

Sygn. akt II Ca 979/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 stycznia 2013 r.

Sąd Okręgowy w Białymstoku II Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący:	SSO Beata Wojtasiak (spr.)
Sędziowie:	SSO Barbara Puchalska SSO Bogusław Suter
Protokolant:	st. sekr. sąd. Zofia Szczęsłowicz

po rozpoznaniu w dniu 20 grudnia 2012 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa M. W.

przeciwko K. S.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Rejonowego w Białymstoku

z dnia 6 września 2012 r. sygn. akt XI C 741/11

**I. zmienia zaskarżony wyrok:**

- a) **w punktach I i II – w ten sposób, że zasądzoną kwotę obniża do 19.176 (dziewiętnaście tysięcy sto siedemdziesiąt sześć) złotych z 13 % w stosunku rocznym od 6 września 2012 roku do dnia zapłaty,**
- b) **w punkcie III – w ten sposób, że zasądzoną kwotę obniża do 2.717,80 złotych,**
- c) **w punkcie IV – w ten sposób, że nakazuje pobrać na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Rejonowego w Białymstoku od powódki 325 złotych i od pozwanej 631,36 złotych, tytułem brakujących kosztów sądowych;**

**II. oddala apelację w pozostałym zakresie;**

**III. zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 483 złote tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego.**

# UZASADNIENIE

Po ostatecznym sprecyzowaniu powództwa powódka M. W. wniosła o zasądzenie od pozwanej K. S. kwoty 28.913,28 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty, a także o zasądzenie od pozwanej kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwana K. S. wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powódki kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

**Wyrokiem z dnia 6 września 2012 r. Sąd Rejonowy w Białymstoku zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 23.686,06 złotych z ustawowymi odsetkami od kwot: 1.475,06 złotych od dnia 9.09.2012 r. do dnia zapłaty oraz kwoty 22.211 złotych od dnia 6.09.2012 r. do dnia zapłaty, oddalając powództwo w pozostałym zakresie. Zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 3.962 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu oraz nakazał pobrać na rzecz Skarbu Państwa od powódki kwotę 172,15 złotych i od pozwanej kwotę 784,21 złotych tytułem zwrotu poniesionych w sprawie wydatków.**

Z ustaleń Sądu I instancji poprzedzających powyższe rozstrzygnięcie wynikało, że dnia 22 stycznia 2011 roku M. W. zawarła z pozwaną K. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą (...) K. S. w B., umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było postawienie fundamentów i wykonanie podpiwniczenia wraz ze schodami według załączonego projektu w J., Gm. S., nr działki (...) (I etap), pokrycie dachu, wykonanie obróbek blacharskich, foliowanie i łączenie, montaż okien dachowych oraz wykonanie kominów według załączonego projektu. Termin rozpoczęcia prac ustalono na 28 lutego 2011 roku. Termin zakończenia I etapu prac ustalono na 31 marca 2011 roku. Strony ustaliły, iż wartość robocizny w I etapie wyniesie 18000 zł brutto, zaś wartość materiałów – 14000 zł netto. Wartość prac związanych z II etapem miała zostać oszacowana według kosztorysu. Strony postanowiły też, że zapłata za materiały budowlane potrzebne do wykonania fundamentów oraz pokrycia dachu, wykonania obróbek blacharskich, foliowanie i łączenie, montaż okien dachowych w kwocie 40000 zł została dokonana w formie przelewu na rachunek bankowy wykonawcy do dnia 28 stycznia 2011 roku. W dniu 24 stycznia 2011 r. powódka wpłaciła ww. kwotę na konto pozwanej, celem dokonania zakupu materiałów.

Za bezsporną uznał również Sąd Rejonowy okoliczność, iż w toku realizacji umowy powódka zakupiła 3 m<sup>3</sup> desek do budowy fundamentów (szalunku) za kwotę 1280 zł, 10 ton żwiru za kwotę 150 zł, 18 szt. ryg za kwotę 450 zł, styropian, kleje, siatkę i dysperbit za kwotę 2023,32 zł, kleje do styropianu za kwotę 328,90 zł, 1,5 m<sup>3</sup> desek do schodów i stropu za kwotę 1000 zł, 60 ton grubego żwiru za kwotę 1200 zł, a także poniosła koszt wykonania wykopów pod fundamenty w kwocie 1290 zł i zasypywania fundamentów w kwocie 540 zł. Ogółem koszt prac i materiałów, który poniosła powódka pomimo zapłaty wynagrodzenia ryczałtowego, wyniósł 8262,22 zł. Pozwana nie zaprzeczała, iż powódka poniosła niniejsze wydatki, ale twierdziła, iż zostały one objęte osobnym porozumieniem. W związku z powyższym odmówiła zwrotu niniejszych kosztów na rzecz M. W..

Sąd I instancji ustalił ponadto, że pismem z dnia 15 lipca 2011 roku, doręczonym pozwanej dnia 20 lipca 2011 roku, powódka odstąpiła od umowy, wskazując, że pozwana bezpodstawnie opuściła teren budowy i zaprzestała wykonywania prac. Powódka powierzyła wykonania umowy innemu przedsiębiorcy. W związku z wykorzystaniem do dokończenia budowy dachówek zakupionych w ramach umowy z dnia 22 stycznia 2011 roku, powódka była zmuszona zapłacić od tego materiału podatek VAT w stawce 23 %, podczas gdy wykorzystanie materiału w toku budowy prowadzonej przez pozwaną umożliwiłoby zastosowanie stawki ośmioprocentowej. Różnica w wysokości podatku wyniosła 1475,06 zł.

Sąd Rejonowy wskazał, że strony prezentowały sprzeczne stanowiska co do jakości wykonanych prac, a także co do dodatkowych uzgodnień w przedmiocie zakupu przez powódkę materiałów budowlanych i usług o wartości 8.262,22 zł. Mając na uwadze zeznania przesłuchanych w sprawie świadków: M. P., R. B., W. M. oraz G. S. (1) Sąd przyjął, że powódka miała zastrzeżenia co do niezgodnych z planami rozmiarów budynku, użycia starych bloczków

do budowy fundamentów, konieczności finansowania dodatkowych robót i materiałów, pomimo uzgodnienia wynagrodzenia ryczałtowego. Nalegała ona na zmianę sposobu wykonania pokrycia dachowego i ustanowienie nadzoru inwestorskiego, zaś reprezentujący pozwaną G. S. (1) sprzeciwił się tym żądaniom i zaprzestał wykonywania prac, co w konsekwencji skutkowało złożeniem przez powódkę oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

Celem ustalenia nieprawidłowości w wykonaniu prac, Sąd Rejonowy dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa. W swojej opinii biegły sądowy A. M. stwierdził, że prace budowlane w zakresie fundamentów i podpiwniczenia budynku mieszkalnego w J. Gm. S., w dużej mierze zostały wykonane niezgodnie ze sztuką budowlaną oraz założeniami projektowymi. Niedociągnięcia te są wynikiem niewłaściwego zrealizowania szeregu prac przez wykonawcę oraz niedostatecznego nadzoru. Koszt związanych z naprawami wad wykonawczych, przenikaniem wody, czy też wartością usług i materiałów dostarczonych przez inwestora, kształtuje się następująco: 23322 zł w części obciążającej stronę pozwaną, 8286 zł w części obciążającej stronę powodową. Biegły stwierdził, iż materiały budowlane, które powódka dodatkowo zakupiła w związku z koniecznością ocieplania ścian piwnicznych i usługę zasypywania fundamentów, są elementami niezbędnymi i wchodzącymi w skład umowy z dnia 22 stycznia 2011 roku. Brak ścianek działowych w piwnicy biegły zaliczył do wad robót budowlanych. Podobnie ocenił niską jakość wykonanych murów fundamentowych z bloczków betonowych, wybrzuszenia zewnętrzne ścian betonowych, wykonanie schodów piwnicznych w sposób niezgodny z projektem, niezachowanie wymiarów projektowych co do długości domu i szerokości garażu, wadliwe wykonanie podłoża z kruszywa i betonu, a także schodów betonowych wejściowych do budynku, różnicę poziomów przy schodach piwnicznych oraz różnicę grubości żelbetowej płyty stropowej. Odnosząc się do problemu występowania wilgoci wody w piwnicy, biegły podkreślił też, że wbrew projektowi do izolacji zewnętrznej ścian piwnicznych zastosowano powłokę dysperbitu oraz folii. Drugi z wymienionych składników jest nieefektywny. Biegły nie wykluczył też wad wykonawczych podczas wykonywania izolacji. Zalecił odkopanie ław fundamentowych od strony zacieków, otynkowanie ścian zaprawą cementową oraz dokładne zaizolowanie połączenia ścian z ławami i samych ścian. Koszt naprawy wad wykonawczych biegły oszacował na kwotę 23970 zł i stwierdził, iż pozwana powinna ponieść go w 80 % (19176 zł), zaś powódka w 20 % (4794 zł). Koszt naprawy wad związanych z zawilgoceniem biegły oszacował na 4523 zł i stwierdził, iż pozwana powinna ponieść go w 25 % (1131 zł), zaś powódka w 75 % (3392 zł). Wartość prac i materiałów dodatkowo opłaconych przez powódkę biegły oszacował na kwotę 3015 zł.

Sąd I instancji nie znalazł podstaw, aby zakwestionować wiarygodność niniejszej opinii. Kierując się ustaleniami biegłego Sąd uznał, iż na skutek niewłaściwego wykonania zobowiązania powódka doznała szkody o wartości 19176 zł (tj. w wysokości odpowiadającej kosztowi naprawy wad wykonawczych w części przypadającej na pozwaną). Sąd nie uznał za wiarygodne wyjaśnienie pozwanej, iż powódka zgodziła się sfinansować zakup dodatkowych materiałów i usług o wartości 8262,22 zł. Strony zastrzegły w umowie wynagrodzenie ryczałtowe, które pozwala określić z góry koszt wykonania robót. Zdaniem Sądu Rejonowego, jeśli nawet powódka zgodziłaby się na podwyższenie ryczałtu, to z pewnością żądałaby pisemnego aneksu do umowy. Podkreślił, że powódka zakupiła materiały i usługi za poważną kwotę. Pokrycie przez nią tychże dodatkowych wydatków miało w ocenie Sądu na celu wyłącznie zapewnienie sprawnego przebiegu prac.

Sąd zaznaczył, że żądanie, aby powódka samodzielnie zakupiła dodatkowe materiały i usługi było zatem naruszeniem zobowiązania rodzącym odpowiedzialność kontraktową. Podobnie ocenić należało odmowę udzielenia zgody na nadzór inwestorski. Skorzystanie z tej instytucji jest uprawnieniem zamawiającego i nie stanowi podstawy do odmowy kontynuacji prac. Zdaniem Sądu, pozwana nie wywiązała się ze zobowiązania do wykonania II etapu robót, co z kolei zrodziło konieczność zatrudnienia innego wykonawcy i zapłaty wyżej stawki podatku od towarów i usług, stanowiącej szkodę w majątku powódki, do naprawienia której zobowiązana jest pozwana.

Biorąc powyższe pod uwagę, na mocy art. 647 k.c., 471 k.c., Sąd I instancji orzekł jak w sentencji.

O odsetkach rozstrzygnięto uwzględniając wniosek o ich zasądzenie od kwoty 1475,06 zł od dnia 9.09.2011 r. z mocy art. 481 kc. W tej dacie pozwanej znane już były granice szkody, wezwana też została przez powódkę do zapłaty kwoty odszkodowania. W zakresie pozostałej kwoty Sąd Rejonowy zasądził odsetki od dnia wyrokowania z uwagi

na fakt, że dopiero przeprowadzone w sprawie postępowanie dowodowe, w tym opinia biegłego, dały podstawy do ustalenia rzeczywistej wartości należnego powódce świadczenia. Z uwagi na powyższe roszczenie o zasądzenie odsetek od wcześniejszej daty Sąd uznał za niezasadne.

O kosztach procesu postanowiono w myśl przepisów art. 100 k.p.c. oraz art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

**Apelację od powyższego wyroku wywiodła pozwana, zaskarżając je w całości. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzuciła naruszenie:**

**- art. 492 k.c. poprzez uznanie, że w przedmiotowej sprawie zaistniały przesłanki uprawniające powoda do odstąpienia od umowy,**

**- art. 647 k.c. poprzez uznanie, że pozwany nie wykonał zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej budowli w sytuacji, gdy odbiór budynku przez kierownika robót został dokonany bez zastrzeżeń,**

**- art. 471 k.c. poprzez uznanie, że pozwany jest obowiązany do naprawienia szkody z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania w sytuacji, gdy powód nie skorzystał z przysługujących mu uprawnień reklamacyjnych,**

**- art. 9 ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego poprzez uznanie, że pomimo niedochowania obowiązku poinformowania pozwanej o wadach i usterkach strona powodowa miała prawo odstąpić od umowy i obciążyć pozwanego kosztami,**

**- art. 5 ust. 2 dyrektywy 99/44 poprzez uznanie, że pomimo niedochowania obowiązku poinformowania pozwanego o wadach i usterkach strona powodowa miała prawo odstąpić od umowy i obciążyć pozwanego kosztami,**

**- naruszenie przepisu prawa procesowego, a mianowicie art. 233 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów mającej wpływ na wynik sprawy polegające na dokonaniu pobieżnej i nie wszechstronnej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, błędnych ustaleń faktycznych sprzecznych z zasadami logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego, w odniesieniu do błędnego przyjęcia przez Sąd I instancji, że mimo zapisów § 5 łączącej strony umowy strona powodowa miała prawo odstąpienia od umowy i obarczenia pozwanego kosztami.**

**Podnosząc powyższe, pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego za I i II instancję według norm przepisanych, ewentualnie, o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.**

**Odpowiedź na apelację wniosła powódka, wnosząc o jej oddalenie oraz zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie przed Sądem II instancji.**

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

**Apelacja zasługiwała na częściowe uwzględnienie.**

Rozważenia w pierwszej kolejności wymagał charakter zawartej pomiędzy stronami umowy. Z przyjęcia przez Sąd I instancji za podstawę rozstrzygnięcia przepisu art. 647 k.c. wnosić należy, że w ocenie tego Sądu strony zawarły umowę o roboty budowlane. Aprobując taką ocenę Sąd Okręgowy zauważa, że stypizowana w kodeksie cywilnym umowa o roboty budowlane posiada – w stosunku do umowy o dzieło – takie cechy specyficzne jak wielkość

przedsięwzięcia, zindywidualizowane właściwości, zgodność realizowanej inwestycji z przepisami ustawy – prawo budowlane i wreszcie obowiązek współdziałania inwestora z wykonawcą w zakresie przygotowania i wykonania przedmiotu świadczenia przejawiający się w dostarczeniu projektu i przekazaniu terenu budowy. Zważywszy, że umowa stron takie cechy zawierała, to nie mogła być potraktowana jako umowa o dzieło, a tym samym nie mogła być oceniana w kontekście przepisu (...) k.c. w powiązaniu z przepisami ustawy z 27.07.2002 o szczególnych warunkach umowy konsumenckiej (Dz.U. 1414 poz 1176). Stąd też za chybione uznać należało zawarte w apelacji zarzuty naruszenia art. 9 w/w ustawy jak i art. 5 ust.2 dyrektywy 99/44.

Treść przedmiotowej umowy wskazuje, że rozdzieliła ona obowiązki stron na dwa etapy: pierwszy, związany z posadowieniem fundamentów i drugi, związany z wykonaniem pokrycia dachowego; pomiędzy tymi etapami prace związane ze wzniesieniem ścian wykonywać miała inna ekipa budowlana. Takie ukształtowanie umowy jest możliwe w przypadku świadczeń podzielnych i oznacza możliwość osobnego rozliczania każdego z etapów, co zresztą strony tej umowy też przewidziały. Sytuacja tego rodzaju ma znaczenie dla oceny zakresu i skutków odstąpienia od umowy, na które powoływała się strona powodowa.

Przypomnienia wymaga, że - stosownie do treści art. 491 par.2 k.c.- jeżeli świadczenia stron są podzielne, a jedna ze stron dopuszcza się zwłoki tylko co do jednej części świadczenia, uprawnienie do odstąpienia od umowy przysługujące drugiej stronie ogranicza się, według jej wyboru, albo do tej części, albo co do całej reszty niespełnionego świadczenia, ewentualnie do odstąpienia od umowy w całości, jeśli wykonanie świadczenia częściowego nie miałooby dla nie znaczenia. Z reguły przy umowach wzajemnych zasadą jest (art. 491 par.1 k.c.) określenie dodatkowego terminu do wykonania świadczenia, tym niemniej przepisy szczególne przewidują możliwość odstąpienia od umowy przez zamawiającego bez określenia dodatkowego terminu. Takim przepisem jest art. 635 k.c., który stanowi, że jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, by zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczania dodatkowego terminu od umowy odstąpić jeszcze przed wykonaniem terminu do wykonania dzieła. Ten przywilej przyznany zamawiającemu wynika stąd, że może on obserwować i oceniać rzetelność wykonawcy i prawdopodobieństwo dotrzymania terminu końcowego. Przyjął przy tym należy, że przy świadczeniu podzielnym realizacja tego przywileju ma zasadniczo skutek ex nunc więc obejmuje ten etap umowy, na którym nastąpiła zwłoka i etapy następne, chyba że z oświadczenia o odstąpieniu wynika co innego.

W przedmiotowej sprawie odstąpienie od umowy nastąpiło pismem z dnia 15.07.2011r., w którym jako podstawę odstąpienia wskazano pozwanej „bezpodstawne opuszczenie terenu budowy” i „zaniechanie kontynuowania prac pomimo kierowanych monitów” (k.22). Zdaniem strony powodowej to odstąpienie nastąpiło w trybie art. 635k.c. w zw. z art. 656 k.c. ze skutkiem ex nunc, a więc obejmującym II etap inwestycji (k.290 i 296) i umożliwiało realizację roszczeń odszkodowawczych w odniesieniu do obu etapów. Co do zasady stanowisko takie jest prawnie dopuszczalne.

Nie można jednak nie zauważyć, że powódka nie wykazała w sprawie niniejszej, by odstąpienie przez nią od umowy w trybie art. 635k.c. w zw. z art. 656 k.c. było skuteczne. W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że brak jest jakichkolwiek danych o porzuceniu budowy przez pozwaną. W polu widzenia mieć trzeba, że umowa w ogóle nie zawiera zapisu o dacie rozpoczęcia II etapu, taki zapis poczyniono tylko co do I etapu i to z zaznaczeniem, że prace mogą być ( faktyczne były) przesunięte ze względu na warunki atmosferyczne. Nie ma też zapisu o terminie zakończenia prac II etapu. Nie wiadomo też przy tym, kiedy i czy w ogóle powódka wezwała pozwaną do przystąpienia prac, związanych z realizacją II etapu. Analiza materiału dowodowego prowadzi raczej do wniosku, że strony po prostu rozwiązały umowę w zakresie II etapu, a ewentualne odstąpienie powódki może być postrzegane co najwyżej jako działanie w trybie art. 644 k.c. Do takiej oceny uprawniają zeznania świadków. I tak, z zeznań M. P. (k.52) wynika, że rozmowy z mężem pozwanej i z pozwaną odbyły się w dniach 22.06.2012r. i 28.06.2012r. Tematem rozmowy w dniu 22.06.2012r. był sposób wykonania obróbek blacharskich na dachu i wprowadzenie nadzoru inwestorskiego. Świadek zeznał, wprawdzie, że „pan S. powiedział, że nie będzie wykonywał dalszej części umowy na warunkach, na jakich chcieliśmy aby była prowadzona”, ale nie jest jasne jakie warunki wchodziły w grę, choć mogła to być m.in. kwestia nadzoru inwestorskiego. Zwrócić jednak należy uwagę, że umowa pisemna nie zawierała precyzyjnego opisu prac II etapu, co uzasadnia pogląd, że strony prowadziły dalsze ustalenia także w tej mierze i nie doszły tu

do porozumienia. Tak właśnie zeznał G. S., według którego nadto (k.93) w trakcie prowadzenia rozmów na temat budowy kominów powódka prowadziła równoległe rozmowy z inną ekipą i nie miała już woli dalszej współpracy, a każdym razie nie zażądała powrotu na budowę. Także z zeznań W. M. wynika (k.38), że „przerwa prac nastąpiła z inicjatywy inwestora”. Podkreślenia wymaga zeznanie M. P., który podał, że nie przypomina sobie, czy pozwana w dniu 28.06.2011 roku w ogóle zadeklarowała, że roboty nie będą nadal kontynuowane. W takiej sytuacji nieuprawnione było zawarcie w pisemnym odstąpieniu od umowy, wystosowanym przez powódkę w dniu 15.07.2011r. sformułowania o opuszczeniu przez firmę pozwaną terenu budowy i zaniechania kontynuowania prac. Należy też zauważyć, że w odpowiedzi na to pismo pozwana powołała się na rozwiązanie umowy za porozumieniem stron (k.34), co koresponduje ze zgromadzonym materiałem dowodowym i uniemożliwia przyjęcie, że pozwana porzuciła pracę bądź była w zwłoce.

To co zostało powiedziane powyżej oznacza, że nie mogło się zaktualizować roszczenie odszkodowawcze powódki w tej części, w której wiązało się ono z II etapem, a więc w zakresie zapłaty kwoty 1475,06 złotych. Brak dowodu na zwłokę pozwanej oznaczać musi brak podstaw do przyjęcia, że prace dachowe nie mogły być przez nią kontynuowane i że winna ona z tego tytułu zwrócić powódce różnicę w kwocie podatku VAT, wynikającą z odsprzedaży powódce dachówek z 23% -ym podatkiem VAT.

Natomiast odmiennie przedstawia się możliwość dochodzenia roszczeń odszkodowawczych za wady zaistniałe w trakcie I etapu inwestycji. Rozwiązanie umowy ze skutkiem *ex nunc* w żaden sposób nie zamknęło drogi do dokonania rozliczeń i realizacji wszelkich uprawnień zamawiającego w zakresie I etapu, który to etap został zakończony i odebrany. Jakkolwiek nie został sporządzony protokół odbioru, to jednak nie ulega wątpliwości, że odbiór prac tego etapu faktycznie został dokonany i wyrażał się zapłatą dokonaną przez powódkę. Wskazać tu należy, że sporządzenie protokołu odbioru nie jest bynajmniej jedynym dowodem dokonania odbioru (por. orz. SN z 12.05.1981r. II CR 136/81). W sprawie niniejszej brak jest przy tym danych świadczących o sygnalizowaniu wykonawcy wad w chwili odbioru, tj. w chwili zapłaty i o zamiarze powstrzymania się przez powódkę z dokonaniem odbioru. Jakkolwiek w dzienniku budowy znalazł się pod datą 27.05.2011r. zapis kierownika budowy o braku ścianek działowych w piwnicy, to jednak nie ma dowodów wskazujących, by wykonawca został o tym powiadomiony, zaś z zeznań M. P. wynika tylko, że były składane jakieś ustne reklamacje, nie wiadomo jednak kiedy konkretnie i czego właściwie dotyczyły, zaś zapłata ewidentnie nastąpiła po 27.05.2011r. Stan taki uprawnia do uznania, że I etap prac został definitywnie zakończony i że możliwe było rozpoczęcie robót budowlanych przez ekipę realizującą dalszy etap inwestycji.

Jednakże fakt niezgłaszania wad w chwili odbioru oczywiście nie zamyka drogi do późniejszego sformułowania roszczeń z tego tytułu. Nie ulega przecież wątpliwości, że z istoty umowy o roboty budowlane wynika, że wykonawca odpowiada za techniczny rezultat tych prac, przy czym od woli zamawiającego zależy jakiego rodzaju roszczeń będzie dochodzić, w szczególności czy będą to roszczenia odszkodowawcze czy z rękojmi (por. orz. SN z 3.10.2000r. I CKN 301/00). Oczywiście jest bowiem stwierdzenie, że wadliwe wykonanie robót budowlanych jest nienależytym wykonaniem zobowiązania. Jeżeli zatem wierzyciel poniósł na skutek takiego nienależytego wykonania zobowiązania szkodę, dłużnik jest obowiązany obowiązkiem jej naprawienia na zasadach ogólnych. Wierzyciel ma przy tym możliwość dokonania wyboru, może bowiem oprzeć swoje roszczenie wyłącznie na przepisach normujących odpowiedzialność kontraktową (art. 471 k.c.) albo też, nie rezygnując z uprawnień z tytułu rękojmi, dodatkowo dochodzić naprawienia szkody.

Obrona pozwanej w sprawie niniejszej sprowadzała się do przeciwstawieniu roszczeniu odszkodowawczemu powódki swoich uprawnień wynikających z udzielonej gwarancji. Zasadnie skarżąca zwróciła uwagę w apelacji, że Sąd I instancji nie odniósł się w żaden sposób do tej obrony.

Czyniąc w tej mierze własne ustalenia Sąd Okręgowy zauważa, że w paragrafie 5 umowy pozwana rzeczywiście udzieliła gwarancji na wszystkie wykonane prace budowlane na okres 36 miesięcy od daty odbioru, w ramach czego zobowiązała się do bezzwłocznego usunięcia na własny koszt wad i usterek stwierdzonych w okresie gwarancyjnym. Jakkolwiek gwarancja wygasa w przypadku skutecznego odstąpienia od umowy, to jednak w przedmiotowej sprawie, wobec uznania, że nie zostało wykazane przez powódkę, by jej odstąpienie z powodu zwłoki pozwanej było zasadne i skuteczne oraz w efekcie przyjęcia, że umowa została przez strony rozwiązana *ex nunc*, tj. w zakresie drugiego etapu,

uznać należało, iż nadal wiążące jest zobowiązanie gwarancyjne pozwanej. Tym niemniej błędne jest przeświadczenie skarżącej, że udzielona przez nią gwarancja czyni roszczenie odszkodowawcze powódki przedwczesnym.

Zarówno rękojmia jak i gwarancja ma chronić zamawiającego przed skutkami nienależytej jakości świadczenia. Taką samą rolę spełnia roszczenie odszkodowawcze, co oznacza, że to od woli zamawiającego zależy jaki środek ochrony uzna za najbardziej odpowiedni. Gwarancja nie jest modyfikacją ani rękojmi ani innego rodzaju odpowiedzialności wykonawcy lecz odrębną dodatkową formą zabezpieczenia interesów wierzyciela i w niczym nie uszczupla jego uprawnień. Należy podkreślić, że ustawodawca w przepisie art. 579 k.c. rozstrzygnął, że kupujący może wykonywać uprawnienia z rękojmi za wady fizyczne rzeczy, niezależnie od uprawnień wynikających z gwarancji. Jakkolwiek kodeks cywilny nie zawiera przepisu regulującego zbieg roszczeń odszkodowawczych i z gwarancji, to jednak oczywiste wydaje się, że także w tej mierze wybór pozostawiony być musi wierzycielowi, który dąży przeciw do zapewnienia ochrony swoich interesów w sposób optymalny. Odczytując na gruncie kodeksu cywilnego w ten sposób uprawnienia wierzyciela z umowy o roboty budowlane, Sąd Okręgowy zauważa, że gdy wolą ustawodawcy jest ograniczenie wierzycielowi w jakikolwiek sposób jego uprawnień, czyni to wprost – tak jak w przepisach ustawy z 27.07.2002 o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej. Nie ulega wątpliwości, że także umowa stron mogłaby wyłączyć uprawnienia wierzyciela z rękojmi i ograniczyć je tylko do roszczeń z gwarancji, bądź wprowadzić sekwencyjność uprawnień wierzyciela w razie zaistnienia wad, jednakże w przedmiotowej sprawie brak jest podstaw do uznania, że strony takiego ograniczenia dokonały; gdyby tak było umowa kładłaby nacisk na obowiązki zamawiającego w zakresie zgłaszania wad, tymczasem akcent został położony na zobowiązanie się wykonawcy do usunięcia wad w sposób nieuciążliwy dla zamawiającego. Tak więc uprawnione jest przyjęcie, że pozwana tylko dodatkowo udzieliła gwarancji na wykonane przez siebie prace i nie wyłączyła tą drogą innych uprawnień zamawiającego. Gwarancja zresztą ze swej istoty stanowi dodatkowe zastrzeżenie umowne, które, przynajmniej w zasadzie, powinno być rozumiane jako dopełnienie ustawowego reżimu rękojmi. Brak jest podstaw do przyjęcia, że w warunkach niniejszej sprawy było inaczej.

Z tych względów uznać należało, że roszczenie odszkodowawcze określone ostatecznie na kwotę 19.176 złotych nie było przedwczesne i pozostawało w związku z wadami stwierdzonymi przez biegłego w wykonanych przez pozwaną robotach budowlanych. Ocena opinii biegłego dokonana przez Sąd i instancji pozostaje pod ochroną art. 233 k.p.c., zwłaszcza, że żaden sposób nie została zakwestionowana w apelacji.

Natomiast roszczenie o zapłatę kwoty 8262,22 złotych Sąd Okręgowy uznał za niezasadne. W tej mierze Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska Sądu I instancji jakoby żądanie przez pozwaną, aby powódka zakupiła dodatkowe materiały i usługi było naruszeniem zobowiązania, rodzącym odpowiedzialność kontraktową. Nie negując tego, że wynagrodzenie określone w umowie miało charakter ryczałtowy, podkreślić trzeba, iż nie została tam wyodrębniona usługa dokonania wykopów pod fundamenty i wydatków z tym związanych. Ciężar dowodu w zakresie wykazania braku podstawy do poniesienia wydatków tego rodzaju, zastrzeżenia ich zwrotu oraz ziszczenia się przesłanek do odzyskania tych wydatków obciążał stronę powodową, a ona temu nie sprostowała. Nie ulega wątpliwości, że niezależnie od umowy pisemnej strony porozumiały się ustnie co do wstępnych prac związanych z urządzeniem wykopów – okoliczność ta wynika zarówno z zeznań M. P. jak i G. S.. Nie może tu mieć rozstrzygającego znaczenia – a tak przyjął Sąd Rejonowy - stanowisko powódki, że działała wyłącznie w celu zapewnienia sprawnego przebiegu prac, choć z pewnością to również stanowiło motywację jej działań. Jeżeli jednak powódka – jak twierdzi – wiedziała, że nie była zobowiązana do współpracy z pozwaną w fazie urządzania wykopów pod fundamenty, to nie może się obecnie ubiegać o zwrot tego świadczenia, choćby nawet oceniała je jako nienależne. Brak dowodów na to, że to pozwana miała przygotować teren pod fundamenty i zorganizować materiały związane z tą wstępną fazą prac sprawia też, że nie można jej postawić zarzutu nienależytego wykonania zobowiązania w tej mierze i, co za tym idzie, poszukiwać podstawy prawnej jej odpowiedzialności w przepisie art. 471 k.c. Gdyby w istocie umową stron i wskazanym w niej ryczałtem objęta była ta wstępna faza prac, to stosowne zapisy winny być zamieszczone w umowie, a nawet w razie ich braku ewentualne żądania pozwanej spotkałyby się z kategoryczną odmową powódki, która przecież niezwłocznie po zawarciu umowy przelała na konto pozwanej tytułem zapłaty za materiały kwotę 40.000 złotych (bezsporne). Za zgodne z zasadami doświadczenia życiowego należy przy tym uznać wyjaśnienie G. S. (k.92), że „ w zakresie żwiru ustalenia były takie,

że jeśli do murowania będzie się nadawać piasek i żwir z wykopu, to zostanie on wykorzystany, a jeśli nie, to inwestor miał dostarczyć wywrotkę żwiru.”

Uznając zatem, że wyłożenie przez powódkę kwoty 8262,22 złotych nastąpiło w efekcie ustnych uzgodnień pomiędzy stronami i nie stanowiło zmiany umowy pisemnej (dotyczyło innej fazy prac), Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że wydatek ten nie może być oceniany w kategoriach szkody, przez co powództwo w tej części podlegało oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji na podstawie art. 386§1 k.p.c.

O kosztach Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 100 k.p.c., rozdzielając je proporcjonalnie do wyniku sporu. Powódka, która wygrała spór w 66% (19.176 zł. : 28.913,28 zł). winna pokryć koszty procesu w części przegranej (34%). Całkowite koszty zamknęły się kwotą 7780 złotych (z czego powódka poniosła kwotę 5363 zł., w tym: opłata od pozwu 1446 zł, wydatki na opinię biegłego i wynagrodzenie pełnomocnika 2417 zł., zaś pozwana kwotę 2417zł tytułem wynagrodzenia swego pełnomocnika). Zważywszy, że powódka za postępowanie przed Sądem I instancji winna uiścić kwotę 2645,20 zł. (7780zł. x 34%), a uiściła kwotę 5363 zł., pozwana jest zobowiązana do zwrotu na jej rzecz nadpłaconej kwoty 2717,80 zł. (5363 zł. - 2645,20 zł.). Z kolei brakujące koszty sądowe za postępowanie przed Sądem I instancji zamykają się łączną kwotą 956,36 zł i powinny być pokryte przez powódkę w 34%, tj. do kwoty 325 zł., zaś w pozostałym zakresie 631,36zł przez pozwaną.

Pozwana, która zaskarżyła wyrok w zakresie kwoty 23.687zł przegrała postępowanie odwoławcze w 80%, tak więc powinna ona ponieść 80% kosztów wynikłych w tym postępowaniu. Złożyły się na nie: opłata od apelacji – 1185 zł i wynagrodzenie pełnomocników stron po 1200 złotych – łącznie 3585 zł., z czego pozwana winna pokryć 2868 złotych, a że wyłożyła tylko 2385zł, winna jeszcze dopłacić powódce różnicę w kwocie 483 złotych.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.