

*Sygn. akt VI ACa 1145/14*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 23 czerwca 2015 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący – Sędzia SA Ewa Stefańska*

*Sędziowie: SA Jacek Sadowski*

*SO del. Dagmara Olczak – Dąbrowska (spr.)*

*Protokolant: protokolant Katarzyna Łopacińska*

*po rozpoznaniu w dniu 23 czerwca 2015r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa M. K.*

*przeciwko M. C. (1) i M. R.*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji pozwanych*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 18 czerwca 2013 r.*

*sygn. akt III C 1429/09*

**I. oddała obie apelacje;**

**II. zasądza od M. C. (1) na rzecz M. K. kwotę 1800 zł (jeden tysiąc osiemset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym;**

**III. zasądza od M. R. na rzecz M. K. kwotę 1800 zł (jeden tysiąc osiemset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

VI ACa 1145/14

## UZASADNIENIE

Po ostatecznym sprecyzowaniu powództwa M. C. (2) i J. C. wnieśli o zasądzenia solidarnie od M. C. (1) i M. R. kwoty 200 000 zł. tytułem naprawienia szkody w postaci wad budynku spowodowanych nienależytym wykonaniem przez nich zobowiązań.

W związku z cofnięciem pozwu przez J. C. postępowanie w części obejmującej dochodzone przez niego roszczenie zostało umorzone postanowieniem z 21 maja 2013 roku. Wyrokiem z 18 czerwca 2013 roku Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od M. C. (1) i M. R. na rzecz M. K. (dawniej C.) kwotę 49 126, 89 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 1 października 2010 roku do dnia zapłaty, ustalając, że zapłata przez jednego ze zobowiązanych zwalnia drugiego z nich z obowiązku świadczenia do wysokości zapłaconej kwoty oraz oddalił powództwo w pozostałej części. Rozstrzygnięcie to zostało oparte na następujących ustaleniach faktycznych i ich ocenie prawnej.

M. i J. C. w związku z planowaną budową domu jednorodzinnego na nieruchomości położonej w miejscowości G. nabyli standardowy projekt zagospodarowania terenu, który do warunków ich działki zaadoptowała w lipcu 2005 roku inż. architekt B. C.. Opracowany projekt dopuszczał wprowadzenie zmian adaptacyjnych o nieograniczonym zakresie przez uprawnionego projektanta. Zgodnie z planem miejscowego zagospodarowania przestrzennego działka powodów oznaczona numerem (...) znajduje się na terenie z przeznaczeniem na zabudowę mieszkaniową jednorodzinną. Jej podłoże do głębokości 2,5 m stanowią gliny piaszczyste plastyczne. Powoduje to konieczność wybrania gruntu (humusu) i nawiezienia warstwy piasku pod fundamenty budynku. Według projektu zagospodarowania terenu należało też wykonać sączki melioracyjne. Na przebudowę i likwidację drenowania na działce powodów nie było wydawane pozwolenie wodnoprawne.

Inwestorzy sami wykonali prace przygotowawcze przed objęciem funkcji przez kierownika budowy w postaci wykopów pod fundamenty i usunięcia warstwy humusu.

6 września 2005 roku M. C. (2) zawarła z M. C. (1) umowę o pełnienie funkcji kierownika budowy nad inwestycją – budową budynku mieszkalnego realizowaną w G., na działce ewidencyjnej (...) na podstawie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę (...) wydanej w dniu 25 sierpnia 2005 roku przez Starostwo Powiatowe w P.. Miał on sprawować funkcję kierownika budowy w zakresie wynikającym z prawa budowlanego, bez kontrolowania rozliczeń budowy, począwszy od dnia zawarcia umowy do dnia oddania budynku do użytkowania. Strony ustaliły wynagrodzenie za wykonanie umowy na kwotę 3 000 zł. netto. W tym samym dniu została zawarta pomiędzy M. C. (2) a M. R. umowa o roboty budowlane, na podstawie której wykonawca zobowiązał się do wykonania stanu surowego otwartego budynku mieszkalnego jednorodzinnego na podstawie decyzji o pozwoleniu na budowę i projektu budowlanego. Do umowy strony dołączyły aneks z założeniami techniczno- materiałowymi jak również aneks zawierający harmonogram prac i kosztów wykonania etapów budowy opiewający na kwotę 30 000 zł. Zawierał on znaczne odstępstwa od założeń zatwierdzonego projektu budowlanego, pomimo że inwestorzy nie uzyskali tzw. pozwolenia zamiennego.

8 września 2005 roku M. C. (1) podpisał oświadczenie o podjęciu obowiązków kierownika budowy. Prace budowlane zostały rozpoczęte 15 września 2005 roku od wytyczenia budynku na gruncie, a według wpisu w dzienniku budowy zakończyły się 30 czerwca 2008 roku. W toku prac dokonano szeregu odstępstw konstrukcyjnych i materiałowych od projektu budowlanego, a mianowicie zmiany materiału, z którego wykonane były: ściany nośne (zamiast bloczków gazbetonowych o grubości 24 cm użyto pustaków ceramicznych), ściany działowe (zamiast bloczków gazbetonowych o grubości 12 cm użyto pustaków ceramicznych K3), strop nad parterem (zamiast żelbetonowego monolitycznego wykonano strop gęstożebrowy T.) i strop nad garażem (w tym wypadku również jest strop gęstożebrowy T. zamiast lekkiego z płyt gipskartonowych). Ponadto zmieniono kształt i wymiary nadproża bramy garażowej. Na dokonanie tych zmian inwestorzy nie posiadali projektu zamiennego i tym samym wskazane prace zostały wykonane w warunkach samowoli budowlanej. Wpisy w dzienniku budowy dokonywane przez kierownika budowy świadczą o tym, że bywał on na budowie sporadycznie, a kontrola prowadzonych robót była wrywkowa. Brak zapewnienia stałego nadzoru technicznego przy nieprofesjonalnym wykonawcy był przyczyną wystąpienia znacznej ilości usterek i odstępstw od dokumentacji projektowej. Zdawkowe wpisy w dzienniku budowy w okresie od 18 grudnia 2005 roku do dnia 30 czerwca 2008 roku świadczą o tym, że znaczna część robót została wykonana pod nieobecność i bez wiedzy kierownika budowy. Dziennik nie zawiera bowiem informacji o istotnych zmianach materiałowych, stwierdzonych wadach i dokonywanych naprawach.

Wady budynku wynikające z wadliwie wykonanych prac budowlanych ujawniły się już wiosną 2006 roku, kiedy zaczęły osiadać posadzki. Wówczas wykonawca M. R. podjął się prac naprawczych.

Na początku 2007 roku M. C. (2) i J. C. odebrali budynek i zamieszkali w nim, prowadząc dalsze prace wykończeniowe. Po zamieszkaniu zaczęły ujawniać się kolejne wady budynku.

Na podstawie opinii biegłego z zakresu budownictwa Sąd Okręgowy ustalił, że szereg robót budowlanych zostało wykonanych wadliwie, z całkowitym lekceważeniem wytycznych projektowych, przepisów i norm budowlanych oraz zasad stosowanych w technologii budowlanej. Nie usunięto warstwy ziemi roślinnej z rejonu robót, okład ziemi został

umieszczony na warstwie gleby, nie wykonano podkładu betonowego pod ławy fundamentowe, pomimo że w projekcie przewidziana była warstwa podkładu o grubości 10 cm. Ławy fundamentowe zostały wykonane nieprofesjonalnie, bez pełnych szalunków, wykop w niektórych fragmentach był za wąski, co uniemożliwiało wprowadzenie zagęszczarki mechanicznej, a zasypkę fundamentów wykonano bez zagęszczania koparko – spycharką. Zasypanie wykopu przeprowadzono wadliwie, co stanowi poważny błąd i przyczynę wielu usterek. Wyprawę na ociepleniu wykonano nieprawidłowo – siatka zbrojąca powinna być bowiem wtopiona w klej grubości 3 mm. Warstwy posadzkowe zostały wykonane niezgodnie z projektem; wykonano bowiem około 10 cm posypki piaskowej i 10 cm podłoża betonowego podczas, gdy przewidziane było 30 cm podbudowy piaskowej zagęszczonej warstwami. Podkład betonowy nie został dylatowany od ścian fundamentowych. Pod część ścianek działowych nie zostało wykonane właściwe posadowienie, a mianowicie betonowe ławy szerokości 20 cm. Niezgodnie z projektem i samowolnie zbudowano strop T. nad garażem wraz z ociepleniem i szlichtą dociskową. Tego typu rozwiązanie konstrukcyjne stanowi istotne obciążenie wprowadzone bez sprawdzenia przez uprawnionego projektanta. Identyczna sytuacja dotyczy stropu nad parterem budynku. Oba stropy zostały wykonane wadliwie, a przede wszystkim niezgodnie z technologią zalecaną przez producenta bez wzmocnień żelbetowych. Dodatkowo prefabrykowane belki stropu zostały zamontowane na ścianach bez poduszek z zaprawy cementowej o grubości 1,5 do 2 cm. Wieńce zostały wykonane nieprawidłowo, o mniejszych wymiarach z niewłaściwie wykonanym zbrojeniem o mniejszych wymiarach, co spowodowało zbyt duży rozstaw strzemion - niedopuszczalny przez normę. Strop garażu nie został powiązany z budynkiem. Powodowie w ramach naprawy zlecili wykonanie elementu żelbetonowego w miejscu największego odspojenia stropu garażu. Wykonana belka stanowi lokalne wzmocnienie, nie przywraca jednak wytrzymałości konstrukcji. Murały więźby dachowej zamontowano wadliwie i niezgodnie z projektem. Drewniane słupy więźby wykonawca oparł bezpośrednio na stropie zamiast na przewidzianych projektem podwalinach, co prowadzi do powstawania rys na sufitach. Wykonawca nie wykonał przewidzianej projektem płatwi kalenicowej podpartej dwoma słupami. Zaniechał również wybudowania nad garażem kleszczy spinających belki krokwiowe. Wymienione błędy w wykonaniu więźby dachowej obniżają istotnie wytrzymałość i wartość tego elementu konstrukcji budynku. Wadliwe wykonanie bez odpowiedniego zagęszczania zasypek zewnętrznych skutkuje osiadaniem elementów zagospodarowania. Całość opasek, chodnik i podjazd z kostki brukowej uległy zapadnięciu. Również zewnętrzne schodki, podest wejściowy i taras osiadły o około 2,5 cm. Odprowadzenie wody ściekowej z dachu w grunt zostało ocenione jako błąd wykonawcy budynku.

Według biegłego z zakresu budownictwa istnieje możliwość usunięcia usterek w dwóch wariantach: droższym, bardziej inwazyjnym, którego koszt realizacji oszacował na kwotę 80 521, 80 zł. i tańszym, mniej inwazyjnym, którego wykonanie łącznie z wyceną obniżenia wartości budynku wycenił na kwotę 49 126, 89 zł. Trwałą wadę budynku stanowi wykonanie wieńców i zamocowania konstrukcji dachowej, które obniżają wytrzymałość i odporność dachu na zdarzenia losowe np. huragan.

Przyczynienie się inwestorów do powstania szkody Sąd Okręgowy ustalił na poziomie 37,5 % i powiązał je z niewykonaniem obowiązków związanych z organizacją procesu budowlanego, a w szczególności nieuzyskaniem pozwolenia zamiennego, niewłaściwym przygotowaniem terenu budowy, niedostarczeniem wystarczającej ilości materiałów, niezapewnieniem odpowiedniego sprzętu budowlanego oraz akceptacją nieważnego w świetle prawa aneksu do umowy o roboty budowlane wprowadzającego odstępstwa materiałowo- technologiczne w stosunku do projektu budowlanego. Powyższe działania i zaniechania inwestorów miały wpływ na sposób wykonania robót budowlanych, który w konsekwencji doprowadził do powstania wad budynku.

Wartość szkody poniesionej przez powódkę Sąd pierwszej instancji ustalił na podstawie opinii biegłego z dziedziny budownictwa w oparciu o średni rynkowy koszt prac i materiałów, jakie konieczne byłyby do usunięcia wad – według stanu z daty wykonania wadliwych prac (czyli powstania szkody), a cen – z daty orzekania. Za kwotę wyjściową przyjął 80 521, 80 zł, tj. według droższego i bardziej inwazyjnego wariantu napraw budynku przedstawionego w opinii biegłego. Mając jednak na uwadze ustalony zakres przyczynienia się powódki do powstania szkody, należne jej odszkodowanie obniżył do kwoty 50 326, 12 zł. Miarkując tak ustalone odszkodowanie na podstawie art. 322 k.p.c. w związku z niemożnością precyzyjnego ustalenia wysokości szkody, Sąd Okręgowy uznał, że wartość odszkodowania ustalona na kwotę 49 126, 89 zł. jest wartością progową, wyznaczającą adekwatną dla powódki kwotę na poczet prac

niezbędnych do usunięcia wadliwości związanych z niewłaściwym wykonaniem umowy, jak również uwzględniającym przyczynienie się inwestorów do powstania szkody.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy przyjął, że powódkę z M. C. (1) łączyła umowa o sprawowanie funkcji kierownika budowy, a z M. R. umowa o roboty budowlane uregulowana w art. 647 k.c. W przypadku tej ostatniej za bezwzględnie nieważny uznał stanowiący jej integralną część aneks nr (...), w którym strony wprowadziły istotne zmiany materiałowe i technologiczne w stosunku do projektu budynku. Podkreślił, że autonomia woli stron stosunku zobowiązaniowego (art. 353<sup>1</sup> k.c.) jest ograniczona zakazem takiego kształtowania jego treści lub celu, które sprzeciwiałyby się właściwości (naturze) stosunku prawnego, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. Skoro zatem przepisy ustawy prawo budowlane określające prawa i obowiązki uczestników procesu budowlanego mają charakter bezwzględnie obowiązujący i wiążą strony niezależnie od tego, czy zostały ujęte w umowie, to postanowienia umowne pozostające z nimi w sprzeczności są nieważne.

Za podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanych Sąd pierwszej instancji przyjął art. 471 k.c., uznając, że każdy z nich nienależycie wykonał zobowiązania wynikające z łączących ich umów. M. R. przystąpił do wykonania prac, pomimo niedostarczenia przez powódkę projektu zamiennego, co w konsekwencji doprowadziło do wykonania obiektu w warunkach samowoli budowlanej. Wykonane przez niego prace budowlane nie odpowiadają zasadom wiedzy technicznej, nie są zgodne z obowiązującymi normami i warunkami techniczno-budowlanymi. Wykonawca odpowiada względem zamawiającego za technologiczny i ekonomiczny rezultat osiągnięty w wyniku wykonania robót, ponosi również ryzyko związane z wykonaniem prac bez dokumentacji projektowej. W ocenie Sądu Okręgowego M. R. nie wykazał, aby nienależyte wykonanie umowy było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, choć za słuszny Sąd pierwszej instancji uznał jego zarzut o przyczynieniu się powodów do powstania szkody (art. 362 k.c.). Z kolei zaniedbania M. C. (1) polegały na niewykonywaniu obowiązków kierownika budowy, o których stanowi art. 22 ustawy prawo budowlane. Nadzorowane przez niego prace budowlane były prowadzone sprzecznie z projektem, niezgodnie z wiedzą techniczną i sztuką budowlaną. Wbrew ciężącym na kierowniku budowy obowiązkom, pozwany nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń potwierdzonych odpowiednimi wpisami w dzienniku budowy ani nie zawiadomił inwestorów o wadliwie wykonanych robotach budowlanych.

Odnosząc się do żądania solidarnego zasądzenia od pozwanych dochodzonego roszczenia, Sąd pierwszej instancji wskazał, że solidarność zobowiązania pozwanych nie wynika ani z ustawy ani z czynności prawnej (art. 369 k.c.). Przyjął jednak, że odpowiadają oni wobec powódki na zasadzie solidarności nieprawidłowej, odwołując się do poglądów doktryny o możliwości zastosowania tej konstrukcji do odpowiedzialności uczestników procesu budowlanego, co przyczynia się do wzmocnienia pozycji zamawiającego.

W apelacji od tego wyroku pozwany M. C. (1) zarzucił naruszenie art. 321 § 1 k.p.c. poprzez orzeczenie ponad żądanie pozwu o odpowiedzialności pozwanych in solidum oraz art. 233 § 1 k.p.c. na skutek poczynienia ustaleń sprzecznych z opinią biegłego z dziedziny budownictwa w zakresie adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy szkodą a działaniami i zaniechaniami pozwanych oraz w zakresie ustalenia stopnia przyczynienia się powódki do powstania szkody, a także przez bezkrytyczne uwzględnienie tej opinii co do wysokości szkody. Skarżący zarzucił naruszenie art. 322 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sytuacji braku ścisłego przypisania pozwany odpowiedzialności za szkodę. W odniesieniu do prawa materialnego wskazał na naruszenie art. 6 k.c., art. 363 k.c., 361 k.c. oraz 471 k.c. polegające na ich niewłaściwym zastosowaniu, w rezultacie którego mimo niewykazania przez powódkę przesłanek odpowiedzialności kontraktowej pozwani zostali zobowiązani do naprawienia szkody. Zarzut nieprawidłowego ustalenia stopnia przyczynienia się przez powódkę do powstania szkody został powiązany przez skarżącego z naruszeniem art. 362 k.c. i art. 379 § 1 k.c. polegającym na nieuwzględnieniu podzielnego charakteru świadczenia odszkodowawczego. W konkluzji wniósł on o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa bądź uchylenie tego orzeczenia i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania

Pozwany M. R. zarzucił w apelacji naruszenie art. 321 § 1 k.p.c. poprzez orzeczenie ponad żądanie pozwu o odpowiedzialności pozwanych in solidum oraz art. 233 § 1 k.p.c. na skutek przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów, w rezultacie czego Sąd pierwszej instancji poczynił błędne ustalenia faktyczne co do treści zobowiązania

pozwanego, przyjmując, iż powinien on wskazywać inwestorom prawidłowe rozwiązania konstrukcyjno-materiałowe. To samo skarżący odniósł do błędnie ustalonego stopnia przyczynienia się powódki do powstania szkody, który jego zdaniem powinien wynieść 58,33 %. Zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. został uzasadniony niewskazaniem w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przepisów regulujących obowiązki wykonawcy i inwestora, z którymi w sprzeczności pozostawał aneks nr (...) do umowy. W odniesieniu do prawa materialnego skarżący zarzucił naruszenie art. 58 k.c. polegające na przyjęciu nieważności aneksu do umowy o roboty budowlane, art. 471 k.c., art. 361 § 1 k.c. i art. 362 k.c. na skutek błędnej oceny przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanych i stopnia przyczynienia się powódki do powstania szkody, a także art. 647 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że wykonawca ma obowiązek wykonania obiektu zgodnie z prawem budowlanym, a nie zgodnie z projektem i umową łączącą go z inwestorem. W konkluzji wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacje pozwanych nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wymagają rozważenia zarzuty naruszenia przepisów procesowych, bowiem zarzuty w odniesieniu do prawa materialnego mogą być właściwie ocenione i rozważone tylko na tle prawidłowo ustalonego stanu faktycznego.

Zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. okazał się niezasadny. Jego skuteczne postawienie wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Temu ciężarowi skarżący nie sprostali, ponieważ w ogóle nie sprecyzowali w czym wyraża się dowolność oceny dowodów przeprowadzonej przez Sąd Okręgowy. W ocenie Sądu Apelacyjnego ujawnione dowody zostały ocenione z uszanowaniem granic przyznanej sądowi swobody, bez naruszenia, zwłaszcza rażącego, zasad logiki i doświadczenia życiowego. We wnikliwej ocenie dowodów przedstawionej w motywach zaskarżonego orzeczenia Sąd Okręgowy precyzyjnie wskazał dowody przyjęte za podstawę ustaleń faktycznych jak również przyczyny, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej. Twierdzenia skarżącego M. C. (1) o tym, że zdecydowana większość wad budynku nie pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z nienależytym wykonaniem zobowiązań przez pozwanych stanowi polemikę z ustaleniami Sądu pierwszej instancji, opartą na wybiórczej ocenie wyrwanych z kontekstu fragmentów opinii biegłego z zakresu budownictwa. Polemiczny charakter ma także zarzut pozwanego M. R. podważający ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego odnośnie do nienależytego wykonania przez niego umowy o roboty budowlane. Obrona pozwanego oparta na założeniu, że wykonał swoje zobowiązanie zgodnie z postanowieniami umowy, które przewidywały odstępstwa od projektu budowlanego, i nie miał obowiązku proponowania inwestorom rozwiązań konstrukcyjnych i materiałowych odpowiadających zasadom sztuki budowlanej, nie może odnieść skutku. W tabeli na stronie 15 uzasadnienia zaskarżonego wyroku Sąd Okręgowy podzielił usterki budynku zidentyfikowane przez biegłego na trzy kategorie. Pierwsza z nich obejmuje wady wynikające z działania inwestorów, druga usterki związane ze zmianą projektu i zmianami materiałowymi, a trzecia wady wynikające z niezachowania norm budowlanych. Ta ostatnia kategoria jest w całości objęta odpowiedzialnością odszkodowawczą pozwanych. Obejmuje ona wadliwe wykonanie szeregu elementów budynku w tym także stropów, które nawet przy uwzględnieniu zmian konstrukcyjnych zostały zbudowane niezgodnie z zasadami wiedzy technicznej. W konsekwencji zgłoszony w apelacji M. R. zarzut błędnych ustaleń w zakresie treści jego zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane okazał się nietrafny, a Sąd Apelacyjny aprobuje poczynione przez Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne i przyjmuje je za własne.

Nie jest również zasadny zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c., który może być usprawiedliwiony tylko w tych wyjątkowych okolicznościach, w których treść uzasadnienia orzeczenia sądu całkowicie uniemożliwia dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania orzeczenia lub w przypadku zastosowania prawa materialnego do niedostatecznie jasno ustalonego stanu faktycznego. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie. Wbrew stanowisku skarżącego M. R. w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazano na podstawowy obowiązek wykonawcy ujęty w art. 647 k.c., a mianowicie wykonanie obiektu zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.

Sąd Okręgowy nie naruszył także art. 321 § 1 k.p.c., zasądając dochodzone przez powódkę roszczenie in solidum, a nie solidarnie jak domagała się w pozwie. Zakres odpowiedzialności zobowiązanych solidarnie i in solidum jest identyczny, ponieważ konstrukcja solidarności nieprawidłowej (pozornej) opiera się na stosowaniu rozwiązań właściwych dla zobowiązań solidarnych w rozumieniu art. 366 k.c. Z tych względów zarzuty obu apelacji odnoszące się do naruszenia art. 321 § 1 k.p.c. okazały się nieusprawiedliwione.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia prawa materialnego zgłoszonych w obu apelacjach, w pierwszej kolejności należy uzupełnić rozważania Sądu Okręgowego w związku z zarzutem naruszenia art. 379 § 1 k.c. polegającym na braku rozgraniczenia odpowiedzialności wykonawcy i kierownika budowy pomimo podzielnego charakteru świadczenia odszkodowawczego. Należy wskazać na podnoszone w doktrynie argumenty przemawiające za potrzebą stosowania odpowiedzialności in solidum uczestników procesu budowlanego, a mianowicie różnorodność czynników mogących wywołać jedną szkodę, trudności w ustaleniu w sposób jednoznaczny jej przyczyn, wielość podmiotów, które może obciążać odpowiedzialność. Te wszystkie czynniki powodują, iż odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez kilku uczestników nie może być konstrukcyjnie rozwiązana wyłącznie przez zastosowanie zasad odpowiedzialności pro rata parte. W grę może wówczas wchodzić odpowiedzialność solidarna lub in solidum. Wykorzystanie konstrukcji zobowiązania solidarnego lub in solidum służyłoby potrzebie wzmocnienia interesów zamawiającego, który poniósł szkodę w następstwie zawinonego działania lub zaniechania kilku podmiotów procesu budowlanego, gdyż dawałoby mu realną gwarancję, że otrzyma odszkodowanie w całości. J. S. podkreśla, że odpowiedzialność in solidum można przyjąć w sytuacji, w której wywołany działaniem uczestników procesu budowlanego skutek jest niepodzielny. Szkada jest zintegrowana. Jest to argument decydujący o przyjęciu odpowiedzialności za całość świadczenia, ponieważ nie można określić części (udziału) przypadającego każdemu z dłużników. Nie chodzi w tym przypadku o niepodzielność świadczenia, lecz niepodzielność przyczyny (por. J. Strzępka [w:] System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań – Część szczegółowa, t. 7, pod red. J. Rajskiego, Warszawa 2011, s. 549 i nast.). Przytoczone stanowisko Sąd Apelacyjny aprobuje. Należy wyjaśnić, że w ustalonym, stanie faktycznym mamy do czynienia właśnie z niepodzielnością przyczyny, która szkodę spowodowała, ponieważ należy upatrywać jej zarówno w działaniu wykonawcy i kierownika budowy. Skoro M. R. jako wykonawca wadliwie wykonał roboty budowlane, które nadzorował M. C. (1) jako kierownik budowy, to nie sposób przypisać każdemu z nich udziału w szkodzie adekwatnego do stopnia zawinienia. Szkada jest bowiem zintegrowana, wynika zarówno z niewłaściwego wykonania umowy przez wykonawcę jak i nienależytego sprawowanego nadzoru budowlanego przez kierownika budowy. W konsekwencji zastosowanie konstrukcji odpowiedzialności in solidum w realiach rozpoznawanej sprawy było uzasadnione, a podzielny charakter świadczenia odszkodowawczego możliwości takiej nie wykluczał.

Usprawiedliwiony okazał się zarzut naruszenia art. 58 k.c., chociaż jego uwzględnienie nie prowadzi do zmiany zaskarżonego wyroku, który mimo błędnego w tej kwestii uzasadnienia odpowiada prawu.

Nie budzi wątpliwości, że naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania można dochodzić tylko wówczas, gdy strony łączyła ważna umowa. Art. 471 k.c. nie ma zastosowania w wypadku zawarcia umowy nieważnej, a naprawienia szkody lub innego roszczenia można wówczas poszukiwać w oparciu o podstawy pozostające w ramach innych reżimów odpowiedzialności (tak też Sąd Najwyższy w wyroku z 15 listopada 2001 roku, III CKN 506/00, Legalis 79844). Tymczasem Sąd Okręgowy uznał umowę o roboty budowlane za nieważną w zakresie aneksu wprowadzającego odstępstwa konstrukcyjne i materiałowe od projektu budowlanego i jednocześnie przypisał wykonawcy odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu nienależytego wykonania tej umowy także w części dotkniętej sankcją nieważności. Wyodrębnił bowiem wady budynku wynikające z odstępstw konstrukcyjnych i materiałowych od projektu budowlanego, a więc wynikające z realizacji założeń opisanych w aneksie nr (...). Sankcję nieważności czynności prawnej powiązał z naruszeniem określonych w prawie budowlanym obowiązków uczestników procesu budowlanego, a w szczególności z nieuzyskaniem przez inwestorów decyzji o zmianie pozwolenia na budowę w oparciu o zamienny projekt budowlany ze względu na istotne odstępienie od zatwierdzonego projektu budowlanego (art. 36 a ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku prawo budowlane, Dz.U. 2013, poz. 1409). Poglądu tego nie można zaaprobować. W wyroku z 9 października 2002 roku (IV CKN 1386/00, Lex 2697347) Sąd Najwyższy przyjął, że brak stosownych zezwoleń nie powoduje nieważności umowy o roboty budowlane, wyjaśniając, że tego rodzaju

okoliczność podlega ocenie w płaszczyźnie skutków niewykonania obowiązków inwestora. Aprobując to stanowisko, należy stwierdzić, że przyjęte w umowie o roboty budowlane odstępstwa od założeń projektu budowlanego nie prowadzą do nieważności tej umowy w części pomimo braku stosownego pozwolenia zamiennego.

Nietrafny okazał się natomiast zarzut naruszenia art. 471 k.c. Wbrew stanowisku skarżącego M. C. (1) w ustalonym stanie faktycznym nie zachodziły podstawy do przyjęcia żadnej z okoliczności wyłączającej bezprawność kontraktową wykonawcy jak i kierownika budowy, a w szczególności zgody poszkodowanego albo działania na własne ryzyko. Należy podkreślić, że przytoczone w apelacji pozwanego poglądy doktryny dotyczące tych obu pozaustawowych kontraktów formułowane są tylko na gruncie odpowiedzialności deliktowej (tak np. A. Olejniczak [w:] System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań część ogólna. t. 6, Warszawa 2014, s. 418-421). Powszechnie natomiast w piśmiennictwie do okoliczności wyłączających bezprawność dłużnika z tytułu niewykonania zobowiązania zalicza się jedynie obronę konieczną (art. 423 k.c.) i działanie w stanie wyższej konieczności (art. 424 k.c.) (tak np. T. Pajor: Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania, Warszawa 1982, s. 196, W. Borysiak [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. pod red. K. Osajdy, Legalis 2015, Komentarz do art. 471, tezy 15 i 16). Specyfika bezprawia kontraktowego zawężonego do naruszenia przez dłużnika obowiązków obligacyjnych sprawia, że ocena zgody kontrahenta na takie naruszenie może być rozważana jedynie w kontekście ograniczenia odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika na podstawie art. 473 § 1 k.c. albo przyczynienia się poszkodowanego do powstania szkody (art. 362 k.c.). W ustalonym stanie faktycznym akceptacja przez inwestora odstępstw od założeń projektu budowlanego nie może prowadzić do wyłączenia bezprawności kontraktowej pozwanych, ponieważ nie była ona tożsama z wyrażeniem zgody na wyrządzenie szkody majątkowej. Oba kontrakty - zgoda poszkodowanego jak i działanie na własne ryzyko zakładają świadomość naruszenia określonych dóbr po stronie potencjalnie poszkodowanego (tak też A. Olejniczak [w:] System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań część ogólna. t. 6 Warszawa 2014, s. 418-421). W realiach rozpoznawanej sprawy takiej świadomości nie można przypisać powodce, która nie będąc profesjonalistą polegała na wiedzy i doświadczeniu pozwanych, którzy nie uprzedzili jej, że odstępstwa od projektu budowlanego mogą spowodować istotne wady budynku. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na wynikający z art. 651 k.c. obowiązek wykonawcy niezwłocznego zawiadomienia inwestora o tym, że dostarczona dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie dają się do prawidłowego wykonania robót. W orzecznictwie przyjmuje się, że niedopełnienie tego obowiązku przez wykonawcę pociąga za sobą powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej, jeżeli szkoda nie powstałaby, gdyby wykonawca dopełnił ciążącego na nim obowiązku. W uzasadnieniu wyroku z 27 marca 2000 roku (III CKN 629/98, OSNC 200/9/173) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Podzielając przytoczony pogląd, należy stwierdzić, że ile rację ma skarżący M. R., że wykonawca nie ma obowiązku proponowania inwestorowi rozwiązań konstrukcyjnych i materiałowych zgodnych z zasadami wiedzy technicznej, niemniej jednak powinien go powiadomić, że realizacja umowy bez zamiennego projektu budowlanego i pozwolenia zamiennego doprowadzi do samowoli budowlanej, a rozwiązania techniczne wprowadzone w aneksie do umowy spowodują powstanie obiektu wadliwego. Niewykonanie tego obowiązku jak i wykonanie szeregu elementów konstrukcji budynku niezgodnie z zasadami wiedzy technicznej nawet przy uwzględnieniu odstępstw od projektu budowlanego stanowi nienależyte wykonanie zobowiązania przez wykonawcę i nadzorującego budowę kierownika.

Zgodnie z art. 354 §1 k.c. dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Powinność uwzględniania celu społeczno-gospodarczego zobowiązania może być rozumiana jako nakaz takiego postępowania dłużnika, które nie tylko formalnie będzie

odpowiadało jego obowiązkom, ale rzeczywiście doprowadzi do osiągnięcia społeczno-gospodarczego celu, dla osiągnięcia którego zobowiązanie zostało stworzone, do zaspokojenia interesu wierzyciela. W konsekwencji trafnie Sąd pierwszej instancji przyjął, że pozwani nie zachowali staranności oczekiwanej od profesjonalistów (art. 355 § 2 k.c.), wykonując zobowiązania wynikające z umów łączących ich z powódką. Wady budynku pozostają w adekwatnym związku przyczynowym z nienależytym wykonaniem przez nich tych zobowiązań, a zaniedbania inwestora na etapie przygotowania i organizacji budowy nie wyłączają ich odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, lecz mają wpływ na zmniejszenie obowiązku odszkodowawczego w ramach przyczynienia się poszkodowanego do powstania szkody.

Zarzut naruszenia art. 362 k.c. nie mógł odnieść skutku.

Należy podkreślić, że o tym, czy obowiązek naprawienia szkody należy zmniejszyć ze względu na przyczynienie się, a jeżeli tak - w jakim stopniu należy to uczynić, decyduje sąd w procesie sędziowskiego wymiaru odszkodowania w granicach wyznaczonych przez art. 362 k.c. Samo ustalenie faktu przyczynienia się poszkodowanego do szkody nie skutkuje obowiązkiem zmniejszenia należnego mu odszkodowania. W orzecnictwie i literaturze przyjmuje się zgodnie, że stwierdzenie takie jest tylko warunkiem miarkowania odszkodowania, a jego konsekwencją jest jedynie powinność badania przez sąd okoliczności decydujących o tym, czy zmniejszenie odszkodowania w ogóle powinno nastąpić (por. np. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 3 sierpnia 2006 r. ,IV CSK 118/06, LEX nr 369169 oraz z dnia 29 października 2008 r. IV CSK 228/08, OSNC-ZD, 2009/3/66/ oraz M. Owczarek, Zmniejszenie odszkodowania na podstawie art. 362 k.c., „Monitor Prawniczy”, nr 4 z 2003 r., P. Granecki, W sprawie wykładni art. 362 kodeksu cywilnego, „Państwo i Prawo” 2003, nr 1). W ustalonym stanie faktyczny przyjęty przez Sąd Okręgowy poziom przyczynienia się powódki do powstania szkody, tj. 37,5 % jest adekwatny do ciężaru naruszonych przez nią obowiązków inwestora jako uczestnika procesu budowlanego.

Odnosząc się do zarzutów apelacji kwestionujących wysokość szkody poniesionej przez powódkę należy wskazać, że z uprawnień zawartego w art. 322 k.p.c. sąd meriti może dopiero skorzystać wówczas, gdy po wyczerpaniu wszystkich dostępnych dowodów okaże się, że ściśle udowodnienie żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione. Taka sytuacja nie zachodziła w rozpoznawanej sprawie, w której Sąd dysponował opinią biegłego z dziedziny budownictwa zawierającą wycenę dwóch wariantów usunięcia usterek w budynku powódki. Miarkowanie odszkodowania było zatem zbędne. Zgodnie z zasadą pełnego odszkodowania wyrażoną w art. 361 § 2 k.c. naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono. Wbrew stanowisku skarżącego M. C. (1) poszkodowany nie musi szkody naprawić, aby móc skutecznie dochodzić zapłaty odszkodowania. Szkada na gruncie prawa cywilnego ujmowana jest jako uszczerbek w prawnie chronionych dobrach majątkowych, wyrażający się w różnicy między stanem tych dóbr, jaki istniał i jaki następnie mógłby istnieć w ramach normalnej kolei rzeczy, a stanem jaki powstał na skutek zdarzenia wywołującego zmianę polegającą na uszczupleniu aktywów lub zwiększeniu pasywów. Obowiązek naprawienia szkody nie jest więc uzależniony od tego, czy poszkodowany dokonał naprawy rzeczy i czy w ogóle zamierzał ją naprawić, odszkodowanie ma bowiem wyrównać mu uszczerbek majątkowy powstały w wyniku zdarzenia wyrządzającego szkodę, a uszczerbek taki istnieje już od chwili wyrządzenia szkody do czasu jej naprawienia przez przywrócenie stanu poprzedniego bądź zapłatę stosownego odszkodowania. Z zasady pełnego odszkodowania (art. 361 § 2 k.c.) należy wywieść uprawnienie powódki do żądania usunięcia usterek w budynku metodą droższą, bardziej inwazyjną, ale gwarantującą większą skuteczność niż metoda tańsza przedstawiona w opinii biegłego jako alternatywna. Z tego względu szkoda poniesiona przez powódkę wyraża się kwotą 80 521, 80 zł, którą prawidłowo Sąd pierwszej instancji obniżył o 37,5 %, uwzględniając przyczynienie się powódki do powstania szkody, a następnie błędnie stosując art. 322 k.p.c. po raz kolejny obniżył do kwoty 49 126, 89 zł, która odpowiada wycenie prac naprawczych budynku metodą tańszą i mniej inwazyjną. Związanie zakazem reformationis in peius (art. 384 k.p.c.) wyklucza jednak zmianę zaskarżonego wyroku na niekorzyść pozwanych.

Z tych przyczyn obie apelacje należało oddalić na podstawie art. 385 k.p.c. O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, zasądając na rzecz powódki jako strony wygrywającej spór w instancji odwoławczej koszty zastępstwa procesowego przez profesjonalnego pełnomocnika.