

Sygn. akt I ACa 1078/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 kwietnia 2016 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Ryszard Iwankiewicz
Sędziowie:	SSA Małgorzata Gawinek SSA Mirosława Gołuńska (spr.)
Protokolant:	st.sekr.sądowy Beata Waclawik

po rozpoznaniu w dniu 13 kwietnia 2016 roku na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa L. C.

przeciwko W. K.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 5 października 2015 roku, sygn. akt I C 1263/12

***uchyla zaskarżony wyrok, znosi postępowanie w zakresie objętym rozprawą z dnia 21 września 2015 roku i sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu w Szczecinie do ponownego rozpoznania pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.***

***SSA M. Gawinek SSA R. Iwankiewicz SSA M. Gołuńska***

***Sygn. akt I A Ca 1078/15***

## UZASADNIENIE

Powód L. C. w pozwie z 6 grudnia 2012 r. skierowanym przeciwko W. K. domagał się zasądzenia 187 386 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wytoczenia powództwa podając ,że na dochodzone roszczenie składają się kwoty : 50 000 zł z tytułu obniżenia wartości nieruchomości z powodu jej trwałej wady ; 72 390 zł jako koszt robót naprawczych ; 64 970,72 zł - koszt wykonawstwa zastępczego; 9 225 zł -wydatki na sporządzenie prywatnych opinii i 22 800 zł z tytułu kary umownej za odstąpienie przez pozwanego od umowy. W piśmie procesowym z dnia z 19 stycznia 2015r. powód rozszerzył i częściowo zmienił żądanie wnosząc ostatecznie o zasądzenie od pozwanego kwoty 210 022,17 zł ,z odsetkami ustawowymi za zwłokę od kwot: 187 385,72 zł (dochodzonej pierwotnie) od dnia doręczenia pozwu i od

22 636,45 zł od dnia doręczenia pozwanemu pisma z 19 stycznia 2015r. Wskazał, że kwotę 210 022,17 zł składają się: 1/.127 997,17 zł tytułem kosztów robót naprawczych w nieruchomości powoda; 2/.50 000 zł tytułem wady trwałej nieruchomości powoda pod postacią zaniżonej wysokości budynku; 3/. 9 225 zł tytułem sporządzenia prywatnych opinii technicznych przez powoda; 4/.22 800 zł tytułem kary umownej za odstąpienie od umowy. Powód wniósł nadto o zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania.

Powód podał, że jako inwestor, na podstawie umowy o roboty budowlane z 25 sierpnia 2011 roku, zmienianej aneksami, zlecił W. K., prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą: Firma Handlowo Usługowa (...) W. K. z siedzibą w S. wykonanie robót budowlanych polegających na budowie domu w systemie kanadyjskim, na B. przy ulicy (...), o powierzchni zabudowy 163,32 m<sup>2</sup> w tzw. wersji deweloperskiej. Zakres rzeczowy i ilościowy prac stanowiących przedmiot umowy stanowił projekt budowlany z załącznikami o numerach 1 oraz 2, które stanowią integralną część umowy. Projekt budowlany był podstawą wydania przez Starostę (...) decyzji nr (...) z 18 lipca 2011 roku w przedmiocie zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę. Powód wskazał na problemy związane z prowadzeniem i dostępnością dzienników budowy oraz na odstępstwa od projektu przy realizacji prac budowlanych. Zapłata pozwanemu ostatniej transzy kredytu, z którego była realizowana inwestycja, w kwocie 32 000 złotych, została wstrzymana ze względu na opóźnienie po stronie pozwanego oraz zaistniałe wady. Powód podał, że odbiór robót wykonanych przez pozwanego ustalono na 12 czerwca 2012r. i w związku z tą czynnością spisano notatkę służbową. Z treści operatu szacunkowego, sporządzonego na jego zlecenie wynika, że z przyczyny niższej wysokości parteru budynku wartość nieruchomości uległa obniżeniu z 534 000 zł do 484 000 zł. Wartość robót naprawczych, które są niezbędne do doprowadzenia budynku do stanu zgodnego z projektem i umową wynosi 72 390 zł. Z kolei wartość robót z wykonawstwa zastępczego inwestora oraz inne koszty konieczne do doprowadzenia inwestycji do stanu zgodnego z umową wyniesie 64 970,72 zł. Te dwie ostatnie kwoty pomniejszone o niedopłatę wynagrodzenia z umowy dla pozwanego (32 000 zł) uzasadniało żądanie co do kwoty 105 360,72 zł. Powód wskazał, że wykonał za pozwanego za 6 500 zł instalację przyłączy (w kosztorysie 17 000 zł), plus przyłącze energetyczne za 550 zł.

Powód podał, że roszczenie opiera na przepisie art. 471 kodeksu cywilnego. Roszczenie o zapłatę kary umownej powód opierał § 11 ustęp 3 umowy. Wskazał, że pozwany pismem z 1 czerwca 2012 roku odstąpił od umowy, uzasadniając swoje stanowisko faktem, że otrzymał ostatniej raty wynagrodzenia. Ostatnia rata miała być uregulowana jednak dopiero po zakończeniu prac określonych w umowie. W związku z zaistniałymi wadami budynku oraz nie wykonaniem umowy przez pozwanego, powód wstrzymał się z zapłatą ostatniej rata kredytu i płatności.

Pozwany w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda kosztów postępowania.

Pozwany uważał, że umowa została przez niego zrealizowana. Sporne było jedynie to czy wykonany budynek jest dotknięty wadami wykonawczymi, a jeżeli tak to jaki jest ich charakter. Zarzucił powodowi, że ten nie udostępnił mu budynku w celu zweryfikowania i ewentualnie usunięcia wad. Zaznaczył, że 7 grudnia 2012 złożył odpowiedź na przedsądowe wezwanie do zapłaty, zaoferował usunięcia wszelkich usterek powstałych z jego winy w trakcie realizacji umowy. Wskazując na szczegółowe roboty i instalacje, pozwany stwierdził, że powód bezzasadnie uważa, iż jego zobowiązanie jako wykonawcy było szersze niż to określała umowa i załączniki do niej. Pozwany podkreślił, że powód i kierownik budowy nie wnosili żadnych zastrzeżeń co do jakości oraz sposobu prowadzenia prac aż do momentu kiedy zażądał zapłaty za dodatkowe materiały nieujęte w umowie. Podkreślił, że odbiór etapów prac, w tym ścian parteru i więźarów dachowych odbył się protokolarnie, bez zastrzeżeń. Pozwany wskazał podwykonawców z których usług korzystał przy realizacji umowy. Zwrócił uwagę na brak energii elektrycznej na terenie budowy w grudniu 2011r., skutkowało to przerwaniem prac wznowionych 12 stycznia 2012r. 24 kwietnia 2012r. na plac budowy dostarczył zestaw solarny o wartości 11 405,54 zł, objęty oddzielną umową za który powód nie zapłacił. W dniu 18 maja 2012r. pozwany na prośbę powoda zakupił i dostarczył na plac budowy, za własne środki, kominek z płaszczem wodnym. Pozwany oświadczył, że po kolejnym wezwaniu powoda do zapłaty kwoty 16 205 zł za dostarczone materiały -powód w piśmie z 19 maja 2012r. zwrócił się do banku o wstrzymanie transzy kredytu. W tym czasie prace na budowie były prowadzone. W dniu 21 maja 2012r. sporządzony został protokół szczelności instalacji gazowej. Do tego czasu

powód miał nie informować pozwanego o rzekomych usterekach. Od dnia 26 maja 2012r. wszelkie próby pozwanego wejścia na budowę kończyły się niepowodzeniem, powód zamykał budowę i nikogo na nią nie wpuszczał (na ten czas prace były już wszystkie wykonane, pozostało powieszenie tylko trzech grzejników drabinkowych w łazienkach). Pozwany uznał, że współpraca jest zakończona, pozostawał jednak w gotowości do usunięcia stwierdzonych wad. Zmierzając do zakończenia prac 12 czerwca 2012r. stawiał się na odbiór budynku zgodnie z ustalonym terminem, celem ustalenia jakie usterki istnieją i jakie ewentualnie należy usunąć. Kilka dni później pozwany otrzymał wykaz „usterek” od A. M.. Wszelkie usterki miały zostać wykonane na podstawie opinii z dnia 29 czerwca 2013r. Z wyjątkiem kwestii nie regulowanych umową pozwany wyraził chęć polubownego załatwienia sprawy, usunięcia usterek (o ile potwierdzi ich istnienie) objętych opinią i dnia 9 lipca 2012 r. wysłał samochód dostawczy z materiałami niezbędnymi do usunięcia usterek, budowa była jednak zamknięta. Pozwany starał się odzyskać zestaw solarny i kominek. 12 lipca 2012r. strony ustaliły „zadośćuczynienie” za określone wady budowy. Powód miał przyjąć i bez zastrzeżeń pokwitować odbiór pieniędzy. Pozwany wskazując na przykład dostarczonych schodów stwierdził, że wykazywał chęć współpracy z powodem i zakończenia inwestycji w sposób korzystniejszy dla powoda niż przewidziany w umowie. Po zakończeniu prac podstawiony został również kontener celem wywiezienia odpadów i śmieci budowlanych powstałych przy okazji realizacji inwestycji. . Pozwany twierdził, że prace budowlane odbywały się zgodnie harmonogramem i nie zostały przekroczone w tym względzie ramy czasowe szerzej takie swoje stanowisko uzasadniając . Zakres umowy stanowi załącznik do niej 25 sierpnia 2011r. Stan tzw. deweloperski o którym mowa w załączniku nie zawierał montażu zestawu solarnego, pieca co, jego zakupu, kominka a także rozruchu całej instalacji. Odnosząc się do twierdzenia powoda o wielokrotnym informowaniu o nieprawidłowościach podkreślił, że były to 2 e-maile , wysłane w odstępnie 2 dni , nie zawierające wyszczególnienia usterek a jedynie nadmieniają o ich wystąpieniu. Zmiana wysokości pomieszczeń parteru nastąpiła bowiem zgodnie z zastosowaną technologią RIGIPS przy montażu płyt GK wykorzystano podwójny sufit podwieszany. Zwrócił uwagę na przewidziane pierwotnym projektem alternatywne możliwości wykonania sufitu, z pozostawieniem pozwanemu wyboru.

Pozwany zarzucił powodowi ,że roszczenie jest sformułowane w sposób nieczytelny dodając ,że jeżeli już to ewentualne żądania mogłyby stanowić jedynie kwotę 50.000 zł. Wszelkie wady, przy założeniu ich istnienia zostałyby w ten sposób rozliczone wpływając na ostateczną (mniejszą) wartość budynku. Pozwany podniósł dalej ,że niezależnie od podstawy prawnej żądania powód uniemożliwił podjęcie działań w celu usunięcia wad. Niedopuszczenia wykonawcy do budynku wyklucza zasadność jakichkolwiek kwot związanych z realizacją umowy , tak w zakresie rękopisami, jak i odszkodowania. Powód w ramach realizacji zobowiązania miał obowiązek współdziałania z pozwanym (art. 354 k.c.) , a skoro tego obowiązku nie wykonał to pozwanemu nie można przypisać winy za niewykonanie zobowiązania, jak i związku przyczynowego pomiędzy jego działaniem (zaniechaniem) a szkodą. Zachowanie powoda nie tylko pozostaje sprzeczne z zasadami ogólnymi dotyczącymi wykonywania zobowiązań wzajemnych, ale również pozostawałoby sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 5 kc). Powodowi nie przysługuje z rękopisami żądanie obniżenia wynagrodzenia, do tego powód powołując się na wykonawstwo zastępcze, stosownie do treści art. 480 § 1 k.c., nie wykazał by posiadał upoważnienie sądu do wykonania tych prac przez podmioty trzecie, nie wykazał również by wezwał pozwanego w trybie art. 636 k.c.

Powód w piśmie z 22 kwietnia 2013r. odnosząc się do odpowiedzi na pozew podał , że dochodzi roszczeń z umowy o roboty budowlane z 25 sierpnia 2011r. Takie okoliczności jak kwestie związane z przyłączem energetycznym, nie mające wpływu na prawidłowość i rzetelność prac, jak również dodatkowe umowy są bez znaczenia dla sprawy. Dodał , że 15 czerwca 2012r. zwolnił kierownika budowy, nie zgłaszał mu on bowiem poszczególnych robót do odbioru , a nadto nie zapewnił wglądu do dziennika budowy . Wskazując na daty wysłania przedsądowego wezwania do zapłaty oraz złożenia pozwu jako chybioną oceniał argumentację pozwanego o chęci usunięcia wszelkich usterek . Powód w toku rozprawy 5 czerwca 2013r. potwierdził , że dochodzi roszczenia na zasadach ogólnych, a nie w oparciu o przepisy dotyczące rękopisami za wady .

W odpowiedzi na rozszerzenie powództwa przez powoda pozwany wniósł o jego oddalenie argumentując, że umowa nie dawała powodowi możliwości dochodzenia odszkodowania uzupełniającego wobec ustalenia kary umownej.

### **Sąd Okręgowy Szczecinie wyrokiem z dnia 5 października 2015 roku :**

I. zasądził od pozwanego W. K. na rzecz powoda L. C. kwotę 210 022,17 zł z odsetkami ustawowymi od kwot:

a) 187 385,72 zł od 28 lutego 2013 r.;

b) 22 636,45 zł od 29 stycznia 2015 r.;

II. zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 10 502 zł tytułem zwrotu opłaty od pozwu, kwotę 7217 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kwotę 5700 zł tytułem zwrotu wydatków;

III. zasądził od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Szczecinie kwotę 2039,61 tytułem pokrycia wydatków.

Orzeczenie powyższe zostało oparte na następujących ustaleniach:

11 stycznia 2011r. L. C. zawarł z W. K. umowę na opracowanie adaptacji projektu architektonicznego. Przedmiotem umowy było opracowanie projektu zagospodarowania terenu dla działki nr (...) przy ul. (...) na B., zmiana konstrukcji domu murowanego o ścianach z bloczków betonu komórkowego na szkielet drewniany, projekt architektoniczno-budowlany budynku mieszkalnego i projekt sieci wodno-kanalizacyjnej, gazowej i energetycznej. W. K. miał też uzyskać dla L. i E. C. wymagane decyzje administracyjne w związku z procesem budowlanym. Projekt budowlany został sporządzony w maju 2011r. Działka powoda i E. C., na której miał zostać wzniesiony dom mieszkalny była przeznaczona pod zabudowę mieszkaniową jednorodziną. Decyzja Wydziału Architektury i Budownictwa została wydana 18 lipca 2011r. Na wniosek powoda (...) 27 października 2010r. określiła warunki przyłączenia. Na podstawie umowy z 19 stycznia 2011r. przyłączenie instalacji powoda do sieci (...) miało nastąpić w ciągu 14 dni od zawarcia umowy o świadczenia usług dystrybucji lub przedstawienia przez klienta umowy kompleksowej.

W dniu 25 sierpnia 2011r. L. C. zawarł z W. K. , jako wykonawcą, umowę o roboty budowlane, polegające na budowie domu jednorodzinnego w tak zwanym systemie kanadyjskim ,o powierzchni 163,32 m<sup>2</sup> ,w wersji deweloperskiej. Zakres prac objętych umową określał projekt budowlany z załącznikami będącymi integralną częścią umowy. Projekt architektoniczno-budowlany jednorodzinnego domu wolnostojącego (...), odbicie lustrzane ,przewidywał poddasze nieużytkowe, przykryte dachem wielospadowym o kącie nachylenia 25 stopni. Budynek miał być parterowy przy wysokości pomieszczeń parteru - 270 cm. Projekt obejmował infrastrukturę zewnętrzną zarówno o charakterze liniowym jak i punktowym; naziemną i podziemną , w tym zbiornik na deszczówkę. W treści umowy z 25 sierpnia 2011r. L. C. jako inwestor oświadczył, że działka nr (...) na B. stanowi jego własność, posiada pozwolenie na budowę , dokumentacja techniczna w oparciu o którą prowadzone będą roboty budowlane, została zatwierdzona przez organ nadzoru budowlanego w P., a plac budowy wyposażony jest w urządzenia infrastruktury komunalnej niezbędne na potrzeby budowy. Powód zobowiązał się zapewnić nieprzerwany dostęp do miejsca budowy oraz nieodpłatne korzystanie z mediów przez cały czas realizacji umowy. Zobowiązał się też przekazać do dnia 31 sierpnia 2011r wykonawcy protokolarnie plac budowy oraz dokumentacją techniczną z pozwoleniem na budowę. Z kolei pozwany zobowiązał się do: wykonania przedmiotu umowy profesjonalnie, zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, przepisami, normami techniczno - budowlanymi i projektem budowlanym oraz ww. załącznikami, odebrania placu budowy w ustalonym w umowie terminie, organizacji i dostawy materiałów budowlanych, utrzymania porządku na placu budowy oraz usunięcia po zakończeniu prac wszelkich pozostałości używanych materiałów, koordynacji prac objętych umową, współpracy z kierownikiem budowy oraz innymi osobami we wszystkich sprawach związanych z realizacją inwestycji. Pozwany zobowiązał się też przekazywać na żądanie powoda i osób przez niego upoważnionych wyczerpujące informacje oraz dane co do postępu prac projektowych, przygotowawczych i robót budowlanych. Umowa pozwalała pozwanemu powierzyć poszczególne prace wykwalifikowanym podwykonawcom, z zachowaniem wymogów wynikających z przepisów kodeksu cywilnego (art. 647<sup>1</sup> k.c.). Termin rozpoczęcia prac strony ustaliły wstępnie na 8 września 2011r., a zakończenia - na 31 stycznia 2011r. Terminy wykonania poszczególnych etapów

zostały określone w harmonogramie rzeczowo - finansowym ,który stanowił załącznik nr 1 do umowy. Wskazane terminy wykonania prac nie obejmowały wykonania prac dodatkowych, chyba że pozwany jako wykonawca ocenilby, iż mimo zmian w zakresie i sposobie wykonania prac możliwe będzie wykonanie przedmiotu umowy w pierwotnie ustalonych terminach i udzieli inwestorowi w formie pisemnej pod rygorem nieważności, zgody na zachowanie dotychczasowych terminów.

Strony w aneksie do umowy zmieniły : datę przekazania placu budowy z 31 sierpnia 2011r. na 28 listopada 2011r., datę rozpoczęcia prac z 8 września 2011r. na 1 grudnia 2011r., a zakończenia prac z 31 stycznia 2011r. na 31 kwietnia 2012r. Strony postanowiły, że prace wykraczające poza zakres rzeczowy umowy nie są jej przedmiotem i za ich wykonanie pozwanemu przysługuje dodatkowe wynagrodzenie. W przypadku wystąpienia konieczności wykonania dodatkowych prac, nie objętych przedmiotem umowy, pozwany jako wykonawca miał poinformować o tym powoda jako inwestora wraz z wykazaniem w przedłożonym kosztorysie wysokości wynagrodzenia za te prace. Pozwany zobowiązał się uzyskać pisemną zgodę powoda na wykonanie dodatkowych prac, za wynagrodzeniem wykazanim w zatwierdzonym protokole konieczności i kosztorysie na ich realizację. Za wykonanie przedmiotu umowy określonego w jej § 1 strony ustaliły wynagrodzenie brutto w kwocie 380 000 zł , z czego kwota 114 000 zł miała być zapłacona w dniu podpisania umowy. Pozostałe wynagrodzenie miało być płatne na podstawie wystawionych faktur VAT, podstawą ich wystawienia miał być protokół odbioru końcowego ewentualnie odbiorów częściowych spisanych między stronami. Ustalono, że druga kwota 114.000 zł powinna być zapłacona po odbiorze ścian parteru, stropu i ścian poddasza, kolejne 114.000 zł po odbiorze więźby dachowej z pokryciem dachu , a kwota 38.000 zł. - po montażu okien, drzwi wejść i docieplenie zewnętrznego. Powód zobowiązał się zapłacić wynagrodzenie przysługujące pozwanemu w terminie 3 dni od dnia doręczenia mu faktury VAT.

Strony postanowiły, że w razie gdyby powód pozostawał w opóźnieniu z płatnością za wystawioną fakturę przez okres 3 dni, pozwany mógłby wstrzymać wykonanie prac objętych umową do czasu uregulowania zadłużenia przez powoda. W razie gdyby powód był w opóźnieniu z płatnością przez okres 7 dni - pozwany wyznaczy mu dodatkowy 7 - dniowy termin, a po jego upływie uprawniony jest do odstąpienia od umowy , z zachowaniem prawa do zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace budowlane i za materiały budowlane nabyte przez niego z przeznaczeniem na potrzeby inwestycji oraz do naliczenia kar umownych . Pozwany zobowiązał się zgłosić pisemnie powodowi fakt zakończenia robót lub ich części i wnieść o dokonanie odbioru końcowego lub częściowego. Termin odbioru powinien nastąpić w ciągu 2 dni od dnia wpływu zawiadomienia o zakończeniu robót bądź ich części do powoda. Odbiór każdego etapu prac miał zostać potwierdzony wpisem do dziennika budowy. Potwierdzenie tego wpisu lub brak ustosunkowania się do niego w terminie 3 dni oznacza potwierdzenie zakończenia prac w dacie wpisu do dziennika budowy. Przed odbiorem końcowym robót pozwany zobowiązał się uporządkować teren, na którym wykonywane były prace będące objęte umową i przekazać go powodowi w terminie odbioru końcowego. Strony ustaliły, że jeżeli odbiór został dokonany, pozwany od daty zgłoszenia gotowości do odbioru nie pozostaje w zwłoce ze spełnieniem zobowiązania wynikającego z umowy. Strony postanowiły też, że z czynności odbioru będzie spisany protokół końcowego czy częściowego odbioru prac. Ustalono ,że jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady to: jeżeli nie uniemożliwiają one lub znacznie nie utrudniają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, strony dokonają odbioru, a pozwany usunie wady w terminie ustalonym z powoda; jeżeli uniemożliwiają one lub znacznie utrudniają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem odbiór nie zostanie dokonany. Strony ustaliły , że jeżeli powód mimo zgłoszenia przez pozwanego gotowości do odbioru przedmiotu umowy, z wyłączeniem przypadku wad uniemożliwiających zwykłe użytkowanie, nie dokona odbioru w terminie ustalonym, pozwany może protokolarnie jednostronnie dokonać odbioru przez powołaną przez siebie do tego celu komisję, zawiadamiając o wyniku powoda. Protokół taki będzie wiązał strony i będzie stanowił podstawę do wystawienia faktury i żądania zapłaty wynagrodzenia. W przypadku rozwiązania bądź odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron, strony sporządzą protokół inwentaryzacyjny stanu zaawansowania robót oraz zakupionych materiałów. Strony ustaliły, że umowa może być rozwiązana tylko z ważnych przyczyn , w formy pisemnej pod rygorem nieważności.

W zakresie umownego odstąpienia od umowy strony postanowiły : inwestor może odstąpić od umowy, w przypadkach przewidzianych w kodeksie cywilnym oraz w następujących okolicznościach: jeżeli wykonawca będzie w zwłoce

z rozpoczęciem lub zakończeniem robót o co najmniej 30 dni, z wyjątkiem gdy opóźnienie nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy; jeżeli wykonawca powierzy wykonanie robót podwykonawcom w sposób sprzeczny z niniejszą umową. Wykonawca mógł odstąpić od umowy, w przypadkach przewidzianych w kodeksie cywilnym oraz w następujących okolicznościach: gdy inwestor opóźnia się z płatnością faktury VAT ponad 3 dni; gdy inwestor nie będzie wykonywał pozostałych zobowiązań wynikających z umowy. Ustalono, że inwestor naliczy kary umowne za zwłokę w przekroczeniu terminu wykonania umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki liczony od etapu niewykonanego w terminie. Łączna wysokość kar nie przekroczy 6 % wynagrodzenia. W przypadku odstąpienia od umowy przez wykonawcę z przyczyn niezawinionych przez inwestora, pozwany zobowiązał się zapłaci karę umowną w wysokości 6 % wynagrodzenia ryczałtowego.

Powód oświadczył w umowie, że osobą uprawnioną do kontaktów z wykonawcą w zakresie wynikającym z niniejszej umowy jest kierownik budowy. Nadto, powód oświadczył, że obowiązki kierownika budowy powierzył S. M.. Postanowiono w umowie, że w terminie 3 dni od dnia podpisania protokołu końcowego odbioru robót pozwany jako wykonawca zobowiązuje się przekazać powodowi wszelką dokumentację w postaci dziennika budowy, protokołu skuteczności zerowania i protokołu szczelności instalacji: c.o., ciepłej wody użytkowej i gazowej.

W tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do umowy nie ujęto instalacji zewnętrznych, a jedynie wewnętrzne. W ocenie Sadu brak instalacji zewnętrznych był sprzeczny z zobowiązaniem do oddania budynku w stanie deweloperskim. Na wypadek braku dostępu do energii elektrycznej, powód winien był ponieść koszt wypożyczenia i eksploatacji agregatu prądotwórczego. Budowa domu zgodnie z treścią załącznika nr 2 powinna zająć 145 dni. Obowiązki kierownika budowy pełnili: S. M. w okresie od 15 października 2011r. do 15 czerwca 2012r. i A. M. od 3 lipca do 22 sierpnia 2012r. W okresie od 31 grudnia 2011r. do 12 stycznia 2012r. pozwany wstrzymał prace w związku z brakiem energii elektrycznej. Pozwany dostarczył na teren budowy materiały budowlane i wyposażeniowe domu, między innymi instalację solarną - 24 kwietnia 2012r. oraz kominek - 18 maja 2012r. W trakcie prac budowlanych kierownik budowy i pozwany dokonywali częściowego odbioru robót, w odbiorach tych nie uczestniczył powód. Kierownik budowy, z którym powód nie miał bezpośredniego kontaktu, w piśmie z 2 lutego 2012r. w sposób ogólny zawiadomił go o stanie zawansowania robót. Kierownika budowy wybrał pozwany, który już wcześniej współpracował z nim na innych budowach. Z uwagi na przebyty przez niego zawal serca pozwany prosił powoda o zaniechanie kontaktów z kierownikiem budowy. Powód z żoną wizytowali plac budowy zazwyczaj w godzinach wieczornych, kiedy prace były już kończone. W trakcie jednej z nich powód polecił podwykonawcy - W. W. (1) - przeniesienie w inne miejsce stawianego komina; po przestawieniu komin miał posłużyć do podłączenia kominka z płaszczem wodnym. W. W. (1) oraz jego pracownicy, którzy wykonywali większość robót w tym przy ścianach i dachu, nie mieli problemu z dostępem do nieruchomości w trakcie prac, również po tym powód z żoną zamieszkali w domu, to jest po 21 kwietnia 2012r.

Odstępując od projektu budowlanego, pozwany zainstalował sufit podwieszany z płyty gipsowej na konstrukcji krzyżowej na pręcie mocującym. Całość konstrukcji sufitu, to jest wkręt, pręt mocujący, wieszak obrotowy, konstrukcja krzyżowa, płyta gipsowa - zajmuje około 20 centymetrów obniżając faktycznie wysokość pomieszczeń o 16 cm z około 270 cm do około 250 cm, co jest wysokością minimalną w budownictwie mieszkaniowym. Powyżej podwieszonego sufitu poprowadzone zostały instalacje elektryczna i w niektórych miejscach wodna. Instalacje te nie mogły biec w podłodze z uwagi na system ogrzewania. Kolejnym odstępstwem od projektu budowlanego przedłożonego do postępowania o wydanie decyzji o zatwierdzeniu projektu i pozwoleniu na budowę było zamiast dachu o konstrukcji drewnianej krokwiowo - płatwiowej wykonanie konstrukcji wiązarów kratowych. Zmiana technologii eliminowała funkcję użytkową poddasza. Zastosowana technologia jest tańsza, nie wymaga zastosowania stropu, ponieważ nie musi na nim stać, jak jest w przypadku konstrukcji krokwiowo-płatwiowej; ponieważ jest samonośna – przenosi zarówno pokrycie dachu, jak i sufit; umożliwia również, w ograniczonym zakresie, korzystanie z przestrzeni poddasza.

Powód z żoną, jako inwestorzy, finansowali budowę z kredytu bankowego oraz ze środków ze sprzedaży mieszkania. Wiosną 2012r., najpóźniej 21 kwietnia, musieli opuścić sprzedane mieszkanie. W tym czasie budowa nowego domu nie była zakończona. Dla przyspieszenia prac powód sam zlecił wykonanie niektórych robót. I tak na zlecenie powoda D. K. wykonał przyłącze wodne i kanalizacyjne oraz przyłącze gazu. W zestawieniu kosztów i zaawansowania budowy koszt przyłączy do budynku łącznie został wskazany na 17 000 zł i taką kwotę pozwany pobrał z banku, mimo że nie

wykonywał przyłączy. Pozwany nie wykonał prac związanych z instalacją centralnego ogrzewania, w szczególności nie zainstalował dostarczonego z opóźnieniem kominka i instalacji solarnej; brakowało instalacji gazowej. Montażem kotła, zasobnika, kominka z płaszczem wodnym, doprowadzeniem wody do kominka, montażem instalacji solarnej na dachu i spięciem jej z kotłownią, osprzętem kotłowni, doprowadzeniem wody do toalet - zajmował się K. M. na zlecenie powoda, który prace rozpoczął w czerwcu 2012r. Prócz instalacji solarnej reszta urządzeń wymagała jedynie podpięcia do istniejących już podłączeń położonych w pierwszym etapie robót instalacyjnych, których K. M. nie wykonywał i zastał już na budowie. Ukończenie prac przy instalacjach i ich uruchomienie stanowił o osiągnięciu stanu deweloperskiego.

Pozwany w piśmie z 1 czerwca 2012r. skierowanym do powoda i E. C. oświadczył, że w związku z brakiem zapłaty faktur (...) z 10 maja 2012r. i terminem płatności określonym na 24 maja 2012r., na podstawie § 7 pkt 10 wstrzymuje wykonanie jakichkolwiek prac związanych z zakończeniem inwestycji oraz na podstawie § 10 pkt 4 ust 1 i 2 umowy - odstępuje od niej z przyczyny zawinionej przez powoda, to jest braku zapłaty faktury w terminie powyżej 3 dni. Jednocześnie wskazał, że protokół zdawczo odbiorczy zostanie sporządzony 1 czerwca 2012r. Pozwany w piśmie z 22 maja 2012r. oświadczył powodowi, że jeżeli zapłaci 32 000 zł z faktury (...) to nie będzie dochodził kosztów dodatkowych jakie wskazał we wcześniej wysłanym piśmie z 20 stycznia 2012r. W pismach z 1 czerwca 2012r. pozwany i kierownik budowy wezwali powoda do opuszczenia budynku z uwagi na brak jego odbioru technicznego. Powód z żoną wyznaczyli 12 czerwca 2012r. jako dzień odbioru końcowego robót. Z czynności tej sporządzona została notatka w której A. M. – biegły z ramienia Naczelne Organizacji Technicznej powołany przez powoda - wskazał, że do odbioru końcowego nie może dojść z uwagi na wady fizyczne budynku, jak również przeszkody prawne. W notatce znalazła się uwaga o braku dziennika budowy. Powód zobowiązał się przekazać pozwanemu wykaz usterek do usunięcia w terminie półtora tygodnia. Wykaz prac pozostałych do wykonania sporządzony został na zlecenie powoda przez P. C..

W piśmie z 15 czerwca 2012r. do kierownika budowy powód z żoną oświadczyli, że zwalniają go z tej funkcji z uwagi na naruszenie obowiązków, to jest przechowywanie dziennika budowy poza budową oraz nie zgłaszanie inwestorowi robót ulegających zakryciu. Zmiana na stanowisku kierownika budowy doprowadziła do ujawnienia wadliwej realizacji robót, czego nie naprawiono. Problem stanowił brak dokumentacji, którą posiadał pozwany jako wykonawca i odmawiał jej wydania bez wcześniejszej zapłaty 32 000 zł. Dziennik budowy powód uzyskał od dotychczasowego kierownika budowy po interwencji Policji.

Powód przedsądowo pismem z 22 listopada 2012r. wzywał W. K. do zapłaty 187 385,72 zł. Kwota ta która miała wynikać z niewykonania umówionych robót, wykonania przez inwestora prac naprawczych i zastępczych oraz trwałej wady użytkowej budynku, tj. niezgodną z umową wysokością pomieszczeń na parterze, a w konsekwencji całego budynku. W oparciu o uzyskaną opinię techniczną L. C. ustalił, że W. K. wykonał umówione prace z wadami, w tym istotnymi, dyskwalifikującymi elementy budynku. Były to: niepełna izolacja przeciw wilgociowa i termiczna ław i ścian fundamentowych (niezbędnym zabezpieczeniem jest wykonanie drenażu opaskowego), brak impregnacji więźby dachowej i pozostałej części konstrukcji, brak chodników z desek pozwalających na bezpieczne poruszanie się po poddaszu, miejscowe zniszczenie folii dachowej, brak odprowadzania wód opadowych poza budynek, brak drugiej warstwy siatki zbrojeniowej pod tynkiem elewacji, brak wentylacji dwóch pomieszczeń. Wartość robót naprawczych oszacowana została przez rzeczoznawcy wykonującego na zlecenie powoda opinię 72 390 zł brutto. Rzeczoznawca ustalił, że powód wykonał roboty zastępcza za pozwanego o wartości 64 970,72 zł i zatrzymał 32 000 zł z ostatniej transzy. L. C. za opinię techniczną dotyczącą jakości robót i rozliczenia budowy domu zapłacił 6150 zł, a za wycenę wady w postaci obniżenia pomieszczeń budynku 3075 zł. Roboty budowlane wykonane przez przedsiębiorstwo pozwanego dotknięte były szeregiem wad, a mianowicie: 1. niezgodny z projektem budowlanym brak izolacji poziomej przeciwwilgociowej pod ławą fundamentową; izolacja pozioma przeciwwilgociowa na ławach fundamentowych powinna być wykonana minimum z dwóch warstw papy asfaltowej na lepiku, z zastrzeżeniem, że załamania izolacji pod kątem 90° należy wykonać na wyokrągleniach wykonanych w narożnikach wklęsłych lub wypukłych; 2. niezgodnie z projektem budowlanym wykonana została izolacja przeciwwilgociowa i termiczna; izolacja pionowa ścian fundamentowych powinna być wykonana powłokowo z trzech warstw abizolu na zimno, połączona z poziomą izolacją ułożoną na ławach fundamentowych, na warstwie izolacji termicznej wykonanej ze styropianu; izolację

przeciwwodną wykonano w rzeczywistości jako powłokową, malowaną jednokrotnie w sposób niedokładny; powłoka nie stanowi jednolitej płaszczyzny; pozwany znając warunki gruntowo-wodne na bazie badań geotechnicznych oraz po wykonanych wykopach obiektowych powinien na ocieplenie ścian fundamentowych zastosować styropian ekstrudowany lub styropian XPS. Wskazany w projekcie styropian PS 20 nie może być stosowany do ocieplenia części podziemnych budynku; 3.brak jednej warstwy siatki zbrojącej: elewacje budynków do wysokości 2 m powinny być wykonane z dwóch warstw siatek zbrojących wtopionych w masę klejącą; projekt budowlany nie nakładał obowiązku zastosowania dwóch warstw siatki zbrojącej układanej na ociepleniu ze styropianu ale wynika to wprost z zasad wykonywania elewacji układanych z tynków drobnoziarnistych na warstwie docieplenia; 4.brak ciągłości warstwy ocieplającej strop; wstępują również miejsca w których nie było w ogóle ocieplenia, a nadto brak ocieplenia na ściankach kolankowych oraz na szczycie południowym i zachodnim; stan ten pociąga za sobą konieczność uzupełnienia 10% ocieplenia stropu i ścianek kolankowych; 5.projekt gotowy więźby dachowej, którego adaptację zamówił powód nie został zaadaptowany w konsekwencji prace były realizowane w oparciu o projekt niespełniający wymagań powoda; więźba dachowa nie została zabezpieczona przeciwpożarowo oraz przeciw korozji biologicznej; należy również wymienić elementy z tarcicy surowej na elementy strugane i odpowiednio zakonserwowane ; 6.folia wstępnego krycia ma rozerwania, jest podziurawiona, ma zbędne, wycięte i niezalutane otwory, jest pofalowana, nie posiada połączeń na zakładkę minimum 20cm i nie spełnia wymogów opóźniacza pary; pokrycie dachu w zakresie elementów wykończeniowych nie posiada nakryw w miejscu połączeń połaci dachowych, ponadto występują nieestetycznie docięcie arkuszy balchodachówki w koszach oraz przy kominkach wentylacyjnych i okapach; roboty w zakresie ułożenia folii wstępnego krycia oraz elementów wykończeniowych pokrycia dachowego wymagają robót naprawczych; w budynku brak deskowania stropu oraz wyłożenia go płytami wiórowymi z poziomą izolacją akustyczną z pianki 3mm oraz ocieplenia ścianek kolankowych; 7.brak stelaży pod płytami gipsowo-kartonowymi w łazienkach i garderobie służących instalacji szafek; 8.drzwi zewnętrzne zostały zamontowane 30 mm za wysoko; 9.giętkie przewody wentylacyjne nie są zamocowane do stałych elementów więźby dachowej lub dodatkowych elementów wsporczych, ponadto przewody te nie zostały zaizolowane termicznie co może powodować wykraplanie pary wodnej i spływanie jej do pomieszczeń wentylowanych; oznacza to konieczność wykonania przewodów wentylacyjnych zgodnie z wiedzą techniczną i projektem budowlanym; 10.pozwany nie wykonał właściwej izolacji przeciwwodnej tarasów; o ile powód będzie dążył do doprowadzenia tarasów do zgodności z projektem, konieczny do wykonania zakres robót będzie obejmował skucie betonu i wykonanie od podstaw jednego tarasu przy ścianach od strony południowej i wschodniej; 11.projekt budowlany zakładał wykonanie wentylacji grawitacyjnej we wszystkich pomieszczeniach; salon z jadalnią nie posiada przewodu wentylacyjnego, a w pomieszczeniu tym został zamontowany komin z płaszczem wodnym w celach grzewczych; w tej sytuacji należy wykonać wentylację tego pomieszczenia oraz pomieszczenia garderoby; zachodzi konieczność domurowania przewodu wentylacyjnego oraz komina o dwóch przewodach z których jeden będzie spalinowym a drugi wentylacyjnym ; 12.instalacja elektryczna i teletechniczna została rozłożona na stropie bez rurek osłonowych w sposób luźny czym stwarza bezpośrednie zagrożenie powstania pożaru; instalację należy ułożyć w elementach ochronnych np. rury peszla lub na szynoprzewodach; 13.rura drenarska ułożona została za wysoko i włączona została do rury kanalizacyjnej deszczowej PCV biegnącej po terenie, co jest wadliwe; zachodzi konieczność wykonania drenażu w poziomie spodu ław fundamentowych z odpowiednimi spadkami ( od 1% do 2%) do zbiornika wód opadowych; urządzenia sanitarne nie posiadają zasilania w wodę do ich spłukiwania ze zbiornika wód opadowych; instalacja gazowa wymaga odpowiedniego zamocowania i usztywnienia oraz pomalowania; 14. instalację centralnego ogrzewania wykonał inny podmiot na zlecenie powoda;15.roboty ziemne w zakresie niwelacji terenu nie zostały wykonane; 16.brak tymczasowego odprowadzenia wód opadowych na odległość 2 m od budynku; 17.brak docieplenia za ściankami kolankowymi;18.brak chodnika na stropie poddasza; 19.rura dymowa kominka zbyt blisko konstrukcji drewnianej ściany, a zabezpieczenie p.poż. stanowi warstwa wełny; 20.słupek „modułu 6” elementu ściany zewnętrznej został fragmentarycznie wycięty dla osadzenia rury odprowadzającej spaliny kominka, co wiąże się z koniecznością wzmocnienia tego słupka poprzez wstawienie elementu drewnianego 100/14/6 cm, a rurę należy podłączyć w innym miejscu do przewodu spalinowego nowego komina;21.brak komina do grilla na tarasie;22.brak parapetów okiennych; 23.taras pomniejszony - dwa małe, o łącznej powierzchni 24,15 m<sup>2</sup> zamiast jednego o powierzchni 47 m<sup>2</sup>.



Koszt usunięcia wskazanych wad to : 1.wykonania drugiej warstwy izolacji przeciwwodnej pionowych na ławach fundamentowych metodą podcinki - 15 654,96 zł; 2.przeciwwilgociowej izolacji pionowych na ścianach fundamentowych - 7.370,80 zł; 3.wtopienia siatki zbrojącej w klej z odtworzeniem elewacji - 9 557,55 zł; 4.ułożenia izolacji akustycznej z pianki - 313,80 zł; 5.usunięcia wad więźby dachowej polegającej na konserwacji przeciw korozji biologicznej i zabezpieczeniu przeciwpożarowym - 11 789,07 zł; 6.usunięcia wad pokrycia dachowego oraz folii wstępnego krycia - 504,88 zł; 7.wzmocnienia pod urządzenia wyposażenia pomieszczeń łazienek i garderoby - 2 520,54 zł; 8.wykonania progu drewnianego - 82,08 zł; 9. naprawy instalacji wentylacyjnej - 6 528,23 zł; 10.wykonania tarasu zewnętrznego ze schodami - 20 274,48 zł; 11. naprawy instalacji wentylacyjnej budynku - 4 518,28 zł; 12.napraw instalacji elektrycznej - 323,16 zł; 13.robot wód-kan i gazowych wynosi 250,66 zł (słownie: dwieście pięćdziesiąt złotych i sześćdziesiąt sześć groszy); 14.robot w zakresie instalacji c.o. - 18 465,63 zł zgodnie z przedstawionym rachunkiem wykonawcy robót i umową z dnia 18 lipca 2012 r.; 15 .innych robót - niedoróbki i zabezpieczające oraz wynikające z uwag w dzienniku budowy: brak robót ziemnych wyrównujących teren; brak tymczasowego odprowadzenia wód opadowych na odległość 2 m od budynku, za ściankami kolankowymi brak docieplenia, brak chodnika na stropie poddasza, rura dymowa kominka zbyt blisko konstrukcji drewnianej ściany, brak komina do grilla na tarasie, brak parapetów okiennych, taras pomniejszony - dwa małe zamiast jednego; roboty naprawcze w zakresie niedoróbek - 7 476,16 zł oraz wykonanie drenażu opaskowego - 12 885,62 zł. Ustalona przez Sąd łączna wartość robót naprawczych to kwota 127 997,17 zł.

Co do zaniżenia wysokości pomieszczeń w budynku o 16 centymetrów- powyższe spowodowało zmniejszenie jego kubatury o 26,13 m<sup>2</sup>, co z kolei znacznie pogorszyło warunki użytkowania oraz klasyfikowanie tego obiektu do budynków o niskim walorach techniczno-użytkowych, o niskich atrybutach w grupie klasyfikowanej jako obiekt o niskim standardzie. Koszt umowy 1m<sup>3</sup> budowy budynku wynosił 1070 zł. Obniżenie wartości nieruchomości wynosi ( po zaokrągleniu do pełnego tysiąca złotych ) od 48.000 do 50.000 zł. Z punktu widzenia technicznego istnieje możliwość podwyższenia parteru budynku o 16 cm. Biegły sądowy określił zakres koniecznych robót ,ogólny koszt podwyższenia budynku by wyniósł jednak aż 216 000 zł brutto. Do tego by doszły koszty opróżnienia budynku z wyposażenia ruchomego, transportu i ich zmagazynowania oraz inne.

Po tak poczynionych ustaleniach faktycznych , dokonując ich oceny prawnej , Sąd Okręgowy ocenił powództwo jako zasadne w całości .

Niesporne było ,że strony łączyła umowa o roboty budowlane. Sąd przypomniał więc ,że zgodnie z art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Na treść umowy o roboty budowlane składają się prawa i obowiązki o charakterze cywilnoprawnym, które wynikają bezpośrednio z przepisów kodeksu cywilnego, jak również inne elementy sytuacji prawnej stron, które wynikają z szeroko pojętego prawa budowlanego. Po tych ogólnych uwagach dotyczącej umowy o roboty budowlane , powracając do sprawy Sąd przypomniał , że na podstawie umowy z 25 sierpnia 2011r. pozwany jako wykonawca zobowiązał się do wykonania dla powoda robót budowlanych polegających na budowie domu w tak zwanym systemie kanadyjskim w wersji deweloperskiej.Ustalone wynagrodzenie, mające charakter ryczałtu,określono na 380 000 zł., z czego powód nie zapłacił kwoty 32 000 zł . Jeszcze przed zawarciem przedmiotowej umowy pozwany wykonał dla powoda adaptację projektu architektonicznego. W ramach umowy wykonano nadto opracowanie projektu zagospodarowania terenu dla działki nr (...) przy ul. (...) na B., zmiany konstrukcji domu murowanego o ścianach z bloczków betonu komórkowego na szkielet drewniany, projekt architektoniczno-budowlany budynku mieszkalnego i projekt sieci wodno-kanalizacyjnej, gazowej i energetycznej. W. K. miał i uzyskał uzyskać wszelkie wymagane decyzje administracyjne wydawane w związku z procesem budowlanym. Przedmiot i fakt wykonania pierwszej umowy były niekwestionowane.

Natomiast w zakresie umowy z 25 sierpnia 2011 r. spór dotyczył zakresu obowiązków pozwanego jako wykonawcy oraz tego czy powód jako inwestor odpowiednio współpracował w wykonaniu zawartej umowy. Dla określenia przedmiotu umowy pozwany jako wykonawca wskazywał na dwa załączniki do umowy (nr (...)), natomiast powód jako wykonawca kładł nacisk na projekt budowlany.

Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że powyższe sporne między stronami kwestie co do zakresu przedmiotu umowy ostatecznie rozstrzygnął w oparciu o treść opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa inż. budownictwa lądowego, urbanisty J. W.. Sąd dowód z opinii tego biegłego ocenił jako w pełni przydatny do czynienia na jego podstawie ustaleń faktycznych zaznaczając, że biegły posiada zarówno wiedzę teoretyczną jak i praktyka pozwalającą mu na ocenę prawidłowości wykonania robót budowlanych przy umówionej przez strony technologii budowy domu. Specjalność biegłego nie pozostawiała dla Sądu wątpliwości, że jest on w stanie ocenić również prawidłowość sporządzenia dokumentacji koniecznej na potrzeby procesu budowlanego oraz odnieść ją do łączącej strony umowy. W pierwszej kolejności Sąd zajął się zdefiniowaniem pojęcia „stanu deweloperskiego” użytego w umowie stron, a przez strony w samej umowie niewyjaśnionego. Wobec braku definicji legalnej takiego pojęcia w umowie Sąd uznał, że konieczne jest ustalenie co rozumie się przez określenie stan deweloperski w obrocie gospodarczym. Ustalenia tego dokonał biegły w toku składania opinii ustnej. Zdaniem biegłego przez stan deweloperski należy rozumieć taki w którym do ukończonego budynku z zamontowanymi oknami i drzwiami wejściowymi doprowadzone są wszystkie przyłącza mediów i zamontowane są wszystkie instalacje, w tym elektryczna, wodno-kanalizacyjna oraz ogrzewanie w zaprojektowanej formie. Inwestorowi w takiej sytuacji pozostaje jedynie tak zwany biały montaż, to jest np. instalacja umywalk, wanny, kontaktów i włączników elektrycznych itp. Sąd zazaczył, że z dowodem z opinii biegłego koresponduje treść zeznań **świadka K. M., który też wskazał, że do obowiązków dewelopera, o ile zobowiązał się oddać dom mieszkalny w stanie deweloperskim, należy zainstalowanie wszystkich instalacji, w tym ogrzewania oraz ich dokonania rozruchu.**

Sąd ostatecznie ustalił, że pozwany w terminie do 31 kwietnia 2012r. nie ukończył robót budowlanych przy domu powoda. Brakowało nie tylko instalacji wewnątrz domu, lecz również przyłączy mediów. To iż tak było wynika zeznań świadków, a mianowicie D. K. (wykonawcy przyłączy wodnego i kanalizacyjnego oraz przyłączy gazu) i K. M. (instalatora systemów ogrzewania i instalacji hydraulicznych). Wykonane roboty były dotknięte szeregiem nieusuniętych wad, np. nieprawidłowo wykonanym progiem drewnianym do drzwi wejściowych, do części robót pozwany w ogóle nie przystąpił, w tym w zakresie niwelacja gruntu wokół budynku i wywozu nadmiaru ziemi.

Na należność dochodzoną przez powoda składała się kwota 22 800 zł naliczona przez inwestora wykonawcy tytułem kary umownej. Zgodnie z treścią § 11 pkt 3 umowy w przypadku odstąpienia od umowy przez wykonawcę z przyczyn niezawinionych przez inwestora, wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 6% wartości przedmiotu umowy, dało to kwotę 22 800 zł. W ocenie sądu pierwszej instancji tego typu zapis umowny nie sprzeciwia się ani celowi, ani naturze umowy o roboty budowlane; nie jest również sprzeczny z ustawą, czy zasadami współżycia społecznego (art. 354 § 1 k.c.). W piśmie z 1 czerwca 2010r. pozwany w związku z brakiem zapłaty faktury (...) z 10 maja 2012r, z terminem płatności 24 maja 2012r., na podstawie § 7 pkt 10 wstrzymał się z wykonywaniem prac związanych z zakończeniem inwestycji. Jednocześnie na podstawie § 10 pkt 4 ust 1 i 2 odstąpił do umowy wskazując datę w której miał zostać sporządzony protokół zdawczo odbiorczy.

W istniejącej sytuacji w ocenie Sądu Okręgowego było oczywiste, że pozwany w całości umowy nie wykonał. Skoro pozwany sam oświadczył, że wstrzymuje się od wykonania prac, to naturalnym jest wniosek, że takie prace pozostały jeszcze do wykonania. Sąd zwrócił uwagę, że datą zakończenia wszelkich prac miał być dzień 31 kwietnia 2012r. Termin wykonania prac mógł być zgodnie z § 5 umowy przesunięty, nie miało to jednak miejsca. Do tego nie zaistniał żaden z warunków wskazanych w umowie, w każdym razie pozwany go nie przedstawił, uzasadniający przedłużenia terminu wykonania robót. Pozwany podnosił jedynie kwestię braku zasilania w energię elektryczną urządzeń na placu budowy. Zgodnie jednak z treścią załącznika nr 1 do umowy postanowiono, że „w przypadku braku energii elektrycznej na budowie, koszty wypożyczenia i eksploatacji agregatu prądotwórczego ponosi inwestor”. Pozwany nie wspominał nawet w związku z podnoszonym zarzutem niedopełnienia obowiązku zapewnienia dostępu do energii elektrycznej

przez powoda, aby starał się o pozyskanie agregatu. Treść wskazanego postanowienia załącznika nr 1 do umowy stanowi, że powód obowiązany był ponieść koszt związane z agregatem; brak natomiast po jego stronie obowiązku dostarczenia takiego urządzenia. Tak więc skoro to pozwany jako wykonawca obowiązany do zabezpieczenia wszelkich koniecznych narzędzi i materiałów to powinien taki agregat sprowadzić, a kosztami obciążyć powoda jako inwestora.

Sąd zaznaczył, że problemy z dostępem do energii elektrycznej wykonawca znał, jego rzeczą było więc podjęcie określonych działań by energią na budowie zapewnić. W konsekwencji Sąd okresu przestoju w robotach nie przyjął za przerwę uzasadniającą przesunięcie terminu zakończenia budowy uznając jednocześnie, że po 31 kwietnia 2012r. pozwany popadł w opóźnienie. Opóźnienie było znaczne i dotyczyło ważnych robót, warunkujących możliwość eksploatacji budynku. Powód z żoną wprowadzili się do budynku 21 kwietnia 2012r., jednak zarzuty pozwanego, że uniemożliwiło mu kontynuowanie prac nie zostały wykazane. Powykonawca W. W. (1) (wykonawca m.in. ścian, więźby i dachu budynku) zeznał, że obecność powoda stanowiła utrudnienie, jednak prace budowlane mogły być kontynuowane.

Pozwany miał oddać powodowi budynku w stanie deweloperskim, powód mógł zasadnie oczekiwać, że po przekazaniu mu budynku przez wykonawcę będzie musiał jedynie dokonać instalacji np. wyposażenia łazienkowego, zlewu, czy włączników i kontaktów elektrycznych. Pozwany nie wykonał jednak instalacji i przyłączy. Dlatego powód z żoną samodzielnie podjęli działania mające na celu przyspieszenie wykonania prac budowlanych. Czynności te dotyczyły w szczególności doprowadzenia do budynku przyłączy mediów, jak również uruchomienie instalacji. Pozwany w odpowiedzi na pozew, a jego syn P., zaangażowany bezpośrednio w proces budowlany, w toku przesłuchania w charakterze świadka, prezentowali stanowisko, że umowa zawarta z powodem w dniu 25 sierpnia 2011 r. została przez wykonawcę zrealizowana w całości. Strona pozwana nie kwestionowała przy tym, że prace w zakresie przyłączy i instalacji inwestorzy przeprowadzili we własnym zakresie za co też zapłacili. Sąd uznał, że pozwany jedynie pozorował zamiar kontynuowania robót. Co do prac instalacyjnych choć mieściły się one w zakresie umowy to pozwany nie przystąpił do ich wykonania, inwestorzy byli zmuszeni wykonać je we własnym zakresie.

Sąd za bezzasadny uznał zarzut pozwanego naruszenie przez powoda art. 480 k.c. W ocenie Sądu zakres wykonania umowy na dzień 21 kwietnia 2012 oraz sama postawa pozwanego jako wykonawcy, który uważał (w ocenie sądu pierwszej instancji - błędnie), że wykonał umowę upoważniały do konkluzji, że zachodziły przesłanki wskazane w art. 480 § 3 k.c., które uwalniały powoda od obowiązku uzyskania zgody sądu na prace zastępcze. Sąd dodał, że powód odszkodowania w sprawie nie dochodzi na podstawie art. 480 § 1 k.c. (czyli za nieterminowe wykonanie zobowiązania).

Sąd podkreślił, że powód rozpoczął prace przy instalacjach w obecności pozwanego na budowie, który się temu nie sprzeciwił. Pozwany w zestawieniu kosztów i zaawansowania robót (k.23) wskazał zarówno przyłącza (koszt 17 000 zł), jak i instalacje wewnętrzne (50 000 zł), co łącznie z innymi kosztami dawało kwotę 380 000 zł jako wynagrodzenie przewidziane w umowie stron. Z przesłuchania powoda wynika, że pozwany takie zestawienie przekazał bankowi dla wypłat. Sąd przywołując art. 636 § 1 k.c. zaznaczył, że przepis ten dotyczący wadliwego wykonywania dzieła albo wykonywania go sprzecznie z umową (art. 656 k.c.) ma zastosowanie co do wykonania podwieszanego sufitu, czy instalacji rury drenażowej. Jednocześnie uznał, że w przypadku przyłączy i instalacji wewnętrznych, w ustalonym stopniu faktycznym tego zakresu budowy dotyczącym, wskazany przepis nie miał zastosowania. Pozwany miał umowę zrealizować do 31 kwietnia 2012r. czego nie uczynił. Wiedząc, że powód podjął się dokończenia robót przy przyłączach i instalacji zażądał zapłaty ostatniej transzy wynagrodzenia i to w pełnej wysokości. Wstrzymanie zapłaty 32 000 zł, jak wynika z treści pisma z 1 czerwca 2010r. było bezpośrednią przyczyną odstąpienia od umowy przez pozwanego. W ocenie Sądu Okręgowego przyczyny dla których pozwany odstąpił od umowy były niezawinione przez powoda. To oznacza, że powód był uprawniony z uwagi na odstąpienie pozwanego od umowy, bez własnego zawinienia, żądać kary umownej w wysokości 6% wynagrodzenia ryczałtowego, to jest 22 800 zł, co też powód uczynił.

Sąd nie podzielił zarzut pozwanego o wyłączenia możliwości dochodzenia przez powoda odszkodowania uzupełniającego w związku z zastrzeżeniem kary umownej. Przypomniał, że art. 484 § 1 k.c. stanowi, iż w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten

wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Kara umowna została przewidziana za odstąpienie pozwanego od umowy bez winy powoda. W ocenie Sądu Sądnie można tak interpretować § 11 pkt 3 umowy, że zapłata tej kary umownej zwalnia pozwanego na podstawie art. 484 § 1 k.c. z odpowiedzialności odszkodowawczej, ponad kwotę kary umownej. Skutek taki ogranicza się bowiem jedynie do tych szkód, jakie powód jako inwestor mógł ponieść w związku z odstąpieniem pozwanego od umowy. Inaczej w każdym wypadku pozwany jako wykonawca dla uwolnienia się od odpowiedzialności odszkodowawczej wobec powoda mógłby oświadczyć, że odstąpi od umowy i to bez winy powoda jako inwestora. Wówczas obowiązany byłby zapłacić maksymalnie 22 800 zł bez względu na wysokość wartości szkód, jakie poczynił. Takie postanowienie umowne jest rażąco sprzeczne za zasadami określonymi w treści 354 § 1 k.c., stanowi nadużycie zasady swobody kształtowania umów tym bardziej, że jedną ze stron umowy był konsument.

Powód, reprezentowany przez zawodowego pełnomocnika, w treści uzasadnienia pozwu, jak i na dalszych etapach postępowania wskazał, że podstawą prawną jego roszczenia jest art. 471 k.c. Zgodnie z tym przepisem dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wierzycielowi przysługują dwa podstawowe uprawnienia: możliwość żądania wykonania świadczenia w naturze i żądania naprawienia szkody.

Powód domagał się zapłaty, obok kwoty 22 800 zł z tytułu kary umownej, dalszej kwoty 127 997,17 zł tytułem robót naprawczych, 50 000 zł tytułem wady trwałej nieruchomości pod postacią zaniżonej wysokości budynku i 9 225 zł tytułem wynagrodzenia za prywatne opinie przed sądowe. Sąd Okręgowy oceniając roszczenia powoda oparł się co do pozycji drugiej i trzeciej na opinii biegłego J. W. - pisemnej i ustnej. Sąd ocenił, że biegły wyczerpująco dopowiedział na postawione mu pytania, co umożliwiło potwierdzenie, że roboty wykonane przez pozwanego były dotknięte licznymi wadami, a łączna wartość robót naprawczych w domu powoda wynosi 127 997,17 zł. nadto w toku składania opinii ustnej uzupełniającej, pozwany ze swoim pełnomocnikiem mieli możliwość zadawania biegłemu szczegółowych pytań dotyczących treści opinii pisemnych. Według Sadu biegły zarówno w opiniach pisemnych jak i ustnej rzeczowo wyjaśnił na czym polegały błędy pozwanego w trakcie budowy, przedstawił zarówno sposób jak i koszty ich usunięcia. Szczególnie istotne było zaniżenie wysokości pomieszczeń parteru, wiązało się z obniżeniem wartości domu o 50 000 zł. To, że wysokość pomieszczeń nadal mieści się w granicach minimalnej normy dla budynków mieszkalnych nie oznacza, że prace zostały wykonane prawidłowo. Projekt budowlany jako dokument niezbędny w procesie wznoszenia budynku, będący częścią umowy przewidywał pomieszczenia o wyższej wysokości, a tym samym wyższym standardzie. Niedotrzymanie tego parametru obniżyło wartość budynku. Sad podkreślił, że ocenę biegłego W. podzielił świadek M. U. - rzeczoznawca zatrudniony przez powoda. Biegły przedstawił sposób obliczenia kwoty o jaką należy obniżyć wartość domu powoda z uwagi na niewłaściwą wysokość pomieszczeń, wyliczenia te są jasne, umocowane w ustalonym stanie faktycznym i jako takie zostały podzielone przez sąd pierwszej instancji. Sąd nie podzielił natomiast zarzutów pozwanego do opinii biegłego, w tym twierdzeń o nieaktualności części z zastosowanych przez biegłego norm technicznych.

Ostatecznie Sąd uznał, że na szkoda jaką wyrządził pozwany powodowi niewłaściwym wykonaniem umowy oprócz kwot 127 997,17 zł i 50 000 zł składa się wynagrodzenie rzeczoznawcy M. U. w kwocie 9 225 zł. Jednym z zadań biegłego W. było zweryfikowanie twierdzeń zawartych w opinii technicznej i wycenie wad wykonanych przez U.. W większości ustaleń i wniosków opinia i wycena M. U. okazała się prawidłowa. Skoro powód nie ma odpowiedniej wiedzy technicznej by samodzielnie oszacować szkody wyrządzonej mu przez powoda to był uprawniony zlecić sporządzenie prywatnej opinii. Koszt jej sporządzenia stanowił wydatek konieczny będący konsekwencją niewłaściwego wykonania umowy przez pozwanego. Sąd wskazał, że ustalając stan faktyczny miała na uwadze oprócz opinii biegłego W., dowody z dokumentów szczegółowo wskazanych przy stanie faktycznym, zwłaszcza umowy o roboty budowlane z 25 sierpnia 2011r. wraz z załącznikami, projektem budowlanym i kompletem pozostałych projektów znajdujących się w załączonych aktach postępowania administracyjnego o udzielenie pozwolenia na budowę. Sąd podkreślił, że spór stron co faktycznie było przedmiotem umowy znajduje rozstrzygnięcie w treści przepisu art. 648 § 2 k.c.

Stanowi on bowiem, że dokumentacja techniczna, w tym projekt budowlany jest częścią umowy. Do tego pozwany był zaangażowany w sporządzenie projektu budowlanego. W konsekwencji zawierając umowę o roboty budowlane, zobowiązany był zrealizować ją zgodnie z projektem. Postępowanie dowodowe wykazało, że pozwany nie tylko samowolnie odstępował od projektu budowlanego, jak stało się w przypadku wysokości pomieszczeń, czy zastosowanej więźby dachowej, lecz również szeregu prac nie wykonał albo wykonał je nieprawidłowo. Pozwany zasłaniał się przy tym treścią załącznika nr 1 do umowy wskazując, że ten dokument, jako integralna część umowy o roboty budowlane wskazuje zakres prac do jakich powód był zobowiązany. Sąd Okręgowy uznał jednak, że takie stanowisko pozwanego, z uwagi na treść opinii biegłego J. W., należało uznać za jednoznacznie błędne. Do tego załączniki nr 1 i 2 do umowy są na tyle ogólne, że nie nadają się do ustalania na podstawie ich treści szczegółów obowiązków pozwanego jako wykonawcy budynku, zwłaszcza, że strony umówiły się na „stan deweloperski”.

Sąd ustalając stan faktyczny sprawy korzystał również z dowodów osobowych, tj. zeznań świadków E. C. -żony powoda, D. K. - jednego z wykonawców, A. M. - kolejnego kierownika budowy, K. M. - monterki kotłowni, W. W. (1) - podwykonawcy pozwanego, P. C. - rzeczoznawcy dokonującego oceny zaawansowania prac w budynku w stosunku do dokumentacji technicznej, umowy i pozwolenia na budowę, A. S. - współpracownika pozwanego odpowiedzialnego między innymi za zainstalowanie sufitu podwieszanego, W. P. - projektanta więźby. Zeznania E. C. pozwoliły pozytywnie zweryfikować twierdzenia pozwanego. Oba te dowody korespondowały ze sobą, a nadto z zeznaniami A. M., P. C., w zakresie w jakim opisywały przebieg budowy, problemy z dostępem do dokumentacji, czy stanowiskiem pozwanego po jego zejściu z placu budowy, a nadto okoliczności w jakich powód ostatecznie powziął przekonanie o istnieniu wad budynku. Sąd zwrócił szczególną uwagę na zgodność zeznań E. C. i twierdzeń powoda w toku przesłuchania w charakterze strony z zeznaniami W. W. (1), co do braku przeszkody ze strony inwestorów w tym powoda do kontynuowania przez pozwanego prac budowlanych. Brak takich przeszkód wynikał również zdaniem Sądu z treści zeznań A. M.. Jako częściowo prawdziwe Sąd ocenił również zeznania świadka P. K., które zgodnie z twierdzeniami powoda przedstawił pierwszy etap umówionych prac budowlanych, a nadto fakt wcześniejszych kontaktów, które wynikają również z umowy z 11 stycznia 2012r. o sporządzenie adaptacji gotowego projektu architektonicznego i innych wymaganych prawem projektów, niezbędnych do uzyskania pozwolenia na budowę. Zeznania tego świadka potwierdziły również okoliczności w jakich doszło do zejścia wykonawcy z placu budowy i przesłanki, jakimi kierował się żądając zapłaty 32 000 zł. Sąd krytycznie odniósł się do treści zeznań S. M.. Zauważył, że S. M. stwierdził, iż prace budowlane pozwany wykonał prawidłowo, a powód mu jedynie przeszkadzał. Powyższe było to sprzeczne nie tylko z opinią biegłego J. W., lecz również z zeznaniami świadka M. U.. W ocenie Sądu twierdzenia świadka zasadniczo nie odpowiadają rzeczywistości i stanowią swego rodzaju formę pomocy dla pozwanego, jak również obronę własnego interesu polegającą na ukryciu własnych zaniedbań.

Sąd postanowił pominąć dowód z zeznań pozwanego W. K. z uwagi na jego niestawiennictwo na rozprawie 21 września 2015r. Przedstawione przez pozwanego skierowanie do szpitala psychiatrycznego nie zostało potwierdzone przez lekarza sądowego jak tego wymaga art. 214<sup>1</sup> § 1 k.p.c. Do tego dowód z przesłuchania stron przeprowadzany jest w przypadku, gdy po wyczerpaniu innych środków dowodowych lub w ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla wyjaśnienia sprawy (art. 299 k.p.c.). Ostatecznie Sąd uznał, że niestawiennictwo pozwanego nie zostało właściwie usprawiedliwione, a nadto dalsza zwłoka prowadziłaby do przedłużenia postępowania, mimo zgromadzenia dowodów wystarczających do rozstrzygnięcia sprawy.

Orzekając o odsetkach Sąd kierował się treścią przepisu art. 481 k.c. Przyjął przy tym jednocześnie, że powód dochodzący ostatecznie zapłaty kwoty 210 022,17 zł. rozszerzył jedynie pierwotne żądanie w styczniu 2015 roku o kwotę o 22 636,45 zł.

O kosztach procesu Sąd orzekł zgodnie z jego wynikiem, w oparciu o art. 98 § 1 k.p.c., szerzej postanowienia kosztowe uzasadniając.

***Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie wniósł pozwany zaskarżając przedmiotowe orzeczenie w całości.***

## Sądowi pierwszej instancji zarzucił:

### 1. naruszenie przepisów prawa materialnego ,tj.:

a) art. 480 § 3 k.c. poprzez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie wskutek przyjęcia , że w okolicznościach faktycznych sprawy zachodzą przesłanki do przyjęcia, iż powód nie był zobowiązany do uzyskania zgody Sądu na prace zastępcze, albowiem zachodziły wypadki „nagle”, o których mowa w przywołanym przepisie, które miały polegać na nieterminowym wykonaniu zobowiązania przez pozwanego;

b) art. 361 k.c. poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji obciążenie pozwanego obowiązkiem zwrotu poniesionych przez powoda kosztów sporządzenia prywatnych opinii (niezależnie od obciążenia pozwanego kosztami opinii biegłych sądowych) w sytuacji, gdy tak poniesione przez powoda koszty nie stanowią „normalnego następstwa” działania lub zaniechania W. K., z którego wynikła szkoda, albowiem zlecenie przez powoda sporządzenia prywatnych opinii było jego swobodną decyzją i pozwany nie może za to ponosić odpowiedzialności odszkodowawczej;

### 2. naruszenie przepisów postępowania, a mianowicie :

a) art. 214 § 1 k.p.c. w zw. z art. 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 299 k.p.c. poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji nieuprawnione pominięcie dowodu z przesłuchania pozwanego W. K., pomimo że jego nieobecność została wywołana nadzwyczajnym wydarzeniem, jakim niewątpliwie było jego skierowanie do szpitala psychiatrycznego i niezwłoczne przyjęcie do Kliniki (...) celem hospitalizacji, a w konsekwencji pominięcie przez Sąd prawidłowo zawnioskowanego dowodu z przesłuchania pozwanego. Nadto poprzez uznanie, że w sprawie zachodzą niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy mimo wyczerpania innych środków dowodowych, przy czym wystarczającym dla ich wyjaśnienia, jest przesłuchanie jednej strony tj. powoda podczas gdy przepis art. 299 k.p.c. stanowi o przeprowadzeniu dowodu z przesłuchania stron (tj. obu stron postępowania powoda jak i pozwanego);

b) art. 214<sup>1</sup> k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji uznanie, że rozprawa ulega odroczeniu wtedy i tylko wtedy, gdy nieobecność strony jest spowodowana chorobą potwierdzoną zaświadczeniem wystawionym przez lekarza sądowego, nawet jeśli w dniu rozprawy pozwany był hospitalizowany;

c) art. 193 § 3 k.p.c. poprzez jego niezastosowania, w konsekwencji przyjęcie, że powód rozszerzając powództwo pismem z dnia 19 stycznia 2015r. dokonał jedynie zmiany powództwa, podczas gdy w rzeczywistości wystąpił z nowym roszczeniem w miejsce dotychczasowego, w zakresie żądania zapłaty równowartości prac naprawczych niezbędnych do przeprowadzenia w obiekcie, będącym przedmiotem uprzednio łączącej strony umowy, albowiem pierwotnie powód dochodził z tego tytułu zapłaty kwoty 105.360,72 zł, na którą składała się 1) kwota 72.390 zł tytułem wartości prac naprawczych oraz 2) kwota 64.970,72 zł tytułem kosztów wykonawstwa zastępczego; z kolei po zmianie powództwa powód dochodził zapłaty kwoty 127.997,17 zł tytułem jedynie robot naprawczych (brak jest żądania zapłaty kwot z tytułu wykonawstwa zastępczego);

d) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów i dokonanie i ich dowolnej oceny, a w zasadzie nie dokonanie oceny opinii biegłych sądowych i bezkrytyczne przyjęcie zawartych w nich wniosków za prawdziwe, podczas gdy mimo istnienia rzekomo szeregu wad w przedmiocie umowy, powód wraz z rodziną wprowadził się do budynku i to jeszcze przed zakończeniem prac przez pozwanego; W konsekwencji przyjęcie przez sąd pierwszej instancji, że wartość wybudowanego przez pozwanego, a zamieszkanego przez powoda domu obejmuje co najwyżej kwotę 202.002,83 zł [wg wyliczenia: 380.000 zł wynagrodzenia umownego - 50.000 zł - 127.997,17 zł], podczas gdy okolicznością notoryjną jest to, że taka kwota może stanowić co najwyżej cenę za niewielkie mieszkanie, a nie wybudowanie domu (nawet częściowe czy z usterkami) o powierzchni 163,32 m<sup>2</sup>, a także w zakresie w jakim sąd pierwszej instancji uznał, że strony uzgodniły, iż przedmiot umowy będzie obejmował wybudowanie budynku „pod klucz”, ze wszelkimi przyłączami i instalacjami, mimo literalnej treści załączników do tejże umowy, stanowiących jej integralną część;

e) art. 98 k.p.c. poprzez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji przyjęcie, że powód wygrał proces w całości, w sytuacji, gdy wobec zmiany powództwa poprzez wystąpienie z nowym roszczeniem w miejsce pierwotnego (o czym mowa w zarzucie naruszenia art. 193 § 3 k.p.c. jak w pkt. c), mimo braku wyraźnego oświadczenia powoda, w istocie cofnął on powództwo co do kwoty 64.970,72 zł jako kosztów wykonawstwa zastępczego.

W konsekwencji tak skonstruowanych zarzutów, szerzej uzasadnionych, apelujący pozwany wnosił o zmianę zaskarżonego orzeczenia w pkt. I poprzez oddalenie powództwa w całości, a nadto zmianę orzeczenia w zakresie rozstrzygnięć zawartych w pkt. II i III poprzez zasądzenie od powoda zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz zwrotu wydatków, a także zasądzenie od powoda zwrotu wydatków, wyłożonych tymczasowo przez Skarb Państwa. Pozwany wnosił też o zasądzenie od powoda kosztów postępowania apelacyjnego. W ewentualnym wniosku apelacyjnym pozwany wniósł o uchylenie w całości zaskarżonego i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania, przy uwzględnieniu kosztów postępowania apelacyjnego.

Na podstawie art. 380 k.p.c. pozwany wniósł o rozpoznanie postanowienia dowodowego sądu pierwszej instancji wydanego na rozprawie w dniu 21 września 2015r. w przedmiocie pominięcia dowodu z przesłuchania pozwanego wobec jego niestawiennictwa, a w konsekwencji - na wypadek uznania przez sąd drugiej instancji, że nie zachodzą podstawy do uchylenia wyroku i skierowania sprawy do ponownego rozpoznania - dopuszczenie i przeprowadzenie na rozprawie apelacyjnej dowodu z przesłuchania pozwanego, na okoliczności wskazane w odpowiedzi na pozew.

Powód w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie domagając się jednocześnie zasądzenia od pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego. Powód wnosił też o oddalenie zawartego w apelacji wniosku dowodowego z przesłuchania pozwanego w charakterze strony.

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

apelacja pozwanego skutkowałą koniecznością wydania orzeczenia kasatoryjnego.

W ocenie Sądu odwoławczego oceniając zasadność zarzutów apelacyjnych w pierwszej kolejności należało się odnieść do najdalej idących, a mianowicie obrazy przepisów prawa procesowego, a mianowicie art. 214<sup>1</sup> k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie oraz art. 214 k.p.c. poprzez jego nie zastosowanie w sprawie. Pozwany w tym zakresie zarzucał Sądowi Okręgowemu, że w sposób nieuprawniony przyjął, iż rozprawa ulega odroczeniu wtedy i tylko wtedy, gdy nieobecność strony spowodowana chorobą jest potwierdzona zaświadczeniem wystawionym przez lekarza sądowego, nawet jeśli w dniu rozprawy strona jest hospitalizowana. Powód zarzucał, że takie rozumienie art. 214<sup>1</sup> k.p.c. stanowi jego nienależyte wyłożenie. Powód zarzucał również naruszenie art. 214 § 1 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie w sprawie, powyższe miało skutkować odmową odroczenia rozprawy z dnia 21 września 2015 r., a w konsekwencji pominięciem dowodu z przesłuchania pozwanego w charakterze strony.

W ocenie Sądu Apelacyjnego w przedmiotowej sprawie doszło do nieważności postępowania wskutek naruszenia przez sąd pierwszej instancji przepisu art. 214 § 1 k.p.c. w zw. z art. 378 § 1 k.p.c. i art. 379 pkt 5 k.p.c. Nastąpiło to wskutek oddalenia wniosku pozwanego o odroczenie z przyczyny jego choroby rozprawy z dnia 21 września 2015 r. i ostatecznie pominięciem dowodu z jego przesłuchania.

Zasadniczym przepisem dotyczącym nieważności postępowania jest art. 379 k.p.c. Ma on przede wszystkim znaczenie dla sposobu postępowania sądu pierwszej instancji, do tego postępowania bowiem się odnosi. Określając uchybienia procesowe, które sprawiają, że postępowanie dotknięte jest nieważnością, ustawodawca miał niewątpliwie na względzie ich duży ciężar gatunkowy. Sąd drugiej instancji działając z inspiracji skarżącego lub też z urzędu, ta ostatnia sytuacja występuje w przedmiotowej sprawie, nieważności postępowania nie może nie uwzględnić. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 378 §1 k.p.c. sąd odwoławczy rozpoznaje sprawę w granicach apelacji, w granicach zaskarżenia bierze jednak zawsze pod uwagę z urzędu nieważność postępowania. Kierując się celem zachowania

odpowiedniego standardu procesowego orzeczenia sądowego, ustawodawca przyjął w konsekwencji, że uchybienia procesowe skutkujące nieważnością postępowania powinny być przez sąd drugiej instancji uwzględniane z urzędu. Bez znaczenia przy tym jest czy między nieważnością postępowania, a wynikiem sprawy istnieje związek przyczynowy. Skarżący takiego związku w każdym razie nie musi wykazywać, a sąd drugiej instancji ustalać. Wpływ nieważności na treść orzeczenia stanowi zatem ustawowe założenie mające charakter domniemania ustawowego, które nie może być obalone. Mamy tu więc do czynienia z tzw. autonomią skutków nieważności (System prawa procesowego cywilnego. Środki zaskarżenia pod. red. Jacka Gudowskiego, III cz. 1, LexisNexis, s. 210). Jedną z przesłanek nieważności postępowania jest pozbawienie strony możliwości obrony swych praw, o czym stanowi przepis art. 379 pkt 5 k.p.c.. Polega to na tym, że z powodu wadliwych czynności procesowych sądu lub strony przeciwnej strona nie mogła brać i nie brała udziału nie tylko w toku całego postępowania, ale także w jego istotnej części, przy czym chodzi o całkowite faktyczne pozbawienie możliwości obrony. Tak więc oceniając czy doszło do pozbawienia strony możliwości działania, trzeba w pierwszej kolejności rozważyć, czy nastąpiło naruszenie przepisów procesowych, następnie ustalić czy uchybienie to wpłynęło na możliwość działania strony działania w postępowaniu, w końcu zaś ocenić czy pomimo zaistnienia tych okoliczności strona mogła bronić swoich praw w procesie. Dopiero w razie spełnienia wszystkich opisanych powyżej przesłanek trzeba przyjąć, że strona została pozbawiona możliwości działania. Taki tok rozumowania jest przedstawiony w szeregu orzeczeń Sądu Najwyższego, jak i sądów powszechnych przyjmujących, iż dopiero w takiej konkretnej sytuacji strona została pozbawiona możliwości działania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2015 r., II CSK 443/14, Lex nr 1730599 i przywołane w jego uzasadnieniu orzecznictwo). Sąd odwoławczy z takim rozumieniem naruszenia praw strony do obrony się zgadza. Zgodnie z dominującym w judykaturze zapatrywaniem prowadzenie rozprawy po której wydano wyrok, mimo złożenia uzasadnionego wniosku o odroczenie rozprawy, prowadzi z reguły do nieważności postępowania - art. 379 pkt 5 k.p.c. (por. orzeczenia Sądu Najwyższego - wyrok z dnia 10 maja 1974 r. II CR 155/74 OSP 1975/3/66; z dnia 10 lipca 2002 r. II CKN 822/00 LEX nr 55519; uzasadnienie wyroku z dnia 10 maja 2000 r., III CKN 416/98, OSNC 2000, Nr 12, poz. 220; orzeczenie z dnia 10 stycznia 2001 r., I CKN 999/98, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 2015 r. IV CSK 101/15, LEX nr 1770891 czy też przywołany wyżej wyrok z 25 marca 2015 r.).

Po tych uwagach natury ogólnej dotyczących wyłożenia art. 379 pkt 5 k.p.c. powracając do apelacji, dla ustalenia okoliczności istotnych w płaszczyźnie oceny czy postępowania przed sądem pierwszej instancji było dotknięte nieważnością, zasadne jest zwrócenie uwagi na czas trwania postępowania w sprawie, przebieg procesu oraz sposób funkcjonowania przed sądem pierwszej instancji pozwanego. I tak pozew w przedmiotowej sprawie został złożony 6 grudnia 2012 r., postępowanie przed sądem pierwszej instancji trwało więc około 30 miesięcy. W tym czasie Sąd wyznaczył 9 rozpraw. Pozwany był obecny na dwóch pierwszych rozprawach, na pozostałych byli obecni zawsze jego pełnomocnicy procesowi (jeden lub dwóch). Sąd Okręgowy 2 - krotnie odraczał rozprawę na wniosek pozwanego, a mianowicie w dniach 23 marca i 13 lipca 2015 roku. Sąd wówczas uznał, że podawane przez pozwanego przyczyny uzasadniały odroczenie obu tych posiedzeń (k. 832 i k. 931). Sąd natomiast pomimo wniosku pozwanego nie odroczył rozprawy wyznaczonej na dzień 21 września 2015 r. uznając, że pozwany nie usprawiedliwił swojego niestawiennictwa.

Stosownie do treści art. 214 § 1 k.p.c. rozprawa ulega odroczeniu, jeżeli sąd stwierdzi nieprawidłowość w doręczeniu wezwania, albo jeżeli nieobecność strony jest wywołana nadzwyczajnym wydarzeniem lub inną przeszkodą, której nie można przewyciężyć. Co do zasady przyjmuje się, że choroba strony uniemożliwiająca stawiennictwo na rozprawie stanowi przyczynę nieobecności, którą w rozumieniu art. 214 k.p.c. należy zakwalifikować jako przeszkodę, której nie można przewyciężyć i obliuguje ona sąd do odroczenia rozprawy. Oczywiście nie można abstrahować od realiów danego przypadku niestawiennictwa z przyczyny choroby. Może się zdarzyć, aczkolwiek wyjątkowo, że strona z uwagi na charakter choroby może się stawić w sądzie. Taka jednak sytuacja w przedmiotowej sprawie nie miała jednak miejsca. Dodać w tym miejscu trzeba, że obecnie art. 214<sup>1</sup> § 1 k.p.c. przewiduje dodatkowo szczególne wymagania, które muszą być spełnione przez stronę, aby jej niestawiennictwo na wezwanie sądu zostało usprawiedliwione. Wskazany przepis stanowi mianowicie, że usprawiedliwienie niestawiennictwa z powodu choroby stron wymaga przedstawienia zaświadczenia potwierdzającego niemożność stawienia się na wezwanie sądu, wystawionego przez lekarza sądowego. Lekarzem sądowym w rozumieniu przytoczonego wyżej przepisu jest lekarz, z którym prezes sądu okręgowego zawarł umowę o wykonywanie czynności lekarza sądowego, o czym stanowi przepis art. 2 ust. 1 ustawy z



dnia 15 czerwca 2007 r. o lekarzu sądowym (Dz.U.2007.123.849). Właściwy do wystawienia zaświadczenia jest przy tym lekarz sądowy objęty wykazem lekarzy sądowych dla obszaru danego sądu okręgowego, właściwego dla miejsca pobytu uczestnika postępowania (art. 12 ust. 2 ). Wykazy lekarzy prowadzą prezsi sądów okręgowych ( art. 7 ) .

W sprawie jest niesporne ,że pozwany nie przedłożył zaświadczenia wystawionego przez lekarza sądowego potwierdzającego niemożność stawienia się na posiedzenie Sądu w dniu 21 września 2015 r. .Niesporne jest jednak ,że wnosząc o odroczenie rozprawy pełnomocnik pozwanego przedłożył jednocześnie skierowanie z dnia 18 września 2015 r. W. K. przez lekarza psychiatrę do szpitala psychiatrycznego z jednoczesnym zawiadomieniem lekarza z tej samej daty ,że W. K. w tym dniu został przyjęty do Kliniki (...) w S.. Z treści samego skierowania wynika ,że pozwany pod opieką psychiatryczną jest od kilku lat, a w dacie skierowania , z uwagi na myśli samobójcze, zagraża własnemu życiu. Pełnomocnik pozwanego prezentował stanowisko ,że w takiej sytuacji nieobecność pozwanego była usprawiedliwiona , a podstawę do odroczenia rozprawy stanowił przepis art. 214 § 1 k.p.c., a nie art. 214 <sup>1</sup> § 1 k.p.c. W jego ocenie nie sposób uznać, że strona z powodu choroby, może usprawiedliwić swoją nieobecności tylko i wyłącznie przedkładając zaświadczenie lekarskie potwierdzone przez lekarza sądowego. Dodał, że przepis art. 214 § 1 k.p.c. przewiduje ,iż rozprawa ulega odroczeniu (obligatoryjnie) także wtedy, gdy nieobecność strony jest wywołana także innym, nadzwyczajnym wydarzeniem. Za takie według apelującego należało uznać skierowanie pozwanego przez lekarza psychiatrii do szpitala celem hospitalizacji , a następnie niezwłoczne przyjęcie W. K. do szpitala. Według apelującego trudno sobie wyobrazić sytuację, by pozwany hospitalizowanym w dniu rozprawy mógł uzyskać zaświadczenie od lekarza sądowego - tak aby dostatecznie w ocenie Sądu Okręgowego -usprawiedliwić swoją nieobecność. Przedstawiona powyżej argumentacja apelującego jedynie w części zasługuje na podzielenie. Przywołana już wyżej ustawa o lekarzu sądowym określająca zasady wykonywania czynności lekarza sądowego stanowi ,że lekarz sądowy wystawia zaświadczenie po uprzednim osobistym zbadaniu uczestnika postępowania i po zapoznaniu się z dostępną dokumentacją medyczną ( art. 11). Co do zasady lekarz sądowy wystawia zaświadczenia w miejscach, dniach i godzinach ustalonych na podstawie umowy o wykonywanie czynności lekarza sądowego. Jeżeli jednak stan zdrowia uczestnika postępowania uniemożliwia stawienie się na badanie, lekarz sądowy przeprowadza badanie i wydaje zaświadczenie w miejscu pobytu tej osoby. W przypadku pobytu uczestnika postępowania w szpitalu, lekarz sądowy może wydać zaświadczenie na podstawie udostępnionej dokumentacji, bez osobistego badania uczestnika postępowania. Przyczynę odstąpienia od osobistego badania lekarz sądowy wskazuje w zaświadczeniu ( art. 12 ). Przenosząc te regulacje do sprawy zasadniczo również od osoby hospitalizowanej , wbrew odmiennemu przekonaniu prezentowanemu w apelacji , można domagać się przedłożenia zaświadczenia od lekarza sądowego. Optymalnym byłoby jego załączenie do wniosku do wniosku aczkolwiek nie zawsze , tak jak i w rozpoznawanej sprawie , jest to możliwe .Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w których uzyskanie zaświadczenia z wyprzedzeniem czy też w bardzo krótkim terminie nie będzie możliwe, niemniej zostanie wystawione i przedłożone sądowi w terminie późniejszym (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2011 r. ,V CSK 302/10 , LEX nr 786399 z dnia 19 kwietnia 2012 r. IV CSK 441/11 ,LEX nr 1215061). W sytuacji, gdy pozwany uprawdopodobnił fakt choroby uniemożliwiającej stawienie się do sądu zaświadczeniem lekarskim ,choć wystawionym przez lekarza nie będącego lekarzem sądowym, zaistniała niewątpliwie przyczyna odroczenia rozprawy z zobowiązaniem do przedłożenia stosownego zaświadczenia od lekarza sądowego. Zważywszy na fakt ,że schorzenia pozwanego były natury psychiatrycznej , a do szpitala trafił on dwa dni przed rozprawą, mogły zaistnieć trudności w terminowym przedłożeniu stosownego zaświadczenia od lekarza sądowego. Dodać należy ,że z dokumentu załączonego do apelacji na k. 994 wynika ,że pozwany chorował od 11 sierpnia do 26 listopada 2015 r. Uprawnia to do wniosku, że w grę nie wchodziła np. jego symulacja dla uzyskania odroczenie wrześniowej rozprawy. Odmowa odroczenia rozprawy skutkowała tym ,że Sąd pomimo dopuszczenia dowodu z przesłuchania stron procesu ograniczył go następnie do przesłuchania powoda pomijając przesłuchanie pozwanego. Uzasadniając w pisemnych motywach wyroku taki sposób procedowania na ostatniej rozprawie sąd pierwszej instancji podał, że odroczenie rozprawy prowadziło do przedłużenia postępowania dodając , iż nastąpiłoby to w sytuacji zgromadzenia dowodów wystarczających do rozstrzygnięcia sprawy.

Takie stanowisko Sądu Okręgowego przyjmującego ,że skoro zgromadzono już wystarczające dowody to zasadne jest oddalenie uzasadnionego wniosku o odroczenie rozprawy jest niesłuszne. Aczkolwiek uczestnictwo w procesie, podejmowanie czynności procesowych, udział w rozprawach i innych czynnościach jest prawem strony i nie musi

ona z tego przywileju korzystać, to jednak obowiązkiem sądu jest zapewnienie jej takiej możliwości. W ocenie Sądu Apelacyjnego złożony wniosek o odroczenie rozprawy miał na celu zagwarantowanie realizacji przysługujących stronie pozwanej uprawnień. Skorzystanie przez stronę z uprawnienia procesowego stanowi nadużycie praw procesowych tylko wówczas gdy z okoliczności sprawy wynika, że jej działanie jest podyktowane nierzetelnym celem, a w szczególności zamiarem utrudnienia lub przedłużenia postępowania. Niewątpliwie w procesie kontradyktoryjnym rozprawa ma doniosłe znaczenie, a prawo strony do udziału w niej osobiście obejmujące także prawo do osobistego podejmowania czynności procesowych i prawo do wysłuchania przez sąd, stanowi jedno z podstawowych uprawnień procesowych będące elementem gwarancji realizacji prawa do rzetelnego procesu (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2015 r. II CSK 443/14 LEX nr 1730599). Tak jak to trafnie podkreślił Sąd Najwyższy względ na szybkość postępowania - skądinąd stanowiącą podstawową wartość, która powinna być konsekwentnie realizowana w każdym procesie - nie może przesłaniać prawa strony do obrony i prowadzić do pozbawienia lub ograniczenia tego prawa (zob.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lipca 2009 r. I CSK 30/09 LEX nr 584184). Oddalając wniosek o odroczenie rozprawy Sąd Okręgowy przedłożył po pierwsze szybkość postępowania nad prawa strony do obrony, a po drugie swoje stanowisko uzasadniał niespójnie. Jeżeli przesłuchanie stron było zbędne w ustalonym już stanie faktycznym to Sąd konsekwentnie nie powinien w ogóle dopuszczać dowodu z przesłuchania stron i przesłuchiwać w takim charakterze powoda. W przedmiotowej sprawie obie strony wnosili od początku procesu o przesłuchanie w trybie art. 299 k.p.c., powód wnosił o to w pozwie, a pozwany już w odpowiedzi na pozew, z szeroko określona tezą dowodową (k.260-v). Sąd Okręgowy ustalił, że strony umowy z 25 sierpnia 2011 r. w różny sposób tłumaczyły (wykładały) zawartą przez siebie umowę co do kwestii podstawowej, a mianowicie jej przedmiotu. W sytuacji potrzeby zastosowania art. 65 k.c. niewątpliwie dowód z przesłuchania stron trybie art. 299 k.p.c. jawi się jako nieodzowny. W ustalonym stanie faktycznym wniosek ze strony pozwanego o odroczenia rozprawy nie stanowił w każdym razie nadużycie jej uprawnień procesowych. Brak dowodów na to by strona pozwana - wbrew przekonaniu Sądu Okręgowego - dążyła do przewleczenia procesu, jej wniosek nie stanowił też szkodliwy w stosunku do powoda lecz był uzasadniony zdarzeniem losowym, chorobą. Skoro w ustalonym stanie sprawy pozwany niewątpliwie nie miał możliwości uczestniczenia w ostatniej rozprawie by zeznawać w charakterze strony to odmowa jej odroczenia, bez dania stronie możliwości przedłożenia wymaganego przepisami ustawy zaświadczenia od lekarza sądowego, w sytuacji gdy po zamknięciu tej rozprawy został ogłoszony wyrok w sprawie, stanowiło naruszenie praw pozwanego do obrony. Pozwany wbrew swojej woli został faktycznie pozbawiony możliwości działania w istotnej części postępowania z powodu uchybienia przez sąd pierwszej instancji przepisom postępowania, a skutków tego uchybienia nie można było już przed wydaniem merytorycznego rozstrzygnięcia w sądzie pierwszej instancji usunąć.

Co do zasady choroba strony uniemożliwiająca stawiennictwo na rozprawie stanowi przyczynę nieobecności, którą w rozumieniu art. 214 k.p.c. należy zakwalifikować jako przeszkodę, której nie można przewyciężyć i obliguje ona sąd do odroczenia rozprawy. Jeżeli jednak strona jest reprezentowana przez zawodowego pełnomocnika, jej choroba nie ma wpływu na bieg postępowania chyba, że konieczne jest dokonanie takich czynności procesowych, których pełnomocnik za nią wykonać nie może lub, gdy stawiennictwo stron jest obowiązkowe (vide: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2012 r. III CSK 270/11, LEX nr 1232601). Ta ostatnia sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie, chodziło bowiem o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania obu stron procesu, o który to dowód strony wnosili i który to dowód Sąd Okręgowy w sprawie dopuścił (w ten sposób jednoznacznie uznając, że pozostawały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy). O ile nieodroczenie rozprawy na podstawie art. 214 § 1 k.p.c., nawet jeżeli stanowiło uchylenie procesowe sądu, nie musi od razu powodować nieważności postępowania, jeżeli z okoliczności sprawy wynika, że strona już zajęła stanowisko co do wszystkich kwestii prawnomaterialnych w postępowaniu, zgłosiła wszystkie istotne dowody dla poparcia swoich tez, ustosunkowała się do twierdzeń strony przeciwnej to już jednak potrzeba przeprowadzenia jeszcze dowodu z przesłuchania strony, a taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie, musi skutkować odmienną oceną (vide: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 kwietnia 2014 r. IV CSK 463/13, LEX nr 1477457). W konsekwencji, w tak ustalonym stanie sprawy odmowa uwzględnienia wniosku pozwanego o odroczenie rozprawy stanowiła naruszenie art. 214 k.p.c.

Wobec takich ustaleń należało zarzut apelacyjny naruszenia art. 214 k.p.c. uznać za uzasadniony, a tym samym przyjąć, iż doszło do naruszenia art. 379 pkt 5 k.p.c. co, jak to już wyżej zaznaczono, Sąd odwoławczy bierze pod

uwagę z urzędu. Stąd zachodziła podstawa i potrzeba do uchylenia zaskarżonego wyroku, częściowego zniesienia postępowania ( w zakresie ostatnie rozprawy przed sądem pierwszej instancji, tj. z dnia 21 września 2015 roku ) i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu w Szczecinie do ponownego rozpoznania na podstawie art. 386 § 2 k.p.c. ,zasadniczo bez konieczności szczegółowego roztrząsania zarzutów z apelacji pozwanego , z jednoczesnym poleceniem aby Sąd Okręgowy orzekł o kosztach postępowania apelacyjnego ( art. 108 § 2 k.p.c.).

Konieczne w tym miejscu jest dodanie ,że z uwagi na to, że obowiązek stosowania się do zaleceń sądu drugiej instancji stanowi ograniczenie wyrażonej w art. 178 ust. 1 Konstytucji RP zasady niezawisłości sędziowskiej, zakres i przedmiot przewidzianego w art. 386 § 6 k.p.c. uprawnienia do instruowania sądu pierwszej instancji musi być rozumiany wąsko i nawiązywać do przesłanek uchylenia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania przewidzianych w art. 386 § 2 i 4 k.p.c. (vide :wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2013 r. V CSK 156/12 ,LEX nr 1347907 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 2014 r. II UK 45/14, LEX nr 1567475). W przedmiotowej sprawie podstawą uchylenia wyroku sądu pierwszej instancji było stwierdzenie nieważności postępowania wskutek naruszenia praw pozwanego do obrony ( art. 386 §2 k.p.c.) , powyższe determinowało zakres uzasadnienia wydanego wyroku kasatoryjnego .

Ponownie rozpoznając sprawę sąd pierwszej instancji będzie musiał niewątpliwie przeprowadzić dowód z przesłuchania obu stron procesu w trybie art. 299 k.p.c. Po takim uzupełnieniu materiału dowodowego Sąd ten w pierwszej kolejności dokona wykładni umowy łączącej strony dla ustalenia do czego ( do jakich czynności ) w ramach zawartej umowy zobowiązał się pozwany jako wykonawca robót budowlanych. Niesporne jest , że strony w tym zakresie umowę różnie wykladały. Apelujący pozwany zarzucał ,że Sąd Okręgowy naruszył art. 233 § 1 k.p.c. w zakresie w jakim uznał, iż strony uzgodniły, że przedmiot umowy będzie obejmował wybudowanie budynku „pod klucz”, ze wszelkimi przyłączami i instalacjami, mimo literalnej treści załączników do tejże umowy, stanowiących jej integralną część. Oczywiście nie można wykluczyć ,że ostatecznie umowa tak zostanie wyłożona . Na obecny czas ocena taka, wobec już tylko pominięcia przesłuchania pozwanego w charakterze strony , jest przedwczesna. Wykładnia oświadczeń woli polega na ustaleniu ich znaczenia, czyli sensu. Ma ona na celu ustalenie właściwej treści regulacji zawartej w oświadczeniu woli , tu składających się na umowę. Ogólne reguły interpretacyjne prowadzące do osiągnięcia tego celu określone zostały w art. 65 k.c. Na tle art. 65 k.c. należy przyjąć kombinowaną metodę wykładni opartą na kryterium subiektywnym i obiektywnym. Sąd Najwyższy już w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95 (OSNC 1995, Nr 5, poz. 168) przyjął na tle przepisu art. 65 k.c. taką właśnie kombinowaną metodę wykładni. Wyrazem tego stanowiska są także późniejsze orzeczenia, np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 1997 r., I CKN 825/97, OSNC 1998, Nr 5, poz. 85 i z dnia 20 maja 2004 r., II CK 354/03, Lex 134392). Jeżeli strony różnie rozumiały treść złożonego oświadczenia woli, to za prawnie wiążące - zgodnie z kombinowaną metodą wykładni - należy uznać znaczenie oświadczenia woli ustalone według wzorca obiektywnego. W tej fazie wykładni potrzeba ochrony adresata oświadczenia woli, przemawia za tym, aby było to znaczenie oświadczenia, które jest dostępne adresatowi przy założeniu - jak określa się w doktrynie i judykaturze (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95) - starannych z jego strony zabiegów interpretacyjnych. Na ochronę zasługuje bowiem tylko takie zaufanie adresata do znaczenia oświadczenia woli, które jest wynikiem jego starannych zabiegów interpretacyjnych. Potwierdza to nakaz zawarty w art. 65 § 1 k.c., aby oświadczenia woli tłumaczyć tak, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współzycia społecznego i ustalone zwyczaje. Ustalając powyższe znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym, że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Klóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego. Przy wykładni oświadczenia woli należy - poza kontekstem językowym - brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art. 65 § 1 k.c.). Obejmuje on w szczególności przebieg negocjacji , poz. 38), dotychczasowe doświadczenie stron , ich status (wyrażający się, np. prowadzeniem działalności gospodarczej). Niezależnie od tego z art. 65 § 2 k.c. wynika nakaz kierowania się przy wykładni umowy jej celem. Nie jest konieczne, aby był to cel uzgodniony

przez strony, wystarczy cel zamierzony przez jedną stronę, który jest wiadomy drugiej. Należy podzielić pogląd, że także na gruncie prawa polskiego, i to nie tylko w zakresie stosunków z udziałem konsumentów (art. 385 § 2 k.c.), wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zredagowała umowę. Ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień umowy, nie dających usunąć się w drodze wykładni, powinna bowiem ponieść strona, która zredagowała umowę ( zob : wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2015 r., V CSK 83/15, LEX nr 1929879). Tak więc dokonując wykładni umowy o roboty budowlane łączącej strony tego procesu , w tym w zakresie jej § 1 , sąd pierwszej instancji taki konieczny sposób wyłożenie oświadczeń woli musi mieć na uwadze. Ocena dowodów dla wykładni zawartej przez strony umowy nie może być fragmentaryczna , nie może ograniczać się tylko do "niejasnych" postanowień umowy , nie może pomijać w ogóle jej zapisów językowych , a z drugiej strony brać pod uwagę zapisów nie stanowiących elementu umowy ( jej części składowej).

Mając na uwadze charakter umowy łączącej strony , będącej podstawą roszczeń powoda, a w konsekwencji oceny sądu pierwszej instancji Sąd odwoławczy już tylko krótko, sygnalizacyjnie niejako przypomina , że art. 647 k.c. formułuje definicję umowy o roboty budowlane, a art. 649 k.c. stanowi, iż w razie wątpliwości poczytuje się, że wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy, czyli wprowadza domniemane rozszerzenie (rozwińcie) obowiązków wykonawcy. Przy uwzględnieniu charakteru i ogólnych cech umowy, konkretny zakres praw i obowiązków stron jest określany przez treść danej umowy (zob.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2000 r. I CKN 728/98,LEX nr 50836 ). Tak więc wyrażona w art. 649 k.c. reguła interpretacyjna dotyczy tylko sytuacji, w których istnieje wątpliwość co do treści umowy o roboty budowlane, ponieważ strony mogą ustalić węższy zakres umowy. Taki węższy zakres wynikać musi z wyraźnych postanowień umowy, w szczególności ze wskazania, że obowiązki wykonawcy nie obejmują niektórych robót lub że roboty prowadzone będą tylko do osiągnięcia założonego z góry limitu kosztów, względnie tylko w określonym czasie.

Co do wyłożenia art. 480 k.c. - cytowany przepis stanowi ,że w razie zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania czynienia wierzyciel może żądać upoważnienia przez sąd do wykonania czynności na koszt dłużnika , z zachowaniem roszczenia o naprawienie szkody. W razie zastępczego wykonania czynności na koszt dłużnika wierzyciel zachowuje roszczenie odszkodowawcze , z tym iż kompensacji podlega szkoda spowodowana zwłoką dłużnika w wykonaniu zobowiązania. Niesporne jest ,że powód takiego odszkodowania w tym procesie nie dochodził. Na podstawie art. 480 k.c. , we wszystkich wypadkach , o których mowa w poszczególnych paragrafach tego przepisu , wierzycielowi przysługuje w stosunku do dłużnika roszczenie o zwrot wyłożonych kosztów wykonania zastępczego ,które to roszczenie ogranicza się tylko do kosztów uzasadnionych. Co do zasady wykonanie zastępcze ,będące surogatem świadczenia ,wymaga upoważnienia sądowego dochodzonego w drodze powództwa. Wyjątkowo, zgodnie z § 3 art. 480 k.c., wierzyciel może skorzystać z tzw. samopomocy dochodząc następnie w procesie kosztów wykonania zastępczego. Zasadne jest w tym miejscu dodanie ,że szczególną wobec art. 480 k.c. jest norma z art. 636 k.c. odnosząca się do umowy o dzieło i upoważniająca wierzyciela do powierzenia wykonania zastępczego na koszt i niebezpieczeństwo dotychczasowego wykonawcy ,gdy wykonawca ten wykonuje dzieło w sposób wadliwy lub sprzeczny z umowa. Co istotne w sprawie , z uwagi na przedmiot umowy łączącej strony tego procesu, przepis ten , na zasadzie art. 656 §1 k.c. ma zastosowanie także do umowy o roboty budowlane . Art. 636 k.c. w zw. z art. 656 §1 k.c. jako przepis szczególny wobec art. 480 k.c. oznacza ,że w razie umowy o roboty budowlane wierzyciel nie może w ogóle żądać od sądu upoważnienia do zastępczego wykonania czynności (zob. Komentarz do art. 480 k.c. ,tom II s. 839 pod red. Konrada Osajdy , Wydawnictwo C.H.Beck ,Warszawa 2013 ).

W świetle art. 187 § 1 i art. 321 § 1 k.p.c. powód niewątpliwie nie ma obowiązku wskazania podstawy prawnej swych żądań (da mihi factum dabo tibi ius, czy iura novit curia). Innymi słowy, strony nie są zobowiązane do wskazania przepisów prawnych, gdyż kwalifikacja prawna stanu faktycznego - ustalonego w wyniku rozpoznania sprawy należy do sądu, który jej dokonuje w procesie subsumpcji (por. np. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 2 maja 1957 r., 2 CR 305/57, OSN 1958, poz. 72, czy wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2014 r., I CSK 274/13, LEX nr 1530784). Niewątpliwie jednak wskazanie przez powoda przepisów prawa materialnego, mających stanowić podstawę prawną dochodzonego roszczenia (por. art. 210 § 1 zd. 2 k.p.c.), jakkolwiek niewymagane, nie pozostaje bez znaczenia dla przebiegu i wyniku sprawy, gdyż pośrednio określa jakie są istotne okoliczności faktyczne uzasadniające żądanie

pozwu (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, Nr 9, poz. 152, z dnia 11 marca 2011 r., II CSK 402/10, OSNC 2012, Nr 1, poz. 16 i z dnia 14 stycznia 2004 r., I CK 42/03, Legalis oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 2015 r. V CSK 528/14, LEX nr 1771395).

Powód był w sprawie reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika procesowego. W toku całego procesu konsekwentnie wskazywał on, że powód dochodzi odszkodowania od pozwanego na podstawie art. 471 k.c. Dodać można, że podstawową regulacją prawną dla określenia skutków wadliwego działania wykonawcy oraz odpowiedzialności związanej z wadami obiektu stanowią, na podstawie odesłania z art. 656 k.c., przepisy art. 635-638 oraz art. 644-646 k.c., przy czym art. 637 k.c. (dzielący wady na istotne i nieistotne) pomimo, że został uchylony i stracił moc obowiązującą z dniem 24 grudnia 2014 r. (na podstawie art. 44 pkt 34 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta, Dz.U.2014.827) ma zastosowanie do umów zawartych przed 25 grudnia 2014 r., tj. przed datą wejścia w życie cyt. ustawy. Powód zarzucał, że pozwany był w opóźnieniu z wykończeniem obiektu, w części roboty wykonywał w sposób wadliwy oraz sprzeczny z umową lub też w ogóle nie wykonał. Niesporne jest, że powód jako inwestor nie skorzystał z uprawnień wynikających z art. 635 k.c., kwestia wykorzystania uprawnień z art. 636 k.c. (tj. wezwanie wykonawcy do zmiany w określonym terminie sposobu świadczenia, na prawidłowy, a w razie bezskutecznego upływu terminu zamawiający może dokonać wyboru między odstąpieniem od umowy albo powierzeniem poprawienia lub dalszego wykonania innej osobie) będzie podlegała ocenie sądu pierwszej instancji.

Powód, jak to już wskazano wyżej, konsekwentnie wskazywał jako podstawę roszczenia o zapłatę odszkodowania art. 471 k.c., nadto dochodził zapłaty kary umownej za odstąpienie przez pozwanego wykonawcę od umowy. Kwestia oceny skuteczności tego oświadczenia będzie podlegała ocenie sądu pierwszej instancji. W zależności od jej wyników przedmiotem kontroli sądu będą zapisy umowne o dopuszczalności dochodzenia odszkodowania z paragrafu 11 umowy, w tym kwestia niesymetryczności tych uprawnień umownych dla stron kontraktu. Co do zasady możliwe jest zastrzeżenie tzw. kary umownej zaliczalnej, w której wierzyciel uprawniony jest do dochodzenia, obok kary umownej, odszkodowania uzupełniającego do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody (por. art. 484§1 zd. 2 k.c.). W takiej sytuacji wierzyciel dochodzący na zasadach ogólnych szkody przekraczającej wysokość kary umownej musi udowodnić jej istnienie jak i wysokość (wyrok SN z dnia 5 września 2012, V CSK 196/11, LEX nr 1232628). Możliwe jest też zastrzeżenie, że w razie niewykonania zobowiązania przez dłużnika wierzyciel będzie mógł zażądać zarówno kary umownej, jak i szkody na zasadach ogólnych. Przy założeniu, że świadczenie wykonawcy wynikające z umowy o roboty budowlane jest podzielne (art. 379 § 2 k.c.) niewątpliwie z uwagi na naturę świadczenia, nie jest możliwy jego zwrot. Ustanie stosunku umownego przed wykonaniem uzgodnionego w nim przedmiotu robót nie powoduje zatem obowiązku rozliczenia stron na zasadach ogólnych przyjętych dla zobowiązań z umów wzajemnych (art. 494 §1 k.c.). Odstąpienie przez stronę od umowy skutkuje obowiązkiem rozliczenia ustalonego w umowie wynagrodzenia. Przyjmuje się, że w przypadku ustalenia wynagrodzenia jako niezmiennego ryczałtu, część ta powinna być określona w proporcji obejmującej stosunek wartości robót wykonanych zgodnie z umową do wartości całego wynagrodzenia ryczałtowego.

**SSA M. Gawinek SSA R. Iwankiewicz SSA M. Gołuńska**