

Sygn. akt I AGa 110/18

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 października 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Jarosław Marek Kamiński
Sędziowie	:	SA Beata Wojtasiak SO del. Grażyna Wołosowicz (spr.)
Protokolant	:	Iwona Zakrzewska

po rozpoznaniu w dniu 21 września 2018 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **K. S.**

przeciwko (...) **Spółce Akcyjnej w W. uprzednio (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 13 marca 2018 r. sygn. akt VII GC 266/16

**I. prostuje oznaczenie pozwanego w komparycji wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 13 marca 2018 r. sygn. akt VII GC 266/16 na (...) Spółce Akcyjnej w W. uprzednio (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.”;**

**II. oddala apelację;**

**III. zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 4 050 (cztery tysiące pięćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za instancję odwoławczą.**

B. J. M. G. (1) W.

Sygn. akt IAGa 110/18

## UZASADNIENIE

Powód K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) z siedzibą w W. po ostatecznym sprecyzowaniu powództwa wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) (...) w W. kwoty 92 393,84zł. wraz z odsetkami od dnia 03.06.2015r. tytułem zwrotu części kosztów zastępczego usunięcia wad i usterek wynikłych z nienależytego wykonania umowy z dnia 03.01.2013 r. o wykonanie hydroizolacji bezpowłokowej w budynku handlowo-usługowym w B. przy ul. (...), a także o zwrot kosztów procesu według norm przepisanych.

Pozwana w sprzeciwie od wydanego w sprawie nakazu zapłaty żądała oddalenia powództwa podnosząc, że nie spełnione zostały warunki do wprowadzenia na teren budowy wykonawcy zastępczego. Nie doszło do protokolarnego ustalenia wad przy udziale wykonawcy oraz wyczerpania procedury przewidzianej w § 7 pkt 7 umowy.

**Wyrokiem z dnia 13 marca 2018 roku Sąd Okręgowy w Białymstoku: oddalił powództwo (punkt I.), zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 5 417 zł. tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (punkt II.) oraz nakazał pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa kwotę 2 765,40 zł. tytułem nieuiszczonych wydatków w sprawie (punkt III.).**

Z ustaleń poczynionych przez Sąd Okręgowy wynikało, że powód K. S. i pozwana spółka prowadzą działalność gospodarczą w ramach której wykonują min: roboty budowlane związane ze wznoszeniem budynków mieszkalnych. Pozwana miała doświadczenie w wykonywaniu hydroizolacji i roboty w tym zakresie zrealizowała z powodzeniem na rzecz wielu podmiotów, w tym powoda. Powód jest inwestorem przedsięwzięcia w postaci wybudowania(...) w B..

W dniu 12.03.2012r. powód jako zamawiający (inwestor) zlecił (...) spółce z o.o. w W. (jako wykonawcy) wykonanie ścian szczelinowych wraz z tymczasowym rozparciem i/lub kotwieniem zgodnie z dokumentacją techniczną przy budowie(...)w B.. W trakcie realizacji robót ww. podmiot zmniejszył grubość ścian szczelinowych w relacji do pierwotnych wymiarów, biorąc za to pełną odpowiedzialność.

W dniu 03.01.2013r. pozwana spółka zawarła z powodem umowę na mocy której zobowiązała się wykonać hydroizolację bezpowłokową płyty fundamentowej oraz zabezpieczenia zamka na połączeniu płyta fundamentowa - ściana szczelinowa w budynku handlowo - usługowym w B. przy ul. (...). Zlecone prace miała wykonać zgodnie z warunkami pozwolenia na budowę i zatwierdzonego projektu wykonawczego oraz zgodnie z obowiązującymi normami, przepisami techniczno-budowlanymi i zasadami wiedzy technicznej. Termin rozpoczęcia strony ustaliły na dzień 03.01.2013r., zaś zakończenia „zgodnie z harmonogramem budowy”. Z odbioru poszczególnych etapów robót, jak i odbioru przedmiotu umowy miał być sporządzany protokół odbioru częściowego lub końcowego podpisany przez Zamawiającego i Wykonawcę. W § 7 umowy przewidziano prawo zamawiającego do żądania przystąpienia do odbioru poszczególnego etapu robót lub przedmiotu umowy. Przedstawiciel Zamawiającego miał wówczas obowiązek wyznaczenia terminu odbioru i przystąpienia do odbioru w terminie do 3 dni roboczych od daty zawiadomienia o gotowości do odbioru. Wykonawca zobowiązał się do usunięcia wad stwierdzonych podczas odbioru w terminie 3 dni roboczych lub określonym, przez przedstawiciela zamawiającego w porozumieniu z wykonawcą a następnie ponownego zgłoszenia prac do odbioru wg. procedury przewidzianej w umowie, przy czym w przypadku nie usunięcia przez wykonawcę wad w terminach wskazanych wyżej zamawiający miał prawo usunąć wady na koszt wykonawcy. Strony uzgodniły, iż wynagrodzenie za wykonane prace wyniesie kwotę 390.000,00 zł netto + VAT. Wykonawca udzielił gwarancji jakości robót. W przypadku, gdyby Zamawiający stwierdził, że przedmiot umowy w trakcie jego realizacji wykonany został wadliwie lub w sposób sprzeczny z umową wówczas służyło mu prawo wezwania Wykonawcy do usunięcia wad lub zmiany sposobu wykonania przedmiotu umowy w określonym przez strony terminie. W § 13 strony przewidziały, że zamawiający ma prawo odstąpić od umowy między innymi gdy wykonawca nie wykonuje robót zgodnie z umową i dokumentacją techniczną lub też nienależycie wykonuje swoje zobowiązania umowne. Odstąpienie od umowy wymagało pod rygorem nieważności formy pisemnej z podaniem przyczyn odstąpienia i miało być skuteczne w odniesieniu do niezrealizowanej części umowy. Strony postanowiły, że w przypadku odstąpienia od umowy w pełni zachowują moc jej postanowienia co do robót zrealizowanych i odebranych do dnia odstąpienia. W sprawach nieuregulowanych umową miały mieć zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego i budowlanego. Anekssem do umowy z dnia 26.02.2014r. strony zwiększyły zakres prac oraz podniosły wynagrodzenie do kwoty 481 398,40 zł. netto. Projekt wykonania hydroizolacji dostarczył pozwany. Projektant

budynku (...)współpracował z pozwanym jeśli chodzi o realizację projektu wykonawczego hydroizolacji. W trakcie wykonywania prac powód na swój koszt nakazał pozwanej wykonanie dodatkowego zabezpieczenia hydroizolacji poprzez wprowadzenie drugiego wężyka do napełniania żywicą, który w przypadku braku szczelności będzie można napełnić żywicą .

Sąd Okręgowy ustalił, że pozwany realizował prace na poziomie - 2. Wykonywane one były równoległe z pracami ogólnobudowlanymi. Zasadnicza część zleconych robót zrealizowana była w trakcie wznoszenia konstrukcji w 2013r. Strony sukcesywnie podpisywały protokoły odbioru prac. Nie zawierały one żadnych uwag co do prawidłowości wykonanych robót. Brak było także adnotacji w tym zakresie w dzienniku budowy. Ostatni protokół z dnia 29.11.2013r. określił stan zaawansowania prac na 93,89% (k -384- 391 ). Pozwany sukcesywnie wystawiał powodowi faktury VAT. Ostatnia z nich pochodzi z dnia 29.11.2013r. Według stanu na dzień 29.11.2013r. zakończony był podstawowy zakres prac tj. położona hydroizolacja i założony zamek. Następnie pozwana spółka opuściła plac budowy oczekując na zakrycie dachu i wystąpienie warunków pozwalających na kontynuację reszty zleconych robót, w tym sprawdzenie skuteczności zabezpieczeń i dokonanie ew. uszczelnień ( iniekcji ).

Zakrycie dachu miało miejsce na przełomie 2014/2015 r. W styczniu 2015r. pozwany wezwany został do kontynuacji prac. Na miejscu okazało się, że na poziomie - 2 w wielu miejscach na płycie fundamentowej zalegała woda wydostająca się między innymi z nieszczelnych ścian szczelinowych ( realizowanych przez S. Polska). Woda spływała do wnętrza także z opadów atmosferycznych po niezabezpieczonej rampie. Podejmowane przez powoda próby jej odprowadzania były nieskuteczne. W okresie I i II 2015r. na części płyty składowany był piasek przeznaczony do późniejszych prac brukarskich oraz piasek z zabezpieczenia ścian żelbetowych. W okresie tym odnotowano także spadek temperatury poniżej 0 stopni C., stanowiący techniczną przeszkodę w realizacji prac uszczelniających.

Pozwana sygnalizowała powodowi ww. przeszkody w skutecznym prowadzeniu prac uszczelniających. Z uwagi na ponaglenia powoda do kontynuacji robót podjęła się jednak czynności mających na celu uszczelnienie zamka na odcinku ok. 522 mb. W tym celu do prac skierowała od 2 do 4 pracowników. Polegały one min : na napełnianiu wężyków iniekcyjnych. Pozwana prace wykonała na odcinku 115 mb (por. protokół inwentaryzacji kolor żółty k 423). Pomimo wypompowywania przez pracowników powoda wody z garażu i napełnienia węży iniekcyjnych woda nadal napływała. W tym czasie na miejscu przebywali także pracownicy S. Polska oraz ich podwykonawca podejmując próby usuwania licznie występujących przecieków ze ścian szczelinowych.

Z dalszych ustaleń Sądu I instancji wynikało, że powód pod koniec stycznia - na początku lutego 2015r. zaprosił na teren budowy T. P. (1) specjalizującego się w uszczelnianiu płyty dennej. Z uwagi na zalegający w części niższej płyty piach i stojącą na większości powierzchni wodę oględziny skoncentrowały się głównie na części wyższej płyty i nielicznych suchych miejscach części niższej. Kolejne oględziny płyty z udziałem przedstawiciela powódki i T. P. (1) miały miejsce między 10 a 12 lutym 2015 roku. Ich celem było ustalenie czy T. P. (1) będzie w stanie wykonać skuteczne prace uszczelniające. Strony w I i II 2015r. wielokrotnie spotykały się na budowie, aby określić źródło pojawiającej się na płycie fundamentowej wody. Pozwany utrzymywał że woda wypływa z nieszczelnych ścian szczelinowych i żądał ich uszczelnienia celem dalszego prowadzenia prac, zaś S. Polska uznawała, iż woda wypływa spod płyty fundamentowej i styków, za które odpowiada pozwana.

Pismem z dnia 13.02.2015r. powód wezwał pozwanego do usunięcia wad i usterek powstałych na budowie Galerii. Zarzucił brak wystarczających kwalifikacji pracowników, stosowanie nieodpowiednich materiałów i sprzętu, złą organizację pracy, niewystarczającą ilość pracowników, brak szczelności styków, liczne przecieki, źle uszczelnione дренаże pomiędzy ścianą szczelinową. Zażądał oddelegowania kadry posiadającej stosowne kwalifikacje oraz sporządzenia w terminie do dnia 17.02.2015r. harmonogramu prac tak, aby zakończyć je w terminie do dnia 28.02.2015r. Zastrzegł jednocześnie, iż niedopełnienie terminu będzie skutkowało zleceniem prac naprawczych firmie trzeciej na koszt pozwanego. Pismo w tym przedmiocie wysłane zostało do pozwanej w dniu 17.02.2015r. (k. 32 akt). W dniu 16.02.2015r. odbyło się spotkanie przedstawicieli powoda, pozwanego oraz S. Polska. W jego trakcie ustalono, że uszczelnienie będzie prowadzone od osi w kierunku ulicy (...) przez firmy (...) (ściany) i przez (...) (styk płyty ze ścianą). Powód natomiast zobowiązał się zabezpieczyć rejon prowadzenia prac przed napływem wody zewnętrznej, w

tym do oczyszczenia i zebrania wody ze płyty fundamentowej ( k. 33 akt ). W okresie kiedy prace na terenie budowy realizowała pozwana powód nie oczyścił płyty dennej z zalegającego piachu oraz nie dokonał zabezpieczenia płyty przed napływem wody opadowej. Nadal też ze ścian szczelinowych wpływała woda.

Powód uznając, że pozwany nie radzi sobie z usuwaniem nieszczelności w dniu 02.03.2015r. przesłał mu oświadczenie o odstąpieniu na podstawie § 13 ust. 1 d od umowy oraz zażądał poza zapłatą kary umownej zwrotu części kosztów wykonania zastępczego w kwocie 228 000 zł. Jako główne wady wykonawcze wskazał brak uzupełnienia żywicy wszystkich węży iniekcyjnych, nieszczelność zbiornika wody opadowej, nieprawidłowe wykonanie drenaży pomiędzy ścianą szczelinową a dociskową, brak zamknięcia rys materiałami szybko wiążącymi, nawiercanie otworów do montażu pakerów w nieodpowiednich odległościach i pod nieodpowiednim kątem do rys w płycie dennej i styku płyty dennej ze ścianą szczelinową. (k. 37). Oświadczenie to dotarło do pozwanego w dniu 08.03.2016r. Po tej dacie opuścił on teren budowy. W dacie odstąpienia od umowy pozwany nie wykonał prac uszczelniających na odcinku 407 mb (protokół inwentaryzacji kolor żółty k 423).

Sąd Okręgowy ustalił następnie, że powód w marcu 2015r. zlecił rzeczoznawcy budowlanemu K. G. (1) wykonanie prywatnej opinii celem oceny efektów prowadzonych prac uszczelniających przez pozwaną. Oględziny miały miejsce w dniu 09.03.2015r. i 19.03.2015r. Opiniujący stwierdził, że w dniu oględzin stopień zawilgocenia ścian był tak duży, że nie można było wskazać miejsca przecieków. Uznał, iż nie ma obecnie podstaw do dokonania oceny jakości prowadzonych prac uszczelniających. Wskazał że dotychczas wykonane przez Norma- B. roboty uszczelniające płytę fundamentową i jej styk ze ścianą szczelinową nie dały oczekiwanego efektu.( k. 757 -769).

Powód w dniu 22 lub 23 lutego 2015r. zawarł z T. P. (1) umowę wykonania szczelnej hydroizolacji bezpowłokowej płyty fundamentowej oraz zabezpieczenie zamka na styku płyta fundamentowa – ściana szczelinowa ( w tym uszczelnienie styku, przerw roboczych oraz rys ). Zakres prac miał obejmować roboty, dostawę materiałów i usług, sprzętu, usunięcie istniejących wad i usterek, jak również inne roboty niezbędne do należytego wykonania umowy. Uzgodniono wynagrodzenie w kwocie 310 zł. netto za metr styku i 230 zł. netto za metr rysy ( k 13-22).Wykonawca zastępczy wprowadzony został na teren budowy 05.03.2015r. (k. 24 akt). Przed przystąpieniem do prac zażądał osuszenia płyty fundamentowej. Prace realizował etapami, najpierw w części wyższej płyty, a następnie w jej części niższej po osuszeniu. Powód dokonywał częściowego odbioru wykonanych przez niego prac podpisując protokoły odbioru technicznego. W dokumencie tym podano metry bieżące wykonanych uszczelnień (k 24- 28v.). W ślad za protokołami odbioru wykonawca wystawiał faktury VAT ( k. 23 , 26 , 28, 29, 30). Integralną część protokołu z dnia 08.04.2015r. stanowił rysunek z zaznaczeniem miejsc, w których dokonano napraw ( k. 24-25 ). Jako tytuł płatności wykonawca zastępczy wskazał: usunięcie przecieków z przerw roboczych na płycie dennej, przecieków z rys skurczowych na płycie dennej lub na styku płyta fundamentowa – ściana denna (...). T. P. (1) prace rozpoczął w dniu 05.03.2015r, zaś zakończył w dniu 04.08.2015r. W XII 2015r. wykonał izolację 3 zbiorników p. poż.

Następnie, Sąd I instancji ustalił, że powód pismem z dnia 21.05.2015r. wezwał pozwanego do zwrotu poniesionych kosztów wykonania zastępczego w kwocie 191 597,72 zł., zaś w dniu 04.04.2016r. o do zwrotu kosztów usunięcia wad w kwocie 641 823,67zł. (k.43, 53 ).

Z ustaleń Sądu Okręgowego wynikało ponadto, że w okresie realizacji prac przez wykonawcę zastępczego spółka (...) systematycznie prowadziła prace mające na celu doszczelnienie ściany szczelinowej i prowadziła je praktycznie do zakończenia robót w Galerii ( por. wpisy w dzienniku budowy ).Obiekt (...)gotowość do zgłoszenia do odbioru osiągnął w dniu 17.08.2015r. ( wpis w dzienniku budowy k 354).

W tak ustalonym stanie faktycznym, Sad Okręgowy uznał, że powództwo nie zasługiwało ono na uwzględnienie. Wskazał, że łączącą strony umowę należało zakwalifikować jako umowę o roboty budowlane do której zastosowanie znajdują przepisy art. 647 k.c. i następne. Roszczenie powoda obejmuje zwrot części kosztów zastępczego usunięcia wad wykonawczych w pracach realizowanych przez pozwanego. Stanowisko powoda co do podstawy faktycznej i prawnej roszczenia zmieniało się w trakcie procesu. Jako podstawę prawną roszczenia wskazywał zarówno art. 471 k.c. w zw. z art. 494 k.c. w zw. z § 12 pkt 2 umowy, jak i art. 480 § 3 k.c. odnosząc się także do treści art. 636 k.c.

Wobec zatem braku jednoznacznego stanowiska powoda co do podstawy prawnej żądania i zmiany stanowiska w tym przedmiocie, Sąd I instancji roszczenie pozwu analizował zarówno w zakresie w jakim powód mógłby żądać zwrotu kosztów zastępczego na podstawie art. 636 § 1 k.c. w zw. z art. 494 § 1 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c, jak również w kontekście spełnienia warunków z art. 636 § 1 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. do powierzenia poprawienia lub dalszego wykonania dzieła innej osobie, a także art. 480 § 3 k.c., a także art. 471 k.c.

Poddając ocenie zasadność roszczenia powoda w kontekście roszczeń rękojmianych oceniał, czy złożone przez pozwaną oświadczenie o odstąpieniu od umowy ( zarówno umowne, jak i ustawowe ) było skuteczne. Zdaniem Sądu Okręgowego w stanie faktycznym sprawy nieskutecznym okazało się złożone przez powódkę oświadczenie z dnia 02.03.2015r. o odstąpieniu od umowy na podstawie § 13 ust. 1 d umowy z dnia 03.01.2013r. ( k. 37 -38 akt ). Strony w umowie przewidziały możliwość odstąpienia od umowy, o ile wykonawca nie wykonuje robót zgodnie z umową i dokumentacją techniczną lub nienależyście wykonuje swoje zobowiązania umowne ( § 13 pkt d umowy). Zgodnie z art. 395 k.p.c. można zastrzec, że stronom w ciągu oznaczonego terminu będzie przysługiwać prawo odstąpienia do umowy. Przepis ten ma jednak charakter normy ius cogens i nie jest dopuszczalne wyłączenie przez strony konieczności oznaczenia terminu na wykonanie umownego prawa odstąpienia. Przesłanką skuteczności zastrzeżenia prawa odstąpienia od umowy jest ograniczenie go terminem końcowym. Brak określenia terminu w ciągu, którego może dojść do odstąpienia wyklucza możliwość przyjęcia, że strony zastrzegły umowne prawo odstąpienia. ( por. wyrok SA Warszawie z dnia 03.06.2016r. I ACa 1195/15). Jako, że strony nie określiły w umowie takiego terminu złożone przez powoda oświadczenie o odstąpieniu na podstawie § 13 pkt d umowy było nieskuteczne

W dalszej kolejności Sąd I instancji przeanalizował złożone przez powoda oświadczenie o odstąpieniu od umowy pod kątem spełnienia ustawowych przesłanek do odstąpienia. Przed odniesieniem się do tej kwestii należało ustalić, czy w dacie składania przez powoda oświadczenia o odstąpieniu od umowy doszło do całościowego czy też częściowego wykonania umowy przez pozwaną, albowiem to determinowało dopuszczalne środki prawne. Przepis bowiem art. 636 § 1 k.c. nie ma zastosowania po odebraniu dzieła (por. wyr. SN z 3.11.2000 r., IV CKN 152/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 63 , por. wyr. SN z 3.11.2000 r., IV CKN 152/00, OSN 2001, Nr 4, poz. 63).

W ocenie Sądu Okręgowego postępowanie dowodowe przeprowadzone w sprawie wykazało, że pozwana spółka w dacie otrzymania od powoda oświadczenia z dnia 02.03.2015r. nie miała wykonanych w całości zleconych jej umową robót. Ich zakres przedmiotowy obejmował bowiem nie tylko realizację hydroizolacji ale także zabezpieczenie zamka na połączeniu płyta fundamentowa – ściana szczelinowa, dostawę i montaż węża iniekcyjnego i ich późniejszą iniekcję. Zgodnie z umową uszczelnienie zamka miało nastąpić na odcinku ok. 522 mb. Tymczasem pozwany do dnia odstąpienia od umowy wykonał te prace na odcinku 115 mb, co oznacza, że nie wykonał ich na odcinku 407mb (por. protokół inwentaryzacji kolor żółty k 423). Powód nie podważył skutecznie wniosków płynących z przedłożonego przez pozwaną protokołu inwentaryzacji. Dodatkowo okoliczność tę potwierdzają zeznania świadka M. G. (2) (pracownika powoda), który wskazał, że pozwana wg. stanu na koniec lutego 2015r. nie wykonała całości umowy, gdyż nie uszczelniła wszystkiego do czego była zobowiązana tj obwodu który miał ponad 500 mb. Powołany w sprawie biegły z zakresu budownictwa także przyjął, że na dzień składania oświadczenia o odstąpieniu od umowy pozwany nie zakończył prac objętych wiążącą strony umową tj. usuwania wad i usterek i nie zakończył iniekcji. Wykonał bowiem 93% prac budowlanych, zaś pozostałe 7% polegające na wykonaniu doszczelnienia odpowiadało kwocie 33.697,89 zł netto. Koresponduje to z wnioskami płynącymi z załączonych do akt sprawy protokołów zaawansowania prac (k. 384-391). Wobec powyższego nie zasługiwało na uwzględnienie stanowisko powoda, iż pozwany w tej dacie wykonał całość zleconych umową prac, a podjęte przez niego czynności stanowiły jedynie usuwanie wad i usterek po ich zakończeniu.

Przesądzenie, iż pozwana spółka na datę odstąpienia przez powoda od umowy nie wykonała całości zleconych robót pozwalało na rozważanie dochodzonego pozvem roszczenia w kontekście spełnienia przesłanek z art. 636 § 1 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. Dla realizacji przewidzianego w tym przepisie uprawnienia konieczne jest wadliwe lub sprzeczne z umową wykonywanie dzieła, wezwanie do zmiany sposobu wykonania dzieła, wyznaczenie „ odpowiedniego” terminu z upływem którego prawo odstąpienia będzie możliwe do wykonania oraz to, aby wyznaczony termin upłynął bezskutecznie. Dopiero wówczas po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może od

umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie.

Pozwany w procesie kwestionował zarzut wadliwości wykonywanych przez niego prac. Wskazywał, iż wyznaczony termin na usunięcie wad był terminem nierealnym, zarzucał brak warunków do realizacji dalszej części umowy, jak również podważał wysokość kosztów zastępczego usunięcia wad. W tym stanie rzeczy powoda obciążał zgodnie z art. 6 k.c. dowód wykazania spełnienia powyższych przesłanek. W ocenie Sądu Okręgowego z obowiązku tego skutecznie się nie wywiązał.

Sąd I instancji przeprowadził zgłoszone przez strony wnioski osobowe. Przesłuchał w charakterze świadka pracowników powoda w osobach: P. H. ( inspektor nadzoru k 312-317 ), A. T. (1) ( kierownika ds. gospodarczych k.317-321 ), M. G. (2) (kierownika budowy k. 636-639), a także T. P. (1) ( wykonawcę zastępczego robót k. 639 – 641), A. P. (pracownika S. Polska - wykonawcy ścian szczelinowych k.733-735), oraz G. K. (podwykonawcę S. Polska k 735 v -736). Przeprowadził także dowód z przesłuchania stron (k 746 -751) oraz dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa J. L. (1) ( opinia główna k 868 – 936 ), opinia uzupełniająca (k.1023-1055) i przesłuchał biegłego na rozprawie w dniu 14.02.2018r. (k 1079 -1082). Wobec cofnięcia przez pozwanego wniosku o przesłuchanie w charakterze świadka J. P. - pominął ten dowód (k 657). Oddalił też jako bezprzedmiotowy wniosek powoda złożony na ostatniej rozprawie w dniu 14.02.2018r. o przesłuchanie w charakterze świadka K. G. (1) na okoliczność wadliwości sporządzenia opinii przez biegłego sądowego, jak również wniosek zawarty w piśmie z dnia 17 maja 2017 roku o przesłuchanie w charakterze świadka J. M. (1) na okoliczność przesunięcia terminu prac brukarskich , uznając go za spóźniony ( art. 207 § 6 k.p.c.).

Jeśli chodzi o wady wykonawcze w pracach prac pozwanej, pracownicy powoda (świadkowie P. H., A. T. (1) i M. G. (2) ) w złożonych zeznaniach konsekwentnie utrzymywali, że pozwany źle wykonał zlecone umową prace. W ich ocenie przecieki były zarówno od strony płyty fundamentowej, jak i styku. Powoływali się na charakterystyczne zasolenia, które miały dowodzić, że woda wypływa z wód gruntowych. Wskazywali na liczne rysy występujące na płycie przez które przechodziła woda. Zeznali, że pomimo podejmowanych przez pozwaną prac nie zdołała ona osiągnąć pełnej skuteczności uszczelnienia. Dodatkowo kierownik budowy M. G. (2) zarzucił błędy wykonawcze w projekcie pozwanej. Wykonawca zastępczy T. P. (1), zeznał iż widział pod powierzchnią wody na płycie fundamentowej białe solne wyziewy, co świadczyło o wydostawaniu się wody spod płyty, a w toku realizacji prac naprawczych sporządził rysunek techniczny na którym oznaczył miejsca występowania rys. A. P. pracownik S. Polska ocenił, że pozwana nieskutecznie wykonała prace, bo przecieki płyty nadal występowały i pomimo, że był spór co do źródła przecieków, to jego zdaniem były także ewidentne miejsca pochodzenia przecieków ze styków, za które odpowiadał pozwany. Powód K. S. przesłuchany w charakterze strony zeznał ,że widział na płycie setki rys, z których wydostawała się woda. S. B. reprezentant pozwanej przesłuchany w charakterze strony nie wykluczał, że mogły istnieć wady wykonawcze w zleconych mu pracach, ale w jego ocenie w dacie odstąpienia od umowy nie można było stwierdzić źródła infiltracji wody, wobec przeciekania ścian szczelinowych i napływu wody z innych źródeł.

Jednocześnie wszyscy przesłuchani w sprawie świadkowie w złożonych zeznaniach potwierdzili, że w okresie I –II 2015r. woda na płytę wydostawała się także ze ścian szczelinowych, za których stan odpowiadała S. Polska. W różny jednak sposób określali ich stan. Świadek A. T. (1) zeznał ,że w tej dacie ściany szczelinowe były „wilgotne”, by w innym fragmencie podać, iż były przecieki na ścianach, ale firma (...) je usunęła. Według świadka M. G. (2) „ściany przeciekały, ale były to włoskowate rysy (..) ściana się „pociła się” ale nie było wypływu wody (...) wycieki ze ścian nie były takie, że zalewały płytę denną”. Świadek T. P. (1) wskazywał, że były punktowe wycieki wody (...) przez te miejsca przesączała się woda ( ...), woda spływała na płytę (...) od strony J. była felerna ściana, tam było najwięcej spękań na ścianach, więc tam nie można było jednoznacznie stwierdzić, czy przyczyną przeciekań była ściana, czy zabezpieczenie zamka ( ...) ściana była w paru miejscach nieszczelna. Jednocześnie zeznał ,że przy drugich oględzinach (10-12.02.2015r.) pracownicy S. mieli dużo pracy i usuwali przecieki. Świadek P. H. utrzymywał, że woda wydostawała się także przez ściany (...) kiedy zakryto budynek, nie byli w stanie osuszyć garażu podziemnego z powodu napływającej wody ze styków, ścian i płyty (..) gdy wypompowali wodę z garażu ona cały czas nachodziła. Jego zdaniem prace wykonane przez firmę (...) na tą datę były nieskuteczne (...) były i takie miejsca, że woda lała się po ścianach. Świadek

A. P. pracownik S. Polska zeznał, że 16.02.2015r. były takie miejsca, że ze ściany woda spływała na płytę, ale było też i sporo takich, że były też zawilgocenia na ścianie. W I i II 2015r. zatrudniali podwykonawców, bo swoimi ludźmi tak dużych powierzchni nie mogli uszczelniać. Zeznał, że robili uszczelnienie tak długo, aż zrobili to skutecznie (...) czasami się nie udawało. Świadek ten podał nadto, że ściany szczelinowe były w pewnych miejscach zasłonięte przez ściany żelbetowe. Nie było możliwości dostępu do ściany szczelinowej żeby ją doszczelnić. Było sześć takich miejsc. W ocenie świadka G. K. „ściany szczelinowe były bardzo źle wykonane - przeciekały i to bardzo, tam nie dało się wejść bez gumowców (...) po zakryciu dachu nadal występowały przecieki ścian szczelinowych. Na skutek mrozu ściany popękały jeszcze bardziej i pojawiło się więcej przecieków. Wycieki ze ścian zostały zatrzymane w okolicach marca 2015r. (...) w I i II 2015r, to była jeszcze katastrofa (...) było bardzo dużo przecieków ( ...) woda ciekła po ścianach na płytę. Były porobione dziury w płycie i odprowadzana woda na zewnątrz, ale nieudolnie. Jego zdaniem ściana szczelinowa była za cienka, źle wykonana. Miała mieć 90 cm a miała 60 cm, a faktycznie jeszcze była cieńsza. Tam gdzie były przecieki, to tej ściany brakowało. Jeśli chodzi o ściany szczelinowe, to po 10-15 razy podchodzili do jednego kawałka żeby uszczelnić go. Była też taka sytuacja, że przy uszczelnianiu ścian wyleciało im 5, 6 taczek piachu, co oznacza, że były pustki w ścianach. Świadek T. P. (1) zeznał, że na separator od którego zaczęli prace uszczelniające w IV 2015r. a zakończyli w VIII 2015r. wtłoczyli około 100 kilogramów żywicy ( ...) jeżeli w wąż wchodzi 1 kilogram żywicy na metr, a oni wtłoczyli na 5 metrów ponad 100 kilogramów, to świadczy to bardziej o istnieniu jakiejś pustki np.: brak betonu na połączeniu ściany szczelinowej”. Według powoda przesłuchanego w charakterze strony ściany szczelinowe miały przecieki w niektórych miejscach, ale w jego ocenie S. skutecznie je uszczelniała. Jak podał woda ze ścian nie dostawała się na posadzkę w takiej proporcji jak wylewała się z płyty, gdyż ze ścian jedynie się sączyła i woda ta była sukcesywnie usuwana. Przyznał jednocześnie, że w projekcie ściana szczelinowa była grubsza a S. wzięła odpowiedzialność za zmianę projektu i zastosowała ściany o mniejszych parametrach. S. B. reprezentant pozwanej spółki stan tych ścian na dzień 16 lutego 2015r. określił jako „fatalny”, gdyż na całych jej obszarach występowały wysięki wodne, na wykonanych zaś już odcinkach występowały powtórne rozszczelnienia.

Świadkowie wypowiadali się także na temat możliwości prowadzenia robót przez pozwaną po zakryciu budynku w miesiącach I – II 2015r., w tym w warunków jakie tam panowały. Świadek P. H. przyznał, że oprócz napływającej wody ze styków, ścian i płyty woda mogła dostawać się do budynku poprzez rampę, także po zadaszeniu (...). Wskazał nadto, że kiedy zakryto budynek nie byli w stanie osuszyć garażu poziomnego z powodu napływającej wody ze styków, ścian, płyty (..) my wypompowywaliśmy wodę a ona cały czas nachodziła. Świadek M. G. (2) potwierdził, że w chwili spotkania II 2015r. napływ wody z rampy nie był zabezpieczony. Świadek A. T. (1) zeznał, iż zostały zakupione pompy głębinowe oraz szlamowe i na bieżąco wypompowywali wodę. Świadek A. P. pracownik S. stwierdził, że po zakryciu dachu na płycie znajdowały się kałuże wody ale nie można powiedzieć że stała woda. Przyznał jednak, że wykonawca zastępczy żądał najpierw uszczelnienia ściany, żeby mieć pewność że woda wypływa ze styków. Zeznał nadto, że przed sporządzeniem notatki z dnia 16.02.2015r. były wstrzymywane roboty z powodu temperatur i potwierdził, że pewnych iniekcji nie można wykonywać w okresie zimowym, gdyż musi być zachowana temperatura + 5 stopni C, żeby skutecznie je wykonywać. Świadek T. P. (1) wskazał, że w niektórych miejscach płyty niższej stało więcej wody, w niektórych mniej. Jednocześnie podał, że jak robili prace ( III 2015r. ), to zrobiona została fosa uniemożliwiająca napływ wody od rampy. Przyjęli typologię zgodnie z którą do kiedy wykonawca ścian szczelinowych w jakimś stopniu nie usunie nieszczelności ze ścian, to nie są w stanie zidentyfikować czy występuje nieszczelność na połączeniu płyty ze ścianą szczelinową. Warunkiem identyfikacji wad w niższej części płyty było jej osuszenie. Osuszenie to w trakcie ich prac prowadzone było systematycznie i miało na celu uzyskanie wiedzy skąd wychodzi woda”. Świadek G. K. podwykonawca S. zeznał, że mróz pojawił się na przełomie grudnia i stycznia 2015r. (...) na poziomie – 2 woda zamarzała i było lodowisko. Podał też, że w takich warunkach nie można skutecznie robić uszczelnienia, robi się je przynajmniej w temperatur +5 stopni C. Powód wstawiał nagrzewnice, ale nieskutecznie, bo nie osiągnięto wymaganej temperatury. Świadek potwierdził także, że w I 2015r. woda dostawała się z rampy, którą zasłonięto pod koniec budowy. Napływająca woda była odpompowywana, ale wracała jak robiono odwierty na przepusty. K. S. przesłuchany w charakterze strony zeznał, że w lutym były warunki do usuwania przez pozwaną nieszczelności. Jak były zastoiny wody, to były wypompowane. Były zabezpieczone dmuchawy i pompy. Przyznał jednocześnie, że jak pracował P., to osuszano fragmenty posadzki. S. B. reprezentant pozwanej przesłuchany w charakterze strony, zeznał natomiast, że po zakryciu dachu na poziomie - 2 zalegała woda. Była to woda zastoinowa obecna na poprzednich fazach robót.

Był też napływ świeżej wody z opadów atmosferycznych i z nieszczelności ściany szczelinowej. Na początku stycznia były obfite opady deszczu. Woda wdarła się przez rampę zjazdową, piony komunikacyjne. Na powierzchni płyty były rozległe miejscowe zastoiny wody. Do daty odstąpienia przez powoda od umowy konstrukcja nie miała pełnego zabezpieczenia hydroizolacyjnego. Powód zabezpieczał rejon prowadzenia prac przed napływem wody zewnętrznej, ale nieskutecznie. Do daty opuszczenia przez pozwaną budowy piach nie został usunięty. Nie zabezpieczono do tej daty także rampy oraz pionów technicznych przed przedostawaniem się wody zewnętrznej. Wypukła ściana była zabezpieczona, ale przesiąkała. W drugiej połowie stycznia 2015 roku nastąpiło także znaczące obniżenie temperatury do 0 stopni, co spowodowało, że pozwana jak i S. przerwała prace. Z punktu widzenia technologicznego nie można było przy tej temperaturze wykonać iniekcji. Kontynuowali jednak prace przygotowawcze do iniekcji.

Świadkowie wskazywali także na zalegający piach na części płyty fundamentowej, na której prowadzić miał prace uszczelniające pozwany. Świadek T. P. (1) zeznał, że w elemencie niższym składowany był piasek na około 40%. Świadek G. K. podał, że na początku budowy ściana szczelinowa odsunęła się od gruntu i została zasypana piachem, żeby dalej nie odsuwała się i później jak zabezpieczono ściany, to piasek został złożony na części płyty poziom - 2. Piach zajmował powierzchnię 1/3 płyty. W ocenie świadka M. G. (2) fakt nawiezienia ziemi na płytę nie mógł wpłynąć na realizowane przez pozwanego prace. Świadek A. P. pracownik S. zeznał, że widział zalegający na poziomie - 2 piach „dużo było tego piachu , bo mieli kostkę układać”. K. S. wskazał zaś, że część piachu na poziomie - 2 została zgromadzona w celu umożliwienia położenia kostki brukarzem. Ostatecznie musieli go wynieść, bo był nawodniony i nie nadawał się do pracy. W jego ocenie na dwa hektary płyty, piach zalegał na powierzchni ok 10 % . Zdaniem S. B. reprezentanta pozwanej, piach zalegał na 30% całej powierzchni płyty.

Biegły z zakresu budownictwa J. L. (2) po zapoznaniu się ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym oraz po dokonaniu oględzin z udziałem stron w wydanej opinii głównej oraz uzupełniającej, a także przesłuchany na rozprawie w dniu 14.02.2017r. stwierdził, że aby móc wykonywać uszczelnienie na styku ściana szczelinowa - płyta fundamentowa muszą być spełnione określone uwarunkowania techniczne tj: brak stojącej wody na powierzchni płyty fundamentowej. W jego ocenie nie byłoby żadnych przeszkód wykonawczych, gdyby ściana szczelinowa czy też płyta fundamentowa była jedynie wilgotna, bo stan ten nie stanowi przeszkody do realizacji uszczelnienia. Całość utrudnień lub ograniczeń uniemożliwiających wykonawstwo uszczelnień w ramach hydroizolacji miało związek z nieograniczonym napływem wody zarówno powierzchniowej - z opadów deszczu, jak też i z gruntu zalegającego wokół ściany szczelinowej. W przedmiotowej budowie na najniższą kondygnację wlewały się wody powierzchniowe m.in.: poprzez nie zamknięte rampy oraz wysoce nieszczelną ścianę szczelinową. Biegły nie podzielił oceny powoda jakoby na dzień 02.03.2015r. ściana szczelinowa tylko się „pociła”, gdyż w jego ocenie dokumentacja fotograficzna obrazuje stan obfitego spływu wody po ścianie, a więc braku jej szczelności. W takich zaś warunkach nie ma możliwości prawidłowej oceny czy przerwy robocze na płycie są szczelne czy też nie. Tego rodzaju uwarunkowania i przeszkody całkowicie uniemożliwiały też wykonywanie pozwanej uszczelnień. Przecieki występujące na ścianie szczelinowej miały zatem istotny i długotrwały negatywny wpływ na całość problematyki zabezpieczenia obiektu przed wodą gruntową. Przekierowanie ścian szczelinowych wynikało z wadliwego ich wykonawstwa. Prace doszczelniające na najniższej kondygnacji garażowej mogły być zatem ostatecznie zakończone po wcześniejszej likwidacji innych źródeł, z poziomów wyższych, co oznacza, że weryfikacja ewentualnej nieszczelności i wszelkie prace naprawcze przy zamku czy też na powierzchni płyty fundamentowej mogły być efektywnie zakończone dopiero po pełnym uszczelnieniu ściany szczelinowej. W ocenie opiniującego sam fakt zadaszania budynku nie usunął skutków wcześniejszego napływu wody na poziomy najniższe. Zwrócił on także uwagę, że zgromadzony przez powoda na powierzchni płyty fundamentowej w znacznej ilości piasek do wbudowania pod kostkę betonową. O ile ilość i rozłożenie go na powierzchni płyty można było uznać za bez znaczenia dla prac prowadzonych przez pozwanego, o tyle możliwości wykonawcze pozwanej uległy całkowitej zmianie wobec zalewania piasku wodą opadową i gruntową z przeciekających ścian i rozpylania się wody z piskiem nawet na wyższych poziomach płyty fundamentowej. Zamoczony piasek stanowił zatem dodatkowe źródło długotrwałego późniejszego spływu wody na całą powierzchnię płyty betonowej. Biegły przesłuchany na rozprawie w dniu 14.02.2018r. wskazał również, iż z dziennika budowy wynika że dopiero 30.07.2015 roku doszło do zabetonowania zjazdu na ul. (...). Wobec tego woda do podziemia mogła dostawać się także i tą drogą. Jednocześnie stanowczo ocenił, że do czasu działalności pozwanej w budynku nie osiągnięto stanu, w którym byłoby



on trwale „odcięty” od jakichkolwiek innych źródeł napływu wody gruntowej do jego wnętrza. Nie bez znaczenia dla negatywnego oddziaływania wody w okresie późniejszym miała też pora roku i fakt obniżenia temperatury wewnątrz garażu do temperatury poniżej 0 stopni C. Opiniujący zaakcentował, że wykonawca zastępczy ostatnią fakturę za roboty uszczelniające wystawił po okresie ponad 10 miesięcy od daty zejścia pozwanej z placu budowy, zaś firma (...) prowadziła bezkonfliktowo prace uszczelniające praktycznie, aż do odbioru całości budowanego obiektu. W jego ocenie woda w przerwach roboczych swoje źródło miała na powierzchni płyty fundamentowej, a nie w jej głębszych warstwach. Jednocześnie z bardzo dużym prawdopodobieństwem stwierdził, że woda w rysach skurczowych pojawiła się wskutek jej naciekania na powierzchnię płyty betonowej, a nie z jej przepływu przez warstwy betonu w płycie fundamentowej. Jednocześnie biegły nie wykluczył, że mogły być wady w robotach pozwanego, ale zgromadzony materiał nie pozwalał wyprowadzić wniosku, że woda jaka znajdowała się na najniższej kondygnacji była wynikiem wadliwości jego prac. Powód w jego ocenie w sposób należyty nie zabezpieczył materiału dowodowego potwierdzającego nieprawidłowość prac pozwanego. Gdyby pozwanym była S., to materiał zgromadzony w sprawie pozwał uznać, że źródłem napływu wody były nieszczelne ściany szczelinowe. Zapisy o ich nieszczelnościach i o zagrożeniu ich powstania znajdują się bowiem w dzienniku budowy. W dokumencie zaś tym brak jest adnotacji dotyczących prac pozwanego. Żeby móc stwierdzić, że wykonawca wykonał rzecz nieprawidłowo należy doprowadzić do stanu, żeby można było taką ocenę przeprowadzić, a w stanie faktycznym taka sytuacja nie miała miejsca. Zdaniem biegłego należało pozwanemu dać dokończyć prace we właściwych warunkach, ażeby móc ocenić efekt prac. Odnosząc się do projektu wykonawczego pozwanej biegły przesłuchany na rozprawie w dniu 14.02.2018r. oświadczył, iż ma uprawnienia do oceny prawidłowości jego wykonania i projekt ten poddał analizie. W konkluzji stwierdził, że nie zgłasza do niego jakichkolwiek uchybień uznając, że został sporządzony zgodnie z techniką budowlaną. Zwrócił przy tym uwagę, że projekt ten stosowany był przez pozwanego także przy innych inwestycjach. Przyjęte przez niego rozwiązania nie były innowacyjne i są stosowane powszechnie. Zaakcentował, że wylewanie płyty fundamentowej odbywało się przy udziale kierownika robót z obu stron i w takim przypadku, gdyby wykonawcy brakowało wiedzy co do sposobu wylewania działek, to należało zadać pytania i kwestie te uszczegółowić. Z zebranych w sprawie dowodów nie wynikało żeby jakiegokolwiek były wątpliwości w tym zakresie, co oznacza, że prace wykonano za wspólną zgodą. Skoro więc kierownik budowy podjął się wykonania prac w oparciu o przedłożoną przez pozwanego dokumentację, to uznał ją za wykonaną w sposób prawidłowy. Zwrócił nadto uwagę na brak wpisów w dzienniku budowy potwierdzających zastrzeżenia kierownika budowy ze strony powoda co do prawidłowości projektu dostarczonego przez pozwaną. Kierownik budowy ze strony inwestora dokonanymi wpisami potwierdził zakończenie betonowania płyty fundamentowej. Tymczasem skoro miał zastrzeżenia do projektu, to mógł i powinien był w tamtej dacie odmówić dalszej realizacji prac, zasygnalizować problem w dzienniku budowy, zgłosić to inspektorowi nadzoru i skontaktować się z projektantem. Przy braku takich działań zarzuty kierownika budowy G. co do jakości prac pozwanego zgłoszone dopiero podczas przesłuchania go w charakterze świadka (post factum) uznał za niezasadne.

Sąd Okręgowy opinię biegłego (główną, uzupełniającą – pisemną i ustną) uznał za wiarygodną i rzetelną, dlatego włączył ją jako pełnowartościowy dowód w sprawie. Przyjął, że dowód z opinii biegłego na tle innych środków dowodowych, w szczególności zeznań świadków i stron wyróżnia specjalny jego przedmiot, cel, charakter oraz specyficzne, właściwe tylko jemu, kryteria oceny. Miał jednocześnie na względzie, że opinia biegłego podlega, jak inne dowody ocenie według art. 233 § 1 k.p.c., lecz odróżniają ją szczególne kryteria oceny. Stanowią je zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej, poziom wiedzy biegłego, podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania oraz stopień stanowczości wyrażonych w niej wniosków. Wszystkie te walory wydana w sprawie opinia posiadała. Wnioski z niej wynikające są kategoryczne oraz w całości korespondują z pozostałym zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym. Nie pojawiają się wątpliwości natury orzeczniczej, które uzasadniały z urzędu dalsze prowadzenie postępowania dowodowego. Nie są przy tym miarodajne dla oceny tego dowodu niekonkurencyjne z nim oceny świadków i uczestników postępowania co do faktów będących przedmiotem opinii (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2000 r., I CKN 1170/98). Jak słusznie stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 lutego 2003 r., sygn. V CKN 1622/00 sąd rozpatrujący sprawę nie jest obowiązany dopuszczać kolejnych dowodów z opinii biegłych tylko dlatego, że złożona opinia jest dla strony niekorzystna. Potrzeba powołania innego biegłego powinna wynikać z okoliczności sprawy, a nie z samego niezadowolenia strony z dotychczas złożonej opinii. Podstawy do podważenia prawidłowości wydanej opinii nie mogły w ocenie Sądu I instancji stanowić złożone do akt sprawy

uwagi do opinii sporządzone przez rzeczoznawcę budowlanego K. G. (1) (autora opinii prywatnej). Dokument ten stanowi bowiem jedynie dowód tego, że osoba która go podpisała wyraziła zawarty w niej pogląd. Nie korzysta on natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w nim twierdzeń. Pełnomocnik powoda miał możliwość zadawania opiniującemu na rozprawie w dniu 14.02.2017r. pytań w związku z wydaną opinią celem wyjaśnienia wszelkich wątpliwości i z możliwości tej skorzystał. Odnośnie zgłaszanych przez powoda zastrzeżeń co do kwalifikacji biegłego do wydawania opinii w sprawie opiniujący wskazał, że hydroizolacja stanowi element uszczelniający obiekt i do oceny jakości jej wykonania biegły z zakresu budownictwa posiada wystarczające kwalifikacje. Powołał się także na bogate doświadczenie w branży budowlanej, w tym uczestnictwo bezpośrednio lub pośrednio w ocenie, jak i w wykonawstwie obiektów, które były posadowione zdecydowanie niżej i były bardziej narażone na penetrację wody gruntowej niż to co jest przedmiotem sporu. Dlatego też oddalony został wniosek dowodowy powoda o powołanie innego biegłego. Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw dla których należałoby w sprawie zlecić dokonanie odkrywek.

Odnosząc się do oceny wiarygodności zeznań przesłuchanych w sprawie świadków, Sąd I instancji uznał je za wiarygodne w zakresie w jakim świadkowie wskazywali na warunki utrudniające kontynuowanie przez pozwaną wykonania ostatniego elementu zleconych umową prac, w tym zalegającą wodę, przecieki pochodzące ze ścian szczelinowych i niezabezpieczonej rampy, a także zawilgocony zgromadzony na posadzce piach. Nie dał zaś wiary zeznaniom świadków w części w jakiej powoływali się na możliwość kontynuowania prac przez pozwaną, zważywszy na przytoczone wyżej wnioski płynące z wydanej w sprawie opinii przez biegłego J. L. (2), a także informacje zawarte w ocenie technicznej prac pozwanego sporządzonej przez rzeczoznawcę K. G. na zlecenie powoda (k. 55- 61). Rzeczoznawca ten w wydanej ocenie zobrazował warunki panujące w miejscu kontynuowania prac przez pozwanego. Po przeprowadzeniu oględzin w dniach 09 i 19 marca 2015r. (kilka dni po opuszczeniu placu budowy przez pozwaną) stwierdził, że „nie ma obecnie podstaw do dokonania oceny jakości prowadzonych robót uszczelniających (...), gdyż stopień zawilgocenia betonu jest tak duży, że trudno wskazać miejsca przecieków. Podał nadto, że na dużych powierzchniach beton był przykryty warstwą wody i konieczne było użycie butów gumowych (...) W innym miejscu zawarł sformułowanie „woda stojąca na płycie nie była zmacona” (k 55-61 akt). Powyższe dowodzi, że zarówno rzeczoznawca (powołany przez powoda), jak i biegły sądowy negatywnie ocenili warunki panujące w dacie podejmowania przez pozwaną próby dokonywania iniekcji, uniemożliwiające ocenę jakości wykonanych robót. Potwierdza to także po części treść notatki ze spotkania stron z dnia 16.02.2015r., w której powód zobowiązał się zabezpieczyć rejon prowadzenia prac przez napływem wody zewnętrznej wraz z oczyszczeniem i zebraniem wody z płyty fundamentowej (k.33). W piśmie zaś z dnia 13.02.2015r. powód zarzucając pozwanej brak szczelności styków i liczne przecieki akcentował, że fakt ten ustalili po ich osuszeniu palnikiem gazowym (co z pewnością nie miałyby miejsca gdyby styki były suche). Ponadto skoro z zeznań pracownika S. wynikało, że zmuszeni byli zatrudnić podwykonawcę w celu dokonania uszczelnień, bo nie mogli tego dokonać własnymi siłami, a prace prowadziła ona do VIII 2015r., to stan ten obrazuje skalę problemu wynikłego z nieprawidłowego wykonania ścian szczelinowych, co miało bezpośrednie przełożenie na wykonywane przez pozwaną roboty.

Odnosząc się do zeznań świadków, którzy wadliwość prac pozwanej wywodzili z koloru wody znajdującej się na jej powierzchni wskazać należy, iż biegły z zakresu budownictwa w wydanej opinii podkreślił, że kolor wody wskazuje wyłącznie na rodzaj gruntu znajdującego się pod lub też wokół budynku, a jakkolwiek ocena wizualna powstała w oparciu o kolorystykę wody napływającej - nie może być traktowana jako wykładnia techniczna. W jego ocenie rozplywająca się po powierzchni płyty fundamentowej woda z piaskiem mogła być podstawą „bardzo mylnej oceny” co do ewentualnej nieszczelności samej płyty fundamentowej. Ponadto jego zdaniem fakt zaś, że na betonie powstają jakiegokolwiek rysy nie świadczy to o złym wykonawstwie płyty betonowej, gdyż są to rysy naturalne, które nie przewodzą wody.

Mając powyższe na względzie, Sąd Okręgowy do zeznań świadków P. H., A. T. (1), M. G. (2), T. P. (1), A. P. w zakresie w jakim wskazywali na wady wykonawcze prac pozwanej podszedł z dużą ostrożnością także z tego względu, iż osoby te były bądź pracownikami powoda lub podmiotu, który wykonywał ściany szczelinowe. Były to więc osoby emocjonalnie zainteresowane rozstrzygnięciem sporu na korzyść powoda, co było widoczne w trakcie ich przesłuchania. Sąd I instancji przy ocenie zeznań świadka G. K. podwykonawcy S. uwzględnił fakt, iż jest on w sporze z formą S. z powodu

nieopłaconego wynagrodzenia za wykonane na rzecz tego podmiotu prace, tym niemniej przyjął za wiarygodne jego zeznania w zakresie w jakim opisywał stan ścian szczelinowych w dacie realizowania prac przez pozwanego, gdyż korespondowały one z pozostałym zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, w szczególności informacjami zawartymi w ocenie technicznej rzeczoznawcy K. G..

W ocenie Sądu Okręgowego o ile nie można było wykluczyć, że wykonane przez pozwaną spółkę prace w I i II 2015r. mogły zawierać wady lub usterki, to zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwalał na jednoznaczne stwierdzenie, iż w dacie składania przez powoda oświadczenia o odstąpieniu od umowy fakt ten miał miejsce. Powołany w sprawie biegły w wydanej opinii wskazał, że nie stwierdził wad wykonawczych w zakresie rozkładania masy betonowej na płycie fundamentowej, jak też i w zakresie działań pielęgnacyjnych, typowych dla obiektów monolitycznych czy niezachowania przez pozwaną prawidłowych długości boków działek roboczych.

Ocena prawidłowości wykonania prac przez pozwaną wymagała także ustalenia w jakiej dacie zgodnie z umową wykonawca miał zakończyć zlecony zakres prac. W § 2 umowy strony przewidziały, iż zakończenie robót nastąpi zgodnie z harmonogramem budowy. Z umowy nie wynikało, aby złożony do akt sprawy harmonogram budowy stanowił jej element składowy (k 355- 361 ). Pozwany zaprzeczył jakoby znał treść tego dokumentu akcentując, że zakres jego prac nie został w tym harmonogramie ujęty. Również sam powód przesłuchany w charakterze strony nie potrafił określić w jakiej dacie pozwany miał zakończyć zlecone umową prace, a przez zapis w umowie „zakończenie parce wg. harmonogramu budowy” rozumiał ich realizację w ten sposób, aby na budowę mogli wchodzić kolejni podwykonawcy. Pomimo powyższego w ocenie Sądu I instancji w świetle zapisów umowy nie sposób uznać, że pozwanego nie wiązały żadne terminy realizacji zleconych mu prac. Skoro bowiem zgodził się na zawarcie w umowie zapisu, że zakończy roboty zgodnie z harmonogramem budowy a dokumentem tym nie dysponował, to jako profesjonalista powinien był podjąć działania, aby uzyskać wgląd do tego dokumentu. Zaniechanie powyższego obciążało go negatywnymi skutkami. Przyjmując zatem, iż pozwaną wiązał harmonogram budowy (...), co oznacza, że powinna była wykonać swoje roboty w takim terminie, aby na teren budowy mogli wejść następni podwykonawcy, wskazać należy, że z harmonogramu budowy wynikało, że kolejnymi podwykonawcami po pozwanej byli brukarze, którzy prace mieli rozpocząć w kwietniu 2015r. Okoliczność ta wynika także z zeznań świadka M. G.. Nie sposób więc przyjąć, że w lutym 2015r. pozwana była w opóźnieniu z realizacją zleconych robót. Zasadniczą bowiem ich część (97 %) pozwana wykonała w 2013r, zaś dalszą miała realizować po uzyskaniu dociążania budynku. Nie miała ona przy tym wpływu na przebieg prac ogólnobudowlanych, w tym na fakt, że zakrycie obiektu nastąpiło dopiero na przełomie 2014/2015 roku i nieuchronnie zbliżał się planowany termin otwarcia Galerii. Dopiero bowiem po położeniu dachu pozwana mogła wejść na teren budowy w celu sprawdzenia skuteczności wykonanego zabezpieczenia i dokonania ew. uszczelnień. Warunkiem jednak ich realizacji było, jednak jak wskazał biegły sądowy, uzyskanie stanu, w którym płyta fundamentowa byłaby sucha, co w stanie faktycznym nie miało miejsca. Jednocześnie powód powinien był mieć świadomość, że potrzebny jest czas na to, żeby zakończyć prace hydroizolacyjne i uszczelniające, i należy stworzyć wykonawcy odpowiednie warunki do ich realizacji. S. B. reprezentant pozwanej przesłuchany w charakterze strony zeznał, że im czasu tego nie dano. Potwierdził to świadek A. P. (pracownik S. ), który zeznał „nam dano szansę uszczelnienia ścian przez długi okres a pozwanemu nie, bo brak uszczelnienia styków i płyty stanowił przeszkodę do realizacji dalszych prac wg. harmonogramu budowy. Gdyby nie było przeszkody w dalszym prowadzeniu prac wg. harmonogramu, to pozwany mógłby prowadzić uszczelnienia”. W istocie zatem, to „napięty harmonogram budowy” (w czym trudno dopatrywać się zawinięcia pozwanej) stanowił podstawę do odstąpienia przez powódkę od umowy. Powódka zaś pozostając w błędnym przekonaniu, że uda się jej zakończyć prace uszczelniające w krótkim terminie zdecydowała się na własne ryzyko i koszt na zatrudnienie w tym celu podmiotu trzeciego.

W ocenie Sądu I instancji, powód nie tylko nie wykazał realizowania przez pozwaną wadliwie umowy, ale nie dowiódł także, iż zakreślony w piśmie z dnia 13.02.2015r. termin do zmiany sposobu wykonywania prac był terminem „odpowiednim”. W orzecznictwie przyjmuje się, że o tym, czy wyznaczony termin jest odpowiedni, przesądzą okoliczności danej umowy, stan zaawansowania prac, użytych materiałów, niebezpieczeństwa związanego z kontynuowaniem wadliwego wykonywania umowy. Czym większe niebezpieczeństwo powstania nieodwracalnych skutków nieprzestrzegania przez przyjmującego zasad należytego działania, tym termin ten może być krótszy.

Niewyznaczenie terminu, jak również wyznaczenie terminu nieodpowiedniego powoduje, że wezwanie będzie bezskuteczne i nie wywoła skutku w postaci powstania uprawnienia do odstąpienia od umowy ani możliwości powierzenia poprawienia lub dalszego wykonania obiektu innej osobie na podstawie art. 636 § 1 w zw. z art. 656 § 1 k.c.

Pozwany konsekwentnie zaprzeczał, jakoby wskazał powodowi datę w jakiej dokona uszczelnień. Sukcesywnie jednocześnie akcentował brak warunków do prowadzenia takich prac. Istnienie sporu pomiędzy stronami co do źródła przecieków potwierdzili wszyscy przesłuchani w sprawie świadkowie, mówili o „przerzucaniu się odpowiedzialnością”, „zwalaniu winy na drugiego ( świadek M. G. (2), G. K.). S. B. podał zaś, że jak wezwani zostali na początku roku do kontynuacji prac, to powiedzieli, że nie są spełnione warunki, które na to pozwalają. Niemniej wykonywali prace na tych odcinkach na których było to możliwe. Zeznał, że powód chciał, żeby uszczelnili wszystkie rysy na płycie dennej przed weryfikacją ich stanu rzeczywistego i dokonali iniekcji całego obwodu bez względu na to, czy odpowiedzialność za obecność wody w zamku leży po stronie pozwanego, czy też nie. Jednocześnie podał, że dokładali wszelkich starań żeby zidentyfikować źródło przecieku, ale nie chcieli robić uszczelnień miejsc, za które nie odpowiadają. Przez cały okres I i II 2015 roku spór dotyczył tego co jest źródłem przecieku. W kontekście powyższego twierdzenia powoda jakoby pozwany w terminie do dnia 28.02.2015r. zobowiązał się wykonać skutecznie uszczelnienia nie zasługują na wiarę.

Zdaniem Sądu Okręgowego zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wykazał, że zakresiony przez powoda termin do usunięcia ew. wad wykonawczych był nieodpowiedni zważywszy na zarówno na jego „długość” tj. faktycznie okres ponad tygodnia ( pismo z dnia 13.02.2015r. wysłane w dniu 17.02.2015r. z terminem do dnia 28.02.2015r. - k 32, 33 ) oraz brak stworzonych warunków do kontynuowania robót. Skoro w okresie I i II 2015r. na płycie fundamentowej w przeważającej części zalegała woda i mokry piach, przerywano prace z powodu niskiej temperatury, w której nie można prowadzić prac uszczelniających, to nie sposób uznać, że w takich warunkach pozwana mogła je skutecznie kontynuować. Także biegły z zakresu budownictwa w wydanej opinii ocenił, że zakresiony przez powoda termin do usunięcia wad nie był terminem „odpowiednim”.

W ocenie Sądu I instancji reprezentant pozwanego w procesie w sposób przekonywujący wytłumaczył z jakiego względu na teren budowy skierował od 3-4 pracowników . Powołał się na brak frontu robót i panujące warunki pracy. Nie sposób zatem obarczyć go winą za to, że nie oddelegował tam większej ilości jego pracowników. Także biegły odnosząc się do stopnia zaangażowania osobowego pozwanego w okresie I - II 2015 r. w usuwaniu nieszczelności uznał, że nie byłoby problemu kadrowego, gdyby nie ujawniająca się z każdą chwilą potrzeba wykonania dalszej ilości doszczelnień ścian. Jego zdaniem, jeśli nie jest jeszcze zagrożony termin realizacji prac, to nie jest właściwe zatrudnianie nadmiernej ilości pracowników, którzy mogą sobie tylko wzajemnie przeszkadzać. W przypadku zagrożonego terminu standardem jest, że stan zatrudnienia zdecydowanie się zwiększa.

Podsumowując powyższe, Sąd Okręgowy ocenił, iż powód nie wykazał wadliwego wykonania zleconych prac przez pozwaną. Ze zgromadzonych w sprawie dowodów wynikało ,że w I i II 2015r. pozwana była na etapie kończenia prac uszczelniających, co oznacza, że w tej dacie „pewne przecieki mogły być” ale, jak określił to opiniujący, wykonawcy nie zostały stworzone warunki, aby pozwana mógł te roboty zakończyć w stopniu umożliwiającym ocenę skuteczności wykonanej hydroizolacji. Wobec ustalenia, że wyznaczony przez powódkę termin, o którym mowa w art. 636 § 1 k.c. był nieodpowiedni uznał, że wezwanie do zmiany sposobu wykonania prac okazało się bezskuteczne i nie wywołało skutku w postaci powstania uprawnienia do odstąpienia od umowy, czy możliwości powierzenia poprawienia lub dalszego wykonania obiektu innej osobie na podstawie art. 636 § 1 w zw. z art. 656 § 1 k.c. Konsekwencją powyższego było przyjęcie za bezskuteczne oświadczenia powoda o odstąpieniu od umowy z mocy ustawy, jak i powierzenie poprawienia i dalszego wykonanie dzieła wykonawcy zastępczemu na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie. ( art. 636 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c.). Sąd Okręgowy uznał także, że nie zostały spełnione także przesłanki z art. 471 k.c., aby obciążyć pozwaną spółkę obowiązkiem naprawienia szkody z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania. Wskazał, że zgodnie z art. 471 k.c. dłużnik jest obowiązany 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. Odpowiedzialność na podstawie tego przepisu aktualizuje się wówczas gdy spełnione zostaną następujące przesłanki: 1) szkoda wierzyciela w postaci

uszczerbku majątkowego, 2) niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika, 3) związek przyczynowy między faktem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania a poniesioną szkodą. Ciężar dowodu istnienia tych przesłanek, zgodnie z art. 6 k.c., spoczywa na wierzycielu, jako osobie, która z tychże faktów wywodzi skutki prawne. Wierzyciela nie obciąża natomiast obowiązek udowodnienia winy dłużnika w niewykonaniu bądź nienależytym wykonaniu zobowiązania, gdyż konstrukcja odszkodowawczej odpowiedzialności kontraktowej oparta jest na zasadzie winy domniemanej i to dłużnika obciąża ciężar udowodnienia, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

W stanie faktycznym sprawy, zdaniem Sądu I instancji - powód nie wykazał skutecznie, iż pozwana spółka nienależycie wykonała zobowiązanie wynikłe z umowy z dnia 03.01.2013r. Z poczynionych ustaleń wynika, że wykonawca zasadniczą część robót wykonał w 2013r. ( ok. 97 % ), zaś przystępując do prac uszczelniających w I i II 2015r. nie miał stworzonych warunków do ich kontynuacji z powodu zalegającego na części płyty piasku rozmywającego się w wodzie przeciekającej ze ścian szczelinowych i napływającej z innych źródeł. Pozwany posiadał wolę realizacji prac uszczelniających i usunięcia ew. usterek, ale powód odstępując do umowy nie dał mu takiej szansy. Nie sposób zatem przypisać mu winy w nienależytym wykonaniu umowy. Nie można także uznać, że w dacie składania przez powoda oświadczenia o odstąpieniu od umowy 02.03.2015r. pozwany był w zwłoce w terminowym zakończeniu prac, zważywszy na okoliczność, iż roboty miał wykonać zgodnie z harmonogramem budowy, a kolejni podwykonawcy mieli wejść na plac budowy dopiero w kwietniu 2015r. Pozwany w procesie dowiódł, iż nie było jego winy w wykonaniu prac zgodnie z umową dowodząc, że wprowadzenie wykonawcy zastępczego nastąpiło w chwili gdy nie można było stwierdzić źródeł infiltracji wody, a stan ścian szczelinowych nie pozwalał na kontynuację prac uszczelniających stanowiących element zleconych robót. W ocenie Sądu Okręgowego, powód nie udowodnił też jakimi konkretnie wadami były obciążone prace wykonane przez pozwanego i jaki był ich zakres. W aktach sprawy zabrakło inwentaryzacji prac pozwanego na datę zaprzestania ich wykonywania, a wystarczającymi w tym przedmiocie nie mogły okazać się wyłącznie zeznania świadka T. P. (1) (wykonawcy zastępczego). Świadek ten potwierdził wprawdzie prowadzenie prac na naprawczych na spornej budowie dowodząc, iż istniało szereg rys, które należało uszczelnić, jednakże biegły w wydanej opinii oraz zeznając na rozprawie w dniu 14.02.2018r. zaakcentował, że występowanie rys na płycie jest naturalnym zjawiskiem i nie każda rysa przewodzi wodę. W jego ocenie zdecydowana większość robót wykonywanych przez wykonawcę zastępczego budzi wątpliwości co do ich zasadności i rzeczywistej potrzeby. Powód bowiem doprowadził do istotnej zmiany technologii wykonawstwa uszczelnienia przed wodą gruntową w ramach hydroizolacji. Projekt warsztatowy planowanej do wykonania bezpowłokowej hydroizolacji nie zakładał potrzeby wykonywania rozwiązań zdecydowanie bardziej kosztownych tj.: iniekcji płyty fundamentowej. Mając na uwadze brak technicznego udokumentowania rzeczywistych potrzeb wykonywania prac uszczelniających w rozwiązaniach zamiennych w stosunku do projektu zaproponowanego przez pozwanego i przyjętego przez powoda biegły ocenił, iż gdyby doszło do dalszego kontynuowania prac przez pozwanego nie byłoby potrzeby zmiany technologii wykonania skutecznego zabezpieczenia budynku przed wodą gruntową. Jego zdaniem pozwany prawidłowo sporządził dokumentację warsztatową hydroizolacji bezpowłokowej i była ona w pełni wystarczającą do wykonania skutecznej izolacji przeciwwodnej dla najniższych kondygnacji (...). Opiniujący nadto za nieuzasadnione technicznie i ekonomicznie uznał wykonywanie uszczelnienia zamka na całej przewidzianej powierzchni w sytuacji, gdy inne elementy konstrukcyjne nie były szczelne.

Sąd Okręgowy zwracał uwagę na treść umowy jaką powód podpisał w wykonawcą zastępczym. Wskazywał, że obejmowała ona większy zakres niż tylko uszczelnienie styków, przerw roboczych oraz rys i praktycznie zlecone zostało wykonawcy zastępczemu wykonanie nowej hydroizolacji za kwotę przekraczającą wynagrodzenie objęte umową stron. Odnosząc się do zeznań świadka T. P. wątpliwości budziła ilość i zakres prowadzonych przez niego robót naprawczych także z uwagi na jego oczywiste zainteresowanie, jak największym zakresem zlecenia, zwłaszcza gdy uzgodnienie wynagrodzenia obejmowało - tylko i wyłącznie - wskaźniki jednostkowe dla poszczególnych rodzajów prac do jego wykonania. Na okoliczność tę zwrócił także uwagę biegły w wydanej opinii.

Wobec braku zaoferowania przez powoda wystarczających dowodów na okoliczność występowania wad w pracach wykonawczych pozwanej i ich zakresu, zdaniem Sądu I instancji nie sposób było określić rynkowego kosztu ich

usunięcia. Powód nie zabezpieczył dowodu w trybie art. 310 k.p.c. Nie wykonał stosownej dokumentacji fotograficznej, a zaofiarowane w procesie dowody w postaci zeznań w świadków (pracowników powoda) okazały się w tym przedmiocie niemiarodajne i niewystarczające. Skoro z dowodów zgromadzonych w sprawie wynikało, że pozwany miał wolę kontynuowania prac na przedmiotowej budowie, to zdaniem Sądu I instancji, należało mu w pierwszej kolejności zapewnić warunki techniczne do prowadzenia prac uszczelniających, a dopiero później po stwierdzeniu że wykonuje je nienależycie i po wyczerpaniu stosownych procedur, wprowadzić wykonawcę zastępczego.

Pomimo zatem, iż powód w procesie przedłożył dowody potwierdzające zlecenie wykonawcy zastępczemu prac polegających na wykonaniu szczelnej hydroizolacji bezpowłokowej płyty fundamentowej i zabezpieczenia zamka na styku płyta fundamentowa i ściana w (...) (w tym uszczelnienie styku, przerw roboczych oraz rys ) oraz wykonanie tych prac, a także opłacenie z tego tytułu należności do kwoty dochodzonej pozwem, to Sąd Okręgowy uznał, że powód nie wykazał faktycznej potrzeby ich realizowania przez wykonawcę zastępczego, w tym w zakresie przez niego wykonanym, jak również nie dowiódł istnienia związku przyczynowego pomiędzy wydatkowanymi na ten cel środkami a nienależytym wykonaniem umowy przez pozwaną. Pozwany tymczasem dowiódł, iż woda znajdująca się na płycie fundamentowej była wynikiem nieszczelnych ścian szczelinowych oraz dopływu wody z innych źródeł, a w takich warunkach nie mógł on skutecznie realizować ostatniego etapu zleconych mu prac. Z tych względów, Sąd I instancji nie znalazł podstaw do uwzględnienia roszczenia powoda na podstawie art. 471 k.c.

W ocenie Sądu Okręgowego, nie było też przesłanek do uwzględnienia żądania pozwu w oparciu o dyspozycję art. 480 § 3 k.c. na którą powoływał się powód. Stosownie do tej regulacji w razie zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania czynienia, wierzyciel może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody, żądać upoważnienia przez sąd do wykonania czynności na koszt dłużnika. W wypadkach nagłych wierzyciel może, zachowując roszczenie o naprawienie szkód, wykonać bez upoważnienia sądu czynność na koszt dłużnika lub usunąć na jego koszt to, co dłużnik wbrew zobowiązaniu uczynił. W orzecznictwie przyjmuje się, że uprawnienie do odwołania się do dozwolonej samopomocy powstaje jedynie, jeśli dłużnik dopuszcza się zwłoki w spełnieniu świadczenia czynienia, a jednocześnie zaistniał wypadek nagły, a zatem taki, gdy wierzycielowi grozi niepowetowana strata, gdy świadczenie późniejsze utraci dla wierzyciela znaczenie lub gdy z innych uzasadnionych przyczyn nie może on czekać na prawomocne rozstrzygnięcie sądu. Przez „nagłe wypadki” rozumieć należy sytuacje awaryjne, w szczególności niosące zagrożenie dla życia, zdrowia lub grożące poważną szkodą w mieniu (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 6 września 2005 r., VI ACa 1087/2004.). Materiał zgromadzony w sprawie nie potwierdził, aby pozwany dopuścił się zwłoki w spełnieniu świadczenia czynienia. W okresie gdy realizował ostatni etap prac (I , II 2015r.) nie był w zwłoce w odniesieniu do harmonogramu budowy. Obawy powoda co do zagrożenia terminu oddania budynku do użytkowania nie stanowiły „nagle wypadku” w rozumieniu art. 480 § 3 k.c. Niezależnie od powyższego uprawnienie wynikające z przepisu art. 480 § 3 k.c. nie dotyczy sytuacji nienależytego wykonania zobowiązania, a jedynie niewykonania zobowiązania i dlatego nie stosuje się go do uprawnień z tytułu rękojmi czy gwarancji. Przyjmuje się bowiem, że przepisy przewidujące uprawnienia z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania mają charakter autonomiczny wobec tej regulacji. ( por. komentarz do art. 480 k.c. red. Osajda 2017, wyd. 15/M. Kondek ,Legalis ). Wskazywał, że szczególną zaś regulacją 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 umową (przepis ten, na zasadzie art. 656 § 1 k.c., stosuje się także do umowy o roboty budowlane). Zdaniem Sądu I instancji w stanie faktycznym sprawy nie zostały także spełnione przesłanki z umowy do powierzenia wykonania prac podmiotowi trzeciemu na podstawie zapisów umowy. W § 7 umowy strony ustaliły, że prawo żądania przystąpienia do odbioru poszczególnego etapu robót lub przedmiotu umowy przysługuje także Zamawiającemu. Przedstawiciel Zamawiającego ma obowiązek wyznaczenia terminu odbioru i przystąpienia do odbioru w terminie do 3 dni roboczych od daty zawiadomienia o gotowości do odbioru. W odbiorze uczestniczy oprócz Wykonawcy i przedstawiciela Zamawiającego Inspektor Nadzoru, Kierownik Budowy i Kierownik Robót. Z odbioru poszczególnych etapów robót, jak i odbioru przedmiotu umowy zostaje sporządzony protokół odbioru częściowego lub końcowego podpisany przez Zamawiającego i Wykonawcę. Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia wad stwierdzonych podczas odbioru w terminie 3 dni roboczych lub określonym, przez przedstawiciela zamawiającego w porozumieniu z wykonawcą, a następnie ponownego zgłoszenia prac do odbioru wg. procedury

przewidzianej w umowie przy czym w przypadku nie usunięcia przez wykonawcę wad w terminach wskazanych wyżej zamawiający ma prawo usunąć wady na koszt wykonawcy (potrącając płatność z wynagrodzenia umownego lub zgłaszając roszczenie o zwrot kosztów uznając je za dług lub wykorzystując w tym celu kaucję gwarancyjną). Pozwany zaprzeczył jakoby powód skorzystał z tej regulacji. Zwrócić należy uwagę, że wszystkie sporządzone w trakcie realizacji robót protokoły odbioru nie zawierały adnotacji o wadliwości wykonanych przez pozwaną prac. Przyjmując jednak nawet, że ich odbiór miał miejsce przed wystosowaniem przez powoda pisma z dnia 13.02.2015r. ( k 31 akt), to aktualne pozostają konstatacje zawarte we wcześniejszej części uzasadnienia co do braku wykazania przez powoda, iż napływająca na płytę woda była wynikiem wadliwości prac pozwanej spółki oraz wobec ustalenia, że nie były stworzone warunki umożliwiające pozwanej podjęcie próby dokonania uszczelnień zgodnie z zapisami umowy.

Mając powyższe na względzie, Sąd Okręgowy żądanie powoda uznał za nieuzasadnione. O kosztach postępowania rozstrzygnął na mocy art. 98 k.p.c., art. 108 § 1 k.p.c. i art. 109 k.p.c. oraz art. 83 ust. 1 ustawy z dnia 28.07.2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych ( Dz. U z 2016r. poz. 623 ).

**Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 13 marca 2018 roku wniósł powód K. S., który zaskarżył powyższy wyrok w całości, zarzucając mu:**

**I. naruszenie prawa materialnego to jest:**

**1. naruszenie art. 636 § 1 k.c. poprzez jego niezastosowanie i błędne przyjęcie, iż powód nie był uprawniony do powierzenia usunięcia nieszczelności nienależycie wykonanej hydroizolacji płyty fundamentowej (...) innemu podmiotowi na koszt i niebezpieczeństwo pozwanego oraz uznanie, iż powód nie wykazał zaistnienia ustawowych przesłanek - to jest wykonywania dzieła przez pozwanego w sposób wadliwy opieszwały i sprzeczny z umową oraz sztuką budowlaną, wezwania pozwanego w piśmie z dnia 13.02.2015 r. do zmiany sposobu wykonania prac i wyznaczenia mu w tym celu odpowiedniego terminu, bezzasadne uznanie iż wyznaczony termin nie był odpowiedni, pomimo iż został wskazany przez pozwanego, pominięcie faktu, iż pozwany nie potrafił wykonać szczelnej hydroizolacji pomimo instruktażu przeprowadzonego przez firmę (...) Sp. z o.o., co potwierdza nieskuteczność zleconych w kwietniu 2015 r. prac dodatkowych w postaci braku uszczelnienia 5 zbiorników ppoż, a w konsekwencji nieprawidłowe uznanie, iż nie istniała podstawa prawna uprawniająca powoda do usunięcia wad i usterek hydroizolacji w trybie wykonawstwa zastępczego na ryzyko i koszt pozwanego;**

**2. naruszenie przepisu art. 471 k.c. poprzez jego niezastosowanie i nieprawidłowe uznanie, iż powód nie wykazał zaistnienia przesłanek w postaci winy pozwanego, szkody oraz związku przyczynowego pomiędzy działaniami pozwanego a szkodą pomimo wykazania przez powoda nienależytego wykonania przedmiotu umowy z winy pozwanego, doznanej szkody w postaci zasadnych koniecznych kosztów wykonawstwa zastępczego udokumentowanych obmiarami, fakturami wystawionymi przez firmę (...) oraz przelewami wynagrodzenia na jego rzecz, bezzasadne podważenia zakresu i wartości prac (...) oraz związku przyczynowego pomiędzy zawinionymi działaniami pozwanego a szkodą wyrządzoną powodowi, a w konsekwencji bezzasadne uznanie, iż pozwany nie jest zobowiązany do uiszczenia na rzecz powoda odszkodowania z tytułu wyrządzonej szkody;**

**3. naruszenie przepisu art. 480 § 3 k.c. poprzez jego niezastosowanie i nieprawidłowe uznanie, iż zagrożenie wstrzymania prac budowlanych(...)i rezygnacji przez innych podwykonawców z wykonywania zakontraktowanych prac na skutek przestojów, a także zagrożenie opóźnienia oddania (...) do użytkowania oraz wynikające z tego tytułu wielomilionowe kary wynikające z zawartych umów z przyszłymi najemcami, a także ryzyko utraty kredytu bankowego finansującego budowę (...)nie stanowiły przypadku nagłego uprawniającego powoda do usunięcia wad i usterek w trybie wykonawstwa zastępczego bez upoważnienia sądu na koszt pozwanego;**

**II. naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na wynik sprawy:**

**1. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 k.p.c. poprzez bezzasadne i nieprawidłowe:**

- **oddalenie wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego z zakresu budownictwa i projektowania o specjalności wykonywanie hydroizolacji bezpowłokowej płyty fundamentowej i zabezpieczenia zamka na połączeniu płyta fundamentowa - ściana szczelinowa, braku dokonania odkrywek pomimo stawianych przez powoda zasadnych zastrzeżeń do dotychczasowej opinii sporządzonej przez biegłego sądowego J. L. (2), wykazania jej istotnych konkretnych braków i niezgodności ze sztuką budowlaną, a w konsekwencji nierozpoznanie istoty sprawy poprzez brak oceny sposobu wykonania oraz nieprawidłowości zaistniałych przy wykonywaniu płyty fundamentowej oraz hydroizolacji bezpowłokowej, uniemożliwienie powodowi wykazania nienależytego wykonania przedmiotu umowy, uniemożliwienie wykazania, iż woda stojąca na powierzchni wypływała z płyty fundamentowej oraz pozbawienie powoda jedynej formy zakwestionowania i wykazania nieprawidłowości opinii biegłego sądowego J. L. (2),**
- **umniejszenie mocy dowodowej opinii technicznej sporządzonej przez rzeczoznawcę K. G. (1), który posiada odpowiednią wiedzę techniczną i kwalifikacje zawodowe pozwalające na dokonanie oceny prawidłowości zgodności wykonanych prac pozwanego ze sztuką budowlaną, zwłaszcza iż opinia ta została wykonana na podstawie wizji lokalnej w dniu 09.03.2015 r. to jest jeden dzień po zejściu firmy (...) z.o.o. z placu budowy oraz na podstawie dokumentacji techniczno-projektowej, co potwierdza jej wiarygodność i moc dowodową a w konsekwencji nieprawidłowe uznanie, iż opinia ta nie może stanowić obiektywnej oceny prac wykonanych przez pozwanego,**

**2. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. oraz art. 355 k.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i brak dokonania jego oceny w sposób bezstronny i racjonalny, bezzasadne uznanie wbrew obowiązującym standardom zawodowym i doświadczeniu życiowemu, iż:**

- **powód nie wykazał nienależytego wykonania przez pozwanego jako profesjonalistę hydroizolacji płyty fundamentowej i jej styku ze ścianą szczelinową w obiekcie (...) podczas gdy spójne zeznania świadków kierownika budowy oraz inspektora nadzoru budowlanego P. H., M. G. (2), A. T. (2), T. P. (1), K. G. (1) jednoznacznie potwierdzają, iż przedmiot umowy nr (...) z dnia 03.01.2013 r. nie został wykonany należycie - brak wypełnień węży iniekcyjnych, oszczędzanie materiałów do iniekcji, w konsekwencji naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na wynik sprawy poprzez nieuwzględnienie nieszczelności oraz przecieków płyty fundamentowej(...) będących konsekwencją nienależytego wykonanych prac przez pozwanego oraz pominięcie konieczności wykonania przez powoda bezzwłocznych napraw w trybie wykonawstwa zastępczego.**
- **nieprawidłowe uznanie, iż pozwany nie mógł prowadzić prac oraz wykonać uszczelnienia styku ściana szczelinowa - płyta fundamentowa z uwagi na uwarunkowania techniczne, podczas gdy pozwany jako profesjonalista powinien ocenić i przewidzieć warunki prowadzenia prac na budowie, w tym warunki atmosferyczne zwłaszcza, iż przed podpisaniem umowy nr (...) z dnia 03.01.2013 r. dokonał wizji obiektu i zapoznał się z warunkami prowadzenia prac oraz stanem ścian szczelinowych, a teren prowadzenia prac było w należytych stanie technicznym gdyż:**



a) *bezzasadne uznanie, iż powód nie podejmował wszelkich czynności celem przygotowania pozwanemu frontu robót - woda z płyty fundamentowej była na bieżąco wypompowywana przez powoda pompami szlamowymi i głębinowymi, a płyta osuszana przez osuszacze, a ponadto poszczególne odcinki były osuszane palnikami, co potwierdzili świadkowie A. T. (2), P. H., T. P. (1),*

b) *stan ścian szczelinowych był prawidłowy i zgodny z technologią wykonawstwa - ściany pociły się i nie przepuszczały wody a ponadto były na bieżąco efektywnie doszczelniane przez firmę (...) z.o.o., co potwierdza brak jakichkolwiek zastrzeżeń, zgłoszeń czy wpisów do dziennika budowy dokonanych przez pozwanego dotyczących rzekomego złego stanu terenu wykonania prac lub czynników uniemożliwiających prowadzenie robót oraz zeznania świadków A. T. (2), P. H.,*

c) *grudzień 2014 r. styczeń i luty 2015 r. były miesiącami ciepłymi, w których przeważały temperatury dodatnie nie stanowiące przeszkody do prowadzenia prac przez pozwanego i innych podwykonawców, co potwierdzają informacje meteorologiczne z ogólnodostępnych stron internetowych,*

- bezzasadne przyjęcie, że piach zalegający na płycie fundamentowej uniemożliwiał prowadzenie prac przez pozwanego oraz był dodatkowym źródłem wycieku wody na płytę fundamentową podczas gdy piach stanowił obciążenie dla płyty fundamentowej stanowiące zabezpieczenie przed jej odkształceniem, zajmował jedynie 10 % powierzchni płyty, był składowany na niższej części płyty fundamentowej, gdzie prace naprawcze nie były prowadzone, był na bieżąco usuwany przez powoda z fragmentów na których były prowadzone prace, a woda z płyty fundamentowej była na bieżąco wypompowywana przez powoda, co potwierdza brak jakichkolwiek zastrzeżeń, zgłoszeń czy wpisów do dziennika budowy dokonanych przez pozwanego dotyczących zalegającego piachu oraz brak wezwań do jego usunięcia, a w konsekwencji bezzasadne uznanie, iż pozwany nie mógł prowadzić prac na skutek zalegającego piachu,*
- brak analizy projektu oraz oparcie oceny materiału dowodowego na niewiarygodnych sprzecznych z materiałem dowodowym zeznaniach świadków i bezzasadne uznanie, iż ściany szczelinowe nie posiadały odpowiedniej grubości na skutek zmiany dokonanej przez powoda, podczas gdy zmiana grubości ścian szczelinowych nastąpiła w wyniku decyzji firmy (...) Sp. z o.o. oraz na skutek zwiększenia grubości płyty fundamentowej, co stanowiło skuteczne zabezpieczenie przed napływającą wodą gruntową, a w konsekwencji nieprawidłowe ocena pomijająca fakt, iż ściany szczelinowe były w dobrym stanie technicznym i zabezpieczały w odpowiedni sposób płytę fundamentową przed napływem wody,*
- ściany szczelinowe przepuszczały wodę w niewielkim zakresie, gdyż technologia ścian szczelinowych dopuszcza nieszczelności, a ich usuwanie nie stanowiło przeszkody do prowadzenia prac przez wykonawców pracujących na obiekcie, a ponadto przed podpisaniem umowy nr (...) z dnia 03.01.2013 r. pozwany dokonał wizji terenu budowy i zapoznał się ze stanem wybudowanych uprzednio ścian szczelinowych, a tym samym uznał, że ich stan jest odpowiedni do wykonania szczelnej hydroizolacji bezpowłokowej płyty fundamentowej a w konsekwencji bezzasadne uznanie niezgodnie ze stanem faktycznym, iż ściany szczelinowe przepuszczały wodę w ilości uniemożliwiającej prowadzenie prac przez pozwanego,*
- pozwany sygnalizował powodowi przeszkody w prowadzeniu prac, podczas gdy w zebranych materiale dowodowym brak jakichkolwiek zastrzeżeń, zgłoszeń czy wpisów do dziennika budowy dokonanych przez pozwanego dotyczących złego stanu terenu wykonania prac lub czynników uniemożliwiających prowadzenie robót,*

- *termin wyznaczony na wykonanie prac określony w piśmie z dnia 13.02.2015 r. nie jest odpowiedni, podczas gdy termin ten został wyznaczony przez pozwanego w piśmie z dnia 18.02.2015 r., a ponadto w piśmie z dnia 18.02.2015 r. pozwany zobowiązał się do usunięcia usterek w terminie 3 tygodni od dnia 10 stycznia 2015 r., a ponadto termin był znacznie dłuższy niż 3 dniowy termin na usunięcie wad określony w umowie nr (...) z dnia 03.01.2013 r, a w konsekwencji bezzasadne uznanie, iż nie wystąpiły przesłanki uprawniające powoda do wykonania prac w trybie wykonawstwa zastępczego,*
- *uznanie, iż to powód narzucił zmianę technologii usunięcia nieszczelności na bardziej kosztowną, podczas gdy sam pozwany potwierdził, iż to firma (...) dokonała wyboru metody wykonania hydroizolacji bezpowłokowej w technologii białej wanny, a następnie w dokumentacji w Dokumentacji warsztatowej hydroizolacji bezpowłokowej (projekt technologiczny hydroizolacji) sporządzonej w dniu 21.12.2012 r. pozwany jednoznacznie wskazał, iż metodą konieczną do usunięcia nieszczelności jest wykonanie iniekcji, a w konsekwencji niezasadne uznanie, iż to powód i podwykonawca (...) wymusili zmianę technologii celem podwyższenia kosztów wykonawstwa zastępczego,*
- *pominięcie faktu, iż pozwany nie chciał i nie wykazywał chęci, dobrej woli, a także nie podejmował starań celem skutecznej naprawy hydroizolacji, które to fakty zostały ewidentnie pominięte przy ocenie materiału dowodowego oraz wskazań powoda, iż niechęć w wykonywaniu i kontynuowaniu prac naprawczych wynikała nie tylko z braku umiejętności ale umyślnego zamiaru uniknięcia ponoszenia kosztów, gdyż wykonanie iniekcji z uwagi na złożoną technologię oraz koszt zużytych materiałów - jest metodą bardzo kosztowną,*
- *pominięcie faktu, iż efektywność izolacji ocenia się po wykonaniu prac a nie w trakcie i bezzasadne uznanie, iż brak uwag i zastrzeżeń na protokołach częściowych podpisanych przed zadaniem obiektu (...)potwierdzał należyte wykonanie przedmiotu umowy, podczas gdy ocena szczelności oraz prawidłowości wykonania hydroizolacji płyty fundamentowej jest możliwa dopiero po zadaniu budynku czyli po wykonaniu hydroizolacji w całości, a w konsekwencji naruszenie przepisu postępowania, mające wpływ na wynik sprawy poprzez uznanie iż powód nie informował na bieżąco pozwanego o wadach i usterekach oraz że przedmiot umowy nr (...) z dnia 03.01.2013 r. nie posiadał wad i usterek,*
- *pozwany nie wykonał całości prac, podczas gdy spójne zeznania świadków kierownika budowy oraz inspektora nadzoru P. H., M. G. (2), A. T. (2) potwierdziły, iż prace zostały wykonane w całości, a powód nie dokonał odbioru końcowego prac z uwagi na nienależyte wykonanie przedmiot umowy oraz wystąpienie wad istotnych uniemożliwiających funkcjonowanie obiektu (...)zgodnie z przeznaczeniem oraz uniemożliwiających prowadzenie prac budowlanych przez innych podwykonawców, a w konsekwencji naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na wynik sprawy poprzez uznanie, iż na skutek braku odbioru pozwany jest zwolniony z obowiązku usunięcia wad i usterek wadliwej hydroizolacji zgodnie z postanowieniami umowy nr (...) z dnia 03.01.2013 r.,*
- *nieprawidłową ocenę i zrównanie technologii, zakresu i terminu wykonanych przez pozwanego prac i prac wykonywanych na obiekcie (...) przez firmę (...).zo.o., pomimo iż :*
  - a) *technologia ścian szczelinowych dopuszcza przecieki i przesączanie wody przez ściany szczelinowe,*

- b) *ściany szczelinowe były wykonywane na większej powierzchni obiektu to jest poniżej płyty fundamentowej, na kondygnacji - 2 oraz na kondygnacji -1, dlatego oczywistym jest, iż prace te były wykonywane przez dłuższy okres czasu niż prace pozwanego,*
- c) *na etapie zadaszania budynku - grudzień 2014 r. i styczeń 2015 r. - stan ścian szczelinowych był bardzo dobry, występowały jedynie pojedyncze przecieki, co nie wstrzymywało realizacji budowy i umożliwiało wykonywanie prac przez innych podwykonawców,*
- d) *pozwany przed podpisaniem umowy nr (...) z dnia 03.01.2013 r. zapoznał się z terenem budowy oraz stanem ścian szczelinowych tym samym pozwany potwierdził, iż ściany szczelinowe przepuszczały wodę w ilości nie przeszkadzającej w prowadzeniu prac,*
- e) *brak szczelności płyty fundamentowej uniemożliwił dalsze prowadzenie prac przez wszystkich wykonawców oraz pominięcie potwierdzonego przez świadków A. T. (2), P. H., A. P. oraz strony K. S. faktu, iż pozwany nie zapewnił odpowiedniej ilości pracowników do usuwania wskazanych wad i usterek oraz prowadził prace naprawcze nieudolnie, co znacznie wydłużyło okres prac naprawczych a w konsekwencji naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na wynik sprawy poprzez bezzasadne uznanie, iż pozwany nie dysponował odpowiednio długim okresem czasu na wykonanie prac;*
- bezzasadne uznanie, iż pozwany nie był w zwłoce w wykonaniu prac podczas, gdy pozwany nie był w stanie usunąć nieszczelności przez okres około 2 miesiące to jest od momentu zadaszania budynku do dnia 02.03. (...). do czego się zobowiązał w piśmie z dnia 18.02.2015 r., a dalsze nieudolne prowadzenie prac nieefektywnie przy pomocy zaledwie 2-3 pracowników spowodowałyby zwłokę wykonania całego obiektu o kolejne kilka miesięcy, gdyż brak uszczelnienia płyty fundamentowej o powierzchni około 20.000 m<sup>( 2)</sup> wstrzymał prace budowlane wszystkich podwykonawców pracujących na obiekcie(...), a ponadto jak wskazali świadkowie M. G. (2) oraz P. H. po wykonaniu hydroizolacji konieczne jest tzw. odsezonowanie płyty fundamentowej, który to okres wynosi co najmniej 8 tygodni,*
  - powód ponosi odpowiedzialność za przerwanie prac przez pozwanego i opuszczenie placu budowy, podczas gdy zgodnie z zasadą ignorantia iuris nocet pozwany sam powinien ocenić nieskuteczność odstąpienia od umowy nr (...) z dnia 03.01.2013 r. i ponosi odpowiedzialność za dokonaną nieprawidłową ocenę stanu prawnego,*
  - odstąpienie od umowy było konsekwencją napiętego harmonogramu budowy, podczas gdy powód kilkakrotnie potwierdził, iż gdyby pozwany rzetelnie i efektywnie usuwał nieszczelności nie podjąłby decyzji o zakończeniu współpracy, ponadto powód podjął wiele starań celem ułatwienia pozwanemu efektywnego prowadzenia prac poprzez między innymi instruktaż przeprowadzony przez firmę (...) Sp. z.o.o., jak również propozycje zatrudnienia przez N. podwykonawcy, a w konsekwencji nieprawidłowe pominięcie faktu, iż decyzja o odstąpieniu była wynikiem nienależycie prowadzonych prac przez pozwanego oraz nieprawidłowe uznanie, iż pozwany nie dysponował odpowiednią ilością czasu do wykonania napraw,*
  - brak dokonania odkrywek przez biegłego i nieprawidłowa ocenę technologii prac polegających na wykonaniu hydroizolacji i pominięcie faktu, iż uszczelnienie konkretnego przecieku skutkowało - pod wpływem ciśnienia wody gruntowej powstaniem przecieku w innym miejscu, a w konsekwencji naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na wynik sprawy poprzez nieprawidłowe stwierdzenie, iż powód nie udowodnił, za które konkretnie przecieki na płycie fundamentowej lub na połączeniu płyta fundamentowa ściana szczelinowa ponosi odpowiedzialność pozwany, nie określił wad prac pozwanego oraz bezzasadne podważenie*

*zakresu koniecznych prac wykonanych przez (...), podczas gdy z uwagi na technologię prac brak jest możliwości określenia zakresu nienależycie wykonanych prac, podwykonawca był zobowiązany i skutecznie usunął wszystkie nieszczelności, a pozwany ponosi odpowiedzialność za brak osiągnięcia szczelności hydroizolacji w całości jako efektu końcowego nienależycie wykonanych prac stanowiących przedmiot umowy nr (...) z dnia 03.01.2013 r.,*

- powód nie udowodnił wysokości poniesionej szkody oraz rzekomy brak możliwości oceny wynagrodzenia otrzymanego przez (...)T. P. (1), podczas gdy powód udokumentował wysokość szkody obmiarami dokumentującymi zakres wykonanych prac, fakturami oraz dowodami przelewów, które to fakty bezsprzecznie potwierdził świadek T. P. (1), a stawka za poszczególne usługi nie przekraczająca cen rynkowych została określona w umowie z podwykonawcą, zwłaszcza iż pozwany nie przedłożył żadnych dowodów podważających wysokość kosztów prac zastępczych, a w konsekwencji naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na wynik sprawy poprzez nieuznanie faktu oraz wysokości poniesionej przez powoda szkody,*

**3. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 258 k.p.c. poprzez:**

- nieprawidłowe uznanie za spóźniony i bezzasadne oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka rzeczoznawcy K. G. (1) na okoliczność nieprawidłowości i niezgodności ze sztuką budowlaną opinii sporządzonej przez biegłego sądowego J. L. (2) podczas gdy wniosek ten był konsekwencją nieuznania przez Sąd Orzekający zasadności stanowiska powoda i konieczność jego przeprowadzenia wynikłą w związku z pisemną opinią sporządzoną przez rzeczoznawcę w lutym 2018 r., a w konsekwencji uniemożliwienie wykazania powodowi -pomimo braku odkrywek- nieprawidłowości i niezgodności ze sztuką budowlaną opinii biegłego sądowego J. L. (2) oraz nienależytego wykonania przedmiotu umowy przez pozwanego,*
- umniejszenie mocy dowodowej oraz podważenie wiarygodności zeznań świadków M. G. (2), P. H., A. T. (2) a w konsekwencji nieprawidłowe i niezgodne ze stanem faktycznym uznanie, iż pozwany nie mógł prowadzić prac z uwagi na zły stan ścian szczelinowych przepuszczających wodę na płytę fundamentową, napływ wód opadowych oraz iż pozwany nie był w zwolece z wykonaniem prac oraz że wykonywał prace prawidłowo i zapewnił odpowiednią ilość pracowników,*
- umniejszenie mocy dowodowej oraz podważenie wiarygodności zeznań świadków M. G. (2) w zakresie zastrzeżeń zgłaszanych pozwanemu dotyczących wadliwości zastosowanych rozwiązań niegwarantujących szczelności wykonanej hydroizolacji, w tym zobligowanie pozwanego do zastosowania na koszt powoda dodatkowego zabezpieczenia w postaci drugiej warstwy wężyków iniekcyjnych, a w konsekwencji bezzasadne uznanie, iż to kierownik budowy powinien dokonać oceny pod kątem technologicznym i ponosi odpowiedzialność za przebieg i efekt prac, podczas gdy wykonanie hydroizolacji zostało powierzone pozwanemu jako podmiotowi profesjonalnemu, który ustanowił kierownika prac oraz ponosił odpowiedzialność za każdy etap oraz brak końcowego efektu prowadzonych prac w postaci szczelnej płyty fundamentowej,*
- brak oddalenia wniosku o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka G. K. i przyznanie jego zeznaniom pełnej mocy dowodowej pomimo, iż wniosek ten z uwagi na zgłoszenie w piśmie z dnia 27.01.2016 r. należało uznać za spóźniony, sam świadek potwierdził, iż nie posiada wykształcenia oraz kwalifikacji do oceny hydroizolacji bezpowłokowej, - z informacji posiadanych przez powoda świadek nie posiadał wiedzy na temat technologii wykonania ścian szczelinowych i był w konflikcie z firmą (...) Sp. z o.o., a ponadto wbrew*

*twierdzeniom świadka dane meteorologiczne jednoznacznie wskazują, iż w styczniu i lutym 2015 r. występowały temperatury dodatnie, co podważa wiarygodność jego zeznań, a w konsekwencji nieprawidłowe uznanie, iż ściany szczelinowe były w złym stanie technicznym, nieprawidłowe uznanie, iż przepuszczały wodę w ilości uniemożliwiającej prowadzenie prac przez pozwanego a także uznanie iż warunki atmosferyczne uniemożliwiały prowadzenie prac,*

- uznanie za spóźniony i bezzasadne oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka J. M. (2) pomimo, iż konieczność przeprowadzenia tego dowodu jest konsekwencją kwestionowania przez pozwanego terminów realizacji poszczególnych etapów budowy oraz faktu pozostawiania w zwłocę, a w konsekwencji uniemożliwienia wykazania przez powoda iż pozwany był w zwłocę w usuwaniu nieszczelności hydroizolacji;*

**III. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na sprzeczności istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez naruszenie art. 231 k.p.c. w zw. z art. 258 k.p.c. oraz art. 245 k.p.c. poprzez:**

- nieprawidłowe uznanie, iż pozwany posiada wiedzę, umiejętności i kompetencje do wykonywania hydroizolacji na tak dużym obiekcie,*
- nieprawidłowe uznanie, iż pozwany z powodzeniem realizował analogiczne projekty w tym dla powoda, podczas gdy pomiędzy stronami równolegle toczyło się postępowanie sądowe dotyczące nienależytego wykonania hydroizolacji w budynkach przy ulicy (...) w S., a na dzień 01.06.2017r. w samym tylko Sądzie Rejonowym dla m.st. Warszawy (...) uczestniczyło w ponad 26 postępowaniach sądowych, co potwierdza zastrzeżenia do prac pozwanego także innych podmiotów i nieprawidłowe założenie, iż ściany szczelinowe są nienależyte,*
- błędne uznanie bez analizy jakichkolwiek danych meteorologicznych, iż w styczniu i lutym 2015 r. panowały niekorzystne warunki atmosferyczne oraz ujemne temperatury uniemożliwiające prowadzenie prac przez pozwanego, podczas gdy dane z ogólnodostępnych portali internetowych potwierdzają, iż w tym okresie przeważały temperatury dodatnie,*
- błędne uznanie za ustalony fakt, iż podmioty działające na terenie(...)nie potrafiły ustalić źródeł przecieków, podczas gdy spójne zeznania świadków kierownika budowy oraz inspektora nadzoru P. H., A. T. (2) oraz wyjaśnienia K. S. potwierdziły, iż przedstawiciele powoda podejmowali szereg czynności celem skutecznego ustalenia źródeł przecieków oraz że wykazano, iż przecieki pochodziły z płyty fundamentowej oraz styku płyty fundamentowej i ściany szczelinowej,*
- bezzasadne uznanie, iż pozwanemu nie zostały zapewnione warunki umożliwiające wykonanie prac, podczas gdy pozwany przed podpisaniem umowy i rozpoczęciem prac dokonał wizji lokalnej placu budowy, dokonał wizji ścian szczelinowych, ocenił rozwiązania architektoniczno- technologiczne budynku, a ponadto powód przez cały okres współpracy podejmował działania celem zapewnienia pozwanemu odpowiedniego stanu frontu robót, wypompowywał wodę, wstawiał osuszacze, usuwał piach co potwierdzają spójne zeznanie świadków P. H. oraz A. T. (2), jak również fakt, iż pozwany nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających wystąpienie okoliczności uniemożliwiających prowadzenie prac naprawczych, a ponadto kierownik prac z ramienia firmy (...) przez cały okres wykonywania prac i usuwania usterek nie wskazał jakichkolwiek zaniechań czy uchybień dotyczących miejsca wykonywania prac czy innych czynników uniemożliwiających lub utrudniających prowadzenie prac naprawczych, zwłaszcza iż prace wykonywane przez firmę (...) Sp. z o.o. nie miały jakikolwiek wpływu na sposób wykonania oraz szczelność hydroizolacji wykonanej*

**przez pozwanego, a szczelność ścian szczelinowych nie miała wpływu na szczelność płyty fundamentowej oraz ich styku.**

**Wskazując na powyższe wnosił o:**

- 1. zmianę wyroku w całości poprzez zasądzenie od pozwanego (...) (...) (obecnie (...) S.A.) na rzecz powoda K. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) kwoty 92.393,84 zł netto określonej w fakturze VAT nr (...) z dnia 08.04.2015 r. oraz w fakturze VAT (...) z dnia 11.06.2015 r. wraz z odsetkami od dnia 03.06.2015 r. do dnia zapłaty tytułem zwrotu 17% części kosztów zastępczego usunięcia wad i usterek w wysokości 573.333,36 zł netto wynikłych z nienależytego wykonania zobowiązania określonego w Umowie nr (...) z dnia 03.01.2013 r. aneksowanej w dniu 26.02.2014 r. o wykonanie hydroizolacji bezpowłokowej w budynku handlowo - usługowym w B. przy ul. (...),**
- 2. zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda zwrotu kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych,**
- 3. ewentualnie, na wypadek uznania przez Sąd, że zachodzi podstawa uchylenia zaskarżonego wyroku o uchylenie wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji wraz z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania sądowego obu instancji, w tym zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych na rzecz powoda.**

**SĄD APELACYJNY USTALIŁ I ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE:**

**Apelacja powoda była bezzasadna.**

Z uwagi na to, że z dniem 26 lutego 2018 roku pozwany zmienił formę prowadzonej działalności ze Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na Spółkę Akcyjną, co jednoznacznie wynikało z odpisu KRS (k. 1324-1325v. akt), a co uszło uwadze Sądu I instancji, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 350 § 3 w zw. z § 1 k.p.c. sprostował komparację zaskarżonego wyroku właściwie oznaczając pozwaną na datę wydania orzeczenia w pierwszej instancji.

Ponowna analiza materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie pozwala zdaniem Sądu Apelacyjnego na stwierdzenie, że Sąd Okręgowy nie dopuścił się uchybień zarzucanych mu w apelacji. Sąd ten bowiem w sposób wyjątkowo staranny i wnikliwy wyjaśnił okoliczności niezbędne dla rozstrzygnięcia sprawy, po czym poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne. Sąd Apelacyjny w pełni je podziela i przyjmuje za własne.

Wbrew zarzutom skarżącego, Sąd I instancji wywiódł także prawidłowe wnioski w zakresie oceny żądania powoda. Ustalenia i wnioski Sądu I instancji pozostają pod ochroną zasady swobodnej oceny dowodów, o której mowa w art. 233 § 1 k.p.c. W ocenie Sądu Odwoławczego, ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Sąd I instancji wyprowadził bowiem wbrew stanowisku skarżącej, logiczne, poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym wnioski. Nie przekroczył przy tym ram swobodnej oceny dowodów, które określone są wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego, regułami logicznego myślenia oraz pewnego poziomu świadomości prawnej, według których Sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i ważąc ich moc oraz wiarygodność odnosi je do pozostałego materiału dowodowego (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1980 roku, II URN 175/79, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 1999 roku, II UKN 685/98).

W niniejszej sprawie nie można było przede wszystkim podzielić stanowiska skarżącej, iż Sąd I instancji nie rozpoznał istoty sprawy poprzez brak oceny sposobu wykonania oraz nieprawidłowości zaistniałych przy wykonywaniu płyty fundamentowej oraz hydroizolacji bezpowłokowej. W judykaturze przyjmuje się bowiem, że nie rozpoznanie istoty sprawy jest pojęciem węższym, niż samo rozpoznanie i rozstrzygnięcie sprawy w ogóle. Oceny, czy sąd rozpoznał istotę sprawy, dokonuje się na podstawie analizy żądań pozwu i przepisów prawa materialnego stanowiących podstawę

rozstrzygnięcia, nie zaś na podstawie ewentualnych wad postępowania dowodowego. Dlatego nierozpoznanie istoty sprawy zachodzi wówczas, gdy sąd I instancji: rozstrzygnął nie tym, co było przedmiotem sprawy; zaniedbał w ogóle zbadania materialnej podstawy żądania (bezpodstawnie uznając, że istnieje materialnoprawna lub procesowa przesłanka unicestwiająca roszczenie np. przedawnienie, przedwczesność, brak legitymacji procesowej); pomiął całkowicie merytoryczne zarzuty zgłoszone przez stronę; rozstrzygnął o żądaniu powoda na innej podstawie faktycznej i prawnej niż zgłoszona w pozwie; nie rozważył wszystkich zarzutów pozwanego dotyczących kwestii faktycznych, czy prawnych rzutujących na zasadność roszczenia powoda (vide: postanowienie Sądu Najwyższego z 26 listopada 2012r., III SZ 3/12, L.; wyrok Sądu Najwyższego z 9 lipca 2008r., I PK 14/08, Legalis; postanowienie Sądu Najwyższego z 31 stycznia 2018r., I CZ 6/18, LEX nr 2475058; postanowienie Sądu Najwyższego z 24 lutego 2017r., IV CZ 120/16, LEX nr 2321892). Oznacza to, że nierozpoznanie istoty sprawy nie mogą stanowić ewentualne niedokładności postępowania, polegające na tym, że sąd nie wziął pod uwagę lub nie dysponował wszystkimi dowodami, które w ocenie skarżącego mogły służyć do należytego rozpoznania sprawy lub nie rozważył wszystkich okoliczności (vide: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2018r., V CZ 13/18, LEX nr 2495975).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie można także było podzielić zarzutów, na jakich opiera się konstrukcja przedmiotowej apelacji, w ramach której powód kwestionuje sposób dokonania przez Sąd Okręgowy oceny zgromadzonych w sprawie dowodów, w tym w szczególności dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa J. L. (2).

W sprawie bezspornym było, że strony łączyła Umowa nr (...), w której pozwany zobowiązał się do wykonania hydroizolacji bezpowłokowej płyty fundamentowej oraz zabezpieczenia zamka na połączeniu płyta fundamentowa – ściana szczelinowa w Budynku handlowo – usługowym w B. przy ul. (...), poprzez wykonanie robót szczegółowo opisanych w umowie oraz we wskazanych w niej załącznikach. Termin rozpoczęcia realizacji umowy strony określiły na dzień 3 stycznia 2013r., a zakończenia zgodnie z harmonogramem budowy, w którym prace wykonywane przez pozwanego nie były ujęte, przy czym za termin wykonania umowy przyjęto dzień, w którym miało nastąpić sporządzenie protokołu odbioru końcowego robót objętych umową (§ 2 ust. 1 i 2 Umowy), za wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 481 398,40 zł netto. W dniu 13 lutego 2015 r. powód wystosował do pozwanej pismo zatytułowane „Dot. Ostateczne wezwanie do usunięcia wad i usterek na Budowie (...)”, w którym zażądał od pozwanej do dnia 17 lutego 2015r. harmonogramu prac na każdy dzień z podziałem na sekcje i przekazania go Kierownikowi Budowy oraz usunięcia po wykonanych pracach zalegającej wody, gruzu i błota z zastrzeżeniem, aby termin zakończenia wszystkich prac nie przekroczył 28 lutego 2015r. Powód informował ponadto pozwanego, iż niedotrzymanie powyższych terminów będzie skutkowało zleceniem prac naprawczych firmie trzeciej na koszt i odpowiedzialność pozwanego (k. 31-31v akt). Natomiast w dniu 16 lutego 2015r. doszło do spotkania z udziałem przedstawicieli powoda, pozwanego oraz firmy (...) podczas, którego ustalono, że uszczelnianie będzie prowadzone od osi 20' w kierunku ulicy (...) do ulicy (...) przez firmy (...) – ściany, (...) – styk płyty ze ścianą. Podczas tegoż spotkania ustalono również, że firma P.B. K. S. zabezpieczy rejon prowadzenia prac przed napływem wody zewnętrznej, oczyszczeniem i zebraniem wody z płyty fundamentowej (k. 33 akt). Już w lutym 2015 r. powód zawarł umowę z (...) T. P. (1), w której zlecił jej wykonanie w terminie od 5.03.2015r. do 16.04.2015r. szczelnej hydroizolacji bezpowłokowej płyty fundamentowej oraz zabezpieczenie zamka na połączeniu płyta fundamentowa – ściana szczelinowa (w tym uszczelnienie styku, przerw roboczych oraz rys) w Budynku handlowo – usługowym przy ulicy (...), przy czym wynagrodzenie za wykonanie Przedmiotu Umowy, w tym usunięcie istniejących wad i usterek, zostało ustalone jako cena jednostkowa za metr styku 310 zł netto, a za metr rysy 230 zł netto (k. 13-22 akt), po czym w dniu 2 marca 2015 r. powód wystosował do pozwanego pismo „Odstąpienie od umowy. Przedsądowe wezwanie do uiszczenia kary umownej”, w którym stwierdzał, że odstępuje od łączącej strony umowy w trybie natychmiastowym, a w związku z powyższym Umowa nr (...) z dnia 3 stycznia 2013r. aneksowana w dniu 26 lutego 2014 roku ulega rozwiązaniu w dniu otrzymania przez pozwanego tegoż pisma (k. 37 akt).

Przeprowadzona w sprawie przez Sąd I instancji ocena zeznań świadków P. H., M. G. (2), A. T. (3) (pracowników powoda), T. P. (1) i K. G. (1) przeprowadzona w sprawie była prawidłowa. Sąd Okręgowy przeprowadził wbrew zarzutom apelacji bardzo szczegółową analizę ich zeznań z obszernym przytoczeniem fragmentów zeznań (k. 7-13), po czym przeprowadził wnikliwą ich analizę, końcowo szczegółowo wyjaśniając w jakim zakresie dał im wiarę, a w

jakim odmówił im tego przymiotu podaniem przyczyn swojej decyzji (k. 17-19 akt). Niewątpliwie ocena zeznań tychże świadków wymaga ostrożności z uwagi na ich powiązania z powodem. Świadkowie ci wskazywali na pochodzenie wody z różnych źródeł. Świadkowie P. H., A. T. (3), M. G. (2) i T. P. (1) istotnie zeznali, że woda przedostawała się do budynku od dołu poprzez styki i płytę. Tym niemniej wskazywali także, że ciekła ona także przez ściany, które wykonywała firma (...). Mogła także stać w budynku w okresie, kiedy prowadzona była budowa, a jej źródłem mogły być opady deszczu. Co istotne potwierdzili również, że kiedy zakryto budynek nie byli w stanie osuszyć garażu podziemnego z powodu napływającej wody, która napływała ze styków, ścian i płyty, mogła dostawać się przez rampę. Także wężyki iniekcyjne zostały źle napełnione – są one aktualnie zabetonowane w konstrukcji. Świadek P. H. stwierdził, że po opuszczeniu budowy przez pozwaną i przed rozpoczęciem prac przez T. P. (1) nie został sporządzony protokół poinwentaryzacyjny. Ich zdaniem pozwana miała wykonać harmonogram prac, zobowiązała się usunąć wady, ale nie wskazała terminu ich usunięcia. Świadek A. T. (1) i M. G. (2) oraz T. P. (1) wskazali na wydostawanie się z wodą zawiesin solnych, brunatnych. Iłowatych co ich zdaniem miało świadczyć, iż przedostają się one spod płyty fundamentowej. Świadek T. P. (1) stwierdził ponadto, że widział iż prace uszczelniające nie będą trwały miesiąc, bo to nierealne oraz, że powód godził się z tym, że potrują kilka miesięcy. (k. 312-317, k.317-321, k.636-638, 639-642 akt).

Mając na uwadze powyższe zeznania oraz bezsporną okoliczność, iż pozwana do dnia odstąpienia przez powoda od umowy nie wykonała zleconego jej zakresu prac w 100 % - ustalenia Sądu Okręgowego zarówno co źródeł napływania wody na najniższą kondygnację Galerii, jak i możliwości występowania przecieków z płyty fundamentowej i styków były prawidłowe. Gdyby bowiem ich nie było to świadczyłoby o tym, że pozwana wykonała umowę w 100% oraz w wykonanych pracach nie występowały jakiegokolwiek wady.

Ww. świadkowie owszem potwierdzili, iż wypompowywano wodę celem ułatwienia prac pozwanemu, ale jednocześnie wskazywali, iż woda ciągle napływała oraz ściekała ze ścian szczelinowych, których stan nie był prawidłowy, gdyż firma (...) doszczelniała te ściany praktycznie jeszcze do czasu otwarcia Galerii. Ponadto potwierdzili, iż na części płyty fundamentowej zalegał piach i to nie na 10% płyty lecz 40%. Wobec zeznań świadka T. P. (1) oraz rzeczywistego wykonywania prac uszczelniających przez jego firmę przez kilka miesięcy - terminu określonego przez powoda pozwaną na dokończenie prac oraz usunięcie wad rzeczywiście nie można było uznać za odpowiedni.

Wbrew twierdzeniom skarżącego, Sąd I instancji nie umniejszył mocy dowodowej opinii sporządzonej przez rzecz K. G. (1) (k. 55-61 akt).

Opinia taka nie spełnia kryterium dowodu z opinii biegłego przeprowadzonego przed Sądem i powinna być traktowana jako wyjaśnienie stanowiące poparcie, z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, stanowiska strony, gdyż ustalenia wymagające wiadomości specjalnych, aby mogły stać się składnikiem materiału dowodowego poddanego ocenie, muszą przybrać formę określoną w art. 278 i n. k.p.c., to znaczy postać opinii biegłego (biegłych) lub odpowiedniego instytutu (stowarzyszenia).

Odnosząc się następnie do oceny opinii sporządzonej na zlecenie Sądu Okręgowego przez biegłego J. L. (2) należy podkreślić, że dowód z opinii biegłego, podobnie jak każdy inny środek dowodowy musi być wiarygodny, rzeczowy, poprawny merytorycznie, wyczerpujący, logicznie uzasadniony, a przez to przekonujący przede wszystkim dla Sądu, jako bezstronnego arbitra, a nie dla którejkolwiek ze stron. Sąd powinien przy tym zapewnić stronom możliwość wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości, co do treści i wniosków przeprowadzonych dowodów. Opinia biegłego podlega ocenie, jak to trafnie wskazał Sąd I instancji, według art. 233 § 1 k.p.c., ale odróżniają ją szczególne dla tego dowodu kryteria oceny, które stanowią: poziom wiedzy biegłego, podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania wyrażonego w niej stanowiska oraz stopień stanowczości wyrażonych w niej ocen, a także zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2000 roku, I CKN 1170/98, OSNC 2001, Nr 4, poz. 64). Mając powyższe na uwadze, wbrew zarzutom apelacji, także przedstawiona przez Sąd Okręgowy ocena dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa J. L. (2) spełnia wspomniane wyżej założenia i kryteria. Słusznie Sąd ten stwierdził powołując się przy tym na poglądy prezentowane w judykaturze, że nie są natomiast miarodajne dla jej oceny - zeznania świadków i stron co do faktów będących przedmiotem opinii. Przypomnieć należy, że specyfika oceny tego dowodu wyraża się w tym, że sfera merytoryczna opinii kontrolowana jest przez Sąd, który nie posiada



wiadomości specjalnych, w istocie tylko w zakresie zgodności z zasadami logicznego myślenia i wiedzy powszechnej. Nadaje to pierwszorzędne znaczenie, przy tej ocenie, kryterium poziomu wiedzy biegłego. Kiedy więc Sąd zleca biegłemu wydanie opinii, musi mieć na względzie to, czy dysponuje on wiadomościami specjalnymi niezbędnymi dla stwierdzenia okoliczności mających istotny wpływ dla rozstrzygnięcia sprawy.

Przez pryzmat powyższego, podniesione przez powoda zarzuty dotyczące opinii sporządzonej w sprawie, nie mogły zostać uwzględnione. Nie może budzić wątpliwości poziom wiedzy biegłego, jeżeli uwzględni się jego 45-letni staż pracy w budownictwie i to w zdecydowanej większości w przedsiębiorstwie robót inżynierskich, gdzie temat wód gruntowych występował na porządku dziennym, posiadany tytuł rzeczoznawcy budowlanego oraz 24-letni staż biegłego sądowego (k. 1025 akt). Biegły wyjaśnił ponadto, że rozwiązania projektowe będące przedmiotem oceny biegłego nie są czymś nowym w budownictwie, czy też szczególnie incydentalnym (k. 1026 akt). Wnioski wyprowadzone przez biegłego w zakresie w jakim Sąd Okręgowy zlecił mu sporządzenie opinii były katagoryczne i przekonywująco uzasadnione. Sąd I instancji wnioski te podzielił i przyjął za podstawę swoich ustaleń.

Z uwagi na powyższe, w zakresie w jakim zachodziła potrzeba skorzystania z wiadomości specjalnych, w tym w zakresie oceny prawidłowości wykonywanych prac przez pozwaną oraz warunków w jakich prace te były przez nią wykonywane, a za których zapewnienie na budowie odpowiedzialność ponosił powód – ustalenia Sądu I instancji wbrew twierdzeniom apelującego, nie były dowolne lecz oparte na fachowej i rzetelnej opinii biegłego sądowego J. L. (2), który w oparciu o swoją fachową wiedzę oraz po zapoznaniu się z materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie, w tym niejednorodnymi zeznaniami słuchanych w sprawie świadków - wydał co do tych okoliczności opinię w sprawie. I tak biegły sądowy jednoznacznie stwierdził, że pozwany nie wykonał wszystkich prac wynikających z łączącej strony umowy (k. 908 akt). Z opinii tej wynikało również, że wobec nie doprowadzenia nawet przez powoda do spisania protokołu odbioru z pozwanym jego prac, po szczegółowej analizie całości zebranego w sprawie materiału dowodowego biegły doszedł do przekonania, że zdecydowana większość z prac wykonywanych przez wykonawcę zastępczego budzi wątpliwości co do ich zasadności i rzeczywistej potrzeby. Biegły zwracał uwagę, że w materiale dowodowym etap ten, realizowany przez wykonawcę zastępczego jest w bardzo ograniczonej formie udokumentowany i to zarówno co do ilości, jak też – rzeczywistych potrzeb naprawczych. Biegły wyjaśnił, że projekt warsztatowy planowanej do wykonania przez pozwanego bezpowłokowej hydroizolacji nie zakładał potrzeby wykonania rozwiązań zdecydowanie bardziej kosztownych tj. iniekcji płyty fundamentowej, bez znaczenia, czy w rejonach zejść się ściany z płytą czy też np. przy rysach skurczowych czy przerwach roboczych. Brak było zatem technicznego udokumentowania rzeczywistych potrzeb wykonania prac uszczelniających w rozwiązaniach zamiennych w stosunku do projektu zaproponowanego przez pozwanego i przyjętego przez powoda (k. 212-213, 1093-1097v. akt). Biegły stwierdził także, iż projekt hydroizolacji służący do realizacji umowy był wystarczający do wykonania skutecznej izolacji przeciwwodnej dla najniższych kondygnacji (...). (k. 913). Termin wyznaczony pozwanemu (28.02.2015r.) pismem z dnia 13 lutego 2015 roku był nierealny do rzeczywistego zachowania zważywszy, że prace naprawcze w ramach wykonawstwa zastępczego trwały przez kilka miesięcy (k. 913). Zdaniem biegłego weryfikacja ewentualnej nieszczelności i wszelkie prace naprawcze przy zamku czy też powierzchni płyty fundamentowej – mogły być efektywnie zakończone dopiero po pełnym uszczelnieniu ściany szczelinowej, chyba że miejsce nieszczelności tej ściany było jednoznacznie określone i znajdowało się zdecydowanie powyżej płyty fundamentowej. Tylko w przypadku doprowadzenia do takiego stanu możliwa była ostateczna ocena miejsca i skali nieszczelności powodującej przeciek wody do wnętrza garażu, co jest zawsze widoczne na powierzchniach poziomych (k. 915 -916, 1093-1097v. akt ). Odnosząc się do kolorystyki wpływającej wody do garażu podziemnego – biegły stwierdził, że przenikająca przez jakiegokolwiek nieszczelności woda niesie ze sobą drobne cząsteczki stałe – to równie oczywistym jest, że kolor tejże wody wskazuje – tylko i wyłącznie – na rodzaj gruntu znajdującego się pod lub też wokół budynku. Nie podjęły się oceny na podstawie jedynie koloru wody z gruntu – w jakim miejscu była nieszczelność, tym bardziej, że z wodą gruntową przenoszone jest także i mleczko cementowe z masy betonowej. (k. 916, 923). Z uwagi na powyższe nie można było stwierdzić, czy prace przez pozwanego zostały wykonane prawidłowo, czy też nie (k. 916, 1093-1097v. akt). Biegły zwracał także uwagę, że jeśli ilość wody przenikającej przez ścianę szczelinową jest tak duża, że na powierzchni płyty fundamentowej powstaje jej zastoisko – to nie ma możliwości prawidłowej oceny czy przerwy robocze na płycie są szczelne czy też nie (k. 918). Oceniając bezsporny fakt zgromadzenia na płycie fundamentowej dużej ilości piasku – biegły

oceniając stan jego zgromadzenia w fazie głębokiego zamoczenia i połączenia tego stanu z sugestią nieszczelności samej płyty fundamentowej wskazał, że w jego ocenie bezspornym winno być, że długotrwałe i obfite przemoczenie zgromadzonego piasku spowodowało zebranie dużej ilości wody w jego kubaturze, później zaś rozplýwanie się nawet na wyższych poziomach płyty fundamentowej – co mogło być podstawą bardzo mylnej oceny co do ewentualnej nieszczelności samej płyty fundamentowej. Wykonawca zastępczy ostatnią swoją fakturę za roboty uszczelniające wystawił w dacie 8. 12. 2015r., a więc po okresie ponad 10 miesięcy od daty zejścia pozwanej z placu budowy, natomiast firma (...) prowadziła bezkonfliktowo prace uszczelniające jeszcze dłużej, praktycznie aż do odbioru całości budowanego obiektu (brak daty szczegółowej daty k. 920). Dla zabezpieczenia zamka konieczna była likwidacja jakichkolwiek innych źródeł napływu wody do wnętrza garażu. Wykonanie uszczelnienia zamka na całej powierzchni płyty fundamentowej nie znajduje żadnego uzasadnienia technicznego i ekonomicznego. Według biegłego na dzień złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy – pozwany nie zakończył wszystkich prac uszczelniających płyty fundamentowej i zamka. Na szczególną uwagę zasługiwał zdaniem biegłego fakt, że pozwany wielokrotnie informował i wzywał powoda do doprowadzenia obiektu i całości garażu do stanu możliwej i kompleksowej oceny szczelności hydroizolacji, poprzez zamknięcie dopływu wody do wnętrza garażu i doprowadzenia do likwidacji napływu wody gruntowej przez ściany szczelinowe (k. 918-919, 1093-1097v. akt). Występowanie rys i spękań płyty fundamentowej nie zawsze, zdaniem biegłego wiąże się z ujawnieniem nieszczelności takiej płyty (k. 925, 1093-1097v. akt). W ocenie biegłego nie była zasadna ocena strony powodowej, że ściana tylko się pocila. Wskazywał, że zeznania świadków oraz dokumentacja fotograficzna obrazowała stan obfitego spływu wody po ścianie, a więc i braku jej szczelności. Zdaniem biegłego świadczyły o tym także zacieki na ścianach oraz okoliczność, iż z przeciekami długotrwałe „walczyła” firma (...) (k. 930, 1030, 1093v.- (...) akt). Biegły odniósł się również w treści swojej opinii uzupełniającej z grudnia 2017 roku do kwestii braku przed sporządzeniem opinii odkrywek oraz ich znaczenia dla jej rzetelnego sporządzenia. Biegły J. L. (2) wskazał wówczas, że tematyka ewentualnych działań polegających na miejscowych odkrywkach była przedmiotem dyskusji na spotkaniu informacyjnym biegłego ze stronami. Wyjaśnił, że podobnie jak dla biegłego dla uczestników oczywistym i bezspornym było wówczas, że ich aktualne wykonywanie nie da żadnych nowych informacji dla opracowania opinii sądowej albowiem po pozwanym prace prowadzone były przez kolejnego już wykonawcę, na dolnej płycie fundamentowej ułożone zostały następne warstwy posadzkowe, a obiekt jest już użytkowany od kilku lat ( opinia uzupełniająca k. 1026 -1027, 1043-1044 akt).

Opinia ta została zakwestionowana przez powoda. Do zgłoszonych jednak przez niego zastrzeżeń biegły odniósł się w opiniach uzupełniających, w których podtrzymał uprzednio wywiedzione wnioski. W ocenie Sądu Apelacyjnego, sformułowane w apelacji zarzuty i twierdzenia podważające miarodajność przedmiotowej opinii nie mogą przynieść oczekiwanego przez skarżącego rezultatu. Nie może bowiem ująć uwagi, że stanowią one powtórzenie uprzednio zgłoszonych zastrzeżeń, do których biegły odniósł się już w opiniach uzupełniających. Skarżący ponownie koncentruje się na tych samych twierdzeniach. Prezentując takie stanowisko skarżący traci z pola widzenia wyjaśnienia biegłego, który pomimo ponawianych kolejnych zastrzeżeń ciągle konsekwentnie podtrzymywał stanowisko, iż nigdy nie doszło do właściwego technicznie wykazania wad w wykonawstwie strony pozwanej (opinia uzupełniająca k. 1033, 1054, 1093-1097v. akt).

W przekonaniu Sądu Apelacyjnego, w dość obszernych wywodach apelacji nie zostały wskazane tego rodzaju okoliczności, które mogłyby stanowić przejaw nielogiczności, czy dowolności w takim stanowisku biegłego. Złożone przez biegłego opinie: pisemne, jak i ustna, nie budzą wątpliwości, co do poprawności wywiedzionych w nich wniosków, nie zawierają zarzucanych jej w apelacji błędów. Odnosząc się do zgłoszonego przez powoda wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii kolejnego biegłego z zakresu budownictwa stwierdzić trzeba, że to wyłącznie do uznania Sądu należy, czy skorzysta z możliwości, jaką daje przepis art. 286 k.p.c. Konieczność taka istnieje natomiast tylko wówczas, gdy występuje, jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy, rozbieżność, niezupełność lub niejasność opinii, albo gdy materiał dowodowy nie daje podstawy do oparcia się wyłącznie na opinii jednego biegłego, bądź tylko na jednej opinii tego samego biegłego (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 6 września 2012 roku, I A Ca 756/12, Lex 1217710). Wobec braku tego rodzaju wątpliwości, nie było zdaniem Sądu Apelacyjnego, niezbędnym wzywaniem kolejnych biegłych do złożenia jeszcze jednej opinii w sprawie. Podkreślenia wymaga, że opinia biegłego J. L. (2) jest bowiem sporządzona w sposób jasny, logicznie umotywowana oraz zwięzła kategorycznymi wnioskami.

Powód nie postawił biegłemu uzasadnionych zarzutów, nie wskazał sprzeczności, uchybień, czy niekonsekwencji w wywiedzionych przez niego wnioskach. Jak już wyżej wskazano, biegły odniósł się do zgłoszonych do opinii zarzutów, podtrzymując jej wniosek końcowy. Sąd Apelacyjny nie znajduje żadnych podstaw do podważenia konstatacji biegłego. Tym bardziej, że o ewentualnym dopuszczeniu dowodu z opinii innego biegłego tej samej specjalności nie może decydować wyłącznie wniosek strony, ale zawarte w tym wniosku konkretne uwagi i argumenty podważające miarodajność dotychczasowej opinii lub co najmniej miarodajność tę poddające w wątpliwość. Potrzeba powołania biegłego musi bowiem, jak trafnie wskazał Sąd I instancji, wynikać z okoliczności sprawy, a nie z samego niezadowolenia strony z dotychczas złożonej opinii (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 sierpnia 1999 roku, I PKN 20/99, OSNP 2000/22/807). Zgłaszając taki wniosek strona powinna wykazać błędy, sprzeczności lub inne wady w złożonej opinii biegłego, które dyskwalifikują tę opinię, uzasadniając tym samym powołanie dodatkowych opinii. Jak już wyżej jednak wskazano, tego rodzaju okoliczności w sprawie nie mają miejsca. Wobec powyższego, wniosek dowodowy powoda o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego z zakresu budownictwa należało ocenić wyłącznie jako złożony przez stronę niezadowoloną z opinii sporządzonej w sprawie, co w żadnym razie nie uzasadnia dopuszczenia takiego dowodu.

Mając na względzie powyższe rozważania i dokonaną przez Sąd Apelacyjny własną ocenę materiału sprawy, brak było podstaw do poczynienia innych ustaleń faktycznych i podzielenia zarzutów apelacji, iż Sąd Okręgowy dopuścił się naruszenia przepisów procedury, a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c.

Stąd, zdaniem Sądu Apelacyjnego przedstawiona przez skarżącego argumentacja stanowi wyłącznie polemikę z trafnymi wnioskami Sądu Okręgowego. Powód nie wykazał, aby doszło tu do naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c., a w konsekwencji błędnych ustaleń stanu faktycznego. Strona skarżąca dla uzasadnienia swoich twierdzeń zaprezentowała jedynie własną, korzystną ze swojego punktu widzenia, ocenę dowodów, co nie może stanowić wystarczającej i przekonującej podstawy dla uznania skuteczności zarzutu naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, w okolicznościach sprawy, Sąd Okręgowy prawidłowo zatem ocenił, iż powód nie wykazał wadliwego wykonania zleconych prac przez pozwaną, która w lutym 2015r. była na etapie prowadzenia prac uszczelniających, co oznacza, że w tej dacie „pewne przecieki mogły być”. Sąd Okręgowy prawidłowo też przyjął posiłkując się opinią biegłego J. L. (2), że wykonawcy nie zostały stworzone warunki, aby pozwana mogła te roboty zakończyć w stopniu umożliwiającym ocenę skuteczności wykonanej hydroizolacji.

Wbrew zarzutowi apelacji, Sąd Okręgowy nie naruszył przepisu art. 636 § 1 k.c. Zgodnie z art. 656 § 1 k.c., przepisy o umowie o dzieło stosuje się odpowiednio do umowy o roboty budowlane w zakresie wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową. Przepis art. 636 § 1 k.c. przyznaje natomiast zamawiającemu prawo żądania od wykonawcy zmiany sposobu wykonania dzieła w wyznaczonym w tym celu odpowiednim terminie, po bezskutecznym upływie którego zamawiający może, według swego wyboru albo odstąpić od umowy albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie. Podkreślić przy tym należy, że „opieszalność” wykonania dzieła, o którym wspomina skarżąca w wywiedzionej apelacji, nie mieści się w użytym w art. 636 k.c. pojęciu „sposobu wykonania dzieła” (wadliwy, sprzeczny z umową), który daje zamawiającemu prawo skorzystania z tzw. wykonania zastępczego. Skutki opóźnienia się z wykonaniem dzieła reguluje bowiem art. 365 k.c., który takiego uprawnienia (tzw. wykonania zastępczego) dla zlecającego wykonanie dzieła nie przewiduje. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, Sąd I instancji mając na uwadze wykonywanie prac przez Firmę (...) (ok. 10 miesięcy) oraz treść opinii biegłego J. L. (2) - prawidłowo ustalił, że wyznaczony przez powódkę pozwanemu termin, o którym mowa w art. 636 § 1 k.c. był nieodpowiedni, bo zbyt krótki – uniemożliwiający dokończenie prac, po czym zatem słusznie uznał, że wezwanie do zmiany sposobu wykonania prac okazało się przez to bezskuteczne i nie wywołało skutku w postaci powstania uprawnienia do odstąpienia od umowy czy możliwości powierzenia poprawienia lub dalszego wykonania obiektu innej osobie na podstawie art. 636 § 1 w zw. z art. 656 § 1 k.c. Konsekwencją zaś powyższego było przyjęcie za bezskuteczne oświadczenia powoda o odstąpieniu od umowy z mocy ustawy, jak i powierzenie poprawienia i dalszego wykonania dzieła wykonawcy zastępczemu na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie ( art. 636 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c.).

Sąd Okręgowy prawidłowo, zdaniem Sądu Apelacyjnego uznał także, że w okolicznościach sprawy nie zostały spełnione także przesłanki z art. 471 k.c, tj. szkoda, niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika oraz związek przyczynowy między faktem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania a poniesioną szkodą - pozwalające na obciążenie pozwanej spółki obowiązkiem naprawienia szkody z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd I instancji doszedł do prawidłowego wniosku, iż powód nie wykazał skutecznie, iż pozwana spółka nienależycie wykonała zobowiązanie wynikłe z umowy z dnia 03.01.2013r., a przystępując do prac uszczelniających w I i II 2015r. nie miała stworzonych warunków do ich kontynuacji z powodu zalegającego na części płyty piasku rozmywającego się w wodzie przeciekającej ze ścian szczelinowych i napływającej z innych źródeł, a zatem nie można mu było przypisać winy w nienależytym wykonaniu umowy. Nie można było także uznać, że w dacie składania przez powoda oświadczenia o odstąpieniu od umowy tj. w dniu 02.03.2015r. pozwany był w zwłoce w terminowym zakończeniu prac, zważywszy na okoliczność, iż roboty miał wykonać zgodnie z harmonogramem budowy, a kolejni podwykonawcy mieli wejść na plac budowy dopiero w kwietniu 2015r. Na aprobatę zasługiwała także konstatacja Sądu Okręgowego, iż pozwany w procesie dowiódł, iż nie było jego winy w wykonaniu prac zgodnie z umową dowodząc, że wprowadzenie wykonawcy zastępczego nastąpiło w chwili, gdy nie można było stwierdzić źródeł napływu wody na płytę fundamentową, a stan ścian szczelinowych nie pozwalał na kontynuację prac uszczelniających stanowiących element zleconych robót. Powód nie udowodnił także jakimi konkretnie wadami były obarczone prace wykonane przez pozwanego i jaki był ich zakres, gdyż w aktach sprawy zabrakło inwentaryzacji prac pozwanego na datę zaprzestania ich wykonywania, a wystarczającymi w tym przedmiocie nie mogły okazać się wyłącznie zeznania świadka T. P. (1) (wykonawcy zastępczego). Z opinii biegłego J. L. (2) wynikało bowiem, że w jego ocenie zdecydowana większość robót wykonywanych przez wykonawcę zastępczego budziła wątpliwości co do ich zasadności i rzeczywistej potrzeby. Powód doprowadził do istotnej zmiany technologii wykonawstwa uszczelnienia przed wodą gruntową w ramach hydroizolacji. Projekt warsztatowy planowanej do wykonania bezpowłokowej hydroizolacji nie zakładał potrzeby wykonywania rozwiązań zdecydowanie bardziej kosztownych tj. iniekcji płyty fundamentowej. Nie sposób zanegować także stwierdzenia Sądu I instancji, że mając na uwadze brak technicznego udokumentowania rzeczywistych potrzeb wykonywania prac uszczelniających w rozwiązaniach zamiennych w stosunku do projektu zaproponowanego przez pozwanego i przyjętego przez powoda, ocenił, iż gdyby doszło do dalszego kontynuowania prac przez pozwanego nie byłoby potrzeby zmiany technologii wykonania skutecznego zabezpieczenia budynku przed wodą gruntową albowiem jego zdaniem pozwany prawidłowo sporządził dokumentację warsztatową hydroizolacji bezpowłokowej i była ona w pełni wystarczającą do wykonania skutecznej izolacji przeciwwodnej dla najniższych kondygnacji (...). Opiniujący nadto za nieuzasadnione technicznie i ekonomicznie uznał wykonywanie uszczelnienia zamka na całej przewidzianej powierzchni w sytuacji, gdy inne elementy konstrukcyjne nie były szczelne. Wobec zaś braku zaoferowania przez powoda wystarczających dowodów na okoliczność występowania wad w pracach wykonawczych pozwanej i ich zakresu nie sposób było rzeczywiście określić rynkowego kosztu ich usunięcia.

Sąd Okręgowy słusznie także zwrócił uwagę na treść umowy jaką powód podpisał w wykonawcą zastępczym oraz, że obejmowała ona większy zakres niż tylko uszczelnienie styków, przerw roboczych oraz rys i praktycznie zlecone zostało wykonawcy zastępczemu wykonanie nowej hydroizolacji za kwotę przekraczającą wynagrodzenie objęte umową stron. Odnosząc się do zeznań świadka T. P. (1) nie sposób, było zarzucić Sądowi I instancji braku logiki w powzięciu wątpliwości co do ilości i zakresu prowadzonych przez niego robót naprawczych z uwagi na jego oczywiste zainteresowanie, jak największym zakresem zlecenia, w sytuacji gdy uzgodnienie wynagrodzenia obejmowało - tylko i wyłącznie - wskaźniki jednostkowe dla poszczególnych rodzajów prac do jego wykonania, skoro na tę okoliczność tę zwrócił także uwagę biegły w wydanej opinii.

Z uwagi na powyższe należało ostatecznie podzielić wniosek Sądu Okręgowego, że pomimo, iż powód w procesie przedłożył dowody potwierdzające zlecenie wykonawcy zastępczemu prac polegających na wykonaniu szczelniej (...) płyty fundamentowej i zabezpieczenia zamka na styku płyta fundamentowa i ściana w(...)( w tym uszczelnienie styku, przerw roboczych oraz rys ) oraz wykonanie tych prac, a także opłacenie z tego tytułu należności do kwoty dochodzonej pozwem, to jednak nie wykazał faktycznej potrzeby ich realizowania przez wykonawcę zastępczego w zakresie przez

niego wykonanym, jak również nie dowiódł istnienia związku przyczynowego pomiędzy wydatkowanymi na ten cel środkami a nienależytym wykonaniem umowy przez pozwaną. Pozwany zaś dowiódł, iż woda znajdująca się na płycie fundamentowej była wynikiem nieszczelnych ścian szczelinowych oraz dopływu wody z innych źródeł, a w takich warunkach nie mógł on skutecznie realizować ostatniego etapu zleconych mu prac. Powódka nie wykazała zatem, aby pozwana realizowała umowę wadliwie albo sprzecznie z umową. Takiej oceny oprócz biegłego L. nie postawił także rzeczoznawca sporządzający prywatną ekspertyzę K. G. (1), a co było niezbędną przesłanką ustalenia odpowiedzialności pozwanej z art. 471 k.c. Z tych względów, Sąd I instancji słusznie nie znalazł podstaw do uwzględnienia roszczenia powoda na podstawie art. 471 k.c., a zatem oddalając powództwo nie naruszył dyspozycji ww. przepisu.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd I instancji nie naruszył także przepisu art. 480 § 3 k.c., gdyż w niniejszej sprawie brak było przesłanek do uwzględnienia żądania pozwu w oparciu o dyspozycję ww. przepisu. Powódka wskazywała bowiem, że naruszenie art. 480 § 3 k.c. nastąpiło poprzez jego niezastosowanie i nieprawidłowe uznanie, iż zagrożenie wstrzymania prac budowlanych (...) i rezygnacji przez innych podwykonawców zakontraktowanych prac na skutek przestojów, a także zagrożenie opóźnienia oddania (...) do użytkowania oraz wynikające z tego tytułu wielomilionowe kary wynikające z zawartych umów z przyszłymi najemcami, a także ryzyko utraty kredytu bankowego finansującego budowę (...) nie stanowiły przypadku nagłego uprawniającego powoda do usunięcia wad i usterek w trybie wykonawstwa zastępczego bez upoważnienia sądu na koszt pozwanego. Art. 480 § 3 k.c. (dozwolona samopomoc) dotyczy bowiem jedynie „nagłych wypadków”, które należy rozumieć jako sytuacje awaryjne, w szczególności niosące zagrożenie dla życia, zdrowia lub grożące poważną szkodą w mieniu, której dochodzenie od dłużnika byłoby utrudnione lub gdy wykonanie czynności po upływie czasu potrzebnego dla uzyskania upoważnienia sądu mogłoby nie mieć znaczenia dla wierzyciela ze względu na naturę zobowiązania lub niemożność osiągnięcia celu, dla którego zobowiązanie powstało. i dotyczy jedynie niewykonania a nie nienależytego wykonania umowy. W doktrynie przyjmuje się także, że „nagłości” nie można interpretować rozszerzająco. Oznacza to, że wierzyciel zgodnie z powołanym przepisem może jedynie wyjątkowo, skorzystać z tzw. samopomocy. Powód, na którym ciążył obowiązek dowodowy wykazania nagłości wypadku zgodnie z art. 6 k.c. nie wykazał także, aby w sprawie istniały tego typu zagrożenia.

Z uwagi na powyższe, na zasadzie art. 385 k.p.c. apelacja powoda podlegała oddaleniu z braku uzasadnionych podstaw.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono w oparciu o art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. Wysokość tych kosztów ustalono na podstawie § 10 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. poz. 1800 ze zm.).

(...)