

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 października 2020 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Jarosław Marek Kamiński (spr.)
Sędziowie	:	SA Elżbieta Bieńkowska SA Bogusław Suter
Protokolant	:	Agnieszka Charkiewicz

po rozpoznaniu w dniu 19 października 2020 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **A. L.**

przeciwko **B. F. (1) i syndykowi masy upadłości B. K. (1)**

### **o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanego syndyka masy upadłości B. K. (1)

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 27 lutego 2015 r. sygn. akt VII GC 285/14

### **I. zmienia zaskarżony wyrok:**

a) **w punkcie 1 w ten sposób, że oddala powództwo,**

b) **w punkcie 3 w ten sposób, że zasądza od powoda A. L. na rzecz pozwanego syndyka masy upadłości B. K. (1) kwotę 12.973,99 (dwanaście tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt trzy i 99/100) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;**

II. **zasądza od powoda na rzecz pozwanego syndyka masy upadłości B. K. (1) kwotę 22.084,31 (dwadzieścia dwa tysiące osiemdziesiąt cztery i 31/100) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu instancji odwoławczej;**

III. **nakazuje ściągnąć od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Białymstoku kwotę 126.612,85 (sto dwadzieścia sześć tysięcy sześćset dwanaście i 85/100) złotych tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych w instancji odwoławczej;**

**IV. nakazuje zwrócić pozwanemu syndykowi masy upadłości B. K. (1) kwotę 1.759,69 (jeden tysiąc siedemset pięćdziesiąt dziewięć i 69/100) złotych tytułem niewykorzystanej części zaliczki.**

E. J. M. B. S.

## UZASADNIENIE

Powód A. L., w pozwie przeciwko B. F. (1) i B. K. (1), na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. domagał się zasądzenia od pozwanych solidarnie kwoty 1.969.839,64 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 23 kwietnia 2014 roku do dnia zapłaty oraz kosztów procesu.

Uzasadniając roszczenie podał, że na mocy umowy podwykonawczej z B. F. (1) wykonał roboty budowlane, polegające na wybudowaniu pensjonatu w B.. Inwestorem przedmiotowej inwestycji był B. K. (1), który czynnie uczestniczył w ustaleniu zakresu powierzonych powodowi prac i warunków umowy, obejmujących uzgodnienia co do wysokości wynagrodzenia. Twierdził, że mimo zrealizowania zadania, wystosowanych wezwań do zapłaty oraz wielokrotnych zapewnień ze strony pozwanych o woli spłaty należnego mu jako podwykonawcy wynagrodzenia, nie uzyskał dochodzonej kwoty.

Pozwany ad.1 B. F. (1) wniósł o oddalenie powództwa. Wskazał, że spłacił zaległości finansowe wobec powoda w wyższym stopniu aniżeli tego żąda powód. Nadto podkreślił, że nie miał środków na wykonanie zobowiązania, albowiem i on, jako generalny wykonawca, nie otrzymał zapłaty od inwestora.

Pozwany ad.2 B. K. (1) wniósł o oddalenie powództwa. Zakwestionował wielkość robót wykonanych przez powoda; akcentując, że wystawiane przez podwykonawcę comiesięcznie protokoły odbiorów częściowych nie były weryfikowane pod kątem rzeczywiście zrealizowanych prac i ich wartości. Zdaniem pozwanego ad.2, z przeprowadzonej inwentaryzacji wynika, iż powód otrzymał dotychczas dwukrotnie wyższe wynagrodzenie aniżeli były warte zrealizowane przez niego prace. Podkreślił, że roszczenie powoda jest niewymagalne, albowiem przedmiot umowy jest dotknięty licznymi wadami istotnymi. Dodatkowo wskazał na nieestetyczne zamontowanie płyt elewacyjnych, okładzin drewnianych czy utrudnienia w otwarciu niektórych drzwi w obiekcie, z uwagi na zbyt wysoko wylaną posadzkę. W związku z tym pozwany skorzystał z prawa do obniżenia wynagrodzenia.

Wobec ogłoszenia ( w toku postępowania apelacyjnego) upadłości pozwanego ad.2 B. K. (1), Sąd Apelacyjny podjął postępowanie z udziałem syndyka jego masy upadłości.

Sąd Okręgowy w Białymstoku wyrokiem z dnia 27 lutego 2015 r zasądził solidarnie od pozwanych na rzecz powoda kwotę 1.969.839,64 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwot: a) w stosunku do pozwanego B. F. (1) – od kwoty 1.458.194,28 zł od dnia 23 kwietnia 2014r. do dnia zapłaty, - od kwoty 511.645,36 zł od dnia 12 maja 2014r. do dnia zapłaty, b) w stosunku do pozwanego B. K. (1) - od kwoty 1.458.194,28 zł od dnia 23 kwietnia 2014r. do dnia zapłaty, - od kwoty 511.645,36 zł od dnia 10 września 2014r. do dnia zapłaty; oddalił powództwo w pozostałym zakresie; zasądziła solidarnie od pozwanych na rzecz powoda kwotę 105.669,00 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 7.217,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego; nakazał wypłacić pozwanemu B. K. (1) ze Skarbu Państwa kwotę 883,01 zł tytułem zwrotu niewykorzystanej zaliczki.

Z ustaleń tego Sądu wynika, że umową z dnia 28 sierpnia 2012 roku B. F. (1), jako generalny wykonawca powierzył wykonanie obiektu budowlanego – pensjonatu w B. przy ulicy (...), prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą (...). Szczegółowy zakres prac określała dokumentacja techniczna, w tym przedmiar robót, stanowiąca załącznik do umowy. Warunki finansowe wykonania przedmiotu umowy zawarte zostały w ofercie powoda z dnia 25 lipca 2012 roku, która określała koszt inwestycji na kwotę 8.709.240,18 złotych brutto; zastrzegając, że na skutek niedysponowania przez powoda ( na dzień składania oferty ) szczegółowymi projektami architektoniczno – budowlanymi, cena ostateczna zostanie określona na podstawie projektów powykonawczych, a odstęptwa

od przedmiarów robót będą podlegały oddzielnej wycenie przez podwykonawcę, z uwzględnieniem czynników cenotwórczych zawartych w ofercie (§ 1 ust. 4 i 5).

W § 6 umowy strony powtórzyły wysokość wynagrodzenia należnego podwykonawcy; wskazując, że będzie ona rozliczana i opłacana przez pozwanego ad.1 miesięcznie, zgodnie z protokołem wykonanych prac, podpisanym przez Inspektora Nadzoru, na podstawie kosztorysu ofertowego oraz wystawionych przez powoda, a zatwierdzonych przez generalnego wykonawcę, faktur VAT. Należności miały być płatne przelewem w terminie 7 dni od dnia wystawienia. Podwykonawca udzielił 3 - letniej gwarancji na przedmiot umowy od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego robót. Strony uregulowały też w umowie kwestię postępowania w sytuacji wystąpienia wad w toku odbioru prac. Ostateczne rozliczenie miało nastąpić na podstawie faktury końcowej, uwzględniającej wcześniejsze wpłaty, wystawionej po sporządzeniu protokołu odbioru końcowego robót (§ 6 ust. 2). Strony zastrzegły, że w sprawach nieuregulowanych w umowie zastosowanie będą mieć przepisy obowiązującego prawa, w tym kodeksu cywilnego i prawa budowlanego (§20). Przedstawicielem ze strony inwestora na budowie miał być H. B., którego funkcję w niedługim czasie od przekazania placu budowy przejął K. K. (inspektor nadzoru budowlanego). Kierownikiem budowy został D. D. (1).

Inwestorem powyższej inwestycji był B. K. (1). Jej finansowanie następowało w oparciu o umowę o dofinansowanie projektu w ramach „ Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa (...) na lata 2007 -2013 O. Priorytetowej III. Rozwój turystyki i kultury, Działanie 3.2 Wsparcie inwestycyjne przedsiębiorstw w branży turystycznej”. Pozwany ad. 2 uczestniczył w redagowaniu warunków umowy z dnia 28 sierpnia 2012 roku i miał świadomość jej treści.

W związku z decyzją pozwanego ad. 2 o rozbudowie pensjonatu i koniecznością wykonania prac dodatkowych, strony umowy podwykonawczej w dniu 25 kwietnia 2014 roku przesunęły termin zakończenia robót do dnia 15 lipca 2014 roku i podwyższyły łączne wynagrodzenie przysługujące powodowi do kwoty 12.773.174,44 złotych.

W miarę postępu wykonania robót strony postępowania dokonywały odbiorów wykonanych prac, określając stopień zaawansowania robót w odniesieniu procentowym przy uwzględnieniu wartości robót wykonanych według poprzednich protokołów do tych wykonanych w danym okresie rozliczeniowym. Dokument podpisywał inwestor, podwykonawca, generalny wykonawca, a także inspektor nadzoru i kierownik budowy, którzy każdorazowo określali jakość wykonanych prac jako dobrą.

Żadne zastrzeżenia co do zgodności prac ze sztuką budowlaną nie zostały wpisane do dziennika budowy. Tego rodzaju uwagi nie były też zgłaszane ustnie do podwykonawcy ani jego pracowników. W 2013 roku podwykonawca powoda usunął usterkę związaną z przeciekaniem wody do podbasenia. W ślad za dokonany odbiorami częściowymi przedmiotu umowy, powód wystawił faktury VAT nr: (...), (...), (...) oraz o nr (...), przy czym ta ostatnia opiewała na kwotę 511.645,36 złotych z terminem zapłaty na dzień 11 maja 2014 roku.

Oświadczeniami z dnia 14 kwietnia 2014 roku i 21 maja 2014 roku pozwany B. F. (1) uznał swoje zadłużenie z tytułu powyższych faktur VAT i zobowiązał się uiścić dług odpowiednio do dnia 30 maja 2014 roku i 15 lipca 2014 roku. B. K. (1) stwierdził w oświadczeniu datowanym na dzień 21 maja 2014 roku, że kwota zadłużenia - 1.969.839,64 złotych zostanie zweryfikowana na podstawie inwentaryzacji wykonanych prac według cen i ilości zapisanych w kosztorysie ofertowym.

W dniu 15 maja 2014 roku powód wezwał pozwanego ad. 1 do uregulowania zaległości z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane w terminie 7 dni pod rygorem wystąpienia na drogę sądową. Podobne wezwanie w zakresie zapłaty kwoty 942.922,73 złotych pozwany ad. 2 otrzymał 15 kwietnia 2014 roku, zaś co do kwoty 1.185.371,55 złotych w dniu 14 kwietnia 2014 roku.

W związku z trudnościami finansowymi po stronie pozwanego ad.2 i brakiem regulowania przez generalnego wykonawcę wystawionych faktur VAT, powód zszedł z placu budowy wraz ze swoimi podwykonawcami, pozostawiając

nieukończone w całości roboty. Decyzja o zaprzestaniu kontynuowania prac poprzedzona była kilkumiesięczną wymianą korespondencji i zapewnień B. K. (1) o rychłej zapłacie powstałych zaległości pieniężnych.

Podczas spotkania stron procesu, mającego na celu polubowne rozstrzygnięcie sporu w dniu 11 czerwca 2014 roku, powód zobowiązał się przygotować projekty kosztorysów powykonawczych wszystkich branż, które miały stać się przedmiotem sprawdzenia przez inwestora, generalnego wykonawcę razem z wykonawcami w zakresie obmiarów. Zatwierdzone miały stać się podstawą rozliczeń z T. L.. Jednocześnie postanowiono, że ich brak nie wpłynie na bieżące rozliczenia finansowe. Dokonano też weryfikacji stopnia robót budowlanych wykonanych przez podwykonawcę.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2014 roku pozwany ad.2 zawiadomił powoda o wadach w obiekcie budowlanym, domagając się obniżenia wynagrodzenia o 2.000.000,00 złotych. Załączył dokumentację zdjęciową ujawnionych i opisanych szczegółowo usterek, które dotyczyły m.in. elewacji zewnętrznej budynku, pokrycia dachu, wieńcówki, podbasenia - powodujących wyciek wody, posadzki, tynków wewnętrznych, balkonów, kotłowni, szalówki wewnętrznej w pokojach hotelowych, podłóg i klatki schodowej. W dniu 22 sierpnia 2014 roku inspektor nadzoru budowlanego K. K., podczas przeglądania dziennika budowy zaczął wyrywać z niego kartki. O incydencie powiadomiono organy ścigania.

Inwestor dokonał samodzielnej inwentaryzacji, która wykazała, że wartość wykonanych prac zamyka się w kwocie 4.297.837,82 złotych netto, o czym poinformował powoda w dniu 28 sierpnia 2014 roku. W aktach znajduje się zaświadczenie z banku, z którego wynika, że generalny wykonawca zapłacił na rachunek powoda łącznie 7.480.627,30 złotych.

W dniu 8 października 2014 roku powód złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z pozwanym ad. 1, z przyczyn leżących po jego stronie wskazując; że ten nie dokonał rozliczenia z podwykonawcą za prace już wykonane i nie dostarczył materiałów do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy. Jako podstawę prawną odstąpienia wskazał art. 490 k.c.

W toku procesu pozwany ad. 2 złożył listę kolejnych ujawnionych wad w przedmiocie umowy, obejmujących wykonanie podbudowy z kruszywa na placu przed budynkiem niezgodnie z projektem, zastosowanie niewłaściwej grubości tynków w całym budynku, a także przeciekanie wody do podbasenia. Nadto, w związku ze wznowieniem prac przedstawił opis zaawansowania robót na spornej inwestycji i ich jakości na dzień 21 grudnia 2014 roku.

W związku z rozliczeniem umowy o dofinansowanie projektu w ramach „Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa (...) na lata 2007 -2013 O. Priorytetowej III. Rozwój turystyki i kultury, Działanie 3.2 Wsparcie inwestycyjne przedsiębiorstw w branży turystycznej”, inwestor – B. K. (1) złożył oświadczenie, że na dzień 15.10.2014 r. ogółem wykonano 95,22% robót o wartości 8.983137,07 zł netto.

Dalej Sąd Okręgowy skonkludował, że strony procesu zajmowały odmienne stanowiska przede wszystkim, jeśli chodzi o jakość i zakres wykonanych robót. W przedmiotowej sprawie nie doszło do całkowitego wykonania przez powoda robót budowlanych. Nie wyklucza to jednak wymagalności roszczenia o wynagrodzenie za zrealizowaną część prac, które pozwani przejęli i użytkują zgodnie z przeznaczeniem. Brak formalnego, końcowego odbioru robót nie pozbawia wykonawcy (podwykonawcy) możliwości domagania się zapłaty za wykonane prawidłowo prace.

Zdaniem Sądu, w świetle zaoferowanego materiału dowodowego, a w szczególności dowodów z dokumentów urzędowych i prywatnych oraz zeznań przesłuchanych w sprawie świadków, nie można podzielić twierdzeń inwestora, jakoby wykonany zakres robót był mniejszy aniżeli wskazany w protokołach częściowego ich odbioru i dodatkowo były one dotknięte poważnymi usterkami. Przede wszystkim podkreślił, że częściowy odbiór robót przez generalnego wykonawcę bez zastrzeżeń, co do ich jakości i wskazanego stopnia zaawansowania prac ma konsekwencje stanu właściwego wykonania umowy na konkretnym etapie procesu inwestycyjnego. W protokole z tej czynności, stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę rozliczeń stron w tej części, niezbędna jest ocena, czy nastąpiły one zgodnie z umową i bez wad. W niniejszej sprawie stan taki wystąpił, co więcej dokumenty te każdorazowo podpisywały nie tylko reprezentanci powoda i pozwanych na budowie, ale i wszystkie strony procesu, określając w nich jakość prac jako dobrą oraz poświadczając swym podpisem procentowo wykonany zakres prac w odniesieniu

do treści umowy i ich postępowanie w odniesieniu do poprzednich protokołów. Odebrane w taki sposób prace stawały się podstawą do wyliczeń należnego powodowi wynagrodzenia, a wystawiane z tego tytułu przez A. L. faktury VAT były sukcesywnie przyjmowane przez pozwanego ad. 1, co czyniło wymagalnym roszczenie pozwu.

Zwrócił przy tym uwagę, że protokolarny odbiór robót jest momentem przełomowym w stosunkach między stronami umowy o roboty budowlane, potwierdza należyte wykonanie zobowiązania, otwiera wykonawcy (podwykonawcy) prawo do żądania zapłaty wynagrodzenia, a z drugiej strony wyznacza początek biegu terminu rękojmi za wady. Jedynie odmowa odbioru robót spowodowana niewykonaniem zobowiązania, przez które rozumie się istnienie wad istotnych w przedmiocie umowy, rzutuje na niewymagalność roszczenia o wynagrodzenie za wykonane roboty. Wady tego rodzaju uniemożliwiają czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłączają normalne korzystanie z niego zgodnie z celem umowy albo odbierają im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając ich wartość. Stwierdzenie w czasie odbioru występowania wad robót winno znaleźć odzwierciedlenie w protokole odbioru, ze wskazaniem oczekiwań inwestora co do usunięcia wad w określonym terminie, względnie innych ustaleń stron, m.in. w zakresie obniżenia wynagrodzenia wykonawcy. W toku dokonywanych sukcesywnie odbiorów częściowych robót żaden z przypadków ujawnienia wad istotnych nie wystąpił.

W ocenie Sądu Okręgowego, podobny wniosek, co do właściwej jakości zrealizowanych prac i potwierdzenia wykonania kolejnych etapów inwestycji, można wysnuć z analizy treści dziennika budowy. Stosownie do art. 45 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane w zw. z art. 245 k.p.c. ma on moc dokumentu urzędowego, znajdujące się w nim wpisy rejestrujące przebieg robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku ich wykonywania, korzystają więc z domniemania zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Nie ma w nim wzmianek stojących w sprzeczności z treścią protokołów odbioru ani adnotacji, co do niezgodności stopnia zaawansowania robót.

Pozwany B. K. (1) w procesie podważał wiarygodność powyższych dokumentów, zarzucając, że nie oddają one faktycznego zakresu prac, gdyż przed ich podpisaniem nie dokonywano ich obmiarów, a on sam nie weryfikował ich merytorycznej poprawności. W ocenie Sądu, ani dowody z omówionych wyżej rodzajów dokumentów ani też zeznania przesłuchanych w sprawie świadków – podwykonawców i współpracowników powoda w osobach: T. L., D. D. (1), B. B., H. B., A. K. (1), M. Z., J. A., P. B., D. D. (2) nie potwierdzają takiej wersji zdarzeń. Wskazani wyżej świadkowie, spójnie, logicznie i w sposób wzajemnie ze sobą korespondujący, podnosili, że w istocie przed przystąpieniem do comiesięcznych odbiorów częściowych nie był wykonywany rzeczywisty obmiar zrealizowanych robót. Niemniej wskazywali zgodnie, że każdorazowo podwykonawca powoda zajmujący się określonym zakresem prac dokonywał tej czynności samodzielnie, przy udziale i akceptacji inspektora nadzoru z ramienia generalnego wykonawcy – najpierw H. B., a później K. K. – ojca pozwanego inwestora, który jak sam przyznał bywał często na budowie. Wszyscy ci świadkowie podawali też, że nie zdarzały się przypadki jakichkolwiek zgłoszeń przez pozwanych ani inspektora nadzoru co do pojawienia się w przedmiocie umowy usterek poza jednym wyjątkiem, co skutkowało skutecznym usunięciem usterki w tzw. „białej wannie”. Zeznania wskazanych wyżej świadków zasługiwały - w ocenie Sądu - na obdarzenie ich walorem wiarygodności – nie tylko korelowały ze sobą wzajemnie, ale także znajdowały potwierdzenie w treści dokumentów z art. 244 k.p.c. i art. 245 k.p.c. Odnotował, że świadkowie, będąc osobami niezainteresowanymi wynikiem postępowania, wypowiadali się zbieżnie, jeśli chodzi o kwestie sporne między stronami. Prawdziwość ich zeznań potwierdził nie tylko A. L. ale i sam pozwany ad.1 generalny wykonawca – obaj składając zeznania w trybie art. 299 k.p.c. B. F. (1) wskazał, że przed podpisaniem protokołów sprawdzał ich rzetelność opierając się na wpisach w dzienniku budowy i porównując wpisywane ceny z tymi w kosztorysie. Zauważył, że przez okres współpracy nie były zgłaszane żadne usterki, a problemy z wadami pojawiły się w momencie, gdy brak było środków na kontynuowanie inwestycji w związku z tym, że była ona finansowana w znacznej mierze ze środków unijnych.

Biorąc pod uwagę powyższe Sąd stanął na stanowisku, że zeznania pozwanego - B. K. (1) i świadka K. K. nie polegały na prawdzie. Akceptacja przedstawionego przez inwestora i inspektora nadzoru stanu rzeczy nie mogła się ostać, biorąc pod uwagę całokształt zgromadzonych w sprawie dowodów, rozważanych wszechstronnie przez pryzmat zasad logiki i doświadczenia życiowego, a także staranności wymaganej od przedsiębiorców. Stwierdził, że trudno sobie wyobrazić, ażeby generalny wykonawca i inwestor podpisywali dokument protokołu odbioru, potwierdzający stan zaawansowania inwestycji i jakość prac, bez żadnej weryfikacji, kiedy w perspektywie czasu chodzi o wielomilionowe

rozliczenia, w tym w ramach dofinansowania funduszami europejskimi. Niewiarygodne zdaniem Sądu - jest w szczególności to, że jak podał świadek K. K. bezwiednie podpisując protokoły, które rzekomo nie odpowiadały prawdzie, żaden z pozwanych nie wystosował do powoda jakichkolwiek, w których nie kwestionował wysokości wynagrodzenia widniejących na fakturach, nie wpisywał żadnych uwag do dziennika budowy i prowadził negocjacje, aby A. L. zakończył roboty, mimo braku otrzymania płatności, co dokumentują wiadomości e-mailowe i sms-owe. Dodatkowo ich zeznania stanowią zaprzeczenie, że składane w ramach Programu (...) i Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego oświadczenia są prawdziwe, co rodzić może dalszą ich odpowiedzialność, czego zdają się nie dostrzegać.

Dalej podkreślił, że nie bez znaczenia jest też to, iż pierwsze zastrzeżenia ze strony pozwanego ad. 2 pojawiły się już po wytoczeniu powództwa, w długi czas po złożeniu podpisów na protokołach częściowego odbioru prac. Dopiero po wystąpieniu z roszczeniem do Sądu, miała miejsce próba niszczenia dziennika budowy przez inspektora nadzoru, co oddaje treść notatki sporządzonej przez ochroniarza. Wszystkie omówione wyżej okoliczności jednoznacznie wskazują, że linia obrony pozwanego inwestora przed roszczeniem została przybrana na potrzeby toczącego się procesu, celem uchylecia się od obowiązku zapłaty wynagrodzenia za należycie wykonane roboty budowlane.

Niemniej jednak celem zweryfikowania słuszności stanowiska pozwanego ad.2 Sąd zabezpieczył dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa ogólnego i kosztorysowania W. K. na okoliczność ustalenia zakresu robót budowlanych, wykonanych przez powoda w ramach realizacji umowy z dnia 28 sierpnia 2012 roku, a także wartości tych prac, istnienia wad w przedmiocie umowy w kontekście twierdzeń B. K. (1), a także ustalenia, które z nich są istotnymi i jaki jest koszt ich usunięcia. Biegły w wyniku dokonania oględzin pensjonatu przy ulicy (...) w B., udokumentowanych fotograficznie; stwierdził, że inwestycja nie jest zakończona w 100%, poszczególne elementy zrealizowanych robót wykazują różny stopień zaawansowania. Ich precyzyjne ustalenie - zdaniem biegłego - wymagało jednak szczegółowej inwentaryzacji, dużego nakładu pracy zespołu specjalistów z wielu dziedzin. Dodatkowo zauważył, że z uwagi na fakt, że żaden z elementów zakresu zakontraktowanych robót nie został ukończony ocena istnienia w nich ewentualnych wad jest niemożliwa. Sąd uznał powyższą opinię za miarodajny środek dowodowy. Biegły wyciągnął wnioski katagoryczne, które - jego zdaniem - były możliwe do wysnucia w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, wyjaśnił dlaczego niemożliwe było określenie zakresu wykonanych prac, ich wartości, ewentualnych wad, ich istotności i możliwości usunięcia.

Reasumując, Sąd Okręgowy uznał, że pozwani nie podważyli domniemań wypływających z treści protokołów częściowego odbioru robót i dziennika budowy stosownie do art. 252 k.p.c. i art. 253 k.p.c.; co powodowało przyjęcie, że prace zostały wykonane zgodnie z treścią zobowiązania, bez wad i w stopniu procentowym zaawansowania w nich określonych. Powyższe - w świetle łączącej strony umowy podwykonawczej - dawało powodowi prawo do żądania wynagrodzenia w wysokości stwierdzonej fakturami VAT.

W tym stanie rzeczy, Sąd na podstawie art. 647 k.c. i art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. zasądził od pozwanych solidarnie kwotę 1.969.839,64 złotych tytułem wynagrodzenia za wykonane prace.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł B. K. (1), który zaskarżając wyrok w części, tj. w pkt 1 i 3 zarzucił:

1) art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. w zw. z art. 491 § 1 k.c. poprzez zasądzenie od B. K. (1), jako zobowiązanego solidarnie, zapłaty wynagrodzenia umownego należnego powodowi z tytułu umowy o roboty budowlane, wówczas, gdy w dacie wyrokowania umowa nr (...) z dnia 28 sierpnia 2012 r., zawarta pomiędzy powodem a pozwanym ad 1 była unicestwiona ze skutkiem ex tunc poprzez złożenie w dniu 8 października 2014 r. przez powoda oświadczenia o odstąpieniu od tej umowy w całości, co spowodowało odpadnięcie podstawy solidarnej odpowiedzialności inwestora wynikającej z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.,

2) art. 230 k.p.c. w zw. z art. 229 k.p.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez uznanie, że:

a) odstąpienie od umowy pomiędzy powodem a pozwanym B. F. (2) jest nieskuteczne, wówczas gdy powód pisemnie i ustnie - na rozprawie w dniu 17 grudnia 2014 r. - przyznał, że miało miejsce odstąpienie od umowy, zaś pozwany ad. 1 nie kwestionował odstąpienia, jego skuteczności, powodów odstąpienia, nie wpisał zastrzeżeń do dziennika budowy w zakresie odstąpienia od umowy przez powoda, ani na żadnym etapie postępowania sądowego nie podnosił zarzutów o jego bezskuteczności,

b) odstąpienie było nieskuteczne z uwagi na brak wezwania w trybie 491 § 1 k.c., wobec niezbadania tego faktu,

3) art. 321 k.p.c. poprzez przyjęcie przez Sąd, że odstąpienie od umowy o roboty budowlane przez powoda jest nieskuteczne, w sytuacji, gdy ani powód ani pozwany ad. 1 i ad. 2 nie kwestionowali skuteczności oświadczenia o odstąpieniu od umowy, a wręcz przeciwnie uznawali ważność i skuteczność czynności, a tym samym działanie Sądu stanowiło oparcie wyroku na podstawie faktycznej niepowołanej przez powoda i badanie okoliczności nie objętych zarzutem,

4) art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 60 k.c. oraz art. 647 § 1 k.c. w zw. z art. 654 k.c. i 647 k.c. poprzez pominięcie przez Sąd zamiaru stron umowy o roboty budowlane (powoda i pozwanego ad. 1) co do przyjętego umownie sposobu rozliczenia i w konsekwencji przyjęcie przez Sąd, że protokoły częściowe przedłożone przez powoda stanowią podstawę rozliczenia, podczas gdy zamiarem stron (powoda i pozwanego ad. 1) było rozliczenie się w oparciu o obmiar końcowy (uwzględniający rodzaj zastosowanych przez podwykonawcę materiałów i ilość robót) i zweryfikowane przez strony kosztorysy powykonawcze,

5) art. 60 k.c. oraz art. 647 § 1 k.c. w zw. z art. 654 k.c. i 647 k.c. poprzez przyjęcie, że pozwany jako inwestor jest zobowiązany solidarnie do zapłaty na rzecz powoda kwot wskazanych w fakturach wystawionych przez podwykonawcę, bez potwierdzenia, że prace objęte fakturami zostały rzeczywiście w całości wykonane przez podwykonawcę,

6) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną ocenę materiału dowodnego i przyjęcie, że prace wskazane w protokołach odbioru i objęte fakturami częściowymi w rzeczywistości zostały wykonane przez powoda w wymiarze i zakresie wskazanym w protokołach odbioru, a protokoły stanowią odebranie robót w sytuacji gdy jest to sprzeczne z treścią przesłuchania pozwanego ad. 2, zeznań świadków w tym zwłaszcza inspektora nadzoru oraz podwykonawców powoda, a także umową łączącą powoda i pozwanego ad. 1 oraz z inwentaryzacją dokonaną przez pozwanego ad. 2 i oświadczeniem powoda z dnia 25 kwietnia 2014r.

7) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 245 k.p.c. poprzez błędną ocenę materiału dowodnego i przyjęcie, że prace wskazane w protokołach odbioru i objęte fakturami częściowymi w rzeczywistości zostały wykonane przez powoda w wymiarze i zakresie wskazanym w protokołach odbioru, a protokoły stanowią odebranie robót, w sytuacji gdy jest to sprzeczne z treścią dokumentów prywatnych, tj. oświadczeniem powoda z dnia 25 kwietnia 2014 r., oświadczeniem pozwanego ad. 1 z dnia 6 czerwca 2014r., jak i z protokołem z dnia 11 czerwca 2014r., z których to dokumentów wynika, że rozliczenie wykonanych przez podwykonawcę prac miało nastąpić w oparciu o zatwierdzone przez inwestora kosztorysy powykonawcze /wykonane w czerwcu 2014r. kosztorysy powykonawcze z obmiarami robót i rodzajem zastosowanych materiałów/, co potwierdza jednocześnie, że protokoły częściowe nie dokumentują zakresu wykonanych przez powoda prac,

8) art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. i nie rozpoznanie sprawy co do istoty, poprzez niewyjaśnienie i pozostawienie poza oceną okoliczności faktycznych, stanowiących przesłanki zarzutu pozwanego ad. 2 w przedmiocie nie wykonania przez powoda prac, za które dochodzi on zapłaty pozwem oraz nie zbadanie zarzutu pozwanego ad. 2 w tym zakresie,

9) art. 328 § 2 k.p.c. poprzez zawarcie w uzasadnieniu skarżonego wyroku wewnętrznie sprzecznego stanowiska co do istnienia wad w robotach nieukończonych, poprzez przyjęcie, że:

- zgłaszane przez pozwanego ad. 2 wady i usterki nie istnieją, albowiem nie

zostały zgłoszone na etapie „odbiorów”, S a następnie, że te same wady nie istnieją albowiem w sytuacji, gdy roboty nie zostały ukończone nie sposób mówić wadach, S a ostatecznie wskazanie przez Sąd, że z uwagi na brak zarzutu potrącenia nie zachodziły podstawy do prowadzenia postępowania dowodowego w zakresie usterek;

10) art. 278 § 1 k.p.c. poprzez ustalenie przez Sąd I instancji, iż powód wykonał prace objęte protokołami częściowymi w całości i wartość tych prac odpowiada kwocie dochodzonej pozwem bez opinii biegłych sądowych z zakresu budownictwa oraz poszczególnych branż, w sytuacji, gdy niewątpliwie są to wiadomości specjalne, którymi sąd nie dysponuje, a przy tym nawet biegły sądowy wskazywał, że ustalenie powyższego możliwe jest przez biegłych z różnych specjalności i dopiero po szczegółowej inwentaryzacji prac,

11) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez uznanie przez sąd, że:

a) prace wykonane przez powoda nie zawierając wad i usterek, a wyłącznie są nieukończone i oparcie się w tym zakresie na opinii biegłego W. K., a przy tym uznanie tejże opinii za wiarygodną i kategorię, w sytuacji, gdy:

- biegły W. K. nie podjął nawet próby ustalenia, czy i jakie prace zostały zakończone, a tym samym, w jakim zakresie można byłoby stwierdzić istnienie wad; pozwany ad. 2 wskazał na istnienie szeregu wad, zinwentaryzował je i potwierdził dokumentacją zdjęciową przedłożoną do akt sprawy, a przy tym świadek - osoba dokonująca montażu i naprawy gwarancyjnej podbasenia, wskazywała na istnienie dalszych przecieków, a tym samym na istnienie usterek, biegły W. K. jako biegły z zakresu budownictwa ogólnego nie mógł badać i wypowiadać się w przedmiocie istnienia usterek/wad w zakresie robót branżowych, czy wad podbasenia,

- opinia W. K. było przeprowadzana w trybie art. 310 k.p.c. wyłącznie jako zabezpieczenie dowodu, a przy tym w toku postępowania sądowego, Sąd nie kwestionował konieczności przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego na okoliczności zgłaszane przez pozwanego ad. 2, a wyłącznie zasadność przeprowadzenia dowodu z opinii zabezpieczającej, uzasadniając powyższe wznowieniem prac przez Pozwanego ad. 2,

b) roboty nie są dotknięte wadami istotnymi wobec niezbadania tego faktu, niedokonania podziału wad na istotne i nieistotne,

c) pozwany ad. 2 nie nabył uprawnień rękojmiach na podstawie reklamacji z dnia 28 stycznia 2015 r. wobec zaniechania oceny, czy wady tam wskazane mają charakter istotny oraz wobec odmowy powoda rozpoczęcia jakichkolwiek prac na budowie do chwili zapłaty wynagrodzenia,

d) zgłoszone wady mają charakter prac niedokończonych, przy jednocześnie zaniechaniu przeliczenia wartości i zakresu prac, za które powód domaga się zapłaty;

12) art.233 § 1 k.p.c. poprzez przyjęcie przez Sąd, że powód musiał wykonać prace w zakresie wskazanym w pozwie z uwagi na treść oświadczeń składanych w ramach rozliczania dofinansowania unijnego, w sytuacji, gdy istniały różnice zakresów robót wykonywanych przez powoda i objętych dofinansowaniem, a przy tym Sąd nie porównywał zakresu prac wynikających z umowy wiążącej powoda z pozwanym ad. 1 i zakresu prac objętych dofinansowaniem,

13) art. 253 k.p.c. poprzez przyjęcie przez Sąd, że pozwany ad. 2 nie podważył domniemań wypływających z treści protokołów częściowego odbioru robót, co spowodowało przyjęcie, że prace zostały wykonane w stopniu procentowym zaawansowania w nich określonych, w sytuacji, gdy ustawodawca nie przewidział domniemania zgodności z prawdą zawartego w dokumencie prywatnym oświadczeń,

14) art. 252 k.p.c. poprzez przyjęcie przez Sąd I instancji, że pozwany ad. 2 nie podważył domniemań wypływających z treści dziennika budowy, co spowodowało przyjęcie, że prace zostały wykonane zgodnie z treścią zobowiązania i bez wad, w sytuacji, gdy wpisy w dzienniku budowy w zakresie wad nie są objęte domniemaniem,

15) art. 244 k.c. i 245 k.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez nierozważenie całokształtu materiału dowodowego zebranego w sprawie zarzutu niszczenia przez inspektora nadzoru dziennika budowy, wówczas, gdy odbieranie kopii



dziennika budowy jest zwyczajowo przyjęte, w dzienniku budowy (tom VI strona 9) znajduje się skwitowanie obioru 75 kopii z 6 tomów dziennika budowy, natomiast na str. 22 tomu V dziennika budowy znajduje się adnotacja tegoż inspektora o podejrzeniu dokonywania przez podwykonawcę wpisów z datą wsteczną, ponadto w tomie I str. 17 znajduje pokwitowanie poprzedniego inspektora budowy i pobraniu kopii dziennika budowy, i oparcie tego ustalenia wyłącznie na oświadczeniu osoby trzeciej niebędącą świadkiem w sprawie wobec odmiennych wpisów w dzienniku budowy dopuszczonym jako dowód w sprawie i zeznań świadka K. K., a także pominięcie faktu, że oryginał dziennika budowy nie został zniszczony;

16) art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 637 § 2 k.c. poprzez zaniechanie oceny reklamacji nr 1, 2 i 3 złożonych do dnia 24 grudnia 2014 r. (do czasu uchylecia art. 637 k.c.) na podstawie przepisów umowy o dzieło, mających odpowiednie zastosowanie do umowy o roboty budowlane;

17) art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 638 k.c. w zw. z art. 560 § 1 i 3 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że reklamacje złożone do dnia 24 grudnia 2014 r. powinny być rozpatrywane w trybie w/w przepisów, wówczas gdy w dacie złożenia reklamacji nr 1, 2 i 3 obowiązywał przepis art. 637 k.c., będący podstawą oceny reklamacji,

18) art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 637 k.c. (obowiązujący w dacie składania oświadczenia przez pozwanego) oraz art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 638 k.c. w zw. z art. 560 § 1 i 3 k.c. poprzez pominięcie roszczeń reklamacyjnych powoda z uwagi na brak wezwania do usunięcia wad, wówczas, gdy pozwany domagał się obniżenia ceny i w okolicznościach sprawy (zejście podwykonawcy z placu budowy z uwagi na brak zapłaty, odmówiła podjęcia jakiegokolwiek prac na budowie oraz konieczność rozpoczęcia prac na budowie) wybór tego żądania był usprawiedliwiony,

a jednocześnie

19) art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 637 § 2 k.c. (obowiązujący w dacie składania oświadczenia) oraz art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 638 k.c. w zw. z art. 560 § 1 i 3 k.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przyjęcie, że pozwany ad. nie zachował sekwencji czynności skutkujących powstaniem roszczeń rękojmiach, bowiem nie wezwał powoda do usunięcia w sytuacji, gdy pozwany spełnił warunki określone art. 637 § 1 k.c. i art. 560 § 1 i 3 k.c. i -wobec odmowy przez powoda wykonania jakiegokolwiek prac na budowie - zażądał obniżenia ceny za wykonane prace na podstawie stwierdzonych wad, a tym samym posiada uprawnienia reklamacyjne oraz poprzez pominięcie reklamacji pozwanego ad. 2 wobec niezbadania skuteczności żądania rękojmianego,

20) art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 637 § 2 k.c. oraz art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 638 k.c. w zw. z art. 560 § 1 i 3 k.c. i w zw. z art. 498 § 1 k.c. poprzez przyjęcie, że pozwany ad. 2 nie nabył roszczeń rękojmiach pozwanego ad. 2 dotyczących obniżenia ceny z uwagi na brak potrącenia wzajemnych wierzytelności powoda i pozwanego ad. 2, wówczas gdy pozwany ad. 2 nie posiada wierzytelności wobec powoda, która nadawałaby się do potrącenia, a jedynie prawo do żądania obniżenia ceny (z którego to prawa pozwany skorzystał składając oświadczenie o obniżeniu ceny w reklamacjach kierowych do powoda), wobec powyższego zarzut potrącenia nie byłby skuteczny; jednakże z ostrożności procesowej zarzucam, że pozwany ad. 2 dokonał potrącenia należności przysługujących powodowi z tytułu zapłaty ceny i należności z tytułu utraty wartości prac wykonanych przez powoda z uwagi na istnienie wad,

21) art. 227 k.p.c. w zw. z art. 308 § 1 k.p.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez ustalenie, w oparciu się o opinię biegłego sporządzoną w trybie zabezpieczenia dowodu, że roboty podwykonawcy nie były dotknięte wadami, w szczególności wadami istotnymi, wówczas gdy:

-opinia biegłego sporządzona w trybie zabezpieczenia dowodu nie objęła reklamacji nr 3 i 4, wobec tego sąd pominął ocenę zasadności żądań zawartych w tych reklamacjach,

-z pozostałego zebranego w sprawie materiału dowodowego - reklamacji, fotografii, filmu, których ocena została pominięta - wynika, że usterki stwierdzone przez pozwanego ad. 2 istnieją, w tym przeciekanie wody do podbasenia uwidocznione jest na zdjęciach wykonanych przez biegłego oraz filmie nakręconym przez pozwanego w grudniu 2014 r., co czyni ustalenie w zakresie braku wady „białej wanny” bezpodstawnym;

Z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia przez Sąd twierdzeń pozwanego ad. 2 w zakresie skutecznego żądania obniżenia ceny z tytułu wad w robotach powoda, wyrokowi zarzucił, że został wydany z naruszeniem:

22) art. 471 k.c. poprzez pominięcie roszczeń odszkodowawczych powoda z tytułu istnienia wad w robotach powoda, za które dochodzi on rozliczenia w niniejszym postępowaniu,

23) art. 471 k.c. w zw. z art. 498 § 1 i 2 w zw. z 499 k.c. poprzez przyjęcie, że pozwany ad. 2 realizuje swoje uprawnienia rękojmiowe wyłącznie w przypadku wezwania powoda do usunięcia usterek, wobec skorzystania przez pozwanego ad. 1 z uprawnień odszkodowawczych i potrącenie szkody z wynagrodzeniem dochodzonym przez powoda oraz

24) art. 471 k.c. w zw. z art. 498 § 1 i 2 w zw. z 499 k.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie potrącenia dokonanego przez pozwanego ad. 2 z tytułu szkody wynikłej z usunięcia wad w robotach powoda, za które dochodzi on zapłaty w tym postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze wniósł o:

1) zmianę zaskarżonego wyroku w części tj. w pkt 1 i 3 wyroku w zakresie zasądzenia od pozwanego B. K. (1) na rzecz A. L. kwoty 1.969.839,64 zł wraz z odsetkami oraz kosztami procesu z tytułu jego solidarnej odpowiedzialności i oddalenie powództwa w stosunku do pozwanego ad. 2 w całości,

2) zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego ad. 2 kosztów postępowania

ewentualnie

3) uchylenie zaskarżonego wyroku w części tj. w pkt 1 i 3 wyroku w zakresie zasądzenia od pozwanego B. K. (1) na rzecz A. L. kwoty 1.969.839,64 zł wraz z odsetkami oraz kosztami procesu z tytułu jego solidarnej odpowiedzialności i przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego ad. 2 kosztów postępowania przed sądem II instancji;

Ponadto, z ostrożności procesowej, wniósł o dopuszczenie dowodu z:

a) wezwania do zapłaty z dnia 24 marca 2015 r. do powoda z potwierdzeniem nadania pisma listem poleconym na adres powoda - na okoliczność wezwania powoda do zapłaty odszkodowania z tytułu wad, wymagalności roszczenia,

b) potrącenia z dnia 27 marca 2015 r. wraz z załącznikami i potwierdzeniem nadania pisma listem poleconym na adres powoda - na okoliczność potrącenia szkody spowodowanej istnieniem wad w robotach, za które powód dochodzi zapłaty w tym postępowaniu,

c) oświadczenia z dnia 27 marca 2015r. - na okoliczność skutecznego obniżenia ceny przez pozwanego ad. 2

Podtrzymał także wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa ogólnego i kosztorysowania /ewentualnie dopuszczenie dowodu z opinii łącznej biegłych z zakresu budownictwa ogólnego i kosztorysowania, instalacji sanitarnych, elektrycznych i wentylacyjnych/ na okoliczność ustalenia:

1) zakresu robót wykonanych przez powoda w ramach realizacji umowy nr (...) z dnia 28 sierpnia 2012r, a także wartości tych prac;

2) istnienia wad w robotach wykonanych przez powoda w ramach realizacji umowy nr (...) z dnia 28 sierpnia 2012r., w tym zwłaszcza w zakresie przecieków wody do podbasenia oraz wad: elewacji zewnętrznej budynku, wewnątrz budynku, pokrycia dachu, wieńcówki, prac sanitarnych, posadzek, tynków wewnętrznych, balkonów, kotłowni, robót malarskich, szalówki wewnętrznej, szafek hydrantowych, sklejki balkonowej, podłóg i klatki schodowej; czy i które ze stwierdzonych wad są wadami istotnymi oraz jaka jest wartość rzeczy wolnej od wad w stosunku do wartości obliczonej

z uwzględnieniem istniejących wad, ewentualnie jaka jest wartość szkody poniesionej przez powoda w związku ze stwierdzeniem istnienia wad, w tym wartość szkody poniesionej w związku z usunięciem części wad ze wskazaniem, które z tych wad zostały już usunięte; w oparciu o dokumentację znajdującą się w aktach sprawy, w tym zwłaszcza kosztorys ofertowy z dnia 25 lipca 2012r., dziennik budowy, reklamacje nr 1, 2, 3 i 4 oraz oględziny przeprowadzone przez biegłego z udziałem stron.

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

#### **Apelacja zasługiwała na uwzględnienie.**

Na wstępie wypada zauważyć, że w obowiązującym modelu apelacji pełnej rola sądu drugiej instancji nie ogranicza się jedynie do samego aktu kontroli zaskarżonego rozstrzygnięcia, ale obejmuje także powinność merytorycznego rozpoznania sprawy na podstawie własnych ustaleń faktycznych, poczynionych na bazie materiału zebranego w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym (art. 382 k.p.c.). Celem postępowania apelacyjnego jest bowiem ponowne i wszechstronne merytoryczne rozpoznanie sprawy. Sąd odwoławczy nie może się od tej powinności uchylić z uwagi na utrudnioną ocenę materiału dowodowego, czy potrzebę prowadzenia czasochłonnego postępowania celem uzupełnienia materiału dowodowego. Sąd drugiej instancji jest w tym zakresie wyposażony we wszystkie instrumenty wykorzystywane w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, zarówno w zakresie odpowiedniego stosowania reguł ciężaru dowodu (art. 6 k.c.), zasad oceny odwołów (art. 233 k.p.c.), jak i przeprowadzenia lub uzupełnienia części dowodów we własnym zakresie (art. 382 k.p.c., art. 391 § 1 k.p.c.), nie wyłączając możliwości rozpoznania pominiętych dotąd wniosków dowodowych oraz tych postanowień sądu pierwszej instancji, które nie podlegały zaskarżeniu w drodze zażalenia, a miały wpływ na rozstrzygnięcie sprawy (art. 380 k.p.c.).

Podstawę faktyczną rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego stanowiło w istocie rzeczy stwierdzenie, że z protokołów częściowego odbioru robót i wpisów do dziennika budowy, którym nadał walor dokumentów prywatnych (protokoły odbioru – art. 245 k.p.c.) i dokumentu urzędowego (dziennik budowy – art. 244 k.p.c.) wypływa domniemanie, że prace budowlane stwierdzone w tych dokumentach zostały wykonane zgodnie z treścią zobowiązania, w stopniu procentowym zaawansowania w nich określonych i bez wad. Pozwani zaś nie podważyli domniemań wypływających z treści tych dokumentów.

W tym kontekście wypada zaznaczyć, że moc dowodowa dziennika budowy w postępowaniu cywilnym jest mocno dyskusyjna. W judykaturze można bowiem dostrzec dwa przeciwstawne poglądy w tym przedmiocie. Pierwszy pogląd orzeczniczy przyjmuje, że treść art. 45 ust. 1 prawa budowlanego przesądza o urzędowym charakterze dziennika budowy w odniesieniu do wpisów w nim zamieszczonych. Zapatrywanie przeciwne natomiast przyjmuje, że powyższy przepis odnosi się jedynie do urzędowości formularza dziennika budowy, wydawanego przez uprawniony organ administracyjny, a nie do wpisów dokonywanych w dzienniku budowy przez strony procesu inwestycyjnego. Sąd Apelacyjny przychyliła się do drugiego z przytoczonych stanowisk, znajdujących odzwierciedlenie w licznych orzeczeniach Sądu Najwyższego (zob. wyrok z dnia 18.02.2015 r., I CSK 107/14; wyrok z dnia 16.11.2010 r., I CSK 795/15; postanowienie z dnia 04.12.2019 r., IV CSK/19). Dokonane w nim przez strony procesu budowlanego wpisy nie korzystają zatem z prawnego domniemania zgodności z rzeczywistością, przewidzianego w art. 244 § 1 k.p.c.

Można się natomiast zgodzić z Sądem Okręgowym, że z protokołów odbiorów robót, stanowiących swego rodzaju pokwitowania spełnienia świadczenia ze strony wykonawcy, wypływa domniemanie faktyczne, że oddany obiekt lub jego część wykonany został zgodnie z umową, bądź w części stwierdzonej w protokole odbioru częściowego. Rzecz jednak w tym, że jest to domniemanie, które można obalić przez wykazanie, że umowa nie została wykonana lub wykonana nienależycie; a w przypadku odbioru częściowego, że w rzeczywistości roboty budowlane nie zostały zrealizowane w podanym w nim zakresie.

W judykaturze Sądu Najwyższego prezentowany jest pogląd orzeczniczy, że określony w art. 654 k.c. sposób częściowego rozliczenia robót jest jednym z możliwych do przyjęcia przez strony, ale nie jedynym sposobem rozliczenia robót etapami. Redakcja art. 654 k.c. wskazuje, że przepis ten reguluje zagadnienie finansowania robót w toku i

nie chodzi w nim o odbiór kwitujący wykonawcę z odpowiedniej części robót ze skutkiem wygaśnięcia w tej części zobowiązania, a chodzi o potwierdzenie przez inwestora faktu ukończenia pewnego zakresu robót w celu umożliwienia zapłaty odpowiedniej części wynagrodzenia. Nie rozlicza natomiast stron z odpowiedniej części robót ze skutkiem w postaci wygaśnięcia tej części ich zobowiązań i nie pozbawia je możliwości całościowego rozliczenia robót po oddaniu całości obiektu przez wykonawcę i przyjęciu go przez inwestora. (zob. wyrok z 04.09.2002 r., I CK 1/02; wyrok z 25.09.2014 r., II CSK 645/13; wyrok z 02.12.2015 r., IV CSK 120/15).

W rozpoznawanej sprawie pozwany ad.2 próbował obalić domniemania faktyczne wynikające z protokołów odbioru, zgłaszając wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego lub zespołu biegłych z zakresu budownictwa ogólnego i kosztorysowania, instalacji sanitarnych i elektrycznych celem ustalenia m.in. zakresu robót wykonanych przez powoda w ramach realizacji umowy z dnia 28 sierpnia 2012 r., a także wartości tych prac.

Sąd Okręgowy (w trybie zabezpieczenia dowodu) dopuścił wprawdzie dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa ogólnego i kosztorysowania, który dokonał oględzin pensjonatu i sporządził dokumentację fotograficzną, jednak nie określił ani zakresu prac budowlanych wykonanych przez powoda, ani też ich wartości, ponieważ wymagało to szczegółowej inwentaryzacji i dużego nakładu pracy zespołu specjalistów z wielu dziedzin. Pomimo tego, że w opinii tej biegły nie udzielił odpowiedzi na postawione mu pytanie, mające istotne znaczenie dla rozpoznania sprawy, Sąd uznał ją za miarodajny środek dowodowy, chyba tylko na okoliczność braku możliwości określenia zakresu wykonanych prac oraz ich wartości.

Z tym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Tak się czasem zdarza, że samo dokonanie w sprawie cywilnej, a w szczególności o charakterze gospodarczym, ustaleń faktycznych wymaga dysponowania specjalistyczną wiedzą techniczną oraz doświadczeniem w danej dziedzinie i może uzasadniać zasięgnięcie opinii biegłego lub nawet zespołu biegłych różnych specjalności. W wyjątkowych okolicznościach bez przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego w ogóle niemożliwe jest prawidłowe rozstrzygnięcie sprawy. W przypadku tak poważnych spraw, jak rozpoznawana w niniejszym postępowaniu, pominięcie takiego dowodu z tej tylko przyczyny, że wymaga on dużego nakładu pracy, a co za tym idzie poniesienia też wysokich wydatków, oznaczałoby w istocie rzeczy, że sąd uchyla się od sprawiedliwego osądzenia sprawy.

W rozpoznawanym przypadku dowodu z opinii biegłego nie mogły zastąpić ani siłą rzeczy mało precyzyjne zeznania świadków, ani dokumentacja tworzona przez strony na potrzeby pozyskiwania środków z funduszy europejskich, która, jak się okazało po czasie, nie była wiarygodna.

W tym stanie rzeczy, Sąd Odwoławczy podjął postępowanie dowodowe celem uzupełnienia materiału zgromadzonego przed sądem pierwszej instancji.

Z uwagi na ogłoszenie upadłości pozwanego ad.2 B. K. (1) w toku postępowania apelacyjnego, Sąd Apelacyjny postanowieniem z 30.05.2016 r. zarządził w trybie zabezpieczenia dowodów (art. 310 k.p.c. w zw. z art. 179 § 3 k.p.c.) przeprowadzenie przez biegłego sądowego z zakresu budownictwa A. M. oględzin obiektu – pensjonatu w B. i sporządzenie z tej czynności stosownej dokumentacji, w tym fotograficznej, celem zabezpieczenia dowodu z opinii biegłego na okoliczność tezy powołanej w apelacji pozwanego B. K. (k.3464). Następnie, postanowieniem z dnia 01.07. 2016 r. zarządził, że powyższe czynności winny zostać przeprowadzone z udziałem biegłych: A. S. (instalacje sanitarne) i K. B. ( instalacje elektryczne - k. 3471). W tym miejscu należy wyjaśnić, że Sąd Apelacyjny, nie dysponując przecież wiedzą specjalistyczną z zakresu budownictwa, świadomie posłużył się ogólnym określeniem „sporządzenia z tej czynności stosownej dokumentacji”, pozostawiając biegłym, jako specjalistom z tej dziedziny wybór formy, w jakiej owa dokumentacja miała zostać sporządzona; z tym jedynie zastrzeżeniem, że ma ona umożliwić w późniejszym czasie (po podjęciu zwieszzonego postępowania) opracowanie opinii zgodnie z tezą zgłoszoną w apelacji. Jeżeli zatem właściwe zabezpieczenie dowodu wymagało przeprowadzenia inwentaryzacji wykonanych robót budowlanych, w tym tzw. obmiaru robót, to oczywistym wydaje się konkluzja, że biegli z tych czynności powinni byli sporządzić protokoły z inwentaryzacji robót budowlanych i księgi obmiarów tych prac.

W toku postępowania powód wielokrotnie zarzucał, że biegli, sporządzając w/w dokumentację wykroczyli poza ramy wyznaczone postanowieniem Sądu. W świetle przytoczonych wyżej okoliczności zarzuty te są oczywiście bezzasadne.

Bezzasadne są także zarzuty powoda, podnoszone w toku postępowania apelacyjnego wobec wyżej wymienionych biegłych, co do ich bezstronności tylko na tej podstawie, że w postępowaniu upadłościowym pozwanego ad.2 B. K. wykonywali zbliżone, czy też nawet częściowo tożsame czynności, związane z koniecznością ustalenia w tym postępowaniu składu masy upadłości oraz listy wierzytelności, zlecone im przez sędziego komisarza.

Ostatecznie bowiem postępowanie upadłościowe jest takim samym postępowaniem sądowym, jak postępowanie rozpoznawcze. W tym postępowaniu ani sędzia komisarz, ani syndyk nie działają w interesie żadnej ze stron, gdyż jego celem jest wyłącznie sprawiedliwe zaspokojenie wierzycieli, którzy zgłosili swoje wierzytelności do masy upadłości. Podobnie nie można też potraktować biegłych, którzy wykonywali w postępowaniu upadłościowym czynności opiniujące, jako stronnicych, a tym samym mniej wiarygodnych z tego powodu.

Dlatego też Sąd Apelacyjny konsekwentnie oddalił wnioski stron o wyłączenie biegłych. Na podstawie m.in. dokumentacji sporządzonej w postępowaniu o zabezpieczenie dowodów, biegły sądowy z zakresu budownictwa A. M. sporządził w postępowaniu upadłościowym VIII GUKS 6/16 opinię, której przedmiotem była wycena prac budowlanych wykonanych w hotelu (...) przez powoda (k. 4170-4234). W opinii tej biegły określił wartość kosztorysową prac budowlanych na kwotę brutto 5.423.183,46 zł.

W niniejszym postępowaniu Sąd Apelacyjny, postanowieniem z dnia 21.10.2019 r. (k. 4344) zlecił wykonanie innemu biegłemu z zakresu budownictwa – A. K. (2) sporządzenie opinii – w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, której przedmiotem było m.in. określenie wartości robót budowlanych, wykonanych przez powoda.

Biegły stwierdził w opinii (k. 4352-4423), że ustalenie zakresu robót budowlanych wykonanych przez powoda nie było już możliwe na tym etapie, z uwagi na zakończenie procesu budowlanego przez innego wykonawcę. Mając na względzie komisyjnie przeprowadzoną wielokrotnie inwentaryzację, przyjął, że zebranie danych do ustalenia zakresu tych prac zostało przeprowadzone prawidłowo i profesjonalnie. Biegły sprawdził założenia i sposób sporządzenia księgi obmiarów. Nie stwierdził żadnych uchybień w tym zakresie. Biegły sporządził kosztorys w oparciu o stawki przyjęte w kosztorysie ofertowym, zgodnie z § 7 umowy o roboty budowlane, zawartej między stronami sporu.

W konsekwencji stwierdził, że wycena robót sporządzona przez A. M. jest prawidłowa. Wartość robót, ustalona zgodnie z narzutami przewidzianymi w umowie, wynosi 5.423.183,46 zł. Powyższa kwota nie obejmuje robót wykonanych w branży instalacyjnej. Do omawianej opinii żadna ze stron nie zgłosiła zarzutów.

Sąd Apelacyjny przyjął, że podana kwota odzwierciedla wartość prac budowlanych, bez robót z zakresu instalacji sanitarnej i elektrycznej, jako że została określona na podstawie szczegółowej inwentaryzacji tych prac, dokonanej przed ukończeniem inwestycji przez innego wykonawcę, a nadto przez osoby bezstronne i posiadające odpowiednie do tego doświadczenie zawodowe i kwalifikacje. Tym samym obalone zostało domniemanie faktyczne, o którym wyżej była mowa.

W rozpoznawanej sprawie nie było w istocie rzeczy sporne, że powód jako podwykonawca otrzymał od pozwanego ad.1 – generalnego wykonawcy w okresie od 18.09.2012 r. do 02.01.2014 r. łącznie 7.480.627,30 zł (k. 385); natomiast od 28.01.2014 r. do 30.04.2014 r. łącznie 1.770.000 zł (k. 386). Ogółem zatem powód z tytułu częściowego rozliczania robót otrzymał (przed rozwiązaniem umowy) wynagrodzenie w kwocie 9.250.627,30 zł brutto.

W tym stanie rzeczy, nawet uwzględnienie do wartości robót ogólnobudowlanych (5.423.183,46 zł) ogólnej wartości robót z zakresu instalacji sanitarnej i elektrycznej, określonej przez samego powoda w protokole nr (...) z dnia 08.05.2014 r. (k.53 – 54) na sumę 3.030.454 zł, powoduje, że i tak w wyniku częściowego rozliczania robót wypłacono mu tytułem wynagrodzenia kwotę wyższą niż wartość prac wykonanych przed rozwiązaniem umowy.

Powyższa konstatacja sprawia, że w sprawie bezprzedmiotowym stało się rozważanie i roztrząsanie pozostałych spornych między stronami kwestii, a mianowicie rzeczywistej wartości prac z zakresu instalacji sanitarnej i elektrycznej, zasadności obniżenia wynagrodzenia powoda z tytułu wad fizycznych, czy wreszcie skuteczności odstąpienia od umowy o roboty budowlane.

W tej sytuacji powództwo skierowane przeciwko pozwanemu ad.1 nie znajduje uzasadnienia w normie art. 647 w zw. z art. 654 k.c. W konsekwencji nie ma też podstaw do przyjęcia solidarnej odpowiedzialności pozwanego ad.2 – inwestora, opartej na art. 647<sup>1</sup> § 4 k.c.

Na mocy art. 387 § 2 k.p.c. Sąd rozpoznał apelację z urzędu także na rzecz pozwanego ad.1, który nie zaskarżył wyroku.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny orzekł, jak w sentencji na podstawie art. 386 § 1k.p.c.

O kosztach procesu oraz nieuiszczonych kosztach sądowych obu instancji orzeczono zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, wyrażoną w art. 98 k.p.c.

Powoda obciążają zatem w pierwszej instancji poniesione przez pozwanego ad. 2 koszty zastępstwa procesowego, w tym w postępowaniu zażaleniowym (10.857 zł) oraz wydatki w kwocie 2.116,99 zł. W drugiej instancji powoda obciążają koszty zastępstwa procesowego, w tym poniesione w dwóch wpadkowych postępowaniach zażaleniowych, które Sąd przyznał pozwanemu w ogólnej kwocie 17.700 zł, mając na względzie nieporównywalnie większy nakład pracy jego pełnomocnika w niniejszej sprawie niż przeciętny; a nadto poniesione przez pozwanego wydatki.

Nieuiszczone koszty sądowe obejmują opłatę od apelacji, od uiszczenia której pozwany ad. 2 był zwolniony (98.492 zł) oraz poniesione tymczasowo przez Skarb Państwa wydatki w wysokości 28.120,85 zł.

E. J. M. B. S.