

Sygn. akt VI ACa 1750/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 czerwca 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA Ksenia Sobolewska - Filcek

Sędziowie: SA Maciej Kowalski

SA Jolanta Pyżlak (spr.)

Protokolant: sekretarz sądowy Małgorzata Kocon

po rozpoznaniu w dniu 31 maja 2019 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa I. S. i M. S.

przeciwko P. H. (1)

o zapłatę

oraz sprawy z powództwa wzajemnego P. H. (1)

przeciwko I. S. i M. S.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 23 lutego 2016 r., sygn. akt III C 1404/12

1. zmienia zaskarżony wyrok częściowo w zakresie powództwa głównego, tj. :

- w punkcie pierwszym w ten sposób, że oddala powództwo co do kwoty 40 100,59 zł (czterdzieści tysięcy sto złotych 59/100) wraz z odsetkami,

- w punkcie trzecim w ten sposób, że zasądza od P. H. (1) na rzecz I. S. i M. S. kwotę 9 037,28 zł (dziewięć tysięcy trzydzieści siedem złotych 28/100) wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 27 grudnia 2012 r. do dnia zapłaty,

- w punkcie trzecim w ten tylko sposób, że ustala, iż powodowie wygrali w 64%;

2. oddala apelację pozwanego w pozostałej części;

3. zasądza od P. H. (1) na rzecz I. S. i M. S. kwotę 2471 zł (dwa tysiące czterysta siedemdziesiąt jeden złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego;

4. nakazuje pobrać na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Apelacyjnego w Warszawie od P. H. (1) kwotę (...),50 (sześć tysięcy dwieście trzydzieści trzy złote 501/00) zł i od I. S. i M. S. kwotę 3506,30 (trzy tysiące pięćset sześć złotych 30/100) zł, tytułem zwrotu wydatków.

Jolanta Pyżlak Ksenia Sobolewska – FilcekMaciej Kowalski

Sygn. akt VI ACa 1750/16

UZASADNIENIE

I. S. i M. S. wnosili o zasądzenie od P. H. (1) solidarnie na swoją rzecz kwoty 141.862,20 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia powództwa do dnia zapłaty z tytułu kosztów usunięcia wad spowodowanych nienależytym wykonaniem umowy o roboty budowlane ewentualnie odszkodowania z tego tytułu oraz o zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania.

Pozwany P. H. (1) wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie solidarnie od powodów na jego rzecz kosztów procesu. Ponadto w pozwie wzajemnym P. H. (1) wniósł o zasądzenie od powodów (pozwanych wzajemnych) kwoty:

- 12.244 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 25 września 2012 r. do dnia zapłaty tytułem należnej pozwanemu i uznanej w pozwie przez powodów pozostałej (nie zapłaconej) części wynagrodzenia z tytułu realizacji pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane z dnia 26 marca 2012 r.;

-21.862,20 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu wzajemnego do dnia zapłaty tytułem zapłaty kary umownej należnej pozwanemu z uwagi na nieuzasadnione odstąpienie przez powodów od umowy z dnia 26 marca 2012 r.;

- 4.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu wzajemnego do dnia zapłaty z tytułu wykonania przez pozwanego nieobjętego umową z 26 marca 2012 r. (oraz aneksem do ww. umowy) przyłącza zasilania elektrycznego ziemnego wraz z podłączeniem do złącza kablowego znajdującego się w ogrodzeniu, za które pozwany nie otrzymał wynagrodzenia.

- kosztów procesu.

I. S. i M. S. wnieśli o oddalenie pozwu wzajemnego i zasądzenie kosztów procesu.

W piśmie procesowym z dnia 26 stycznia 2016 r. powodowie I. S. i M. S. sprecyzowali ostatecznie powództwo wnosząc o zasądzenie od P. H. (1) solidarnie na ich rzecz kwoty 130.589,07 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia powództwa do dnia zapłaty oraz kosztów procesu, cofnęli powództwo powyżej tej kwoty.

Wyrokiem z dnia 23 lutego 2016r. w sprawie o sygn. akt III C 1404/12 Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie z powództwa głównego:

1.zasądził od P. H. (1) na rzecz I. S. i M. S. solidarnie kwotę 121.551,79 złotych wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 27 grudnia 2012 roku do dnia zapłaty;

2. umorzył postępowanie w zakresie żądania zapłaty kwoty 11 273,13 zł,

3.w pozostałym zakresie oddalił powództwo;

4.zasądził od P. H. (1) na rzecz I. S. i M. S. solidarnie koszty procesu wg zasady odpowiedzialności za wynik procesu przyjmując, że powodowie wygrali proces w 86% i pozostawiając ich szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu.

W sprawie z powództwa wzajemnego Sąd Okręgowy:

1. oddalił powództwo;

2. zasądził od P. H. (1) na rzecz I. S. i M. S. solidarnie koszty procesu wg zasady odpowiedzialności za wynik procesu, pozostawiając ich szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu.

Swoje rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych i ich ocenie prawnej:

P. H. (1) jako wykonawca zawarł w dniu 26 marca 2012 r. z I. S. i M. S., jako zamawiającymi umowę o roboty budowlane w postaci budowy budynku mieszkalnego jednorodzinny typu Bachus CE-L na działce zlecających według przygotowanego projektu budowlanego zgodnie z przedstawionym kosztorysem i harmonogramem prac. W dniu 26 marca 2012 r. strony zawarły aneks do ww. umowy, na mocy którego wynagrodzenie wykonawcy ustalono na kwotę 437.244 złotych. Strony przewidziały termin wykonania prac objętych aneksem do dnia 22 września 2012 r. W ww. aneksie strony zmieniły zakres prac, które miały być wykonane przez pozwanego. W dniu 28 marca 2012 r. P. H. (1) wysłał do M. S. przez pocztę elektroniczną plik „zakres prac”. W ww. wykazie jako jedna z pozycji wskazany był: „montaż tablicy bezpiecznikowej wewnętrznej wraz z doprowadzeniem zasilania do budynku od złącza w ogrodzeniu.”

W trakcie procesu budowlanego budynku mieszkalnego powodów prowadzony był dziennik budowy. S. O. był inspektorem nadzoru inwestorskiego na budowie domu powodów. W trakcie budowy domu powodów wpisy w dzienniku budowy nie były uzupełniane w sposób regularny. Inspektor nadzoru inwestorskiego stwierdził nieprawidłowość izolacji przeciwwilgociowej po tym, jak zaobserwował w budynku przecieki po deszczu. Powodowie często zwracali się do pozwanego z prośbą o poprawienie poszczególnych prac. Inspektor nadzoru inwestorskiego nie informował jednak wykonawcy, czy inwestorów w formie pisemnej o swoich uwagach. Kiedy inspektor zwracał uwagę na błędy przy budowie, pracownicy tłumaczyli, że robota dopiero trwa i wszystko będzie poprawione. W projekcie budynku powodów przewidziana była jedynie lekka izolacja przeciwwilgociowa.

W trakcie budowy domu powodów kierownikiem budowy był H. K. H. K. przestał pełnić funkcję kierownika budowy, kiedy nastąpiły nieporozumienia między wykonawcą i inwestorem. Podczas wykonywania łąt fundamentowych inspektor nadzoru był obecny na placu budowy. Inspektorem nadzoru był S. O.. W projekcie budynku nie było dokumentacji na zrobienie izolacji poziomej, natomiast była jedynie izolacja pionowa. Na budowie okna w budynku wykonywał R. B. (1). Powód oraz pozwany uzgodnili między sobą jaki ma być współczynnik przenikania ciepła w ww. oknach. Ostatecznym współczynnikiem, na który zgodził się powód był współczynnik przepustowości 1,1 dla szkła. R. B. (2) informację jakie parametry ma spełniać wykonane przez niego okno uzyskał od powoda.

Opady deszczu w październiku 2012 r. na nieruchomościach sąsiadujących z nieruchomością powodów nie były szczególnie intensywne. Nie było też na ww. nieruchomościach podtopień. Poziom wód gruntowych na ww. nieruchomościach był niski. Powód wraz ze swoim ojcem – J. S. jesienią 2012 r. zauważyli w piwnicy budynku przecieki. Miały one miejsce po opadach deszczu. Pismem z dnia 26 września 2012 r. powodowie wezwali pozwanego do usunięcia wad robót budowlanych. Ww. wezwanie zostało odebrane przez pozwanego w dniu 15 października 2012 r. Pismem z dnia 29 października 2012 r. pozwany wezwał powodów do odbioru robót budowlanych. Pismem z dnia 14 listopada 2012 r. powodowie złożyli pozwanemu oświadczenie o odstąpieniu od umowy zawartej w dniu 26 marca 2012 r. i aneksowanej w dniu 7 września 2012 r. Ww. oświadczenie zostało odebrane w dniu 30 listopada 2012 r.

Kiedy powodowie zgłaszali się do firm budowlanych w celu usunięcia wad budowlanych w ich budynku wszyscy oferenci uzależniali swoją usługę od usunięcia poprzedniej izolacji, styropianu izolacji, uzupełnienia ubytku w ścianach piwnicy i wykonania nowej izolacji w technologii, którą proponowali. Żaden z oferentów nie proponował powodom wykonania punktowej izolacji. Oferenci swoją odmowę wykonania punktowej izolacji argumentowali tym, że nie wiadomo, w którym miejscu jest przeciek i może się on znajdować w dowolnym miejscu i tylko wykonanie całej izolacji może dać gwarancję szczelności. Powodowie przed samym podpisaniem umowy w marcu 2011 r. zawarli ustną umowę co do tego, że pozwany wykona położenie kabla pod przyłącze elektryczne oraz wykona słupki do furtki i bramy wjazdowej. Na etapie negocjacji pozwany zobowiązał się wykonać te prace w tej samej kwocie ryczałtowej.

Inżynier budownictwa P. S. dwa razy był na budowie w celu sporządzenia opinii co do prawidłowości wykonania robót budowlanych. P. S. (1) wykonał zdjęcia budynku, które dołączone zostały do sporządzonych przez niego ekspertyz. W celu wykonania ekspertyz P. S. (1) zrobił odkrywki losowe fundamentów. Zdjął izolację termiczną po to, by stwierdzić stan izolacji przeciwwilgociowej. P. S. (1) sprawdził powyższe do wysokości ław fundamentowych. Na zlecenie powodów dr inż. P. S. (1) sporządził opinię w zakresie poprawności wykonania budynku w Z. przy Alei (...) w zakresie konstrukcyjno – budowlanym, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz wskazania działań naprawczych, jakie wykonawca powinien przeprowadzić, aby poprawić ewentualne błędy. S. (...) P. S. wystawił M. S. fakturę VAT nr (...) r. z tytułu wykonania opinii technicznej w zakresie poprawności wykonania izolacji przeciwwilgociowej budynku w Z. przy alei (...) na kwotę 2.700 złotych. S. (...) P. S. (1) wystawił M. S. fakturę VAT nr (...) r. z tytułu wykonania opinii technicznej w zakresie poprawności wykonania izolacji przeciwwilgociowej budynku w Z. przy alei (...) na kwotę 3.327 złotych. S. (...) P. S. (1) wystawił M. S. fakturę VAT nr (...) r. z tytułu wykonania opinii technicznej w zakresie poprawności wykonania izolacji przeciwwilgociowej budynku w Z. przy alei (...) na kwotę 2.500 złotych. S. (...) P. S. (1) wystawił M. S. fakturę VAT nr (...) r. z tytułu wykonania opinii technicznej w zakresie poprawności wykonania izolacji przeciwwilgociowej budynku w Z. przy alei (...) na kwotę 2.700 złotych. Należności ujęte na fakturach zostały zapłacone przez powodów. Współczynnik przenikalności cieplnej szyb 1,0-1,1 w/m²*K był zgodny z dokumentacją techniczną k-19 oraz zapisami zawartymi w umowie z dnia 26 marca 2012 r. Pozwany przedstawił powodowi ofertę na zastosowane przez dostawcę okien szyby o współczynniku U-0,5 W/m²*K. Podniesienie standardu wynikające z różnicy parametrów technicznych było znaczące, stąd bez dopłaty do ceny ryczałtowej dostawa okien o takich parametrach była nierealna. Szyby takie są rzadko stosowane w budownictwie mieszkaniowym za wyjątkiem domów pasywnych. Gdyby powód chciał polepszyć sobie parametry cieplne szyb i zdecydowałby się na szyby o współczynniku 0,5 w/m²*K, to należałoby uznać to za zmianę warunków umowy (aneks). Wtedy mógłby za dopłatą uzgodnioną z pozwanym wprowadzić taką zmianę do umowy.

Odpowietrzenie pionów wiązało się z wprowadzoną zmianą funkcji pomieszczenia. W takich przypadkach zgodnie z umową z dnia 26 marca 2012 r. (§ 3 pkt3) umowy należało uzgodnić zakres robót koniecznych do wykonania, a będących konsekwencją wprowadzonej zmiany. Niewątpliwie konieczność wykonania odpowietrzenia pionów kanalizacyjnych była nieodzowna w celu właściwego funkcjonowania instalacji.

Tablica elektryczna nie została przez pozwanego wyposażona, zakres robót związanych z wyposażeniem tablicy łącznie z wykonanymi badaniami leżał po stronie wykonawcy robót. Podwykonawca pozwanego wyposażył tablicę na swój koszt nie obciążając powoda tymi kosztami. Część gładzi na parterze nie była wykończona gładzią – według opisu w projekcie do obowiązków wykonawcy (pozwanego) należało wykonanie tynków, a nie gładzi, stąd nie można było żądać wykonania gładzi. Element wykonania gładzi gipsowej na wykonanym uprzednio tynku był robotą nieujęta w umowie, ani w projekcie według opisu technicznego projektu. Więżba dachowa została zaimpregnowana w wytwórni, nie zabezpieczono natomiast końcówek – należało wykonać zabezpieczenia drewnianych elementów środkami impregnującymi na budowie, które w wyniku obróbki zostały odkryte.

Na ścianie działowej na poddaszu brak było murłaty. Według projektu k-30 przewidziana była belka (murłata), która z uwagi na drobne korekty w konstrukcji nie miała zastosowania dla samej konstrukcji lecz z uwagi na konieczność podwieszenia stropu podwieszonego do konstrukcji drewnianej brak fragmentu murłaty na odcinku 2,2 m uniemożliwił zamocowanie stropu.

Brak wykonanego odcinka w postaci belki należało uznać za niedoróbkę wykonawczą, która winna być uzupełniona.

Wpięcie dwóch końcówek rur wentylacyjnych do jednego kanału za element niezakończonych robót. Stwierdzono niestabilność trzonu kominowo- wentylacyjnego na poddaszu. Według projektu K-29 trzon kominowy był powiązany ze ścianą konstrukcyjną. Za zgodą powoda został odsunięty od ściany i stworzył swoistą konstrukcję wolnostojąca nie podpartą ani nie usztywnioną. Brak przewiązania komina ze ścianą należało uznać za wadę wykonawczą, którą należało niezwłocznie wyeliminować z uwagi na bezpieczeństwo. Zaprezentowany obecnie sposób zamontowania

usztynień komina z pomocą stalowych kotew wykonanych z drutu stalowego w znakomity sposób rozwiązał problem niestabilności trzonu komina na odcinku jednej kondygnacji.

W wykonanym budynku brak było ocieplenia murlaty. Sposób ocieplenia murlaty zgodnie z dokumentacją winien być wykonany w fazie wykończenia elewacji oraz podbitki dachu.

Więźba dachowa powinna spełniać wymóg bezpieczeństwa konstrukcji z art. 5 ustawy prawo budowlane. Wszystkie połączenia elementów konstrukcji drewnianych powinny być sztywne. W trakcie wizji lokalnej nie było możliwości dokonania oceny stanu połączeń.

Co do wystąpienia w budynku dziur w membranie (folii), w czasie wizji lokalnej nie było możliwości stwierdzenia powyższego z uwagi na zaawansowane roboty. Braki tynku w łazience (ok. 2 m²) należało uzupełnić.

Nakrętki od kotew mocujących murlaty w wyniku podeschnięcia drewna poluzowały się. Niedokręcenie nakrętek na kotwach mocujących murlaty należało uznać za element niedokończonych robót, a nie za wadę.

Brak wykonanego kanału nawiewnego do kominka. Kanał nawiewny do kominka powinien zostać wykonany trasą poprowadzoną pod stropem. Jest to niedoróbka wykonawcza, która winna być wykonana przez pozwanego.

Nieprawidłowa wysokość schodów w wykonanym budynku. Różnice w wysokościach spowodowane były technologią robót żelbetowych, która uwzględniała tolerancje wymiarowe. Wykonawca realizujący roboty wykończeniowe zobowiązany był do dokonania kontroli wymiarów oraz skorygowania różnic wymiarowych przy finalnym wykończeniu. Na podstawie dokonanych pomiarów schodów można stwierdzić, że różnice wymiarowe mieściły się w granicach tolerancji wymiarowej. Przy wykończeniu finalnym stopni konieczne było natomiast skorygowanie wymiarowe.

Co do odpływu liniowego w garażu, według projektu k-42 rzut parteru nie przewidziano odpływu liniowego na odcinku wjazdu do garażu. Na spotkaniu w dniu 22 listopada 2013 r. stwierdzono, że pozwany nie wykonał odwodnienia liniowego w garażu, a robota ta została wykonana przez powoda. Pozwany nie miał prawa wykonać liniowego odwodnienia bez wprowadzonej korekty projektowej i zgody kierownika budowy oraz inspektora nadzoru.

Co do ubytków na ścianach fundamentowych, należało oczyścić podłóżę i uzupełnić je betonem. Nie został określony zakres ubytków, które niewątpliwie powinny być uzupełnione. Zakres ubytków nie był znaczący i nie skutkowało powstaniem wad. Ten zakres był niewielki, o czym świadczyć może fakt, że ani kierownik budowy, ani inspektor nadzoru nie kwestionowali wadliwości ściany przed wykonaniem izolacji.

Co do braku spadku na rurze kanalizacyjnej, praca ta nie była zakończona, w związku z tym nie można uznać jej za wadliwie wykonaną ale niezakończoną.

Co do słupa tarasowego niedobetonowanego, zbrojenie w konstrukcji słupa nie powinno być odsłonięte, gdyż narażone zostało na korozję. Brak dobetonowania należało rozpatrywać w kategorii nie wady lecz niezakończonych robót.

Co do izolacji przeciwwilgociowej pionowej przy salonie i tarasie, brak listwy cokołowej, brak tynku cem-wap, brak fasety na ławie fundamentowej oraz brak wyoblen ścian zewnętrznych. Zaprojektowana izolacja pionowa ścian podziemia typu lekkiego polegała na wykonaniu izolacji powłokowej przy pomocy środka izolacyjnego pn. E.. Z punktu widzenia skuteczności tej izolacji jej dobór był niewłaściwy w związku z brakiem przeprowadzonych badań gruntowych na okoliczność występowania wód. W związku z tym powinna być zastosowana izolacja przeciwwodna typu średniego. Preparat E. (...) nawierzchniowy anionowa emulsja bitumiczno – lateksowa typu AL. posiadał zastosowanie do zabezpieczeń przeciwwilgociowych i przeciwwodnych dachów, wylewek betonowych, piwnic, łaźni tarasów, ław i fundamentów. Producent określił sposób przygotowania podłóżę, na którym powinna być wykonana izolacja przeciwwodna, natomiast z ekspertyzy wykonanej przez D. S. wynikało, że ściany nie były dostatecznie równe, aby można było stwierdzić, że podłóżę wykonane jest właściwie. W rzeczywistości okazało się, że szczelność

izolacji ścian była spełniona. Przenikanie wody do wnętrza budynku następowało tylko na poziomie połączenia izolacji pionowej i poziomej, na niektórych fragmentach w części podziemnej budynku. Na styku izolacji, pionowej i poziomej nastąpiła przerwa w ciągłości izolacji, która spowodowała przecieki. Powodem braku szczelności było po części wadliwe wykonawstwo. Można stwierdzić, że skoro przez ściany piwnic nie występowały przecieki, tylko styk izolacji nie był szczelny i wymagał innego rozwiązania to odpowiednie uszczelnienie dałoby spodziewany efekt. Dla tak wybranej technologii określonej w dokumentacji technicznej nie pokazano bardzo istotnego detalu z punktu widzenia technicznego wykonania. Wykonawca realizujący roboty winien wiedzieć w jaki sposób prawidłowo wykonać tę izolację. W przypadku jakichkolwiek wątpliwości co do techniki jej wykonania wykonawca robót winien zasięgnąć opinii inspektora nadzoru lub projektanta. Dla opisanej wyżej sytuacji, pomijając fakt, że dobór izolacji mógł budzić wątpliwości co do jego skuteczności już na etapie projektu i realizacji robót, należało wykonać naprawę połączenia dwóch izolacji np. poprzez obwodowe wykonanie pasa z papy termozgrzewalnej na styku izolacji pionowej i poziomej w celu zapobieżenia wnikania wód gruntowych lub opadowych do wnętrza budynku.

Wykonanie w 100 % nowej izolacji pionowej ścian nie było konieczne. Naprawa wadliwie wykonanych połączeń izolacji zachowałyby funkcje szczelności. Stąd naprawa styków izolacji obciążała pozwanego.

W zakresie prawidłowości wykonania więźby dachowej, nie było możliwości dokonania oceny jej konstrukcji. Występujące niedoróbki w postaci niedokręconych śrub mocujących murlaty, brak skutecznych połączeń uzupełnionych dodatkowymi łącznikami oraz brak murlaty na fragmencie konstrukcji należy uznać za uchybienie wykonawcze.

Koszt robót koniecznych do doprowadzenia obiektu do stanu zgodnego z warunkami technicznymi i przepisami prawa wyniósł na podstawie sporządzonych na tę okoliczność kosztorysów 9.314,49 złotych. Za stan wadliwie wykonanych i zakwestionowanych przez powoda elementów odpowiadał pozwany jako wykonawca robót. Znaczny wpływ na wystąpienie tylu wad i niedoróbek tkwiło w samym projekcie, który w pełni nie definiował wszystkich koniecznych detali wykończenia. W zakresie powyższych wad i niedoróbek mieli swój udział kierownik budowy i inspektor nadzoru, którzy z mocy prawa powinni czuwać nad realizacją robót zgodnie z warunkami technicznymi i stosownymi przepisami prawa.

Całkowity koszt demontażu i wstawienia szyb o współczynniku 0,5 w/m²*K został oszacowany na kwotę 9.037,28 złotych. Całkowity koszt odpowietrzenia pionów; montażu tablicy elektrycznej; wykonania gładzi gipsowej na wykonanych tynkach maszynowych na gładzi okiennych; wykonania tynku cienkościennego; wykonania punktowego odwodnienia garażu; wykonania na nowo całej izolacji (z uwzględnieniem konieczności jej odkopania i zakopania przy uwzględnieniu dokładnego zakresu prac wskazanych w ofercie Stowarzyszenia (...) w Budownictwie oraz kosztów usunięcia innych wad, takich jak: brak fragmentu tynku, naprawy tynku przy schodach zabiegowych; usunięcie krzywizny podciągu w korytarzu; zniwelowanie wady w postaci krzywo wylanego podestu; izolacji kabla zasilającego budynek; krzywizny balkonu w stanie surowym); zniwelowania wysokości posadzek schodów od poziomu 0,00 do 2,82 oraz zniwelowania niewłaściwego montażu stolarki okiennej wraz z kosztem wymiany szyb okiennych został oszacowany na kwotę 143.153,25 złotych.

Pozycje kosztorysowe w pkt. 24 i 25 w kosztorysie załączone, do opinii biegłego były zdublowane i była to ewidentna pomyłka. Biegły sprostował ww. omyłkę. W przypadku wykorzystania pomieszczeń piwnicznych na cele domowe regułą powinno być, że winna być wykonana przynajmniej izolacja typu średniego. W budynku powodów zachodziły przesłanki niebezpieczeństwa wystąpienia przecieków. Izolacja typu lekkiego była izolacją zbyt słabą. Fakt wyłączenia przez powodów z umowy izolacji poziomej nie był przyczyną przecieków. Woda dostawała się bowiem od zewnątrz, a nie od wewnątrz. Izolacja powinna być zrobiona zarówno wewnątrz jak i na zewnątrz. Przerwanie instalacji drenażowej doprowadziło do gromadzenia się wód wokół budynku. W przypadku braku skutecznej izolacji poziomej woda przenikała do piwnic. Gdyby izolacja była szczelna, woda do piwnic nie dostałaby się. Oprócz połączenia izolacji wewnętrznej zrobiona musiała być również izolacja na zewnątrz. W czasie przeprowadzenia wykopów zostały uszkodzone rury drenażowe i zdemontowane. Jeśli rury drenażowe wykonane były w sposób właściwy, a zniszczone zostały przy wykopach, to powodowie nie mogą odpowiadać za skutki gromadzenia się wody wokół budynku. Wady

budynku nie stanowiły drobnych usterek, które można było zostawić, ale należało je usunąć. Połączenie izolacji poziomej z pionową powinno być wykonane. Żadne połączenia izolacji nie były wykonane przez wykonawcę w sposób należyty. Połączenia izolacji pionowej z poziomą nie były wykonane prawidłowo. Dla bezpieczeństwa powinno się wykonać dodatkową izolację w połączeniu. Styki powinny być bezwzględnie zabezpieczone. Połączenie izolacji powłokowej zewnętrznej z izolacją z papy powinno być zabezpieczone i wykonane. Woda znalazła sobie przeciek na styku izolacji poziomej z pionową, wynikało to z wady złącza izolacji. Zgodnie z prawem budowlanym kierownik budowy powinien obserwować reakcje, rodzaje gruntów i wodę. Jeśli natomiast ma wątpliwości w tym zakresie, to powinien zgłosić się do projektanta lub konstruktora. W trakcie budowy wykonawca powinien zgłosić kierownikowi budowy to, że są przecieki w piwnicy. Zmiana izolacji nie stanowiła zmiany projektu, a jedynie uszczegółowienie projektu budowlanego.

Sąd Okręgowy dokonał powyższych ustaleń w oparciu o złożone do akt dokumenty, zdjęcia, korespondencje mailową, opinię biegłego A. B. (1), zeznania świadków A. K., K. M., J. S., P. S. (1), R. B. (1), oraz zeznań stron, którym jednak Sąd dał wiarę tylko w takim zakresie w jakim miały one potwierdzenie w innych dowodach. W szczególności Sąd dał w przeważającej części wiarę zeznaniom M. S., za wyjątkiem jego zeznań co do tego, że zgodnie z umową zawartą między nim, a pozwanym współczynnik przenikalności szyb, które miały być wstawione do budynku powodów wynosił 0,5. W ocenie Sądu powyższemu przeczą temu zeznania świadka – wykonawcy ww. szyb R. B. (1), przy czym sąd uznał zeznania ww. świadka za wiarygodne, bowiem nie był on stroną umowy i nie był zainteresowany wynikiem procesu. Jednocześnie, za odmówieniem wiarygodności zeznaniom powoda w ww. zakresie przemawiało stwierdzenie biegłego, według którego standardowymi szybami, które wstawia się do budynków mieszkalnych są szyby o przepustowości 1,1 a nie 0,5.

Zeznania świadków M. F., Z. M., S. K., M. Ś. w ocenie Sądu Okręgowego nie wniosły faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, stąd nie były one podstawą czynionych ustaleń faktycznych. Sąd ten pominął też opinię biegłego M. B., który został wyłączony od udziału w sprawie na wniosek powodów.

Sąd Okręgowy uznał, iż powództwo główne zasługiwało na uwzględnienie w przeważającej części. Wskazał, iż roszczenie powodów oparte było na art.471 k.c. Stosownie do ww. przepisu dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. W tym przepisie zawarte jest domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło wskutek okoliczności za które odpowiedzialność ponosi dłużnik, a więc pozwany w sprawie. Powodowie nie musieli tu wykazywać winy, gdyż konstrukcja ta jest oparte na zasadzie winy domniemanej.

Strony zawarły umowę o roboty budowlane. Stosownie do art.647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do 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. Zobowiązanie pozwanego polegało na oddaniu przewidzianego obiektu budowlanego – domu jednorodzinnego, wykonanego zgodnie z przedłożonym przez powodów projektem i z zasadami wiedzy technicznej. W oparciu o opinię biegłego, Sąd Okręgowy stwierdził, iż pozwany z jednej strony nie w pełni wykonał zobowiązanie określone w umowie zawartej z powodem (biegły w swojej opinii wskazał na szereg niezakończonych przez niego prac), z drugiej zaś strony pewne prace wykonał w sposób nienależyty tzn. sprzeczny ze zasadami wiedzy technicznej (ze sztuką budowlaną). W sprawie niniejszej pozwany odpowiadał więc zarówno za częściowe niewykonanie jak i nienależyte wykonanie zobowiązania.

Sąd Okręgowy wskazał, iż granice odpowiedzialności dłużnika zobowiązanego do naprawienia szkody określa art.361 §1 k.c. Stosownie do ww. przepisu zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła. Pozwany jako wykonawca robót ponosi odpowiedzialność za szkodę w mieniu powodów. Do szkody bowiem doszło w trakcie realizacji inwestycji, a było nią

wadliwie wykonana część robót budowlanych. Tym samym pomiędzy działaniem pozwanego jako wykonawcy robót, a poniesioną szkodą zachodził związek przyczynowy w rozumieniu cytowanego przepisu.

W ocenie Sądu I Instancji, w sprawie niniejszej szkoda powodów polegała na konieczności poniesienia kosztów wykończenia budynku i usunięcia jego wad. Szkodą był uszczerbek majątkowy rozumiany jako różnica pomiędzy aktualnym stanem prawnym wierzyciela, a stanem hipotetycznym jaki by istniał gdyby zobowiązanie było wykonane prawidłowo. Koszt usunięcia wad i wykończenia budynku oszacował powołany w sprawie biegły. W swojej opinii biegły nie uwzględnił kosztów wymiany całej izolacji, a jedynie koszt wymiany izolacji w miejscach przecieków. Sąd I Instancji uznał jednak za wiarygodne zeznania powoda, co do tego, że jedynie wymiana całej izolacji w budynku, a nie wymiana punktowa była powodom oferowaną przez firmy budowlane. Z tych względów biegły oszacował koszt wymiany całej izolacji przeciwwilgociowej. Za przyjęciem, że istniała konieczność wymiany całej izolacji przemawiało również stwierdzenie zawarte w pisemnej opinii biegłego A. B., zgodnie z którym w budynku powodów powinna być zastosowana izolacja przeciwwodna typu średniego, a nie lekkiego. Biegły nie ograniczył przy tym zakresu zastosowania izolacji do jakichś poszczególnych miejsc w budynku. Tym samym, w ocenie tego Sądu zgodnie z zasadą pełnej kompensacji szkody (art. 361 §2 k.c.), należało uznać za szkodę poniesioną przez powodów jako koszt wymiany całej izolacji w budynku.

Ustalając wysokość szkody Sąd Okręgowy oparł się na kosztorysach sporządzonych przez biegłego A. B. (1) (uwzględniając poprawkę biegłego na rozprawie przed Sądem, dotyczącą zdublowania dwóch pozycji w jednym z kosztorysów). Sąd ten nie uznał jednak za szkodę powodów konieczności poniesienia kosztów wymiany szyb w kwocie 9.037,28 złotych uznając, że pozwany wstawił szyby o parametrach, które zostały uzgodnione przez strony w umowie. Okna o takim współczynniku przenikania ciepła tj.1,1 są powszechnie stosowane w domach takich jak powodów, w tej strefie klimatycznej, a przyjęcie innego współczynnika znaczenie podniosłoby koszt całościowy okien (montaż ciepły, waga takich okien (!), koszt zamontowania, koszt szyb w całym budynku itp.) i skutkowałoby bezpodstawnym wzbogaceniem powodów, wbrew zapisom umowy.

Sąd Okręgowy uznał również, że w zakresie normalnych następstw poniesionej przez powodów szkody mieścił się również koszt prywatnej ekspertyzy w kwocie 12.576 złotych. Powodowie musieli skorzystać z pomocy fachowca z zakresu budownictwa, który stwierdziłby, czy i jakie wystąpiły wady po stronie wykonawcy robót budowlanych. Opinia prywatna w swoich wnioskach znalazła potwierdzenie w opinii biegłego sądowego powołanego w sprawie. Koszt tej opinii powodowie rzeczywiście ponieśli (vide faktury), stąd pozwany zobowiązany jest zwrócić ten koszt powodom.

Na koszty naprawienia szkody należne powodom składają się:

- kwota 4.035,24 złotych wynikająca z kosztorysu nr 1 biegłego A. B. dołączonego do opinii głównej – uzupełnienie murlaty, zabezpieczenie końcówek, ocieplanie murlaty, dokręcanie murlaty oraz wzmocnienie elementów konstrukcji;
- kwota 531,31 złotych wynikająca z kosztorysu nr 2 biegłego A. B. dołączonego do opinii głównej – uzupełnienie betonu w słupie, zamontowanie kanału do kominka;
- kwota 3.212,23 złotych wynikająca z kosztorysu nr 4 biegłego A. B. dołączonego do opinii głównej – rozebranie komina i ponowne jego wymurowanie oraz wykonanie tynku;
- kwota 12.576 złotych – koszt prywatnej ekspertyzy dr inż. P. S.;
- kwota 113.441,01 złotych – koszty ponownego wykonania izolacji pionowej wskazane w opinii uzupełniającej A. B..

Przy czym od pierwotnej kwoty (wskazanej przez biegłego) 134.115,97 złotych Sąd Okręgowy odliczył dublującą się pozycję w kwocie 20.674,96 złotych. Po odliczeniu pozostało: 113.441,01 złotych. Powodowie należną im kwotę pomniejszyli o niewypłacone pozwanemu wynagrodzenie w kwocie 12.244 złotych (potrącenie).

Od kwoty dochodzonego roszczenia w wysokości 130.589,07 złotych wskazanego przez powodów w piśmie z dnia 26 stycznia 2016 r. Sąd I Instancji odliczył kwotę w wysokości 9.037,28 złotych (wstawienie nowych szyb ze

współczynnikiem przenikania ciepła 0,5) i łącznie zasądził od pozwanego na rzecz powodów solidarnie kwotę 121.551,79 złotych. Odsetki Sąd Okręgowy zasądził na podstawie art. 481§ 1 k.c. zgodnie z żądaniem pozwu – od dnia wytoczenia powództwa mając na uwadze wcześniejsze wezwanie do zapłaty. W pozostałym zakresie Sąd oddalił powództwo główne.

Wobec cofnięcia przez powodów powództwa głównego powyżej kwoty 130.589,70 złotych, Sąd umorzył postępowanie w stosunku do kwoty 11.273,13 złotych na art. 355 § 1 k.p.c.

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu w zakresie powództwa głównego oparte było na art.100 zd.1 k.p.c.

Powództwo wzajemne Sąd Okręgowy uznał w całości za niezasadne. wskazał, iż P. H. (1) domagał się zasądzenia I. S. i M. S. solidarnie kwoty 12.244 złotych z tytułu pozostałej, nieuiszczonej części wynagrodzenia z umowy o roboty budowlane z dnia 26 marca 2012 r. Pozwani wzajemni nie kwestionowali, iż nie zapłacili tej części wynagrodzenia, lecz złożyli w tej części oświadczenie o potrąceniu wzajemnej wierzytelności na podstawie art. 498 k.c. Powodowie potrącili swoją wierzytelność z wierzytelnością pozwanego, wskutek czego w niniejszej sprawie domagali się zasądzenia na ich rzecz należności pomniejszonej o kwotę nieuiszczonego wynagrodzenia. W konsekwencji powództwo w tym zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie, bowiem wskutek potrącenia wierzytelność powoda wzajemnego wygasła.

Sąd Okręgowy uznał, iż nie zasługiwało na uwzględnienie także powództwo wzajemne o zapłatę kwoty 21.862,20 złotych z tytułu odstąpienia przez powodów od umowy z dnia 26 marca 2012 r. Powód wzajemny swoje roszczenie o zapłatę ww. kwoty opierał na § 10 ust. 4 pkt. 3 umowy stron. Zgodnie z ww. przepisem: „W przypadku odstąpienia przez zamawiającego od umowy z przyczyn, za które nie odpowiada wykonawca, zamawiający zmniejsza wynagrodzenie wykonawcy o równowartość niewykonanych robót. W takim przypadku wykonawca może ponadto żądać zapłaty przez zamawiającego kary umownej w wysokości 5 % wynagrodzenia określonego w §3”. Stosownie do art.636 §1 k.c., jeżeli przyjmujący zamówienie wykonuje dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może od umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie. Powodowie główni odstąpili od umowy z pozwanym z przyczyny wad w budowie, wzywając uprzednio pozwanego do usunięcia ww. wad. Biegły w swojej opinii stwierdził jednoznacznie, że wady w budowie, których dopuścił się pozwany, a na które powoływali się powodowie były wadami istotnymi. Z ww. względu w ocenie Sądu Okręgowego, nie można uznać, ażeby powodowie odstąpili od umowy z przyczyn, za które nie odpowiadał wykonawca. Tym samym, to roszczenie pozwanego (powoda wzajemnego) nie zasługiwało w ocenie tego Sądu na uwzględnienie.

Sąd I Instancji uznał, iż nie zasługiwało również na uwzględnienie powództwo wzajemne P. H. (1) (powoda wzajemnego) o zapłatę kwoty 4.000 złotych z tytułu wykonania przez niego nieobjętego umową z dnia 26 marca 2012 r. (oraz aneksem z dnia 7 września 2012 r.) przyłącza zasilania elektrycznego ziemnego wraz z podłączeniem do złącza kablowego znajdującego się w ogrodzeniu. Sąd uznał za wiarygodne zeznania powoda co do tego, że wynagrodzenie za ww. usługę mieściło się w zakresie wynagrodzenia za całość prac budowlanych określonych w umowie stron. Za wiarygodnością ww. zeznań powoda przemawiała również wysłana przez pozwanego do powoda wiadomość e-mail zawierająca plik „harmonogram prac”. W zestawieniu prac, które miał wykonać pozwany widnieje również pozycja „Montaż tablicy bezpiecznikowej wewnętrznej wraz z doprowadzeniem zasilania do budynku od złącza w ogrodzeniu”. Powyższe, w ocenie Sądu Okręgowego, wskazuje na to, że pozwanemu nie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie za ww. usługę, ale mieściło się ono w ramach wynagrodzenia za całość prac, za które bezspornie powodowie zapłacili.

O kosztach procesu w zakresie powództwa wzajemnego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98§1 k.p.c. w całości.

Od powyższego wyroku apelacje wniosły obydwie strony.

Powodowie zaskarżyli wyrok częściowo tj. w zakresie punktu trzeciego, podnosząc następujące zarzuty:

1. naruszenie prawa materialnego tj. art. 65§ k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z §13.3 umowy z 26 marca 2012r. poprzez ich niezastosowanie w sytuacji, w której faktyczną wolą stron było zaliczenie montażu okien PCV z parametrem w postaci współczynnika przenikalności cieplnej szyb o wartości $0,5 \text{ W/m}^2 \text{ K}$ jako przedmiotu umowy;
2. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż wolą stron był montaż szyb o współczynniku 1,0 w sytuacji, w której strony zakresem umowy objęły montaż szyb o współczynniku 0,5;
3. naruszenie prawa procesowego, które to naruszenie miało wpływ na wynik sprawy, to jest art. 233 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej oceny dowodów i ustalenie, że ewentualna decyzja powodów o montażu szyb o współczynniku $0,5 \text{ w/m}^2 \text{ K}$ powinna być uznana za zmianę warunków umowy (aneks).

W konsekwencji powodowie wniesli o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powodów dodatkowo kwoty 9 037,28 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia powództwa do dnia zapłaty oraz zasądzenie kosztów procesu za I i II instancję.

Pozwany (powód wzajemny) zaskarżył wyrok w zakresie powództwa głównego w punktach pierwszym i czwartym oraz w całości w zakresie powództwa wzajemnego. Podniósł następujące zarzuty:

1. naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:
 - a) art. 328§2 k.p.c. w zw. z art. 245 k.p.c. i art. 233§1 k.p.c. poprzez niewyjaśnienie przyczyn dla których, szeregu składanym przez pozwanego dowodów, jak też wyjaśnień, Sąd I instancji odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, w tym:
 - nagranych przez pozwanego na płycie CD filmu, obrazującego fakt wlewania się pod niezabezpieczony budynek wód opadowych,
 - opinii Ośrodka (...)złożonej na rozprawie dnia 22 października 2014r., z której wynika, iż dla oceny szczelności izolacji przeciwwilgociowych i wodochronnych części podziemnych budynku izolacje powinny stanowić ciągły i szczelny układ oddzielający budynek lub jego część od wody lub pary wodnej, podczas gdy pozwany nie był zobowiązany do wykonania izolacji poziomej budynku,
 - zlecenie wyliczeń biegłemu w oparciu o kwestionowane przez pozwanego technologie wskazane w dokumentach prywatnych jakimi były oferty Stowarzyszenia (...)oraz (...),
 - bezzasadne uznanie twierdzeń powodów za wiarygodne w zakresie konieczności wykonania ponownie całej izolacji, jak i pominięcie faktu, iż to powodowie swoją beczynnością doprowadzili do podsiąkania wody na wiosnę 2013r. do piwnicznego poziomu budynku,co doprowadziło do błędnego uznania przez Sąd I instancji, iż pozwany jest odpowiedzialny za nieprawidłowe wykonanie zobowiązania i szkodę, tj. konieczność naprawy przez powodów całej izolacji pionowej i nie takiej jak była przewidziana w projekcie, a tym samym bezpodstawne wzbogacenie powodów;
 - b) art. 328§2 k.p.c. poprzez niewyjaśnienie i nieuwzględnienie okoliczności, iż początkowo powodowie wywodzili swoje roszczenie z przepisów szczególnych regulujących wzajemne stosunki stron, tj. z przepisów o roboty budowlane i zawartej umowy, a podstawę prawną roszczeń odszkodowawczych opartą na art. 471 k.c. wskazano jako ewentualną, choć zgodnie z wyjaśnieniami pełnomocnika powodów, art. 471 k.c. jako podstawa odpowiedzialności pozwanego, powinien być zastosowany jedynie w przypadku oddalenia przez Sąd powództwa powodów na podstawie art. 494 k.c., tj., uznania, iż odstąpienie od umowy z dnia 26 marca 2012 r. było nieuzasadnione; nieuwzględnienie faktu, iż późniejsza zmiana podstawy prawnej roszczenia była niedopuszczalna (samodzielne regulowanie rękojmi za wady

działa wyłącza stosowanie do tej instytucji przepisów ogólnych o skutkach niewykonania zobowiązań) i uniemożliwiła pozwanemu obalenie domniemania winy;

c) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny dowodów w sposób newszechstronny, z pominięciem treści szeregu dowodów w znajdujących się w aktach sprawy, tj.:

- treści umowy z dnia 26 marca 2012 r. oraz aneksu z dnia 7 września 2012 r. oraz projektu, według którego pozwany realizował inwestycję, poprzez pominięcie okoliczności wyłączenia przez strony z zakresu prac izolacji poziomej, pominięcia faktu, iż pozwany zgodnie z projektem zobowiązany był do wykonania izolacji typu lekkiego i nie było mu wolno zmieniać projektu, jak też technologii izolacji bez zgody kierownika budowy oraz inspektora budowy i inwestora;

- dokumentu przedłożonego przez pozwanego na rozprawie dnia 22.10.2014r. - tj. informacji precyzującej wymagania techniczne izolacji części podziemnej budynków i garaży wielostanowiskowej, sporządzonej przez dr inż. J. N. Dyrektora Ośrodka (...), w którym zajął on stanowisko, iż dla oceny prawidłowości wykonania niezbędne jest by stanowiły ciągły i szczelny układ oddzielający budynek lub jego część od wody i pary wodnej nadto, iż izolacja pozioma powinna przechodzić w sposób ciągły w izolację pionową bez przerw;

- nagranego przez pozwanego na płycie CD, po zejściu z budowy, stanu otoczenia budynku w chwili dużych opadów, z którego wynikało, iż powodowie z uwagi na konieczność wykonania przyłączy mediów oraz wyłączenie tych prac (z zakresu zleconego pozwanemu), nakazali mu pozostawienie budynku odkopanego z jednej strony do fundamentów, nadto wprowadzając ciężki sprzęt zniwelowali teren, zniszczyli rynnowe odprowadzenie wody od budynku w taki sposób, iż woda na jesieni 2012 r., a także na wiosnę 2013 r., wlewała się bezpośrednio pod budynek, co przy braku izolacji poziomej musiało doprowadzić do przecieków stwierdzonych przez powodów na wiosnę 2013 r.;

- błędne uznanie, iż pozwany nie kwestionował wiarygodności przedłożonych przez powodów dokumentów, a w szczególności oferty Stowarzyszenia, na której wydrukowano nazwisko p. D., oraz pominięcie faktu, iż osoba ta jest skonfliktowana z bratem pozwanego - T. H., nadto, osoba ta wysyłała pod adresem pozwanego P. H. (1) pisemne pogróżki, które zostały przedłożone w formie wydruku ze skrzynki e- mailowej pozwanego;

- niewłaściwej oceny materiału dowodowego w postaci opinii biegłego z zakresu budownictwa sporządzonej w chwili, gdy powodowie sami już zakończyli wszystkie prace i biegły nie miał już możliwości dokonania jakichkolwiek ustaleń oraz nakazanie biegłemu wyceny prac naprawczych izolacji według technologii zaproponowanej w ofercie Stowarzyszenia, choć pozwany ją kwestionował, a powodowie wykonali sami prace sposobem gospodarczym za znacznie niższą kwotę i z tej oferty nie korzystali,

d) niewłaściwej oceny materiału dowodowego i naruszeniu przez Sąd Okręgowy art. 278 §1 k.p.c. poprzez oparcie wyroku na opinii biegłego sądowego, nie posiadającego odpowiednich kwalifikacji w zakresie hydroizolacji, jak też w zakresie kosztorysowania, pominięcie okoliczności, iż na kosztorysach widnieje nazwisko E. S. jako specjalisty z zakresu kosztorysowania, pominięcie, iż biegły nie ustosunkował się do technologii proponowanej przez Stowarzyszenie, a dokonując wyceny prac z oferty Stowarzyszenia popełnił liczne błędy znacznie zawyżając kosztorys (stosując choćby np. nieprawidłowy kąt nachylenia wykopów);

2. naruszeniu art. 471 k.c. przez jego niewłaściwe zastosowanie w niniejszej sprawie, ma on bowiem zastosowanie do stosunków prawnych nienazwanych, podczas gdy strony zawarły umowę o roboty budowlane, a nadto co przewidziały w umowie oraz aneksie zakres prac oraz konsekwencje niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania,

3. naruszenie art. 361§1 i 2 k.c. poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powodów odszkodowania przekraczającego zakres normalnych następstwa jego działania, niezasadne obciążenie kosztami wykonania izolacji średniej, w zawyżonej wysokości i przekraczającej koszty jakie powodowie rzekomo ponieśli przy ponownym wykonaniu izolacji.

W konsekwencji pozwany wniósł o zmianę wyroku Sądu I instancji w zaskarżonym zakresie poprzez oddalenie powództwa głównego powodów oraz uwzględnienie powództwa wzajemnego pozwanego (powoda wzajemnego) P. H. (1) oraz zasądzenie solidarnie od powodów (pозwanych wzajemnie) na rzecz pozwanego (powoda wzajemnego) kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego radcy prawnego według norm przepisanych, ewentualnie uchylenie wyroku Sądu I instancji w zaskarżonym zakresie i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania zarówno co do pozwu głównego jak i wzajemnego oraz rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.

Powodowie (pозwani wzajemni) wnosili o oddalenie apelacji pozwanego (powoda wzajemnego) i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego. Zaś pozwany wniósł o oddalenie apelacji powodów i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego jest częściowo uzasadniona. Zasadne są w szczególności zarzuty co do opinii biegłego B. i wniosków wynikających z jego opinii, w szczególności w kwestii, że w budynku trzeba było wykonać izolację inną niż przewidziana w projekcie. Mając na uwadze zarzuty apelacji pozwanego do tej opinii oraz stwierdzenia tego biegłego, iż nie jest on specjalistą z zakresu hydroizolacji, Sąd Apelacyjny dopuścił dowód z opinii innego biegłego z zakresu budownictwa ze specjalnością z zakresu hydroizolacji budynków na okoliczność prawidłowości wykonania przez pozwanego izolacji przeciwwilgociowej budynku powodów w świetle zawartej umowy, aneksu do niej oraz zasad sztuki budowlanej i kosztów usunięcia ewentualnych wad. Przy czym biegłemu zlecono wykonanie opinii na podstawie akt sprawy, chyba, że biegły uzna za celowe oględziny budynku.

W związku z dopuszczeniem w postępowaniu apelacyjnym dowodu z opinii innego biegłego, na której Sąd Apelacyjny oparł swoje rozstrzygnięcia, część zarzutów apelacji stała się bezprzedmiotowa, a zatem pominięto je w uzasadnieniu. Można jedynie wskazać odnosząc się do zarzutu pominięcia przez Sąd I instancji dowodu w postaci zdjęć na płycie CD złożonej przez pozwanego na k. 888, iż na zawartych na niej zdjęciach widać fragment odkrytego fundamentu i nasiąknięty grunt po opadach, ale nie widać jak to ujął pozwany: „wlewania się olbrzymich ilości wody pod fundament”. Nie było sporne w niniejszym postępowaniu, iż część fundamentów postawała odkryta celem wykonania przyłączy i biegły wziął to pod uwagę w swojej opinii. Natomiast złożony przez pozwanego dokument postaci opinii Ośrodka (...) stanowi jedynie dokument prywatny, zawiera jedynie ogólne informacje na temat wykonywania izolacji budynków, bez odniesienia do budynku będącego przedmiotem niniejszego procesu, w związku czym nie może być podstawą ustaleń w niniejszej sprawie, w której zasadniczym dowodem jest opinia biegłego, którą Sąd Apelacyjny przeprowadził. Biegły nie opierał się też na ofercie wykonania izolacji złożonej przez powodów a kwestionowanej przez pozwanego w apelacji, w związku czym zarzuty te są również obecnie bezprzedmiotowe.

Wbrew zarzutom apelacji uzasadnienie wyroku Sądu I Instancji spełnia też wymogi wskazane w art. 328§2 k.p.c. i umożliwia kontrolę instancyjną, aczkolwiek nie ze wszystkimi zawartymi w nim ustaleniami i poglądami prawnymi Sąd Apelacyjny się zgadza.

Wykonując opinię biegły R. K. oparł się na aktach sprawy, mając na uwadze fakt ponownego wykonania prac przez powodów, wskutek czego biegły nie mógł zweryfikować naocznie poprawności wykonania prac. Biegły dysponował materiałem dowodowym, jaki został dotychczas zgromadzony w aktach sprawy, tj. dokumentacją fotograficzną sporządzoną przed procesem przez powodów i rzeczoznawcę P. S., który na zlecenie powodów wykonał opinię przedprocesową, zeznaniami P. S. przesłuchanego w charakterze świadka na okoliczność stanu budynku w chwili oględzin, zdjęciami i opisami sporządzonymi przez biegłego B., któremu zlecono w trybie zabezpieczenia dowodu sporządzenie opinii i który wprawdzie został ostatecznie wyłączony przez Sąd od dalszego opiniowania, ale dokumentacja zdjęciowa pozostała w aktach i obrazuje stan wykonanych w tej dacie prac, ponadto biegły dysponował zdjęciami sporządzonymi przez strony w toku procesu, w tym również płytą CD złożoną przez pozwanego, pomiarami i opisami dokonanymi przez biegłego B., zeznaniami świadków i stron. Biegły uznał, iż powyższy materiał dowodowy jest wystarczający do wykonania opinii. W ocenie Sądu II instancji, trudno oczekiwać od powodów, aby

czekali z wykończeniem budynku do zakończenia procesu, stąd też konieczność dokonania ustaleń faktycznych w oparciu o dowody zabezpieczone przed wszczęciem procesu i na początku tego procesu. Biegły mógł się oprzeć na zebranych materiale dowodowym, którym są również fotografie wykonane przez inż. S. obrazujące dokonane przez niego spostrzeżenia w toku oględzin budynku. W ocenie Sądu II Instancji, brak jest podstaw, aby odmówić wiary zeznaniom P. S. przesłuchanego w charakterze świadka co do spostrzeżeń poczynionych przez niego przy oględzinach tej nieruchomości, przy czym nie chodzi tu o jego opinię, która ma walor opinii prywatnej, a wyłącznie o spostrzeżenia co do stanu faktycznego. Jest to osoba obca, nie zainteresowana wynikiem tego procesu, a jednocześnie osoba, która jest także biegłym sądowym. Zdjęcia stanowiące załącznik do tej opinii były wykonane już jesienią 2012 r., kiedy jeszcze nie było przecieków, a pokazują liczne nierówności i niedokładności wykonania izolacji czy jej poziom. Ponadto w aktach są również fotografie wykonane przez innych biegłych, które również wskazują na ówczesny stan wykonanych prac. Biegły K. wskazując na wady wykonanej izolacji odnosi się do poszczególnych zawartych w aktach fotografii (k. 1425-6). A skoro w opinii biegłego, da się w oparciu o ten materiał dowodowy dokonać oceny poprawności wykonanych robót budowlanych, to z powodu zakrycia tych prac nie można tylko na tej podstawie oddalić żądania powodów.

Biegły R. K. wskazał w swojej opinii, iż przy wykonaniu izolacji pionowej fundamentów budynku mieszkalnego doszło do powstania wad istotnych, które uniemożliwiały prawidłową eksploatację budynku i były sprzeczne z umową i projektem (k. 1420). Na podstawie opinii tego biegłego Sąd Apelacyjny ustalił, iż w projekcie budynku prawidłowo zastosowano system E. do zabezpieczenia ścian fundamentowych piwnic i garażu, a zaprojektowana izolacja typu lekkiego jest adekwatna do istniejących warunków gruntowo – wodnych, nie było podstaw do zastosowania izolacji typu ciężkiego lub średniego (k. 1422, 1424). Zaprojektowana izolacja przeciwwilgociowa w systemie E. była wystarczająca dla zabezpieczenia ścian fundamentowych przed wilgocią pod warunkiem wykonania izolacji zgodnie z kartą techniczną systemu E. i sztuką budowlaną. Natomiast analiza akt sprawy prowadzi do wniosku, że izolacja przeciwwilgociowa została wykonana niezgodnie z projektem, a także wbrew zasadom sztuki budowlanej i zasadom ustalonym, w karcie technicznej masy hydroizolacyjnej E.. Biegły wskazał m.in. na fakt, iż izolacja pionowa nie została wykonana do wysokości wskazanej w projekcie, ściana fundamentowa wybudowana z bloczków betonowych nie została wyrównana w miejscach połączeń bloczków, występowały zagłębienia, dziury, raki, pozostałości drewna, na które została niedbale naniesiona bitumiczna izolacja przeciwwilgociowa, niezgodnie z technologią i wytycznymi producenta, izolację pionową ścian fundamentowych w garażu wykonano do wysokości posadzki, przez co nie wyizolowano ściany nad powyższą posadzką, papa jako izolacja pozioma nie została skutecznie osadzona na lepiku i uległa odspojeniu od podłoża (k. 1425 i nast., k. 1544-1545), wykonana wyprawa tynkarska ścian łączyła się z gruntem w wielu miejscach, co powodowało, że będzie podciągać kapilarnie wilgoć z gruntu (k. 1426). Powyższe prace nie zabezpieczały w sposób prawidłowy ścian piwnic przed migracją wilgoci. Nieprawidłowości w zakresie izolacji ścian piwnic wskazywały również na konieczność wykonania także izolacji na ścianie budynku mieszkalnego na połączeniu z garażem, gdyż sposób wykonania izolacji przeciwwilgociowej był w tym miejscu tożsamy z izolacją wykonaną w miejscach odkrywek i w tym przypadku był niezbędny demontaż fragmentu posadzki garażu (k. 1427).

W oparciu o opinię biegłego K. Sąd Apelacyjny ustalił także, że nieszczelność systemu izolacji w trakcie trwania budowy i przeciekanie wody do piwnic wynikała nie tylko z faktu błędów wykonawczych przy wykonaniu izolacji pionowej przez pozwanego, ale także z faktu, iż prace nie zostały dokończone w związku z odstąpieniem od umowy przez powodów oraz pozostawieniem częściowo odkrytych fundamentów w celu przyłączy mediów (k. 1428). Powodowie nie dochodzili jednak kosztów naprawienia szkody wywołanej przeciekami wody, a jedynie kosztów naprawienia szkody w postaci wad izolacji przeciwwilgociowej pionowej wykonanej przez pozwanego.

Aby zapewnić całkowitą separację wodną, która uniemożliwi przenikanie wody przez bloczek betonowy oraz spoinę cementową, niezbędne było wykonanie jednolitej warstwy hydroizolacji. W tym celu należy zdjąć obecną izolację oraz wykonać nową, po odkopaniu fundamentów, demontażu folii, odspojeniu izolacji, oczyszczeniu ścian i wykonaniu szeregu dalszych czynności wskazanych przez biegłego (k.1429).

W opiniach uzupełniających i ustnej złożonej na rozprawie biegły ustosunkował się do podniesionych przez strony zarzutów, korygując m.in. wysokość wykopu (k. 1538, k. 1545). Biegły wskazał, iż inne będą koszty wykonania tych prac systemem gospodarczym, tj. przy takim sposobie jak to wykonali powodowie przy uwzględnieniu pracy własnej

(24 652,56 zł), a inne, jeśli naprawa zostałaby zlecona firmie zewnętrznej, z uwzględnieniem narzutów i zysku (k. 1540). Wówczas sama naprawa izolacji przeciwwilgociowej fundamentów budynku wyniosłaby 41 909,35 zł (przy uwzględnieniu cen z daty wniesienia pozwu). Kwota ta nie obejmuje jednak naprawy izolacji wewnątrz budynku oraz na ścianach zewnętrznych fundamentu garażu. Na wady izolacji pionowej ścian fundamentowych w garażu wskazywał już P. S. w opinii przedprocesowej (k. 196), a zatem była ona elementem żądania pozwu, zaś fakt, iż koszty z tym związane nie pojawiły się w poprzednich opiniach biegłych wynikał z wad tych opinii. Koszty związane z pracami naprawczymi izolacji przeciwwilgociowej w garażu wynoszą 31 978,09 zł (k. 1541 - 1544). Łącznie koszty naprawy izolacji przeciwwilgociowej według cen brutto (z podatkiem VAT) wynoszą 73 340, 42 zł.

Sąd Apelacyjny uznał opinię biegłego K. za spójną, rzeczową, logiczną i pełną. Biegły ustosunkował się do dodatkowych pytań stron w czasie przesłuchania na rozprawie i w opinii uzupełniającej. Pozwany na ostatniej rozprawie oświadczył, iż nadal ma szereg pytań do biegłego (k.1608 protokół elektroniczny rozprawy z 31 maja 2019 r. 00:02:42 i następne minuty) , przy czym z uwagi na fakt, iż na pytania te biegły już odpowiedział, zaś część z nich wymagała zajęcia stanowiska przez Sąd a nie przez biegłego, Sąd Apelacyjny oddalił wniosek o odroczenie rozprawy i ponowne przesłuchanie biegłego. Uznając, iż opinia biegłego jest pełna i wyczerpująca, Sąd Apelacyjny oddalił także wniosek strony pozwanej o powołanie innego biegłego na te same okoliczności.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów pozwanego należy wskazać, iż Sąd Apelacyjny podziela pogląd Sądu Okręgowego, iż powodowie mieli podstawy do odstąpienia od umowy. Jak wynika z opinii biegłego K. izolacja przeciwwilgociowa budynku została wykonana niezgodnie z projektem i wbrew zasadom sztuki budowlanej i zasadom ustalonym w karcie technicznej masy hydroizolacyjnej E. (k. 1425). Wbrew twierdzeniom pozwanego – wezwano go do usunięcia wad i ich nie usunął w zakreślonym terminie. Nadto – sam zgłosił prace do odbioru, a zatem nie jest tak, że nie zakończył robót, bo powodowie mu na to nie pozwolili. Jak wynika z pisma powodów z 26 września 2012 r. pozwany był wzywany do usunięcia wad, w tym poprawienia wykonanej izolacji pionowej (k. 136-137). Pozwany jednak odmówił w istocie naprawienia tych wad, zaprzeczając ich istnieniu (pismo P. H. z 29 października 2012 r. – „roboty zostały zakończone w dniu 24 września 2012 r.” k. 140 , wezwanie do odbioru, k. 271 - wpis w dzienniku). Wobec nieusunięcia wad w zakreślonym terminie, powodowie pismem z dnia 14 listopada 2012r. złożyli oświadczenie o odstąpieniu do umowy (k. 143).

Odstąpienie od umowy na podstawie art. 636 k.c. może nastąpić od momentu odbioru dzieła, a tak było w niniejszej sprawie. Art. 494 k.c. przewiduje również, iż strona która odstępuje od umowy może żądać naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. W doktrynie podkreśla, się, iż chodzi o naprawienie całej szkody wywołanej niewykonaniem zobowiązania. (zob. orz. SN z 13 maja 1987r, 7s SN III CZP 82/86). Jest to odpowiedzialność oparta na treści art. 494 w zw. z art. 471 k.c., strona ma bowiem uprawnienie do żądania naprawienia szkody na zasadach ogólnych szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania (szkodę należy pomniejszyć o wartość niespełnionego świadczenia wzajemnego). Odszkodowanie obejmuje stratę wierzyciela, która powstała wskutek niezyskania świadczenia, różnicę między wartością świadczeń wzajemnych, koszty które poniósł wierzyciel po odstąpieniu od umowy (tak: G. Stojek Komentarz do art. 494 k.c. LEX).

Powodowie w toku niniejszego procesu ostatecznie sprecyzowali roszczenie jako oparte na treści art. 471 k.c. Nastąpiło to w czasie umożliwiającym obronę pozwanego i wbrew twierdzeniom apelacji, nie można uznać, aby pozwany wskutek tego został pozbawiony możliwości obrony. Z żadnego przepisu nie wynika też, aby tego rodzaju modyfikacja powództwa była niedopuszczalna. Powód może bowiem dokonać wyboru reżimu odpowiedzialności kontraktowej niezależnie od tego, że początkowo korzystał z rękojmi, ale zrezygnował z roszczeń opartych na tej podstawie.

Sąd Apelacyjny podziela pogląd Sądu I Instancji, iż podstawą oceny żądania powodów może być art. 471 k.c. Jak się wskazuje w literaturze, na podstawie art. 471 k.c. jeżeli świadczenie jest jeszcze możliwe do wykonania, wierzycielowi przysługują dwa uprawnienia. Może żądać spełnienia świadczenia (w myśl zasady realnego wykonania zobowiązania, zasadniczo wywodzonej z art. 477 i 491 k.c., powinien uzyskać świadczenie, do którego dłużnik był zobowiązany), a obok niego domagać się odszkodowania, które nie obejmuje wówczas pierwotnie umówionego świadczenia. Gdy w drodze przymusu i wykonania zastępczego spełnienie świadczenia jest niemożliwe, wierzycielowi

przysługuje tylko żądanie naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania, które zastępuje świadczenie, jakie było przedmiotem zobowiązania dłużnika³⁸³⁶. Uprawnienie odszkodowawcze, zastępujące świadczenie, do którego zobowiązany był dłużnik, przysługuje wierzycielowi również w razie zwłoki dłużnika, gdy w jej następstwie świadczenie utraciło dla wierzyciela znaczenie (całkowicie bądź w przeważającej części – art. 477 § 2 k.c.), a w zobowiązaniach z umów wzajemnych, gdy bezskutecznie upłyne dodatkowy termin do wykonania zobowiązania i wierzyciel odstąpi od umowy (art. 494 w zw. 491 k.c.) albo uczyni to bez wyznaczenia dodatkowego terminu (art. 494 w zw. z art. 492 k.c.) (tak Grzegorz Stojek Komentarz do art. 471 k.c. LEX).

W oparciu o opinie biegłego Sąd ustalił w niniejszej sprawie, iż doszło do nienależytego wykonania zobowiązania, wskutek czego wierzyciel poniósł szkodę. Jak się wskazuje w utrwalonym orzecznictwie i literaturze: szkoda wynikająca z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania stanowi różnicę między stanem majątku wierzyciela wskutek naruszenia zobowiązania a hipotetycznym stanem, jaki by istniał, gdyby dłużnik zachował się zgodnie z treścią zobowiązania. Jej wysokość nie zawsze odpowiada wartości przedmiotu świadczenia, którą może znacznie przekraczać. Szkoda w postaci różnicy między wartością rzeczy bez wad a wartością wadliwego przedmiotu świadczenia może objąć wydatki potrzebne do naprawienia rzeczy, nawet jeszcze nieponiesione (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2001 r. III CZP 68/01 OSNC 2002/6/74). W orzecznictwie przyjmuje się, iż szkodą w rozumieniu art. 361§2 k.c. jest nie tylko poniesiony już przez poszkodowanego koszt usunięcia wad, ale również zrealizowanie obiektu budowlanego z wadami. Poszkodowany nie musi samodzielnie z własnych środków pokrywać straty, ma jedynie obowiązek zapobiegania zwiększaniu rozmiarów szkody. W konsekwencji może konstruować roszczenie odszkodowawcze, jako odpowiadające kwocie wydatków koniecznych do usunięcia stwierdzonych wad, o ile tylko zmierzają do ograniczenia lub wyłączenia szkody, są celowe oraz wystarczająco uzasadnione i mieszczą się w granicach wyznaczonych przez konstrukcję normalnego związku przyczynowego. Zasada pełnej kompensacji szkody przemawia za tym, że wysokość odszkodowania powinna obejmować wszelkie koszty usunięcia stwierdzonych wad, zarówno materiały, jak i robociznę (tak SN w uzasadnieniu wyroku z 6 lutego 2018r. IV CSK 83/17 LEX Nr 2490643).

W niniejszej sprawie wprawdzie powodowie sami usunęli wady izolacji przeciwwilgociowej, ale nie mają gwarancji, że zostało to wykonane prawidłowo i że nie będą musieli jej ponownie poprawiać; na wykonane prace nie mają żadnej gwarancji ani rękojmi jakiej udzielają firmy wykonujące takie prace zawodowo. Wykonali naprawę systemem gospodarczym przy znacznym nakładzie pracy własnej. Powyższe jednak nie oznacza, iż nie mogą domagać się zwrotu kosztów naprawy według stawek, jakie by zapłacili profesjonalnej firmie. Według utrwalonego orzecznictwa niezależnie od faktu czy szkoda została naprawiona sposobem gospodarczym czy nie, to poszkodowany może żądać odszkodowania według cen rynkowych i w kwotach brutto, o ile nie może sam odliczyć podatku VAT (tak m.in. SN w uzasadnieniu postanowienia z 7 grudnia 2018r. III CZP 51/18 LEX nr 2591504). Utrwalony jest także pogląd, który został wprawdzie wydany na gruncie spraw ubezpieczeniowych, ale który ma walor ogólny, że powstanie roszczenia z tytułu kosztów przywrócenia uszkodzonej rzeczy (również wadliwie wykonanej) do stanu pierwotnego, a tym samym zakres odszkodowania, nie zależy od tego, czy poszkodowany dokonał restytucji i czy w ogóle ma taki zamiar. Odpowiada ono niezbędnym i ekonomicznie uzasadnionym kosztom naprawy, a naprawa dokonana przed uzyskaniem świadczenia od drugiej strony, jej koszt i faktyczny zakres nie ma zasadniczego wpływu na sposób ustalania wysokości odszkodowania (por. uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2012 r., III CZP 80/01, OSNC 2012, Nr 10, poz. 112). Sad Apelacyjny w obecnym składzie podziela ten pogląd.

W niniejszej sprawie koszty usunięcia stwierdzonych wad Sąd II Instancji ustalił w oparciu o opinie biegłego K.. Koszty te wynoszą łącznie wraz podatkiem VAT 73 340,42 zł i obejmują wszystkie prace niezbędne do usunięcia starej wadliwej izolacji i wykonania nowej pełnej izolacji przeciwwilgociowej. W ocenie Sądu Apelacyjnego, wszystkie prace mieszczące się w ww. kosztach pozostają w związku przyczynowym ze szkodą i są celowe. Naprawa dokonana przez powodów w istocie zabezpieczała przed dalszym powiększaniem się szkód, jednak nie wiadomo czy nie będzie musiała być wykonana ponownie. Powodowie nie mają bowiem profesjonalnie wykonanej izolacji przeciwwilgociowej. Obecnie nie ma już możliwości składowania wykopanej ziemi na działce na czas prac bez zniszczenia znajdujących się tam roślin, nawierzchni itp., wobec czego również koszty wywozu tej ziemi są uzasadnione.

Odnosząc się do zarzutów związanych z faktem, iż naprawa wad izolacji na ścianie budynku na połączeniu z garażem, należy wskazać, iż garaż mieści się w obrębie tego samego budynku, na konieczność naprawy izolacji również na tej ścianie wskazywał już inż. S. w opinii przedprocesowej, wskazywał też na konieczność częściowego demontażu posadzki garażu w celu usunięcia wad. Było to przedmiotem żądania pozwu, choć biegły B. wskazywał w pierwszej opinii, iż usunięcie wad na tym odcinku nie jest jego zdaniem możliwe. Drugi biegły w ogóle nie wypowiadał się w tej kwestii. Skoro żądanie pozwu obejmowało naprawienie wady polegającej na nienależycie wykonanej izolacji wokół całego budynku, powodowie w toku procesu ograniczyli powództwo jedynie kwotowo – dostosowując żądanie do wysokości szkody wskazanej przez biegłego, a Sąd oddalił powództwo jedynie w zakresie dotyczącym okien, to nie można uznać, aby ich żądanie w zakresie dotyczącym części garażu było cofnięte czy też oddalone.

Jak się wskazuje w orzecznictwie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2002 r. II CKN 831/00 LEX nr 74404): „Zakaz reformationis in peius sformułowany został w art. 384 k.p.c. Zakaz ogranicza się do tego, że sąd nie może uchylić lub zmienić wyroku na niekorzyść strony wnoszącej apelację, jeżeli strona przeciwna apelacji nie wniosła. Nie ma podstaw do rozszerzania zakazu reformationis in peius na sferę motywacyjną korzystnego dla skarżącego orzeczenia.” (podobnie SA w Warszawie w sprawie I ACa 1404/16 oraz SA w Białymstoku w wyroku z 23 października 2014 r. III APa 13/14.). w orzecznictwie wskazuje się, iż Sąd II instancji, nie naruszając zakazu reformationis in peius, wynikającego z art. 384 k.p.c., może ustalić mniej korzystną podstawę prawną, a w niektórych sytuacjach także mniej korzystny stan faktyczny dla jedynej strony wnoszącej apelację (por. SN w uzasadnieniu wyroku z 13 października 1998 r., II UKN 168/98, OSNAPIUS 1999, Nr 21, poz. 695; podobnie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2002 r., II CKN 831/00, LEX nr 74404 oraz „Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz” pod red. T. Erecińskiego, Warszawa 2006, Tom 2 str. 112, a także wyrok Sądu Najwyższego z 10 stycznia 2000 r. I PKN 484/99, OSNAPIUS 2001, Nr 11, poz. 374). Nie ma podstaw do rozszerzania zakazu reformationis in peius na sferę motywacyjną korzystnego dla skarżącego orzeczenia.

W konsekwencji dzieląc powyższe poglądy, Sąd Apelacyjny uznał, iż skoro naprawa izolacji przeciwwilgociowej również w zakresie, w jakim nie została ujęta w wyroku Sądu I Instancji, ale mieści się w kwocie zasądzonej przez ten Sąd z tytułu odszkodowania, która to kwota w wyniku postępowania dowodowego przeprowadzonego w postępowaniu apelacyjnym została i tak zmniejszona, może być ujęta w ramach zasądzonego odszkodowania bez naruszenia zakazu reformationis in peius.

W konsekwencji Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok obniżając kwotę odszkodowania zasądzoną przez Sąd I Instancji z tytułu wad izolacji, stosownie do wyników opinii biegłego, uznając przede wszystkim za uzasadniony zarzut, iż umowa i projekt przewidywały wykonanie izolacji typu lekkiego i taka powinna być wykonana przez pozwanego, nie została jednak wykonana prawidłowo, wobec czego powodom należy się odszkodowanie obejmujące koszty ponownego wykonania tej izolacji. W konsekwencji należało zmienić zaskarżony wyrok częściowo poprzez oddalenie żądania powodów w zakresie kwoty 40 100,59 zł z tytułu kosztów naprawy wad izolacji przeciwwilgociowej (113 441,01 zł -73 340,42 zł).

Co do pozostałych kwot ujętych w zaskarżonym wyroku, to należy wskazać, iż apelacja nie zawierała żadnych zarzutów związanych z ich wysokością, a jedynie kwestionowała zasadę dochodzenia odszkodowania, co do której Sąd Apelacyjny wyżej się ustosunkował. Apelacja nie zawiera również osobnych zarzutów dotyczących powództwa wzajemnego, a Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia faktyczne, jak i ocenę prawną Sądu Okręgowego w tym zakresie.

Natomiast apelację powodów Sąd Apelacyjny uznał za uzasadnioną w całości. Rzeczywiście treść korespondencji mailowej między stronami wskazuje, iż stromy uzgodniły okna o innym współczynniku przenikania ciepła niż wynikał z projektu (por. k. 390, k. 422 - 439). Wskazuje na to wymiana maili między stronami, w której powodowie pytają o okna o innym współczynniku i dostają taką ofertę. Akceptują ją. Następnie pytają o inne okna i dostają na to odpowiedź, bez informacji dotyczącej zmiany współczynnika przenikania ciepła w oknach już uzgodnionych. Ich reakcja na montaż okien o współczynniku 1,0 wskazuje, iż nie takie okna były przedmiotem umowy (k. 489, 586, 587). Wprawdzie nie wykluczone, że doszło do pomyłki w wycenie łącznie wszystkich okien, ale pozwany nie uchylił się od skutków prawnych tej czynności. W konsekwencji powodom przysługuje roszczenie o naprawienie szkody wywołanej

nienależytym wykonaniem zobowiązania. Wysokość szkody z tego tytułu została ustalona przez Sąd I Instancji na podstawie opinii biegłego na kwotę 9037,28 zł i nie była kwestionowana w postępowaniu apelacyjnym.

W konsekwencji Sąd Apelacyjny zmienił wyrok Sądu I Instancji również w tym zakresie zasądzając dochodzoną przez powodów z tego tytułu kwotę.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 385 i 386§1 k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. i art. 113 ust. 1 u.k.s.c. uznając, że powodowie wygrali łącznie w 64%.

Maciej Kowalski Ksenia Sobolewska – Filcek Jolanta Pyżlak