

Sygn. akt VI ACa 1600/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 października 2019 roku

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: Sędzia Marzena Miąskiewicz

Sędzia Grażyna Kramarska (spr.)

Sędzia Marcin Strobel

Protokolant prot. sąd. Patryk Pałka

po rozpoznaniu w dniu 26 września 2019 roku w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. w W.

przeciwko P. T.

o zapłatę

oraz z powództwa P. T.

przeciwko (...) Sp. z o.o. w W.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 30 maja 2017r., sygn. akt III C 1389/14

I. zmienia zaskarżony wyrok w zakresie dotyczącym powództwa P. T. częściowo, tj.:

1. w punkcie pierwszym podpunkt a) w ten sposób, że oddała powództwo co do kwoty 3.396 zł 33 gr (trzy tysiące trzysta dziewięćdziesiąt sześć złotych trzydzieści trzy grosze),
2. w punkcie pierwszym podpunkt b) w ten sposób, że oddała powództwo o zasądzenie kwoty 2.114 zł 13 gr (dwa tysiące sto czternaście złotych trzynaście groszy) z odsetkami ustawowymi,
3. w punkcie trzecim w ten sposób, że przyjmuje, iż pozwana wygrała proces w 88%;

II. w pozostałym zakresie oddała apelację pozwanego wzajemnego oraz oddała w całości apelację powoda wzajemnego;

III. zasądza od P. T. na rzecz (...) Sp. z o.o. w W. kwotę 2.654 zł 73 gr (dwa tysiące sześćset pięćdziesiąt cztery złote siedemdziesiąt trzy grosze) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 1600/17

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 16 czerwca 2013r. powódka (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. wniosła o zasądzenie od pozwanego P. T. kwoty 55.562,80 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 16 maja 2012r. do dnia zapłaty wskazując na to, że kwota ta stanowi drugą ratę wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych polegających na dostarczeniu i zamontowaniu stolarki okiennej na nieruchomości położonej w P. przy ul. (...), na podstawie umowy z dnia 11 maja 2011r. Powódka dodatkowo podniosła, że po wykonaniu robót pozwany zgłosił uszkodzenie listew przyszybowych oraz wniósł o regulację okien, co powódka uczyniła w dniu 14 grudnia 2011r., po czym przedstawiła pozwanemu do podpisu protokół odbioru prac. Pozwany odmówił podpisania tego protokołu, bez wskazania przyczyny, co uprawniało powódkę do podpisania protokołu jednostronnie. Powódka w dniu 8 maja 2012r. przesłała pozwanemu w formie e-maila oraz listownie kopię potwierdzenia zamówienia, fakturę VAT, kopię protokołu, certyfikaty oraz wezwanie do zapłaty, jednak pozwany nie zapłacił dochodzonej kwoty.

W odpowiedzi na pozew pozwany P. T. wniósł o oddalenie powództwa w całości, podnosząc zarzut przedawnienia roszczenia z uwagi na upływ dwuletniego terminu przedawnienia roszczeń z umowy o dzieło. Następnie powołał się na to, że uiszczył powódce wynagrodzenie w kwocie 47.029,71 złotych, a powódka obciążyła go dwiema fakturami (...) na kwotę 15.562,80 złotych oraz (...) na kwotę 55.562,80 złotych, w związku z czym ewentualna łączna kwota obciążenia pozwanego wynosi 71.125,60 złotych. Ponadto pozwany kwestionował udowodnienie dochodzonego przez powódkę roszczenia, tj. faktu istnienia roszczenia, jego wysokości i terminu wymagalności.

Jednocześnie pozwany wniósł powództwo wzajemne, domagając się zasądzenia od Spółki na jego rzecz kwoty 22.268,94 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia wymagalności do dnia zapłaty. Na kwotę tę składały się roszczenia:

- w kwocie 12.991,16 złotych z tytułu kary umownej za niedotrzymanie terminu z winy leżącej po stronie powódki (§ 3 pkt 2 umowy z 11.05.2011 roku), wyliczonej za okres od 11 maja 2011 roku do 14 sierpnia 2013 roku (gdyż do chwili obecnej powódka nie zrealizowała umowy w całości tak, jak się zobowiązała), tj. 129 tygodni x 0,1 % x 100.706,70 złotych;

- w kwocie 9.277,78 złotych z tytułu nadpłaty wynikającej z nieprawidłowego montażu - zamiast montażu „ciepłego (...) (przy użyciu taśm paroizolacyjnych i paroprzepuszczalnych) wycenionego na kwotę 15.562,80 złotych uwzględnioną w wysokości wynagrodzenia (faktura (...)) montaż dokonany został przez powódkę na zimno (tradycyjnie, przy użyciu pianek i kotew), a ten został wyceniony na kwotę 6.285 złotych, co oznacza, że wynagrodzenie zostało przez powódkę zawyżone o co najmniej 9.277,78 złotych.

W toku postępowania pozwany (powód wzajemny) kilkakrotnie modyfikował żądanie pozwu wzajemnego, ostatecznie wnosząc o:

- zasądzenie od powódki (pозwanej wzajemnej) kwoty 2.114,13 złotych tytułem kary umownej za niedotrzymanie terminu montażu stolarki okiennej z wyłącznej winy powódki wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 14 grudnia 2011r. do dnia zapłaty;

- zasądzenie od powódki (pозwanej wzajemnej) kwoty 200.000 złotych tytułem odszkodowania za wady stolarki okiennej uniemożliwiającej korzystanie z okien zgodnie z ich przeznaczeniem.

Zarządzeniem z dnia 15 listopada 2013r. (k. 130) wyłączono pozew wzajemny do odrębnego postępowania. Następnie założono nową sprawę o sygn. XVI C 2648/13 i postanowieniem z dnia 22 maja 2014r. połączono obie sprawy do wspólnego rozpoznania pod sygn. XVI C 1399/13 (postanowienie k. 91 akt XVI C 2648/13). Na skutek przekazania sprawy do Sądu Okręgowego według właściwości obie sprawy prowadzone były łącznie pod sygn. III C 1389/14.

Wyrokiem z dnia 30 maja 2017r. Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie z powództwa głównego, tj. z powództwa (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. przeciwko P. T.: w punkcie pierwszym zasądził od P. T. na rzecz (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. kwotę 55.222,76 złotych z odsetkami ustawowymi od dnia 16 maja 2012 roku do dnia zapłaty, w punkcie drugim w pozostałej części oddalił powództwo, a w punkcie trzecim ustalił, że pozwanego P. T. obciążają w całości koszty procesu według zasady odpowiedzialności za wynik procesu, pozostawiając ich szczegółowe wyliczenie referendarzowi

sądowemu. W sprawie z powództwa wzajemnego, tj. z powództwa P. T. przeciwko (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., Sąd Okręgowy w punkcie pierwszym zasądził od (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. na rzecz P. T.: kwotę 27.208,28 złotych tytułem odszkodowania oraz kwotę 2.114,13 złotych tytułem kary umownej z odsetkami ustawowymi od dnia 11 września 2013 roku do dnia zapłaty, w punkcie drugim w pozostałej części oddalił powództwo, a w punkcie trzecim ustalił, że strony obciążają koszty procesu według zasady stosunkowego rozdzielenia kosztów procesu, przy przyjęciu, że pozwana (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. wygrała proces w 85% i pozostawieniu szczegółowego wyliczenia tych kosztów referendarzowi sądowemu po uprawomocnieniu się wyroku.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 11 maja 2011r. została zawarta umowa o świadczenie usług remontowo- budowlanych pomiędzy (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., jako wykonawcą, a P. T., jako zamawiającym. Przedmiotem umowy było dostarczenie oraz zamontowanie stolarki okiennej na nieruchomości w miejscowości P. przy ul. (...). Szczegółowy zakres prac określał załącznik zwany „Wyceną” oraz rysunki techniczne okien dostarczone przez producenta (...). W § 2 umowy strony ustaliły wynagrodzenie za wykonanie prac objętych umową na kwotę 105.706,70 złotych, której płatność miała nastąpić w dwóch ratach (których wysokość została błędnie określona w umowie), przy czym zamawiającemu został udzielony rabat producenta 4% - w przypadku wpłacenia 100% wartości stolarki okiennej oraz rabat w wysokości 2% - w przypadku wpłaty terminowej do 13 maja 2011r. W załączniku do umowy strony wskazały, że montaż może być wykonany na jeden z dwóch sposobów: tradycyjny (tylko pianka i kotwy) za wynagrodzeniem 6.285 złotych albo ciepły (...) (przy użyciu taśm paroizolacyjnych i paroprzepuszczalnych) za wynagrodzeniem 15.562,80 złotych. Wynagrodzenie w kwocie 105.706,70 złotych uwzględniało montaż okien metodą na ciepło. Z uwagi na to, że okna były przygotowywane indywidualnie, a ich produkcja trwała 8-10 tygodni, strony w § 3 umowy postanowiły, że wykonawca dostarczy, a następnie zamontuje okna w terminie wzajemnie uzgodnionym. W przypadku niedotrzymania terminu z winy leżącej po stronie wykonawcy miały być naliczone kary umowne w wysokości 0,1% wartości stolarki za każdy dzień zwłoki. Z uwagi na niewywiązanie się zamawiającego z warunków udzielonych rabatów zostały one cofnięte. Pierwsza rata wynagrodzenia została wpłacona w kwocie 47.029,71 złotych. Prace objęte przedmiotową umową zostały wykonane na przełomie lipca i sierpnia 2011r. Montaż okien został wykonany metodą tradycyjną. Odbiór tych prac nie został stwierdzony protokołem odbioru końcowego, przy czym strony w umowie nie ustaliły, że odbiór prac nastąpi na podstawie protokołu końcowego. W dzienniku budowy znajduje się zapis dokonany w dniu 2 sierpnia 2011r. przez kierownika budowy S. C.: „wykonano stolarkę okienną, wykonawca nie zgłosił okien do odbioru”. Zamawiający zgłosił wykonawcy wady w postaci uszkodzonych listew przyszybowych i potrzebę regulacji okien. Wykonawca naprawił zgłoszone usterki w grudniu 2011r., a zakończenie prac zgłosił zamawiającemu e- mailowo. Pomimo uprzedniego poinformowania o planowanej wizycie na budowie zamawiający nie stawił się, wobec czego w dniu 14 grudnia 2011r. pracownik powódki sporządził jednostronnie protokół odbioru. Pozwany nie uiścił drugiej raty wynagrodzenia, w związku z czym powódka wystawiła w dniu 8 maja 2012r. fakturę nr (...) na kwotę 55.562,80 złotych z terminem płatności do 15 maja 2012r. Faktura ta wraz z wezwaniem do zapłaty, certyfikatami oraz kopią protokołu odbioru została doręczona pozwanemu w dniu 9 maja 2012r. Pozwany wezwał spółkę do stawienia się na budowie w dniu 14 sierpnia 2013r. celem spisania protokołu odbioru robót. Strony spotkały się na budowie i z tego spotkania sporządzono protokół, który ostatecznie nazwano protokołem oględzin. Wówczas pozwany zgłosił wady wykonanych prac polegające na: braku listew podokiennych na oknach wskazanych w załączniku i szparach w elewacji (pomiędzy stolarką a elewacją) oraz dokonaniu montażu na piankę i kotwy. Wskazał jednocześnie, że wady te były widoczne od dnia montażu, tj. od 2 sierpnia 2011r. Pomimo stwierdzenia tych wad, a także wpisu kierownika budowy w dzienniku budowy z dnia 17 października 2011r.: „nie można zakończyć izolacji tarasów z powodu zbyt niskiego osadzenia okien”, pozwany zlecił wykonanie dalszych prac elewacyjnych, w tym zakrycie glifów.

Na podstawie opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność ustalenia prawidłowości zamontowania przez stronę powodową okien w domu pozwanego Sąd Okręgowy ustalił, że istnieją wady montażu okien, bardzo istotne dla bezpieczeństwa użytkowników obiektu, przy czym niemożliwe jest ich dokładne określenie, bowiem wykonanie dalszej części elewacji budynku spowodowało zakrycie części stolarki okiennej potrzebnej dla określenia dokładnie wady zamontowanego okna i ewentualnego sposobu jej usunięcia. Zgodnie z ustaleniami Sądu wady były następujące:

- okna nr(...): szczeliny pomiędzy oknem a ścianami pionowymi/luzy dylatacyjne/ nie są zgodne z wymogami; z powodu obrobienia gładzi nie można stwierdzić czy zamontowano prawidłową ilość kotew. Przy oknie brak jest listwy progowej, natomiast w oknie nr (...) prawidłowo zamontowano drewniany parapet, zaś w oknach nr (...) - parapet kamienny;

- okna nr(...) – okna balkonowe: brak luzu dylatacyjnego wymiar (...) (spowodowany zamontowaniem za dużego okna w stosunku do otworu okiennego), montaż okna bez klocków podporowych, brak listew progowych, ustawienie okna na styk z ościeży dolną uniemożliwia wykonanie prawidłowego uszczelnienia styku okna i ościeży, co powoduje przenikanie ciepłego, wilgotnego powietrza z wnętrza budynku do szczeliny, gdzie na skutek kontaktu z chłodniejszym powietrzem ulega skropleniu powodując zawilgocenia ścian;

- okna nr (...) – okna balkonowe: wady j.w., ponadto przy przyłożeniu siły poziomej w środku wysokości okna wykazują wychylenia większe niż 1/300 wysokości okna;

- okna nr (...) – okna balkonowe: okna mają założony parapet zewnętrzny oraz obrobione gładzi, przed demontażem gładzi nie można ocenić całego montażu na podstawie wizji, ale stwierdzono wady jak w przypadku okien nr (...) oraz nr (...);

- okna nr (...) brak luzu dylatacyjnego, montaż bez klocków podporowych, brak listew progowych;

- okna nr (...) mają wykonane parapety blaszane – obróbka na zewnątrz okien oraz obrobione gładzi, wady: brak luzu dylatacyjnego, montaż bez klocków podporowych, brak listew progowych; okna nie licują z krawędziami stropu, co uniemożliwia zamontowanie rolet (utrudnia);

- okna na piętrze nr (...) za duże luzy dylatacyjne, za mała ilość kotew, montaż okna bez klocków podporowych, brak listew progowych;

- okna na piętrze nr (...) za małe luzy dylatacyjne, montaż okna bez klocków podporowych, brak listew progowych;

- okna na piętrze nr (...) za małe luzy dylatacyjne, montaż okna bez klocków podporowych, brak listew progowych;

- okno nr (...)- okno balkonowe: montaż okna bez klocków podporowych, brak listew progowych.

Sąd Okręgowy wskazał na to, że w przypadku okien od nr (...) do nr (...) ustalenie szczegółowego wykazu wad i usterek możliwe byłoby po zdemontowaniu, zbiciu gładzi oraz ocenie - pomiarze - luzów dylatacyjnych, ilości i rozmieszczenia mocowań, następnie wykonawca montażu okien powinien przedstawić program naprawczy obejmujący prawidłowe rozmieszczenie kotew, prawidłowe wielkości luzów przez przesunięcie okna w pionie lub poziomie, zamocowanie wkładek dystansowych pomiędzy murem a oknem, a jeżeli niemożliwe jest wykonanie takiego programu naprawczego – konieczne będzie zamontowanie nowego okna z wymiarami spełniającymi wymogi prawidłowego montażu. Sąd uznał jednocześnie, że wskazane powyżej usterki były usuwalne, a koszt samego demontażu i montażu okien (tych samych) wynosi 23.208,28 złotych. Wartość robót dodatkowych oszacowano na kwotę 3.000-5.000 złotych. Wartości te zostały przyjęte szacunkowo, bowiem nie wiadomo, jakie uszkodzenia nastąpią po zdemontowaniu stolarki (oprócz tych uwzględnionych w kosztorysie).

Na wstępie rozważań prawnych Sąd Okręgowy dokonał analizy charakteru prawnego zawartej przez strony umowy, wskazując na specyficzne cechy odróżniające umowę o dzieło od umowy o roboty budowlane oraz ostatecznie przyjmując, że w świetle treści umowy (jej przedmiotu oraz wysokości wynagrodzenia) nie budzi wątpliwości to, że umowa ta jest umową o roboty budowlane. Tym samym Sąd ten uznał za niezasadny zarzut pozwanego o przedawnieniu roszczenia powodowej spółki, odwołując się również do poglądu wyrażonego w uchwale Sądu Najwyższego, zgodnie z którym roszczenia wynikające z umowy o roboty budowlane przedawniają się w terminach określonych w art. 118 k.c., w tym w terminie trzyletnim jako roszczenia związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Sąd Okręgowy ocenił, że przedmiotem łączącej strony umowy było zobowiązanie wykonawcy do dostarczenia oraz zamontowania stolarki okiennej na nieruchomości zamawiającego, zaś zamawiający zobowiązał się do zapłaty z tego tytułu wynagrodzenia. Za okoliczność bezsporną Sąd uznał to, że umowa ta została wykonana, bowiem spółka dostarczyła i zamontowała stolarkę okienną na przełomie lipca i sierpnia 2011r. W ocenie Sądu skoro umowa nie określała precyzyjnie terminu na wykonanie robót, stanowiąc jedynie, „że nastąpi to w terminie wzajemnie uzgodnionym”, a obie strony przyznały, że prace zostały wykonane w powyższym terminie, to jest podstawa do uznania, że terminem uzgodnionym był dzień 2 sierpnia 2011r., wynikający wprost z zapisów w dzienniku budowy (k. 814). Oceniając znaczenie braku protokołu odbioru robót, Sąd Okręgowy wskazał na to, że umowa nie przewidywała konieczności jego sporządzenia oraz nie uzależniała wypłaty wynagrodzenia od sporządzenia protokołu. Odwołał się też do poglądu, że protokół odbioru robót nie jest wyłącznym dowodem spełnienia świadczenia przez wykonawcę, gdyż w przypadku uchybień związanych z odbiorem robót wykonawca może wykazywać okoliczność ich wykonania także przy użyciu innych środków dowodowych. Sąd Okręgowy podzielił też poglądu Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, zgodnie z którym odbiór robót nie jest uzależniony od tego, czy są one całkowicie wolne od wad. Przyjmowanie bowiem, że każde odstępstwo od stanu idealnego dawałoby inwestorowi prawo odmowy odbioru obiektu (przy braku kryteriów ustalania takiego stanu), pozostawałoby w sprzeczności z naturą zobowiązania objętego umową o roboty budowlane (art. 353¹ k.c.) i naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Inwestor może skutecznie dochodzić usunięcia wad w oparciu o przepisy art. 637 k.c. i art. 638 k.c., jednak to jego uprawnienie nie wpływa na obowiązek odbioru robót i zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej (vide wyrok SA w Szczecinie z dnia 12 października 2016r. sygn. I ACa 138/16). Sąd Okręgowy wskazał na to, że pomimo niesporządzenia protokołów odbioru robót z jego udziałem pozwany zaakceptował te roboty poprzez zlecenie dalszych prac elewacyjnych oraz będąc obecny na budowie w sierpniu 2011r. po zamontowaniu okien, nie zgłaszał żadnych wad poza tymi, które zostały przez powoda usunięte w grudniu 2011r. W ocenie Sądu pierwszej instancji nie można także uznać, jak twierdzi pozwany, że realizacja umowy do chwili podpisania protokołu końcowego jest niezakończona. Uwzględniając zaś to, że - niezależnie od występujących wad - umówione roboty zostały wykonane przez powódkę, Sąd Okręgowy uznał, że powódce należy się za nie wynagrodzenie. Zdaniem tego Sądu z treści umowy (pomimo ręcznych dopisków) wynika, że wysokość tego wynagrodzenia została uzgodniona przez strony na kwotę 105.706,70 złotych. Sąd zważył jednak na to, że w powyższym wynagrodzeniu zostało uwzględnione wynagrodzenie za montaż techniką na ciepło (15.562,80 złotych), podczas gdy faktycznie montaż ten został wykonany metodą tradycyjną (6.285 złotych). Jego zdaniem oznaczało to konieczność pomniejszenia w/w kwoty wynagrodzenia o różnicę wynikającą z zastosowanej techniki montażu, tj. o kwotę 9.277,80 złotych. Wobec tego, że doszło do cofnięcia rabatów z uwagi na niespełnienie warunków do ich uzyskania, w ocenie Sądu, wynagrodzenie winno być zwiększone odpowiednio o 1.959,65 złotych (cofnięcie rabatu 2%) oraz o 3.863,92 złotych (cofnięcie rabatu w wysokości 4%). W rezultacie Sąd Okręgowy uznał, że należne powódce wynagrodzenie wynosiło 102.252,47 zł (105.706,70 zł – 9.277,80 zł + 1.959,65 zł + 3.863,92 zł = 102.252,47 zł), a wobec zapłacenia jego części w kwocie 47.029,71 zł, powódka może żądać dopłaty w kwocie 55.222,76 zł. Jej powództwo ponad tę kwotę podlegało zatem oddaleniu. W ocenie Sądu pierwszej instancji powódka zasadnie dochodziła też na podstawie art. 455 k.c. odsetek ustawowych od żądanej kwoty od dnia 16 maja 2012r., tj. od daty wymagalności roszczenia przy uwzględnieniu tego, że faktura wystawiona została w dniu 8 maja 2012r., doręczona pozwanemu w dniu 9 maja 2012r., z terminem płatności na dzień 15 maja 2012r.

Oceniając żądania pozwu wzajemnego, Sąd Okręgowy uznał, że w całości zasługuje na uwzględnienie żądanie zasądzenia kwoty 2.114,13 złotych tytułem kary umownej za niedotrzymanie terminu montażu stolarki okiennej z wyłącznej winy powódki – pozwanej wzajemnej. Wskazał na to, że zgodnie z § 3 ust. 2 umowy termin wykonania montażu mógł zostać wydłużony w przypadku, gdy z uwagi na przeszkody niewynikające z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, w szczególności złe warunki atmosferyczne, nie było możliwe należyte wykonanie usługi przy uwzględnieniu technologii prac. O fakcie tym zamawiający miał być niezwłocznie poinformowany, a prace winny być wykonane niezwłocznie po ustaniu przeszkody uniemożliwiającej ich należyte wykonanie. W przypadku zaś niedotrzymania terminu z winy leżącej po stronie wykonawcy miały być naliczone kary umowne w wysokości 0,1% wartości stolarki za każdy tydzień zwłoki. Sąd Okręgowy uznał, że termin wykonania umowy nie został precyzyjnie

określony w umowie i że montaż miał nastąpić w terminie uzgodnionym przez strony, przyjmując nadto, że takim terminem był dzień 2 sierpnia 2011r. Uwzględniając fakt, że montaż okien obarczony był wadami, które wykonawca winien był usunąć, a uczynił to dopiero w dniu 14 grudnia 2011r., przy czym nie zgłaszał zamawiającemu przeszkody uniemożliwiającej wykonanie usługi niezwłocznie po wezwaniu do usunięcia usterek, jak również nie wykazał, co spowodowało opóźnienie w wykonaniu tych prac, Sąd Okręgowy uznał, że winę za niedotrzymanie terminu należy przypisać wykonawcy i że w związku z tym powodowi wzajemnemu należy się kara umowna naliczana zgodnie z zasadami przyjętymi w umowie, tj. 0,1% wartości stolarki za każdy tydzień zwłoki. Przyjmując zaś, że umowa winna zostać wykonana prawidłowo w dniu 2 sierpnia 2011r., a wady zostały usunięte w dniu 14 grudnia 2011r., Sąd określił zwłokę wykonawcy na 20 tygodni oraz wysokość kary umownej na 2.114,13 złotych (105.706,70 zł x 0,1% x 20 tygodni). Kwotę tę Sąd Okręgowy zasądził z odsetkami za opóźnienie od daty doręczenia odpisu pisma zawierającego powództwo wzajemne i zajęcia stanowiska w tym przedmiocie przez pozwaną wzajemną (k. 65), oddalając w pozostałym zakresie powództwo co do żądania odsetek ustawowych.

W ocenie Sądu Okręgowego drugie ze zgłoszonych przez powoda wzajemnego roszczeń należy rozpatrywać na gruncie przepisów obowiązujących w chwili wykonywania umowy, w szczególności art. 563 § 1 k.c., zgodnie z którym kupujący traci uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy, jeżeli nie zawiadomi sprzedawcy o wadzie w ciągu miesiąca od jej wykrycia, a w wypadku gdy zbadanie rzeczy jest w danych stosunkach przyjęte, jeżeli nie zawiadomi sprzedawcy o wadzie w ciągu miesiąca po upływie czasu, w którym przy zachowaniu należytej staranności mógł ją wykryć. Stosownie do treści art. 568 § 1 k.c. uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne wygasają po upływie roku, a gdy chodzi o wady budynku - po upływie lat trzech, licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana. Sąd Okręgowy wskazał na to, że usterki, które powód wzajemny zgłosił w dniu 14 sierpnia 2013r., znane mu były od dnia montażu, tj. od 2 sierpnia 2011r., co wynika wprost z zapisu protokołu oględzin (k. 66) oraz z zeznań powoda wzajemnego, który wskazał, że „nie zgłaszałem stronie powodowej żadnych reklamacji po dostrzeżeniu usterek”. Jego zdaniem skoro powód wzajemny nie zgłosił tych usterek w terminie miesięcznym od dnia ich wykrycia, to zgodnie z powołanym wyżej przepisem, utracił uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy. Sąd Okręgowy zważył jednak, że utrata uprawnień z rękojmi na skutek upływu terminów przewidzianych w art. 568 k.c. nie powoduje utraty roszczeń odszkodowawczych na ogólnych zasadach odpowiedzialności dłużnika za nienależyte wykonanie zobowiązania, konieczne jest jednak w takiej sytuacji wykazanie ogólnych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 471 k.c. W ocenie tego Sądu postępowanie dowodowe wykazało, że doszło do nienależytego (wadliwego) wykonania umowy, tj. do wadliwego montażu okien.

Sąd Okręgowy w całości podzielił wnioski opinii biegłego wskazujące na to, że wykonawca przed montażem okien nie przygotował otworów okiennych zgodnie z wymogami (a jeżeli nie miał tego zakresu umówionego – nie powinien montować okien), nie przestrzegał tolerancji wymiarów fug, nie zamontował listew zewnętrznych, nie dostarczył aprobat technicznych oraz dokumentacji podwykonawczej dotyczącej ilości zamontowanych kotew, a także nie jest wiadome czy zamontował wystarczającą ilość kotew. Ponadto zamontowane okna nie mają stateczności. Zwrócił też uwagę na to, że podczas pierwszej wizji lokalnej biegły dostrzegł część wad, jednak prowadzenie dalszych prac elewacyjnych na budynku (co w ocenie biegłego nie powinno nastąpić) nie pozwoliło na ich szczegółowe określenie. W ocenie Sądu Okręgowego z opinii biegłego wynika, że wady montażu okien są istotne dla bezpieczeństwa użytkowników obiektu, mogą spowodować poruszenie się okna, a nawet jego wypadnięcie, z ich przyczyny może nastąpić pęknięcie szyb. Brak listwy progowej może powodować przecieki, tj. dostawanie się wody zewnętrznej do środka domu. Jednocześnie Sąd ten zwrócił uwagę na to, że ustalenie rzeczywistego kosztu naprawy montażu okien wymagało uprzedniego dokonania inwentaryzacji, odkucia gładzi we wszystkich oknach oraz policzenia, ile jest łączników i pomierzenia fug, przy czym do każdego okna potrzebna byłaby indywidualna opinia. W rezultacie Sąd Okręgowy nie przyjął, jako wiążącej, dokonanej przez biegłego wyceny wymiany okien na kwotę 120.991,64 złotych wskazując na to, że nie jest wiadome obecnie, bez dokonania odkrywek wszystkich okien, czy konieczna jest naprawa montażu wszystkich okien. Jego zdaniem obecnie zachodzi konieczność dokonania prac polegających na: demontażu wszystkich okien, tj. skuciu wszystkich tynków, przystawieniu do łączników, sprawdzeniu ile jest łączników, pomierzeniu każdej fugi, odbiciu płyt, poprawieniu, pomalowaniu, ewentualnie dodaniu łączników. Koszty tych prac - oszacowane dla wszystkich okien (co nie oznacza, że wszystkie trzeba będzie wymienić) - na kwotę

23.208,28 złotych, powiększone o wartość ewentualnych robót dodatkowych w kwocie 3.000-5.000 złotych, tj. łącznie kwota 27.208,28 złotych w ocenie Sądu Okręgowego stanowiła szkodę, jaką poniósł P. T.. Sąd nie podzielił jednocześnie twierdzenia powoda wzajemnego, że jego szkodą jest koszt wymiany okien na nowe uznając, że stwierdzone wady są usuwalne, a jeżeli okazałyby się, że nie można wady usunąć i zachodzi konieczność wstawienia nowego okna, to i tak wycena tego możliwa będzie dopiero po dokonaniu odkrywek. Sąd Okręgowy podkreślił także, że obecnie wysokość szkody można określić jedynie szacunkowo, a dokładne jej określenie możliwe byłoby po dokonaniu odkuć w glifach, na które to odkucia powód wzajemny nie wyraził zgody, przez co pozbawił się możliwości oszacowania całkowitej wysokości szkody. W ocenie tego Sądu istnieje też adekwatny związek przyczynowy pomiędzy nienależytym wykonaniem umowy przez pozwaną wzajemną a zaistniałą szkodą (art. 361 k.c.). Gdyby bowiem od samego początku wykonawca działał z należytą starannością, dokonując odpowiednich pomiarów, montując odpowiednią ilość kotew, listew progowych, nie byłoby konieczności dokonywania odkrywek w celu ustalenia koniecznych prac naprawczych. Uznając zatem, że spełnione zostały przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 471 k.c. i kierując się zasadą wyrażoną w art. 322 k.p.c., Sąd Okręgowy zasądził na rzecz powoda wzajemnego kwotę 27.208,28 złotych i oddalił jego żądanie ponad tę kwotę.

Apelację od powyższego wyroku wniosły obie strony.

Powódka (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. zaskarżyła wyrok w zakresie powództwa wzajemnego w części, tj. w punkcie pierwszym, w którym zasądzona została od niej tytułem odszkodowania kwota 27.208,28 zł oraz tytułem kary umownej kwota 2.114,13 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 11.09.2013 r. do dnia zapłaty, a także w punkcie trzecim, w którym ustalono, że wygrała ona proces w 85%. Wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa wzajemnego w całości, ewentualnie o uchylenie tego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu.

Powódka (pozwana wzajemna) powołała się na zarzuty naruszenia przepisów:

- art. 321 k.p.c. przez orzekanie ponad żądanie pozwu polegające na przyznaniu odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania umownego (art. 471 k.c.) w sytuacji, gdy powód wzajemny dochodził roszczeń z tytułu rękojmi za wady towaru i jego niezgodności z umową (art. 556 i n. k.c. oraz ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej) i związane z tym naruszenie przepisu prawa materialnego - art. 471 k.c. - poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy z uwagi na podstawę faktyczną roszczenia powoda wzajemnego nie znajdował on zastosowania;

- art. 563 § 1 k.c. (w wersji obowiązującej w dacie zawarcia przedmiotowej umowy oraz w dacie wykrycia wady przez powoda wzajemnego) w związku z art. 638 i 656 k.c. przez jego niezastosowanie, podczas gdy z zebranego materiału wynika, że pozwana wzajemna podnosiła zarzut przedawnienia, wobec czego żądanie odszkodowania z tytułu rękojmi za wady fizyczne należy uznać za przedawnione w całości.

Na wypadek nieuwzględnienia powyższych zarzutów skarżąca zarzuciła naruszenie:

- art. 232 k.p.c. przez błędne uznanie, że powód wzajemny wskazał w toku postępowania dowody potwierdzające rozmiar powstałej u niego szkody, podczas gdy z uwagi na brak współpracy powoda z biegłym, biegły nie był w stanie oszacować szkody i tym samym na okoliczność tę powód wzajemny nie przedstawił w toku postępowania żadnego dowodu;
- art. 233 k.p.c. przez przekroczenie przez Sąd I instancji granic swobodnej oceny dowodów i w konsekwencji swobodne i pozbawione podstaw uznanie, że wysokość szkody wynosi 27.208,28 zł, podczas gdy biegły wyraźnie wskazał, że bez dokonania odkrywek (na które powód wzajemny się nie zgodził) nie można oszacować szkody;
- art. 233 k.p.c. przez przekroczenie przez Sąd I instancji granic swobodnej oceny dowodów, w efekcie czego Sąd I instancji dopuścił się błędu w ustaleniach faktycznych polegającego na utożsamieniu kosztów demontażu obróbek tynkarskich okien (glifów) z kosztami demontażu i ponownego montażu okien, podczas gdy koszt demontażu

glifów jest znacznie niższy niż koszt demontażu i montażu okien, a w konsekwencji pozbawione podstaw uznanie, że wysokość szkody wynosi 27.208,28 zł;

- art. 322 k.p.c. przez zasądzenie kwoty 27.208.28 zł tytułem odszkodowania, w tym 4.000 zł tytułem odszkodowania za ewentualne roboty dodatkowe, podczas gdy w przedmiotowej sprawie możliwe jest udowodnienie szkody, co potwierdził biegły, ale ze względu na działania i zaniechania powoda wzajemnego polegające na odmowie przygotowania miejsca do szczegółowych oględzin, biegły nie mógł ich wycenić;
- art. 363 § 1 k.c. oraz art. 6 k.c. przez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na błędnym przyjęciu, że powód wzajemny udowodnił wysokość poniesionej szkody, podczas gdy z uwagi na jego działania i zaniechania nie było możliwe oszacowanie szkody przez biegłego i wysokość szkody nie została udowodniona;
- art. 362 k.c. przez jego niezastosowanie i uznanie, że w przedmiotowej sprawie powód wzajemny nie przyczynił się do powstania szkody lub jej zwiększenia, podczas gdy powód wzajemny o wykrytych wadach wiedział od dnia 2 sierpnia 2011r., a nadto został poinformowany przez kierownika budowy, który dokonał stosownego wpisu w dzienniku budowy, a mimo to nie zgłosił tego faktu pozwanemu wzajemnemu, a poprzez zlecenie wykonania dodatkowych prac w budynku w postaci m.in. elewacji zwiększył bezpodstawnie rozmiar szkody;
- art. 41 ust. 12 ustawy o podatku od towarów i usług przez uznanie, że do ceny netto montażu i demontażu okien należy doliczyć podatek VAT w wysokości 23 %, w sytuacji gdy prace budowlane objęte są 8 % podatkiem VAT;
- art. 233 § 1 k.p.c. przez dowolne zbadanie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz wyciągnięcie niewłaściwych i nielogicznych wniosków z zebranego materiału dowodowego i w konsekwencji uznanie, że pozwany wzajemny zobowiązany jest do zapłaty kary umownej z tytułu niedotrzymania terminu montażu okien liczonej od dnia montażu do dnia podpisania protokołu odbioru, podczas gdy z § 3 ust. 1 i 2 umowy, której treść nie była kwestionowana przez strony, wynika, że kara umowna jest przewidziana w przypadku niedotrzymania terminu - dostawy oraz montażu - z winy leżącej po stronie pozwanego wzajemnego, a jako termin dostawy i montażu wspólnie ustalony Sąd uznał termin 2 sierpnia 2011r., a zatem umowa została uznana przez Sąd jako wykonana w terminie wspólnie ustalonym, wobec czego kara umowna jest niezasadna;
- art. 484 k.c. przez jego błędne zastosowanie i błędne uznanie, że pozwany zobowiązany jest do zapłaty kary umownej liczonej od dnia montażu do dnia podpisania protokołu odbioru, co należy zakwalifikować jako karę umowną z tytułu nienależytego wykonania umowy pomimo, że umowa przewidywała karę umowną wyłącznie za niewykonanie umowy w terminie, a nadto nie przewidywała obowiązku podpisywania protokołu.

Pozwany (powód wzajemny) zaskarżył wyrok w całości, wnosząc o jego zmianę w zakresie powództwa głównego (punkt 1.) przez oddalenie w całości tego powództwa, z zasądzeniem na jego rzecz kosztów procesu oraz w zakresie powództwa wzajemnego (pkt 1 ppkt a) przez zasądzenie od pozwanej wzajemnej kwoty 120.991,64 zł oraz kosztów procesu.

Pozwany zarzucił naruszenie przepisów prawa procesowego, tj.:

- art. 227 k.p.c. w zw. art. 233 k.p.c. polegające na błędnym przyjęciu przez Sąd meriti, że:
- powódce (...) Sp z o.o. z siedzibą w W. należne jest wynagrodzenie w kwocie 55.222,76 zł w sytuacji, kiedy z zawartej przez strony umowy wynika wprost, iż strony ustaliły odmiennie sposób wynagrodzenia oraz jego wysokość przez ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego w wysokości wynikającej z zawartej umowy w łącznej kwocie 100.706,70 złotych za całość prac i w żaden sposób nie można się zgodzić z twierdzeniami Sądu, iż treść umowy rzekomo określająca wynagrodzenie na kwotę 105.706,70 złotych jest jasna i jednoznaczna;
- pozwany wiedział o wadach od dnia montażu okien - 2 sierpnia 2011 roku - w sytuacji, kiedy stwierdzenie istnienia wad wymagało wiadomości specjalnych, a pozwany, jako konsument, nawet przy zachowaniu należytej staranności i wykorzystaniu swojej wiedzy nie mógł zakresu tych wad i usterek ustalić, a zakres wad i usterek okien

zamontowanych w domu pozwanego został wskazany dopiero w opinii technicznej mgr. inż. M. C. datowanej na dzień 26.02.2014r. (k.183 i dalsze);

- art. 245 k.p.c. polegające na błędnym uznaniu, że:
- dokument protokołu oględzin z dnia 14 sierpnia 2013 roku potwierdza, iż pozwany posiadał wiedzę o wadach oraz usterkach, kiedy z dokumentu tego wynika, iż protokołem tym zostało stwierdzone istnienie wad i usterek, a tym samym zgłoszenie przez pozwanego roszczeń z tytułu rękojmi za wady zamontowanych na podstawie umowy okien;
- dokument e-mail (k. 30) z dnia 8 grudnia 2011 roku z godziny 18:33 potwierdza, iż pozwany wiedział o wszystkich wadach montażu okien i nie zgłosił swojego roszczenia w przewidzianym ustawą terminie;
- dokument Protokołu odbioru stolarki okiennej i drzwiowej z dnia 14 grudnia 2011 roku stanowi potwierdzenie wiedzy pozwanego o istnieniu wad i usterek w takim zakresie, jak wskazał to biegły mgr. inż. M. C. w opinii technicznej datowanej na dzień 26 lutego 2017 roku;
- art. 233 § 1 k.p.c. przez dowolną a nie swobodą ocenę dowodu w ten sposób, iż Sąd uznał, że pozwany wiedział o istniejących wadach w zakresie montażu stolarki okiennej od dnia jej montażu w sytuacji, kiedy żaden dowód zgromadzony w postępowaniu na to nie wskazuje, a wady jakie zostały wykazane poprzez treść opinii biegłego, były wadami ukrytymi, które do stwierdzenia wymagały posiadania wiadomości specjalnych.

Zdaniem skarżącego doszło też do naruszenia przepisów prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie, tj.:

- art. 568 § 1 k.c. przez błędne uznanie, iż usterki, które zostały przez powoda wzajemnego zgłoszone w protokole oględzin z dnia 14 sierpnia 2013 roku, znane były mu już od dnia montażu okien dnia 2 sierpnia 2011 roku, w sytuacji kiedy ustalenie zakresu oraz ilości tych wad wymagało wiedzy specjalistycznej lub zasięgnięcia stosownej opinii osoby posiadającej wiadomości specjalne;
- art. 568 § 1 k.c. przez błędne uznanie, iż P. T. nie zgłosił usterek okien w terminie wymaganym zapisami tego przepisu, a tym samym utracił uprawnienia z tytułu rękojmi za wady w okolicznościach, które wskazują, iż pozwany nie był w stanie ustalić zakresu oraz ilości istniejących wad oraz usterek zamontowanych przez powódkę okien bez zasięgnięcia wiedzy specjalistycznej, a wiedzę o zakresie tych wad powziął dopiero po zasięgnięciu opinii biegłego sądowego;
- art. 563 § 1 k.c. poprzez błędne przyjęcie przez Sąd, iż pozwany wiedział o istniejących wadach i nie zawiadomił o tym powódki, a tym samym utracił możliwość dochodzenia praw z rękojmi za wady, w sytuacji kiedy materiał dowodowy sprawy wskazuje jednoznacznie, iż o wadach w pierwszej kolejności nie wiedział, albowiem ich wykrycie wymagało wiedzy specjalistycznej, po drugie część wad została wykryta podczas oględzin w dniu 14 sierpnia 2013r., co zostało potwierdzone treścią protokołu z oględzin, który także podpisała powódka (pозwana wzajemna), po trzecie od razu po ustalenia zakresu istniejących wad montażu okien poprzez treść opinii technicznej sporządzonej na potrzeby niniejszego postępowania pozwany (powód wzajemny) rozszerzył już wcześniej wytoczone powództwo wzajemne.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powódki (pозwanej wzajemnej) (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. - skierowana wyłącznie przeciwko rozstrzygnięciu o powództwie wzajemnym - zasługiwała na częściowe uwzględnienie, zaś apelacja pozwanego (powoda wzajemnego) podlegała oddaleniu w całości, tj. zarówno w zakresie dotyczącym powództwa głównego jak i powództwa wzajemnego (użycie w punkcie II. wyroku Sądu Apelacyjnego zwrotu mówiącego o oddaleniu w pozostałym zakresie apelacji pozwanego oraz oddaleniu w całości apelacji powoda wynika z użycia określeń opisujących role procesowe

obu stron w ramach powództwa wzajemnego, choć oddalenie apelacji powoda wzajemnego dotyczy także tego zakresu apelacji, w którym powodowi wzajemnemu przypisana była rola pozwanego).

Sąd Apelacyjny w zasadniczym zakresie podziela ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji, poza ustaleniami dotyczącymi wysokości zasądzonego odszkodowania związanymi z zastosowaną do wyliczenia tego odszkodowania stawką podatku od towarów i usług, nie dopatrując się po stronie tego Sądu innych błędów w ocenie zgromadzonego materiału dowodowego. Uznaje jednak za trafne zarzuty apelacji powódki (pозwanej wzajemnej) co do błędnego zastosowania przez Sąd Okręgowy przepisu art. 484 k.c. i w rezultacie uznania, że pozwana wzajemna zobowiązana jest do zapłaty kary umownej liczonej od dnia montażu do dnia podpisania protokołu odbioru, tj. w kwocie 2.114 zł 13 gr. Ostatecznie wyrażona przez ten Sąd ocena prawna co do istnienia podstaw obciążenia wykonawcy karą umowną opisaną w § 3 umowy pozostaje w sprzeczności z pozostałymi ustaleniami tego Sądu oraz jego rozważaniami na temat terminowości wykonania robót, poczynionymi na potrzeby oceny zasadności powództwa głównego. Sąd Okręgowy ustalił bowiem prawidłowo, że roboty zostały wykonane przez spółkę na przełomie lipca i sierpnia 2011r., przy czym ich wykonanie stwierdza m.in. wpis w dzienniku budowy z dnia 2 sierpnia 2011r. Zgodnie z ustaleniami tego Sądu powyższy termin wykonania robót czynił zadość terminowi „wzajemnie uzgodnionemu” przez strony. Ustaleniami Sądu Okręgowego objęty był nadto fakt zgłoszenia przez zamawiającego wad wykonanych robót oraz usunięcia tych wad przez spółkę w dniu 14 grudnia 2011r. Sąd Okręgowy trafnie też wskazał na to, że brak protokołu odbioru robót nie uniemożliwia wykazania, że roboty zostały wykonane, nie jest też przeszkodą dla żądania wynagrodzenia za ich wykonanie oraz nie świadczy o tym, że realizacja umowy jest niezakończona. Zasadnie również odwołał się do poglądu, że w przypadku istnienia wad robót inwestor może dochodzić ich usunięcia w oparciu o przepisy art. 637 k.c. i art. 638 k.c., jednak to jego uprawnienie nie wpływa na obowiązek odbioru robót i zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Z powyższymi poglądami sprzeczne jest jednak zasądzenie kary umownej od pozwanej wzajemnej. Kara ta została bowiem zastrzeżona w § 3 umowy, który stanowił m.in., że montaż okien ma nastąpić w terminie wzajemnie uzgodnionym. Tego terminu dotyczył następnie zwrot mówiący o tym, że w przypadku niedotrzymania terminu z winy po stronie wykonawcy zostaną naliczone kary umowne w wysokości 0,1% za każdy tydzień zwłoki (§ 3 ust. 2 umowy). Trafnie argumentuje skarżąca, że taki zapis kwalifikowany winien być jako zastrzeżenie kary umownej z tytułu niewykonania umowy w terminie, co w okolicznościach niniejszej sprawy nie miało miejsca. Strony nie umówiły się co do obciążenia wykonawcy karą umowną za nieterminowe usunięcie stwierdzonych wad robót, tylko za nieterminowe ich wykonanie, przy czym Sąd Okręgowy sam stwierdził, że występowanie wad robót nie oznacza, że roboty te nie zostały zrealizowane, a tylko otwiera inwestorowi drogę do żądania ich usunięcia. Umówione roboty zostały wykonane przez spółkę do dnia 2 sierpnia 2011r. i nastąpiło to z zachowaniem umówionego terminu, przy czym brak jest podstaw do uznania, że z uwagi na stwierdzone wady nie było możliwe normalne wykorzystanie rezultatu tych robót (przeczy temu bowiem dokończenie prac budowlanych po montażu okien i korzystanie z prac powódki przez zamawiającego) lub że wady odbierały mu cechy wyraźnie oznaczone w umowie, istotnie zmniejszając wartość robót (vide wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 kwietnia 2009r. sygn. akt V ACa 88/09). Tym samym fakt występowania wad robót w okresie do dnia 14 grudnia 2011r. nie świadczy o tym, że dopiero w tym dniu doszło do wykonania robót, a tym samym o tym, że powódka uchybiła terminowi do ich wykonania z § 3 ust. 1 umowy. Powyższe oznacza zaś, że nie zaistniały przesłanki nałożenia na spółkę kary umownej za niedotrzymanie terminu wykonania robót i że powództwo wzajemne w zakresie żądania zasądzenia tej kary winno podlegać oddaleniu w całości. Jego uwzględnienie przez Sąd Okręgowy stanowi zatem o naruszeniu przez ten Sąd przepisu art. 484 k.c. przez jego błędne zastosowanie w niniejszej sprawie.

Pozwana wzajemna skutecznie też zakwestionowała wysokość zasądzonego od niej odszkodowania podnosząc błędne zastosowanie do jego wyliczenia nieprawidłowej stawki podatku VAT. Z treści umowy łączącej strony (vide Załącznik k. 550-560) wynikało jednoznacznie, że wynagrodzenie należne wykonawcy objęte było stawką tego podatku w wysokości 8%, co było zgodne z art. 41 ust. 12 w związku z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług, w świetle którego stawkę podatku, o której mowa w ust. 2, stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Nie było kwestionowane w niniejszej sprawie to, że

obiekt budowlany, którego dotyczyły umówione roboty, może być zaliczony do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, gdyż to było podstawą zastosowania w umowie stawki podatku w wysokości 8%. Brak jest w ocenie Sądu Apelacyjnego do zastosowania innej stawki w przypadku ustalenia wartości robót budowlanych, które mają służyć usunięciu wad robót wykonanych przez spółkę. Te roboty bowiem także mogą być kwalifikowane jako należące do zakresu określonego jako: „remont, modernizacja, termomodernizacja lub przebudowa obiektów budowlanych lub ich części”. Po zastosowaniu stawki podatku VAT 8% do wyliczenia wartości tych robót (przy czym tylko do ustalenia wartości robót z kosztorysu sporządzonego przez biegłego, bowiem biegły nie doliczał tego podatku w przypadku tzw. prac dodatkowych), o zakresie przyjętym przez Sąd Okręgowy, uzyskamy kwotę łączną 23.811,95 zł, na którą składać się będzie kwota 19.811,95 zł jako koszt prac objętych kosztorysem i 4.000 zł jako koszt prac dodatkowych. W rezultacie na rzecz powoda wzajemnego zasądzona winna być tytułem odszkodowania kwota 23.811,95 zł a nie kwota 27.208,28 zł, co uzasadniało oddalenie powództwa co do kwoty 3.396 zł 33 gr.

Mając powyższe na względzie, Sąd Apelacyjny częściowo uwzględniając apelację powódki jako pozwanej wzajemnej na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w zakresie rozstrzygającym o powództwie P. T. w punkcie pierwszym podpunkt a) w ten sposób, że oddalił powództwo co do kwoty 3.396 zł 33 gr, w punkcie pierwszym podpunkt b) w ten sposób, że oddalił powództwo o zasądzenie kwoty 2.114 zł 13 gr z odsetkami ustawowymi oraz w punkcie trzecim w ten sposób, że przyjął, iż pozwana wygrała proces w 88% (powództwo wzajemne uwzględnione zostało co do kwoty 23.811,95 zł stanowiącej 12% wartości przedmiotu sporu - 202.114,31 zł).

W pozostałym zakresie apelacja pozwanej wzajemnej oraz w całości apelacja pozwanego (powoda wzajemnego) nie zasługiwały na uwzględnienie.

Nieskuteczny okazał się zarzut apelacji pozwanego mówiący o naruszeniu art. 227 k.p.c. w zw. art. 233 k.p.c. polegającym na błędnym przyjęciu przez Sąd I instancji, że powódce (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. należne jest wynagrodzenie w kwocie 55.222,76 zł. Zarzut ten wywodzony jest z twierdzenia pozwanego, że umówione wynagrodzenie za całość prac wynosiło 100.706,70 zł a nie 105.706,70 zł, gdyż strony dokonały zmiany umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia poprzez odręczne zapisy na umowie dotyczące rozłożenia płatności na raty. Twierdzenia tego nie uzasadnia jednak treść dokumentów złożonych do akt sprawy, w tym umowy wraz z załącznikami do niej, stanowiącymi jej integralną część. Wbrew argumentacji pozwanego Załącznik do umowy znajdujący się na kartach 17-27 oraz 550-560 akt sprawy jednoznacznie określał zarówno wysokość wynagrodzenia jak i sposób jego wyliczenia oraz wysokość i warunki przyznania ewentualnych rabatów. Wynikało z niego, że wynagrodzenie to zostało ustalone w walucie euro i wyjściowo wynosiło 24.646,56 euro netto, przy czym strony określiły również kurs, po którym należy przeliczyć kwoty w euro na złotówki 1 euro = 3,9193 zł. Po naliczeniu rabatu w wysokości 4% wynagrodzenie wynosiło 23.660,69 euro, do której to kwoty należało doliczyć podatek VAT 8 % (1.892,85 euro), a następnie odjąć od tak uzyskanej sumy rabat specjalny (...) w wysokości 8% (2.044,28 euro) oraz rabat terminowy 2% (470 euro), przez co uzyskano kwotę 23.000 euro równą 90.143,90 zł, którą z kolei należało powiększyć o wartość montażu tzw. ciepłego w kwocie 15.562,80 zł. Suma tych kwot stanowiła kwotę 105.706,70 zł wpisaną jako umówione wynagrodzenie w § 2 ust. 1 umowy. Rzeczywiście wysokość rat, na które została rozłożona płatność wynagrodzenia (45.143,90 zł i 55.562 zł), wpisanych odręcznie na umowie, po ich zsumowaniu nie daje kwoty 105.706,70 zł, jednak – jak trafnie uznał Sąd Okręgowy – należy w związku z tym uznać, że nastąpiła omyłka przy określaniu wysokości tych rat, a nie że strony zmieniły wysokość umówionego wynagrodzenia. Wola dokonania takiej zmiany umowy nie wynikała bowiem z żadnego z zapisów umowy, która – przez odwołanie do Załącznika – precyzyjnie określała, jakie czynniki i w jakim zakresie mają wpływ na wysokość wynagrodzenia. Po zastosowaniu procedury wyliczenia wysokości wynagrodzenia, jaka została opisana w Załączniku do umowy oraz po pominięciu tych rabatów, które nie znalazły zastosowania (rabat 4% i rabat 2%) i po uwzględnieniu zmiany wynagrodzenia za montaż (6.285 zł zamiast 15.562,80 zł) wysokość wynagrodzenia należnego powódce wynosiła 102.264,03 zł (24.646,56 euro + 1.971,72 euro tytułem VAT – 2.129,46 euro rabatu (...) = 24.488,82 euro czyli 95.979,03 zł + 6.285 zł = 102.264,03 zł). Wobec tego, że pozwany zapłacił powódce kwotę 47.029,71 zł, to do zapłaty pozostała część wynagrodzenia w kwocie 55.234,32 zł. Sąd Okręgowy zasądził z tego tytułu kwotę mniejszą - 55.222,76 zł, co oznacza, że apelacja pozwanego w zakresie

dotyczącym wysokości wynagrodzenia powódki nie mogła spowodować zmiany zaskarżonego wyroku z uwagi na treść art. 384 k.p.c.

Niezasadne okazały się dalsze zarzuty apelacji pozwanej wzajemnej oraz wszystkie zarzuty apelacji powoda wzajemnego dotyczące rozstrzygnięcia o odszkodowaniu. Wbrew twierdzeniom pozwanej wzajemnej zasądając to odszkodowanie Sąd Okręgowy nie naruszył art. 321 k.p.c. i nie wyszedł poza granice żądania. W pozwie wzajemnym powód wzajemny rzeczywiście dochodził roszczenia z tytułu wad robót powołując się na rękojmię za wady fizyczne oraz na niezgodność towaru z umową, jednak później powoływał się równocześnie także na nienależyte wykonanie umowy (vide k. 298- rozszerzenie powództwa wzajemnego, k. 573 - pismo z 5 czerwca 2015r., k. 590 i n. - pismo z 19 czerwca 2015r.), między innymi wnioskował o dowód z opinii biegłego na okoliczność wysokości odszkodowania w związku z niewłaściwym wykonaniem umowy (pismo z 19 czerwca 2015r.), co z kolei uprawniało Sąd pierwszej instancji do rozważenia zasadności powództwa także w oparciu o przepis art. 471 k.c. w ramach podstawy faktycznej żądania pozwu. Wadliwe wykonanie robót budowlanych mogło bowiem stanowić zarówno podstawę roszczeń z tytułu rękojmi za wady fizyczne tych robót (art. 560 k.c. w związku z art. 638 § 1 k.c. i art. 656 § 1 k.c.) jak i podstawę roszczenia odszkodowawczego z tytułu nienależytego wykonania umowy (art. 471 k.c. w związku z art. 566 § 1 k.c., vide też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2013r. sygn. akt III CSK 243/12: „Nabywcy rzeczy wadliwej, jak również inwestorowi w razie wadliwego wykonania robót budowlanych, przysługuje wybór co do sposobu uzyskania rekompensaty od sprzedawcy (wykonawcy robót budowlanych). Może on oprzeć swoje roszczenie wyłącznie na przepisach ogólnych o odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 k.c.) albo też, nie rezygnując z uprawnień przysługujących mu z rękojmi, dodatkowo dochodzić naprawienia poniesionej szkody”). Zasądając odszkodowanie na podstawie art. 471 k.c., Sąd Okręgowy nie mógł zaś naruszyć przepisu art. 563 § 1 k.c. w związku z art. 638 i 656 k.c. przez jego niezastosowanie i zaniechanie uznania, że powód utracił roszczenia z tytułu rękojmi za wady, bowiem przepisy te nie dotyczą roszczenia z art. 471 k.c., o którym orzekł ten Sąd.

Pozwana wzajemna w swojej apelacji nie kwestionuje wadliwości montażu okien ustalonej przez Sąd Okręgowy na podstawie opinii biegłego z zakresu budownictwa M. C. a wyłącznie wykazanie wystąpienia po stronie powoda wzajemnego szkody i jej wysokość ustaloną przez ten Sąd, podnosząc w tym zakresie zarzuty naruszenia prawa procesowego (art. 232 k.p.c., art. 233 k.p.c., art. 322 k.p.c.) oraz prawa materialnego (art. 363 § 1 k.c., art. 6 k.c., art. 362 k.c.). Zarzuty apelacji powoda wzajemnego odnoszą się zaś w głównej mierze do ustaleń i oceny Sądu Okręgowego prowadzących do odmowy uwzględnienia jego powództwa na podstawie przepisów o rękojmi za wady fizyczne robót. Należy wskazać na to, że powód wzajemny, formułując te zarzuty, nie powołuje się w ogóle na to, że w przypadku zasądzenia na jego rzecz odszkodowania na innej podstawie niż art. 471 k.c. doszłoby do uwzględnienia powództwa w większym rozmiarze niż tylko do kwoty zasądzonej przez Sąd Okręgowy. Ewentualne zatem podzielenie przez Sąd Apelacyjny zarzutów apelacji powoda wzajemnego, w szczególności co do podstawy prawnej jego żądania, nie mogłoby doprowadzić do korzystnej dla niego zmiany wyroku. Brak bowiem w okolicznościach niniejszej sprawy podstaw do przyjęcia, by na podstawie przepisów mówiących o odszkodowaniu należnym kupującemu (inwestorowi/zamawiającemu) z tytułu poniesienia szkody wskutek istnienia wady fizycznej rzeczy (robót budowlanych) odszkodowanie należne powodowi przekraczało wysokość odszkodowania należnego na zasadach ogólnych za szkodę spowodowaną nienależytym wykonaniem umowy (art. 471 k.c.). Już tylko z tego względu apelacja powoda wzajemnego nie mogła być skuteczna.

Należy też zauważyć, że w niniejszej sprawie powód wzajemny mimo, że powoływał się na wady robót i na rękojmię za wady, nie dochodził roszczeń z tytułu rękojmi wymienionych w art. 560 k.c., żądając wyraźnie zasądzenia odszkodowania (vide pismo z dnia 5 czerwca 2015r. - k. 573, pismo z dnia 19 czerwca 2015r. - k. 590 i n. - żądanie odszkodowania za wady stolarki uniemożliwiające właściwe i bezpieczne korzystanie z okien zgodnie z ich przeznaczeniem oraz teza dowodowa dla biegłego - ustalenie wysokości odszkodowania w związku z niewłaściwym wykonaniem umowy i wadami stolarki), a obecnie też wskazuje w uzasadnieniu apelacji na to, że „pozwanemu przysługują roszczenia odszkodowawcze w związku z licznymi wadami okien i brakiem staranności ze strony powódki co do sposobu ich montażu”. Wobec tego, że przedmiotem żądania pozwu wzajemnego nie były roszczenia „rękojmiane”, bezprzedmiotowe były rozważania Sądu pierwszej instancji co do zachowania przez powoda terminu na zgłoszenie

tych roszczeń pozwanej wzajemnej oraz obecnie zarzuty apelacji powoda dotyczące naruszenia przepisów art. 563 § 1 k.c. i art. 568 § 1 k.c., a także błędnych ustaleń faktycznych na okoliczność wiedzy powoda o istnieniu wad. Odpowiedzialność sprzedawcy za szkodę wynikłą z wady rzeczy oparta jest na art. 471 k.c. i nie podlega w czymkolwiek reżimowi przewidzianemu dla uprawnień z tytułu rękojmi, a wzmianka o niej w art. 566 § 1 k.c. ma znaczenie normy kolizyjnej usuwającej wątpliwość, czy wykonanie bądź wygaśnięcie uprawnień z tytułu rękojmi może samo przez się wyłączać zastosowanie reguł ogólnych z art. 471 i n. k.c. (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 1994r. sygn. akt I CRN 140/94, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2000r. sygn. akt III CKN 889/98: „Przepis art. 566 § 1 k.c. jest w istocie przepisem kolizyjnym, dopuszczającym w razie odstąpienia od umowy lub żądania obniżenia ceny z tytułu rękojmi za wady fizyczne odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadach ogólnych, przewidzianych w art. 471 k.c.”). Z treści art. 566 § 1 k.c. wynika, że obok odpowiedzialności z tytułu rękojmi, uwarunkowanej zawiadomieniem o wadzie sprzedanej rzeczy w ciągu miesiąca od wykrycia wady, a gdy zbadanie rzeczy jest w stosunkach danego rodzaju przejęte - w ciągu miesiąca od czasu, w którym przy zachowaniu przez kupującego należytej staranności mógł on ją wykryć, sprzedawca, który sprzedał rzecz dotkniętą wadami, ponosi także odpowiedzialność z tytułu nienależytego zobowiązania, przewidzianą art. 471 i nast. k.c., niezależną od realizacji uprawnień z tytułu rękojmi, podlegającą przedawnieniu na zasadach ogólnych.

Niezależnie od tego należy dodatkowo wskazać na to, że prawidłowa była dokonana przez Sąd pierwszej instancji ocena materiału dowodowego prowadząca do ustalenia, że istnienie wad fizycznych montażu okien, stwierdzonych następnie w toku procesu w opinii biegłego, wiadome było powodowi do początku, tj. od sierpnia 2011r. Z jego wyjaśnień informacyjnych (k. 132) wynika bowiem, że powód tuż po montażu okien pytał pracownika pozwanej wzajemnej o to, dlaczego nie są zamontowane listwy podokienne, co oznacza, że miał już wówczas (a nie dopiero w sierpniu 2013r.) świadomość, że takich listew brak. W e-mailu z dnia 16 września 2011r. skierowanym do spółki (k. 149) powód wzajemny wskazywał na to, że są zbyt duże szczeliny między oknami a elewacją, których przyczyną może być złe zwymiarowanie okien (okna są za małe). Wiedzę na ten temat powód wzajemny mógł mieć także z e-maila z dnia 22 września 2011r. pochodzącego od przedstawiciela firmy (...) (poprzedniego wykonawcy) - J. H. (k. 147 i n.), który wskazywał na to, że gdyby nowa stolarka posiadała analogiczne gabaryty, nie byłoby m.in. żadnych szczelin między gładziami zewnętrznymi i ościeżnicami. Z kolei w dniu 17 października 2011r. w związku z dokonaniem wpisem do dziennika budowy powód wzajemny uzyskał wiedzę o tym, że okna wychodzące na taras zostały zbyt nisko osadzone (k. 814). Także treść protokołu sporządzonego w dniu 14 sierpnia 2013r., na który powołuje się powód wzajemny, dawała podstawę do uznania, że istnienie wad było wiadome powodowi. Stwierdzono w nim bowiem m.in., że wymienione „wady były widoczne od dnia montażu”, co przeczy twierdzeniu powoda, że dopiero w dacie oględzin w dniu 14 sierpnia 2013r. ujawniono istnienie wad. Protokół ten stanowił zatem jedynie obustronne potwierdzenie faktu występowania wad znanych już wcześniej powodowi, skoro zgłosił je wykonawcy w tym dniu. Treść tego protokołu nie pozwala też na podzielenie argumentacji powoda, że stwierdzenie istnienia wad wymagało dokonania oględzin przez biegłego. Data powzięcia przez powoda wzajemnego wiedzy na temat istnienia wad i związanej z tym szkody nie miała jednak ostatecznie znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy z uwagi na podstawę orzeczenia o odszkodowaniu, do której nie znajdowały zastosowania przepisy dotyczące terminów realizacji roszczeń z tytułu rękojmi oraz z uwagi na to, że nie doszło do przedawnienia roszczenia odszkodowawczego opartego na przepisie art. 471 k.c.

Niezasadne są zarzuty obu apelacji kwestionujące wykazanie przez powoda wzajemnego wysokości szkody oraz tę wysokość. W niniejszej sprawie powód wzajemny dochodził odszkodowania przy przyjęciu, że jego szkoda wynika z konieczności wymiany wszystkich okien dostarczonych i zamontowanych przez pozwaną wzajemną, przy czym obecnie w związku z treścią opinii biegłego M. C. szkoda ta miałaby wyrażać się kwotą 120.991,64 zł. Brak podstaw w materiale dowodowym jednak do uznania, że w związku ze stwierdzonymi przez tego biegłego wadami robót zachodzi taka konieczność. Z treści opinii wynika bowiem, jak trafnie ocenił Sąd Okręgowy, że dostarczone i zamontowane okna są należytej jakości, a tylko wadliwy jest ich montaż, co przesądza o tym, że naprawienie szkody doznanej przez powoda nie wymaga zakupu nowych okien oraz poniesienia kosztu ich zakupu. Biegły dopuszczał co prawda wystąpienie takiej sytuacji, w której z uwagi na konstrukcję budynku czy materiały zastosowane do jego budowy nie będzie możliwości dopasowania otworów do wymiarów okien dostarczonych przez pozwaną wzajemną, co uzasadniałoby zakup innych okien, jednak z uwagi na postawę powoda wzajemnego, który nie zgodził się na przeprowadzenie

przez biegłego szczegółowych badań, nie było możliwość potwierdzenia tych hipotetycznych założeń biegłego. W powyższej sytuacji należało zatem przyjąć, że powód wzajemny nie udowodnił, iż jego szkoda obejmuje koszty zakupu nowych okien. Niezależnie od tego, czy istniałaby możliwość skutecznego przeprowadzenia tzw. planu naprawczego i czy zachodziłaby konieczność jego wdrożenia w przypadku wszystkich okien zamontowanych przez spółkę, z całą pewnością wszystkie z nich – jak wynika z opinii – winny podlegać inwentaryzacji i badaniom, których elementem byłoby m.in. ich odkucie, zdemontowanie glifów, sprawdzenie liczby i rozstawu zamontowanych kotew. Koszt wykonania tych prac zachodziłby w każdym przypadku – także w przypadku stwierdzenia ostatecznie, że nie wszystkie z okien wymagają zastosowania takiego planu naprawczego. Należy też zauważyć, że wadliwość montażu okien (brak luzu dylatacyjnego, zbyt duży lub zbyt mały luz dylatacyjny, brak listew podprogowych) została stwierdzona w odniesieniu do wszystkich okien (od nr (...) do nr (...) z opinii biegłego), a tylko nieznan był zakres ewentualnych prac naprawczych w przypadku poszczególnych okien. Minimalny koszt, jaki winien być poniesiony w związku z tym przez powoda, został wyliczony przez biegłego w kosztorysie nr (...) na kwotę 18.868,52 zł netto czyli brutto - przy zastosowaniu stawki podatku VAT 8%, o czym była mowa powyżej - na kwotę 19.811,95 zł, którą należało powiększyć o uśrednioną wartość prac dodatkowych w kwocie 4.000 zł. Łącznie zatem szkoda powoda nie mogła być mniejsza niż kwota 23.811,95 zł. Jej wysokość oczywiście mogła przewyższać tę kwotę, jednak strona powodowa, na której spoczywał ciężar dowodu wysokości szkody, nie zaferowała dowodów, z których wynikałby szerszy zakres prac niż przyjęty przez biegłego w kosztorysie nr (...). Zgodnie z art. 322 k.p.c. jeżeli w sprawie o naprawienie szkody sąd uzna, że ściśle udowodnienie wysokości żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione, może w wyroku zasądzić odpowiednią sumę według swej oceny, opartej na rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy. Wbrew zarzutom pozwanej wzajemnej wysokość zasądzanego odszkodowania oparta była na materiale dowodowym - wnioskach opinii biegłego. W sytuacji, w której nie było możliwości ustalenia wysokości pełnej szkody powoda z uwagi na postawę strony powodowej Sąd Okręgowy zasądził odszkodowanie na podstawie rozmiaru tej części szkody, której wysokość została przez powoda wykazana. Nie doszło zatem do naruszenia przez ten Sąd przepisu art. 322 k.p.c.

Mając powyższe na względzie, Sąd Apelacyjny oddalił w pozostałym zakresie apelację pozwanego (wzajemnego) oraz oddalił w całości apelację powoda (wzajemnego) na podstawie art. 385 k.p.c.

Na podstawie art. 100 k.p.c. Sąd zasądził od P. T. na rzecz (...) Sp. z o.o. w W. kwotę 2.654 zł 73 gr tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego. Na koszty te w przypadku postępowania wywołanego apelacją spółki składały się: kwota 1.467 zł tytułem opłaty od apelacji i kwota 2.700 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (75% z kwoty 3.600 zł) czyli razem kwota 4.167 zł. Postępowanie to skarżąca wygrała w 19% (relacja kwoty łącznej 5.510,46 zł jako sumy kwot 2.114,13 zł i 3.396,33 zł do wartości przedmiotu zaskarżenia – 29.323 zł), winna zatem uzyskać zwrot kwoty 791,73 zł (19% z 4.167 zł). Koszty pozwanego w tym postępowaniu wyniosły zaś kwotę 2.700 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i winny mu być zwrócone w 81% czyli w kwocie 2.187 zł. Po ich wzajemnym skompensowaniu pozwany winien otrzymać od spółki kwotę 1.395,27 zł. Jednocześnie wobec oddalenia w całości apelacji pozwanego (powoda wzajemnego) powódka winna otrzymać od niego kwotę 4.050 zł (75% z kwoty 5.400 zł przy wartości przedmiotu zaskarżenia 152.962 zł), co oznacza, że ostatecznie od pozwanego winna być zasądzona na jej rzecz kwota 2.654,73 zł jako różnica kwot 1.395,27 zł i 4.050 zł.