

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 10 maja 2017 roku Sąd Rejonowy dla Łodzi – Śródmieścia w Łodzi, sygn. akt III C 545/12, w sprawie o zapłatę kwoty 47.829,40 zł:

1. zasądził od pozwanego R. P. na rzecz powódki J. D. kwotę 39.052,98 zł wraz z odsetkami:
  - a) ustawowymi za okres od dnia 28 maja 2011 roku do dnia 31 grudnia 2015 roku,
  - b) ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty,
1. umorzył postępowanie w zakresie kwoty 5.170,60 zł,
2. oddalił powództwo w pozostałej części,
3. ustalił, że powódka wygrała proces w 81% i szczegółowe rozliczenie kosztów procesu pozostawił referendarzowi sądowemu przy zastosowaniu zasady stosunkowego rozdzielenia kosztów.

Powyższe rozstrzygnięcie Sądu Rejonowego zostało oparte na ustaleniu, że W dniu 11 kwietnia 2005 roku J. D. jako inwestor oraz R. P. – właściciel firmy (...) jako wykonawca, zawarli umowę o roboty budowlane nr (...), na podstawie której pozwany jako wykonawca zobowiązał się do wykonania na placu budowy w (...) B w gminie A., budynku mieszkalnego jednorodzinnego w stanie surowym, zgodnie z obowiązującymi normami, przepisami i sztuką budowlaną, na podstawie projektu budowlanego dostarczonego przez inwestora, z materiałów dostarczonych przez powódkę z wyjątkiem materiałów, których zakupienie powódka powierzyła pozwanemu. Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 140 000 zł, nie obejmowało ono kosztów materiałów zakupionych przez pozwanego jako wykonawcę. Strony uzgodniły, że wynagrodzenie końcowe zostanie pomniejszone o kwotę 20 000 zł z tytułu kaucji gwarancyjnej. Wykonawca udzielił powódce gwarancji w zakresie wad fizycznych przedmiotu umowy na okres 36 miesięcy. W § 12 umowy strony ustaliły, że w przypadku poniesienia przez zamawiającego szkód wynikłych na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, szkody te wykonawca zobowiązuje się naprawić w pełnej wysokości, natomiast w § 8 strony zawarły postanowienie, że wady i usterki niezagrażające bezpieczeństwu usuwane będą w terminie 14 dni od dnia zawiadomienia, a w przypadku zwłoki w ich usuwaniu zamawiający uprawniony będzie do zlecenia ich usunięcia na rachunek wykonawcy. Zakres robót zleconych pozwanemu obejmował: tyczenie geodezyjne, roboty ziemne, wykopy pod ławy fundamentowe, wykonanie ław i ścian fundamentowych z otynkowaniem i izolacją pionową, wykonanie izolacji poziomej, wykonanie przedmurówki, wykonanie wyspek piaskowych, wykonanie ścian konstrukcyjnych parteru i poddasza wewnętrznych i zewnętrznych, wykonanie kominów, schodów, podciągów i słupów, wykonanie stropu wraz z wieńcem, wykonanie konstrukcji więźby dachowej, pokrycie dachowe z dachówki z uwzględnieniem wykonania „bawolich ok”, wykonanie obróbek blacharskich, okien połaciowych, wykonanie podkładu betonowego w budynku i na tarasie wejściowym, wykonanie ścianek działowych. Pozwany był konstruktorem budynku i wykonawcą w zakresie zleconych mu prac. Od dnia 1 września 2005 roku pełnił rolę kierownika budowy w inwestycji. Po zakończeniu prac prowadzonych przez pozwanego rolę tę pełnił T. O. (1), który wcześniej pomagał powódce i jej mężowi w rozliczaniu materiałów budowlanych. Następnie w toku wykonywanych robót budowlanych powódka zleciła pozwanemu ustnie wykonanie dalszych robót, polegających na wykonaniu ogrodzenia, fundamentów tarasu z izolacją przeciwwilgociową poziomą, ścianek oporowych z bloczków betonowych, wypełnienia piaskiem zasypowym z jego zagęszczeniem, wylaniem płyty betonowej oraz oblicowaniem wykonanej podbudowy tarasu płytkami z piaskowca. Pozwany wykonywał również docieplenie ścian budynku pod ogrzewanie ścienne.

W okresie użytkowania przez powódkę budynku ujawniły się następujące jego wady: wady pokrycia dachu w okolicy elementów architektonicznych tzw. „bawolich ok” – luki i szpary w pokryciu dachu dachówką ceramiczną oraz „falowanie” powierzchni dachu (wiosna 2006 roku); wady w zakresie konstrukcji wykusza - przemarzanie podłóg

w budynku przy oknach balkonowych w okresie zimowym (zima 2007 roku) oraz wady wylewek betonowych powierzchni tarasu – odpadanie płytek z powierzchni tarasu (wiosna, lato 2008 roku); wady oblicówki z piaskowca.

W zakresie wykonania pokrycia dachowego z dachówki z uwzględnieniem wykonania „bawolich ok”, które to prace miał wykonać pozwany, jako łat użyto pasków ze sklejki wodoodpornej z drewna liściastego. W tym zakresie początkowo funkcjonowały dwie koncepcje – T. O. (1), który optował za zastosowaniem do ich wykonania wodoodpornej sklejki, oraz koncepcja pozwanego, który proponował zastosowanie listw drewnianych. Ostatecznie R. P. po dokonaniu obliczeń zaakceptował pomysł T. O. (1) i zlecił wykonanie pokrycia dachowego wraz z konstrukcją „bawolich ok” R. S. i P. S., którzy wykonali je zgodnie z zaleceniami kierownika budowy - pozwanego.

W zakresie pokrycia w obrębie „bawolich ok” wystąpił błąd w wykonaniu tych prac polegający na zbyt małej ilości warstw sklejki w wywołanej łacie pod dachówką oraz na zbyt dalekim rostawieniu punktów podparcia łat, co spowodowało ugięcie się łat. Łaty miały za małą grubość, ponadto użyto nieprawidłowych wkrętów. Odkształcenie się łat doprowadziło z kolei do powstania fałdowań i szczelin pomiędzy poszczególnymi dachówkami. Gdyby przy konstrukcji „bawolic ok” zastosowane zostały łaty z drewna sosnowego, a nie liściastego, mogłoby nie dojść do odkształceń. Bezpośrednią przyczyną ugięcia się łączenia na tych konstrukcjach były zarówno zmiany własności fizycznych sklejki z drewna liściastego przy zmieniającej się wilgotności oraz braki w podparciach łat ze sklejki zachowujących zadany kształt. Zmiana wilgotności sklejki podczas pierwszego okresu użytkowania spowodowała powstanie trwałych odkształceń, nastąpiła utrata nośności z związku z dużym zawilgoceniem, braki w podparciu wynosiły 50 cm, podczas gdy większość firm dekarskich stosuje około 30 cm – spowodowało to zmiany w założonej geometrii konstrukcji bawolego oka. Jest to wada usuwalna, prace naprawcze w tym zakresie powinny polegać na rozebraniu samego pokrycia z dachówki w rejonach „bawolich ok”, doprowadzeniu do prawidłowej geometrii łat poprzez wykonanie dodatkowych punktów podparć i zwiększenie ich grubości poprzez dodatkowe nabicie oraz na ponownym ułożeniu pokrycia. Koszt naprawy jednego „bawolego oka” wynosi 9 181 zł brutto.

Powódka zleciła naprawę opisaną powyżej wady jedynie w zakresie dwóch spośród trzech „bawolich ok” M. K. oraz W. M.. Koszt tej naprawy wyniósł 14 000 zł (po 7 000 zł za naprawę każdego „bawolego oka”)

Pozwany zgodnie z ustaleniami stron był osobą odpowiedzialną za wykonanie docieplenia ścian budynku pod ogrzewanie ściennie. Cegłę elewacyjną w postaci piaskowca na elewacji budynku w (...) B układał pracownik pozwanego - M. D. (1), jego pracę nadzorował T. O. (1) i pozwany. M. D. (1) nie zajmował się wykonaniem cieplenia w obrębie wykuszu - celowo, aby można tam było położyć elementy drewniane. Nie uczynił tego również pozwany. W konsekwencji wykusz nie został ocieplony. W toku jego wykonywania pozwany zdecydował o podniesieniu wykusza do góry, choć projekt budowlany przewidywał jego położenie na niższej wysokości. Wykusz został ostatecznie wykonany niezgodnie z projektem budowlanym, zmianę tę zaakceptował jednak autor projektu przedmiotowego budynku – J. K., uznając, że rozwiązanie zaproponowane przez pozwanego jest lepsze.

Przyczyną wad w zakresie konstrukcji wykusza, a w konsekwencji przemarzania podłóg w budynku przy oknach balkonowych w okresie zimowym, był całkowity brak ocieplenia na wystającej części stropu poza lico ściany, pomimo istnienia możliwości ocieplenia wykusza od spodu. Ocieplenie to należało zamontować przed wykończeniem drewnianym. Usunięcie tej wady jest możliwe poprzez demontaż faktury zewnętrznej w tym rejonie i wykonanie odpowiedniej warstwy ocieplającej. Koszt takiej naprawy wynosi 4 716,40 zł. Powódka nie przeprowadziła dotychczas naprawy powyższej wady.

Do prac zleconych pozwanemu należało wylanie płyty betonowej oraz oblicowanie wykonanej podbudowy tarasu płytkami z piaskowca. Do jego obowiązków należało jedynie wykonanie podbudowy tarasu, nie zajmował się on natomiast położeniem na nim płytek. Pozostawiony przez pozwanego spadek wynosił 1 %. Przy budynku pozwany pozostawił 2 cm na położenie płytki i kleju.

Ujawniona w toku użytkowania przedmiotowego budynku wada w konstrukcji tarasu polega na odpadaniu płytek terakotowych wzdłuż krawędzi tarasu łącznie z warstwą kleju, podobne zjawisko ma miejsce również w odniesieniu do płytek z piaskowca ułożonych na czole brzegu tarasu. Wada ta stanowi wynik błędów zarówno po stronie inwestora,

jak i błędów wykonawczych popełnionych przez pozwanego. Te ostatnie polegają po pierwsze na wykonaniu podkładu betonowego w taki sposób, że nie została zapewniona jego ciągłość na całej powierzchni (pozostawienie w części górnej pustaka ściany fundamentowe jako szalunku dla podkładu betonowego, co spowodowało odylatowanie się tych elementów po obwodzie tarasu). Należało bowiem wylać podkład betonowy w ten sposób, aby stanowił krawędź tarasu, używając deskowań po krawędzi, w ten sposób nie doszłoby do powstania samodylatacji w tym rejonie. Drugim błędem wykonawczym popełnionym przez pozwanego w zakresie zleconych mu prac związanych z wykonaniem podbudowy tarasu było wykonanie podkładu betonowego z zachowaniem zbyt małego spadku na zewnątrz. Powinien on wynosić co najmniej 1,5 %. Spadki powinny być wykonywane już na podbudowach. Brak należytego spadku oznacza nieprawidłowe wykonanie podbudowy tarasu.

Koszty naprawy powyższej wady tarasu kształtują się różnie w zależności od sposobu jej przeprowadzenia. Powódka zleciła naprawę tarasu K. K. (1) w czerwcu 2014 roku. Naprawa ta polegała na położeniu na całości tarasu kostki brukowej. Jej koszty wyniosły 35 470,50 zł. Koszty rynkowe takiej naprawy wynoszą natomiast 31 055,58 zł, na którą to sumę składają się kwoty: 27 455,16 zł – położenie kostki brukowej, 1 300 zł – związana z koniecznością ręcznego transportu dodatkowych materiałów na zaplecze budynku oraz kwota 2 300,42 zł jako koszt kostki.

Wykonana przez pozwanego oblicówka z piaskowca jest wadliwa w zakresie dwóch płytek, które uległy odklejeniu. Jest to drobna wada wykonawcza, koszt jej naprawy wynosi 100 zł, naprawa ta polega na uzupełnieniu płytek.

Powódka uiszczała dotychczas na rzecz pozwanego całość umówionego wynagrodzenia za wykonanie umówionych robót budowlanych (w tym dodatkowych) – łącznie kwotę 239,396 zł, zatrzymując jednak kwotę 20 000 zł z tytułu udzielonej przez niego w umowie z dnia 11 kwietnia 2005 roku kaucji gwarancyjnej.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Rejonowy uznał, że powództwo w ostatecznym kształcie było w przeważającej części zasadne i w tym zakresie zasługiwało na uwzględnienie. Sąd Rejonowy stwierdził, że strony niewątpliwie łączyła umowa o roboty budowlane, co ma wpływ na ocenę podniesionego przez R. P. zarzutu przedawnienia. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2002 roku (III CZP 63/01) roszczenia wynikające z umowy o roboty budowlane przedawniają się w terminach określonych w art. 118 kc, nie zaś w terminie właściwym dla roszczeń wynikających z umowy o dzieło. Umowa z dnia 11 kwietnia 2005 roku, uzupełniana następnie o kolejne zlecane pozwanemu prace, zawierała wszystkie cechy umowy o roboty budowlane. Zgodnie z art. 647 kc przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Wskazać należy, że zasadniczym kryterium rozróżnienia umowy o dzieło i umowy o roboty budowlane jest ocena realizowanej inwestycji stosownie do wymagań ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, co dobitnie wypukla zwłaszcza brzmienie art. 17 (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 1998 r., II CKN 653/97). Przedmiot świadczenia niepieniężnego w umowie o roboty budowlane jest zarazem przedsięwzięciem o większych rozmiarach, zindywidualizowanych właściwościach, zarówno fizycznych, jak i użytkowych, któremu z reguły towarzyszy wymóg projektowania i zinstytucjonalizowany nadzór. Po drugie, elementem konstytutywnym umowy o roboty budowlane jest, dająca się wyinterpretować z art. 647 k.c., szczególna postać współdziałania inwestora z wykonawcą w zakresie przygotowania i wykonania przedmiotu świadczenia, przejawiająca się w dostarczeniu projektu i przekazaniu terenu budowy (uchwała SN z dnia 11 stycznia 2002 roku, III CZP 63/01). Umowa stron zawiera wskazane powyżej specyficzne cechy normatywne – jej przedmiotem było wykonanie szeregu prac budowlanych (opisanych we wcześniejszej części uzasadnienia), składających się na większe przedsięwzięcie, i prace te wykonywane były na podstawie doręczonego pozwanemu przez powódkę projektu budowlanego. Ponadto, należy podkreślić, że wobec oparcia roszczenia powódki na art. 471 kc, nie zaś na przepisach dotyczących odpowiedzialności z tytułu rękojmi, irrelevantne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy pozostaje unormowanie zawarte w art. 656 kc, nakazujące odpowiednie stosowanie przepisów o umowie o dzieło do rękojmi za wady wykonanego obiektu. Powyższe uwagi prowadzą do wniosku, że zastosowanie będzie tu miał ogólny, 10-letni termin przedawnienia z art. 118 kc.

Zgodnie z art. 471 kc dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Stosownie do reguły rozkładu ciężaru dowodu, ustanowionej w art. 471 k.c. w związku z art. 6 k.c. na stronie powodowej spoczywał ciężar dowodu co do:

a) powstania i rozmiarów szkody,

b) naruszenia przez stronę pozwaną obowiązków przez ich niewykonanie lub nienależyte wykonanie oraz związku przyczynowego między nienależytym wykonaniem tych obowiązków a szkodą poniesioną przez stronę powodową.

Natomiast na pozwanym - żeby skutecznie uwolnić się od odpowiedzialności - spoczywało udowodnienie, że nienależyte wykonanie przez niego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności lub, że przy wykonaniu zobowiązania dołożył należytej staranności.

Jeśli chodzi o sam fakt szkody, to należy stwierdzić, że jest on bezsporny, nie ulega bowiem wątpliwości (nie było to zresztą kwestionowane), że w okresie użytkowania przez powódkę budynku mieszkalnego w (...) B w gminie A., ujawniły się następujące jego wady: wady pokrycia dachu w okolicy elementów architektonicznych tzw. „bawolich ok” – luki i szpary w pokryciu dachu dachówką ceramiczną oraz „falowanie” powierzchni dachu; wady w zakresie konstrukcji wykusza - przemarzanie podłóg w budynku przy oknach balkonowych w okresie zimowym oraz wady wylewek betonowych powierzchni tarasu – odpadanie płytek z powierzchni tarasu; wady oblicówki z piaskowca. Spór sprowadzał się natomiast do odpowiedzi na pytanie, czy pozwany wykonał swoje obowiązki w sposób należyty, a w konsekwencji również do kwestii istnienia związku przyczynowego pomiędzy poniesioną przez powódkę szkodą a nienależytym wykonaniem przez niego umowy.

W ocenie Sądu Rejonowego przeprowadzone w niniejszej sprawie postępowanie dało podstawy do sformułowania oceny, że R. P. w sposób nienależyty wykonał swoje obowiązki wynikające z umowy z dnia 11 kwietnia 2005 roku oraz z dalszych uzgodnień ustnych pomiędzy stronami. Z ustalonego stanu faktycznego wynika, że wymienione powyżej wady przedmiotowego budynku wynikają z błędów wykonawczych popełnionych przez pozwanego. W zakresie wykonania pokrycia dachowego z dachówki z uwzględnieniem wykonania „bawolich ok”, za które to prace bezspornie odpowiadał pozwany, bezpośrednią przyczyną ugięcia się łączenia na tych konstrukcjach były zmiany własności fizycznych sklejki z drewna liściastego przy zmieniającej się wilgotności oraz braku w podparciach łąt ze sklejki zachowujących zadany kształt. Należy podkreślić, że to pozwany jako kierownik budowy ostatecznie zaakceptował proponowane przez T. O. (1) zastosowanie sklejki zamiast drewnianych listw, a które to rozwiązanie skutkowało powstaniem wad pokrycia dachu w okolicy elementów architektonicznych tzw. „bawolich ok” w postaci luk, szpar w pokryciu dachu dachówką ceramiczną oraz „falowania” powierzchni dachu. T. O. (1) nie był w tym zakresie osobą decyzyjną i to pozwany zdecydował o użyciu pasków ze sklejki wodoodpornej z drewna liściastego i nie zageścił podpór, a prace w tym zakresie wykonali R. S. i P. S. zgodnie z jego zaleceniami. W zakresie wad w konstrukcji wykusza i przemarzania podłóg, wskazać należy, że spośród robót wewnątrz budynku to pozwany wykonywał docieplenie ścian budynku pod ogrzewanie ściennie, co sam przyznał. Cegłę elewacyjną w postaci piaskowca kładł jego pracownik i pozwany nie zadbał o to, by ocieplenie zostało wykonane, a – jak stwierdził biegły z zakresu budownictwa i którą to ocenę podziela Sąd – przyczyną wad w zakresie konstrukcji wykusza, a w konsekwencji przemarzania podłóg w budynku przy oknach balkonowych w okresie zimowym, był całkowity brak ocieplenia na wystającej części stropu poza lico ściany. Do prac zleconych pozwanemu należało również wylanie płyty betonowej oraz oblicowanie wykonanej podbudowy tarasu płytkami z piaskowca. Wada w konstrukcji tarasu polega na odpadaniu płytek terakotowych wzdłuż krawędzi tarasu łącznie z warstwą kleju, stanowi to wynik błędów zarówno po stronie inwestora, jak i błędów wykonawczych popełnionych przez pozwanego, polegających na niezapewnieniu ciągłości podkładu betonowego na całej jego powierzchni oraz wykonanie podkładu betonowego z zachowaniem zbyt małego spadku na zewnątrz, powinien on bowiem wynosić co najmniej 1,5 %, podczas gdy pozostawiony przez pozwanego spadek wynosił 1 %. Twierdzenia pozwanego, że do jego obowiązków należało jedynie wykonanie podbudowy tarasu, natomiast wykonanie spadków leżało w gestii kolejnych wykonawców nie mogą stanowić podstawy do zwolnienia się przez niego od odpowiedzialności, gdyż – jak wskazał biegły – spadki powinny być wykonywane już na podbudowach, a

brak należytego spadku oznacza nieprawidłowe wykonanie podbudowy tarasu. Również wykonana przez pozwanego oblicówka z piaskowca jest wadliwa w zakresie dwóch płytek, które uległy odklejeniu, co wobec charakteru tej wady – związanej z wykonaniem oblicówki, także obciąża pozwanego.

Powyższe uwagi prowadzą do wniosku o istnieniu podstaw do przypisaniu pozwanemu odpowiedzialności z art. 471 k.c. Wskazane przez powódkę w pozwie i w toku postępowania wady w przedmiotowym budynku wynikają bezpośrednio z błędów wykonawczych lub decyzyjnych po stronie pozwanego, a zatem z nienależytego wykonania przez niego obowiązków umownych. Podstawę roszczenia powódki stanowi zarówno przepis art. 471 kc, jak i § 12 umowy łączącej strony, wedle którego w przypadku poniesienia przez zamawiającego szkód wynikłych na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, szkody te wykonawca zobowiązuje się naprawić w pełnej wysokości. Wbrew stanowisku pozwanego powódka sprostowała ciężarowi dowodu. Fakt zaistnienia szkody pozostawał bezsporny, powódka wykazała jej wysokość i pozostałe przesłanki odpowiedzialności pozwanego.

W zakresie wysokości szkody, wskazać należy, że ustalony przez Sąd Rejonowy w oparciu o opinię biegłego koszt naprawy jednego „bawolego oka” wynosi 9 181 zł brutto. Powódka dotychczas dokonała naprawy dwóch spośród trzech „bawolich ok” i poniosła z tego tytułu koszt 14 000 zł. Ostatecznie sprecyzowała żądanie w ten sposób, że wniosła o zasądzenie z tego tytułu kwoty 23 181 zł na którą składa się kwota dotychczas poniesiona oraz wskazana powyżej ustalona w toku postępowania kwota 9 181 zł. (żądaniem tym sąd był związany choć powódka mogłaby zapewne wnosić z tego tytułu o kwotę (...). (...)). Wada związana z wykuszem nie została dotychczas usunięta, ale jej usunięcie jest możliwe poprzez demontaż faktury zewnętrznej w tym rejonie i wykonanie odpowiedniej warstwy ocieplającej. Koszt takiej naprawy wynosi 4 716,40 zł i zasądzenia takiej właśnie kwoty domagała się ostatecznie powódka. W toku postępowania J. D. przeprowadziła naprawę tarasu, decydując się na położenie na nim kostki brukowej i ponosząc z tego tytułu koszt równy 35 470,50 zł. Koszt rynkowy tego rodzaju naprawy kształtuje się jednak na poziomie 31 055,58 zł i taką właśnie kwotę przyznał jej Sąd w związku z powyższą naprawą. W zakresie wad oblicówki, koszt jej naprawy wynosi 100 zł, co nie było kwestionowane przez żadną ze stron. Suma powyższych kwot wynosi 59 052,98 zł, powódka zaliczyła na jej poczet kwotę 20 000 zł zatrzymaną przez nią tytułem kaucji gwarancyjnej i ostatecznie sprecyzowane żądanie to uwzględnia. Z tego względu Sąd zasądził od pozwanego na jej rzecz łącznie kwotę 39 052,98 zł.

W zakresie podniesionego przez pozwanego zarzutu potrącenia, Sąd Rejonowy uznał, że po pierwsze zasadność kwoty 6 215 zł przedstawionej do potrącenia budzi wątpliwości, gdyż – jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia – nie została ona udowodniona, po drugie zarzut ten nie mógł zostać uwzględniony również z przyczyn formalnych – mianowicie braku dowodu doręczenia oświadczenia o potrąceniu powódce. Należy podkreślić, że oświadczenie o potrąceniu złożone pełnomocnikowi procesowemu nie jest skuteczne, gdyż oświadczenie to powinno być złożone dłużnikowi wzajemnemu osobiście. Doręczenie pisma procesowego zawierającego takie oświadczenie pełnomocnikowi procesowemu dłużnika wzajemnego nie wywiera skutków przewidzianych w art. 61 § 1 zdanie pierwsze k.c. (tak SN w wyroku z dnia 13 stycznia 2016 r., II CSK 862/14, LEX nr 1982400). Jak bowiem wskazał Sąd Najwyższy w analizowanym orzeczeniu, pełnomocnictwo procesowe nie zawiera umocowania do odbierania oświadczeń woli. Zgodnie zaś z obowiązującymi przepisami (art. 60 i 61 k.c.) oświadczenie będzie złożone skutecznie w chwili, gdy adresat będzie mógł się zapoznać z jego treścią. Przepisy proceduralne wskazują jednoznacznie, że pełnomocnik jest uprawniony do odbioru pism procesowych w imieniu mocodawcy, a odebranie pisma przez pełnomocnika jest skuteczne względem mocodawcy. Skuteczność ta ma jednak miejsce tylko na gruncie przepisów procesowych, nie rozciąga się jednak na materialnoprawne skutki doręczenia oświadczeń woli zawartych w pismach. Tak więc, o ile zarzut potrącenia złożony w taki sposób byłby podniesiony skutecznie, o tyle nie zawsze wywoła on podwójny skutek opisany powyżej. Do pisma zawierającego oświadczenie o potrąceniu pozwany załączył co prawda dowody jego nadania zarówno powódce, jak i jej pełnomocnikowi, brak jednak w aktach sprawy dowodu doręczenia go J. D.. O ile z pisma procesowego wniesionego przez pełnomocnika powódki w odpowiedzi na pismo pozwanego zawierającego to oświadczenie wynika, że zostało mu ono doręczone, o tyle wniosku takiego nie można wysnuć w odniesieniu do powódki. Powyższe uwagi czynią zbędnym odniesienie się do podniesionego przez powódkę zarzutu przedawnienia wierzycelności zgłoszonej przez pozwanego do potrącenia.

Sąd Rejonowy orzekł o odsetkach na podstawie art. 481 § 1 k.c. i mając na uwadze zmianę przepisów dotyczących odsetek, która weszła w życie dnia 1 stycznia 2016 roku, zasądził od przyznanej powódce kwoty 39 052,98 zł odsetki ustawowe od dnia 28 maja 2011 roku (tj. od dnia wytoczenia powództwa) do dnia 31 grudnia 2015 roku oraz odsetki ustawowe za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty.

W związku z cofnięciem powództwa w zakresie kwoty 5 170,60 zł, postępowanie w tym zakresie podlegało umorzeniu na podstawie art. 355 § 1 kpc.

W pozostałej części powództwo podlegało oddaleniu, jako że dochodzone przez powódkę odszkodowanie z tytułu kosztów poniesionych na naprawę tarasu było w zakresie kwoty 4 414,92 zł zawyżone w stosunku do cen rynkowych (i ceny ustalonej przez Sąd w oparciu o opinię biegłego z zakresu budownictwa).

Sąd Rejonowy zastosował art. 108 k.p.c. i rozstrzygnął jedynie o zasadach poniesienia przez strony kosztów procesu, ustalając, że powódka wygrała sprawę w 81%, i pozostawił szczegółowe wyliczenie tych kosztów referendarzowi sądowemu przy zastosowaniu zasady stosunkowego rozdzielenia kosztów.

Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany. Skarżący zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie:

1) przepisów prawa procesowego:

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

- dokonanie wadliwej oceny materiału dowodowego poprzez wyprowadzenie na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego wniosków nielogicznych oraz poprzez wybiórczą analizę jedynie części materiału dowodowego (w szczególności pominięcie przy ocenie obszernych fragmentów opinii pisemnych i uzupełniających opinii ustnych biegłego Z. H. złożonych na rozprawie 12.12.2016r. i 12.04.2017r., a także zeznań świadka D. – inwestora - męża powódki, świadka K., świadka M. D. i zeznań pozwanego w zakresie: decyzji inwestorów o zmianie zagospodarowania tarasu poprzez rezygnację z murków oporowych - niezgodnie z projektem, w zakresie wykonania prac przez innego wykonawcę, który po zakończeniu prac przez pozwanego kładł płytki na tarasie i nie kwestionował prawidłowości wykonania podkładu betonowego tarasu, ani istniejących spadków płyty betonowej, co w razie ich występowania było postępowaniem niezgodnym ze sztuką a także w zakresie stwierdzenia wielokrotnie przez biegłego, że przyczyną odspajania się płytek na tarasie było ostatecznie zastosowanie w projekcie budowlanym z 2004r., niesprawdzającego się w polskich warunkach klimatycznych i od kilku lat niestosowanego na tarasach niezadaszonych rozwiązania projektowego tarasu w postaci płyty betonowej pokrytej płytkami gresowymi, stosowanego jednak w latach, kiedy pozwany wykonywał prace, zaakceptowanego przez inwestorów i architekta i wykonanego przez pozwanego zgodnie z projektem, a także w zakresie wyraźnego wskazania przez biegłego, że możliwa była częściowa naprawa tarasu poprzez odcięcie części płyty tarasu i zdjęcie fragmentu płytek wraz z frezowaniem, w technologii, która była zaprojektowana w projekcie, po znacznie niższych kosztach niż dokonała naprawy tarasu powódka z mężem wybierając nowe, nieprzewidziane w projekcie rozwiązanie w innej technologii, co doprowadziło do rozbiórki całego poprzedniego tarasu wraz z rozbiórką płyty betonowej 140 m<sup>2</sup> tarasu;

- pominięcie zeznań świadka K., pozwanego i M. D. w zakresie, w jakim dotyczyły one uzgodnionej z inwestorami zmiany - przeprojektowania elementu wykuszu i zmiany w związku z tym materiału do jego wykończenia od spodu - w postaci drewna, zakresu prac, które miały być wykonane przez inwestora w tym zakresie po zakończeniu prac przez pozwanego, etapu prac, na którym powinna być wykonana izolacja tego elementu w związku z wykończeniem go drewnem, co w konsekwencji doprowadziło do wadliwych ocen, a także do nieuwzględnienia szeregu okoliczności i miało istotny wpływ na wynik sprawy.;

- poprzez przyjęcie, że niewiarygodne są zeznania pozwanego w części dotyczącej nieuiszczenia przez powódkę kwoty 6.215 zł, jako niedopłaconej z ostatniej faktury nr (...)r., pomimo tego że Sąd w ogóle nie zanalizował w tym zakresie

treści tego dokumentu rozliczeniowego, ani pozostałych faktur i dowodów zapłaty złożonych przez obie strony, z których wynika fakt niedopłacenia wynagrodzenia pozwanemu;

- poprzez przyjęcie, że niewiarygodne są zeznania pozwanego, że M. D. zajmował się położeniem cegły klinkierowej pod barierką wykuszu na odrębne zlecenie powódki, przy czym Sąd opiera swoje ustalenia na prawdopodobnym przypuszczeniu że prace w postaci układania cegły elewacyjnej były świadczone przez pozwanego, pomimo tego, że pozwany nie miał zleconych takich prac, były one wykonywane na etapie kiedy pozwany zszedł już z budowy i nie był też kierownikiem budowy, świadek D. zeznał w 2012r. ,że w ramach prac prowadzonych przez pozwanego, które świadek wykonywał nie było wykonanego na elemencie półokrągłym wykuszu ocieplenia, gdyż inwestor miał obłożyć ten element drewnem i dać ocieplenie, świadek powiedział też, że nie układał tam cegły elewacyjnej z piaskowca, żeby można było tam ułożyć tam drewno. Potwierdził to biegły, który przyznał, że ocieplenie w takim przypadku wykonuje się przed położeniem drewna na takiej części;

- poprzez przyjęcie, że w zakresie wysokości dochodzonej przez powódkę szkody należy uznać w oparciu o opinię biegłego, że koszt rynkowy naprawy tarasu wyniósł 31.055,58 zł, podczas, gdy z opinii biegłego - pisemnych i ustnych uzupełniających - wynikało, że był to tylko jeden z wariantów naprawy, najdroższy, wybrany przez powódkę i jej męża, polegający na rozebraniu nieuszkodzonej, nadającej się do naprawy częściowej według biegłego, podstawy betonowej tarasu, przy przyjęciu nowej, niezgodnej z projektem, technologii wykonania tarasu, za które to rozwiązanie projektowe pozwany nie ponosi żadnej odpowiedzialności, gdyż nie projektował on tarasu. Taras wykonany przez pozwanego, wyłącznie w zakresie betonowej podstawy (bo to zostało mu zleczone) został wykonany zgodnie z rozwiązaniem przyjętym w dostarczonym mu projekcie, zaprojektowanym przez arch. K., zaakceptowanym przez powódkę i jej męża, jak sami zeznali. Ponadto rozwiązanie to było wtedy przyjmowane jako prawidłowe (zarówno na etapie projektowania, jak i wykonywania w latach 2004-2006). Dopiero od 2008r., na co wskazał biegły, zaczęto odchodzić od wykonywania niezadaszonych tarasów w tej technologii jako niesprawdzających się w polskich warunkach klimatycznych, za co pozwany nie może ponosić odpowiedzialności. Sąd nie rozważył, ani nie odniósł się w jakimkolwiek stopniu do kosztów naprawy częściowej zaproponowanej przez biegłego, które wynosiły 8336,70 zł, a nie 31.055,58 zł, pomimo tego, że biegły uznał (także na rozprawie w dniu 12.12.2016r.), że naprawa taka była możliwa, w tym można było usunąć szczelinę dylatacyjną, odciąć część płyty tarasu i dokonać przygotowania podłoża, frezowania i położenia płytek na nowo tylko na niewielkiej części tarasu;

- poprzez przyjęcie, że pozwany nie zadbał o to, aby zostało wykonane ocieplenie wykuszu na wystającej części stropu poza lico ściany, podczas, gdy z zeznań pozwanego spójnych i uzupełniających się z zeznaniami M. D., K. i opinią biegłego, wynika, że detal architektoniczny w postaci wykuszu został przeprojektowany na etapie wykonywania prac stanu surowego, gdyż poprzednie rozwiązanie, co potwierdził biegły było wadliwe, bo cegła klinkierowa nie miała się na czym trzymać. Po zmianie rozwiązania na zaproponowane przez pozwanego i zaakceptowane przez architekta i inwestorów należało na etapie wykonywania obłożenia spodu wykuszu drewnem, co nastąpiło po wykonaniu prac przez pozwanego, wykonać bezpośrednio przed ułożeniem drewna warstwę izolacyjną z pianki, ale inwestor zmienił zdanie i część tego fragmentu pokrył cegłą elewacyjną, a część jedynie drewnem;

- poprzez przyjęcie, że zarzut potrącenia zgłoszony przez pozwanego nie mógł być uwzględniony, gdyż brak było dowodu doręczenia oświadczenia o potrąceniu powódce podczas, gdy pozwany przez pełnomocnika posiadającego stosowne pełnomocnictwo w tym zakresie, wysłał pismo zawierające oświadczenie o potrąceniu zarówno do pełnomocnika, jak i do powódki, a w kolejnym piśmie procesowym pełnomocnik powódki występujący nie w imieniu własnym, ale w imieniu strony ustosunkował się do tegoż potrącenia, nie zaprzeczając, że zostało ono powódce doręczone, nie było więc potrzeby dołączania dowodu doręczenia powódce pisma z oświadczeniem. Z uwagi na to, że Sąd dopiero w uzasadnieniu orzeczenia przyjął w sposób nieuzasadniony tokiem postępowania, że pismo nie zostało powódce doręczone pozwany zgłasza w apelacji wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu z dokumentu urzędowego potwierdzenia odbioru pisma przez powódkę w dniu 27 lipca 2012 roku,

- sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez przyjęcie, że wada tarasu w postaci odspajania się na części tarasu płytek oraz piaskowca na czole tarasu wynikała z wykonania przez pozwanego podkładu betonowego tarasu w taki sposób, że nie została zapewniona ciągłość na całej powierzchni, co spowodowało oddylatowanie się elementów po obwodzie tarasu, a także z wykonania przez pozwanego podkładu betonowego tarasu z zachowaniem zbyt małego spadku, który powinien wynosić co najmniej 1,5 %, podczas, gdy biegły w kolejnych opiniach pisemnych i ustnych podał, że nie posiada informacji i nie ma takowej w materiale dowodowym sprawy, że wykonany przez pozwanego podkład betonowy nie posiadał spadku i ewentualnie jaki to był spadek, gdyż oglądał taras przykryty płytkami i nie mierzył spadków oraz podał, że powódka z mężem podjęli decyzję o zmianie zagospodarowania tarasu w stosunku do tego, który był w projekcie poprzez likwidację murków oporowych, które, gdyby zostały wybudowane zasłoniłyby dylatację i nie doszłoby do wad w takim zakresie, podał, też, że jakość i sposób wykonania płyty tarasowej przez pozwanego nie odbiegał od stosowanych rozwiązań w tym zakresie, podał, że przed rozpoczęciem prac związanych z układaniem płytek terakotowych na tarasie wykonawca, który kładł płytki powinien zgodnie ze sztuką dokonać zbadania i sprawdzenia czy przygotowany podkład betonowy nadaje się do położenia płytek, a w przypadku nieprawidłowości powinien powiadomić inwestora, kierownika budowy (którym wtedy nie był już pozwany, a T. O.) i realizować prace po usunięciu nieprawidłowości. Sąd pominął w ustaleniach faktycznych, że biegły w opinii podstawowej z lutego 2014r. podał, że płyta betonowa tarasu nie wykazywała uszkodzeń, a w opinii z grudnia 2015r., że dylatacja pomiędzy murkiem zewnętrznym, a płytą betonową występowała tylko na części tarasu, a ewentualne pojawienie się w przyszłości powiększającej się dylatacji, niewielkiej, nie ma wpływu na odspajanie płytek na tarasie, co należy zinterpretować jako zaprojektowany wadliwy system dla naszych warunków klimatycznych, a jednocześnie nie stwierdzono pęknięcia czy zdylatowania się podłoża. Sąd przyjął ponadto, że koszty rynkowe naprawy tarasu wynoszą 31.055,58 zł i pominął w całości ustalone przez biegłego koszty częściowej naprawy tarasu, podane w opinii z grudnia 2015r., podtrzymane w opinii uzupełniającej ustnej na rozprawie 12.12.2016r. w wysokości 8336,70 zł, która to naprawa była w ocenie biegłego możliwa do wykonania i zakładała utrzymanie istniejącego tarasu na podkładzie betonowym, wykonanym w technologii zgodnej z projektem, który miał obowiązek wykonać pozwany;

## **2) przepisów prawa materialnego:**

- art. 471 k.c. poprzez wadliwą jego wykładnię polegającą na przyjęciu przez Sąd I instancji, że w okolicznościach niniejszej sprawy wynikających ze zgromadzonego przed Sądem materiału dowodowego, można przypisać pozwanemu odpowiedzialność za szkodę powódki związaną z wadami tarasu w postaci odpadających płytek oraz wadami w postaci przemarzającej części wykuszu, wyrażającą się kwotą 35.771,98 zł i że zachodzą przesłanki odpowiedzialności pozwanego za taką szkodę w postaci zawinionego nienależytego wykonania umowy o roboty budowlane zawartej przez strony i w postaci związku przyczynowego pomiędzy nienależytym wykonaniem przez pozwanego umowy, a szkodą w ogólności, a ponadto szkodą w takiej wysokości, jak przyjął Sąd. podczas, gdy z opinii pisemnych i ustnych biegłego H. wynika, że co do zasady odspajanie się płytek na niezadaszonym tarasie powódki należy przypisać niesprawdzającemu się w polskich warunkach klimatycznych rozwiązaniu polegającemu na wykonywaniu tarasu na płycie betonowej z pokryciem płytkami terakotowymi, od którego to rozwiązania od 2008r. odchodzi się przy projektowaniu, które jednak zostało przyjęte przez architekta K. w projekcie z 2004r. i wykonane przez pozwanego zgodnie z projektem w roku 2005r. i które w tych latach było powszechnie wykonywane i przyjmowane. Ponadto biegły wskazał na związek przyczynowy odspajania się płytek z decyzją inwestorów o zmianie zagospodarowania tarasu w stosunku do tego, który był przewidziany w projekcie poprzez likwidację murków oporowych, które, gdyby zostały wybudowane zasłoniłyby dylatację i nie doszłoby do wad w takim zakresie, podał też, że jakość i sposób wykonania płyty tarasowej przez pozwanego nie odbiegał od stosowanych rozwiązań w tym zakresie. Biegły wskazał także na związek odspajania się płytek i zakresu powstałej wady z pracami wykonywanymi przez innego - wykonawcę, który układał płytki na tarasie wskazując, że płytki zostały ułożone w sposób ciągły, przykrywając dylatację, podczas gdy powinny być ułożone do dylatacji, zachowana dylatacja i następnie od dylatacji, co spowodowało przyspieszone odspajanie się płytek oraz wskazując, że przed rozpoczęciem prac związanych z układaniem płytek terakotowych na tarasie wykonawca, który kładł płytki powinien dokonać badania i sprawdzenia czy przygotowany podkład betonowy nadaje się do położenia płytek, a w przypadku



nieprawidłowości powinien powiadomić inwestora, kierownika budowy (którym wtedy był T. O.) i realizować prace po usunięciu nieprawidłowości, co na tym etapie mogło zapobiec szkodom. Sąd w ogóle nie wziął pod uwagę przy ustalaniu odpowiedzialności pozwanego za szkodę kosztów częściowej naprawy tarasu, która była w ocenie biegłego możliwa i znacznie tańsza od metody zastosowanej przez powódkę, która postanowiła na koszt pozwanego wybudować sobie nowy taras w nowej technologii, nieprzewidzianej w projekcie, który zobowiązany był wykonać pozwany, a wskazywane przez nią wady dotyczyły wyłącznie odspajania się płytek, co do jakości wykonanego podkładu betonowego biegły potwierdził prawidłowość wykonania. W zakresie związku przyczynowego pomiędzy szkodą powódki związaną z przemarzaniem wykuszu a wykonywaniem umowy przez pozwanego, Sąd przyjął odpowiedzialność pozwanego, pomimo tego, że tylko powódka i jej mąż twierdzili, że nic nie wiedzieli o zmianach w zakresie konstrukcji i ocieplenia wykuszu związanego ze zmianą materiału do jego obłożenia - drewno, co pozostaje w sprzeczności z zeznaniami pozwanego, świadka M. D., świadka K., a ponadto biegły wskazał, że izolacje na tym elemencie wystającym od spodu należało położyć przed ułożeniem na nim drewna, co nie należało do zakresu prac pozwanego;

**- art. 362 k.c. poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie w okolicznościach niniejszej sprawy, że to pozwany powinien ponieść w całości odpowiedzialność za szkodę powódki związaną z odspajaniem się płytek na tarasie i przemarzaniem wykuszu pomimo tego, że Sąd w uzasadnieniu wyroku (str.11) jednoznacznie wskazał, że wada tarasu stanowi wynik błędów zarówno po stronie inwestora, jak i błędów wykonawczych popełnionych przez pozwanego, a skoro tak, to Sąd powinien obniżyć wysokość odszkodowania, którym obciążył pozwanego w związku z przyczynieniem się powódki do powstania lub zwiększenia szkody.**

**Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie 1 poprzez oddalenie powództwa w zakresie kwoty 35.771,98 zł wraz z odsetkami ustawowymi za okres od dnia 28.05.2011 r. do 31.12.2015r. i ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty oraz w punkcie 4, w którym Sąd ustalił, że powódka wygrała proces w 81% i pozostawił szczegółowe rozliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu, zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie punktu 4 co do rozstrzygnięcia o kosztach postępowania za pierwszą instancję i zasądzenie tychże od powódki na rzecz pozwanego stosownie do zasady odpowiedzialności za wynik procesu; względnie o uchylenie wyroku w zaskarżonym zakresie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania oraz o zasądzenie od powódki na rzecz pozwanego kosztów postępowania za II instancję, w tym kosztów zastępstwa procesowego strony pozwanej w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.**

Skarżący wniósł na podstawie art. 381 k.p.c. o dopuszczenie przed Sądem II instancji, dowodu z dokumentu urzędowego potwierdzenia odbioru pisma przez powódkę w dniu 27 lipca 2012 roku, podnosząc, że konieczność złożenia wyżej wymienionego powstała dopiero na etapie postępowania przed Sądem II Instancji, wobec przedstawionych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku motywów, którymi kierował się Sąd I Instancji, a które ujawnione zostały w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

W odpowiedzi na apelację powódka wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie na rzecz powódki zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Apelacja pozwanego jest częściowo zasadna.

Zaskarżone rozstrzygnięcie zostało wydane na podstawie prawidłowo ustalonego stanu faktycznego, które to ustalenia Sąd Okręgowy podziela i przyjmuje za własne. Błędna jest zdaniem Sądu Okręgowego ocena prawna ustalonych faktów.

Niezasadny jest zarzut pozwanego naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie wadliwej oceny materiału dowodowego i sprzeczność ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie jest wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął Sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena Sądu (zob. wyrok SA w Poznaniu z 21.05.2008 r., I ACa 953/07, LEX nr 466440). Ocena dowodów należy do Sądu orzekającego i nawet w sytuacji, w której z dowodu można było wywieść wnioski inne niż przyjęte przez Sąd, nie dochodzi do naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Dla skuteczności zarzutu naruszenia wskazanej normy konieczne byłoby wykazanie przez skarżącego, że Sąd Rejonowy, dokonując oceny zebranego w sprawie materiału uchybił podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów, tj. regułom logicznego myślenia, zasadzie doświadczenia życiowego i właściwego kojarzenia faktów (wyrok SN z 16.12.2005r., III CK 314/05, Lex nr 172176). Odnosząc powyższe do stanowiska skarżącego uznać trzeba, iż nie sprostął on opisanym wymogom formułowania analizowanego zarzutu, a jego stanowisko jest wyrazem polemiki ze stwierdzeniem Sądu Rejonowego przyjętym u podstaw zaskarżonego wyroku, że wada tarasu wynikała z wykonania przez pozwanego podkładu betonowego tarasu w taki sposób, że nie została zapewniona ciągłość na całej powierzchni, co spowodowało oddylatowanie się elementów po obwodzie tarasu, a także z wykonania przez pozwanego podkładu betonowego tarasu z zachowaniem zbyt małego spadku, że pozwany nie zadbał o to, aby zostało wykonane ocieplenie wykusza na wystającej części stropu poza lico ściany, że brak było dowodu doręczenia oświadczenia o potrąceniu powódce. W świetle przedstawionych uwag nie jest to jednak wystarczające dla podważenia stanowiska prezentowanego w zaskarżonym orzeczeniu.

Zasadny jest natomiast zarzut naruszenia przepisów prawa materialnego art. 471 k.p.c. i art. 362 k.p.c. i obciążenie pozwanego odpowiedzialnością za wszystkie prace związane z wykonaniem tarasu w sytuacji kiedy pozwany nie wykonywał prac związanych z położeniem płytek, nie on podjął decyzję o nie pobudowaniu murów oporowych i nie on urządził teren zielony wokół tarasu. Prawidłowo bowiem Sąd I instancji ustalił, że ujawniona w toku użytkowania przedmiotowego budynku wada w konstrukcji tarasu polega na odpadaniu płytek terakotowych wzdłuż krawędzi tarasu łącznie z warstwą kleju, podobne zjawisko ma miejsce również w odniesieniu do płytek z piaskowca ułożonych na czole brzegu tarasu i że wada ta stanowi wynik błędów zarówno po stronie inwestora, jak i błędów wykonawczych popełnionych przez pozwanego.

Do błędów wykonawczych tarasu obciążających pozwanego zdaniem Sądu Okręgowego należało zaliczyć: wykonanie podkładu betonowego w taki sposób, że nie została zapewniona jego ciągłość na całej powierzchni, wykonanie podkładu betonowego jako powierzchnia pozioma z niewielkim spadkiem. Zdaniem Sądu Okręgowego pozwanego powinna obciążać zatem naprawa tarasu w następującym zakresie: rozebrania części czołowej tarasu, rozebranie muru fundamentu do poziomu gruntu, wykonanie izolacji poziomej ściany fundamentu z połączeniem z izolacją pionową, ustawienie deskowań, zabetonowanie brakującej części betonowej płyty tarasu z nawierceniem i wklejeniem prętów z stali zbrojeniowej w celu uzyskania ciągłości połączenia w części przykrawędziowej, ponowne ułożenie płytek usuniętych w tym rejonie, zwiększenie spadku tarasu (opinia biegłego k. 49, k. 64, ustana opinia biegłego k. 382, ). Koszty naprawy tarasu, za które odpowiedzialność ponosi pozwany to: kwota 6.036,70 zł naprawy samodylatacji, koszt zwiększenia spadku tarasu to kwota 2.300 zł, koszt płytek 1.300 zł co daje łącznie kwotę 9.636,70 zł (uzupełniająca opinia biegłego k. 382, k. 400 a, w tym k. 3 opinii, ustna opinia biegłego k. 450)

Jak prawidłowo ustalił Sąd Rejonowy prace wykończeniowe związane z ułożeniem terakoty na tarasie nie były pracami zleconymi pozwanemu. Dlatego według Sądu Okręgowego za ułożenie płytek na tarasie pozwany nie ponosi odpowiedzialności. Ponadto jak wynika z opinii biegłego sądowego płytki były położone wadliwie bo przykryły dylatację, nie prawidłowo zostało wykonane wykończenie krawędzi tarasu poprzez niewyprofilowanie tzw. kapinosa pozwalającego na skapywanie wód z powierzchni tarasu poza krawędź tarasu co powodowało ściekanie po jego bocznej powierzchni, założenie fug mało estetycznie i nieszczelnie co powodowało przedostawanie się wód przez warstwę płytek. Jednakże pokrycie dylatacji płytkami stanowiło główną przyczynę odspajania się płytek. Generalnie przy kładzeniu płytek kładzie się je od dylatacji do dylatacji (ustana opinia biegłego k. 455). Zatem obciążenie pozwanego kosztami wymiany całego tarasu na nowy było błędne, bo sprzeczne z treścią art. 471 k.c., gdyż prowadziło do

obciążenia pozwanego odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie zobowiązania w całości, które nie istniało po stronie pozwanego i za które pozwany nie ponosi odpowiedzialności.

Odnosząc przyjęcia przez Sąd Rejonowy odpowiedzialności pozwanego za wady wykusza ocena Sądu Rejonowego jest prawidłowa w tym zakresie. Bezsprzeczne jest, że prace te zlecono pozwanemu. Pozwany sam dokonywał przebudowy tegoż wykusza i zastosował po uzgodnieniu z inwestorką i architektem nowe rozwiązania, jednakże nie zadbał o jego ocieplenie. Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że przyczyną wad wykusza były wady wykonawcze tj. całkowity brak ocieplenia na wystającej części stropu. Pozwany jako wykonawca robót budowlanych zobowiązał się do wybudowania budynku mieszkalnego jednorodzinne w stanie surowym, zgodnie z obowiązującymi normami, przepisami i sztuką budowlaną. Skoro pozwany zmienił rozwiązania dotyczące budowy wykuszu, odstąpił w tym zakresie od projektu za zgodą inwestora i projektanta, to powinien zadbać również o jego ocieplenie. Tym bardziej, że to pozwany zgodnie z ustaleniami stron był osobą odpowiedzialną za wykonanie docieplenia ścian budynku pod ogrzewanie ściennie. Pozwany więc powinien wykusz ocieplić nawet jeżeli mały być później zakładane na wykuszu elementy drewniane. Nie ocieplenie zaś wykuszu spowodowało przemarzanie podłóg w tej części budynku. Dlatego też pozwany jako wykonawca jest odpowiedzialny za tę wadę.

Reasumując przyznane powódce odszkodowanie nie powinno obejmować kosztów wymiany całego tarasu, gdyż pozwany nie ponosi odpowiedzialności za wadliwie ułożoną terakotę.

W takiej sytuacji Sąd Rejonowy uznał, że powódce należy się odszkodowanie w wysokości 17.634,10 zł (23.181 zł koszt naprawy bawolich ok, 4.716,40 zł koszt naprawy ocieplenia pod wykuszem, 100 zł naprawa oblicówki, 9.636,70 zł naprawa tarasu, pomniejszone o kwotę 20.000 zł z tytułu zatrzymanej kaucji) a nie w wysokości 39.052,98 zł.

W następstwie powyższych rozważań Sąd Okręgowy dokonał zmiany zaskarżonego wyroku w sposób szczegółowo opisany w sentencji orzeczenia na podstawie art. 386 § 1 k.p.c.

Powyżej przedstawiony stan rzeczy implikował zmianę akcesoryjnego rozstrzygnięcia o kosztach procesu przed Sądem I instancji, w ten sposób, że stosownie do zakresu w jakim powódka wygrała sprawę Sąd Okręgowy zmienił procenty wygrania przez powódkę sprawy z 81 % do 33 %.

Odnosząc zaś zarzutu apelacyjnego dotyczącego zarzutu potrącenia należy podnieść, że błędnie Sąd Rejonowy przyjął, że pełnomocnik pozwanego nie był należycie umocowany do zgłoszenia zarzutu potrącenia, bowiem pełnomocnik dysponował właściwym w tym zakresie pełnomocnictwem (k.205), jednakże należy uznać, że zarzut potrącenia przez pozwanego w ogóle nie został udowodniony. Pozwany nawet nie wskazał jakie kwoty i z jakiego tytułu obejmuje wystawiona przez niego faktura VAT (...) przedstawiona do potrącenia. Powódka nie uznała zarzutu potrącenia i kwestionowała kwotę przedstawioną do potrącenia. Przyznała tylko, że zatrzymała z ogólnego rozliczenia kwotę 20 000zł. Wobec powyższego go to pozwany powinien udowodnić istnienie należności objętej fakturą. Skoro pozwany tego nie uczynił zarzut jako nieudowodniony nie mógł zostać uwzględniony. Dlatego też rozstrzygnięcie Sądu Rejonowego w tym zakresie odpowiada prawu.

Sąd Okręgowy pominął zgłoszony przez skarżącego w apelacji dowód z potwierdzenia odbioru pisma przez powódkę w dniu 17 lipca 2012 roku jako spóźniony. Występujący w art. 381 k.p.c. zwrot: "potrzeba powołania się na nowe fakty i dowody wynikła później" nie może być pojmowany w ten sposób, że "potrzeba" ich powołania może wynikać jedynie z tego, iż rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji jest dla strony niekorzystne, gdyż takie pojmowanie art. 381 k.p.c. przekreślałoby jego sens i rację istnienia. (...) ta ma być następstwem zmienionych okoliczności sprawy, które są niezależne od zapadłego rozstrzygnięcia pochodzącego od sądu pierwszej instancji. W sprawie nie nastąpiła taka zmiana okoliczności.

Mając na względzie powyższe w pozostałej części apelacja podlegała oddaleniu w oparciu o art. 385 k.p.c. jako niezasadna.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c., w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. stosując zasadę stosunkowego ich rozdzielenia. Apelacja została uwzględniona w 60 %. Oznacza to, że pozwany wygrał postępowanie apelacyjne w takim zakresie. W takiej proporcji należało rozliczyć koszty poniesione przez obie strony. Powódka poniosła koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 1.800 zł. Pozwany natomiast poniósł koszty: 1.789 zł opłaty od apelacji, 1800 zł wynagrodzenia pełnomocnika. Łączne koszty procesu poniesione przez strony wyniosły 5.389 złotych, z czego powódkę obciążała kwota 3.233,40 złotych (60 %) a pozwanego kwota 2.155,60 złotych (30 %). Po dokonaniu rozliczenia kosztów poniesionych przez pozwanego z kosztami, które powinien ponieść okazuje się, że do zwrotu przez powódkę pozostaje zasądzona kwota 1.433,40 zł.