

Sygn. akt I ACa 300/13

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 marca 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Jarosław Marek Kamiński
Sędziowie	:	SA Irena Ejsmont - Wiszowata SA Elżbieta Bieńkowska (spr.)
Protokolant	:	Izabela Lach

po rozpoznaniu w dniu 21 lutego 2014 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **B. M. i G. M.**

przeciwko **S. P. (1)**

**o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 29 marca 2013 r. sygn. akt I C 307/10

**I. zmienia zaskarżony wyrok:**

a) **w punkcie pierwszym w ten sposób, że zasądza od pozwanego na rzecz powodów kwotę 45.141,76 (czterdzieści pięć tysięcy sto czterdzieści jeden 76/100) złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 1 czerwca 2010 roku i oddala powództwo w pozostałej części;**

b) **w punkcie III w ten sposób, że zasądza od pozwanego na rzecz powodów kwotę 1187,76 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;**

c) **w punkcie IV w ten sposób, że nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Olsztynie tytułem nieuiszczonych wydatków sądowych od powodów kwotę 3474 złotych i od pozwanego kwotę 1351,02 złotych;**

**II. oddala apelację w pozostałej części;**

**III. zasądza od powodów na rzecz pozwanego kwotę 4693,68 złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego;**

**IV. nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Olsztynie od powodów kwotę 668,52 złotych i od pozwanego kwotę 525,26 złotych tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.**

## UZASADNIENIE

Powodowie B. i G. małżonkowie M. wnosili o zasądzenie od pozwanego S. P. (1) kwoty 159.159 zł z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty. W uzasadnieniu pozwu wskazali, że w dniu 1 września 2007 r. zawarli z pozwanym umowę o wybudowanie pod klucz domu jednorodzinnego z materiałów kupowanych przez wykonawcę według wskazań inwestora i według projektu architektonicznego sporządzonego przez M. P. (1). Odbiór końcowy wykonanych robót miał miejsce w dniu 28 listopada 2008 r. W protokole tym powodowie zgłosili szereg wad w wykonanych robotach oraz niewykonanie części robót, które były przewidziane w projekcie. Mimo wielokrotnego wzywiania pozwanego do usunięcia wad oraz wykonania robót objętych projektem, wykonawca tego albo nie uczynił, albo niezasadnie przedłużał czynności naprawcze. Nadto część robót, a mianowicie dotyczące wykonania instalacji sanitarnej i CO pozwany wykonał bez żadnej dokumentacji projektowej. Wykonanych prac nie zinwentaryzował i mimo żądania powodów odmówił sporządzenia dokumentacji powykonawczej i przekazania jej powodom. Powodowie wskazali, że na dochodzoną kwotę składają się następujące roszczenia:

- kwota 143.733,29 zł stanowiąca koszt usunięcia istniejących wad i usterek;
- kwota 59,71 zł stanowi koszt ubytku wody z niesprawnie działającego systemu instalacji centralnego ogrzewania;
- kwota 366 zł stanowiąca koszt opinii zleconej przez powodów, a dotyczącej ustalenia przyczyn tego przecieku;
- kwota 5.000 zł tytułem zadośćuczynienia spowodowanego dyskomfortem mieszkania w domu obciążonym licznymi wadami;
- kwota 10.000 zł tytułem odszkodowania za zawyżenie przez pozwanego wartości robót hydrauliczno - sanitarnych.

Pozwany S. P. (1) wnosił o oddalenie powództwa i zasądzenie na jego rzecz należnych kosztów procesu. Podniósł, że zlecone mu roboty budowlane wykonał zgodnie z umową, projektem, a w przypadku braku konkretnych rozwiązań projektowych zgodnie z uzgodnieniami z inwestorami lub ich przedstawicielami. Dotyczyło to w szczególności wykonania kominka, który według pierwotnego projektu miał być otwarty, a na jego zmianę na zamknięty powodowie zdecydowali się dopiero w trakcie robót. Podobnie rzecz miała się z wykonaniem pionów kanalizacyjnych, które na życzenie inwestorów zostały poprowadzone w pustakach wentylacyjnych firmy (...), żeby nie zabierały miejsca i były estetyczne. Taka sama sytuacja wystąpiła przy położeniu płytek w garażu i wykonaniem spadku w kierunku od bramy wjazdowej do przeciwległej ściany. W garażu także na życzenie powodów nie ma centralnego ogrzewania.

Pozwany podkreślił, że wykonane prace zostały zaakceptowane przez stosowny wpis w dzienniku budowy. Zarzucił, iż część prac była wykonywana przez powodów we własnym zakresie. Nie dokonywał zakupu wszystkich materiałów budowlanych niezbędnych do wykonania umowy. Na wszystkie zgłoszone przez powodów usterki, reagował i niezwłocznie przystępował do prac poprawkowych. Przyczyną wycieku wody z instalacji centralnego ogrzewania, była nie wadliwość jej wykonania lecz awaria pieca CO, który ostatecznie przez firmę, od której został zakupiony został wymieniony na nowy. Odnośnie żądania przez powodów projektu powykonawczego instalacji CO wskazał, że przekazał powodom schemat tej instalacji wraz z zdjęciami fotograficznymi. Podniósł ponadto, że w projekcie nie było projektu konstrukcji zbrojenia stropu nad parterem, klatki schodowej oraz ram stalowych dachu. Projekty w zakresie tych robót wykonał pozwany na własny koszt. Powodowie za wykonanie projektów w zakresie w/w robót mu za nie zapłacili. Zarzucił też, że powodowie próbowali go obciążyć także odpowiedzialnością za złą jakość parkietu, którzy sami zakupili.

Wyrokiem z dnia 29 marca 2013 roku Sąd Okręgowy w Olsztynie:

- zasądził od pozwanego S. P. (1) na rzecz powodów B. M. i G. M. solidarnie kwotę 96.043,13 złotych z ustawowymi odsetkami od 1 czerwca 2010 r.;
- oddalił powództwo w pozostałym zakresie;
- zasądził od pozwanego S. P. (1) na rzecz powodów B. M. i G. M. solidarnie kwotę 3.555,31 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;
- nakazał ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Olsztynie od powodów B. M. i G. M. solidarnie kwotę 1.913,60 złotych i od pozwanego S. P. (1) kwotę 2.911,41 złotych tytułem reszty nieuiszczonych wydatków sądowych.

Wyrok ten Sąd okręgowy wydał w oparciu o następujące ustalenia i rozważania:

Strony w dniu 1 września 2007 r. zawarły umowę, na podstawie której powodowie zlecili pozwanemu wykonanie stanu surowego otwartego budynku mieszkalnego jednorodzinnego wolnostojącego w O. przy ul. (...) z materiałów dostarczonych przez wykonawcę w terminie do 30 grudnia 2007 r., za wynagrodzeniem 617.950 zł. W umowie strony szczegółowo określiły materiały, z których będą wykonane poszczególne etapy robót stanu surowego wraz z ich ceną. W umowie tej ustalono też sposób i terminy rozliczenia za wykonane prace, a mianowicie możliwość wystawiania przez wykonawcę faktur częściowych po zakończeniu danego etapu prac, płatnych przelewem w terminie 3 dni roboczych. Strony przewidziały też możliwość odstąpienia przez każdą ze stron od umowy oraz możliwość naliczenia kar umownych w wysokości 10% w przypadku rozwiązania umowy z przyczyny zawinionej przez stronę.

Umowa ta była wielokrotnie aneksowana. Aneksiem Nr (...) do umowy z dnia 11 lutego 2008 r. strony ustaliły koszt pracy agregatu prądotwórczego, zwiększenia zużycie stali konstrukcyjnej dachu, oraz drewna konstrukcyjnego dachu. Ustalono również w tym aneksie koszt wykonania ścianek działowych, wykonanie w dalszym terminie schodów wejściowych do budynku oraz sposób wykończenia kominów budynku. Aneksiem Nr (...) z dnia 2 marca 2008 r. powodowie zlecili pozwanemu wykonanie robót stanu developerskiego i wykończeniowego z materiałów dostarczonych przez pozwanego w terminie do 28 sierpnia 2008 r. Rodzaj tych robót został określony w harmonogramie stanowiącym załącznik do tego aneksu, a wartość robót zostało ustalona szacunkowo na kwotę 297.405 zł brutto, z jednoczesnym określeniem sposobu dokładnego wyliczenia wynagrodzenia pozwanego. Po sporządzeniu tego aneksu w dniu 11 sierpnia 2008 r. strony poczyniły ustalenia w sprawie robót wykończeniowych budynku, ustalając dokładnie tak rodzaj, jak terminy wykonania poszczególnych prac. Aneksiem Nr (...) z dnia 8 października 2008 r. ustalono prace, które pozostały jeszcze do wykonania, określono termin zakończenia robót do 24 października 2008 r. Ponadto wykonawca zobowiązał się do pokrycia kosztów wynajmu domu przez powodów od września do zakończenia prac w kwocie 2.700 zł oraz dokonania montażu odkurzacza centralnego za 50% ceny tj. kwotę 5.200 zł w ramach rekompensaty za opóźnienie.

Aneks Nr (...) z dnia 31 października 2008 r. dotyczył ustaleń w przedmiocie końcowego rozliczenia budowy.

Zgodnie z umową dom jednorodzinny miał być wybudowany na podstawie projektu dostarczonego przez zlecających, a wykonanego przez mgr inż. M. P. (1) pod nazwą „Projekt budynku jednorodzinny w O. przy ul. (...), maj 2007”. W skład tego projektu wchodził projekt konstrukcji budynku, sporządzony przez inż. W. J., projekt przyłącza wodno - kanalizacyjnego, sporządzony przez inż. S. C., oraz instalacji elektrycznej, sporządzony przez inż. J. K..

Kierownikiem budowy niniejszej inwestycji był H. S., a inspektorem nadzoru M. P. (2). Projektant M. P. (1) pełnił nadzór autorski, a także występował w charakterze „dokumentacji zastępczej” tzn. udzielał odpowiedzi na pytania wykonawcy, w czasie realizacji projektu.

W projekcie kominek nie był zaprojektowany, był zaprojektowany ciąg kominowo - wentylacyjny, który umożliwił wykonanie kominka zgodnie z życzeniem inwestora. W trakcie wykonywania robót zmieniła się koncepcja inwestora w przedmiocie wykonania kominka. Zamiast paleniska otwartego miało ono być zamknięte. Konieczne było wykonanie nawiewu. Sposób wykonania tego nawiewu został ustalony z wykonawcą i wykonany.

M. P. (1) nie był autorem jakiegokolwiek projektu powykonawczego. Uczestniczył przy odbiorze części prac, które ulegały zakryciu. Współautorem projektu niniejszego budynku był M. P. (2), który nie miał zastrzeżeń w zakresie tych robót które odbierał.

Za wykonane roboty budowlane powód wystawił w dniu 7 maja 2008 r. fakturę VAT Nr (...)r. na kwotę 78.400 zł brutto i w dniu 11 lipca 2008 r. fakturę VAT Nr (...) na kwotę 139.730,01 zł brutto. Pozwany nie zaprzeczył jednak zeznaniom powoda B. M., że wartość przedmiotowej inwestycji (materiały i robocizna) zamknęła się kwotą ok. 2.000.000 zł.

W dniu 20 sierpnia 2008 r. w domu powodów została przeprowadzona kontrola i oględziny przewodów kominowych, w wyniku której stwierdzono, że przewody kominowe są zbudowane zgodnie z przepisami. Podłączenia kominowe oraz przewody kominowe są sprawne i nadają się do użytkowania.

W dniu 28 listopada 2008 r. dokonano protokolarnego odbioru końcowego i przekazania budynku do eksploatacji. W protokole odbioru stwierdzono, że roboty zostały wykonane zgodnie z umową i zasadami sztuki budowlanej, a ich jakość określono jako dobrą. W protokole tym został też ustalony termin rozpoczęcia gwarancji (31 października 2008 r.) i termin jej zakończenia (31 października 2011 r.) Z załącznika do protokołu odbioru wynika, że w chwili odbioru zostały stwierdzone następujące wady:

1. nieuregulowany grzejnik pod oknem;
2. przeciekające rynny w szczególności nad drzwiami do jadalni;
3. nierówna powierzchnia i ruchome kostki granitowe na wewnętrznej drodze dojazdowej;
4. ruchome kostki w opasce przy płocie od strony ul. (...);
5. nie wykonanie impregnacji mleczeniem stolarki okiennej i drzwiowej zewnętrznej;
6. pęknięcia ścian na styku z sufitem w kilku pomieszczeniach (pomieszczenie fitness, pokój na piętrze, łazienka na parterze);
7. mechaniczne zarysowania szyb w większości stolarki okiennej i drzwiowej zewnętrznej.

Stwierdzone tym protokołem usterki pozwany zobowiązał się usunąć w terminach od 9 grudnia 2008 r., a przypadku pęknięć ścian do maja 2009 r. Ze wskazanych w protokole odbioru usterek, pozwany usunął tylko usterki opisane w punkcie 1 - 4. Pozostałe wady stwierdzone w tym protokole nie zostały usunięte, lub usunięcie ich było tak dalece niestaranne, że np. pęknięcia ścian pojawiały się w tych samych miejscach na nowo, wobec czego powodowie ostatecznie zrezygnowali z tego, aby pozwany wykonawca je usuwał.

W okresie od czerwca 2009 r. do lutego 2010 r. powodowie zgłaszali pozwanemu kolejne wady wykonanych robót, a pozwany zajmował stanowisko w tym względzie i informował powodów o usunięciu wady, albo o braku zasadności ich zgłoszenia.

W dniach 9 i 10 listopada 2009 r. ustalono, iż przyczyną wycieku wody z instalacji CO była wada fabryczna bloku w komorze spalania pieca CO. W czasie ustalania tego przecieku świadek J. M., któremu powodowie zlecieli ustalenie przyczyn tego wycieku stwierdził brak dokumentacji w zakresie wykonania CO. Piec centralnego ogrzewania został przez sprzedawcę wymieniony na nowy.

W dniu 2 grudnia 2008 r. strony dokonały inwentaryzacji szyb w oknach i drzwiach. Ubezpieczyciel pozwanego (...)

(...) w S. decyzją z dnia 2 maja 2009 r. przyznał powodom odszkodowanie w kwocie 26.798,03 zł za uszkodzenia stolarki okiennej firmy (...). Na skutek cesji powodów z dnia 14 stycznia 2009 r. odszkodowanie to zostało wypłacone firmie (...). Po wypłacie tego odszkodowania i wymianie wszystkich szyb zarysowanych, powodowie przy protokolarnym odbiorze od pozwanego wykonawcy tej wymiany w dniach 18 czerwca 2010 i 20 maja 2010 r. stwierdzili niestaranne wykonanie uszczelnienia szyb okiennych i drzwiowych, brak wypełnienia ubytków w liniach przyziemnych i po starych zaciekach. Uszkodzony też został kran w kuchni. Dalsze uszkodzenia szyb zgłaszane przez pozwanego ubezpieczycielowi, nie zostały przez niego uwzględnione, a z decyzji z dnia 10 września 2010 r. wynika, że brak jest przesłanek do przyjęcia odpowiedzialności ubezpieczyciela za uszkodzenia tych szyb przez pozwanego.

Uszkodzone szyby w oknach w domu powodów wymieniał z ramienia firmy (...). Nie interesował się wówczas ramami i w czasie wymiany szyb inwestorzy nie zgłaszali zastrzeżeń co do ram. Uszkodzenia ram i szyb stwierdzone przez biegłego sądowego, według tego świadka, zdarzają się w wyniku działania agresywnej chemii (np. rozpuszczalnika poliuretanowego) i mechanicznych uszkodzeń.

W dniu 20 listopada 2009 r. H. d. na zlecenie powodów sporządził opinię dotyczącą jakości prac budowlanych wykonanych na budowie domu powodów. Stwierdził on wadliwe wykonanie wentylacji grawitacyjnej szeregu pomieszczeń, niewykonanie, mimo że projekt to przewidywał, drabinek śniegowych, brak zasilania powietrzem zamkniętej komory spalania kominka w salonie, brak zasyfonowania krater ściekowych w posadzce kotłowni, niewłaściwy przebieg pionu kanalizacyjnego w pralni, nieprawidłowości w wykonaniu stolarki drzwiowej i okiennej, posadzek tarasowych, odpowietrzenia pionów kanalizacji sanitarnej, wykonanie posadzki w garażu w zakresie jej spadku (w kierunku ściany budynku). W opinii tej zostało wskazane złe wykonanie izolacji termicznej oraz wskazano, że instalacja sanitarna została wykonana bez żadnej dokumentacji projektowej. Wycenił wartość robót niezbędnych do usunięcia wskazanych usterek na kwotę 113.610,58 zł netto.

Dalej Sąd wskazał, że biegły sądowy K. P. stwierdził wady w wykonaniu wentylacji grawitacyjnej, w osadzeniu krater ściekowych, w położeniu płytek na schodach przed wejściem głównym i tarasie (hydrofobizacja), niewłaściwie wykonanie posadzki w garażu z miejscowym spadkiem do środka pomieszczenia, brak zasilania zamkniętej komory spalania kominka, niewłaściwie wykonanie pionów kanalizacyjnych, wprowadzenie odpowietrzenia pionu kanalizacyjnego ponad połac dachu, pęknięcia ścian i tynków w różnych pomieszczeniach domu oraz niewykonanie drabinek śniegowych i drewnianej podłogi na strychu. Biegły ten stwierdził też nieprawidłowy montaż stolarki okiennej, brak pionowości jej osadzenia w oknach wielu pomieszczeń, w tym w oknach salonu i oknie wyjściowym na taras. Niewłaściwie zdaniem biegłego została przeprowadzona pielęgnacja ram okiennych, na których biegły stwierdził liczne uszkodzenia mechaniczne i zabrudzenia koloru białego. Biegły ten ustalił koszt usunięcia tych wad na kwotę 96.043,13 zł brutto.

W opinii uzupełniającej biegły sądowy K. P. wskazał, że wszystkie wady stwierdzone przez niego w budynku powodów są wadami usuwalnymi. Wyjaśnił też jaki przyjął sposób ich usunięcia, a w związku z tym i koszt z tym związany. Biegły stwierdził też, że rzeczywiście instalacja hydrauliczna, sanitarna oraz CO wewnątrz budynku została wykonana bez dokumentacji technicznej i w znacznym stopniu uległa zakryciu. Biegły jednak nie potrafił odpowiedzieć na pytanie czy wartość tych prac została zawyżona przez pozwanego o kwotę 10.000 zł.

Sąd wskazał, że po sporządzeniu opinii przez biegłego sądowego K. P. powodowie określili żądanie pozwu na kwotę 136.989,03 zł, cofając roszczenie pozwu ponad tę kwotę. Pozwany nie wyraził zgody na cofnięcie pozwu ponad w/w kwotę bez zrzeczenia się roszczenia.

Sąd wskazał, że świadkowie W. P. (1), E. S., P. P. (1), L. R. oraz pozwany S. P. (1), przesłuchany w charakterze strony, zeznali, że zleczone roboty zostały wykonane zgodnie z projektem, za wyjątkiem posadzki w garażu, która ma spadek w stronę budynku. Wskazali, że były liczne odstępstwa od projektu, bo inwestorzy zmieniali koncepcję wykonania np. kominka, wykonania łazienek. Podkreślili prawidłowe wykonanie zgodnie z przyjętymi normami wentylacji w

budynku. Zgodnie z normami i projektem została wykonana izolacja, a ułożenie na nim drewnianej podłogi nie było przewidziane. Drabinki śniegowe nie były przedmiotem umowy stron i dlatego nie zostały wykonane. Nie było projektu wykonania instalacji CO, gazowej i wodnokanalizacyjnej. Powód B. M. żądał od wykonawcy wykonania projektu tej instalacji, mimo że nie była w tym zakresie zawarta żadna umowa.

Sąd ustalił także, w oparciu o zeznania świadków M. M. (2), R. P. (1), J. N. (1) oraz zeznania powodów, że powodowie i ich rodzina odczuwają stały dyskomfort, mieszkając w domu, w którym jest duszno, nie można napalić w kominku, bo zasysa on powietrze z wewnątrz pomieszczenia, są porysowane szyby i stolarka okienna i drzwiowa, popękane są ściany, a w łazienkach i pralni są nieprzyjemne wycieki z kratki ściekowych. Na budowie już w trakcie wykonywania robót panował nieporządek, robotnicy zatrudniani przez pozwanego nie dbali o np. o sprzęty powodów, które już w czasie prac przywieziono do domu, przywozili do ich kontenerów gruz z innych budów. Niestarannie były wykonywane prace przy usuwaniu wad. Pozwany nie zabezpieczył stolarki okiennej, mimo że po jej zamontowaniu były wykonywane prace na zewnątrz budynku, nie dokonał właściwej impregnacji tej stolarki.

Sąd wskazał, nie uzasadniając bliżej swej decyzji, że oddalił wnioski dowodowe powodów o ponowne przesłuchanie świadka W. P. (2) na okoliczność, czy świadek ten kłękał przed powódką i prosił aby nie wpisywać uszkodzonych ram do protokołu, oraz świadka H. d' A. na okoliczność, czy pozwany wykonał właściwą pustkę wentylacyjną powietrzną oraz szczelinę wentylacyjną w polach między krokwiowych, a także wniosek pozwanego o ponowne przesłuchanie P. P. (1) oraz M. P. (2) oraz wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu kominiarstwa na okoliczność sprawności, przepustowości i drożności przewodów wentylacyjnych i biegłego z zakresu stolarki budowlanej na okoliczność prawidłowego zamontowania rolo kaset w domu powodów.

W tak ustalonym stanie faktycznym, Sąd zakwalifikował zawartą przez strony umowę jako umowę o roboty budowlane.

Wskazał, że z wiarygodnych, w jego ocenie, zeznań świadków M. P. (1) i w tym zakresie P. P. (1) wynika, że w trakcie wykonywania robót zmieniały się koncepcje wykonania ich poszczególnych elementów, co powodowało konieczność ustaleń zastępczych. Dotyczyło to na przykład wykonania kominka, który według projektu miał być kominkiem otwartym, a w trakcie wykonywania robót inwestorzy zdecydowali o tym, iż będzie to kominek zamknięty.

Dalej wskazał Sąd, że zasadniczy spór między stronami dotyczy wad w wykonanych robotach, ich rodzaju i zakresu, a także tego, czy powodowie ponieśli szkodę i w jakiej wysokości w wyniku braku sporządzenia przez wykonawcę dokumentacji powykonawczej, robót hydraulicznych, instalacji gazowej oraz CO. Na tle tego sporu powodowie domagają się także zapłaty zadośćuczynienia za krzywdę, którą ponieśli i ponoszą na skutek wadliwie wykonanych robót w ich dom.

Dla rozstrzygnięcia sporu mają więc, zdaniem Sądu, istotne znaczenie regulację zawarte w art. 637 k.c., art. 471 k.c. oraz w w/w art. 471 k.c. w związku z art. 23 i 24 w związku z art. 448 k.c.

Przywołał Sąd przepis art. 637 k.c. którego stosowanie do umowy o roboty budowlane wynika z art. 656 k.c., i stwierdził, że przewiduje on w formie rękojmi za wady szczególną ochronę strony obciążonej wadami świadczenia. Wskazał, że powodowie formułują swoje roszczenie z tytułu rękojmi za wady w ten sposób, iż domagają się obniżenia wynagrodzenia.

Odwołując się do opinii biegłego sądowego K. P., którą Sąd ocenił jako rzetelną fachową i bezstronną, a przez to zasługującą na uwzględnienie w całości, Sąd stwierdził, że wady zgłoszone przez powodów rzeczywiście istnieją i są wynikiem nienależytego wykonania robót budowlanych przez pozwanego wykonawcę. Wady te mają charakter wad usuwalnych. Biegły wycenił koszt usunięcia tych wad na kwotę 96.043,13 zł brutto.

Sąd wskazał, że biegły szczegółowo ustosunkował się zarzutów obu stron, a w szczególności pozwanego i odpowiedział na wszystkie dodatkowe pytania. Dlatego opinię Sąd podzielił w całości. Podkreślił, że zdjęcia wykonane przez biegłego podczas oględzin w sposób jednoznaczny ilustrują stwierdzone przez niego wady oraz że opinia koresponduje co do zasady z ustaleniami poczynionymi na zlecenie powodów przez H. d'A., jak również z zeznaniami powodów oraz

świadków M. M. (2), R. P., D. K. i J. N. (1), którym jako zgodnym logicznym i wzajemnie się uzupełniającym Sąd nie odmówił wiary.

W świetle opinii biegłego sądowego K. P. należy uznać, zdaniem Sądu, za całkowicie niewiarygodne zeznania świadków W. P. (1), E. S., P. P. (1) i L. R. oraz pozwanego S. P. (2), iż roboty budowlane zastały w domu powodów wykonane z należytą starannością i zgodnie ze sztuką budowlaną, a obecnie stwierdzone wady, w szczególności w zakresie wentylacji w budynku i prawidłowości wykonania kominka, wynikają ze sposobu ich wykonania zgodnego z życzeniem inwestorów. W/w świadkowie, a szczególnie W. P. (1) i P. P. (1) jako ojciec i brat pozwanego są - w ocenie Sądu - niewątpliwie zainteresowani korzystnym rozstrzygnięciem sprawy dla pozwanego i w takim kontekście należy je ocenić.

Dalej wywiódł Sąd, że fakt przeprowadzenia w dniu 20 sierpnia 2008 r. w domu powodów kontroli i oględzin przewodów kominowych, w wyniku której stwierdzono, że przewody kominowe są zbudowane zgodnie z przepisami, a podłączenia kominowe oraz przewody kominowe są sprawne i nadają się do użytkowania, nie oznacza, że pozwany wykonawca wykonał zasilanie zamkniętej komory spalania kominka. Przedmiotem kontroli kominiarskiej nie było bowiem sprawdzenie prawidłowości funkcjonowania kominka zamkniętego w domu powodów, a przeprowadzona kontrola miała na celu stwierdzenie drożności i podłączeń przewodów kominowych. Za wiarygodne w tym względzie uznał Sąd zeznania świadka L. K.. Natomiast zeznania A. Ł. i W. O. za całkowicie nieprzydatne dla niniejszej sprawy.

Sąd wskazał, że wobec tego, że wada w zamontowaniu kominka polega na braku zasilania zamkniętej komory spalania, oddaleniu podlegał wniosek pozwanego

o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu kominiarstwa, jako że okoliczności, na które ta opinii została zgłoszona zostały już dostatecznie wyjaśnione (art. 217§ 3 k.p.c).

Podobnie, zdaniem Sądu, rzecz ma się z wadliwym zamontowaniem stolarki okiennej, a także z uszkodzeniami ram i szyb w tej stolarce. Wady w jej montażu oraz jej uszkodzenia zostały stwierdzone przez biegłego K. P.. Na zdjęciach wykonanych przez tego biegłego w czasie wizji, uszkodzenia te są wyraźne

1 wskazują, czy to mechaniczne uszkodzenie, czy też pobrudzenie białą farbą lub zaprawą murarską. Fakt wypłacenia przez ubezpieczyciela pozwanego odszkodowania powodom, które oni scedowali na firmę (...) aż w kwocie 26.798,03 zł świadczy o skali uszkodzenia tej stolarki i szyb w czasie procesu inwestycyjnego i o wyjątkowym braku staranności pozwanego wykonawcy. Świadczą o tym nie tylko zeznania powodów, świadków R. P. i J. N., ale i wiarygodne zeznania świadka S. P. (3), który z ramienia firmy (...) dokonywał wymiany uszkodzonych szyb oraz T. P. wykonującego inne prace stolarskie w domu powodów.

W ocenie Sądu każdy biegły z zakresu budownictwa ma wystarczającą wiedzę do ustalenia prawidłowości osadzenia stolarki, co zdecydowało o oddaleniu wniosku o powołanie kolejnego biegłego z zakresu stolarki budowlanej, jako dowodu powoływanego jedynie dla zwłoki, gdyż okoliczności, które ten dowód miałby wyjaśnić zostały już dostatecznie wyjaśnione (art. 217 § 3 k.p.c.).

W podsumowaniu tych rozważań, Sąd stwierdził, że roszczenia powodów z tytułu obniżenia wynagrodzenia za wady w wykonanych robotach ponad kwotę 96.034,13 zł podlegają oddaleniu.

Za niesprawiedliwione uznał Sąd pozostałe roszczenia powodów. Wskazał, że powodowie nie utrzymali się w swoim roszczeniu o zapłatę kwot 59,71 zł stanowiącej koszt ubytku wody z niesprawnie działającego systemu instalacji centralnego ogrzewania oraz 366 zł stanowiącej koszt opinii zleconej przez powodów, a dotyczącej ustalenia przyczyn tego przecieku. Przyczyną bowiem wycieku wody nie było wadliwe wykonanie instalacji przez pozwanego, a wada fabryczna pieca centralnego ogrzewania, który został ostatecznie przez producenta wymieniony na inny wolny od wad. Okoliczność ta wynika jednoznacznie z wiarygodnych zeznań przedstawiciela firmy zajmującej montażem i dystrybucją pieców świadka J. M..

Sąd oddalił również wnioski powodów o ponowne przesłuchanie świadków H. d'A. i W. P. (1), oraz wnioski pozwanego o ponowne przesłuchanie świadków P. P. (3) i M. P. (2) uznając, że okoliczności na które świadkowie ci zostali powołani zostały już dostatecznie wyjaśnione (art. 217§ 3 k.p.c.)

Odnosząc się do żądania zapłaty kwoty 10.000 złotych, Sąd wskazał, że domagając się zapłaty w/w kwoty powodowie nie wykazują, że zawarli z pozwanym umowę o wykonanie dokumentacji. Nie wykazali też jaką konkretnie szkodę ponieśli z tytułu braku profesjonalnej dokumentacji powykonawczej tej instalacji ani istnienia związku przyczynowego między wysokością dochodzonej przez nich szkody w kwocie 10.000 zł, a zaniechaniem pozwanego.

Odnosząc się do żądania zadośćuczynienia, Sąd wskazał, że przepisy obowiązującego prawa nie przewidują dochodzenia w trybie kontraktowym ochrony dóbr osobistych.

O kosztach procesu Sąd orzekł po myśli art. 100 k.p.c., rozdzielając je stosunkowo między strony stosownie do wyniku sporu. Koszty poniesione przez strony w niniejszej sprawie to kwota 17.192 zł (opłata od pozwu 7.958 zł zaliczka na wynagrodzenie biegłego uiszczona przez powodów 2.000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocników obu stron po 2 x 3.617 zł). Powodowie utrzymali się w swoim roszczeniu w 60,34 %, a zatem należne ich koszty to kwota 10.373,65 zł. Pozwany wygrał sprawę w 39,66% a zatem należne koszty w jego przypadku koszty to kwota 6.818,34 zł. Różnica między sumą w/w stanowi kwotę 3.555,31 zł i są to koszty, które pozwany winien zapłacić powodom. W chwili zamknięcia rozprawy nie zostały uiszczone na rzecz Skarbu Państwa wydatki na wynagrodzenie biegłego w kwocie 4.825,02 zł. Obciążono nimi strony również stosownie do wyniku sporu.

Apelację od tego wyroku wywiódł pozwany. Zaskarżając wyrok w części uwzględniającej powództwo do kwoty 90.044 złotych, zarzucił:

1. naruszenie prawa procesowego tj. art. 217 § 3 kpc polegające na pominięciu wniosku dowodowego pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego z zakresu budownictwa, na okoliczność jak biegły powołany w sprawie;
2. naruszenie prawa procesowego, tj. art. 217 § 3 kpc polegające na pominięciu wniosku dowodowego pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z/z kominiarstwa na okoliczność sprawności przepustowości i drożności przewodów wentylacyjnych w domu powodów (złożony w piśmie procesowym z dnia 21.02.2011 r.);
3. naruszenie prawa procesowego, tj. art. 217 § 3 kpc polegające na pominięciu wniosku dowodowego pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z/z stolarki budowlanej na okoliczność, czy pozwany prawidłowo zamontował okna do rolokaset L. w domu powodów (złożony pismem procesowym z dnia 23.07.2012 r.);
4. naruszenie prawa procesowego polegające na braku wszechstronności w ocenie materiału dowodowego sprawy przejawiające się brakiem oceny znaczenia dla sprawy wpisów w dzienniku budowy i odebrania budynku przez powodów, a nadto zeznań świadków H. S., W. P. (3), W. P. (1), P. P. (1), L. R., w zakresie wskazującym na uzgadnianie z powodami i ich przedstawicielami, wszystkich metod budowy i rozwiązań technicznych zastosowanych przez pozwanego przy budowie domu powodów, nadto tej okoliczności, że powodowie pomimo bardzo szczegółowego opisywania swoich roszczeń i zastrzeżeń do wyników pracy pozwanego, do czasu uzyskania opinii biegłego powołanego w sprawie, nie zgłosili pozwanemu uszkodzenia ram okiennych;
5. sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią materiału dowodowego sprawy polegające na ustaleniu, że ubezpieczyciel odpowiedzialności cywilnej pozwanego (...) SA, wypłacił odszkodowanie za uszkodzenia stolarki okiennej;
6. naruszenie prawa procesowego tj. art. 233 § 1 kpc polegające na odmowie wiarygodności zeznaniom świadków W. i P. P. (1) i pozwanego, a uznanie za wiarygodne zeznań świadka M. P. (1) w zakresie ustalenia o konieczności doprowadzenia zasilenia powietrzem komory kominka powodów;



7. naruszenia prawa procesowego tj. art. 217 § 3 kpc polegające na pominięciu wniosku dowodowego pozwanego o dopuszczenie dowodu z uzupełniającego przesłuchania M. P. (2) i P. P. (1);

8. sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią materiału dowodowego sprawy polegającą na ustaleniu, że umowa i projekt przewidywały założenie przez pozwanego drabinek śniegowych i ułożenie przez niego podłogi na strychu, nadto, że do uszkodzenia stolarki okiennej doszło na skutek działania pozwanego i w konsekwencji, że pozwany po odbiorze końcowym wykonywał prace budowlane przy elewacji domu powodów, nadto, że nie doszło do ustaleń stron co do przeprowadzenia rur kanalizacyjnych w pustakach typu silka, nadto, że nie doszło do ustaleń stron co do nie wykonywania dopływu powietrza do kominka, nadto, że w przestrzeni dachu nie została wykonana pustka wentylacyjna, nadto, że hydrofobizacja płytek zewnętrznych nastąpiła na skutek działań pozwanego;

9. naruszenie prawa procesowego polegające na zastosowaniu art. 322 kpc przy ustalaniu odszkodowania związanego z usterkami i wadami stolarki okiennej;

10. naruszenie prawa materialnego tj. art. 637 kc w zw. z art. 656 kc polegające na ich zastosowaniu i uwzględnieniu żądania pozwu;

11. naruszenie prawa materialnego tj. art. 362 kc polegające na jego nie zastosowaniu i nie obniżeniu odszkodowania zasądzonego na rzecz powodów z uwagi na ich przyczynienie się do powstania szkody;

12. naruszenie prawa materialnego tj. art. 481 § 1 kc polegające na zasądzeniu odsetek od dnia złożenia pozwu także od odszkodowań za szkody ujawnione dopiero w opinii biegłego (podłoga na poddaszu, uszkodzenia stolarki okiennej) i uwzględnione przez powodów przy modyfikacji żądania pozwu dopiero w piśmie procesowym z dnia 20.02.2011 r.

W oparciu na wymienione zarzuty, skarżący wnosił o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie w tym zakresie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji przy pozostawieniu temu sądowi rozstrzygnięcia o kosztach procesu za instancję odwoławczą Ewentualnie o:

1. dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego z zakresu budownictwa, na okoliczność, jak biegły powołany w sprawie;

2. dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z/z kominiarstwa na okoliczność sprawności, przepustowości i drożności przewodów wentylacyjnych w domu powodów;

3. dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z/z stolarki budowlanej na okoliczność, czy pozwany prawidłowo zamontował okna do rolokaset L. w domu powodów;

4. dopuszczenie dowodu z uzupełniającego przesłuchania świadka M. P. (2) na okoliczność dlaczego od dnia 17.10.2007 r. nie wypełniał swoich obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego na budowie domu powodów i świadka P. P. (1) na okoliczność, czy w dniu odbioru stolarka okienna w domu powodów była uszkodzona i czy, jak podała powódka, klękał przed nią, aby tej wady nie wpisywać do protokołu odbioru.

Po przeprowadzeniu tych dowodów o oddalenie powództwa i zasądzenie od powodów na rzecz pozwanego kosztów procesu wg. norm przepisanych, o ile nie zostanie złożony spis kosztów.

**Sad Apelacyjny zważył, co następuje:**

**Apelacja okazała się częściowo uzasadniona.**

Wstępnie wskazać trzeba, że inwestorowi w razie wadliwego wykonania robót budowlanych, przysługuje wybór co do sposobu uzyskania rekompensaty od wykonawcy robót budowlanych. Może on oprzeć swoje roszczenie wyłącznie na przepisach ogólnych o odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 k.c.) albo też, nie rezygnując z uprawnień przysługujących mu z rękojmi, dodatkowo dochodzić naprawienia poniesionej szkody. Dokonanie tego wyboru

wywołuje określone skutki prawne i procesowe: jeżeli wybrał reżim rękojmi musi w zasadzie jedynie udowodnić istnienie wady, natomiast jeżeli wybrał reżim odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 k.c. musi udowodnić fakt nienależytego wykonania zobowiązania przez inwestora, rodzaj i wysokość szkody oraz istnienie normalnego związku przyczynowego między nienależytym wykonaniem zobowiązania a szkodą. W takiej sytuacji bowiem, wykonawca nie odpowiada według surowszego reżimu odpowiedzialności za samo istnienie wady, lecz za szkodę wyrządzoną niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania.

Inwestor obowiązany jest zbadać budynek dokładnie, z należytą starannością w chwili odbioru. A jeżeli mimo starannego odbioru wad nie dało się wykryć i ujawniły się one później, to niezwłocznie o nich zawiadomić wykonawcę. Niedopełnienie tych obowiązków powoduje utratę roszczeń z rękojmi. Wydaje się także, że przesłanką powstania uprawnień z rękojmi nie są również wady obiektu budowlanego powstałe wskutek wykonania robót według wskazówek inwestora, pod warunkiem wszakże uprzedzenia inwestora przez wykonawcę, że wykonanie robót według jego wskazówek będzie miało ujemne następstwa w postaci np. odstępstwa od projektu, zasad sztuki budowlanej, czy też wadliwego funkcjonowania budynku ( art. 651 k.c.).

Dodać także trzeba, że skoro inwestor niezależnie od realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady obiektu budowlanego może na zasadach ogólnych (art. 471 i n. k.c.) dochodzić od wykonawcy odszkodowania z powodu nienależytego wykonania zobowiązania (zob. art. 568 w związku z art. 638 i art. 656 § 1 k.c.), to utrata przez wierzyciela uprawnień z tytułu rękojmi za wady budynku wzniesionego przez dłużnika (zob. art. 637 k.c. i przepisy, do których odsyła art. 638 w związku z art. 656 § 1 k.c.) nie stanowi przeszkody do domagania się przez wierzyciela od dłużnika odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy o roboty budowlane (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2013 roku, II CSK 602/12, LEX nr 1353159).

Przenosząc powyższe uwagi natury ogólnej na grunt rozpoznawanej sprawy, zauważyć na wstępie trzeba, że powodowie, domagając się zapłaty w związku z wadami wzniesionego przez pozwanego budynku, w pozwie nie określili podstawy prawnej dochodzonego roszczenia. Przytoczone w uzasadnieniu pozwu okoliczności wskazywać mogą na to, że podstawą ich żądania są przepisy o rękojmi. Powołali się bowiem na to, że wzywali pozwanego do usunięcia wad, czego pozwany nie uczynił w wyznaczonym terminie. Niezależnie jednak od tego, czy roszczenie powodów związane z wadami budynku jest realizacją roszczenia z rękojmi (obniżenia wynagrodzenia), czy też żądaniem zapłaty odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, podstawową kwestią jest ustalenie czy wskazywane przez powodów wady budynku rzeczywiście występują. Strony pozostawały bowiem w sporze co do istnienia wad, z którymi powiązane jest dochodzone roszczenie.

W ocenie Sadu Apelacyjnego, nie można odmówić skarżącemu racji, że ustalenia Sądu pierwszej instancji w tym zakresie są częściowo wadliwe.

Błędnie po pierwsze ustalił Sąd pierwszej instancji, że wadliwie została wykonana izolacja termiczna dachu. W tym zakresie Sąd pierwszej instancji poczynił ustalenia w oparciu o opinię biegłego z zakresu budownictwa. Jednakże uszło uwagi Sądu pierwszej instancji, że pozwany - kwestionując w tym zakresie opinię - zarzucił, że biegły nie dokonał w czasie oględzin odkrywek. Biegły wyjaśniając ustnie opinię przyznał, że nie robił odkrywek, a jedynym miejscem gdzie widoczne było ocieplenie był strych. Zatem - w ocenie Sądu Apelacyjnego - wniosek biegłego o wadzie polegającej na niewykonaniu szczeliny wentylacyjnej pomiędzy połącją dachu, a wełna mineralną wydają się dowolny. W tym zakresie odmienne wnioski płyną z opinii innego biegłego, z której przeprowadzony został dowód w postępowaniu apelacyjnym. Biegły A. C. umotywował w sposób przekonujący swoje stanowisko, wskazując i na dokonanie odkrywki, i na to, że nie stwierdził żadnych objawów braku odpowiedniej szczeliny wentylacyjnej (zawilgocenie, rozwój grzyba), które - jego zdaniem ujawniłyby się - po tak znacznym już od zakończenia budowy czasie.

Gdy chodzi o dalsze wskazywane przez powodów wady polegające na braku pewnych elementów budynku tj. drabinek śniegowych i podłogi drewnianej na strychu, stwierdzić trzeba, że brak tych elementów jest w sprawie poza sporem.

Niezależnie jednak od tego, czy brak tych elementów jest wadą budynku, czy też nie, przyznać należy rację skarżącemu, że brak tych elementów był łatwo dostrzegalny, a powodowie - będąc zobowiązani do zbadania budynku z należytą

starannością- „wad” tych nie zgłosili w chwili odbioru, a dopiero po sporządzeniu, na ich zlecenie, opinii przez rzeczoznawcę, który stwierdził, że elementy te ujęte są w projekcie budynku. W tych okolicznościach przyjąć trzeba, że utracili oni uprawnienia wynikające z rękojmi. Nie stanowi to - o czym już wcześniej powiedziano - przeszkody do domagania się przez powodów od pozwanego odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy o roboty budowlane, ale oczywiście pod warunkiem wykazania przesłanek tej odpowiedzialności.

Obowiązkowi temu - w ocenie Sądu Apelacyjnego - powodowie nie sprostali. Przede wszystkim trafnie podnosi skarżący, że powodowie nie wykazali, aby wykonanie tych elementów obejmowała umowa zawarta przez strony.

Na powodach spoczywał w pierwszym rzędzie obowiązek wykazania rzeczowego zakresu robót, które zgodnie z umową pozwany zobowiązany był wykonać.

Sąd pierwszej instancji ustalił w oparciu o opinię biegłego z zakresu budownictwa, że oba omawiane elementy były objęte projektem. Ustalenie to znalazło potwierdzenie w opinii biegłego, z której dowód przeprowadzony został w postępowaniu odwoławczym.

Do projektu przewidzianego w umowie obiektu budowlanego odwołuje się art. 647 k.c. zawierający definicję umowy o roboty budowlane, a art. 649 k.c. stanowi, iż w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy, czyli wprowadza domniemane rozszerzenie (rozwińnięcie) obowiązków wykonawcy. O zakresie obowiązków wykonawcy decyduje jednak każdorazowo treść umowy, która określa konkretny zakres praw i obowiązków stron.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie można odmówić racji skarżącemu, że umowa stron wykonania tych elementów nie przewidywała. Zwrócić należy uwagę, że w umowie podstawowej z dnia 1 września 2007 roku, dotyczącej wykonania stanu surowego otwartego budynku, jak też i w aneksie do tej umowy z dnia 2 marca 2008 roku, której przedmiotem było „wykonanie robót budowlanych stanu developerskiego i wykończeniowego w budynku” został szczegółowo określony zakres prac, a wśród tych szczegółowo opisanych prac związanych z wykonaniem pokrycia dachu (§ 2 pkt 1 ppkt 10) oraz związanych z wykonaniem docieplenia dachu i stropu nad piętrem (pkt 4 a w załączniku do aneksu nr (...) do umowy) nie wymieniono ani drabinek przeciwśniegowych, ani podłogi drewnianej na strychu. O tym, że zgodnym zamiarem stron było pominięcie tych elementów pośrednio świadczy zaś fakt, że powodowie w czasie odbioru budynku nie zgłosili braku tych elementów, mimo że brak ten był łatwo dostrzegalny. Zgłosili ten brak dopiero z chwilą uzyskania opinii rzeczoznawcy, który wskazał, że w projekcie przewidziano ich wykonanie.

W sytuacji zaś, gdy powodowie nie wykazali, aby wykonanie obu tych elementów było objęte umową, ich brak nie może być postrzegany jako nienależyte wykonanie umowy przez pozwanego.

Przechodząc do następnej wady, z którą powodowie łączą dochodzone roszczenie, a mianowicie uszkodzenia stolarki okiennej wstępnie wskazać trzeba, że istnienie tych uszkodzeń jest także bezsporne. Trafnie jednakże skarżący zarzuca, że Sąd pierwszej instancji błędnie wywiódł, że „o skali uszkodzenia tej stolarki i szyb w czasie procesu inwestycyjnego i o wyjątkowym braku staranności pozwanego” świadczy fakt wypłacenia przez ubezpieczyciela pozwanego odszkodowania powodom, które sędowali na firmę (...). W sprawie było bowiem bezspornym, że w ramach ubezpieczenia pozwanego zostały jedynie wymienione porysowane szyby w oknach. Tę wadę powodowie zgłosili już w trakcie odbioru budynku i wada ta została usunięta w ramach ubezpieczenia pozwanego. Wniosek Sądu, że świadczy to również o uszkodzeniu ram okiennych oraz wadliwym zamontowaniu stolarki okiennej jest dowolny. Przeciwnie - słusznie skarżący podnosi, że skrupulatność powodów w określeniu zarysowań szyb stawia pod znakiem zapytania to, czy w czasie odbioru budynku istniały stwierdzone później odbarwienia i zarysowania ram okiennych, czy też powstały one w późniejszym okresie i z innych przyczyn, niż niestaranność pozwanego w czasie wykonywania tynków.

Fakt istnienia tych wad jest bezsporny. Bezspornym jest także, że zarówno uszkodzenia mechaniczne ram, jak i ich odbarwienie są widoczne „gołym okiem”. Obaj biegli - tak biegły K. P., jak i biegły A. C. - jako najbardziej prawdopodobną przyczynę powstania uszkodzeń stolarki okiennej wskazali zabrudzenie tynkiem. Z opinii biegłego

A. C. wynika jednak ponadto, że wady te - o ile ich przyczyną byłoby wskazane zabrudzenie tynkiem - ujawniłyby się bezpośrednio po oczyszczeniu tych ram. Zakładając więc nawet, że powstały one na skutek nienależytego zabezpieczenia w czasie prac tynkarskich, to istniały one już w chwili odbioru budynku i były wykrywalne przy starannym odbiorze budynku, do którego powodowie byli zobowiązani. W sytuacji zatem, gdy wady te nie zostały ujawnione w protokole odbioru końcowego, (a dopiero w toku niniejszego procesu), to należy uznać, że powodowie utracili w związku z ich istnieniem uprzywilejowane uprawnienia z rękojmi. Służy im oczywiście roszczenie odszkodowawcze z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, ale łączy się z tym obowiązek wykazania wszystkich przesłanek - nienależytego wykonania zobowiązania przez powoda, szkody i związku przyczynowego. Temu zaś obowiązkowi - w ocenie Sądu Apelacyjnego - powodowie nie sprościli.

Przede wszystkim podkreślenia wymaga fakt, że wskazana przez biegłych przyczyna powstałych uszkodzeń ram jest przyczyną hipotetyczną. Pozwany podnosił, że stwierdzone uszkodzenia mogły powstać w późniejszym okresie wskutek użycia do mycia okien nieodpowiednich środków. Twierdzenie pozwanego uprawdopodobnia fakt późnego zgłoszenia tej wady przez powodów, tj. dopiero w toku rozpoznawanej sprawy. Wady nie dostrzegli powodowie w czasie odbioru budynku, inni członkowie komisji uczestniczącej w odbiorze, a także rzeczoznawca, który sporządził opinię na zlecenie powodów. W tych okolicznościach nie sposób uznać, że powodowie udowodnili, że omawiane wady powstały na skutek nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwanego. Mało tego, powodowie nie wykazali też wysokości poniesionej z tego tytułu szkody. Z opinii obu biegłych wynika, że są to wady usuwalne. Ewentualną szkodą powodów zatem byłby koszt usunięcia tych wad, którego powodowie nie wykazali. Zaproponowane przez biegłego obniżenie wynagrodzenia nie może wchodzić w grę z tej przyczyny - o czym już była mowa - że powodom z tego tytułu nie służą roszczenia z rękojmi.

Nietrafne okazały się natomiast zarzuty skarżącego zmierzające do wykazania wadliwości ustaleń Sądu pierwszej instancji odnośnie istnienia pozostałych wad budynku.

Dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa przeprowadzony w postępowaniu apelacyjnym na wniosek skarżącego nie dał podstaw do zweryfikowania ustaleń Sądu pierwszej instancji w kwestii istnienia wad wentylacji grawitacyjnej, wadliwego osadzenia stolarki okiennej, hydrofobizacji płyt na tarasach, schodach i balkonach, wadliwie wykonanej kanalizacji, niewykonania dopływu powietrza do kominka. W tym zakresie wnioski opinii biegłego A. C. zbieżne były z wnioskami opinii K. P..

Gdy chodzi o wentylację grawitacyjną, opinię biegły A. C. sformułował po wykonaniu pomiarów prędkości przepływu powietrza, o co wnioskował skarżący. Przeprowadzone pomiary potwierdziły też ponadnormatywne odchylenie połączy okien (wskazanych w opinii), wskutek ich wadliwego osadzenia. Biegły A. C. zgodził się też z tezą biegłego K. P., że trwałe odbarwienia płyt granitowych spowodowane zostało niezabezpieczeniem ich przed spoinowaniem.

W świetle opinii obu biegłych nie ulega również wątpliwości, że niezgodnie z zasadami sztuki budowlanej została osadzona kratka kanalizacyjna w pralni oraz wykonana posadzka w garażu. Przyznał to zresztą na rozprawie apelacyjnej pozwany.

Nie można zgodzić się także ze skarżącym, gdy zarzuca, że Sąd pierwszej instancji błędnie zaliczył do wad budynku obarczających odpowiedzialnością wykonawcę niewykonanie dopływu powietrza do kominka oraz wykonanie przewodów kanalizacyjnych w pustakach silka i brak rewizji przewodów kanalizacyjnych.

Pozwany swoje stanowisko w tym zakresie opierał na twierdzeniu, że w obu wypadkach sposób wykonania uzgodniony był z powodami i ich przedstawicielami. Twierdzeniom tym powodowie zaprzeczyli. Na pozwanym zatem spoczywał ciężar wykazania nie tylko tego, że tak istotnie było, ale także wykazania, że uprzedzał powodów, że wykonanie robót według ich wskazówek będzie miało ujemne następstwa w postaci np. odstępstwa od projektu, zasad sztuki budowlanej, czy też wadliwego funkcjonowania budynku (art. 651 k.c.)

W art. 651 k.c. nałożony został na wykonawcę robót budowlanych obowiązek niezwłocznego zawiadomienia inwestora o tym, że dostarczona dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego

wykonania robót, a także o tym, że wystąpiły inne okoliczności mogące przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót. W literaturze wskazuje się, że przepis ten konkretyzuje obowiązek ścisłego współdziałania stron umowy o roboty budowlane (podobnie, jak przy umowie o dzieło czyni to art. 634 k.c.).

Do obowiązków wykonawcy należy prawidłowe odczytanie projektu i realizacja inwestycji zgodnie z jego założeniami oraz z zasadami sztuki budowlanej (por. wyrok Sądu Najwyższego z 27 marca 2000 r., III CKN 629/98, OSNC 2000/9/173, wyrok z 26 czerwca 2008 r., II CSK 101/08, Lex nr 637702). W oparciu o powyższe można skonstruować tezę, że wykonawca, jako profesjonalista, nie jest jedynie bezkrytycznym odtwórcą projektu oraz ewentualnych wskazówek inwestora, ale musi wykonać zadanie przy uwzględnieniu zasad wiedzy technicznej. W konsekwencji obarczającym wykonawcę błędem w sztuce budowlanej będzie zazwyczaj niedostrzeżenie wadliwości powszechnie stosowanych, czy ogólnych rozwiązań konstrukcyjnych.

Jeśli chodzi o wadę polegającą na braku zasilania komory spalania kominka, wskazać trzeba, że w sprawie poza sporem było to, że w projekcie nie było przewidziane zasilanie kominka powietrzem z zewnątrz. Niespornym było także i to że dopiero w trakcie realizacji inwestycji inwestorzy podjęli decyzję dotyczącą zainstalowania kominka o zamkniętej komorze spalania. Te bezsporne okoliczności nie zwalniały jednak pozwanego z obowiązku wykonania kominka zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie normami i zasadami sztuki. Obaj biegli, którzy wydawali w tej sprawie opinie zgodni byli zaś co do tego, że doprowadzenie do kominka powietrza z zewnątrz wymagane jest zarówno w przypadku kominków z otwartą, jak i zamkniętą komorą spalania. Wynikało to również z instrukcji, która wydał wraz z kominkiem sprzedawca Z. M., co potwierdził zeznając w charakterze świadka. Pozwany nie wykazał, ani nawet nie twierdził, aby zwracał inwestorom uwagę na konieczność zastosowania tego rozwiązania. W tej sytuacji powoływanie się na uzgodnienie z inwestorami i ich przedstawicielami, w ocenie Sądu Apelacyjnego, jest bez znaczenia.

Analogicznie rzecz przedstawia się, gdy chodzi o niezgodność z obowiązującymi normami zabudowy pionów kanalizacyjnych i niewykonaniem otworów rewizyjnych.

Podsumowując, Sąd Apelacyjny w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji i w postępowaniu odwoławczym uznał, że do wad obciążających pozwanego z tytułu rękojmi nie należy niewykonanie drabinek śniegowych i podłogi na poddaszu, a ponadto że została prawidłowo, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej wykonana izolacja termiczna dachu. W ocenie Sądu Apelacyjnego nie wykazali także powodowie przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego w związku ze stwierdzonymi uszkodzeniami stolarki okiennej. W pozostałym zakresie ustalenia Sądu pierwszej instancji Sąd Apelacyjny podzielił, przyjmując je za podstawę własnego rozstrzygnięcia.

Wskazać trzeba, że dowód z opinii innego biegłego z zakresu budownictwa, który przeprowadzony został przed Sądem Apelacyjnym w uwzględnieniu wniosku skarżącego, nie dał podstaw do podważenia wartości dowodowej opinii biegłego K. P. - wnioski obu opinii były zbieżne w zasadzie we wszystkich kwestiach poza prawidłowością wykonania izolacji termicznej dachu. W tym tylko zakresie Sąd Apelacyjny za podstawę swych ustaleń - z przyczyn wcześniej wskazanych - przyjął opinię biegłego A. C..

Z kosztorysu stanowiącego integralną część opinii biegłego K. P. wynika, że koszt usunięcia wady polegającej na nieprawidłowym wykonaniu izolacji termicznej dachu został określony na 18.089,36 złotych (poz. 57 - 66 kosztorysu), koszt wykonania drabinek śniegowych - na kwotę 7035,46 złotych (poz. 53 kosztorysu), koszt wykonania podłogi - na kwotę 5442,79 złotych, a obniżenie wynagrodzenia w związku z uszkodzeniami stolarki okiennej określone zostało na kwotę 20.333,76 złotych (poz. 74 kosztorysu). Skoro roszczenie powodów w tym zakresie okazało się nieusprawiedliwione, to o sumę tych kwot tj. o kwotę 50.901,37 złotych należało obniżyć zasądzoną zaskarżonym wyrokiem kwotę.

W pozostałej części apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie.

Końcowo wskazać trzeba, że skarżący cofnął wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłych z zakresu kominiarstwa i z zakresu stolarki budowlanej. Dowód z uzupełniającego przesłuchania świadków Sąd Apelacyjny pominął zaś na podstawie art. 217 § 3 kpc.

Zmiana wyroku w części zasądzającej roszczenie, spowodowała konieczność zmiany - stosownie do wyniku sprawy (art. 100 k.p.c) - rozstrzygnięcia o kosztach postępowania oraz nieuiszczonych kosztach sądowych. Powodowie ostatecznie wygrali w ok. 28 %. Suma poniesionych przez obie strony kosztów postępowania wyniosła 17.192 złotych, przy czym powodowie ponieśli koszty w wysokości 13.575 złotych, a pozwany 3.617 złotych, Powodowie powinni - stosownie do wyniku sprawy - ponieść 72% kosztów czyli 12.378,24 złotych. Różnicę pomiędzy tą kwotą, a faktycznie przez nich poniesionymi kosztami (13.575 złotych - 12.378.24 złotych) pozwany (który poniósł niższe koszty od obciążających go stosownie do wyniku sprawy) zobowiązany jest im zwrócić. Także zgodnie z zasadą wynikającą z art. 100 k.p.c obciążone zostały strony nieuiszczonymi kosztami sądowymi.

Z przedstawionych względów orzeczono jak w sentencji na mocy art. 386 § 1 k.p.c i art. 385 k.p.c. O kosztach postępowania w drugiej instancji orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. Do rozliczenia pomiędzy stronami pozostawała suma 13.203 złotych łącznie przez strony poniesionych kosztów (przez pozwanego 10.503 złote i przez powoda - 2.700 złotych). Pozwany wygrał apelację w ok. 56 %, a zatem powinien ponieść 44 % kosztów, czyli 5.809,32 złotych. Pozostałe poniesione przez niego koszty zobowiązani są mu zwrócić przeciwnicy procesowi. O nieuiszczonych kosztach sądowych w drugiej instancji orzeczono przy zastosowaniu zasady z art.100 k.p.c na podstawie art. 113 ust. 1 i 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.