

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 listopada 2018 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Halina Zarzeczna (spr.)
Sędziowie:	SSA Artur Kowalewski SSO (del.) Zbigniew Ciechanowicz
Protokolant:	st. sekr. sądowy Piotr Tarnowski

po rozpoznaniu w dniu 13 listopada 2018 roku na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa M. A.

przeciwko Wspólnocie Mieszkaniowej (...) w G.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 21 czerwca 2016 roku, sygn. akt I C 800/15

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. zasądza od pozwanej Wspólnoty Mieszkaniowej (...) w G. na rzecz powoda M. A. kwotę 27.178,27 zł (dwadzieścia siedem tysięcy sto siedemdziesiąt osiem złotych i dwadzieścia siedem groszy) z ustawowymi odsetkami od kwoty 10.483,22 zł (dziesięć tysięcy czterysta osiemdziesiąt trzy złote i dwadzieścia dwa grosze) od dnia 22 września 2010r. do dnia 31 grudnia 2015r. i dalej z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016r. i oddala powództwo w pozostałym zakresie;

2. ustala, że powód wygrał sprawę w 21%, a pozwana wygrała w 79% i pozostawia szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu;

II. oddala apelację w pozostałym zakresie;

III. ustala, że powód wygrał postępowanie apelacyjne w 21%, a pozwana wygrała to postępowanie w 79% i pozostawia referendarzowi sądowemu w Sądzie Okręgowym w Szczecinie szczegółowe ich wyliczenie.

SSA A. Kowalewski SSA H. Zarzeczna SSO (del.) Z. Ciechanowicz

Sygn. akt I ACa 692/16

UZASADNIENIE

Powód M. A. w pozwie z dnia 28 marca 2011r wniósł o zasądzenie od pozwanej Wspólnoty Mieszkaniowej (...) w G. na swoją rzecz od pozwanej Wspólnoty kwoty 363.763,03 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 349.7633,03 zł od dnia 22 września 2010 r., a od kwoty 14.000 zł od dnia wniesienia pozwu (w tym 349.763,03 zł za wykonanie umowy (341.203,03 zł + 8.560 zł) oraz 14.000 zł- kwota do zwrotu po wykonaniu prac z wpłaconego zabezpieczenia).

W piśmie z dnia 7 kwietnia 2011 r. powód ograniczył żądanie pozwu, wskazując, że domaga się zapłaty od pozwanej Wspólnoty Mieszkaniowej (...) w G. kwoty 126.695,05 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 110.000 zł liczonymi od dnia 22 września 2010 r. W zakresie objętym cofnięciem pozwu postępowanie w sprawie umorzono.

Powód wskazał, że na powyższą kwotę składają się kwota 110.000 zł tytułem należności głównej z odsetkami ustawowymi od dnia 22 września 2010 r., kwota 7.670,54 zł tytułem odsetek ustawowych od kwoty 110.443,61 zł naliczonych za okres od dnia 22 września 2010 r. do dnia 5 kwietnia 2011 r., kwota 8.430 zł tytułem odsetek ustawowych od kwoty 120.759,42 zł naliczonych od dnia 22 września 2010 r. do dnia 5 kwietnia 2011 r. oraz kwota 594,51 zł tytułem odsetek ustawowych od kwoty 8.560 zł naliczonych od dnia 22 września 2010 r. do dnia 5 kwietnia 2011 r.

Ponadto powód wniósł o zasądzenie od pozwanej Wspólnoty na jego rzecz kosztów postępowania z uwzględnieniem kosztów zastępstwa według norm przepisanych.

Pozwana Wspólnota Mieszkaniowa (...) w G. w odpowiedzi na pozew wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na jej rzecz zwrotu kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Wyrokiem z dnia 21 sierpnia 2014 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie zasądził od pozwanej na rzecz powoda 126.695, 05 zł wraz z odsetkami i kosztami procesu.

Wyrokiem z dnia 28 maja 2015 r. Sąd Apelacyjny w Szczecinie wskutek apelacji pozwanej uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Szczecinie, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego i zażaleniowego. Uchylenie orzeczenia nastąpiło ze względu na nierozpoznanie istoty sprawy, ze względu na konieczność pełnej oceny materiału dowodowego w celu ustalenia m.in. obowiązków wykonawcy, tego, czy doszło do zmiany umowy w części dotyczącej balustrad i pochwytów, czy pozwana skorzystała z rękojmi i czy zaszyły przesłanki obniżenia ceny.

Wyrokiem z dnia 21 czerwca 2016 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie oddalił powództwo (pkt I), zasądził od powoda M. A. na rzecz pozwanej Wspólnoty Mieszkaniowej (...) w G. kwotę 12635zł tytułem zwrotu kosztów procesu za obie instancje (pkt II), nakazał pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa- Sądu Okręgowego w Szczecinie kwotę 6850,38zł tytułem zwrotu nieuiszczonych kosztów sądowych.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd I instancji poprzedził ustaleniami faktycznymi z których wynikało, że w dniu 12 maja 2010 r. powód M. A. działający jako Przedsiębiorstwo (...) M. A. zawarł z pozwaną Wspólnotą Mieszkaniową (...) w G. umowę nr (...) na roboty budowlane, mocą której zobowiązał się do wykonania zadania - „remont i zmiana kolorystyki elewacji od strony zachodniej na części budynku, wymiana balustrad balkonowych, w zakresie, w jakim przedmiotowe zadanie nie zostało zrealizowane przez poprzedniego wykonawcę” –zgodnie z decyzją o pozwoleniu na budowę, projektem technicznym architektoniczno-budowlanym oraz kosztorysem ofertowym wykonawcy - w terminie nie później niż do 18 maja 2010 r. (odbiór nie później niż do 16 sierpnia 2010 r.).

Wynagrodzenie powoda za roboty budowlane ustalono na kwotę 341.203,03 zł brutto (§ 10 ust.2 umowy).

W § 1 ust.2 ww. umowy Wspólnota Mieszkaniowa (...) zobowiązała się do zapłaty powodowi dodatkowej kwoty 8.000 zł netto + 7 % VAT za wykonanie poprawek koniecznych po realizacji prac przez poprzedniego wykonawcę.

Strony ustaliły w § 15 ust. 1 umowy, że powód otrzyma kwotę 14.000 zł, z wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w terminie 30 dni od podpisania bez zastrzeżeń protokołu odbioru końcowego.

Pozwana Wspólnota powołała na inspektora nadzoru z branży budowlanej mgr inż. budownictwa M. S. (1) oraz powierzyła mu pełnienie nadzoru autorskiego z drugim projektantem dr inż. G. W. (§ 3 umowy).

Zgodnie z zapisem § 7 ust. 1 umowy, powód jako wykonawca zobowiązany był do wykonania przedmiotu umowy przy użyciu materiałów zgodnych z tymi wskazanymi w Projekcie technicznym architektoniczno budowlanym stanowiącym załącznik nr 1 do decyzji nr (...) Starosty Powiatu G. z dnia 7 marca 2008 r. o pozwoleniu na budowę, zaś zgodnie z zapisem ust. 4, w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego - pozwaną Wspólnotę wbudowania materiałów innych niż opisane w ust. 1, powód jako wykonawca zobowiązany był, na żądanie pozwanej, wymienić je na własny koszt, niezależnie od tego, na jakim etapie robót zostało to stwierdzone.

§ 9 ust. 7 umowy stanowił, że jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone wady, to pozwana, jeżeli wady nadają się do usunięcia może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad; a jeżeli wady nie nadają się do usunięcia to: gdy możliwe jest użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem, zamawiający ma prawo odpowiednio obniżyć wynagrodzenia przysługujące wykonawcy, na co wykonawca wyraża zgodę; a gdy nie jest możliwe użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem, zamawiający może żądać wykonania go po raz drugi, lub w przypadku, gdy wykonawca nie wyrazi zgody na ponowne wykonanie, powierzyć ponowne wykonanie przedmiotu umowy, innemu podmiotowi na koszt wykonawcy odpowiednio obniżając wynagrodzenie przysługujące wykonawcy, na co wykonawca wyraża zgodę.

Ponadto strony ustaliły, iż z czynności odbioru końcowego zostanie spisany protokół zawierający wszelkie ustalenia dokonane w toku odbioru, w szczególności terminy do usunięcia stwierdzonych wad (§ 9 ust.8).

Zgodnie z zapisem § 11 ust. 1 umowy, podstawą do wypłaty powodowi wynagrodzenia miała być prawidłowo wystawiona faktura VAT, którą wykonawca powinien przedłożyć zamawiającemu w terminie 7 dni od dnia podpisania przez strony bez zastrzeżeń Protokołu końcowego odbioru robót.

Zgodnie zaś z zapisem § 11 ust. 4 umowy, pozwana zobowiązana była do zapłaty faktury końcowej w terminie 21 dni od dnia jej dostarczenia wraz z dokumentami rozliczeniowymi.

W § 18 umowy strony postanowiły, że wszelkie zmiany do umowy wymagają dla swej ważności formy pisemnej w postaci aneksu.

Pod koniec czerwca, kiedy powód zaczął montowanie balustrad balkonowych okazało się, że wysokość barierek balustrad balkonowych jest za niska w stosunku do obowiązujących norm i nie odpowiada wysokości ustalonej w projekcie, ponieważ powód nie dokonał pomiarów z natury. Barierki miały postać kratownic, na których z zewnątrz były przykręcone płyty (...).

Inspektor nadzoru M. S. (1) miał skontrolować wykonawstwo powoda z projektem po wykonaniu pierwszej balustrady na pierwszym balkonie, lecz M. S. (1) stwierdził, że dokona tego po zamontowaniu barierek w całym jednym pionie w klatce schodowej nr 54, od której zaczęto montaż. Następnie M. S. (1) stwierdził, że dokona odbioru po zakończeniu montażu balustrad w trzech pierwszych klatkach. Gdy powód M. A. zakończył prace na klatkach 54,52 i 50, zdjął rusztowanie i przestawił na klatki 48,46 i 44.

Lokatorzy, u których zostały już zamontowane balustrady, zaczęli zgłaszać różne usterki związane z remontem balustrad, m.in. co do sposobu zamontowania barierki balustrad oraz ich wymiarów.

Członkowie zarządu pozwanej Wspólnoty, dokonując oględzin wykonanych prac, zaobserwowali nieprawidłowości związane z montażem, przede wszystkim wygięcia balustrad i odchylenia od pionu, a także odkształcenia balustrad. W związku z tym, członek zarządu pozwanej W. P. zdecydował o konieczności dokonania formalnego przeglądu wewnętrznego balkonów.

9 lipca 2010 r. członek zarządu pozwanej W. P., przy udziale pracownika powoda oraz inspektora nadzoru- M. S. (1) dokonał wewnętrznego przeglądu wykonanych robót, jeszcze przed zgłoszeniem gotowości do odbioru, w trakcie którego przeprowadzający przegląd członkowie Zarządu pozwanej Wspólnoty stwierdzili liczne nieprawidłowości w wykonaniu prac, w tym m. in. zbyt niską wysokość barierki oraz nieprawidłowy montaż balustrad i krzywo przymocowane płyty balkonowe w związku z zaniechaniem wykonania przez powoda pomiarów z natury, zniszczenia drewnianych donic, wady płyt HPL- zarysowania i zniszczenia.

Powód zaproponował – w odpowiedzi na wyniki przeglądu - montaż drewnianych pochwytów przy balustradach. Drewniane nakładki miały podnieść wysokość balustrad do wymaganej normami. Drewniane elementy barierki nie były przewidziane w projekcie. Powód wykonał takie barierki na swój koszt. Konieczność wykonania dodatkowych pochwytów na balustrady wynikała dlatego, że nie było normowej wysokości niektórych balustrad, tj. 110 cm.

Pozwana Wspólnota nie zgodziła się na propozycję powoda - były prowadzone luźne rozmowy w tej sprawie między powodem, prezesem Zarządu pozwanej H. P. i inspektorem nadzoru. Autor projektu budowlanego nie zatwierdzał zmiany technologii naprawy balustrad.

15 lipca 2010 r. S. K. złożył oświadczenie o przyjęciu obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego. W dniu 16 lipca 2010 r. pozwana Wspólnota złożyła u Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w G. zawiadomienie o zmianie inspektora nadzoru inwestorskiego, co nie zostało przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego zakwestionowane. Ponadto tego samego dnia, tj. 16 lipca 2010 r., na spotkaniu z powodem, pozwana przedstawiła powodowi nowego inspektora nadzoru, S. K..

Strony wcześniej prowadziły rozmowy na temat zaproponowanych metod usunięcia przez powoda stwierdzonych wad.

W dniu 21 lipca 2010 r. pozwana skierowała do powoda pismo, w którym wskazała, iż oczekuje usunięcia istotnych wad związanych z niewłaściwą wysokością balustrad oraz długości poręczy balustrad i wskazała, że jedynym właściwym sposobem usunięcia wad byłoby wykonanie przedmiotu umowy od nowa i od tego żądania pozwana nie odstępuje. Pozwana wskazała także, że akceptuje próbę usunięcia przez powoda na jego własne ryzyko i koszt tych wad w inny sposób, co nie oznacza, że pozwana godzi się na zmiany w projekcie.

Pismem z dnia 30 lipca 2010 r. powód M. A. jako wykonawca poinformował pozwaną Wspólnotę Mieszkaniową o zakończeniu w dniu 3 sierpnia 2010 r. prac remontowych zgodnie z zawartą umową nr (...), wskazując, że prace remontowe wykonano zgodnie z uzgodnieniami, posiadaną wiedzą techniczną oraz sztuką budowlaną.

3 sierpnia 2010 r. kierownik budowy E. D. umieścił wpis w dzienniku budowy informujący o zakończeniu prac objętych projektem technicznym oraz wytycznymi autora projektu z dnia 17 lipca 2010 r. wpisanymi do dziennika budowy. Jednocześnie wpis zawierał zgłoszenie do odbioru z wnioskiem do inwestora o wyznaczenie terminu odbioru.

W dniu 7 sierpnia 2010 r. umieszczono w dzienniku wpis, że z dniem 15 lipca 2010 r. funkcję inspektora nadzoru przejął S. K..

W dniu 11 sierpnia 2010 r. S. K. zamieścił w dzienniku budowy wpis, w którym wskazał, że stwierdza nieprawidłowości wykonanych robót i niezgodności formalne, w związku z czym nie wyraża zgody na odbiór. We wpisie nie zostało wskazane o jakie nieprawidłowości chodzi.

13 sierpnia 2010 r. wpis w dzienniku budowy dokonał poprzedni inspektor nadzoru, M. S. (1), który potwierdził zgodę na zastosowany przez wykonawcę sposób montażu płyt bez otworów fasolowych.

10 sierpnia 2010 r. został dokonany odbiór wewnętrzny klatek nr 44, 46, 48, 50, 52, w budynku pozwanej Wspólnoty. Przegląd został wykonany na wszystkich balkonach, dokonano oceny istniejących wad, zarówno tych, w odniesieniu do prac, które zostały wykonane zgodnie z projektem, jak i tych, które nie zostały zamieszczone w projekcie, a mianowicie prac związanych z wykonaniem drewnianych nakładek. Uwidocznione w kartach wady to m.in. odkształcenie od płaszczyzny pionowej płaszczyzny balustrady.

W sporządzonych w sierpniu kartach przeglądu uwidocznione są poprawki dokonane przez wykonawcę - powoda.

Pismem z dnia 11 sierpnia 2010 r. powód M. A. poinformował Wspólnotę Mieszkaniową, że nie będzie ponosić odpowiedzialności za ewentualne usterki i uszkodzenia mogące powstać podczas eksploatacji balkonów przy ul. (...) w G., które mimo braku odbioru przez inwestora, były wykorzystywane przez lokatorów.

Pismami z dnia 11 sierpnia 2010 r. pozwana Wspólnota poinformowała powoda, że podejmie czynności zmierzające do potwierdzenia faktu zakończenia robót w dzienniku budowy i wskazała „przypominamy również o naszym stanowisku, wyrażonym na spotkaniu dnia 16 lipca 2010 r. i przesłanemu Panu pisemnie pocztą e-mail w dniu 21 lipca 2010 r., „Jedynym właściwym sposobem na usunięcie istotnych wad (wysokość balustrady, długość balustrady) byłaby wymiana wszystkich balustrad balkonowych i od tego uprawnienia do żądania takiego działania zamawiający nie odstępuje (...)”. Pozwana wskazała, że brak sprzeciwu pozwanej co do montażu drewnianych pochwytów nie oznacza akceptacji takiego rozwiązania i zgody na zmiany w projekcie.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2010 r. powód M. A. ponownie wyjaśnił stronie pozwanej prawidłowość swoich działań związanych ze zgłoszeniem prac do odbioru oraz przedstawił dokumenty potwierdzające właściwe wykonanie montażu płyt (...). Powód podał, że zastosowana przez niego technologia montażu jest zgodna z instrukcją producenta, co wynika z pism otrzymanych od spółki (...).

Pismem z dnia 17 sierpnia 2010 r. pozwana zwróciła się do powoda wskazując, że oczekuje, że ujawnione w kartach przeglądu wewnętrznego przeprowadzonego w dniach 10-11 sierpnia 2010 r. wady i usterki zostaną do czasu ponownego zgłoszenia zakończenia i gotowości do odbioru końcowego, usunięte. Pozwana wskazała, że wszelkie odstępstwa od projektu technicznego, w szczególności dotyczące wadliwego wykonania i montażu balustrad balkonowych uznaje za wady przedmiotu umowy.

Pismem z dnia 25 sierpnia 2010 r. pozwana Wspólnota przypomniała powodowi, że zobowiązał się on jako wykonawca do zakończenia usuwania ujawnionych przez inspektora nadzoru S. K. usterek oraz zgłoszenia zakończenia robót i gotowości do ich odbioru końcowego.

30 sierpnia 2010 r. powód wystąpił z propozycją ugodowego zakończenia rozliczeń z pozwaną.

Pod koniec sierpnia powód M. A. zgłosił zakończenie robót i gotowość przeprowadzenia odbioru prac.

Inspektor nadzoru S. K. odmówił stwierdzenia gotowości do odbioru robót, z uwagi na brak załatwienia formalnoprawnej zgody na wprowadzenie istotnych zmian do projektu i istotne rozbieżności pomiędzy projektem a stanem wykonania robót.

31 sierpnia 2010 r. powód M. A. dokonał protokolarnego odbioru robót przy udziale projektanta M. S. (1) i kierownika budowy E. D.. W protokole wskazano, że podstawą jego wystawienia jest wpis w dzienniku budowy z dnia 3 sierpnia 2010 r. o zakończeniu prac podpisany przez kierownika budowy i wpis z dnia 2 sierpnia 2010 r. autora projektu stwierdzający wykonanie robót zgodnie z projektem technicznym i wytycznymi z dnia 13 lipca 2010 r. W protokole wskazano, że zamawiający od dnia 4 sierpnia 2010 r. w pełni korzysta z wykonanego przedmiotu umowy.

31 sierpnia 2010 r. powód M. A. wystawił fakturę VAT nr (...) za wykonanie remontu i zmiany kolorystyki elewacji od strony zachodniej na części budynku, wymianę balustrad balkonowych w budynku wielorodzinnym przy ul. (...) zgodnie z umową nr (...) z 12.05.2010 r. na kwotę 349.763,03 zł brutto.

Termin zapłaty został w fakturze określony na dzień 21 września 2010 r.

We wrześniu odbyło się zebranie pozwanej Wspólnoty, na którym postanowiono, że balustrady powinny być wymienione na wolne od wad, a wykonawcy powinno zostać obniżone wynagrodzenie stosownie do poniesionych przez Wspólnotę szkód na skutek wadliwego wykonawstwa.

Zarząd Wspólnoty wyliczył kwotę, o którą miało zostać obniżone wynagrodzenie w ten sposób, że uwzględniono koszty, które pozwana Wspólnota musiałaby ponieść na ewentualną wymianę pochwytów drewnianych na wykonane ze stali nierdzewnej oraz drugą metodą, uwzględniając koszty corocznych zabiegów konserwacyjnych zainstalowanych przez powoda pochwytów drewnianych wraz z trzykrotną ich całkowitą wymianą w okresie żywotności metalowej balustrady (25 lat). Wyliczona przez Zarząd Wspólnoty kwota opiewała na 110.000 zł.

Powód, w negocjacjach z pozwaną Wspólnotą, w dalszym ciągu stał na stanowisku, że wszelkie prace remontowe objęte umową wykonał zgodnie z projektem, umową i oczekiwaniami zamawiającego.

Pismem z dnia 20 września 2010 r. pozwana Wspólnota odesłała wystawioną przez powoda fakturę VAT nr (...) wskazując, że nie istnieją żadne podstawy faktyczne ani prawne do uznania za zasadne żądania powoda zapłaty kwoty objętej fakturą.

Pozwana wskazała w tym piśmie, że powód dokonał montażu płyt (...) niezgodnie z zaleceniami producenta, na dowód czego przedstawiła pismo producenta wraz z jego stanowiskiem co do montażu płyt (...) i wezwała powoda do usunięcia wad stwierdzonych w protokołach przeglądów, wcześniej doręczonych powodowi, w terminie 14 dni pod rygorem odmowy przyjęcia naprawy po upływie tego terminu i skorzystania z uprawnień przewidzianych w przepisach k.c.

20 października 2010 r. powód za pośrednictwem swojego pełnomocnika wezwał pozwaną Wspólnotę do zapłaty kwoty 349.763,03 zł brutto wynikającej z wystawionej faktury do dnia 29 października 2010 r.

W piśmie z dnia 10 listopada 2010 r. pozwana Wspólnota poinformowała powoda, że prace zostały wykonane niezgodnie z projektem technicznym architektoniczno- budowlanym, jak również z wytycznymi producenta płyty (...). Pozwana powołała się na możliwość powstawania wygięcia płyt wskutek ich nienależytego montażu oraz, że wadliwe wykonanie tych prac, a także wadliwy montaż pochwytów powoduje, że pozwana korzysta z zarzutu obniżenia ceny na podstawie art. 637§ 2k.c.

Pozwana wskazała, że wynagrodzenie umowne zostaje obniżone o kwotę 110.000zł, a więc o szacowany koszt usunięcia tych wad.

Część prac remontowych wykonano niezgodnie z projektem. Dotyczy to przede wszystkim wykonania balustrad w warsztacie bez wcześniejszego dokładnego sprawdzenia potrzebnych ich wymiarów w naturze i mocowania słupków balustrad do ścian i krawędzi płyt stropowych loggii.

Projekt przewidywał sprawdzanie rzeczywistych wymiarów balustrad przed ich wykonaniem. Powód tego nie uczynił, co spowodowało konieczność dopasowania mocowania słupków do krawędzi płyty stropowej i mocowania pochwytów do ścian loggi.

Powód błędnie zamocował dołem słupki balustrady do krawędzi płyty stropowej za pomocą kołków rozporowych – co nie zapewnia wymaganej nośności kołka na jego wrywanie.

Wykonanie przez powoda podwyższeń balustrad przez założenie pochwyków drewnianych jest złym rozwiązaniem ze względu na małą trwałość drewna. Już w roku 2013 pochwyki miały chropowatą powierzchnię. Wykonanie drewnianych pochwyków było wymuszone wadliwym montażem metalowych balustrad.

14 płyt (...) kwalifikuje się do wymiany ze względu na porysowania, zdeformowania podczas montażu, wystające wkręty nie zabezpieczone osłonkami .

Drewniane donice wykonano niezgodnie z projektem- drewno powinno być łączone na pióro/wpust, a nie na styk, powinny mieć obejmy na zewnątrz, ocynkowane wkręty i geowłókninę oraz plastikowe wkłady w środku.

Przywrócenie balustrad, donic i pochwyków do stanu zgodnego z projektem wymagałoby ponownego przeprowadzenia całości prac.

Według kosztorysu ofertowego wartość wykonania balustrad to 99.531,44zł netto, montaż płyt elewacyjnych- 58.770,40zł netto, a montaż i wykonanie donic drewnianych- 9.797,40zł netto- łącznie 168.099,24zł netto.

W ocenie Sądu Okręgowego powództwo okazało się niezasadne w całości.

Sąd wskazał, że powód domagał się zasądzenia od pozwanej Wspólnoty Mieszkaniowej (...) w G. kwoty 126.695,05 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 110.000 zł liczonymi od dnia 22 września 2010 r.

Sąd Okręgowy nie miał wątpliwości co do tego, że strony zawarły ze sobą umowę o roboty budowlane, mocą której powód M. A. zobowiązał się do wykonania zadania polegającego na remoncie i zmianie kolorystyki elewacji od strony zachodniej na części budynku wchodzącego w skład pozwanej Wspólnoty oraz wymiany balustrad balkonowych, w zakresie, w jakim przedmiotowe zadanie nie zostało zrealizowane przez poprzedniego wykonawcę, a pozwana Wspólnota Mieszkaniowa (...) w G. zobowiązała się za tak wykonany przedmiot umowy zapłacić wynagrodzenie w kwocie 341.203,03 zł brutto, z czego po zapłacie części wynagrodzenia do zapłaty pozostało 126.695,05 zł.

Powód M. A. w terminie określonym umową z dnia 12 maja 2010 r. wykonał prace remontowe zlecone mu przez pozwaną Wspólnotę, tj. wykonał elewację i wymienił balustrady balkonowe, twierdząc, że doszło do zmiany umowy w zakresie wykonania balustrad i pochwyków.

Pozwana twierdziła natomiast, że doszło, ze względu na wady, w szczególności na wady balustrad i pochwyków (oraz, jak ostatecznie sprecyzowała na rozprawie dnia 8 czerwca 2016r, również donic), do skorzystania przez pozwaną z żądania obniżenia ceny. Odnośnie sprecyzowania zarzutu obniżenia ceny z powodu wadliwego wykonania donic Sąd wskazał, że jego sprecyzowanie było czystą formalnością, ponieważ w odpowiedzi na pozew pozwana wskazywała na żądanie obniżenia ceny z powodu wad stwierdzonych w protokołach przeglądu, zaś wady donic w nich stwierdzono.

W ocenie Sądu Okręgowego zarzut obniżenia ceny okazał się słuszny. Sąd zaznaczył, że aż dwóch biegłych sądowych wskazało w swoich opiniach, że balustrady i pochwyki, a także donice wykonane są niezgodnie z projektem i niezgodnie ze sztuką budowlaną, z nietrwałych, szybko niszczących się materiałów. Sąd zauważył, że balustrady balkonowe są niskie w stosunku zarówno do obowiązujących norm, jak i projektu wyłącznie wskutek rażącego niedbalstwa powoda, który zaniechał tak oczywistej rzeczy, jak pobranie pomiarów z natury.

Zdaniem Sądu brak było powodów, aby uznać, że w niniejszej sprawie doszło w jakikolwiek sposób do zmiany umowy w ten sposób, że pozwana Wspólnota wyraziła zgodę na niezgodne z projektem wykonanie balustrad i pochwyków, tj. „ratowanie” istniejącej sytuacji przez zainstalowanie drewnianych pochwyków (niezgodnych z projektem, co z kolei zostało wymuszone przez wadliwe zamontowanie balustrad). Zmiany te niewątpliwie miały istotny charakter, przesądzały bowiem o trwałości materiałów i trwałości tej części przedmiotu umowy. § 18 umowy o roboty budowlane, którą zawarły strony, jednoznacznie wskazuje, że wszelkie zmiany do umowy wymagają dla swej ważności formy pisemnej. Obowiązkiem powoda było wykonanie prac zgodnie z projektem. Sąd zaznaczył, że zmiany w stosunku do projektu dla swej ważności wymagałyby formy pisemnej. Brak tej formy przesądzał o tym, że żadne ustne

uzgodnienia stron nie wywrą żadnego skutku w zakresie obowiązków stron wynikających z umowy. Zresztą zdaniem Sądu nie sposób uznać, że uzgodnienia takie w ogóle zaistniały, ponieważ zeznania świadków oraz stron nie były w tym zakresie zgodne i nie pozwalały na jednoznaczne uznanie, by osoby uprawnione do reprezentacji Wspólnoty Mieszkaniowej złożyły powodowi oświadczenia o wyrażeniu zgody na zmiany w stosunku do projektu w zakresie balustrad, pochwytów i donic. Jedyne osoby, które były w niniejszej sprawie uprawnione do negocjowania zmian umowy, to członkowie zarządu w liczbie co najmniej dwóch (sposób reprezentacji przewidziany w art. 21 ust 2 ustawy o własności lokali z dnia 24 czerwca 1994 r.). Sąd zaznaczył, że żadnego znaczenia dla łączącej strony umowy nie mają działania inspektora nadzoru, zważywszy na zakres kompetencji wynikający z art. 25 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U.2013.1409 j.t.). Sąd zauważył, że brak jest również podstaw do uznania, że w niniejszej sprawie zarząd wyraził zgodę w formie ustnej na zmianę umowy- H. P., wówczas Prezes Zarządu, zeznał, że „wydaje” mu się, że zgoda była, wspominał również o zgodzie projektanta post factum, a następnie zeznał „projektant jednego dnia uzyskał zgodę wspólnoty na zmianę barierek, a drugiego dnia nie uzyskał”, wskazywał, że były w tej sprawie rozmowy, że wspólnota zmieniała zdanie, że dokładnie nie pamięta komu ewentualnie zakomunikowano wolę wspólnoty w tym zakresie, co oznacza, że zeznania te nie są na tyle kategoryczne, żeby na ich podstawie dokonać szczegółowych ustaleń, że była zgoda wieloosobowego zarządu na wprowadzenie zmian do umowy zeznała właściwie tylko świadek A. K. (2) (o której H. P. zeznał, że często zmieniała zdanie), ale już S. K. podał, że „zgoda była wyrażona w luźnej rozmowie”, nie było jej na piśmie i nie została wpisana do dziennika budowy. M. S. (1) wskazywał natomiast „nie pamiętam, czy ktoś formalnie zatwierdzał te zmiany, czy były jakieś protokoły z tego. Wiem, że było to wykonane i nikt nie protestował”, co również wskazuje na ewentualny wyłącznie dorozumiany sposób uzgodnień, bardziej prawdopodobne jest jednak, również w świetle zeznań innych członków zarządu oraz w świetle brzmienia e-maila, że uzgodnień takich nie było. D. D., członek zarządu pozwanej, zeznała z kolei „my mu powiedzieliśmy, że nie zgadzamy się na drewno, ewentualnie na to drugie rozwiązanie” (drugim rozwiązaniem miał być specjalnie zabezpieczony metal)(...) i „ to na pewno nie było stanowisko zarządu, ponieważ zarząd nie wyraził na to zgody”. To samo wynikało z zeznań I. K., kolejnego członka zarządu pozwanej „my jako zarząd wówczas powiedzieliśmy, że nie wyrażamy zgody na drewniane nadstawki. My ewentualnie zgadzaliśmy się na montaż pochwytów ze stali nierdzewnej” (...), „ w międzyczasie było spotkanie wszystkich członków wspólnoty i nikt nie zaakceptował pochwytów drewnianych, nawet ze względu na jakość samych pochwytów”. W. P. zeznał zaś „oświadczyliśmy Panu A., że nie wyrażamy zgody na montaż drewnianych pochwytów (...).My powiedzieliśmy Panu A., że dopóki nie uzyskamy formalnej akceptacji ogółu właścicieli, on działa na własne ryzyko . Te ostatnie zeznania, tj. zeznania I. K., M. S. (1), D. D. i W. P. w połączeniu z faktem, o którym mówiła D. D., tj. że wybierane były takie materiały i produkty do wykonania balkonów, żeby wspólnota nie musiała inwestować przez najbliższych dwadzieścia lat, sprawiają, że prawdopodobna jest wersja, że żadnej ostatecznej zgody Wspólnoty nie było. Byłoby to zdaniem Sądu nieracjonalne rozwiązanie, gdyby nagle pozwana Wspólnota wyraziła zgodę na zastosowanie półśrodków w sytuacji, w której starannie i celowo wybierała materiały do wykonania prac. W tym kontekście zeznania A. K. (2) i H. P. co do istniejącej zgody na montaż drewnianych pochwytów Sąd uznał za odosobnione. Skoro nie było zgody pozwanej, wyrażonej przez uprawnionych do podejmowania decyzji co najmniej dwóch członków zarządu, i to zgody wyrażonej na piśmie, nie było podstaw do uznania, że pozwana zgodziła się na propozycję powoda i montaż uchwytych drewnianych do barierki balkonowych. Zgoda inspektora nadzoru M. S. (1), w ramach łączącego pozwaną i inspektora nadzoru stosunku umownego, jest zupełnie bez znaczenia, wobec tego, że inspektor nadzoru reprezentować Wspólnoty nie może. Jakies ewentualne indywidualne sygnały od członków zarządu pozwanej co do możliwości zmian w stosunku do projektu z tych samych przyczyn nie mają znaczenia- powód musiałby dysponować pisemną zgodą co najmniej dwóch członków zarządu, aby powoływać się na skuteczne dokonanie zmiany warunków umowy, tj. na odstąpienie od projektu.

Wobec tego Sąd uznał, że zarówno drewniane pochwytów, jak i wykonanie niewymiarowych balustrad to prace wykonane wadliwie i niezgodnie z projektem, na co wskazali w swoich opiniach biegli A. A. (2) i M. S. (2). Niezgodnie z projektem wykonano także drewniane donice, ponadto zastosowano wadliwy montaż płyt HML, który doprowadził do tego, że zostały porysowane i uszkodzone podczas montażu, wystają z nich również śruby.

Pozwana sporządziła z udziałem pracownika powoda karty przeglądu, w których powoływała się na istnienie ww. wad, również na wady donic, wady te od początku powodowi zgłaszała, przesyłając mu karty przeglądów, a w piśmie z dnia

20 września 2010 r. zakresliła termin do usunięcia wad i zagroziła, że po bezskutecznym upływie terminu nie przyjmie naprawy.

Po upływie tego terminu pozwana wskazała, że pomniejsza należne powodowi wynagrodzenie o szacowany koszt usunięcia wad. Kwestie te są w ocenie Sądu Okręgowego o tyle istotne, że przesądzają o tym, że pozwana skutecznie skorzystała ze swoich uprawnień określonych w art. 637 § 1 k.c. Sąd wskazał, że przepis ten został uchylony ustawą z dnia 30 maja 2014 r o prawach konsumenta (Dz. U. z dnia 24 czerwca 2014 r.), która w art. 51 zawarła normę intertemporalną, iż do umów zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Powyższe oznacza to że zastosowanie art. 637 § 1 k.c. jest konieczne w niniejszej sprawie, ponieważ umowa stron pochodzi sprzed wejścia w życie ustawy o prawach konsumenta.

Wskazując na treść art. 637 § 1 k.c. Sąd wskazał, że jeżeli dzieło ma wady, zamawiający może żądać ich usunięcia, wyznaczając w tym celu przyjmującemu zamówienie odpowiedni termin z zagrożeniem, że po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu nie przyjmie naprawy. Przyjmujący może odmówić naprawy, gdyby wymagała nadmiernych kosztów. Ewentualna „usprawiedliwiona” nadmiernymi kosztami odmowa naprawy nie pozbawia jednak pozwanej możliwości skorzystania z uprawnienia do żądania obniżenia wynagrodzenia. Uprawnienie to jest również niezależne od tego, czy w niniejszej sprawie czynności zmierzające do odbioru były w niniejszej sprawie właściwe czy też nie. Z art. 637 § 2 k.c. wynika, że gdy wady usunąć się nie dadzą albo gdy z okoliczności wynika, że przyjmujący zamówienie nie zdoła ich usunąć w czasie odpowiednim, zamawiający może od umowy odstąpić, jeżeli wady są istotne; jeżeli wady nie są istotne, zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. To samo dotyczy wypadku, gdy przyjmujący zamówienie nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Pozwanej służyło zatem wobec stwierdzenia istnienia wad, prawo do żądania obniżenia ceny. Ustalenie, czy wady są, czy nie są istotne, nie ma znaczenia, ponieważ nawet w przypadku uznania wad za nieistotne, zamawiającemu, wg jego wyboru, przysługuje prawo albo odstąpienia od umowy, albo żądania obniżenia ceny. Sąd wskazał, że wbrew pogładowi wyrażonemu w uzasadnieniu uchylonego wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie, powód nie jest zwolniony z odpowiedzialności z tytułu rękojmi na podstawie art. 557 § 2 k.c. i 563 k.c. Zgodnie z art. 557 § 1 i 2 k.c., sprzedawca jest zwolniony od odpowiedzialności z tytułu rękojmi, jeżeli kupujący wiedział o wadzie w chwili zawarcia umowy. Gdy przedmiotem sprzedaży są rzeczy oznaczone tylko co do gatunku albo rzeczy mające powstać w przyszłości, sprzedawca jest zwolniony od odpowiedzialności z tytułu rękojmi, jeżeli kupujący wiedział o wadzie w chwili wydania rzeczy. Zastosowanie tego przepisu do umowy o roboty budowlane na podstawie art. 638 § 1 i 656 § 1 k.c. jest niemożliwe, ponieważ ograniczyłoby odpowiedzialność wykonawcy wyłącznie do wad powstałych po odbiorze, co jest rozwiązaniem absurdalnym w przypadku umowy o roboty budowlane. Odpowiednie zastosowanie tego przepisu do umowy o roboty budowlane w ogóle nie jest możliwe, zwalniałoby bowiem wykonawcę od odpowiedzialności za wady stwierdzone przy odbiorze. Powód był również na bieżąco zawiadamiany o wadach, więc nie może powoływać art. 563 § 1 k.c. jako uzasadnienia zwolnienia powoda od odpowiedzialności za nie.

Sąd wskazał, że latem roku 2010 r. przeprowadzono przegląd prac, a w miesiącu sierpniu protokoły przeglądu doręczono powodowi- protokoły te zawierały opis wszystkich zgłoszonych w niniejszej sprawie, i stwierdzonych przez biegłych wad, następnie do powoda konsekwentnie kierowano pisma, wzywające do ich usunięcia i wskazujące, że jedynym sposobem usunięcia wad byłoby wykonanie wszystkich prac od nowa.

Sąd wskazał, że wobec powyższego należało określić kwotę, o którą miało zostać obniżone wynagrodzenie powoda. Sąd przyjął, że obniżenie wynagrodzenia wyznaczałyby koszty, które pozwana Wspólnota musiałaby ponieść na ewentualną wymianę pochwytyłów drewnianych, balustrad, płyt (...) i donic. Żeby ustalić, jaki to koszt, należało sięgnąć do kosztorysu ofertowego. Według kosztorysu ofertowego, sporządzonego przez samego powoda, wartość wykonania balustrad to 99.531,44zł netto, montaż płyt elewacyjnych- 58.770, 40 zł netto, a montaż i wykonanie donic drewnianych- 9.797,40zł netto- łącznie 168.099,24zł netto. Skoro koszt wykonania tych prac przez powoda od nowa wyniósłby 168.099,24 zł netto- zarzut obniżenia ceny, podniesiony przez pozwaną co do dochodzonej pozwem, niższej kwoty, doprowadził do oddalenia powództwa w całości, również co do żądania odsetkowego, które w ogóle nie powstało w związku ze skutecznym podniesieniem przez pozwaną zarzutu obniżenia ceny jeszcze przed wszczęciem procesu. W ocenie Sądu Okręgowego skuteczne podniesienie zarzutu obniżenia ceny, jako zarzutu

niweczącego roszczenie wywołuje skutek również w stosunku do roszczeń akcesoryjnych. Gdyby poglądu tego nie podzielić, i rozważyć, czy pozwana pozostawała w opóźnieniu i od kiedy, wskazać należy, że pismo z dnia 20 września 2010 r. pozwana zredagowała i wysłała jeszcze przed terminem płatności faktury, i w piśmie tym pozwana wezwała powoda do usunięcia wad stwierdzonych w protokołach przeglądów, wcześniej doręczonych powodowi, w terminie 14 dni pod rygorem odmowy przyjęcia naprawy po upływie tego terminu. Otworzyło to pozwanej drogę do skorzystania z uprawnień z art. 637§2 k.c. i w ocenie Sądu Okręgowego sprawiło, że pozwana nie pozostawała od tego momentu w zwłoce. Następnie pozwana podniosła zarzut obniżenia ceny w piśmie z dnia 10 listopada 2010r. Nawet gdyby nie podzielić poglądu, że za okres od 21 września 2010r do 10 listopada 2010r roszczenie odsetkowe nie powstało, zdaniem sądu z pewnością zniweczyło je najpóźniej pismo z dnia 10 listopada 2010 r, zaś skoro koszt usunięcia wad wg kosztorysu samego pozwanego znaczenie przekracza zarówno zarzut obniżenia ceny, spowodowany wyłącznie ewidentną niestarannością wykonawczą powoda, zasądzenie odsetek za ten okres byłoby sprzeczne z zasadą sprawiedliwości społecznej.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł powód, zaskarżając orzeczenie w całości, jednocześnie wnosząc o jego zmianę poprzez uwzględnienie powództwa w całości oraz zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kosztów postępowania za wszystkie instancje.

Powód zarzucił rozstrzygnięciu naruszenie:

1. art. 233 § 1 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej, nieuzasadnionej i wadliwej oceny dowodów zebranych w sprawie polegającej na mylnym przyjęciu, że:

- pozwana od początku zgłaszała powodowi wady donic, barierek i płyt (...) (s. 15 uzasadnienia);

- powód na podstawie umowy był zobligowany do pobrania w naturze obmiarów każdej balustrady, która miała być zamontowana; powód wadliwie zamontował wszystkie płyty (...) i donice;

- pozwana pismem z dnia 20 września 2010 roku określiła termin do usunięcia wad i zagroziła, że po bezskutecznym upływie terminu nie przyjmie naprawy oraz pismem z dnia 10 listopada 2010 roku złożyła oświadczenie o obniżeniu wynagrodzenia powoda.

II. art. 637 § 2 k.c. i art. 560 § 3 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. i 638 § 1 k.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. poprzez ich błędne zastosowanie polegające na określeniu kwoty obniżenia wynagrodzenia powoda poprzez odjęcie od łącznej kwoty jego wynagrodzenia sumy umownego wynagrodzenia za wykonanie balustrad, płyt elewacyjnych oraz donic, podczas gdy ewentualnie obniżone wynagrodzenie powinno pozostawać w takiej proporcji do wynagrodzenia wynikającego z umowy, w jakiej wynagrodzenie za prace z wadami pozostaje do umówionego wynagrodzenia za prace bez wad. Przy czym SO w żaden sposób nie uzasadnił przyjętego, pozakodeksowego i niedopuszczalnego sposobu obniżenia wynagrodzenia, a także nie dostrzegł, że również wyliczenia biegłego były wadliwe - a to w sytuacji, gdy pozwana nie sformułowała wniosku dowodowego w tym zakresie, a SO sugerując się twierdzeniami zawartymi w odpowiedzi na apelację starał się wyręczyć pozwaną - w konsekwencji apelujący zarzucił naruszenie zasady kontrydiktoryjności.

III. art. 359 § 1 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie polegające na nie zasądzeniu kwoty 16.695,05 zł stanowiącej skapitalizowane odsetki ustawowe od zapłaconej w dniach 5 i 6 kwietnia 2010 roku ze zwłoką kwoty 253.763,03 zł (pismo powoda z dnia 7 kwietnia 2011 roku wraz z załącznikami).

IV. art. 3, 6, 232, 217 k.p.c. w zw. z art. 155 § 1 k.p.c. poprzez ich błędne zastosowanie polegające na zadaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2016 roku przez Przewodniczącą, tuż przed zamknięciem rozprawy, sugerującego pytania „czy Państwo podnoszą kwestię nieprawidłowego wykonania donic jako uzasadnienie zarzutu obniżenia ceny?”, w efekcie czego pełnomocnik pozwanej odpowiedział „tak”.

Pismem z dnia 20 grudnia 2016 roku powód uzupełniając apelację, dodatkowo zarzucił rozstrzygnięciu naruszenie art. 233 § 1 k.p.c., art. 328 § 2 k.p.c., 284 k.p.c., 285 k.p.c., art. 560 § 3 k.c. poprzez dokonanie dowolnej, nielogicznej, nieuzasadnionej i wadliwej oceny dowodów zebranych w sprawie polegającej na:

- niedostrzeżeniu, że opinia biegłego M. S. (2) nie zawiera uzasadnienia zgodnego z zasadami logiki i doświadczenia życiowego w zakresie ustalenia proporcji z art. 560 § 3 k.c. i obniżenie wynagrodzenia powoda w oderwaniu od tego przepisu,
- niedostrzeżeniu, że biegły nie zapoznał się z dokumentacją projektową, a jego kosztorys pozostaje w oderwaniu od umowy stron, projektu, kosztorysu powoda i stanu faktycznego sprawy oraz samej opinii pisemnej,
- niedostrzeżeniu, że pozwana naruszyła konstrukcję płyt (...) oraz donic poprzez wadliwą eksploatację.

W odpowiedzi na apelację pozwana wniosła o jej oddalenie, a nadto o zasądzenie kosztów postępowania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda okazała się częściowo uzasadniona i skutkowałą wydaniem orzeczenia o charakterze reformatoryjnym.

Na wstępie wskazać należy, że postępowanie apelacyjne, jakkolwiek jest postępowaniem odwoławczym i kontrolnym, to jednakże zachowuje charakter postępowania rozpoznawczego. Oznacza to, że Sąd odwoławczy posiada swobodę jurysdykcyjną i kompetencję do ponownej samodzielnej oceny materiału procesowego, ograniczoną jedynie granicami zaskarżenia. Merytoryczny charakter orzekania Sądu II instancji polega więc na tym, że ma on obowiązek poczynić własne ustalenia i ocenić je samodzielnie z punktu widzenia prawa materialnego. Z tego też względu Sąd ten może, a jeżeli je dostrzeże - powinien, naprawić wszystkie stwierdzone w postępowaniu apelacyjnym naruszenia prawa materialnego popełnione przez Sąd I instancji i to niezależnie od tego, czy zostały one podniesione w apelacji, jeśli tylko mieszczą się w granicach zaskarżenia (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2000 roku, III CKN 812/98, Lex nr 40504).

W tym kontekście wskazania wymaga, że po dokonaniu własnej oceny materiału procesowego i dopuszczeniu dowodu z opinii biegłych na etapie postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny podziela wszystkie ustalenia Sądu Okręgowego, za wyjątkiem ustaleń dotyczących faktu skutecznego zgłoszenia przez inwestora wad w zakresie robót związanych z montażem donic – o czym mowa będzie poniżej.

Nadto ustalenia Sądu I instancji w wyniku postępowania dowodowego uzupełnionego przed Sądem II instancji należy uzupełnić o następujące okoliczności:

Powód niezgodnie z projektem wykonał i zamontował balustrady oraz wadliwie zamontował płyty (...) będące elementem wypełnienia balustrad.

Zgodnie z wykonanym projektem wysokość balustrady liczona od poziomu posadzki balkonu do wierzchu pochwyty powinna wynosić 110 cm. Długości balustrad przed ich wykonaniem winny być uzależnione od długości poszczególnych balkonów liczone między ścianami poprzecznymi loggii.

Wszystkie balustrady zostały wykonane wcześniej, zaś ich długość była jednakowa. Tym samym nie pasowały do rozpiętości poszczególnych loggii. W związku z powyższym na niektórych loggiach balustrady są o kilka centymetrów za długie bądź za krótkie.

Powód zastosował podwyższenie balustrady z pochwyty drewnianego do żądanej wysokości.

Ponieważ balustrady wystają poza loggię są narażone na warunki atmosferyczne i będą w przyszłości wymagały częstszej konserwacji niż balustrady zaprojektowane o konstrukcji stalowej.

Zamontowane pochwyty drewniane zostały wykonane ze złej jakości drewna, są popękane, z sękami, nie wyszlifowane wręcz chropowate i są zdeformowane. Niektóre sęki zostały zakołkowane innym materiałem.

Zamocowanie pochwyty do balustrady zostało wykonane nieprawidłowo wkrętami stosowanymi do wewnątrz pomieszczeń. Błędy w montażu pochwyty polegały w większości na nieprawidłowym ich łączeniu (przesunięcie się elementów względem siebie, nie na takiej samej wysokości, szczeliny między łączonymi elementami). Strzałka ugięcia pochwyty waha się z reguły od 5 aż do 14 mm.

Balustrady zostały zamocowane niezgodnie z projektem. Balustrady miały być mocowane do płyty balkonowej za pomocą czterech śrub. Z reguły były mocowane na dwie śruby ale był też przypadek gdzie balustrada była zamocowana na jedną śrubę. Powód zastosował kołki stalowe zamiast chemicznych i osadził je na różnej głębokości. W niektórych przypadkach gwinty kołków zostały obcięte, w innych przypadkach śruby zostały osadzone za głęboko uniemożliwiające podkładce antyodkręcającej się swoje zadanie.

Nie zastosowano kotew do montażu balustrad do dużych obciążeń przewidzianych w projekcie. Nie zastosowano wkrętów z łbem kulistym sześciokątnym z nakrętkami z gwintem odkształcalnym do montażu płyty (...) do konstrukcji wymaganych projektem. Zastosowano kołki rozporowe, które są rozwiązaniem wadliwym, ponieważ nie mogły zapewnić wymaganej nośności kołka na wyrwanie. Kołki nie są na tym samym poziomie ani góra ani dół, są osadzone po przekątnej, w wielu przypadkach nie posiadają 4 kołków rozporowych jak w projekcie (4 kotwy do dużych obciążeń) tylko mniej co osłabia stabilność balustrad. Z uwagi na zamontowanie mniejszej ilości kołków niż 4 szt, spowodowało odstawanie marek od czoła płyty. Środkowe słupki balustrady pracują jako wsporniki zamocowane dołem w płycie loggii. Zamontowane są nieprofesjonalnie. Mocowania pochwyty ze ścianami logii wykonane są też nieprawidłowo. Widoczne są miejsca gdzie balustrady są za krótkie, połączenia są maskowane silikonem. Kilka loggii nie ocieplono styropianem, ponieważ nie można by było zamontować balustrad gdyby ściany zostały ocieplone. Zamocowanie pochwyty do balustrady zostało wykonane nieprawidłowo wkrętami stosowanymi do wewnątrz pomieszczeń. Błędy w montażu pochwyty polegały w większości na nieprawidłowym ich łączeniu (przesunięcie się elementów względem siebie, nie na takiej samej wysokości, szczeliny między łączonymi elementami).

Odległość balustrad od czoła płyt loggii też nie została zachowana (powinna wynosić 4,00 cm). Odległość od posadzki logii bez płytek okładzinowych do wierzchu balustrady nie odpowiada założonej wysokości.

W wielu przypadkach płaszczyzna balustrady wystaje poza lico płyty balkonowej co stanowi zagrożenie upadku przedmiotów z loggii, a nawet może stanowić zagrożenie dla małych dzieci – projekt zakłada odległość 4 cm, zaś szczeliny są o szerokości 7,5 – 8 cm. Prawidłowe byłoby inne rozwiązanie konstrukcji balustrad oraz ich sposób mocowania nie do czoła płyty balkonowej.

Niedokładność wykonawstwa – różnice wysokości konkretnej balustrady sięgają 10 mm (różnica wysokości przy ścianie a wysokości w środku przęsła), co znacznie przekracza dopuszczalną tolerancję – 3 mm.

Oslony balustrad wykonano z płyt (...) grubości 8 mm, które zostały zamocowane nieprawidłowo co spowodowało ich odkształcenie. Płyty (...) w wyniku złego montażu są zdeformowane, uszkodzone, zabrudzone. Zostały zamocowane do konstrukcji stalowej stalowymi śrubami odmiennymi niż w projekcie wystającymi do wnętrza, które zabezpieczono plastikowymi nakładkami. W rzeczywistości płyty (...) mają wysokość 117 cm a winny mieć wysokość 120 cm.

Płyty (...) należy wymienić w mieszkaniach (...) - razem 14 balkonów.

Dowody: opinia uzupełniająca biegłego sądowego z zakresu budownictwa i wyceny nieruchomości M. S. (2) z dnia S. 22 kwietnia 2017 r. k. 1028-1040, odpowiedź na zarzuty stron postępowania zawartych w pismach z dnia 27 lutego i 15 maja 2018 roku sporządzona w dniu 30 czerwca 2017 roku przez biegłego sądowego z M. S. (2) k. 1085-1095, ustne wyjaśnienie biegłego M. S. (2) k. 1102 – 1104, opinia biegłego sądowego z dziedziny budownictwa i wyceny nieruchomości B. S. (2) z dnia 25 listopada 2017 roku k. 1133-1176, ustne wyjaśnienia biegłego B. S. (1) k. 1251-1253

Stopień wadliwości wykonania balustrad balkonowych wynosi – 100 % zaś montażu płyt elewacyjnych (...) 20 %.

Wartość wynagrodzenia ryczałtowego robót wg kosztorysu ofertowego wynosi 175.367,36 zł.

Wartość wynagrodzenia ryczałtowego z uwzględnieniem wad 49.004,93 zł.

Obniżenie wynagrodzenia powoda z tytułu wadliwości wykonanych prac ustalone zostało na kwotę 126.362,43 (175.367,36 zł - 49.004,93 zł).

Dowody: opinia biegłego sądowego z dziedziny budownictwa i wyceny nieruchomości B. S. (2) z dnia 25 listopada 2017 roku k. 1133-1176

Dokonując oceny materiału procesowego Sąd nie znalazł podstaw do podważenia dowodów z opinii biegłych sądowych – M. S. (2) oraz B. S. (2). Stwierdzić należy, że opinie zostały sporządzone nie tylko w oparciu o dokumenty znajdujące się w aktach sprawy, ale również po przeprowadzeniu oględzin nieruchomości. Każda z opinii sporządzonych w niniejszej sprawie uwzględnia całokształt materiału procesowego oraz zawiera wywody i wnioski odnoszące się wyczerpująco i dogłębnie do analizy prawidłowości (bądź jej braku) robót wykonanych przez powoda. Biegli szeroko uargumentowali poczynione przez siebie spostrzeżenia i wyciągnięte w opinii wnioski, ustosunkowując się szczegółowo do zarzutów zgłoszonych przez strony.

Sąd umożliwił stronom wyjaśnienie swoich wątpliwości poprzez przesłuchanie biegłych na rozprawie. W efekcie stwierdzić należy że opinia biegłych zawiera spójne logicznie i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego wywody i wnioski oparte o całokształt materiału procesowego zaś kompetencje i kwalifikacje biegłych jeśli chodzi o dziedziny, z perspektywy których oceniali materiał procesowy także nie budzą żadnych wątpliwości.

Dla porządku Sąd Apelacyjny zauważa jednak, że opinia biegłego M. S. (2) w zakresie, w jakim dotyczyła kosztów usunięcia wad robót wykonanych przez powódkę na rzecz pozwanej pozostawała bez związku ze zgłoszonym przez pozwaną żądaniem obniżenia wynagrodzenia i nie powinna stanowić podstawy rozstrzygnięcia w tym przedmiocie.

Przechodząc zatem do zarzutów zawartych w apelacji, w pierwszej kolejności rozważyć należy poruszane przez powoda kwestie dotyczące poprawności postępowania dowodowego. Dopiero bowiem przesądzenie poprawności procesu stosowania prawa w tej płaszczyźnie pozwala na ocenę zastosowania prawa materialnego.

Dlatego też odnosząc się zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. zauważyć należy, że stosownie do treści wskazanego przepisu sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Taka ocena, dokonywana jest na podstawie przekonań sądu, jego wiedzy i posiadanego doświadczenia życiowego, a nadto winna uwzględniać wymagania prawa procesowego oraz reguły logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i - ważąc ich moc oraz wiarygodność - odnosi je do pozostałego materiału dowodowego. Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu.

Granice swobodnej oceny dowodów wyznaczają w szczególności: obowiązek wyprowadzenia przez sąd z zebranego materiału dowodowego wniosków logicznie prawidłowych, ramy proceduralne (ocena dowodów musi respektować warunki określone przez prawo procesowe), wreszcie poziom świadomości prawnej sędziego oraz dominujące poglądy na sądowe stosowanie prawa. Swobodna ocena dowodów dokonywana jest przez pryzmat własnych przekonań sądu, jego wiedzy i posiadanego zasobu doświadczeń życiowych, uwzględnia wymagania prawa procesowego oraz reguły logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał

dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i - ważąc ich moc oraz wiarygodność - odnosi je do pozostałego materiału dowodowego.

Należy podkreślić, iż dopuszczenie się obrazy art. 233 § 1 k.p.c. przez sąd może polegać albo na przekroczeniu granic swobody oceny wyznaczonej logiką, doświadczeniem, zasadami nauki albo też na nie dokonaniu przez sąd wszechstronnego rozważenia sprawy. W tym drugim przypadku wyciągnięte przez sąd wnioski mogą być logiczne i zgodne z doświadczeniem życiowym, jednakże sąd czyni je w oparciu o część materiału dowodowego, a pozostałą część tego materiału, która pozwoliłaby na wyciągnięcie innych wniosków, pomija. Swobodna ocena dowodów rozumiana jak wyżej jest prawem sądu orzekającego - stąd kontrola prawidłowości tej oceny dokonywana przez sąd odwoławczy musi być z reguły ostrożna, pamiętać bowiem należy o tym, iż sąd odwoławczy w tym zakresie dokonuje prawidłowości oceny dowodów, których sam nie przeprowadził.

Przepis art. 233 § 1 k.p.c. jest naruszony, gdy ocena materiału dowodowego koliduje z zasadami doświadczenia życiowego lub regułami logicznego wnioskowania. Jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać choćby w równym stopniu na podstawie tego materiału dawały się wysnuć wnioski odmienne. Tylko w przypadku gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych, praktycznych związków przyczynowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona.

Sąd Apelacyjny podziela pogląd wyrażany w judykaturze, wedle którego niewątpliwie nie jest wystarczającym uzasadnieniem zarzutu naruszenia normy art. 233 § 1 k.p.c. przedstawienie przez stronę skarżącą własnej oceny dowodów i wyrażenie dezaprobaty dla oceny prezentowanej przez sąd pierwszej instancji. Skarżący ma obowiązek wykazania naruszenia przez sąd paradygmatu oceny wynikającego z art. 233 § 1 k.p.c. (a zatem wykazania, że sąd wywiódł z materiału procesowego wnioski sprzeczne z zasadami logiki lub doświadczenia życiowego, względnie pominął w swojej ocenie istotne dla rozstrzygnięcia wnioski wynikające z konkretnych dowodów).

Zaś dla skutecznego postawienia zarzutu wadliwości ustaleń wobec naruszenia normy art. 233 § 1 k.p.c. nie wystarcza samo twierdzenie strony skarżącej o nieprawidłowości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który jej zdaniem odpowiada rzeczywistości (przedstawienie przez skarżącego własnej, odmiennej od sądowej, oceny materiału procesowego i poszczególnych dowodów). Skuteczny zarzut naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów musi prowadzić do podważenia podstaw tej oceny z wykazaniem, że jest ona rażąco wadliwa lub oczywiście błędna (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 2004 r. IV CK 274/03, Lex nr 164852). Konieczne jest przy tym wskazanie przez skarżącego konkretnych przyczyn dyskwalifikujących wywody sądu I instancji w tym zakresie. W szczególności strona skarżąca powinna wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd analizując materiał dowodowy, uznając brak wiarygodności i mocy dowodowej poszczególnych dowodów lub niesłusznie im ją przyznając (por. wywody Sądu Najwyższego m.in. w orzeczeniach z dnia 23 stycznia 2001 roku, IV CKN 970/00, Lex nr 52753; z dnia 12 kwietnia 2001 roku, II CKN 588/99, Lex nr 52347; z dnia 10 stycznia 2002 roku, II CKN 572/99, Lex nr 53136).

Przenosząc te rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że skarżący w przeważającej części nie sprosttał powyższym wymogom skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Przede wszystkim powód nie wskazał, w czym upatruje uchybień Sądu w zakresie dokonanej oceny dowodów, na czym polegała wadliwość stanowiska zaprezentowanego w uzasadnieniu, które z reguły rządzących tą oceną zostały naruszone. Już wobec powyższego zarzut ten nie może prowadzić do oczekiwanego przez powoda skutku w postaci uznania oceny dowodów, dokonanej przez Sąd Okręgowy, za wadliwą. Powód zarzucając naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. nie wskazał żadnych dowodów, które to miały zostać ocenione z obrazą reguł zawartych we wskazanej normie prawnej.

W niniejszej sprawie pozwany w apelacji nie przedstawił argumentów podważających wnioskowanie Sądu Okręgowego, ograniczając się do ponownego przedstawienia własnych ocen. Nie wskazuje natomiast skarżący by ustalenia faktyczne (przyznanie wiarygodności poszczególnym dowodom) popadały w sprzeczność z zasadami logiki

lub doświadczenia życiowego lub nie znajdowały oparcia w materiale dowodowym. Skarżący nie wskazuje też na inne uchybienia przepisom postępowania dowodowego, które miałyby prowadzić do wadliwych ustaleń. W rezultacie zarzut ten uznać należy za bezzasadny.

Wyczerpując jednak argumentację zauważyć należy, że powód zarzucił sądowi I instancji błędne ustalenie, że pozwana zgłaszała powodowi wady. Znamionym jest to, że w treści uzasadnienia apelacji powód z jednej strony wskazuje, że nie zostało mu złożone oświadczenie w przedmiocie zgłoszenia konkretnych wad, z drugiej strony natomiast wskazuje, że wady takie były mu zgłaszane jednakże przez osoby nieuprawnione do składania oświadczeń w imieniu pozwanej.

Zauważyć zatem należy, że analiza materiałów zgromadzonych w aktach sprawy – w tym załączona do odpowiedzi na pozew treść korespondencji pomiędzy stronami – stanowi o tym, że powód był wielokrotnie informowany o stwierdzonych nieprawidłowościach w wykonanych pracach. Świadczyć o tym może również sposób postępowania powoda, który ustosunkowywał się do twierdzeń strony pozwanej i – jakkolwiek w sposób nieudolny – usiłował usunąć wskazywane przez inwestora wady.

Z treści korespondencji prowadzonej między stronami wynika, że pozwana zwracała uwagę, iż prace zostały wykonane nieprawidłowo m.in. poprzez montaż barierek o wysokości nieodpowiadającej przepisom prawa budowlanego w tym zakresie, a także wobec niezgodnego z instrukcją sposobu montażu płyt (...).

W treści pisma z dnia 21 lipca 2010 r. skierowanego do powoda, pozwana wskazała, że oczekuje usunięcia istotnych wad związanych z niewłaściwą wysokością balustrad oraz długości poręczy balustrad, zaznaczając przy tym, że jedynym właściwym sposobem usunięcia wad byłoby wykonanie przedmiotu umowy od nowa i od tego żądania pozwana nie odstępuje. Pozwana wskazała także, że akceptuje próbę usunięcia przez powoda na jego własne ryzyko i koszt tych wad w inny sposób, co nie oznacza, że pozwana godzi się na zmiany w projekcie.

Pismem z dnia 17 sierpnia 2010 r. pozwana zwróciła się do powoda wskazując, że oczekuje, że ujawnione w kartach przeglądu wewnętrznego przeprowadzonego w dniach 10-11 sierpnia 2010 r. wady i usterki zostaną do czasu ponownego zgłoszenia zakończenia i gotowości do odbioru końcowego, usunięte. Pozwana wskazała, że wszelkie odstępstwa od projektu technicznego, w szczególności dotyczące wadliwego wykonania i montażu balustrad balkonowych uznaje za wady przedmiotu umowy. Pozwana ponownie zwracała się do powoda mailem z dnia 25 sierpnia 2010 roku.

Pismem z dnia 20 września 2010 r. pozwana Wspólnota odesłała wystawioną przez powoda fakturę VAT (...) wskazując, że nie istnieją żadne podstawy faktyczne ani prawne do uznania za zasadne żądania powoda zapłaty kwoty objętej fakturą.

Pozwana wskazała w tym piśmie, że powód dokonał montażu płyt (...) niezgodnie z zaleceniami producenta, pozwana podniosła również, że zamontowanie płyt (...) niezgodnie z zaleceniami producenta naraża dodatkowo Wspólnotę na utratę uprawnień z tytułu gwarancji.

Działania powoda, który podjął próbę usunięcia wskazywanych przez pozwaną wad, świadczą o tym, że miał on świadomość zgłaszanych przez stronę pozwaną zarzutów dotyczących wadliwego wykonania projektu. Tym bardziej, że sam powód przyznał w apelacji, że zapoznał się z przesłanymi mu drogą mailową protokołami z dnia 9 lipca 2010 r.

Całkowicie niezrozumiały jest zarzut dotyczący braku obowiązku powoda w zakresie pobrania z natury obmiarów barierek przed ich montażem.

Ustalenia takie Sąd Okręgowy poczynił na podstawie opinii biegłych, których powód nie zdołał skutecznie podważyć. Ponadto jak słusznie zauważył Sąd I instancji obowiązek taki został sprecyzowany w dokumentacji projektowej tj. "w projekcie zatytułowanym „balustrada oznaczona jako typ 4 jest odbiciem balustrady oznaczonej jako typ 2”, poprzez wpisany wymóg „przed wykonaniem balustrady wymiary skorygować z natury”, którego to prawdziwości powód nie przeczył. Zatem nie wiadomo na jakiej podstawie został sformułowany powyższy zarzut.

Całkowicie niezrozumiały jest także zarzut błędnych ustaleń dotyczący tego, że pozwana pismem z dnia 20 września 2010 roku określiła termin do usunięcia wad i zagroziła, że po bezskutecznym upływie terminu nie przyjmie naprawy oraz pismem z dnia 10 listopada 2010 roku złożyła oświadczenie o obniżeniu wynagrodzenia powoda- skoro pismo o takiej treści znajduje się w aktach sprawy.

Przechodząc do kolejnego zarzutu wskazać należy, że wbrew twierdzeniom apelacji Sąd Okręgowy w żadnym miejscu nie wskazał, iż powód wykonał wadliwie wszystkie płyty (...). Z treści poczynionych przez Sąd I instancji ustaleń wynika, że do wymiany kwalifikuje się 14 płyt (...).

Sąd Apelacyjny uznał, za zasadny zarzut naruszenia art. 233§ 1 k.p.c. jedynie w części w której powód zakwestionował ustalenia dotyczące faktu zgłoszenia przez inwestora wad w zakresie robót związanych z montażem donic. Z akt sprawy – w tym przytoczonej powyżej korespondencji prowadzonej pomiędzy stronami wynika, że jedyne wady jakie pozwana zgłaszała powodowi to te dotyczące – wadliwego montażu barierek oraz płyt (...). pozwana natomiast w żadnym miejscu nie odnosi się do prac związanych z wykonaniem donic.

Odnosząc się natomiast do zarzutów sformułowanych w piśmie z dnia 20 grudnia 2016 roku, stanowiącym uzupełnienie zarzutów apelacji wskazać należy, że wszystkie zarzuty odnoszą się do opinii biegłych. Przypomnieć należy, że dowód z opinii biegłego jest dowodem o tyle specyficznym, że jego zasadniczym celem jest dostarczenie Sądowi tzw. wiadomości specjalnych (art. 278 k.p.c.) a więc informacji naukowych lub dotyczących wiedzy technicznej (branżowej), przekraczających swym zakresem zasób wiedzy powszechnej.

Dowód z opinii biegłego ma więc dostarczyć Sądowi wiedzy niezbędnej dla właściwej oceny materiału procesowego przedstawionego przez strony (w tym zwłaszcza innych dowodów) z perspektywy odpowiedniej dziedziny nauki lub techniki.

Dowód ten podlega ocenie na podstawie art. 233 §1 k.p.c., przy czym z uwagi na swoistość tego środka dowodowego, w orzecznictwie wypracowano szczególne kryteria jego oceny. Wskazuje się jednolicie, że opinia nie może podlegać ocenie Sądu w warstwie dotyczącej przedstawionych poglądów naukowych lub dotyczących wiedzy specjalistycznej nawet jeśli członkowie składu orzekającego taką wiedzę posiadają. Ocenie podlega wyłącznie zgodność z materiałem procesowym przyjętych założeń faktycznych, podstawy metodologiczne, transparentność, kompletność i spójność wyводу i wreszcie zgodność wniosków opinii z zasadami logiki, wiedzy powszechnej i doświadczenia życiowego.

Sfera dotycząca wiadomości specjalnych w rozumieniu normy art. 278 k.p.c. oceniana jest w sposób uwzględniający specyfikę (opisaną wyżej szczególnie rolę w procesie dowodzenia) dowodu z opinii biegłego.

Żadnych tego rodzaju argumentów nie przedstawiono, a nadto biegły słuchany na rozprawie bardzo szczegółowo i wnikliwie odnosił się do podnoszonych przez powoda zarzutów. Zatem sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw, by te zarzuty uwzględnić.

Natomiast zarzuty naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. nie poddają się kontroli instancyjnej, gdyż apelujący w żadnej mierze nie uzasadnił rzeczonych zarzutów, ograniczając się wyłącznie do przywołania powyższych przepisów.

Jedynie marginalnie sąd odwoławczy wskazuje, że zgodnie z tym przepisem, uzasadnienie wyroku powinno zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, a mianowicie: ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. W orzecznictwie jednolicie wskazuje się, że powołanie się na podstawę naruszenia w postaci art. 328 § 2 k.p.c. jest usprawiedliwione tylko wówczas, gdy z uzasadnienia orzeczenia nie daje się odczytać, jaki stan faktyczny lub prawny stanowił podstawę rozstrzygnięcia, co uniemożliwia kontrolę instancyjną (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2008 r., sygn. akt III CSK 315/07, niepubl., wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2008 r., sygn. akt III CSK 264/07, pub. OSNC-ZD 2008, nr 4, poz. 118, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2009 roku, sygn. akt I UK 21/09, LEX nr 515699). Inaczej rzecz ujmując, zarzut wadliwego sporządzenia uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia może okazać się zasadny tylko wówczas, gdy

z powodu braku w uzasadnieniu elementów wymienionych w art. 328 § 2 k.p.c. zaskarżone orzeczenie nie poddaje się kontroli, czyli gdy treść uzasadnienia orzeczenia sądu drugiej instancji uniemożliwia całkowicie dokonanie toku wyводу, który doprowadził do jego wydania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2009 roku, sygn. akt II PK 2010/08, LEX nr 523527, wyrok Sąd Najwyższego z dnia 16 grudnia 2008 roku, sygn. akt I PK 96/08, LEX nr 529754). Jedynie w takim wypadku uchybienie art. 328 § 2 k.p.c. może być uznane za mogące mieć wpływ na wynik sprawy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2008 roku, sygn. akt II PK 48/08, LEX nr 513006). Oznacza to, że nie każde uchybienie w zakresie konstrukcji uzasadnienia orzeczenia sądu drugiej instancji może stanowić podstawę do kreowania skutecznego zarzutu. Skarżący musi przy tym wykazać zaistnienie tego rodzaju wadliwości.

W rozważanej sprawie nie może być uznane za uzasadnione twierdzenie, że Sąd I instancji sporządził uzasadnienie wyroku w sposób nieodpowiadający wymogom omawianej regulacji. Sąd Okręgowy wbrew twierdzeniom apelującego dokonał oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w sposób szczegółowy wskazując, z jakich powodów określonym dowodom dał wiarę, a z jakich wiary tej odmówił. Ocena ta poprzedzona została rozważaniami odnoszonymi do zakresu przeprowadzonego postępowania dowodowego. W dalszej kolejności w uzasadnieniu wyroku zaprezentowane zostały ustalenia faktyczne z odwołaniem się do treści dowodów stanowiących ich podstawę. Sąd wreszcie w sposób precyzyjny wskazał na normy prawa materialnego znajdujące zastosowanie w niniejszej sprawie, przedstawił wypracowaną w orzecznictwie ich interpretację i w końcu przeprowadził proces subsumcji dając mu wyraz w pisemnych motywach.

W ocenie Sądu Apelacyjnego uzasadnienie więc zawiera wszystkie elementy konstrukcyjne wskazane w art. 328 § 2 k.p.c., pozwala ono w pełni określić motywy, którymi kierował się Sąd wydając zaskarżone rozstrzygnięcie. Samo nie podzielenie stanowiska zaprezentowanego przez Sąd I instancji nie uzasadnia sformułowania zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c.

Treść apelacji nie pozostawia wątpliwości, że kierunek rozstrzygnięcia niniejszej sprawy determinowany był oceną zasadności stanowiska Sądu I instancji w przedmiocie zasadności obniżenia wynagrodzenia powoda w związku z wadami przedmiotu umów w reżimie odpowiedzialności „rękojmianej”.

Przechodząc do oceny stanowiska strony pozwanej domagającej się o obniżenia wynagrodzenia, precyzyjnego ustalenia wymaga na wstępie charakter tego roszczenia i jego przedmiot.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie budzi wątpliwości, że podstawę prawną analizowanego roszczenia stanowi przepis art. 637 § 2 k.c. w brzmieniu przed jego (prawidłowo przywołany przez Sąd I instancji) w zw. z art. 656 § 1 k.c., stanowiący wyłączną podstawę dochodzenia roszczeń z tytułu wad fizycznych robót budowlanych (tak. M.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 stycznia 2004 r., III CKN 181/02).

W myśl przepisu art. 637 k.c. jeżeli dzieło ma wady, zamawiający może żądać ich usunięcia, wyznaczając w tym celu przyjmującemu zamówienie odpowiedni termin z zagrożeniem, że po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu nie przyjmie naprawy. Przyjmujący może odmówić naprawy, gdyby wymagała nadmiernych kosztów (§ 1). Gdy wady usunąć się nie dadzą albo gdy z okoliczności wynika, że przyjmujący zamówienie nie zdoła ich usunąć w czasie odpowiednim, zamawiający może od umowy odstąpić, jeżeli wady są istotne; jeżeli wady nie są istotne, zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. To samo dotyczy wypadku, gdy przyjmujący zamówienie nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. (§ 2).

Jak wynika z ustaleń Sądu Okręgowego powód nie usunął wad, za które ponosi odpowiedzialność. W razie odmowy usunięcia przez wykonawcę wad dzieła w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, powstaje po jego stronie uprawnienie do odstąpienia od umowy lub do żądania obniżenia wynagrodzenia wykonawcy w zależności od rodzaju wad (istotne lub nieistotne - art. 637 § 2 k.c.). Wady ujawnione w robotach wykonanych przez powoda są istotne i usuwalne, co jednak nie pozbawia powódki możliwości skorzystania z uprawnienia z tytułu rękojmi o obniżenie wynagrodzenia. Skoro bowiem w przypadku wad istotnych zamawiający może od umowy odstąpić, to tym bardziej

może żądać mniej - obniżenia wynagrodzenia. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2012 r., II CSK 183/12, Lex nr 1288629).

Istotą tego rodzaju uprawnienia - obniżenia ceny w oparciu o art. 637 § 2 k.c., jest przywrócenie pełnej ekwiwalentności świadczeń stron danej umowy. Wówczas w wyniku skorzystania z uprawnienia prawokształtującego przestaje obowiązywać dotychczasowe wynagrodzenie i jest ono ustalane na nowo oświadczeniem realizującego uprawnienia z tytułu rękoi (tu: inwestora). Jednocześnie zaakcentowania wymaga, że obniżone wynagrodzenie powinno pozostawać w takiej proporcji do wynagrodzenia wynikającego z umowy, w jakiej wartości rzeczy z wadą pozostają do wartości rzeczy bez wady. Żądanie przez uprawnionego obniżenia ceny powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku do niezwłocznego zwrotu kwoty, stanowiącej różnicę pomiędzy ceną umówioną a ceną wynikającą z jej obniżenia (o ile zapłata ceny już nastąpiła, tak jak w niniejszym przypadku). Nadto, w orzecznictwie został wyrażony pogląd, że uprawnienie do żądania obniżenia ceny nie przysługuje, jeżeli zachodzą znaczne trudności w wykazaniu stosunku, w jakim wartość rzeczy wolnej od wad pozostaje do jej wartości obliczonej z uwzględnieniem istniejących wad (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 1977 r., III CZP 11/77, podjęta w odniesieniu do rękoi przy umowie sprzedaży). Taka sytuacja nie występuje jednak w niniejszej sprawie, bowiem nie ma przeszkód, by stopień obniżenia wynagrodzenia został ustalony poprzez określenie niezbędnych kosztów wymagających poniesienia celem przywrócenia przedmiotu umowy do umówionego rezultatu, czyli usunięcia wad. Oczywiście koszty te nie mogą być nadmierne w stosunku do umówionego wynagrodzenia, skoro wykonawcy przysługuje prawo do odmowy usunięcia wad, o ile naprawa wymagałaby nadmiernych kosztów.

Z okoliczności niniejszej sprawy nie wynika, by koszt usunięcia przedmiotowych wad był nadmierny, szczególnie w odniesieniu do wysokości umówionego wynagrodzenia, czy też zakresu i rodzaju wad. Wezwany do usunięcia wad Powód w toku postępowania nie powoływał się nawet na tego rodzaju okoliczność.

Naprawienie szkody, jak stanowi przepis art. 363 § 1 k.c., powinno nastąpić, według wyboru poszkodowanego, bądź przez przywrócenie stanu poprzedniego, bądź przez zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej. Jednakże gdyby przywrócenie stanu poprzedniego było niemożliwe albo gdyby pociągało za sobą dla zobowiązanego nadmierne trudności lub koszty, roszczenie poszkodowanego ogranicza się do świadczenia w pieniądzu.

Możliwość skorzystania przez zamawiającego z przewidzianych w nim uprawnień uzależniona jest wszakże od uprzedniego ustalenia, że dokonał on notyfikacji (zgłoszenia) wad w terminie przewidzianym w art. 563 § 2 k.c. w zw. z art. 638 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. Zawiadomienie o wadzie pełni dwojaką funkcję: po pierwsze, zapobiega utracie uprawnień przez uprawnionego, a po drugie, otwiera jemu możliwość obrony przed roszczeniem kontrahenta (np. o zapłatę wynagrodzenia) w drodze podniesienia zarzutu (art. 568 § 3 w zw. z art. 563 k.c.). Brak takiego zawiadomienia, stosownie do powołanych wyżej przepisów, skutkuje definitywną utratą uprawnień z tytułu rękoi w zakresie wad, które winny być nim objęte. W ocenie Sądu Apelacyjnego, wbrew odmiennemu stanowisku powoda, skutek taki zaistniał w zakresie przedmiotowego żądania obniżenia wynagrodzenia.

Z treści art. 563 § 1 i 2 k.c. wynika, że obowiązkiem przedsiębiorcy jest zbadanie rzeczy w czasie i w sposób przyjęty przy rzeczach danego rodzaju oraz zawiadomienie kontrahenta o wystąpieniu wady niezwłocznie, zaś gdy wada wyjdzie na jaw później, zawiadomienie o wadzie niezwłocznie po jej wykryciu, pod rygorem utraty prawa powoływania się na wadę. Obowiązek ten materializuje się od chwili odbioru rzeczy przez zamawiającego (wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 23 marca 2004 r., sygn. akt V CK 363/2003). Przed odbiorem, uprawnienia z art. 637 k.c. nie mogą być realizowane, a to dlatego, że podstawę wszelkich roszczeń zamawiającego z tytułu wad fizycznych do chwili odbioru, stanowi dyspozycja art. 636 k.c. Nie jest przy tym tak, jakoby niezgłoszenie ujawnionych wad przed odbiorem, niweczyło możliwość powołania się na uprawnienia z tytułu rękoi określone w art. 637 k.c., w obrębie tych wad. Z istoty rzeczy, uprawnienie z art. 636 k.c. nie jest uzależnione od zgłoszenia istnienia wady w terminie określonym w art. 563 k.c. w zw. z art. 638 k.c., bowiem przewidziany w tym przepisie obowiązek zbadania dzieła aktualizuje się dopiero z chwilą jego oddania zamawiającemu. W trakcie wykonywania robót, zgłoszenie przez zamawiającego dostrzeżonej przez niego wady jest jego prawem, a nie obowiązkiem, z którego może skorzystać, chcąc np. zapobiec ich realizacji w nieprawidłowy sposób.

W świetle opisanych wyżej zasad oraz specyfiki przedmiotowej sprawy, przedmiot roszczenia pozwanej stanowić mogły wyłącznie te wady, które zostały zgłoszone stronie powodowej w drodze pisemnego oświadczenia. Zarzuty powoda jakoby pozwana nie wykazała, że w ogóle zgłosiła powodowi wady nie zasługują na uwzględnienie. W szczególności w powyższym zakresie powód wskazuje, że pozwana nie wykazała, aby takie oświadczenie woli zgłosili dwaj członkowie zarządu pozwanej Wspólnoty. Analiza korespondencji prowadzonej pomiędzy stronami wskazuje, że przede wszystkim pisma do powoda kierował Członek Zarządu W. P. , niemniej powód nie dostrzega, że otrzymał również dwa pisma podpisane przez 2 członków zarządu . W piśmie z dnia 17 sierpnia 2010r. (k. 222) pozwana wspólnota reprezentowana przez dwóch członków zarządu oczekuje usunięcia wad i usterek, co więcej z pisma wynika odwołanie się do spotkania w siedzibie wspólnoty w dniu 16 sierpnia 2010r. , zaś w zakresie wad odwołano się do kart wewnętrznego przeglądu dokonanych przez Inspektora Nadzoru w dniach 10-11 sierpnia 2010r. Podobnie 2 członków zarządu pozwanej wspólnoty podpisało pismo z dnia 25 sierpnia 2010r. (k. 224), które zostało sporządzone już po upływie wyznaczonego w pierwszym piśmie terminu do usunięcia wad. W konsekwencji nie sposób przyjąć, aby pozwana przez upoważniony do jej reprezentowania organ nie wzywała powoda do usunięcia wad, zwłaszcza, że w treści pisma odwołuje się do wadliwego wykonania i montażu balustrad balkonowych. Zatem nie sposób podzielić sformułowane przez powoda zarzuty w zakresie braku prawidłowego przez pozwana wad wykonywanych przez powoda prac. Analiza prowadzonej korespondencji pomiędzy stronami, spotkanie jakie miało miejsce w dniu 16.VIII.2010r. w siedzibie wspólnoty, a dotyczące wadliwości wykonywanych robót przez powoda w połączeniu z zeznaniami świadków, z treści których wynika, że rozmowy na temat w jaki sposób wady usunąć miały miejsce , przy czym prawidłowo Sąd I instancji w oparciu o analizę treści zeznań świadków oraz członków zarządu pozwanej wspólnoty wskazał, że nie sposób przyjąć, aby w istocie pozwana wyraziła zgodę w formie pisemnej na zmianę umowy w zakresie wykonania balustrad. Omówione przez Sąd I instancji sprzeczności w osobowych źródłach umowy w połączeniu z treścią umowy pisemnej zawartej pomiędzy stronami nie dają podstaw do przyjęcia, aby w istocie taka zgoda zwłaszcza w zakresie drewnianych pochwytów była.

Jak już wskazano powyżej Sąd Apelacyjny odmiennie aniżeli Sąd I instancji uznał, że nie doszło jednak do skutecznego zgłoszenia wad w zakresie prac związanych z zamontowaniem donic. Zgłoszenia wad winno być wyartykułowane jednoznacznie, a w tym zakresie pozwana odnosiła się ewidentnie do wysokości barierek, montażu pochwytów oraz płyt (...). Nie wystarczające tym samym jest ogólne odniesienie się do wad wynikających z protokołów przeglądu, zwłaszcza w kontekście korespondencji pomiędzy stronami gdzie była mowa o jedynie o wadach związanych z niewłaściwą wysokością barierek, niewłaściwym montażem pochwytów i płyt (...) (w kontekście wad).

W świetle poczynionych przez Sądy obu instancji ustaleń faktycznych, fakt istnienia usterek w robotach wykonanych przez powoda nie budził żadnych wątpliwości tutejszego Sądu. Okoliczność, iż w zakresie robót wykonanych przez powoda ujawniły się usterki wynika z dowodów zgromadzonych w aktach sprawy, w szczególności dowody z opinii biegłych sądowych z zakresu budownictwa. Powodowi nie udało się skutecznie obalić wartości i prawidłowości tych dowodów.

Należało zatem ustalić ich zakres oraz wartość, o jaką winno być w związku z tym obniżone wynagrodzenie.

Sąd Apelacyjny dysponował ponadto opiniami uzupełniającymi sporządzonymi przez biegłego sądowego M. S. oraz opiniami sporządzonymi przez biegłego sądowego B. S. (1). Opinie te potwierdziły istnienie usterek, na których istnienie powoływała się pozwana.

Jak wynika z opinii biegłego B. S. (1) stopień wadliwości wykonania balustrad balkonowych wynosi – 100 % zaś montażu płyt elewacyjnych (...) 20 %. Biegły uznał, że obniżenie wynagrodzenia powoda z tytułu wadliwości wykonanych prac ustalone zostało na kwotę 126.362,43 (175.367,36 zł - 49.004,93 zł).

W ocenie Sądu Apelacyjnego wskazania wymaga, że jakkolwiek rację ma powód, iż część płyt (...) została zamontowana przez niego w sposób prawidłowy, to jednak zdaje się on całkowicie nie dostrzegać tego, że płyty (...) stanowią element wypełnienia balustrady, stanowiąc element tej balustrady. Uznać bowiem należy, że płyta ta stanowi część składową balustrady w rozumieniu art. 47 § 1 k.c. Jako irracjonalne wobec powyższego ocenić należało żądanie powoda

zapłaty wynagrodzenia za tę część prac, skoro stopień wadliwości wykonania balustrad, poparty opinią biegłych ocenić należało na 100 %.

Okolicznością niesporną pozostawało to, że koszt wykonania donic wynosił 10.483,22 zł. W tym zakresie (wobec poczynionych powyżej uwag) Sąd Apelacyjny uznał roszczenie strony powodowej za zasadne, skoro nie sposób przyjąć, a by wady w powyższym zakresie w istocie zgodnie z wymogiem art. 563 k.c. zostały zgłoszone powodowi niezwłocznie po ich wykryciu .

W ocenie Sądu Odwoławczego zasadne okazały się również zarzuty dotyczące oddalenia roszczenia w przedmiocie zasądzenia odsetek od części należności uiszczonej przez pozwaną za prace wykonane prawidłowo.

Słusznie bowiem w treści apelacji podniósł powód, że skoro pozwana nie zgłaszała zastrzeżenia do części wykonanych przez powoda prac, to brak było podstaw do tego, aby nie wypłaciła mu z tego tytułu wynagrodzenia.

Powód skapitalizował odsetki ustawowe za opóźnienie od kwoty 253.763,03 zł w łącznej kwocie 16.695,05 zł. Oznacza to, że powód obliczył odsetki za okres poprzedzający dzień wniesienia pozwu, zsumował je, a następnie dodał do należności głównej i od tak otrzymanej kwoty zażądał odsetek od dnia wniesienia pozwu. Sąd żądanie to, w nawiązaniu do powyższych rozważań uznał za zasadne na podstawie art. 481 § 1 k.c. Pozwana nie negowała samego wyliczenia ani czasokresu, za który powód wyliczył odsetki za opóźnienie w zapłacie kwoty z tytułu wykonania remontu elewacji.

Jednocześnie Sąd wskazuje, iż powód nie domagał się zasądzenia odsetek za opóźnienie od skapitalizowanych odsetek, w trybie art. 482 § 1 k.p.c.

Z uwagi na częściowe uwzględnienie roszczenia powoda Sąd Apelacyjny zasądził ustawowe odsetki na podstawie art. 455 k.c. w zw. z art. 481 § 1 k.c., mając na względzie, że termin zapłaty wskazany w fakturze (...) upłynął z dniem 21 września 2010 r. Następnego dnia po tej dacie, w związku z niezaspokojeniem słusznego żądania powoda roszczenie w tym zakresie stało się wymagalne.

Wskazać należy, że od dnia 1 stycznia 2016 r. zmienił się sposób naliczania odsetek i w kodeksie cywilnym odmiennie uregulowano wysokość ustawowych odsetek kapitałowych od ustawowych odsetek za opóźnienie, wobec czego znaczenie ma okoliczność, czy zasądzone są odsetki kapitałowe, czy za opóźnienie. odsetki kapitałowe należą się od sumy pieniężnej (kapitału - art. 359 § 1 k.c.), natomiast odsetki za opóźnienie są swoistą karą za nieterminowe wykonanie zobowiązania (art. 481 § 1 k.c.) i są niezależne od odsetek kapitałowych. W niniejszej sprawie nie ulega wątpliwości, że chodzi o odsetki ustawowe za opóźnienie.

Sąd Apelacyjny w oparciu o art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 27.178,27 zł wraz z odsetkami ustawowymi od kwoty 10.48322 zł od dnia 22 września 2010 roku do 31 grudnia 2015 roku oraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty, oddalając żądanie powoda w pozostałej części. W pozostałym zakresie Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację jako bezzasadną.

Konsekwencją zmiany zaskarżonego wyroku co do istoty sporu, stanowiła konieczność jego reformacji także w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach.

Zważywszy na to, że w stosunku do wartości przedmiotu sporu strony utrzymały się ze swoimi stanowiskami procesowymi w proporcji: powód – 21 %, pozwana – 79 %, w takim też zakresie każda z nich była uprawniona do domagania się od strony przeciwnej poniesionych przez siebie kosztów procesu, podstawę orzekania o których stanowił art. 100 k.p.c. i zasada ich stosunkowego rozdzielenia.

Ostateczne rozliczenie wysokości tych kosztów zostało pozostawione referendarzowi sądowemu w oparciu o art. 108 § 1 k.p.c.

Odnosząc się natomiast do kosztów postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny uznał, że w postępowaniu apelacyjnym w sprawie wywołanej swoją apelacją powód wygrał w 21 % natomiast pozwana w 79 % – ich ostateczne rozliczenie także zostało pozostawione referendarzowi sądowemu w Sądzie Okręgowym w Szczecinie na zasadzie art. 108 § 1 k.p.c.

SSA A. Kowalewski SSA H. Zarzeczna SSO (del.) Z. Ciechanowicz