

Sygn. akt: XII C 48/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 kwietnia 2014 roku

Sąd Okręgowy w Gliwicach XII Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSR del. Piotr Suchecki
Protokolant:	protokolant sądowy Magdalena Kostur

po rozpoznaniu w dniu 9 kwietnia 2014 roku w Gliwicach

na rozprawie spraw

z powództwa J. B. (1)

przeciwko E. K. i J. K. (1)

o zapłatę

oraz

z powództwa wzajemnego E. K. i J. K. (1)

przeciwko J. B. (1)

o zapłatę

oraz

z powództwa E. K. i J. K. (1)

przeciwko M. M. (1)

przy interwencji ubocznej Towarzystwa (...) Spółki Akcyjnej w W.

o zapłatę

I. w sprawie z powództwa J. B. (1) przeciwko E. K. i J. K. (1):

- zasądza od pozwanych E. K. i J. K. (1) solidarnie na rzecz powoda J. B. (1) kwotę 32 569,23 (trzydziestu dwóch tysięcy pięciuset sześćdziesięciu dziewięciu 23/100) złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 1 września 2006 r.;
- w pozostałym zakresie powództwo oddala;
- zasądza od pozwanych E. K. i J. K. (1) solidarnie na rzecz powoda J. B. (1) kwotę 5 002 (pięciu tysięcy dwóch) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;

II. w sprawie z powództwa wzajemnego E. K. i J. K. (1) przeciwko J. B. (1):

1. zasądza od pozwanego wzajemnego J. B. (1) solidarnie na rzecz powodów wzajemnych E. K. i J. K. (1) kwotę 22 399,37 (dwudziestu dwóch tysięcy trzystu dziewięćdziesięciu dziewięciu 37/100) złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 28 lutego 2007 r.;

2. w pozostałym zakresie powództwo wzajemne oddala;

3. zasądza od powodów wzajemnych E. K. i J. K. (1) solidarnie na rzecz pozwanego wzajemnego J. B. (1) kwotę 13 628 (trzynastu tysięcy sześciuset dwudziestu ośmiu) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;

III. w sprawie z powództwa E. K. i J. K. (1) przeciwko M. M. (1) przy interwencji ubocznej Towarzystwa (...) Spółki Akcyjnej w W.:

1. zasądza od pozwanego M. M. (1) solidarnie na rzecz powodów E. K. i J. K. (1) kwotę 22 399,37 (dwudziestu dwóch tysięcy trzystu dziewięćdziesięciu dziewięciu 37/100) złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 6 lipca 2007 r.;

2. w pozostałym zakresie powództwo oddala;

3. zasądza od powodów E. K. i J. K. (1) solidarnie na rzecz pozwanego M. M. (1) kwotę 10 997 (dziesięciu tysięcy dziewięćset dziewięćdziesięciu siedmiu) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;

4. zasądza od pozwanych E. K. i J. K. (1) solidarnie na rzecz interwenienta ubocznego Towarzystwa (...) Spółki Akcyjnej w W. kwotę 13 651 (trzynastu tysięcy sześciuset pięćdziesięciu jeden) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;

IV. zastrzega, że za zapłatę należności określonych w pkt II. ust. 1 i w pkt. III. ust. 1 pozwany wzajemny J. B. (1) i pozwany M. M. (1) odpowiadają w ten sposób, że dokonanie zapłaty przez jednego z nich zwalnia w tym zakresie drugiego z nich;

V. nakazuje pobrać od powoda – pozwanego wzajemnego J. B. (1) na rzecz Skarbu Państwa /Sądu Okręgowego w Gliwicach/ kwotę 1 285,01 (jednego tysiąca dwustu osiemdziesięciu pięciu 01/100) złotych;

VI. nakazuje pobrać od powoda – pozwanego wzajemnego J. B. (1) i od pozwanego M. M. (1) na rzecz Skarbu Państwa /Sądu Okręgowego w Gliwicach/ kwotę 1 216,77 (jednego tysiąca dwustu szesnastu 77/100) złotych, z tym zastrzeżeniem, że dokonanie zapłaty przez jednego z nich zwalnia w tym zakresie drugiego z nich;

VII. odstępuje od obciążania J. K. (1) i E. K. kosztami sądowymi.

Sygn. akt XII C 48/13

UZASADNIENIE

W dniu 20 grudnia 2006 r. J. B. (1) wystąpił przeciwko E. K. i J. K. (1) z powództwem o zapłatę kwoty 57 692,96 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 1 września 2006 r. oraz kosztami procesu, w tym kosztami zastępstwa procesowego, według norm przepisanych. Uzasadniając żądanie wyjaśnił, że w dniu 9 marca 2006 r. zawarł z pozwanymi umowę o roboty budowlane, w trakcie realizacji której pozwani ją wypowiedzieli w dniu 21 sierpnia 2006 r., a dochodzona pozwem kwota obejmuje wartość wykonanych przez niego prac i dostarczonych pozwanym materiałów – w zakresie wynikającym zarówno pierwotnej umowy, jak i zleconych w międzyczasie robót dodatkowych, której pozwani dotychczas nie uregulowali.

W odpowiedzi na pozew E. K. i J. K. (1) domagali się oddalenia powództwa w całości i zasądzenia od powoda na ich rzecz kosztów procesu według norm przepisanych. Podnieśli, iż w ramach rozliczenia wykonanych prac zapłacili powodowi łącznie 113 362,62 zł. za rzeczywiście wykonane przez niego prace, choć część z nich okazała się wadliwa.

Ocenili, iż w związku z tym rozliczeniem dochodzona przez powoda kwota nie należy mu się zwłaszcza, że nie wykonał umowy w terminie, w tym nie wykonał dachu, a wiele prac wykonał wadliwie. Zanegowali roszczenie o zapłatę dodatkowego wynagrodzenia, albowiem nie zlecali powodowi wykonania jakichkolwiek dodatkowych prac, co zresztą wymagałoby ich pisemnej zgody w świetle łączącej strony umowy. Wyjaśnili, że wskazywali jedynie na konieczność wykonania prac w ramach doprowadzenia budowy do stanu należytego. Jednocześnie złożyli przeciwko J. B. (1) pozew wzajemny, domagając się zasądzenia kwoty 200 000 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia jego wniesienia /tj. 22 stycznia 2007 r./. Uzasadniając żądanie wyjaśnili, że kwoty 130 000 zł. domagają się tytułem odszkodowania za poniesione koszty w związku z usuwaniem wad i usterek w ramach prac wykonanych przez J. B. (1), a kwoty 70 000 zł. domagają się tytułem kary umownej i odszkodowania z tytułu pozostałych kosztów związanych z poszukiwaniem podmiotów trzecich do wykonania robót, zakupami paliwa, wydatkami na telefon i odsetki od kredytu zaciągniętego w celu dokończenia budowy i prac naprawczych.

W odpowiedzi na pozew wzajemny J. B. (1) domagał się jego oddalenia w całości i zasądzenia kosztów procesu podnosząc, iż wszystkie prace wykonał prawidłowo, a nadto wykonał prace wykraczające poza umowę, skutkiem czego inwestorzy stali się bezpodstawnie wzbogaceni i zasady współżycia społecznego oraz względy słuszności uprawniają go do dochodzenia z tego tytułu wynagrodzenia.

Postanowieniem z dnia 4 lipca 2007 r. sąd wezwał do udziału w sprawie w charakterze pozwanego M. M. (1) – na wniosek E. K. i J. K. (1). Uzasadniając powództwo przeciwko niemu powodowie wyjaśnili, iż jako kierownik budowy nienależycie nadzorował wykonywanie robót przez J. B. (1), co uzasadnia jego wspólną /in solidum/ odpowiedzialność z wykonawcą.

Pismem z dnia 2 marca 2011 r. E. K. i J. K. (1) dokonali rozszerzenia powództwa wzajemnego przeciwko J. B. (1) i powództwa przeciwko M. M. (1) i jednoczesnego sprecyzowania charakteru dochodzonych roszczeń w ten sposób, iż domagali się zasądzenia od nich na swoją rzecz kwoty 89 587,92 zł. tytułem odszkodowania za koszty robót naprawczych w ramach wad powstałych w związku z nienależytym wykonaniem umowy o roboty budowlane oraz kwoty 258 000 zł. tytułem odszkodowania za niezgodne z projektem posadowienie budynku, która w świetle opinii biegłego obejmowała koszt jego podniesienia do właściwego poziomu posadowienia.

J. B. (1) i M. M. (1) domagali się oddalenia powództw i zasądzenia kosztów procesu podnosząc tożsamo, iż E. K. i J. K. (1) nie wykazali rzekomego obniżenia poziomu posadowienia budynku i żadnych związanych z tym kosztów nie ponieśli. W pozostałym zakresie wskazali, że to inwestorzy zerwali umowę w sposób niezgodny z jej zapisami, uniemożliwiając wykonawcy jej terminowe wykonanie, a przy tym nie wezwali go do usunięcia ewentualnych wad. Oświadczyli, że roszczenie inwestorów obejmuje koszty poniesione bez związku z przedmiotem umowy, względnie po dacie opuszczenia przez nich budowy i to w zakresie kosztów zastępczej naprawy usterek powstałych wskutek wadliwego rozwiązania umowy. M. M. (1) podnosił nadto, że nie był stroną umowy z powodami, został w dokumentach dopisany bez swojej woli i jego przyzpoznanie nie ma żadnego uzasadnienia, skoro to inwestorzy odpowiadali w sposób wyłączny za przygotowanie i prowadzenie procesu budowy z odstępstwami od przepisów.

Towarzystwo (...) Spółka Akcyjna w W., która wstąpiła do sprawy z interwencją uboczną po stronie pozwanego M. M. (1), domagała się oddalenia powództwa przeciwko niemu w całości i zasądzenia na swoją rzecz od E. K. i J. K. (1) kosztów procesu według norm przepisanych. Uzasadniając swoje stanowisko podała, że jest ubezpieczycielem w zakresie odpowiedzialności cywilnej M. M. (1) w związku z prowadzoną przez niego działalnością, jako kierownika budowy w realizowanym przez powodów procesie inwestycyjnym. W całości przychyliła się do stanowiska prezentowanego przez M. M. (1) i stwierdziła, iż powodowie nie chcieli uczestniczyć w procesie likwidacji szkody i nie wykazali jakichkolwiek podstaw odpowiedzialności ubezpieczonego.

Wyrokiem z dnia 9 maja 2012 r. Sąd Okręgowy w Gliwicach:

I. z powództwa J. B. (1):

1. oddalił powództwo główne;

2. zasądził od J. B. (1) na rzecz J. K. (1) i E. K. solidarnie kwotę 3 617,00 (trzy tysiące sześćset siedemnaście) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;

II. z powództwa wzajemnego:

1. zasądził od J. B. (1) na rzecz J. K. (1) i E. K. solidarnie kwotę 31 619,10 (trzydzieści jeden tysięcy sześćset dziewiętnaście i 10/100) złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 22 stycznia 2007 roku;

2. oddalił powództwo w pozostałym zakresie;

3. zasądził od J. K. (1) i E. K. solidarnie na rzecz J. B. (1) kwotę 4 935,60 (cztery tysiące dziewięćset trzydzieści pięć i 60/100) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;

4. oddalił powództwo w stosunku do M. M. (1);

5. zasądził od J. K. (1) i E. K. solidarnie na rzecz M. M. (1) kwotę 7 217,00 (siedem tysięcy dwieście siedemnaście) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;

6. nakazał pobrać od J. B. (1) na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Gliwicach kwotę 751,91 (siedemset pięćdziesiąt jeden i 91/100) złotych tytułem brakujących kosztów sądowych;

7. nakazał pobrać od J. K. (1) i E. K. solidarnie na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Gliwicach kwotę 6 767,22 (sześć tysięcy siedemset sześćdziesiąt siedem i 22/100) złotych tytułem brakujących kosztów sądowych.

W uzasadnieniu wyroku Sąd Okręgowy w Gliwicach wskazał, że podstawę ustalenia należnego pozwany (powodom wzajemnych) odszkodowania stanowiła ustalona w oparciu o opinię biegłego różnica wartości rynkowej pomiędzy budynkiem, gdyby został posadowiony zgodnie z projektem, a budynkiem faktycznie wybudowanym, która wynosi 63 105,05 zł, do której doliczyć należało koszty naprawy wad popełnionych przez wykonawcę w kwocie 12 953,98 zł. Łącznie zatem przyznane pozwany (powodom wzajemnym) odszkodowanie wynosiło 76 059,03 zł. Powodowi z kolei należała się z tytułu faktycznie wykonanych i nie zapłaconych przez pozwanych robót, objętych tylko pisemną umową, kwota 44 439,93 zł brutto. W związku z powyższym kwotę odszkodowania należną pozwany (powodom wzajemnym) 76 059,03 zł. sąd pomniejszył o kwotę należną powodowi (pozwanemu wzajemnie) tj. o 44 439,93 zł. brutto, co skutkowało zasądzeniem od powoda (pozwanego wzajemnie) na rzecz pozwanych (powodów wzajemnych) kwoty 31 619,10 zł. i oddaleniem dalej idących roszczeń. Sąd nie znalazł podstaw do przypisania pozwanemu M. M. (1) odpowiedzialności za szkodę na podstawie art. 415 k.c. i w stosunku do niego oddalił powództwo w całości. Sąd wyjaśnił, że nie można zarzucić temu pozwanemu winy w zakresie posadowienia budynku, skoro działał na podstawie przedłożonego mu projektu i w granicach wyznaczonych przez geodetę uprawnionego do wytyczenia miejsca posadowienia budynku, a wszelkie zmiany konsultował z inwestorem i posadził budynek zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą. Nie można również przypisywać temu pozwanemu całkowitej odpowiedzialności za zawinione działanie, skoro to powodowie uniemożliwili dokończenie budowy i nie wpuszczono go na jej teren.

W apelacji od wyroku E. K. i J. K. (1) domagali się jego zmiany poprzez uwzględnienie w całości ich roszczeń wobec J. B. (1) i M. M. (1) i podtrzymali argumentację przedstawioną w toku procesu.

W apelacji od wyroku J. B. (1) domagał się jego zmiany poprzez zasądzenie od pozwanych E. K. i J. K. (1) kwoty 44 439, 93 zł., w tym kwoty 35 957,64 zł. tytułem wynagrodzenia za faktycznie wykonane elementy dachu oraz kwoty 8 481,75 zł. tytułem wynagrodzenia za resztę wykonanych przez niego i nie zapłaconych przez pozwanych prac.

Wyrokiem z dnia 11 stycznia 2013 r. Sąd Apelacyjny w Katowicach, po sprostowaniu niedokładności w oznaczeniu spraw:

1. uchylił zaskarżony wyrok w pkt I.1 w części orzekającej o powództwie o zapłatę kwoty 44 439,93 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 1 września 2006 r. oraz w pkt I.2 i w tym zakresie przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w Gliwicach do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego;
2. uchylił zaskarżony wyrok w pkt II.1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 i w tym zakresie przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w Gliwicach do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.

W ramach udzielonych sądowi pierwszej instancji wytycznych Sąd Apelacyjny w Katowicach nakazał w pierwszej kolejności uporządkowanie spraw tak, aby każda z trzech spraw /tj. z powództwa J. B. (1) przeciwko E. K. i J. K. (1) o zapłatę, z powództwa wzajemnego E. K. i J. K. (1) przeciwko J. B. (1) o zapłatę oraz z powództwa E. K. i J. K. (1) przeciwko M. M. (1) o zapłatę/ została rozpoznana odrębnie i aby znalazło to odzwierciedlenie w sformułowaniu sentencji.

W zakresie sprawy z powództwa głównego J. B. (1) przeciwko E. K. i J. K. (1) Sąd II instancji wskazał, iż bezspornym i istotnym dla rozstrzygnięcia jest zawarcie umowy o roboty budowlane z wynagrodzeniem określonym na kwotę 190 000 zł. netto /203 300 zł. brutto/ oraz, że wynagrodzenie określono ryczałtowo, a strony określiły jaką część przedmiotu umowy stanowią określone elementy obiektu i prace służące do ich wykonania, co odniosły również do wynagrodzenia. Bezsporne jest również częściowe wykonanie umowy, jak i zakres dokonanej przez inwestorów zapłaty – 113 362,62 zł. Analizując roszczenie J. B. (1) Sąd II instancji wskazał, że kwotę umówionego wynagrodzenia - 190 000 zł. powód pomniejszył o 35 104,73 zł. – k. 46 (na co składa się to, że nie wykonał umówionych prac w postaci: izolacji z wełny /8 310 zł./ i okładziny z płyt /11 441,73 zł./ oraz odjął wartość dachówek w kosztorysie wg faktury pro forma /15 349 zł./) i pomniejszył o 113 362,62 zł. /czyli to co już inwestorzy dotychczas zapłacili/. Wynikiem tego jest dochodzona przez niego kwota 44 439,93 zł. Istotnym jest, że wynagrodzenie określono w umowie ryczałtowo /a nie poprzez odwołanie się do kosztorysu powykonawczego/, a strony określiły jaką część przedmiotu umowy stanowią określone elementy obiektu i prace służące do ich wykonania, co odniosły również do wynagrodzenia. Analizując zgromadzoną w sprawie dokumentację Sąd II Instancji zwrócił uwagę, że wykonawca na pewno nie wykonał całości dachu, stanowiącego 37,8 % przedmiotu umowy, a strony postanowiły, że wynagrodzenie za wykonanie dachu wyniesie 68 710 zł + Vat = 73 519,70 zł. /k.14 akt/. Wykonawca w swoim rozliczeniu odjął 35 104,73 zł., czyli z Vat = 37 562,06 zł. – k. 46. Oznacza to, że żądana przez niego część wynagrodzenia za wykonane elementy dachu wynosi 35 957,64 zł. brutto, ale ustalił to według kosztorysu, a nie według tego w jakim stopniu wykonał dach i jaka część wynagrodzenia ustalonego w ten sposób mu się należy. Sąd II instancji zwrócił uwagę, że nie wiadomo za jakie prace wykonawca żąda dalszej kwoty 8 481,75 zł., składającej się na całość żądanej przez niego sumy 44 439,93 zł., albowiem nie ma danych pozwalających ustalić o jaki wykonany element obiektu w tym zakresie chodzi. Udzielając wytycznych Sąd II instancji polecił ustalenie rozmiaru wynagrodzenia jakiego proporcjonalnie wykonawca mógł żądać za częściowo wykonane roboty dachowe. Wskazał przy tym na oczywisty fakt, że inwestorzy złożyli oświadczenie o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane /nie ma znaczenia, że nazwano to „wypowiedzeniem”, bo taka forma odnosi się tylko do zobowiązań o charakterze ciągłym – decyduje prawne znaczenie/. Odstąpienie od umowy to jednostronne oświadczenie kształtujące prawo. Powołanie się na wady obiektu wskazuje na podstawę odstąpienia z art. 637 k.c. w zw. z art. 656 k.c., a powołanie się na uchybienie terminowi wskazuje na podstawę z art. 635 k.c. w zw. z 656 k.c. Sąd II instancji polecił ustalenie skutku odstąpienia – czy umowa ma być uważana za niezawartą, czy skutek miał wystąpić dopiero do dnia złożenia oświadczenia, co oznaczałoby, że wykonane roboty byłyby robotami objętymi umową i na jej podstawie podlegałyby rozliczeniu. W razie wstecznego skutku strony obowiązane byłyby do zwrotu tego co wzajemnie na podstawie umowy świadczyły /art.494 kc/, przy czym Sąd zwrócił uwagę, że w dotychczasowym materiale sprawy nie ma podstaw do poczynienia ustalenia, by strony miały tego rodzaju zamiar. W razie skutku od dnia odstąpienia od umowy rozliczenie zachowanej części robót /wykonanych, nieobjętych skutkiem odstąpienia/ musi nastąpić według zasad przewidzianych w umowie, tzn. wykonawcy należy się umówione wynagrodzenie tylko za wykonane roboty, a rozliczenie musi nastąpić w sposób odpowiadający umowie, skoro w tej części pozostała ona w mocy.

W zakresie sprawy z powództwa wzajemnego E. K. i J. K. (1) przeciwko J. B. (1) Sąd Apelacyjny wskazał, że powodowie wzajemni dochodzą kwoty 89 587,92 zł. tytułem odszkodowania obejmującego sumę wydatków poniesionych przez nich na prace naprawcze (zapłaconych K. P. – 35 672,32 zł., zapłaconych T. C. (1) – 30 979,50 zł., zapłaconych M. P. (1) – 10 000 zł., zakupionych materiałów – 12 464,10 zł. i wydatków na ekspertyzę S. K. (1) – 472 zł.) oraz kwoty 258 000 zł. tytułem naprawienia szkody wywołanej niezgodnym z projektem posadowieniem budynku i nie chodzi im o naprawienie szkody polegającej na obniżeniu wartości handlowej, którą biegły R. S. (1) określił na kwotę 63 105,05 zł., ale odszkodowanie odpowiadające kosztom podniesienia obiektu metodą wskazaną przez biegłego A. G. (1), którą ten oszacował na kwotę 258 000 zł. Sąd Apelacyjny zwrócił przy tym uwagę, że opinia biegłego A. G. (1) nie odnosi się w całym zakresie do powództwa obejmującego żądanie zapłaty 89 587, 92 zł., co nie pozwala na weryfikację prawidłowości rozstrzygnięcia w tym zakresie. Biegły ten określił wartość robót niezbędnych do usunięcia wad na kwotę 25 254,08 zł., ale nie odniósł się do zarzutu zawyżenia wartości tych prac sformułowanego przez M. M. (1) /k. 913-914/ - ponad kwotę 12 953,98 zł., nie wypowiedział się wprost, czy wyliczenie metrażu ścian w pkt 12 tabeli obmiaru – k. 884 i kosztorysu – k. 887 oznacza, że podzielił jego zarzut i wyjaśnił pomyłkę, czy też nie podzielił zarzutu, bo wyliczony przez niego rzeczywisty metraż jest większy od wskazanego w kosztorysie ofertowym. Biegły A. G. (1) stwierdził też, że projekt nie wskazuje poziomu zerowego budynku względem powierzchni /k.877-878/ i rzędnych posadowienia / k.957/, co uniemożliwia poczynienie ustalenia, że budynek został posadowiony niezgodnie z projektem. Sąd II instancji wskazał na brak rozważań, czym obowiązkiem było ich wskazanie i jak powinien postąpić wykonawca oraz kierownik budowy w razie ich braku, a także czy prawidłowo postąpili. Nie przedstawiono projektantowi R. P. (1) tych rysunków, na których znajdują się zmiany projektowe /k. 1129-1133/, by wyjaśnić pochodzenie podpisów na rysunkach i ich znaczenie

W zakresie sprawy z powództwa E. K. i J. K. (1) przeciwko M. M. (1) Sąd Apelacyjny stwierdził, że stron tych nie łączył umowny stosunek prawny, a czynem niedozwolonym jest takie działanie lub zaniechanie sprawcy, które niezależnie od tego, że nie jest objęte zobowiązaniem, stanowi naruszenie obowiązującego przepisu prawa lub zasad współżycia społecznego. W tym kontekście Sąd II instancji polecił dokonanie ustaleń i przeprowadzenie rozważań w tożsamym zakresie, jaki wskazany przy wytycznych do powództwa wzajemnego. Sąd zwrócił przy tym uwagę, że nie idzie tylko o to, iż kierownik budowy nie wykonywał obowiązków wykonawcy i projektanta, lecz o to, czy dostrzegał nieprawidłowości projektowe i wykonawcze, o ile były tego rodzaju, że mógł je rozeznaczyć nie będąc wykonawcą i projektantem, a dostrzegając nie reagował co najmniej przez zawiadomienie inwestorów, bądź przez odpowiednie wpisy do dziennika budowy, mogące zapobiec nieprawidłowościom, a tym samym szkodzie, lecz tego zaniechał. Istotnym zagadnieniem jest też, czy wszystkie ewentualne nieprawidłowości mógł przewidzieć jako kierownik budowy, jak też, czy wszystkim mógł zapobiec, uczestnicząc w budowie tylko do pewnego etapu.

W toku ponownego rozpoznawania sprawy przed sądem pierwszej instancji strony oraz interwenient uboczny podtrzymali swoje stanowiska przedstawione na etapie postępowania apelacyjnego, bez dokonywania jakichkolwiek dalszych zmian.

Stan faktyczny:

W 2005 r. E. K. i J. K. (1) zamówili i zakupili od projektanta R. P. (1) standardowy, gotowy projekt budynku mieszkalnego typu DJ 77. Przekazana im dokumentacja projektowa dotyczyła typowego jednorodzinnego budynku wolnostojącego, niepodpiwniczonego, parterowego z użytkowym poddaszem, krytego dachem wielospadowym, z wbudowanym garażem na 2 samochody osobowe, nie miała indywidualnej specjalizacji i nie określała poziomu „o” oraz rzędnych posadowienia. Dane te projektant pozostawił do dookreślenia w terenie – przy rozpoczęciu budowy. Dnia 6 października 2005 roku E. K. i J. K. (1) uzyskali zatwierdzenie projektu budowlanego oraz pozwolenie na budowę. W dniu 24 października 2005 roku został im wydany dziennik budowy. Obowiązki kierownika budowy, za umówionym wynagrodzeniem miesięcznym, od początku powierzyli M. M. (1), który został im polecony przy okazji załatwiania pozwolenia na budowę. Podczas wytyczania posadowienia budynku w terenie przez geodetę P. T. kierownik budowy M. M. (1) zorientował się, że projekt jest niepełny, gdyż nie zawiera określonego poziomu „o” oraz rzędnych posadowienia. O danych tych M. M. (1) zdecydował samodzielnie, kierując się własną wiedzą i analizą

istniejących w terenie warunków oraz przekonaniem, iż inwestorom zależy na czasie. Wiedział przy tym, że podjęte przez niego decyzje będą skutkowały odstępstwem od projektu, polegającym na zmianie poziomu posadowienia i wyglądzie budynku /w ramach budynku powstaną dwie bryły o niejednorodnym poziomie/, co będzie wymagało zlecenia projektantowi wykonania projektu zamiennego i zgłoszenia zmian w nadzorze budowlanym. W tym celu M. M. (1) własnoręcznie naniósł konieczne w jego ocenie zmiany na oryginalnym projekcie R. P. (1), nie konsultując ich z projektantem. Wykonał te czynności dlatego, aby ułatwić projektantowi przygotowanie projektu zamiennego na zlecenie inwestorów. Jeszcze na bardzo wstępnym etapie robót E. K. i J. K. (1) zdecydowali się na zmianę wykonawcy i wybrali poleconego im przez kierownika budowy M. M. (1) wykonawcę – J. B. (1).

/dowód:

- projekt budynku – k. 319-322 i 645-646

- zeznania świadka R. P. – k. 445 i zapis rozprawy z dnia 7 czerwca 2013 r.

- projekt budynku ze zmianami naniesionymi przez M. M. (1) – k. 1129-1133

- zeznania świadka P. T. – k. 278

- przesłuchanie pozwanego – powoda wzajemnego J. K. (1) – k. 728-733 i zapis rozprawy z dnia 9 kwietnia 2014 r.

- przesłuchanie pozwanej – powódki wzajemnej E. K. – k. 742-746 i zapis rozprawy z dnia 9 kwietnia 2014 r.

- przesłuchanie pozwanego M. M. (1) – zapis rozprawy z dnia 9 kwietnia 2014 r.

W dniu 9 marca 2006 roku w G. pomiędzy wykonawcą J. B. (1), prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą (...), a zamawiającymi E. K. i J. K. (1), którzy prowadzili działalność gospodarczą, ale w branży nie związanej z budownictwem, zawarta została umowa nr (...) roku, na mocy której zamawiający zlecili, a wykonawca przyjął do wykonania prace budowlane oraz instalacyjne związane z wystawieniem budynku jednorodzinne w stanie surowym, zadaszonym, otwartym, w K. przy ulicy (...), zgodnie z otrzymanym projektem budynku. Projekt umowy, wraz z harmonogramem i terminem wykonania prac przygotowany został wcześniej przez J. B. (1), który przeanalizował dokumentację projektową oraz dotychczasowy stan zaawansowania robót, które obejmowały jedynie wykonany wykop i nabite rzędne posadowienia budynku. Przedstawione przez niego warunki umowy zamawiający zaakceptowali w całości, nie wnosząc o dokonanie jakichkolwiek zmian. Szczegółowy zakres robót oraz ich finansowanie opisano w załącznikach do umowy o numerach od 1 do 9. Na mocy tej umowy wykonawca zobowiązał się oddać jej przedmiot wykonany zgodnie z dostarczoną mu dokumentacją projektową, zasadami wiedzy technicznej i obowiązującymi przepisami, w szczególności techniczno – budowlanymi oraz normami, a zamawiający zobowiązali się do odebrania przedmiotu umowy i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Strony umowy ustaliły, że rozpoczęcie prac nastąpi w dniu 27 marca 2006 roku, a zakończone zostaną w dniu 30 czerwca 2006 roku. Zakończenie budowy domu (pod klucz) przewidziano na dzień 30 listopada 2006 roku. Strony przewidziały również możliwość zmiany terminu prac w przypadku przestojów i opóźnień z winy zamawiających, konieczności wykonania robót dodatkowych lub zamiennych, spowodowanych życzeniami zamawiających, a powodujących opóźnienie w wykonaniu robót zasadniczych oraz niesprzyjających warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonanie robót potwierdzonych wpisem do dziennika budowy. Dla całości robót budowlanych strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie netto 190 000 zł. /brutto 203 300 zł./, przy czym wyszczególniono jaką część przedmiotu umowy stanowią określone elementy obiektu i prace służące do ich wykonania, odnosząc to do umówionego wynagrodzenia. Min. określono, że wykonanie dachu, stanowić będzie 37,8 % przedmiotu umowy, a należna część wynagrodzenia za jego wykonanie wyniesie 68 710 zł. plus podatek VAT (łącznie 73 519,70 zł.). Stan surowy miał być pierwszym etapem kompleksowej budowy domu jednorodzinne. Na kolejne etapy miały być podpisywane dalsze umowy. Strony uzgodniły również, że wartość robót może ulec zmianie w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych, zmiany przez zamawiającego

rodzaju materiału ujętego w kosztorysie ofertowym lub zakresu prac ujętym w kosztorysie. Strony ustaliły, że wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia jeżeli wykonał roboty dodatkowe bez uzyskania pisemnej zgody zamawiającego na ich wykonanie. Zmiana musiała być dokonana w formie pisemnej, w postaci aneksu, pod rygorem nieważności. Zapłata miała nastąpić na podstawie faktur, a do ich wystawienia konieczne było sporządzenie i podpisanie przez obie strony protokołu odbioru technicznego robót. W przypadku wykonania przedmiotu umowy w sposób nienależyty należało w protokole wskazać wady przedmiotu odbioru i wskazać termin do ich usunięcia. Każda ze stron miała prawo wypowiedzenia umowy w formie pisemnej z zachowaniem 14 – dniowego okresu wypowiedzenia

/dowód:

- umowa nr (...) wraz załącznikami – k. 7-17

- przesłuchanie powoda – pozwanego wzajemnego J. B. (1) – zapis rozprawy z dnia 9 kwietnia 2014 r.

- przesłuchanie pozwanego – powoda wzajemnego J. K. (1) – zapis rozprawy z dnia 9 kwietnia 2014 r.

- przesłuchanie pozwanej – powódki wzajemnej E. K. – zapis rozprawy z dnia 9 kwietnia 2014 r./

W toku realizowanych robót E. K. i J. K. (1) wywiązywali się z obowiązku dokonywania płatności w sposób zgodny z ustalonym harmonogramem i do czasu rozpoczęcia prac w zakresie dachu zapłacili J. B. (1) całość umówionego na ten etap wynagrodzenia, tj. łącznie 113 362,62 zł. Wykonawca dopuszczał się w toku budowy istotnych odstępstw od projektu, konsultując się w tym zakresie jedynie z kierownikiem budowy M. M. (1), który powiedział mu, że dostosuje projekt do wprowadzonych zmian. Uzgodnili w ten sposób, że budynek garażu zostanie podniesiony do góry, kierując się warunkami panującymi w terenie, zwłaszcza dużym jego spadkiem. Skutkiem tej decyzji wystąpił nieprzewidziany w projekcie uskok na dachu pomiędzy częścią mieszkalną, a garażową. Wprowadzenie tych zmian nastąpiło bez uzyskania akceptacji projektanta budynku. Kierownik budowy M. M. (1) nie wprowadził do dziennika budowy zapisów o zaistniałych odstępstwach budowy od projektu. W toku wykonywania kolejnych etapów prac wykonawca dopuszczał się różnorodnych uchybień i odstępstw od projektu, a polegających na wadliwym wykonaniu i zabudowaniu kominów, wadliwym wykonaniu ocieplenia i izolacji ścian podziemia oraz drenażu, zmianie usytuowania otworów drzwiowych, niewypełniania spoin zaprawą w sposób całkowity i dopuszczenia do odchyień w pionach murów, niewłaściwego ułożenia dachówek. Część z tych usterek została przez wykonawcę naprawiona na żądanie inwestorów. Do istotnego pogorszenia wzajemnych relacji pomiędzy inwestorami a wykonawcą doszło na etapie wykonywania prac dotyczących dachu, kiedy to zamawiający zorientowali się, że na dachu powstanie nieprojektowany uskok, a nadto stwierdzili szereg usterek technicznych w zakresie bieżąco wykonywanych prac dachowych. Wykonawca i kierownik budowy nie chcieli rozmawiać z inwestorami na temat technicznych aspektów prowadzonych robót uznając, że ci się na tym nie znają. Skutkiem tego, pismem z dnia 24 lipca 2006 roku zamawiający zgłosili uwagi kierowane do wykonawcy o poprawienie ogólnego stanu budowy, jakości wykonania, zachowania terminów i względów bezpieczeństwa. Pismem z dnia 27 lipca 2006 roku zamawiający zażądali poprawek do wykonanych prac, w tym dotyczących wykonanych prac ciesielskich, co do wysokości zamontowania okien, nieprawidłowości w wykonaniu dachu: wystających spod dachówek foli, niesymetrycznego zejścia krawędzi dachówek połączy dachu, co spowodowało nienaturalne i niezgodnie ze sztuką dekarstką podniesienie do góry zakończeń, nieszczelność (brak wykończeń) kominów, nieprawidłowe wykonanie garażu (zalecane wykonanie nadproża o wysokości 35 cm). Pismem z dnia 27 lipca 2006 roku J. B. (1) w odpowiedzi na pismo zamawiających z dnia 24 lipca 2006 roku poinformował, że poprawki zostaną wykonane do dnia 5 sierpnia 2006 roku, stan surowy budynku wraz z ukończonym dachem zostanie oddany w dniu 5 sierpnia 2006 roku, dodatkowe roboty należy skorygować, co zostanie dokonane przy udziale inspektora nadzoru po jego powrocie z urlopu, a atesty zamawiający otrzyma po zakończeniu stanu surowego. Pismem z dnia 28 lipca 2006 roku J. K. (1) oświadczył wykonawcy, że ostateczny termin wykonania całości umowy, tj. stanu surowego otwartego domu i oddania go upływa w dniu 5 sierpnia 2006 roku i do tego dnia ma wykonać wszystkie zgłoszone przez niego poprawki, a pomieszczenia i teren wokół budynku ma zostać uprzątnięty, wraz z wyrwaniem korzeni uprzednio

ściętego drzewa. Oprócz obioru stanu surowego budynku dokona również odbioru niezależnego potwierdzonego protokołem z wymienionymi wszystkimi elementami domu, poprawkami, pomiarami i wcześniejszymi przekazanymi wykonawcy uwagami. W odpowiedzi J. B. (1) zażądał od zamawiających dodatkowego wynagrodzenia w kwocie 12 386,49 zł., na podstawie sporządzonego przez siebie kosztorysu powykonawczego Nr 182 z dnia 31 lipca 2006 roku, który obejmować miał wykonane przez niego roboty dodatkowe, w tym wyliczył koszty robocizny na kwotę 2 409,45 zł, koszty sprzętu – 1 110,73 zł. i koszty materiałów – 8 866,31zł. Dnia 4 sierpnia 2006 roku J. K. (1) poinformował wykonawcę, że do dnia 5 sierpnia 2006 roku ma zakończyć wszystkie prace i zakwestionował zasadność kosztorysu powykonawczego wskazując, że wszelkie wykonane roboty mieściły się w ramach przedmiotu zawartej pierwotnie umowy, ewentualnie naprawiania występujących usterek. W konflikcie tym M. M. (1) poparł J. B. (1), potwierdzając na jego życzenie fakt wykonanych przez niego robót.

/dowód:

- pisma J. K. (1) – k. 34-37, k. 38 i k. 32

- pismo J. B. (1) – k 41

- kosztorys powykonawczy – k. 20-24

- zeznania świadka T. I. (1) – k. 440

- zeznania świadka A. K. – k. 443

- opinia biegłego A. G. – k. 1620-1632, 1695-169 wraz z ustnymi wyjaśnieniami biegłego - zapis rozprawy z dnia 26 lutego 2014 r. i z dnia 9 kwietnia 2014 r.

- przesłuchanie powoda – pozwanego wzajemnego J. B. (1) – zapis rozprawy z dnia 9 kwietnia 2014 r.

- przesłuchanie pozwanego – powoda wzajemnego J. K. (1) – zapis rozprawy z dnia 9 kwietnia 2014 r.

- przesłuchanie pozwanej – powódki wzajemnej E. K. – zapis rozprawy z dnia 9 kwietnia 2014 r.

- przesłuchanie pozwanego M. M. (1) – zapis rozprawy z dnia 9 kwietnia 2014 r./

M. M. (1), jako kierownik robót od początku nie dokonywał w dzienniku budowy żadnych bieżących wpisów o usterekach wykonawcy, mimo ich stwierdzania, albowiem oceniał, że ogólnie roboty wykonywane były nieźle, a ustereki były w efekcie poprawiane, ewentualnie zostaną poprawione. Nie chciał też podgrzewać co raz bardziej napiętej atmosfery między inwestorami, a wykonawcą licząc, że ostatecznie bez dokonywania wpisów w dzienniku budowy wykonawca naprawi wszystkie ustereki. Kierował się przy tym przekonaniem, że tego rodzaju wpisy w dzienniku budowy dokonywane są wyłącznie według uznania kierownika budowy, a on sam nie widział takiej potrzeby.

/dowód:

- dziennik budowy

- opinia biegłego A. G. – k. 1620-1632, 1695-169 wraz z ustnymi wyjaśnieniami biegłego - zapis rozprawy z dnia 26 lutego 2014 r. i z dnia 9 kwietnia 2014 r.

- przesłuchanie pozwanego – powoda wzajemnego J. K. (1) – zapis rozprawy z dnia 9 kwietnia 2014 r.

- przesłuchanie pozwanej – powódki wzajemnej E. K. – zapis rozprawy z dnia 9 kwietnia 2014 r.

- przesłuchanie pozwanego M. M. (1) – zapis rozprawy z dnia 9 kwietnia 2014 r./

W dniu 7 sierpnia 2006 roku, z udziałem inwestorów, wykonawcy i kierownika budowy sporządzono notatkę, w której zaznaczono, że zostały wykonane roboty budowlane stanu surowego otwartego w tym fundamenty, mury, stropy, dach konstrukcja – pokrycie dachówką po założeniu folii półprzepuszczalnej (bez ocieplenia wełną). Do dokończenia pozostało założenie ok. 2 m gąsiorów, obróbka komina (uszczelnianie), korekty dachówek, zainstalowanie rur spustowych. Wykonano deskowania wg projektu prof. A. G. – wentylacja hybrydowa – tylko warstwa zewnętrzna. Zamieszczono również uwagi wyjaśniające: wysokość osadzenia okien połaciowych na poddaszu użytkowym wynika z możliwości zachowania prawidłowego wykonania wnęki, a także z faktu konieczności podniesienia murlaty, wysokość parapetu okna w kuchni zostanie dostosowana do potrzeb inwestora poprzez dostarczenie przez wykonawcę odpowiedniego okna, na jego koszt, podniesiono posadzkę w garażu o 0,5 m dla uniknięcia jego zalewania w czasie opadów. Od tego momentu M. M. (1) nie pojawił się już na terenie budowy.

/dowód:

- notatka – k. 19

- przesłuchanie pozwanego – powoda wzajemnego J. K. (1) – zapis rozprawy z dnia 9 kwietnia 2014 r.

- przesłuchanie pozwanej – powódki wzajemnej E. K. – zapis rozprawy z dnia 9 kwietnia 2014 r.

- przesłuchanie pozwanego M. M. (1) – zapis rozprawy z dnia 9 kwietnia 2014 r./

Inwestorzy do tego momentu nie dokonali żadnych rozliczeń z wykonawcą w zakresie etapu obejmującego wykonanie dachu. Tymczasem J. B. (1) wykonał prace w ramach tego etapu poprawnie, tzn. w sposób nadający się do dalszego wykorzystania przy kontynuacji robót, w zakresie 44,3% całości prac przewidzianych dla tego etapu i nie otrzymał za to wynagrodzenia.

/dowód:

- opinia biegłego A. G. – k. 1620-1632, 1695-169 wraz z ustnymi wyjaśnieniami biegłego - zapis rozprawy z dnia 26 lutego 2014 r. i z dnia 9 kwietnia 2014 r./

Pismem z dnia 8 sierpnia 2006 roku J. B. (1) zwrócił się do zamawiających o wskazanie, kiedy może wykonać dalsze prace dekarские, polegające na ułożeniu około 2-3 m gąsiorów, obróbce komina (listwa), korekcie dachówek i gąsiorów, dokończenia montażu rur spustowych na dachu budynku w K., w związku z przypadającym na dzień następny terminem wskazanym mu do opuszczenia budowy. W przekazanej faksem odpowiedzi J. K. (1) poinformował J. B. (1), że prace dekarские zostają wstrzymane z dniem 8 sierpnia 2006 roku do odwołania, albowiem nie mają one najmniejszego sensu wobec pierwszych ocen kwalifikujących stan obecny do licznych napraw, rozbiórek, demontaży i wymiany – o których kierownik budowy i wykonawca będą informowani na piśmie.

W dniu 11 sierpnia 2006 r. E. K. i J. K. (1) powierzyli obowiązki kierownika budowy S. K. (1), który od tego dnia zaczął dokonywać bieżących wpisów w dzienniku budowy. Upřednio na budowie sprawdził on stan techniczny budynku pod kątem jakości wykonanych prac i jakości stosowanych materiałów, przy czym dokonał tego pod nieobecność poprzedniego kierownika budowy M. M. (1), który nie był już zainteresowany dalszymi losami budowy. W dniu 7 września 2006 roku S. K. (2) wpisał do dziennika budowy uwagi, które zawarł również w sporządzonej przez niego upřednio na zlecenie inwestorów ekspertyzie. W jej ramach stwierdził, że budynek mieszkalny znajduje się na terenie ogrodzonym siatką. Teren parceli jest pochylony. Droga dojazdowa i plac nieutwardzony. Jest to budynek wolnostojący, dwukondygnacyjny, niepodpiwniczony, fundamenty żelbetowe, mury fundamentowe z bloczków betonowych, ocieplone styropianem i osłonięte folią koreczkową. Mury nośne zbudowane z pustaków ściennych P. na zaprawie cementowo – wapiennej. Grubość murów zewnętrznych 30 cm, mury wewnętrzne 25 cm.

Ścianki działowe grubości 12 cm z pustaków ściennych P. na zaprawie cementowo – wapiennej, stropy nad parterem – płyty żelbetowe krzyżowo zbrojone. Konstrukcja dachu drewniana krokwiowo – płatwiowa, dach czterospadowy pokryty dachówką, nieocieplony, rynny PCV, obróbki blacharskie z blachy ocynkowanej powlekanej. Stolarka okienna i drzwiowa – niezabudowana. Kominy z prefabrykatów system S., nad dachem obmurowane cegłą klinkierową. Stan robót na dzień 7 sierpnia 2006 roku surowy otwarty, pokrycie dachu nie dokończony na połaci nad klatką schodową, rynny założone, rury spustowe założone przy garażu, okna połaciowe zabudowane. Stan fundamentów i murów dobry: okładzina styropianowa zbyt miękka, prawdopodobnie założono styropian odmiany 12 lub 15 zamiast wymaganej projektem odmiany 20, osłona styropianu z folii koreczkowej założona nieprawidłowo. Mury konstrukcyjne stan dobry – brak widocznych uszkodzeń i spękań. Brak spoiny pionowej na poddaszu co pogarsza izolacyjność termiczną ścian. Stropy stan dobry, brak widocznych uszkodzeń. W więźbie dachu – uszkodzona krokiew krawężna nad łazienką, pęknięcie i odszczepienie się fragmentu drewna na odcinku około 60 cm, co spowodowało, że krokiew utraciła funkcję dekoracyjną, dwie krokwie nad garażem źle przycięte i podparte na niewłaściwych podkładkach, deski poszycia nie zostały oczyszczone z kory, okna połaciowe zabudowano zbyt wysoko i na różnych wysokościach – wada użytkowa. Okno w łazience ma nieprawidłowo zakończone połączenie folią paroprzepuszczalną, istnieje możliwość powstawania przecieku skroplin z połaci dachu do wnętrza łazienki – wada techniczna. Kleszcze przechodzące przez mur nie zostały owinięte papą. Płaszczyzna dachu nad garażem nie licuje się z płaszczyzną dachu nad budynkiem. Na styku płaszczyzn powstał uskok wysokości około 30 cm. Na zewnątrz niektóre krokwie są zbyt krótkie i wykonano niestarannie ich przedłużenie. W linii okapów widoczna folia – wada estetyczna. 1 komin spalinowy systemu S. w kotłowni – uszkodzenie kształtki przy podstawie – wada niedopuszczalna (brak szczelności komina), wykonawca nie zabudował trójnika do podłączenia pieca (wada niedopuszczalna). Drugi komin w całości nie nadaje się do użytkowania, brak komina na parterze, wkłady kominowe zabudowane odwrotnie – niezgodnie z instrukcją producenta – wada niedopuszczalna. Kominy wymurowano z cegły klinkierowej dziurawki niezgodnie z wymaganiami technicznymi, zamiana posadowienia garażu w stosunku do budynku mieszkalnego. Pomiędzy połaciami A i B wykonano pierwsze rzędy dachówek w różnej odległości od okapu co spowodowało, że okna połaciowe w połaci B zostały zabudowane wyżej niż w połaci A. Nie wszystkie dachówki na poszczególnych połaciach są zamocowane szpilkami do łąt w ilości wymaganej przez producenta. Połacie C została wykonana z uskokiem i powstały dwie płaszczyzny dachu C1 i C2. Na uskoku połaci C1 C2 dachówki krawędziowe nie zostały przykręcone. Kominy K1 i K2 wykonano z cegły klinkierowej dziurawki co jest niezgodne z obowiązującymi normami. Komin K2 nie ma zakończenia obróbki blacharskiej listwą zamykającą. Na krawędzi połaci C2 i D stwierdzono, że gąsior początkowy jest trwale uszkodzony, uszkodzenie zamaskowano naklejając taśmę samoprzylepną. Gąsior nie był trwale przymocowany do łąty. Na połaci E dachówki nie są zamocowane, ponadto zabudowano dachówki z utraconymi uchwytnymi, którymi dachówka opiera się o łąty. Deski okapowe są zbyt cienkie.

W sporządzonej ekspertyzie S. K. zalecił:

- wymienić styropian odmiany FS20,
- folię koreczkową zdemontować i założyć koreczkami w kierunku styropianu,
- mury zewnętrzne na poddaszu zwilżyć wodą i przeszpachlować spoiny pionowe zaprawą drobnoziarnistą elastyczną do przyklejania płytek ceramicznych starannie wciskając zaprawę w spoiny z obydwu stron,
- uszkodzoną krokiew naprawić sklejając odstający fragment, ubytek krokwi uzupełnić klejką, wymienić podkładki pod krokiewiami na nowe z drewna twardego lub płyty (...),
- usunąć korę z desek i zaimpregnować,
- okna połaciowe obniżyć i zabudować w jednakowej wysokości,
- wykonać prawidłowe połączenia folii dachowej z rynienkami nadokiennymi;
- przy kleszczach odkuć zaprawę, kleszcze owinać papą i uzupełnić ubytki zaprawą,

- uskok dachu – wada trwała, ewentualna naprawa wymaga w całości rozbiórki dachu nad garażem i obniżenia kalenicy tego dachu do uzyskania zrównania płaszczyzn połąci, w przypadku pozostawienia uskoku powstanie trwała wada estetyczna
- pokrycie dachu jest niedokończone,
- kominy kwalifikują się do rozbiórki i ponownego wykonania. Naprawa wkładów kominowych jest nieopłacalna i nie gwarantuje uzyskania szczelności przewodów kominowych,
- zmiana poziomów posadowienia – wada trwała niemożliwa do usunięcia i nie wpływa na sposób użytkowania,
- pokrycie dachu wykonano niestarannie. Należy wykonać przełożenie wszystkich połąci dachu. Uszkodzone dachówki i gąsiorzy należy wymienić.
- obmurowania kominów należy rozebrać i wykonać z cegły klinkierowej pełnej.

Stwierdził on również nieprawidłowość w sposobie posadowienia budynku mieszkalnego w stosunku do dokumentacji, a mianowicie, budynek mieszkalny położony jest niżej niż garaż, podczas gdy w dokumentacji było odwrotnie.

/dowód:

- pismo J. B. – k. 42

- wydruk faksu J. K. – k. 40

- dziennik budowy – k. 323-327

- dokumentacja zdjęciowa stanu robót, w tym usterek i błędów budowlanych – k. 328-439

- ekspertyza S. K. z dn. 10 sierpnia 2008 r. wraz z aneksem

- opinia biegłego A. G. – k. 1620-1632, 1695-169 wraz z ustnymi wyjaśnieniami biegłego - zapis rozprawy z dnia 26 lutego 2014 r. i z dnia 9 kwietnia 2014 r.

- zeznania świadka S. K. –k. 279-281, 669-671 i zapis rozprawy z dn. 7 czerwca 2013 r./

Pismem z dnia 21 sierpnia 2006 roku E. K. i J. K. (1), powołując się na treść § 6 pkt 2 w zw. z § 1 pkt 2 oraz § 2 pkt 2 umowy o roboty budowlane, oświadczyli J. B. (1) o odstąpieniu od umowy, wskazując jako przyczynę niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, które miało polegać na niedotrzymaniu terminów robót oraz wykonanie prac niezgodnie z dokumentacją projektową, zasadami wiedzy technicznej i obowiązującymi przepisami. W związku z powyższym zakazali wykonawcy oraz kierownikowi budowy wstępu na teren budowy. Zagrozili, że ewentualne próby wejścia na budowę skutkować będą zawiadomieniem organów ścigania. Nadto wezwali wykonawcę do zapłaty kwoty 1 989 zł. tytułem kary umownej za zwłokę w wykonaniu umowy, poinformowali, że o sprawie zostanie zawiadomiona Państwowa Inspekcja Nadzoru Budowlanego, Inspekcja Pracy i że wystąpią o nałożenie sądowego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej w przedmiocie wykonywania robót budowlanych. Jednocześnie poinformowali J. B. (1), że w związku z nienależytym wykonaniem umowy zlecieli wykonanie prac celem usunięcia usterek i wad osobie trzeciej na jego koszt, w związku z czym nie uznają jego roszczeń, a ponadto domagają się dopłaty kwoty 160 000 zł. tytułem pozostałej części kosztów, jakie musieli ponieść w związku z zatrudnieniem podmiotu trzeciego.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2006 roku E. K. i J. K. (1) poinformowali kierownika budowy M. M. (1) o wypowiedzeniu umowy o roboty budowlane oraz o zwolnieniu go z dniem 11 sierpnia 2006 roku z funkcji kierownika budowy. Od tego czasu ani J. B. (1) (i jego pracownicy), ani M. M. (1) nie wchodzili już na teren budowy.

Dnia 30 sierpnia 2006 roku pozwani E. K. i J. K. (1) ponownie wystosowali wezwali J. B. (1) do zapłaty kwoty 160 000 złotych tytułem kosztów, jakie zmuszeni byli ponieść w związku z zatrudnieniem podmiotu trzeciego oraz zwrotu kosztów poniesionych w związku z poszukiwaniem podmiotu, który mógłby dokończyć budowę. Do poniesionych kosztów zaliczali min. wydatki na opłacanie rachunków telefonicznych i zakup paliwa.

/dowód:

- pismo – oświadczenie o odstąpieniu od umowy – k. 27-29

- pismo do M. M. – k. 31

- wezwanie do zapłaty – k. 30

- zeznania świadka T. M. – k. 278/

k. 116	PLUS	faktura VAT (...)	997,00
k. 117	PLUS	faktura VAT (...)	(...),11
k. 118	PLUS	faktura VAT (...)	(...),71
k. 119	PLUS	faktura VAT (...)	(...),03
k. 120	PLUS	faktura VAT (...)	(...),34
k. 121	PLUS	faktura VAT (...)	(...),94
k. 122	PLUS	faktura VAT (...)	(...),86
k. 123	PLUS	faktura VAT (...)	(...),07
k. 124	PLUS	faktura VAT (...)	(...),38
k. 125	PLUS	faktura VAT (...)	(...),26
k. 126	PLUS	(...)	(...),56
	RAZEM		20.253,23
	WYCIĄGI	127-131	15.355,00

k. 132 – 227		PALIWO	16.917,64
			52.525,87

W ramach kontynuacji prac przerwanych przez J. B. (1) i jednoczesnego naprawiania stwierdzonych wad w dniu 9 września 2006 roku dokonano przełożenia położonych od strony ogrodu dachówek. Dnia 20 września 2006 roku wykonano podbitkę z desek połąci sufitowych na poddaszu, wypełniono komory między krokwiemi celulozą impregnowaną oraz dokonano montażu instalacji elektrycznej wewnętrznej i wodno – kanalizacyjnej wewnętrznej. Dnia 5 października 2006 roku nastąpiło przygotowanie pod tynki gipsowe maszynowe, które położono 10 listopada 2006 roku. 25 listopada 2006 roku wykonano wykop i osadzono szambo z tworzywa sztucznego, a także zamontowano bramę garażową. Dnia 1 grudnia 2006 roku rozpoczęto przekładanie dachówek, łat na dachu. Rozebrano klinkierową obmurówkę kominów. Dnia 4 grudnia 2006 roku wykonano posadzki na poddaszu i parterze.

/dowód:

- dziennik budowy/.

Pismem z dnia 13 września 2006 roku J. B. (1) wezwał J. K. (1) i E. K. do zapłaty kwoty 57 692,96 złotych brutto za wykonane przez niego i nierozliczone dotychczas prace.

/dowód:

- wezwanie do zapłaty – k. 47/

23 października 2006 roku J. K. (1) zawarł z przedsiębiorcą budowlanym K. P. (1) umowę na nałożenie tynków gipsowych we wnętrzach, zabezpieczenie okien F. na górze domu, zabezpieczenie okien drewnianych na dole, zaklejenie okien drewnianych, dostarczenie gipsu, uprzątnięcie wnętrza domu po tynkowaniu. Strony ustaliły wynagrodzenie za robociznę w kwocie 14 zł. za m² netto a materiał według zużycia. W związku z realizacją umowy K. P. (1) wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 6 600 zł., dnia 24 listopada 2006 roku fakturę VAT (...) na kwotę 20 308,60 zł. za roboty budowlane, a 2 listopada 2006 roku fakturę za wykonane roboty na kwotę 8 763,72 zł. Przeprowadzone roboty były robotami wykończeniowymi jak również usuwającymi usterki w zakresie ustawienia okien dachowych oraz rynien, poprawienie folii dachowej, okapów, założenia spinek do dachówek, obróbka kominów, uzupełnienie brakujących spinek mocujących dachówki, obróbki blacharskie, nabijanie desek do ocieplenia poddasza, zamontowanie stelaży pod płyty kartonowo – gipsowe w łazience. W trakcie wykonywania tych prac wykonawca zauważył, że jedna krawędź dachu była tak położona, że noski dachówek były poobijane i niczego się nie trzymały, jak również okna znajdowały się na różnym poziomie. Przeprowadzone przez niego poprawki polegały na uzupełnieniu braków w pionach kilku ścian, obkuciu nierówności powstałych podczas zalewania stropu, wymiany jednego rzędu dachówek okapowych na dachu, pozakładaniu spinek, wyregulowaniu okien, dokonanie obróbek blacharskich. Ostateczny koszt całości wykonanych przez K. P. (1) prac wniósł E. i J. K. (1) łącznie 35 672,32 zł. i wartość ta odpowiadała realiom rynkowym. Koszt tej części robót, która dotyczyła wyłącznie naprawiania usterek w pracach wykonanych uprzednio przez J. B. (1) wyniósł 7 051,36 zł. brutto.

W okresie od października 2006 r. do marca 2007 r. roboty budowlane na rzecz E. i J. K. (1) wykonywał na podstawie umowy zawartej w dniu 15 października 2006 r. T. C. (1), prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...), za kompleksowym wynagrodzeniem wynoszącym 30 979,50 zł. Zamawiający zakupili też na własny koszt materiały potrzebne do wykonania tych prac za łączną kwotę 12 464,10 zł. Roboty te obejmowały między innymi usuwanie usterek i wad popełnionych przez J. B. (1) i polegały w tej części na naprawie wadliwie wykonanych kominów, wymianie wadliwego ocieplenia i izolacji ścian przyziemia oraz drenażu. Poniesiony w tym zakresie przez E. i J. K. (1) koszt robocizny i zakupu materiałów wyniósł łącznie 14 180,35 zł. brutto i mieścił w granicach realiów rynkowych.

W dniu 15 listopada 2006 roku została zawarta umowa dotycząca wykonania robót instalacyjnych pomiędzy J. K. (1) a J. S. działającego pod firmą (...) na wykonanie biologicznej przydomowej oczyszczalni ścieków, wykonanie kotłowni z kotłem gazowym kondensacyjnym, instalacji kolektorów słonecznych do wspomagania przygotowania c.w.u., wykonanie instalacji c.o. grzejnikowo – podłogowego, wykonanie wewnętrznej instalacji ciepłej i zimnej wody użytkowej, napełnienie, odpowietrzenie i uruchomienie. Wartość prac ustalono na kwotę 71 764 zł.

22 stycznia 2007 roku pomiędzy M. P. (1), działającym pod firmą (...), a między J. K. (1) została zawarta umowa montażu nr 2/01/2007 na wykonanie zabudowy kominka według projektu dostarczonego przez zamawiającego. Cena montażu wraz z materiałami ustalona została na kwotę 17 000 zł. i mieściła się w realiach rynkowych. W ramach przeprowadzania tych prac wykonawca musiał naprawić usterki wynikające z robót wadliwie wykonanych uprzednio przez J. B. (1). Polegało to na konieczności rozebrania wadliwie zbudowanego komina i ponownego jego postawienia. Wartość prac M. P. (1) wyniosła w tym zakresie **1 167,66 zł.**

/dowód:

- umowa montażu – k. 235

- umowa o wykonanie robót instalacyjnych – k. 236

- umowa o roboty budowlane – k. 228-229

- faktury VAT – k. 230-232

- zeznania świadka M. P. - k. 672-673

- zeznania świadka K. P., k. 275 – 277

- opinia biegłego A. G. – k. 1620-1632, 1695-169 wraz z ustnymi wyjaśnieniami biegłego - zapis rozprawy z dnia 26 lutego 2014 r. i z dnia 9 kwietnia 2014 r./

Aktualnie budynek będący przedmiotem inwestycji J. K. (1) i E. K. jest ukończony i gotowy do zamieszkania. Są do niego doprowadzone wszystkie media, została zawarta umowa na wywóz odpadów, jest ogrzewany w sezonie, wokół ma wyrównany teren i wykonany drenaż. Prace budowlane prowadzone pod kierunkiem S. K. (1) zostały zakończone, choć inwestorzy do chwili obecnej nie zgłosili zakończenia budowy Powiatowemu Inspektorowi Nadzoru Budowlanego. Budynek został wykończony w wysokim standardzie, a J. i E. K. regularnie go użytkują.

/dowód:

- opinia biegłego R. S. (1) – k. 1095-114 i 1186-1188

- przesłuchanie pozwanego – powoda wzajemnego J. K. (1) – zapis rozprawy z dnia 9 kwietnia 2014 r.

- przesłuchanie pozwanej – powódki wzajemnej E. K. – zapis rozprawy z dnia 9 kwietnia 2014 r./

Ustaień w zakresie stanu faktycznego, przyjętego za podstawę przeprowadzonych rozważań, sąd dokonał w oparciu o wszechstronną analizę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, kierując się przy tym dyrektywami określonymi w art. 233 § 1 k.p.c. Okoliczności dotyczące zawarcia oraz treści umowy o roboty budowlane, w tym ustalonego sposobu rozliczania prac oraz zakresu prac, za jakie inwestorzy zapłacili wykonawcy mają charakter niesporny, na co zwracał uwagę Sąd II instancji. Bezspornym było również, że projekt budynku nie zawierał określonego poziomu „o” oraz rzędnych posadowienia. Przesłuchanie pozwanego M. M. (1) i zeznania świadków P. T. oraz R. P. (1) zgodnie potwierdziły, że to M. M. (1) zdecydował o danych posadowienia budynku bez konsultacji z projektantem i to on własnoręcznie naniósł wynikające z tego zmiany na projekcie budynku. Treść dziennika budowy

w powiązaniu z przesłuchaniem M. M. (1) potwierdziła, że nie wstrzymał on budowy mimo świadomości braków projektu i kierował pracami wiedząc od początku o istotnych odstępstwach, które będą wymagały w przyszłości zmiany dokumentacji projektowej. Nie dokonywał też żadnych wpisów o stwierdzanych w toku budowy usterkach, bądź odstępstwach od projektu czynionych przez wykonawcę. Ustalając jakie usterki popełnił wykonawca przy realizowaniu umowy oraz w jakim zakresie wykonał prace dachowe sąd oparł się przede wszystkim na opinii biegłego z zakresu budownictwa inż. A. G. (1), do której złożył on ustne wyjaśnienia na rozprawie. Opinia uzupełniona tymi wyjaśnieniami spełnia wszelkie wymagane kryteria, jest wewnętrznie spójna i zawiera logiczne wnioski, wyprowadzone z analizy całokształtu dostępnego materiału. Mimo, iż na obecnym etapie, na skutek upływu czasu i przeprowadzenia dalszego procesu budowy, opinia wymagała wykonania analizy odtwórczej i szacowania, to biegły był w stanie sformułować kategorię tezy w zakresie objętym przedmiotem zlecenia i przekonująco odpowiedzieć na wszelkie zgłaszane przez strony zarzuty. Biegły wykazał się przy tym znajomością literatury przedmiotu i wysokim poziomem wiedzy praktycznej, wynikającej z doświadczenia nabytego w związku z wielokrotnym uczestniczeniem w procesach budowy. Opinia ta posłużyła także do oceny postępowania M. M. (1) jako kierownika budowy, zwłaszcza w aspekcie sposobu prowadzenia dziennika budowy. Opinię tego biegłego sąd wykorzystał również do ustalenia w jakim zakresie prace zlecone przez inwestorów innym wykonawcom polegały na usuwaniu wad i usterek popełnionych w toku budowy przez K. B.. Biegły szczegółowo wyjaśnił na czym polegały wady i wskazał odstępstwa od projektu oraz naruszenie zasad sztuki budowlanej. Opinia w tym zakresie koreluje z zeznaniami świadków S. K., T. I., T. C., K. P. i M. P. oraz dokumentacją wykonanych robót i poniesionych w związku z tym przez inwestorów kosztów. W szczególności biegły wyjaśnił, iż koszty te mieściły się w realiach rynkowych dla tego rodzaju prac. J. i E. K., po złożeniu przez biegłego ostatecznych ustnych wyjaśnień, oświadczyli o niekwestionowaniu opinii i uznaniu jej wniosków. J. B. (1) i M. M. (1) kwestionowali opinię, wdając się w głośną polemikę z biegłym i bezskutecznie próbując doszukiwać się błędów w opinii. Np. twierdzili, iż biegły zawyżył obmiar prac i dezawuowali opinię poprzez wskazanie na błędy matematyczne. Biegły tymczasem precyzyjnie wyjaśnił, że jego obliczenia dotyczyły ściany z obu stron, gdyż z każdej strony należało uzupełnić spoiny, co wyjaśnia podwojony obmiar powierzchni. Nadto M. M. (1), powołując się na swoje doświadczenie głośno wywodził, iż odwrotne w stosunku do instrukcji ułożenie folii kubełkowej nie jest błędem, lecz powszechnie dopuszczalną praktyką. Podobnie sugerował, że niezgodny z projektem sposób użycia cegły dziurawki do budowy komina nie miał wpływu na jego prawidłową eksploatację. Twierdzenia te nie mogły doprowadzić do podważenia opinii, skoro nie znalazły żadnego poparcia dowodowego, a pozostawały w sprzeczności nie tylko z opinią biegłego, ale i z treścią dokumentacji projektowej oraz instrukcjami producenta. Próbowali też negować opinię wskazując na brak dostatecznej stanowczości przy ustalaniu zakresu prawidłowo wykonanych przez J. B. prac dachowych. Faktem jest, że był to najtrudniejszy do wykonania element opinii, albowiem polegał na określeniu procentowego wykonania prawidłowych prac, co było trudne o tyle, że biegły musiał posiłkować się analizą dokumentacji, gdyż prace dachowe zostały dawno zakończone przez innego wykonawcę. Biegły wziął pod uwagę wszystkie aspekty i zasadnie stwierdził, że o prawidłowo wykonanych pracach można mówić w zakresie 44,3 %. Wyjaśnił, dlaczego przełożenia wymagały wszystkie dachówki, albowiem jakość prac budziła uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości i inwestorzy nie mogli ryzykować pozostawienia dachówek, skoro wcześniej obiektywnie stwierdzono, że ich część jest wadliwie ułożona. Bez zdjęcia wszystkich dachówek nie można było stwierdzić, w jakim zakresie prace te wymagały poprawki. Warto zauważyć, że opinia biegłego A. G. nie stanowi jedyne dowodu potwierdzającego wadliwość robót J. B.. Praktycznie wszystkie ekspertyzy sporządzone w toku prowadzonych z udziałem stron postępowań potwierdziły wadliwość tych prac. Nadto krytyka zdaje się abstrahować od tego, że opinia A. G. jest w tym zakresie niemal zbieżna z uzasadnieniem roszczenia J. B.. Otóż ostatecznie domagał się on zapłaty za wykonane roboty dachowe kwoty 35 957,64 zł., a z opinii biegłego wynika, że skoro wykonał dach prawidłowo w zakresie 44,3 %, to należąca mu proporcjonalnie część określonego ryczałtowo wynagrodzenia wynosi 32 569,23 zł. Kwestionowanie przez J. B. i M. M. opinii biegłego A. G. częściowo miało charakter abstrakcyjnej negacji, a po części wynikało wyłącznie z samego faktu niezadowolenia z treści wniosków, które uznawali za niekorzystne. Tymczasem sam fakt niezadowolenia strony z treści opinii, nie poparty wskazaniem jakichkolwiek uchybień, bądź dowodów skutecznie ją podważających, nie stanowi wystarczającego asumptu do uwzględnienia wniosku o przeprowadzenie dowodu z udziałem innego biegłego. Stąd sąd nie uwzględnił ich wniosku w tym zakresie. Dokumenty obejmujące korespondencję stron, w tym także wezwania do zapłaty nie były kwestionowane w zakresie autentyczności i mogły stanowić podstawę do ustaleń w zakresie ich treści. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy w powiązaniu z

przesłuchaniem stron potwierdziło, że zamiarem inwestorów było osiągnięcie skutku odstąpienia od dnia złożenia tego oświadczenia. Brak najmniejszych podstaw do twierdzenia, aby wolą stron był zwrot wzajemnych świadczeń. Strony, nie negując skuteczności odstąpienia, zgodnie zmierzały do rozliczenia budowy według istniejącego stanu faktycznego. Stąd roszczenie powoda-pozwanego wzajemnego o zapłatę wynagrodzenia za faktycznie wykonane prace i twierdzenia pozwanych – powodów wzajemnych o niezasadności jego roszczeń. Dokumentacja zdjęciowa nie była przez strony kwestionowana i mogła posłużyć do ustalenia faktycznego stanu prac wykonanych przez J. B. (1), w tym jako materiał do analizy popełnionych przez niego usterek. Opinia biegłego R. S. oraz przesłuchanie stron potwierdziły, że mimo świadomości usterek i wad jakie istniały na etapie odstąpienia od umowy inwestorzy kontynuowali budowę, prowadzoną pod kierunkiem nowego kierownika, a on nie widział przeszkód, które winny skutkować wstrzymaniem prac. Budowa została doprowadzona do końca, łącznie z wykończeniem domu w wysokim standardzie, w czym nie przeszkodziły odstępstwa od projektu i inwestorzy normalnie go użytkują. Przesłuchanie stron wykazało też bezspornie, że inwestorzy nie posiadali żadnej wiedzy w zakresie budownictwa, polegając całkowicie na kierowniku budowy i wykonawcy, którzy od początku świadomi byli istotnych odstępstw w zakresie posadowienia i bryły budynku, lecz szczegóły techniczne uzgadniali pomiędzy sobą z pominięciem inwestorów, z którymi nie dokonywano jakichkolwiek pisemnych modyfikacji umowy. Wskazało też, na relacje panujące pomiędzy uczestnikami procesu budowlanego i chronologię wydarzeń.

Sąd zważył, co następuje:

W zakresie dotyczącym powództwa głównego i powództwa wzajemnego rozważania należy zacząć od wskazania na art. 647 k.c., zgodnie z którym 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. Jak wynika z treści cytowanego przepisu umowa o roboty budowlane jest umową konsensualną, wzajemną i odpłatną, a wynikające z niej zobowiązanie ma charakter zobowiązania rezultatu. Zatem na obie strony nałożone są pewne obowiązki, które dla prawidłowego i należytego wykonania zobowiązania powinny strony wypełnić, co doprowadzić ma w efekcie finalnym do zrealizowania umowy, której wynikiem będzie określony umową zgodny z projektem obiekt budowlany. Do obowiązków nałożonych mocą przepisu na inwestora należy wykonanie 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.

W obu tych sprawach poza sporem jest, że J. i E. K. zawarli z J. B. (1) umowę o roboty budowlane, w ramach której ustaliły zarówno zakres oraz harmonogram prac oraz wysokość i zasady wynagrodzenia. Bezspornym jest, że w ramach tej umowy J. B. (1) wykonał wszystkie prace do etapu robót dachowych, a inwestorzy zapłacili mu całość umówionego do tego momentu wynagrodzenia. Istotnym jest, że strony określiły wynagrodzenie w sposób ryczałtowy, za każdy etap prac, określając przy tym jaki procent w ramach ogółu prac stanowią poszczególne roboty. Niespornym jest więc, że roboty dachowe stanowiły 37,8% ogółu umówionych prac i za wykonanie tego etapu inwestorzy mieli zapłacić wykonawcy 73 519,70 zł. brutto. Nadto w § 7 ust. 3 umowy strony postanowiły, że wszelkie zmiany umowy będą dokonywane w formie pisemnej w postaci aneksów, podpisanych osobiście przez przedstawicieli stron w ich obecności - pod rygorem nieważności, a w § 4 ust 1 pkt 6 zapisały, że wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, jeżeli wykonał roboty dodatkowe bez uzyskania pisemnej zgody zamawiającego na ich wykonanie. Zmiana taka musi być dokonana w formie pisemnej w postaci aneksu do umowy, pod rygorem nieważności.

W ramach powództwa głównego J. B. (1) domagał się od pozwanych zapłaty za wykonanie przez niego nie objętych umową, dodatkowych prac, których wartość ujął w kosztorysie powykonawczym na kwotę 12 386 zł., a w ostatecznie dochodził w kwocie 8 481,75 zł. W polskim systemie prawnym obowiązuje zasada swobody formy zawieranych kontraktów, co powoduje, że strony umowy same mogą decydować o tym, w jakiej formie ją zawierają. Odstępstwa od tej zasady są skutkiem szczególnego unormowania, które dla pewnych rodzajów umów wprowadza formę szczególną. W myśl art. 648 k.c. umowa o roboty budowlane powinna być stwierdzona pismem, jednakże forma ta ustawowo została zastrzeżona dla celów dowodowych. Jednakże zgodnie z art. 76 k.c. jeżeli strony zastrzegły w umowie,

że określona czynność prawna między nimi powinna być dokonana w szczególnej formie, czynność ta dochodzi do skutku tylko przy zachowaniu zastrzeżonej formy, ale jeżeli strony zastrzegły dokonanie czynności w formie pisemnej, nie określając skutków niezachowania tej formy, poczytuje się w razie wątpliwości, że była ona zastrzeżona wyłącznie dla celów dowodowych. Strony wprowadziły do umowy zapis, że wykonanie robót dodatkowych i żądanie za nie zapłaty wynagrodzenia jest możliwe jedynie po spełnieniu określonej przesłanki, tj. uzyskania pisemnej zgody zamawiającego na ich wykonanie oraz zawarcia pisemnego aneksu do umowy (tj. podpisanego przez obie strony dokumentu) i określiły skutki braku zachowania formy pisemnej, a mianowicie nieważność czynności i niemożność domagania się zapłaty dodatkowego wynagrodzenia. W zgromadzonym materiale dowodowym brak jest aneksów wprowadzających zmiany do zakresu umowy, jak również brak jest wymaganej pisemnej zgody zamawiającego na zmianę zakresu przedmiotowego umowy. Nie można również uznać za pisemny aneks pisma inwestora z dnia 24 lipca 2006 roku zatytułowanego „uwagi bieżące, przekazywane przez inwestora wykonawcy dla poprawienia ogólnego stanu budowy, jakości wykonania, zachowania terminów i względów bezpieczeństwa”, pisma pozwanego z 24 lipca 2006 roku dotyczącego zmian zatwierdzonych przez niego i dopuszczonych do realizacji, czy też pisma z dnia 27 lipca 2006 roku dotyczącego poprawek zalecanych przez inwestora, wskutek wadliwych wykonań wymienionych w piśmie prac, a także pozostałych pism pozwanych dotyczących konieczności wykonania prac usuwających niedokładności, czy usterki związane z budową. Zauważyć należy, że rodzaj wykonywanych prac dodatkowych nie był tego rodzaju, że można mówić o odrębnej od umowy zasadniczej innej umowie, które mogła być zawarta nawet ustnie pomiędzy stronami, albowiem przedmiot prac był tożsamy z pracami określonymi w umowie. A ponadto brak jest dokumentów, z których wynikałoby, że strony ustaliły te zmiany, zanim one zostały dokonane. Słusznie przy tym zwrócił uwagę Sąd Apelacyjny, w ramach udzielonych wytycznych do ponownego rozpoznania sprawy, że w istocie nie wiadomo za jakie prace wykonawca żąda kwoty 8 481,75 zł., albowiem brak jest danych co do tego, o jaki wykonany element obiektu w tym wypadku idzie. Powód mimo świadomości tych braków nie wykazał w toku ponownego rozpoznawania sprawy jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej w tym zakresie. W związku z powyższym powództwo J. B. (1) w tej części nie zasługiwało na uwzględnienie. Powód ten domagał się również zapłaty nieuiszczonej przez inwestorów części wynagrodzenia za określone w umowie i faktycznie wykonane przez niego prace dachowe, których wartość określił na kwotę 35 957,64 zł. Co do zasady powodowi należało w przyznać tu rację. Zacząć należy od tego, że pozwani w toku realizowania przez niego robót dachowych złożyli skuteczne oświadczenie o odstąpieniu od umowy, korzystając z uprawnienia wynikającego z §6 ust. 2 umowy, którego podstawę stanowiły okoliczności przewidziane w art. 637 k.c. w zw. z art. 656 k.c. oraz w art. 635 k.c. w zw. z 656 k.c. Analiza materiału dowodowego świadczy o wadliwym i nieterminowym wykonaniu części robót przez wykonawcę i nie usunięciu wad, mimo żądań inwestorów. O tym, w jaki sposób wykonawca traktował inwestorów świadczy treść jego zeznań złożonych na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2014 r. J. B. (1) przyznał, że budowę prowadził z odstępstwami od projektu, ale jak sam stwierdził „to się zdarza”. Stwierdził, że kierował się przy tym twierdzeniami kierownika M. M. (1), że dostosuje on projekt do odstępstw. Zdanie inwestorów nie było dla niego istotne. Twierdził wprawdzie, że wiedzieli oni o wszystkich zmianach, ale być może nie zdawali sobie sprawy z efektu, bo nie mieli wyobraźni. Nie zadbał o zachowanie formy pisemnej, aby nie tworzyć dokumentu skutkującego koniecznością przerwania prac i zgłoszenia zmian w trybie urzędowym, co wydłużałoby proces budowy. Jego twierdzenia o presji czasu wynikającej z woli inwestorów nie znalazły żadnego poparcia dowodowego. To J. B. (1) sam stworzył harmonogram prac i projekt umowy nakładający na strony obowiązek wprowadzania pisemnych zmian do umowy. Inwestorzy realizowali budowę z kredytu bankowego, z którego uruchamiano transze po zakończeniu kolejnego etapu prac. Żadnego nie wynika, aby domagali się odstąpienia od umowy i wywierali presję czasu na wykonawcy. To właśnie wykonawca, jako profesjonalista na rynku usług budowlanych, winien mieć świadomość skutków odstępowania od projektu i wprowadzania zmian bez pisemnego uzgodnienia ich z inwestorami. Nawet rzekoma presja ze strony inwestorów nie powinna skłaniać go do podejmowania działań niezgodnych z prawem i zasadami sztuki budowlanej. Powód bagatelizował uwagi pozwanych, nawet gdy zaczęli zgłaszać je na piśmie. Sam zeznał, że o technicznej stronie prac rozmawiał wyłącznie z kierownikiem budowy, a pozwanego pomijał uznając, że ten się nie zna. Występowanie usterek i odstępstw od projektu potwierdził w swoich zeznaniach na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2014 r. kierownik budowy M. M. (1) wyjaśniając przy tym, że nie zapisywał ich w dzienniku budowy, aby nie „pogarszać atmosfery”, zwłaszcza że liczył, iż wykonawca wady te usunie. Zakres wadliwie wykonanych prac wynika z opinii biegłego A. G.. Faktem jest, że wady te usuwali kolejni wykonawcy. Twierdzenia powoda kwestionujące występowanie wad sprzeczne są nie tylko z materiałem

dowodowym (opinia biegłego, zeznania świadków, dokumentacja zdjęciowa, przesłuchanie pozwanych i M. M. (1)), ale i z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Jaki bowiem sens miałoby zlecenie przez pozwanych naprawiania usterek i ponoszenia z tego tytułu dodatkowych, bieżących wydatków, jeśli prace dotychczasowego wykonawcy byłyby wykonane prawidłowo. Przy tym okolicznością obiektywną jest, że powód nie wykonał umówionych prac w ustalonym umową terminie. Nadto żądanie pozwanych o doprowadzenie budowy do należytego stanu w zakresie występujących uchybień potraktował jako podstawę do wystąpienia z żądaniem dodatkowej zapłaty. Wszystkie te okoliczności przemawiają za skutecznością odstąpienia przez pozwanych od umowy, czego zresztą powód nie kwestionował. Zachowanie stron świadczy, że oświadczenie pozwanych miało w ich zamierzeniu wywołać skutek ex nunc. Strony nie miały nawet zamiaru występowania o zwrot dotychczasowych świadczeń. Bez wątplenia ich wolą było zakończenie współpracy i rozliczenie według aktualnego stanu, w czym oczywiście istotnie się różniły. Powód stał na stanowisku, że należy mu się wynagrodzenie za wykonaną część robót dachowych i roboty, które uznał za wykonane dodatkowo, a pozwani uznali, że popełnione przez powoda usterek nie uprawniają go do żądania jakiegokolwiek dalszego wynagrodzenia, lecz zobowiązują do pokrycia kosztów ich naprawy. Przy tego rodzaju skutku odstąpienia od umowy skonstatować należy, że rozliczenie zachowanej części robót dachowych /wykonanych, a nieobjętych skutkiem odstąpienia/ musi nastąpić według zasad przewidzianych w umowie, tzn. wykonawcy należy się umówione wynagrodzenie tylko za wykonane roboty, a rozliczenie musi nastąpić w sposób odpowiadający umowie, skoro w tej części pozostała w mocy. Powód wykonał roboty dachowe w zakresie, który można uznać za prawidłowy /tzn. nadający się do dalszego wykorzystania/ wyłącznie w zakresie 44,3 %, a tym samym należąca mu proporcjonalnie część określonego ryczałtowo wynagrodzenia za te prace wynosi 32 569,23 zł. Tym samym sąd rozstrzygnął jak w pkt I1. i 2. sentencji, przy czym o należnych powodowi odsetkach orzeczono na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c. Skutkiem odstąpienia od umowy była konieczność rozliczenia z powodem za wykonane prace, a skoro pozwani nie zapłacili należnej mu części wynagrodzenia i w żaden sposób nie zniweczyli jego roszczenia, nie zastosowali się przy tym do wezwania o zapłatę, zatem pozostawali w zwłoce ze spełnieniem świadczenia i roszczenie powoda było w tym zakresie usprawiedliwione.

W ramach powództwa wzajemnego E. K. i J. K. (1) domagali się zasądzenia od J. B. (1) na ich rzecz kwoty 89 587,92 zł. tytułem odszkodowania za koszty robót naprawczych w ramach wad powstałych w związku z nienależytym wykonaniem umowy o roboty budowlane oraz kwoty 258 000 zł. tytułem odszkodowania za niezgodne z projektem posadowienie budynku, która w świetle opinii biegłego obejmowała koszt jego podniesienia do właściwego poziomu posadowienia. W zakresie pierwszego z roszczeń powództwo zasługiwało na uwzględnienie do kwoty 22 399,37 zł. Aktualność zachowują tu wszystkie uwagi poczynione wcześniej na temat skuteczności odstąpienia przez powodów wzajemnych od umowy z pozwanym wzajemnym. Projekt, na podstawie którego wykonawca miał wykonywać określone prace, stanowił integralną część umowy stron, zatem wszelkie odstępstwa od projektu, bądź wprowadzane zmiany, a także wykonywanie robót niezgodnie z projektem i zasadami sztuki budowlanej, stanowi nienależyte wykonanie umowy. Zauważyć ponadto należy, że projekt dołączony do umowy, jako jej integralna część, stanowił podstawę do uzyskania przez inwestora pozwolenia na budowę obiektu, który po zakończeniu inwestycji ma być przedmiotem odbioru technicznego i w konsekwencji formalnego oddania do użytku. Realizowanie zatem inwestycji niezgodnie z projektem jest nie tylko nienależytym wykonaniem umowy, ale także może narazić stronę na daleko posunięte konsekwencje w zakresie prawa budowlanego i administracyjnego. Z ustalonego stanu faktycznego wynika jednoznacznie, że wykonawca w sposób częściowo nienależyty, niezgodny z umową, wykonał łączącą strony umowę. Wykonany przez niego obiekt miał różnorakie wady, opisane szczegółowo w opinii biegłego. Jeżeli roboty budowlane wykonane zostały wadliwie, inwestor może realizować swoje uprawnienia wynikające z rękojmi lub roszczenia odszkodowawcze na zasadach ogólnych. Wybór uprawnienia należy do inwestora (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. sygn. I C KN 301/00). W rozpoznawanej sprawie powodowie wzajemni domagali się zapłaty żądanej w pozwie kwoty opierając swoje roszczenia na zasadach ogólnych, wynikających z treści art. 471 k.c., zgodnie z którym 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. Przepis ten statuuje domniemanie winy dłużnika; to na nim spoczywa ciężar dowodu wykazania braku swojej winy. Powodowie zaś wykazać muszą, zgodnie z regułami wynikającymi z art. 6 k.c., przesłanki odpowiedzialności - a mianowicie powstanie szkody, jej wysokość i związek przyczynowy pomiędzy

działaniem pozwanego, a szkodą. Analizując niniejszą sprawę w zakresie ustalania należnego powodom wzajemnym odszkodowania uznać należało, że wykazana i udowodniona przez nich, zgodnie z powołanymi zasadami, jest szkoda o wartości 22 399,37 zł. Na sumę tą składała się kwota koniecznych kosztów poniesionych przez powodów wzajemnych w celu bezpośredniego usunięcia wad występujących w ramach prac wykonanych przez pozwanego wzajemnego. Kwota ta wynika z opinii biegłego, opartej na analizie występujących wad i kosztów rzeczywiście poniesionych przez inwestorów, a przyczynowo związanych z ich usuwaniem. Warto podkreślić, że opinia ta ostatecznie została przez powodów wzajemnych uznana. Analiza materiału dowodowego prowadzi do wniosku, że prace zlecone przez inwestorów kolejnym wykonawcom znacząco wykraczały poza ramy usuwania wad popełnionych przez J. B. (1) i polegały na kontynuowaniu procesu budowlanego. Tylko część tych prac, szczegółowo opisanych w ramach stanu faktycznego, dotyczyła naprawiania usterek i ich koszt, obejmujący robociznę i zakup koniecznych materiałów, zamykał się w kwocie 22 399,37 zł. Przy czym istotnym jest, że nie są to kwoty kosztorysowe, lecz wydatki faktycznie poniesione przez powodów wzajemnych, a ich wysokość nie odbiegała od realiów rynkowych. Nie było podstaw do traktowania jako szkody wskazanych przez powodów wzajemnych wydatków na rachunki telefoniczne i zakup paliwa. Nie wykazali oni bowiem istnienia adekwatnego związku przyczynowego między tymi wydatkami, a koniecznością usuwania wad popełnionych przez pozwanego wzajemnego. Rachunki te obejmują całokształt wydatków powodów wzajemnych i nie sposób uznać, aby w tym okresie ich działalność ograniczała się tylko do tego jednego celu. Zwłaszcza, że prowadzili oni wówczas działalność gospodarczą /w branży pozabudowlanej/ i dokumenty te wskazują, że wydatki te rozliczali w ramach prowadzonej działalności. Z pewnością nie robiliby tego, gdyby wydatki nie miały z nią związku, tylko dotyczyły działalności na polu niezawodowym. A zatem próba obciążenia tymi wydatkami pozwanego wzajemnego w ramach roszczenia odszkodowawczego stanowi nieuprawnione nadużycie i nie zasługiwała na uwzględnienie. Nie było też podstaw do traktowania kosztów prywatnej ekspertyzy w kategoriach szkody. S. K. (1) przejął obowiązki kierownika budowy i jego rolą w ramach tej funkcji było kierowanie procesem budowlanym w ramach kontynuacji prac. Jako kierownik budowy miał stwierdzić, czy jakiegokolwiek prace należy poprawić. Zlecenie mu ekspertyzy nie pozostawało w adekwatnym związku ze szkodą zaistniałą na skutek wadliwego wykonania umowy przez J. B. (1). W zakresie drugiego składnika roszczenia powodów wzajemnych ich powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie. Sąd nie podzielił przekonania powodów wzajemnych, że zmiana poziomu posadowienia budynku spowodowała szkodę, która może zostać naprawiona jedynie przez podniesienie do właściwego poziomu bądź wyburzenie istniejącego budynku i postawienie go od nowa i dlatego oddalił żądanie w zakresie kwoty 258 000 zł. Projekt, który powodowie wybrali jest projektem powtarzalnym, stypizowanym i zakupionym z otwartego katalogu, a jedynie dostosowanym do uwarunkowań lokalnych w celu spełnienia wymogów wynikających z prawa budowlanego. Argumentem najbardziej przekonującym o niezasadności tego roszczenia jest fakt, że powodowie wzajemni, mimo świadomości tej wady zdecydowali o kontynuowaniu procesu budowlanego. Nowy kierownik budowy także nie dostrzegł przeciwwskazań do kontynuowania procesu budowlanego i wstrzymania robót. Gdyby wadliwość posadowienia budynku skutkować miała zagrożeniami, o których powodowie wzajemni twierdzą, to z pewnością nie zdecydowaliby o kontynuowaniu budowy i wykańczeniu budynku w wysokim standardzie. Takie działanie świadczyłoby bowiem o niewytłumaczalnej nieracjonalności i prowadziło do zwiększenia zakresu szkody, obciążając ich współodpowiedzialnością /art. 362 k.c./ Żaden z przeprowadzonych dowodów nie potwierdził, aby niegodne z projektem posadowienie budynku wyłączało możliwość jego normalnego użytkowania, a zwłaszcza aby budynek stwarzał niebezpieczeństwo w zakresie konstrukcji i możliwości użytkowania. Przedstawione sądowi dowody wskazują na okoliczność przeciwną, a mianowicie, iż powodowie wzajemni wykończyli budynek i normalnie go użytkują, zgodnie z jego przeznaczeniem. Sformułowane przez nich żądanie zapłaty w tym zakresie wykracza poza cywilnoprawną konstrukcję pojęcia szkody. Nie powstał bowiem w sferze ich dóbr materialnych uszczerbek w postaci niemożności użytkowania tak posadowionego domu zgodnie z jego zasadniczym przeznaczeniem. Wobec powyższego sąd rozstrzygnął jak w pkt II 1. i 2. sentencji. O należnych powodom wzajemnym odsetkach sąd rozstrzygnął na podstawie art. 455 k.c. w zw. z art. 481 § 1 i 2 k.c., albowiem termin spełnienia świadczenia odszkodowawczego nie był oznaczony i nie wynikał z samej właściwości zobowiązania. Powodowie wzajemni informowali pozwanego wzajemnego o różnych swoich roszczeniach, ale w sposób jednoznaczny wyrazili je dopiero w pozwie wzajemnym. To pozew ten można zatem traktować jako skuteczne wezwanie do zapłaty i skoro jego odpis trafił do pozwanego wzajemnego w dniu 26 lutego 2007 r., zatem jeden dzień powinien wystarczyć mu na podjęcie decyzji o zaspokojeniu roszczeń powodów wzajemnych w uzasadnionym zakresie. To pozwanego wzajemnego obciąża błędna decyzja o

odmowie uznania ich roszczeń w jakimkolwiek zakresie. Pozwany wzajemny był wszakże świadomy popełnionych przez siebie wad i w tym zakresie jeden dzień z pewnością odpowiada pojęciu „niezwłocznie po wezwaniu”.

W ramach powództwa E. K. i J. K. (1) przeciwko M. M. (1) domagali się oni zasądzenia od pozwanego na ich rzecz kwoty 89 587,92 zł. tytułem odszkodowania za koszty robót naprawczych w ramach wad powstałych w związku z nienależytym wykonaniem umowy o roboty budowlane oraz kwoty 258 000 zł. tytułem odszkodowania za niezgodne z projektem posadowienie budynku, która w świetle opinii biegłego obejmowała koszt jego podniesienia do właściwego poziomu posadowienia. Wskazywali przy tym na wspólny /in solidum/ charakter jego odpowiedzialności z J. B. (1). Sąd Apelacyjny przekazując sprawę do ponownego rozpoznania dał wyraz przekonaniu, że stron nie łączył umowny stosunek prawny i ewentualną odpowiedzialność M. M. (1) należałoby rozważyć pod kątem przesłanek wynikających z art. 415 k.c. W toku ponownego rozpoznawania sprawy, podczas przesłuchania stron, ujawniła się nieznaną dotychczas okoliczność, iż M. M. (1) pełnił funkcję kierownika budowy za wynagrodzeniem. Może to prowadzić do wniosku, że pomiędzy stronami zaistniał jednak umowny stosunek prawny, na podstawie którego powodowie powierzyli mu pełnienie obowiązków kierownika budowy za umówionym z góry wynagrodzeniem / art.750 k.c. w zw. z art. 734 § 1 k.c./ Jeśli zasad odpowiedzialności pozwanego poszukiwać w ramach reżimu deliktowego, to oznaczałoby konieczność ustalenia szkody, zawinionego działania /zaniechania/ pozwanego oraz związku przyczynowego pomiędzy tym działaniem /zaniechaniem/, a wystąpieniem szkody. Szkada poniesiona przez powodów została już wcześniej przedstawiona i rozważania te zachowują aktualność na gruncie niniejszego powództwa. Oceny wymagało, czy pozwany pełniąc funkcję kierownika budowy dopuścił się uchybień i to tego rodzaju, które mogły doprowadzić do wystąpienia tej szkody. Pozwany konsekwentnie twierdził, że nie był stroną umowy z powodami, został w dokumentach dopisany bez swojej woli i ich roszczenia wobec niego nie mają żadnego uzasadnienia, skoro to powodowie jako inwestorzy odpowiadali w sposób wyłączny za przygotowanie i prowadzenie procesu budowy z odstępstwami od przepisów. Sąd Apelacyjny udzielając wytycznych zwrócił uwagę, że czynem niedozwolonym jest takie działanie lub zaniechanie sprawcy, które niezależnie od tego, że nie jest objęte zobowiązaniem, stanowi naruszenie obowiązującego przepisu prawa lub zasad współżycia społecznego. Wskazał przy tym, że w sprawie nie idzie tylko o to, iż kierownik budowy nie wykonywał obowiązków wykonawcy i projektanta, lecz o to, czy dostrzegał nieprawidłowości projektowe i wykonawcze, o ile były tego rodzaju, że mógł je rozpoznać nie będąc wykonawcą i projektantem, a dostrzegając nie reagował co najmniej przez zawiadomienie inwestorów, bądź przez odpowiednie wpisy do dziennika budowy, mogące zapobiec nieprawidłowościom, a tym samym szkodzie, lecz tego zaniechał. Z przeprowadzonego postępowania dowodowego wynika, że pozwany uchybił swoim obowiązkom kierownika budowy. Przede wszystkim sam dopuszczał się czynności skutkującymi świadomym naruszeniem przepisów i zasad sztuki budowlanej. Już na wstępnym etapie dostrzegł braki w projekcie, lecz nie odesłał inwestorów do projektanta o uzupełnienie danych odnośnie poziomu „zero” i rzędnych posadowienia. Samowolnie podjął decyzję o posadowieniu budynku, z pełną świadomością, że będzie to na tyle istotne odstępstwo od projektu, że będzie skutkowało koniecznością jego zmiany i znacząco zmieni parametry budynku. Pozwany, jako profesjonalista nie mógł łamać przepisów, w ramach których działał, nawet jeśli taka byłaby wola inwestorów. Po to ustawodawca wprowadził do procesu budowlanego kierownika budowy jako jego samodzielnego uczestnika, aby uniezależnić jego pozycję i zapewnić mu możliwość wykonywania funkcji zgodnie z przepisami i zasadami wiedzy technicznej oraz zobowiązać do należytej staranności w wykonywaniu pracy, jej właściwej organizacji, bezpieczeństwa i jakości – art. 12 ust. 1 pkt 2 i ust. 6 w zw. z art. 17 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane / t.jedn. Dz.U. 2013 poz. 1409 z późn. zm./. Obowiązki kierownika budowy określa art. 22 tejże ustawy sytuując wśród nich min. konieczność zapewnienie geodezyjnego wytyczenia obiektu oraz zorganizowanie budowy i kierowanie budową obiektu budowlanego w sposób zgodny z projektem i pozwoleniem na budowę, przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, oraz przepisami bezpieczeństwa i higieny pracy /pkt 3/. Kierownik budowy nie jest uprawniony do prowadzenia budowy wbrew projektowi, nawet jeśli takie byłyby oczekiwania inwestora, czy jego własne przeświadczenie. Kierownik budowy ma znaleźć geodetę, umożliwić mu wytyczenie obiektów i sprawdzić, czy zgadza się to z zatwierdzonym projektem i czy pozwoli to wybudować zgodnie z wytyczeniem zaprojektowany obiekt. Gdyby zachodziły jakiegokolwiek przeszkody kierownik budowy powinien wystąpić do inwestora o zmiany w rozwiązaniach projektowych, jeżeli są one uzasadnione koniecznością zwiększenia bezpieczeństwa realizacji robót budowlanych lub usprawnienia procesu budowy /art. 23 pkt 1 ustawy/. Prawo wystąpienia do inwestora o wprowadzenie odpowiednich

zmian w projekcie, które to zmiany zapewnią prawidłowość budowy, zwiększą bezpieczeństwo wykonywanych robót lub usprawnią proces budowy, jeśli kierownik z niego nie skorzysta, może stać się źródłem roszczeń inwestora, który mógłby, w przypadku właściwych zachowań kierownika budowy, uniknąć zbędnych wydatków. Kierownik budowy ma bowiem obowiązek realizować to, co zostało zaprojektowane, oczywiście jego sugestie zgłaszane inwestorowi powinny być brane pod uwagę przez pozostałych uczestników procesu budowlanego i, jeśli uznają to za słuszne, wprowadzane w życie /tak R. D. i P. Z. w Komentarzu do ustawy Prawo Budowlane, Wyd. ABC, rok 2006/. Zgodnie z art. 42 ust. 2 pkt 1 ustawy kierownik budowy zobowiązany jest do prowadzenia dziennika budowy. Zasady prowadzenia dziennika budowy reguluje Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. /Dz.U. nr 108 poz. 953 z późn. zm/ w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia. Zgodnie z § 2 tego aktu dziennik budowy jest przeznaczony do rejestracji, w formie wpisów, przebiegu robót budowlanych oraz wszystkich zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku ich wykonywania i mających znaczenie przy ocenie technicznej prawidłowości wykonywania budowy, rozbiórki lub montażu /ust. 1/. Dziennik budowy prowadzi się w taki sposób, aby z dokonywanych w nim wpisów wynikała kolejność zdarzeń i okoliczności, o których mowa w ust. 1./ ust. 2/. Z łącznej analizy powołanych przepisów wynika, że do obowiązków kierownika budowy należy prowadzenie dokumentacji budowy i sporządzenie dokumentacji powykonawczej. Jak w swojej publikacji stwierdzili powołani już komentatorzy: „Dlatego niezwykle ważną cechą u osoby pełniącej tę funkcję jest systematyczność i skrupulatność. Dobrze prowadzona dokumentacja budowy praktycznie sama z siebie staje się dobrze sporządzoną dokumentacją powykonawczą. Dziennik budowy jest dokumentem służącym do utrwalania na bieżąco wszystkich zdarzeń z procesu wykonania robót budowlanych. Pozwala to na ustalenie, kiedy i jakie błędy zostały popełnione, oczywiście jeśli były błędy”. Tymczasem pozwany podczas przesłuchania przyznał, że samodzielnie podejmował decyzję o świadomym odstąpieniu od projektu i nie wzmiankował o tym w dzienniku budowy. Przyznał też, że działał tak na własne ryzyko, ale obecne roszczenia inwestora traktuje jako przejaw niewdzięczności, albowiem działał w jego interesie. Tymczasem podkreślić należy, że kierownik budowy nie może dopuścić prowadzenia budowy w sposób niezgodny z projektem nawet na żądanie inwestora. Winien wówczas wstrzymać budowę i polecić dostosowanie dokumentacji projektowej, albowiem w przeciwnym razie działa bezprawnie, wypełniając tym samym konieczną przesłankę odpowiedzialności deliktowej. Nie można też zaakceptować poglądu pozwanego, że wpisy do dziennika budowy mają charakter uznaniowy i można je dowolnie uzupełniać, także po zakończeniu budowy. Powołane przepisy wskazują na konieczność bieżącego dokonywania wpisów /świadczy też o tym sama nazwa tego dokumentu – dziennik/, w tym opisywanie wszelkich usterek i wad oraz ich napraw. Kierownik budowy nie jest uprawniony, aby pomijać zapisy o stwierdzonych wadach z myślą, że prawdopodobnie zostaną usunięte w przyszłości przez wykonawcę. Jego rolą jest rzetelne relacjonowanie przebiegu budowy i czuwanie nad prawidłowością tego procesu. Pozwany tymczasem zeznał, że zaniechał wpisów o występujących wadach nie chcąc „podgrzewać atmosfery”. Kierował się zatem pozaprawnymi przesłankami, zaniedbując swoje podstawowe obowiązki. Należy zauważyć, że pełnienie funkcji kierownika budowy ma charakter dobrowolny i jeśli „atmosfera” nie sprzyja należytemu wykonywaniu obowiązków, to kierownik może ustąpić ze swojej funkcji. Gdyby pozwany na bieżąco dokonywał wpisów o występujących wadach co do np. niezgodnego z projektem postawienia komina, niezgodnego z instrukcją producenta ułożenia folii izolacyjnej, nieprawidłowego nabicia łąt w konstrukcji dachowej i poinformował o tym inwestora, to umożliwiłby mu reakcję w odpowiednim momencie i zapobiegzenie powstaniu szkody. Tymczasem mimo, iż pozwany pełnił funkcję kierownika budowy za wynagrodzeniem pobieranym od powodów, to całkowicie ich pomijał swoim procesie ocenno-decyzyjnym, współdziałając wyłącznie z wykonawcą, którego uważał za wyłącznego partnera do rozmów. Przyjmuje przy tym postawę, iż niespotykanym jest, aby kierownik budowy co do zasady mógł być podmiotem jakichkolwiek roszczeń ze strony inwestora. Zwrócić więc należy uwagę na wprowadzone do obrotu prawnego Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej architektów oraz inżynierów budownictwa /Dz.U. nr 220 poz. 2174/, które określa szczegółowy zakres obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej architektów oraz inżynierów budownictwa za szkody wyrządzone w związku z wykonywaniem samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2003 r. Nr 207, poz. 2016) /§1/ i stanowi, iż ubezpieczeniem OC jest objęta odpowiedzialność cywilna architektów oraz inżynierów budownictwa za szkody wyrządzone w następstwie działania lub zaniechania ubezpieczonego, w okresie trwania ochrony ubezpieczeniowej, w związku z wykonywaniem samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie

w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych (§2). Gdyby podzielić stanowisko pozwanego o wyłączonej z zasady odpowiedzialności kierownika budowy to regulacja ta w oczywisty sposób byłaby zbędna. A zatem jej wprowadzenie świadczy o okoliczności wprost przeciwnej. Pozwany dopuścił się zatem działania bezprawnego, polegającego z jednej strony na samowolnym i świadomym odstępowaniu od projektu, a z drugiej na zaniechaniu obowiązków rzetelnego i bieżącego prowadzenia dziennika budowy i informowania inwestorów o stwierdzanych nieprawidłowościach wykonawczych. Pozwany bronił się przy tym, że nie mógł zapobiec nieprawidłowościom w prowadzonych robotach uczestnicząc w budowie tylko do pewnego etapu. Tymczasem wszystkie wady i usterki powstały wcześniej /częściowo nawet znacznie wcześniej/, niż pozwany opuścił budowę. Gdyby należycie i na bieżąco prowadził dziennik budowy, to stworzyłby powodowi możliwość wcześniejszego zareagowania i uniknięcia późniejszej konieczności naprawiania wad popełnionych przez wykonawcę przy udziale podmiotów trzecich. Wynika to zarówno z zeznań świadka s. K., jak i z opinii biegłego A. G., które to dowody wskazują na niewłaściwy sposób prowadzenia dziennika budowy, uniemożliwiający bieżące egzekwowanie od wykonawcy czynności naprawczych. Powodowie nie musieli wiedzieć, czy do budowy komina używa się cegły dziurawki, jak prawidłowo spoinuje się przestrzenie w ścianach, jak montuje się dachówki oraz w jaki sposób instaluje się folię kubelkową. Gdyby pozwany poprzez bieżące wpisy reagował na popełniane usterki, to zmuszałoby to wykonawcę do ich usuwania i nie narażało na straty kosztów i czasu. Nadto, dawałoby inwestorom ogląd na jakość prac wykonawcy i umożliwiało egzekwowanie przysługujących im praw i tym samym ograniczenie ewentualnych strat. Pozwany podnosił też, że został zmuszony do opuszczenia budowy i nie mógł reagować. Tymczasem przesłuchanie powoda i zeznania świadka S. K. wskazują, że to pozwany nie chciał przyjść na teren budowy i faktem jest, że tam się nie pojawił, co samo w sobie stanowiło naruszenie §6 ust. 4 powoływanego już Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r., który nakłada na ustępującego kierownika budowy obowiązek jej przekazania. Całokształt powyżej przedstawionych okoliczności świadczy, iż pozwany M. M. (1) nie wywiązywał się z podstawowych obowiązków kierownika budowy i tolerując nieprawidłowości wykonawcze bez informowania o tym powodów naraził ich na szkodę polegającą na tym, że po odstąpieniu od umowy byli oni zmuszeni ponieść koszty naprawy usterek. Gdyby wywiązał się ze swoich obowiązków to mógłby ograniczyć zakres wadliwych prac, a stwierdzone usterki byłyby naprawiane na bieżąco – przed odstąpieniem od umowy, do czego zresztą w ogóle mogłoby wówczas nie dojść. Ewentualnie powodowie mogliby wcześniej odstąpić od umowy i ograniczyć swoje straty, gdyby mieli świadomość popełnianych przez wykonawcę błędów, bądź gdyby wykonawca nie stosował się do zaleceń kierownika budowy i nie usuwał usterek na bieżąco. W zakresie dotyczącym poniesionej przez powodów szkody aktualność zachowują rozważania poczynione na gruncie analizy powództwa wzajemnego i zbędne jest ich powielanie w tym miejscu. Na marginesie można zauważyć, że oceny odpowiedzialności pozwanego nie zmieniałoby to, gdyby dokonać jej przez pryzmat art. 471 k.c. Pozwany podjął na zlecenie powodów funkcję kierownika ich budowy, za wynagrodzeniem. Postępowanie dowodowe wykazało, że nie wywiązał się z obowiązku starannego działania wynikającego z art. 750 k.c. w zw. z art. 734 § 1 k.c. Uchybienia pozwanego w tym zakresie i ich związek z poniesioną przez powodów szkodą zostały przedstawione podczas dokonywania oceny w ramach odpowiedzialności deliktowej. Zatem ocena roszczenia powodów względem tego pozwanego będzie tożsama, nienależnie od przyjętej podstawy w ramach reżimu kontraktowego bądź deliktowego. Tym samym sąd rozstrzygnął jak w pkt III 1. i 2. sentencji. O należnych powodowi wzajemnym odsetkach sąd rozstrzygnął na podstawie art. 455 k.c. w zw. z art. 481 § 1 i 2 k.c., albowiem termin spełnienia świadczenia odszkodowawczego nie był oznaczony i nie wynikał z samej właściwości zobowiązania. Powodowie wzajemni skonstruowali swoje roszczenie dopiero poprzez wezwanie pozwanego do udziału w sprawie w charakterze pozwanego. Ogłoszenie mu postanowienia w tym przedmiocie nastąpiło w dniu 4 lipca 2007 r. i dopiero ten dzień można traktować jako skuteczne wezwanie do zapłaty. Pozwany znał stan sprawy, wobec czego jeden dzień powinien wystarczyć mu na podjęcie decyzji o zaspokojeniu roszczeń powodów w uzasadnionym zakresie. To pozwanego obciąża błędna decyzja o odmowie uznania ich roszczeń w jakimkolwiek zakresie. Pozwany był wszakże świadomy popełnionych przez siebie uchybień, o czym sam przyznał podczas przesłuchania w charakterze strony i w tym zakresie jeden dzień z pewnością odpowiada w tym przypadku pojęciu „niezwłocznie po wezwaniu”.

Ponieważ każdy z pozwanych odpowiada za szkodę powodów na innej podstawie prawnej (in solidum), dlatego koniecznym było zastrzeżenie w pkt IV sentencji, że zapłata należności zasądzonych powodom przez jednego z pozwanych zwolni drugiego z nich.

O kosztach procesu pomiędzy J. B. (1), a E. K. i J. K. (1) sąd rozstrzygnął na podstawie art. 108 § 1 i 2 k.p.c. i zgodnie z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w związku z art. 100 k.p.c. i w zw. z §2 ust. 1 i 2 oraz §6 pkt 6 i w zw. z §13 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t.jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 461). Roszczenie powoda okazało się usprawiedliwione w zakresie 56% dochodzonej od pozwanych kwoty. Koszty poniesione przez niego w tej sprawie składały się na sumę 11 774 zł. i obejmowały uiszczoną w należnym zakresie opłatę od pozwu /2 885 zł./, połowę wartości uiszczonych zaliczek na poczet opinii biegłych /1 250 zł./, uiszczoną opłatę od apelacji w zakresie dotyczącym tego powództwa /2 222 zł./ i wynagrodzenie pełnomocnika w stawkach minimalnych za reprezentację w obu instancjach z opłatą skarbową od złożonego dokumentu pełnomocnictwa /3 617 zł. – I instancja i 1 800 zł. – II instancja – liczone od zmniejszonej wartości przedmiotu zaskarżenia w stosunku do pierwotnej wartości przedmiotu sporu/. Należna mu z tej kwoty część, proporcjonalnie do wyniku postępowania, to kwota 6 594 zł. Celowe koszty pozwanych w tej sprawie obejmowały jedynie wynagrodzenie jednego pełnomocnika reprezentującego ich w postępowaniu pierwszoinstancyjnym z opłatą skarbową od złożonego dokumentu pełnomocnictwa i wyniosły 3 617 zł. Należna im z tej kwoty część, proporcjonalnie do wyniku postępowania /czyli 44%/ to kwota 1 592 zł. Po dokonaniu wzajemnej kompensaty należnych stronom kosztów należało z tego tytułu zasądzić na rzecz powoda kwotę 5 002 zł.

O kosztach procesu pomiędzy E. K. i J. K. (1), a J. B. (1) sąd rozstrzygnął na podstawie art. 108 § 1 i 2 k.p.c. i zgodnie z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w związku z art. 100 k.p.c. i w zw. z §2 ust. 1 i 2 oraz §6 pkt 7 i w zw. z §13 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t.jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 461). Roszczenie powodów wzajemnych okazało się usprawiedliwione w zakresie 6,5% dochodzonej od pozwanego wzajemnego kwoty. Koszty poniesione przez nich w tej sprawie /jednocześnie w sprawie z powództwa przeciwko M. M. (1)/ składały się na sumę 24 597 zł. i obejmowały uiszczoną w należnym zakresie opłatę od pozwu /17 380 zł./ i wynagrodzenie jednego pełnomocnika reprezentującego ich w postępowaniu pierwszoinstancyjnym z opłatą skarbową od złożonego dokumentu pełnomocnictwa /7 217 zł./ Należna im z tej kwoty część, proporcjonalnie do wyniku postępowania to kwota 1 600 zł., która rozkłada się po równo na koszty tego postępowania i na koszty postępowania przeciwko M. M. (1), a zatem w tym procesie obejmuje kwotę 800 zł. Celowe koszty pozwanego wzajemnego w tej sprawie składały się na kwotę 15 431 zł. i obejmowały połowę wartości uiszczonych zaliczek na opinie biegłego, które w równym stopniu odnosiły się do obu powództw /1 250 zł./, część opłaty od apelacji w zakresie dotyczącym tego powództwa /1 581 zł./ i pełnomocnika w stawkach minimalnych za reprezentację w obu instancjach z opłatą skarbową od złożonego dokumentu pełnomocnictwa /7 200 zł. – I instancja i 5 400 zł. – II instancja/. Należna mu z tej kwoty część, proporcjonalnie do wyniku postępowania to kwota 14 428 zł. Po dokonaniu wzajemnej kompensaty należnych stronom kosztów należało z tego tytułu zasądzić na rzecz pozwanego wzajemnego kwotę 13 628 zł.

O kosztach procesu pomiędzy E. K. i J. K. (1), a M. M. (1) z uwzględnienie interwencji bocznej Towarzystwa (...) Spółki Akcyjnej w W., sąd rozstrzygnął na podstawie art. 108 § 1 i 2 k.p.c. i zgodnie z art. 107 k.p.c. w zw. z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w związku z art. 100 k.p.c. i w zw. z §2 ust. 1 i 2 oraz §6 pkt 7 i w zw. z §13 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t.jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 461). Roszczenie powodów okazało się usprawiedliwione w zakresie 6,5% dochodzonej od pozwanego kwoty. Koszty poniesione przez nich w tej sprawie /jednocześnie w sprawie z powództwa wzajemnego przeciwko J. B. (1)/ składały się na sumę 24 597 zł. i obejmowały uiszczoną w należnym zakresie opłatę od pozwu /17 380 zł./ i wynagrodzenie jednego pełnomocnika reprezentującego ich w postępowaniu pierwszoinstancyjnym z opłatą skarbową od złożonego dokumentu pełnomocnictwa /7 217 zł./ Należna im z tej kwoty część, proporcjonalnie do wyniku postępowania to kwota 1 600 zł., która rozkłada się po równo na koszty tego postępowania i na koszty postępowania przeciwko J.

B. (1), a zatem w tym procesie obejmuje kwotę 800 zł. Celowe koszty pozwanego w tej sprawie wynosiły 12 617 zł. i obejmowały wyłącznie wynagrodzenie pełnomocnika w stawkach minimalnych za reprezentację w obu instancjach /7 200 zł. – I instancja i 5 400 zł. – II instancja/. Należna mu z tej kwoty część, proporcjonalnie do wyniku postępowania to kwota 11 797 zł. Po dokonaniu wzajemnej kompensaty należnych stronom kosztów należało z tego tytułu zasądzić na rzecz pozwanego wzajemnego kwotę 10 997 zł. Na sumę kosztów – 14 600 zł. poniesionych przez interwenienta ubocznego złożyły się opłata od interwencji /2 000 zł./ i wynagrodzenie pełnomocnika w stawkach minimalnych za reprezentację w obu instancjach /7 200 zł. – I instancja i 5 400 zł. – II instancja/. Interwenient podjął celową akcję procesową, aktywnie uczestniczył w postępowaniu, do czego zmuszał go gwarancyjny charakter odpowiedzialności w przypadku potwierdzenia zasadności roszczeń wobec pozwanego. Tym samym jego wniosek o zasądzenie kosztów procesu co do zasady zasługiwał na uwzględnienie, a zasadny okazał się proporcjonalnie do wyniku postępowania przeciwko M. M. (1) /tj. w zakresie 93,5%, w jakim powództwo oddalono zgodnie ze stanowiskiem interwenienta/, czyli do kwoty 13 651 zł., którą obciążono powodów, jako przegrywających spór.

O należnych Skarbowi Państwa od pozwanego kosztach, wynikających z obowiązku pokrycia tymczasowo skredytowanych wydatków na poczet wynagrodzenia biegłych sporządzających zlecone w sprawach opinie, które nie znalazły pokrycia w uiszczonych zaliczkach sąd rozstrzygnął na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.jedn. Dz.U. z 2010 r. nr 90 poz. 594 z późn. zm.), stosując odpowiednio zasady wynikające z przytoczonych wyżej przepisów regulujących materię kosztów procesu. Poniesione przez Skarb Państwa /bez pokrycia w zaliczkach/ wydatki na wynagrodzenie biegłych wyniosły łącznie 5 840,99 zł. Wydatki te w równym stopniu dotyczyły powództwa głównego i wzajemnego, zatem po połowie /czyli po 2 920,49 zł./ należało jej rozliczyć w każdym z tych postępowań. Skoro w ramach powództwa głównego J. B. (1) przegrał w zakresie 44%, zatem należało proporcjonalnie nakazać pobranie od niego kwoty 1 285,01 zł. /pkt V sentencji/. Na pozwanych przypadła zatem kwota 1 635,48 zł. W ramach powództwa wzajemnego i powództwa przeciwko M. M. (1) koszty poniesione przez Skarb Państwa obejmowały oprócz wydatków na opinie biegłych /2 920,49 zł./ także wartość opłaty od wniesionej przez powodów wzajemnych apelacji, od uiszczenia której zostali przez sąd zwolnieni /15 799 zł./ Zatem łączna suma należności Skarbu Państwa w ramach tych powództw wyniosła 18 719,49 zł. Pozwani przegrali swoje procesy w zakresie po 6,5%, zatem należało proporcjonalnie nakazać pobranie od nich kwoty 1 216,77 zł. /pkt VI sentencji/, podczas gdy na pozwanych przypadła do pokrycia kwota 17 502,72 zł. Wynika z tego, że sąd powinien nakazać ściąganie z zasądzonego na rzecz powodów roszczenia przypadającą na nich kwotę należności Skarbu Państwa w wysokości łącznej 19 138,20 zł./ art. 113 ust 2 pkt 1 ustawy z dnia 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych/. Mając na względzie, że nakazanie ściągnięcia tej kwoty w zasadzie doprowadziłoby do skonsumowania świadczenia odszkodowawczego powodów, zatem sąd skorzystał z regulacji zawartej w art. 113 ust. 4 i odstąpił od obciążania J. K. (1) i E. K. tymi kosztami.