

Sygn. akt I ACa 1045/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 października 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Jarosław Marek Kamiński
Sędziowie	:	SA Dariusz Małkiński (spr.) SA Elżbieta Bieńkowska
Protokolant	:	Izabela Lach

po rozpoznaniu w dniu 23 września 2016 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **G. D. (1) i K. D.**

przeciwko **D. K. i U. K.**

**o zapłatę**

oraz sprawy z powództwa **D. K. i U. K.**

przeciwko **G. D. (1) i K. D.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji D. K. i U. K.

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 24 czerwca 2015 r. sygn. akt I C 469/12

1. **zmienia zaskarżony wyrok:**

a) **w punkcie I o tyle, że zasądzoną w nim kwotę obniża do 281.105,33 zł (dwustu osiemdziesięciu jeden tysięcy stu pięciu złotych trzydziestu trzech groszy), zaś odsetki ustawowe od dnia 1.01.2016 r. określa jako należne za opóźnienie;**

b) **w punkcie II o tyle, że zasądzoną w nim kwotę obniża do 27.237 zł (dwudziestu siedmiu tysięcy dwustu trzydziestu siedmiu złotych);**

c) **w punkcie V w ten sposób, że nakazuje: ściągnąć solidarnie na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Olsztynie od D. K. i U. K. kwotę 15.540,18 zł (piętnastu tysięcy pięciuset czterdziestu złotych osiemnastu groszy) a ponadto ściągnąć solidarnie z zasądzonego roszczenia na rzecz Skarbu Państwa- Sądu Okręgowego w Olsztynie od G. D. (1) i K. D. kwotę 1.920,70 zł (jeden tysiąc dziewięćset dwadzieścia złotych siedemdziesiąt groszy)- tytułem wydatków wyłożonych w sprawie przez Skarb Państwa;**

**2. oddala apelację D. K. i U. K. w pozostałym zakresie;**

**3. zasądza solidarnie od D. K. i U. K. na rzecz G. D. (1) i K. D. kwotę 4.646,87 zł (cztery tysiące sześćset czterdzieści sześć złotych osiemdziesiąt siedem groszy) tytułem zwrotu kosztów procesu w instancji odwoławczej;**

**4. nakazuje ściągnąć solidarnie z zasądzonego roszczenia na rzecz Skarbu Państwa- Sądu Okręgowego w Olsztynie od G. D. (1) i K. D. kwotę 1.122,12 zł (jeden tysiąc sto dwadzieścia dwa złote dwanaście groszy) tytułem części kosztów sądowych w instancji odwoławczej.**

(...)

## UZASADNIENIE

Powodowie: K. D. i G. D. (1) domagali się zasądzenia na ich rzecz od pozwanych: D. K. i U. K. kwoty 328.753,90 zł z ustawowymi odsetkami od 313.773,90 zł od dnia 15 czerwca 2012 r. a od 14.980 zł od dnia 13 marca 2012 r.

W odpowiedzi na pozew D. K. i U. K. ( dalej- „pozvani” ) wnieśli o oddalenie powództwa, zaś w innej sprawie, o sygn. akt: I C 522/12, wnieśli o zasądzenie od K. D. i G. D. (1) na ich rzecz kwoty 118.800 zł z odsetkami ustawowymi od sum i dat wskazanych w pozwie. Obie wyżej wymienione sprawy na wniosek stron zostały dnia 26.09.2012 r. połączone do wspólnego rozpoznania pod sygnaturą akt sprawy starszej.

W piśmie z dnia 1 października 2014 r. powodowie w pierwszej ze spraw ( dalej- „powodowie” ) rozszerzyli powództwo do kwoty 333.349,89 zł.

Sąd Okręgowy w Olsztynie I Wydział Cywilny w wyroku z dnia 24 czerwca 2015 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: I C 469/12 zasądził od pozwanych D. K. i U. K. solidarnie na rzecz powodów G. D. (1) i K. D.: kwotę 303.547,79 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 15 czerwca 2012 r. do dnia zapłaty ( pkt I ) i kwotę 28.304 zł tytułem zwrotu kosztów procesu ( pkt II ), w pozostałej części powództwo G. D. (1) i K. D. oddalił a ponadto w całości oddalił powództwo D. K. i U. K. ( pkt III ), przyznał biegłemu K. P. (1) wynagrodzenie w kwocie 353,91 zł za udział w rozprawie dnia 17.06. 2015 r. , które nakazał wypłacić ze środków budżetowych Sądu Okręgowego w Olsztynie ( pkt IV ) i nakazał ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa- Sądu Okręgowego w Olsztynie od pozwanych: D. K. i U. K. kwotę 15.889,40 zł, zaś od powodów: G. D. (1) i K. D. kwotę 1.571,48 zł tytułem wyłożonych przez Skarb Państwa wydatków ( pkt V ).

Wyrokowi powyższemu towarzyszyły następujące ustalenia faktyczne i argumenty natury prawnej:

G. i K. małż. D. nabyli dom w stanie wymagającym realizacji szeregu prac o charakterze naprawczym i wykończeniowym, a następnie zwrócili się w tym celu do D. i U. małż. K. prowadzących działalność gospodarczą w branży budowlanej o wykonanie tychże robót na podstawie dokumentacji projektowej oraz dokumentacji zamiennej.

Zgodnie z ustaleniami wstępnymi, zakres planowanych robót obejmował: 1. roboty rozbiórkowe i ziemne, a mianowicie zmianę usytuowania części otworów okiennych i drzwiowych, wykonanie nadproży okiennych i drzwiowych, uzupełnienie elementów konstrukcji dachu, 2. roboty ogólnobudowlane i remontowe, tj. pokrycie dachu dachówką , wykonanie obróbki dachu i kominów, docieplenie elewacji w technologii „lekka mokra” , wykonanie ścianek działowych murowanych i kartonowo- gipsowych, docieplenie połączenia dachowej z izolacjami, wykonanie: tynków i gładzi szpachlowych, posadzek cementowych z izolacjami, okładzin połączenia dachowych z płyt kartonowo-

gipsowych oraz okładzin ścian i posadzek płytami glazurowanymi, gresem i kamieniem, montaż stolarki okiennej i drzwiowej, 3. roboty malarskie i tapeciarskie, a ponadto wykonanie ogrodzenia, nowych konstrukcyjnych elementów tarasu i dachu, ułożenie parkietów, paneli i wykładzin, sprawdzenie i ewentualną naprawę izolacji pionowych i poziomych ścian fundamentowych.

Pozwani doręczyli powodom podpisany przez nich egzemplarz umowy, oraz protokół uzgodnień określający zakres robót, jednakże powodowie umowy tej nie podpisali i pozwany nie zwrócili. Pomimo tego pozwani przystąpili do wykonywania prac, przedstawiając sukcesywnie faktury za poszczególne etapy budowy, które inwestorzy regularnie opłacali. Kwoty ujęte w fakturach pozwani wyliczali w oparciu o zakres prac oraz stawki i wskaźniki cenotwórcze wymienione w niepodpisanej umowie oraz protokole uzgodnień, nie przedstawiali jednak wraz z fakturami kosztorysów częściowych, doręczając je powodom w okresie późniejszym.

Kontrahenci uzgodnili wynagrodzenie kosztorysowe za całokształt wykonanych prac, chociaż wykonawcy nie przedstawili kosztorysu wstępnego całości robót.

Pozwani wystawili ogółem 11 faktur, przy czym powodowie w momencie otrzymania 9-tej faktury z dnia 31 maja 2011 r. powzięli wątpliwość, co do wartości i zakresu prac już wykonanych, uznając, iż zapłacona przez nich dotychczas kwota 674.750 zł winna wyczerpywać należne pozwany wynagrodzenie. Pomimo tego opłacili jeszcze fakturę z dnia 29 czerwca 2011 r. na kwotę 18.360 zł za materiały nabyte przez pozwanych, odmawiając jednak uregulowania dwóch faktur- z dnia 31 maja 2011 r. na kwotę 70.200 zł oraz z dnia 4 lipca 2011 r na kwotę 48 600 zł. Łącznie powodowie przeleli pozwanym 693.110 zł, natomiast 8.000 zł uiścili gotówką na poczet materiałów zakupionych przez pozwanych.

Ogólna wartość prac wykonanych przez pozwanych według stawek średnich w województwie i średnich narzutów ujętych w wystawionych przez nich fakturach (a następnie kosztorysach) zamknęła się kwotą 544.053,52 zł, na którą składają się kwoty: 531.576,93 zł z opinii biegłego, k. 661 oraz 9.712,38 zł z kosztorysu korygującego, 1.649,79 zł z tytułu wykonania studzienek, a poza tym 1.114,42 zł wynikająca z korekty sądowej, na którą z kolei składają się kwoty: 335,80 zł, 282,62 zł, 175 zł i 321 zł. Dodatkowo pozwani pokryli wydatki związane z zakupem materiałów na kwotę 27.262,48 zł oraz koszty usług obcych na kwotę netto 50.896,35 zł, tj. 62.602,51 zł brutto.

Łączna należność pozwanych wraz z kosztem usług i materiałów obcych wyniosła 633.918,51 zł.

Roboty wykonane przez pozwanych dotknięte są wadami, których koszt usunięcia lub obniżki z tytułu wad nieusuwalnych zamknął się w sumie 241.166,71 zł. Asortyment tych wad obejmuje: niewykonanie szpachlowania ścian piwnic klejem CM 11, ułożenie izolacji na brudnej ścianie, co spowodowało jej odspajanie, a ponadto tylko w jednej warstwie o grubości 1-1,5 mm, niewykonanie na styku ściany z ławą fasety i ułożenie izolacji pionowej na brudnej papie, co spowodowało nieszczelność jej połączenia oraz odspajanie warstwy siatki z klejem. Opisane wyżej wykonanie izolacji niezgodnie ze sztuką budowlaną powoduje penetrację wody do środka budynku, a przez to uniemożliwia korzystanie.

Przejawem innych wad i niedoróbek wykonawczych są: niewykonanie szczeliny wentylacyjnej, co należy ocenić jako niezgodność ze sztuką budowlaną, która może doprowadzić do zawilgocenia i grzybienia konstrukcji dachu, nierówne i pofalowane ułożenie połączeń dachowych, wybrzuszenie ścian oporowych, niewłaściwe wykonanie obłożenia płytą kartonowo- gipsową nawiewów i wywiewów wentylacji, odchylenia tynków wewnętrznych od płaszczyzny pionu i poziomu, odchylenia w zabudowie z płyt kartonowo- gipsowych na stelażu i zabrudzenie stolarki okiennej.

Oceniając zrekonstruowany stan faktyczny Sąd Okręgowy uznał, że strony zawarły umowę o roboty budowlane o rodzaju i zakresie wskazanym w protokole uzgodnień, które to uzgodnienia, co do zasady, nie były w sprawie kwestionowane. Zdaniem Sądu, nie sposób uznać, by powodowie jednoznacznie zaakceptowali stawki ujęte w projekcie umowy pisemnej zredagowanej przez pozwanych, skoro jej nie podpisali i wręzonego im egzemplarza nie zwrócili wykonawcom.

Nie ulega jednak wątpliwości, że samo przystąpienie pozwanych do wykonania robót i ich sukcesywne opłacanie przez powodów daje oczywiste podstawy do uznania, że do zawarcia umowy o roboty budowlane doszło między stronami w sposób konkludentny. Powodowie co prawda zakwestionowali zakres robót ujęty w protokole uzgodnień, ale charakter prac i sposób ich realizacji były przecież przedmiotem bieżących uzgodnień dotyczących poszczególnych robót cząstkowych i stosowanych w nich rozwiązań. Powód dostatecznie aktywnie uczestniczył w takich ustaleniach i na żadnym etapie inwestycji jej realizacji się nie sprzeciwiał, uzgadniał zakres robót, w miarę możliwości doglądał ich i regulował kolejne faktury.

Z uwagi na częściowo naprawczy i wykończeniowy charakter robót, ich szczegółowy zakres nie był dokładnie stronom znany; nawet w protokole uzgodnień zostały one określone w sposób ogólnikowy, co potwierdza, że ich zakres był ustalony jedynie w sposób zgrubny. Wynagrodzenie pozwanych nie może opierać się na stawach i wskaźnikach cenotwórczych z umowy wręczonej powodom, lecz winno odzwierciedlać wynagrodzenie obiektywnie należne w danych warunkach, skoro bowiem podstawy do ustalenia wynagrodzenia kosztorysowego nie zostały w sposób jednoznaczny i ścisły uzgodnione, to konsekwencje powyższego nie mogą obciążać jedynie inwestorów.

Pozwani generalnie stosowali wyższe od średnich narzuty, natomiast niższe od średnich stawki robocizny. W takiej to sytuacji Sąd uznał, że z punktu widzenia maksymalnego zobiektywizowania i uśrednienia oczekiwanego wynagrodzenia, trafniejszym było konsekwentne przyjęcie obu średnich wartości- stawek oraz narzutów, jako podstawy kalkulacji wynagrodzenia. Sąd uznał w konsekwencji, iż istnieją podstawy do podwyższenia o kwotę 9.712,38 zł należności pozwanych wyliczonej przez biegłego.

Dowód z opinii biegłego służył głównie prawidłowemu wyliczeniu wynagrodzenia pozwanych z tytułu wykonanych robót, w warunkach przyjęcia uśrednionych stawek oraz narzutów, a także oszacowaniu kosztów usunięcia potencjalnych wad wykonawczych. W ocenie Sądu, sporządzona opinia stanowi w pełni miarodajne źródło wiedzy na temat wartości wykonanych robót, ich wad oraz kosztów usunięcia tych braków.

Biegły przeprowadził z udziałem stron czasochłonne i dokładne oględziny przedmiotu inwestycji i zostały one w sposób szczegółowy udokumentowane w sporządzanych na bieżąco notatkach, których objętość to ponad 100 stron. Notatki te odzwierciedlają przebieg przeprowadzanych czynności, nawiązując wprost do konkretnych pozycji poddawanych kontroli kosztorysów wraz z podaniem numerów ich kart, zawierają uwagi i relacje stron, a każda z nich zakończona jest podpisami stron uczestniczących w oględzinach. W tych warunkach nie sposób uznać, że oględziny miałyby zostać przeprowadzane w sposób pobieżny czy niedbały. Biegły sporządził również odpowiednią dokumentację zdjęciową, która stanowi uzupełnienie i zobrazowanie dokonanych na miejscu ustaleń oraz wyciągniętych wniosków.

W opinii uzupełniającej biegły ustosunkował się do złożonych zarzutów i udzielił na nie pisemnej odpowiedzi, wspierając się ustaleniami poczynionymi w trakcie oględzin oraz dokumentacją zdjęciową.

Bezspornie zrealizowane przez pozwanych roboty na chwilę sporządzenia opinii zanikły i racjonalne wnioski mogą być w sprawie wyciągnięte przede wszystkim na podstawie odkrywek wykonanych w miejscach wskazanych przez osoby zainteresowane. Wszelkie korekty ekspertyzy były nanoszone przez biegłego na bieżąco w kolejnych opiniach składanych na rozprawie. Sytuacja taka zaistniała w odniesieniu do rzeczywistej wysokości studni przepływowych, pozwany bowiem w kosztorysie uwzględnił pozycję katalogową dla studzienek dwumetrowych, nie zaś czterometrowych. Biegły w związku z tym wyjaśnił dlaczego robocizna związana z ustawieniem studzienki o długości 4 m jest faktycznie tożsama dla średnic: 40 cm i 63 cm.

Podobnie rzecz się miała z kompletem osprzętu do montażu ogrodzenia, stąd Sąd uznając, iż obejmą, napinacze, przelotki i przeguby były nabyte oddzielnie, uwzględnił w wynagrodzeniu skorygowaną kwotę 282,62 zł; także informacja, że w sprawie sporne jest wykonanie schodów wewnętrznych, nie zaś zewnętrznych, wymusiła uwzględnienie jako surowca kruszywa lekkiego i skorygowanie wyliczeń o 321 zł brutto; również błąd w przedmiocie ustalenia wagi strzemion doprowadził do zmiany kalkulacji o 175 zł.

Wszelkie inne zarzuty skierowane do opinii w istocie sprowadzają się do kwestionowania: faktycznego zakresu wykonanych prac (lub sugerowania jego podwójnej kalkulacji), przyjmowanych przez biegłego norm zużycia materiałów i surowców (dot. pospólki, żwiru itd.), stawek za poszczególne prace, czy wreszcie przyjmowanych przez biegłego „upustów” z uwagi na mniejszy nakład pracy (np. w związku z wykonaniem plotu, demontażem i ponownym montażem ocieplenia poddasza).

Odnosząc się do ilości wbudowanych materiałów biegły wskazywał na wyniki odkrywek, przykładem mogą być ustalenia dotyczące struktury izolacji fundamentów; to właśnie odkrywki doprowadziły do ustalenia, że nie wykonano warstwy klejowej, zaś drenaż został obsypywany w sposób wadliwy. Biegły wypowiadał się też wielokrotnie co do zakresu i wartości robót ziemnych i wskazał dlatego przyjął, że ziemia mogła być wyrzucana z wykopu łopatą oraz dlatego należało niektóre prace wykopowe uwzględnić jednokrotnie.

Na rozprawie w dniu 17 czerwca 2015 r. biegły wskazał, że pozwani nie wykonali szalunków przy cokole ogrodzenia i z tego tytułu wartość wynagrodzenia za wykonanie tego elementu została obniżona o 50 %. Sąd uznał jednak, iż z uwagi na wyjątkowo „ocenny” charakter tego elementu miarą adekwatną do istniejącego stanu rzeczy było uwzględnienie zniżki na poziomie 30% i tym samym dodanie kwoty 335,80 zł do ustalonego w pierwszej opinii wynagrodzenia.

Biegły szczegółowo i merytorycznie odniósł się do kwestii prefabrykowania belek stalowych wskazując, iż normalną i oczekiwaną metodą było tutaj wykucie bruzdy i montaż kształtownika walcowanego; nie zachodziła więc potrzeba „prefabrykowania” kształtowników, skoro podrażało to automatycznie wartość materiałów, zaś z punktu widzenia technologicznego nie było niezbędne.

Generalnie biegły wszędzie tam, gdzie dostrzegał możliwość skorygowania opinii, dawał temu wyraz w swych wyjaśnieniach, zaś tam gdzie wątpliwości żadnej nie miał - podtrzymywał swoje pierwotne stanowisko, podkreślając jednocześnie, że opinia ma charakter szacunkowy i w tym znaczeniu zgrubny; wiele prac mogło ulec zatarciu czy zanikowi i jeśli faktycznie z uwagi na ich specyfikę trudno w oparciu o obmiary i odkrywki je odtworzyć, opinia może siłą rzeczy być obciążona pewnymi błędami.

Nie ulega wątpliwości, iż wszelkie wady popełnione przy wykonanych robotach obciążają pozwanych w tym znaczeniu, iż odpowiadają oni za działania pracowników i podwykonawców jak za działania i zaniechania własne, co wynika wprost z art. 474 k.c.

Biegły wskazał, że w niektórych pomieszczeniach ściany są mokre do wysokości 60 cm nad posadzką, zaś w piwnicy pod salonem istnieją dwa miejsca o podwyższonej wilgotności. Pierwsza odkrywka, pomimo odmiennych zapewnień wykonawców, wykazała, że na ścianach nie wykonano szpachlowania klejem CM 11, izolacja została ułożona na brudnej ścianie w jednej warstwie grubości 1-1,5 mm, zaś na styku ściany z ławą nie wykonano fasety, ponadto izolację pionową ułożono w tym miejscu na brudną papę, przez co nie zachowano szczelności połączenia i doprowadzono do odspojenia warstwy siatki z klejem. Kolejne dwie odkrywki potwierdziły powyższe i wykazały położenie zaledwie jednej warstwy kleju grubości ok. 1 mm ułożonej na brudnej ścianie oraz jednej warstwy izolacji S. (...), która została wykonana w sposób rażąco niezgodny ze sztuką budowlaną, sprzyjający penetracji wody do środka budynku, a co za tym idzie uniemożliwiający korzystanie z budynku. Usunięcie opisanych wad wymaga wydatkowania kwoty 112.212,28 zł brutto, łącznie z prawidłowym obsypaniem budynku gruntem przepuszczalnym.

Podobnie rzecz się ma z niewykonaniem szczeliny wentylacyjnej pomiędzy warstwą wełny a deskowaniem dachu, która zapobiegać ma utracie własności izolacyjnych zastosowanego materiału. Odkrywki potwierdziły niewykonanie tego elementu, przy czym w jednej z nich stwierdzono wyczuwalne zawilgocenie wełny. Wadę powyższą uznać należy za przejaw rażącej niezgodności wykonanych robót ze sztuką budowlaną, może ona powodować zawilgocenie i grzybnienie konstrukcji dachu. Koszt jej usunięcia opiewa na kwotę 81.250,19 zł brutto.

Biegły ocenił jako nieistotne szereg innych wad tj. nierówne i pofalowane ułożenie połaci dachowych, wybrzuszenie ścian oporowych przy wjeździe do garażu, braki ocieplenia elewacji (uwzględnione w kosztorysie nr 9), niewłaściwe

wykonanie obłożenia płytą kartonowo- gipsową nawiewów i wywiewów wentylacji ( naprawa na kwotę 650 zł ), odchylenia tynków wewnętrznych od płaszczyzny pionu i poziomu ( wydatek rzędu 21.879,84 zł ) , odchylenia w zabudowie z płyt kartonowo- gipsowych na stelażu – 4188,65 zł ,zabrudzenia stolarki okiennej ( koszt ich usunięcia to 11,21 zł brutto ).

Oceniając wykonanie izolacji przeciwwodnej, biegły kategorycznie odrzucił możliwość punktowego jej naprawienia, skoro określone jej braki wykazano na całej długości odkrywek i intensywność przedostawania się wody będzie rosła lub malała w zależności od warunków atmosferycznych. Nie sposób ponadto uznać, by wszystkie inne powierzchnie „nie odkryte” miałyby być wykonane prawidłowo. Podobnie należy ocenić ustalenia dotyczące braku szczeliny wentylacyjnej i zawilgocenia wełny dachowej, które to wady także zostały ujawnione po przeprowadzeniu badań dwóch odkrywek.

Wadliwe łączenie dachu jako przyczyna krzywizny linii dachówek zobrazowano dokumentacją zdjęciową. Brak jest ponadto podstaw, aby twierdzić, że po prawidłowym wykonaniu połączenia dachu doszło do ingerencji osób trzecich, które spowodowały powstanie tej wady.

Sąd ostatecznie uznał, iż powodowie mogą powoływać się na niższe, aniżeli wskazane w poszczególnych kosztorysach pozwanych, ich wynagrodzenie, które wedle opinii biegłego, łącznie z materiałem obcym oraz zewnętrznymi usługami wyniosło 633.918,51 zł brutto (531.576,93 + 27.262,48 zł + 62.602,51 zł + 1.114,42 + 9.712,38 zł + 1.649,79 zł ). Skoro więc łącznie przelali na rzecz wykonawców 693.110 zł, to nadpłata po ich stronie wyniosła 59.191,49 zł ( 693.110 zł - 633.918,51 zł). W tych warunkach, po uwzględnieniu dodatkowej obniżki wynagrodzenia z tytułu kosztów usunięcia wad na kwotę 241.166,71 zł, pozwani winni zwrócić powodom 300.358,20 zł.

Odnosząc się do rozliczenia kwoty 14.980 zł, Sąd uznał, że 8.000 zł wręczone pozwany tytułem zaliczki na zakup materiałów winny podlegać zwrotowi, skoro powtórnie taka kwota została przelewem opłacona w ramach jednej z ostatnich faktur, czego pozwani nie zakwestionowali. Od sumy powyższej należy odjąć przyznaną przez powodów wartość prac wykonanych przez pozwanych a nieopłaconych, co daje ostatecznie kwotę 303.547,21 zł zasądzoną w pkt I wyroku. W pozostałej części roszczenie powodów należało oddalić, ponieważ powodowie nie udowodnili poniesionej szkody. Również nie sposób przyjąć, by poniesiony przez nich koszt prywatnej opinii biegłego pozostawał w normalnym związku przyczynowym z wadliwym wykonywaniem prac lub nienależytym ich naliczeniem przez pozwanych.

O kosztach procesu orzeczono zgodnie z art. 100 k.p.c., przy uwzględnieniu wygranej powodów w 91 %; ponieśli oni wydatki procesowe na sumę 33.109 zł (14.434 zł to wynagrodzenie pełnomocnika w obu sprawach, 2000 zł- zaliczki i 16.675 zł opłata sądowa ). Koszty pozwanych to kwota 20 274 zł.

Skarbowi Państwa przysługuje z kolei należność w łącznej kwocie 17.460,88 zł i koszty te należało ściągnąć od stron stosownie do zakresu przegranej każdej z nich.

Apelację od powyższego wyroku wnieśli pozwani ( powodowie w drugiej ze spraw połączonych do wspólnego rozpoznania ), zarzucając skarżonemu rozstrzygnięciu:

1. sprzeczność istotnych ustaleń Sądu I instancji ze zgromadzonym materiałem dowodowym polegającą na ustaleniu, że
  - a) powierzchnia użytkowa domu K. i G. małż. D. wynosi 259,50 m<sup>2</sup> , chociaż powierzchnia całkowita jednej kondygnacji tego domu ,według projektu, to 258,8 m<sup>2</sup> a w przedmiotowym budynku są cztery kondygnacje,
  - b) wszystkie wady obciążają skarżących w sytuacji gdy inwestorzy uniemożliwili im dokończenie prac tynkarskich i usunięcia usterek,

c) prace budowlane nie były wykonywane w sposób podwójny, gdy np. świadek J. S. (1) w swoich zeznaniach wskazał, że drugi raz wykonano wykopy dla montażu doświetlaczy, oraz że apelujący wykonali izolację przeciwwodną, gdy faktycznie zgodnie z dokumentacją projektową została wykonana izolacja przeciwwilgociowa,

2. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c., poprzez:

a) brak wszechstronnego rozważenia zgromadzonego materiału dowodowego, z pominięciem jego istotnej części w postaci dziennika budowy, zeznań świadków, zdjęć dokumentujących zakres i sposób prowadzenia robót budowlanych, faktur zakupu materiałów budowlanych oraz wyjaśnień i zastrzeżeń apelującego oraz złożonych przez niego kart z katalogów i orzeczeń technicznych, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego przyjęcia, że powodowie skarżący są odpowiedzialni za szkodę w postaci kosztu usunięcia wad w wysokości zasądzonej w zaskarżonym orzeczeniu a wartość wykonanych przez powoda nich robót budowlanych jest znacznie niższa niż wynika z faktur i kosztorysów powykonawczych i bezkrytyczne przyjęcie opinii biegłego jako podstawy orzeczenia,

b) wyprowadzenie z materiału dowodowego wniosków z niego nie wynikających, a ponadto sprzecznych z pozostałym materiałem dowodowym jak również sprzecznych z zasadami logicznego rozumowania i doświadczeniem życiowym np. poprzez uznanie konieczności wymiany całej izolacji przeciwwilgociowej, przełożenia całego dachu, rozbiórki całości ocieplenia wełną mineralną, braku potrzeby prefabrykowania kształtowników, wymiany gruntu nad drenażem itp.

c) poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów wyrażającej się w przyznaniu waloru wiarygodności i mocy dowodowej nieobiektywnej i nierzetelnej opinii biegłego oraz pominięciu praktycznie wszystkich zastrzeżeń i dowodów zaferowanych przez skarżących,

3. naruszenie art. 217 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 oraz 286 k.p.c. poprzez

a) uznanie zastrzeżeń apelujących do opinii biegłego zawartych w piśmie z dnia 02.04.2015 r. za spóźnione a wszelkie zarzuty w nim zawarte za powodujące jedynie przewleczenie postępowania w sytuacji, gdy skarżący w swoim piśmie z dnia 25.03.2015 r. wnieśli o przedłużenie terminu na zgłoszenie zastrzeżeń do opinii biegłego do dnia 03.04.2015 r., ponieważ z uwagi na zakres i szczegółowość opinii biegłego z dnia 12.03.2015 r. nie mieli oni możliwości odniesienia się do wszystkich tez i wywodów biegłego, z uwagi na fakt, iż opinia biegłego była obszerna, biegły uchyla się częstokroć od wyjaśnienia istotnych kwestii i dlatego analiza jego opinii i wypunktowanie jej braków i przeinaczeń wymaga dłuższego czasu a wnioskowane przedłużenie terminu nie rzutowało na przewleczenie postępowania,

b) oddalenie wniosków dowodowych zgłoszonych w szeregu pismach procesowych skarżących o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego, w sytuacji gdy wniosek ten był konieczny z uwagi na nierzetelność sporządzonych opinii oraz niemerytoryczne stanowisko prezentowane przez biegłego w trakcie składania odpowiedzi na zarzuty do jego opinii.

Mając na uwadze powyższe, wnieśli o: zmianę zaskarżonego wyroku poprzez całkowite uwzględnienie powództwa U. i D. małż. K. oraz oddalenie powództwa K. i G. małż. D. w całości a ponadto zasądzenie od tych drugich na rzecz skarżących kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według spisu kosztów, który zostanie złożony na rozprawie, a w przypadku gdyby taki spis nie został złożony, według norm przepisanych, ewentualnie domagali się uchylecia wyroku w zaskarżonej części i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji. Wnieśli także o uzupełnienie postępowania dowodowego zgodnie z wnioskami ich apelacji.

Powodowie ( pozwani w drugiej ze spraw połączonych do wspólnego rozpoznania ) wnieśli o oddalenie złożonej apelacji na koszt stron skarżących.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

**Apelacja zasługiwała na uwzględnienie jedynie w niewielkiej części.**

Podniesione przez pozwanych zarzuty obrazy prawa procesowego są chybione. Zauważyć przy tym należy, że chociaż skarżący kwestionowali poczynione w sprawie ustalenia faktyczne, tym niemniej z treści apelacji wynika, że stawiając je w istocie przedstawili własną rekonstrukcję stanu faktycznego sprawy, pomijającą zebrany w niej materiał dowodowy.

Zarzut obrazy prawa procesowego polegający na dokonaniu przez Sąd ustaleń faktycznych niezgodnych z treścią materiału dowodowego nie może sprowadzać się do przedstawienia przez stronę alternatywnego poglądu w tej materii, oraz wskazania, że ustalenia Sądu są rażąco wadliwe lub oczywiście błędne. Dokonana w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku ocena dowodów nie jest dotknięta zarzucaną jej wadliwością i mieści się w granicach uznania sędziowskiego wyznaczonych w art. 233 § 1 k.p.c. Sąd Okręgowy, ocenił dowody w ich całokształcie i wzajemnym powiązaniu. Stosownie do wymogów art. 328 § 2 k.p.c. wyjaśnił też w motywach zaskarżonego wyroku, jakimi przesłankami kierował się dokonując oceny dowodów a przedstawiony wywód nie uchybia zasadom logiki.

Tym samym Sąd Apelacyjny ustalenia te oraz wnioski prawne w ich podstawowym zrębie podziela i przyjmuje za własne, czyniąc je integralną częścią swojego stanowiska.

Sąd I instancji prawidłowo zakwalifikował łączący strony stosunek prawny, jako umowę o roboty budowlane, uregulowaną w przepisach art. 647 i nast. k.c., która charakteryzuje się zobowiązaniem osiągnięcia materialnego rezultatu w postaci końcowego efektu przewidzianego w umowie. Zgodnie z jej treścią, wykonawca przyjmuje obowiązek oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia (art. 647 k.c.).

Zgodzić się należy z Sądem Okręgowym, że strony zawarły umowę o asortyment prac wykonawczych wskazany w protokole uzgodnień i nie sposób przyjąć, by powodowie jednoznacznie zaakceptowali stawki ujęte w projekcie umowy pisemnej zredagowanej przez pozwanych, skoro jej nie podpisali a wręczony im egzemplarz nie zwrócili wykonawcom. Sukcesywne wykonywanie robót przez pozwanych oraz ich opłacanie przez powodów pozwala też na przyjęcie, że umowa została zawarta per facta concludentia, bez zachowania formy pisemnej dla celów dowodowych. Taka formuła ukształtowania umowy o roboty budowlane bynajmniej nie uchybia obowiązującemu prawu ( por. teza 1 wyroku S.N. z dnia 28 sierpnia 2013 r. , V CSK 362/12, Lex nr 1391375 ).

Odnosząc się do zarzutów apelacji podważających ustalenia faktyczne Sądu ( i biegłego ) w przedmiocie, nieszczęśliwym zdaniem skarżących, oceny zebranego materiału dowodowego, wypada przypomnieć, że punktem oparcia apelacji jest komplet sporządzonych przez pozwanych kosztorysów dokumentujących w ich zamyśle poszczególne etapy wykonawstwa, ale równocześnie kwestionowanych przez powodów. Pozwani nie przedstawili ( chociaż byli do tego zobligowani przez art. 6 k.c. ) wiarygodnego ( potwierdzonego przez inwestorów lub znajdującego oparcie w obiektywnych dowodach ) opisu ich prac. W tych warunkach fundamentem rozważań było ustalenie dla potrzeb niniejszego postępowania nie tyle asortymentu wykonanych robót, bo ten w ogólnych zarysach był niesporny, co ich jakości oraz zakresu, wyznaczanego przez wiarygodny obmiar wykonanych prac w naturze. Zadanie sporządzenia obmiaru robót i analizy ich zgodności z projektem oraz zasadami rzemiosła budowlanego ( utrudnione ze względu na zakrycie dużej części robót ) postawione zostało przed biegłym, który w czasie trwających od dnia 30.07.2013 r. do dnia 6.11.2013 r. intensywnych oględzin stworzył, przy udziale inwestorów i wykonawców, 100 stron protokołów ( k. 677-777 ) stanowiących punkt wyjścia do dalszych prac eksperckich, a w konsekwencji również ustaleń Sądu. Podkreślić w tym miejscu wypada, że protokoły powyższe ( nazywane notatkami ) zostały zaakceptowane ( podpisane ) przez strony tego procesu i stanowią wiarygodny materiał źródłowy.

Czynienia ustaleń faktycznych przez biegłego, zasadniczo zastrzeżonego dla sądu, nie da się uniknąć w sprawach, w których rekonstrukcja stanu faktycznego wymaga wiedzy specjalnej ( por. S.N. w wyroku z dnia 26 października 2006 r. , I CSK 166/06, Lex nr 209297 ). Dokonanie i udokumentowanie potrzebnych spostrzeżeń w toku oględzin z udziałem biegłego pozwala w takiej sytuacji sądowi na stwierdzenie istotnych dla sprawy faktów. Okazanie przedmiotu



ogłędzin powinno jednak odbywać się w obecności stron ( por. S.N. w wyroku z dnia 20 czerwca 1984 r. , II CR 197/84 , OSNC 1985/2-3/37 ). W tych warunkach wskazany wyżej materiał źródłowy, chociaż został sporządzony przez biegłego, został uznany za rzetelny opis faktów istotnych dla rozpoznania niniejszej sprawy.

Istotną składową roszczenia powodów jest ich żądanie zapłaty sumy z tytułu obniżenia wynagrodzenia o kwotę wadliwie wykonanej izolacji piwnicy ( jej naprawy ), przy czym osi ą sporu jest przesądzenie wadliwości tego elementu, przy uwzgl ędnieniu ustaleń poczynionych w następstwie ogłędzin dnia 22 sierpnia 2013 r. W ich trakcie biegły dokonał odkrywki ściany zewnętrznej ( por. k. 697 ) i ustalił, że doszło do odspojenia siatki z klejem na styropianie, izolację pod styropianem ułożono na brudną ścianę, która jest mokra itp. W konsekwencji istniały wszelkie podstawy by stwierdzić wykonanie izolacji z rażącym naruszeniem obowiązujących w budownictwie norm i zasad. Na żądanie pozwanego, któremu powód nie oponował, wykonano w innym miejscu kolejną odkrywkę ( k. 698 ) dnia 6 listopada 2013 r. ( k. 767 ), która wykazała odspojenie izolacji, wyciekanie wody spod styropianu itd. Z uwagi na stanowisko pozwanego biegły tego samego dnia dokonał jeszcze trzeciej odkrywki, która ujawniła tożsame wady izolacji. Wybór miejsc odkrywek był każdorazowo konsultowany ze stronami, trudno więc uznać, że pozwani pozbawieni byli wpływu na przebieg czynności badawczych ( pozwany podpisał protokół z dnia 6.11.2013 r. bez zastrzeżeń ). W tych warunkach zaprezentowane w opinii zasadniczej i uzupełniających stanowisko biegłego o wadliwości izolacji uniemożliwiającej korzystanie z budynku, nie budziło wątpliwości interpretacyjnych Sądów obu instancji, zaś formułowane w tej materii zastrzeżenia apelujących trafiały w próżnię.

Sąd Apelacyjny uzupełnił powyższy materiał dowodowy o analizę wpływu na stan izolacji jej uszkodzeń dokonanych na przełomie lat 2011/2012 w związku z montażem tzw. pompy ciepła. Bezspornie sytuacja taka miała miejsce i nie obciąża ona pozwanych a okoliczności naprawy uszkodzonej izolacji opisał świadek M. P. ( k. 601v.- 602 ). W świetle opinii biegłego ( k. 1582 ), której wnioski Sąd odwoławczy uznał za logiczne i spójne, wprowadzenie rury instalacyjnej do wnętrza budynku nie miało jednak istotnego wpływu na stan izolacji pionowej, ponieważ przerwało ją jedynie miejscowo. Skoro więc stan izolacji przed jej uszkodzeniem kwalifikował ją do wymiany, to nie sposób zakładać , że wtórne, miejscowe naruszenie tego elementu zmienia zakres odpowiedzialności pozwanych.

Odmienne należy ocenić ustalenia biegłego w przedmiocie wartości naprawy izolacji piwnicy, którą biegły wyszacował na kwotę 112.212,28 zł ( zob. k. 662-663 ), przyjmując, że strony umówiły się na wykonanie izolacji przeciwwodnej a nie przeciwwilgociowej. Konkluzja tej treści, od początku procesu podważana przez oboje wykonawców, wzbudziła również wątpliwości Sądu Apelacyjnego; niewątpliwie bowiem projekt budowlany przedmiotowego budynku ( k. 28 dokumentacji złożonej przez powodów w skoroszybie z żółtym plastikowym grzbietem, vide: t. II akt sprawy ) w części technicznej opisuje wymaganą izolację jako przeciwwilgociową, a nie ciężką izolację przeciwwodną, której domagali się w tym procesie powodowie i rekomendował ją biegły. Próby wyjaśnienia tej rozbieżności na rozprawie apelacyjnej dnia 23 września 2016 r. ( znaczniki czasowe od 00:33:42 do 00:47:42 ) nie dostarczyły argumentów pozwalających na obciążenie pozwanych kosztami naprawy izolacji przeciwwodnej ( droższej w świetle wyjaśnień biegłego o ok. 1/5 od naprawy izolacji przeciwwilgociowej- znaczniki czasowe 00:13:28 i od 00:14:15 do 00:14:25 ). W aktach sprawy brak jest ponadto dowodów na potwierdzenie, że w tej materii strony zmodyfikowały zakres wykonawstwa w stosunku do dokumentacji projektowej. Nie sposób także obciążyć pozwanych obowiązkiem sygnalizacji potrzeby wykonania izolacji cięższej, na co miałyby wskazywać wcześniejsze zalewanie piwnicy, skoro przyczyna podsiąkania wody nie była znana i mogła wynikać z okoliczności niepowiązanych z lokalnymi warunkami wodnymi ( dom nabyty został przez powodów w stanie surowym, bez zabezpieczenia drenażem opaskowym itp. ).

W świetle art. 34 ust. 3 pkt 4 Prawa budowlanego ( Dz. U. 2016.290, t.j. ) wykonanie badań geotechnicznych i geologiczno- inżynierskich obciąża co do zasady inwestora, a obowiązek sygnalizacji potrzeby ich wykonania leży w gestii projektanta. Nie sposób ponadto przyjąć, że profesjonalny wykonawca winien antycypować potencjalne trudności wynikające z wysokiego poziomu wód gruntowych i żądać przeprowadzenia powyższych badań w każdej sytuacji.

W tych warunkach Sąd Apelacyjny założył, że pozwani mogą być obciążeni jedynie kosztami naprawy izolacji przeciwwilgociowej, co doprowadziło do zmniejszenia zasądzonej z tego tytułu kwoty o 0,2, czyli do poziomu

89.769,82 zł. Sąd nie znalazł jednak podstaw do ograniczenia powyższej kwoty jedynie do wydatków na naprawy „punktowe” w miejscach, w których zlokalizowano wadliwość izolacji, przyjmując, że skoro wszystkie dokonane odkrytki potwierdziły istnienie wad, to nie można założyć, że istnieje na powierzchni fundamentów obszar niewadliwy (por. art. 231 k.p.c.).

Odnosząc się do kosztów naprawy dachu, które wedle opinii wynoszą sumarycznie ponad 90.000 zł, ponownie podkreślić wypada, że stwierdzenie wady wykonawczej pod postacią niewykonania szczeliny wentylacyjnej między deskowaniem a warstwą ocieplenia wełną mineralną również miało miejsce na etapie oględzin biegłego z udziałem stron, a mianowicie dnia 4 września 2013 r. (k. 702). Biegły stwierdził wówczas brak powyższej szczeliny wentylacyjnej i sznurowania „na wełnie” oraz wyczuwalną wilgoć. Pozwany, co prawda sugerował, że wilgoć nie występuje a odczucia biegłego wynikają „z różnicy temperatur”, zaś szczelina wentylacyjna i sznurowanie zostały wykonane na pozostałych powierzchniach, ale twierdzeń tych nie można było zweryfikować bez niemożliwej obecnie do wykonania rozbiórki dachu. W tych warunkach biegły miał wszelkie podstawy, aby uznać wykonanie w tym fragmencie za wadliwe, skoro bowiem brakami dotknięta jest eksponowana, brzegowa część dachu, którą należy uznać za wyznacznik jakości wykonawstwa, to nie sposób założyć, że dalej położone i trwale zakryte powierzchnie są wykonane prawidłowo.

Sfalowana linia dachówek stanowiąca ewidentny brak wykonawczy, została opisana w opiniach i uwidoczniła na wykonanych zdjęciach, a więc występowanie tej wady jest oczywiste. Biegły uznał zasadnie, że wynika ona z faktu niewłaściwego (nieliniowego) nabicia łat dachowych, o które opierają się elementy mocujące dachówek. W kontekście zasięgu występowania tej wady, nie można przyjąć, jak czynią apelujący, że głównym jej winowajcą był świadek P. B. (1), który zeznając na rozprawie dnia 23.01.2013 r. (k. 601 v.) przyznał, że w trakcie montażu stopni kominiarskich zdjął kilka dachówek, które następnie ułożył w poprzednich miejscach (świadek ten opisał przy tym szereg wad dachu, które obciążają pozwanych). Ograniczona powierzchnia robót realizowanych przez P. B. nie daje więc podstaw twierdzeniu o ich istotnym wpływie na stan i estetykę wcześniej wykonanych prac dekarских.

Pozostałe wady wykonawcze opisane w kolejnych edycjach opinii biegłego, a mianowicie: wybrzuszenie ścian oporowych przy wjeździe do garażu, zasypanie drenażu gruntem rodzimym, niewłaściwe wykonanie obłożenia płytą gipsowo-kartonową nawiewów i wywiewów instalacji wentylacyjnej, zniszczenie profili i odchylenie w zabudowie płyt gipsowo-kartonowych na stelażu również znajduje potwierdzenie w treści notatek z oględzin oraz koresponduje z pozostałym materiałem dowodowym. Z uwagi na relatywnie niewielką wartość związanych z tymi wadami robót naprawczych, wspomnieć trzeba jedynie o kolejnym ich elemencie, który istotnie rzutuje na rozliczenia stron, tj. wadliwym wykonaniu tynków wewnętrznych polegającym na ich odchyleniu od pionu i poziomu; ich naprawa wymaga bowiem wydatkowania kwoty blisko 22.000 zł.

Biegły wadę powyższą szczegółowo opisał w jednej z notatek z oględzin (k. 743-745) oraz w pkt 10 opinii zasadniczej (k. 669-671). Pozwany uczestniczył w oględzinach tynków i podpisał towarzyszący im protokół, zaś na kolejnych etapach procesu płynące z niego ustalenia nie zostały podważone, pomimo nieskutecznych prób udowodnienia domniemanej zgody powoda na pozostawienie nierówności (czemu przeczą zeznania świadka J. S., z których wynika, że pozwani na pewnym etapie godzili się na „wyrównanie tynków” i nie kwestionowali swojej odpowiedzialności za wadę).

Końcowo podnieść należy, że biegły wyeliminował cały szereg braków wykonawczych, którymi powodowie obciążyli pozwanych, a mianowicie: wady ocieplenia izolacji, niewłaściwe wykonanie schodów i posadzki, braki ogrodzenia, podłączenie rury spustowej rynny do instalacji drenażu, zbyt niskie osadzenie drzwi, co wzmacnia wymowę opinii i zaprzecza twierdzeniom apelujących o jej jednostronnie krytycznym charakterze.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny skorygował wysokość kwoty zasądzonej na rzecz powodów z tytułu wad robót wykonanych na ich rzecz przez pozwanych do 218.724,25 zł, uznając roszczenie tych pierwszych za uzasadnione do wskazanej kwoty w kontekście poczynionych przez Sąd ustaleń faktycznych ocenianych na gruncie art. 637 k.c. (obowiązującego do dnia 25 grudnia 2014 roku, a więc także w momencie powstania zobowiązania). Zgodnie z § 2 tego przepisu (odpowiednio stosowanego do umów o roboty budowlane), gdy dzieło ma wady, które usunąć się

nie dadzą albo, gdy z okoliczności wynika, że przyjmujący zamówienie nie zdoła ich usunąć w czasie odpowiednim, zamawiający może od umowy odstąpić, jeżeli wady są istotne; jeżeli wady nie są istotne, zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. Zdanie drugie w/w przepisu wskazuje, że regulacja dotyczy również wypadku, gdy przyjmujący zamówienie nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

Podstawowy podział wad fizycznych przy rękojmi za wady dzieła opiera się na pojęciu „istotności wady”. Z tego punktu widzenia ustawa wyróżnia wady istotne i nieistotne (art. 637 § 2 k.c.). Istotną jest taka wada dzieła, która czyni je niezdatnym do zwykłego użytku, albo która sprzeciwia się wyraźnie umowie. Pozostałe wady są wadami nieistotnymi. Wady istotne dzieła mogą być zarówno wadami usuwalnymi, jak i nieusuwalnymi (por. wyrok SN z dnia 8.01.1999 r., I CKN 957/97, OSNC 1999, Nr 7–8, poz. 131 oraz wyrok SA w Gdańsku z dnia 28.10.1999 r., I A Ca 620/99, OSA 2002, Nr 4, poz. 28 ).

Bezspornie wady opisane przez biegłego są usuwalne, zaś najważniejsze z nich ( braki izolacji piwnicy, niewykonanie szczeliny wentylacyjnej między deskowaniem połaci dachowej a warstwą ocieplenia ) należą także do wad istotnych, bo uniemożliwiających prawidłowe korzystanie z budynku. Duża część braków ma jednak charakter nieistotny, częstokroć estetyczny i nie wpływa zasadniczo na funkcjonalność domu, ale z pewnością rzutuje na jego cenę. Wszystkie te wady podlegają rozliczeniu w procesie o obniżenie wynagrodzenia wykonawcy; nie budzi też wątpliwości możliwość domagania się takiego obniżenia już po wypłacie wynagrodzenia wykonawcy.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 listopada 2012 roku , II CSK 183/12, rozważał , czy w wypadku gdy dzieło ma wadę usuwalną oraz istotną, zamawiającemu oprócz roszczeń przewidzianych w art. 637 § 1 i 2 k.c. tj. żądania usunięcia wady lub prawa odstąpienia od umowy, przysługuje również roszczenie o obniżenie wynagrodzenia. Wskazał, że roszczenie takie zostało przewidziane dla sytuacji, w której wady usuwalne lub nieusuwalne są nieistotne. Mając na względzie, że w orzecznictwie brak jest wypowiedzi na ten temat, podzielił jednak te poglądy wyrażone przez doktrynę, które wskazują, że gradacja uprawnień oparta na rozróżnieniu wad istotnych i nieistotnych wyklucza jedynie możliwość odstąpienia od umowy, jeżeli wada nie jest istotna. A. a maiori ad minus przesądza, zdaniem Sądu Najwyższego, że skoro zamawiający może od umowy odstąpić, to tym bardziej może żądać mniej - obniżenia wynagrodzenia. Nadto, zgłoszenie żądania obniżenia wynagrodzenia jest wówczas równoznaczne z utratą prawa do odstąpienia od umowy.

Nie ulega wątpliwości, że odmienny pogląd doprowadziłby do nieuzasadnionej ochrony przyjmującego zamówienie w sytuacji, gdy zamawiający nie korzysta z prawa odstąpienia od umowy, bowiem konsekwencją byłby obowiązek zapłaty na rzecz pierwszego z wymienionych pełnego wynagrodzenia za dzieło posiadające wadę.

Bezspornie powodowie po weryfikacji wartościowej i jakościowej robót pozwanych dokonanej przez H. Ł. wystosowali dnia 2 listopada 2011 r. pismo ( doręczone dnia 4.11.2011 r. ), w którym domagali się od wykonawców usunięcia stwierdzonych wad ( ich wykaz nie zmienił się istotnie w późniejszym procesie ) w terminie 35 dni, pod rygorem odmowy przyjęcia naprawy po zakreślonym terminie ( pismo wraz z dowodem doręczenia, k. 236-238 ). Po bezskutecznym upływie powyższego terminu powodowie zażądali od pozwanych obniżenia wynagrodzenia na zasadzie art. 637 § 2 k.c., co uczynili w piśmie z dnia 16 grudnia 2011 r. ( pismo wraz z dowodem doręczenia, k. 239-242 ). Jeżeli się zważy na okres, który upłynął od daty sporządzenia opinii prywatnej H. Ł. ( połowa października 2011 r. ), nie sposób w tych warunkach uznać, że reklamacja powodów była spóźniona.

Pozwani wskazują na swoją gotowość usunięcia wad i domniemany fakt ich niedopuszczenia do napraw przez powodów, czemu ci ostatni konsekwentnie zaprzeczają. W ślad za powodami stwierdzić należy, że zebrany materiał dowodowy nie potwierdza stanowiska apelujących. Wskazywany przez pozwanych w ich apelacji świadek J. S. (1), zeznając na rozprawie dnia 21 listopada 2012 r. przyznał co prawda, że został wysłany wraz ze swoją ekipą na posesję powodów, celem „dokończenia szpachlowania i wyrównania nierówności”, ale pozwany nakazał im opuszczenie budowy po rozmowie z powodem ( znacznik czasowe od 02:28:01 do 02:32:20 ). Z tak lakonicznego i ogólnikowego stwierdzenia nie można wyprowadzić wniosku, że powodowie uniemożliwili pozwany usunięcie wad i wykonanie napraw; wątpliwości budzi ponadto bardzo wąsko nakreślony przez świadka zakres planowanych a niewykonanych robót naprawczych, które nie odpowiadają pełnemu asortymentowi niedoróbek.

W judykaturze podkreśla się, że zakres zmniejszenia wynagrodzenia powinien mieć charakter indywidualny i polegać na przywróceniu pełnej ekwiwalentności świadczeń stron danej umowy. Obniżone wynagrodzenie powinno pozostawać w takiej proporcji do wynagrodzenia wynikającego z umowy, w jakiej wartości rzeczy z wadą pozostają do wartości rzeczy bez wady ( por. S.A. w K. w wyroku z dnia 20 stycznia 2016 r., I A Ca 1431/15, Lex nr 2016316). Zgodzić się przy tym wypada z tezą, wedle której obniżenie wynagrodzenia "w odpowiednim stosunku" (art. 637 § 2 zdanie pierwsze k.c.) ze względu na wady dzieła, jeżeli wady te są nieusuwalne lub przyjmujący zamówienie nie usuwa ich w czasie odpowiednim, w zasadzie oznacza obniżenie wynagrodzenia o koszt usunięcia wad, jeżeli nie jest on nadmierny ( por. S.N. w wyroku z dnia 10 stycznia 2008 r., IV CNP 147/07, Lex nr 361455 ). Sąd Apelacyjny odnosząc wartość robót naprawczych do całego wynagrodzenia pozwanych uznał je za nienadmierne i dokonał obniżenia tego ostatniego proporcjonalnie do wartości napraw.

Odnosząc się do drugiej części żądania powodów, a mianowicie roszczenia o zapłatę równowartości nadpłaconego pozwanym wynagrodzenia, Sąd Apelacyjny w całości podziela dokonane w tej materii przez biegłego, a w konsekwencji również Sąd Okręgowy, ustalenia faktyczne, czyniąc je integralnym składnikiem własnej argumentacji. Oszacowanie wartości wykonanych robót i odniesienie jej do ogólnej kwoty wypłaconego pozwanym wynagrodzenia ( 693.110 zł ) także oparte zostało na inwentaryzacji robót przeprowadzonej przez biegłego K. P. w okresie od dnia 30.07.2013 r. do dnia 6.11.2013 r. Pozwani dochodząc dopuszczenia dowodu z opinii kolejnego biegłego zmierzają w istocie nie tyle do weryfikacji wniosków i ocen pierwszego z biegłych, co do pozyskania innych ustaleń faktycznych stanowiących podstawę źródłową opiniowania. Prezentowane przez nich stanowisko, akcentujące nieprofesjonalny charakter pomiarów wilgotności dokonywanych przez biegłego K. P. ( w warunkach występowania ewidentnych wycieków wody w warstwach izolacji piwnicy i niestwierdzenia szczeliny wentylacyjnej oraz „sznurowania” wełny w połaci dachowej ) nie może jednak odwrócić niekorzystnych dla nich ustaleń dokonanych w trakcie oględzin. W tych warunkach zarzut naruszenia art. 278 k.p.c. zgłoszony w apelacji należy interpretować jako próbę poszukiwania innych dowodów i faktów, co przesądza o jego niezasadności.

Sąd Okręgowy zasadnie uznał, że w warunkach braku umownych kryteriów kosztorysowania prac pozwanych, należy przyjąć ( analogicznie do wyceny wartości wynagrodzenia za wykonane dzieło- art. 628 § 2 zdanie drugie k.c.) przesłanki zwykłego ( średniorynkowego) wynagrodzenia za roboty budowlane danego rodzaju. Oszacowanie objęło prace i wydatki materiałowe służące osiągnięciu założonego rezultatu, co prowadziło do wyeliminowania wszelkich kosztów wykraczających poza założony schemat. Uśrednieniu i zrationalizowaniu podlegały więc koszty wykopów, prefabrykowania kształtowników itp. W tych warunkach powoływanie się przez pozwanych na wykonanie prac, które doprowadziły do podrożenia kosztów inwestycji bez uzasadnionej przyczyny nie mogło zmienić wniosków biegłego podlegających dalszej weryfikacji Sądu Okręgowego. Ten ostatni słusznie uśrednił wszelkie kryteria cenotwórcze, a więc również te, których wysokość pozwani ustalili poniżej średniej rynkowej ( por. uzasadnienie zaskarżonego wyroku, k. 1425 ). Próby udowodnienia przez pozwanych, że droższe materiały zostały zakupione na wyraźne żądanie powodów okazały się być nieskuteczne. Lakoniczne stwierdzenia niektórych świadków ( nota bene związanych z pozwanymi), np. J. S. i P. C. o każdorazowym dokonywaniu zakupów po ustaleniu ich asortymentu z powodem, w sytuacji gdy G. D. jako inwestor nieposiadający wiedzy profesjonalnej temu zaprzecza, są nieprzekonywujące a ponadto w zebranych dokumentach nie sposób natrafić na dyspozycje powoda w tej materii.

Wśród artykułowanych w apelacji zastrzeżeń dotyczących wyceny biegłego akcentowana była m.in. rozbieżność w oszacowaniu kosztów zakupu, przystosowania i wbudowania elementów ze stali konstrukcyjnej. Apelujący wskazują, k. 1443-1444, że koszty cięcia, spawania, zabezpieczenia antykorozyjnego elementów stalowych były wyższe od przyjętych przez biegłego. Bezspornie rysunki stanowiące element projektu budowlanego zamiennego ( koperta, k. 289 ) wspominają ogólnie o potrzebie „docięcia i spawania” stali ( por. k. 48 projektu ), ale jednocześnie brak jest w nich oszacowania wydatków materiałowych i roboczo-godzin koniecznych dla realizacji danego zadania. Projekt nie wspomina także o potrzebie wykonywania zabezpieczeń antykorozyjnych każdego elementu stalowego. Biegły wyjaśniając na rozprawie dnia 20 października 2014 r. ( k. 1210v. ) powyższe kwestie zasadnie podniósł więc, że produktem gotowym ujętym w kosztorysie pozwanych powinna być stal zabezpieczona antykorozyjnie a nie surowa,

zaś przycięcie elementu nie podraża go istotnie; poza tym podniósł ( i stanowisku temu nie można odmówić logiki ), że elementy stalowe wbudowane nie wymagały „miniowania”.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny uznał, że powodowie nadpłacili pozwanym należne wykonawcy wynagrodzenie o kwotę przyjętą w rozliczeniu ( 59.191,41 zł ), zaś żądanie zapłaty tej sumy należy ocenić na gruncie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, a konkretnie kondykcji nienależnego świadczenia.

W świetle utrwalonego już w orzecznictwie i doktrynie poglądu, akceptowanego również przez Sąd Apelacyjny, w przypadku świadczenia nienależnego wzbogacenie następuje kosztem świadczącego (solwensa), bowiem dochodzi w ten sposób do zwiększenia cudzego majątku, które nie miało przyczyny, albo którego przyczyna odpadła lub nie została urzeczywistniona. Ustalenie, że wzbogacenie nastąpiło kosztem świadczącego sprowadza się do stwierdzenia, czy doszło do spełnienia świadczenia nienależnego. Innymi słowy przy roszczeniu określonym w art. 410 k.c. nie ma potrzeby ustalania niczego innego, w tym, czy wzbogaciło odbiorcę bądź czy majątek świadczącego uległ zmniejszeniu, gdyż przesłanki te wynikają z samego pojęcia świadczenia nienależnego. Sam fakt spełnienia w tym wypadku nienależnego świadczenia uzasadnia roszczenie kondycyjne ( por. teza 2 cyt. wcześniej wyroku S.N. z dnia 28 sierpnia 2013 r. , V CSK 362/12, Lex nr 1391375 ). Skoro więc powodowie uiszcili na rzecz pozwanych wynagrodzenie w kwocie 693.110 zł, a wartość faktycznie wykonanych prac opiewa jedynie na 633.918,51 zł, to powodom przysługuje żądanie zapłaty różnicy tych sum.

W związku z wyszacowaniem faktycznej wartości robót pozwanych, która była niższa od kwot wpłaconych przez powodów na poczet wynagrodzenia wykonawcy, niezasadne okazało się powództwo apelujących o zapłatę 118.800 zł.

Kierując się przedstawionymi wyżej motywami, Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji wyroku na zasadzie art. 385 i 386 § 1 k.p.c.

O kosztach procesu w obu instancjach postanowiono w zgodzie z art. 100 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 7 ( w postępowaniu odwoławczym także § 13 ust. 1 pkt 2 ) Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu ( Dz. U. z 2013 r. , poz. 461), przy uwzględnieniu wygranej powodów w 0,89 w instancji pierwszej i 0,95 w drugiej. Sąd odwoławczy zaaprobował kalkulację wydatków obu stron przedstawioną w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku; na etapie procesu odwoławczego stosunkowemu rozdzieleniu podlegały sumy wynagrodzeń adwokackich, opłaty od apelacji, opłaty od wniosku o udzielenie zabezpieczenia i rozchodowana część zaliczki na wydatki sądowe.

Stosownie do zakresu przegranej powodów w postępowaniu odwoławczym nakazano pobranie od nich ułamka ( 0,05 ) opłaty sądowej od apelacji, od uiszczenia której pozwani zostali częściowo zwolnieni, o czym orzeczono na zasadzie art. 113 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 u.ok.s.c. Na tożsamy sposób zmieniono pkt V zaskarżonego wyroku, przy uwzględnieniu przegranej powodów w 0,11 i pozwanych w 0,89.

(...)