

Sygn. akt I ACa 33/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 marca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Hanna Nowicka de Poraj (spr.)
Sędziowie:	SSA Jerzy Bess SSA Marek Boniecki
Protokolant:	st.sekr.sądowy Urszula Kłosińska

po rozpoznaniu w dniu 24 marca 2015 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa **KPB (...) sp. z o.o. w K.**

przeciwko **(...) sp. z o.o. w W.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 2 października 2014 r. sygn. akt IX GC 390/12

- zmienia zaskarżony wyrok w ten tylko sposób, że zasądzoną w punkcie I, tytułem kosztów postępowania, kwotę 40 000 zł obniża do kwoty 32 398 zł (trzydzieści dwa tysiące trzysta dziewięćdziesiąt osiem złotych);**
- oddala apelację w pozostałej części;**
- zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 5 400zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

I ACa 33/15

UZASADNIENIE

Powód (...) spółka z o.o. w K. domagał się zasądzenia od pozwanego (...) spółka z o.o. w W. kwoty 536 658, 89 zł, z ustawowymi odsetkami liczonymi, od kwoty 100 000 zł, od dnia 26 listopada 2008 r i od kwoty 436 658, 89 zł od dnia 1 sierpnia 2011 r., tytułem zaległego wynagrodzenia za wykonane przez powoda, jako wykonawcę, na rzecz pozwanego, jako inwestora, roboty budowlane oraz zwrotu kaucji na zabezpieczenie napraw z tytułu gwarancji i rękojmi.

Sąd Okręgowy w Krakowie w dniu 11 maja 2012 r. wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym.

W sprzeciwie **pozwany (...) spółka z o.o. w W.** wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda kosztów procesu. Pozwany przyznał, że powodowi przysługiwała wierzytelność dochodzona pozwem, zarzucił jednak uległa ona umorzeniu w związku z potrąceniem przez pozwanego własnej wierzytelności w wysokości 900 000 zł. O taką kwotę pozwany obniżył wynagrodzenie powoda w związku z występującymi w obiekcie budowlanym następującymi wadami:

- 1/ korozji i odpadania farby oraz braku ocynku barierek i balustrad balkonowych (ok. 1 tys. metrów bieżących),
- 2/ przeciekania tarasów na pow. ok. 2 tys. m²,
- 3/ braku pasów nadrynnowych (ok. 5 tys. mb) powodujących przecieki dachu,
- 4/ wad okładziny elewacji drewnianej opisanych w protokole z 27 lipca 2011r.

W odpowiedzi na sprzeciw powód podtrzymał żądanie pozwu, wskazując, że: 1/ wady podniesione przez inwestora nie istniały lub zostały już usunięte przez wykonawcę, 2/ oświadczenie o obniżeniu wynagrodzenia zostało złożone po wygaśnięciu rękojmi i gwarancji.

Sąd Okręgowy w Krakowie wyrokiem z dnia 2 października 2014 r, IX GC 390/12, zasądza od pozwanej na rzecz powódki: kwotę 403 958, 89 zł, z ustawowymi odsetkami: 1/ od kwoty 100.000 zł od 26 listopada 2008r., i od kwoty 403.958,89 od 1 sierpnia 2011r. oraz koszty w wysokości 40.000 zł; W pozostałej części Sąd powództwo oddalił.

Rozstrzygnięcie powyższe zostało poprzedzone następującymi ustaleniami faktycznymi:

umowa

W dniu 12 czerwca 2006r. strony zawarły umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było wybudowanie przez powoda 67 segmentów mieszkalnych, 3 lokali usługowych i 74 miejsc parkingowych w W. w gminie Z.. Roboty miały zostać wykonane w oparciu o projekt budowlany dostarczony przez inwestora (§(...)umowy). Obejmowały one również wykonanie okładziny drewnianej ścian zewnętrznych (§ (...)). Termin zakończenia prac wyznaczono na dzień 15 lipca 2007r. (§ (...))Określono zryczałtowane wynagrodzenie 8.500.000 zł netto, przy czym zastrzeżono, że za niewykonane roboty wynagrodzenie nie przysługuje (§ (...))Zapłata wynagrodzenia miała następować w okresach miesięcznych na podstawie faktur częściowych wystawianych po zakończeniu i odbiorze poszczególnych etapów inwestycji zgodnie z załączonym do umowy harmonogramem. Ostateczne rozliczenie miało nastąpić na podstawie faktury końcowej wystawionej po końcowym odbiorze robót. Zapłata faktur miała następować w terminie 30 dni od daty ich doręczenia inwestorowi (§ (...)). Na zabezpieczenie roszczeń inwestora zastrzeżono kaucję gwarancyjną w wysokości 5% wynagrodzenia należnego na podstawie każdej wystawionej faktury VAT (§ (...)). Inwestor miał obowiązek dokonywać odbioru (pozytywnego lub negatywnego) robót zanikających w terminie do 2 dni roboczych od ich zgłoszenia (§ (...)). Przewidziano również odbiór końcowy, z którego miał zostać sporządzony protokół. Inwestor miał prawo zgłosić zastrzeżenia co do wykonania robót zarówno przed przystąpieniem do odbioru jak i w jego trakcie. W tej drugiej sytuacji usterki oraz terminy ich usunięcia miały zostać sprecyzowane w protokole końcowego odbioru (§ (...)). W umowie zastrzeżono kary umowne (§ (...))oraz prawo odstąpienia stron umowy w określonych przypadkach. Przy tym odstąpienie mogło nastąpić tylko w formie pisemnej pod rygorem nieważności (§(...))

W § (...)umowy wykonawca udzielił trzyletniej gwarancji, która zobowiązywała go do bezpłatnego usuwania zgłaszanych usterek. Okres gwarancji i rękojmi biegł od terminu końcowego odbioru robót. W umowie wyznaczono kierownika budowy w osobie A. G. oraz inspektora nadzoru w osobie członka zarządu pozwanej spółki (...) (§ (...))Zastrzeżono dla inwestora – w trakcie realizacji robót – prawo odrzucenia prac lub materiałów, które nie odpowiadałyby umowie i dokumentacji technicznej, a także prawo zarządzenia specjalnej kontroli jakości prac (§(...))Wszelkie zmiany umowy mogły być dokonywane jedynie w formie pisemnej pod rygorem nieważności (§(...))

W dniu 17 marca 2008r. rozpoczęto odbiór końcowy przez komisję, w której składzie uczestniczyli reprezentujący wykonawcę kierownik budowy A. G. i reprezentujący inwestora inspektor nadzoru P. K. (jednocześnie członek zarządu inwestora). Odbiór trwał do 31 lipca 2008 r., która to data zgodnie z postanowieniami umowy stanowi datę odbioru końcowego. Z odbioru sporządzono protokół.

W protokole odbioru strony postanowiły, iż poza kaucją 5% przewidzianą umową inwestor zatrzymała część wynagrodzenia tytułem zabezpieczenia kosztów usunięcia wad ((...)w wysokości 100.000 zł tytułem wady elewacji drewnianej w postaci odkształcania się desek (w terminie do 15 września 2008r.) i także w wysokości 100.000 zł tytułem wad dylatacji, w tym usunięcie skutków przecieków spowodowanych wadami dylatacji przez poprawienie tynków i malowania (do 29 sierpnia 2008r.).

Po końcowym odbiorze wykonawca wystawił końcową fakturę na kwotę 697.994,67 zł. Pozwany zapłacił o 200.000 zł mniej ze względu na dodatkową kaucję przewidzianą w (...) protokołu.

barierki i balustrady

Projekt nie przewidywał ocynkowania barierki i balustrad na balkonach i tarasach. W 2007 roku ocynkowanie nie było jeszcze uznawane za standardową metodę zabezpieczenia antykorozyjnego, aczkolwiek zanieczyszczenie powietrza w K. i okolicach, przede wszystkim związkami siarki, sprawiało, że tradycyjne metody zabezpieczenia (odpowiednie powłoki malarskie) nawet przy starannym wykonaniu wystarczały na co najwyżej 5-7 lat. Powód zamówił wykonanie barierki w Pracowni ślusarskiej J. i J. P.. Strony wspólnie z Pracownią ślusarską ustaliły, iż mimo braku takiego wymogu w projekcie barierki i balustrady zostaną ocynkowane bez dodatkowego wynagrodzenia. W wymaganym przez prawo budowlane oświadczeniu o zastosowanych powłokach powód oświadczył, iż zastosował ocynk ogniowy. Tymczasem część barierki nie została ocynkowana, aczkolwiek przede wszystkim brak ocynku dotyczył barierki zamówionych przez inwestora (nieobjętych umową stron).

Po zgłoszeniu przez inwestora początków korozji podwykonawca powoda w zakresie balustrad (Pracownia ślusarska s.c. (...)) pismem z 4 lipca 2009r. zaproponował powodowi likwidację początków korozji we własnym zakresie bez demontażu z jednoczesnym przedłużeniem okresu gwarancji. Ponadto wskazał, że wykonał w 80% ocynk ogniowy a w 20% proszkowy, co wg niego było uzgodnione ustnie z inwestorem. Pismem z 7 września 2009r. (...) ślusarska poinformowała powoda, że została usunięta z obiektu budowlanego podczas prac konserwatorskich balustrad. Pismem z dnia 20 października 2009r. powód zaproponował przemalowanie celem usunięcia korozji przy udzieleniu dodatkowej 3-letniej gwarancji.

Pismem z 22 marca 2010r. powód poinformował, że zgodnie z wezwaniem pozwanego zamierza rozpocząć prace naprawcze balustrad od dnia 25 marca 2010r. wg zaproponowanej technologii – wyczyszczenie rdzy, zabezpieczenie antykorozyjne, malowanie nawierzchniowe. Pismem z 10 czerwca 2010r. powód zgłosił do odbioru balustrady na poziomie II tarasu. Inwestor odmówił odbioru i zażądał usunięcia istniejących powłok i ponownego ocynkowania, co wymagało demontażu barierki i balustrad.

Koszt oczyszczenia z rdzy oraz ponownego zabezpieczenia antykorozyjnego i pomalowania barierki i balustrad wynosi 2.993,15 zł netto

przecieki z tarasów

W trakcie budowy, podczas narady koordynacyjnej, w dniu 27 kwietnia 2007r, powód zgłosił zalewanie robót przez wody opadowe oraz wezwał o rozwiązanie odwodnienia tarasów. Pismem z 2 lipca 2007r. wykonawca ponownie wezwał inwestora o rozwiązanie projektowe dotyczące odwodnienia tarasów.

W czasie odbioru końcowego (marzec-maj 2008r.) pozwany stwierdził wystąpienie przecieków i zawilgoceń dylatacji budynku i dlatego strony ustanowiły dodatkową kaucję (zatrzymaną część wynagrodzenia) 100.000 zł, tytułem zabezpieczenia kosztów usunięcia usterek dylatacji. Pismem z 18 września 2008r. pozwany poinformował, że pomimo

wykonanych prac naprawczych dylatacji na budynku nadal występują zawilgocenia i zacieki w coraz to innych miejscach.

Pismem z 6 października 2008r. powód poinformował pozwanego o zakończeniu prac usuwających wady dylatacji. Powód wskazał również, że przyczyną występujących przecieków jest zalewanie podczas opadów schodów zewnętrznych w sąsiedztwie segmentu (...), a nie wady dylatacji i ich izolacji. Pismem z 24 listopada 2008r. powód podtrzymał tezę, iż usunął wady będące podstawą zatrzymania dodatkowej kaucji.

Inwestor nadal zgłaszał przecieki, a wykonawca, pismem z 8 czerwca 2009r, wskazał, że przeciek tarasu nie jest wadą trwałą oraz że jego przyczyna nie tkwi w złej izolacji, ale jest skutkiem przecieku w fugach imitacji kamienia ułożonego na murkach, gdzie projektant nie przewidział ciągłości izolacji.

W okresie od 3 marca 2009 do 27 września 2010r. zgłaszane usterki w postaci przecieków były usuwane na bieżąco. Ostatecznie, w dniu 27 września 2010r, wpisem do dziennika budowy, zgłoszono do odbioru naprawę izolacji. Według powoda przyczyną zawilgoceń było nie uruchomienie wentylacji mechanicznej w garażach, natomiast przecieki na schodach zewnętrznych i murkach spowodowane były wadą projektu w postaci nieciągłości izolacji. Mimo nieuznawania swojej odpowiedzialności powód w celu uzyskania ciągłości izolacji wykonał izolacje na murkach nieprzewidziane w projekcie. Jednakże ciągłość izolacji jest zasadą sztuki budowlanej i obowiązkiem wykonawcy było zwrócenie inwestorowi uwagi na ten brak projektu przed wykonaniem murków.

Mimo poprawek i wykonania dodatkowych izolacji nieprzewidzianych w projekcie w czasie obfitych opadów na sufitach garaży pod tarasami pojawiają się zacieki, których przyczynę trudno jest stwierdzić, gdyż woda może migrować przez beton z różnych miejsc. Najbardziej prawdopodobną przyczyną zacieków są wady izolacji pionowej murków tarasów wykonane w ramach robót naprawczych mimo nieujęcia w projekcie. Koszt demontażu okładziny kamiennej murków, ułożenia izolacji na nowo oraz ponownego ułożenia okładziny wynosi 1.726,46 zł netto, a koszt poprawienia tynków uszkodzonych zaciekami wynosi 1.301,50 zł – razem 3.027,96 zł netto.

przecieki pokrycia dachowego

W trakcie budowy powód wpisem w dzienniku budowy zwrócił uwagę na zbyt mały spadek dachu, lecz pozwany nie zdecydował się na zmianę. W 2009 roku pozwany inwestor kilka razy zgłosił przecieki dachu. Przyczyną części przecieków były popękane dachówki, które ich dostawca wymienił w ramach gwarancji. Ponadto powód poprawił część swoich obróbek blacharskich. Co do części przecieków powód zarzucił, iż ich przyczyną było zaniechanie czyszczenia rynien z liści.

W latach 2010 – 2011 nie zgłaszano usterek pokrycia dachowego. Jednakże część obróbek blacharskich nadal jest nieprawidłowa, a wady obróbek kominów są przyczyną wciąż zdarzających się przecieków. Koszt doprowadzenia obróbek blacharskich do prawidłowego stanu wynosi 17.594,29 zł netto.

Projekt nie przewidywał pasów nadrynnowych i to nie ich brak jest przyczyną przecieków.

elewacja drewniana

W lipcu 2009r. wykonawca pozwał inwestora o zapłatę 100.000 zł tytułem zwrotu kaucji zatrzymanej na mocy protokołu odbioru końcowego do czasu usunięcia wad elewacji drewnianej. Prawomocnym wyrokiem z 29 czerwca 2010r. w sprawie IV.GC.946/09/S SR dla Krakowa-Śródmieścia uznał, że z tytułu wad elewacji inwestorowi przysługuje prawo do obniżenia wynagrodzenia o 10.745,11 zł i w tym zakresie oddalił powództwo uwzględniając je co do sumy 89.254,89 zł. Wadami będącymi podstawą obniżenia wynagrodzenia były odkształcenia, pęknięcia i rozstępy desek, wycieki żywicy i łuszczenie się lakieru.

Jednostronnym protokołem z 27 lipca 2011r. przedłożonym wykonawcy 1 sierpnia 2011r. inwestor zgłosił wady elewacji. Część z nich była wadami już uwzględnionymi w sprawie IV.GC.946/09/S, lecz były wśród nich także zacieki na deskach powstałe na skutek przecieków z tarasów oraz w trakcie robót naprawczych tarasu prowadzonych

przez powoda. Koszt malowania elementów dotkniętych zaciekami wynosi 350 zł, lecz w razie pomalowania całego fragmentu elewacji z deską dotkniętą zaciekiem koszt malowania może wzrosnąć do 2.000 zł netto.

korespondencja stron obejmująca wszystkie wady

Pismem z dnia 22 czerwca 2009 r. pozwany wezwał do usunięcia następujących wad: wymiany segmentowych bram garażowych, naprawy izolacji tarasów, naprawy utraty symetrii ułożonych płytek na tarasach, naprawy deskowania poziomego ścian elewacji budynku, wymiany wadliwie wykonanej ślusarki zewnętrznej (balustrady).

Pismem z dnia 13 lipca 2010 r. powód uszczegółowił usterki, które naprawił do dnia 30 czerwca 2010 r. i obiecał wykonanie pozostałych prac wskazanych w protokole z dnia 12 marca 2010 r. do końca lipca.

Pismem z dnia 28 lipca 2010 r. pozwany zgłosił i wezwał do usunięcia przecieku dachu na klatce nr (...) oraz naprawy uszkodzeń wymienionych w notatce z 20 lipca 2010 r.

W dniu 29 lipca 2011 r. pozwany wystąpił do Sądu Rejonowego w Krakowie (sprawa IV GCo 369/11/S) o zawiązanie do próby ugodowej co do zapłaty kwoty 900.000 zł tytułem obniżenia wynagrodzenia z powodu nieusunięcia w okresie rękojmi i gwarancji wad w wykonanych obiektach.

Kolejne spotkanie celem przeglądu odbyło się w dniu 17 sierpnia 2011 r. i w notatce stwierdzone zostało usunięcie wszystkich przecieków.

Pismem z dnia 14 lutego 2012 r. [k.138 – błędnie wpisano datę 14 grudnia 2012] pozwany potrącił kwotę 900.000 zł z tytułu zgłoszonego żądania obniżenia wynagrodzenia powodowi z powodu nieusunięcia w okresie rękojmi i gwarancji wad opisanych w pkt 3 pisma.

Pismem z dnia 22 lutego 2012 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kwot dochodzonych w niniejszym postępowaniu, tj. 100.000 zł kaucji zatrzymanej do usunięcia przecieków tarasów i 436.658,89 zł tytułem kaucji 5% potrąconej z kolejnych faktur.

Podstawę powyższych ustaleń faktycznych stanowiła, przede wszystkim, opinia biegłego, dowód z której został dopuszczony na okoliczność prawidłowości wykonania przez powoda robót budowlanych oraz kosztu usunięcia ewentualnych wad.

Sporny między stronami był, przede wszystkim, był przede wszystkim zakres wad izolacji tarasu. Sąd Okręgowy postanowieniem z 23 grudnia 2013r. pozostawił pozwanemu inwestorowi decyzję, w jakim zakresie chce odsłonić izolacje w celu wykazania ich wad. Sąd pominął późniejsze zastrzeżenia inwestora i wnioski o kolejną opinię. Pozwany twierdził, iż w okresie wyznaczonym w postanowieniu (do 15 marca 2014r.) nie występowały obfite opady deszczu. Jednakże inwestor mógł w oparciu o miejsca przecieków podczas poprzednich opadów ustalić prawdopodobne wady izolacji (np. przy pomocy wynajętych ekspertów) i odkryć te miejsca w terminie wyznaczonym przez sąd.

Pozwany podnosił, iż koszt usunięcia wad jest wyższy od tego co wskazał biegły. Jednakże pozwany nie kwestionował prawidłowości sporządzonych przez biegłego kosztorysów na roboty naprawcze. Pozwany inwestor twierdzi, iż w celu usunięcia wad należy wykonać inne roboty lub w szerszym zakresie, niż przyjął biegły. Zastrzeżenia te Sąd Okręgowy uznał za bezpodstawne.

Oceniając powyższe ustalenia faktyczne Sąd Okręgowy uznał, że powództwo zasługuje na uwzględnienie za wyjątkiem **32 700 zł**. W skład tej kwoty wchodzi: 1/ 23 615, 40 zł – jako koszt usunięcia wszystkich usterek (barierki - 2 993,15 zł, izolacja tarasów – 3027, 96 zł, obróbki blacharskie kominów – 17 594, 29 zł), 2/ 7 084, 58 zł – 30% kwoty wymienionej w punkcie 1, jako wynikająca z opinii biegłego zryczałtowana suma nakładów pracy inwestora na wykonanie powyższych napraw, 3/ 2000 zł – jako koszt malowania elementów elewacji dotkniętych zaciekami.

Elementu obniżenia wynagrodzenia w postaci malowania sąd nie podwyższył o 30%, gdyż suma 2.000 zł jest maksymalną, prawdopodobnie zawyżoną wartością malowania, co wynika z opinii. Obiekt został oddany w 2008r. i obecnie wymaga malowania nawet w razie braku zacieków. Suma 2.000 zł jest maksymalną sumą na pomalowanie elementów dotkniętych zaciekami. Koszt samego pomalowania desek z zaciekami wynosi 350 zł. W razie malowania całego elementu z przebarwioną deską koszt wzrasta do maksimum 2.000 zł. W razie malowania jednego elementu należy pomalować całą ścianę, gdyż inaczej będą się one różnić odcieniem. Inwestor powinien jednak koszt ten ponieść jedynie jak chodzi o malowanie miejsc z zaciekami.

Powód podnosił, iż ewentualne wady izolacji murków przy tarasach nie mogą być podstawą obniżenia wynagrodzenia, gdyż izolacji nie było w projekcie, a wykonawca wykonał ją dodatkowo bez wynagrodzenia, gdy tarasy zaczęły przeciekać już po odbiorze. Jednakże brak ciągłości izolacji Sąd Okręgowy uznał za oczywistą wadę projektu. W związku z tym przyjął, że obowiązkiem wykonawcy, którego ten nie dopełnił, było zawiadomienie inwestora o tej wadzie projektu (art. 651 K.c.). Skoro w ramach usuwania przyczyn przeciekania tarasów wykonawca podjął się wykonania izolacji nieprzewidzianej w projekcie, to powinien wykonać ją prawidłowo, a wady tej izolacji są podstawą obniżenia wynagrodzenia.

Pozwany żądał obniżenia wynagrodzenia o koszt demontażu barierek i balustrad i ich ocynkowania (co jest możliwe tylko w warsztacie) i ponownego zamontowania. Sąd Okręgowy tak ukształtowane żądanie uznał za bezzasadne. Sąd podkreślił, że projekt nie przewidywał ocynku. Zgoda wykonawcy na ocynkowanie nie doprowadziła do zmiany umowy, skoro § (...) umowy wymagał dla jej zmiany formy pisemnej pod rygorem nieważności. Zatem podstawą obniżenia wynagrodzenia nie może być koszt ocynkowania. Wykonawca istotnie nie ocynkował części barierek, jednakże do doprowadzenia barierek do stanu przewidzianego umową (tj. projektem) wystarczy oczyszczenie z rdzy i pomalowanie. Ponadto skoro barierki zostały już zamontowane, to wykonując uprawnienia z rękojmi inwestor ze względu na nadmierne koszty nie może żądać ich demontażu (art. 637 § 1 K.c.), a tym samym koszt demontażu i ocynkowania nie może być miarą obniżenia wynagrodzenia.

Za nieistotny dla rozstrzygnięcia uznał Sąd Okręgowy zarzut złożenia przez pozwanego inwestora oświadczenia o obniżeniu wynagrodzenia już po wygaśnięciu gwarancji i rękojmi. Taki zarzut byłby istotny w razie dochodzenia przez inwestora zwrotu zapłaconego wynagrodzenia. Jednakże w niniejszej sprawie obniżenie wynagrodzenia stanowi zarzut przeciwko żądaniu reszty wynagrodzenia i na podstawie art. 568 § 3 w zw. z art. 638 i 656 K.c. zarzut mógł zostać skutecznie podniesiony nawet po upływie 3 lat od odbioru, o ile tylko zawiadomienia o wadach były w terminie. O wszystkich wadach będących podstawą obniżenia wynagrodzenia inwestor zawiadamiał niezwłocznie po ich wykryciu, a wykonawca nie zarzucał spóźnionych zawiadomień.

Sąd Okręgowy przyjął, że brak pasów nadrynnowych nie stanowi, wbrew temu co twierdzi pozwany, wady budynku i nie obniżył wynagrodzenia o kwotę konieczną do ewentualnego zamontowania takich pasów. Sąd wziął pod uwagę, że projekt nie przewidywał takiego elementu. Zdaniem inwestora wykonanie tych pasów było wymagane przez zasady sztuki budowlanej; projekt nie musiał uwzględniać takiego detalu. Sąd zwrócił jednak uwagę, że pasy nadrynnowe są widoczne z zewnątrz, jeśli zatem, według pozwanego inwestora, obowiązkiem wykonawcy było ich wykonanie, to na podstawie art. 563 § 2 k.c. obowiązkiem inspektora nadzoru (był nim prezes inwestora) było sprawdzenie ich wykonania przy odbiorze (trwającym od 17 marca do 31 lipca 2008r.), czego pozwany nie wykonał. Inwestor przy odbiorze nie sprawdził wykonania pasów (ewentualnie wówczas uznawał, iż ich brak na części dachu nie stanowi wady) i utracił uprawnienia z rękojmi co do tej wady. Dlatego sąd na podstawie art. 227 K.p.c. zaniechała ustalenia, czy brak pasów w ogóle jest wadą.

Sąd Okręgowy, w oparciu o opinię biegłego ustalił, że przyczyną zgłoszonych przez inwestora przecieków z dachu są wadliwe obróbki blacharskie kominów, a nie brak pasów nadrynnowych. Dlatego obniżenie wynagrodzenia uwzględnia koszt poprawienia obróbek blacharskich kominów i pomija brak pasów nadrynnowych.

W protokole odbioru inwestor zobowiązał się do zapłaty części wynagrodzenia w wysokości 100.000 zł po usunięciu wad dylatacji. Wykonawca usunął wady dylatacji, o czym zawiadomił inwestora pismem z 6 października 2008r.

i wezwał go do zapłaty 100.000 zł pismem z 24 listopada 2008r. Dlatego na podstawie art. 481 k.c. wykonawcy przysługują odsetki od tej sumy od 26 listopada 2008r. Wprawdzie tarasy nadal przeciekały, lecz już z innej przyczyny: braku nieprzewidzianej projektem izolacji murków.

Pozostała część wynagrodzenia w wysokości 436.658,89 zł była płatna po zakończeniu okresu gwarancji i rękojmi w dniu 31 lipca 2011r. Ponieważ wynagrodzenie na podstawie art. 637 § 2 K.c. podlega zmniejszeniu o 32.700 zł, sąd zasądził 403.958,89 zł z odsetkami od 1 sierpnia 2011r.

Na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2014r. pozwany złożył kosztorys, który jego zdaniem prawidłowo wskazywał rodzaj i ilość oraz wartość koniecznych do wykonania prac naprawczych. Powyższe dokument Sąd Okręgowy uznał za twierdzenie powoda a nie za dowód mogący być podstawą ustaleń faktycznych w sprawie.

koszty

Koszty opinii w wysokości 6.530,82 zł zostały pokryte z zaliczki pozwanego, który wygrał w 6% i powód powinien zwrócić mu tę część kosztu opinii, tj. 391,80 zł. Koszty zastępstwa sąd ocenił na 2,5 stawki minimalnej, tj. 18.000 zł. Stosownie do wyniku sprawy pozwany powinien zwrócić powodowi 94% tej sumy, a powód pozwanemu 6%, tj. ostatecznie pozwany powinien zwrócić powodowi 88% z 18.000 zł, czyli 15.840 zł. Jako podstawę rozstrzygnięcia o kosztach Sąd Okręgowy wskazał przepisy art. 98 i 100 K.p.c. Pozwany powinien zwrócić powodowi opłatę 5% obliczoną od zasądzonej sumy, tj. 25.198 zł, oraz koszty zastępstwa 15.840 zł pomniejszone o część kosztów opinii 391,80 zł, czyli 40.000 zł po zaokrągleniu.

Wyrok Sądu Okręgowego, w części uwzględniającej powództwo, zaskarżył apelacją pozwany, zarzucając:

1/ naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez nieustalenie w sposób prawidłowy stanu faktycznego, w zakresie faktów mających dla sprawy istotne znaczenie i przyjęcie, że:

a/ rodzaj zabezpieczenia antykorozyjnego barierek został przesądzony przez projekt, podczas gdy projekt budowlany takiego detalu nie zawierał;

b/ część barierek została ocynkowana, podczas gdy wszystkie barierki wykonane w ramach umowy zostały ocynkowane, ale nie wszystkie posiadały powłokę antykorozyjną ogniową,

c/ wykonanie zabezpieczenia antykorozyjnego balustrad w technologii ocynku z powłoką ogniową było nieodpłatnym świadczeniem powoda, nieobjętym umową, podczas gdy potwierdzone zostało, że technologia wykonania balustrad została wybrana przez strony i wykonana według indywidualnej dokumentacji technicznej przyjętego rozwiązania,

d/ pozwany zażądał demontażu barierek, ich ocynkowania i ponownego montażu, podczas gdy pozwany żądania takiego nie zgłaszał, żądając wyłącznie obniżenia wynagrodzenia o kwotę potrzebną do usunięcia wady barierek, polegającej na braku umówionego rodzaju zabezpieczenia antykorozyjnego i doprowadzenia stanu barierek do stanu zgodnego z umową,

e/ pozwany wskazywał w procesie na wady barierek zamówionych przez siebie poza umową z powodem, podczas gdy pozwany wielokrotnie wyjaśniał, że w tym procesie zarzuca występowanie wad w barierkach wykonanych jedynie przez powoda, skutkiem czego biegły dokonywał oględzin i oceny wyłącznie barierek wykonanych przez powoda i nie wypowiadał się co do jakości wykonania innych barierek,

f/ elewacja z powodu upływu 6 letniego okresu od daty jej oddania powinna być odmalowana, pomimo braku poczynienia ustaleń co do aktualnego stanu tej elewacji i przyczyn tego stanu,

g/ przyczyną przecieków tarasów jest brak nieprzewidzianej projektem izolacji murków, podczas gdy biegły w opinii ustnej oświadczył, że przyczyna nieszczelności tarasów jest trudna do ustalenia i możliwa dopiero po zdjęciu (skuciu) wierzchniej warstwy wierzchniej tarasów, czego nie wykonano,

h/ występowały w projekcie błędy (między innymi brak ciągłości izolacji murków), podczas gdy z żadnego z dokumentów nie wynika, aby w toku procesu projekt poddano ocenie,

i/ pozwana nie kwestionowała prawidłowości sporządzonych przez biegłego kosztorysów, podczas gdy przedłożyła do akt, w pierwszej kolejności, zarzuty do opinii, a kolejno własne kosztorysy, w których to usunięcie tych samych wad, które biegły ujął w swojej opinii, zostały określone na 371 066, 65,

j/ koszt usunięcia wad barierek w sposób żądany w sposób żądany przez pozwaną jest nadmierny, choć kosztów tych nie ustalono, a nadto nie podano żadnej relacji, w jakiej koszty te są nadmierne,

2/ naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez naruszenie swobodnej oceny dowodów i wydanie orzeczenia, pomimo występujących w materiale dowodowym, w szczególności w opinii biegłego, nieścisłości i istotnych luk uniemożliwiających wyrokowanie i przyjęcie, że:

a/ brak jest odpowiedzialności powoda za skutki braku zabezpieczenie antykorozyjnego balustrad w technologii ocynku z powłoką ogniową, pomimo złożonego oświadczenia wykonawcy w trybie art. 10 w/w ustawy o wyrobach budowlanych, zawierającego zapewnienie o wykonaniu barierek z zastosowaniem ocynku ogniowego,

b/ zgłoszone przez pozwanego wady wykonawcze są tożsame z wizualnie widocznymi efektami tych wad,

c/ należało powiększyć kwotę wartości robót wynikającą z kosztorysu biegłego o 30% bez podania jakichkolwiek kryteriów, dla których wszystkie ceny w tym zakresie należało powiększyć o tę właśnie zryczałtowaną wartość,

d/ wykonana próba woda na losowo wybranym i niekwestionowanym przez strony obszarze 100 m², potwierdzająca wskazywaną przez pozwanego nieszczelną izolację, nie była podstawą do przyjęcia, że taka sama wada występuje w zakresie pozostałej, nieobjętej próbą wodną, powierzchni, tj. ok. 2 500 m² tarasów wykonanych w tej samej technologii i w tym samym czasie przez powoda,

e/ usunięcie zgłoszonej wady barierek, niewykonanych w określonej technologii, z trwałością antykorozyjną przewidzianą na 20 lat, powinno polegać na usunięciu powstałej korozji, ponownym zabezpieczeniu w antykorozyjnej technologii, nie zapewniającej już jednak efektów 20-letniej trwałości,

f/ ekwiwalentem barierek zamówionych przez pozwaną, wykonanych w określonej technologii z trwałości antykorozyjną przewidzianą na 20 lat, są barierki wykonane w innej, niezgodnionej technologii, zapewniające trwałość antykorozyjną na 7 lat,

g/ usunięcie potwierdzonej wady w postaci nieszczelności tarasów jest miejscowe, a do jej usunięcia wystarczające jest zamalowanie miejsc widocznych wycieków, nie zaś usunięcie przyczyny tych wycieków, choć biegły wyraźnie ocenił, że wobec wadliwej technologii wykonania izolacji wraz z upływem czasu, kolejne wady wobec nieusunięcia przyczyn będą się pojawiać;

h/ wyciek na elewacji widoczny w czasie oględzin biegłego jest sam w sobie wadą wykonawczą, podczas gdy wyciek był jedynie objawem i konsekwencją wady wykonawczej w postaci nieszczelności izolacji balkonowych usuwanych w ramach gwarancji przez powódkę;

i/ usunięcie wady elewacji wymaga tylko miejscowego i wybiórczego pomalowania, bez zachowania całokształtu kolorystycznego malowanej powierzchni,

j/ pozwana pozostaje zwolniona od skutków nieusunięcia wady elewacji w ramach rękojmi z tego powodu, że elewacja z racji upływu czasu i jej użytkowania nadaje się do powtórzonego malowania.

3/ naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. przez brak wskazania w uzasadnieniu wystarczających podstaw faktycznych i prawnych rozstrzygnięcia, w szczególności poprzez brak wskazania każdorazowo dowodów, na podstawie których Sąd I instancji dokonał poszczególnych ustaleń;

4/ naruszenie prawa materialnego, a to:

a/ art. 637 § 2 k.c. przez przyjęcie, że obniżenie wynagrodzenia należnego pozwanej (powinno być powodowi) z tytułu niekwestionowanych wad wykonawczych w budynku apartament owca liczącego 68 lokali o kwotę 32 700 zł odpowiada „odpowiedniemu stosunkowi”,

b/ art. 637 § 1 k.c. przez przyjęcie, że w ramach rękojmi uprawniony nie może żądać usunięcia przyczyn powstania wady, celem eliminacji ich reaktywacji w przyszłości, a tylko ich skutku,

c/ art. 637 § 1 k.c. przez przyjęcie, że nadmierny koszt usunięcia wady nie tylko może być powodem odmowy usunięcia wady, ale może być powodem odmowy obniżenia wynagrodzenia z powodu nieusunięcia wady w ramach rękojmi,

d/ art. 637 § 1 k.c. przez przyjęcie, że dokonanie odbioru dzieła z nieistotnymi wadami, które mogły być zauważone w dacie odbioru, jako niepodlegające

zakryciu, unicestwienia dochodzenie roszczenia w ramach rękojmi za wady fizyczne.

Podsumowując pozwany wnosił o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, ewentualnie o zmianę tego wyroku przez oddalenie tego powództwa w całości. Pozwany domagał się w każdym wypadku zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów postępowania za obie instancje.

W uzasadnieniu apelacji pozwany dodatkowo zarzucił, iż w sprawie brak było dostatecznych podstaw do zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu w wysokości aż 40 000 zł – w szczególności nie było uzasadnione zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w wysokości przewyższających stawkę minimalną przewidzianą w stosownych przepisach.

SĄD APELACYJNY ZWAŻYŁ CO NASTĘPUJE.

Apelacja pozwanego okazała się w znacznym zakresie bezzasadna.

Wbrew zarzutom apelującego ustalenia faktyczne Sądu I instancji, w części istotnej dla rozstrzygnięcia, są prawidłowe. Przypomnieć należy, że istnienie i wysokość roszczenia objętego żądaniem pozwu były między stronami bezsporne. Istotą sporu było dokonanie oceny, czy oświadczenie pozwanego o potrąceniu wierzytelności wzajemnej, w kwocie 900 000 zł, złożone w piśmie do powoda z dnia 14 lutego 2012 r, odniosło skutek i doprowadziło do umorzenia wierzytelności dochodzonej pozwem w całości bądź w części.

Ocena ta zależna była od tego czy w procesie zostanie wykazane, że pozwanemu przysługiwało roszczenie w wysokości 900 000 zł, wynikające z prawa do obniżenia wynagrodzenia należnego powodowi, jako wykonawcy inwestycji. Wskazany przez pozwanego sposób obniżenia polegać miał na odliczeniu od wynagrodzenia powoda kosztów usunięcia wad budynku, ujętych w odpowiedzi na pozew w czterech kategoriach. Taki sposób realizacji roszczenia o obniżenie wynagrodzenia wykonawcy pozostaje, co do zasady, w zgodzie z treścią przepisów prawa materialnego (art. 637 § 2 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c.). Oznacza to jednak, że w niniejszym procesie ciężar udowodnienia wszystkich istotnych w sprawie okoliczności – takich jak istnienie wad, będących konsekwencją nienależytego wykonania umowy przez powoda, jak i koszt ich usunięcia – obciążał pozwanego. Z tego obowiązku pozwany nie wywiązał się w sposób pozwalający na uwzględnienie jego zarzutów w całości.

Oceniając dokonane przez Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne, wedle przyjętej przez ten Sąd systematyki, stwierdzić należy co następuje.

I/ Wady barierek i balustrad.

Występowanie tej wady i jej zakres niewątpliwie nie jest objęte sporem. Fakt korozji elementów barierek i balustrad balkonowych jest oczywisty, zakres występowania tych nieprawidłowości został opisany przez biegłego i ujęty w jego opinii, jako podstawa obliczenia kosztów usunięcia ognisk korozji. Spór stron, również na etapie postępowania apelacyjnego, dotyczy tego, czy w celu usunięcia wady należałoby wpiernw ocynkować metodą ogniową barierki, po uprzednim zdjęciu ich z balkonów i tarasów (tak uważa pozwany), czy też wystarczające jest usunięcie ognisk rdzy metoda tradycyjną, przez oczyszczenie skorodowanych miejsc i ich pomalowanie, bez wcześniejszego ocynkowania (jak twierdzi powód).

Sąd Okręgowy przyjął, że pozwany był uprawniony do obniżenia wynagrodzenia powoda o kwotę stanowiącą równowartość tradycyjnego zamalowania ognisk korozji, bez demontażu wszystkich tych barierek, które nie zostały prawidłowo ocynkowane i Sąd Apelacyjny aprobuje ten wniosek. Podstawę tego stanowi opinia biegłego G. D., który wskazał, iż aktualnie (to jest w sytuacji, gdy barierki i balustrady zostały zamontowane w 2007 roku), nie ma innej racjonalnej ekonomicznie metody usuwania rdzy jak pomalowanie ognisk korozji. Demontaż barierek to metoda, która generowałaby nadmierne koszty, co nie jest gospodarczo racjonalne. Jakkolwiek wcześniej ocynkowane elementy metalowe korodują znacznie wolniej (o ok. 2/3), to jednak proces ten również postępuje. Nawet bez posiadania wiadomości specjalnych oczywistym wydaje się, że demontaż barierek w celu ich ocynkowania jest znacznie bardziej skomplikowany organizacyjnie i niepomiarnie droższy, niż częstsze malowanie tradycyjne. Dla biegłego relacja ta była oczywista a jego pogląd w tym przedmiocie jest stanowczy (por. ustne wyjaśnienia biegłego: e-protokół z D. 26 sierpnia 2014 r, min: 00:58:06).

W zarzutach apelacyjnych pozwany akcentuje przede wszystkim, że wykonanie ocynkowania barierek było objęte dodatkowym porozumieniem stron. Zdaniem pozwanego, porozumienie to było ważne (mimo zapisu § (...) umowy z dnia 12 czerwca 2006 r, który stanowił, że wszelkie zmiany umowy wymagają formy pisemnej, pod rygorem nieważności), ergo, powód wykonał barierki niezgodnie z umową. Można zgodzić się z pozwanym, iż brak jest podstaw do przyjęcia nieważności porozumienia stron w przedmiocie ocynkowania metalowych barierek, Niewątpliwie strony zawarły dodatkowe porozumienie, które przewidywało wykonanie ocynkowania. W procesie strony były zgodne, że projekt w ogóle nie precyzował metody malowania metalowych elementów balkonów i tarasów, tym samym dodatkowe porozumienie stron, w istocie nie stanowiło zmiany umowy w rozumieniu jej § 18. Z drugiej jednak strony – co pośrednio wynika z opinii biegłego – kalkulacja wynagrodzenia ryczałtowego, zakładała malowanie metodą tradycyjną – metoda uwzględniająca ocynkowanie generowała znacznie wyższe koszty i w roku 2007 stanowiła pewne novum. To pozwany zaproponował powodowi wykonanie

malowania tą metodą – w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, a powód wyraził na to zgodę. Zważywszy, że było to dodatkowe, nieobjęte umową pierwotną porozumienie, nie jest zupełnie pozbawione racji twierdzenie pozwanego, że tę nową, znacznie droższą, technologię zastosował „na własny koszt”. Trudno w tej sytuacji zaakceptować, by kwota, konieczna do zdjęcia, barierek i balustrad, ich oczyszczenia z farby, ocynkowania i położenia nowej, obniżyła wynagrodzenie powoda, którego wysokość kalkulowana była bez uwzględnienia pokrycia cynkiem tych barierek, które nie zostały ocynkowane (ok. 20% wszystkich). W świetle katagorycznej opinii biegłego, problem ma znaczenie drugorzędne. Twierdzenia pozwanego o konieczności demontażu i ocynkowania barierek jest nieuzasadnione, w sytuacji, gdy usunięcie wad i uczynienie rzeczy zdatną do korzystania jest możliwe, bez ponoszenia nadmiernych kosztów (art. 637 § 1 k.c.).

Apelacja powoda w tej części jest zatem bezzasadna, Sąd Okręgowy w oparciu o opinię biegłego prawidłowo obliczył koszt usunięcia ognisk rdzy, na kwotę 2 993, 15 zł.

II/ Przeciekanie tarasów.

Charakter tej wady budzi w sprawie największe wątpliwości. W trakcie sporządzania opinii biegły W. D. dokonał oględzin tych miejsc w budynkach, gdzie występowały przecieki tarasów komunikacyjnych, z widocznymi zaciekami, pojawiającymi się na suficie pomieszczeń piwnicy i garażu. Ponieważ miejsca te były suche, biegły, w oparciu o dziennik budowy i wyjaśnienia powoda, przyjął, że są to miejsca, które były objęte robotami naprawczymi, a więc dotyczą zacieków, które wystąpiły przed 2010 rokiem (por. dziennik budowy k. 114-121). Jako przyczynę tych zacieków biegły wskazał nieprawidłowo wykonaną przez powoda izolację przeciwwilgociową schodów zewnętrznych, donic ozdobnych, jak też szczeliny dylatacyjne (dowód opinia pisemna k. 400). Opinia w tej części nie była kwestionowana. A zatem choć wady były, i choć ostatecznie ponosił za nie odpowiedzialność pozwany, aktualnie problem ten, po usunięciu wad w 2010 r, nie występuje.

Zgodnie z wnioskiem pozwanego, na polecenie Sądu Okręgowego, biegły dokonał odkrywek (skucia powierzchni tarasów) i prób wodnych. Czynność ta doprowadził do wniosku, że wykonana przez pozwanego izolacja jest zgodna z projektem, a nawet, jak chodzi o niektóre elementy, została wykonana ponad zakres projektowy. Mimo zrealizowanych przez powoda w 2010 roku napraw izolacji, zainicjowana przez biegłego próba wodna doprowadziła do powstania 3 przecieków. Opinia biegłego dawała podstawy do przyjęcia, że przecieki te stanowi wadę wykonawczą (brak dostatecznej izolacji), której usunięcie może doprowadzić do likwidacji stwierdzonych przecieków. Biegły podał, że wymaga to ściągnięcia tzw. „czapki” ochronnej murku tarasu i dokonania izolacji. Na rozprawie w dniu 3 grudnia 2013 r biegły zmienił swoje stanowisko w tym przedmiocie, wskazując, że skuteczniejszą

metodą usunięcia przecieku byłoby wykonanie obróbki blacharskiej murku, czego koszt nie byłby wyższy niż kwota wskazana w opinii, jako koszt naprawy izolacji. Przedstawił stosowne wyliczenie. Tym samym zmiana jego stanowiska przy koncepcji rozstrzygnięcia przyjętej przez Sad Okręgowy, nie miała znaczenia.

Nie udało się pozwanemu podważyć również samego kosztorysu biegłego. Pozwany przedłożył na rozprawie kosztorys sporządzony na jego zlecenie, z którego wynikać miał znacznie wyższy koszt usunięcia tej wady. Pomimo, iż powód słusznie zarzucał, że dokument ten został złożony z uchybieniem terminu zakreślonego pozwanemu przez Sąd Okręgowy, biegły na polecenie Sadu zapoznał się z nim i podał, iż różnica przedmiotowych wartości wynika nie z przyjętych parametrów jednostkowych, lecz ma charakter ilościowy. W kosztorysie wyliczono koszt napraw wszystkich wykonanych przez powoda tarasów. Tym samym istnieją podstawy do przyjęcia, że samo wyliczenie biegłego nie jest wadliwe, zweryfikować natomiast należy założenie biegłego, który objął wyceną jedynie przecieki powstałe w wyniku próby wodnej a nie wszystkie tarasy, gdzie na razie brak przecieków.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie daje dostatecznych podstaw do tego, by przyjąć, że w chwili obecnej wszystkie tarasy obarczone są wadą wykonawczą, skutkującą powstawaniem zacieków, za która odpowiedzialność ponosi powód – zwłaszcza, jeśli weźmie się pod uwagę, że w roku 2010 wady izolacji tarasów zostały przez strony zidentyfikowane i usunięte przez powoda. Z oświadczeń pozwanego i ze zdjęć przedłożonych na rozprawie w dniu 3 grudnia 2014 roku wynikało, że już po dokonanych przez biegłego oględzinach w jednym z tarasów ujawnił się kolejny przeciek. Biegły, rozpytywany przez Sąd o przyczynę tego stanu rzeczy, posługując się zdjęciami pozwanego, uznał, że prawdopodobną przyczyną tego przecieku jest wada wykonawcza, polegająca na wadliwej izolacji rury kanalizacyjnej przechodzącej pod stropem. Nie bronił jednak tej tezy w sposób stanowczy. Po pierwsze wskazywał na to, że na powstanie nieszczelności miały wpływ różne czynniki, m.in. rodzaj użytego materiału izolacyjnego, w połączeniu z osiadaniem budynku. Wyjaśnienie to wydaje się racjonalne, jeśli weźmie się pod uwagę, że przeciek nastąpił po raz pierwszy w ponad 6 lat po odbiorze budynku. Po drugie, biegły wskazywał na obecność w tym miejscu kratki ściekowej zbierającej wodę z opadów. Wreszcie zaakcentował to, że sam projekt architektoniczny, który nie przewidywał zadaszenia tarasu, był w naszych warunkach klimatycznych niewłaściwy, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę zdecydowane zwiększenie ilości opadów na przeciągu ostatnich lat (dowód: opinia ustna biegłego, e-protokół z dnia 26 sierpnia 2014 r, min. 00:08:31-00 14:57). Jakkolwiek biegły skłaniał się do wniosku, że przecieki mogą jeszcze występować, to nie wskazał gdzie może to nastąpić. W oparciu o tę opinię nie sposób ustalić, że fakt taki z pewnością

będzie miał miejsce na wszystkich tarasach oraz, że wszystkie tarasy zostały wykonane wadliwie i jaka to jest wada. Zdaniem biegłego, dla dokonania tego rodzaju oceny należałoby zerwać wszystkie tarasy (dowód: j.w., min. 00:04:34).

Tego rodzaju rozwiązanie nie jest gospodarczo uzasadnione, obecnie można jedynie „lokalnie łątać dziury” (j.w., min: 00:34:45).

Omówiona wyżej opinia w żadnym razie nie potwierdza tezy pozwanego, iż wszystkie tarasy zostały wykonane w sposób, który nie zapewnia ich szczelności. Teza ta jest nieuprawniona zwłaszcza w świetle bezspornego faktu dokonania przez pozwanego, w szerokim zakresie, napraw gwarancyjnych izolacji tarasów w 2010 r (dowód: dziennik budowy k. 114-121). Pozwany nie wnosił o uzupełnienie opinii w tym zakresie, nie wnioskował też, mimo, iż to na nim spoczywał ciężar dowodu w tym przedmiocie, dowodu z opinii innego biegłego. To rzeczą pozwanego było przedstawienie takich dowodów, które identyfikują wadę, wskazują też sposób i koszt jej usunięcia. Tymczasem zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie, że wszystkie tarasy na osiedlu mieszkaniowym budowanym przez pozwanego zostały wykonane wadliwie i jaka jest to wada. Brak jest w szczególności podstaw do stwierdzenia, że powód wykonał wadliwie naprawę gwarancyjną w roku 2010. Dlatego też jedynym kosztem, którym można obciążyć pozwanego, jest koszt naprawy tych fragmentów tarasów, gdzie już wystąpiły przecieki. Biegły prawidłowo wyliczył ten koszt, a wskazana przez niego kwota jest wystarczająca na dokonanie naprawy tarasu, zarówno metodą polegającą na naprawie izolacji po ściągnięciu „czapki” z kamiennego murku, czy też przez położenie metalowych kapinosów.

III/ Przecieki pokrycia dachowego.

Zarzuty apelacji w zasadzie nie dotyczą rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego, w części związanej z tą wadą budynków. Ustalenia faktyczne Sądu są prawidłowe; znajdują oparcie w stanowczej opinii biegłego. Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, że przyczyną wciąż zdarzających się przecieków dachu jest nieprawidłowo, niezgodnie ze sztuką budowlaną, wykonana obróbka blacharska niektórych kominów. Powstawanie zacieków na skosach dachowych pozostaje w związku przyczynowym z tą wadą. Jej usunięcie biegły obliczył na kwotę 17 594, 29 zł. netto i tę kwotę Sąd Okręgowy trafnie uznał za obniżającą wynagrodzenie powoda. Pozwany nie kwestionował opinii biegłego co do określenia wady i związku przyczynowego tej wady z przeciekami dachu, próbował natomiast podważyć sam kosztorys biegłego, zarzucając, że ten nie uwzględnił kosztów dodatkowych, wynikających np. z konieczności posadowienia rusztowań dola wykonania tej naprawy. Biegły stanowczo nie zgodził się z tym zarzutem i wyjaśnił, że z uwagi na niewielką wysokość budynków jak też konfigurację dachów, ich naprawa w koniecznym zakresie może zostać wykonana bez postawienia rusztowań. Opinię tę Sąd Apelacyjny aprobuje, co oznacza, że brak jest podstaw do zmiany kwoty przyjętej przez Sąd Okręgowy jako koszt naprawy obróbek blacharskich kominów.

Zgodzić się należy też należy z Sądem Okręgowy, który przy ustalaniu u kwoty o jaką obniżył wynagrodzenie powoda, nie uwzględnił kosztów montażu pasów nadrynnowych. Wykonanie tych pasów nie zostało przewidziane w projekcie – pozwany twierdził, że ich wykonania wymagały zasady sztuki budowlanej, które powód naruszył. Powód twierdził natomiast, że wykonał pasy tylko w tych miejscach, które wskazał pozwany; strony pozostawały w przekonaniu, że wykonanie tych pasów nie jest konieczne z uwagi na konfigurację dachu. Za prawdziwością twierdzeń powoda przemawia brak odnotowania tej wady w protokole odbioru robót, który strony podpisały w dniu 31 lipca 2008 r. Gdyby było inaczej niż twierdzi powód, pozwany poczyniłby stosowną adnotację w protokole, skoro pasy nadrynnowe uważał za konieczny, zgodny ze sztuką budowlaną, element architektoniczny budynku, a element ten jest usytuowany na zewnątrz, a co za tym idzie jego brak winien być zauważony w trakcie czynności odbiorowej. Skoro inwestor dokonał odbioru wadliwie wykonanych robót obecnie nie może względem wykonawcy zgłaszać roszczeń, wynikających z istnienia omawianej wady (art. 557 § 1 k.c. w zw. art. 638 k.c.).

IV/ wady elewacji drewnianej.

Koszt likwidacji (zamalowania) elewacji drewnianej Sąd Okręgowy ustalił, w oparciu o opinię biegłego na kwotę 2000 zł. Sumy tej pozwany nie kwestionuje, zarzuca jednak, że biegły wskazał jedynie koszt skutków występowania zacieku, nie zaś jego przyczyny, którą jest nieszczelność izolacji balkonowych, naprawianych w ramach gwarancji przez powoda. Również i w tym przypadku stwierdzić należy, że opinia biegłego D. nie wskazuje na taką zależność, pozwany nie domagał się uzupełnienia opinii w tym zakresie, czy też wykonania opinii przez innego biegłego.

Suma kosztów usunięcia trzech pierwszych rodzajów wad (23 515, 40 zł) została przez Sąd Okręgowy podwyższona o 30%, które w ocenie tego Sadu musi ponieść pozwany dla usunięcia wad. W tę, określoną ryczałtowo, kwotę wchodzi koszt znalezienia odpowiedniego wykonawcy, zatrudnienia inspektora nadzoru oraz innych nieprzewidzianych wydatków. Pozwany zarzuca, że przedmiotowe wyliczenie Sądu Okręgowego jest dowolne. Zarzut ten, nawet jeśli zasadny, jest bezprzedmiotowy przy rozpoznawaniu apelacji. Wskutek powyższego ustalenia Sądu powód będzie obowiązany zapłacić dodatkowo – to jest ponad sumę wyliczoną przez biegłego i ustaloną przez Sad Okręgowy, jako koszt usunięcia wad – kwotę 7 084, 60 zł i to po jego stronie a nie po stronie pozwanego, istniał gravamen do zaskarżenia wyroku Sądu I instancji w omawianym zakresie.

V/ Koszty postępowania.

Uzasadniony jest ten zarzut apelacyjny, który wskazuje na zawyżenie kwoty kosztów postępowania zasądzonej od pozwanego na rzecz powoda. Przyjęta przez Sąd I instancji suma 40 000 zł. jest efektem przyjęcia do

rozliczenia kwoty 18 000 zł, jako kosztów zastępstwa procesowego powoda przed Sądem I instancji przez radcę prawnego. W ocenie Sądu Apelacyjnego w niniejszej sprawie nie zachodziły przesłanki podwyższenia wynagrodzenia, w oparciu o przepis § 2 ust. 2 w zw. z § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tj. Dz.U. z 2013 r, poz. 490). Podwyższenia stawki adwokackiej nie wymagał ani charakter sprawy ani nakład pracy pełnomocnika powoda. Dlatego też Sad Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że kwotę 40 000 zasądzoną przez Sąd I instancji tytułem kosztów procesu, obniżył do kwoty 32 398 zł. W jej skład wchodzi zwrot opłaty sądowej w wysokości 25 398 zł oraz wynagrodzenie radcy prawnego liczone według stawki minimalnej – tj. 7200 zł.

Podstawę uwzględnienia apelacji z części dotyczącej kosztów procesu stanowi przepis art. 386 § 1 k.p.c. W pozostałej części apelacja pozwanego została oddalona z powodu bezzasadności, w oparciu o przepis art. 385 k.p.c. Ponieważ pozwany przegrał sprawę w znaczącej części Sąd Apelacyjny rozstrzygnął o kosztach postępowania odwoławczego w oparciu o przepis art. 100 , zdanie 2. K.p.c. w zw. z art. 108 § 2 k.p.c.