

Sygn. akt I ACa 1302/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 marca 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Małgorzata Stanek

Sędziowie: SA Anna Beniak (spr.)

SO del. Rafał Maciejewski

Protokolant: st. sekr. sąd. Jacek Raciborski

po rozpoznaniu w dniu 1 marca 2016 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa T. D. i D. D.

przeciwko E. J.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 6 maja 2015 r. sygn. akt I C 920/12

I. zmienia zaskarżony wyrok w punktach 1,2,3 i 4 i nadaje punktom 1,3 i 4 treść:

1. zasądza od E. J. na rzecz T. D. i D. D. solidarnie kwotę 50.000 (pięćdziesiąt tysięcy) zł z ustawowymi odsetkami od dnia 1 kwietnia 2012 roku do dnia 31 grudnia 2015 roku oraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty;

3. zasądza solidarnie od T. D. i D. D. na rzecz E. J. kwotę 3600 (trzy tysiące sześćset) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego od oddalonej części powództwa;

4. nakazuje pobranie na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Łodzi tytułem brakującej opłaty od pozwu:

a) od T. D. i D. D. solidarnie z zasądzzonego roszczenia kwoty 5.441,48 (pięć tysięcy czterysta czterdzieści jeden 48/100) zł

b) od E. J. kwoty 2.940 (dwa tysiące dziewięćset czterdzieści) zł;

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza solidarnie od T. D. i D. D. na rzecz E. J. kwotę 1350 (jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

**Sygn. akt I ACa 1302/15**

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Łodzi w sprawie z powództwa T. D. i D. D. przeciwko E. J. o zapłatę

1. zasądził od E. J. solidarnie na rzecz T. D. i D. D. kwotę 196.400,18 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 173.200 zł od dnia 1 kwietnia 2012 roku do dnia zapłaty oraz od kwoty 23.200,18 zł od dnia 7 sierpnia 2012 roku do dnia zapłaty;
2. oddalił powództwo w pozostałej części;
3. zasądził od E. J. solidarnie na rzecz T. D. i D. D. kwotę 10.596,52zł tytułem zwrotu kosztów procesu;
4. nakazał pobrać od E. J. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łodzi kwotę 6.745,67 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych;
5. nakazał zwrócić ze Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łodzi na rzecz T. D. kwotę 620,48 zł tytułem niewykorzystanej części zaliczki na koszty opinii biegłego.

Z ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego w całości podzielnych przez Sąd Apelacyjny i uznanych za własne wynika, że w dniu 4 kwietnia 2011 r. pomiędzy T. i D. D., jako zamawiającymi a E. J., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą (...), jako wykonawcą, została zawarta umowa o roboty budowlane 01/04/2011.

Przedmiotem umowy było wykonanie przez pozwaną z materiałów własnych stanu surowego zamkniętego budynku mieszkalnego o powierzchni użytkowej 172,4 m<sup>2</sup> oraz płyty fundamentowej pod w/w budynkiem wg projektu. Miejszem realizacji zamówienia było G. ul. (...), działka nr ew. 197.

Zakres wykończenia budynku i standard wykonania objęty ceną uzgodnioną w umowie określał w par. 2 umowy. Wszelkie różnice cenowe odbiegające od standardów wymienionych w par. 2 miał pokrywać zamawiający.

Wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły na kwotę w wysokości 528.000 zł brutto. Strony ustaliły płatności w następujący sposób:

kwota 100.000 zł tytułem zaliczki na poczet realizacji umowy w terminie do trzech dni od daty podpisania umowy,

kwota 210.000 zł tytułem pierwszej części ustalonego wynagrodzenia w terminie do pięciu dni po wykonaniu płyty fundamentowej,

kwota 200.000 zł tytułem drugiej części ustalonego wynagrodzenia w terminie do pięciu dni po wykonaniu stropu nad parterem budynku,

kwota 18.000 zł tytułem końcowej zapłaty wynagrodzenia w dniu końcowego odbioru robót objętych umową.

W par. 8 umowy ustalono, że wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne: za odstąpienie wykonawcy od umowy z przyczyn niezawinionych przez zamawiającego w wysokości 10% wartości kwoty umownej oraz za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,1% wartości kwoty umownej za każdy dzień zwłoki.

Zamawiający natomiast miał zapłacić wykonawcy kary umowne: za odstąpienie od umowy z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę w wysokości 10% wartości kwoty umownej, a także przepadają na rzecz wykonawcy wszelkie udokumentowane zapłaty na poczet zamówienia oraz za opóźnienie płatności w wysokości 0,1% wartości kwoty umownej za każdy dzień zwłoki.

Powodowie wpłacili pozwanej na poczet ustalonej ceny 440.000 zł i ta kwota znajduje potwierdzenie w wystawionych fakturach VAT i nigdy nie była między stronami sporna.

Oprócz powyższych sum powodowie uiszcili na rzecz pozwanej gotówką kwoty:

25.609,85 zł w I połowie września 2011 r. tytułem dopłaty do okien,

50.000 zł w dniu 4 października 2011 r. na zakup cegły klinkierowej

7.108,13 zł w dniu 6 października 2011 r. tytułem dopłaty do stropu.

Na powyższe sumy powodowie nie mają pokwitowań zapłaty. Zostały one przekazane mężowi pozwanej J. J. (1). Mąż pozwanej informował powodów, że faktury na te kwoty wystawi w późniejszym czasie, jednak nie uczynił tego.

Kwota 50.000 zł była wręczona J. J. (1) w obecności powódki T. D.. Podczas przekazywania jej w domu powodów obecny był syn powodów M. D. (1) z kolegą D. Ł. (1). Przeliczali oni pieniądze przed przekazaniem ich mężowi pozwanej. M. D. (1) i D. Ł. (1) nie widzieli momentu wręczania pieniędzy mężowi pozwanej. Po przekazaniu pieniędzy powódka mówiła, że po raz kolejny nie ma potwierdzenia na przekazywaną gotówkę i martwiła się tym.

R. W. (1) rozmawiał z J. J. (1) na temat pokwitowania za przekazaną mu przez powodów kwotę 50.000 zł. J. J. (1) powiedział mu, że na razie nie wystawił pokwitowania na tą kwotę, ale zapewnił, że za jakiś czas wystawi fakturę.

Po wykonaniu przez powoda ostatniego przelewu w dniu 9 listopada 2011 r. firma pozwanej przerwała prace na budowie. Mąż pozwanej więcej nie pojawił się na budowie, a pracownicy, którzy wykonywali tynki powiedzieli powodowi, że mąż pozwanej poinformował ich, że mają się rozliczać z powodem, bo on już z powodami nie współpracuje. Prace, których nie dokończyła firma pozwanej zostały dokończone przez inne firmy. W chwili obecnej budowa jest zakończona.

Pozwana sporządziła – niedatowane- oświadczenie o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane z przyczyn leżących po stronie inwestora, podając jako przyczynę niespełnienie przez inwestorów świadczenia pieniężnego w kwocie 70.000 zł w ramach drugiej części ustalonego wynagrodzenia.

Firma pozwanej nie wykonała następujących prac: pokrycia dachu, instalacji co, elektrycznej i wodno kanalizacyjnej w łazienkach, wylewek z ociepleniem na parterze i na I stropie. Nie było dokończone ocieplenie zewnętrzne budynku i w ogóle nie były wykonane tynki zewnętrzne. Nie były wykonane filary z klinkieru, ani opaska klinkierowa wokół budynku, tylko częściowo były wykonane murki przy tarasie. Nie były zamontowane drzwi wejściowe ani brama garażowa. Nie były wykonane tynki w 2 łazienkach.

Opinię techniczną dotyczącą stanu robót domu przy ul. (...) sporządziła A. P.. Opinia została sporządzona w listopadzie 2011 r. W tej dacie wykonane były następujące elementy robót: fundament, ściany nośne, strop, więźba dachowa, stolarka okienna, wylewki pod posadzki, fragmenty ocieplenia zewnętrznego ścian, fragmenty tynków wewnętrznych, fragmenty instalacji elektrycznej.

Nie były wykonane następujące roboty: pokrycie dachowe dachówką ceramiczną, ocieplenie ścian zewnętrznych i licówki z cegły klinkierowej, były braki w tynkach wewnętrznych, braki w tynkach zewnętrznych, braki w wylewkach posadzkowych, brak schodów zewnętrznych, brak tarasów, brak drzwi zewnętrznych, brak bramy garażowej, brak instalacji wewnętrznych: wod-kan, ogrzewania, elektrycznej, brak obróbek blacharskich i orywnowania. A. P. była na wizji lokalnej, wykonała zdjęcia wszystkich dostępnych pomieszczeń.

Po zejściu z budowy pozwanej zostały wykonane następujące prace: instalacja kanalizacyjna, wodna, centralnego ogrzewania, ocieplenie posadzki w piwnicy, na parterze i na stropie, wylewki po ociepleniu, zostało dokończone obłożenie styropianem elewacji budynku, budynek został otynkowany, zostały wymurowane filary z klinkieru, opaski wokół budynku łącznie z murkami przy tarasie i schodach, zostały wykonane tarasy i schody zewnętrzne, zostało wykonane pokrycie dachu dachówką łącznie z obróbkami i orywnowaniem, została wykonana podbitka wokół budynku.

Powodowie ponieśli następujące koszty prac wykonanych po zejściu firmy pozwanej z budowy:

- 10.800 zł za wykonanie tarasów zewnętrznych i schodów na tarasy (faktura nr (...)),
- 750 zł za usługi transportowe – przywóz piasku (rachunki nr (...)),
- 2.240,40 zł za stal żebrowaną 10 i 12, cement port. (faktura nr (...)),
- 2.240 zł za cement port. (faktura nr (...)),
- 800 zł za boniowanie elewacji i doróbki elewacji (rachunek nr (...)),
- 11.200 zł za usługi ogólnobudowlane wykonane przez D. G. (ocieplenie budynku),
- 5.076 zł za ułożenie styropianu, wykonanie wylewek betonowych przez firmę (...) (faktura nr (...)),
- 20.564 zł za montaż instalacji c.o. oraz wod.- kan. wewnętrznej wykonane przez firmę (...) (faktury nr (...), (...)),
- 5.800 zł za montaż bramy automatycznej w budynku mieszkalnym wykonany przez Z. Z. (faktura nr (...)),
- 37.000 zł za wykonanie elewacji z cegły klinkierowej (faktura nr (...)), 27.041,80 zł za zakup materiałów budowlanych,
- 7.870 zł za usługę budowlano – montażową – drzwi parmax (faktura nr (...)), 17.500 zł za kompleksowe pokrycie dachu dachówką ceramiczną (faktura nr (...)) wykonane przez firmę (...).

Poniesienie powyższych kosztów było niezbędne, ponieważ powyższe roboty nie zostały wykonane przez pozwaną. Zakupione materiały były konieczne przy prowadzonych robotach. Załączone do akt sprawy rachunki i faktury dotyczą materiałów i robót, które były konieczne i niezbędne do zrealizowania zakresu robót wynikającego z umowy pomiędzy stronami. Łączna wartość rachunków i faktur to kwota 148.882,20 zł.

Pismem z dnia 19 marca 2012 r. pełnomocnik powodów wezwał pozwaną do zapłaty w terminie do dnia 30 marca 2012 r. kwoty 120.400 zł tytułem zwrotu nienależnie pobranego wynagrodzenia za niewykonane przez pozwaną prace wynikające z umowy o roboty budowlane z dnia 4 kwietnia 2011 oraz kwoty 52.800 zł tytułem kary umownej przewidzianej w punkcie par. 8 ust. 1 a umowy o roboty budowlane z dnia 4 kwietnia 2011 w związku z odstąpieniem wykonawcy od umowy z przyczyn niezawinionych przez zamawiającego

W odpowiedzi na wezwanie do zapłaty pełnomocnik pozwanej odmówił spełnienia obydwu w/w świadczeń.

Ustalając, jakie prace nie zostały wykonane przez firmę pozwanej Sąd oparł się na zeznaniach powoda oraz zeznaniach świadków A. P., K. K., J. M., M. M., Z. Z., W. D., D. G., D. M., M. C., Ł. K.. Świadek A. P. potwierdziła w swoich zeznaniach informacje zawarte w wykonanej przez nią opinii technicznej.

Pozostali świadkowie potwierdzili w swoich zeznaniach wykonanie na nieruchomości powodów prac, których nie wykonała pozwana. Zeznania świadków zostały potwierdzone wystawionymi przez nich fakturami. Opinia biegłego ds. budownictwa potwierdziła, że załączone do akt sprawy rachunki i faktury dotyczą materiałów i robót, które były konieczne i niezbędne do zrealizowania zakresu robót wynikającego z umowy między stronami.

Pozwana nie zakwestionowała skutecznie w/w dowodów. Pozwana nie przeciwstawiła im żadnych własnych dowodów, z których wynikałby stan zaawansowania prac na placu budowy w momencie opuszczenia go przez pozwaną. W takiej sytuacji nie ma powodu, aby odmówić wiarygodności w/w dowodom.

Zarzuty pozwanej wobec opinii biegłego Sąd uznał za bezzasadne. Nie ma racji pozwana twierdząc, że opinia biegłego jest wewnętrznie sprzeczna.

Słusznie stwierdził biegły, że wobec określenia w umowie ryczałtowej kwoty za wykonanie przedmiotu umowy, bez rozbicia na koszty poszczególnych robót, niemożliwe jest oszacowanie – na podstawie treści umowy – wartości materiałów i robocizny koniecznych do wykonania prac niezbędnych do zrealizowania przedmiotu umowy, a niewykonanych do momentu opuszczenia placu budowy przez firmę pozwanej.

Wobec tego, że prace zostały dokończony na koszt powodów, możliwe było jednak dokonanie oceny czy poniesione przez powodów wydatki były zasadne i to biegły uczynił. Należy podzielić stanowisko biegłego, że wobec wydawania opinii po 2 latach od zakończenia budowy bezprzedmiotowe byłoby dokonywanie oględzin budynku.

Niesłuszne są także zarzuty pozwanej dotyczące nieskorzystania przez powodów z instytucji zabezpieczenia dowodu dla stwierdzenia stopnia zaawansowania robót budowlanych w momencie ich przerwania przez pozwaną. Z instytucji zabezpieczenia dowodu mogły skorzystać obie strony.

W ocenie Sądu powodowie udowodnili stopień zaawansowania robót zeznaniami świadków i dokumentami – fakturami i rachunkami za wykonane na ich koszt roboty. Pozwana natomiast swojego stanowiska (niejasnego zresztą, wobec braku twierdzeń pozwanej co do zakresu wykonanych przez nią robót) nie udowodniła w żaden sposób.

Sąd dał także wiarę zeznaniom powodów w zakresie przekazania pozwanej kwot, na które powodowie nie posiadają pisemnych pokwitowań. Należy wskazać, że J. J. przyznał, że otrzymał od powodów 25.609,85 zł oraz 7.108,13 zł oraz, że nie wystawił na nie faktury ani pokwitowania.

Jeżeli chodzi o kwotę 50.000 zł, to wprawdzie przekazanie tej kwoty nie odbyło się w obecności świadków, to jednak okoliczność ta została pośrednio potwierdzona zeznaniami świadków M. D. (1) i D. Ł. (1), którzy przeliczali pieniądze przed przekazaniem ich mężowi pozwanej oraz zeznaniami świadka R. W. (1), który zeznał, że mąż pozwanej potwierdził w rozmowie telefonicznej, że otrzymał tę kwotę.

Sąd oddalił wniosek pełnomocnika pozwanej o przeprowadzenie konfrontacji świadków J. J. (1) i M. D. (1). Zgodnie z prezentowanym w orzecznictwie poglądem, zarządzenie konfrontacji na podstawie art. 272 k.p.c. jest prawem, a nie obowiązkiem sądu. Jeżeli sąd bez sięgania do tego środka potrafi ocenić wiarygodność zeznań świadka nieprzeprowadzenie przez sąd konfrontacji, nie stanowi uchybienia procesowego. W ocenie Sądu dla oceny wiarygodności zeznań w/w świadków nie było konieczne przeprowadzenie ich konfrontacji.

**W oparciu o tak ustalony stan faktyczny** Sąd Okręgowy uznał powództwo za zasadne.

Odnosnie dochodzonego w pkt. 1 pozwu roszczenia o zasądzenie od pozwanej solidarnie na rzecz powodów kwoty 153.117,98 zł tytułem zwrotu nienależnie uzyskanego wynagrodzenia Sąd I instancji uznał, że zgodnie z umową łączne wynagrodzenie pozwanej miało wynieść 528.000 zł brutto i było płatne: 100.000 zł w terminie 3 dni od daty podpisania umowy, 210.000 zł w terminie 5 dni po wykonaniu płyty fundamentowej, 200.000 zł w terminie 5 dni po wykonaniu stropu nad parterem, 18.000 zł w dniu końcowego odbioru.

Należy wskazać, że umowa w ogóle nie przewidywała możliwości odstąpienia od umowy przez wykonawcę w razie zalegania z zapłatą wynagrodzenia przez zamawiającego – w umowie przewidziana była tylko kara umowna za opóźnienie płatności i za odstąpienie od umowy.

Jak zostało wskazane powyżej, bezsporne i udowodnione dokumentami jest, że powodowie zapłacili pozwanej kwotę 440.000 zł. W ocenie Sądu powodowie udowodnili także dokonanie trzech wpłat, na które nie otrzymali potwierdzenia pisemnego: na kwotę 50.000 zł (zakup cegły klinkierowej), 25.609,85 zł (dopłata do okien), 7.108,13 zł (dopłata do stropu).

Należy wskazać, że mąż pozwanej J. J. (1) przyznał w swoich zeznaniach dokonanie przez powodów wpłat na kwoty 25.609,85 zł i 7.108,13 zł, twierdził jednak, że wpłaty te dotyczyły prac dodatkowych, nie objętych umową, która to okoliczność nie została w żaden sposób udowodniona.

Niezależnie zatem od kwestii, iż umowa nie przewidywała uprawnienia dla wykonawcy do odstąpienia od umowy w razie zalegania powodów z zapłatą wynagrodzenia, to po stronie powodów taka zaległość nie występowała. Pozwana nie była zatem uprawniona do odstąpienia od umowy.

Zgodnie z ustaleniami faktycznymi łączna wartość rachunków i faktur za prace niewykonane przez pozwaną to kwota 148.882,20 zł. W zakresie tej kwoty, otrzymane przez pozwaną wynagrodzenie należy traktować jako nienależne świadczenie, bowiem nie ma ono swojego ekwiwalentu w postaci prac wykonanych przez pozwaną w ramach umowy. Podstawę prawną roszczenia powodów w tym zakresie stanowi art. 410 k.c. w związku z art. 405 k.c.

Bezzasadne są zarzuty pozwanej związane z powoływaniem się na treść art. 409 i 411 pkt. 1 k.c. Obowiązek zwrotu wartości uzyskanej nienależnie korzyści nie wygasł na podstawie art. 409 k.c. Po pierwsze, pozwana nie wykazała, że uzyskaną korzyść zużyła w taki sposób, że nie jest już wzbogacona. Po drugie, nawet gdyby tak się stało, pozwana zużywając korzyść powinna była liczyć się z obowiązkiem zwrotu, ponieważ przyjęła wynagrodzenie za niewykonane prace.

Nie zachodzi także sytuacja z art. 411 pkt. 1 k.c. Nie ma tutaj znaczenia, że powodowie nie zastrzegali zwrotu świadczenia, ta kwestia jest bowiem istotna tylko w przypadku, kiedy spełniający świadczenie wiedział, że nie był do świadczenia zobowiązany. Powodowie, spełniając świadczenie działali w przekonaniu, że pozwana wykona ustalone w umowie prace. Pozwana zaprzestała prowadzenia budowy dopiero po dokonaniu ostatniej płatności przez powodów.

Wobec powyższego roszczenie z pkt. 1 pozwu należało uznać za słuszne, co do zasady. Od kwoty 148.882,20 zł należało odjąć kwotę 5.282,02 zł której powodowie nie dopłacili pozwanej z tytułu wynagrodzenia umownego. Zatem do zasądzenia z tytułu nienależnego świadczenia pozostaje kwota 143.600,18 zł.

Odnośnie roszczenia z pkt. 2 pozwu o zasądzenie od pozwanej solidarnie na rzecz powodów kwoty 52.800 zł tytułem kary umownej Sąd Okręgowy wskazał, że podstawę prawną tego roszczenia stanowi umowa łącząca strony oraz art. 484 par. 1 k.c., zgodnie z którym w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Jak zostało wskazane powyżej, po pierwsze, umowa w ogóle nie przewidywała możliwości odstąpienia od umowy przez wykonawcę w razie zalegania z zapłatą wynagrodzenia przez zamawiającego, po drugie powodowie nie zalegali z zapłatą wynagrodzenia. Zatem pozwana nie miała prawa odstąpić od umowy.

Powodowie są zatem uprawnieni do żądania kary umownej na podstawie par. 8 ust. 1 umowy, ponieważ wykonawca odstąpił od umowy z przyczyn niezawinionych przez zamawiającego.

Należy wskazać ponadto, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy nie jest opatrzone datą. Nie wiadomo zatem, kiedy pozwana złożyła to oświadczenie, tym bardziej nie jest udowodnione, że w dacie odstąpienia pozwanej od umowy powodowie zalegali z zapłatą wynagrodzenia.

Zgodnie z umową, za odstąpienie wykonawcy od umowy z przyczyn niezawinionych przez zamawiającego, zamawiającemu należy się kara umowna w wysokości 10% wartości kwoty umownej, czyli 52.800 zł. Zatem łącznie powództwo jest zasadne do kwoty 196.400,18 zł (143.600,18 zł + 52.800 zł).

O ustawowych odsetkach od zasądzonej kwoty Sąd orzekł na podstawie art. 481 par. 1 k.c.. Powodowie wezwali pozwaną do zapłaty kwoty 120.400 zł tytułem zwrotu wynagrodzenia i 52.800 zł tytułem kary umownej pismem z dnia 19.03.2012 r., z terminem płatności do 30.03.2012 r. Zatem żądanie odsetek jest zasadne w zakresie kwoty 173.200 zł od dnia 1 kwietnia 2012 r., natomiast w zakresie kwoty 23.200,18 zł od dnia następnego po doręczeniu pozwu, czyli od 7 sierpnia 2012 r.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 100 zdanie drugie k.p.c. Powodowie wygrali sprawę w 95%, co uzasadnia przyznanie im zwrotu całości poniesionych kosztów procesu, na które złożyły się: 2.000 zł opłata od pozwu,

7.200 zł koszty zastępstwa adwokackiego, 17 zł opłata od pełnomocnictwa, 1.379,52 zł koszty opinii biegłego- razem 10.596,52 zł.

Na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w związku z art. 100 zdanie drugie KPC obciążono pozwaną nieuiszczonymi kosztami sądowymi, na które złożyły się: 6.660 zł (nieuiszczona opłata od pozwu) i 85,67 zł (koszty opinii biegłego).

**Wyrok został zaskarżony przez pozwaną:** w części co do pkt 1, 3 i 4, tj. w zakresie w jakim wyrok uwzględnia powództwo i orzeka o kosztach.

Zaskarżonemu wyrokowi pozwana zarzuciła:

1. naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy, a konkretnie art. 229 k.p.c. przez nieustalenie faktów przyznanych przez stronę powodową w postaci odstąpienia od umowy przez pozwaną w pierwszym tygodniu grudnia 2011 r. (k. 8) oraz uiszczenia przez powodów do rąk męża pozwanej kwoty przeszło 50.000 zł w gotówce na pokrycie kosztów budowy garażu nieobjętego umową stron (k. 7), w sytuacji gdy okoliczności te rzutują na ocenę zasadności odstąpienia od umowy oraz kwestię rozliczeń stron i ocenę innych dowodów;

2. naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy, a konkretnie art. 231 k.p.c. przez nieuznanie za ustalony fakt braku zapłaty kwoty 50.000 zł w gotówce przez powodów w dniu 4 października 2011 r., w sytuacji gdy taki wniosek należało wyprowadzić z innych ustalonych faktów, tj. tego że wszystkie wpłaty uiszczane przez powodów na rzecz pozwanej lub do rąk jej męża przed dniem 4 października 2011 r. i po tej dacie były kwitowane oraz potwierdzane fakturami, zaś sama pozwana przyznaje dokonanie wpłat z dwóch faktur gotówkowych (k. 33 i 36), co do których powodowie nie przedstawili żadnych dowodów uiszczenia zapłaty;

3. naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy, a konkretnie art. 233 § 1 k.p.c. przez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i wyciągnięcia logicznych wniosków wypływających z przeprowadzonych dowodów w zakresie, w jakim Sąd I instancji:

a) ustalił, że powodowie zapłacili pozwanej łączną kwotę 522.717,98 zł z tytułu zapłaty wynagrodzenia z umowy o roboty budowlane, w sytuacji gdy z materiału procesowego zgromadzonego w sprawie wynika, że powodowie mogli przekazać pozwanej łącznie co najwyżej kwotę 440.000 zł z tego tytułu, tj. kwotę 290.000 zł udokumentowaną potwierdzeniami przelewów z rachunku bankowego (k. 46 - 52) oraz kwoty 100.000 i 50.000 zł z tytułu wpłat gotówkowych (k. 33 i 36 oraz przyznanie pozwanej);

b) pominął, że kwoty 25.609,85 zł i 7.108,13 zł uiszczone przez powodów w gotówce na poczet dopłat za wykonanie okien i stropu nie wliczały się w poczet wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych, lecz stanowiły pokrycie dodatkowych wydatków obciążających powodów na podstawie p. 2 umowy (zeznania powodów k.88,282 i J. J. - k. 107 i n.);

c) pominął, że powodowie uiszcili do rąk J. J. (1) kwotę przeszło 50.000 zł w gotówce z tytułu budowy garażu, który nie był objęty sporną umową o roboty budowlane (okoliczność przyznana - k. 7; zeznania: powodów - k. 282, J. J. (1) - k. 107 i n., L. B. - k. 118, Z. Z. - k. 166), a kwota ta potencjalnie mogła być utożsamiana z rzekomą wpłatą w początku października 2011 r. przez innych świadków ze słyszenia (zeznania: D. Ł. - k. 104, M. D. - k. 104, R. W. - k. 105);

d) uznał za wiarygodne zeznania świadków ( D. Ł. (1) - k. 104, M. D. (1) - k. 104, R. W. (1) - k. 105) oraz powodów (k. 88 i 282) co do rzekomej zapłaty 50.000 zł w gotówce w dniu 4 października 2011 r. bez żadnego pokwitowania, w sytuacji gdy miał to być jedyny przypadek przeliczania pieniędzy przez osoby postronne, powódka twierdzi, że jedynie powodowie przeliczali środki pieniężne (k. 282), świadkowie nie byli zorientowani w rozliczeniach stron i korelacji wpłat z zakresem wykonywanych robót, a także nie widzieli faktu rzekomego przekazania pieniędzy, zaś powodowie każdorazowo domagali się pokwitowań za wpłaty gotówkowe oraz wszystkie inne transfery na poczet wynagrodzenia były ewidencjonowane fakturami VAT;

e) ustalił, że wszystkie wydatki wskazane w piśmie z dnia 16 lipca 2013 r. i wskazane w fakturach złożonych do akt sprawy (k. 138) zostały poczynione na potrzeby zakończenia budowy domu objętego umową stron, według standardu określonego w tej umowie, w sytuacji gdy powodowie nie wykazują, że wszystkie materiały zostały spożytkowane na wykonanie ww. robót, gdy wydatki obejmują koszty materiałów dostarczonych i prace wykonanych przez przedsiębiorstwo pozwanej oraz uwzględniają materiały i prace o wyższym standardzie niż umówiony przez strony, po cenach rynkowych wyższych niż dostępne dla przedsiębiorców wykonujących roboty budowlane;

f) nie ustalił, że powodowie zalegali pozwanej z zapłatą części umówionego wynagrodzenia za etap prac po wykonaniu stropu nad parterem budynku (p. 5 ust. 3 lit. c), w sytuacji gdy ze zgromadzonego materiału procesowego (k. 46 - 52, k. 33 i 36 oraz przyznanie pozwanej, zeznania powodów - k. 88 i 282 oraz okoliczności przez nich przyznane - k. 7 - 8, 282) wynika, że powodowie nie uiszcili kwoty 70.000 zł tytułem wynagrodzenia, a w konsekwencji iż pozwana była uprawniona do odstąpienia od umowy;

4. naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy, a konkretnie art. 286 k.p.c. przez niezażądanie ustnego wyjaśnienia opinii biegłego do spraw budownictwa ani niezażądanie nowej opinii biegłego, w sytuacji, gdy opinia biegłego zaprodukowana w sprawie jest niepełna, nie dostarcza wiedzy specjalnej wymaganej od biegłego oraz zawiera wewnętrzne sprzeczności dyskwalifikujące jej wnioski;

5. naruszenie przepisów prawa materialnego przez ich niewłaściwe zastosowanie, a konkretnie art. 58 § 1 i 3 k.c. oraz art. 483 § 1 k.c. przez pominięcie, że kara umowna została zastrzeżona na wypadek odstąpienia umowy bez powiązania tej okoliczności z niewykonaniem zobowiązania niepieniężnego, co stanowi o nieważności postanowienia umownego zastrzegającego karę umowną.

Pozwana wniosła o:

I. przeprowadzenie, stosownie do art. 368 § 1 pkt 4 k.p.c., dowodu z:

a) uzupełniającej opinii biegłego z zakresu budownictwa celem stwierdzenia, czy możliwa jest ocena zakresu prac pozostałych do wykonania po zejściu z placu budowy przedsiębiorstwa pozwanej, a wobec udzielenia odpowiedzi twierdzącej, dokonania oceny zakresu ww. prac, określenia wydatków potrzebnych do zakończenia robót budowlanych w standardzie określonym umową stron, oceny celowości wydatków poczynionych przez powodów, po uprzednim zapoznaniu się przez biegłego ze stanem obiektu na podstawie akt sprawy i oględzin nieruchomości;

b) pisma pozwanej z dnia 16 listopada 2011 r. wraz ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru zawierającego rozliczenie dodatkowych prac i materiałów celem stwierdzenia, że powodowie pozostawali w zwłoce z rozliczeniami z pozwaną i zasadne było odstąpienie przez pozwaną od umowy;

III. stosownie do art. 386 § 1 k.p.c. o zmianę zaskarżonego orzeczenia przez oddalenie powództwa w całości;

IV. o obciążenie strony powodowej w całości kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego pozwanej, według norm przepisanych.

**Sąd Apelacyjny dodatkowo ustalił i zważył co następuje:**

Apelacja jest częściowo zasadna i prowadzi do zmiany wyroku.

W pierwszym rzędzie należało odnieść się do najdalej idącego zarzutu nieważności postępowania, niezgłoszonego w apelacji, ale podniesionego podczas rozprawy apelacyjnej. Jakkolwiek miały miejsce okoliczności faktyczne powołane dla jego uzasadnienia, to wywodzenie z nich zaistnienia skutku w postaci nieważności postępowania nie jest zasadne.

Po wydaniu opinii pisemnej przez biegłego, pełnomocnik pozwanej złożył pismo zawierające zarzuty do opinii i wniosł o wezwanie biegłego na rozprawę. Sąd uwzględnił ten wniosek i wyznaczył termin na 23 stycznia 2015 roku. W dniu 22 stycznia 2015 roku o godzinie 14.20 pełnomocnik pozwanej złożył pismo z wnioskiem o odroczenie rozprawy i



wskazując na chorobę pozwanej, która chciała być obecna na rozprawie, zobowiązał się do złożenia zaświadczenia przewidzianego w art. 214(1)k.p.c. Na rozprawę stawił się pełnomocnik powodów i biegły. Pełnomocnik pozwanej nie stawiał się, nie przedstawiając żadnego usprawiedliwienia.

Sąd przeprowadził dowód z uzupełniającej opinii biegłego i odroczył rozprawę do dnia 22 kwietnia 2015 roku, wzywając na następny termin świadków i strony do osobistego stawiennictwa pod rygorem pominięcia dowodu z ich zeznań. Jednocześnie Sąd zobowiązał pozwaną do złożenia w terminie 7 dni zaświadczenia od lekarza sądowego pod rygorem uznania nieobecności za usprawiedliwioną. Pozwana w dniu 23 stycznia 2015 złożyła zwolnienie lekarskie (k-259), a 5 lutego przesłała pocztą zaświadczenie od lekarza sądowego (k-263). W dniu 13 marca 2015 pełnomocnik powódki złożył w Sądzie wniosek o reasumpcję postanowienia w przedmiocie przyznania biegłemu wynagrodzenia za wydanie na rozprawie opinii uzupełniającej, przez niezasadne wezwanie pozwanej do wpłacenia zaliczki (k- 272). Do dnia rozprawy nie wpłynął wniosek o ponowne wezwanie biegłego, ani też nie zostały zgłoszone żadne merytoryczne zarzuty do wydanej opinii. Pełnomocnik pozwanej nie zgłaszał na rozprawie żadnych wniosków, ani zarzutów z art. 162 k.p.c., a wypowiadając się ostatecznie przez zamknięciem rozprawy wnioskował o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu (k- 283).

Przedstawiony stan rzeczy wyklucza, aby doszło do naruszenia praw pozwanej przez uniemożliwienie jej zadawania biegłemu pytań. W dniu przeprowadzania rozprawy nie było złożone zaświadczenie wystawione przez lekarza sądowego, a zatem nie było możliwości dokonania przez Sąd oceny, czy nieobecność pozwanej jest usprawiedliwiona. Ta okoliczność została wykazana zaświadczeniem przesłanym Sądowi 5 lutego, czyli 6 dni po upływnie wyznaczonego w postanowieniu 7 dniowego terminu na uznanie nieobecności za usprawiedliwioną. Nie można też nie zauważać całkowitej bezczynności pozwanej i jej pełnomocnika w miesiącach luty marzec i przez 22 dni kwietnia. Przez ten długi czas pozwana, ani jej pełnomocnik nie wnosili o ponowne wezwania biegłego, czy o pisemne uzupełnienie opinii. Żadne wnioski nie były również składane podczas ostatniej rozprawy, mimo obecności pozwanej i jej pełnomocnika. W żadnym razie nie można się mówić o naruszeniu jakichkolwiek praw pozwanej, a tym bardziej o nieważności postępowania.

Wskazane powyżej okoliczności prowadziły również do uznania, że zgłoszony w apelacji wniosek o uzupełnienie opinii biegłego nie zasługuje na uwzględnienie. Strona miała możliwości przeprowadzenia takiego dowodu przez Sądem I instancji. Nadto opinia była uzupełniana ustnie, a po dokonaniu tej czynności apelująca nie zgłaszała już żadnych dalszych zarzutów, wniosków, czy też zastrzeżenia z art. 162 k.p.c.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że dopuszczanie dowodu z opinii dla stwierdzenia czy możliwa jest ocena zakresu prac pozostałych do wykonania, a jeżeli tak określenia koniecznych wydatków, jest zbędne dla rozstrzygnięcia tej sprawy. Zakres prac pozostałych do wykonania i koszty wydatkowane przez powodów na ten cel zostały ustalone przez Sąd I instancji. Biegły w wydanej opinii wypowiedział się w tym przedmiocie wskazując, które prace i wydatki były konieczne. Wydawanie w tym przedmiocie ponownej opinii jest bezcelowe. Powodowie nie dochodzą bowiem odszkodowania, lecz kary umownej i zwrotu kwoty przekazanej pozwanej, a nie znajdującej uzasadnienia w stanie budynku, który miał być wykonany za cenę 528.000 zł.

Nie ulega też żadnej wątpliwości, że oba wnioski dowodowe są spóźnione. Trudno też zgodzić się z argumentacją, że pozwana nie mogła się wcześniej powołać na pismo z 16 listopada 2011r., bo odnalazła je dopiero po wydaniu wyroku. Gdyby tak było pozwana przynajmniej powoływałaby się na powyższe pismo i wnioskowała o zobowiązanie powodów do jego złożenia, a takie działania nie były podejmowane.

W zakresie podniesionych zarzutów naruszenia prawa procesowego zgodzić się należy z twierdzeniem apelującego o nieprawidłowym ustaleniu, że wpłacone przez powodów kwoty 25.609,85 zł i 7.108,13 zł podlegały zaliczeniu na poczet ceny ustalonej na 528.000 zł.

W umowie uzgodniono, że za powyższą kwotę pozwana z własnych materiałów wybuduje dom do stanu surowego zamkniętego, a zakres wykonywanych prac i standard budynku określał pkt 2 umowy. Strony w umowie ustaliły etapy

prac i terminy płatności rat należnych po każdym z nich, ustalonych na kwoty 100.000 zł, 210.000 zł, 200.000 zł i 18.000 zł. Jednocześnie wszelkie różnice cenowe odbiegające od umówionego standardu miał pokrywać zamawiający.

Z zeznań powoda (k- 88 i 282v) wynika, że kwoty 25.609,85 zł i 7.108,13 zł stanowiły dopłaty do okien i stropu. Sąd pozytywnie ustalił tę okoliczność, ale zaliczył obie kwoty na poczet ceny, co jak trafnie wskazywał apelujący nie powinno mieć miejsca. J. J. zeznawał (k-108), że powyższe kwoty stanowiły dopłaty, jako że zamontowano okna o innym profilu ramy okiennej i w innym kolorze niż przewidziane w umowie oraz zainstalowano dodatkowo rolety przeciwwłamaniowe. Oprócz tego założono strop o wyższych parametrach niż przewidziany w umowie typ T. 1. Te rzeczy nie były objęte umową, a zatem zgodnie z jej punktem 2 wymagały dopłat. Przemawia za tym również wysokość wpłat określanych co do grosza, co wskazuje na pokrywanie konkretnego rachunku, a nie na przekazywanie zaliczek na poczet przyszłych wydatków. Powód przyznał, że analizowane kwoty stanowiły dopłaty do okien i stropu, a zatem uznanie przez Sąd, że powyższe kwoty stanowiły wpłaty na poczet ustalonej w umowie ceny musiało być uznane za błędne.

Trafny jest też zarzut, braku ustalenia przez Sąd, że powodowie zalegali z należną pozwanej zapłatą. Wynika to chociażby z ustalonego powyżej faktu przekazania pozwanej kwot 25.609,85 zł i 7.108,13 zł, tytułem dopłat. Oznacza to, że mimo uzyskania stanu surowego zamkniętego, wpłaty powodów nie wyniosły umówionej kwoty 510.000 zł.

Podnieść też należy, że wpłaty powodów od początku następowały z opóźnieniem w stosunku do ustalonego w umowie harmonogramu wpłat. Wskazywał na to w zeznaniach mąż pozwanej, jako prowadzący tę budowę, a analiza dat poszczególnych wpłat i zapisów w dzienniku budowy potwierdza te zeznania. Umowa przewidywała, że po wykonaniu płyty fundamentowej (12 lipca 2011r.) łączne wpłaty powodów wyniosą 310.000 zł, a wpłacono 250.000 zł. Wyrównanie do kwoty 310.000 zł nastąpiło dopiero 13 sierpnia, a zatem po miesiącu od zakończenia wykonywania tej płyty. Kolejny etap budowy następował w momencie założenia stropu i wymagał uiszczenia kolejnych 200.000 zł. Nastąpiło to w połowie października, a wpłaty powodów wyniosły 110.000 zł (60.000 przelewem i 50.000 zł gotówką). Kolejna wpłata miała miejsce dopiero w dniu 9 listopada 2011 roku i wynosiła 70.000 zł. Tym samym w dacie odstąpienia od umowy poza opisanymi opóźnieniami w płatnościach istniała zaległość gotówkowa w kwocie 20.000 zł.

Nietrafne są pozostałe zarzuty apelacji dotyczące naruszenia przepisu art. 233 k.p.c., tj. przeczące ustaleniu Sądu o przekazaniu kwoty 50.000 zł w pierwszych dniach października 2012 roku, jak również dotyczące terminu zakończenia robót przez J. J. (3).

Przede wszystkim pozwana nie podważyła zeznań powodów, ich syna i zięcia oraz świadka D. Ł. (1) dotyczących przekazania jej mężowi na początku października 2011 roku kwoty 50.000 zł w gotówce - bez pokwitowania. Zarówno powodowie, jak i przesłuchani świadkowie dokładnie przedstawili okoliczności przekazania pieniędzy, a ich zeznania są spójne, logiczne, wzajemnie się potwierdzają i uzupełniają. Wiarygodność zeznań powodów i wskazanych świadków nie budzi wątpliwości, a w sprawie nie zaprezentowano nawet żadnej poszlaki stwarzającej choćby sugestię możliwości wystąpienia innego stanu rzeczy.

J. J. potwierdził, że wpłaty gotówkowe na poziomie 50.000 zł wcześniej miały miejsce i dotyczyło to pierwszej zaliczki i zapłaty za wybudowane garażu. Tym samym nie ma podstaw do uznania, że wysokość przekazywanej kwoty może podważać wersję o możliwości dokonania wpłaty gotówkowej bez pokwitowania.

Powoływana przez męża pozwanej gotówkowa wpłata za garaż, miała miejsce (jak twierdził) w sierpniu lub we wrześniu, a zatem nie mogło dojść do błędnego uznania, że 50.000 zł przekazywane w październiku stanowiło zapłatę za inne prace nie objęte sporną umową. Twierdzenie apelacji, że skoro powodowie, przekazując uprzednio kwoty 50.000 zł i 100.000 zł i 52.000 zł za garaż żądali pokwitowania, to gdyby przekazywali kolejne 50.000 zł, to podobnie jak poprzednio powodowie zażądaliby potwierdzenia wpłaty nie jest przekonujące. Strony miały stały kontakt od kilku miesięcy, a bezpośrednie przekazywanie dużej gotówki następowało kolejny raz i dotąd nie wywoływało żadnych problemów.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny uznał, że dokonana przez Sąd Okręgowy ocena powyższych dowodów była prawidłowa, a dotyczący tej kwestii zarzut apelacji nie zasługuje na uwzględnienie.

Nietrafne jest też twierdzenie apelacji, że Sąd pominął okoliczność przyznaną przez powodów w pozwie i podczas przesłuchania, że do odstąpienia od umowy doszło w pierwszym w pierwszym tygodniu grudnia 2011 roku.

Takiego zapisu nie ma w pozwie, ani w protokole ostatniej rozprawy. Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, że mąż pozwanej zaprzestał wykonywania prac na budowie po dokonaniu ostatniej wpłaty, tj po dniu 9 listopada 2011 roku. Tego samego dnia J. J. poinformował firmy podwykonawcze, iż od tego dnia nie będzie się z nimi rozliczał. Powyższe ustalenie pozostaje w pełnej zgodności z zapisem uzasadnienia pozwu (k-7) oraz z zeznaniami J. J. (1) (k-110).

Natomiast zgodzić się należy z twierdzeniami apelującego, że przedłożone przez powodów rachunki wystawiane przez innych wykonawców nie dawały możliwości precyzyjnego zweryfikowania, czy świadczone usługi ograniczyły się do prac, do których wykonania z mocy zawartej umowy zobligowana była pozwana oraz czy były wykonywane w standardzie określonym w umowie z 4 kwietnia 2011 roku. Słuszny jest też zarzut, że pozwana nabywając materiały w cenach hurtowych, mogła oferować swoje usługi po niższych cenach, niż przedsiębiorcy działający w małej skali.

Powyższe zarzuty sprawiają, że za nieprawidłowe należało uznać przyjęcie przez Sąd Okręgowy, iż wydatkowana przez powodów kwota 148.882,20 zł na poczet prac wykonanych przez inne firmy odzwierciedla wartość usługi niewykonanej przez pozwaną wskutek odstąpienia od umowy. Ryczałtowe określenie ceny wybudowania domu powodów z materiałów zakupionych przez pozwaną, wyklucza możliwość rozliczenia należności za wykonane prace w oparciu poniesione koszty wykonania prac przez innych przedsiębiorców. Wynika to chociażby z umownego charakteru cen poszczególnych wykonawców, jak i z niewykazania przez powodów zachowania standardu prac ustalonego przez strony w zawartej umowie.

Najważniejsze jednak jest to, że kwota zapłacona innym wykonawcom nie stanowi o zakresie bezpodstawnego wzbogacenia pozwanej. Tymczasem małżonkowie D. dochodzili zwrotu części zapłaconej kwoty, jako nienależnego świadczenia, nie znajdującego pokrycia w wykonanych robotach budowlanych (k-9).Pozwana nie kwestionowała wskazanej podstawy prawnej, a jedynie wskazywała na równowagę świadczeń, a z daleko posuniętej ostrożności powoływała się na zużycie uzyskanej korzyści.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego powodowie występując z niniejszym roszczeniem mieli obowiązek wykazania, jaka część uiszczzonego pozwanej świadczenia nie znalazła pokrycia w zakupionych materiałach i wykonanych robotach budowlanych. Tym samym to w ich interesie leżało utrwalenie zakresu zaawansowania budowy na dzień odstąpienia od umowy przez pozwaną np. poprzez zabezpieczenie dowodu w trybie art. 310 i n k.p.c. Powodowie decydując się na zlecenie prac innym podmiotom jedynie zlecili wykonanie opinii prywatnej.

Pozwana zakwestionowała te opinie i choć powodowie przedstawili dowody pozwalające na ustalenie zakresu rzeczowego brakujących prac, to przeprowadzona przez Sąd na ich wniosek opinia biegłego z zakresu budownictwa nie doprowadziła do możliwości ustalenia stopnia wykonania umowy o roboty budowlane zawartej przez strony 4 kwietnia 2011r.

Nie ulega wątpliwości, że to profesjonalnie reprezentowaną stronę powodową obciążał obowiązek wykazania zakresu w jakim uiszczona pozwanej kwota nie znalazła pokrycia w wykonanych pracach i nabytych materiałach budowlanych. Skoro strona powodowa nie sprostала wykazaniu, że umowa została wykonana w 70 %, to Sąd mógł się oprzeć jedynie na przyznawanej w odpowiedzi na pozew okoliczności, że zakres wykonanych prac odpowiada cenie 440.000 zł (k-63). Podczas rozprawy apelacyjnej pełnomocnik powódki doprecyzował, że stanowi to 84% wartości z umowy z dnia 4 kwietnia 2011 roku i tym samym umówionego zakresu świadczenia pozwanej.

Zakwestionowana przez apelującą ocena dowodów doprowadziła do ustalenia przez Sąd Apelacyjny, że przekazana pozwanej kwota wyniosła 490.000 zł i składała się na nią suma wynikająca z potwierdzonych wpłat w kwocie 440.000

zł oraz z wpłaty 50.000 zł przekazanej gotówkowo w domu powodów mężowi pozwanej prowadzącemu budowę. Należało zatem przyjąć, że świadczenie nienależne pozwanej wyniosło 50.000 zł.

Jak trafnie podnosił Sąd Okręgowy pozwana nie udowodniła zużycia korzyści w taki sposób, że nie jest już wzbogacona, a ponadto przynajmniej od dnia 12 marca 2012 roku, czyli od doręczenia jej wezwania do zapłaty powinna liczyć się z obowiązkiem zwrotu nadpłaconej kwoty. Tym samym roszczenie powodów o zwrot nadpłaconego wynagrodzenia należało uznać za udowodnione do kwoty 50.000 zł

Niezasadne natomiast było żądanie zasądzenia kary umownej. Jak wynika z ponownej oceny materiału dowodowego, poczynionej wskutek trafnych zarzutów pozwanej Sąd Apelacyjny ustalił, że przekazane kwoty 25.609,85 zł i 7.108,13 zł stanowiły dopłaty do zamontowanych okien i stropu, które wykraczały poza określony w umowie standard. Tym samym zaliczenie ich na poczet uzgodnionej ceny nie miało uzasadnienia. Oznacza to, że do dnia 9 listopada 2011 roku powodowie zalegali pozwanemu z zapłatą kwoty 102.717,98 zł, a po wpłaceniu 70.000 zł zalegali z zapłatą 32.717,98 zł.

Na to nakładały się wcześniejsze około miesięczne zaległości z zapłatą 110.000 zł z kwoty 210.000 zł należnej po wykonaniu płyty fundamentowej. Umowne ustalenie stron, że budowa będzie prowadzona z materiałów dostarczanych przez pozwanego musiało skutkować brakiem środków na bieżące pokrywanie kosztów prowadzenia budowy, w tym zakupu materiałów, albo przejściowym finansowaniem wydatków przez pozwaną. Nie można zatem uznać, że odstąpienie pozwanej od umowy nastąpiło z przyczyn niezawinionych przez zamawiającego (p. 8a umowy k- 23). Tymczasem, to z tej regulacji umownej powodowie wywiedli żądanie zasądzenia kary umownej w wysokości 10 % umówionej ceny.

Dodać tu należy, że jak wskazywał Sąd I instancji umowa nie zawierała zapisów o okolicznościach uprawniających do odstąpienia od umowy z racji zalegania z zapłatą, a tylko przewidywała możliwość naliczenia kar umownych.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zaleganie przez zamawiających z zapłatą umówionych rat wynagrodzenia, stanowiło o naruszeniu przez nich obowiązków umownych i tym samym wykluczało możliwość naliczenia kary na podstawie p. 8a umowy. Powyższy zapis wyraźnie zastrzegł możliwość naliczenia kary dla wykonawcy za odstąpienie od umowy z przyczyn niezawinionych przez zamawiającego, a brak terminowych wpłat i zaleganie z zapłatą 20.000 zł stanowiło przyczyny zawinione przez powodów.

W konsekwencji zasądzeniu na rzecz powodów podlegała kwota 50.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 1 kwietnia 2012 roku do dnia zapłaty.

O kosztach Sąd orzekł na zasadzie art. 100 k.p.c. Powództwo o zapłatę 153.117,98 zł oraz o zapłatę kary umownej w kwocie 52.800 zł zostało uwzględnione w 25 %. Koszty sądowe wyniosły 11.761 zł z czego powodów obciąża 8821 zł, a pozwaną 2940 zł. Powodowie uiścili do tej pory 3.379,52 zł, a zatem z zasądzonych roszczenia należało pobrać do nich 5.441,48 zł.

Jeśli chodzi o koszty adwokackie, to wyniosły one po 7.200 zł łącznie 14.400 zł. Przy stosunkowym rozliczeniu 25%:75% powodowie muszą zwrócić pozwanej 3600 zł

W postępowaniu apelacyjnym koszty zastępstwa procesowego wyniosły łącznie 5400 zł, co skutkowało zasądzeniem na rzecz pozwanej zwrotu kwoty 1350 zł.