

sygn. akt VIII Ga 583/18

Uzasadnienie Wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 18 kwietnia 2019 roku w sprawie z powództwa (...) spółki jawnej w D. przeciwko R. B..

I. Przedmiot postępowania.

1. Powódka przedmiotem roszczenia uczyniła żądanie zapłaty kwoty 31.645,44 zł. Podając podstawę faktyczną powództwa wskazała, że wykonała na rzecz pozwanego roboty budowlane polegające na ociepleniu budynku drukarni wraz z montażem i demontażem rusztowań, pozwany odmówił zapłaty części wynagrodzenia.
2. Pozwany domagał się oddalenia powództwa twierdząc, że strona powodowa wykonała umowę częściowo, po terminie i wskutek opóźnienia pozwany odstąpił od umowy. Powódka nie wykazała ilości wykonanych robót, które ponadto były wadliwe i wad tych nie usunięto w oznaczonym terminie. Pozwany podniósł, że wartość usterek w pracach wykonanych przez stronę powodową jest równa kwocie dochodzonej pozwem i o taką kwotę należy obniżyć wynagrodzenie na podstawie rękojmi.

II. Rozstrzygnięcie Sądu I Instancji.

1. Sąd Rejonowy Szczecin-Centrum w Szczecinie wyrokiem z dnia 5 czerwca 2018 roku uwzględnił częściowo powództwo i zasądził od pozwanego kwotę 29.874,83 zł z ustawowymi odsetkami.
2. Sąd I instancji ustalił, że 24 kwietnia 2012 roku strony zawarły umowę, której przedmiotem było wykonanie ocieplenia budynku drukarni przy ul. (...) w S. (hala i biurowiec) wraz z montażem i demontażem rusztowań zapewnionych przez zamawiającego za wynagrodzeniem 48 zł netto za m². Rozliczenie robót miało odbyć się fakturami częściowymi wystawianymi po sprawdzeniu ilości metrów wykonanych oraz podpisaniu protokołu odbioru częściowego robót. Wskazano w umowie, że faktura będzie płatna w terminie 30 dni od daty jej doręczenia zamawiającemu wraz z protokołem odbioru częściowego. Dla zmian umowy przewidziano formę pisemną pod rygorem nieważności. 4 czerwca 2012 roku powódka sporządziła protokół odbioru wykonanych robót budowlanych, w którym wskazała, że na dzień jego sporządzenia wartość ocieplenia ścian ustalona według kosztorysu wykonawczego wynosi 30.162,72 zł netto. 4 czerwca 2012 roku powódka wystawiła fakturę VAT nr (...) na kwotę 30.162,72 zł netto (37.100,15 zł brutto), należność została zapłacona przez pozwanego. 3 lipca 2012 roku powódka sporządziła protokół odbioru wykonanych robót budowlanych, w którym wskazała, że na dzień jego sporządzenia wartość wykonanych prac, pomniejszona o wartość robót z poprzedniego protokołu, to 33.240 zł netto. Na dokumencie dopisano ręcznie, że wykonawca zobowiązuje się do oczyszczenia wszelkich elementów stolarki zewnętrznej, kostki brukowej pokrytej materiałami użytymi do ocieplenia, poprawi miejsca po kotwach rusztowania, poprawi jakość malowania i odcięcia na połączeniu dwóch kolorów w terminie do 13 lipca 2011 roku. Protokół podpisał R. B.. 3 lipca 2012 roku strona powodowa spółka wystawiła fakturę VAT nr (...) na kwotę 33.240 zł netto (40.885,20 zł brutto) z terminem płatności do 2 sierpnia 2012 roku. W piśmie z 3 sierpnia 2012 roku powódka poinformowała pozwanego, że zakończyła pracę. Wykonano elewację ściany zachodniej i północnej budynku w całości. Prace na ścianie wschodniej wykonano w części. Na ścianie zachodniej powódka wykonała 820,76 m², na ścianie północnej 313,17 m², a na ścianie wschodniej 692,97 m². Łącznie powódka wykonała powierzchnię 1826,9 m² i za taką powierzchnię należy się wynagrodzenie 48 zł netto za m², co daje łącznie sumę 107.860,18 zł brutto. Powódka nie wykonywała cokołów. Wady wskazane w protokole z dnia 3 lipca 2012 roku zostały usunięte przez pracowników powódki, co zaakceptował kierownik robót pozwanej. Po zejściu powodowej spółki z budowy pracownicy pozwanego wykonywali dalsze prace na obiekcie, w tym także na ścianach zachodniej, północnej i wschodniej budynku. Pozwany sporządził protokół, w którym wskazano datę 8 sierpnia 2012 roku, z przeglądu wykonanych prac. Wskazano, że wykonawca nie był obecny podczas przeglądu, odnotowano wady i usterki: ciemniejsze przebarwienia na ścianie, brak wykonania imitacji boniowania, brak wykończenia z wyprawy żywicznej części cokołowej, brak równych odcień dwóch kolorów, zabrudzone i zniszczone okna i drzwi, a także brak wykonania całości elewacji na ścianie w osi A od 26 do osi 30 i w osi 30 od A do R. W protokole

wyznaczono termin usunięcia usterek i dokonania napraw na dzień 22 sierpnia 2012 roku. Pozwany 13 sierpnia 2012 roku zapłacił powódce kwotę 40.885,20 zł wskazując w tytule wpłaty fakturę nr (...). 19 września 2012 roku J. B. wystawił R. B. fakturę nr (...) na kwotę 6.894,40 zł brutto tytułem wykonania ocieplenia budynku przy ul. (...) w S.. W fakturze wskazano, że kwota została zapłacona gotówką. 25 września 2012 roku J. B. wystawił R. B. fakturę nr (...) na kwotę 9.923,15 zł brutto tytułem wykonania ocieplenia budynku przy ul. (...) w S.. 20 września 2012 roku powódka sporządziła protokół odbioru wykonanych robót budowlanych, w którym wskazała, że na dzień jego sporządzenia wartość wykonanego ocieplenia, pomniejszona o wartość robót z poprzedniego protokołu, wynosi 25.728 zł netto. 21 września 2012 roku powódka wystawiła fakturę VAT nr (...) na kwotę 25.728 zł netto, czyli 31.645,44 zł brutto z terminem płatności do 21 października 2012 roku. W piśmie z 26 września 2012 roku pozwany odmówił zapłaty twierdząc, że prace są nawet nie tyle niekompletne i nie wykonane całościowo, co przede wszystkim posiadają liczne usterki. Ponadto poinformował, że prace miały zakończyć się 10 lipca 2012 roku i wezwał do zakończenia i poprawienia prac do 5 października 2012 roku pod rygorem odstąpienia od umowy i obciążenia szkodą za zwłokę. Powódka w piśmie z 27 września 2012 roku twierdziła, że opóźnienie prac spowodowane było brakiem rusztowań, usterki wskazane w protokole z 3 lipca 2012 roku zostały usunięte do 2 sierpnia 2012 roku, w obecności majstra budowy, który nie zgłaszał żadnych uwag. W piśmie z 18 października 2012 roku pozwany wobec braku zakończenia i poprawienia prac złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy. 2 sierpnia 2014 roku powódka wezwała pozwanego do próby ugodowej w sprawie o zapłatę kwoty 31.645,44 zł, do ugody nie doszło.

3. Sąd Rejonowy przyjął, że strony łączyła umowa o roboty budowlane, powódka domaga się dotychczas niewypłaconej (ostatniej) części wynagrodzenia. Stanowisko strony powodowej uznano za wiarygodne, odpowiadające ustaleniu biegłego miejsca, gdzie jest przerwa ciągłości wykonawstwa (k. 320). W zakresie wyliczenia wykonanej powierzchni Sąd co do zasady bazował na wyliczeniach biegłego (k. 316), nie uwzględnił powierzchni cokołów o wysokości średnio 25 cm. Do tej wysokości styropian został ułożony przez pracowników pozwanego, więc wysokość ścian do wyliczeń zmniejszono o 25 cm. Bazując na wyliczeniu biegłego na k. 316 i zmieniając tylko ten jeden parametr przyjęto, że na ścianie zachodniej powódka wykonała 820,76 m², na ścianie północnej 313,17 m², a na ścianie wschodniej (według wersji powódki) 692,97 m², łącznie 1826,9 m², 48 zł netto za m², co daje sumę 107.860,18 zł brutto. Pozwany zapłacił kwotę 77.985,35 zł, do zapłaty pozostaje 29.874,83 zł. Przyjęto, że zlecenie dalszych prac dociepleniowych J. B. pozostaje bez wpływu na wynagrodzenie powoda. Odwoływanie się przez pozwanego na opóźnienie w wykonaniu prac przez powoda, bez zgłoszenia roszczeń z tego tytułu, nie ma wpływu na rozstrzygnięcie. W ocenie Sądu, odstąpienie od umowy było nieuzasadnione, a nawet gdyby przyjąć jego zasadność, to nie ma ono wpływu na wynagrodzenie za prace już wykonane.

4. W odniesieniu do wad robót przyjęto, że pozwany nie przedstawił żadnego spójnego wyliczenia, z którego wynikałaby konkretna kwota obniżenia wynagrodzenia, zmianie uległ katalog wad. Biegły jednoznacznie wskazał, że nie ma możliwości weryfikacji prawidłowości wykonanych robót, a więc nie może ustalić ewentualnego obniżenia wynagrodzenia powódki za hipotetyczne wady. W umowie nie przewidziano wykonania cokołów i powódka nie otrzymała za nie wynagrodzenia, to nie ma też podstaw do obniżenia wynagrodzenia powódki z tego tytułu. Przyjęto, że protokół z datą 8 sierpnia 2012 roku sporządzony został w nieustalonym czasie tylko na potrzeby niniejszego procesu. W umowie kwestia malowania boni nie jest wskazana, a Sąd przyjął, że prace w tym zakresie wykonano w ramach dobrej współpracy i w tym celu, aby pozwany zapłacił. Pozwany domagając się hipotetycznego wyliczenia kosztów malowania nie wskazuje, czy chodzi o malowanie wszystkich elementów, czy tylko niektórych, nie ma jednoznacznego materiału zdjęciowego na poparcie jego twierdzeń. W ocenie Sądu, usterki wskazane w protokole z 3 lipca 2012 roku zostały przez powódkę usunięte. Pozwany nie wykazał istnienia wad, ani kwoty o którą należałoby obniżyć wynagrodzenie powoda. Upłynął termin, o którym mowa w odpowiednio stosowanym art. 568 k.c. w brzmieniu aktualnym na chwilę zawarcia umowy.

III. *Apelacja.*

1. Wyrok został zaskarżony apelacją w części ponad zasądzoną kwotę 7.169,48 zł z ustawowymi odsetkami od tej kwoty, w zakresie kosztów procesu i kosztów sądowych. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono:

1.1. Naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia tj.:

a) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów i dokonanie ich dowolnej oceny, w zakresie w jakim Sąd I instancji przyjął, że:

- powódka wykonała na ścianie wschodniej budynku (...) m² docieplenia, chociaż przeczą temu pozostałe dokumenty zgromadzone w sprawie, jak faktury VAT wystawione przez J. B. czy nawet faktura VAT wystawiona przez powódkę, w oparciu o którą wywiedziono powództwo;
- przedmiotem zobowiązania powódki nie było wymalowanie boni, chociaż na fakt realizacji tych prac powołuje się także strona powodowa;
- w zakresie, w jakim Sąd I instancji uznał, że prace wykonane przez powoda nie były dotknięte wadami/usterkami bądź wszystkie takowe zostały usunięte;

b) art. 278 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. w zw. z art. 217 § 2 i 3 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku pozwanego o opinię biegłego, chociaż dowód ten nie sposób potraktować za spóźniony, a ponadto dotyczył okoliczności istotnych z punktu widzenia postępowania, albowiem odnosił się do zasadniczych zarzutów zgłoszonych w sprawie;

c) art 100 k.p.c. poprzez błędne jego zastosowanie polegające na uznaniu, że powódka uległa w sprawie tylko co do nieznaczej części żądania;

1.2. Naruszenie przepisów prawa materialnego, a w szczególności art. 471 k.c. poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że powódka nie wyrządziła pozwanemu żadnej szkody w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania.

2. Pozwany domagał się zmiany wyroku przez oddalenie powództwa ponad kwotę 7.169,49 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 22 października 2012 roku, stosownego rozdzielenie kosztów procesu, a w konsekwencji zasądzenia od powódki kwoty 516,92 zł, nakazanie pobrania na rzecz Skarbu Państwa kwoty 422,65 zł od pozwanego i kwoty 1.338,39 zł od powódki tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych. Ewentualnie pozwany domagał się uchylenia wyroku w zaskarżonej części i skierowania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu.

3. Jednocześnie, na podstawie art. 382 k.p.c., w związku ze złożeniem zarzutu potrącenia, pozwany domagał się przeprowadzenia przez Sąd odwoławczy dowodu z dokumentów w postaci kosztorysu powykonawczego dokończenia i poprawy wykonanych prac przez powódkę na kwotę 15.936,40 zł; faktury (...) na kwotę 5.667,84 zł, faktury (...) na kwotę 3.640,60 zł z uwagi na to, że potrzeba przywołania tych dowodów wynika w postępowaniu przed Sądem II Instancji wobec oddalenia prawidłowo zgłoszonego przez pozwanego wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, przy pomocy którego pozwany zmierzał do wykazania uszczerbku w związku z nienależytym wykonawstwem pozwanej, które to oddalenie miało miejsce dopiero na rozprawie w dniu 5 czerwca 2018 roku.

4. Pozwany powołał się na potrącenie poza procesem wierzytelności powódki przysługującej jej wobec R. B. tytułem wynagrodzenia za wykonane prace dociepleniowe budynku przy ul. (...) w S., z wierzytelnością wzajemną w wysokości 15.936,40 zł tytułem poniesionych kosztów prac poprawkowych i wyrządzonej szkody, z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania przez powódkę.

IV. Rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego.

1. Apelacja jest bezzasadna. Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd II Instancji, jako sąd merytoryczny w zakresie faktów i prawa, przyjmuje za własne ustalenia Sądu I instancji z wyjątkami niżej wskazanymi. Trafna jest ocena prawna i zarzutów pozwanego, wymaga jednak uzupełnienia o ocenę wniosków dowodowych pozwanego zmierzających do udowodnienia uprawnień z tytułu rękojmi.

2. Przedmiotem postępowania cywilnego jest roszczenie poddane osąd, więc żądanie indywidualizowane podstawą faktyczną. Dla uzasadnienia roszczenia o zapłatę powódka powoływała się na wykonane roboty polegające na

ociepleniu wszystkich ścian budynku, w tym jednej częściowo, żądając zapłaty pozostałej części wynagrodzenia. Podstawa faktyczna powództwa nie została sformułowana w ten sposób, że oparto ją na twierdzeniu o niezapłaceniu za wykonanie ocieplenia ściany wschodniej budynku. Powódka dochodząc roszczenia nie twierdziła, że wykonała ocieplenie na ścianie wschodniej o powierzchni 536 m² i właśnie za tę część prac należne jest wynagrodzenie. Przedmiotem roszczenia nie jest żądanie wynagrodzenia za wykonanie ściany wschodniej budynku, a żądanie wynagrodzenia za wykonanie wszystkich prac, w części niezapłaconej. Powódka przytaczając fakty nie twierdziła, że każda z wystawionych faktur odpowiada wynagrodzeniu za jedną wykonaną ścianę, w tym, że faktura, z której należności nie zapłacono, odpowiada wynagrodzeniu za wykonanie ściany wschodniej. W protokole z 20 września 2012 roku, na podstawie którego wystawiono niezapłaconą fakturę, nie zawarto twierdzenia o wykonaniu elewacji na ścianie wschodniej, ale w ogóle o wykonywaniu prac. Założenie, że niezapłacona przez pozwanego faktura odpowiada wynagrodzeniu za wykonanie ściany wschodniej, sprzężone z tym twierdzenie o powierzchni ściany wschodniej, zostało błędnie przyjęte przez apelującego jako podstawa do postawienia wniosku o braku logiki w uzasadnieniu Sądu I instancji.

3. Przy takim ujęciu przedmiotu procesu i przy uwzględnieniu twierdzenia powódki, że wykonała powierzchnią 1856,89 m² i domaga się zapłaty za część tej powierzchni, a nie za wykonanie ściany wschodniej, logika wyliczeń biegłego i Sądu Rejonowego nie budzi wątpliwości. Należy jedynie powtórzyć za Sądem pierwszej instancji, że po zmniejszeniu do wyliczeń wysokości ścian o 25 cm (w wyniku niekwestionowanej przez strony okoliczności, że pracownicy pozwanego ułożyli styropian do wysokości od gruntu przeciętnie 25 cm), na ścianie zachodniej powódka wykonała 820,76 m², na ścianie północnej 313,17 m², a na ścianie wschodniej 692,97 m², łącznie 1826,9 m², przy wynagrodzeniu 48 zł netto za m² czyni to sumę 107.860,18 zł brutto. Pozwany zapłacił kwotę 77.985,35 zł, do zapłaty pozostaje 29.874,83 zł. Sąd pierwszej instancji przyjął, w sposób odpowiadający twierdzeniom faktycznym powódki, że przedmiotem procesu jest brakująca część wynagrodzenia za wykonanie całości robót, a nie wynagrodzenie za wykonanie ściany wschodniej. Stwierdził, że nie zapłacono faktury, z której ma wynikać wynagrodzenie powódki wysokości 31.645,44 zł, więc za wykonanie 536 m² ocieplenia, a nie stwierdził, że wykonana powierzchnia ocieplenia ściany wschodniej to 536 m². Powódka dochodziła części wynagrodzenia za wykonanie wszystkich prac, a jako że osią sporu jest ustalenie, w którym miejscu na ścianie wschodniej powódka zakończyła pracę, jest to de facto część wynagrodzenia za wykonanie ściany wschodniej. Oznacza to, że założenie, które legło u twierdzeń apelacji, nie jest prawidłowe. Podobnie błędnie odniesiono się do pierwszej opinii biegłego, kiedy podstawą ustaleń Sądu I instancji i wyliczeń była druga opinia biegłego.

4. Biegły w opinii wskazał, że najbardziej prawdopodobnym miejscem zakończenia prac przez powódkę jest wyraźne odcięcie, widoczne na zdjęciu. Według zeznań pozwanego, powódka zakończyła prace właśnie w ten sposób. Materiał dowodowy zgromadzony w tej sprawie w zasadzie można podzielić na dwie kategorie: świadków strony powodowej i świadków strony pozwanej, którzy przedstawiają wersje korzystne dla tych stron. Weryfikacja prawdziwości środków dowodowych może być przeprowadzona w konfrontacji z dowodami o charakterze obiektywnym, to znaczy takimi, gdzie wykluczona jest ocena albo relacja. Dowodem takim może być dowód z opinii biegłego albo dowód z dokumentów, w tym faktury wystawione przez J. B..

5. W odniesieniu do dowodu z opinii biegłego, zachowując elementarną logikę ustaleń faktycznych, nie można przyjąć, że powódka zakończyła swoją pracę w miejscu wskazywanym przez pozwanego, skoro konsekwencją wypowiedzi biegłego jest, że miejsce to nie jest prawdopodobnym zakończeniem prac przez stronę powodową. Zupełnie nielogiczne byłoby przyjęcie, że strona powodowa zakończyła pracę w miejscu, które nie jest prawdopodobne według opinii biegłego. Dowód z opinii biegłego podlega ocenie jak każdy inny, jedynie na płaszczyźnie logiki, zupełności czy też zgodności z wiedzą powszechną; w ramach oceny tego dowodu Sąd II instancji ustala, że miejsce wskazane przez biegłego nie jest prawdopodobnym miejscem zakończenia robót przez stronę powodową, lecz miejscem, w którym te roboty zostały zakończone. Wynika to z braku jakiegokolwiek innej wiarygodnej wersji przedstawionej przez pozwanego, co zostanie niżej wyjaśnione oraz z braku innych przyczyn, dla których widoczne byłoby łączenie tynku wskazane przez biegłego.

6. W odniesieniu do argumentacji opartej na sumowaniu powierzchni wykonanej przez J. B. i powierzchni ściany zachodniej: nie jest prawdą, że powódka twierdziła, że wykonała 663,1 m² docieplenia ściany wschodniej; jak wskazano, powódka domagała się w procesie niezapłaconej części wynagrodzenia za wykonanie wszystkich ścian i nie twierdziła, że na całej ścianie wschodniej wykonała 663,1 m² albo 536 m² ocieplenia; twierdziła, że nie zapłacono jej za 536 m² ocieplenia. Nie jest również prawdą, że powierzchnia ściany wschodniej waha się między 862,06 m² a 732,99 m². Według opinii biegłego, którego wyliczenia zostały skorygowane przez Sąd z przyczyn wyżej już umówionych (karta 316, strona 8 uzupełniającej opinii biegłego z 28 lutego 2018 roku) całkowita powierzchnia ściany zachodniej to 933,57 m², a powierzchnia ocieplona, czyli zmniejszona z tytułu istnienia otworów i powiększona z tytułu wykonania ocieplenia ościeży otworów, to 820,76 m². Sąd pierwszej instancji przyjął za prawdziwą wersję strony powodowej, zatem całkowita powierzchnia ściany wschodniej, którą miała docieplić strona powodowa to 772,03 m², a powierzchnia po odjęciu otworów i po dodaniu powierzchni z tytułu ocieplenia ościeży to 692,97 m². Według strony pozwanej, J. B. miał wykonać 341,82 m² ocieplenia. Suma całkowitej powierzchni ściany wschodniej albo powierzchnia tej ściany, która została docieplona z powierzchnią, która wynika z faktur wystawionych przez J. B., przekracza powierzchnię ściany zachodniej (sumy 772,03+341,82 albo 692,97+341,82 są wyższe, niż całkowita powierzchnia ściany zachodniej - 933,57 m²). Nie oznacza to jednak, że opinia biegłego wskazująca na prawdopodobne miejsce zakończenia prac przez powodową spółkę jest niewiarygodna, a wiarygodne są informacje wynikające z wystawionych przez J. B. faktur. Po pierwsze, nie można w inny sposób wytłumaczyć miejsce łączenia tynku, jak właśnie w ten, że strona powodowa w tym miejscu zakończyła swoje prace. Po drugie, nie istnieje żadna metoda weryfikacji, w jaki sposób wykonawca ten obliczył wykonaną przez siebie powierzchnią docieplenia. W rozpoznawanej sprawie powierzchnia docieplenia jest weryfikowana dowodem z opinii biegłego, zatem zupełnie nielogiczne byłoby oparcie się w tym przedmiocie w części na nieweryfikowalnych dokumentach prywatnych wystawionych przez wykonawcę. Zachowując konsekwencję w ustaleniach faktycznych Sądu, powierzchnia wykonana przez J. B. powinna być ustalona na podstawie dowodu z opinii biegłego, powinna być weryfikowalna w analogiczny sposób, jak pozostałe powierzchnie. Zeznania świadka J. B., z których ma wynikać, że wykonał 341,82 m² docieplenia w konfrontacji z dowodem z opinii biegłego są niewiarygodne. Zachowując konsekwencję i logikę ustaleń faktycznych nie można było przyjąć, że prawdziwe są nieweryfikowalne twierdzenia wykonawcy o wykonaniu powierzchni docieplenia, a miejsce łączenia tynku jednoznacznie wskazujące na zakończenie prac przez stronę powodową pozostaje bez znaczenia. W rezultacie konfrontacji tych dwóch środków dowodowych Sąd Okręgowy przyjmuje, że prawidłowe są wyliczenia Sądu oparte na opinii biegłego, dlatego że należy jednoznacznie ustalić, że strona powodowa zakończyła pracę w miejscu odcięcia tynku. Powyższą argumentację jest uzupełnieniem argumentacji Sądu pierwszej instancji, że zlecenie prac dociepleniowych J. B. pozostaje bez wpływu na wynagrodzenie powoda. Powierzchnia docieplenia wskazana przez J. B. jest niewiarygodna.

7. Błędne są twierdzenia apelacji, że strona powodowa wystawiała faktury za wykonanie każdej ze ścian, a niezapłacona faktura dotyczy wykonania docieplenia na ścianie wschodniej, co zostało wyżej wyjaśnione. Nie jest więc tak, że powódka twierdziła że wykonała 536 m² docieplenia na ścianie wschodniej. Wielkość ta wraz z niewiarygodnymi danymi wynikającymi z faktur wystawionych przez J. B. nie może oczywiście wskazywać na powierzchnią ocieplenia wykonaną przez stronę powodową (strona 5. apelacji). W zakresie ustalenia powierzchni ocieplenia wykonanej przez stronę powodową nie naruszano art. 233 § 1 k.p.c. przez swobodną ocenę dowodów.

8. Sąd pierwszej instancji prawidłowo przyjął, że przedmiotem pisemnej umowy łączącej strony nie było malowanie boni, wbrew twierdzeniom apelacji. Oczywiście jest jednak, że skoro powódka malowała bonie, to było to rezultatem istniejącego między stronami stosunku zobowiązaniowego, o nieustalonej w tej sprawie treści. Pisemna umowa łącząca strony dla swych zmian wymagała formy pisemnej pod rygorem nieważności, stąd zmiana przedmiotu umowy przez wprowadzenie malowania boni nie mogła odbyć się w sposób dorozumiany albo przez wyraźne świadczenia w formie ustnej. Stosunek prawny, którego rezultatem było malowanie boni, był równoległy do istniejącego, a którego przedmiotem było wykonanie ocieplenia i mógł oczywiście powstać przez złożenie oświadczeń w formie

konkludentnej albo w formie ustnej, wyraźnie. Żaden z dowodów w sprawie nie wskazuje, że za tę odrębną od przedmiotu robót określonego w umowie pisemnej stronie powodowej przysługiwało wynagrodzenie, jednak jest oczywiste, że nienależyte wykonanie zobowiązania polegającego na malowaniu boni skutkuje konsekwencjami w postaci powstania roszczenia odszkodowawczego. Malowanie boni na wykonanej elewacji jest przedmiotem umowy o dzieło, jednak stronie pozwanej nie przysługuje żądanie obniżenia wynagrodzenia wynikające z przepisów o rękojmi, skoro nie istnieje dowód pozwalający na ustalenie, że stronie powodowej to wynagrodzenie przysługiwało. Sformułowanie Sądu Rejonowego, że malowanie boni odbyło się „w ramach dobrej współpracy” nie ma znaczenia dla oceny, czy faktycznie za czynność tę przewidziano wynagrodzenie. W tym zakresie, istotnym dla rozstrzygnięcia, oceny możliwości obniżenia wynagrodzenia, Sąd I instancji nie naruszył art. 233 § 1 k.p.c.

9. Roszczenia z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, z którymi można mieć do czynienia wypadku nienależytego pomalowania boni, uzupełniają uprawnienia z tytułu rękojmi. Skorzystanie przez stronę kontraktu z uprawnień z tytułu rękojmi w stanie prawnym obowiązującym w dacie zawarcia umowy i obecnie skutkowało obniżeniem należnego wynagrodzenia w stosunku, w jakim wartość dzieła bez wad pozostaje w stosunku do wartości dzieła obliczonego z uwzględnieniem wad. Z art. 637 § 2 k.c. wynikało, że jeżeli wady nie są istotne, zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku, przy czym w zakresie sposobu obniżenia wynagrodzenia zastosowanie znajdowały odpowiednio przepisy o sprzedaży (art. 638 k.c.). Stosownie zaś do artykułu 560 § 3 k.c., jeżeli kupujący żąda obniżenia ceny z powodu wady rzeczy sprzedanej, obniżenie powinno nastąpić w takim stosunku, w jakim wartość rzeczy wolnej od wad pozostaje do jej wartości obliczonej z uwzględnieniem istniejących wad. Przedmiotem dowodu strony korzystającej z uprawnień z tytułu rękojmi dzieła jest ustalenie stosunku, w jakim wartość dzieła wolnego od wad pozostaje do wartości obliczonej z uwzględnieniem istniejących wad. Pomniejszenie wynagrodzenia przy zastosowaniu powyższego kryterium prowadzi do odmiennych rezultatów, niż przedstawienie do potrącenia roszczenia odszkodowawczego. Najczęściej rynek dóbr i usług wycenia wyżej wadliwe dobra albo usługi, niż ich wartość bez wad pomniejszona o koszt usunięcia wad. Oczywiście wybór odpowiedzialności dłużnika z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania należy do wierzyciela, w rozpoznawanej sprawie do pozwanej.

10. Stanowisko pozwanej w zakresie katalogu wad oraz odpowiedzialności powoda z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania ewoluowało w toku procesu od żądania obniżenia wynagrodzenia o kwotę dochodzoną pozwem aż do pisma z dnia 5 kwietnia 2018 roku, w którym wniesiono o to, aby Sąd zobowiązał biegłego do wyliczenia zgłaszanych przez pozwanej jako poniesionego kosztu prac wykonanych przez pozwanej w miejsce powoda lub jako usunięcie usterki następujących czterech kosztów: wykonania tynku mozaikowego na cokole elewacji, wykonania docieplenia cokołu fundamentu, malowania boni i malowania elementów czerwonych i antracytowych. Tak zgłoszony wniosek dowodowy nie odpowiada żądaniu (uprawnieniu) obniżenia wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane (art. 656 § 1 k.c.); jego przedmiotem nie jest ustalenie stosunku, w jakim roboty wolne od wad pozostają do ich wartości obliczonej z uwzględnieniem istniejących wad. Zgłoszony w postępowaniu pierwszoinstancyjnym wniosek dowodowy wprost odnosi się do kosztu usunięcia wad albo do kosztu wykonania robót niewykonanych i mógłby dowodzić roszczenia odszkodowawczego, które mogło zostać przedstawione do potrącenia. W toku postępowania przed sądem pierwszej instancji nie zgłoszono jednak zarzutu potrącenia ani nie odwołano się do potrącenia, które mogło mieć miejsce poza procesem, jako jedynie oświadczenie materialnoprawne. Innymi słowy, wniosek dowodowy nie doprowadziłby do ustalenia wartości robót z obliczeniem ewentualnych wad lecz do kosztu usunięcia wad i nie odpowiadał wybranemu przez stronę pozwaną reżimowi odpowiedzialności kontraktowej strony powodowej. Słusznie zatem Sąd pierwszej instancji pominął ten wniosek pozostawiając już nawet na uboczu ustalenie, czy prace wskazane przez pozwanej nie zostały przez powódkę wykonane, mimo istnienia zobowiązania albo czy zostały wykonane w sposób wadliwy. Z tych przyczyn nie ma podstaw do uchylenia zaskarżonego wyroku i rozpoznania sprawy na nowo. Sąd I instancji nie naruszył art. 278 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. w zw. z art. 217 § 2 i 3 k.p.c.

11. Na marginesie oceny trafności pominięcia przez Sąd Rejonowy rozważanego wniosku dowodowego strony powodowej należy zaznaczyć, że z umowy nie wynika, że strona powodowa zobowiązana była do wykonania wyprawy żywicznej cokołu, nie było przedmiotem dowodu takie rozumienie umowy, które przedmiot robót pozwalałoby zakwalifikować jako obejmujący właśnie wyprawę żywiczną cokołu. Powierzchnia cokołu została odjęta od całej

powierzchni ściany. Za malowanie boni nie przewidziano wynagrodzenia, więc jego obniżenie nie jest możliwe. Twierdzenie o niepomalowaniu elementów czerwonych i antracytowych pojawia się po raz pierwszy w piśmie zawierającym rozważany wniosek dowodowy. Niezależnie od powyższego, z opinii biegłego wynika, że nie jest możliwe ustalenie, czy strona powodowa wykonała wadliwe roboty. Wbrew twierdzeniem apelującego, ustalenie, czy strona powodowa wadliwie wykonała prace i ewentualnie, co najważniejsze, ich zakresu, nie jest możliwe. Z filmów i zdjęć przedstawionych przez stronę pozwaną nic nie wynika, nie pozostają w związku z postępowaniem. Sąd Rejonowy prawidłowo ustalił, że usterki wskazane w protokole z 3 lipca 2012 roku zostały usunięte, argumentację na poparcie tej tezy Sąd Okręgowy przyjmuje za własną, jednak nie można ustalić, czy były to wszystkie wady robót wykonanych przez powódkę. W tym zakresie, istotnym dla rozstrzygnięcia, Sąd I instancji nie naruszył art. 233 § 1 k.p.c.

12. Sąd Rejonowy nie naruszył art. 471 k.c. ponieważ pozwany nie powoływał się na nienależyte wykonanie zobowiązania jako uzasadnienie zarzutu potrącenia, a odwoływał się do uprawnień z tytułu rękojmi. Różnice w przedmiocie dowodu w wypadku korzystania z uprawnień z tytułu rękojmi albo przedstawienia do potrącenia roszczenia odszkodowawczego zostały omówione wyżej.

13. Zgłoszenie zarzutu potrącenia przed Sądem II instancji albo odwołanie się do faktu, który zaistniał już po wydaniu wyroku przez sąd pierwszej instancji polegającego na złożeniu oświadczenia o potrąceniu może skutkować dopuszczalnością nowości na podstawie art. 381 k.p.c. Złożenie oświadczenia o potrąceniu jest zdarzeniem prawa materialnego i jeżeli ma miejsce po wydaniu wyroku przez sąd I instancji, otwiera drogę do jego dowodzenia przed sądem meriti drugiej instancji albo może prowadzić do uchylecia wyroku sądu I instancji (por. bliżej przykładowo Postanowienie Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2016 roku, II CZ 83/16, Postanowienie Sądu Najwyższego z 27 lipca 2016 roku, V CZ 35/16). W postępowaniu apelacyjnym pozwany odwołał się do potrącenia mającego miejsce poza procesem, jednak dowody przedstawione na okoliczność poniesienia szkody nie dowodzą ani zasady roszczenia odszkodowawczego ani jego wysokości. Kosztorys powykonawczy dokończenia i poprawy wykonanych prac przez stronę powodową jest dokumentem prywatnym i zawiera oświadczenie wystawcy, nie wymaga większego wyjaśnienia, że nie może substytuować dowodu z opinii biegłego (art. 245 k.p.c.). Na podstawie dowodów zgromadzonych w sprawie nie sposób jest przyjąć, czy najem podnośników był niezbędny dla ewentualnego poprawiania prac wykonanych przez stronę powodową. Fakturami za wynajem podnośników nie można udowodnić związku przyczynowego między faktem ewentualnego poprawiania robót strony powodowej, a faktem wadliwego ich wykonania; innymi słowy nie wiadomo w jakich przypadkach i w jakim zakresie konieczne było użycie podnośników, jeżeli oczywiście doszło do nienależytego wykonania zobowiązania przez stronę powodową. Udowodnienie tego elementu szkody wymagało dowodu z opinii biegłego.

14. Trafnie Sąd Rejonowy zwrócił uwagę, że strona pozwana nie przedstawiła własnych obmiarów robót, ograniczyła się jedynie do odwołania do nieweryfikowalnej powierzchni ocieplenia wykonanej przez J. B., sumy tej powierzchni z błędnie przyjętą powierzchnią ściany wschodniej. Sąd II instancji przyjmuje również za prawidłowe ustalenie Sądu I instancji, że protokół z datą 8 sierpnia 2012 roku został sporządzony w nieustalonym czasie tylko na potrzeby niniejszego procesu. Z uwagi na treść art. 568 § 3 k.c. w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy pozwany w tym procesie może podnieść zarzut z tytułu rękojmi w odniesieniu do ewentualnych wad wskazanych w protokole odbioru wykonanych robót z 3 lipca 2012 roku.

15. Reasumując, przedmiotem procesu było żądanie niezapłaconej części wynagrodzenia za wykonanie całości robót; wystawiane przez stronę powodową faktury nie obejmowały wynagrodzenia za każdą wykonaną ścianę. Sąd II instancji ustalił, oceniając dowód z opinii biegłego, podobnie jak Sąd I instancji, że strona powodowa zakończyła roboty w miejscu odcięcia tynku; wersja podawana przez pozwanego nie jest poparta żadnym obiektywnym dowodem, co wyżej wyjaśniono, a zeznania świadków powołanych przez pozwanego, z uwagi na ich związek z pozwanym, są niewiarygodne. Strona pozwana nie zgłosiła w postępowaniu przed Sądem I instancji dowodów zmierzających do obniżenia wynagrodzenia w ramach uprawnień z tytułu rękojmi. Pozwany powołał się na potrącenie w postępowaniu przed sądem II instancji, jednak zarzut ten, wskutek przedstawienia dokumentów prywatnych, nie został udowodniony. Z powyższych przyczyn apelacja podlegała oddaleniu na podstawie art 385 k.p.c.

V. Koszty postępowania.

1. Sąd I Instancji prawidłowo zastosował art. 100 k.p.c. Powódka utrzymała się z roszczeniem w 94,4% w sprawie, w której ustalenie wysokości dochodzonego roszczenia jest wynikiem rachunkowym opinii biegłego. Zarzuty apelacji w tym zakresie są bezpodstawne.
2. Pozwany przegrał sprawę w postępowaniu przed Sądem drugiej instancji i zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu z art 98 k.p.c. zobowiązany jest do zwrotu powódce kwoty 1800 zł zgodnie z § 2 pkt 5 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

Robert Bury Agnieszka Górka Monika Rzepiejewska