowód za wartościowy i poczynił na jego podstawie szereg ustaleń.

Tu wyjaśnić należy, że opinia biegłego podlega jak inne dowody ocenie według art. 233 § 1 k.p.c. lecz, co odróżnia ją pod tym względem, to szczególne kryteria oceny. Stanowią je: zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej, poziom wiedzy biegłego, podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania sformułowanego w niej stanowiska oraz stopień stanowczości wyrażonych w niej ocen. Nie podlega ona natomiast weryfikacji jako dowód na stwierdzenie faktów w oparciu o kryterium prawdy i fałszu

Opinii biegłego J. Ż. niewątpliwie jest zgodna z zasadami logiki, a biegły posiada wysoki poziom wiedzy i doświadczenia zawodowego do tego wnioski przez niego postawione są stanowcze i właściwie umotywowane. Nie może też ująć uwadze to, że opinia ta jest w znacznej mierze zbieżna z opinią prywatną, która co prawda nie stanowi dowodu w sprawie jednak potwierdza stanowisko pozwanego, który przedłożył tą opinię do akt sprawy, a jej odpis doręczony został na wstępnym etapie postępowania powodowi.

To postawa procesowa powoda zdecydowała o tym, że nie było możliwości dokonania dalszej weryfikacji jakości prac wykonanych przez powoda. Na wniosek powoda Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 10 kwietnia 2014 r. dopuścił dowód z opinii drugiego biegłego na te same okoliczności na jakie przeprowadzony został dowód z opinii sporządzonej przez biegłego J. Ż.. Sąd uzależnił przeprowadzenie tego dowodu od uiszczenia przez powoda zaliczki określając rygor pominięcia dowodu z ponownej opinii. Powód we wskazanym terminie zaliczki nie uiszczył w związku z czym postanowieniem z dnia 21 sierpnia 2014 r. Sad Okręgowy pominął dowód z opinii dalszego biegłego.

Przedstawiona sytuacja oznacza, że w chwili obecnej, na etapie postępowania apelacyjnego, powód nie może skutecznie podnosić zarzutu jakoby Sąd Okręgowy nie wyjaśnił wątpliwości przez niego podnoszonych.

Za chybione uznać też należy zarzuty dotyczące naruszenia art. 224 §1 k.p.c., art. 299 k.p.c. oraz art. 328 § 2 k.p.c.

Sąd Okręgowy jak wcześniej wyjaśniono przeprowadził wszystkie zaoferowane przez strony dowody i po udzieleniu głosu stronom zamknął rozprawę stosownie do art. 224 § 1 k.p.c. Podkreślić należy także i to, że strony miały nieograniczoną swobodę wypowiedzi czego wyrazem są liczne oświadczenia składane na rozprawach. Biorąc pod uwagę także to, że dowód z przesłuchania stron jest dowodem subsydiarnym, przy braku zastrzeżeń stron po stwierdzeniu, iż wyczerpane zostały wnioski dowodowe (00:31:16 rozprawa z 3 kwietnia 2014 r.) uznać należy, że nie doszło do naruszenia art. 299 k.p.c..

Wbrew temu co zarzuca się w apelacji uzasadnienie zaskarżonego wyroku zawiera wszystkie elementy wymagane przez art. 328 § 2 k.p.c. Niewątpliwie wskazana została podstawa faktyczna rozstrzygnięcia poprzez ustalenie faktów i wskazanie dowodów z których zostały one wyprowadzone. Nie budzi wątpliwości, że zacytowanie fragmentów opinii w ramach ustaleń faktycznych jest równoznaczne z uznaniem tego dowodu za podstawę tych ustaleń. Sąd Okręgowy wyraźnie też podał na stronie 10 na jakiej podstawie ustalił stan faktyczny. Została też podana podstawa prawna. To oznacza, że nie doszło do naruszenia art. 328 § 2 k.p.c., zresztą tylko w wyjątkowych przypadkach, gdy nie ma możliwości prześledzenia toku rozumowania sądu, które doprowadziło do wydania orzeczenia można przyjąć, że doszło do takiego naruszenia. Taka sytuacja nie zachodzi w niniejszej sprawie zwłaszcza, że nie można przyjąć, że zarzucane naruszenie prawa procesowego w zakresie konstrukcji uzasadnienia mogło mieć jakikolwiek wpływ na wynik sprawy. Trzeba bowiem wyraźnie podkreślić, że uzasadnienie jest następcze w stosunku do procesu poprzedzającego podjęcie decyzji prowadzącej do wydania wyroku.

W sprawie nie doszło też do naruszenia prawa materialnego zarzucanego w apelacji.

W odpowiedzi na zarzuty od nakazu zapłaty powód nie podniósł kwestii dotyczącej charakteru wad i skupił się na braku wezwania do ich usunięcia. Niemniej jednak pozew wniesiony został w otwartym terminie do zgłaszania roszczeń z tytułu rękojmi przez pozwanego. Nie można zatem przyjąć, że brak wezwania do usunięcia wad przed wniesieniem pozwu pozbawiałby pozwanego, jak sugeruje powód, możliwości skorzystania z uprawnień z rękojmi. Zresztą o tym, że po odbiorze robót zgłaszane były usterki i wzywano powoda do ich usunięcia, a te nie zostały usunięte zeznali świadkowie A. M. (rozprawa z 25 października 2012 r., 00:43:20), B. B. (rozprawa z 13 grudnia 2012 r., 00:12:07, 00:13:59), M. W. (rozprawa z 13 grudnia 2012 r., 00:36:05), M. R. (2) (rozprawa z 13 grudnia 2012 r., 00:48:35). Także pozwany w swych wyjaśnieniach na rozprawie w dniu 14 lutego 2013 r. (00:33:13) potwierdził, że wielokrotnie wzywał powoda do usunięcia wad telefonicznie i smsami. Do odpowiedzi na zarzuty (pismo procesowe z dnia 18 maja 2012 r.) pozwany dołączył między innymi pismo (...) Spółki z o.o. w K. z dnia 5 czerwca 2012 r. w którym wzywa pozwanego ponownie do naprawy gwarancyjnej kostki brukowej wskazując na usterki w postaci zapadania się kostki brukowej w różnych miejscach, potrzeby skorygowania odwodnień liniowych i naprawy wjazdów. W piśmie tym wyznaczono termin do usunięcia wad w nieprzekraczalnym terminie do dnia 15 lipca 2012 r. (wezwanie k. 94). Mimo, że to wezwanie, jak i wcześniejsze ustne i telefoniczne dotarły do powoda ten nie zaproponował usunięcia wad, które zresztą kwestionuje w toku niniejszego postępowania. Tu wskazać należy także na wyjaśnienie pozwanego dotyczące zapłaty 20 000 zł objęte cofniętym zakresem pozwu, a mianowicie, że zapłata tej kwoty była związana z tym, że powód uzależniał usunięcie wad od całkowitego rozliczenia należnego mu wynagrodzenia (pismo z dnia 5 czerwca 2012 r. k. 89 -90). W tej sytuacji nie ma podstaw do przyjęcia braku wezwań ze strony pozwanego do usunięcia wad zwłaszcza, że w umowie z dnia 20 lipca 2011 r. ani też w Kodeksie cywilnym nie zastrzeżono formy pisemnej dla zgłoszenia reklamacji.

Do dnia 24 grudnia 2014 r. (z dniem 25 grudnia uchylony został art. 637 k.c. przez art. 44 pkt 34 ustawy z dnia 30 maja 2014 r., Dz.U. 2014, 827) uprawnienia zamawiającego z tytułu rękojmi za wady dzieła zostały uszeregowane (zhierarchizowane) odmiennie od uprawnień kupującego (w wypadku sprzedaży) i zależą od tego, czy wady dają się usunąć i czy są istotne (zob. S. Buczkowski (w:) System prawa cywilnego, t. III, cz. 2, s. 441; A. Brzozowski, Odpowiedzialność..., s. 93 i n.; Z. Radwański, J. Panowicz – Lipska, Zobowiązania, 2008, s. 172). Wady są usuwalne, jeżeli z perspektywy aktualnego poziomu nauki i techniki mogą być zlikwidowane w sposób pozwalający na osiągnięcie rezultatu, którym charakteryzuje się dzieło wolne od wad (tak K. Kołakowski (w:) G. Bieniek, Komentarz, t. II, 2006,

s. 187). Natomiast wady dzieła są istotne, jeżeli skutek ich wystąpienia dzieło jest niezdatne do określonego w umowie użytku, ze względu na to, że nie posiada cech umożliwiających jego eksploatację albo ma niewłaściwą formę zewnętrzną (S. Buczkowski (w:) System prawa cywilnego, t. III, cz. 2, s. 442). Wady istotne dzieła, o których mowa w art. 637 § 2 k.c., mogą być zarówno wadami usuwalnymi, jak i nieusuwalnymi (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 1999 r., I CKN 957/97, OSNC 1999, nr 7–8, poz. 131). W wypadku wystąpienia wad istotnych zamawiający może skorzystać z prawa do odstąpienia od umowy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2004 r., IV CK 356/02, Mon. Spół. 2005, nr 5, s. 14). Pozostałe wady dzieła należy traktować jako nieistotne, a ich wystąpienie powoduje powstanie prawa zamawiającego do żądania obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku.

Kierując się powyższymi wskazaniem uznać można, że wady ujawnione w robotach wykonanych przez powoda są istotne i usuwalne co jednak nie pozbawia pozwanego możliwości skorzystania z uprawnienia z tytułu rękojmi o obniżenie wynagrodzenia.

Wyjaśnić należy, że w zakresie umowy o dzieło, odmiennie niż przy umowie sprzedaży, zamawiającemu nie służy prawo wyboru uprawnień z tytułu rękojmi i przysługujące mu uprawnienie jest wyznaczone rodzajem wady przedmiotu dzieła. Katalog tych uprawnień zawiera art. 637 k.c., różnicując je według podziału rozłącznego na wady usuwalne i nieusuwalne oraz wady istotne i nieistotne. Paragraf pierwszy przyznaje zamawiającemu roszczenie o usunięcie wad i nakazuje wyznaczenie przyjmującemu zamówienie odpowiedniego terminu do ich usunięcia z zagrożeniem, że po jego bezskutecznym upływie nie przyjmie naprawy. Przepis ten dotyczy zarówno wad usuwalnych nieistotnych, jak i istotnych. Jeżeli wada zostanie usunięta bezprzedmiotowe pozostają pozostałe uprawnienia z rękojmi. Jeżeli natomiast przyjmujący odmówi naprawy z uwagi na nadmierny jej koszt albo nie zdoła jej usunąć w odpowiednim czasie, albo dzieło ma wadę nieusuwalną, zamawiającemu służy przewidziane w art.637 §2 k.c. uprawnienie odstąpienia od umowy w wypadku wady istotnej, albo obniżenia wynagrodzenia w wypadku wady nieistotnej. Konstrukcja art. 637 k.c. nakazuje przyjęcie, że obowiązek wyznaczenia terminu do usunięcia wady obciąża zamawiającego w każdym wypadku, gdy dzieło obciążone jest wadą usuwalną (§ 1 zd. 1), bowiem bezwzględne pierwszeństwo w hierarchii uprawnień z tytułu rękojmi ma żądanie usunięcia wad. A contrario - obowiązek ten nie powstanie jedynie wówczas, gdy uprawnienie żądania usunięcia wady nie może być z natury rzeczy zrealizowane, a zatem w wypadku wady nieusuwalnej zarówno istotnej, jak i nieistotnej, albo w wypadku wady usuwalnej istotnej i nieistotnej, gdy z okoliczności wynika, że przyjmujący nie zdoła jej usunąć w czasie odpowiednim, lub gdy przyjmujący odmówi naprawy. Za takim stanowiskiem przemawia powiązanie obowiązku wyznaczenia terminu z żądaniem usunięcia wady przez przyjmującego, jak również nieracjonalność i sprzeczność z logiką wymogu wyznaczenia terminu do usunięcia wady w sytuacji jej nieusuwalności lub niemożności usunięcia w odpowiednim czasie, albo odmowy usunięcia wady po jej zgłoszeniu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 kwietnia 2003 r., II CKN 1417/00, niepubl.). Zrównać nadto należy sytuację, w której przyjmujący zamówienie odmawia naprawy z uwagi na nadmierny jej koszt, z sytuacją, w której odmawia on naprawy, kwestionując istnienie wad. Żądanie usunięcia wad, tak jak i pozostałe roszczenia przewidziane w art. 637 k.c., jest uprawnieniem zamawiającego, ale w tym znaczeniu, że ma on prawo wyboru, czy z nich skorzysta. Świadczy o tym wprost treść przepisu stanowiącego, że zamawiający "może żądać" usunięcia wad, "może" odstąpić od umowy lub "może" żądać obniżenia wynagrodzenia. Jeżeli natomiast zamawiający podejmuje decyzję o skorzystaniu z uprawnień z tytułu rękojmi, jest zobowiązany do zachowania określonej w tym przepisie ich hierarchii, a zatem do wezwania przyjmującego do usunięcia wady usuwalnej w odpowiednim terminie z wyjątkami opisanymi wyżej.

Zważywszy na katalog wskazanych wyżej roszczeń zagadnieniem jest, czy w wypadku gdy dzieło ma wadę usuwalną istotną, zamawiającemu oprócz roszczeń przewidzianych w art. 637 § 1 i 2 k.c. tj. roszczenia o usunięcie wady lub roszczenia o odstąpienie od umowy, przysługuje również roszczenie o obniżenie wynagrodzenia. Roszczenie takie zostało przewidziane bowiem dla sytuacji, w której wady usuwalne lub nieusuwalne są nieistotne. W orzecznictwie brak jest wypowiedzi na ten temat, podzielić jednak należy te poglądy wyrażone przez doktrynę, które wskazują, że gradacja uprawnień oparta na rozróżnieniu wad istotnych i nieistotnych wyklucza jedynie możliwość odstąpienia od umowy, jeżeli wada nie jest istotna. Argument a maiori ad minus przesądza, że skoro zamawiający może od umowy odstąpić, to tym bardziej może żądać mniej - obniżenia wynagrodzenia. Zgłoszenie żądania obniżenia wynagrodzenia

jest wówczas równoznaczne z utratą prawa do odstąpienia od umowy. Nie można bowiem pozbawić zamawiającego prawa do odbioru takiego dzieła, skoro w jego ocenie posiada ono dla niego przydatność i nadaje się do naprawy, mimo niezdatności do zwykłego użytku lub wykonania niezgodnie z umową i niezdatności w chwili oddania do zwykłego użytku. Oznaczałoby to również przyznanie nieuzasadnionej ochrony przyjmującemu w sytuacji, gdy zamawiający nie korzysta z prawa odstąpienia od umowy, bowiem konsekwencją byłby obowiązek zapłaty pełnego wynagrodzenia za dzieło posiadające wadę. Uznać zatem należało, że w wypadku, gdy dzieło posiada wadę usuwalną istotną, a przyjmujący odmówił usunięcia wady albo nie usunął jej w odpowiednim terminie, przysługuje zamawiającemu uprawnienie do żądania obniżenia wynagrodzenia na podstawie art. 637 § 2 k.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2012 r., II CSK 183/12, Lex nr 1288629).

Zaprezentowane stanowisko potwierdza wcześniejsze stwierdzenie o tym, że nie doszło do naruszenia art. 656 k.c. w związku z art. 637 k.c. jak również art. 627 k.c. i art. 642 k.c.. Podkreślić też należy, że fakt przyjęcia dzieła nie oznacza, że dzieło nie ma wad (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2002 r., VI CKN 1474/00, OSG 2003, nr 8, poz. 73).

Mając powyższe na uwadze orzeczono na podstawie art. 385 k.p.c., a o kosztach zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu wyrażoną w art. 98 k.p.c.