

Sygn. akt I ACa 469/12

akt I ACz 717/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 kwietnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Rzeszowie w I Wydziale Cywilnym w składzie:

Przewodniczący SSA Kazimierz Rusin (spr.)

Sędziowie: SA Jan Sokulski

SA Dariusz Mazurek

Protokolant Justyna Stępień

po rozpoznaniu w dniu 28 marca 2013 r. na rozprawie

sprawy z powództwa **Skarbu Państwa – Wojewódzkiej (...) w R.**

przeciwko **J. K. (1) i J. F.** przy udziale interwenientów ubocznych **K. W. i Towarzystwa (...) S.A w W.**

o zapłatę

na skutek apelacji powoda i pozwanego **J. K. (1)** oraz zażalenia interwenienta ubocznego **Towarzystwa (...) S.A w W.**

od wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie

z dnia 27 marca 2012 r. sygn. akt I C 658/09

I zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. **Zasądza** od pozwanych J. K. (1) i J. F. na rzecz powoda Skarbu Państwa – Wojewódzkiej (...) w R. kwotę 116.843 zł (sto szesnaście tysięcy osiemset czterdzieści trzy złote) z ustawowymi odsetkami od kwoty 29.022 zł od dnia 9 maja 2009r. i z ustawowymi odsetkami od kwoty 87.821 zł od dnia 27 marca 2012r. , przy czym spełnienie świadczenia przez jednego z pozwanych zwalnia drugiego,

2. **Zasądza** od pozwanego J. F. na rzecz powoda dalszą kwotę 15.132 zł (piętnaście tysięcy sto trzydzieści dwa złote) z ustawowymi odsetkami od dnia 27 marca 2012r.

3. **Oddala** powództwo w pozostałej części

4. **Zasądza** od pozwanych solidarnie na rzecz powoda kwotę 6.450 zł (sześć tysięcy czterysta pięćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu części kosztów procesu

5. **Nakazuje** ściągnąć od pozwanych solidarnie na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Rzeszowie) kwotę 5.842 zł (pięć tysięcy osiemset czterdzieści dwa zł), a od pozwanego J. F. dalszą kwotę 757 zł (siedemset pięćdziesiąt siedem) tytułem opłaty sądowej od pozwu, której powód nie miał obowiązku uiścić.

6. **Zasądza** od powoda na rzecz interwenienta ubocznego Towarzystwa (...) S.A. w W. kwotę 3.462 zł (trzy tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote) tytułem zwrotu części kosztów procesu.

II oddala apelację powoda i zażalenie interwenienta ubocznego w pozostałym zakresie oraz apelację pozwanego.

III zasądza od pozwanych solidarnie na rzecz powoda kwotę 2.700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego oraz znosi wzajemnie pomiędzy powodem, a interwenientem ubocznym koszty postępowania zażaleniowego.

IV nakazuje ściągnąć od pozwanych na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Rzeszowie) kwotę 5.842 zł (pięć tysięcy osiemset czterdzieści dwa złote), a od pozwanego J. F. dalszą kwotę 757 zł (siedemset pięćdziesiąt siedem złotych) tytułem opłaty sądowej od apelacji, której powód nie miał obowiązku uiścić.

UZASADNIENIE

Powód – Skarb Państwa - (...) w R. żądał pierwotnie w pozwie zasądzenia na jego rzecz od pozwanych J. K. (1) i J. F. in solidum kwoty 289.312,44 zł z ustawowymi odsetkami od wskazanych terminów wymagalności poszczególnych roszczeń wskazując w uzasadnieniu, że wobec nienależytego wykonania przez pierwszego z pozwanych umowy o roboty budowlane, zaś przez drugiego z nich – umowy o sprawowanie nadzoru inwestorskiego koszt usunięcia wad wyniesie 252.530,45zł, a ponadto powodowi przysługuje zwrot wyłożonych kosztów opracowania opinii przez biegłego rzeczoznawcę budowlanego (3.600zł i 5.520zł) oraz kosztów zleconego innej firmie zdjęcia części uszkodzonej elewacji i zabezpieczenia ściany wynoszących 27.661,99zł.

Jako podstawę prawną należności dochodzonych od pozwanego J. K. (1) powód wskazał przepis art. 471 kc powołując się na uprawnienia z gwarancji, a także alternatywnie na przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu i delikcie, zaś w odniesieniu do pozwanego J. F. – na przepis art. 471 kc jako znajdujący zastosowanie wobec nienależytego wykonania łączącej go z tym pozwanym umowy zlecenia. W dniu 13.01.2012r. powód cofnął pozew ponad kwotę 139.735,06zł bez zrzekania się roszczenia, na co pozwani nie wyrazili zgody.

Pozwani wnieśli o oddalenie powództwa zgłaszając zarzuty przedawnienia roszczeń powoda. Utrzymywali też, że wykonali swoje zobowiązania zgodnie z ich treścią, a uszkodzenie ocieplenia budynku nastąpiło na skutek siły wyższej-huraganowego wiatru.

Pozwany J. K. (1) zarzucił w szczególności, że ubezpieczyciel wypłacił powodowi z tego tytułu kwotę 5.000zł. Zgłosił też, że z względów ostrożności procesowej, zarzut potrącenia z wierzytelności powoda wzajemnych wierzytelności obejmujących koszty robót, za które nie otrzymał wynagrodzenia (9.000zł za wykonanie instalacji odgromowej, 4.223,42zł za wykonanie wymiany haków i uchwytów), a ponadto koszty prac zrealizowanych po wystąpieniu uszkodzeń elewacji (14.128,37zł za uzupełnienie fragmentu elewacji zerwanej w 2004r. i 6.906zł za usunięcie uszkodzonego docieplenia w 2008r), a także koszt robót dodatkowych polegających na dociepleniu ościeży w kwocie 28.334,79zł.

Interwenient uboczny po stronie pozwanego J. K. (1) K. W. nie sprecyzował swojego stanowiska procesowego.

Interwenient uboczny po stronie pozwanego J. F., tj. Towarzystwo (...) SA w W. zarzucił, że roszczenia powoda wobec tego pozwanego wynikające z umowy o dzieło uległy przedawnieniu po upływie 2- letniego terminu liczonego od daty odbioru dokonanego w listopadzie 2003r. a także zarzucił brak związku przyczynowego pomiędzy szkodą, a nienależytym wykonaniem obowiązków przez pozwanego jako inspektora nadzoru.

Wyrokiem wstępnym z 1.04.2010r. Sąd Okręgowy ustalił, że umowa o roboty budowlane zawarta przez powoda z pozwanym J. K. (1) jest bezwzględnie nieważna, a wyrok ten został uchylony na skutek apelacji powoda.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny.

W dniu 5.06.2003r. powód zawarł z pozwanym J. K. (1) prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Zakładu (...) w T. umowę o roboty budowlane w trybie negocjacji z zachowaniem konkurencji w ramach zamówienia publicznego, a przedmiotem tej umowy było wykonanie elewacji z dociepleniem budynku powoda przy ul. (...) w R., przy czym

pozwany miał zapewnić także materiały i sprzęt budowlany. Roboty zostały wykonane w systemie podwykonawstwa przez K. W. prowadzącego Firmę (...) w J.. W dniu 4 czerwca 2003r. powód zawarł z pozwanym J. F. umowę dotyczącą pełnienia nadzoru inwestorskiego nad robotami określoną jako umowa o dzieło. Obowiązki kierownika budowy pełnił W. R.. Protokolarny odbiór robót nastąpił w dniu 31.10.2010r. bez zastrzeżeń co do ich jakości. Pozwany J. K. (1) wykonał też roboty dodatkowe w postaci docieplenia ościeży i ochrony narożników wypukłych o wartości 28.334,79zł, które zostały przekazane powodowi w formie darowizny. W nocy z 19 na 20.11.2004r w czasie kiedy wiał porywisty wiatr został oderwany fragment ocieplenia na ścianie bocznej budynku od strony ulicy (...) do wysokości IV piętra. Pozwany J. K. (1) poprzez swojego podwykonawcę uzupełnił uszkodzone docieplenie bez przeprowadzenia potrzebnych prac naprawczych w zakresie nośności podłoża, co nie usunęło przyczyn powstałej wady. W pozostałym zakresie pozwany dokonał wzmocnienia docieplenia ściany metalowymi kotwami, co jednak okazało się niewystarczające i w efekcie pozwany zlecił na swój koszt rozbiórkę docieplenia na lewej stronie ściany kosztem 6.906,12zł, a druga część elewacji została usunięta już na koszt powoda, wynoszący 27.661,99zł. Przyczyną uszkodzenia ocieplenia było niezrealizowanie robót w sposób przewidziany stosownymi instrukcjami, tj. niezastosowanie się do wymogów technologicznych przewidujących sprawdzenie oraz przygotowanie podłoża, a w przypadku stwierdzenia ubytków większych od 10 mm i spękań warstw zewnętrznych – usunięcie głuchej wyprawy tynkowej i wykonanie nowego tynku cementowego. Ponadto wykonawca dopuścił się błędów wynikających z braku zachowania elementarnych zasad sztuki budowlanej przez to, że dokonywał niwelacji nierówności ścian poprzez stosowanie dodatkowych wklejek styropianu co było niedopuszczalne technologicznie i dyskwalifikowało wykonane roboty, a ponadto błędne było mocowanie płyt izolacji termicznej przy użyciu zaprawy klejowej, którą położono niestarannie w niepełnej ilości i bez nałożenia jej na obwodzie płyt. Oderwanie płyt przez wiejący wiatr było przewidywalnym skutkiem źle wykonanych prac, a warunki atmosferyczne jedynie obnażyły wadliwość jakość robót. Dodatkową wadę stanowiły przebarwienia tynku spowodowane niestarannym jego zatarciem. Pozwany J. K. (1) nie wyraził zgody na usunięcie wad w ramach gwarancji.

Powód zlecił rzeczoznawcy budowlanemu M. C. opracowanie opinii technicznej dotyczącej wykonania docieplenia następnie opinii uzupełniającej i zapłacił za ich sporządzenie kolejno 3.600zł i 5.520zł.

Powód zgłosił ubezpieczycielowi – (...) SA szkodę w postaci oderwania części elewacji na skutek huraganu, lecz zgłoszenie zostało uznane za spóźnione i jedynie w drodze wyjątku otrzymał odszkodowanie w kwocie 5.000zł.

Pozwany J. K. (1) wykonał także roboty dodatkowe, a mianowicie instalację odgromową naciągową oraz wymianę uchwytników rur spustowych i zamontował wsporniki instalacji odgromowej o wartości (...),04 wg cen z III kwartału 2011r.

Sąd Okręgowy nie stwierdził, by w dzienniku budowy znajdowały się uwagi inspektora nadzoru w osobie pozwanego J. F. co do jakości robót budowlanych wykonywanych przez drugiego z pozwanych. Roboty te zostały odebrane jako zgodne z technologią i projektem technicznym. Jedynie w końcowym etapie inwestycji pozwany J. F. stwierdził konieczność wykonania poprawek faktury tynku i jej estetyki. W dokumentacji brak jest wpisów dotyczących podłoża pod docieplenie, sposobu mocowania docieplenia jak też protokołów odbioru podłoża i robót zakrytych. Pozwany ten jako inspektor nadzoru zaniedbał podstawowe obowiązki wynikające z przepisów prawa budowlanego, swoją funkcję sprawował w sposób niewłaściwy, niezgodnie z zawartą umową.

W ocenie Sądu Okręgowego powód jako zamawiający udzielił zamówienia publicznego bez uzyskania wymaganej decyzji o pozwoleniu na budowę, a tym samym umowa o roboty budowlane zawarte przez powoda z pozwanym J. K. (2) w dniu 5.06.2003r. jest nieważna z uwagi na treść art. 72 ust 2 pkt 2 ustawy z 10.06.1994r. o zamówieniach publicznych. Nieważność zaś tej umowy wywołuje skutek w postaci zaktualizowania się podstawy prawnej żądania pozwu z art. 410 § 2 kc z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. Według tego Sądu pozwany J. K. (1) wzbogacił się przez to, że wykonał niepełnowartościowe roboty budowlane i uzyskał za nie wynagrodzenie, a jego wzbogaceniu odpowiada zużycie powoda, który uiszczył wynagrodzenie uzyskując w zamian wadliwie wykonane roboty, a obecnie musi ponieść koszty naprawienia docieplenia i elewacji. Sąd ten nie uwzględnił zarzutu przedawnienia roszczeń względem pozwanego J. K. (1) wywodząc, że nie upłynął 10-letni termin z art. 118 kc. Zestawiając wartość robót budowlanych

do wykonania umowy (530.569,04zł) z ekonomiczną wartością prac wykonanych przez pozwanego (427.615,77zł). Sąd Okręgowy przyjął, że wysokość kwoty bezpodstawnego wzbogacenia pozwanego J. K. (1) wynosi 102.953,27zł. Uznał jednak za trafny zarzut potrącenia z wierzytelności powoda wzajemnych wierzytelności pozwanego w kwocie 10.980zł brutto (9.000zł netto) za wykonanie instalacji odgromowej, w kwocie 4.152 zł brutto (3.403,32zł netto) za wykonanie haków i uchwyty i w kwocie 8.425,47zł brutto (6.906,12 zł netto) tytułem kosztów rozbiórki docieplenia lewej ściany budynku, a zatem wierzytelności wynoszących łącznie 23.557,52zł. Nie uwzględnił natomiast zarzutu potrącenia wierzytelności stanowiącej równowartość prac związanych z uzupełnieniem uszkodzonego docieplenia ściany szczytowej argumentując, że nie usunęły one powstałej wady w dociepleniu, które ostatecznie zostało w całości zdemontowane jak też potrącenia wierzytelności stanowiącej równowartość robót w postaci docieplenia ościeży i wykonania ochrony narożników wypukłych w kwocie 28.224,79zł, gdyż pozwany przyznał, że roboty te zostały przekazane powodowi w formie darowizny.

Wobec potrącenia z wierzytelności powoda wynoszącej 102.953,27zł wzajemnej wierzytelności pozwanego w kwocie 23.557,52zł zasądzeniu na rzecz powoda podlegała różnica wynosząca 79.359,75zł z odsetkami ustawowymi od dnia wyrokowania. Ponadto zasądzona została kwota 22.661,99zł z ustawowymi odsetkami od 9.05.2009r. stanowiąca różnicę pomiędzy odszkodowaniem w wysokości 27.661,99zł z tytułu szkody wynikającej z kosztów usunięcia wadliwie wykonanej przez pozwanego elewacji pomniejszonych o kwotę 5.000zł otrzymaną przez powoda jako odszkodowanie od ubezpieczyciela.

Nie uwzględnił natomiast ten Sąd roszczenia w zakresie zwrotu kosztów opinii prywatnych sporządzonych przez M. C. na zlecenie powoda podając, że opinie były nieprzydatne dla postępowania sądowego i do określania wysokości żądania.

Powództwo przeciwko pozwanemu J. F. Sąd Okręgowy oddalił w całości z uwagi na uwzględnienie zarzutu przedawnienia roszczenia wobec upływu 2-letniego terminu liczonego od dnia oddania dzieła, tj. od 15.11.2003r.

Ponadto Sąd ten zasądził od pozwanego J. K. (1) na rzecz powoda kwotę 5.167,95zł jako 32% wyłożonych przez niego kosztów procesu i nie obciążył powoda kosztami procesu na rzecz interwenienta ubocznego.

W złożonej apelacji powód zaskarżył wyrok w części oddalającej powództwo co do kwoty 37.677,52zł w odniesieniu do pozwanego J. K. (1) i w całości w odniesieniu do pozwanego J. F. zarzucając niewłaściwe zastosowanie art. 72 ust 2 pkt 2 cytowanej ustawy przez przyjęcie, że umowa łącząca powoda z pozwanym K. spełnia przesłanki określone w tym przepisie oraz art. 627 i 646 kc przez niewłaściwe zastosowanie, a ponadto niezastosowanie art. 750 w związku z art. 734 kc w stosunku do umowy powoda z pozwanym J. F., niewłaściwe zastosowanie art. 213 § 2 kpc i wreszcie niewłaściwe zastosowanie przepisów o potrąceniu (art. 498 i nast. kc). Powołując się na te zarzuty powód wniósł o zmianę wyroku przez zasądzenie od pozwanych in solidum na rzecz powoda kwoty 139.735,26zł lub uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Pozwany J. K. (1) zaskarżył wyrok w części uwzględniającej powództwo zarzucając przede wszystkim naruszenie prawa procesowego, a mianowicie art. 321 § 1 kpc przez wydanie wyroku w oparciu o inną niż podana przez powoda podstawę faktyczną, nierozpoznanie istoty sprawy wobec pominięcia zarzutów pozwanego w zakresie przesłanek warunkujących odpadnięcie obowiązku zwrotu korzyści (art. 409 kc), oparcie wyroku na dowodach niedopuszczonych przez Sąd i bezzasadne pominięcie dowodu z oględzin fragmentów docieplenia posiadanych przez interwenienta ubocznego K. W. oraz zasądzenie kwoty 5.167,95zł tytułem kosztów procesu. Skarżący zarzucił także sprzeczność istotnych ustaleń Sadu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego wskutek dokonania oceny dowodów w sposób niewszechstronny i sprzeczny z zasadami logicznego rozumowania. Kolejna grupa zarzutów dotyczyła naruszenia prawa materialnego przez oparcie rozstrzygnięcia o przesłanki właściwe dla niezależnych konkurujących ze sobą reżimów prawnych, naruszenie art. 409 kc w związku z art. 410 i 414 kc, niezastosowanie art. 409 kc, naruszenia art. 415, nieuwzględnienie zarzutu przedawnienia roszczenia powoda opartego na podstawie deliktowej z naruszeniem art. 117 § 1 i 2 kc w związku z art. 442 kc, naruszenie art. 361 § 2 kc i art. 362 kc. Pozwany podał także nowy fakt – złożenia w dniu 21.05.2012r. oświadczenia o odwołaniu darowizny z 3.12.2008r. (roboty ocieplenia ościeży), wniósł o przeprowadzenie dowodu

z tego dokumentu, a ponadto przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu wyceny robót budowlanych dla ustalenia aktualnej wartości ociepleń ościeży i ochrony narożników, a także dowodu z opinii biegłego z zakresu meteorologii na okoliczność wpływu warunków atmosferycznych panujących w dniu 19/20.11.2004r. na naderwanie ocieplenia. Zgłosił też zarzut potrącenia kwoty 75.288,34 zł jako równowartości robót darowanych powodowi oraz kwoty 43.190,39ł jako równowartości materiałów i sprzętu potrzebnego do docieplenia ościeży i całej pozycji ochrony narożników. Powołując się na te zarzuty pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa względnie uchylenie tego orzeczenia i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

W apelacji pozwany wniósł dodatkowo o przyznanie (...) S.A. V. (...) w W., z którym łączyła go umowa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, lecz ubezpieczyciel nie wstąpił do udziału w sprawie.

Interwenant uboczny (...) S.A. w W. złożył zażalenie na zawarte w wyroku rozstrzygnięcie w przedmiocie nieobciążenia powoda kosztami procesu na jego rzecz wnosząc o zmianę tego orzeczenia.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Przedstawiony w apelacji wniosek o przeprowadzenie dowodów z opinii biegłego specjalisty z zakresu meteorologii w celu ustalenia warunków atmosferycznych (w szczególności wiatru i jego prędkości) panujących w dniu 19/20.11.2004r. w R. przy ul. (...), ustalenia, czy wietrzne warunki panujące w tym dniu można uznać za wiatry huraganowe i czy warunki te mogły być odpowiedzialne za naderwanie ocieplenia budynku powoda usytuowanego przy tej ulicy, nie został uwzględniony. Wniosek ten jest spóźniony, a w każdym razie nieprzydatny dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sporu.

Ze zgromadzonego w sprawie materiału wynika bowiem niedwuznacznie, że faktyczną przyczyną uszkodzenia ocieplenia było niewłaściwe jego wykonanie. W przypadku zachowania przez pozwanego wykonawcę stosownych wymogów technologicznych nie doszłoby bowiem do uszkodzenia ocieplenia również przy wietrznej pogodzie. Wniosek taki wynika wprost z opinii biegłego sądowego D. L. i musiał zostać uznany za uprawniony, gdy zważy się, że do podobnych uszkodzeń elementów tego rodzaju nie doszło wówczas na terenie miasta. Zeznania świadka S. J., według którego naderwanie ocieplenia na budynku powoda w nocy z 19 na 20.11.2004r. było przypadkiem odosobnionym(k. 651) nie zostały skutecznie zakwestionowane. Wskazane w apelacji stwierdzenie tego świadka, że ocieplenie zostało naderwane w wyniku wiatru odnosi się zatem do zdarzenia, w wyniku którego ujawniły się rzeczywiste przyczyny uszkodzenia ocieplenia. W żadnym też razie stwierdzeniu temu nie można przydawać rangi specjalistycznej opinii. Z kolei świadek M. C. nie wyraził nawet w swoich zeznaniach opinii na temat przyczyn naderwania ocieplenia w nocy z 19 na 20.11.2004r., a jedynie przytoczył oświadczenia powoda na ten temat (k. 329 – 330). W tych uwarunkowaniach wskazanie przez powoda w dołączonym (...) SA zgłoszeniu szkody przyczyny szkody w postaci „huraganu” nie może w żadnym razie przemawiać na rzecz podzielenia zapatrywania skarżącego, skoro ustalenia realnej przyczyny naderwania elewacji nastąpiło w oparciu o opinię biegłego.

Odniesienie się do drugiego z przedstawionych w apelacji wniosków dowodowych, tj. dotyczącego przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu wyceny i kosztorysowania robót wymaga przedstawienia sekwencji czynności procesowych pozwanego związanymi z roszczeniami wzajemnymi formułowanymi w związku z wykonaniem robót, będących bądź przedmiotem darowizny, bądź też jak utrzymuje skarżący, przedmiotem bezpodstawnego wzbogacenia powoda.

Zarzut potrącenia z wierzytelności powoda wzajemnej wierzytelności pozwanego J. K. (1) w kwocie 28.334,79zł netto stanowiącej wartość robót związanych z dociepleniem ościeży według stanu z 31.10.2003r. został zgłoszony przez pozwanego w piśmie procesowym z dnia 16.03.2011r. (k. 662 – 665) i „ponowiony” w piśmie procesowym z 7.12.2011r (k. 787). Według pozwanego roboty te zostały wykonane jako dodatkowe bez otrzymania wynagrodzenia (por. także pismo z 9.03.2012r. – k. 847), przy czym w toku procesu pozwany utrzymywał, że roboty o tej wartości obejmujące także wykonanie ochrony narożników wypukłych kątownikiem metalowym przekazał powodowi w formie darowizny(por. pismo procesowe z 23.07.2009r. –

k. 203, a także zeznania pozwanego k. 652). Twierdzenie, że przedmiotem darowizny była jedynie robocizna docieplenia ościeży zostało przedstawione po raz pierwszy w apelacji (k. 933). W apelacji pozwany zgłosił do potrącenia kwotę 75.288,34zł jako stanowiącą równowartość darowanej robocizny związanej z wykonaniem ościeży, modyfikując tym samym pierwotnie zgłoszony zarzut potrącenia kwoty 28.334,79zł jako wartości robót budowlanych związanych z ociepleniem ościeży. Stwierdził też w apelacji, że powód wzbogacił się ponadto o kwotę 43.190,39zł brutto (według stanu z III kwartału 2011r.) stanowiącą równowartość materiału i sprzętu potrzebnych do ocieplenia ościeży oraz całą pozycję ochrony narożników. Obie w/w kwoty, tj. 75.288,34zł i 43.190,39zł skarżący wyliczył według stawek kosztorysowych określonych przez biegłego D. L., a ponadto wniósł o przeprowadzenie w postępowaniu apelacyjnym dowodu z opinii biegłego sądowego dla wykazania aktualnej wartości tych robót budowlanych (k. 927).

Również dopiero w apelacji pozwany J. K. (1), powołując się na względy ostrożności procesowej, zgłosił zarzut potrącenia z dochodzonej przez powoda wierzytelności w kwocie 27.649,77zł stanowiącej różnicę pomiędzy aktualną wartością wykonanych robót budowlanych, czyli kwotą 427.615,77zł, a kwotą 399.966 zł wypłaconą mu zgodnie z umową (k. 933).

Mając na uwadze powyższe fakty, należało przyjąć, że przeprowadzenie wnioskowanych dowodów z opinii biegłego z zakresu budownictwa byłaby uzasadniona tylko wówczas, gdyby pozwany faktycznie uzyskał obie takie wzajemne wierzytelności i skutecznie zgłosił zarzut ich potrącenia z wierzytelności powoda. Zebrany w sprawie materiał, w tym oświadczenie o odwołaniu darowizny pochodzące z 21.05.2012r., z którego dowód został przeprowadzony w postępowaniu apelacyjnym, nie pozwala na uznanie, że zaistniały określone w przepisie art. 898 kc przesłanki skutecznego odwołania darowizny, a zwłaszcza by powód jako obdarowany dopuścił się rażącej niewdzięczności. Według pozwanego rażąca niewdzięczność polegała na działaniu polegającym na domaganiu się zwrotu jakichkolwiek kwot z tytułu wykonanego ocieplenia w sytuacji, kiedy powód był świadomy, że umowa o roboty budowlane obarczona była bezwzględnie nieważnością z uwagi na brak pozwolenia na budowę. Wskazane niżej uwarunkowania wystąpienia wad wykonanych robót z przyczyn leżących po stronie pozwanych nie pozwalają w żadnej mierze na kwalifikowanie dochodzenia przez powoda roszczeń z tego tytułu jako przejawu niewdzięczności i to w stopniu rażącym. Zrealizowanie darowizny nie może bowiem chronić pozwanego wykonawcy przed prawnymi konsekwencjami wadliwego wykonania innych robót. Z tego samego względu brak jest też usprawiedliwienia do przyjmowania, że pozwany uzyskał inną wzajemną wierzytelność w kwocie 27.649,99zł stanowiącą różnicę pomiędzy aktualną wartością wykonanych robót, a kwotą wypłaconą zgodnie z umową. Powód bowiem nie tylko nie wzbogacił się o tę kwotę, ale doznał uszczerbku z uwagi na konieczność usunięcia skutków wadliwie wykonanych robót. Nie istnieje też uzasadnienie do dokonywania oszacowania równowartości materiałów i sprzętu potrzebnych do ocieplenia ościeży wraz z całą pozycją ochrony narożników, która to równowartość objęta została zarzutem potrącenia sformułowanym w apelacji.

Twierdzenia dotyczące wzbogacenia się powoda o tę równowartość materiałów i sprzętu i ochron narożników zostały zgłoszone dopiero na etapie postępowania apelacyjnego i w związku z tym musiały zostać uznane za spóźnione (art. 381 kpc). Strona mogła je powołać w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, a brak jest podstaw do uznania, że potrzeba powołania się na te fakty wynikła później, zwłaszcza gdy zważy się, że pozwany w postępowaniu przed Sądem Okręgowym formułował zarzuty potrącenia.

Zarzut potrącenia z wierzytelności powoda wzajemnej wierzytelności pozwanego J. K. (1) został zgłoszony po raz pierwszy w piśmie procesowym z 18.02.2010 r. (k. 562 – 568) doręczonym powodowi na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2010 r. (k. 579). Zgłoszona do potrącenia wierzytelność obejmowała wówczas łączną kwotę 34.257,91 zł netto (41.794,65 zł brutto), na którą składało się wynagrodzenie wynoszące 14.128,37 zł netto za naprawę ocieplenia ściany szczytowej w 2004 r., wynagrodzenie wynoszące 9.000 zł netto za wykonanie instalacji odgromowej naciągowej, wynagrodzenie wynoszące 4.223,42 zł netto za wymianę haków do rur spustowych i uchwytów instalacji odgromowej oraz kwota 6.906,12 zł tytułem zwrotu kosztów usunięcia ocieplenia z lewej części ściany budynku od strony ul. (...).

Skoro obecnie nie może być uznane za dopuszczalne powoływanie się na te fakty, które nie mają przecież waloru nowości to zbędne byłoby przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w celu zweryfikowania wskazanej przez skarżącego kwoty wierzytelności wzajemnej.

Dokonane przez Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne, poza dotyczącymi ustalenia treści oświadczeń woli stron umowy zawartej pomiędzy powodem a pozwanym J. F., są prawidłowe, opierają się na materiale dowodowym, który nie wymaga uzupełnienia i zostały przyjęte przez Sąd rozpatrujący apelacje stron jako własne.

W świetle tych ustaleń nie może być skutecznie podważony fakt niewywiązania się przez obu pozwanych z obowiązków wynikających z treści umów łączących ich z powodem.

Powód trafnie zarzuca, że nie było uzasadnienia do przyjmowania że umowa zawarta przez niego z pozwanym wykonawcą była nieważna z uwagi na treść art. 72 ust. 2 pkt ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 1998 r., nr 119, poz. 773ze zm.). Z brzmienia tego przepisu wynika jednoznacznie, że umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna jeżeli w postępowaniu o zamówienie publiczne doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie lub aktach wykonawczych wydanych na jej podstawie i jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przede wszystkim nie ma podstaw do zakładania, że wymaganą, w rozumieniu ust. 2 pkt 2 tego przepisu, decyzją administracyjną jest pozwolenie na budowę wydane w odniesieniu do przedmiotu umowy o roboty budowlane zawieranej w trybie zamówienia publicznego. W doktrynie przyjmowana była interpretacja za użyte w tym przepisie określenie „decyzja administracyjna” odnosi się głównie do zgód i zatwierdzeń wydanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (por. J. Piróg – Zamówienia publiczne. Komentarz, Warszawa 2002 r., s. 280). W piśmiennictwie wskazywano również, że wykładnia systemowa art. 72 ust. 2 ustawy prowadzi do wniosku, że gdy w artykule tym jest mowa o ustawie i aktach wykonawczych to chodzi nie o każdą ustawę lecz tylko o ustawę o zamówieniach publicznych. Podkreślono także, że nieważność umowy zachodziła tylko wówczas, gdy naruszenie takie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zastosowanie przez ustawodawcę tego właśnie kryterium miało niewątpliwie zapobiegać powoływaniu się na nieważność umowy w sytuacji, gdy zaistniałe naruszenie nie miało w rzeczywistości wpływu na wynik postępowania. Zakres pojęcia wynik „postępowania” ograniczony jest do sytuacji, kiedy można stwierdzić, że gdyby nie doszło do tego naruszenia to za najkorzystniejszą zostałaby uznana inna oferta niż wybrana w tym przetargu (por. J. Baehr, T. Kwieciński – Komentarz do ustawy o zamówieniach publicznych, Warszawa 1999 r., s. 242 – 243). W okolicznościach niniejszej sprawy nie można doszukać się jakiegokolwiek wpływu braku decyzji o pozwoleniu na budowę na wybór oferenta (przy założeniu, że jest to decyzja w rozumieniu analizowanego przepisu). Z pola widzenia nie może też schodzić fakt, że umowa zawarta przez powoda z pozwanym wykonawcą została zrealizowana, a istota sporu sprowadza się do kwestii jakości wykonania robót, na którą brak tego dokumentu nie miał przecież wpływu. Pozwanemu wykonawcy powód udostępnił dokumentację robót, w tym projekt techniczny, co wynika z treści zaproszenia do udziału w negocjacjach (k. 86).

W ustalonym przez Sąd Okręgowy stanie faktycznym nienależyte wykonanie robót budowlanych przez pozwanego wykonawcę oraz niedochowanie należytej staranności przy realizowaniu obowiązków inspektora nadzoru przez drugiego z pozwanych nie budzi wątpliwości. Ustalenia te oparte zostały na wynikach opinii biegłego, w której określone zostały przyczyny wadliwości ocieplenia budynku. Przyczyny te leżały zarówno po stronie pozwanego wykonawcy, który nie spełnił wymogów technologicznych i dopuścił się błędów w sztuce budowlanej jak i po stronie pozwanego inspektora nadzoru budowlanego, który nie sprawował tego nadzoru w sposób przewidziany w umowie zawartej z powodem.

Podstawę odpowiedzialności pozwanego J. K. (1) stanowi łącząca go z powodem umowa o roboty budowlane zawarta 5.06.2003r., w której § 8 umowy strony zawarły zastrzeżenie, zgodnie z którym pozwany udzielił 6 – letniej gwarancji i zobowiązał się do usuwania usterek na własny koszt w tym okresie liczonym od daty odbioru końcowego. Jak prawidłowo przyjął Sąd Okręgowy wady takie ujawniły się po raz pierwszy w dniach 19 – 20.11.2004 r., kiedy niewłaściwie wykonane ocieplenie jednej ze ścian budynku uległo znacznemu uszkodzeniu. W późniejszym okresie, bo w 2008r., stwierdzone zostały wady wykonawstwa w obrębie całej tej ściany, a podjęte (również z udziałem pozwanego wykonawcy) próby wzmocnienia wykonanych elementów i zlikwidowania następstw powstałych uszkodzeń elewacji nie dały jednak rezultatu i w konsekwencji konieczne stało się zdjęcie ocieplenia z całej powierzchni tej ściany. Poniesione wydatki na ten cel powinny w całości obciążyć pozwanych, za których przyczyną powstała konieczność

wykonania najpierw robót mających wzmocnić konstrukcję ocieplenia, a po niepowodzeniu tej próby – zdjęcia wadliwego ocieplenia. W konsekwencji po stronie pozwanego J. K. (1) nie powstała wierzytelność odpowiadająca wyłożonym przez niego kosztom w kwocie 14.128,37 zł związanym z robotami zrealizowanymi w 2004 r., których przedmiotem była naprawa. Wyłożenie tych kosztów nie doprowadziło do uzyskania usunięcia wady jakościowej robót a ostatecznie poddana tej naprawie elewacja została zdemontowana. Sąd Okręgowy słusznie zatem nie uwzględnił zarzutu potrącenia tej kwoty z wierzytelności powoda.

Powód trafnie podnosi w apelacji, że wobec faktu spoczywania na pozwanych odpowiedzialności za wady obiektu pozwany J. K. (1) nie może skutecznie żądać potrącenia równowartości poniesionych przez niego kosztów (8.425,47 zł) zdjęcia elewacji z lewej części ściany budynku od strony ul. (...). Roboty te miały usunąć skutki wad wykonawstwa (i nadzoru), a skoro nie doprowadziły do osiągnięcia zamierzonego celu to ich koszt nie może obciążać powoda. Odmienne rozstrzygnięcie zaskarżonego wyroku podlegało zatem zmianie wskutek nieuwzględnienia zarzutu potrącenia kwoty 8.425,47 zł z wierzytelności powoda, z braku przesłanek określonych w art. 498 kc.

Zgromadzony w postępowaniu pierwszoinstancyjnym materiał dowodowy stanowił podstawę do ustalenia, że powstała szkoda jest rezultatem nienależytego wykonania przez pozwanych dwóch niezależnych od siebie umów o roboty budowlane i o nadzór inwestorski, co uzasadnia przyjęcie ich odpowiedzialności kontraktowej in solidum. Spełnione zostały bowiem wszystkie przesłanki z art. 471 kc usprawiedliwiające roszczenia powoda odrębnie w stosunku do każdego z zobowiązanych.

Pozwany J. K. (1) nie wykazał wykonania przyjętego na siebie w § 8 umowy obowiązku usunięcia usterek skoro podjęte w tym zakresie próby okazały się nieskuteczne i w rezultacie całe ocieplenie jednej ze ścian budynku musiało zostać zdemontowane. W tej sytuacji pozwanego wykonawcę robót obciążał obowiązek poniesienia kosztów naprawy, co jednoznacznie wynika z treści ust 2 § 8 umowy.

Z kolei pozwany J. F. nie wykonał należycie umowy o nadzór inwestorski zawartej z powodem 4 czerwca 2003 r. (k. 177). Umowa ta została sporządzona przez wypełnienie blankietu przeznaczonego dla umowy o dzieło i w ten sposób została oznaczona, jednak ze względu na całkowicie jednoznaczne określenie jej przedmiotu jako „nadzór inwestorski inwestycji prowadzonych przez (...) R.” nie budzi wątpliwości, że była to umowa o świadczenie usług o charakterze czynności czysto faktycznych, do której według normy art. 750 kc stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. Fakt wykonywania takich czynności w charakterze inspektora nadzoru znalazł bezpośrednie potwierdzenie we wpisach do dziennika budowy (k. 291 – 296). Treścią zobowiązania pozwanego jako inspektora nadzoru było staranne wykonywanie funkcji nadzoru, a w szczególności zastępowanie inwestora na placu budowy przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem i zasadami wiedzy, sprawdzanie jakości wykonywanych robót i wbudowanych materiałów, sprowadzania i odbiór robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających (art. 25 i 26 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane – Dz. U. Nr 93, poz.888 ze zm). Z przytoczonych wyżej ustaleń faktycznych opartych na opinii biegłego z zakresu budownictwa wynika, że obowiązki te nie zostały przez tego pozwanego właściwie wykonane, doszło z jego strony do zaniedbań. W szczególności prace były odbierane jako zgodne z technologią i projektem technicznym, a w dzienniku budowy brak było jakichkolwiek wpisów dotyczących podłoża, na którym realizowano docieplenie i sposobu jego umocowania oraz odnoszących się do robót zakrytych. Pozwany nie dopilnował, by roboty zostały wykonane zgodnie z projektem budowlanym i zasadami sztuki budowlanej. Należy zauważyć, że biegły wyraźnie wskazał, że nawet mimo braku oznaczenia w umowie o roboty budowlane zakresu prac polegających na sprawdzeniu istniejącego podłoża i przygotowaniu nośnego podłoża pod ocieplenie pozwani winni być świadomi, że zachodzi wówczas ryzyko wystąpienia wad (k. 739 – 746). Nie wykazali natomiast, by uprzedzili inwestora o takim ryzyku, a zwłaszcza możliwości destrukcji elewacji, która rozpoczęła się już w listopadzie 2004 r. Szkoda doznana przez powoda wynika z konieczności demontażu wadliwie wykonanej i uszkodzonej elewacji. Jej równowartość stanowi koszt robót niezbędnych w celu docieplenia elewacji od strony ul. (...) oraz przemalowania przebarwień elewacji wyliczony przez biegłego na 102.953 zł brutto, a także wyłożony przez powoda koszt (22.661,99 zł) usunięcia wadliwej elewacji zagrożonej odpadnięciem.

Za częściowo słuszny należało uznać zarzut apelacji powoda dotyczący nieuwzględnienia roszczenia w zakresie zwrotu wydatków wyłożonych przez niego na sfinansowanie opinii opracowanych po ujawnieniu się szkód w 2008r. Z dowodów przeprowadzonych w postępowaniu pierwszoinstancyjnym wynika, że potrzebę zlecenia niezależnemu rzeczoznawcy opracowania opinii zawierającej ocenę stanu docieplenia i wskazanie możliwości jego naprawy dostrzegały obie strony, czemu dały wyraz w protokole z 6.11.2008r. (k. 24- 25). Zasadnicza opinia techniczna określająca przyczyny odpadania materiału izolacyjnego (docieplenia) z powierzchni elewacji ściany od strony ul. (...) została opracowana przez M. C. 8.11.2008r. Koszt wykonania tej opinii wynoszący 3.600zł pokrył powód. Natomiast druga z wykonanych przez tego rzeczoznawcę opinii nosząca datę 26.03.2009r. miała charakter uzupełniający i poza rozwinięciem wyjaśnień dotyczących w/w elewacji odnosiła się także do ocieplenia pozostałych elewacji budynku, których wykonanie nie jest objęte sporem w niniejszej sprawie. Do opinii dołączony był kosztorys robót niezbędnych do usunięcia wad, którego wartość była problematyczna skoro, jak słusznie zauważył pozwany wykonawca, nie odzwierciedlał rzeczywistych kosztów robót. Z tego względu należało uznać, że roszczenie powoda dotyczące zwrotu kosztów obu tych opinii jest uzasadnione w części, a mianowicie w odniesieniu do całości kosztów opracowania pierwszej z nich i połowy kosztów drugiej (2.760zł), a zatem w zakresie kwoty 5.360zł (3.600zł+2.760zł). Konieczność wyłożenia tych kosztów przez powoda nie zasłaby w przypadku należytego wykonania umów przez pozwanych, stąd też jego żądanie znajduje uzasadnienie w treści art. 471 kc.

Suma szkód doznanych przez powoda na skutek nienależytego wykonania umów przez obu pozwanych wynosi zatem 131.975zł (102.953 +22.662 +5.360zł) .

Wykazane zaniedbania pozwanych upoważniają do przypisania im winy, a pomiędzy nienależytym wykonaniem przez nich zobowiązań, a powstałą szkodą zachodzi adekwatny związek przyczynowy. W przypadku bowiem właściwego wykonania robót pod prawidłowo sprawowanym nadzorem inspektora nie doszłoby do powstania szkody.

Podzielić też należy ocenę Sądu Okręgowego co do zasadności uwzględnienia podniesionego przez pozwanego J. K. (1) zarzutu potrącenia z wierzytelności powoda wzajemnych wierzytelności tego pozwanego z tytułu wykonania instalacji odgromowej (10.980 zł) i z tytułu wymiany haków (4.152,05 zł). fakt wykonania tych robót przez tego pozwanego i niezapłacenia za nie przez powoda nie budzi wątpliwości w świetle zeznań zarówno pozwanego (k. 652) jak i pracownika powoda w osobie J. M. (k. 335). Powód nie powoływał się zresztą na nieistnienie obowiązku zapłaty za te roboty z uwagi na dokonanie przez pozwanego darowizny w tym zakresie. Zebrany w sprawie materiał uprawniał natomiast do uznania, że rzeczywiście dokonana została przez pozwanego J. K. (1) na rzecz powoda darowizna w odniesieniu do wycenionych na kwotę 28.334,79 zł robót związanych z ociepleniem ościeży (vide: zeznania pozwanego – k. 652, a także w/w świadka – k. 336). Skoro darowizna ta, jak wyżej wywiedziono, nie została skutecznie odwołana, nie zachodziły przesłanki uwzględnienia zarzutu potrącenia tej kwoty z wierzytelności powoda

Z tych przyczyn, wobec wykazania przez powoda odpowiedzialności pozwanych wynikającej z art. 471 kc roszczenie o zapłatę odszkodowania w kwocie 131.975 zł było w całości zasadne w odniesieniu do pozwanego J. F. odpowiadającego na mocy art. 750 kc w zw. z art. 734 kc, zaś w odniesieniu do pozwanego J. K. (1) – co do kwoty 116.843 zł, a to wobec uwzględnienia zarzutu potrącenia z wierzytelności powoda wzajemnych wierzytelności tego pozwanego we wskazanych wyżej kwotach 10. 980 zł i 4.152 zł, czyli łącznie 15.132 zł z tym, że do kwoty 116.843 zł pozwani ponoszą odpowiedzialność in solidum.

Podniesione przez obu pozwanych zarzuty przedawnienia nie były zasadne. Pozwany J. K. (1) ponosił odpowiedzialność za nienależyte wykonanie umowy zawierającej gwarancję jakości zastrzeżona na okres 6 lat liczony od daty sporządzenia protokołu odbioru, czyli od 31.10.2003r. a skoro nie doszło do usunięcia ujawnionych wad nie upłynął do dnia złożenia pozwu 3 – letni termin przedawnienia roszczenia. Z kolei termin przedawnienia roszczeń sformułowanych wobec pozwanego J. F., a znajdujących podstawę w odpowiednio stosowanych przepisach o umowie zlecenia wynosił 10 lat (art. 118 kc), a zatem także nie zakończył biegu przed wytoczeniem powództwa.

Z tych względów zaskarżony wyrok podlegał zmianie (art. 386 § 1 kpc), zaś dalej idące apelacje obu stron podlegały oddaleniu (art. 385 kpc).

Wobec przyjęcia przez Sąd rozpatrujący apelację pozwanego, że odpowiedzialność pozwanych oparta jest na zasadzie kontraktowej bezprzedmiotowe stało się odnoszenie się do zarzutów tego pozwanego dotyczących naruszenia przepisów prawa procesowego przez orzeczenie w oparciu o inne podstawy faktyczne, pominięcie przesłanek orzeczenia o zwrocie bezpodstawnego wzbogacenia, a także odnoszących się do naruszenia prawa materialnego przez orzekanie w oparciu o przesłanki właściwe dla różnych reżimów prawnych, niezastosowanie art. 409 kc oraz zastosowanie art. 415 kc. Przedstawione w apelacji zarzuty sprzeczności istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału nie mogły skutkować zmianą oceny dokonanych przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych. I tak wprawdzie świadek S. S. rzeczywiście zeznał, że odszkodowanie w kwocie 5.000 zł zostało przekazane pozwanemu (k. 339 – 340), co nie odpowiadało faktycznemu stanowi rzeczy lecz Sąd Okręgowy nie uwzględnił tych zeznań i pomniejszył należność powoda o tę kwotę. Również pominięcie dowodu z akt szkodowych (...) nie mogło rzutować na ustalenie prawdziwych przyczyn uszkodzenia elewacji skoro, jak już wyżej wywiedziono, wiejący wiatr jedynie obnażył wady wykonawstwa co zostało dowiedzione w oparciu o opinię biegłego z zakresu budownictwa, a dane zawarte w aktach (...) nie mogły być miarodajne dla określenia przyczyn powstania uszkodzenia, gdyż wymagało to posiadania wiadomości specjalnych z zakresu budownictwa. To samo spostrzeżenie odnosi się do zeznań świadków S. J. i M. C., przy tym ten drugi jedynie powoływał się na informacje uzyskane przez powoda. Przytoczone w apelacji stwierdzenia biegłego D. L. co do przygotowania podłoża pod ocieplenie i zastosowanych systemów technologicznych odnoszą się tylko do li tylko hipotetycznych uwarunkowań wykonywanych robót i nie mogły wpłynąć na treść rozstrzygnięcia opartego na kategoriach ustaleniach tego biegłego dotyczących ewidentnych naruszeń zasad sztuki budowlanej, w tym szczegółowo wyjaśnionych błędów technologicznych wskazanych jako zasadnicza przyczyna powstania wad. Zarzuty pominięcia tej opinii we fragmencie wskazującym na niemożność wyliczenia kwoty wzbogacenia pozwanego stały się bezprzedmiotowe z uwagi na nieprzyjęcie tej podstawy odpowiedzialności. Zarzucane nieuwzględnienie przez Sąd, że pozwany zgodził się na wykonanie napraw jedynie pod warunkiem wypłacenia mu kwoty 5.000 zł uzyskanej przez pozwanego od ubezpieczyciela nie rzutowało na treść rozstrzygnięcia, skoro przyjęto ostatecznie, że na pozwanym rzeczywiście ciążył obowiązek wykonania tych napraw, niezależny od jego stanowiska na ten temat. Zarzut naruszenia prawa procesowego przez oparcie wyroku na dowodach niedopuszczonych przez Sąd tj. oględzinach fragmentów zdemontowanych płyt okazanych biegłemu u powoda i pominięcia dowodu z oględzin fragmentów docieplenia posiadanych przez interwenienta ubocznego K. W. nie dotyczył dowodów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż kluczowy dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa został przeprowadzony z wykorzystaniem innych danych, w tym dokumentacji fotograficznej wykonanej po ujawnieniu się uszkodzeń elewacji, na co jednoznacznie wskazuje ten biegły. Zarzut naruszenia prawa materialnego (art. 361 § 1 kc) przez zasądzenie odszkodowania w kwocie 22.661,99 zł nie może być uznany za słuszny skoro stanowiła ona, jak już nadmieniono, równowartość wydatków wyłożonych przez powoda w celu usunięcia wadliwej elewacji zagrażającej oderwaniu się. Również nie jest trafny zarzut naruszenia art. 362 kc, gdyż nie występowało uzasadnienie do przypisania powodowi przyczynienia się do powstania szkody. Powód powierzył realizację inwestycji profesjonalistom i uzasadnione było jego oczekiwanie, że roboty zostaną wykonane w sposób umożliwiający uzyskanie zamierzonego celu, który zostałby osiągnięty przy ich realizowaniu w sposób zgodny z zasadami wiedzy technicznej, pod starannie sprawowanym nadzorem eliminującym uchybienia wykonawcy. Skoro pozwani nie zrealizowali należycie swoich obowiązków nie mogą obecnie skutecznie powoływać się na rzekome współprzyczynienie się inwestora.

Orzeczenie o kosztach procesu opiera się o przepis art. 100 zd. pierwsze kpc. Koszty te zostały stosunkowo rozdzielone z uwzględnieniem proporcji w jakich każda ze stron przegrała proces. Wyłożone przez powoda koszty wynosiły 16.149,85 zł, a skoro wygrał proces w około 40 % to przysługuje mu zwrot kwoty 6.450 zł. Koszty postępowania apelacyjnego zostały zasądzone na mocy tegoż przepisu w zw. z art. 391 § 1 kpc.

Z uwagi na fakt, że powód nie miał obowiązku uiścić opłat sądowych należało ściągnąć je od pozwanych w części wyliczonej od uwzględnionego powództwa i apelacji powoda (art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., nr 90, poz. 594 ze zm. w zw. z art. 98 kpc).

Zażalenie pozwanego interwenienta ubocznego jest w części zasadne. Suma wyłożonych przez niego kosztów procesu obejmuje opłatę sądową od interwencji w kwocie 2.894 zł i wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w wysokości 7.200 zł, przy takim samym wynagrodzeniu pełnomocnika powoda. Mając zatem na proporcje w jakich przegrał sprawę powód i strona do której przystąpił interwenient uboczny należało, działając na podstawie art. 107 zd. trzecie kpc przyznać mu część kosztów interwencji ubocznej w wysokości 3.462 zł od powoda jako przeciwnika zobowiązanego do zwrotu kosztów procesu (art. 386 § 1 kpc w związku z art. 397 § 1 kpc). Dalej idące zażalenie podlegało oddaleniu (art. 385 kpc w związku z art. 397 § 1 kpc). Koszty postępowania zażaleniowego wynosiły po stronie powoda 1.200 zł, a po stronie interwenienta ubocznego 1.272 zł (wynagrodzenie pełnomocnika – 1.200 zł i opłata od zażalenia – 72 zł) co uzasadniało wzajemne zniesienie tych kosztów na mocy art. 100 zd. pierwsze kpc w związku z art. 386 § 1 kpc i art. 397 § 1 kpc.