

Sygn. akt I ACa 146/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 czerwca 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Danuta Jezierska
Sędziowie:	SA Wiesława Kaźmierska SA Agnieszka Sołtyka (spr.)
Protokolant:	st. sekr. sądowy Beata Waclawik

po rozpoznaniu w dniu 12 czerwca 2014 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa R. S. i D. S.

przeciwko S. O. (1) i A. F. (1)

o zapłatę

na skutek apelacji powodów

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 28 października 2013 r., sygn. akt I C 600/08

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym, drugim, trzecim i czwartym w ten sposób, że:

1. zasądza od pozwanego S. O. (1) na rzecz powodów solidarnych D. S. i R. S. kwotę 77.283,74 (siedemdziesiąt siedem tysięcy dwieście osiemdziesiąt trzy złote i siedemdziesiąt cztery grosze) z odsetkami w wysokości ustawowej od dnia 25 lipca 2008r do dnia zapłaty i oddala powództwo wobec tego pozwanego w pozostałym zakresie,

2. oddala powództwo w całości w stosunku do pozwanego A. F. (1),

3. zasądza od powodów solidarnych na rzecz pozwanego A. F. (1) kwotę 3.600 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem kosztów procesu,

4. ustala, że powodowie wygrali spór z pozwanym S. O. (1) w 30 (trzydzieści) % i pozostawia szczegółowe wyliczenie kosztów referendarzowi sądowemu,

II. oddala apelację w pozostałej części,

III. zasądza od powodów solidarnych na rzecz pozwanego S. O. (1) kwotę 570 (pięćset siedemdziesiąt) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

SSA W. Kaźmierska SSA D. Jeziarska SSA A. Sołtyka

Sygn. akt: I ACa 146/14

UZASADNIENIE

Powodowie D. S. i R. S. wnieśli o zasądzenie od pozwanych S. O. (1) i A. F. (1) na ich rzecz solidarnie kwoty 112.106,18 zł z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu z zastrzeżeniem, że zapłata dokonana na rzecz solidarnych powodów przez jednego z pozwanych zwalnia z odpowiedzialności drugiego z pozwanych do wysokości dokonanej wpłaty. Ponadto wnieśli o zasądzenie od pozwanego S. O. (1) solidarnie na ich rzecz kwoty 142.350 zł z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu tytułem kary umownej. Poza tym wnieśli o zasądzenie od pozwanych na rzecz solidarnych powodów kosztów procesu według norm przepisanych.

W uzasadnieniu powodowie wskazali, że w dniu 20 czerwca 2006 r. zawarli z pozwanym S. O. (1) umowę o roboty budowlane, na podstawie której pozwany zobowiązał się wybudować dom rodzinny w standardzie „pod klucz” według projektu (...). Termin realizacji umowy został określony na dzień 31 maja 2007 r. Powodowie zaznaczyli, iż do obowiązków S. O. (1), jako wykonawcy należało między innymi wykonanie robót zgodnie z przekazaną przez powodów dokumentacją projektową, prawem budowlanym, a także z polskimi i branżowymi normami, warunkami technicznymi wykonania odbioru robót budowlano-montażowych, sztuką budowlaną, przepisami ochrony środowiska i obowiązującymi innymi przepisami. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy zostało ustalone w sposób ryczałtowy na kwotę 390.000 zł. Ponadto z treści łączącej strony umowy wynikało, że S. O. (1) zobowiązał się do zapłaty kary umownej w wysokości 0,1 % brutto wynagrodzenia ustalonego za każdy dzień zwłoki w przypadku opóźnienia w wykonaniu całości przedmiotu umowy. Pozwany A. F. pełnił rolę kierownika budowy.

Powodowie podnieśli, że pozwany wykonał budynek w sposób wadliwy oraz niezgodny z projektem budowlanym, opuścił także plac budowy nie wykonując prac do końca. Powodowie wskazali, iż wartość robót wykonanych przez pozwanego S. O. (1) w ramach umowy zamyka się w kwocie 243.641 zł. Wskazali, że w związku z realizacją przedmiotowej umowy powodowie wydatkowali łącznie kwotę 355.747,18 zł. Zaznaczyli, iż na niniejszą kwotę składa się suma wpłat dokonywanych bezpośrednio na rzecz pozwanego, jak również na poczet faktur VAT obejmujących zakupione materiały budowlane, które powodowie samodzielnie zakupili i dostarczyli na teren budowy.

W związku z tym, że pozwany nie wykonał pełnego zakresu robót stanowiących przedmiot umowy przysługuje mu wynagrodzenie w wysokości odpowiadającej wyłącznie wartości tych robót, które wykonał. Natomiast powodowie wpłacili na poczet wynagrodzenia kwotę przekraczającą wysokość wynagrodzenia, które rzeczywiście mu się należy. W związku z powyższym nadpłata wynagrodzenia dokonana w formie zaliczek wynosi 79.009 zł. W ocenie powodów, mogą oni żądać zwrotu powyższej nadpłaty na zasadzie art. 410 k.c., jako świadczenia nienależnego. Natomiast jeśli chodzi o kwotę zapłaconą przez nich za materiały budowlane, to gdyby pełen zakres robót został wykonany, to wówczas zostałaby ona zaliczona na poczet wynagrodzenia. Tymczasem należne S. O. (1) wynagrodzenie jest niższe i zaliczenie takie nie nastąpi. Niniejsza kwota stanowi zatem szkodę, jaką powodowie ponieśli na skutek nienależytego wykonania przez pozwanego zobowiązania.

Zdaniem powodów, szkoda powstała na skutek nadpłacenia przez nich wynagrodzenia na rzecz pozwanego S. O. (1) została spowodowana zaniedbaniem przez pozwanego A. F. (1) w zakresie ciążących na nim obowiązków kierowania budową. Zaniedbanie tych obowiązków, w ocenie strony powodowej, powoduje powstanie po stronie kierownika budowy odpowiedzialności za szkodę powstałą przez inwestora na zasadzie art. 415 k.c. Powodowie wskazali, iż A. F. (1) ponosi odpowiedzialność za dopuszczenie do wykonania prac budowlanych w sposób niezgodny z projektem.

Argumentując żądanie zapłaty na ich rzecz kary umownej zaznaczyli, iż według umowy termin zakończenia prac upłynął 31 maja 2007 r. Natomiast prace nadal są w toku. Mając na względzie fakt, że zwłoka w wykonaniu prac

powstała w dniu 1 czerwca 2007 r. i trwała co najmniej do 31 maja 2008 r., na tym etapie realizacji umowy należało stwierdzić, że kara umowna przysługująca powodom z tego tytułu wynosi 142350,00 zł.

Pozwani S. O. (1) i A. F. (1) wnieśli o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powodów na ich rzecz kosztów procesu według norm przepisanych. W uzasadnieniu pozwani podnieśli, że nie dopuścili się oni naruszenia żadnego z zarzucanych im przepisów prawa budowlanego.

Ponadto wskazali, iż zakres prac dodatkowych zleconych przez powodów w trakcie robót budowlanych znacznie przekroczył ustalone wynagrodzenie, w związku z czym wykazana nadpłata w wysokości 79.000 zł nie istnieje, gdyż powodowie nie przekazali pozwanemu S. O. (1) żadnych kolejnych pieniędzy na wykonanie zleconych robót dodatkowych, poza przekazaną sumą 321.950zł.

Następnie zaznaczyli, iż załączona przez powodów do pozwu umowa o roboty budowlane nigdy nie została przez strony podpisana, gdyż nie porozumiały się one co do jej treści.

Wyrokiem z dnia 28 października 2013 r. Sąd Okręgowy Szczecinie oddalił powództwo, zasądził od powodów solidarnie na rzecz pozwanych kwotę 7217 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego; zasądził od powodów solidarnie na rzecz pozwanego S. O. (1) kwotę 702,07 zł tytułem zwrotu wydatków oraz nakazał pobrać od powodów solidarnie na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Szczecinie kwotę 6497,95 zł tytułem wydatków.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny;

W dniu 5 stycznia 2006 r. powodowie – D. S. i R. S. wystąpili do Starosty Powiatowego w G. o udzielenie pozwolenia na budowę budynku mieszkalnego, jednorodzinnego, parterowego z poddaszem użytkowym i wbudowanym garażem według gotowego projektu o nawie (...) wraz z wewnętrzną instalacją gazową i zewnętrznymi instalacjami: energetyczną, wodociągową (studnia kopana), kanalizacji sanitarnej (przydomowa oczyszczalnia ścieków) i gazową (zbiornik na gaz płynny o pojemności 2700 l) oraz wolnostojącego budynku garażowego i oczka wodnego, zlokalizowanych na działce nr (...) w obrębie geodezyjnym M., gmina G..

Decyzją z 24 lutego 2006 r. Starosta Powiatowy w G. zatwierdził projekt budowlany (...) i udzielił pozwolenia na budowę budynku mieszkalnego wraz z instalacjami oraz na budowę wolnostojącego budynku garażowego i oczka wodnego.

Strony negocjowały warunki zawarcia umowy o roboty budowlane. Ostatecznie nie doszło do jej podpisania. Sporządzono jedynie dwa projekty umowy o roboty budowlane, datowanej na 20 czerwca 2006 r., na podstawie której Zamawiający, powodowie – D. S. i R. S. zlecieli Wykonawcy – Przedsiębiorstwu Produkcijno-Handlowo-Usługowemu (...) w K., prowadzonemu przez pozwanego – S. O. (1), wykonanie domu jednorodzinnego „pod klucz” według projektu (...) na działce nr (...), w miejscowości M.. W obu projektach umowy wskazano termin rozpoczęcia umowy - 21 czerwca 2006 r., zaś termin zakończenia - 31 maja 2007 r.

Za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający miał zapłacić Wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 390.000 zł brutto.

Na projektach znajdowały się zapisy wyrazowo-liczbowe nakreślone własnoręcznie, przekreślenia, a także na jednym z projektów podpis powódki i nieczytelny podpis na odcisku pieczętki (...). Zapisy wyrazowo-liczbowe sporządzone na obu projektach umowy o roboty budowlane zostały nakreślone własnoręcznie przez A. I. (1) – pracownika Przedsiębiorstwa Produkcijno-Handlowo-Usługowego (...). Natomiast nieczytelny podpis sporządzony na odcisku pieczętki (...) na umowie znajdującej się na karcie 29-31 akt sprawy nie jest autentycznym wzorem podpisu pozwanego – S. O. (1). Na umowie znajdującej się na karcie 183-187 dokonano przekreśleń cienkopisem o czarnej barwie tuszu i długopisem o niebieskiej barwie pasty kryjącej. Z kolei na umowie znajdującej się na karcie 29-31 dokonano przekreśleń długopisem o niebieskiej barwie pasty kryjącej.

Powyższe przekreślenia dotyczą postanowień w zakresie kary umownej i odszkodowania (§ 11), kwestii dotyczących rozliczenia przedmiotu umowy (§ 9). Poza tym w umowie znajdującej się na karcie 183-187 wykreślono postanowienia dotyczące odstąpienia od umowy - § 12 i 13. Niniejszych postanowień nie wykreślono natomiast w projekcie umowy znajdującym się na karcie 29-31.

Po negocjacjach pozwany rozpoczął w dniu 3 lipca 2006 r. prace budowlane na działce nr (...). Kierownikiem budowy od 3 lipca 2006 r. został pozwany A. F. (1). Nie wyznaczono natomiast inspektora nadzoru prac budowlanych.

Zaraz po rozpoczęciu prac powodowie zauważyli wadliwe wykonanie robót - błędne wykonanie podkładu betonowego pod posadzki. Poza tym skarżyli się na przerwy w pracach budowlanych. W późniejszym czasie powodowie zwracali pozwanym uwagę na kolejne wady, niedokładności przy prowadzeniu prac budowlanych.

Pismami z 25 lutego 2008 r. powodowie zwrócili się do pozwanego A. F. (1) o przedstawienie odpowiednich świadectw jakości na wszystkie materiały budowlane użyte do budowy wraz z adnotacją potwierdzającą ich wbudowanie. Z kolei do pozwanego S. O. (1) zwrócili się z żądaniem zakończenia robót budowlanych w zakresie przewidzianym umową i usunięcia powstałych usterek, wyznaczając mu termin 10 dni od daty otrzymania niniejszego pisma.

Pozwany S. O. (1) nie ustosunkował się do powyższego wezwania, stąd też powodowie pismem z 13 marca 2008 r. poinformowali go, że powierzyli poprawienie i dalsze wykonanie przedmiotu umowy innemu wykonawcy na koszt i ryzyko pozwanego. Ponadto poinformowali pozwanego o terminie spotkania wyznaczonego na dzień 20 marca 2008 r. w celu dokładnego określenia zakresu robót wymagających powierzeniu innemu wykonawcy, ustalenia jakości, stanu zaawansowania robót i wykonania inwentaryzacji. Pismo to wysłano również do pozwanego A. F. (1) - z zaproszeniem go na spotkanie. W dniu 20 marca 2008 r. powodowie dokonali przejęcia budowy. Żaden z pozwanych nie był obecny przy tej czynności.

Strony ustaliły, że za wybudowanie budynku Zamawiający mieli zapłacić Wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 390.000 zł brutto. Wynagrodzenie to nie obejmowało wybudowania na działce nr (...) budynku gospodarczego, a także ogrodzenia stałego, docelowego.

Powodowie dokonali zapłaty na rzecz pozwanego S. O. (1) łącznej kwoty w wysokości 321. 950 zł tytułem wykonanych przez niego prac budowlanych.

Przedmiotowy budynek mieszkalny, aby mógł być użytkowany musiał zostać zrealizowany w stanie wykończeniowym zgodnie z rozwiązaniami projektu budowlanego wraz z wewnętrznymi instalacjami zimnej i ciepłej wody, kanalizacji sanitarnej, elektroenergetycznej w zakresie oświetlenia, gniazd wtykowych, siły 230/240V, instalacji: telefonicznej, telewizyjnej, odgromowej i ochrony przeciwporażeniowej i przeciwpożarowej.

Projekt nie przewidywał instalacji centralnego odkurzenia i alarmowej, które powodowie wykonali we własnym zakresie. Pracami dodatkowymi w stosunku do projektu (...) było również zainstalowanie ogrzewania podłogowego oraz zainstalowanie stelaży do montażu urządzeń sanitarnych.

Ponadto budynek gospodarczy został zrealizowany jako roboty dodatkowe.

Pozwany - S. O. (1) podczas prac budowlanych zastosował liczne uproszczenia w rozwiązaniach architektonicznych, jak: niewykonanie przypór, niewykonanie obwiedni okiennych i drzwiowych oraz wrót garażowych (opaski wokół otworów), niewykonanie murków ozdobnych, zmniejszenie szerokości wrót garażowych, niewykonanie cokołu budynku ze styropianu grubości 6 cm, skrócenie okna połaciowego z 78/160 na 78/118 cm, niewykonanie luków drzwi balkonowych w mansardach, niewykonanie luków podcienia nad tarasem, niewykonanie obróbek blacharskich balkonów (frontowego i ogrodowego) z korytami odwadniającymi i rzygaczami, zastosowanie okien i drzwi balkonowych bez szprotów, zmniejszenie wymiarów drzwi wejściowych. Ponadto pokrycie dachu było zaprojektowane z dachówki ceramicznej, zakładowej, zaś pozwany wykonał pokrycie dachu z blachy dachówkowo podobnej, tj. rozwiązania znacznie tańszego od założeń projektowych.

Jedynie w zakresie wykonania ścian zewnętrznych Wykonawca zastosował rozwiązanie droższe od przyjętego w projekcie.

Powyższe rozwiązania (w większości uproszczenia zastosowane w budowie) wpłynęły na obniżenie wartości robót wykonanych przez pozwanego Wykonawcę obiektu.

Wykonawca część robót budowlanych wykonał wadliwie. Tynki, okładziny z płyt gipsowo-kartonowych wykonane na ścianach wewnątrz pomieszczeń, skosach na poddaszu użytkowym, odbiegają od ogólnych warunków wykonania. Ujawniono wady w postaci: poziomych i pionowych spękań na połączeniach płyt gipsowo-kartonowych, spękań między płytami i ścianami oraz sufitami, nie zachowania pionu na ścianach, wgłębień i wygarbień. Poza tym połączenia sufitów nie zostały należycie obrobione

Z nienależytą starannością wykonano roboty szpachlowania ścian z obróbkami narożników. Niniejsze wady objawiają się: brakiem powierzchniowości gładzi gipsowych na ścianach i sufitach, pęknięciami na połączeniach, odpryskami gładzi gipsowych, wklęśnięciami na ścianach i sufitach, wybrzuszeniami, nierównościami szlifierskimi, odchyłkami na ścianach w pionie i poziomie od kilku do kilkunastu milimetrów. Na ścianach widoczne jest również nienależyte malowanie.

Niepoprawnie ułożono na ścianach płytki glazury: nienależycie wykonano połączenie kafli, niewłaściwie dokonano docięcia kafli, a także nienależycie wykonano fugi. Nieprawidłowo wykonano terakotę w garażu oraz w pomieszczeniu gospodarczym i w kotłowni. Wady są na tyle istotne, że należałoby wymienić istniejącą terakotę – zrywając istniejące kafle i kładąc nowe.

Pozwany – S. O. (2) wykonał nieuszczelne pokrycie dachu, o czym świadczą występujące zacieki na płytach gipsowo-kartonowych i tynkach. Nie zakończono prac orynnowania i montażu rur spustowych. Roboty pokrywcze posiadają trwałe wady. Połączenia połączy na krawężnicach wykonano bez zachowania liniowości. Wadliwie wykonano pokrycie dachowe w koszu, na krawężnicy.

Elewacje budynku zostały wykonane w sposób całkowicie odmienny niż zakładał to projekt budowlany. Elewacje wykonano metodą bezspoinową, mokrą. Poza tym warstwa elewacji została wykonana wadliwie z uwagi na: brak jednorodności struktury tynku cienkowarstwowego, pozbawienie niektórych miejsc wyprawy tynkarskiej, nierównomierne ztracenie masy tynkarskiej, występujące zacieki wód opadowych, pęknięcie struktury tynku cienkowarstwowego, brak przypór. Nie wykonano również elementów elewacji ogrodowej, m.in. w zakresie murków ozdobnych, schodów tarasowych łukowych.

Ponadto wadliwie wykonano podkład betonowy pod posadzki – ułożono go na nieutwardzonym gruncie (ziemi roślinnej) i bez izolacji. Nie wykonano również podbitki okapów, balustrad balkonowych, nie ukończono tarasu, schodów i murków zewnętrznych, nie dokonano montażu urządzeń sanitarnych i osprzętu elektrycznego, nienależycie wykonano podokienniki oraz ich niezspoinowano. Poza tym pozwany nie wykonał wentylacji grawitacyjnej w kuchni, nienależycie wykonał podłączenie kuchni gazowej, a także nie wykonał w garażu jednego stopnia (pochylni).

Nadto panele podłogowe na poddaszu wykonano bez należytego przygotowania podłoża (nie zachowano poziomów).

Poza tym otwór bramy garażowej został skrócony o 37 cm, a mocowanie prowadnicy napędu elektrycznego wykonano niezgodnie z podstawowymi zasadami bezpieczeństwa konstrukcji, poprzez wycięcie bruzdy w podciągu nośnym i całkowitym osłabieniu tego elementu konstrukcyjnego. Przecięto pręty zbrojenia nośnego podciągu.

Niezgodnie z projektem zamontowano drzwi balkonowe i wejściowe parteru – zastosowano drzwi wejściowe niższe i węższe. Wadliwie zamontowano ościeżnicę drzwi wewnętrznych. Drzwi w salonie mają różnej wysokości naświetla. Niezgodnie z projektem wykonano drzwi balkonowe na poddaszu, które miały być łukowe, a wykonano je jako płaskie.

Zamontowano jeden grzejnik niezgodnie z projektem, który zakładał montaż grzejnika o mocy 1800 W, zaś zamontowano o mocy 1560 W.

Pokrycie dachowe budynku gospodarczego ma nieszczelności i wykonano je w różnej kolorystyce blach.

Pozwany – S. O. (1) wykonał prace budowlane związane z przedmiotowym budynkiem jednorodzinny w oparciu o projekt budowlany (...) o wartości 243854,00 zł netto. Ponadto wykonał fundament pod zbiornik na gaz o wartości 1010 zł. Poza tym wykonał roboty dodatkowe związane z budynkiem gospodarczym o wartości 14728 zł. Wyliczenia te zostały ustalone według cen na dzień 20 marca 2008 r. W 2006 r. na budownictwo mieszkaniowe jednorodzinne obowiązywał podatek VAT w wysokości 7 %.

Powodowie przystąpili do usuwania wad i usterek budynku mieszkalnego, spowodowane działaniem pozwanego S. O. (1) we własnym zakresie. Ponadto wykonali prace związane z budynkiem gospodarczym.

Pismem z 9 kwietnia 2008 r. powodowie wezwali pozwanego – S. O. (1) do zapłaty na ich rzecz kwoty 254.456,18 zł tytułem nadpłaconej części wynagrodzenia oraz kary umownej za zwłokę w wykonaniu umowy o roboty budowlane z 20 czerwca 2006 r. w terminie 7 dni od dnia doręczenia niniejszego wezwania pod rygorem skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego.

Ponadto pismem z 29 maja 2008 r. powodowie wezwali pozwanego – A. F. (1) do zapłaty na ich rzecz kwoty 112106,18 zł tytułem odszkodowania za szkodę poniesioną przez powodów w związku z realizacją w sposób niezgodny z projektem prac na budowie budynku mieszkalnego jednorodzinnego w terminie 7 dni od dnia doręczenia niniejszego wezwania pod rygorem skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego.

Po dokonaniu takich ustaleń Sąd Okręgowy uznał, że roszczenia powodów nie są zasadne. Sąd wskazał, że powodowie domagają się zapłaty kwoty 254456,18 zł z dwóch tytułów: kwota 112106,18 zł stanowi różnicę pomiędzy kwotami wydatkowanymi przez powodów, a wartością robót wykonanych przez pozwanego S. O. (1). Zapłaty tej kwoty powodowie dochodzą in solidum od S. O. (1) i kierownika budowy A. F. (1). Z kolei kwota 142350 zł dochodziona tylko od S. O. (1) stanowi karę umowną przewidzianą w § 11 ust. 1 pkt 1 lit a) umowy z 20 czerwca 2006 r. za zwłokę w wykonaniu umowy za okres od 1 czerwca 2007 r. do 31 maja 2008 r.

Sąd Okręgowy wskazał, że postępowanie dowodowe wykazało, że strony nie zawarły umowy pisemnej z 20 czerwca 2006 r., która zdaniem powodów określała obowiązki stron. Sąd- w oparciu o opinię biegłego sądowego z zakresu kryminalistycznych analiz porównawczych pisma ręcznego (grafologii) i technicznych badań dokumentów P. G.- uznał za zasadny zarzut pozwanego S. O., że nie podpisał umowy, a strony prowadziły jedynie rokowania zmierzające do zawarcia umowy, a dołączony egzemplarz jest tylko jednym z projektów, na którym były nanoszone odrębne sugestie.

W ocenie Sądu za stanowiskiem pozwanego przemawia dodatkowo bardzo niestaranna forma złożonego przez powodów dokumentu. Sąd podkreślił, że umowa zawiera wiele przekreśleń i dopisków, które nie zostały podpisane i które zostały dokonane przez co najmniej dwie osoby, na co wskazują różnice w kolorze atramentu (dobrze widoczne na przekazanym biegłemu oryginale [k. 893], ale nie na dołączonej do pozwu kserokopii [k. 29-31]).

Biegły wskazał, że zapisy wyrazowo liczbowe zostały nakreślone przez A. I. (1), ale uznał, że nie jest możliwe ustalenie wykonawcy przekreśleń. Jednakże te przekreślenia dotyczą bardzo istotnych okoliczności, w szczególności ograniczenia wysokości kary umownej do 10% wynagrodzenia netto (§ 11 pkt 3 umowy: k. 893). Kolor atramentu jest tu inny niż w przypadku dopisków dokonywanych przez A. I. (1). To zaś potwierdza twierdzenie pozwanego, że nie zgodziłby się na wykreślenie ograniczenia wysokości kary umownej. Powyższe okoliczności również przemawiały za tym, że przedłożony dokument był tylko jednym z projektów umowy, a nie umową podpisaną przez pozwanego. W rezultacie, gdyby opinia biegłego co do autentyczności podpisu S. O. (1) nie była stanowcza, to Sąd również uznałby, że jego podpis został podrobiony. Brak było bowiem podstaw do uznania, żeby osoba prowadząca działalność

gospodarczą zdecydowała się na podpisanie w tak ważnej sprawie umowy, która została sporządzona tak bardzo niestarannie.

Ustalenie, że strony nie zawarły umowy przedstawionej przez powodów zniweczyło podstawę faktyczną pozwu opartą na fakcie jej istnienia, niemniej sama konstrukcja uzasadnienia w ocenie Sądu I instancji również okazała się wadliwa.

W zakresie kwoty 112106,18 zł stanowiącej różnicę pomiędzy zaliczką na poczet wynagrodzenia (tj. 322650 zł) i kwotą przekazaną na zakup materiałów (tj. 33097,18 zł), a wartością wykonanych przez niego robót (tj. 243641,00 zł). Sąd uznał, że powodowie skorzystali z uprawnienia wynikającego z art. 936 § 1 k.c., i po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu do poprawienia robót byli uprawnieni do tego, by powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie.

Wskazał jednak Sąd, że w przypadku powierzenia dalszego wykonania innej osobie dotychczasowa umowa jest nadal wiążąca, z tym że koszty związane z poprawieniem lub dokończeniem robót ponosi przyjmujący zamówienie. Powierzenie wykonania innej osobie oznacza zatem, że powodowie za wykonanie domu powinni zapłacić całe umówione na 390.000 zł wynagrodzenie, a mogliby domagać się od pozwanych zapłaty tylko dodatkowych kosztów, które musieliby ponieść w związku z koniecznością poprawienia i dalszego wykonania. Inaczej mówiąc, powodowie mogliby żądać od pozwanego tylko zapłaty nadwyżki ponad kwotę 390000 zł.

W związku z tym, dochodząc zapłaty od S. O. (1) kwoty 112106,18 zł, przy założeniu, że przekazali pozwanemu na poczet ryczałtu (tj. 390.000 zł) wskazaną przez siebie kwotę 355.747,18 zł, powodowie powinni wykazać, że koszty związane z dalszym wykonywaniem umowy wyniosły 146359,00 zł tj. (390000,00 zł – 355747,18 zł) + 112106,18 zł.

Podkreślił Sąd, że pozew nie zawiera zestawienia kosztów zapłaconych na rzecz nowego wykonawcy, ponieważ powodowie oparli jego konstrukcję na błędnej przesłance, że nie jest to konieczne. Co więcej, wytoczyli powództwo, kiedy prace realizowane przez wykonawcę zastępczego nie były jeszcze ukończone. Brak wskazania (oraz w razie konieczności udowodnienia) tych kosztów spowodował, że Sąd nie mógłby samodzielnie obliczyć wysokości kwoty należnej powodom.

W rezultacie powództwo zostałoby oddalone nawet, gdyby twierdzenia powodów o zawarciu umowy pisemnej z 20 czerwca 2006 r. okazały się zgodne z rzeczywistością.

W odniesieniu do żądania zapłaty przez S. O. (1) kary umownej brak umowy z 20 czerwca 2006 r. miał znaczenie decydujące. Kara umowna, na którą powołują się powodowie została bowiem przewidziana w umowie, która okazała się umową nie istniejącą. Tym samym brak było podstaw do jej żądania. Zebrany materiał procesowy nie pozwolił również na uznanie, że strony umówiły się co do obowiązku zapłaty kary umownej w taki sposób, w jaki wskazują to powodowie, ale w formie ustnej lub w sposób dorozumiany.

Wskazał wreszcie sąd meriti, że ustalenie, że stron nie łączyła umowa dołączona do pozwu nie oznacza, że stron nie łączyła inna umowa bądź umowy zawarte w formie ustnej lub w sposób dorozumiany. Ciężar udowodnienia, jakie były postanowienia takiej umowy spoczywał jednak na stronie domagającej się zapłaty. Za tym, że strony łączyła umowa o roboty budowlane (bądź szereg umów) przemawiał w ocenie Sądu fakt, że te roboty faktycznie były realizowane.

Sąd uznał, że pozwany realizował roboty budowlane na podstawie umowy zawartej w formie ustnej. Dodatkowe uzgodnienia były dokonywane także na bieżąco, również w sposób dorozumiany. Sąd podkreślił jednak, że powodowie, na których spoczywa ciężar dowodu, nie próbowali udowodnić, jakie były postanowienia tej umowy, a negatywne konsekwencje nieudowodnienia treści postanowień ustnych bądź dorozumianych ponosi strona domagająca się zapłaty.

Wskazał Sąd, że pozwany nie zakwestionował wysokości wynagrodzenia wskazanego przez powodów oraz tego, że było ono ryczałtowe. Na tej podstawie Sąd uznał za bezsporne, że wynagrodzenie za jakie pozwany zobowiązał się wybudować dom było ryczałtowe i stanowiło kwotę 390.000 zł. Było to jednak ustalenie dokonane w formie ustnej, a

nie pisemnej. Podniósł jednak Sąd, że powodowie nie wykazali, że ogólny koszt robót (łącznie z robotami wykonanymi przez nowego wykonawcę) przekroczył ustalone wynagrodzenie i o jaką konkretną kwotę.

W rezultacie Sąd uznał, że powodowie nie udowodnili, że zachodzą okoliczności faktyczne pozwalające na zasądzenie jakiegokolwiek części dochodzonej kwoty. Zebrany materiał procesowy nie pozwalał na dokonanie takich ustaleń z urzędu.

W odniesieniu do odpowiedzialności kierownika budowy A. F. (1) Sąd wskazał, że powodowie jako podstawę prawną powołują art. 415 k.c. W ocenie powodów szkoda powstała na skutek nadpłacenia przez nich wynagrodzenia na rzecz S. O. (1) spowodowana została zaniechaniem przez pozwanego A. F. (1) ciężących na nim obowiązków kierownika budowy. Kwota której powodowie się od niego domagają jest taka sama jak od S. O. (1). Odpowiedzialność pozwanych jest in solidum.

Podkreślił Sąd, że przesłankami odpowiedzialności z art. 415 k.c. jest zawinione działanie sprawcy, szkoda oraz związek przyczynowy między tym zdarzeniem a szkodą. Ciężar udowodnienia tych przesłanek spoczywa na stronie powodowej. Skutkiem nieudowodnienia którejkolwiek z przesłanek jest oddalenie powództwa.

W ocenie sądu meriti powodowie przede wszystkim nie udowodnili wysokości szkody, powodowie nie wykazali bowiem, że dokonali jakiegokolwiek nadpłaty wynagrodzenia. W przypadku bowiem powierzenia dalszego wykonania robót innej osobie (art. 636 § 1 k.c.), przy wynagrodzeniu ryczałtowym o nadpłacie można mówić dopiero w razie wykazania, że po uiszczeniu należności nowemu wykonawcy, powodowie zapłacili łącznie kwotę wyższą od wynagrodzenia ustalonego na kwotę 390000 zł. Powodowie tej nadpłaty nie próbowali nawet wykazywać dlatego, że nie dostrzegali takiej konieczności. Powództwo wytoczyli bowiem jeszcze w czasie, gdy roboty wykonywane przez nowego wykonawcę nie zostały ukończone. W rezultacie żądanie zapłaty z tego tytułu nie mogło zostać uwzględnione.

Ponadto w ocenie Sądu I instancji powodowie nie udowodnili związku przyczynowego pomiędzy konkretnymi działaniami kierownika budowy, a kwotami jakie zapłacili wykonawcy. Podkreślił Sąd, że obowiązujące przepisy nie przewidują odpowiedzialności kierownika budowy na zasadzie ryzyka za wszelkie szkody poniesione przez inwestorów ani solidarnej odpowiedzialności kierownika budowy za szkody wyrządzone przez wykonawcę. Przepisy przewidują natomiast zakres obowiązków kierownika budowy, których naruszenie powoduje, że jego działanie jest uznawane za bezprawne. Jeżeli takie działanie było zawinione i zostanie wykazany związek przyczynowy pomiędzy tym działaniem, a szkodą to wówczas poszkodowany może się domagać naprawienia szkody.

Przywołał Sąd art. 22 ustawy Prawo budowlane i wskazał, że zakres obowiązków kierownika budowy jest bardzo liczny. W związku z tym stwierdził, że powodowie domagając się zapłaty powinni jednak wskazać na konkretne działania i zaniechania kierownika budowy, a następnie że pomiędzy tymi konkretnymi działaniami a wysokością zapłaconych kwot zachodzi związek przyczynowy. Tymczasem uzasadnienie pozwu w tym zakresie jest bardzo ogólnikowe i nie wskazuje, jakie konkretnie działania lub zaniechania kierownika budowy były czynami niedozwolonymi.

Sąd zauważył, że uzasadnienie pozwu zamiast wskazywać fakty istotne dla ustalenia odpowiedzialności z art. 415 k.c. w istocie jest jedynie negatywną oceną postępowania kierownika budowy. Jedyнным konkretnym zarzutem jest wskazanie na niedokonanie wpisu do dziennika budowy niedozwolonego przecięcia belki B1. W ocenie Sądu powodowie jednak nie wykazali, że zachodzi konkretny związek przyczynowy pomiędzy tym faktem, a koniecznością zapłaty pozwany konkretnej kwoty. W rezultacie również z tego względu żądania powodów okazały się bezzasadne.

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu Sąd wydał na podstawie art. 98 i 99 k.p.c. w związku z § 6 ust. 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokacie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U.02.163.1348 ze zm.).

Z rozstrzygnięciem tym nie zgodzili się powodowie, którzy zaskarżyli wyrok w części dotyczącej oddalenia powództwa ponad kwotę 34.122,44 zł od obu pozwanych (pkt I.II.II.IV wyroku)

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucili:

1. naruszenie prawa materialnego:

- a. art. 636 k.c., poprzez nieprawidłową wykładnię skutkująca przyjęciem, że powierzenie poprawienia wadliwie wykonanych robót budowlanych nie uprawnia inwestora do żądania od pierwotnego wykonawcy zwrotu nadpłaconego wynagrodzenia, a możliwe jest jedynie żądanie zasądzenia kwoty przewyższającej ustalony w umowie ryczałt wynagrodzenia – bez względu na wysokość wynagrodzenia faktycznie zapłaconego pierwotnemu wykonawcy;
- b. art. 632 § 1 k.c. poprzez zastosowanie tego przepisu do umowy o roboty budowlane i wysnucie wniosku, że inwestor nie może w razie powierzenia dokończenia obiektu budowlanego innemu wykonawcy żądać zwrotu nadpłaconego wynagrodzenia od pierwotnego wykonawcy;
- c. art. 637 § 2 k.c. w związku z art. 656 § 1 k.c. poprzez niezastosowanie tego przepisu do rozliczenia nadpłaconego wynagrodzenia;
- d. art. 471 § 1 k.c. poprzez niezastosowanie w sytuacji, gdy skorzystanie przez inwestora z możliwości przewidzianej w art. 636 k.c. (powierzenie innej osobie poprawienia i dokończenia inwestycji) nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności kontraktowej za powstałą szkodę i nie uniemożliwia inwestorowi dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych;
- e. art. 361 § 2 k.c. poprzez nieuwzględnienie, że szkoda majątkowa ma miejsce już w dacie powstania uszczerbku w majątku poszkodowanego,
- f. art. 415 k.c. w związku z art. 22 pkt 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane - poprzez nieuwzględnienie w ustalonym stanie faktycznym, że pozwany ad. 2 jako kierownik budowy nie wykonał ustawowego obowiązku zorganizowania budowy i kierowania budową w sposób zgodny z projektem i pozwoleniem na budowę oraz przepisami, w tym techniczno- budowlanymi;

2. naruszenie przepisów postępowania, tj.

- a. art. 233 k.p.c. poprzez przekroczenie przez Sąd granic zasady swobodnej oceny dowodów oraz zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie

materiału dowodowego, przejawiające się min.-:

- bezzasadną odmową dania wiary zeznaniom świadka A. I. (1) w zakresie, w jakim świadek ten zrelacjonowała przebieg zawarcia umowy pomiędzy stronami;

- bezzasadnym przyjęciem, że strony nie ograniczyły wysokości należnych kar umownych, mimo że postanowienie ograniczające wysokość tychże zostało wykreślone w egzemplarzu umowy przedłożonych przez powodów oraz w egzemplarzu projektu umowy przedłożonym do odpowiedzi na pozew;

- bezzasadnym przyjęciu, że pozwany nie parafował umowy, a jego podpis został podrobiony, gdyż osoba prowadząca działalność gospodarczą nie pozwoliłaby sobie na podpisanie umowy sporządzonej niestarannie (gdy materiał dowodowy zgromadzony w sprawie wykazał w sposób nie budzący wątpliwości, że ta sama osoba pozwoliła sobie na bardzo niestaranne - wręcz niefachowe - wykonanie zawartej umowy); nieuwzględnienie przy tym, że podpis skrócony (parafa) tego samego kształtu widnieje na dokumencie pokwitowania k. 89 akt sprawy (z którego wynika, że kwitującym jest pozwany S. O. (1)) oraz na ostatniej stronie odpowiedzi na pozew wniesionej osobiście przez pozwanego S. O. (1) (k. 166);

- przyjęciem - wbrew przedstawionym dowodom, że powodowie uiścili na rzecz pozwanego ad. 1 wyłącznie kwotę 321.950 zł tytułem zaliczek, podczas, gdy kwota ta wynosiła 322.650 zł, a nadto powodowie zakupili i przekazali na budowę materiały budowlane o łącznej wartości 33.097,18 złotych;

b. art. 278 § 1 k.c. poprzez niezasadne przyjęcie, że ocena, czy parafka składająca się z

dwóch nieskomplikowanych graficznie elementów (podwójnie sfalowanej linii

poziomej i przecinającej ją linii poziomej połączonych z prawe strony) może być

nakreślona przez dorosłą wykształconą osobę, w tym pozwanego S. O. (1) –

wymaga wiadomości specjalnych.

c. art. 328 § 2 k.p.c. poprzez pominięcie w uzasadnieniu faktycznym wyroku

przyczyn, dla których sąd odmówił mocy dowodowej przedstawionym przez

powodów dowodom, iż zakupili oni materiały budowlane i przekazali pozwanemu

ad.1 do wbudowania - na łączną kwotę 33,097,18 złotych.

3. dokonanie błędnych ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, poprzez stwierdzenie, że strony zawarły umowę ustnie, zaś sporządzone egzemplarze umowy były jedynie jej kolejnymi projektami oraz że pozwany S. O. (1) nie parafował tej umowy oraz że powodowie uiścili tytułem zaliczek wyłącznie kwotę 321.950 zł.

Podnosząc powyższe zarzuty apelujący powodowie wnieśli o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

a. zasądzenie od pozwanych S. O. (1) i A. F. (1) na rzecz solidarnych powodów kwoty 77.983,74 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu - z tym zastrzeżeniem, że zapłata dokonana na rzecz solidarnych powodów przez jednego z pozwanych zwalnia z odpowiedzialności drugiego z pozwanych do wysokości dokonanej wpłaty,

b. zasądzenie od pozwanego S. O. (1) na rzecz solidarnych powodów kwoty 142.350 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu,

2. zasądzenie od pozwanych na rzecz solidarnych powodów zwrotu kosztów procesu, w tym wynagrodzenia radcy prawnego, według norm przepisanych - za obie instancje.

W uzasadnieniu apelacji powodowie podnieśli, że Sąd I instancji dokonał części ustaleń, które należy zaaprobować, a dotyczy to: ustalonego pomiędzy stronami ryczałtowego wynagrodzenia na kwotę 390.000 zł obejmującego wykonanie całego budynku według projektu „pod klucz”; ustaleń, że wykonanie budynku nastąpiło z wadami, które Sąd wyliczył taksatywnie zgodnie z opinią biegłego; ustaleń, że pozwany ad. 1 wykonał prace budowlane w oparciu o projekt (...) o wartości 243.854,- zł oraz fundament pod gaz o wartości 1.010,- zł i roboty dodatkowe związane z budynkiem gospodarczym o wartości 14.728,- zł; prace budowlane biegły wycenił uwzględniając przyjętą w umowie ryczałtową ich wartość.

Wskazali dalej, że na tle powyższych ustaleń - a nadto przy przyjęciu, że powodowie dokonali na rzecz pozwanego ad. 1 łącznych wpłat w wysokości 321.950 zł - Sąd winien był uznać za zasadne roszczenie powodów o zapłatę od pozwanego ad. 1 kwoty 62.348 zł tj. różnicy pomiędzy dokonanymi wpłatami a wartością wykonanych robót budowlanych (321.950 zł - 243.854 zł - 1.010 zł - 14.728 zł = 62.348 zł). Zarzucili w związku z tym, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych oraz fakt, że zamawiający nie odstąpił od umowy, ale powierzył poprawienie i dokończenie robót innemu podmiotowi na koszt i ryzyko pierwotnego wykonawcy, nie powodują że bez znaczenia dla wzajemnych roszczeń jest wartość wykonanych robót budowlanych przez pierwotnego wykonawcę i wysokość zapłaconego wynagrodzenia.

Podkreślili, że zastosowanie przez inwestora możliwości określonej w art. 636 § 1 k.c. pozwala na zmianę wykonawcy w ramach istniejącego stosunku umownego - w celu zapewnienia inwestorowi możliwości realizacji zaplanowanej inwestycji, nie zaś w celu zmiany reżimu odpowiedzialności odszkodowawczej pierwotnego wykonawcy.

W ocenie apelujących, jeżeli w dacie przejęcia przez inwestora rozpoczętej budowy stan zaawansowania robót budowlanych nie odpowiada (jest niższy) wysokości wypłaconego wynagrodzenia, to inwestorowi na zasadzie art. 471 k.c. służy roszczenie o zwrot nadpłaconego wynagrodzenia, zaś jeżeli wartość wykonanych robót ulega obniżeniu wskutek istnienia wad, które nie sposób usunąć oraz wad niepoprawionych przez pierwotnego wykonawcę, to wartość wykonanych robót podlega ustaleniu z uwzględnieniem istniejących wad stosownie do dyspozycji art. 637 § 2 k.c. Podkreślili przy tym, że jeżeli roboty budowlane mają wady, to jest to jednocześnie szkoda zamawiającego w rozumieniu art. 361 § 2 k.c., której wysokość wyraża się kwotą, o jaką wady obniżają wartość wykonanych robót budowlanych.

Z tych względów w ocenie apelujących prawidłowa wysokość dochodzonego wobec obu pozwanych roszczenia wynosi 77.983,74 zł.

Apelujący zarzucili dalej, że ustalenia Sądu I instancji, że strony nie zawarły umowy w formie pisemnej o treści wynikającej z egzemplarza umowy przedłożonego przez powodów pozostają w sprzeczności z zeznaniami świadka A. I. (1) - w zakresie, w jakim opisuje ona przebieg negocjacji stron i dokonywania ustaleń uzupełniających i modyfikujących stosowany przez pozwanego ad. 1 formularz umowy. Podkreślono też, że pozwany załączył nadto do odpowiedzi na pozew dokument opatrzony pieczętką pozwanego ad. 1, wypełniony pismem ręcznym przez A. I. (1) - analogicznie jak formularz załączony przez powodów - wprawdzie nie podpisany, ale zawierający także przekreślenie. Te dowody w ocenie apelujących potwierdzały zawarcie przez strony umowy o treści takiej, jak złożyli ją powodowie w niniejszej sprawie.

Zakwestionowali przy tym skarżący tę część opinii biegłego, w której wykluczył on możliwość złożenia przez pozwanego ad. 1 parafki na egzemplarzu przedłożonym przez powodów, w tej bowiem części apelujący uznali stwierdzenia biegłego za sprzeczne z zasadami powszechnej wiedzy na temat pisma ręcznego.

Odnośnie odpowiedzialności pozwanego A. F. apelujący podnieśli, że naruszył on wymieniony w art. 22 pkt 3 ustawy Prawo budowlane obowiązek zorganizowania budowy i kierowania nią w sposób zgodny z projektem i pozwoleniem

na budowę oraz przepisami, w tym techniczno-budowlanymi. W związku z powyższym – skoro wykonany przez pozwanego ad. 1 budynek (w stanie zaawansowania zaistniałym do dnia 20 marca 2008 r.) obciążony był licznymi odstępstwami od projektu - to uznać należy, że pozwany ten jako kierownik budowy nie dopilnował podstawowej kwestii w zakresie swych obowiązków - zgodności wykonywanych robót budowlanych z projektem i przepisami normującymi sposób wykonywania tych robót budowlanych. Zamieszczając wpisy w dzienniku budowy sugerujące brak jakichkolwiek nieprawidłowości przy realizacji robót, w tym ich zgodność z projektem i przepisami techniczno-budowlanymi, pozwany ten wprowadził powodów w błąd, który skutkowałam nadpłatą wynagrodzenia dla pozwanego ad. 1. Powodowie wypłacili pozwanemu ad. 1 wynagrodzenie zawyżone o kwotę 77.983,74 zł, które to byłoby zasadne, gdyby roboty wykonane zostały zgodnie z projektem i przepisami techniczno-budowlanymi. Tą kwotą wyraża się szkoda powodów wyrządzona im przez pozwanego ad. 2.

W odpowiedzi na apelację pozwany S. O. (1) wniósł o jej oddalenie i zasądzenie na swoją rzecz kosztów procesu za II instancję.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje;

Apelacja jest uzasadniona w części, która dotyczy ustalenia, że pozwany S. O. otrzymał od powodów zawyżone wynagrodzenie w stosunku do zakresu i jakości wykonanych przez niego prac. W pozostałej części w stosunku do tego pozwanego apelacja jest bezzasadna. Bezzasadna jest też apelacja wobec pozwanego A. F..

Na wstępie wskazuje sąd odwoławczy, iż uznaje, wbrew zarzutom apelacji, że sąd I instancji dokonał prawidłowych ustaleń w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy, za wyjątkiem tych ustaleń, które dotyczą zakupu przez powodów materiałów budowlanych o wartości 33.097,18 zł. W związku z tym podziela sąd II instancji te ustalenia, z których wynika, że strony nie zawarły umowy na piśmie, nie dokonały też wiążących ustaleń nawet w formie ustnej, z których wywodzić można, że zastrzegły karę umowną m.in. za nieterminowe wykonanie prac przez pozwanego S. O..

W tym zakresie, wbrew odmiennemu pogładowi apelujących opinia biegłego sądowego z zakresu kryminalistycznych analiz porównawczych pisma ręcznego (grafologii) i technicznych badań dokumentów P. G. kategorycznie przesadzająca, że podpis, a właściwie parafa na umowie złożonej przez powodów w niniejszej sprawie nie pochodzi od pozwanego S. O. ma znaczenie rozstrzygające. Powoływanie się przez apelujących „na powszechną wiedzę na temat pisma ręcznego” w zakresie możliwości nakreślenia prostych znaków graficznych nie może skutecznie zdyskwalifikować opinii i stanowiska biegłego. Biegły wykluczył bowiem kategorycznie, by podpis pod umową złożoną przez powodów pochodził od pozwanego S. O.. Okoliczność, że parafka taka znajdować się miałyby na innych dokumentach zebranych w aktach niniejszej sprawy nie może podważyć sama przez się opinii biegłego, a jedynie oznaczać może, że parafki takie nakreśliła ta sama osoba, choć nie przesądza to, że osobą tą był pozwany S. O..

Wskazać przy tym należy, że dowód z opinii biegłego- art. art. 278§ 1 k.p.c.- jest dowodem szczególnego rodzaju, powoływanym w sytuacjach, w których do wyjaśnienia są kwestie wymagające wiadomości specjalnych. Te właśnie wiadomości biegłego są wykorzystywane przez sąd i dlatego wnioski biegłego mogą podważyć tylko takie dowody, które do takich wiadomości odwołują się lub je wykorzystują. Takich dowodów apelujący w apelacji nie wskazali. Z tych powodów zarzut naruszenia art. 278§ 1 k.p.c. sąd odwoławczy uznał za bezzasadny.

Jeśli zaś chodzi o przywoływane przez apelujących zeznania świadka A. I., to zauważa Sąd Apelacyjny, że zeznania te skarżący przytaczają wybiórczo, gdyż pomijają tę ich część, w której świadek ta zeznała, że pozwany S. O. jest „czuły” na umowy. Gdy umowy są poprawiane, to parafuje poprawki. Świadek ten zeznała też, że pozwany S. O. nie był obecny przez cały czas przy tym, jak świadek wypełniała w wolnych miejscach druk umowy, co miało miejsce w domu powodów (k. 467v- 468v).

Poza sporem w niniejszej sprawie jest, że umowa złożona przez powodów zawiera wiele skreśleń i nadpisań. Bezsparnie też jest, że żadne ze skreśleń czy nadpisań nie zostało parafowane przez pozwanego S. O.. Niezależnie zatem od opinii biegłego i wbrew stanowisku apelujących nie można uznać, by strony na piśmie zawarły umowę, w której w sposób wiążący ustalili wzajemne prawa i obowiązki, w tym te, które dotyczą kar umownych. Dlatego uznaje

Sąd Apelacyjny, że złożona przez powodów umowa jest tylko jednym z projektów, co do których strony prowadziły negocjacje. Nie można jednak uznać, by strony doszły do porozumienia co do wszystkich istotnych elementów umowy łączącej strony, a w szczególności porozumiały się w zakresie kar umownych (art. 72 § 1 k.c.). Skreślenia w tej części umowy, które nie zostały nawet parafowane przez strony takie ustalenie wykluczają.

Nie wykazali przy tym powodowie, a ich w tej materii obciąża obowiązek dowodzenia- art. 6 k.c., by strony zawarły w innej formie umowę w zakresie kar umownych. Na taką inną formę nie powołują się też w apelacji.

Z tych względów bezzasadny jest też zarzut naruszenia art. 233§ 1 k.p.c. Sąd I instancji ocenił bowiem przy orzekaniu o zasadności żądania zapłaty kary umownej cały zebrany w sprawie materiał dowodowy, wysnuł logiczne i zgodne z doświadczeniem życiowym wnioski, których apelujący skutecznie nie podważyli. Wersja podana przez powodów w apelacji jest tylko jedną z możliwych wersji, przy czym jej istotną wadą jest to, że opiera się jedynie na wybiórczych fragmentach materiału dowodowego sprawy, a w części dotyczących zeznań A. I. podaje tylko te fragmenty, które wspierać mogą stanowisko powodów co do kar umownych.

Z tych powodów brak jest podstaw do zakwestionowania ustalonego przez Sąd I instancji stanu faktycznego. Ustalenia te zatem jako niewadliwe w swej zasadniczej dla rozstrzygnięcia części Sąd Apelacyjny akceptuje i przyjmuje za własne, bez potrzeby ich powielania. Z tych względów powództwo co do kwoty 142.350 zł z tytułu kar umownych okazało się bezzasadne na podstawie art. 483 § 1 k.c., w konsekwencji też apelacja jako nieuzasadniona w tym zakresie podlegała oddaleniu- o czym orzeczono w punkcie II wyroku na podstawie art. 385 k.p.c.

Podziela też sąd odwoławczy te ustalenia sądu meriti, które dotyczą wysokości kwot, jakie powodowie wpłacili tytułem zaliczek. Uznać należy za sądem I instancji, że była to kwota 321. 950 zł, a nie 322. 650 zł. Dowody zebrane na kartach: 89-92 i 93- 93v wskazują, że powodowie wpłacili: 60.000 zł, 8.000 zł, 82.000 zł, 20.000 zł, 12. 000 zł, 38.000 zł, 100.000 zł, 500 zł, 1.000 zł i 450 zł. Suma tych wpłat daje kwotę 321.950 zł.

Za bezzasadne uznał także Sąd Apelacyjny powództwo co do A. F.. Wskazać należy, że powodów z pozwanym tym nie łączyła umowa. Kierownik budowy w procesie inwestycyjnym jest osobą, która pozostaje w relacjach umownych z wykonawcą, którym w tym przypadku był S. O.. To wykonawca na podstawie art. 474 k.c. odpowiada jak za własne działania także za działania i zaniechania kierownika budowy. Inwestora na budowie reprezentuje natomiast inspektor nadzoru, a tego powodowie nie ustanowili.

Żądanie powodów nie może zostać uwzględnione także w aspekcie czynu niedozwolonego, jak tego oczekują skarżący, zarzucając w tym zakresie naruszenie art. art. 415 k.c. w związku z art. 22 pkt 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane – „poprzez nieuwzględnienie w ustalonym stanie faktycznym, że pozwany ad. 2 jako kierownik budowy nie wykonał ustawowego obowiązku zorganizowania budowy i kierowania budową w sposób zgodny z projektem i pozwoleniem na budowę oraz przepisami, w tym techniczno budowlanymi”. Przypomnieć należy w tym miejscu, że powodowie sami przyznali w apelacji, że akceptują ustalenia sądu I

instancji, że wykonanie budynku nastąpiło z wadami, które Sąd wyliczył taksatywnie zgodnie z opinią biegłego. Wady te do dnia orzekania nie zagroziły jednak bezpieczeństwu, nawet ta, dotycząca mocowania napędu elektrycznego. Zauważyć bowiem należy, że pozwany S. O. opuścił teren budowy na początku 2008r i do dnia wyrokowania powodowie nie wskazali takiego zdarzenia, które spowodowałoby szkodę na osobie czy mieniu, a było skutkiem niezgodnego z zasadami sztuki budowlanej i stanowiącego delikt działania czy zaniechania pozwanych, w tym pozwanego A. F.. Dlatego brak było podstaw do przyjęcia odpowiedzialności pozwanego A. F. na podstawie art. 415 k.c. i z tych względów powództwo wobec tego pozwanego podlegało oddaleniu, o czym orzeczono w punkcie I ppkt 2 wyroku.

Konsekwencją tego rozstrzygnięcia jest orzeczenie o kosztach za postępowanie przed sądem I instancji należnych temu pozwanemu od powodów, którzy wobec niego przegrali proces- art. 98 i 100 k.p.c., o czym orzeczono w punkcie I ppkt 3 wyroku.

W konsekwencji też apelacja powodów wobec pozwanego A. F. podlegała oddaleniu, o czym orzeczono na podstawie art. 385 k.p.c. w punkcie II wyroku.

Odnosząc się dalej do apelacji to wskazać należy, że za uzasadnioną uznał Sąd Apelacyjny apelację w tej części, w której zarzucono naruszenie art. 637 § 2 k.c. w związku z art. 656 § 1 k.c. oraz art. 471 k.c. poprzez niezastosowanie tych przepisów do rozliczenia nadpłaconego wynagrodzenia.

W związku z tym wskazać należy, że z ustaleń sądu I instancji wynika, że strony ustaliły, że za wybudowanie budynku zamawiający mieli zapłacić wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 390.000 zł brutto. Wynagrodzenie to nie obejmowało wybudowania na działce nr (...) budynku gospodarczego, a także ogrodzenia stałego, docelowego.

Powodowie dokonali zapłaty na rzecz pozwanego S. O. (1) łącznej kwoty w wysokości 321.950 zł tytułem wykonanych przez niego prac budowlanych w zakresie określonym dostarczonym przez powodów projektem budowlanym dotyczącym budynku mieszkalnego. Projekt ten nie przewidywał instalacji centralnego odkurzenia i alarmowej, które powodowie wykonali we własnym zakresie. Pracami dodatkowymi w stosunku do projektu (...) było zainstalowanie ogrzewania podłogowego oraz zainstalowanie stelaży do montażu urządzeń sanitarnych.

Ponadto budynek gospodarczy został zrealizowany jako roboty dodatkowe.

Z materiału zebranego w sprawie wynika, że pozwany – S. O. (1) podczas prac budowlanych zastosował liczne uproszczenia w rozwiązaniach architektonicznych, jak: niewykonanie przypór, niewykonanie obwiedni okiennych i drzwiowych oraz wrót garażowych (opaski wokół otworów), niewykonanie murków ozdobnych, zmniejszenie szerokości wrót garażowych, niewykonanie cokołu budynku ze styropianu grubości 6 cm, skrócenie okna połaciowego

z 78/160 na 78/118 cm, niewykonanie łuków drzwi balkonowych w mansardach, niewykonanie łuków podcienia nad tarasem, niewykonanie obróbek blacharskich balkonów (frontowego i ogrodowego) z korytami odwadniającymi i rzygaczami, zastosowanie okien i drzwi balkonowych bez szprotów, zmniejszenie wymiarów drzwi wejściowych. Ponadto pokrycie dachu było zaprojektowane z dachówki ceramicznej, zakładowej, zaś pozwany wykonał pokrycie dachu z blachy dachówkowo podobnej, tj. rozwiązania znacznie tańszego od założeń projektowych. Jedynie w zakresie wykonania ścian zewnętrznych wykonawca zastosował rozwiązanie droższe od przyjętego w projekcie.

Powyższe rozwiązania (w większości uproszczenia zastosowane w budowie) wpłynęły na obniżenie wartości robót wykonanych przez pozwanego wykonawcę obiektu.

Ponadto z opinii biegłego wynika, że wykonawca część robót budowlanych wykonał wadliwie. Tynki, okładziny z płyt gipsowo-kartonowych wykonane na ścianach wewnątrz pomieszczeń, skosach na poddaszu użytkowym, odbiegają od ogólnych warunków wykonania. Ujawniono wady w postaci: poziomych i pionowych spękań na połączeniach płyt gipsowo-kartonowych, spękań między płytami i ścianami oraz sufitami, nie zachowania pionu na ścianach, wgłębień i wygarbień. Poza tym połączenia sufitów nie zostały należycie obrobione. Z nienależytą starannością wykonano roboty szpachlowania ścian z obróbkami narożników. Te wady objawiają się: brakiem powierzchniowości gładzi gipsowych na ścianach i sufitach, pęknięciami na połączeniach, odpryskami gładzi gipsowych, wklęśnięciami na ścianach i sufitach, wyrzuszaniem, nierównościami szlifierskimi, odchyłkami na ścianach w pionie i poziomie od kilku do kilkunastu milimetrów. Na ścianach widoczne jest również nienależyte malowanie. Niepoprawnie ułożono na ścianach płytki glazury: nienależycie wykonano połączenie kafli, niewłaściwie dokonano docięcia kafli, a także nienależycie wykonano fugi. Nieprawidłowo wykonano terakotę w garażu oraz w pomieszczeniu gospodarczym i w kotłowni. Wady są na tyle istotne, że należałoby wymienić istniejącą terakotę – zrywając istniejące kafle i kładąc nowe.

Pozwany wykonawca wykonał nieszczelne pokrycie dachu, o czym świadczą występujące zacieki na płytach gipsowo-kartonowych i tynkach. Nie zakończono prac orynnowania i montażu rur spustowych. Roboty pokrywcze posiadają trwałe wady. Połączenia połąci na krawężnicach wykonano bez zachowania liniowości. Wadliwie wykonano pokrycie dachowe w koszu, na krawężnicy.

Elewacje budynku zostały wykonane w sposób całkowicie odmienny, niż zakładał to projekt budowlany. Elewacje wykonano metodą bezspoinową, mokrą. Poza tym warstwa elewacji została wykonana wadliwie z uwagi na: brak jednorodności struktury tynku cienkowarstwowego, pozbawienie niektórych miejsc wyprawy tynkarskiej, nierównomierne zatracie masy tynkarskiej, występujące zacieki wód opadowych, pęknięcie struktury tynku cienkowarstwowego, brak przypór. Nie wykonano również elementów elewacji ogrodowej, m.in. w zakresie murków ozdobnych, schodów tarasowych łukowych.

Ponadto wadliwie wykonano podkład betonowy pod posadzki – ułożono go na nieutwardzonym gruncie (ziemi roślinnej) i bez izolacji. Nie wykonano również podbitki okapów, balustrad balkonowych, nie ukończono tarasu, schodów i murków zewnętrznych, nie dokonano montażu urządzeń sanitarnych i osprzętu elektrycznego, nienależycie wykonano podokienniki oraz ich niezespoinowano. Poza tym pozwany nie wykonał wentylacji grawitacyjnej w kuchni, nienależycie wykonał podłączenie kuchni gazowej, a także nie wykonał w garażu jednego stopnia (pochylni). Panele podłogowe na poddaszu wykonano bez należytego przygotowania podłoża (nie zachowano poziomów).

Poza tym otwór bramy garażowej został skrócony o 37 cm, a mocowanie prowadnicy napędu elektrycznego wykonano niezgodnie z podstawowymi zasadami bezpieczeństwa konstrukcji, poprzez wycięcie bruzdy w podciągu nośnym i całkowitym osłabieniu tego elementu konstrukcyjnego. Przecięto pręty zbrojenia nośnego podciągu. Niezgodnie z projektem zamontowano drzwi balkonowe i wejściowe parteru – zastosowano drzwi wejściowe niższe i węższe. Wadliwie zamontowano ościeżnicę drzwi wewnętrznych. Drzwi w salonie mają różnej wysokości naświetla. Niezgodnie z projektem wykonano drzwi balkonowe na poddaszu, które miały być łukowe, a wykonano je jako płaskie. Zamontowano jeden grzejnik niezgodnie z projektem, tj. o mniejszej mocy.

Pokrycie dachowe budynku gospodarczego ma nieszczelności i wykonano je w różnej kolorystyce blach.

Powołany w sprawie biegły z zakresu budownictwa- J. W. – stwierdził, że pozwany – S. O. (1) wykonał prace budowlane związane z przedmiotowym budynkiem jednorodzinny w oparciu o projekt budowlany (...) o wartości 243.854 zł netto. Biegły uznał bowiem, że pozwany wykonał niewadliwie 66,92 % prac wynikających z umowy. Wskazał tu należy, że biegły dokonał ww. wyliczeń odnosząc się do ustalonego przez strony wynagrodzenia ryczałtowego-390.000 zł brutto za całość prac objętych umową łącznie z materiałami, których dostarczyć miał wykonawca. Ponadto pozwany wykonał fundament pod zbiornik na gaz o wartości 1010 zł. Poza tym wykonał roboty dodatkowe związane z budynkiem gospodarczym o wartości 14728 zł. Wyliczenia te zostały ustalone według cen na dzień 20 marca 2008 r. W 2006 r. na budownictwo mieszkaniowe jednorodzinne obowiązywał podatek VAT w wysokości 7 %. Przyjmując zatem należy, że wartość wykonanych prac brutto wyniosła 277.763, 44 zł (259.592 zł netto + 7% VAT). W ocenie sądu odwoławczego pozwany wykonawca nie podważył skutecznie stanowiska biegłego wyrażonego w opinii, a sąd odwoławczy w całości ustalenia i wnioski biegłego akceptuje, uznając opinię za rzeczową i kompletną.

Wskazać w tym miejscu trzeba, o czym napisano we wcześniejszej części uzasadnienia, że powodowie zapłacili pozwanemu w zaliczkach 321. 950 zł. Odnosząc to do wartości prac wyliczonej przez biegłego uznać zatem trzeba, że nadpłacili kwotę 44.186, 65 zł.

Ponadto podkreślić trzeba, że według umowy pozwany wykonawca przedmiot umowy miał wykonać z materiałów, które sam zakupi. Okoliczność tę pominął Sąd Okręgowy, zatem rację mają powodowie, gdy zarzucają w apelacji, że sąd naruszył art. 328 § 2 k.p.c. poprzez pominięcie w uzasadnieniu faktycznym wyroku przyczyn, dla których sąd odmówił mocy dowodowej przedstawionym przez powodów dowodom, iż zakupili oni materiały budowlane i przekazali pozwanemu ad.1 do wbudowania - na łączną kwotę 33.097,18 złotych.

Tymczasem wykazane zostało, że powodowie zakupili materiały na kwotę 33.097,18 zł i materiały te przekazane zostały do wbudowania. Pozwani okoliczności tej nie zaprzeczyli ani w odpowiedzi na pozew, ani w dalszym toku postępowania.

W konsekwencji uznać trzeba, że powodowie nadpłacili pozwanemu S. O. łączną kwotę 77.283,74 zł, z czego kwota 33.097,18 zł stanowi koszt zakupionych przez nich materiałów budowlanych. O tę kwotę, ze względu na zakres wykonanych prac i ich złą jakość należy zatem obniżyć należne temu pozwanemu od powodów wynagrodzenie. Podstawę takiego rozstrzygnięcia stanowi art. 656 § 1 k.c. w związku z art. 637 § 2 zdanie 2 k.c. oraz art. 471 k.c. W takiej bowiem wysokości powodowie ponieśli szkodę, gdyż zapłacili na poczet należnego wynagrodzenia kwotę wyższą, niż wartość faktycznie wykonanych prac, a z okoliczności sprawy wynika, że wykonawca pomimo wezwania do dokończenia prac i wyznaczenia dodatkowego terminu nie wykonał całości prac objętych umową, ani nie usunął usterek tych prac, które wykonał wadliwie. Potwierdza to sam pozwany S. O. w piśmie sporządzonym przez jego profesjonalnego pełnomocnika w dniu 12.02.2009r (k. 179v ostatni akapit), gdzie stwierdza, że odstąpił od umowy.

Z tych powodów należało zmienić zaskarżony wyrok i zasądzić od pozwanego S. O. (1) na rzecz solidarnych powodów kwotę 77.283,74 zł wraz z odsetkami od dnia 25 lipca 2008r, tj. od dnia następnego po wniesieniu pozwu, o czym na podstawie art. 386§ 1 k.p.c. oraz wcześniej przytoczonych przepisów prawa materialnego oraz art. 481 k.c. orzeczono w punkcie I ppkt 1 wyroku. Wskazać przy tym trzeba, że powodowie już pismem z dnia 9 kwietnia 20094 (146) wzywali pozwanego do zapłaty kwoty 254.456, 18 zł.

Końcowo jedynie i dla porządku zauważa sąd odwoławczy, że za nieuzasadnione uznał zarzuty naruszenia art. 636 k.c. i art. 632 § 1 k.c., albowiem sąd I instancji

ustalił, a powodowie tych ustaleń w apelacji nie zakwestionowali, że powodowie nie powierzyli dokończenia obiektu budowlanego innemu wykonawcy, ale prace te, w tym w zakresie usunięcia wad i usterek wykonali we własnym zakresie. To jednak nie miało wpływu na treść orzeczenia sądu odwoławczego.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania za I instancję pomiędzy powodami a pozwanym S. O.- wydano na podstawie art. 100 k.p.c., przyjmując, że powodowie wygrali spór przed sądem I instancji w 30 % (żądanie pozwu dotyczyło bowiem kwoty 254.456 zł), przy czym na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. pozostawiono ich szczegółowe wycieszenie referendarzowi sądowemu- pkt I ppkt 4 wyroku.

Rozstrzygnięcie w zakresie kosztów postępowania apelacyjnego wydano stosując zasadę stosunkowego rozdzielenia kosztów procesu, przy czym postępowanie apelacyjne powodowie wygrali w 35 % (wartość przedmiotu zaskarżenia- 220.334 zł).

Koszty powodów zamknęły się kwotą 8400 zł (3000 zł opłata od apelacji i 5400 zł – zastępstwo procesowe), koszty pozwanego S. O. to kwota 5400 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego. Powodom należne jest od pozwanego 35% z 8400 zł tj. 2940 zł, a pozwanemu od powodów 65% z 5400 zł tj. 3510 zł. W rezultacie zatem w pkt III zasądzono od powodów solidarnych na rzecz pozwanego kwotę 570 zł.

W. Kaźmierska D. Jezierska A. Sołtyka