

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 22 października 2020 r., wydanym w sprawie z powództwa G. K. przeciwko D. M. o zapłatę, Sąd Rejonowy dla Łodzi – Widzewa w Łodzi zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 24.804,16 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 30 stycznia 2015 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, oddalił powództwo w pozostałej części, zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 3.345,14 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, a ponadto nakazał ściągnięcie na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Rejonowego dla Łodzi – Widzewa w Łodzi tytułem zwrotu pokrytych w toku postępowania wydatków: z roszczenia zasądzonego na rzecz powoda kwotę 709,59 zł, a od pozwanego kwotę 4.358,91 zł oraz nakazał zwrócić ze Skarbu Państwa – Sądu Rejonowego dla Łodzi – Widzewa w Łodzi tytułem niewykorzystanych zaliczek na poczet wynagrodzenia biegłego: na rzecz powoda kwotę 500,00 zł, a na rzecz pozwanego łącznie kwotę 2.000,00 zł.

Apelację od tego wyroku złożył pozwany, zaskarżając go w części zasądzonej od niego roszczenie dochodzone przez powoda oraz w zakresie rozstrzygnięć o kosztach procesu i kosztach sądowych, wnosząc o jego zmianę poprzez oddalenie powództwa w całości wraz z orzeczeniem o kosztach postępowania przed Sądami obu instancji według norm przepisanych, ewentualnie o jego uchylenie w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz zarzucając:

- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej – w miejsce swobodnej – oceny dowodów polegającej na:  
uznaniu, że powód wykonał konstrukcję dachu w sposób prawidłowy, bo według instrukcji pozwanego;  
przyjęciu, że wydane w sprawie opinie biegłych są spójne, logiczne i oparte na wiedzy fachowej;
- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny materiału dowodowego w sposób sprzeczny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, co skutkowało uznaniem za wiarygodne zeznań świadków, którzy twierdzili, że pozwany wyraził zgodę na wykonanie prac, w wyniku których dach będzie przeciekał;
- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 6 k.c. poprzez dokonanie dowolnej – w miejsce swobodnej – oceny materiału dowodowego polegającej na przyjęciu, że pozwany nie udowodnił wysokości kosztów potrzebnych do usunięcia wad obiektu;
- naruszenie art. 278 § 1 k.p.c. w związku z art. 235<sup>2</sup> § 1 k.p.c. oraz w związku z art. 227 k.p.c. i z art. 286 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków dowodowych pozwanego o wydanie uzupełniających opinii ustnych i pisemnych oraz o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego – w sytuacji, gdy przeprowadzenie tych dowodów było konieczne dla udowodnienia twierdzeń pozwanego i wykazania wysokości szkody;
- naruszenie art. 207 § 6 k.p.c. oraz art. 217 § 1, 2 i 3 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym do dnia 7 listopada 2019 r. poprzez uznanie pisma pozwanego z dnia 20 sierpnia 2019 r. za sprekludowane, pomimo że został złożony wniosek o przedłużenie terminu do ustosunkowania się do opinii biegłego, jak również że uwzględnienie złożonych w piśmie wniosków nie spowodowałoby zwłoki w postępowaniu, gdyż dowód z pisemnej uzupełniającej opinii biegłego został dopuszczony dopiero postanowieniem z dnia 30 września 2019 r., a Sąd zobowiązał biegłego do wypowiedzenia się co do niektórych z pytań pozwanego;
- naruszenie art. 636 k.c. w związku z art. 471 k.c. poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy na zasadach ogólnych zostaje wyłączona na gruncie umowy o roboty budowlane;

- sprzeczność istotnych ustaleń sądu z zebraniem materiałem dowodowym polegająca na przyjęciu, że pozwany nie udowodnił wad obiektu i kosztów ich usunięcia.

Ponadto skarżący wniósł o rozpoznanie w trybie art. 380 k.p.c. postanowień Sądu I instancji z dnia 22 września 2017 r., z dnia 8 maja 2018 r., z dnia 30 września 2019 r. i z dnia 8 października 2020 r. w przedmiocie oddalenia wniosków dowodowych pozwanego o dopuszczenie dowodu z uzupełniających opinii biegłych oraz z opinii innego biegłego, co pozbawiło pozwanego możliwości wykazania zasadności swoich twierdzeń, jak również ponowił wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność występowania wad oraz kosztów ich usunięcia.

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o oddalenie apelacji oraz o zasądzenie od skarżącego na swoją rzecz zwrotu kosztów postępowania przed Sądem II instancji.

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

Apelacja okazała się niezasadna. Sąd odwoławczy podziela ustalenia faktyczne poczynione w postępowaniu pierwszoinstancyjnym i przyjmuje je za własne, co czyni zbędnym ponowne ich przytaczanie w niniejszym uzasadnieniu. Korekty wymaga jedynie precyzja sformułowania jednego z ustalonych faktów, gdyż Sąd Rejonowy stwierdził, że wartość wykonanych przez powoda prac wynosi 69.804,10 zł, natomiast warto doprecyzować, iż taką wartość mają prace z uwzględnieniem faktu niewykonania konstrukcji wsporczej, natomiast bez uwzględnienia innych wad fizycznych wykonanego obiektu.

Wobec faktu, że apelacja dotyczy przede wszystkim kwestii dokonania przez Sąd meriti właściwej oceny zarzutów wyprowadzanych przez pozwanego z instytucji rękojmi za wady fizyczne, warto w pierwszej kolejności uporządkować problematykę stosowania przepisów materialnoprawnych w rozpoznawanej sprawie, ponieważ ma ona decydujące znaczenie przy określaniu zakresu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy oraz rozkładu ciężaru dowodowego pomiędzy stronami, a to z kolei pozwoli na właściwe ustosunkowanie się do licznych zarzutów apelacyjnych odnoszących się do prawidłowości przeprowadzonego postępowania dowodowego. Należy zgodzić się z Sądem I instancji, że umowa stron była kodeksową umową o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c. i zaznaczyć trzeba ponadto, że została zawarta pomiędzy powodem jako przedsiębiorcą i pozwanym jako konsumentem. Z art. 51 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 287 ze zm.), która weszła w życie z dniem 25 grudnia 2014 r., wynika, że do umów zawartych przed dniem wejścia w życie tej ustawy nie stosuje się jej unormowań, ale przepisy dotychczasowe, w tym zwłaszcza uchylone tą ustawą przepisy Kodeksu cywilnego. Umowa łącząca strony bezsprzecznie została zawarta przed wejściem w życie ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 287 ze zm.), skoro uzgodnione tą umową prace zostały zakończone w grudniu 2014 r., co z kolei prowadzi do wniosku, że na gruncie rozpoznawanej sprawy przepisy przywołanej ustawy nie znajdują zastosowania, natomiast należy stosować unormowania Kodeksu cywilnego w brzmieniu poprzedzającym ich nowelizację dokonaną tą ustawą – i w takim właśnie brzmieniu przepisy kodeksowe będą przytaczane w dalszym toku wywodów uzasadnienia..

Art. 656 § 1 k.c. stwierdza, że do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. Na wstępie zaznaczyć trzeba, że z art. 656 § 1 k.c. w związku z art. 627<sup>1</sup> k.c. wynika, iż nie mogą w sprawie znaleźć zastosowania ówczesnie obowiązujące przepisy o sprzedaży konsumenckiej – w szczególności znajdujące się w ustawie z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz. U. Nr 141 z 2002 r., poz. 1176 ze zm.) – gdyż wprawdzie przedmiotowa umowa została zawarta, w zakresie działalności przedsiębiorstwa wykonawcy, z osobą fizyczną, która zamawia obiekt będący przedmiotem robót budowlanych w celu niezwiązanym z jej działalnością gospodarczą ani zawodową, ale oczywiście obiekt ten nie był rzeczą ruchomą. Do zagadnień rękojmi za wady wykonanych robót budowlanych stosować należy więc w pierwszej kolejności art. 637 k.c. w związku z art. 656 k.c., który stanowi, że jeżeli efekt robót budowlanych ma wady fizyczne, inwestor może żądać ich usunięcia, wyznaczając w tym celu

wykonawcy odpowiedni termin z zagrożeniem, że po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu nie przyjmie naprawy, zaś gdy wady usunąć się nie dadzą albo gdy z okoliczności wynika, że wykonawca nie zdoła ich usunąć w czasie odpowiednim albo też jeśli nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez inwestora, ten może od umowy odstąpić, jeżeli wady są istotne, a jeśli nie są istotne, uprawniony jest do żądania obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku; art. 638 k.c. nakazuje natomiast do kwestii nieuregulowanych w powyżej przywołanym przepisie stosować unormowania kodeksowe dotyczące instytucji rękojmi przy sprzedaży. Oznacza to, że na inwestorze spoczywa wynikająca z art. 563 § 1 in initio k.c. w związku z art. 638 k.c. i w związku z art. 656 k.c. obowiązek powiadomienia wykonawcy o wadzie w terminie miesiąca od jej wykrycia. Przytoczyć warto jeszcze art. 559 k.c. w związku z art. 638 k.c. i w związku z art. 656 k.c., gdzie ustawodawca, stanowiąc, że wykonawca robót budowlanych nie jest odpowiedzialny z tytułu rękojmi za wady fizyczne, które powstały po przejściu niebezpieczeństwa na inwestora, chyba że wynikały one z przyczyny tkwiącej już poprzednio w obiekcie będącym przedmiotem robót, wprowadza domniemanie wadliwości wykonanego obiektu i odpowiedzialność wykonawcy z tytułu rękojmi, o ile nie był on w stanie wykazać, że wady powstały po przejściu niebezpieczeństwa na inwestora. Z kolei obniżenie wynagrodzenia – o ile zachodzić będą do tego podstawy – winno nastąpić w proporcji wynikającej z porównania wartości, jaką miałyby umówione roboty, gdyby wykonane zostały niewadliwie (wartość robót ustalona w umowie) z wartością robót faktycznie wykonanych z uwzględnieniem istnienia wad (art. 560 § 3 k.c. w związku z art. 638 k.c. i w związku z art. 656 k.c.).

Z treści przywołanych przepisów należy wyprowadzić wniosek, że strona postępowania sądowego, która – jak pozwany w sprawie niniejszej – powołuje zarzut częściowo niweczący roszczenie wykonawcy o zapłatę umówionego wynagrodzenia, wywodząc w oparciu o instytucję rękojmi, iż wynagrodzenie to powinno zostać odpowiednio obniżone, ma obowiązek udowodnić przede wszystkim istnienie wady obiektu będącego przedmiotem robót budowlanych. Jeśli istnienie wady fizycznej zostanie wykazane, na wykonawcy z kolei spoczywa ciężar wykazania, że powstała ona dopiero po przejściu niebezpieczeństwa na inwestora, a jeśli mu się to uda, inwestor może z kolei przedstawić dowody, z których wynikać będzie, że wada taka wynika jednak z przyczyny tkwiącej już poprzednio w obiekcie będącym przedmiotem robót. Jeśli natomiast wykonawca nie udowodni, że istniejące wady powstały dopiero po przejściu niebezpieczeństwa na inwestora, ten – dla skorzystania z uprawnienia do obniżenia ceny – winien wykazać, że zadośćuczynił w stosownym terminie ustawowemu obowiązkowi notyfikacji, a ponieważ przedmiotowe uprawnienie przysługuje mu nawet wówczas, gdy stwierdzona wada fizyczna była nieistotna, nie jest zobowiązany do udowodnienia ciężaru gatunkowego wady. Obowiązkiem jego jest natomiast przedstawienie dowodów, z których wynikać będzie wartość robót wykonanych z uwzględnieniem istnienia wady, ponieważ okoliczność ta jest istotna dla celów ustalenia stosunku pomiędzy tą wartością i wartością robót ustalonych w umowie, a tym samym również proporcji pozwalającej w oparciu o wartość ustanowionego w umowie wynagrodzenia określić wartość wynagrodzenia należnego po obniżeniu. Przedmiotem zarzutów apelacyjnych jest także zastosowanie w sprawie art. 641 § 2 k.c. w związku z art. 656 k.c., stwierdzającego, że wykonawca ma prawo żądać zapłaty wynagrodzenia w pełnej wysokości nawet w sytuacji, gdy obiekt będący przedmiotem robót budowlanych uległ uszkodzeniu podczas ich wykonywania, o ile uszkodzenie nastąpiło wskutek wykonywania obiektu według wskazówek inwestora, a wykonawca uprzedził go o niebezpieczeństwie uszkodzenia – co skłania do rozważenia kwestii zakresu okoliczności istotnych oraz ciężaru dowodowego także na gruncie tego przepisu. O ile zatem przyjąć, że przepis ten ma zastosowanie także w przypadku wydania inwestorowi obiektu budowlanego obciążonego wadami fizycznymi, to – aby możliwe było zastosowanie w sprawie jego dyspozycji – wykonawca robót powinien był wykazać trzy okoliczności faktyczne: że zaistniała wada jest efektem wykonania obiektu w określony sposób, że wykonanie obiektu w taki sposób nastąpiło wskutek zastosowania się przez wykonawcę do wskazówek inwestora oraz że wykonawca uprzedził inwestora, iż z postulowanego przez niego sposobu wykonania obiektu może wyniknąć niebezpieczeństwo zaistnienia wady.

Stosując powyższe rozważania na gruncie rozpoznawanej sprawy, podnieść trzeba, że pozwanemu udało się należycie wykazać istnienie większej części wad fizycznych przedmiotowego obiektu budowlanego, na których istnienie powołuje się w apelacji. Zastosowanie przez wykonawcę w oknach ściany bocznej zamków rozwieralnych zamiast rozwieralno-uchylnych zostało stwierdzone w niekwestionowanej w tym zakresie pisemnej opinii biegłego S. S.. Z kolei skraplanie się wody i przeciekanie dachu – choć nie stwierdził tego faktu biegły S. S. – zostało potwierdzone

zeznaniem świadków J. B. i W. W. i fakt ten na podstawie tych właśnie dowodów ustalił także Sąd Rejonowy (k. 3 uzasadnienia wyroku). W oparciu o zeznania świadka W. W. można ustalić także istnienie wady w postaci szronienia konstrukcji obiektu – choć jedynie w niewielkim zakresie („zauważyłem też, że profil w jednym miejscu przemarza”). Natomiast zebrany materiał dowodowy nie daje wystarczających podstaw, by uznać, że – bezsprzecznie wykazany przedstawionym w toku postępowania materiałem dowodowym – fakt zastosowania odmiennych profili niż wskazane w umowie jest wadą fizyczną wybudowanego obiektu w rozumieniu art. 556 § 1 k.c. w związku z art. 638 k.c. i w związku z art. 656 k.c. Z zasługującej na pozytywną ocenę opinii biegłego J. Z. P. jasno wynika, że zastosowane przez powoda rozwiązanie techniczne – choć różni się od opisanego w zamówieniu – nie wpływa na bezpieczeństwo użytkowe, ma lepsze parametry termiczne, a różnica w parametrach akustycznych jest minimalna (wynosi 1 dB) i rzadko może być wychwycona przez ucho ludzkie, wobec czego nie można twierdzić, by nastąpiło obniżenie ochrony akustycznej w stopniu spełniającym zawarte w powołanym wyżej przepisie kryteria wady fizycznej obiektu. Z kolei powód nie przeprowadził dowodu, że wykazane przez pozwanego wady powstały dopiero po przejściu niebezpieczeństwa na inwestora.

Jeśli natomiast chodzi o możliwość zastosowania w okolicznościach rozpoznawanej sprawy art. 641 § 2 k.c. w związku z art. 656 k.c. – co ewentualnie mogłoby skutkować przyjęciem, iż zarzut pozwanego zmierzający do obniżenia umówionego wynagrodzenia w związku z przeciekaniem dachu – to zauważyć trzeba, że opiera się ona na twierdzeniu powoda, iż przeciekanie to jest konsekwencją wykonania dachu o nieprawidłowym kącie nachylenia, co miało nastąpić na wyraźne polecenie inwestora, chociaż pracownicy powoda uprzedzali go, że może to doprowadzić do tego rodzaju skutków. Analizując materiał dowodowy, stwierdzić należy, że choć powód przedstawił dowody w postaci zeznań dwóch świadków na okoliczność tego, że D. M. nakazał pracownikom wykonawcy zmniejszenie kąta nachylenia dachu i że został uprzedzony, iż może to skutkować zaleganiem na nim śniegu i przeciekaniem, to jednak brak jest jakichkolwiek dowodów, na podstawie których możliwe byłoby ustalenie spornej między stronami okoliczności, a więc tego, czy stwierdzone przeciekanie dachu jest konsekwencją właśnie nieprawidłowego jego nachylenia, czy też innej usterki konstrukcyjnej bądź materiałowej. G. K. nie podjął żadnych działań zmierzających do udowodnienia tego faktu – w szczególności nie jest to możliwe w oparciu o przeprowadzone opinie biegłych – wobec czego nie da się stwierdzić, czy przeciekanie dachu jest konsekwencją właśnie zmiany jego konstrukcji, do której potencjalnie doszło wskutek interwencji inwestora, czy też spowodowane jest ono jakimiś innymi przyczynami, a bez przesądzenia tej kwestii nie jest możliwe skuteczne powołanie się przez wykonawcę na dyspozycję art. 641 § 2 k.c. w związku z art. 656 k.c. W tej sytuacji uznać trzeba, że odnoszące się do tej problematyki zarzuty apelacyjne dotyczące dokonanej przez Sąd I instancji oceny dowodów pozostają bez znaczenia dla ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy. Pierwszy z zarzutów apelacyjnych wydaje się zupełnie bezprzedmiotowy, gdyż z uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie wynika bynajmniej, by Sąd uznał, że „(...) powód wykonał konstrukcję dachu w sposób prawidłowy, bo według instrukcji pozwanego (...)” – przeciwnie, wywodzi się tam, że konstrukcja dachu nie jest prawidłowa, ale nie może to prowadzić do obniżenia należnego wykonawcy wynagrodzenia, bo wykonanie jej w taki sposób jest wynikiem poleceń inwestora, uprzedzonego o niebezpieczeństwie ewentualnego przeciekania dachu. Po drugie, podniesiona w ramach kolejnego zarzutu kwestia należytego ustalenia przez Sąd meriti tej ostatniej okoliczności w oparciu wyłącznie o zeznania dwóch powołanych przez powoda świadków, do których wiarygodności skarżący ma zastrzeżenia, o tyle nie ma znaczenia rozstrzygającego, że w sprawie doszło do naruszenia normy materialnoprawnej – co Sąd II instancji zobowiązany jest wziąć od uwagi z urzędu. Skoro bowiem Sąd Rejonowy, uznając, że wynagrodzenie nie powinno zostać obniżone w związku z istnieniem wady w postaci przeciekania dachu, zastosował w sprawie art. 641 § 2 k.c. w związku z art. 656 k.c. bez wystarczających ku temu podstaw – bo bez wcześniejszego udowodnienia i ustalenia, czy przyczyną przeciekania jest w tym wypadku zmniejszenie kąta nachylenia dachu, czy też powoduje je wada innego rodzaju – to w efekcie dla rozstrzygnięcia sprawy nie ma znaczenia to, czy do przedmiotowej zmiany konstrukcji doszło na polecenie inwestora, a zatem także i to, czy okoliczność ta została przez Sąd ustalona w wyniku prawidłowo dokonanej oceny dowodów.

Po wykazaniu istnienia wad obiektu budowlanego zadaniem pozwanego podnoszącego zarzut wywiedziony ze skutecznego wykonania uprawnień z rękoma skutkujących obniżeniem wynagrodzenia należnego wykonawcy było udowodnienie, że doszło do prawidłowej i terminowej notyfikacji tych wad – co D. M. udało się wykazać już dokumentami załączonymi do odpowiedzi na pozew, a okoliczność ta nie była kwestionowana przez powoda – oraz

udowodnienie wartości wykonanych robót z uwzględnieniem istnienia stwierdzonych wad wykonanego obiektu. Tej ostatniej okoliczności pozwany bezsprzecznie nie wykazał – co czyni chybnym postawiony w apelacji zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 6 k.c. poprzez zajęcie takiego stanowiska przez Sąd I instancji w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku – natomiast inną kwestią jest to, czy w toku postępowania pierwszoinstancyjnego doszło do takiego naruszenia przepisów normujących postępowanie dowodowe, które by uniemożliwiło skarżącemu udowodnienie faktów niezbędnych dla określenia, w jakim stopniu żądane pozwem wynagrodzenie winno ulec obniżeniu; problematyki tej dotyczy niemała część pozostałych zarzutów apelacyjnych. Nie ulega wątpliwości, że ustalenie wartości wykonanych robót z uwzględnieniem istnienia wad wymaga wiadomości specjalnych, zatem dla możliwości wykazania tej okoliczności przez D. M. kluczowe były decyzje Sądu dotyczące jego wniosków o dopuszczenie dowodów z opinii biegłych stosownej specjalności. Przystępując do analizy postawionych w apelacji zarzutów, przypomnieć trzeba, że w myśl art. 162 k.p.c., o ile doszło do ewentualnego uchybienia przepisom postępowania, w tym także przepisom normującym postępowanie dowodowe, strona powinna zwrócić na to uwagę sądu, wnosząc o wpisanie zastrzeżenia do protokołu – przy czym zastrzeżenie takie można zgłosić najpóźniej na kolejnym posiedzeniu – a w przypadku, gdy jest zastępowana przez profesjonalnego pełnomocnika, nie będzie mogła powoływać się na to uchybienie w dalszym toku postępowania (także w apelacji), jeśli zastrzeżenia nie zgłosiła, chyba że uprawdopodobni, iż zaniechała tego bez swojej winy lub gdy chodzi o przepisy postępowania, których naruszenie sąd powinien wziąć pod rozwagę z urzędu.

W rozpoznawanej sprawie skarżący już w odpowiedzi na pozew wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa m.in. na okoliczność istnienia wad w wybudowanym przez powoda ogrodzie zimowym oraz wartości tego ogrodu z uwzględnieniem istniejących wad, a postanowieniem z dnia 7 grudnia 2016 r. Sąd dowód taki dopuścił. Biegły z dziedziny budownictwa (...). S. w swej opinii pisemnej wyliczył wartość obiektu z uwzględnieniem jedynie faktu niewykonania konstrukcji wsporczej, obniżając ustalone przez strony wynagrodzenie o wartość kosztu jej wykonania. Poza tym biegły w swej opinii stwierdził jeszcze jedną zaistniałą wadę, polegającą na zastosowaniu przez wykonawcę zamków rozwieralnych w oknach ściany bocznej zamiast rozwieralno-uchyłnych, jednak nie uwzględnił tej wady przy wyliczaniu wartości wybudowanego obiektu; istnienia innych wad biegły w ogóle nie ustalił. Biorąc zatem pod uwagę pozostały zgromadzony w aktach sprawy materiał dowodowy, opinię tę należy potraktować jako błędną w zakresie, w jakim biegły nie stwierdził istnienia wad obiektu skutkujących skraplaniem się wody, szronieniem konstrukcji ogrodu i przeciekaniem dachu, zaś jako niekompletną w tej części, w jakiej biegły, stwierdzając istnienie wady w postaci innych zamków w oknach niż uzgodnione w umowie, nie wyliczył jej wpływu na wartość wybudowanego obiektu. W tym zakresie można zgodzić się zatem z postawionym w apelacji zarzutem odnoszącym się do dokonania przez Sąd Rejonowy w pełni pozytywnej oceny tej opinii w świetle art. 233 § 1 k.p.c. Po wydaniu opinii pozwany wniósł obszernie pismo procesowe z dnia 6 lipca 2017 r., w którym zawarł swoje zastrzeżenia i wnioski wobec opinii biegłego, domagając się m.in. ustalenia rozmiaru obniżenia wartości ogrodu zimowego w związku z zastosowaniem innych zamków w oknach, po czym zarządzeniem Przewodniczącego z dnia 28 lipca 2017 r. zobowiązano jego pełnomocnika do nadania tym wnioskowi formy konkretnych pytań, jakie Sąd miałby na żądanie strony pozwanej zadać biegłemu, by ten odpowiedział na nie w ramach opinii uzupełniającej. Skarżący uczynił to w piśmie procesowym z dnia 24 sierpnia 2017 r., a postanowieniem z dnia 22 września 2017 r. Sąd dopuścił dowód z uzupełniającej opinii pisemnej, nakazując biegłemu udzielenie odpowiedzi na postawione pytania. Wbrew wywiadowi apelacji, po zobowiązaniu pełnomocnika pozwanego do zredagowania swoich wniosków dotyczących opinii uzupełniającej w formie listy pytań Sąd Rejonowy nie miał podstaw, by uznać, że nadesłana lista nie jest kompletna i że wnioski dowodowe strony pozwanej w tym zakresie ostatecznie wykraczają poza sformułowaną treść pisma procesowego z dnia 24 sierpnia 2017 r. Fakt nieobjęcia postanowieniem dowodowym z dnia 22 września 2017 r. tych wniosków z pisma z dnia 6 lipca 2017 r., które nie były podtrzymywane w piśmie następnie złożonym, nie narusza w żaden sposób przepisów proceduralnych. Orzeczenie to uwzględniało w całości wnioski z ostatnim pismem z dnia 24 sierpnia 2017 r., więc trudno Sądowi odwoławczemu zrozumieć, do czego miałyby prowadzić postulowana w apelacji kontrola jego prawidłowości w trybie art. 380 k.p.c.

Opinia uzupełniająca biegłego z zakresu budownictwa (...). S. nie dała jednoznacznej odpowiedzi co do wartości wybudowanego obiektu z uwzględnieniem wady w postaci niewłaściwych zamków w oknach, wobec czego apelujący

złożył wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego z tej samej dziedziny, który miałby się wypowiedzieć m.in. co do innych wad, na których istnienie wskazano w odpowiedzi na pozew, a których istnienia nie stwierdził biegły oraz co do wartości ogrodu zimowego z uwzględnieniem stwierdzonych wad. Postanowieniem z dnia 8 maja 2018 r. Sąd I instancji oddalił jednak wniosek dowodowy w zakresie tych faktów, dopuszczając dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa J. Z. P. jedynie co do innych wnioskowanych okoliczności. Autor apelacji domaga się od Sądu odwoławczego kontroli prawidłowości tej decyzji w trybie art. 380 k.p.c., podnosząc, że istniały podstawy do uwzględnienia złożonego wniosku także i w tej części, z uwagi na opisane wyżej wady opinii biegłego S. S., jednak nie ma wątpliwości, że przeprowadzenie takiej kontroli na etapie postępowania odwoławczego jest możliwe tylko wówczas, jeśli stronie wciąż przysługuje uprawnienie do powoływania się na ewentualne uchybienie popełnione przez Sąd niższej instancji (tak np. w uchwale SN z dnia 27 października 2005 r., III CZP 55/05, OSNC Nr 9 z 2006 r., poz. 144 i w wielu innych orzeczeniach). Jak wynika z przywołanego już art. 162 k.p.c., pozwanemu reprezentowanemu przez profesjonalnego pełnomocnika takie prawo mogłoby przysługiwać tylko wtedy, gdyby w piśmie procesowym lub najpóźniej na najbliższym posiedzeniu złożył stosowne zastrzeżenie wobec decyzji Sądu naruszającej przepisy postępowania. Pozwany jednak takiego zastrzeżenia nie złożył ani na najbliższym posiedzeniu, które odbyło się w dniu 9 października 2020 r. poprzedziło zamknięcie rozprawy – z zapisu w protokole rozprawy wynika, że zgłoszone wówczas zastrzeżenie dotyczy innego postanowienia Sądu – ani też w żadnym z wcześniej złożonych pism procesowych i w efekcie prawo do powoływania się na uchybienia w tym zakresie utracił, zaś prawidłowość decyzji o częściowym oddaleniu jego wniosków dowodowych postanowieniem z dnia 8 maja 2018 r. nie może być przedmiotem badania przez Sąd II instancji.

W pismach procesowych z dnia 20 sierpnia 2019 r. i z dnia 3 lutego 2020 r. oraz na rozprawie w dniu 9 października 2020 r. strona pozwana – zamiast dochować wynikającego z ustawy wymogu staranności pozwalającego jej na ewentualne skuteczne zakwestionowanie postanowienia z dnia 8 maja 2018 r. oddalającego jej wnioski dowodowe – zgłaszała wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii kolejnego (trzeciego już) biegłego tej samej specjalności w celu wydania nowej opinii dotyczącej m.in. innych wad, na których istnienie wskazano w odpowiedzi na pozew, a których istnienia nie stwierdzono w złożonych dotąd opiniach oraz co do wartości ogrodu zimowego z uwzględnieniem stwierdzonych wad. Sąd meriti pominął ten wniosek i po zbadaniu tej decyzji na żądanie apelującego w trybie art. 380 k.p.c. należy ją ocenić jako prawidłową. Z art. 286 k.p.c. wynika wprawdzie, że Sąd może zażądać dodatkowej opinii od innych biegłych niż ci, którzy dotąd wydawali opinie w danej sprawie, ale zobowiązany jest do tego jedynie wówczas, gdy wydana już opinia zawiera w zakresie objętym tezą postanowienia dowodowego istotne luki, jest nieprzekonująca, niekompletna, pomija lub wadliwie przedstawia istotne okoliczności, nie odpowiada na postawione tezy dowodowe, jest niejasna, nienależycie uzasadniona lub nieweryfikowalna. Zupełnie niecelowe z punktu widzenia ekonomii procesowej jest natomiast korzystanie przez Sąd z uprawnienia przewidzianego w art. 286 k.p.c. poprzez powoływanie nowego biegłego tej samej specjalności w sytuacji, gdy okoliczności, co do których nowo powołany biegły miałby się wypowiedzieć, nie były dotąd przedmiotem opinii biegłego, który w sprawie występuje. Strona, która zamierza takie okoliczności wykazać, winna wnioskować o dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii dotychczasowego biegłego co do tych faktów, a jeśli – jak w sprawie niniejszej – wniosek w tym przedmiocie zgłosiła i został on oddalony, uprawniona była do zwrócenia Sądowi uwagi na nieprawidłowość takiej decyzji poprzez zgłoszenie zastrzeżenia do protokołu w trybie art. 162 k.p.c. i wnioskowania o zmianę postanowienia dowodowego, na co Sądowi zezwala art. 240 § 1 k.p.c. Postulat powołania nowego biegłego można byłoby uznać za zasadny dopiero wówczas, gdyby w wyniku tych działań strony biegły wydał opinię co do przedmiotowych okoliczności, ale byłaby ona obciążona opisanymi wyżej wadami. Nie sposób przyjąć, by intencją strony pozwanej było żądanie zmiany uprzedniej decyzji Sądu o częściowym oddaleniu jej wniosku dowodowego poprzez zlecenie biegłemu J. Z. P. wydania opinii także co do okoliczności pominiętych w tezie postanowienia dowodowego z dnia 8 maja 2018 r., zważywszy, że zawarte w jej pismach wnioski formułował profesjonalny pełnomocnik, zaś w orzecznictwie powszechnie – i słusznie – podkreśla się, że wszelkie wnioski procesowe składane przez takich pełnomocników winny być wyraźnie i jednoznacznie sformułowane, gdyż nie ma podstaw do przypisywania pismom wnoszonym przez profesjonalnego pełnomocnika treści wprost tam niewyraźnych.

Pozwany złożył wprawdzie w pismach procesowych z dnia 20 sierpnia 2019 r. i z dnia 3 lutego 2020 r. wnioski o wydanie przez biegłego J. Z. P. opinii uzupełniającej, jednak nie dotyczył on kwestii ustalenia wartości wykonanych robót z uwzględnieniem istnienia stwierdzonych wad wykonanego obiektu, ale szczegółowo wymienionych okoliczności, potencjalnie mogących mieć wpływ na możliwość ustalenia wad fizycznych ogrodu zimowego oraz kosztów wymiany okuć rozwieralnych na rozwieralno-uchylne. Zaznaczyć tu trzeba, że wartość tych kosztów wymiany bynajmniej nie jest tożsama z różnicą pomiędzy wartością robót ustalonych w umowie i wartością robót wykonanych z uwzględnieniem istnienia przedmiotowej wady, a okoliczność ta mogłaby mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy jedynie wówczas, gdyby pozwany zgłosił do potrącenia z roszczeniem dochodzonym pozwym swoje roszczenie o zapłatę odszkodowania za szkodę, jaką poniósł w związku z nienależytym wykonaniem umowy o roboty budowlane i konieczne byłoby oszacowanie rozmiaru tej szkody. Badając w trybie art. 380 k.p.c. prawidłowość pominięcia także i tego wniosku dowodowego przez Sąd Rejonowy oraz odnosząc się do zasadności podniesionego w apelacji zarzutu naruszenia przez ten Sąd art. 207 § 6 k.p.c. i art. 217 § 1-3 k.p.c. poprzez uzasadnienie tej decyzji spóźnionym złożeniem wniosku dowodowego, stwierdzić należy, że nawet ewentualna zasadność tego zarzutu nie miałaby wpływu na rozstrzygnięcie sprawy, skoro ewentualne uzupełnienie opinii biegłego w zakresie wnioskowanym przez skarżącego nie skutkowałoby możliwością ustalenia, o jaką wartość powinno ulec obniżeniu wynagrodzenie wykonawcy.

Z powyższych rozważań wynika, że z podobnych przyczyn nie można też uwzględnić zarzutu naruszenia art. 278 § 1 k.p.c. w związku z art. 235<sup>2</sup> § 1 k.p.c. oraz w związku z art. 227 k.p.c. i z art. 286 k.p.c. w sposób mający wpływ na wynik sprawy. W toku postępowania doszło wprawdzie do oddalenia wniosków dowodowych czy też pominięcia dowodów zmierzających do wykazania wartości wykonanych robót z uwzględnieniem istnienia stwierdzonych wad wykonanego obiektu, jednak w wypadku, kiedy prawidłowość takiej decyzji mogłaby budzić ewentualne zastrzeżenia, nie może być ona zbadana przez Sąd odwoławczy bez uchybienia art. 162 k.p.c., zaś w sytuacji nieudowodnienia tej okoliczności nawet ewentualne naruszenia przepisów o postępowaniu dowodowym w odniesieniu do innych faktów będących przedmiotem twierdzeń pozwanego pozostają bez wpływu na możliwość uwzględnienia podnoszonego przez niego zarzutu materialnoprawnego i tym samym na wynik sprawy. Z podobnych przyczyn został pominięty przez Sąd II instancji zawarty w apelacji wniosek dowodowy, skoro nawet po ewentualnym przeprowadzeniu dowodu na wskazane okoliczności nie sposób byłoby stwierdzić, o jaką kwotę w ramach wykorzystania przez skarżącego uprawnień z rękojmi należałoby obniżyć należne powodowi wynagrodzenie, a tym samym ustalić, w jakiej części jego roszczenia winny zostać uznane za niezasadne. Dla porządku dodać jeszcze można, że zbadanie w trybie art. 380 k.p.c. postanowienia dowodowego z dnia 30 września 2019 r. nie nasuwa wątpliwości co do prawidłowości tego rozstrzygnięcia, skoro jego przedmiotem jest częściowe uwzględnienie wniosku D. M. o wydanie przez biegłego opinii uzupełniającej. Jeśli w ten sposób apelujący zamierzał zgłosić zastrzeżenia do nieuwzględnienia jego wniosku w pozostałej części, to orzeczenie w tym przedmiocie zostało wydane na rozprawie w dniu 5 października 2020 r. i było przedmiotem analizy Sądu odwoławczego już powyżej.

Za zupełnie chybiony trzeba wreszcie uznać postawiony w apelacji zarzut naruszenia prawa materialnego, w którym skarżący zarzuca, że Sąd meriti dokonał błędnej wykładni wskazanych tam przepisów poprzez przyjęcie, iż na gruncie umowy o roboty budowlane wyłączona jest odpowiedzialność kontrahenta za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Autor apelacji wskazał na art. 636 k.c., do czego trudno się nawet ustosunkować w związku z treścią podniesionego zarzutu, gdyż przepis ten przewiduje powstanie w określonej sytuacji po stronie inwestora uprawnienia do odstąpienia od umowy albo powierzenia poprawienia lub dalszego wykonania robót innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy, zaś pozwany w toku postępowania ani nie twierdził, że odstąpił od umowy, ani też nie zgłaszał roszczeń związanych z powierzeniem prac przy budowie ogrodu zimowego innej osobie. Jeśli chodzi natomiast o rzekome przyjęcie przez Sąd I instancji, że na gruncie umowy o roboty budowlane wyłączona jest umowna odpowiedzialność wykonawcy na zasadach ogólnych wynikających z art. 471 k.c., to Sąd odwoławczy przyznać musi, że nie znalazł takiego stwierdzenia w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Nie sposób też przyjąć, że Sąd niższej instancji dał temu faktyczny wyraz poprzez niezastosowanie tego przepisu w sprawie niniejszej, gdyż w rzeczywistości nie zachodziły żadne przesłanki do jego zastosowania. Przyznać trzeba, że dopuszczalne było w rozpoznawanej sprawie wysunięcie przez pozwanego twierdzenia, iż w związku z nienależytym wykonaniem umowy przez powoda

poniósł szkodę w określonym rozmiarze i wobec tego przysługuje mu względem wykonawcy roszczenie o zapłatę odszkodowania w wysokości odpowiadającej rozmiarowi szkody, a następnie złożenie oświadczenia o potrąceniu wynikającej stąd wierzytelności z wierzytelnością dochodzoną pozwem, co z kolei skutkowałoby umorzeniem ich nawzajem do wysokości wierzytelności niższej. Z procesowego punktu widzenia należałoby to zakwalifikować jako podniesienie wobec całości lub części roszczenia powoda peremptoryjnego zarzutu potrącenia, którego ewentualna skuteczność miałaby swe konsekwencje w postaci częściowego lub całkowitego oddalenia powództwa. Gdyby taki zarzut został podniesiony, Sąd winien byłby w istocie zbadać kwestię istnienia roszczenia odszkodowawczego poprzez subsumpcję wykazanych przez pozwanego faktów do treści przesłanek wymienionych w art. 471 k.c., jednak D. M. takiego zarzutu nie podniósł, jak również nie sformułował wobec pozwanego jakichkolwiek roszczeń odszkodowawczych – poprzez wskazanie ich rozmiaru i podstawy faktycznej – ani też nie złożył oświadczenia o potrąceniu wynikającej z nich wierzytelności z wierzytelnością powoda o zapłatę wynagrodzenia. W sprawie niniejszej pozwany podnosił jedynie zarzut, iż G. K. należy się wynagrodzenie w kwocie niższej niż umówione z uwagi na skuteczne wykonanie przez inwestora uprawnień wynikających z rękojmi za wady fizyczne ogrodu zimowego, co nie daje żadnych podstaw do stosowania przez Sąd art. 471 k.c. Dodać można jeszcze, że na wysokość należnego wykonawcy wynagrodzenia nie ma wpływu podnoszony w uzasadnieniu apelacji fakt użycia przez niego profili tańszych, gdyż ze złożonej do akt umowy wynika, iż strony umówiły wynagrodzenie ryczałtowe w rozumieniu art. 632 § 1 k.c., a w orzecznictwie słusznie podnosi się, że przepis ten ma zastosowanie w drodze analogii także do umowy o roboty budowlane (tak w uchwale składu 7 sędziów SN z dnia 29 września 2009 r., III CZP 41/09, OSNC Nr 3 z 2010 r., poz. 33).

Podsumowując te rozważania, stwierdzić trzeba, że zarzuty apelacyjne okazały się bezzasadne, a zaskarżony wyrok odpowiada prawu. Powodowi udało się wykazać, że przysługuje mu roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, zaś uwzględnienie zarzutu pozwanego dotyczącego obniżenia tego wynagrodzenia w związku z wadami fizycznymi wybudowanego obiektu – czy też niewykonaniem części prac – było możliwe wyłącznie w odniesieniu do niewykonania konstrukcji wsporczej, gdyż tylko w tym zakresie D. M. udało się w pełni sprostać spoczywającemu na nim ciężarowi dowodowemu. Co do innych wad podnieść trzeba, że choć skarżący wykazał ich istnienie, to jednak nie udało mu się udowodnić wartości wykonanych robót z uwzględnieniem ich istnienia, co uniemożliwiło Sądowi określenie, w jakim rozmiarze wady te – w związku z wykonaniem przez inwestora uprawnień z rękojmi – uzasadniają ewentualne dalsze obniżenie żądanego przez wykonawcę wynagrodzenia wynikającego z umowy stron. Skutkuje to oddaleniem apelacji na podstawie art. 385 k.p.c., zaś o kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono stosownie do art. 98 k.p.c., zasądzając od przegrywającego sprawę pozwanego zwrot kosztów poniesionych przez jego przeciwnika procesowego. Na koszty te składa się wynagrodzenie pełnomocnika procesowego reprezentującego powoda, obliczone w myśl § 10 ust. 1 pkt. 1 w związku z § 2 pkt. 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 265) na kwotę 1.800,00 zł.