

Sygn. akt V AGa 352/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 lutego 2022 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Aleksandra Janas
Protokolant:	Anna Fic-Bojdoł

po rozpoznaniu w dniu 28 stycznia 2022 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.

przeciwko K. J.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 1 lutego 2019 r., sygn. akt XIV GC 205/16

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

I. oddala powództwo główne;

II. zasądza od powódki na rzecz pozwanego kwotę 11.768,68 złotych (jedenaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt osiem 68/100) tytułem kosztów procesu;

III. z powództwa ewentualnego zasądza od pozwanego na rzecz powódki kwotę 111.314,25 (sto jedenaście tysięcy trzysta czternaście 25/100) złotych z ustawowymi odsetkami od 10 grudnia 2015 r. do 31 grudnia 2015 r. oraz ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 1 stycznia 2016 r.;

IV. oddala powództwo ewentualne w pozostałym zakresie;

V. zasądza od pozwanego na rzecz powódki kwotę 2.289,08 (dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt dziewięć 08/100) złotych tytułem kosztów procesu;

VI. nakazuje pobrać na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Katowicach:

- od powódki z zasądzzonego roszczenia kwotę 6.672 złote,

- od pozwanego kwotę 5.566 złotych,

tytułem nieuiszczonej opłaty od powództwa wzajemnego;

2. oddała apelację w pozostałej części;

3. zasądza od powódki na rzecz pozwanego kwotę 1.006,60 (jeden tysiąc sześć 60/100) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

	SSA Aleksandra Janas	
--	----------------------	--

Sygn. akt V AGa 352/19

UZASADNIENIE

Powódka (...)Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P., obecnie: (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S., wystąpiła do Sądu Okręgowego w Katowicach z pozwem, w którym domagała się zasądzenia od pozwanego K. J. kwoty 331.338,50 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 14 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty tytułem zwrotu części wynagrodzenia wobec złożenia oświadczenia o jego obniżeniu, ewentualnie kwoty 246.750,75 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 10 grudnia 2015 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, tytułem zwrotu części wynagrodzenia oraz tytułem odszkodowania wobec złożenia oświadczenia o częściowym odstąpieniu od umowy, wniosła nadto o zasądzenie kosztów procesu. Uzasadniając żądanie podała, że strony zawarły umowę o wykonanie prac drogowych i instalacyjnych, przedmiotem których było kompleksowe wykonanie parkingów, placów manewrowych, drogi dojazdowej wraz z obrzeżami i krawężnikami oraz korytami drogowymi, wykonanie sieci kanalizacji deszczowej oraz wykonanie ogrodzenia panelowego na terenie (...) w P.. Po upływie dwu miesięcy od odbioru powódka stwierdziła istnienie wad nawierzchni wykonanej z kostki brukowej w postaci znaczących odbarwień w kolorze szarym, o czym zawiadomiła pozwanego, wzywając go do usunięcia wad poprzez wymianę kostki brukowej na niewadliwą, pod rygorem odstąpienia od umowy i wykonania zastępczego przez inną firmę przy obciążeniu pozwanego kosztami takiego wykonania. Producent kostki, do którego zwrócił się pozwany, odmówił jednak uwzględnienia reklamacji stwierdzając, że zmiana barwy kostki wynika z jej zabrudzenia, jako skutek oddziaływania ziemi oraz piasku zawierającego frakcje gliniaste. W rezultacie powódka odstąpiła od umowy z pozwanym w części dotyczącej wykonanej nawierzchni z kostki brukowej tj. w odniesieniu do 2.559 m², i zażądała zwrotu ceny uiszczonej za tę część umowy, tj. kwoty 188.854,20 zł, dokonując jednocześnie potrącenia z pozostałą należnością pozwanego z tytułu wykonanych prac. Po dokonaniu potrącenia powódce przysługuje roszczenie o zwrot uiszczonej ceny w wysokości 111.314,25 zł. Roszczenie w tej części oparto na art. 656 k.c. w zw. z art. 637 k.c. i art. 566 k.c. Obok roszczenia o zwrot wynagrodzenia powódka dochodziła odszkodowania stanowiącego równowartość kosztów koniecznych do poniesienia w celu usunięcia wadliwości wykonanych prac i przywrócenia nawierzchni do stanu zgodnego z umową, co mogło nastąpić tylko poprzez wymianę nawierzchni. Wysokość wydatków, łącznie z utylizacją kostki zabudowanej przez pozwanego, a bez kosztów zakupu nowej kostki, wynosi 162 496,50 zł. Pozwany zakwalifikował wady kostki jako nieistotne, uprawniające do zgłoszenia żądania usunięcia wad i obniżenia ceny, a nie odstąpienia od umowy. Powódka nie zaakceptowała takiego stanowiska wskazując, że kwestie estetyczne mają dla niej duże znaczenie, jako że nawierzchnia była wykonywana przy wysokiej klasy obiekcie hotelowym, nadto utrata koloru wykonanej nawierzchni sprzeciwia się zawartej umowie i koncepcji architektonicznej – autorzy koncepcji żądają doprowadzenia kolorystyki do stanu, który był określony w projekcie. Parking jest dużym obszarem, widocznym zarówno z zewnątrz, jak z wewnątrz obiektu. Wobec wątpliwości co do istotności wad zgłoszonych pozwanemu powódka oświadczyła o obniżeniu wynagrodzenia pozwanego, które powinno nastąpić w stosunku wartości powierzchni wadliwej do niewadliwej, ponieważ wadliwa kostka obniża prestiż tego miejsca. W pierwszej kolejności powódka dochodzi więc kwoty 331.338,50 zł, z uwzględnieniem, że uprzednio wstrzymała zapłatę pozostałej części wynagrodzenia w wysokości 104 599,95 zł. W drugiej kolejności, na wypadek uznania, że wady przedmiotu umowy stanowią wady istotne, domagała się kwoty 246 750,75 zł częściowo z tytułu zwrotu wynagrodzenia (w zakresie

kwoty 111.314,25 zł), a częściowo z tytułu odszkodowania (w zakresie kwoty 162.496,50 zł) za szkodę stanowiącą równowartość kosztów niezbędnych do poniesienia przez powoda celem usunięcia wad dzieła.

W sprzeciwie od wydanego w sprawie nakazu zapłaty pozwany domagał się oddalenia w całości zarówno powództwa głównego, jak i ewentualnego oraz zasądzenia kosztów procesu.

Ponadto wniósł o przypozwanie (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej w Ż. Pozwany zakwestionował żądania pozwu wskazując, że zostały niewłaściwie sformułowane, a nadto zarzucił, że powódce nie przysługują roszczenia z tytułu rękojmi, skoro odstąpiła od umowy. Zarzucił przy tym, że umowa o roboty budowlane nie została zawarta w formie pisemnej, a także kwestionował żądania co do wysokości. Zarzucił też, że oświadczenie powódki o potrąceniu było bezskuteczne, a na wypadek gdyby Sąd uznał jedno z roszczeń za uzasadnione, sam złożył oświadczenie o potrąceniu przysługującej mu wierzytelności wobec powódki w kwocie 104.599,95 zł z wierzytelnością powódki uznaną przez Sąd za zasadną. Z chwilą bowiem odebrania dzieła, aktualizuje się obowiązek zapłaty wynagrodzenia.

W dalszym toku procesu strony podtrzymały swoje stanowiska, a spółka (...) nie wystąpiła z interwencją uboczną.

Wyrokiem z 1 lutego 2019 r. Sąd Okręgowy oddalił powództwo i zasądził od powódki na rzecz pozwanego kwotę 16.010,47 zł tytułem kosztów procesu. Sąd ten ustalił min., że obiekt należący do powódki został zaprojektowany jako spełniający najwyższe standardy dla klientów. Kostka brukowa została zaprojektowana w kolorze grafitowym, nawiązującym do koloru dachu i elewacji. Roboty związane z układaniem kostki wykonał pozwany, zostały one wykonane zgodnie z projektem i odebrane. W październiku 2015 r. – będąc przypadkiem w obiekcie – projektant W. W. zorientował się, że kostka brukowa nie wygląda tak, jak powinna. Wówczas zgłosił inwestorowi, że wykonanie obiektu nie spełnia jego oczekiwań jako autora projektu. Część kostek brukowych miała bowiem kolor grafitowy, a część szary, choć po montażu kostki były w takim samym, grafitowym kolorze. Proces odbarwiania miał charakter postępujący – około połowy maja 2015 r. zostały zauważone pierwsze objawy odbarwień, a w czerwcu i lipcu odbarwienia stawały się coraz większe. Podjęte przez producenta próby usunięcia odbarwień nie przyniosły efektu. Inwestor zgłosił wykonawcy odbarwienia części kostki, głównie położonej przed obiektem, niezwłocznie po ich zauważeniu i domagał się jej wymiany, z tej przyczyny odmówił także zapłaty części wynagrodzenia. Sąd ustalił też, że nieruchomości powoda jest położona w terenie górzystym, zdarza się, że z góry spływa grunt, a obszar wokół hotelu był posypywany solą. W sprawie ustalono również, że przebarwienia szczególnie pojawiły się na kostce brukowej położonej od strony północnej. Test ścieralności nie wykazał braku trwałości pigmentu w wyniku ścierania powierzchni. Odkryta podczas testu warstwa charakteryzowała się ciemniejszą barwą w porównaniu z barwą fragmentu kostki nie poddanej ścieraniu. Przeprowadzone badania wykazały na powierzchni i w porach kapilarnych obecność wykwitu węglanowo-wapniowego. Nie jest to wada kostki brukowej, a wykwit ten może pojawiać się krótko po ułożeniu nawierzchni. Główną przyczyną tego zjawiska jest karbonatyzacja wodorotlenku wapniowego, który powstaje w wyniku hydrolizy krzemianów wapniowych zawartych w cemencie. Podczas produkcji nie wszystkie związki wapnia wchodzą w reakcje chemiczne. Związek ten pod wpływem wilgoci przenikającej przez mikropory do wnętrza kostki rozpuszcza się, a następnie parując wydostaje na powierzchnię kostki. Tu wchodząc w reakcję z dwutlenkiem węgla zawartym w powietrzu tworzy trudno rozpuszczalny węglan wapnia osadzający się na powierzchni kostki. Z czasem przechodzi on w rozpuszczalny w wodzie kwaśny węglan wapnia. Ten proces może trwać od kilku miesięcy do dwu, a maksymalnie trzech lat. Po upływie tego czasu wykwity na kostkach ulegają pełnemu zmyciu. Oprócz czystego węglanu wapnia na kostce brukowej znajdował się również trudno zmywalny jasnożółty nalot, który jest przyczyną utraty pierwotnej grafitowej barwy kostki. W nalocie zidentyfikowany został kalcyt w obecności jonów sodu, potasu i glinu oraz prawdopodobnie substancja organiczna. W próbce kostki zostały zidentyfikowane wietrzejące ziarna biotyty, ortoklaz oraz zwietrzały piagioklaz przechodzący w serycyt. W związku z powyższym jony sodu, magnezu i glinu mogą pochodzić od materiałów ilastych będących produktem wietrzenia zastosowanego do produkcji kostki brukowej kruszywa. Jony te mogą być wynoszone na powierzchnię kostki brukowej wraz z węglanem wapnia. Przeprowadzone badania wykazały obecność jasnożółtego nalotu zarówno w kostce pobranej z powierzchni, jak i niewbudowanej. W związku z powyższym nie było podstaw do twierdzenia, że przyczyną przebarwień są zanieczyszczenia obce. Jak ustalił Sąd Okręgowy, przyczyn przebarwień należy upatrywać w technologii produkcji

zastosowanej kostki brukowej. Badania wykazały, że kostka pobrana z nawierzchni charakteryzuje się dość wysoką nasiąkliwością powyżej 6%, w wyniku czego mogą występować wykwyty wtórne, powstające w wyniku podciągania kapilarnego i krystalizacji na powierzchni kostki łatwo rozpuszczalnych soli zawartych w betonie. Przyczyną zmiany barwy wierzchniej kostki brukowej mógł być niewłaściwy skład mieszanki betonowej, zła jakość kruszyw, niewłaściwe warunki zagęszczania betonu albo jego dojrzewania i pielęgnacji. Łączna powierzchnia kostki brukowej kwalifikującej się do wymiany zajmuje 13,09 m², a koszt brutto wymiany wynosi 2.040 zł. Tyle samo wynosi obniżenie wartości wykonanego przez pozwanego obiektu w części dotyczącej nawierzchni względem obiektu wolnego od wad.

W oparciu o powyższe ustalenia Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że powództwo nie jest zasadne tak w zakresie żądania głównego, jak i ewentualnego. Wskazał przy tym, że rozpoznał sprawę w granicach zakreślonych przez powódkę, która domagała się w pierwszej kolejności kwoty 331.338,50 zł wraz z odsetkami, natomiast ewentualnie wniosła o zasądzenie kwoty 246.750,75 zł. Wskazał Sąd również, że pierwsze ze zgłoszonych żądań powódka wywodziła ze złożenia oświadczenia o obniżeniu wynagrodzenia. Podstawę tego żądania stanowiło bezspornie wystosowane przez powódkę i doręczone pozwanemu pismo z dnia 7 stycznia 2016 r. Żądanie to, jak stwierdził Sąd, nie mogło jednak odnieść założonego skutku. W toku procesu powódka udowodniła jedynie, iż ewentualne żądanie obniżenia wynagrodzenia mogłoby być zasadne co najwyżej do kwoty 2.040 zł, wyliczonej przez biegłego jako kwota obniżenia wartości obiektu w części dotyczącej nawierzchni w stosunku do obiektu wolnego od wad. Zasadność żądania powódki w tym zakresie nie mogła jednakże doprowadzić do zasądzenia na jej rzecz jakiegokolwiek kwoty, albowiem kwota należna z tytułu obniżenia wynagrodzenia jest niższa niż niezapłacona część wynagrodzenia pozwanego, tj. kwoty 77.539,95 zł. Zatem obniżenie wynagrodzenia w zakresie, w jakim było zasadne, nie doprowadziło do powstania po stronie powódki jakiegokolwiek roszczenia, którego mogłaby dochodzić, lecz jedynie zmniejszyło kwotę wynagrodzenia, do którego zapłaty na rzecz pozwanego obowiązana jest powódka, bez względu na skuteczność złożonego przez pozwanego w sprzeciwie oświadczenia o potrąceniu. Sąd Okręgowy stwierdził też, że powódka nie udowodniła, że okryta nalotem powierzchnia kostki jest większa niż wskazana przez biegłego. W sytuacji, gdy z przeprowadzonych dowodów, w tym zeznań świadków, nie wynikało jednoznacznie jaka była powierzchnia, na której zaistniały odbarwienia, a powódka nie domagała się ustnego wyjaśnienia sporządzonej przez biegłego opinii, ani przeprowadzenia jakichkolwiek innych dowodów w tym zakresie, brak było podstaw do uznania, iż wada ta dotyczy całej ułożonej kostki. Podkreślił, że nawet w pozwie powódka twierdziła jedynie, że zaobserwowała powstawanie bardzo znaczących odbarwień w kolorze szarym, których rozmieszczenie uprawnia do stwierdzenia, że cała kostka zrobiła się szara. Takie sformułowanie w ocenie Sądu Okręgowego nie oznaczało, że cała ułożona kostka uległa odbarwieniu, a jedynie, że powódka uznała, że zachodzi konieczność wymiany całej kostki, z uwagi na miejsca występowania odbarwień. Jednakże żadne z przeprowadzonych dowodów – poza opinią biegłego R.S. – nie pozwalały na jednoznaczne ustalenie, jakiej powierzchni kostki powinna dotyczyć wymiana. Proces odbarwiania kostki miał jednakże charakter stopniowy, nie można też wykluczyć, że z jakichś powodów – zakres odbarwienia uległ zmniejszeniu do czasu dokonania oględzin przez biegłego. Zatem roszczenie powódki co do obniżenia wynagrodzenia w większym stopniu niż wskazany przez biegłego uznał za nieudowodnione. To zaś musiało skutkować oddaleniem powództwa. Rozstrzygnięcie zapadło na podstawie art. 637 § 2 k.c. w związku z art. 656 § 1 k.c. i art. 51 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (t.j. Dz.U. z dnia 23 stycznia 2019 r., poz. 134).

Za bezzasadne Sąd uznał również żądanie ewentualne. Wskazał, że powódka domagała się kwoty 246.750,75 zł z odsetkami tytułem zwrotu części wynagrodzenia oraz tytułem odszkodowania, wobec złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane. Wskazał, że choć strony nie dopełniły zawartej w art. 648 k.c. powinności stwierdzenia pismem zawartej umowy (umów) o roboty budowlane, to jednak jej zawarcie, a nawet wykonanie było między stronami bezsporne, podobnie jak powstanie w wyniku wykonania roszczeń o zapłatę wynagrodzenia w wysokości określonej wystawionymi przez pozwanego fakturami. Sąd stwierdził również, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy było bezskuteczne, bowiem wada kostki brukowej użytej do wykonania robót budowlanych, skutkująca jej częściowym odbarwieniem, nie była wadą istotną, zatem powódce uprawnienie takie, art. 637 § 2 k.c., nie przysługiwało. Miał Sąd na uwadze, że sama powódka nie była pewna przysługujących jej uprawnień, skoro złożyła wzajemnie się wykluczające oświadczenia o częściowym odstąpieniu od umowy i obniżeniu wynagrodzenia. Wskazując, że stronę powodową – stosownie do art. 6 k.c. – obciąża ciężar udowodnienia, że wada, przejawiająca

się utratą barwy kostki brukowej, była wadą istotną doszedł Sąd do przekonania, że okoliczność ta nie została wykazana. Sąd stwierdził, że niewątpliwie powódka wybrała kostkę brukową w kolorze grafitowym i taka kostka została przez pozwanego ułożona, uznał za wykazane, że z uwagi na kolorystykę budynku na takim kolorze kostki powódce zależało. Określenia koloru kostki nie zawiera jednak żadne z trzech zleceń dla pozwanego, choć zawierają one – przykładowo – wskazanie jej grubości (8 cm). Brak zatem dowodów, że kolor kostki miał na tyle zasadnicze znaczenie w relacjach umownych stron, aby jego utratę uznać za istotną wadę wykonania robót budowlanych, tym bardziej, że w pozostałym zakresie prawidłowość wykonania robót brukarskich nie była kwestionowana. Ostatecznie Sąd Okręgowy uznał więc, że kostka brukowa została ułożona prawidłowo, nawierzchnia spełnia rolę, do której jest przeznaczona i jest w tym celu bez przeszkód wykorzystywana. Skoro tak, wada co do koloru nie może zostać uznana za wadę istotną i tym samym oświadczenie powódki w przedmiocie odstąpienia od umowy z uwagi na istotną wadę robót budowlanych nie mogło odnieść skutku. Powyższego nie zmienia ważność koloru kostki brukowej dla pozwanego, istotna z uwagi na koncepcję architektoniczną obiektu. Bezskuteczność odstąpienia od umowy skutkowałą też bezzasadnością związanego z tym odstąpieniem roszczenia odszkodowawczego. Bezzasadność tego roszczenia wynikała także z faktu, iż powódka nie poniosła kosztów naprawienia szkody, których zasądzenia się domaga. Z tych przyczyn Sąd Okręgowy oddalił powództwo, a o kosztach procesu orzekł po myśli art. 98 § 1 i § 3 w związku z art. 99 k.p.c.

W apelacji od opisanego wyroku powódka zarzuciła naruszenie przepisów procesowych, mające istotny wpływ na wynik sprawy, a to: art.233 § 1 k.p.c. poprzez nieprawidłową, sprzeczną z zasadami logiki ocenę materiału dowodowego, polegającą na uznaniu za rzetelną opinię biegłego R. S., gdy zawarte w niej twierdzenia stoją w sprzeczności z pozostałą częścią materiału dowodowego, a to opinią Instytutu (...) w K., dokumentacją fotograficzną dołączoną do pozwu oraz opinii biegłego S., stanowiskiem producenta kostki z 18 września 2015 r., pismem strony powodowej z 7 grudnia 2015 r. oraz zeznaniami przedstawiciela powódki M. K. i świadka B. P. w zakresie, w jakim Sąd I instancji przyjął w ślad za wnioskami biegłego, że obszar wadliwej kostki brukowej obejmuje 13,09 m², podczas gdy w rzeczywistości jest to cały obszar wbudowanej kostki, a to 2.559 m². Uchybienie to skutkowało nierozpoznanie istoty sprawy poprzez odstąpienie od oceny wad kostki brukowej jako istotnych lub nieistotnych w kontekście wszystkich jej wad, w tym niespełniania norm nasiąkliwości, a także kwestii możliwości zgłoszenia żądania ewentualnego w związku z odstąpieniem od umowy w części. Skarżąca zarzuciła też naruszenie art.207 k.p.c., art.217 k.p.c., art.227 k.p.c., art.233 k.p.c. oraz art.236 k.p.c. poprzez nierozpoznanie wniosku powódki o dokonanie przez Sąd oględzin, zgłoszonego już w pozwie i nieprzeprowadzenie tego dowodu, co doprowadziło do błędów w ustaleniu stanu faktycznego, jakoby obszar wadliwej kostki brukowej obejmuje 13,09 m², podczas gdy wada dotyczy całego jej obszaru. W ocenie skarżącej Sąd Okręgowy dopuścił się też naruszenia prawa materialnego: art.637 k.c. poprzez jego niewłaściwą wykładnię, skutkującą przyjęciem, że nie jest wadą istotną wada polegająca na zmianie barwy kostki brukowej z grafitowej na jasnoszarą w sytuacji gdy kolor materiału miał istotne znaczenie wiadome stronie pozwanej, przy całkowitym pominięciu wad kostki w zakresie niespełniania norm nasiąkliwości oraz błędów w doborze jej składników budulcowych oraz na etapie produkcji, skutkujących stopniowym, rozłożonym w czasie odbarwianiem kostki i występowaniem wykwitów, co stanowi wady istotne, uprawniające do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy; art.361 k.c. poprzez nieprawidłową wykładnię polegającą na przyjęciu, że w niniejszej sprawie strona powodowa nie doznała szkody w znaczeniu obiektywnym ponieważ nie poniosła jeszcze kosztów przywrócenia kostki do stanu poprzedniego. W oparciu o te zarzuty powódka domagała się zmiany zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa głównego, ewentualnie dochodzonego w dalszej kolejności, a także zasądzenia od pozwanego kosztów postępowania, ewentualnie wniosła o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji. Domagała się także dopuszczenia dowodu z opinii biegłego celem ustalenia powierzchni kostki niezgodnej z umową (w zakresie niespełniania norm nasiąkliwości oraz zmiany barwy z grafitowej na szarą), kosztów prac niezbędnych do przywrócenia obiektu do stanu zgodnego z umową oraz wysokości obniżenia wartości wykonanego przez pozwanego obiektu.

W toku postępowania apelacyjnego powódka sprecyzowała swoje stanowisko w ten sposób, że na kwotę dochodzoną w ramach żądania ewentualnego, tj. 246.750,75 zł składa się kwota 111.314,25 zł żądana tytułem zwrotu wynagrodzenia, a także kwota 135.436,50 zł jako odszkodowanie.

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego, sprzeciwiał się też uwzględnieniu wniosku dowodowego, zarzucając, że jest on spóźniony w rozumieniu art.381 k.p.c.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje.

Apelacja jest częściowo zasadna.

Ze zgromadzonych w sprawie dowodów oraz okoliczności niespornych wynika, że strony zawarły umowę, na podstawie której pozwany zobowiązał się do wykonania prac budowlanych na terenie obiektu powódki, tj. Ośrodka (...) w P.. Do zawarcia umowy dochodziło w ten sposób, że powódka w drodze elektronicznej „zlecała” pozwanemu wykonanie określonych prac, a pozwany zlecenia te akceptował. Łącznie powódka złożyła trzy zlecenia, przy czym nie ma znaczenia, czy nastąpiło to w ramach jednej umowy, czy też każde ze zleceń było źródłem odrębnego stosunku prawnego. W pierwszym z nich, datowanym na 2 września 2014 r., zwróciła się do pozwanego o wykonanie pól parkingowych z nawierzchnią z kruszywa wraz z odwodnieniami, służących jako place manewrowe – parkingowe przy budynku hotelowym. W drugim, z dnia 5 listopada 2014 r., zlecono wykonanie nawierzchni z kruszyw technologicznych drogowych jako podbudowy pod nawierzchnię z drogowej kostki brukowej o grubości 8 mm na terenie projektowanych dróg i parkingów Ośrodka (...). Trzecie zlecenie, którego nie opatrzono datą, miało za przedmiot wykonanie nawierzchni z kruszyw technologicznych drogowych jako podbudowy pod nawierzchnię z kostki brukowej o grubości 8 cm wraz z wykonaniem nawierzchni oraz umocnień skarp betonową kratą (ażur), odwodnień liniowych, obrzeży brukowych, koryt odwadniających, krawężników drogowych, schodów terenowych, ogrodzenia panelowego wraz podmurówką do 1,20 cm do 1,50 cm, w zależności od potrzeb wynikających z konieczności zabezpieczenia terenu w obrębie projektowanych dróg i parkingów, a to wszystko zgodnie z przekazaną dokumentacją planu zagospodarowania terenu, stanowiącą załącznik nr (...). Pod tym określeniem strony rozumiały dokument pn. Projekt rozbudowy obiektu hotelowego (niesporne, oświadczenie pełnomocnika powódki złożone na rozprawie apelacyjnej i nie zaprzeczone przez pełnomocnika pozwanego). Przewidziano w nim, że nawierzchnia wokół budynku hotelowego zostanie pokryta kostką brukową typu B., koloru grafitowego, produkcji firmy (...). Kolor ten był dla powódki istotny ponieważ nawiązywał do koloru pokrycia dachowego i koloru kamienia elewacyjnego, jaki przewidziano w projekcie architektonicznym, w którym chodziło o uzyskanie spójnego efektu wizualnego i nadanie hotelowi eleganckiemu wyglądu (dowód: zeznania świadków B. P., k.200-201, W. W., k.201-202 i przedstawiciela powódki M. K., k.497a-498). W żadnym ze zleceń nie określono natomiast pisemnie wysokości umówionego wynagrodzenia (niesporne, zlecenia k. 15-17). Jakość wykonanych prac była dobra i w dniu 12 maja 2015 r. powódka dokonała ich odbioru (niesporne). Kilka miesięcy po odbiorze na wybrukowanej nawierzchni zaczęły pojawiać się przebarwienia, o czym powódka zawiadomiła pozwanego, zarówno ustnie, jak i pisemnie. Zażądała usunięcia wady w terminie do 31 lipca 2014 r. oraz poinformowała pozwanego o możliwości wykonania zastępczego w zakresie usunięcia wad nawierzchni, a także odstąpienia od umowy (niesporne, pismo powódki z 2 lipca 2015 r., k.31). W odpowiedzi na wezwanie, nie kwestionując powstania przebarwień, pozwany oświadczył, że prace wykonał prawidłowo, a w ich trakcie powódka nie zgłaszała żadnych zastrzeżeń. Zwrócił się też o wstrzymanie planowanych kroków prawnych do czasu zajęcia stanowiska przez producenta kostki brukowej, na co powódka przystała (niesporne, pismo pozwanego z 10 lipca 2015 r., k.35). Przebarwienia przejawiały się w tym, że pierwotna grafitowa barwa kostki przechodziła w ciemnoszarą, a następnie jasnoszarą. Zajmowały one znaczną część obiektu brukowanego i były zlokalizowane głównie w jego północnej części, a także przed budynkiem, część kostek miała kolor szary, a część grafitowy (dowód: zeznania świadków B. P., k.200-201 oraz W. W., k.201-202, przesłuchanie przedstawiciela powódki M. K., k.497a-498). Ostatecznie producent kostki odmówił uwzględnienia reklamacji, powołując się na właściwą jakość materiału i przecząc, by do przebarwień doszło z przyczyn tkwiących w kostce, choć podejmowane przez niego próby usunięcia odbarwień okazały się bezskuteczne (niesporne, pismo producenta kostki z 18 września 2015 r., k.39-40 oraz z 3 listopada 2015 r., k.61-64). W konsekwencji pismem z 26 listopada 2015 r. powódka złożyła pozwanemu

oświadczenie o odstąpieniu od umowy w części dotyczącej prac brukarskich na terenie o powierzchni z koski brukowej wynoszącej 2.559 m², wezwała do zapłaty kwoty 188.854,20 zł (stanowiącej iloczyn powierzchni brukowanej, ceny jednostkowej za ułożenie kostki, tj. 60 zł netto oraz podatku VAT) tytułem wynagrodzenia wypłaconego za te prace oraz – w tym samym piśmie – złożyła oświadczenie o potrąceniu swojej wierzytelności z wierzytelnością pozwanego o zapłatę pozostałej części wynagrodzenia w wysokości 77.539,95 zł (niesporne, pismo powódki k.65-66). Pozwany zakwestionował skuteczność odstąpienia od umowy, co uzasadnił brakiem wezwania do usunięcia wady po zakończeniu rozmów z producentem kostki, a także zachowaniem przez odbarwioną część nawierzchni walorów użytkowych. Zakwestionował również wysokość ceny jednostkowej, która obejmowała zarówno koszty materiałów oraz robocizny (niesporne, pismo pozwanego z 7 grudnia 2015 r., k.68). W toku dalszej korespondencji w piśmie z 7 stycznia 2016 r. powódka złożyła pozwanemu oświadczenie o obniżeniu jego wynagrodzenia w związku ze stwierdzonymi wadami nawierzchni o kwotę 435.938,45 zł, stanowiącą koszt wykonania niezbędnych prac w celu usunięcia wadliwości tej nawierzchni, wezwała także pozwanego do zapłaty tej kwoty w terminie 3 dni od doręczenia pisma (niesporne, pismo powódki k.74).

Przeprowadzone badania wykazały na powierzchni i w porach kapilarnych kostki brukowej zabudowanej w obiekcie powódki obecność wykwitów węglanowo-wapniowego. Nie jest to wada kostki brukowej, a wykwit ten może pojawiać się krótko po ułożeniu nawierzchni. Główną przyczyną tego zjawiska jest karbonatyzacja wodorotlenku wapniowego, który powstaje w wyniku hydrolizy krzemianów wapniowych zawartych w cemencie. Związek ten pod wpływem wilgoci przenikającej przez mikropory do wnętrza kostki rozpuszcza się, a następnie parując wydostaje na powierzchnię kostki. Tu wchodząc w reakcję z dwutlenkiem węgla zawartym w powietrzu tworzy trudno rozpuszczalny węglan wapnia, osadzający się na powierzchni kostki. Z czasem przechodzi on w rozpuszczalny w wodzie kwaśny węglan wapnia. Ten proces może trwać od kilku miesięcy do dwu, a maksymalnie trzech lat. Po upływie tego czasu wykwit na kostkach ulegają pełnemu zmyciu. Oprócz czystego węglanu wapnia na kostce brukowej znajdował się również trudno zmywalny jasnożółty nalot, który jest przyczyną utraty pierwotnej grafitowej barwy kostki. Przeprowadzone badania wykazały obecność jasnożółtego nalotu zarówno w kostce pobranej z powierzchni, jak i niewbudowanej. W związku z powyższym nie było podstaw do twierdzenia, że przyczyną przebarwień są zanieczyszczenia obce. Kostka pobrana z nawierzchni charakteryzuje się dość wysoką nasiąkliwością powyżej 6%, w wyniku czego mogą występować wykwitów wtórne, powstające na skutek podciągania kapilarnego i krystalizacji na jej powierzchni łatwo rozpuszczalnych soli zawartych w betonie, przy czym z poddanych badaniu trzech kostek jednak wykazywała nasiąkliwość 5,53%, kolejna 6,38%, a ostatnia – 6,69%. Przyczyn przebarwień należy upatrywać w zastosowanej technologii produkcji kostki brukowej. Mógł to być niewłaściwy skład mieszanki betonowej, zła jakość kruszyw, niewłaściwe warunki zagęszczania betonu albo jego dojrzewania i pielęgnacji. Przywrócenie kostce pierwotnej grafitowej barwy było możliwe po jej wyczyszczeniu środkiem chemicznym o odpowiednim stężeniu. Barwa ta utrzymywała się mimo mycia kostki pod ciśnieniem oraz poddaniu jej ekspozycji na działanie wilgoci poprzez zanurzenie w wodzie na okres ok. czterech tygodni. Działania te nie ujawniły występowania powtórnych wykwitów, choć nie gwarantowały ich braku po dłuższym okresie ekspozycji. Aby zachować grafitową barwę kostki zalecane było również jej zaimpregnowanie (dowód: opinia Instytutu (...) w K., k.228-262).

Opinia Instytutu zasługuje na uwzględnienie w całości – jest rzetelna, jasna i precyzyjna. Jej wnioski nie były kwestionowane przez żadną ze stron. Na częściowe uwzględnienie zasługuje także opinia biegłego R. S., a mianowicie w tej części, w której biegły stwierdził, że – abstrahując od koloru kostki – pozwany wykonał prawidłowo prace związane z jej ułożeniem, co zresztą nie było sporne. Jeśli zaś chodzi o problem ustalenia powierzchni, na jakiej wystąpiły odbarwienia, to trzeba podzielić zarzuty powódki, że opinia ta nie jest przydatna dla rozstrzygnięcia sprawy. Umknęło bowiem uwadze biegłego, że zgodnie z opinią Instytutu (...) w K., której wnioski Sąd Okręgowy podzielił w całości, zmiana zabarwienia bruku (z grafitu na jasnoszary) została wywołana poprzez wytrącający się jasnożółty osad, będący wynikiem opisanego wyżej procesu fizykochemicznego, związanego z właściwościami kostki. Skoro tak, obowiązkiem biegłego było ustalenie powierzchni objętej przebarwieniami (tj. w kolorze jasnoszarym), a nie tylko tej, na której widoczne były innego rodzaju plamy i przebarwienia. Wprawdzie w tezie dowodowej zawartej w postanowieniu dowodowym Sądu Okręgowego z 12 kwietnia 2018 r., k. 372, mowa o ustaleniu powierzchni kostki pokrytej żółtym nalotem w stosunku do całej powierzchni kostki brukowej, to jednak biegły, który potwierdził zaznajomienie się z

aktami sprawy, w tym opinią Instytutu, nie powinien mieć trudności w zrozumieniu istoty problemu. W sprawie nie chodziło bowiem o to, że nawierzchnia parkingu przybrała kolor żółty, ale o to, że na skutek zachodzących reakcji fizykochemicznych i wytrącania się osadu o żółtym kolorze doszło do zmiany barwy z grafitowej na jasnoszarą. Nie było przy tym gwarancji, że mimo umycia kostki miękką szczotką przy zastosowaniu odpowiedniego środka chemicznego (jego nazwy, ani składu w opinii Instytutu nie ujawniono), proces przebarwienia zostanie powstrzymany. Wątpliwości te miały związek również z nadmierną nasiąkliwością kostki, co wskazano w opinii Instytutu. Na podstawie opinii biegłego R. S. należy jednak stwierdzić, że brukowana powierzchnia wokół obiektu hotelowego w dniu dokonania przez biegłego jej oględzin (5 lipca 2018 r.) miała jednolity szary kolor. Występowały na niej jedynie przebarwienia kolorze brązowym obejmujące ok. 10 m², a także inne przebarwienia różnego typu o łącznej powierzchni 1,9 m² (dowód: opinia biegłego k.395 wraz z fotografiami k.400-402).

Wprawdzie w toku postępowania przed Sądem Okręgowym strony pozostawały w sporze co do tego, jaka powierzchnia parkingu uległa przebarwieniu, jednak ostatecznie Sąd Apelacyjny ustalił, że opisana wada dotyczy całej powierzchni. Stan taki obrazują fotografie dołączone do akt sprawy, a przynajmniej częściowe (sięgające nawet 70% powierzchni) przebarwienie znajdowało potwierdzenie w zeznaniach powołanych wyżej świadków, nie kwestionowanych przez żadną ze stron. Ponadto na rozprawie apelacyjnej na pytanie Przewodniczącego o stan parkingu, pełnomocnik powódki oświadczył, że przebarwiona jest cała nawierzchnia wokół obiektu, czemu pełnomocnik pozwanego nie zaprzeczył. Stąd Sąd Apelacyjny uznał fakt ten za milcząco przyznany na podstawie art.230 k.p.c. Za prawdziwością twierdzenia pełnomocnika powódki przemawiają nie tylko fotografie dołączone do akt sprawy, ale również wyniki opinii Instytutu, w której wskazano na wady kostki wynikające z procesu jej produkcji jako przyczynę zmian kolorystycznych i możliwe postępowanie tego procesu. Pośrednio fakt ten wspiera również opinia biegłego S., który poza niewielkim obszarem nie dostrzegł żadnych przebarwień. Skoro bez wątplenia takie były, czego sam pozwany nie negował, a co wynikało także ze zgromadzonych dowodów, to należy przyjąć, że proces przebarwienia objął już cały parking i skutkowało tym, że barwa ułożonej kostki stała się jednolicie jasnoszara, podczas gdy zgodnie z poczynionymi ustaleniami miała być grafitowa. Przebarwienia tego nie należy utożsamiać z wytrącającym się na powierzchni kostki wykwitem węglanowo-wapniowym, który – jak wskazano w opinii Instytutu – ulega dalszym reakcjom chemicznym i wypłukaniu w okresie maksymalnie trzech lat. Tymczasem przebarwienie, z którym związany jest pozew, utrzymuje się do chwili obecnej, tj. przez okres niemal siedmiu lat.

Ostatecznie więc Sąd Apelacyjny akceptuje te ustalenia Sądu Okręgowego, które pozostają w zgodzie z ustalonym wyżej stanem faktycznym.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w apelacji – nie można się zgodzić ze skarżącą, że w sprawie doszło do naruszenia art.207 k.p.c., art.217 k.p.c., art.227 k.p.c., art.233 k.p.c. oraz art.236 k.p.c. poprzez nierozstrzygnięcie o wniosku o przeprowadzenie wizji lokalnej, który powódka zgłosiła już w pozwie. Po pierwsze, jak zasadnie wskazuje pozwany, skarżąca nie sprecyzowała o jakie jednostki redakcyjne powołanych przepisów chodzi, co jest o tyle istotne, że regulują one różne sytuacje procesowe. Po wtóre, wniosek został sformułowany wadliwie ponieważ nie zawiera precyzyjnej tezy dowodowej, której wykazaniu miał służyć. Został on zbiorczo przywołany pod wnioskiem do dopuszczenia wymienionych w nim dowodów na okoliczność treści umowy stron, charakteru i rozmiaru ujawnionych wad, zgłoszenia reklamacji pozwanemu i wyznaczenia mu terminu do usunięcia wadliwości i stanowisk stron. Nie wiadomo nawet, czy powódka domagała się przeprowadzenia oględzin nieruchomości w rozumieniu art.292 k.p.c., tj. przez sąd, tym bardziej, że o przeprowadzeniu wizji lokalnej powódka wspomina przy wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego. Po wtóre, ani w pozwie, ani w apelacji powódka nie sprecyzowała czemu ten dowód miał służyć. Kwestie istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, takie jak ustalenie przyczyn powstania przebarwień kostki, wymagały wiadomości specjalnych i o takie zresztą Sąd Okręgowy się zwrócił. Jeśli zaś idzie o obmiar powierzchni, na której przebarwienie wystąpiło, także i ten powinien być dokonany przez osobę dysponującą odpowiednimi kwalifikacjami, chociaż ostatecznie nie była to okoliczność sporna (o czym niżej). Przed sporządzeniem opinii biegły R.S. przeprowadził oględziny nieruchomości z udziałem przedstawicieli obu stron, a na rozprawie poprzedzającej wydanie wyroku pełnomocnik powódki nie domagał się dopuszczenia dowodu z opinii innego biegłego wskazując, że matematyczne

wyliczenie wartości całej szkody możliwe jest w oparciu o opinię biegłego S.. W takim stanie rzeczy nie można przyjąć, by brak rozstrzygnięcia o wniosku dowodowym stanowił naruszenie przywołanych przepisów.

Zasadny okazał się natomiast zarzut naruszenia art.233 § 1 k.p.c. Oceniając walory dowodowe opinii biegłego R.S. Sąd Okręgowy naruszył zasadę wszechstronności ponieważ pominął wnioski wynikające z opinii Instytutu. Nie dostrzegł także, że w swojej opinii biegły S. również wniosków tych nie uwzględnił. Wadliwie utożsamił bowiem brak żółtego osadu z brakiem przebarwień, podczas gdy uważna lektura opinii Instytutu pozwoliłaby na przyjęcie mu jako punktu wyjścia faktu, że jednolity jasnoszary kolor kostki jest wynikiem właśnie procesu przebarwiania się, następującego na skutek wytrącania się trudnego do usunięcia żółtego osadu.

Na marginesie jedynie należy zauważyć, że zlecenie biegłemu badania „kosztów prac niezbędnych do przywrócenia obszaru (...), który został wyłożony kostką brukową, do stanu zgodnego z umową” (pkt 2 postanowienia) było o tyle chybione, że nie zostało poparte żadnymi wskazówkami dla biegłego o tym, jakiej treści umowę strony zawarły, a treść znajdujących się w aktach zleceń tego nie wskazywała. Nie można natomiast podzielić stanowiska apelacji, że odpowiadając na zarzuty powódki biegły nie dążył do wyjaśnienia powstałych wątpliwości, lecz usztywnił swoje stanowisko i nie przyjmował kierowanej pod swoim adresem krytyki. W toku postępowania przed Sądem Okręgowym, w tym zwłaszcza na rozprawie poprzedzającej wydanie wyroku, na której ujawniono opinię uzupełniającą, powódka zarzutu takiego nie podnosiła, nie domagała się też dopuszczenia dowodu z opinii innego biegłego, co w praktyce procesowej ma miejsce w tych wypadkach, w których biegły nie jest w stanie wyjaśnić wątpliwości związanych z opinią lub rzeczowo ustosunkować się do podnoszonych zarzutów. Co więcej, jej pełnomocnik wyraźnie oświadczył, że nie wnosi o wezwanie biegłego na rozprawę celem zadania mu pytań do opinii, co wyjaśnił w ten sposób, że na podstawie wyliczeń dotyczących kosztu wymiany 1m² kostki brukowej można ustalić wysokość należności za wymianę całej nawierzchni (oświadczenie pełnomocnika powódki, k.497a i k.498). Okoliczność ta jest o tyle bez znaczenia, że na rozprawie apelacyjnej pełnomocnicy stron zgodnie przyznali, że wysokość wynagrodzenia za ułożenie 1 m² (bez materiałów) to kwota 60 zł netto (73,88 zł brutto).

Z uwagi na to, że istotne w sprawie okoliczności faktyczne, tj. odbarwienie całej nawierzchni parkingu oraz wysokość stawki za ułożenie 1m² ostatecznie były niesporne, Sąd Apelacyjny oddalił zgłoszony w apelacji wniosek powódki o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego.

W świetle poczynionych ustaleń zgodzić się trzeba z Sądem Okręgowym, że żądanie dochodzone w pierwszej kolejności nie było zasadne.

Dla porządku jedynie należy zaznaczyć, że jeśli idzie o podnoszone przez pozwanego zarzuty odnoszące się do liczby umów, jakie strony zawarły, a także związanych z ich formą, Sąd Apelacyjny podziela wyrażone w tej materii stanowisko Sądu Okręgowego. Nie ma znaczenia, czy strony pozostawały związane jednym stosunkiem umownym, a opisane wyżej trzy zlecenia stanowiły przejaw jednej rozciągniętej w czasie czynności prawnej, czy też doszło pomiędzy nimi do zawarcia trzech umów, z których każda miała odmienny przedmiot, ale wszystkie dotyczyły tego samego obiektu, a objęte zleceniami prace stanowiły integralną całość. W każdym wypadku możliwe było – co do zasady – dochodzenie roszczeń z tytułu niewłaściwej jakości tylko niektórych prac. Sąd Apelacyjny akceptuje również pogląd o dopuszczalności częściowego odstąpienia od umowy, jeśli jej przedmiot jest podzielny. Nawet więc przyjęcie, że strony zawarły jedną umowę nie pozbawiało powódki prawa do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy w zakresie wyłącznie prac brukarskich, o ile rzecz jasna wystąpiły ku temu odpowiednie przesłanki. Jeśli zaś idzie o formę umowy o roboty budowlane, art.648 k.c. stwierdza jedynie, że powinna być stwierdzona pismem, a zatem niezachowanie wymogu co do formy nie stanowi przyczyny jej nieważności. Zasadnie przy tym Sąd Okręgowy wskazał, że strony nie pozostawały w sporze co do zakresu zleconych prac i ich wykonania przez pozwanego.

Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy miało ustalenie, czy wada kostki przejawiająca się w utracie pierwotnej grafitowej barwy miała charakter istotny, a zatem, czy uzasadniała odstąpienie od umowy. Jak wynika z poczynionych

ustaleń, strony zawarły umowę o roboty budowlane (art.647 i nast. k.c.). Zgodnie z art.656 § 1 k.c. i art.637 § 2 k.c., zamawiający może od umowy odstąpić jeśli rzecz ma wady istotne.

„Istotność” wady powinna być pojmowana z uwzględnieniem funkcji i natury umowy o dzieło (podobnie jak o roboty budowlane) z jednej, a sprzedaży z drugiej strony, są one bowiem odmienne: o ile przy umowie o dzieło zamawiający ma możliwość wyrażenia w umowie swoich indywidualizowanych życzeń co do cech zamawianego dzieła, jak i czuwania nad sposobem wykonania dzieła i ewentualnego interweniowania (art. 636 k.c.), o tyle przy umowie sprzedaży kupujący dysponuje jedynie możliwością wyboru i zakupu gotowej rzeczy. Wyrazem i konsekwencją tej możliwości w razie wadliwości rzeczy staje się prawo odstąpienia od umowy. W związku z tym przy ocenie istotności wady musi być uwzględniany punkt widzenia kupującego, a nie kategorie „niezdatności do zwykłego użytku” czy „bezwartościowości” rzeczy.

Na gruncie art. 560 § 1 k.c., w którym mowa o przesłankach odstąpienia o umowy sprzedaży, aktualnych także w przypadku umowy o dzieło i umowy o roboty budowlane, utrwalony jest pogląd, że przy ocenie cechy istotności wady należy eksponować przede wszystkim odpowiednie oczekiwania nabywcy rzeczy związane z jej funkcjonowaniem, a nie tylko zobiektywizowany stan techniczny w postaci niezdatności rzeczy do zwykłego użytku – w ogóle lub w określonym zakresie – lub bezwartościowości w znaczeniu funkcjonalnym. W rezultacie można stwierdzić, że istotna jest przede wszystkim taka wada, która mogłaby skłaniać do odstąpienia od umowy przeciętnego (niekoniecznie oznacza to, że rozsądnego) nabywcę rzeczy. W tym zakresie istotne znaczenie ma ocena, czy wpływ wady na walory użytkowe albo estetyczne rzeczy, tudzież właściwości związane z bezpieczeństwem mógłby skłaniać – z tego tylko powodu – przeciętnego uczestnika obrotu do odstąpienia od umowy. Z drugiej strony należy uwzględnić również rozpoznawalne dla sprzedawcy elementy subiektywne dotyczące sfery decyzyjnej kupującego z czasu zawarcia umowy. Jeżeli np. dla kupującego kluczowy był – choćby ze względu na czysto osobiste preferencje – określony odcień koloru kupowanej rzeczy (np. odpowiadający okazanemu wzorowi), o czym sprzedawca wiedział, to wada rzeczy polegająca na tym, że ma ona inny odcień kolorystyczny, będzie istotna, choćby według oceny przeciętnego nabywcy była nieistotna. Pewną rolę odgrywają również rozpoznawalne dla sprzedawcy elementy subiektywne dotyczące okresu po zawarciu umowy. Istotną pomocniczą wskazówką może być zwłaszcza czas korzystania z rzeczy przez kupującego: im dłuższy czas, tym mniej prawdopodobne, że wada była „subiektywnie” (w świetle usprawiedliwionych oczekiwań) istotna dla kupującego, a tym bardziej prawdopodobne, że wada jest jedynie pretekstem do odstąpienia (zob. R. Trzaskowski, C. Żuławska [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, art. 560 i powołana tam literatura oraz orzecznictwo).

Odnosząc powyższe uwagi natury ogólnej do niniejszej sprawy Sąd Apelacyjny doszedł do przekonania, że wada w postaci utraty pierwotnej barwy była wadą istotną w rozumieniu powołanych wyżej przepisów. Przedmiotem umowy było ułożenie nawierzchni z kostki koloru grafitowego, odpowiadającemu barwie dachu i elewacji. Powódce zależało na uzyskaniu spójnego efektu wizualnego, nadającego obiektowi elegancki wygląd. Takie też było założenie projektu architektonicznego, o czym pozwany wiedział. W sprawie nie było sporne, że o przebarwieniach powstających już wkrótce po ułożeniu kostki pozwany został niezwłocznie zawiadomiony. Od samego początku powódka nalegała też na jej wymianę, zaś pozwany, przyznając fakt odbarwienia, prosił o wstrzymanie się z krokami prawnymi do chwili zajęcia stanowiska przez producenta kostki. Jak wiadomo, nie uznał on reklamacji, choć wyniki postępowania dowodowego wskazują, że zmiana koloru kostki wynika z użycia niewłaściwych surowców lub nieprawidłowości w samym procesie produkcji i pielęgnacji betonu. Równie istotne jest to, że zakres odbarwień zwiększał się stopniowo, a ostatecznie objął całą powierzchnię objętą pozwem. Jak już o tym była mowa, biegły S. stwierdził, że istnienie przebarwień koloru brązowego oraz innych na łącznie ok.13 m² obiektu, co świadczy o tym, że już w tamtej dacie doszło do utraty barwy grafitowej na całej powierzchni i to z przyczyn leżących w samej kostce. Również ta właściwość w połączeniu z wymienionymi wyżej okolicznościami oraz nadmierną nasiąkliwością kostki świadczy o tym, że wada była istotna. Oceny tej nie zmienia również wnioski opinii Instytutu, zgodnie z którym przywrócenie pierwotnej barwy jest możliwe poprzez mycie kostki odpowiednim środkiem chemicznym, przy użyciu miękkiej szczotki. Pominąwszy powierzchnię, której pozew dotyczy oraz związany z tym zakres potencjalnych prac czyszczących, nie ma gwarancji, że zabieg taki przyniesie trwałe rezultaty. W razie ponownego odbarwienia się nawierzchni powódka byłaby zmuszona

do podejmowania kolejnych czasochłonnych działań, tracąc ponownie efekt założony w projekcie architektonicznym. Ponadto w sprawie nie było sporne, że przedstawiciele producenta kostki podjęli nieskuteczne próby usunięcia przebarwienia, co potwierdza tylko że nie było to zadaniem łatwym.

Na podstawie art.637 § 2 k.c. (w związku z art.560 § 1 k.c. powódce przysługiwało zatem prawo odstąpienia od umowy. Pozwany nie skorzystał natomiast z tzw. uprawnień sanacyjnych, tj. nie zaoferował wymiany kostki na inną, spełniającą przyjęte w umowie wymagania. Jednocześnie nie zachodziła przeszkoda, o jakiej mowa w art.565 k.c. ponieważ wada skutkująca przebarwieniem kostki dotyczyła całego obszaru, na którym ją zabudowano.

W takim stanie rzeczy oświadczenie powódki o odstąpieniu od umowy zawarte w piśmie z 26 listopada 2015 r. okazało się skuteczne. Wprawdzie nie wskazano w nim wprost o jakie wady kostki chodzi, ale wobec odwołania się do wcześniejszej korespondencji okoliczność ta nie budziła żadnych wątpliwości. W rezultacie wykonania przez powódkę najdalej idącego uprawnienia prawokształtującego doszło do rozwiązania łączącego strony stosunku prawnego. Oznacza to, że stosunek ten ustał, a powódce nie przysługiwało prawo żądania obniżenia wynagrodzenia, jakie uzgodniła z pozwanym. Wprawdzie w późniejszym czasie powódka złożyła oświadczenie o obniżeniu wynagrodzenia, które także ma charakter prawokształtujący, to jednak wobec uprzedniego rozwiązania umowy nie odniosło ono żadnego skutku. Byłoby to możliwe tylko w razie cofnięcia oświadczenia o odstąpieniu od umowy, do czego wymagana jest zgoda drugiej strony. Takiej jednak nie udzielono, a powódka nie twierdziła nawet, że o zgodę taką się ubiegała.

Z tej przyczyny żądanie główne pozwu, oparte na żądaniu obniżenia wynagrodzenia i zasądzeniu związanego z tym odszkodowania było niezasadne, co zwalniało Sąd Apelacyjny od badania prawidłowości dochodzonej kwoty. Na marginesie jedynie trzeba zauważyć, że skoro całe wynagrodzenia za położenie kostki wyniosło 188.854,20 zł, to powódka nie mogła żądać jego obniżenia do kwoty 331.338,50 zł.

Częściowo zasadne okazało się natomiast żądanie ewentualne. Powódka domagała się zasądzenia kwoty 246.750,75 zł, na którą składała się kwota 111.314,25 zł tytułem zwrotu wynagrodzenia wypłaconego pozwanemu, a także kwota 135.436,50 zł tytułem odszkodowania.

Jeśli idzie o pierwszą należność, ostatecznie poza sporem było, że koszt położenia 1 m² kostki wyniósł 60 zł netto, tj. 73,88 zł brutto. Przy powierzchni wynoszącej łącznie 2.559 m² wynagrodzenie należne pozwanemu powinno wynieść 188.854,20 zł. Niezależnie więc od skuteczności podniesionego przez powódkę zarzutu potrącenia, obejmującego zresztą niewymagalną jeszcze wierzytelność, dochodzona kwota mieści się w tak wyznaczonych granicach.

Druga część żądania ewentualnego nie zasługiwała na uwzględnienie. Stanowiła ona odszkodowanie za szkodę wyrządzoną przez nienależyte wykonanie umowy przez pozwanego. W razie odstąpienia od umowy o roboty budowlane inwestor może również domagać się odszkodowania na zasadach ogólnych. Stosownie do art.471 k.c. konieczne jest udowodnienie wystąpienia zdarzenia będącego źródłem szkody i związku przyczynowego pomiędzy tym zdarzeniem a szkodą, której wysokość również podlega wykazaniu. Ułatwieniem dla wierzyciela jest domniemanie, że do powstania szkody doszło z przyczyn leżących po stronie dłużnika. Nie obejmuje ono natomiast pozostałych wymienionych wyżej przesłanek. O ile nie budzi wątpliwości, że zdarzeniem szkodzącym było zabudowanie kostki brukowej o niewłaściwej jakości, co mogło prowadzić do powstania szkody u powódki, to sama wysokość szkody nie została w żaden sposób wykazana. Powódka nie wyjaśniła nawet co składa się na żądane odszkodowanie, którego wysokość pierwotnie określiła na 162.496,50 zł, a ostatecznie na 135.436,50 zł. Ogólnie jedynie podała, że jest to koszt niezbędny do usunięcia kostki, obejmujący także jej utylizację. Podkreślenia wymaga jednak, że zgodnie z art.560 § 2 k.c. w związku z art.656 k.c. i art.638 k.c., jeżeli kupujący (tu: inwestor) odstępuje od umowy z powodu wady rzeczy sprzedanej (wykonanych robót budowlanych), strony powinny sobie nawzajem zwrócić otrzymane świadczenia według przepisów o odstąpieniu od umowy wzajemnej. Co do zasady powódka nie jest uprawniona do dysponowania kostką zabudowaną przez pozwanego, a tym samym nie może domagać się kosztów jej utylizacji. Z okoliczności sprawy nie wynika także, by czynności tego rodzaju zostały podjęte, podobnie jak nie wykazano ich kosztów. Nie zasługuje zatem na uwzględnienie zarzut powódki o naruszeniu art.361 k.c. (skarżąca nie podała, o którą jednostkę

redakcyjną idzie, jednak zważywszy na uzasadnienie zarzutu odwołujące się do pojęcia szkody, Sąd Apelacyjny doszedł do przekonania, że zarzut odnosi się do § 2 powołanego przepisu).

Wobec uznania za częściowo zasadne żądania ewentualnego konieczne stało się dokonanie oceny skuteczności podniesionego przez pozwanego procesowego zarzutu potrącenia, poprzedzonego materialnoprawnym oświadczeniem o potrąceniu, a także uprzedniego oświadczenia o potrąceniu złożonego przez powódkę, a obejmującego tę samą wierzytelność.

Oświadczenie pozwanego zostało złożone w sprzeciwie od wydanego w sprawie nakazu zapłaty, sporządzonym przez pełnomocnika procesowego. Do potrącenia pozwany przedstawił swoją wierzytelność z tytułu wykonanych prac w łącznej kwocie 104.599,95 zł. Była ona niesporna (wynikała z wystawionych przez pozwanego faktur (...) co do kwoty 77.539,95 zł i (...) zł co do kwoty 27.060 zł), a także wymagalna. Wierzytelność z faktury (...) (77.539,95 zł) została przedstawiona do potrącenia w piśmie powódki z 26 listopada 2015 r. Ponieważ pismo zawierało także oświadczenie o odstąpieniu od umowy i wezwaniu do zapłaty kwoty 188.854,20 zł jako wierzytelności przeciwstawnej, nie został spełniony prawny warunek potrącenia w postaci wymagalności wierzytelności przysługującej potrącającemu (art.498 § 1 k.c.). Późniejsza wymagalność tej wierzytelności nie sanuje opisanego braku, a w celu uzyskania skutku z art.498 § 2 k.c. konieczne było złożenie kolejnego oświadczenia o potrąceniu, czego powódka nie dokonała.

Bezskuteczność czynności powódki rodzi więc pytanie o skuteczność czynności pozwanego. Sąd Apelacyjny uznał, że także ta czynność nie odniosła spodziewanego rezultatu, a to z uwagi na brak należytego umocowania odbiorcy oświadczenia. Ponieważ pełnomocnictwo procesowe, którego zakres uregulowano w art.91 k.p.c., nie obejmuje umocowania do dokonywania imieniem strony czynności o charakterze materialnoprawnym, przyjmuje się, że w tym celu pełnomocnik procesowy musi uzyskać osobne upoważnienie. O ile – w razie braku stosownego dokumentu – w okolicznościach sprawy przyjmuje się, że pełnomocnik pozwanego uzyskał umocowanie w sposób dorozumiany ponieważ dokonuje czynności korzystnej dla swego mandanta, to takiego umocowania nie domniemywa się po stronie przeciwnej. Przyjęcie odmiennego poglądu prowadziłoby w skutkach do uznania, że pełnomocnictwu procesowemu towarzyszy pełnomocnictwo o charakterze materialnoprawnym, co nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach. Pełnomocnik pozwanego legitymował się pełnomocnictwem, które oznaczono jako „pełnomocnictwo procesowe”, a jego zakres upoważniał do reprezentowania pozwanego w niniejszej sprawie (k.95). Z kolei w pełnomocnictwie udzielonym pełnomocnikowi powódki zawarto stwierdzenie, że umocowuje ono do czynności wymienionych w art.91 k.p.c., a nadto do występowania do dłużników mocodawcy z żądaniem zapłaty długu lub spełnienia świadczeń niepieniężnych i reprezentowania w wymienionych sprawach rejestrowych (k.8). Nawet jeśli przyjąć, że pełnomocnik pozwanego uzyskał stosowne pełnomocnictwo do dokonywania czynności materialnoprawnych, to nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, że takie pełnomocnictwo udzielono także pełnomocnikowi powódki. Ze złożonego do akt dokumentu płyną wnioski wręcz przeciwne. Odwołanie się do regulacji prawa procesowego i wyszczególnienie innych rodzajów spraw świadczy o tym, że intencją mocodawcy było udzielenie pełnomocnictwa o ściśle określonym zakresie, co wyklucza domniemanie aktualne w przypadku drugiego pełnomocnika. Jednocześnie z okoliczności sprawy nie wynika, by oświadczenie o potrąceniu zawarte w sprzeciwie od nakazu zapłaty dotarło do przedstawiciela powódki w taki sposób, że mógł się zapoznać z jego treścią (art.61 § 1 k.c.).

Podsumowując – żądanie główne pozwu okazało się bezzasadne i jako takie słusznie zostało oddalone. Na podstawie art.98 k.p.c. powódka była zatem obowiązana do zwrotu kosztów procesowych poniesionych przez pozwanego. Sąd Apelacyjny zasądził z tego tytułu kwotę 11.769,68 zł, na którą złożyły się: wynagrodzenie pełnomocnika pozwanego w wysokości przewidzianej w § 2 pkt 7 w związku z § 10 ust.1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz.265) oraz kwota 951,68 zł tytułem wydatków poniesionych w związku z opiniami instytutu i biegłego. Na ten cel powódka uiściła łącznie 17.300 zł, a pozwany – 3.000 zł. Ponieważ opinie te dotyczyły w równym stopniu powództwa głównego, jak i ewentualnego, Sąd Apelacyjny doszedł do przekonania, że koszty opinii winny zostać podzielone w częściach równych na oba żądania. Zatem w ramach dochodzenia żądania głównego uwzględniono koszty powódki w wysokości 8.650 zł i tyle samo w ramach dochodzenia żądania ewentualnego, a w przypadku pozwanego po 951,68 zł. Z wpłaconej przez pozwanego zaliczki wykorzystano bowiem kwotę 1.903,37 zł (koszty opinii wyniosł łącznie 19.203,37 zł i do kwoty

17.300 zł został pokryty z zaliczek wpłaconych przez powódkę, a w pozostałej części, tj. co do kwoty 1.903,37 zł z zaliczki uiszczonej przez pozwanego, której pozostała część podlega zwrotowi).

Jeśli zaś chodzi o żądanie ewentualne, zostało ono uwzględnione w ok. 45 %, co oznacza, że powódka powinna ponieść 55 % kosztów związanych z dochodzeniem tego żądania, a pozwany – 45 %. Na koszty powódki złożyły się: wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 10.800 zł oraz koszt opinii biegłych w kwocie 8.650 zł, łącznie: 19.450 zł. Koszty pozwanego to wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 10.800 zł oraz zaliczka na opinię biegłego w wysokości 951,68 zł, łącznie: 11.751,68 zł. Suma kosztów procesu wynosi więc 31.201,68 zł, z czego 55 % (17.160,92 zł) obciąża powódkę, a 45 % (14.040,75 zł) pozwanego. Różnica pomiędzy kosztami faktycznie poniesionymi, a tymi, które obciążały powódkę wynosi 2.289,08 zł i taka kwota została zasądzona na jej rzecz. Dodatkowo konieczne było orzeczenie o opłacie sądowej od pozwu w części dotyczącej żądania ewentualnego, której nie pobiera się przy wniesieniu pozwu. Opłata ta obciążała obie strony stosownie do wyniku sporu: powódkę w wysokości w jakiej jej żądanie oddalono, przy czym nakazano jej pobranie z zasądzonego roszczenia, a pozwanego w części, w jakiej powództwo zostało uwzględnione.

Z tych przyczyn na podstawie art.386 § 1 k.p.c. Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w części, w jakiej apelacja okazała się zasadna, a w pozostałym zakresie orzekł o jej oddaleniu na podstawie art.385 k.p.c. Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego zapadło po myśli art.100 k.p.c. przy zastosowaniu zasady stosunkowego ich rozdziału. Licząc łącznie obydwa żądania powódka utrzymała się ze swoim roszczeniem w ok.20 %, a pozwany w 80 %. Koszty powódki wyniosły 27.367 zł, z czego 16.567 zł to opłata od apelacji, a 10.800 zł koszty pomocy prawnej, które przyjęto w pełnej wysokości ponieważ obecny pełnomocnik powódki nie działał jej imieniem w postępowaniu przed Sądem Okręgowym. Koszty pozwanego to kwota 8.100 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Suma kosztów wynosi 35.467 zł, z czego 80 % (28.373,60 zł) obciąża powódkę, a 20 % (7.093,40 zł) pozwanego. Różnica pomiędzy kosztami, które obciążają pozwanego, a faktycznie przez niego poniesionymi wynosi 1.006,60 zł i taka kwota została zasądzona na jego rzecz.