

Sygn. akt I ACa 775/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 października 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu, I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Bogdan Wysocki (spr.)
Sędziowie:	SA Małgorzata Gulczyńska SA Jan Futro
Protokolant:	starszy sekretarz sądowy Sylwia Woźniak

po rozpoznaniu w dniu 24 października 2012 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe (...) spółki

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w T. P.

o nakazanie

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 5 czerwca 2012 r., sygn. akt IX GC 249/11

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od powódki na rzecz pozwanej kwotę 2.700 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

/-/ M. Gulczyńska /-/ B. Wysocki /-/ J. Futro

Sygn. akt I ACa 775/12

UZASADNIENIE

Powód Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. wniósł o nakazanie **pozwanemu (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w T. P.** wymiany wadliwej nawierzchni o pow. 912 m, zgodnie z załączoną do pozwu mapą, wykonanej z betonowych kostek brukowych, która jest zlokalizowana bezpośrednio przy wybudowanej hali przy ul. (...) w P., na betonowe kostki

brukowe wolne od wad, w terminie 2 miesięcy od daty uprawomocnienia się wyroku oraz o zasądzenie od pozwanego na jego rzecz zwrotu kosztów procesu według norm przepisanych.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie na jego kosztów procesu według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 5 czerwca 2012 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu oddalił powództwo, kosztami postępowania obciążył powoda.

Podstawą orzeczenia były następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne Sądu I instancji.

14 listopada 2006 r. powód, jako zleceniodawca, zawarł z pozwanym, jako zleceniobiorcą, umowę budowlaną (umowę o generalne wykonawstwo). Powód zlecił pozwanemu budowę pod klucz kompleksu powierzchni biurowej/hali wraz z pomieszczeniami socjalnymi i terenami zewnętrznymi według znanych obu stronom załączników do umowy oraz zgodnie z udzielonym pozwoleniem na budowę z dnia 21 sierpnia 2006r. o numerze (...).

Przedmiot umowy obejmował między innymi teren zewnętrzny: bruk betonowy dla ruchu ciężkich pojazdów; wydzielenie części stanowisk parkingowych poprzez bruk innego koloru; cały bruk ujęty w kamienne krawężniki wraz z kamiennymi krawężnikami łukowymi.

Pozwany zobowiązał się do wykonania obiektu budowlanego w sposób fachowy, zgodnie z regułami techniki.

Strony ustaliły stałą zryczałtowaną cenę w wysokości 11.700.000 zł.

Nadto strony uzgodniły, że ewentualne braki bądź niezakończony pozostałe prace, które stwierdzone zostaną podczas kontroli robót budowlanych, należy ująć w protokole odbiorczym, który zostanie podpisany bezpośrednio przez obie strony. Pozwany zobowiązał się do niezwłocznego usunięcia tych braków. Zgodnie z umową takie braki, które nie są widoczne w momencie odbioru, a które ujawnią się w późniejszym terminie, usunięte zostaną w ramach obowiązku rękojmi. W przypadku braków, które wyraźnie widoczne są w momencie odbioru (mechaniczne uszkodzenia), a które nie są jednak ujęte w protokole odbiorczym, istnieje prawo dochodzenia roszczeń z tytułu rękojmi, o ile chodzi o uszkodzenia etc., które związane są z realizacją budowy. Pozwany udzielił rękojmi na okres 5 lat.

Producentem kostki brukowej, którą w ramach realizacji powyższej umowy kładł pozwany, była firma (...) - jednoosobowa działalność gospodarcza B. H.. Pozwanemu przedstawiono dokumenty potwierdzające jakość tej kostki oraz dopuszczenie do stosowania w budownictwie. W trakcie wykonywania nawierzchni powód nie zgłaszał zastrzeżeń, co do sposobu ułożenia kostki. Praca polegająca na ułożeniu kostki została wykonana prawidłowo, ewentualne uwagi inwestora były na bieżąco wykonywane. Nawierzchnia została odebrana przez inspektora nadzoru inwestorskiego.

29 września 2007 r. pozwany wystawił fakturę VAT nr (...) dokumentującą nabycie przez powoda usługi remontu placu parkingowego, zgodnie z umową, bez terenów zielonych i chodników, zgodnie z planem płatności - za dotychczas zrealizowany zakres prac na kwotę 244.000 zł.

4 października 2007 r. pozwany wystawił fakturę VAT nr (...) dokumentującą nabycie przez powoda usługi remontu placu parkingowego, zgodnie z umową, bez terenów zielonych i chodników, zgodnie z planem płatności - za dotychczas zrealizowany zakres prac na kwotę 244.000 zł.

12 listopada 2007r. pozwany wystawił fakturę VAT nr (...) dokumentującą nabycie przez powoda usługi remontu placu parkingowego, zgodnie z umową, bez terenów zielonych i chodników, zgodnie z planem płatności - za dotychczas zrealizowany zakres prac na kwotę 244.000 zł.

2 stycznia 2008 r. pozwany wystawił fakturę VAT nr (...) dokumentującą nabycie przez powoda usługi remontu placu parkingowego, zgodnie z umową, bez terenów zielonych i chodników, zgodnie z planem płatności - za zrealizowany zakres prac na kwotę 488.000 zł.

Decyzją nr (...) Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego dla Miasta P. udzielił powodowi pozwolenia na użytkowanie hali magazynowej z zapleczem socjalno-biurowym na nieruchomości położonej w P. przy ul. (...).

Po rozpoczęciu użytkowania obiektu, w czerwcu/lipcu 2008 r. powód zgłaszał pozwanemu usterki dotyczące kostki na placu polegające na tym, że kostka się zapadała względem krawężnika; kilkanaście kostek było wymienianych ze względu na ich pęknięcie. W tym czasie nie było większych usterek - pracownik powoda M. T. wyrównywał kostkę przy studziencie, czy krzywo ułożony krawężnik. Wiceprezes zarządu powoda wskazywał mu, aby określone kostki wymienić, bo na przykład były pęknięte (około 20 sztuk) głównie przy frontowej części obiektu, w części wjazdowej od ul. (...). Uszkodzenia zostały wskazane, a kostki zostały wymienione.

22 czerwca 2009 r. powód poinformował pozwanego, że dostarczona i wybudowana przez niego kostka brukowa po zaledwie krótkiej jej eksploatacji wykazuje tendencje do coraz liczniejszych spękań oraz odspojeń górnej warstwy (aktualnie wymieniono jej znów ponad 200 szt), sugerując pozwanemu przeprowadzenie badania wytrzymałościowego wymienionych brukowych kostek oraz poinformowanie producenta o obawach powoda.

W odpowiedzi, w piśmie z dnia 26 czerwca 2009 r., pozwany poinformował powoda, że jego uwaga zgłoszona została do producenta kotki w celu sprawdzenia jej jakości i ustosunkowania się do zgłoszonej wady.

3 lipca 2009 r. (...) B. (...) Sp. z o. o. w P. wykonał badania prefabrykatów betonowych i ocenił, że zbadana kostka brukowa uzyskała wytrzymałość odpowiadającą klasie „50”.

W piśmie z dnia 28 lipca 2009 r. pozwany oświadczył, że zgodnie z udzieloną gwarancją w przypadku jednoznacznego stwierdzenia, iż wbudowana kostka nie jest zgodna z polskimi normami dotyczącymi tego materiału, (...), jako generalny wykonawca, zobowiązuje się do wymiany kostki brukowej na ten sam materiał spełniający kryteria normowe.

We wrześniu 2009 r. (...) Sp. z o. o. wykonał opracowanie wyników badań kostki brukowej, w którym stwierdził, że wyniki oznaczenia wytrzymałość na rozciąganie cechują się znacznym rozrzutem wartości. Dla trzech z badanych prób nie został spełniony warunek normy PN- (...) (...) a, jednak nie można zastosować dodatkowego warunku wg PN- (...) (...). Ze względu na brak danych dotyczących odchylenia standardowego wartości wytrzymałości na rozciąganie uzyskiwanych podczas produkcji dostarczoną partię należy uznać za niezgodną z wymaganiami. Wyniki oznaczenia na odporność na działanie środków odladzających potwierdzają spełnienia wymagań stawionych przez normę PN- (...) (...)

W piśmie z dnia 13 października 2009 r. pozwany poinformował powoda, że chciałby powołać rzeczoznawcę, aby w przypadku ciągłego nieuznawania reklamacji względem produktu i dojścia do sporu z producentem nie miał on wątpliwości, co do podejścia inwestora i (...), a także miałyby to na celu skrócenie czasu odpowiedzi na reklamację.

W piśmie z dnia 15 października 2009 r. powód zwrócił się do pozwanego z prośbą o umówienie spotkania w celu pobrania próbek kostki brukowej.

28 października 2009 r. w obecności stron pobrano próbki kostki brukowej z placu wokół hali przy ul. (...) w P.. Komisyjnie przy udziale inwestora, producenta kostki, D. oraz niezależnego eksperta z Politechniki (...) zostały wyznaczone kostki, które miały zostać pobrane do badania.

W listopadzie 2009 r. (...) B. (...) Sp. z o. o. wykonał, na zlecenie pozwanego, badanie kostki brukowej, w którym pozytywnie ocenił pod względem wytrzymałości na rozciąganie przy rozłupywaniu kostkę brukową pobraną przez pozwanego na budowie(...)w P..

14 grudnia 2009 r. Laboratorium (...) w R. wykonało, na zlecenie powoda, badania przedmiotowej kostki brukowej. Badanie wykazało, że badana kostka nie spełnia wymagań polskiej normy PN- (...) (...)

W piśmie z dnia 24 stycznia 2010 r. powód, w związku z faktem niewykonania wymiany wadliwej kostki brukowej, wezwał pozwanego do zwrotu kwoty 1.220.000 zł wraz z należnymi odsetkami, wynikającej z zapłaconych na rzecz pozwanego faktur za wadliwie wykonane prace brukowe (parkingi, chodniki, place) - w terminie 5 dni od dnia otrzymania wezwania pod rygorem, iż sprawa zostanie niezwłocznie skierowana do postępowania sądowego.

W piśmie z dnia 03 marca 2010 r. powód wezwał pozwanego do rozpoczęcia prac wymiany całej kostki brukowej na nieruchomości położonej przy ul. (...) w ciągu czterech tygodniu od dnia otrzymania wezwania pod rygorem wniesienia pozwu i wnioskowania o przeprowadzenie badania kostki brukowej przez biegłego sądowego. Przedmiotowe wezwanie do usunięcia wad zostało odebrane przez pozwanego dnia 10 marca 2010 r.

W lipcu 2010 r. Instytut Budownictwa Politechniki (...) sporządził raport z badania wytrzymałości na rozciąganie przy rozłupywaniu kostki brukowej typu B., w którym stwierdzono, że zgodnie z punktem (...) i punktem (...) normy PN- (...): (...), badany na rozciąganie przy rozłupywaniu materiał w postaci kostek brukowych betonowych szarych typu B. w ilości 16 sztuk spełnia wymagania normy PN- (...): (...) Betonowe kostki brukowe. Wymagania i metody badań.

W piśmie z dnia 21 września 2010 r. powód wniósł do Sądu Rejonowego Poznań -Stare Miasto w P. o zawiązanie do próby ugodowej pozwanego w sprawie położenia wadliwej kostki brukowej na terenie kompleksu budynków pobudowanych na podstawie umowy budowlanej z dnia 14 listopada 2006 r. Postępowanie nie zakończyło się ugodą.

17 lutego 2011 r. (...) Sp. z o. o. w S. wykonał badanie wytrzymałości przedmiotowej kostki brukowej i ocenił, że wszystkie próbki spełniają wymagania wytrzymałościowe wg normy PN: (...)(...)

Przedmiotowa kostka brukowa jest położona przy siedzibie firmy kurierskiej (...), gdzie szczególnie rano jest natężony ruch samochodów dostawczych. Na parkingu są zaznaczone miejsca parkingowe dla samochodów dostawczych, a także dla samochodów osobowych. Samochody szczególnie rano parkowały w niewyznaczonych, przypadkowych miejscach. Na parking z kostki brukowej wjeżdżały również TIR-y. Dodatkowo były prowadzone z hali wózki z paczkami do samochodów i z powrotem. Wózki o twardych kołach bardziej uszkadzają narożniki kostki, bo nacisk punktowy jest większy.

Jeżeli na kostce znajduje się piasek, to nawet zwykły samochód powoduje, że kostka się ściera. Również kamień na kostce może naruszyć jej powierzchnię.

Sposób eksploatacji nawierzchni ma wpływ na zużycie kostki.

Miejscowo kostki były pęknięte; część kostek wymagało wymiany (kilkadziesiąt sztuk). Pozwany dwukrotnie dokonywał wymiany kostek w 2008 r. i 2009 r. W pierwszym wypadku wymieniano kilkadziesiąt kostek, a w drugim dwie palety (około 800 kostek).

Aktualnie około 200 kostek z położonych około 500.000 zł kwalifikuje się do wymiany.

W związku z rozbieżnością prywatnych opinii przedstawionych przez strony, Sąd na wniosek obu stron przeprowadził opinię wykonaną przez Instytut (...) w W. Zakład (...). W opinii tej z lutego 2012 r. Instytut stwierdził, że wytrzymałość na rozciąganie przy rozłupywaniu kostek nieuszkodzonych jest zadowalająca. Dodatkowo właściwości mające wpływ na ich trwałość: odporność na ścieranie i odporność na warunki atmosferyczne spełniają wymagania normy dla najwyższych klas. Nie można jednoznacznie stwierdzić, czy opiniowane kostki brukowe spełniają wymagania normy PN- (...) (...) + (...) ze wszystkimi jej punktami i załącznikami. Zniszczenia kostek znajdujących się na parkingu wynikają z błędów technologicznych przy ich produkcji: nieprawidłowego wykonania warstwy ścieralnej, niejednorodnego betonu. Z charakteru tych zniszczeń wynika, że uszkodzone kostki mogły nie spełniać wymagań normy PN- (...) (...) + (...) pod względem integralności warstwy ścieralnej z konstrukcją i cech trwałościowo-wytrzymałościowych.

Betonowe kostki brukowe spełniające wymagania normy PN- (...) (...) + (...) typu B. o grubości 8 cm i o najwyższej klasie ścieralności z powodzeniem są stosowane na placach z przeznaczeniem dla ruchu ciężkich pojazdów przy odpowiednim wykonaniu całej konstrukcji nawierzchni (podbudowy, podsypki).

Normalna eksploatacja nie powinna być bezpośrednią przyczyną powstania uszkodzeń, natomiast mogła intensyfikować powstałe zniszczenia.

Autorzy opinii: J. B. i P. S. na wniosek stron zostali przesłuchani w dniu 22 maja 2012 r. W szczególności w zeznaniach tych podtrzymali opracowaną opinię, nadto szczegółowo wyjaśnili metodologię badań zgodności z normą. Wskazali, że badania zgodności z normą na kostkach uszkodzonych nie przeprowadza się, nie ma ono sensu, gdyż obciążenie przykłada się przy badaniu do powierzchni kostki i gdy jest ona uszkodzona, badanie nie jest miarodajne. Jeśli zaś chodzi o badanie trwałości kostki, to gdy zbadano kostkę uszkodzoną, to spowodowano nasilenie tych zniszczeń, które już powstały. Najwięcej było kostek, które wskazywały na brak trwałości, a dokładniej na brak mrozoodporności górnej powierzchni kostki. Druga grupa wskazywała na błędy technologiczne przy produkcji kostki, gdyż górna warstwa była odspojona od dolnej. Trzecia grupa uszkodzonych kostek miała odpryski miejscowe spowodowane obecnością margla, ale były to pojedyncze przypadki. Czwarta grupa kostek to kostki z pęknięciami przez cały poprzeczny przekrój kostki, które wskazywały na brak jednorodności betonu, czyli w środku kostki znajdowały się fragmenty innego, starego betonu, który nie powinien się tam znaleźć i który spowodował pęknięcia kostki. Autorzy opinii potwierdzili wadliwość kostek.

W ocenie Sądu Okręgowego powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie, albowiem brak podstawy prawnej, uzasadniającej roszczenie sformułowane w pozwie.

Powód domagał się w pozwie nakazania pozwanemu wymiany nawierzchni z betonowych kostek we wskazanym przez niego zakresie, powołując się na okoliczność, że kostki te były wadliwe, opierając się na zapisach umowy stron z dnia 14 listopada 2006 r. o pięcioletnim okresie rękojmi za wady.

Powód wykazał, że wyczerpał procedurę zgłaszania wad, o której mowa w art. 656 § 1 k. c. w zw. z art. 637 § 1 k. c., a pozwany wad nie usunął.

Wadliwość kostki została potwierdzona w Opinii Instytutu (...) w W..

Zgodnie jednak z art. 637 § 1 i § 2 k. c., który znajduje zastosowanie do umów o roboty budowlane z mocy odesłania z art. 656 § 1 k.c., jeżeli dzieło ma wady, zamawiający może żądać ich usunięcia, wyznaczając w tym celu przyjmującemu zamówienie odpowiedni termin, z zagrożeniem, że po bezskutecznym upływie terminu nie przyjmie naprawy (§ 1), zaś gdy przyjmujący zamówienia nie usunął wad w wyznaczonym terminie albo gdy wady, usunąć się nie dadzą lub z okoliczności wynika, że przyjmujący zamówienia nie zdoła ich usunąć w czasie odpowiednim, zamawiający może: odstąpić od umowy - gdy wady są istotne, żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku, gdy wady nie są istotne. Na podstawie cytowanego przepisu nie przysługuje, zatem zamawiającemu żądanie wymiany dzieła wadliwego na dzieło wolne od wad.

Zatem powództwo o nakazanie wymiany wadliwej kostki podlegało oddaleniu jako nieuzasadnione pod względem prawnym.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 i § 3 k. p. c. w zw. z art. 99 k. p. c. w zw. z art. 108 § 1 k. p. c.

Apelację od wyroku wniósł powód zaskarżając go w całości. Powód zarzucał zaskarżonemu wyrokowi, naruszenie przepisów prawa materialnego, a także naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, tj.:

- art. 637 k.c., art. 558 § 1 k.c. oraz art. 561 § 1 k.c. w związku z art. 638 k.c. poprzez błędną ich wykładnię i niewłaściwe zastosowanie mające wpływ na treść orzeczenia, polegające na błędnym ustaleniu, że powodowi nie

przysługiwało roszczenie o wymianę wadliwej kostki brukowej na wolną od wad, a także na błędnym ustaleniu zakresu odpowiedzialności pozwanego z tytułu rękojmi,

- art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, polegające na dokonaniu tej oceny z całkowitym pominięciem części przeprowadzonych dowodów i sprzeczność ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz na wydaniu negatywnej dla pozwanego decyzji bez uprzedniego rozważenia w sposób bezstronny i wszechstronny zebranego materiału dowodowego, w szczególności przez pominięcie dowodu z oświadczenia powoda z dnia 28 lipca 2009 r. oraz przez błędną interpretację dowodów w tym łączącej strony umowy, co doprowadziło do błędnego ustalenia zakresu odpowiedzialności pozwanego z tytułu rękojmi.

Wskazując na te zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości zgodnie z żądaniem pozwu oraz o zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z treścią pozwu za I instancję oraz według norm przepisanych za II instancję, ewentualnie wniósł o uchylenie zaskarżanego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpatrzenia - przy uwzględnieniu kosztów postępowania odwoławczego.

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji oraz o zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja jest bezzasadna.

Ustalenia faktyczne sądu I instancji, niezbędne do rozstrzygnięcia sprawy, z wyjątkiem, o którym mowa niżej, nie budzą wątpliwości i stąd Sąd Apelacyjny przyjmuje je za podstawę własnego rozstrzygnięcia.

Nie doszło też do naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisów prawa materialnego, w szczególności art. 637 kc, art. 638 kc w zw. z art. 558 § 1 kc oraz art. 561 § 1 kc.

Ostatnio wymieniony przepis, uprawniający kupującego do żądania, w ramach rękojmi za wady rzeczy sprzedanej, oznaczonej co do gatunku, wymiany takiej rzeczy na wolną od wad, w ogóle nie mógł znajdować zastosowania w realiach rozpoznawanej sprawy.

Poza sporem jest, że strony nie zawierały umowy sprzedaży (art. 535 kc), a umowę o roboty budowlane (art. 647 kc), do której, w zakresie rękojmi za wady wykonanego obiektu, stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło (art. 656 § 1 kc).

Z kolei przepisy art. 637 kc w sposób wyczerpujący określają uprawnienia zamawiającego w przypadku wad wykonanego dzieła.

Oznacza to, że nie ma możliwości sięgania w tym zakresie, poprzez przepis art. 638 kc, do przepisów regulujących uprawnienia kupującego w przypadku wad przedmiotu sprzedaży.

Wśród roszczeń, jakie ustawodawca przyznał w przypadku nieusunięcia przez wykonawcę wad dzieła, brak jest prawa dochodzenia wykonania takiego obowiązku na drodze sądowej.

Nie ma natomiast podstaw do przyjęcia, że w tym zakresie strony rozszerzyły uprawnienia powoda z tytułu rękojmi (art. 638 kc w zw. z art. 558 § 1 zd. 1 kc) przez przyznanie mu takiego, dodatkowego uprawnienia.

Nie wynika to z żadnego zapisu umowy stron z dnia 14 listopada 2006r.

Nie można w każdym razie uznać za takie umowne rozszerzenie ustawowych uprawnień z rękojmi postanowienia punktu 8 akapit 4 zd. 2 umowy o roboty budowlane, zgodnie z którym pozwany zobowiązał się do **usuwania** ujawnionych „braków” (czyli wad) w ramach rękojmi.

Tego rodzaju postanowienie umowne stanowi bowiem jedynie potwierdzenie **ustawowego obowiązku wykonawcy**, wynikającego z przepisów o rękojmi za wady dzieła.

Stosownie do przepisu art. 637 § 1 kc, jeżeli dzieło ma wady, zamawiający może przede wszystkim **żądać ich usunięcia**.

Oczywiste jest, że z uprawnieniem takim koreluje po stronie wykonawcy **obowiązek usunięcia wad** (od tego obowiązku wykonawca może jednak zwolnić się, gdyby naprawa wymagała nadmiernych kosztów - art. 637 § 1 zd. 2 kc).

Rzecz jednak w tym, że w tym przypadku wymienione uprawnienie zamawiającego nie ma charakteru samoistnego, w tym sensie, że nie może on wymusić na wykonawcy wykonania przedmiotowego obowiązku na drodze sądowej.

Zamawiającemu w przypadku odmowy wykonania naprawy przysługują jedynie, oprócz roszczeń o charakterze odszkodowawczym (art. 638 kc w zw. z art. 566 § 1 kc, art. 471 kc) uprawnienia wymienione w przepisie art. 637 § 2 kc, tzn. prawo do odstąpienia od umowy lub do żądania obniżenia wynagrodzenia (por. np.: uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002r w spr. III CZP 86/01, OSP, z. 1 z 2003r, poz. 1, T. Wiśniewski, „Praktyka sądowa w sprawach o wykonanie zobowiązań wynikających z umów o świadczenie usług”, Nowe Prawo, nr 3 z 1987r, str.83, J. Naworski, „Uprawnienia zamawiającego z tytułu wad obiektu budowlanego”, PUG, nr 10-12 z 1992r, str. 203 itp.).

Tym bardziej niedopuszczalne, na gruncie przepisów art. 637 kc w zw. z art. 656 § 1 kc, jako sprzeczne wręcz z istotą umowy o roboty budowlane (o dzieło), byłoby roszczenie inwestora (zamawiającego) o wymianę wybudowanego wadliwego obiektu (wykonanego dzieła) lub jego samodzielnej części na wolne od wad (por. też Kodeks cywilny, Komentarz pod red. K. Pietrzykowskiego, Wyd. C.H. Beck, Wyd. 5, Warszawa 2008, Tom II, str. 394)

Pomijając już praktyczne trudności w wyegzekwowaniu tego rodzaju roszczenia, odmienna wykładnia czyniłaby przede wszystkim iluzorycznym uprawnienie wykonawcy, o jakim mowa w art. 637 § 1 zd. 2 kc.

Takie zaś roszczenie w istocie dochodzone jest w rozpoznawanej sprawie.

Powód wyraźnie i jednoznacznie nie domaga się bowiem naprawy częściowo uszkodzonych powierzchni parkingów i dróg, wybudowanych przez powoda, ale wymiany ich całej powierzchni z uwagi na stwierdzone na niektórych fragmentach wady kostki brukowej.

W tej sytuacji bez istotnego znaczenia prawnego jest treść eksponowanego przez apelującego pisma z dnia 28 lipca 2009r, podpisanego przez R. B. (k. 37), nawet, gdyby przyjąć, że osoba ta miała uprawnienia do reprezentowania pozwanej spółki (do przyjęcia czego skądinąd nie ma wystarczających podstaw)

Z przyczyn, o których była już wyżej mowa, nie mogło ono kreować rozszerzenia odpowiedzialności powoda z tytułu rękojmi, przez przyznanie mu prawa sądowego dochodzenia roszczenia o wymianę wadliwego przedmiotu umowy na wolny od wad.

Prawidłowo zatem sąd I instancji uznał, że dochodzone pozwem roszczenie nie znajduje oparcia w przepisach prawa materialnego.

Bez znaczenia dla takiej oceny była okoliczność, że pozwany nie podnosił w procesie zarzutu baraku materialnoprawnej podstawy żądań powództwa.

Niezależnie bowiem od stanowiska zajmowanego w tym względzie przez strony, nie tylko prawem, ale i obowiązkiem sądu orzekającego było, zgodnie z zasadą wyrażoną w paremii „dabi mihi factum, dabo tibi ius”, prawidłowe zastosowanie właściwych przepisów prawa materialnego do ustalonego stanu faktycznego.

Na marginesie powyższych rozważań można tylko dodać, że z ostatnio wymienionego pisma z dnia 28 lipca 2009r wynika jedynie, że jego autor wyraża zgodę na wymianę kostki brukowej, **która nie spełnia wymagań, wynikających z polskiej normy.**

Tymczasem, jak dotychczas, za przedwczesne należy uznać stanowisko sądu I instancji, który zdaje się przyjmować (str. 19 uzasadnienia), że cały wybudowany przez pozwanego obiekt w postaci parkingu i dróg dojazdowych jest wadliwy.

Po pierwsze, nie ma podstaw do przyjęcia, że wszystkie kostki brukowe, wykorzystane przez pozwanego, albo co najmniej ich istotna część, są niezgodne z Polską Normą.

Przeciwnie, z opinii biegłych wydanej w sprawie wynika, że wszystkie przebadane, a nieuszkodzone kostki spełniają z naddatkiem wymagane normatywnie parametry technologiczne (bez istotnego znaczenia była w związku z tym okoliczność, czy w procesie produkcji stosowano wymagane przez PN procedury kontrolne).

Dowolne natomiast, a przy tym nieuprawnione, są stwierdzenia wyrażane przez biegłych na rozprawie, w świetle których cała wybrukowana powierzchnia nie spełnia norm, z uwagi na porównanie ilości uszkodzonej jej części w stosunku do całości.

W opinii pisemnej już na wstępie stwierdza się przecież, że nie przeprowadzono inwentaryzacji uszkodzonych kostek (k. 263).

Sam sąd przy tym ustala, że obecnie do wymiany nadaje się jedynie 200 z położonych ok. 500.000 kostek, czyli proporcjonalnie liczba znikoma.

Stanowisko biegłych jest przy tym ogólne i nie odwołuje się do konkretnego zapisu Polskiej Normy, której tekst zresztą nie został przez powoda dołączony do akt sprawy.

Okoliczności te nie miały jednak zasadniczego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Z tych przyczyn na podstawie przepisu art. 385 kpc oraz powołanych przepisów prawa materialnego Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie 1 sentencji wyroku.

O należnych pozwanemu kosztach zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym orzeczono (punkt 2 wyroku) na podstawie przepisów art. 98 § 1 i 3 kpc oraz art. 99 kpc w zw. z art. 391 § 1 zd. 1 kpc, przy uwzględnieniu § 2 ust. 1 i 2 oraz § 12 ust. 1 pkt. 2) w zw. z § 6 pkt. 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. nr 163, poz. 1349 ze zm.).

/-/ J. Futro /-/ B. Wysocki /-/ M. Gulczyńska