

***Sygn. akt ACa 15/15***

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

***Dnia 23 września 2015 r.***

Sąd Apelacyjny w Warszawie Wydział Cywilny w składzie:

***Przewodniczący: SSA Romana Górecka***

***Sędziowie: SA Maciej Dobrzyński***

***SO del. Jan Wawrowski***

***Protokolant: referent-stażysta W. K.***

po rozpoznaniu w dniu 9 września 2015 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa I. Z.

przeciwko (...) B. (...) spółce jawnej z siedzibą w O.

o upoważnienie i zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 25 lipca 2014 r.

sygn. akt XVI GC 442/11

- 1. prostuje zaskarżony wyrok w zakresie oznaczenia przedmiotu sprawy w ten sposób, że w miejsce „o zapłatę” wpisuję „o upoważnienie i zapłatę”,***
- 2. oddala apelację,***
- 3. zasądza od I. Z. na rzecz (...) B. (...) spółki jawnej z siedzibą w O. kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.***

I ACa 15/15

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 15 lipca 2011 r. skierowanym przeciwko (...) B.R. (...) spółce jawnej z siedzibą w O. powód I. Z. wniósł o upoważnienie go przez sąd do wykonania na koszt pozwanego następujących prac w celu usunięcia usterek w wykonanej przez stronę pozwaną instalacji grzewczej:

- zastosowania izolacji przewodów nawiewowych o większej grubości oraz wykonania izolacji przewodów wywiewowych prowadzonych w przestrzeniach ogrzewanych, tak aby spadek temperatury powietrza na długości przewodu nie był dłuższy niż 0,1 K/m;

- doszczelnienia przewodów wentylacyjnych w miejscach połączeń za pomocą silikonu oraz zamontowania przepustnic regulacyjnych na przewodach doprowadzających powietrze zewnętrzne do instalacji, przed wykonaniem nowej instalacji cieplnej;
- przeniesienia termostatów regulacyjnych ogrzewaczy gazowych do wybranych obsługiwanych pomieszczeń;
- przeprowadzenia ponownej regulacji ilości powietrza instalacji, w tym ilości powietrza zewnętrznego, tak aby przepływająca przez ogrzewacze gazowe ilość powietrza była wystarczająca do niezakłóconej pracy urządzeń oraz czy temperatura nawiewu w żadnym pomieszczeniu nie przekracza 45<sup>o</sup> C - a jeżeli nie będzie możliwości uzyskania stosownych parametrów - przebudowy instalacji zmierzającej do zwiększenia przepustowości sieci przewodów;
- wymiany urządzenia wyzwalającego klapę przeciwpożarową bądź ewentualnie dokonania uzgodnień z rzeczoznawcą ds. zabezpieczeń przeciwpożarowych sposobu dalszej eksploatacji instalacji;
- zamontowania nagrzewnicy na wlocie powietrza zewnętrznego, zabezpieczającej rekuperator przed szronieniem.

Ponadto powód wniósł o zasądzenie od pozwanego kwoty, na jaką inny podmiot wykonujący wyceni ww. prace, wskazując, iż kwota ta zostanie precyzyjnie określona po otrzymaniu wiążącego kosztorysu od podmiotu, któremu powód zleci wykonanie prac - przy czym kwota ta nie jest niższa niż 103.470 zł, a także o zasądzenie od pozwanego kwoty 8.540 zł tytułem zwrotu kosztów poniesionych celem wykonania niezbędnej dla dochodzenia swoich praw ekspertyzy. Powód wniósł również o zasądzenie kosztów sądowych oraz kosztów zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na pozew z dnia 23 lutego 2012 r. pozwany wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm prawem przepisanych.

W piśmie procesowym z dnia 25 kwietnia 2013 r. powód wskazał, że na zasadzie art. 480 k.c. wnosi o upoważnienie przez sąd do wykonania naprawy instalacji grzewczo-wentylacyjnej na koszt dłużnika, zasądzenie kwoty wymienionej w pozwie jako części szkody wynikłej z wadliwej instalacji z tym, że zastrzegł sobie możliwość dochodzenia szkody w pozostałym zakresie. Nadto, strona powodowa wniosła o ustalenie odpowiedzialności pozwanego za szkody będące wynikiem wadliwej instalacji grzewczo-wentylacyjnej i wydanie w tym zakresie na zasadzie art. 318 k.p.c. wyroku wstępnego co do samej zasady.

Na rozprawie w dniu 10 lipca 2013 r. strona powodowa podtrzymała powództwo i wniosła na podstawie art. 480 k.c. o upoważnienie przez Sąd powoda do wykonania naprawy na koszt pozwanego oraz o zasądzenie kwoty 8.540 zł. Ponadto powód oświadczył, że cofa powództwo w zakresie pkt 2 oraz wniósł o przesądzenie odpowiedzialności pozwanego w zakresie szkód, które powstały w wyniku niewykonania dzieła. Wniósł w tym zakresie o wydanie wyroku wstępnego.

Wyrokiem z dnia 25 lipca 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo (pkt I) oraz kosztami procesu obciążył I. Z., pozostawiając szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu (pkt II).

***Sąd I instancji oparł swoje rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach faktycznych oraz rozważaniach prawnych:***

W dniu 5 maja 2009 r. strony zawarły umowę nr (...), zgodnie z którą powód jako zamawiający powierzył pozwanemu jako wykonawcy wykonanie instalacji systemu ogrzewania nadmuchem ciepłego powietrza oraz wentylacji mechanicznej z rekuperacją w budynku przedszkola przy ul. (...) w W., którego współwłaścicielem był powód. Zakres robót objętych umową został określony na bazie dokumentacji otrzymanej od pozwanego, oferty pozwanego z dnia 17 kwietnia 2009 r. oraz koncepcji rozprowadzenia instalacji stanowiącej załącznik nr (...) do umowy. Całość prac związanych z instalacją miała się składać z następujących pozycji: kondensacyjne nagrzewnice powietrza na gaz, kanały instalacji grzewczych z blachy ocynkowanej z rur spiro izolowanych termicznie wełną

mineralną, kanały instalacji rekuperacji z blachy ocynkowanej z rur spiro izolowanych termicznie wełną mineralną, rekuperator ze sterownikiem RC3, elektryczną nagrzewnicą wstępną ze sterowaniem, wentylatory wyciągowe, projekt wykonawczy. Za każdą z pozycji było ustalone odrębne wynagrodzenie. Rozpoczęcie robót miało nastąpić w maju 2009 r. Zmiany i uzupełnienia umowy mogły następować jedynie w formie pisemnej w postaci aneksu, podpisanego przez każdą ze stron, pod rygorem nieważności takich zmian. Do umowy zostały dołączone 4 załączniki, w tym załącznik nr(...) - Koncepcja rozprowadzenia przewodów przedmiotowej instalacji oraz lokalizacja urządzeń. Dokonywanie przebić w ścianach konieczne do wykonania instalacji nie należało do zadań pozwanego. W dniu 7 maja 2009 r. strony zawarły aneks nr (...) do ww. umowy, w którym rozszerzono zakres robót objętych umową o demontaż części kanałów i zamontowanie nowych o przekroju prostokątnym oraz zastąpienie anemostatów w tych pomieszczeniach kratkami nawiewnymi. W dniu 30 czerwca 2009 r. powód dokonał odbioru prac pozwanego dotyczących montażu kanałów instalacji grzewczej i wentylacji mechanicznej, tj. zamontowania kanałów nadmuchowych instalacji grzewczej i kanałów wyciągowych instalacji mechanicznej. Komisja dokonująca odbioru tych prac, w skład której wchodziła przedstawiciele pozwanego, powód oraz kierownik budowy, zgłosiła do nich uwagi, które zostały usunięte przez pozwanego w dniu 1 lipca 2009 r. W tym też dniu roboty te zostały odebrane przez powoda.

Pozwany prowadził prace na podstawie roboczej wersji projektu budowlanego, który został zatwierdzony przez rzeczoznawców dopiero 14 sierpnia 2009 r. Projekt ten został przekazany powodowi w dniu 19 sierpnia 2009 r. W protokole jego przekazania powód nie zgłosił do niego uwag.

W dniu 16 lipca 2009 r. powód odebrał prace pozwanego obejmujące montaż 5 wentylatorów wyciągowych i 6 wrzutni dachowych, zgłaszając zastrzeżenie, że nie wykonano wentylatora przy wrzutni.

W dniu 22 lipca 2009 r. strony zawarły aneks nr (...) do umowy nr (...), w którym z woli powoda umowa została rozszerzona o montaż 17 klap przeciwpożarowych oraz 6 zaworów przeciwpożarowych. Dnia 20 sierpnia 2009 r. powód odebrał pozostałe roboty ustalone w umowie obejmujące montaż klap przeciwpożarowych i zaworów oraz montaż anemostatów nawiewnych i wyciągowych, a także kratki nawiewnych i krat czerpi. Wśród uwag powód zastrzegł jedynie, że wykonawca dostarczy 2 anemostaty, a w przypadku zalecenia Inspektora Straży Pożarnej pozwany oznakuje miejsca, w których zamontowano te klapy.

Za wykonane prace powód zapłacił pozwanemu umówione wynagrodzenie.

Wbrew postanowieniom umowy pozwany nie zamontował w instalacji nagrzewnicy. Ponadto jeden z kanałów grzewczych był przeprowadzony niezgodnie z projektem, tj. miał być w budynku, ale przeprowadzono go na zewnątrz budynku. W grudniu 2009 r., gdy na dworze był duży mróz, w przedszkolu przy ul. (...) w W. w czterech pomieszczeniach pomimo włączonej instalacji grzewczej temperatura wynosiła około 10<sup>0</sup> C. W styczniu i w lutym powód oraz pracownicy pracujące w przedszkolu przy ul. (...) w W. dokonywały pomiarów temperatury w przedszkolu, które potwierdzały panujące w ww. pomieszczeniach temperatury. Powód dogrzewał wychłodzone pomieszczenia przedszkola dodatkowym olejowo-elektrycznym ogrzewaniem. Ponadto, niektóre z klap przeciwpożarowych podczas bieżącej eksploatacji same się zamykały pomimo, że powinny być otwarte. Pismem z dnia 8 grudnia 2009 r. powód poinformował pozwanego, że system grzewczy działa nieprawidłowo. Zdaniem pozwanego przyczynami nieprawidłowości w działaniu instalacji zgłaszanymi przez powoda były: brak wykonywania konserwacji instalacji, brak czyszczenia filtrów powietrza lub wymiany na nowe, brak sprawdzania szczelności gazu przy urządzeniu, brak sprawdzania sprawności wentylatorów urządzeń pieca i rekuperatora oraz brak sprawdzania zabezpieczeń w urządzeniach. 22 stycznia 2010 r. doszło do spotkania stron, podczas którego aparaturą pozwanego dokonano pomiarów temperatury, która w niektórych salach nie przekraczała wymaganych w przedszkolach (...)° C. W dniu 29 stycznia 2010 r. powód skierował do pozwanego reklamację, w której domagał się usunięcia usterek i naprawienia systemu grzewczego oraz wymiany regulatora temperatury. Następnie, 2 lutego 2010 r. pozwany wymienił termostat, a także dokonał ponownych pomiarów temperatury w pomieszczeniach przedszkola i doszedł do wniosku, że wszystkie urządzenia w budynku działają prawidłowo, a różnica temperatury w poszczególnych salach wynika z nadmiernego wychłodzenia kanałów w przestrzeni nieogrzewanej. Powód nie podzielił tej opinii kwestionując zwłaszcza warunki tych pomiarów. Pozwany podtrzymał dotychczasowe stanowisko, a powód zlecił wykonanie usługi serwisowej klapy

przeciwpożarowej serwisantowi, który stwierdził, że nie działa ona poprawnie. Następnie powód zlecił Instytutowi (...) wykonanie ekspertyzy instalacji ogrzewania i wentylacji w przedszkolu i w oparciu o ustalenia w niej zawarte wezwał pozwanego do usunięcia wad instalacji w terminie do 31 lipca 2010 r. poprzez wykonanie szczegółowo wymienionych w wezwaniu prac. W odpowiedzi na ww. wezwanie w piśmie z dnia 8 lipca 2010 r. pozwany zadeklarował gotowość dokonania zmian, o jakie wnosił powód po wyznaczeniu przez niego odpowiedniego terminu z tym, że nie uznawał by do działań wskazanych w wezwaniu (z wyjątkiem montażu nagrzewnicy) był według umowy zobowiązany. Pozwany nie wykonał prac wskazanych w ww. wezwaniu powoda.

Sąd Okręgowy wskazał, że wykazanie usterek w instalacji i ich przyczyn wymagało wiadomości specjalnych, a te Sąd mógł uzyskać w wyniku przeprowadzonej opinii biegłego, o powołanie którego wnioski były sprekludowane. Opinii tej nie mogła skutecznie zastąpić ekspertyza zlecona prywatnie przez stronę powodową, ani zeznania świadków i stron nieweryfikowalne wobec braku po stronie Sądu wiadomości specjalnych. Sąd I instancji wskazał, że pozasądowa ekspertyza rzeczoznawcy sporządzona na zlecenie strony nie podlega ocenie sądu jako dowód z opinii biegłego. Przedstawienie prywatnej ekspertyzy przez stronę jest w rzeczywistości przedstawieniem własnego poglądu strony i nie może być ona traktowana jako dowód w procesie, choćby została sporządzona przez osobę stałego biegłego sądowego. Korelujące ze sobą zeznania świadków E. S., B. O., M. Z. oraz powoda Sąd I instancji uznał zasadniczo za wiarygodne, z wyjątkiem ich hipotez, co było przyczyną niskiej temperatury w części pomieszczeń przedszkola z uwagi na okoliczności wskazane już powyżej. Sąd Okręgowy nie dał wiary zeznaniom świadka R. W. oraz pozwanego, że kanał grzewczy miał być pierwotnie w budynku, ale w związku ze zmianą na życzenie powoda został umieszczony na zewnątrz budynku. Zeznania te nie pokrywały się z zeznaniami powoda oraz nie znajdowały odzwierciedlenia w odpowiednich pisemnych aneksach do umowy. Skoro bowiem inne zmiany umowy zostały ujęte w odpowiednich pisemnych aneksach, które były wymagane pod rygorem nieważności, niewiarygodne były zeznania pozwanego, że nie domagał się podpisania dokumentu dotyczącego przeniesienia kanału ze względu na dobrą współpracę. Sąd I instancji oddalił wniosek dowodowy powoda zgłoszony na rozprawie w dniu 21 września 2012 r. o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu inżynierii grzewczo-sanitarnej na okoliczność istnienia wad w instalacji grzewczej wykonanej przez pozwanego - z uwagi na prekluzję dowodową. Sąd Okręgowy oddalił także wniosek dowodowy strony powodowej zgłoszony w piśmie z dnia 19 lutego 2013 r. o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu inżynierii grzewczo - sanitarnej na okoliczność zgodności wykonania przez pozwanego instalacji z projektem budowlanym, ustalenia istnienia/nieistnienia wad ww. systemu, a także ich przyczyn oraz określenia zakresu prac wymaganych dla naprawy instalacji - z uwagi na prekluzję. W myśl art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c. w pozwie powód jest obowiązany podać wszystkie twierdzenia oraz dowody na ich poparcie pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania, chyba że wykaże, że ich powołanie w pozwie nie było możliwe albo że potrzeba powołania wynikła później. W tym przypadku dalsze twierdzenia i dowody na ich poparcie powinny być powołane w terminie dwutygodniowym od dnia, w którym powołanie ich stało się możliwe lub wynikła potrzeba ich powołania. W ocenie Sądu I instancji okoliczność, której dotyczyła teza dowodowa dowodu z opinii biegłego stała się sporna najpóźniej po wniesieniu przez pozwanego odpowiedzi na pozew, która została wysłana powodowi w dniu 23 lutego 2012 r., tymczasem pierwszy raz wniosek o powołanie biegłego został złożony na rozprawie w dniu 21 września 2012 r., niewątpliwie więc ww. dwutygodniowy termin nie został zachowany. Sąd Okręgowy oddalił także wniosek dowodowy powoda o dopuszczenie dowodu z zeznań S. P. i zdjęć stanowiących załączniki nr (...) do pisma z 15 lipca 2013 r. na okoliczność nieposprzątania placu robót wbrew zapewnieniom pozwanego - z uwagi na prekluzję. Powód we wniosku podał, że konieczność powołania się na dowód z ww. świadka autora ekspertyzy wynikła na ostatnim terminie rozprawy, na którym pozwany zaprzeczył, że zamontował cieńszą od wymaganej instalację oraz, że przekroje kanałów są niezgodne z projektem. Podana przez powoda okoliczność, w ocenie Sądu I instancji nie była nową okolicznością, gdyż pozwany od początku procesu kwestionował fakt nienależytego wykonania przez niego zobowiązań z łączącej strony umowy (z wyjątkiem montażu nagrzewnicy).

Sąd Okręgowy uznał powództwo za nie zasługujące na uwzględnienie. Odnosząc się w pierwszej kolejności do podniesionego przez pozwanego zarzutu przedawnienia, uznał ten zarzut za chybiony. Sąd I instancji stwierdził, że łącząca strony umowa z dnia 5 maja 2009 r. była umową o roboty budowlane, nie zaś umową o dzieło, bowiem w ramach łączącej strony stosunku prawnego pozwany miał wykonać roboty budowlane polegające na

montażu w budynku odpowiednich instalacji. Roszczenia wynikające z umowy o roboty budowlane przedawniają się w terminach określonych w art. 118 k.c. W niniejszym przypadku, zważywszy, że roszczenie jest związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, termin ten wynosił 3 lata. Przepisy o umowie o robotach budowlanych nie zawierają odrębnej regulacji co do początku biegu terminu przedawnienia, zatem miały tu zastosowanie ogólne reguły wynikające z art. 120 § 1 k.c. Istotna była zatem data wymagalności roszczenia. Umowa o roboty budowlane charakteryzuje się zobowiązaniem osiągnięcia materialnego rezultatu w postaci końcowego efektu przewidzianego w umowie. Niewątpliwie wynikające z tej umowy roszczenia związane z nieprawidłowym wykonaniem umowy powstają z chwilą zrealizowania przedmiotu umowy - oddania go inwestorowi, co w niniejszej sprawie nastąpiło w 2009 r. Pozew został wniesiony 15 lipca 2011 r., zatem przed upływem 3-letniego okresu przedawnienia.

Powód na podstawie art. 480 k.c. żądał upoważnienia go przez sąd do wykonania na koszt pozwanego prac w celu usunięcia usterek w wykonanej przez pozwaną spółkę instalacji grzewczej. Przepis art. 480 § 1 k.c. stanowi, iż 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. Z treści tego przepisu wyraźnie wynika, że możliwość żądania upoważnienia wierzyciela do wykonania zastępczego określonego świadczenia wchodzi w grę jedynie w przypadku niewykonania zobowiązania przez dłużnika z przyczyn, za które ten ponosi odpowiedzialność. Nie ma on natomiast zastosowania w przypadku wprowadzenia wykonania świadczenia, jednak w sposób wadliwy. Niewykonanie zobowiązania zachodzi wówczas, gdy w zachowaniu dłużnika nie występuje nic, co odpowiadałoby spełnieniu świadczenia, natomiast nienależyte wykonanie zobowiązania ma miejsce wtedy, gdy zachowanie dłużnika zmierzało do spełnienia świadczenia, jednak osiągnięty przez niego wynik nie spełnia wymogów świadczenia, do którego dłużnik był zobowiązany.

Sąd Okręgowy wskazał, że zagadnienie uprawnień z tytułu rękojmi za wady przy umowie o roboty budowlane przedstawia się w zasadzie tak samo jak przy umowie o dzieło. Stosownie bowiem do art. 656 § 1 k.c. do wykonania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady obiektu wykonanego na podstawie umowy o roboty budowlane stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. W przedmiotowej sprawie nie budziło wątpliwości, że świadczenie pozwany wykonał, ale, jak wywodził powód w sposób niezgodny z treścią umowy - przynajmniej w zakresie braku montażu nagrzewnicy oraz przeprowadzenia jednego z kanałów grzewczych. Stąd powód wywodził żądanie upoważnienia przez sąd do wykonania prac w celu usunięcia usterek w wykonanej przez stronę pozwaną instalacji. Niezasadne były późniejsze twierdzenia powoda, iż instalacja w istocie nie była wykonana, gdyż nie spełniała swojej funkcji. Zwłaszcza, że z zebranych dowodów w postaci dokumentów oraz osobowych źródeł dowodowych wynikało, że podczas dużych mrozów, w czterech spośród większej ilości pomieszczeń pomimo włączonej instalacji grzewczej temperatura wynosiła około 10<sup>o</sup> C, zatem zamontowana instalacja działała tyle, że w niektórych pomieszczeniach wadliwie. Przepisem przewidującym uprawnienie zamawiającego do żądania od przyjmującego zamówienie usunięcia wad robót jest art. 637 § 1 k.c., a sankcje nieusunięcia (nieskutecznego usunięcia) wad w wyznaczonym terminie przewiduje § 2 tegoż artykułu. Sankcje te to odstąpienie od umowy przez zamawiającego, jeżeli wady są istotne i żądanie obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku, jeżeli wady są nieistotne. Przepis ten nie przewiduje możliwości żądania przez zamawiającego upoważnienia przez sąd do usunięcia wad na koszt przyjmującego zamówienie. Uprawnienia określone w art. 637 k.c. zawierają katalog uprawnień w sposób wyczerpujący, a dopuszczenie dodatkowo możliwości żądania upoważnienia do usunięcia tych wad na koszt przyjmującego zamówienie prowadziłoby do rozszerzenia tego katalogu w sposób sprzeczny z przepisami regulującymi wzajemne relacje stron umowy o dzieło (roboty budowlane). Jak podkreśla się w orzecznictwie, poddanie rękojmi za wady dzieła (robót budowlanych) ogólnym przepisom o skutkach niewykonania zobowiązań byłoby krzywdzące dla jednej ze stron stosunku opartego na respektowaniu wzajemnych interesów. Jeżeli bowiem realizacja uprawnień zamawiającego do upoważnienia przez sąd do usunięcia wad na koszt przyjmującego zamówienie miałyby oznaczać każde wykonanie zastępcze, bez względu na wysokość jego kosztów, to przyjmujący zamówienie zostałby pozbawiony ochrony, którą zapewnia mu art. 637 § 1 zdanie drugie k.c., przyznający mu prawo odmowy naprawy, gdyby wymagała nadmiernych kosztów. Należy zatem uznać, że samodzielne uregulowanie rękojmi za wady dzieła (robót budowlanych) w zasadzie wyłącza stosowanie do tej instytucji przepisów ogólnych o skutkach niewykonania zobowiązań (art. 471-486 k.c.). Niezależnie zatem od oceny, czy wykonane przez pozwanego roboty były zgodne z umową, czy też były

wadliwe, pozostawało to bez wpływu na ocenę zasadności samego powództwa, które ograniczało się do upoważnienia powoda do wykonania zastępczego na koszt pozwanego określonego rodzaju poprawek w instalacji. Nawet bowiem w przypadku poczynienia ustaleń zgodnych z intencją powoda o wadliwym wykonaniu zobowiązania przez pozwanego, nie mogły one prowadzić do uwzględnienia powództwa na podstawie art. 480 § 1 k.c., gdyż nie miał on w niniejszych okolicznościach w ogóle zastosowania. Z tych samych względów niezasadne było również roszczenie o zasądzenie od pozwanego kwoty, na jaką inny podmiot wykonujący wyceni prace, których zastępczego wykonania domagał się powód. Ponadto, nawet gdyby roszczenie oparte na art. 480 k.c. w niniejszej sprawie było dopuszczalne, to obowiązek zapłaty wynikałby już z sentencji wyroku upoważniającego do wykonania czynności. Wprawdzie pełnomocnik powoda na rozprawie w dniu 10 lipca 2013 r. oświadczył, iż cofa to żądanie, jednak zdaniem Sądu Okręgowego cofnięcie to nie było skuteczne. Oświadczenie zostało złożone po rozpoczęciu rozprawy, nie było połączone ze zrzeczeniem się roszczenia, a powód nie wyraził zgody na takie cofnięcie, stąd też w świetle art. 203 § 1 k.p.c. nie było ono możliwe.

Zdaniem Sądu I instancji żądanie zgłoszone w piśmie procesowym z dnia 25 kwietnia 2013 r. o zasądzenie kwoty wymienionej w pozwie jako części szkody wynikłej z wadliwej instalacji, z zastrzeżeniem możliwości dochodzenia szkody w pozostałym zakresie, było niedopuszczalne ze względu na mający zastosowanie w niniejszej sprawie (art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw - Dz. U. z 2011 r. Nr 233, poz.1381) - art. 479<sup>4</sup> § 2 k.p.c. Zgodnie z tym przepisem w toku postępowania nie można występować z nowymi roszczeniami zamiast lub obok dotychczasowych. Jednakże w razie zmiany okoliczności powód może żądać, zamiast pierwotnego przedmiotu sporu, jego wartości lub innego przedmiotu, a w sprawach o świadczenie powtarzające się może nadto rozszerzyć żądanie pozwu o świadczenia za dalsze okresy. W postępowaniu gospodarczym zmiany przedmiotowe powództwa są zasadniczo wykluczone i nie zmieniały tego zastrzeżenia dokonane w pozwie przez pełnomocnika powoda, co do możliwości rozszerzenia powództwa. Nie wykazano bowiem, aby nastąpiły zmiany okoliczności, które by to umożliwiły.

O kosztach procesu Sąd I instancji orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., obciążając nimi powoda zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, pozostawiając na mocy art. 108 § 1 k.p.c. ich szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu.

#### ***Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniósł powód, zaskarżając go w całości. Zarzucił:***

1/ błąd w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, że instalacja działała, przy jednoczesnym ustaleniu, „że podczas dużych mrozów, w czterech spośród większej ilości pomieszczeń pomimo włączonej instalacji grzewczej temperatura wynosiła około 10° C”,

2/ błąd w ustaleniach faktycznych sprowadzający się do przyjęcia, iż dla ustalenia, czy przedmiotowa instalacja grzewcza działa niezbędna jest specjalistyczna wiedza biegłego sądowego, co stanowiło bezzasadne fetyszyzowanie dowodu z opinii biegłego w sytuacji, kiedy materiał dowodowy oraz zwykła ludzka wiedza plus doświadczenie sędziego gospodarczego powinny wystarczyć Sądowi do ustalenia, czy ogrzewanie działało na tyle, aby spełniało swoją funkcję grzewczą; jednocześnie Sąd dokonał prawidłowego ustalenia, że „podczas dużych mrozów, w czterech spośród większej ilości pomieszczeń pomimo włączonej instalacji grzewczej temperatura wynosiła 10° C”, które posłużyło mu do wadliwej konstatacji,

3/ naruszenie art. 480 k.c. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, kiedy skorzystanie z tej normy prawnej zapewniłoby sprawiedliwe i optymalne rozstrzygnięcie,

4/ błąd w ustaleniach faktycznych sprowadzający się do ustalenia, że powód wystąpił z „nowymi” roszczeniami, podczas gdy zarówno upoważnienia zastępczego do naprawy, jak i zapłaty kwoty 8.540 zł jako zwrotu kosztu ekspertyzy (...) niezbędnej do dochodzenia swoich praw oraz zwrotu kosztów procesu, w tym zastępstwa procesowego, powód domagał się już w pozwie,

5/ nierozpoznanie istoty sprawy w zakresie ustalenia odpowiedzialności pozwanego za szkody będące następstwem wadliwego wykonania robót, poprzez brak rozstrzygnięcia tego roszczenia w wyroku oraz naruszenie przepisu art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak odniesienia się do tej kwestii w uzasadnieniu wyroku.

Wskazując na powyższe zarzuty strona powodowa wniosła o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez upoważnienie powoda do dokonania naprawy instalacji tak, aby spełniała swoją funkcję na koszt pozwanego oraz przesądzenia kwestii odpowiedzialności pozwanego za szkody poniesione przez powoda na skutek wadliwej/nie spełniającej funkcji grzewczej instalacji oraz zasądzenie zwrotu kosztów procesu, w tym zastępstwa procesowego zgodnie z przepisnymi normami.

W odpowiedzi na apelację z dnia 19 grudnia 2014 r. strona pozwana wniosła o oddalenie apelacji oraz zasądzenie na jej rzecz zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wedle norm prawem przepisanych.

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

Apelacja powoda nie zasługiwała na uwzględnienie.

Strona powodowa w pierwszym rzędzie domagała się w niniejszej sprawie na podstawie art. 480 § 1 k.c. upoważnienia jej do wykonania szeregu czynności sprecyzowanych w pozwie na koszt (...) B.R. (...) spółki jawnej z siedzibą w O. (dalej jako H.-Polska). I. Z. wyjaśnił przy tym, że strony w dniu 7 maja 2009 r. zawarły umowę nr (...), na podstawie której pozwany zobowiązał się wykonać roboty budowlane w postaci instalacji sytemu ogrzewania nadmuchem ciepłego powietrza oraz wentylacji mechanicznej z rekuperacją w budynku prowadzonego przez powoda przedszkola. Roboty zostały wykonane, odebrane i zapłacone przez powoda. Wraz z początkiem sezonu grzewczego 2009-2010 w działaniu systemu zaczęły ujawniać się nieprawidłowości polegające przede wszystkim na tym, że podczas silnych mrozów nie był on w stanie zapewnić w niektórych pomieszczeniach przedszkola odpowiedniej temperatury. Strony nie potrafiły się porozumieć w kwestii tego, czy system działa prawidłowo, czy też jest nieprawidłowo użytkowany, co skłoniło powoda do zlecenia wykonania prywatnej ekspertyzy technicznej, wezwania pozwanego do wykonania wskazanych w niej prac, a następnie, wobec braku reakcji ze strony H.-Polska, wystąpienia z niniejszym powództwem.

Powód wyraził w apelacji przekonanie, że sformułowane przez niego roszczenie oparte na instytucji upoważnienia do wykonania zastępczego było dostosowane do okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, a nie zostało przez Sąd Okręgowy uwzględnione „jako mniej typowe” niż roszczenia wynikające z rękojmi. Poza ogólnym przekonaniem o nietrafności zaskarżonego wyroku, strona apelująca nie przedstawiła jednak argumentów, które odnosiłyby się do szeroko zaprezentowanej przez Sąd I instancji wykładni przepisów prawa materialnego.

Zgodnie z treścią art. 480 § 1 k.c. 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. Treść analizowanego przepisu wskazuje zatem wprost, że roszczenie o wykonanie zastępcze aktualizuje się w razie zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania czynienia, a tym samym przepis ten - jak każdy, który określa skutki zwłoki dłużnika i przewiduje w razie pozostawania dłużnika w zwłoce określone uprawnienia wierzyciela - dotyczy niewykonania zobowiązania, a nie nienależytego wykonania zobowiązania (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002 r., III CZP 86/01, OSNC 2002/11/132; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 lutego 2014 r., I ACa 1061/13, LEX nr 1444901). Niewykonanie zobowiązania zachodzi wówczas, gdy w zachowaniu się dłużnika nie występuje nic, co by odpowiadało spełnieniu świadczenia, natomiast nienależyte wykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy zachowanie się dłużnika zmierzało do spełnienia świadczenia, a nawet dłużnik według własnej oceny spełnił świadczenie, jednakże osiągnięty przez niego wynik odbiega pod określonymi względami od tego, na czym miało polegać prawidłowo spełnione świadczenie. W niniejszej sprawie nie ulegało wątpliwości, że strona pozwana podjęła działania, które doprowadziły do wykonania zobowiązania, tj. wykonania robót budowlanych w postaci instalacji sytemu ogrzewania nadmuchem ciepłego powietrza oraz wentylacji mechanicznej z rekuperacją. Świadczenie niepieniężne pozwanego zostało odebrane przez powoda w okresie pomiędzy czerwcem a sierpniem 2009

r. na podstawie protokołów obioru. Dokonanie przez zamawiającego odbioru dzieła (robót budowlanych) miało istotne znaczenie, bowiem stwarzało domniemanie, że dzieło zostało wykonane zgodnie z umową, a z pewnością, że formalnie odpowiadało temu co stanowiło przedmiot umowy z dnia 7 maja 2009 r. Skoro zatem doszło do odbioru robót, to uznać należało, że strona pozwana wykonała ciężące na niej ma mocy umowy nr (...) zobowiązanie, a tym samym nie mogło być już mowy o zwłoce dłużnika w wykonaniu zobowiązania czynienia w rozumieniu art. 480 § 1 k.c.

Oczywiście, to że dochodzi do odbioru robót nie przesądza jeszcze, iż zostały one rzeczywiście wykonane prawidłowo. Często dopiero w toku eksploatacji dzieła zamawiający może się przekonać, czy jest ono dotknięte wadami oraz czy ma zapewnione w umowie cechy gwarantujące jego użyteczność. Po ukończeniu dzieła i jego odbiorze przez zamawiającego aktualizuje się jednak przede wszystkim odpowiedzialność z tytułu rękojmi (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2002 r., IV CKN 803/00, LEX nr 1172532; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2006 r., II CK 336/05; LEX nr 191144; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2006 r., I CSK 276/06, LEX nr 584721).

W niniejszej sprawie dopiero w trakcie sezonu grzewczego 2009-2010 okazało się, iż są problemy z funkcjonowaniem przedmiotowej instalacji. Niezależnie od tego, jak szeroki zakres miały stwierdzone wadliwości w działaniu systemu grzewczo-wentylacyjnego, nie zmieniało to faktu, że w sprawie nie chodziło o niewykonanie zobowiązania wynikającego z umowy z dnia 7 maja 2009 r., ale o ewentualną odpowiedzialność z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania mogącą przybrać bądź postać odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady dzieła (robót budowlanych) bądź ogólnej odpowiedzialności odszkodowawczej kontraktowej (art. 471 k.c.), bowiem wadliwe wykonanie dzieła oznacza jednocześnie nienależyte wykonanie zobowiązania.

W związku ze sformułowaniem przez powoda roszczenia w sprawie powstał podstawowy problem, czy przepisy o wykonaniu zastępczym mogą znaleźć zastosowanie do przypadków, gdy spełnione przez dłużnika świadczenie okazało się być obciążone wadami fizycznymi. W judykaturze, na co wskazywał już Sąd I instancji, problem ten został rozstrzygnięty negatywnie. Jeżeli przyjmujący zamówienie nie usunął skutecznie wad dzieła w wyznaczonym terminie (art. 637 § 1 k.c. o treści obowiązującej przed dniem 25 grudnia 2014 r. - przytaczane w dalszej części uzasadnienia przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące rękojmi odnoszą się do tego stanu prawnego), zamawiający nie może żądać upoważnienia przez sąd do usunięcia wad na koszt przyjmującego zamówienie (art. 480 § 1 k.c.) (por. ww. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002 r., III CZP 86/01 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2008 r., IV CNP 147/07, LEX nr 361455; tak również P. Drapała [w:] Kodeks cywilny. Komentarz pod red. J. Gudowskiego. Zobowiązania III cz. 2, LexisNexis, Warszawa 2013, str. 262). Stanowisko to opiera się po pierwsze na założeniu, że art. 480 § 1 k.c. dotyczy niewykonania zobowiązania, a nie nienależytego wykonania zobowiązania. Spełnienie świadczenia wadliwego jest zaś jednym z przypadków nienależytego wykonania zobowiązania. Nadto, jak się powszechnie przyjmuje, przepisy o rękojmi zawierają zamknięty katalog uprawnień kupującego (zamawiającego) z tytułu rękojmi. Sankcje nieusunięcia (nieskutecznego usunięcia) wad w wyznaczonym terminie przewiduje art. 637 § 2 k.c. - sankcje te to odstąpienie od umowy przez zamawiającego, jeżeli wady są istotne i żądanie obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku, jeżeli wady są nieistotne. Przepis nie przewiduje natomiast możliwości żądania przez zamawiającego upoważnienia przez sąd do usunięcia wad na koszt przyjmującego zamówienie. Możliwość taka nie wynika też z przepisów Kodeksu cywilnego o rękojmi przy sprzedaży (art. 555-576 k.c.), które stosownie do art. 638 k.c. znajdują odpowiednie zastosowanie do rękojmi przy umowie o dzieło, a także przy umowie o roboty budowlane (art. 656 § 1 k.c.). Wykładnia art. 480 § 1 k.c. i art. 637 § 1 i 2 k.c., w wyniku której zamawiający mógłby żądać upoważnienia przez sąd do usunięcia wad dzieła na koszt przyjmującego zamówienie, prowadziłaby zatem do poszerzenia katalogu uprawnień, jakie ustawa przyznaje zamawiającemu z tytułu rękojmi za wady dzieła, przez jego uzupełnienie o nowe uprawnienie, nie przewidziane ustawą. Sąd Najwyższy zwrócił też uwagę na okoliczność, że przepisy o rękojmi z jednej strony służą zaspokojeniu uzasadnionego interesu zamawiającego (przywrócenie ekwiwalentności wzajemnych świadczeń), z drugiej jednak chronią także interesy przyjmującego zamówienie. Gdyby bowiem realizacja uprawnienia zamawiającego do upoważnienia przez sąd do usunięcia wad na koszt przyjmującego zamówienie miałyby oznaczać każde wykonanie zastępcze, bez względu na wysokość jego kosztów, to przyjmujący zamówienie zostałby pozbawiony ochrony, którą zapewnia mu art. 637 § 1 zdanie drugie



k.c., przyznając mu prawo odmowy naprawy, gdyby wymagała nadmiernych kosztów. Przyjęcie dopuszczalności takiego wykonania zastępczego byłoby więc sprzeczne z ustawą. Nadto, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na pewną iluzoryczność korzyści, jakie mógłby odnieść zamawiający z przyznania mu uprawnienia do żądania upoważnienia przez sąd do usunięcia wad na koszt przyjmującego zamówienie. Przepisy o rękojmi w wystarczający sposób chronią interesy zamawiającego. Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z dnia 15 lutego 2002 r., III CZP 86/01 oraz przytoczone na jego poparcie argumenty. Oznaczało to, że nieuwzględnienie roszczenia powoda o wykonanie zastępcze spowodowane zostało nie tym, iż było ono „mniej typowe” niż roszczenia z rękojmi, ale tym, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy roszczenie takie powodowi w ogóle nie przysługiwało. Niezależnie zatem od tego, jakie były rzeczywiste przyczyny wadliwego działania wykonanego przez pozwanego systemu grzewczo-wentylacyjnego, tj. czy były to wady projektowo-wykonawcze za które odpowiada H.-Polska, czy też wynikały z niewłaściwej eksploatacji systemu przez stronę powodową, powództwo oparte na art. 480 § 1 k.c. nie mogło zostać uwzględnione, co skutkowało też oddaleniem apelacji w tym zakresie. Zarzut naruszenia art. 480 k.c. uznać zatem należało za całkowicie bezzasadny.

I. Z. żądał również w niniejszej sprawie zasądzenia od pozwanego kwoty, na jaką inny podmiot wykonujący wyceni ww. prace, wskazując, iż kwota ta zostanie precyzyjnie określona po otrzymaniu wiążącego kosztorysu od podmiotu, któremu powód zleci wykonanie prac - przy czym kwota ta nie będzie niższa niż 103.470 zł. Co prawda powód na rozprawie w dniu 10 lipca 2013 r. oświadczył, że cofa w tym zakresie powództwo, jednak, jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy, oświadczenie to w świetle art. 203 § 1 k.p.c. nie mogło zostać uznane za skuteczne. Oddalenie powództwa przez Sąd I instancji obejmowało zatem i to żądanie, a apelacją powód zaskarżył cały wyrok Sądu Okręgowego. Należało zatem odnieść się i do tego roszczenia strony powodowej.

Powództwo o zasądzenie kosztów wykonania zastępczego w wysokości 103.470 zł podlegało oddaleniu wprost z tej przyczyny, że niezasadne było samo roszczenie o wykonanie zastępcze. Nie można w tej sytuacji mówić o obciążeniu strony pozwanej kosztami wykonania zastępczego, abstrahując od nieudowodnienia w niniejszym postępowaniu wysokości tych kosztów. Zatem, również w tym zakresie powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie, co prowadziło też do oddalenia apelacji.

Powód dochodził także zapłaty od pozwanego kwoty 8.540 zł z tytułu zwrotu kosztów poniesionych w celu wykonania niezbędnej dla dochodzenia swoich praw ekspertyzy pt. „Ekspertyza instalacji ogrzewania powietrznego i wentylacji w Niepublicznym Przedszkolu (...) przy ul. (...) w W.” nr (...) sporządzonej w Instytucie (...) w kwietniu 2010 r. Roszczenie to, które należało ocenić jako odszkodowawcze, nie zostało udowodnione co do zasady. Przede wszystkim, jak twierdził powód, w oparciu o tę ekspertyzę sformułowany został zakres prac, co do których domagał się wydania przez sąd upoważnienia do wykonania zastępczego. Skoro roszczenie podstawowe nie zostało uwzględnione, to tym samym podważona została celowość poniesienia wydatków na określenie prac, które miały zostać zastępczo wykonane. Już to przesądzało o oddaleniu powództwa o zapłatę kwoty 8.540 zł. Należało też zgodzić się z Sądem I instancji, iż przedmiotowa ekspertyza nie mogła być utożsamiana z dowodem z opinii biegłego, nie mogła zatem stanowić rozstrzygającego dowodu w sprawie tego, czy system grzewczo-wentylacyjny został wykonany przez stronę pozwaną wadliwie, czy też nie. Niesporna w sprawie okoliczność, że w okresie niskich temperatur w przedszkolu nie była osiągnięta odpowiednia temperatura ogrzania pomieszczeń, nie przesądzała automatycznie o wadliwości wykonania systemu. W sprawie kwestia tego jakie były przyczyny takiego stanu rzeczy była między stronami sporna i z uwagi na uchybienia w przedstawianiu dowodów nie została faktycznie wyjaśniona. Niewątpliwie udowodnienie tego, że system nie działa z przyczyn za które odpowiada pozwany spoczywało na powodzie i on z tego obowiązku nie wywiązał się. Z apelacji wynika, że w ocenie strony powodowej przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego nie było konieczne (w apelacji brak jest w ogóle zarzutów dotyczących oddalenia przez Sąd I instancji wniosków dowodowych powoda, zatem kwestia ta nie stanowiła przedmiotu rozważań Sądu Apelacyjnego - por. uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008/6/55), bowiem wystarczające były doświadczenie i wiedza sędziego, z czym jednak nie sposób było się zgodzić, bo jakkolwiek kwestia tego, że w pewnych pomieszczeniach przedszkola uzyskiwana temperatura była za niska mogła zostać ustalona i stwierdzona przy pomocy np. zeznań świadków, czy stron, to już kwestia ustalenia przyczyn takiego stanu rzeczy niewątpliwie

wymagała posiadania wiadomości specjalnych, a tym samym niezbędne było odwołanie się do osób, które posiadają odpowiednią wiedzę i umiejętności. Powyższe oznaczało, że strona powodowa nie udowodniła w niniejszej sprawie z jakich konkretnie powodów system grzewczo-wentylacyjny nie działał w sposób właściwy, a tym samym nie wykazała, że za taki stan rzeczy odpowiada strona pozwana. Zatem, również z przyczyny nieudowodnienia nienależytego wykonania zobowiązania przez spółkę (...) nie zasługiwało na uwzględnienie żądanie zapłaty kwoty 8.540 zł.

Nie zasługiwały również na uwzględnienie te zarzuty apelacji, które odnosiły się do nieustalenia przez Sąd Okręgowy odpowiedzialności pozwanego za szkody będące następstwem wadliwego wykonania robót. Przede wszystkim zauważyć należało, że roszczenia tego rodzaju nie zostały zgłoszone w pozwie, co w sposób jednoznaczny wynika z analizy jego treści (vide punkty 1-3 petitum). Dopiero w piśmie procesowym z dnia 25 kwietnia 2013 r. powód wniósł o ustalenie odpowiedzialności pozwanego za szkody będące wynikiem wadliwej instalacji grzewczo-wentylacyjnej i wydanie w tym zakresie na zasadzie art. 318 k.p.c. wyroku wstępnego co do samej zasady. Trafnie wskazał Sąd I instancji, iż z uwagi na datę wniesienia pozwu (15 lipca 2011 r.) sprawa niniejsza podlegała rozpoznaniu w oparciu o przepisy działu IVa, tytułu VII, księgi pierwszej, części pierwszej Kodeksu postępowania cywilnego „Postępowanie w sprawach gospodarczych”. Zgodnie z treścią art. 479<sup>4</sup> § 2 k.p.c. w toku postępowania nie można występować z nowymi roszczeniami zamiast lub obok dotychczasowych. Jedynie, w razie zmiany okoliczności powód może żądać, zamiast pierwotnego przedmiotu sporu, jego wartości lub innego przedmiotu, a w sprawach o świadczenie powtarzające się może nadto rozszerzyć żądanie pozwu o świadczenia za dalsze okresy. Po pierwsze, wbrew zastrzeżeniom apelującego, oczywiste jest, że w piśmie procesowym z dnia 25 kwietnia 2013 r. wystąpił on z nowym roszczeniem o ustalenie, wnosząc jednocześnie o wydanie w tym zakresie wyroku wstępnego. Roszczenie takie w pozwie nie zostało sformułowane. Po drugie, w sprawie nie zachodziły wyjątki, o których mowa jest w art. 479<sup>4</sup> § 2 zdanie drugie k.p.c.

Zakaz przekształceń przedmiotowych powództwa, o którym mowa w art. 479<sup>4</sup> § 2 k.p.c. ma charakter bezwzględny, a czynność procesowa powoda zmierzająca do takiej zmiany jest bezskuteczna. W tej sytuacji za bezzasadny uznać należało zarzut apelacji wskazujący na nierozpoznanie istoty sprawy w zakresie ustalenia odpowiedzialności pozwanego za szkody będące następstwem wadliwego wykonania robót, poprzez brak rozstrzygnięcia tego roszczenia w wyroku oraz naruszenie przepisu art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak odniesienia się do tej kwestii w uzasadnieniu wyroku.

Mając na względzie powyżej przedstawione argumenty, opierając się na ustaleniach faktycznych poczynionych przez Sąd Okręgowy, które Sąd Apelacyjny aprobuje i przyjmuje jako własne, apelację strony powodowej należało oddalić jako bezzasadną na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania odwoławczego Sąd II instancji orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3, art. 99, art. 108 § 1 k.p.c. oraz na podstawie § 6 pkt 6 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t. jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 490).