

Sygn. akt VI ACa 885/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 listopada 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA Teresa Mróz (spr.)

Sędziowie: SA Agata Zając

SA Grażyna Kramarska

Protokolant: Katarzyna Łopacińska

po rozpoznaniu w dniu 24 października 2016 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa M. B.

przeciwko M. O. (1) i (...) spółce jawnej w J.

przy udziale interwenienta ubocznego (...) S.A. w W.

o odszkodowanie

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 12 grudnia 2014 r.

sygn. akt IV C 1007/07

I. prostuje wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie w ten sposób, że oznacza pozwanego każdorazowo jako (...) spółka jawna w J. w odpowiednim przypadku;

II. uchyla zaskarżony wyrok w punktach pierwszym, trzecim i siódmym i znosi postępowanie poczynając od dnia 4 grudnia 2007 roku oraz przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu w Warszawie w tym zakresie do ponownego rozpoznania pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI A Ca 885/15

UZASADNIENIE

Powód M. B. wniósł o zasądzenie od pozwanej (...) spółka jawna H. O., M. O. (2) 49.887,30 zł tytułem kosztów poniesionych przez powoda celem usunięcia wad dachu w części nocnej budynku, 33.377,84 zł szacowanych kosztów przeprowadzenia prac w części dziennej i w części na piętrze, 5.368 zł kosztów ekspertyzy i pomiarów geodezyjnych dachu, 11.029,86 zł kosztów związanych z kierowaniem robotami dekarскими, z wywozem odpadów po tych pracach oraz z utrzymaniem budynku do czasu zakończenia naprawy dachu, 13.871,72 zł szacowanych kosztów związanych z kierowaniem tymi pracami z wywozem odpadów oraz utrzymaniem budynku w okresie od zakończenia prac w części nocnej, do zakończenia naprawy całego dachu.

Powód dochodził też odszkodowania za szkodę spowodowaną wadami wykonawczymi budynku – dachu położonego na budynku należącym do powoda. Pismem z dnia 5 listopada 2007 r. powód rozszerzył powództwo pod względem podmiotowym i przedmiotowym wniósł o wezwanie do udziału w sprawie M. O. (2) jako pozwanego i rozszerzył powództwo do kwoty 138.309,50 zł. Powód wniósł o zasądzenie tej kwoty od obu pozwanych, oświadczył, że składa się na nią 49.887,30 zł kosztów poniesionych przez powoda celem usunięcia wad dachu w części nocnej budynku, 5.368 zł tytułem kosztu ekspertyzy i pomiarów geodezyjnych dachu, kwota 11.029,86 zł kosztów związanych z kierowaniem robotami dekarскими, z wywozem odpadów po tych pracach oraz z utrzymaniem budynku do czasu zakończenia naprawy, 41.114,75 zł za prace dekarские w części dziennej budynku bez piętra, 22.792,33 zł szacowanych kosztów prac w części nad piętrzem, 8.117,26 zł kosztów wywozu odpadów oraz utrzymania budynku do czerwca 2007 r.

Pismem z 3 października 2012 r. (...) S.A. przystąpiła do sprawy w charakterze interwenienta po stronie pozwanej.

Wyrokiem z dnia 12 grudnia 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo M. B. i rozstrzygnął o kosztach postępowania

Orzeczenie powyższe zapadło na podstawie następujących ustaleń faktycznych i rozważań prawnych Sądu Okręgowego:

W dniu 19 lutego 2004 r. między M. B. jako inwestorem a M. O. (2) jako wykonawcą została zawarta umowa o roboty budowlane, której przedmiotem miało być wykonanie dachu na domu jednorodzinnym stanowiącym własność powoda zgodnie z projektem architektoniczno-budowlanym sporządzonym przez S. L. i J. P.. Dach miał być wykonany w konstrukcji krokwiowo-płatwiowej, miał to być dach czterospadowy o kącie nachylenia połaci 22 stopnie, krokwie o wymiarach 16 na 8 cm, ściany miały być oparte na murłatach o wymiarach 12 na 12 cm, zakotwiczonych w wieńcach ścian zewnętrznych. Ocieplenie więźby dachowej miała stanowić wełna mineralna, dach miał być pokryty dachówką. Prace miały być wykonane od 1 marca do 15 kwietnia 2004 r. W umowie ustalono też, że kierownikiem budowy będzie S. R. zatrudniony przez wykonawcę, wynagrodzenie dla wykonawcy zostało ustalone jako ryczałtowe w zakresie kosztów robocizny, oraz jako kosztorysowe w zakresie zużytych materiałów. Wynagrodzenie miało być płatne po zakończeniu każdego z czterech etapów robót określonych w harmonogramie, po dokonaniu częściowych odbiorów i wystawieniu faktur częściowych przez wykonawcę. Czynności wykonywane w ramach budowy zostały odnotowane przez kierownika budowy w dzienniku budowy pod datami 12 marca 2004 r., 24 marca 2004 r., 8 kwietnia 2004 r., 7 maja 2004 r., 7 lipca 2004 r. Pod datą 14 października 2005 r. widnieje adnotacja, że zaobserwowano ugięcie krokwi i, że rozpoczęto procedurę sprawdzania obliczeń konstrukcyjnych. Był to ostatni wpis w dzienniku budowy wykonany przez pierwotnego kierownika budowy – S. R.. Od 7 grudnia 2005 r. w dzienniku znajdują się wpisy nowego kierownika budowy nad pracami naprawczymi - E. P., które kończą się na dacie 8 czerwca 2007 r. Na budowie nie było powołanego inspektora nadzoru inwestorskiego. Na jesieni 2005 r. po zakończeniu prac powód stwierdził wady w dachu w postaci jego ugięcia, ponieważ nie można było ustalić od razu przyczyn tego ugięcia, powód zdecydował się na weryfikację projektu konstrukcyjnego dachu. Powód wykonał zdjęcia dachu przed grudniem 2005 r., w czym uczestniczyła E. P.. Ponadto w wykonywaniu zdjęć w toku postępowania naprawczego uczestniczył też pracownik wykonawcy M. P.. E. P. wykonała obliczenia konstrukcji dachu i oceniła, że przekroje krokwi przy więźbie dachowej były nieprawidłowe. Ustaliła też, że konstruktor pomylił się w obliczeniach. Powód zgłosił szkodę w postaci wady konstrukcyjnej do ubezpieczyciela projektanta J. P. – (...) S.A. S. R., który był kierownikiem budowy, a jednocześnie autorem projektu architektoniczno-budowlanego, części architektonicznej przestał pełnić funkcje kierownika budowy po tym jak nastąpiło ugięcie dachu, nie uczestniczył później w budowie, nie miał zastrzeżeń do wykonawstwa dachu. S. R. nie wykonywał projektu dachu. W styczniu 2006 r. na zlecenie powoda rzeczoznawca J. C. (1) sporządził ekspertyzę stanu technicznego budynku powoda po dokonaniu oględzin, w tym czasie budynek znajdował się w stanie surowym zamkniętym w końcowym etapie robót wykończeniowych. Rzeczoznawca, który głównie zajmował się oceną części konstrukcyjnej dachu, zaobserwował silne ugięcie kalenicy i połaci dachowych nad częścią sypialną, salonem i garażem, zauważył też wady wykonawcze, na przykład podwaliny nie były należycie trwale zamocowane do podłoża, niektóre połączenia były wykonane na gwoździe i na śruby, natomiast nie widział dachu od spodu. Następnie we wrześniu z udziałem kierownika budowy i konstruktora J. P. były przeprowadzane

ogłędziny dachu na zlecenie ubezpieczyciela konstruktora, tą okoliczność. W celu ustalenia rozmiaru wad powód zlecił następnie wykonanie kolejnej ekspertyzy. Rzecznik A. B. w październiku 2006 r. dokonał trzykrotnie oględzin dachu z udziałem powoda, miały one miejsce przed jego demontażem. Podczas oględzin wykonywał zdjęcia dachu, w wyniku których stwierdził między innymi, że wymiary krokwi dachowych, oraz krokwi koszowych są niezgodne z projektem, że murlatę zamocowano niezgodnie z projektem, że kąt nachylenia dachu jest niezgodny z projektem, nie zostały prawidłowo wykonane złącza krokwi w kalenicy oraz złącza ciesielskie krokwi wykuszy, że nieprawidłowo wykonano łączenie krokwi z murlatą, nieprawidłowo wykonano połączenie murlat i połączenia krokwi pośrednich skoszowo, że nie wykonano zamocowania krokwi do murlaty gzymsowej, a murlaty gzymsowej do gzymsu, że nie wykonano zamocowania murlaty w części nocnej budynku, nie zamocowano wiatrownic, nie zastosowano łączników stalowych przewidzianych w projekcie i zastosowano większe rozstawy krokwi niż w projekcie. Rzecznik wskazał też, podobnie jak rzeczoznawca J. C. (2), że przy takiej rozpiętości dachu nie powinna być zaprojektowana konstrukcja bez dodatkowych wzmocnień z zastosowaniem stalowych profili i w konsekwencji stwierdził, że należy wszystkie elementy drewniane właściwie połączyć przez zastosowanie typowych łączników, niezależnie od wzmocnień z elementów konstrukcji stalowej. Następnie powód zdecydował się na zastosowanie nowej stalowej konstrukcji dachu. Od ubezpieczyciela otrzymał odszkodowanie w łącznej wysokości 210.000 zł, które uwzględniało koszty tej konstrukcji, koszt jej wykonania i montażu oraz koszty kierowania pracami. W wyniku zastosowania tej konstrukcji była zdejmowana dotychczasowa konstrukcja dachu nad częścią dzienną budynku i garażem, nad częścią nocną natomiast nie była zdejmowana, w tej części był tylko zdjęty niewielki fragment po to, aby pod spód włożyć konstrukcję stalową. Prace zostały rozpoczęte od części nocnej budynku, gdzie zostały zdjęte dachówki, odkryto część dachu, by włożyć konstrukcję stalową. Po otrzymaniu ostatecznej wersji ekspertyzy od A. B. powód zdecydował się na rozebranie dachu, co trwało do wiosny 2007 r. Naprawa dachu była wykonywana w trzech etapach. Pierwszy etap obejmował część nocną i został rozpoczęty na jesieni 2006 r. i zakończony jeszcze w 2006 r. Naprawa tej części dachu nie wymagała całkowitej rozbiórki dachu. Drugi etap dotyczył części nad garażem, gdzie dach został rozebrany w całości. Natomiast trzeci etap dotyczył części dziennej, gdzie dach również został rozebrany w całości. W drugim i trzecim etapie większość elementów drewnianych została wymieniona na nowe. Powód dokupił też dachówki. Dach ma powierzchnię około 800 m kw., jednakże powód nie jest w stanie określić, jaka część uległa ugięciu. Przed wszczęciem procesu powód zlecił wykonanie prac dekarских celem usunięcia wad w części nocnej budynku, o powierzchni dachu 493 m kw., za które powód zapłacił 49.887,30 zł. Powód zapłacił też za kierowanie przez E. P. tymi pracami, za wywóz nieczystości powstałych w wyniku tych prac rozbiórkowych, koszt ten wyniósł 7.339,99 zł. Ponadto powód dokonał pomiarów geodezyjnych dachu i poniósł koszt ich wykonania w wysokości 5.368 zł. Od października 2003 r. powód poniósł koszty opłat za gaz do budynku, energię elektryczną i monitoring oraz dozoru budynku w wysokości 3.689,87 zł. Następnie powód poniósł koszty prac ciesielsko-dekarских w części dziennej budynku na kwotę 41.115,75 zł. W związku z tą częścią prac powód poniósł też koszty związane z wywozem odpadów dekarских na kwotę 2.100 zł, z monitoringiem budynku na kwotę 732 zł, z ogrzewaniem, czyli za gaz na kwotę 3.244,01 zł. Pismami z 6 marca 2007 r. powód wzywał spółkę (...) do zapłaty odszkodowania. W wyniku wezwania wystosowanego przez pozwanego, aby powód przedstawił ekspertyzę potwierdzającą istnienie VAT powód odmówił. W toku oględzin dokonanych przez biegłego (...) stwierdzono, że konstrukcja dachu była wtedy niewidoczna. Biegły dokonał tylko pomiaru kąta nachylenia połaci dachowych, które mieściły się w przedziale od 19-tu do 20-stu stopni. Sąd Okręgowy ustalił, że J. P. wykonywał część konstrukcyjną projektu architektoniczno-budowlanego domu dla powoda. Ponadto zlecono mu zaprojektowanie poprawek już po tym jak w dachu było widoczne ugięcie. Miał między innymi zaprojektować wzmocnienie dla ugięcia. Według J. P. ugięcie powstało w krokwiach, które były zrobione z wierzchołka drzewa. Stwierdził też, że niektóre krokwie miały ubytki na rogach i jednocześnie stwierdził, że w trakcie budowy nikt do niego, jako konstruktora nie zgłaszał się o zgodę w celu zmian w projekcie. Twierdził też, że wady, które powstały w dachu nie mają charakteru konstrukcyjnego, a wykonawcze i były związane także z zastosowaniem niewłaściwego drewna. Sąd oceniając materiał dowodowy pominął zeznania świadka M. P. poza częścią, w której zeznawał na temat okazanych mu zdjęć. Pominęto też zeznania świadka J. B. jako nieistotne, podobnie jak zeznania świadka A. K., R. B.. Za nieistotne Sąd uznał również zeznania świadka L. W. i R. R.. Odnośnie do opinii biegłego J. W. (1), Sąd stwierdził, że jakkolwiek wynika z niej, że prace dachowe zostało wykonane źle, to opinia ta nie zawiera jakiegokolwiek pogłębionej analizy.

Ostatecznie biegły W. K. po przedstawieniu przez powoda specyfikacji sporządzonej przez wykonawcę – K., przyjął, że koszt prac wykonawczych przyjmując ceny z 2014 r. wyniosłyby 106.658,85 zł i wzrósł od cen materiałów budowlanych i usług od 2004 r. o 16.870,09 zł. W ocenie Sądu Okręgowego brak jest podstaw do nie znajdując podstaw do kwestionowania okazanych zdjęć, ponieważ M. P., który był jednym z pracowników pozwanej, był obecny podczas ich robienia. Nie ma także podstaw do tego, by twierdzić, że to są zdjęcia z innej budowy.

Sąd też zaliczył do materiału dowodowego opinię C. oraz opinię B., które wprawdzie są opiniami prywatnymi, to jednak biegły sądowy J. W. (2) powołuje się na nie. Zdaniem Sądu Okręgowego opinie te zostały sporządzone rzetelnie mimo, że na zlecenie powoda W tych okolicznościach Sąd Okręgowy podkreślił, że treści pozwu wynika, że podstawą faktyczną pozwu jest szkoda spowodowana przez wykonawcę, w związku z niewłaściwym wykonaniem umowy o wykonawstwo dachu. Z treści tej umowy wynika natomiast, że wykonawcą dachu był M. O. (1), a nie spółka jawna. Fakt, że na budowie pracowali pracownicy spółki pozostaje bez znaczenia w sprawie, skoro stroną umowy był M. O. (1). Z tego powodu Sąd oddalił powództwo w stosunku do spółki.

Odnosnie do odpowiedzialności M. O. (1), Sąd pierwszej instancji wskazał, że nie jest zasadny zarzut przedawnienia. M. O. (1) nie wykonywał bowiem pracy w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, zatem zastosowanie ma dziesięcioletni termin przedawnienia.

Nie mają, zdaniem Sądu Okręgowego znaczenia także zarzuty podnoszone co do tego, że nie było nadzoru autorskiego, że nie było inspektora nadzoru inwestorskiego, że kierownik budowy był zaproponowany przez powoda, a nie przez pozwanego, a pozwany jedynie na to się zgodził. Odpowiedzialność projektanta, inspektora nadzoru inwestorskiego, wykonawcy, kierownika budowy jest samodzielna w stosunku do inwestora.

Zdaniem Sądu Okręgowego istotne dla sprawy jest to, że projektant nigdy nie wydawał zgody na jakiegokolwiek zmiany wbrew projektowi niezależnie od tego, że w toku postępowania zostało ustalone, że budowa dachu obciążona była dwoma rodzajami wad – konstrukcyjnymi i wykonawczymi.

Natomiast co do zarzutu strony pozwanej, że powód uzyskał zaspokojenie swojej szkody w toku postępowania likwidacyjnego z OC ubezpieczyciela projektanta, Sąd Okręgowy wskazał, że powód otrzymał kwotę 210.000 zł na prace związane z dachem, ale bezspornie z tych dokumentów wynika, że dotyczyło to usunięcia błędów o charakterze konstrukcyjnym, a nie błędów wykonawczych. To, że wartość ta przekroczyła wartość budowy całego dachu wynika z tego, że powód zdecydował się na naprawę elementów konstrukcyjnych przez wzmocnienie konstrukcji dachu za pomocą elementów stalowych. Zatem nie ma podstaw do uznania, że w kwocie 210.000 zł mieści się kwota kosztów związanych z pracami dekarскими, polegającymi na zdjęciu dachu, dachówki, tego szkieletu całego na którym wsparta jest dachówka i rozebraniu, rozebraniu konstrukcji drewnianej dachu, dlatego ten zarzut strony pozwanej jest niezasadny.

W tej sprawie został podniesiony taki argument, że powód miał prawo decydowania o tym w jaki sposób naprawi dach i zadecydował, że konstrukcja dachu zostanie wzmocniona elementami stalowymi. Zdaniem Sądu pierwszej instancji jednak, mimo, że wykonawcę obciąża obowiązek naprawienia szkody związanej w wykonaniem, to jednak wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za nadmierny sposób naprawy dachu, czyli za ulepszenie Sąd podkreślił, że w sprawie nie zostało dowiedzione, czy ugięcie dachu było skutkiem wady wykonawczej czy wady konstrukcyjnej. Wiadomo tylko, że wzmocnienie przez konstrukcję stalową zostało wykonane przez powoda, zanim jeszcze była ostateczna opinia biegłego B.. Wzmocnienie nastąpiło ze względu na wady projektowe, a nie wykonawcze. Natomiast w sprawie nie zostało ustalone, czy gdyby nie było wad konstrukcyjnych, a były same wady wykonawcze, to czy nastąpiłoby ugięcie dachu, bo wtedy rzeczywiście można by przyjmować, że to ugięcie dachu było wynikiem tylko wad wykonawczych, a nie wad konstrukcyjnych. W tej sprawie zostały wycenione koszty tych prac przy przyjęciu, że konieczne jest rozebranie dachu. Sąd zwrócił jednak uwagę, że zarówno biegły Tylko biegły K. jak i biegły W. stwierdzili, że żeby wycenić prace, to musiałby być wykonany wcześniej obmiar prac. A żeby dokonać obmiaru prac, musiałby być projekt. Przed przystąpieniem do prac wykonawczych przez H. K. projekt naprawy dachu nie został wykonany. Z obu opinii biegłych wynika, że nie jest możliwe dokonanie wyceny prac, tym samym obciążenia strony

pozwaney kosztami naprawy dachu w zakresie błędów wykonawczych, jeżeli nie ma obmiaru oraz projektu naprawy. Zdaniem Sądu Okręgowego wątpliwości budzi specyfikacja sporządzona przez H. K. przede wszystkim dlatego, że nie została wykonana już w grudniu 2013 r., wtedy, gdy biegły stwierdził, że bez niej nie jest możliwa wycena prac. Ponadto z zeznań tego świadka wynika, że nie istnieją już żadne notatki, które stanowiły podstawę wykonania specyfikacji.

Powyższe legło u podstaw oddalenia powództwa.

O kosztach postępowania Sąd orzekł zgodnie z art. 98 § 1 i 3 k.p.c.

Apelację od powyższego orzeczenia wywiódł powód.

Zaskarżając wyrok w części oddalającej powództwo w stosunku do pozwanego M. O. (1) co do rozstrzygnięć zawartych w punktach 1, 3 i 7 wyroku zarzucił Sądowi Okręgowemu naruszenie prawa procesowego:

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wybiórczą ocenę materiału dowodowego prowadzącą do uznania, że powód nie udowodnił, że usunięcie wad wykonawczych dachu musiało nastąpić przez demontaż dachu, utożsamiania wad wykonawczych, za które odpowiedzialność ponosi pozwany jedynie z ugięciami dachu, uznaniu, że powód miał obowiązek zamówienia projektu naprawczego, na podstawie którego miało nastąpić usunięcie wad dachu, do uznania za niewiarygodną specyfikacji sporządzonej przez H. K. oraz jego zeznań,

- art. 217 w zw. z art. 227 k.p.c. w zw. z art. 299 k.p.c. poprzez oddalenie na rozprawie w dniu 24 października 2014 r. wniosku o dopuszczenie dowodu z uzupełniającego przesłuchania powoda w charakterze strony,

- art. 240 § 1 k.p.c. poprzez oddalenie na rozprawie w dniu 24 października 2014 r. wniosku o dopuszczenie dowodu z przesłuchania powoda,

- art. 328 § 2 k.p.c. poprzez zaniechanie przytoczenia przez sąd w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przepisów prawa i wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku,

- art. 232 zdanie 2 k.p.c. poprzez zaniechanie przez sąd dopuszczenia dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność tego, czy istniała możliwość naprawy dachu domu powoda w inny sposób niż demontaż wadliwego dachu.

Powód zarzucił również Sądowi Okręgowemu naruszenie prawa materialnego:

- art. 363 § 1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, jakoby zakres odszkodowania polegającego na przywróceniu stanu poprzedniego bądź na zapłacie odpowiedniej sumy pieniężnej, którą poszkodowany poniósł we własnym zakresie celem przywrócenia stanu poprzedniego, ograniczał się tylko do przywrócenia stanu zbliżonego do stanu wynikającego jedynie z celu, a nie z treści umowy i nie obejmował przywrócenia stanu w pełni zgodnego z umową.

W konkluzji apelacji powód wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez zasądzenie od pozwanego M. O. (1) na rzecz powoda kwoty 138.309,50 zł z ustawowymi odsetkami.

Powód złożył również wniosek o rozpoznanie w trybie art. 380 k.p.c. postanowienia Sądu Okręgowego wydanego na rozprawie w dniu 24 października 2014 r. oddalającego wniosek o dopuszczenie dowodu z przesłuchania powoda oraz o dopuszczenie przez Sąd drugiej instancji dowodu z uzupełniającego przesłuchania powoda w charakterze strony.

Powód wniósł o dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego B., a z ostrożności dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność, czy istniała możliwość naprawy dachu w inny sposób aniżeli przez demontaż dachu.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja powoda jest uzasadniona o ile zmierza do uchylecia wyroku w zaskarżonej części i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

W sprawie doszło do nieważności postępowania.

Z brzmienia art. 194 § 3 k.p.c. wynika, że to sąd decyduje o tym czy uwzględnić wniosek powoda o wezwaniu do udziału w sprawie podmiotu, który do tej pory pozwanym nie był. Zatem najpierw konieczny jest wniosek powoda o wezwanie do udziału w sprawie w charakterze pozwanego podmiotu, który wcześniej nie był wskazany w pozwie jako pozwany, a następnie – konieczne jest postanowienie sądu, przy czym sąd nie jest związany takim wnioskiem i może wydać postanowienie o wezwaniu do udziału w sprawie w charakterze pozwanego lub wniosku powoda nie uwzględnić. W odróżnieniu od sytuacji przewidzianej w art. 194 § 1 k.p.c., w przypadku określonym w § 3 tego artykułu, sąd nie jest związany wnioskiem powoda nawet wówczas, gdy okaże się, że wymienione w § 3 przesłanki zostały spełnione. Sformułowanie „sąd może wezwać”, a nie „sąd wzywa” wskazuje, że wniosek powoda może zostać oddalony, gdy okoliczności sprawy nie wskazują na celowość żądanego dopozwania, np. wniosek zostaje złożony na etapie, gdy prawie całe postępowanie dowodowe zostało już przeprowadzone (vide wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 16 grudnia 2015 r., sygn. akt I A Ca 490/15).

Zatem Wezwanie do udziału w sprawie jest czynnością Sądu, a nie stron. Dopiero postanowienie o wezwaniu do udziału w sprawie w charakterze pozwanego wywołuje skutki procesowe, które istnieją tak długo, jak długo istnieje samo postanowienie (vide postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 października 2012 r., sygn. akt 426/12).

Z powyższego wynika, że aby podmiot uzyskał przymiot pozwanego w procesie konieczne jest postanowienie sądu (wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 29 stycznia 2013 r. I A Ca 1017/12, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 listopada 1970 r. II CZ 139/70).

Dopozwanie musi przybrać postać sformalizowaną, gdyż jego funkcja jest tożsama z aktem pozwania określonej osoby wprost przez powoda.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem powoda zaprezentowanym w piśmie z dnia 13 stycznia 2016 r. jakoby samo wwanie się w spór przez M. O. (1) doprowadziło do tego, że stał się on stroną pozwaną w procesie. Powoływanie się przez powoda na orzecznictwo Sądu Najwyższego między innymi na wyrok z dnia 24 czerwca 2015 r. w sprawie II PK 182/14 w niniejszej sprawie nie jest zasadne. Powódka zapomina bowiem, że wyrok ten zapadł w sprawie pracowniczej i rozważania Sądu Najwyższego w zakresie dopozwania, o jakim mowa w art. 194 k.p.c. czynione były w kontekście różnic procesowych wynikających z art. 477 k.p.c. w tym zakresie.

Powód zgłaszając wniosek o dopozwanie wypełnił leżącą po jego stronie przesłankę określoną w art. 194 par. 3 k.p.c. Fakt, że to powód zgłosił wniosek o dopozwanie M. O. (1) do udziału w sprawie w charakterze pozwanego, a zatem jego udział jest zgodny z wolą powoda nie zwalniał Sądu Okręgowego z obowiązku wydania decyzji, o jakiej mowa w powyższym przepisie. W tym kontekście bez znaczenia jest również i to, że M. O. (1) nie sprzeciwiał się swojemu udziałowi w postępowaniu w charakterze pozwanego.

Wobec konieczności zaistnienia warunku uzyskania przymiotu pozwanego w procesie jakim jest wydanie przez sąd formalnego postanowienia o wezwaniu wskazanego podmiotu w charakterze pozwanego, nie jest wystarczające, zdaniem Sądu Apelacyjnego, jak tego chce powód wydanie przez Sąd Okręgowy postanowienia o dopuszczeniu dowodu z przesłuchania M. O. (1) w charakterze strony, co przemawiać by miało za tym, że Sąd traktował M. O. (1) jako stronę procesu.

W konsekwencji należy uznać, że M. O. (1) nie uzyskał przymiotu strony pozwanej w niniejszym postępowaniu wobec braku wydania przez Sąd formalnego postanowienia w trybie art. 194 par. 3 k.p.c.

Jednocześnie nie można zgodzić się ze stanowiskiem pełnomocnika M. O. (1), jakoby po stronie jego mocodawcy brak było legitymacji procesowej biernej. O braku legitymacji można bowiem mówić wówczas, gdy podmiot spełnia przymiot bycia stroną. Legitymacja procesowa bierna lub czynna zawsze wiąże się z materialnoprawną stroną roszczenia będącego przedmiotem postępowania. Brak legitymacji biernej oznacza, że roszczenie skierowane zostało przeciwko podmiotowi niezobowiązanemu wobec powoda, podmiotowi, którego nie łączy z powodem żaden stosunek prawny, z którego wynika dochodzone roszczenie. Zatem czy innym jest brak legitymacji, a czym innym nie posiadanie w ogóle przymiotu strony postępowania. Brak legitymacji biernej oznacza oddalenie powództwa wobec osoby nielegitymowanej.

Natomiast w niniejszej sprawie postępowanie toczyło się w stosunku do osoby nie będącej jego stroną.

Sąd Odwoławczy nie jest związany w postępowaniu apelacyjnym zarzutami natury materialnoprawnej, natomiast związany jest zarzutami o charakterze procesowym. Jednakże bez względu na podniesienie zarzutu naruszenia prawa procesowego powodującego nieważność postępowania, sąd odwoławczy nieważność tę zawsze bierze pod uwagę z urzędu.

W niniejszej sprawie nastąpiła nieważność postępowania wobec tego, że toczyło się ono i zakończyło wydaniem wyroku przeciwko osobie nie będącej stroną postępowania (art. 379 pkt 5 k.p.c.).

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 2 k.p.c. orzekł jak w sentencji wyroku. O kosztach postępowania apelacyjnego rozstrzygnięto zgodnie art. 108 § 2 k.p.c.