

Sygn. akt V ACa 634/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 listopada 2014 roku

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – V Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Roman Kowalkowski
Sędziowie:	SA Maryla Domel-Jasińska SO del. Arkadiusz Kuta (spr.)
Protokolant:	starszy sekretarz sądowy Żaneta Dombrowska

po rozpoznaniu w dniu 5 listopada 2014 roku w Gdańsku

na rozprawie

sprawy z powództwa T. K.

przeciwko J. R.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w T.

z dnia 20 maja 2014 roku, sygn. akt VI GC 50/13

1. oddala apelację;
2. zasądza od pozwanego J. R. na rzecz powoda T. K. kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych zwrotu kosztów procesu za drugą instancję.

Na oryginale właściwe podpisy.

Sygn. aktVACa 634/14

UZASADNIENIE

T. K. domagał się zasądzenia od J. R. kwoty 142.065 zł z odsetkami i kosztami procesu .

Pozwany zażądał oddalenia powództwa i zasądzenia kosztów procesu .

Sąd Okręgowy w T. , wyrokiem z dnia 20 maja 2014 roku , zasądził od J. R. na rzecz T. K. kwotę 132.304,60 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 1 listopada 2012 roku do dnia zapłaty , oddalił powództwo w pozostałej części oraz zasądził d pozwanego na rzecz powoda kwotę 10.968,60 zł tytułem kosztów procesu .

Ustalił Sąd pierwszej instancji , że w dniu 2 czerwca 2012 roku J. R. zawarł z (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. umowę o roboty budowlane przy hali magazynowo - przemysłowej . Wykonanie pokrycia dachu powierzył powodowi na podstawie umowy zawartej 20 czerwca 2012 roku . Umowa ta przewidywała wykonanie pokrycia dachu w technologii membran dachowych , a szczegółowy zakres prac i wysokość wynagrodzenia ryczałtowego (155.712,91 zł brutto ; 154.000 zł netto) wynikała z postanowień §§ 3 i 4 oraz załącznika nr 1 do umowy . Termin zakończenia robót strony ustaliły na 24 lipca 2012 roku . Zawarcie umowy między stronami poprzedziła korespondencja mailowa pozwanego z przedstawicielem powoda P. G. . Dotyczyła ona m.in. dostarczenia przez powoda klap dymowych na podstawie informacji udzielonych przez pozwanego i przesłanego powodowi skanu rzutu dachu . Pierwszą fakturę o nr (...) , obejmującą wynagrodzenie za część wykonanych prac , powód wystawił w dniu 30 czerwca 2012 roku na kwotę 47.355 zł. Należność uiszczono .

Podczas wykonywania robót pozwany , zwłaszcza w czasie gdy brygadzystą powoda był D. Ł. (tj. po wykonaniu większej części robót przez zespół pracowników powoda pod kierownictwem brygadzisty J. K.) , zgłaszał zastrzeżenia co do sposobu układania izolacji termicznej . Zdarzało się , że pracownicy powoda poprawiali

izolację . Zastrzeżenia pozwanego dotyczyły też położenia wełny mineralnej . Po okresie zimowym 2012/2013 i dokonaniu odkrywek w niektórych miejscach ujawniono pokruszoną , zamkniętą wełnę mineralną . Szczelności dachu pozwany nie kwestionował.

W dniu 21 sierpnia 2012 roku powód dostarczył na plac budowy 9 klap dymowych . Wcześniej zostały dostarczone podstawy do klap . Następnego dnia powód wystawił kolejną fakturę na 47.355 zł , a po kilku dniach zgłosił pozwanemu zakończeniem prac i swoją gotowość do ich odbioru . Montaż klap dachowych okazał się niemożliwy z uwagi na ich niewłaściwe wymiary , które pozwany „ wziął ze starej dokumentacji ” . Nie nadawały się też do przeróbki i pozostały na terenie budowy . Zakończenie prac przy pokryciu dachu J. R. potwierdził wpisem do dziennika budowy z 4 września 2012 roku z adnotacją o „ zaleganiu miejscowym niewielkiej ilości wody , co jest nieuniknione przy tej powierzchni dachu i może wynikać również z konstrukcji oraz rodzaju docieplenia ” . Do zamieszczonych w dzienniku budowy pod datą 11 września 2012 roku uwag inspektora nadzoru ze strony inwestora ((...) sp. z o.o.) do wykonawstwa pokrycia dachowego powód odniósł się w mailu z 17 września 2012 roku . Pismem z 3 października 2012 roku powód wezwał pozwanego do uregulowania wystawionej w sierpniu faktury i przystąpienia w ciągu 7 dni do odbioru z zagrożeniem , że po upływie tego terminu dokona jednostronnego odbioru . W odpowiedzi pozwany , pismem z 4 października 2012 roku , zgłosił wystąpienie usterek w postaci wadliwie ułożonej izolacji termicznej i nadmiernie pofalowanej membrany , domagając się usunięcia usterek do 11 października 2012 roku . Protokołem z 10 października 2012 roku powód stwierdził wykonanie pokrycia dachowego zgodnie z umową z dniem 7 września 2012 roku i tego samego dnia wystawił ostatnią fakturę o nr (...) na kwotę 94.710 zł . Z kolei pozwany , pismem z 16 października 2012 roku , powiadomił powoda o zamiarze powierzenia prac związanych z usunięciem usterek osobie trzeciej , na jego koszt . Wykonanie prac naprawczych pozwany powierzył Z. K. , który po ich wykonaniu wystawił fakturę nr (...) z 30 listopada 2012 roku na kwotę 34.071 zł. Wykonanie prac poprawkowych polegało na rozcięciu folii , utwardzeniu podłoża i ponownym naklejeniu nowej membrany na powierzchni 50 m² , wyeliminowaniu zbyt małej twardości i nadmiernego pofalowania membrany . Membrany się nie naciąga , co nie obniża jednak skuteczności odwodnienia dachu i jakości wykonanego pokrycia . Z niczego nie wynika także , że jednorazowy przeciek jaki wystąpił w dotychczasowej eksploatacji dachu , wynikał z błędów w ułożeniu membrany dachowej . Wymienione usterki były nieznaczne . Prace poprawkowe wykonane zostały na powierzchni 140 m² (cała powierzchnia pokrycia dachu to 2.286 m²) . Koszt wykonania poprawek wyniósł 4.415 zł netto . Pismem z 1 marca

2013 roku pozwany wezwał powoda do zabrania z terenu przy wybudowanej hali klap dymowych , uznając je za materiał powoda , a kolejnym pismem (z 5 marca 2013 roku) obciążył go karą umowną na podstawie § 6 ust. 4 umowy

w wysokości 8.905,33 zł za okres opóźnienia od 25 lipca do 3 grudnia 2012 roku , tj. do dnia , w którym miał nastąpić odbiór prac poprawkowych na pokryciu dachu .

W dalszej części uzasadnienia omówiono dowody . W szczególności wskazać należy , że nie budziła zastrzeżeń Sądu pierwszej instancji moc dowodowa opinii biegłego bowiem posiada on wieloletnie doświadczenie zawodowe i odpowiednie kwalifikacje . Wnioski przedstawione przez biegłego mają być logiczne i stanowcze , a odmienna ich ocena przez pozwanego nietrafna . Okoliczność , że w pewnym zakresie opinia może być uznana za wykraczającą poza tezę dowodową(kwestia klap dymowych) jej nie dyskwalifikuje skoro klapy dymowe miały służyć wykonaniu przedmiotu umowy ocenianego przez biegłego .

Uznał Sąd Okręgowy za zasadne wzajemne roszczenia pozwanego do kwoty 9.760,40 zł, na którą składają się :

- kwota 2.440 zł z tytułu kary umownej za opóźnienie w wykonaniu umowy przy uwzględnieniu , że pozwany zakończył wykonywanie robót z dniem 7 września 2012 roku , wobec czego okres opóźnienia wyniósł 44 dni licząc od upływu umownego terminu ; uznano , że nie znajduje uzasadnienia wyliczenie kary umownej za dłuższy okres - do 3 grudnia 2012 roku , bowiem w świetle adnotacji pozwanego w dzienniku budowy , korespondującej z protokołem powoda z 10 października 2012 roku , nie może być wątpliwości co do tego , że dniem zakończenia robót, tj. wykonania umówionego ich zakresu był 7 września 2012 roku ; ujawnione przez pozwanego usterki nie miały charakteru istotnego , nie uniemożliwiały korzystania z dachu , a więc nie można mówić o tym , by w tej dacie przedmiot świadczenia nie został wykonany , a nastąpiło to dopiero po usunięciu usterek ; wbrew odmiennemu stanowisku powoda kary umowne za opóźnienie zostały skutecznie zastrzeżone ;
- kwota 5.430,40 zł z tytułu kosztów zastępczego usunięcia wad w wysokości ustalonej przez biegłego (4.415 zł plus 23 % Vat-u) na podstawie art. 637 § 2 k.c. w zw. z art. 656 k.c.;
- kwota 1.890 zł z tytułu obniżenia wynagrodzenia wykonawcy o koszt montażu klap dymowych w wysokości podanej przez powoda ; do montażu klap dostarczonych przez powoda nie doszło , a umówione wynagrodzenie ryczałtowe obejmowało cenę zakupu klap i ich montaż .

W tych warunkach Sąd pierwszej instancji zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 132.304,60 zł z odsetkami ustawowymi zgodnie z żądaniem pozwu tj. od upływu terminu do zaspokojenia roszczenia wskazanego w fakturze nr (...) (art. 455 w

zw. z art. 481 § 1 k.c.).

Okoształ procesu orzeczono na podstawie art. 98 §§ 1 i 3 , 99 i 100 zd. pierwsze k.p.c. przy uwzględnieniu , że powód wygrał sprawę w 93 % oraz wysokości kosztów poniesionych przez obie strony .

Apelację od opisanego orzeczenia złożył J. R. . Zaskarżył wyrok w części, tj. w punkcie I , w którym zasądzono na rzecz powoda kwotę 132.304,60 zł z ustawowymi odsetkami oraz zawarte w punkcie III rozstrzygnięcie o kosztach procesu .

Wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania lub jego zmianę i oddalenie powództwa oraz zasądzenie kosztów procesu . Zażądał zasądzenia od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu przed sądami obu instancji.

Zarzucił naruszenie przepisów prawa procesowego :

1. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów oraz dokonanie fragmentarycznej , wybiórczej i błędnej oceny zeznań świadków , w szczególności R. M. i M. S. (1) , dowodu z przesłuchania stron i zgromadzonych w aktach sprawy dokumentów oraz błędnej oceny dowodu z opinii biegłego sądowego , co doprowadziło do błędnych ustaleń Sądu w zakresie :

- prawidłowości wykonania robót, w tym ustalenia , że stwierdzone usterki były nieznaczne i nie miały charakteru istotnych oraz że nie uniemożliwiały korzystania z dachu , podczas gdy z zeznań świadków R. M. i M. S. (1) wynikało jednoznacznie , iż istniejące wady i usterki były liczne oraz znaczne przez co nie był możliwy odbiór robót,
- ustalenia , że „ zakończenie prac przy pokryciu dachu potwierdził pozwany J. R. wpisem do dziennika budowy z 4 września 2013 roku ” podczas gdy prace te nie zostały zakończone co najmniej do 3 grudnia 2013 roku , a ich odbiór nie nastąpił oraz przyjęcie , że wpis powyższy wskazywał na prawidłowość wykonania robót , podczas gdy wpis ten dotyczył jednej usterki i jej wpływu na „ cechy użytkowe ” , a nie zawierał oceny prawidłowości wykonania wszystkich robót,
- ustalenia , że nadmierne pofalowanie membrany „ nie obniża skuteczności odwodnienia dachu i jakości wykonania pokrycia ” , podczas gdy na dachu powstają zastoiny wody i woda nie jest należycie odprowadzana ,
- ustalenia , że brak było przeszkód do dokonania odbioru robót i odmówienie wiarygodności w tym zakresie zeznaniom M. S. w oparciu o nieprawidłową wykładnię wpisów w

dzienniku budowy i subiektywną , niekompletną opinię biegłego , podczas gdy roboty nie zostały odebrane co najmniej do dnia 16 kwietnia 2014 roku z uwagi na istniejące wady dachu,

- terminu zakończenia robót przez powoda i ustalenie go na dzień 7 września 2012 roku , zamiast ustalenia tego terminu na dzień 3 grudnia 2012 roku , podczas gdy na dzień 7 września 2012 roku dach nie spełniał swych podstawowych funkcji , co wynikało ze zgromadzonych w aktach sprawy dokumentów i zeznań świadków ; powyższe doprowadziło do ustalenia kary umownej w zaniżonej kwocie i obniżenia wynagrodzenia powoda o zaniżoną kwotę ,
- ustalenia wartości prac zastępczych na kwotę 5.430,40 zł wbrew przedstawionym przez stronę pozwaną dokumentom , w tym fakturze VAT na kwotę 34.071 zł , co doprowadziło do obniżenia wynagrodzenia powoda o zaniżoną kwotę ,
- ustalenia kosztów montażu klap w oparciu o jednostronne oświadczenie powoda zawarte w piśmie procesowym z dnia 13 maja 2014 roku , podczas gdy strony umową zgodnie ustaliły jednocześnie koszt montażu i cenę klap na kwotę 35.000 zł , co doprowadziło do obniżenia wynagrodzenia powoda o zaniżoną kwotę ,
- ustalenia , że „ montaż klap dachowych okazał się niemożliwy z uwagi na ich niewłaściwe wymiary , które pozwany wziął ze starej dokumentacji ” i oparcie w tym zakresie ustaleń na zeznaniach świadka P. G. i niekompletnej , nierzetelnej opinii biegłego ; ustalenia te pozostawały w sprzeczności z zeznaniami stron , zgodnie z którymi strony poczyniły zgodne ustalenia w zakresie wymiarów klap i powód dostarczył klapy niewłaściwych wymiarów;

a wady te doprowadzić miały do błędów w ustaleniu stanu faktycznego i miały wpływ na rozstrzygnięcie , w tym w zakresie nieobniżenia wynagrodzenia powoda w odpowiednim stosunku .

2. art. 299 k.p.c. przez oparcie się na treści oświadczeń pozwanego zawartych w odpowiedzi na pozew , zamiast na uzupełniających wyjaśnieniach pozwanego , które pozostawały spójne ze stanowiskiem powoda w zakresie istnienia uzgodnień dotyczących klap dymowych ,

3. art. 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. i art. 286 k.p.c. przez oddalenie wniosku pozwanego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dodatkowej opinii innego biegłego sądowego , na okoliczność prawidłowości wykonania robót i ich trwałości na kolejne lata , ewentualnie rzetelnego ustalenia wartości prac zastępczych , podczas gdy opinia biegłego sądowego J. L. nie zawierała wyczerpującej odpowiedzi na pytania Sądu postawione w tezie dowodowej , była niekompletna, nierzetelna i nielogiczna (biegły nie

przeprowadził należycie oględzin, w tym nie dokonywał odkrywek), a także zawierała subiektywne wnioski i niczym nie poparte twierdzenia , co doprowadziło do błędów w ustaleniu stanu faktycznego i miało istotny wpływ na rozstrzygnięcie ;

4. art. 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. i art. 129 § 1 i 2 k.p.c. przez oddalenie wniosku pozwanego o dopuszczenie dowodu z protokołu komisji przeglądu technicznego z dnia 16 kwietnia 2014 roku , podczas gdy strona pozwana wystąpiła z tym wnioskiem dowodowym w najwcześniejszym możliwym terminie , a dowód ten wskazywał na okoliczności faktyczne potwierdzające wadliwe wykonanie robót budowlanych przez powoda , co doprowadziło do błędnych ustaleń stanu faktycznego i miało wpływ na rozstrzygnięcie ;

5. art. 217 § 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 279 k.p.c. i 240 § 1 k.p.c. przez uwzględnienie , pomimo braku zaistnienia przesłanek , o których mowa w tym przepisie , spóźnionego wniosku dowodowego powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność wartości robót zastępczych objętych zleceniem z dnia 29 października 2012 roku i fakturą nr (...) , co doprowadziło do błędnych ustaleń stanu faktycznego w zakresie wartości robót zastępczych i miało istotny wpływ na rozstrzygnięcie,

6. naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. przez :

- niewskazanie w uzasadnieniu wyroku przyczyn , dla których Sąd ustalił wartość prac zastępczych jedynie na podstawie dowodu z opinii biegłego , nie dokonując oceny wiarygodności dokumentów w postaci faktury nr (...) ;
- niewskazanie przyczyn , dla których Sąd obniżył wynagrodzenia wykonawcy jedynie o koszt montażu klap dymowych , zamiast kosztów montażu i ceny zakupu klap , pomimo ustalenia , że do montażu klap dymowych dostarczonych przez powoda nie doszło , a umówione wynagrodzenie obejmowało nie tylko montaż ale i cenę zakupu klap oraz niewskazanie przyczyn , dla których Sąd oparł się w tym zakresie jedynie na oświadczeniu powoda zawartym w piśmie procesowym z dnia 13 maja 2014 roku ;
- niewskazanie przyczyn , dla których stanowisko pozwanego przedstawione w piśmie z dnia 14 kwietnia 2014 roku Sąd uznał za nietrafne , przyczyn dla których Sąd oddalił wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu z dodatkowej opinii biegłego i dowodu z dokumentu w postaci protokołu kontroli z 16 kwietnia 2014 roku ,
- sporządzenie uzasadnienia wyroku , które nie spełnia wymogów określonych w tym przepisie , bowiem nie wyjaśnia podstawy prawnej wyroku , w szczególności w zakresie zasądzonego na rzecz powoda roszczenia , z przytoczeniem przepisów prawa .

Wniósł apelant o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dodatkowej opinii biegłego sądowego na okoliczność prawidłowości wykonania umowy , wadliwości robót

budowlanych wykonanych przez powoda , zakresu tych wad , wpływu wad na funkcjonalność dachu i jego trwałość oraz dowodu z dokumentu w postaci protokołu kontroli z 16 kwietnia 2014 roku na okoliczność istnienia wad dachu i braku odbioru robót budowlanych w tym zakresie . Wniósł także o dopuszczenie dowodu ze zdjęć na okoliczność istnienia obecnie wad dachu . Potrzeba powołania tych dowodów wynikać miała z błędnych ustaleń Sądu co do wad dachu .

W uzasadnieniu przekonywano , że postępowanie dowodowe nie zostało przeprowadzone prawidłowo , a uzasadnienie wyroku nie zawiera wszystkich niezbędnych elementów . Nie powtarzając przytoczonej już treści zarzutów wskazać należy , że omówiono szerzej opinie biegłego oceniając , że zawiera ona niespójne i nielogiczne wnioski oraz subiektywne oceny biegłego z pominięciem rzetelnej i specjalistycznej oceny stwierdzonych wad i ich wpływu na prawidłowość wykonania umowy oraz trwałość i szczelność dachu . Biegły nie odniósł się do wskazywanych przez pozwanego i świadków wad ułożenia izolacji termicznej (zawilgocona i pokruszona w trakcie układania tzw. deska dachowa , stąd zbyt miękkie podłoże pod membraną , podatne na odkształcenia , zapadliska , niespełniające funkcji izolacji termicznej) . Biegły nie wykonał odkrywek pokrycia dachu aby to ustalić . Sąd nie dokonał zaś rzetelnej

oceny stwierdzonych w opinii biegłego wad , w tym okoliczności, że zastoiny wody powodują nadmierne obciążenie dachu i stwarzają zagrożenie zatykania otworów spustowych , a także pofałdowań i zawilgoceń . Twierdzenia biegłego dotyczące klap dymowych nie mają żadnej wartości merytorycznej . Biegły nie był uprawniony do dokonywania oceny umowy stron co do wymiarów zamówionych klap . Podobnie biegły nie był uprawniony do oceny zakresu uprawnień inspektora nadzoru i kierownika budowy . W zakresie ustalenia kosztów zastępczego wykonania prac przedstawiona przez biegłego powierzchnia napraw dachu jest nieprecyzyjna i nie uwzględnia wielu punktowych poprawek , które musiały zostać wykonane . Biegły nie przedstawił szczegółowych wyliczeń wartości tych prac . Stwierdzenie przez biegłego , że umowa została wykonana właściwie , jednak z wadami, nie wypełnia celu w jakim został powołany biegły . Sąd , naruszając zasady prowadzenia postępowania dowodowego , odmówił dopuszczenia dowodu z dodatkowej opinii biegłego przez co dopuścił się nieprawidłowych ustaleń w zakresie stanu faktycznego i wysokości kwoty o jaką należało obniżyć wynagrodzenie powoda . Sąd powinien dopuścić taki dowód , gdy przeprowadzona już opinia zawiera istotne luki , jest niekompletna , bo nie odpowiada na postawione tezy dowodowe , niejasna , czyli nienależycie uzasadniona lub nieweryfikowalna , tj. gdy przedstawiona ekspertyza nie pozwala organowi orzekającemu zweryfikować zawartego w niej rozumowania co do trafności wniosków końcowych .

Wywodząco dalej , że przy dokonywaniu ustaleń faktycznych Sąd bezzasadnie pominął zeznania świadków M. S. (1) i R. M. , w zakresie w jakim wskazywali oni na wady powodujące obniżoną szczelność dachu i obniżoną izolacyjność termiczną , tj. na nieprawidłowy montaż pokrycia dachu , nieprawidłowości w układaniu izolacji termicznej i folii paroizolacyjnej , powodujące nieszczelność , pofalowanie membrany , uniemożliwiający spływ wody , nieprawidłowo ułożone spusty dachowe powodujący zastoiny wody , a także w zakresie w jakim wskazywali na niemożliwość odbioru dachu . Stąd ustalenie , że usterki były nieznaczne i nieistotne należy uznać za sprzeczne z zasadami logicznego wnioskowania i doświadczeniem życiowym .

Sąd oparł się bezzasadnie na zeznaniach świadków P. G. i J. K. oraz powoda pomimo faktu , że świadek P. G. i powód nie przebywali na budowie , a świadek J. K. nadzorował prace na etapie , w którym roboty wykonywane były co do zasady prawidłowo i na którym nie były dostarczone kłapy dachowe . Tymczasem większość nieprawidłowości bezspornie ujawniła się podczas gdy prace ze strony powoda nadzorował D. Ł. . Sąd Okręgowy nie poczynił ustaleń z czego wynikał „ jednorazowy przeciek dachu ” . Niezasadnie oparł ustalenia faktyczne w zakresie wymiarów klap na zeznaniach świadka P. G. i na opinii biegłego . Świadek i pozwany wskazywali jednoznacznie , że dokonano w tym zakresie uzgodnień , a świadek P. G. zapoznał się z rysunkiem otrzymanym od pozwanego i wymiarami klap . Zatem wynagrodzenie powoda winno być pomniejszone o koszt zakupu klap i koszt ich montażu .

Zarzucono wreszcie bezzasadną odmowę wiarygodności zeznaniom M. S. (1) w zakresie w jakim uznał on występowanie usterek za przeszkodę do dokonania odbioru dachu , podczas gdy odbiór nie był możliwy co najmniej do dnia 16 kwietnia 2014 roku . Sąd nie wziął pod uwagę charakteru obowiązków i uprawnień inspektora nadzoru , o którym mowa w art. 25 i 26 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku - Prawo budowlane , zgodnie z którymi to inspektor nadzoru , a nie pozwany uprawniony był do sprawdzenia m.in. jakości wykonywanych robót , w tym odbioru robót podlegających zakryciu czy wydawania poleceń dotyczących nieprawidłowości.

W odpowiedzi na apelację wniesiono o jej oddalenie i zasądzenie kosztów procesu za drugą instancję .

Sąd Apelacyjny w Gdańsku ustalił i zważył, co następuje :

Apelacja J. R. okazała się bezzasadna i podlegała oddaleniu .

Sąd Apelacyjny przyjmuje za własne ustalenia faktyczne poczynione w pierwszej instancji , a więc nie ma potrzeby ich ponownego przytaczania . Zastrzec jednak należy , że na ogół dotyczą one okoliczności bezspornych , to jest chronologicznie opisanych zdarzeń związanych z zawarciem umowy pomiędzy stronami , jej zasadniczych postanowień , wystawienia przez powoda trzech faktur , z których tylko pierwsza została zapłacona , treści zapisów w dzienniku budowy i korespondencji pomiędzy stronami . Dotyczą także zastrzeżeń do jakości robót i problematyki ich odbioru . Nie dość wyraźnie wysłowiono w ustaleniach Sądu Okręgowego okoliczność , na której bazują jego rozważania , to jest o zakończeniu prac w dniu 7 września 2012 roku i odbiorze dokonanym w dniu 10 października

2012 roku. Sprostować trzeba tylko, że wysokość ustalonego ryczałtowo wynagrodzenia wraz z podatkiem od towarów i usług wynosiła 189.420 zł. Ustalenia Sądu pierwszej instancji dotyczą także zagadnień związanych z zamówieniem u pozwanego klap dymowych, ich dostarczeniem na plac budowy i nieprawidłowymi wymiarami oraz wykonaniem prac naprawczych przez Z. K., pobranym przez niego wynagrodzeniem i wartością tych robót. Jak chodzi o wymienione kwestie to Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu pierwszej instancji, że dostarczenie przez T. K. klap dymowych o wadliwych wymiarach nastąpiło z przyczyn leżących po stronie J. R., a wartość prac naprawczych, których powód zaniechał, a należało je wykonać, wyniosła 5.430,40 zł (szerzej w dalszej części uzasadnienia).

Wstępnie przypomnieć trzeba, że J. R. bronił się zarzutem potrącenia, którym objęto należności z tytułu kary umownej przypadającej od pozwanego i kosztów tzw. wykonania zastępczego. Bezasadność żądania przez powoda wynagrodzenia w kwocie 35.000 zł uzasadniano zaś zmianą umowy o roboty budowlane w części dotyczącej dostawy i montażu klap dymowych przez jego „odliczenie od całkowitej kwoty kontraktu”. Nie wnoszono o obniżenie wynagrodzenia ani nie twierdzono, że pozwany od umowy odstąpił. Zgłoszono zarzuty odnośnie jakości prac wykonanych przez powoda, ale bez powiązania z roszczeniami zamawiającego z tytułu rękojmi za wady wykonanego obiektu (tu - pokrycia dachu). Stanowisko J. R. charakteryzuje stopniowe wprowadzanie, a następnie rozszerzanie katalogu zarzutów. Powód zawiadomił o zakończeniu robót wyznaczonym na dzień 7 września 2012 roku. W dniu 4 września 2012 roku pozwany, pełniący jednocześnie funkcję kierownika budowy, dokonał wpisu w dzienniku budowy o zakończeniu prac przy

pokryciu dachu (karty 28-29). Wedle art. 22 pkt 3 Prawa budowlanego (obecnie tekst jednolity z 2013 roku Dziennik Ustaw pozycja 1409 - w interesującym fragmencie niezmienny od czasu prowadzenia budowy) należało do niego kierowanie budową obiektu budowlanego w sposób zgodny z projektem i pozwoleniem na budowę oraz przepisami, w tym techniczno-budowlanymi. Wpisowi dokonанemu przez pozwanego przydawać należy zatem znaczenie właściwe funkcji jaką pełnił on w chwili jego dokonywania. Treść wpisu jest stanowcza. J. R. uznaje prace przy pokryciu dachu, a zatem zlecone powodowi, za zakończone. Dostrzega niedoskonałość polegającą na zaleganiu niewielkiej ilości wody, ale twierdzi, że jest ona nieunikniona. Wyjaśnia ją powierzchnia dachu i jego konstrukcja (w tym brak spadku równoległego do kalenicy). Treść pisma pozwanego z dnia 4 października 2012 roku zawiera dalej idące zarzuty: o miejscowo wadliwie ułożonej warstwie izolacji termicznej i nadmiernym pofałdowaniu membrany „w kilku miejscach” (karta 37). Obecnie podziela zaś pozwany wszystkie zastrzeżenia jakie przedstawił M. S. (1) - inspektor nadzoru (tak pozwany e-protokół z 21 czerwca 2013 roku 1.32.30). Te zaś wykraczały poza granice uchybień wykniętych powodowi w piśmie z 4 października 2012 roku i obejmowały wadliwie ułożenie izolacji termicznej, folii paroizolacyjnej i membrany oraz zbyt wysokie osadzenie wpustów dachowych. Wiążą się z tym także zarzuty dotyczące opinii biegłego J. L. oraz odmowy przeprowadzenia dowodu z opinii innego biegłego. Zmierzają one zasadniczo do wykazania, że metodologia opiniowania była wadliwa. Nie poddano zwłaszcza ocenie stanu izolacji termicznej. Biegły zaniechał miał wykonania odkrywek pokrycia dachu. Tymczasem przedmiotem opinii nie było dokonywanie takich czynności. Zwłaszcza nie wniosły o ich przeprowadzenie strony. Apelant nie czyni tego także we wniosku zawartym w apelacji. Wniosek taki powinien być jasno artykułowany. Uszkodzenie czy zniszczenie przedmiotu ekspertyzy na jej potrzeby nie należy bowiem do zwykłego zakresu czynności procesowej polegającej na udzieleniu sądowi wiadomości specjalnych (art. 278 k.p.c.). Dokonanie odkrywek w zakresie oczekiwanym przez apelanta wymagało wielokrotnego wnikięcia pod szczelną dotychczas powłokę (drobny przeciek ujawniono we wrześniu 2012 roku, ale w obrębie klapy dymowej — patrz wpis w dzienniku budowy karta 74) aż do poziomu paroizolacji. Poza wysokimi kosztami takich prac, które wpływały na określenie wysokości zaliczki, a więc ostatecznie także dopuszczenie dowodu, przede wszystkim powodowało ingerencję w prawa właściciela nieruchomości. Praw do niej nie ma ani powód, ani pozwany. Nie wyłączało to przeprowadzenia takiego dowodu, ale wzmacnia tezę o niezbędnym wyartykułowaniu we wniosku oczekiwanego zakresu prac badawczych. Tego

jednak nie uczyniono.

Dostrzega się także dysonans pomiędzy treścią stawianych powodowi zarzutów, a prezentowanym przez pozwanego stanowiskiem co do samej zasady. Wnosił on o oddalenie powództwa w całości (obecnie o zmianę wyroku i oddalenie powództwa w części w jakiej zostało uwzględnione), ale nie przedstawił zarzutów, które rozstrzygnięcie takie miałyby

uzasadniać . Nie wniósł o potrącenie własnych wierzytelności o wartości wyższej lub równej roszczeniom powoda . Nie przedstawił dokumentu , którego treścią byłaby zmiana umowy polegająca na obniżeniu wynagrodzenia wykonawcy o kwotę 35.000 zł . Nie twierdził , że roszczenie nie jest wymagalne , to jest prac objętych umową nie wykonano lub nie dokonano ich odbioru , albo roszczenie powoda jest bezzasadne w całości z innej przyczyny . Zakładał , że pokrycie dachu dotknięte jest licznymi wadami . W związku z tym zaniechał zapłaty ³A wynagrodzenia należnego powodowi . Tymczasem materiał dowodowy zebrany w sprawie , w tym zwłaszcza zeznania świadków R. M. i M. S. (1) , których wadliwą ocenę zarzucono Sądowi pierwszej instancji, potwierdzają że znaczna część połaci dachowej została pokryta przez pracowników powoda , którymi kierował J. K. . Prace wykonywano wówczas zgodnie z technologią , były one wykonane dobrze (R. M. e-protokół z 22 maja 2013 roku od 1.31.50 , 1.42.20 , 1.46.30) . Inspektor nadzoru po raz pierwszy kontrolował prace przy pokryciu dachu kiedy wykonane było już 2/3 połaci (M. S. (1) e-protokół z 21 czerwca 2013 roku od 00.04) . Swoje uwagi zgłaszał wówczas na bieżąco . Nie wszystkie zostały uwzględnione . Miejsca gdzie powłoka wykazywała nadmierną podatność na uginanie usunąć miał jednak Z. K. . Pofałdowanie membrany było przedmiotem opinii biegłego . Jego występowanie nie stanowi wady , zwłaszcza w okresie następującym po wykonaniu pokrycia . Materiał ten wykazuje zdolność do samokompensacji , a zastoiny wody nie powodują zagrożenia jej przenikaniem do niższych warstw pokrycia . Nie widać zatem podstaw dla twierdzenia , że powodowi nie należy się wyższe wynagrodzenie niż uiszczona w 2012 roku kwota 47.335 zł , odpowiadająca jego czwartej części .

Wierzytelność powoda jest wymagalna . Według § 7 umowy druga faktura płatna była po dostarczeniu i zamontowaniu klap dymowych . Ich dostarczenie na plac budowy , stwierdzenie niewłaściwych wymiarów uniemożliwiających montaż , konieczność zamówienia innych była bezsporna . Sądzić należy zatem , że wymagalność roszczenia w tym zakresie wiązać należy z samym złożeniem tych urządzeń na placu budowy , co pozwany pokwitował w dniu 21 sierpnia 2012 roku . Ostatecznie uznać można , że wymagalność wiązać trzeba z czynnością montażu klap niezależnie od ich pochodzenia i wykonawstwa , ale

i ta nastąpić musiała przed dniem 7 września 2012 roku . Odsetek powód dochodzi tymczasem dopiero od 1 listopada 2012 roku . Faktura końcowa płatna była zaś po odbiorze robót . Ten nastąpił 10 października 2012 roku . Powód wykorzystał postanowienie z § 7 umowy i samodzielnie sporządził protokół odbioru . Podstawę do tego dawały zgodne oświadczenia odnośnie zakończenia prac przy pokryciu dachu - w przypadku pozwanego wpis w dzienniku budowy z dnia 7 września 2012 roku . Już wówczas aktualizował się jego obowiązek odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlane . Ujawnienie następnie wad mogło być już traktowane jako zdarzenie prawne istotne dla odpowiedzialności powoda z tytułu rękojmi lub udzielonej przez niego gwarancji (§ 9 umowy) .

Wyjaśnić trzeba dalej , że pozwany ostatecznie sam potwierdza zakończenie robót w 2012 roku choć jego datę określa na 3 grudnia 2012 roku . Stanowisko takie przedstawił choćby w piśmie z dnia 5 marca 2013 roku (karta 59) . Wskazując zaś w zarzutach apelacyjnych na niedokonanie tej czynności nawiązuje raczej do domniemanej odmowy odbioru pokrycia dachu przez Spółkę (...) . Nie stoi zatem na gruncie umowy wiążącej go z powodem , a punktem odniesienia są jego relacje z inwestorem . Te nie mogą wpływać jednak bezpośrednio na sytuację prawną powoda . Zwłaszcza inspektor nadzoru działający w imieniu osoby trzeciej względem stron kontaktu nie mógł wprost określać praw i obowiązków powoda wynikających z tej umowy . Pozwany mógł się kierować jego zapatrywaniami , zwłaszcza zawartymi we wpisach w dzienniku budowy , ale tylko wykorzystując instrumenty jakie dawała mu umowa z powodem . Obecnie odwołuje się do własnych nieuregulowanych stosunków prawnych z inwestorem , ale ich istota i skutki prawne nie są jasne . Obiekt oddano przecież do użytkowania , inwestor prowadzi tam działalność gospodarczą , a konsekwencje jakie dla pozwanego miałyby pociągać za sobą uwagi po okresowej kontroli budynku nie zostały wyjaśnione (patrz strona 6 protokołu przeglądu stanu technicznego budynku z kwietnia 2014 roku karta 302) .

Na różne znaczenie prawne faktu zakończenia prac i ich odbioru zwrócić trzeba uwagę także w kontekście okresu za jaki obciąża powoda kara umowna . Nieprzypadkowo w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku (strona 10 , karta 277) wskazuje się na 7 września 2012 roku jako ostatni dzień , za który kara umowna przypada . Był to dzień słusznie przyjmowany za kończący roboty przy pokryciu dachu . W umowie przewidziano , że kara umowna należy się za przekroczenie terminu zakończenia prac (§ 6 ust. 4) , a nie opóźnienie w zgłoszeniu do odbioru lub samego odbioru .

Strony zawarły umowę o roboty budowlane . Charakteru kontraktu nie zmienia jego wzbogacenia o zobowiązanie T. K. do dostarczenia tzw. klap dymowych ,

których ten nie był wytwórcą . Były to rzeczy oznaczone co do tożsamości co różniło je od pozostałych materiałów dostarczanych przez powoda w myśl § 3 umowy . Wprost z umowy to nie wynika , ale do powinności powoda należało zamówienie u osoby trzeciej wykonywanych „ na wymiar ” dziewięciu klap dymowych , ich dostarczenie na plac budowy , a następnie zamontowanie (tak w wierszu 6 załącznika numer 1 do umowy - karta 20) . Fakt , że posłużyć się miał przy tym usługą świadczoną przez wytwórcę klap pozostaje bez znaczenia . Stąd trafnie Sąd Okręgowy uznał , że nie wykonał powód czynności polegających na montażu tych urządzeń . Wartość niewykonanych prac montażowych , pomniejszająca wiarygodność powoda , ustalona została także przy uwzględnieniu , że porównanie oferty sprzedaży i faktury , które dołączono do pisma powoda z dnia 13 maja 2014 roku potwierdza , że koszt montażu oszacowano na 800 zł . Skoro zatem T. K. sam określa koszt tej czynności na kwotę 1.890 zł , stanowiącą iloczyn łącznej powierzchni dostarczonych klap (9 x 6 m) i wynagrodzenia w wysokości 35 zł za 1 m , wartości tych pozwany nie zakwestionował , to obniżenie zasądanego świadczenia w tym rozmiarze uznać trzeba za uzasadnione . Nie było podstaw dla potrącenia kwoty 35.000 zł przewidzianej w umowie stron za „ dostarczenie i zamontowanie klap dymowych według opisu 9 szt. ” (za załącznikiem numer 1 do umowy - j.w.) bowiem powoda nie obciążają skutki dostarczenia klap o wadliwych wymiarach , uniemożliwiających ich wykorzystanie . Ostatecznie J. R. zamówił takie urządzenia samodzielnie , poniósł koszt ich wykonania i dostawy oraz montażu . Nie obciążył powoda należnościami z tego tytułu . Chciał natomiast obniżenia wynagrodzenia powoda twierdząc , że ten ponosi odpowiedzialność za dostarczenie wadliwych urządzeń , choć brak jest dokumentu poświadczającego zmianę umowy łączącej strony , w części dotyczącej wynagrodzenia za klapy dymowe . Taką formę dla zmiany umowy przewidziano w § 12 zawartego przez strony kontraktu . Twierdzenia powoda co do przyczyn nienależytego wykonania umowy w tej części uwiarygadnia natomiast treść dołączonego do pozwu pokwitowania z 21 sierpnia 2012 roku (karta 24) . Pozwany nie kwestionował jego autentyczności . Bez dodatkowych zastrzeżeń poświadczą w nim dostarczenie klap dymowych . Po pierwsze zatem jasne jest , że pokwitowanie było niezbędne skoro klapy były wadliwe i nie mogły być wykorzystane . W przeciwnym razie aktywność pozwanego polegałaby na dokonaniu ich odbioru po zamontowaniu , wraz z całością pokrycia dachu . Treść pokwitowania nie wskazuje aby jego znaczenie polegać miało tylko na uczynieniu powodowi grzeczności i zezwoleniu na czasowe składowanie rzeczy na placu budowy , jako konsekwencji własnych zaniedbań powoda w prawidłowym określeniu wymiarów klap . Słusznie wreszcie Sąd Okręgowy odwołuje się do zeznań świadka

P. G. , który opisał mechanizm omyłkowego określenia wymiarów klap . Sam powód , wbrew zarzutom apelacji , nie potwierdził stanowiska pozwanego (e-protokół z 21 czerwca 2013 roku , 52.30) . Pozwany okoliczności te przedstawiał w sposób niespójny , przyznając w odpowiedzi na pozew , że do omyłki doszło z jego przyczyny (karta 49) .

W apelacji kwestionuje się kwotę , którą uwzględnił Sąd Okręgowy jako zdatne do potrącenia koszty usunięcia wad pokrycia dachowego , zlecone przez pozwanego osobie trzeciej . Konkurują ze sobą dowody z opinii biegłego , który koszty te zweryfikował do kwoty 5.430,40 zł (z podatkiem od towarów i usług) i faktura wystawiona przez Z. K. na kwotę 34.071 zł . Nie budzi wątpliwości , że wartość robót podlegać mogła weryfikacji , to jest odniesieniu do rzeczywistej potrzeby wykonania tych prac , ich zakresu i kosztów . Wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego zgłoszono w pozwie . Tezę dowodową sformułowano dla wszystkich wniosków dowodowych wówczas zgłoszonych i obejmuje ona także „ rozpatrzenie zastrzeżeń pozwanego i ich bezzasadności ” . W piśmie procesowym powoda z 6 września 2013 roku tezę sprecyzowano w kierunku ustalenia wartości prac poprawkowych . Ponadto pozwany stanowisko co do znaczenia procesowego twierdzeń o tzw. wykonaniu zastępczym przedstawił dopiero w piśmie z dnia 29 lipca 2013 roku (objął zarzutem potrącenia) . Strony prowadziły wówczas rozmowy w sprawie zakończenia sporu ugodą (protokoły skrócone rozpraw z czerwca i sierpnia 2013 roku - karty 147 i 182) . Po ich bezskutecznym zakończeniu dopuszczono dowód z opinii biegłego odnośnie zagadnień podnoszonych przez obie strony w toku postępowania . Orzeczenie w tym przedmiocie zapadło 23 września 2013 roku . Sprecyzowanie tezy dowodowej zawarte w piśmie powoda z 6 września 2013 roku nie spowodowało zwłoki w postępowaniu .

Opinia pisemna biegłego J. L. i jego ustne wyjaśnienia przeczą zawartym w zarzutach apelacji twierdzeniom, że w dniu 7 września 2012 roku dach nie spełniał swych podstawowych funkcji, pozostając tym samym w zgodzie z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym. W szczególności przeczy temu wpis pozwanego w dzienniku budowy z dnia 7 września 2012 roku. Występowanie wad, które wymagały poprawek polegających na utwardzeniu podłoża (wymianie warstwy termoizolacji) potwierdzono. Zostały one usunięte, ale na powierzchni znacznie mniejszej niż przyjęta w umowie pozwanego ze Z. K. (50 m² ze 140 m²) i za wynagrodzeniem odnoszonym do kosztów zastosowanych w umowie stron, podwyższonym o 100 % z uwagi na uciążliwość prac poprawkowych. Metoda weryfikacji kosztów poniesionych przez pozwanego i przedstawionych do potrącenia jest trafna. Były także podstawy dla czynienia ustaleń odnośnie pofałdowań pokrycia dachu jako zjawiska, które nie wpływa na jego

szczelność. Występowanie miejsc gdzie pod powłoką dachu doszło do zawilgocenia termoizolacji potwierdzić mogło wykonanie czynności badawczych polegających na ich odsłonięciu, ale jak wskazano już wyżej wniosku o przeprowadzenie takich czynności nie złożono.

Wskazać trzeba wreszcie, że zarzuty apelanta naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. nie mogły prowadzić do uwzględnienia wniosku o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Uzasadnienie nie jest bowiem dotknięte brakami, które czyniłyby niemożliwą kontrolę instancyjną zapadłego orzeczenie. Do zagadnień, które wskazano jako nieomówione, Sąd odwoławczy odniósł się w niniejszym uzasadnieniu. Postępowanie apelacyjne polega na merytorycznym rozpoznaniu sprawy i wyrok Sądu drugiej instancji opiera się na jego własnych ustaleniach faktycznych i prawnych (tylko w uzasadnionym zakresie - przez odwołanie do ustaleń sądu pierwszej instancji).

W tym stanie rzeczy, na mocy art. 385 k.p.c., apelację J. R. oddalono.

O kosztach procesu orzeczono na mocy art. 98 §§ 1 i 3 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. oraz przy zastosowaniu §§ 6 pkt 6 i 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie /.../ (tekst jednolity z 2013 roku - Dziennik Ustaw pozycja 461). T. K. złożył odpowiedź na apelację domagając się jej oddalenia i zasądzenia kosztów zastępstwa procesowego. Apelację oddalono. Skarżący uległ w postępowaniu apelacyjnym w całości, a zatem spoczywa na nim obowiązek zwrotu kosztów poniesionych przez przeciwnika w postaci wynagrodzenia jego pełnomocnika.