

Sygn. akt I ACa 360/11

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 czerwca 2011 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Ewa Jastrzębska (spr.)
Sędziowie :	SA Joanna Skwara-Kałwa SA Elżbieta Karpeta
Protokolant :	Justyna Wnuk

po rozpoznaniu w dniu 2 czerwca 2011 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa G. J.

przeciwko M. G.

o zapłatę

oraz sprawy z powództwa wzajemnego M. G.

przeciwko G. J.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki-pozwanej wzajemnej G. J.

od wyroku Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej

z dnia 25 lutego 2011 r., sygn. akt I C 263/09

1) zmienia zaskarżony wyrok:

- w punkcie 1. i 2. o tyle, że kwotę 27 350 złotych podwyższa do kwoty 64 559 (sześćdziesiąt cztery tysiące pięćset pięćdziesiąt dziewięć) złotych, a kwotę 20 000 złotych do kwoty 57 209 (pięćdziesiąt siedem tysięcy dwieście dziewięć) złotych,

- w punkcie 3. w ten sposób, że zasądza od pozwanego i powoda wzajemnego M. G. na rzecz powódki i pozwanej wzajemnej G. J. 1 223 (tysiąc dwieście dwadzieścia trzy) złote tytułem kosztów procesu;

2) w pozostałej części apelację oddala;

3) zasądza od pozwanego i powoda wzajemnego M. G. na rzecz powódki i pozwanej wzajemnej G. J. 3 159 (trzy tysiące sto pięćdziesiąt dziewięć) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt IACa 360/11

UZASADNIENIE

G. J. domagała się od M. G. zapłaty kwoty 90.000zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu oraz kosztów procesu.

W uzasadnieniu podała, że w dniu 02.04.2008r. zawarła z pozwanym umowę na wykonanie przez niego domu w stanie surowym zamkniętym za wynagrodzeniem 200 000 zł. Pozwany nie wykonał należycie przedmiotu umowy, nie usunął niedoróbek, nie wykonał poprawek, których konieczność stwierdził rzeczoznawca budowlany A. K.. Powódka zapłaciła pozwanemu całość wynagrodzenia - ostatnią ratę w dn. 10.06.2008r i niedługo potem prace budowlane przerwano na etapie położenia więźby dachowej. Podjęto je następnie we wrześniu, po czym przerwano pod koniec października nie doprowadzając do końca. Z opinii rzeczoznawcy A. K. wynika, że wysokość kosztów naprawczych wraz z karą umowną wynosi łącznie 90 000 zł. Wezwanie do zapłaty skierowane do pozwanego nie przyniosło skutku.

Pozwany M. G. wniósł o oddalenie powództwa w całości i złożył pozew wzajemny o zasądzenie od G. J. na jego rzecz kwotę 77.086,62 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 19.03.2009r.

W uzasadnieniu wskazał, że szczegółowy zakres przedmiotu umowy (kosztorys) określał załącznik i wartość zleconych w ramach umowy prac wynosiła 219.380,70 zł netto – 234.737,35 zł brutto.; w ramach negocjacji strony uzgodniły wynagrodzenie na kwotę 200.000zł netto, czyli 214.000zł brutto. W trakcie robót, na życzenie powódki - pozwanej wzajemnej, został zwiększony ich zakres, roboty zostały w całości wykonane w dniu 16.10.2008r. W dniu 18.12.2008r powódka pozwana wzajemna odmówiła podpisania protokołu odbioru robót. Po zakończeniu prac pozwany sporządził kosztorys powykonawczy na kwotę 277.086,62zł, z której to kwoty powódka zapłaciła mu 200 000 zł.

Pismem z dnia 28 .06. 2010r powódka i pozwana wzajemna G. J. rozszerzyła powództwo o kwotę 7.350 zł z uwagi na pojawienie się nowych wad.

Wyrokiem z dnia 25 lutego 2011r Sąd Okręgowy w Bielsku – Białej zasądził od pozwanego i powoda wzajemnego M. G. na rzecz powódki i pozwanej wzajemnej G. J. kwotę zł 27.350 zł z odsetkami ustawowymi:

- od kwoty 20.000 zł - od dnia 2.09.2009 r. do dnia zapłaty

- od kwoty 7.350 zł – od dnia 30.06.2010 r. do dnia zapłaty;

w pozostałym zakresie powództwo G. J. oddalił;

zasądził od powódki i pozwanej wzajemnej G. J. na rzecz pozwanego i powoda wzajemnego M. G. kwotę 230zł - tytułem zwrotu części kosztów procesu;

zasądził od G. J. jako pozwanej wzajemnej na rzecz M. G. jako powoda wzajemnego kwotę 14.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 19.03. 2009 r. do dnia zapłaty;

w pozostałym zakresie powództwo wzajemne oddalił;

zasądził od M. G. jako powoda wzajemnego na rzecz G. J. jako pozwanej wzajemnej kwotę 1.237 zł - tytułem zwrotu części kosztów procesu z powództwa wzajemnego.

Ustalił w uzasadnieniu, iż G. J. zamierzała rozpocząć budowę domu i przez pewien czas szukała sprawdzonego wykonawcy. Pozwanego polecili powódce znajomi: pastor H. M. i jego żona W. M., wcześniej pozwany wykonywał prace budowlane i malarskie na rzecz zboru ewangelickiego i byli z jego usług zadowoleni.

Po skontaktowaniu, strony podjęły rozmowy i negocjacje.

(dowód: przesłuchanie powódki k. 426, przesłuchanie pozwanego k. 429, zeznanie świadków W. M. k.449-450, H M. k.450-45)

W dniu 02.04.2008r. G. J. zawarła M. G. pisemną umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było wykonanie przez pozwanego budynku jednorodzinnego w stanie surowym na działce powódki położonej w B. przy ul. (...).

W umowie przewidziano, że szczegółowy jej zakres określa załącznik (kosztorys), którego jednak faktycznie do umowy nie dołączono. Termin rozpoczęcia robót określono na 03.04.2008r., zaś zakończenia na 31.08.2008r. Wynagrodzenie określono na kwotę 200 000zł netto, zastrzegając, że pozwany jako wykonawca może zażądać podwyższenia wynagrodzenia, jeżeli w toku realizacji inwestycji zajdzie konieczność przeprowadzenia robót dodatkowych, przy czym pisemnej zgody powódki wymagały prace dodatkowe o wartości przekraczającej 5.000 zł. Wpłata wynagrodzenia przewidziana była etapami tj. po wykonaniu pierwszych 25% prac - 25% wynagrodzenia i następnie tak samo, zaś po wykonaniu pozostałych 50% robót 50% wynagrodzenia.

Pierwsze dwie transze wynagrodzenia miały być uregulowane przelewami w terminie 7 dni od daty otrzymania przez powódkę faktur VAT, z kolei trzecia transza w wys. 50% wynagrodzenia w terminie 30 dni od otrzymania faktury VAT. Strony przewidziały karę umowną w wys. 10% wynagrodzenia na wypadek odstąpienia od realizacji umowy przez którąkolwiek z nich.

(dowody: umowa k. 11-12, przesłuchanie powódki k 426.)

Przed rozpoczęciem prac budowlanych pozwany dysponował projektem i znał działkę powódki, na której był kilkakrotnie. Projekt adaptujący typowy projekt na zlecenie powódki wykonał K. H.; projekt został zatwierdzony wraz z pozwoleniem na budowę. W toku budowy projekt był realizowany w zasadzie bez zmian, za wyjątkiem zmiany filarów przy wejściu do budynku z betonowych na drewniane, na co K. H. wyraził zgodę ustnie, bez pisemnych adnotacji na projekcie; o inne zmiany do projektanta nikt się nie zwracał. Tytułem zaliczki powódka wpłaciła pozwanemu w lutym 2008r kwotę 20 000zł.; na budowę domu wzięła kredyt bankowy w wys. 250 000zł. Pozwany przystąpił do prac budowlanych. Powódka wypłacała pozwanemu wynagrodzenie w ratach - gotówką i przelewem; ostatnią ratę w wys. 29 960zł przelała mu w dn. 10.06.2008r. Oświadczeniem dat. 26.06.2008r pozwany potwierdził zapłatę kwoty 200 000zł. W dniu 30.04.2008r oraz 27.05.2008r pozwany wystawił na powódkę dwie faktury VAT nr (...) na kwoty odpowiednio 26 750zł brutto i 29 960zł brutto.

(dowody: przesłuchanie powódki k. 426, oświadczenie k.25, dziennik budowy k.241, polecenia przelewu k.216-218, faktury VAT k.23,24, zeznanie świadka K H. k.322-323).

Pod koniec czerwca 2008r powódka stwierdziła przestój na budowie, zawiadomiła o tym kierownika budowy, wyznaczonego przez pozwanego - K. S., który przerwanie robót udokumentował wpisem w dzienniku budowy, stwierdzając pod datą 26.06.2008r. przerwanie robót przy konstrukcji dachu - wykonano montaż murlat oraz krokwi, zalecając zabezpieczenie więźby. Powódka nalegała na pozwanego, by kontynuował budowę, ale bezskutecznie. Na prośbę powódki kierownik budowy pod datą 23.07.2008r. dokonał wpisu do dziennika budowy o braku postępu robót i braku zabezpieczenia więźby i murów.

(dowody: przesłuchanie powódki k. 426.-427, dziennik budowy k.243)

Powódka pisemnie w lipcu i sierpniu zwracała się do pozwanego o podjęcie prac, interweniowała też u pastora H. M. i jego żony, aby wpłynęli na pozwanego, by kontynuował prace budowlane. Po interwencji z ich strony i rozmowach z

powódka pozwany we wrześniu przystąpił do kontynuacji prac na budowie powódki. Dokończył prace przy pokryciu dachowym i zamontował 6 okien dachowych. (dowody: przesłuchanie powódki k. 427-428, zeznania świadków W. M. k. 449-450, H. M. k. 450-451, pisma k. 29,32, przesłuchanie pozwanego

k. 429-430)

Powódka w listopadzie zwróciła się pisemnie do pozwanego o kontynuowanie robót, na co pozwany odpowiedział pismem dat. 01.12.2008r., w którym podał termin odbioru robót na dzień 10. 12.2008r. W odpowiedzi powódka zaproponowała datę 16.12.2008r.

(dowody: pisma k. 33,34,35)

W grudniu 2008r. powódka zleciła rzeczoznawcy A. K. wykonanie opinii technicznej na okoliczność określenia jakości robót i ich zgodności z projektem.

W opinii z dnia 17.12.2008r. stwierdził on stan surowy otwarty tj. bez zewnętrznej stolarki, teren bez ukształtowania, nieuporządkowany plac budowy, brak osypki fundamentów, niedokończoną izolację wewnętrzną. Stwierdził m. in. następujące wady:

- przyjęcie przez wykonawcę „na oko” poziomu posadowienia łąw fundamentowych;
- brak odniesienia się do poziomu spowodował m. in. konieczność zwiększenia liczby stopni schodowych przy wejściu do budynku, zaś od strony zach.-poł. wejście z tarasu zachodzić będzie na sąsiednią działkę;
- nie wykonano izolacji powłokowej części murów fundamentowych, a część prac izolacji pionowej wykonano niestarannie;
- brak studzienek odwadniających w narożach budynku;
- brak wyprowadzenia izolacji poziomej nad teren;
- niezgodne z projektem wykonanie kominów
- niezabezpieczenie elementów więźby dachowej;
- braki w orynowaniu;
- brak odpowiedniej ilości kominów wentylacyjnych;
- mury z pustaków ceramicznych wykonano niezgodnie z technologią; - występowanie mostków cieplnych;
- nie wykonano izolacji zewnętrznej wieńca;
- wykonanie murów przewodów kominowych z niskiej klasy cegły;
- niedowibroowanie stropu w części żelbetowej;
- brak otuliny zbrojenia.

A. K. stwierdził, że zakres stanu surowego zamkniętego nie został zakończony z powodu braku stolarki zewnętrznej, niedokończenia izolacji, braku osypki, nieuporządkowania i braku niwelacji terenu budowy. Stan budowy nie nadaje się do odbioru z uwagi również na braki w dokumentacji tj. zaświadczeń, atestów, aprobat technicznych oraz brak oświadczenia kierownika budowy o wykonaniu robót zgodnie z dokumentacją i sztuką budowlaną.

(dowody: opinia techniczna k.14-20, zeznanie A. K. k.319#320)

Pozwany sporządził kosztorys powykonawczy, opiewający na kwotę 277 086.62z1 brutto.

(dowody: pisma k. 33,34,35,36, protokół k. 38-39, przesłuchanie powódki k.427, kosztorys k.124-132).

W oświadczeniu dat. 30.12.2008r. kierownik budowy K. S. podał, że prace zostały wykonane zgodnie z projektem i kosztorysem, za wyjątkiem zmiany wymiaru okien, dokonanej przez powódkę, prace zostały wykonane zgodnie z projektem i sztuką budowlaną.

(dowód: oświadczenie k. 45)

W następnych miesiącach na budowie nie toczyły się żadne prace; między stronami trwała wymiana pism.

Pismem z dnia 24.02.2009r M. G. wezwał powódkę do zapłaty kwoty 83.236,46 zł - w terminie 7 dni tytułem brakującej części wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, podważając opinię techniczną A. K., załączając faktury VAT nr (...) odpowiednio na kwoty 128.308,41zł brutto oraz 77.651,05 zł brutto.

Powódka odmówiła zapłaty.

(dowody: pisma k. 46-48,49, faktury VAT k. 133)

W uzupełnieniu opinii technicznej podała, że wartość kosztów naprawczych z uwzględnieniem kary umownej wynosi ogółem 90 000 zł.

(dowody: oświadczenie ze zdjęciami k. 52-53, uzupełnienie opinii k. 54)

W maju 2009r. powódka powołała jako kierownika budowy E. W., który prowadził dalsze prace budowlane. W dniu 04.05.2009r dokonał odbioru placu budowy, zastając przerwane prace w stanie surowym otwartym z koniecznością zakończenia krycia dachu. Budynek nie posiadał okien na parterze ani drzwi. Nadto stwierdził m. in. za nisko wybudowany komin przy łazience, brak dwóch przewodów wentylacyjnych, za nisko posadowione nadproża drzwi na parterze, niedokończenie ścianek działowych w wymiarze ok. 30%, niewykonanie schodów wewnętrznych w ogóle, złe oparcie belek stropu, źle zagęszczony beton w stropie nad kuchnią z widocznymi prętami zbrojeniowymi, złe zamocowane rynny spustowe, brak Geigerów, brak studzienek narożnych drenażu opaskowego.

(dowody: przesłuchanie powódki k. 427, zeznanie świadka E. W. k. 343-345, dziennik budowy k245, załącznik k. 21-22)

Pismem z dnia 28.05.2009r. pozwany ponownie wezwał powódkę do zapłaty kwoty 83 236,46zł.

Pismem z dnia 18.08.2009r. powódka wezwała pozwanego do zapłaty kwoty 90.000zł.

(dowody: wezwania k.57-58,60)

Wartość wykonanych przez pozwanego robót budowlanych wyniosła 194 744,38zł.

Wartość wad i robót poprawkowych związanych z:

- demontażem za nisko usytuowanych nadproży w otworach drzwiowych, uzupełnieniem ścian lub zamurowaniem otworów w ścianach, wykonaniem nowych nadproży wynosi 1220 zł;

- wykonaniem czterech Geigerów z PCV oraz czterech studzienek drenażowych wynosi 2620 zł;

- wykonaniem tarasu zewnętrznego o konstrukcji żelbetowej wynosi 5240zł.

(dowody: opinia biegłego sądowego pisemna i ustna k.366-419 i k.461-462)

Zdaniem sądu pierwszej instancji oba powództwa : główne i wzajemne są częściowo zasadne. Wobec różnic w interpretacji umowy zdaniem sądu pierwszej instancji należało odnieść się do treści umowy. Według §(...) umowy wykonawca przyjął do wykonania budowę domu jednorodzinnego w stanie surowym zamkniętym, przy czym szczegółowy zakres przedmiotu umowy (kosztorys) miał określać załącznik do umowy. Pozwany podał, że tym załącznikiem był kosztorys ofertowy opiewający na kwotę 219 380,70zł netto, czyli 234 737,35 zł brutto. Powódka zaprzeczyła tej okoliczności, twierdząc że pozwany nigdy nie przedstawił jej takiego dokumentu i nie stanowił on załącznika umowy. Istotnie, pozwany nie złożył Sądowi podpisanego przez nią kosztorysu ofertowego, co więcej zalegający w aktach egzemplarz nie jest on opatrzony datą. W tych okolicznościach zdaniem sądu pierwszej instancji w świetle reguły wyrażonej w art. 6 kc kosztorys nie stanowił załącznika umowy, a skoro tak - przedmiotem umowy była budowa stanu surowego wg. wykonanego i dostarczonego - pozwanemu jako wykonawcy – projektu. Wynagrodzenie za te prace ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego, wynika to wprost z brzmienia umowy. Pozwany nie ma więc racji, twierdząc że należna mu kwota za całość wykonanych robót wynosi 277 086,62zł. § (...) umowy stwierdza, że wykonawca mógł żądać podwyższenia umówionego wynagrodzenia, jeżeli toku realizacji inwestycji zajdzie konieczność przeprowadzenia prac dodatkowych, których wartość przekroczy 5 000zł, a zlecający wyrazi na to pisemną zgodę; zgody zamawiającego nie wymagały prace dodatkowe wartości do 5000 zł. Tego rodzaju pisemnej zgody powódka pozwanemu nie udzieliła. Przewidziane w §(...) ust. (...) wynagrodzenie wykonawcy zostało określone w kwocie 200 000 zł netto, co przy doliczeniu obowiązującego podatku VAT w stawce 7% daje kwotę 214 000zł wynagrodzenia brutto.

Powódka co prawda podnosiła w toku procesu, że kwota netto, czyli 200 000zł stanowiła całość należnego pozwanemu wynagrodzenia, jednak pozwany temu zaprzeczył i skoro nie można obecnie ustalić w sposób pewny ustnych uzgodnień, należało przyjąć zgodnie z brzmieniem umowy, że wysokość należnego pozwanemu wynagrodzenia stanowiła kwota brutto tj. 214 000zł.

Powództwo główne jest zdaniem sądu pierwszej instancji częściowo zasadne. G. J. w pozwie domagała się zapłaty kwoty 90 000zł, opierając się na opinii technicznej wykonanej na jej zlecenie przez rzeczoznawcę A. K., który w jej uzupełnieniu właśnie na taką kwotę wyliczył wartość kosztów naprawczych i niedoróbek z uwzględnieniem kary umownej w wys. 20 000 zł. Pozwany zakwestionował te opinie zarówno co do stwierdzonych wad i niedoróbek jak i ich wartości. Strona powodowa w odpowiedzi winna zgłosić stosowny wniosek o dowód z opinii biegłego sądowego, albowiem opinia techniczna wykonana na zlecenie strony ma walor dokumentu prywatnego, zatem skoro przeciwnik zwalcza ją, strona, która na jej podstawie opiera swoje roszczenie winna wnioskować o dowód z opinii biegłego sądowego.

W określonym pełnomocnikom stron na rozprawie dnia 08.01.2010r. (k.194) terminie do zgłoszenia wniosków dowodowych, twierdzeń bądź zarzutów pełnomocnik powódki takowego wniosku nie zgłosił - odpowiedź na pozew wzajemny wniosku o opinię biegłego nie zawiera.

Wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego zgłosił pozwany w piśmie procesowym dat. 27.01.2010r. Postanowieniem z dn. 29.06.2010r. Sąd dopuścił dowód na okoliczności tam wskazane; następnie postanowienie w dn. 14.07.2010r. zostało uzupełnione na okoliczności rozszerzonego powództwa głównego. Wprawdzie biegła sądowa J. L. w swej opinii określiła wartość robót naprawczych na kwotę 44.559zł ale wyliczeń tych w ocenie sądu pierwszej instancji nie można wziąć pod uwagę , gdyż biegła przekroczyła w tym miejscu ramy wyznaczone przez sąd w postępowaniu dowodowym , na dodatek dowód był zgłoszony przez stronę przeciwną.

Uwzględnić należało jednakże żądanie zapłaty kary umownej na podstawie § (...) umowy w kwocie 20.000zł. , gdyż pozwany odstąpił od wykonania zleconych mu prac przed doprowadzeniem go do umówionego etapu prac – stanu surowego zamkniętego.

Podobnie uwzględnić należy w całości rozszerzone powództwo w kwocie 7.350zł , skoro z opinii biegłej L. wynika , że istniały stwierdzone przez powódkę wady i niedoróbki wartości 9.080zł. O kosztach powództwa głównego sąd pierwszej instancji orzekł na mocy art. 100kpc stosunkowo rozdzielając koszty.

Powództwo wzajemne w ocenie sądu pierwszej instancji zasadne było jedynie co do podatku VAT od kwoty 200.000zł w wysokości 14.000zł. W pozostałej części powództwo wzajemne nie było zasadne, zatem sąd pierwszej instancji je oddalił. O kosztach powództwa wzajemnego orzekł na mocy art. 100 kpc.

Od wyroku tego wniosła apelację powódka i pozwana wzajemna G. J..

Zaskarżyła wyrok w punktach 2,3,4 i 6 domagając się :

1. zmiany zaskarżonego wyroku w pkt.2 i zasądzenie od pozwanego kwoty 37.209,- zł wraz z odsetkami od dnia 2 09 2009 r,
2. zmiany zaskarżonego wyroku w pkt. 4 i oddalenia powództwa pozwanego a zarazem powoda wzajemnego, co do zapłaty kwoty 14.000 zł;

względnie

uchylenia zaskarżonego wyroku do ponownego rozpoznania;

w każdym przypadku zasądzenia kosztów postępowania za II instancję.

Zarzuciła:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, a mogący mieć wpływ na jego treść przez przyjęcie, iż pozwany nie odpowiada za skutki wadliwie wykonanych robót budowlanych i w konsekwencji spowodowanie szkody po stronie powodowej;
2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia przez obciążenie pozwanej wzajemnej kwotą 14.000- zł z tytułu ustalonego podatku vat od ustalonej w umowie kwoty wynagrodzenia.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja powódki i pozwanej wzajemnej G. J. jest zasadna częściowo , co do oddalonej części powództwa głównego w kwocie 37.209zł , w pozostałej części tj. co do kwoty 14.000zł zasądzonej od powódki i pozwanej wzajemnej na rzecz pozwanego i powoda wzajemnego na uwzględnienie nie zasługuje.

Odnosząc się w pierwszym rzędzie do powództwa głównego wskazać należy, iż zasadnie zarzuca skarżąca, że wykazała w dostateczny sposób wysokość szkody , którą poniosła z tytułu wadliwego wykonawstwa robót przez pozwanego.

Sąd pierwszej instancji ustalił , iż powódce należy się od pozwanego zapłata 20.000zł z tytułu kary umownej oraz z tytułu wadliwie wykonanych robót w kwocie 7.350zł. Oddalił żądanie zapłaty z tytułu wadliwie wykonanych robót w pozostałej części wskazując w uzasadnieniu , iż powódka nie wykazała , że roboty na taką kwotę zostały wykonane wadliwie, gdyż przedstawiona przez nią opinia prywatna została przez pozwanego zakwestionowana , powódka nie zgłosiła w odpowiednim czasie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego , wprawdzie biegła sądowa J L. w swej opinii określiła wartość robót naprawczych na kwotę 44.559zł , jednakże ustalenie to nie mogło zdaniem sądu pierwszej instancji rzutować na rozstrzygnięcie w zakresie powództwa głównego , gdyż „biegła przekroczyła ramy wyznaczone przez sąd w postanowieniu dowodowym , nadto dowód był zgłoszony przez stronę przeciwną”.

Takiego stanowiska zdaniem Sądu Apelacyjnego podzielić nie można.

Niewątpliwie rację ma sąd pierwszej instancji , iż to powódka z mocy art. 6 kc ma udowodnić istnienie szkody i jej wysokość. Rację ma także sąd pierwszej instancji twierdząc , iż prywatna opinia biegłego wykonana na zlecenie powódki nie może być taktowana jako dowód stanowiący podstawę ustaleń wymagających wiadomości specjalnych w sprawie, skoro strona przeciwna ustalenia tam zawarte zakwestionowała . Nie można jednakże w żaden sposób podzielić stanowiska sądu pierwszej instancji , że nawet w wypadku , gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy daje

podstawę do poczynienia ustaleń , które roboty wykonane przez pozwanego były wykonane wadliwie i jaki jest koszt usunięcia wad – nie może sąd takich ustaleń poczynić albowiem wnioszek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego złożyła strona przeciwna.

Przede wszystkim wskazać należy , iż z mocy art. 233§1 kpc sąd ma obowiązek dokonać oceny wiarygodności i moc dowodów według własnego przekonania **na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego**. Nadto mimo , że zgodnie z treścią art. 232 kpc to strony są obowiązane wskazywać dowody , z których wywodzą skutki prawne , to **sąd może dopuścić dowód nie wskazany przez stronę**. Artykuł 279§1kpc stanowi , iż w wypadkach wymagających wiadomości specjalnych sąd (...) może wezwać jednego lub kilku biegłych w celu zasięgnięcia ich opinii.

Biorąc pod uwagę powyższe w ocenie Sądu Apelacyjnego , skoro w sprawie sąd pierwszej instancji dopuścił dowód z opinii biegłego , nie może nie uwzględnić przy wydaniu wyroku treści tej opinii tylko na tej podstawie , że wnioszek o dopuszczenie dowodu z opinii złożyła strona przeciwna, dla której opinia ta ostatecznie okazała się niekorzystna.

W tym stanie rzeczy sąd pierwszej instancji dopuścił dowód z opinii biegłego na okoliczność n.in. „prawidłowości wykonanych przez M G. robót budowlanych (...) a także zgodności wykonanych robót ze sztuką budowlaną i wiedzą techniczną”. Biegły w swej opinii wskazał wady i nieprawidłowości i wyliczył koszt ich naprawy na 44.559zł. Na rozprawie w dniu 19 stycznia 2011r biegła podtrzymała swą opinię w całości. Nie można zatem podzielić stanowiska sądu pierwszej instancji , iż tej części materiału dowodowego nie można brać pod uwagę przy wydawaniu wyroku. Wręcz przeciwnie sąd ma obowiązek wszechstronnie rozważyć zebrany w sprawie materiał dowodowy. Skoro więc zebrany w sprawie materiał dowodowy, w tym treść opinii biegłego dawała podstawę do uwzględnienia żądania powódki w części dotyczącej zapłaty za wadliwie wykonane roboty (gdyż wady nie były istotne , a pozwany nie chciał ich usunąć, nadto cena netto za wykonanie robót została przez powódkę zapłacona- zatem miała prawo na mocy art. 637§2 kc w zw. z art. 565§1 kc domagać się obniżenia wynagrodzenia w wysokości kosztu usunięcia wad) - sąd pierwszej instancji winien był rozstrzygnąć powódkę w tej części uwzględnić , bez względu na fakt , że dowód z opinii biegłego został dopuszczony na wniosek pozwanego . Z tych też względów apelację powódki w części dotyczącej powództwa głównego , co do kwoty 37.209zł należało uwzględnić , zaskarżony wyrok z mocy art. 386 §1 kpc zmienić i zasądzoną na rzecz powódki kwotę 27.350zł podwyższyć o żadaną w apelacji kwotę. Konsekwencją zmiany rozstrzygnięcia zawartego w punkcie 11 2 wyroku była zmiana rozstrzygnięcia o kosztach procesu za pierwszą instancję w części dotyczącej powództwa głównego. Rozstrzygnięcie to oparto na art. 100kpc stosunkowo rozdzielając koszty , przyjmując , iż po zmianie wyroku powódka utrzymała się z żądaniem w części dotyczącej powództwa głównego w około 60%, w taki też sposób rozdzielono koszty procesu za pierwszą instancję w części dotyczącej powództwa głównego.

Niezasadna jest natomiast apelacja powódki w części dotyczącej powództwa wzajemnego. Wbrew zarzutom powódki trafnie sąd pierwszej instancji przyjął , iż powódka jest zobowiązana do zapłacenia pozwanemu kwoty 14.000zł z tytułu podatku VAT. Powódka w ramach umowy o roboty budowlane zobowiązała się do zapłaty umówionego wynagrodzenia – jak ustalił sąd pierwszej instancji w kwocie 200.000zł netto. W §(...) umowy strony ustaliły sposób zapłaty wynagrodzenia – na podstawie faktury VAT. Artykuł 632 k.c. może być stosowany w drodze analogii do umowy o roboty budowlane (zob. uchwałę SN z 29 września 2009 r., III CZP 41/09, OSNC 2010, nr 3, poz. 33; wyrok SN z 15 czerwca 2007 r., V CSK 63/07, Biul. SN 2007 , nr 12) dlatego też podzielić należy stanowisko sądu pierwszej instancji , iż strony w umowie określiły wynagrodzenie ryczałtowe. Ustalono je na 200.000zł netto. Rację ma jednakże , wbrew zarzutom skarżącej sąd pierwszej instancji , iż do tak ustalonego wynagrodzenia należy doliczyć podatek VAT w wysokości 7% , a zatem w kwocie 14.000zł. Zgodnie z ustawą z 11 marca 2004r o podatku od towarów i usług (DZU 04.545.19 ze zm.) wykonane przez pozwanego i powoda wzajemnego roboty budowlane na rzecz powódki i pozwanej wzajemnej podlegają opodatkowaniu podatkiem VAT (art. 5 i 15 cyt. Ustawy). Podatek ten ma charakter cenotwórczy, pozwany i powód wzajemny wbrew zarzutom skarżącej wystawił faktury VAT i był zobowiązany do uiszczenia tego podatku. W tej sytuacji nie można podzielić zarzutu skarżącej , iż z umowy wynikało , że zapłata wynosiła będzie jedynie wartość netto robót , skoro nic takiego z treści umowy nie wynika , a wynika z niej bezspornie , że zapłata wynagrodzenia będzie następować na podstawie faktur VAT. Zeznania świadków W. iH. M. nie wnoszą nic do sprawy, świadkowie ci nie uczestniczyli w negocjacjach stron, od powódki i pozwanej wzajemnej słyszeli o kwocie 200.000zł ,

jednakże nie wiedzieli czy ma to być kwota brutto czy netto. Niezasadne są zawarte w apelacji zarzuty, iż powódka i pozwana wzajemna została dwukrotnie obciążona obowiązkiem zapłaty podatku VAT. Pozwany i powód wzajemny jak ustalił sąd pierwszej instancji faktycznie wystawił faktury na kwotę znacznie przekraczającą 214.000zł brutto. Trafnie zatem sąd pierwszej instancji uwzględnił żądanie pozwanego i powoda wzajemnego w części dotyczącej zapłaty kwoty 14.000zł z tytułu podatku VAT. W tej zatem części apelację jako nieuzasadnioną należało oddalić na mocy art. 385kpc.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na mocy art. 100 kpc stosunkowo je rozdzielając , przy założeniu , iż powódka wygrała apelację w około 60%.