

Sygn. akt I ACa 568/17

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 lutego 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Roman Sugier (spr.)
Sędziowie :	SA Anna Bohdziewicz SO del. Tomasz Tatarczyk
Protokolant :	Barbara Białożyt

po rozpoznaniu w dniu 11 lutego 2019 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa A. K.

przeciwko W. G.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej

z dnia 7 kwietnia 2017 r., sygn. akt I C 458/15,

1) zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

a) zasądza od pozwanego na rzecz powoda 200 000 (dwieście tysięcy) złotych wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 11 lutego 2019 roku do dnia zapłaty,

b) zasądza od pozwanego na rzecz powoda 16 046,57 (szesnaście tysięcy czterdzieści sześć i 57/100) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu,

c) nakazuje pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa-Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej kwotę 337 (trzysta trzydzieści siedem) złotych tytułem wydatków sądowych,

2) zasądza od pozwanego na rzecz powoda 21 750,22 (dwadzieścia jeden tysięcy siedemset pięćdziesiąt i 22/100) złotych z tytułu kosztów postępowania apelacyjnego.

SSO del. Tomasz Tatarczyk	SSA Roman Sugier	SSA Anna Bohdziewicz
---------------------------	------------------	----------------------

Sygn. akt I ACa 568/17

## UZASADNIENIE

Powód A. K. w pozwie skierowanym przeciwko pozwanemu W. G. wnosił o zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kwoty 200.000 złotych z ustawowymi odsetkami od uprawomocnienia się wyroku do dnia zapłaty ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia tego roszczenia o zobowiązanie pozwanego do naprawy deformacji murów oporowych o konstrukcji kamienno-siatkowej tzw. gabionów, wykonanych przez pozwanego na posesji powoda, z wyjątkiem zlokalizowanego obok oczka wodnego. Powód wnosił też o zasądzenie od pozwanego na jego rzecz zwrotu kosztów procesu.

Uzasadniając żądanie powód podał, że zlecił pozwanemu wykonanie gabionów na terenie swojej posesji. Pozwany wykonał gabiony, otrzymał umówioną zapłatę i udzielił gwarancji w zakresie wykonanych robót. Po pewnym czasie gabiony zaczęły ulegać deformacji. Pozwany wezwany do usunięcia wad odmówił usunięcia wad zaprzeczając ich istnieniu. W ramach innego postępowania powód wystąpił przeciwko pozwanemu o usunięcie wad gabionu obok oczka wodnego i uzyskał wyrok sądowy zobowiązujący pozwanego do wykonania obowiązków gwaranta.

Pozwany w odpowiedzi na pozew wnosił o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów procesu.

Zarzucił przedawnienie roszczenia, zaprzeczył istnieniu wad wykonanych gabionów oraz zanegował fakt udzielenia gwarancji odnośnie usunięcia ewentualnych wad gabionów.

Wyrokiem z dnia 7 kwietnia 2017 r. Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 215,52 złote z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia uprawomocnienia się wyroku do dnia zapłaty (pkt 1.), oddalił powództwo w pozostałej części (pkt 2.), zasądził od powoda na rzecz pozwanego 3.617 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt 3.) oraz nakazał pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej kwotę 337 złotych tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych (pkt 4.).

W oparciu o przeprowadzone dowody z dokumentów, dowody osobowe oraz dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa P. K. Sąd pierwszej instancji ustalił, że w 2009 r. strony zawarły pisemną umowę o wykonanie robót budowlanych na podstawie której pozwany, jako przedsiębiorca budowlany zobowiązał się wybudować dla powoda budynek mieszkalny na stoku M., w rejonie Ł. przy ul. (...). Pozwany wykonał umówione roboty za co otrzymał od powoda wynagrodzenie w kwocie 1.070.000 złotych brutto.

Poza pracami dotyczącymi budowy budynku mieszkalnego powód zlecił pozwanemu wykonanie murów oporowych o konstrukcji kamienno-siatkowej tzw. gabionów oraz innych prac m.in. wykonanie garażu i ogrodzenia. G. zostały wykonane po obu stronach garażu, wzdłuż ogrodzenia, przy wejściu do garażu, przy drodze wjazdowej oraz jako ogrodzenie śmietnika. Wykonano je także przy oczku wodnym, z tym że jest to odrębna konstrukcja wykonana w nieco innej technologii. G. wykonano według propozycji pozwanego. Mimo, że związane z tym roboty wymagały pozwolenia na budowę powód nie starał się o takie pozwolenie. Nie był też sporządzony projekt budowlany, nie prowadzono dziennika budowy ani nie ustanowiono inspektora nadzoru inwestorskiego. Roboty zakończono w połowie 2010 roku. Powód nie zgłaszał zastrzeżeń co do sposobu i jakości wykonania. Za wykonanie gabionów pozwany otrzymał od powoda łączne wynagrodzenie w kwocie 971.025 złotych brutto.

A. H., pełniący w firmie pozwanego funkcję kierownika budowy w czasie wykonywania gabionów, za zgodą pozwanego przekazał powodowi pisemne oświadczenie „ Firma usługowo-Handlowa (...) z siedzibą w W., udziela 5-cio letniej gwarancji na wykonane roboty nie uwzględnione w umowie zasadniczej”.

Po dwóch latach od wykonania gabionów wystąpiły w części z nich wybrzuszenia wynoszące od 2 do 8,5 cm. Tego rodzaju odkształcenia nie są wadami, gdyż nie przekraczają dopuszczalnych norm oraz nie zagrażają bezpieczeństwu konstrukcji. Miało też miejsce osiadanie nadproża nad drzwiami komory klimatyzatora wnioskujące z przemieszczenia się wypełnienia koszy gabionów. Ze względu na brak projektu zjawiska tego nie można zakwalifikować jako wady wykonawstwa.

W gabionach przy drodze wjazdowej w 20% gabionów brak jest dostatecznego wypełnienia koszy materiałem skalnym. Także w tym przypadku ze względu na brak projektu ten brak wypełnienia nie stanowi wady gabionów.

W murze stanowiącym ogrodzenie śmietnika jeden z gabionów wychyla się od pionu o około 5 cm na długości 0,5 m. Przyczyną tego stanu rzeczy jest wypłukanie części wypełnienia skalnego, ze względu na zastosowanie zbyt drobnej frakcji materiału stanowiącego wypełnienie. Usunięcie tej wady jest możliwe przez wypełnienie gabionu materiałem o większej frakcji. Związany z tym koszt to 215,52 złote brutto.

Pismami z dnia 28 lutego i 20 marca 2013 r. powód wezwał pozwanego do usunięcia wad w obrębie jego posesji w postaci deformacji muru oporowego o konstrukcji kamienno-siatkowej. Pozwany odmówił spełnienia świadczenia podnosząc, że mur oporowy został wykonany w połowie 2016 r. zgodnie z wiedzą techniczną i doświadczeniem wykonawcy, a prywatna opinia na którą powołuje się powód jest wadliwa.

Wyrokiem z dnia 17 kwietnia 2015 r. Sąd Rejonowy w Bielsku-Białej zobowiązał pozwanego do usunięcia deformacji gabionu obok oczka wodnego. W ocenie tego Sądu deformacja ta stanowi wadę robót budowlanych zleconych pozwanemu przez powoda a pozwany nie uznał tej wady mimo udzielonej gwarancji. Wyrok ten uprawomocnił się wobec oddalenia apelacji pozwanego.

Mając na względzie powyższe ustalenia faktyczne Sąd Okręgowy uznał, że gabiony zostały wykonane przez pozwanego w oparciu o ustną umowę o roboty budowlane w rozumieniu przepisu art. 647 k.c. W ocenie Sądu ustaleniu temu nie przeczy niedochowanie formy pisemnej dla tego rodzaju umowy ani też to, że gabiony realizowano bez projektu, pozwolenia budowlanego czy nadzoru inwestorskiego. W tym zakresie Sąd powołał się na charakter wykonywanych robót i ich rozmiar.

Zdaniem Sądu Okręgowego powód udowodnił, że na roboty związane z wykonaniem gabionów została mu udzielona 5-letnia gwarancja a wady ujawniły się w okresie jej obowiązywania.

Odmiernym zeznaniom świadków oraz pozwanego zaprzeczającym udzieleniu gwarancji Sąd nie dał wiary.

Ze względu na odmowę przez pozwanego uznania wady gabionów w ramach gwarancji Sąd uznał, że powodowi na podstawie przepisu art. 471 k.c. przysługuje roszczenie odszkodowawcze odpowiadające kosztom usunięcia wady.

Co do rodzaju wad gabionów i kosztów ich usunięcia Sąd za miarodajną uznał opinię biegłego z zakresu budownictwa P. K., który zanegował część robót jako wad wykonanych gabionów ze względu na brak projektu technicznego.

O odsetkach Sąd orzekł na mocy art. 481 § 1 k.c., a o kosztach na podstawie art. 100 k.p.c. i art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

Wyrok został zaskarżony apelacją przez powoda w części oddalającej powództwo o zapłatę 199.784,48 złotych (pkt 2) oraz w części dotyczącej orzeczenia o kosztach (pkt 3 i 4).

Skarżący w apelacji zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy tj.:

a) art. 278 w zw. z art. 286 k.p.c., poprzez niedopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego, pomimo że opinia biegłego P. K. jest niejasna, niekonsekwentna i nieprzekonywująca, zawiera liczne błędy uproszczenia i pominięcia

nie odnosi się do zarzutów powoda, nie zawiera należytego uzasadnienia stanowiska biegłego i obliczeń oraz ustaleń w terenie, biegły dokonuje oceny czy gabiony posiadają wady jedynie w odniesieniu do projektu, bez uprzedniego wskazania co biegły rozumie jako wadę i bez odniesienia pojęcia wady do standardów zawodowych, wiedzy technicznej zasad sztuki budowlanej, umowy stron, w tym ceny gabionów oraz obowiązujących przepisów, oraz przyjmuje, że odkształcenie konstrukcji - o ile nie prowadzi do naruszenia jej stateczności i bezpieczeństwa - nie jest wadą a także dokonanie przez biegłego oceny prawnej, zastrzeżonej do wyłącznej kompetencji Sądu,

b) art. 292 k.p.c. polegające na nie przeprowadzeniu dowodu z oględzin, które pozwoliłoby dzięki bezpośrednio, zmysłowemu zapoznaniu się Sądu instancji ze stanem gabionów, na zbadanie oraz ocenę ich stanu i estetyki oraz możliwość weryfikacji błędnej opinii biegłego sądowego P. K.,

c) art. 233 k.p.c. poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów zgodnej z zasadami logiki i doświadczenia życiowego i w konsekwencji dokonanie ustaleń faktycznych sprzecznych z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, a także błędnej ocenie zeznań świadków i przyznania priorytetu mocy dowodowej opinii biegłego sądowego, zawierającej błędy;

## 2. naruszenie prawa materialnego, tj.:

a) art. 647 k.c. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 60 k.c. poprzez jego błędną interpretację, polegającą na wykluczeniu przez Sąd I instancji możliwości powierzenia przez inwestora wykonawcy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności dostarczenia projektu (choćby przez czynności dorozumiane) oraz jego niezastosowanie polegające na pominięciu oceny zgodności wykonania gabionów z zasadami wiedzy technicznej,

b) art. 471 k.c. poprzez jego błędną interpretację i w konsekwencji niezastosowanie, polegające na przyjęciu, że nienależytem wykonaniem umowy jest wyłącznie niezgodność z projektem, a skoro projektu nie było, to brak estetyki, rozpęszczanie czy wybrzuszenie gabionów - tworzące zdaniem biegłego „stan wewnętrznej równowagi” - nie stanowi nienależytego wykonania umowy,

c) art. 354 § 1 k.c. poprzez jego niezastosowanie i pominięcie, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje także w sposób odpowiadający tym zwyczajom, podczas gdy pozwany wykonał umowę niezgodnie z jej treścią oraz zasadami sztuki budowlanej i wiedzy technicznej,

d) art. 355 k.c. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. poprzez nie uwzględnienie, że pozwany zobowiązany był do wykonania umowy z najwyższą starannością - na co strony się umówiły - oraz przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności pozwanego, zatem bezzasadne było obciążenie powoda obowiązkami, które nie wynikały z umowy stron, w miejsce pozwanego, który był profesjonalistą, a także nie uwzględnienie w kontekście wymaganej staranności estetyki gabionów, ich wybrzuszenia i rozpęszczania,

e) art. 357 k.c. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. poprzez jego niezastosowanie i nie uwzględnienie, że zgodnie z umową stron świadczenie wykonane przez pozwanego miało być najwyższej jakości, co winno być uwzględnione przez biegłego sądowego oraz przez Sąd przy ocenie wadliwości gabionów oraz ich estetyki,

f) art. 18 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (dalej: p.b.) poprzez przyjęcie, że inwestor wymienione w tym przepisie obowiązki winien wykonać osobiście, podczas gdy z przepisu tego wynika jedynie zapewnienie opracowania projektu budowlanego (gdy taki jest wymagany), a nie jego opracowanie i dostarczenie wykonawcy, a nadto jego zastosowanie pomimo że nie ma on skutków w sferze cywilnoprawnej.

Powołując się na powyższe powód wnosił o uchylenie wyroku Sądu pierwszej instancji w zaskarżonej części tj. pkt 2, 3 i 4 i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania za obie instancje.

Pozwany w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie i o zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

W toku postępowania odwoławczego Sąd Apelacyjny w Katowicach dopuścił dowód z kolejnej opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność czy przedmiot umowy stron dotyczący budowy murów oporowych (gabionów) obarczony jest wadami, a jeśli tak, jakiego rodzaju i jakie będą koszty usunięcia tych wad.

Opinię wydał biegły sądowy z zakresu budownictwa K. M..

Po przeanalizowaniu materiału zawartego w aktach sprawy i dokonaniu wizji lokalnej na terenie posesji powoda biegły ten nie potwierdził zarzutów zawartych w opinii prywatnej opracowanej na zlecenie powoda przez biegłego M. B. jakoby sposób wykonania gabionów zagrażał bezpieczeństwu konstrukcji (k. 482).

Potwierdził natomiast wnioski tego biegłego oraz biegłego W. C. opiniującego w sprawie I C 787/13 Sądu Rejonowego w Bielsku-Białej że doszło do wadliwego, zbyt luźnego wypełnienia koszy metalowych materiałem skalnym. Odnosząc się do przedmiotu niniejszej sprawy biegły stwierdził, że ze względu na brak projektu technicznego poprzedzającego wykonanie robót dopuszczalnym jest odwołanie się do specyfikacji technicznych stosowanych przy tego rodzaju robotach przez (...), Regionalne (...) oraz do normy (...) Kamień do robót budowlanych Tablica I określających parametry wypełnienia skalnego w stosunku do wymiaru otworu sita, a nadto do normy (...) dotyczącej koszy gabionowych. Przy czym biegły podkreślił, że gabiony przy oczku wodnym zostały wykonane w odmienny sposób niż pozostałe w zakresie konstrukcji wykonania koszy.

W ocenie biegłego K. M. gabiony podlegające opiniowaniu posiadają następujące wady:

- do wypełnienia stosowano materiał skalny o niewłaściwym uziarnieniu, luźno wrzucony do koszy z zabudowaną wcześniej warstwą licową z kamienia ozdobnego. Obecnie następuje konsolidacja wypełniania i rozpychanie poziome koszy oraz deformacje całego muru oporowego,
- kruszywa i kamień nie zostały należycie zabezpieczone przed rozsegregowaniem i przemieszczeniem – wskazują na to luźne warstwy kamienia wypełniającego w górnej części muru oporowego.

Ponadto biegły stwierdził, że w koszach gabionowych niewłaściwie zamontowano haki montażowe.

Stwierdzone wybrzuszenie koszy, braki w wypełnieniu oraz wadliwość montażu haków biegły zilustrował fotografiami zawartymi w opinii wraz z towarzyszącymi im komentarzami.

W celu usunięcia stwierdzonych wad w opinii biegłego niezbędne jest:

a) demontaż i ponowny montaż elementów gabionów:

- murek przy ogrodzeniu 45,01 m<sup>3</sup>
- murek przy drodze 5,25 m<sup>3</sup>
- murek przy tarasie 9 m<sup>3</sup>
- śmietnik 7,13 m<sup>3</sup>
- gabiony garażu strona lewa 56,75 m<sup>3</sup>
- gabiony garażu strona prawa 124,09 m<sup>3</sup>

b) roboty ziemne ok 400 m<sup>3</sup> (wykopanie ziemi wraz z odwozem)

c) drenaże pionowe i poziome 89,46 mb

d) nasadzenie roślinności

W opinii zawarto też kosztorys robót naprawczych zgodnie z którym usunięcie wad gabionów spowoduje wydatek w kwocie 200.596,46 złotych powiększony o 23% podatku od towarów i usług.

Do opinii biegłego K. M. zastrzeżenia zgłosił pozwany zarzucając, że stwierdzenie szerszego zakresu wad i kosztów ich usunięcia jest niemiarodajne ze względu na brak umowy stron określającej w sposób szczegółowy zakres robót jakie miały być wykonane i ich wymogów technologicznych a także ze względu na brak projektu technicznego, co obciąża powoda jako inwestora. Pozwany zarzucił też niewłaściwą metodologię opiniowania oraz stosowanie do oceny jakości robót norm, które nie mogą mieć zastosowania w sprawie.

Zdaniem pozwanego powód nie udowodnił wadliwości zleconych robót.

Do zarzutów tych biegły K. M. odniósł się w opinii uzupełniającej (k. 638-658).

Podkreślił, że mimo braku projektu technicznego wykonane gabiony nie powinny mieć odchyłeń od pionu oraz wyburzeń, co było możliwe do wykonania przy dochowaniu należytej staranności robót. Przy czym stwierdzone wady to nie tylko brak liniowości konstrukcji murów ale też niedostateczne ich wypełnienie ze względu na zastosowanie niewłaściwej frakcji wypełnienia skalnego i wadliwe mocowanie haków montażowych.

Mimo braku dokumentacji technicznej pozwany winien wykonać roboty zgodnie z zasadami wiedzy i sztuki budowlanej dysponując przed wykonaniem robót szkicami architektonicznymi Potencjalny projekt budowlany, na brak którego powołuje się pozwany, nie zawierałby bowiem dopuszczalnych odchyłeń od zakładanej konstrukcji murów wykonanych z gabionów, normy do których zaś biegły się odwołał także nie przewidują tego rodzaju tolerancji.

Biegły wyjaśnił też, że norma (...) do której się odwołał nie ma zastosowania przy ocenie jakości wykonanych robót a jedynie jako norma projektowa do oceny bezpieczeństwa konstrukcji. Odwołanie się do specyfikacji technicznej (...) było poglądowne i miało miejsce w ślad za innymi opiniującymi w sprawie. Wykonywanie odkrywek nie było zaś niezbędne dla opiniowania w sprawie.

Po zapoznaniu się z opinią uzupełniającą biegłego K. M. pozwany podtrzymał dotychczasowe zarzuty co do braku jej miarodajności i wniósł o oddalenie apelacji i oparcie rozstrzygnięcia o opinię biegłego P. K..

Powód wniósł i wywodził jak w apelacji.

### ***Sąd Apelacyjny w Katowicach zważył co następuje:***

Apelacja powoda jest zasadna.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie do odparcia jest podniesiony w niej zarzut naruszenia przepisu art. 233 k.p.c., ściślej przepisu art. 233 § 1 k.p.c. polegający na braku wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego skutkującego błędnymi ustaleniami co do rodzaju wad występujących w gabionach wykonanych przez przedsiębiorstwo pozwanego i kosztów usunięcia tych wad.

Opinia biegłego P. K., będąca podstawą ustaleń Sądu pierwszej instancji w tym zakresie, oparta jest na stwierdzeniu, że poza wadliwością wypełnienia jednego z koszy gabionowych, pozostałe wybrzuszenia innych koszy i ich odchylenia od pionu nie mogą być stanowczo uznane jako wady ze względu na brak materiału porównawczego w postaci projektu technicznego.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego rozumowanie tego rodzaju jest nie do zaakceptowania. Trudność w rozstrzygnięciu sporu wynika z tego, że wykonanie gabionów miało miejsce bez projektu technicznego i pozwolenia na budowę. Strony uznały, iż zlecona pozwanemu do wykonania konstrukcja kamiennie-siatkowa (gabiony) jako element „małej architektury” nie wymaga takiego projektu i pozwolenia. Z opinii biegłych wynika zaś, że ze względu na wielkość przedsięwzięcia realizowanego w tym zakresie, między innymi wysokość muru oporowego (4 metry), projekt był wymagany.

Sąd Apelacyjny nie podziela stanowiska procesowego pozwanego, że skoro powód nie zapewnił tego rodzaju projektu to nie wykazał skutecznie wadliwości zleconych robót.

Nie sposób pominąć okoliczności faktycznych poprzedzających wykonanie gabionów. To pozwany był profesjonalistą w zakresie realizacji robót budowlanych a powód inwestorem, który w okolicznościach sprawy nie może być traktowany jako osoba mająca rozeznanie co do tego czy zlecone roboty wymagały projektu budowlanego i pozwolenia na budowę czy też nie. Przy braku jednoznacznych regulacji prawnych w tym zakresie to pozwany jako profesjonalista przejął na siebie ryzyko wykonania gabionów bez projektu technicznego i pozwolenia na budowę.

Trafnie skarżący w tym zakresie odwoływał się do naruszenia przez Sąd pierwszej instancji przepisów art. 354 § 1 k.c. art. 355 k.c. w związku z art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 18 prawa budowlanego. Istotne znaczenie ma też skala realizowanego przedsięwzięcia i związane z tym koszty. Istotne znaczenie mają też zeznania powoda, który utrzymywał ze zlecając realizację gabionów pozwanemu i płacąc za to kwotę około 1 miliona złotych, działał w zaufaniu do profesjonalizmu przedsiębiorcy budowlanego i oczekiwał wykonania robót z najwyższą starannością.

Podkreślenia też wymaga, że powód nie akceptował wadliwego wykonania robót. To ujawniło się dopiero po upływie dwóch lat od ich wykonania. Stwierdzone po tym czasie wybrzuszenia, odchylenia od pionu czy ubytki w wypełnieniu koszy gabionów nie mogą obciążać powoda z tego tylko tytułu, że podjął on decyzję co do konstrukcji koszy gabionów czy rodzaju wypełnienia skalnego stanowiącego front murów wzniesionych konstrukcji. Rzeczą pozwanego jako profesjonalisty było takie dobranie wypełnienia i sposobu jego realizacji aby nie doszło do wyplukiwania drobniejszych frakcji, ubytków wypełnienia oraz deferencji konstrukcji murów. Zwłaszcza, że rodzaj zleconych robót oraz związane z tym koszty pozwalały na oczekiwanie przez powoda realizacji robót z najwyższą starannością. Zarzut naruszenia przepisów prawa materialnego podniesionych w apelacji jest więc nie do odparcia.

Dlatego Sąd Apelacyjny uwzględnił zarzuty powoda kwestionujące miarodajność opinii biegłego P. K., który w przeważającej części mankamentów gabionów nie uznał za wadę ze względu na brak projektu technicznego.

Skutkowało to uznaniem za zasadne zarzutów naruszenia przepisów art. 278 w związku z art. 286 k.p.c. i dopuszczeniem dowodu z opinii biegłego K. M..

Opinia tego biegłego jest bardziej miarodajną dla rozstrzygnięcia sporu między stronami. Biegły wskazał na czym polega wadliwość wykonanych robót i jak można usunąć stwierdzone wady. Swoje poglądy na ten temat uzasadnił w logiczny i przekonujący sposób. W opinii uzupełniającej skutecznie odparł zarzuty strony pozwanej.

Sąd Apelacyjny podziela argumentację tego biegłego, że brak projektu technicznego nie uzasadnia odmowy oceny przez profesjonalistę czy roboty budowlane zostały wykonane przez pozwanego prawidłowo czy też w sposób wadliwy. Dla ustaleń w tym zakresie nie była niezbędna wizja lokalna z udziałem sądu (zarzut z art. 292 k.p.c.) ani dokonywanie odkrywek poprzedzających opiniowanie przez biegłego.

Dla Sądu odwoławczego o trafności opinii biegłego K. M. świadczą m.in. fotografie dołączone do jego opinii obrazujące tę część gabionów wykonanych przez pozwanego, w których zachowany został wymagany reżim technologiczny. Są one estetyczne i należyte wypełnione w odróżnieniu do tych koszy, które zilustrowano jako wybrzuszone oraz bez należytego wypełnienia.

Ponadto pozwany nie polemizuje z tą częścią opinii tego biegłego, która wskazuje na to, że jedną z przyczyn niedochowania geometrii koszy gabionów jest niewłaściwe zamontowanie haków montażowych.

Mając to na względzie należało uznać, że opinia biegłego P. K., ze względu na wspomnianą wyżej jej wadliwość nie mogła być podstawą ustaleń co do rodzaju wad wykonywanych robót i kosztów ich usunięcia a opinia biegłego K. M. nie została skutecznie podważona przez pozwanego.

Co do pozostałych ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd Okręgowy dotyczących chronologii wydarzeń, co do rodzaju umowy łączącej strony, i udzielenia gwarancji na wykonane roboty Sąd Apelacyjny w pełni podziela ocenę zebranych dowodów dokonaną przez Sąd pierwszej instancji a ustalenia w tym zakresie traktuje jako swoje własne.

Reasumując należało uznać, że pozwany roboty zlecone mu przez powoda wykonał w sposób nieprawidłowy. Obarczone są one bowiem wadami wynikającymi z opinii biegłego K. M., a koszt ich usunięcia wynika z kosztorysu tego biegłego. Pozwany jako zobowiązany z tytułu gwarancji winien usunąć te wady, gdyż ujawniły się one w okresie jej obowiązywania o czym został poinformowany i wezwany do wykonania umowy gwarancyjnej. Skoro pozwany nie zastosował się do obowiązków umowy zawartej z pozwanym zgodnie z przepisem art. 471 k.c. winien naprawić powodowi szkodę wynikającą z nienależytego wykonania umowy tj. zapłacić równowartość kosztów usunięcia ustalonych wad.

Ze względu na to, że koszt ich usunięcia ustalony w oparciu o opinię biegłego K. M. jest wyższy od żądania zgłoszonego przez powoda w pozwie Sąd Apelacyjny na mocy art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok i zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 200.000 złotych z odsetkami od daty wskazanej w pozwie, późniejszej od wezwania do zapłaty odszkodowania (art. 455 k.c. w związku z art. 481 § 1 k.c.).

O kosztach postępowania przed Sądem pierwszej instancji orzeczono na mocy art. 98 k.p.c. i art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych uwzględniając to, że powód uiścił 10.000 złotych opłaty od pozwu, 3.617 złotych to wynagrodzenie pełnomocnika pozwanego, a 2.000 i 429,57 złotych to zaliczki na poczet wydatków sądowych wpłacone przez powoda. Nieopłacone wydatki sądowe w kwocie 337 złotych (k. 359 i 381) obciążają pozwanego w związku z wynikiem sprawy.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na mocy art. 98 k.p.c.

Składa się na nie opłata od apelacji uiszczona przez powoda w kwocie 9.990 złotych, wydatki na poczet wydatków sądowych związanych z opinią biegłego (7.682,52 zł. + 1.206,57 zł. + 171,20 zł.) oraz wynagrodzenie pełnomocnika procesowego 2.700 złotych, razem 21.750,22 złotych.

SSO del. Tomasz Tatarczyk	SSA Roman Sugier	SSA Anna Bohdziewicz
---------------------------	------------------	----------------------