

Sygn. akt I A Ca 631/12

Sygn. akt I A Cz 580/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 maja 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Marek Szymanowski (spr.)
Sędziowie	:	SSA Elżbieta Kuczyńska SSO del. Grzegorz Zabielski
Protokolant	:	Sylwia Radek - Łuksza

po rozpoznaniu w dniu 15 maja 2013 r. w Białymstoku

na rozprawie

połączonych spraw: z powództwa **M. P. (1)**

przeciwko **J. B. (1)**

**o zapłatę**

**oraz** z powództwa **J. B. (1)**

przeciwko **M. P. (1)**

**o zapłatę**

na skutek apelacji obu stron złożonych w obu sprawach i zażalenia pozwanego J. B. (1)

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 28 lutego 2012 r. sygn. akt V GC 150/08

**I. w sprawie z powództwa M. P. (1) przeciwko J. B. (1) (sygn. akt V GC 150/08):**

**1. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie I.1. (pierwszym podpunkt pierwszy) o tyle, że podwyższa zasądzoną tam kwotę do kwoty 240.693,30 (dwieście czterdzieści tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt trzy i 30/100) złotych;**

**2. oddala apelację powoda M. P. (1) i pozwanego J. B. (1) w pozostałych częściach;**

3. *oddala zażalenie pozwanego J. B. (1);*
4. *znosi wzajemnie koszty procesu za drugą instancję;*
5. *tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych zasądza od powoda M. P. (1) i pozwanego J. B. (1) na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Apelacyjnego w Białymstoku) kwoty po 1035,92 (jeden tysiąc trzydzieści pięć i 92/100) złotych.*

**II. w sprawie z powództwa J. B. (1) przeciwko M. P. (1) (sygn. akt V GC 28/09):**

1. *zmienia zaskarżony wyrok w punkcie II.1. (drugim podpunkt pierwszy) w ten sposób, że zasądza od pozwanego M. P. (1) na rzecz powoda J. B. (1) kwotę 95.555,74 (dziewięćdziesiąt pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt pięć i 74/100) złotych z ustawowymi odsetkami liczonymi od kwot:*

- *6.100 złotych od dnia 28 maja 2008 r. do dnia zapłaty;*
- *8.640,28 złotych od dnia 12 marca 2009 r. do dnia zapłaty;*
- *12.500 złotych od dnia 12 marca 2009 r. do dnia zapłaty;*
- *47.275 złotych od dnia 9 lipca 2008 r. do dnia zapłaty;*
- *46,60 złotych od dnia 12 marca 2009 r. do dnia zapłaty;*
- *2.864,60 złotych od dnia 12 marca 2009 r. do dnia zapłaty;*
- *18.129,26 złotych od dnia 12 marca 2009 r. do dnia zapłaty;*

2. *zmienia zaskarżony wyrok w punkcie III (trzecim) w ten sposób, że tytułem zwrotu kosztów procesu za pierwszą instancję zasądza od powoda J. B. (1) na rzecz pozwanego M. P. (1) kwotę 7.200 złotych;*

3. *oddala apelacje powoda J. B. (1) oraz pozwanego M. P. (1) w pozostałych częściach;*

4. *tytułem zwrotu kosztów procesu za drugą instancję zasądza od powoda J. B. (1) na rzecz pozwanego M. P. (1) kwotę 7.379 złotych;*

5. *tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych zasądza od powoda J. B. (1) na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Apelacyjnego w Białymstoku) kwotę 2071,83 (dwa tysiące siedemdziesiąt jeden i 83/100) złotych.*

## UZASADNIENIE

**Powód - M. P. (1)** domagał się zasądzenia od pozwanego - J. B. (1), w sprawie zarejestrowanej pod numerem V GC 150/08, kwoty 320.101,17 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 19 czerwca 2008 r. oraz kosztami postępowania.

W uzasadnieniu pozwu podał, że wykonał w ramach zawartej z pozwanym umowy prace dodatkowe budowlane w budynku usługowo - administracyjnym w M., wystawił fakturę i doręczył ją pozwanemu wraz z załącznikiem zawierającym wykaz prac i ich wartość. Do faktury dołączono też kosztorysy powykonawcze. Wystawienie faktury poprzedzone było odbiorem prac, co potwierdzono stosownymi protokołami. Pozwany zgłosił zastrzeżenia tylko co do jednego z kosztorysów, dotyczącego zagospodarowania terenu przy budynku administracyjno - mieszkalnym. Pozwany za wykonane prace nie zapłacił.

Pozwany - J. B. (1) w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów procesu od M. P. (1).

W uzasadnieniu podał, że strony zawarły dwie umowy o roboty budowlane: pierwszą w dniu 5 lutego 2007 r. (...) oraz drugą w dniu 24 lipca 2007 r. (...). Ponadto M. P. (1) wykonał też prace dodatkowe, co do których ustalono wynagrodzenie kosztorysowe (kosztorysy powykonawcze). Jednakże J. B. (1) nie odebrał wszystkich prac, na które opiewają kosztorysy powykonawcze, gdyż w dniach 31 maja i 10 czerwca 2008 r. dokonano jedynie odbioru częściowego, bo niektóre z prac posiadały usterki wymagające usunięcia. J. B. (1) nie kwestionuje, że odebrał kosztorysy powykonawcze, ale było to przed przystąpieniem do odbioru prac.

Wystąpienie usterek J. B. (1) stwierdził zarówno w pracach wykonanych na podstawie umowy z 24 lipca 2007 r., jak i w pracach dodatkowych.

W kwestii rzetelności kosztorysów powykonawczych, wad i kosztów ich usunięcia J. B. (1) skorzystał z ekspertyzy, którą na jego zlecenie sporządził dr inż. J. B. (2) i w oparciu o tę ekspertyzę twierdzi, że M. P. (1) za wykonane prace dodatkowe należy się jedynie kwota 119.786,82 zł.

Ponadto pozwany podał, że jego pełnomocnik, dysponując pełnomocnictwem materialnym złożył M. P. (1) pismem z dnia 8 stycznia 2009 r. oświadczenie o potrąceniu z wynagrodzeniem dochodzonym przez M. P. (1) wierzytelności przysługujących jemu w kwocie 422.120 zł. Na tę kwotę składają się kary umowne (za zwłokę w wykonaniu umowy i za odstąpienie z winy wykonawcy) oraz zwrot kosztów ekspertyzy sporządzonej przez J. B..

**W dniu 25 marca 2009 r. J. B. (1)** wystąpił przeciwko M. P. (1) z powództwem o zapłatę kwoty 648.081,87 zł wraz z odsetkami ustawowymi i kosztami procesu (sprawę zarejestrowano pod numerem V GC 28/09). Na dochodzoną kwotę składają się:

- 36.178,15 zł tytułem zwrotu nadpłaty wynagrodzenia z umowy z dnia 5 lutego 2007 r.,
- 6.100 zł zapłacone za ekspertyzę dr hab. inż. R. W. (1),
- 153.688,55 zł tytułem zwrotu kosztów naprawy izolacji poziomej i pionowej,
- 134.078,12 zł tytułem zawyżenia kosztorysów i usunięcia wad robót wykonanych na podstawie umowy z dnia 24 lipca 2007 r.,
- 368.745 zł tytułem kary umownej za zwłokę w wykonaniu umowy z dnia 24 lipca 2007 r.
- 47.275 zł tytułem kary umownej za odstąpienie od umowy z dnia 24 lipca 2007 r. z winy wykonawcy,
- 810 zł tytułem zwrotu kosztów ubezpieczenia budowy,
- 18.129,26 zł tytułem zwrotu kosztów pobranej energii elektrycznej,
- 2.864,60 zł tytułem zwrotu opłat za utrzymanie terenu budowy w stanie wolnym od przeszkód komunikacyjnych, odpadów oraz śmieci, które to koszty powinien ponieść wykonawca.

Od sumy tych kwot J. B. (1) odjął należne, według jego wyliczeń, M. P. (1) wynagrodzenie za wykonane na podstawie kolejnej umowy prace dodatkowe w kwocie 119.786,82 zł.

Ponadto J. B. (1) wniósł o połączenie wszczynanej przez niego sprawy ze sprawą opisaną w pierwszej części uzasadnienia (V GC 150/08).

W uzasadnieniu pozwu podał, że strony zawarły dwie umowy o roboty budowlane (z dnia 5 lutego 2007 r. i z dnia 24 lipca 2007 r.). Obie dotyczyły tego samego budynku, z tym że pierwsza miała za przedmiot wykonanie stanu surowego, zaś druga wykończenie budynku.

Obie umowy przewidywały wynagrodzenie ryczałtowe. W przypadku pierwszej z umów dopuszczono możliwość wykonania i zafakturowania robót dodatkowych do wysokości 20% wynagrodzenia ryczałtowego. Ponieważ J. B. (1) wpłacił M. P. (1) więcej niż wysokość ryczałtu i wyliczona przez niego (jego inspektora nadzoru) wartość, to należy mu się zwrot nadpłaty.

Co do drugiej umowy J. B. (1) twierdzi, że M. P. (1) wykonywał ją nienależycie, co spowodowało odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy oraz obowiązek zapłaty przez niego odszkodowania, tak w formie zryczałtowanej (kary umowne), jak i na zasadach ogólnych.

**Pozwany M. P. (1)** wnosił o oddalenie tego powództwa.

W uzasadnieniu zarzucił, iż z treści oświadczenia o potrąceniu wynika, że J. B. (1) uznał roszczenie M. P. (1) dochodzone w sprawie V GC 150/08, tak co do zasady, jak i wysokości, bo roszczenia dochodzone w niniejszej sprawie potrącił z kwotą 320.101,17 zł a nie z kwotą wskazywaną w uzasadnieniu pozwu w niniejszej sprawie (119.786,82 zł).

Ponadto wyjaśnił, że co do zmiany terminu wykonania robót strony się porozumiały, o czym świadczy korespondencja stron i aneks do umowy. Jeśli chodzi o brak wpisów w dzienniku budowy to M. P. (1) nie miał do niego dostępu, bo J. B. (1) miał go w swoim posiadaniu i nie było go na terenie budowy. Uwidocznione w nim wpisy są sprzeczne ze stanem faktycznym.

Zdaniem M. P. (1) nie ma podstaw do obciążania go kosztami ekspertyzy R. W. (1) i nie mają uzasadnienia kary umowne.

Zarządzeniem z dnia 14 kwietnia 2009 r. zarządzono połączenie do wspólnego rozpoznania spraw oznaczonych sygnaturami V GC 150/08 i V GC 28/09 i rozpoznanie ich pod numerem V GC 150/08. Zarządzenie to miało na celu usprawnienie postępowania tak w sferze technicznej, jak i ekonomicznej, gdyż w obu sprawach domagano się przeprowadzenia niemal tych samych dowodów (świadczków, ekspertyz).

**Wyrokiem z dnia 28 lutego 2012 r.** Sąd Okręgowy w Olsztynie rozstrzygnął obie sprawy i tak:

I. w sprawie z powództwa M. P. (1) przeciwko J. B. (1), oznaczonej sygn. akt V GC 150/08:

1. zasądził od pozwanego J. B. (1) na rzecz powoda M. P. (1) kwotę 237.957,80 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 19 czerwca 2008 r. do dnia zapłaty;
2. umorzył postępowanie co do kwoty 40.197,74 zł
3. oddalił powództwo w pozostałej części,

II. w sprawie z powództwa J. B. (1) przeciwko M. P. (1), oznaczonej sygn. akt V GC 28/09:

1. zasądził od pozwanego M. P. (1) na rzecz powoda J. B. (1) kwotę 245.969,38 zł z ustawowymi odsetkami od kwot:
  - 6.100 zł od dnia 28 maja 2008 r. do dnia zapłaty,
  - 47.250 zł od dnia 9 lipca 2008 r. do dnia zapłaty,
  - 192.619,38 zł od dnia 12 marca 2009 r. do dnia zapłaty,
2. oddalił powództwo w pozostałej części.

III. zniósł wzajemnie koszty postępowania w obu połączonych sprawach.

U podstaw tego wyroku legły następujące ustalił następujące ustalenia faktyczne:

Za bezsporne Sąd Okręgowy uznał, że strony zawarły trzy umowy dotyczące tej samej inwestycji, a to na I etap budowy, II etap budowy i na roboty dodatkowe. Dwie pierwsze umowy przewidywały wynagrodzenie ryczałtowe, zaś roboty dodatkowe miały być rozliczone kosztorysami powykonawczymi. Pierwsza i druga umowa zostały sporządzone na piśmie. I tak:

Umowa z dnia 5 lutego 2007 r. miała za przedmiot wykonania „Budynek usługowo - administracyjny - stan surowy, bez stolarki”. Zakres rzeczowy obejmował roboty ziemne, fundamenty, piwnice, parter, poddasze, konstrukcję dachu, kominy S..

Rozpoczęcie robót miało nastąpić 10 lutego 2007 r. a zakończenie do 31 maja 2007r.

Wynagrodzenie z tej umowy miało być ryczałtowe i wynosić kwotę 381.250 zł, w tym podatek VAT.

Strony w § 11 ust. 3 do 5 umowy przewidziały możliwość podwyższenia tego wynagrodzenia przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych, zamiennych lub nieprzewidzianych, jeśli zaszłaby konieczność ich wykonania, ale tylko do wysokości nie przekraczającej 20% wynagrodzenia ryczałtowego. Miały być na te prace sporządzone kosztorysy powykonawcze, według stawek określonych w ust. 4 tegoż paragrafu.

Umowa z dnia 24 lipca 2007 r. miała za przedmiot wykonania „Budynek usługowo - administracyjny - wykonanie elementów wykończenia”. Zakres rzeczowy tej umowy obejmował wykonanie: podbitki, elewacji (mur trójwarstwowy, mur dwuwarstwowy), podłóża (piwnica, parter + piętro), tynki gipsowe, strop nad poddaszem, rusztowania, okna poddasze - F., okna parter + piwnice - A., dach kompletny z obróbkami balkonów i orynowaniem.

Rozpoczęcie robót strony przewidziały na 25 lipca 2007 r. a zakończenie do 30 września 2007 r.

Wynagrodzenie za wykonanie prac wynosić miało 472.750 zł brutto.

Tak samo jak w pierwszej umowie ustalono możliwość podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego na wypadek konieczności wykonania prac dodatkowych, zamiennych lub nieprzewidzianych, nie więcej niż o 20% na podstawie kosztorysów powykonawczych według wskazanych w ust. 4 § 11 umowy podstaw kosztorysowania.

Wynagrodzenie z umowy dotyczącej I etapu (z dnia 5 lutego 2007 r.) J. B. wypłacił na podstawie faktur zaliczkowych:

- nr (...) z 8 lutego 2007 r. na kwotę 135.625 zł (k. 35 akt V GC 28/09),
- nr (...) z 15 marca 2007 r. na kwotę 50.000 zł (k. 36 akt V GC 28/09),
- nr (...) z 26 kwietnia 2007 r. na kwotę 100.000 zł (k. 37 akt V GC 28/09),
- nr (...) z 5 czerwca 2007 r. na kwotę 100.000 zł (k. 38 akt V GC 28/09),
- nr (...) z 25 czerwca 2007 r. na kwotę 100.000 zł (k. 39 akt V GC 28/09),

w następujący sposób:

- 25.000 zł przelewem bankowym na poczet faktury nr (...),
- 42.000 zł przelewem bankowym na poczet tej samej faktury,
- 33.000 zł przelewem bankowym na poczet tej samej faktury,

(k. 38 odwrót)

- 24.000 zł przelewem bankowym na poczet faktury nr (...),
- 38.000 zł przelewem bankowym na poczet tej samej faktury,

(k. 39 odwrót)

- 52.500 zł przelewem bankowym bez wskazania numeru faktury,
- 47.500 zł przelewem bankowym bez wskazania numeru faktury.

Łączna wartość wystawionych faktur zaliczkowych przez M. P. wynosiła 485.625 zł. Łączna wartość przedstawionych Sądowi dowodów wpłaty wynosiła 262.000 zł.

J. B. przedstawił także 3 dokumenty stanowiące wyciąg z systemu finansowo księgowego - dekretacja Banku Spółdzielczego w M., z których wynika, że z jego rachunku przeksięgowano na jakiś rachunek:

- kwotę 120.000 zł w dniu 13 lutego 2007 r.,
- kwotę 50.000 zł w dniu 16 marca 2007 r.
- kwotę 38.000 zł w dniu 2 lipca 2007 r.

Ponieważ M. P. nie zaprzeczył, że kwoty te otrzymał należało zgodnie z art. 230 k.p.c. uznać fakt zapłaty tych kwot za przyznany.

Łącznie zatem zapłacone przez J. B. w formie zaliczek wynagrodzenie z umowy z dnia 5 lutego 2007 r. wyniosło 470.000 zł (brutto).

Z tytułu drugiej umowy na II etap (z dnia 24 lipca 2007 r.) mechanizm był podobny.

M. P. wystawił faktury zaliczkowe:

- nr (...) z 7 sierpnia 2007 r. na kwotę 50.000 zł (k. 71 akt V GC 28/09),
- nr (...) z 24 sierpnia 2007 r. na kwotę 50.000 zł (k. 72 akt V GC 28/09),
- nr (...) z 5 września 2007 r. na kwotę 50.000 zł (k. 73 akt V GC 28/09),
- nr (...) z 12 września 2007 r. na kwotę 50.000 zł (k. 74 akt V GC 28/09),
- nr (...) z 10 października 2007 r. na kwotę 50.000 zł (k. 75 akt V GC 28/09),
- nr (...) z 6 listopada 2007 r. na kwotę 50.000 zł (k. 76 akt V GC 28/09),
- nr (...) z 27 listopada 2007 r. na kwotę 50.000 zł (k. 77 akt V GC 28/09),
- nr (...) z 14 grudnia 2007 r. na kwotę 30.000 zł (k. 78 akt V GC 28/09),
- nr (...) z 31 grudnia 2007 r. na kwotę 40.000,01 zł (k. 79 akt V GC 28/09),
- nr (...) z 5 lutego 2008 r. na kwotę 50.000 zł (k. 80 akt V GC 28/09).

Łączna wartość faktur wyniosła 470.000,01 zł.

J. B. dokonał następujących wpłat:

- 50.000 zł przelewem bankowym na poczet faktury nr (...) (k. 71),
- 50.000 zł przelewem bankowym na poczet faktury nr (...) (k. 72),
- 50.000 zł przelewem bankowym na poczet faktury nr (...) (k. 73),
- 50.000 zł przelewem bankowym na poczet faktury nr (...) (k. 74),
- 50.000 zł przelewem bankowym na poczet faktury nr (...) (k. 75),
- 50.000 zł przelewem bankowym na poczet faktury nr (...) (k. 76),
- 50.000 zł przelewem bankowym na poczet faktury nr (...) (k. 77),
- 30.000 zł przelewem bankowym na poczet faktury nr (...) (k. 78),
- 40.000 zł przelewem bankowym na poczet faktury nr (...) (k. 79),
- 50.000 zł przelewem bankowym na poczet faktury nr (...) (k. 80).

Łącznie J. B. wpłacił kwotę 470.000 zł.

Pismem z dnia 15 maja 2008 r. J. B. (1) wezwał M. P. (1) do usunięcia w terminie 21 dni wad i braków budynku wykonanego w oparciu o umowę nr (...) z 24 lipca 2007 r. pod rygorem nieprzyjęcia naprawy po upływie tego terminu, odstąpienia od umowy i obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. W wezwaniu tym wskazał, że wady i braki dotyczą elewacji, izolacji przeciwwilgociowych ścian piwnic nośnych i działowych, drenażu odwadniającego, izolacji pionowych przeciwwilgociowych ścian piwnic od zewnątrz budynku i robót wewnętrznych (pismo k. 451 akt V GC 150/08).

Pismem z dnia 12 czerwca 2008 r. J. B. (1) odstąpił od umowy nr (...) z dnia 24 lipca 2007 r. z powodu nie zakończenia przez M. P. (1) prac w dodatkowo zakreślonym 21-dniowym terminie oraz niewykonania usunięcia w tym samym terminie wytkniętych wad. Zapowiedział w tym piśmie, iż skorzysta z prawa obniżenia wynagrodzenia i domagać się będzie zapłaty kary umownej z § 16 umowy (pismo k. 454 akt V GC 150/08).

Bezsporne jest też, iż strony zawarły ustnie umowę o dodatkowe roboty budowlane, które miały być rozliczone kosztorysami powykonawczymi. Po ich wykonaniu M. P. wystawił fakturę nr (...) z dnia 11 czerwca 2008 r. w oparciu o sporządzone i doręczone J. B. kosztorysy powykonawcze. To wynagrodzenie jest między stronami sporne, i tak:

- powód M. P. domaga się kwoty 279.903,43 zł (po ograniczeniu powództwa k. 1288 akt V GC 150/08),
- pozwany J. B. wycenia wartość prac dodatkowych na kwotę 119.786,82 zł, bo uważa, że kosztorys powykonawczy zawyżono o 74.827,99 zł, a także koszt usunięcia wad tych prac wynosił 125.486,36 zł.

Sąd na te sporne okoliczności dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego, na podstawie której ustalił, że M. P. w ramach tej umowy wykonał następujące roboty:

- prace elewacyjne,
- murki licowe,
- obicie elementów dachu,
- okna dachowe,

- wykonanie elementów wykończenia - prace ciesielskie,
- wykonanie elementów wykończenia - prace mурowo - tynkarskie,
- taras,
- montaż doświetlaczy i odprowadzenie wody deszczowej,
- wykonanie stropu nad salonem,
- mur przy schodach do jeziora,
- wywóz ziemi z piwnicy,
- mur oporowy,
- parking,
- roboty dodatkowe inne,
- ściany działowe piwnic,
- wykop przy budynku.

Tak biegły, jak i Sąd nie uwzględnił wykonania prac dekarских bo M. P. nie przedstawił na te prace kosztorysu.

Za wykonane w ramach tej umowy prace J. B. nie zapłacił.

W oparciu o korespondencję stron i dowody z osobowych źródeł dowodowych Sąd ponadto ustalił, że po przystąpieniu do wykonywania pierwszego etapu i wykonaniu wykopu zgodnie z projektem, w wykopie pojawiła się woda, więc podniesiono rzędną posadowienia budynku (zeznania świadków W. D., R. P.). Nadzoru geotechnicznego nie zapewniono. Podczas prac w wykopie uszkodzono stary ceramiczny drenaż, który znajdował się pod rozebranyim budynkiem i na posesji. Po wykonaniu fundamentów powód wykonał izolację przeciwwilgociową, zgodnie z projektem. Inwestor we własnym zakresie wykonał drenaż wokół budynku z rur PCV. Na dalszym etapie robót okazało się, że wilgoć podsiąka na ściany piwnic budynku.

Powód w ramach usuwania usterek izolacji pionowej odkopał budynek (bezsporne). Początkowo strony procesu i ich przedstawiciele na budowie próbowali współpracować w usunięciu tej wady, jednak wskutek różnicy zdań, co do tego kogo obciążają koszty wykonania izolacji nowocześniejszej i droższej technologii do współpracy między stronami nie doszło i konflikt zaczął narastać (zeznania świadków W. D. i innych).

Problemem okazała się także izolacja pozioma budynku, która wskutek nienależytego wykonania i uszkodzeń mechanicznych, zdaniem pozwanego, wymagała naprawy. Uszkodzenia mechaniczne izolacji poziomej potwierdzili w swych zeznaniach liczni świadkowie (P. D. k. 2120 i nast., J. P. k. 2143 - odwrót, M. P. k. 2277- odwrót i inni) oraz zdjęcia. Powód nie wykonał naprawy izolacji. Pozwany zlecił wycenę tych prac ekspertowi J. B., który wyliczył, iż koszt naprawy izolacji wynosi 153.688,55 zł brutto (ekspertyza k. 157 akt V GC 28/09).

Sąd ustalił też, że pozwany opłacił składkę ubezpieczeniową na dalszy okres wykonywania prac w kwocie 810 zł (k. 205 i nast. akt V GC 28/09), opłacił rachunek za sporządzenie ekspertyzy w kwocie 6.100 zł (k. 475 akt V GC 28/09), poniósł koszty opróżniania kontenerów na śmieci, korzystania z sanitariatu, zużytej energii elektrycznej (k. 207 - 233 akt V GC 28/09).

Fakty te ustalono w oparciu o dokumenty i zeznania świadków, którym Sąd dał wiarę.



W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy w pierwszej kolejności wyjaśnił, iż uznał zarzut potrącenia zgłoszony przez pozwanego w sprawie V GC 150/08 za niedopuszczalny, albowiem nie był on oparty na dokumencie w rozumieniu art. 479<sup>14</sup> § 4 k.p.c.

Wprawdzie J. B. (1) twierdził, że przed procesem złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu, które wywarło skutki materialnoprawne, jednakże nie udowodnił w jakiej dacie oświadczenie to dotarło do wiadomości powoda.

Sąd Okręgowy w dalszej części wyводу swoje rozważania rozdzielił na poszczególne połączone sprawy, w których strony były w odwrotnych rolach:

## **I.**

I tak w zakresie powództwa wykonawcy - M. P. (1) o zapłatę wynagrodzenia za wykonane na podstawie ustnej umowy prace dodatkowe, stwierdził, iż sporny był między stronami zakres tych prac, ich jakość i wysokość wynagrodzenia, dlatego Sąd Okręgowy w swym rozstrzygnięciu oparł się na opinii biegłego sądowego.

Ponieważ strony umowę zawarły ustnie i w toku postępowania nie udowodniły na jaką wysokość wynagrodzenia się umówiły należało ustalić, zgodnie z art. 628 § 1 k.c. jakie jest zwykłe wynagrodzenie za dzieło tego rodzaju. Biegły uwzględniając zawarty w aktach materiał dowodowy i sprzeczne stanowiska stron, w niektórych pozycjach przygotował opinię w dwóch wariantach. Pierwszy wariant zakładał, iż Sąd może uznać za udowodnione twierdzenia wykonawcy, zaś drugi wariant zakładał, że Sąd może uznać za udowodnione twierdzenia inwestora. Biegły uwzględnił też, że wskutek wadliwego wykonania niektórych prac, ich wartość należy obniżyć o koszty usunięcia wad (w przypadku gdy wykonawca wad nie usunął) i koszty te przyjął w oparciu o kosztorysy inwestora.

I tak, jeśli chodzi o wykonanie elementów wykończenia - prace elewacyjne, biegły wyliczył, że wartość tych prac, po dokonaniu rzetelnego obmiaru i odjęciu wartości usunięcia usterek w postaci braku pionowości i nierówności powierzchni boni, wynosi 3.095,36 zł netto.

Jeśli chodzi o murki licowe, to biegły stwierdził, iż posiadają nieusuwalną wadę polegającą na braku pionowości i zdaniem biegłego wartość tych prac należy obniżyć o 20%, co daje rzeczywistą wartość tych prac w wysokości 16.991,79 zł netto.

Co do obicia elementów dachu biegły ustalił, iż praca ta nie została dokończona, zatem wartość tych robót należy obniżyć o kwotę 548,55 zł netto, co w efekcie daje rzeczywistą wartość tych prac w wysokości 9.934,76 zł netto.

Jeśli chodzi o okna dachowe rzeczywista wartość tych prac wyniosła 3.690,47 zł netto, po uwzględnieniu kosztów usunięcia usterek.

Prace ciesielskie biegły wycenił na kwotę 3.187,62 zł netto, a prace murowo - tynkarskie na kwotę 7.964,92 zł netto.

Jeśli chodzi o taras biegły stwierdził, że uzasadnione są zarzuty inwestora o wadliwości tych prac w takim stopniu, iż zachodzi konieczność rozebrania warstwy wyrównawczej, rozebrania izolacji cieplnej, rozebrania izolacji z papy, wyrównania tynków i ponownego wykonania prac we właściwy sposób. Dlatego po uwzględnieniu kosztów naprawy prace te wycenił na kwotę 652,45 zł netto.

W przedmiocie prac dotyczących montażu doświetlaczy i odprowadzenia wody deszczowej w zasadzie sporne były dwie kwestie: niewykonanie podejść do dwóch doświetlaczy i dowóz pospółki - 4 kursy. I tu biegły przyjął dwa warianty, zależne od stanowiska Sądu. Wykonawca twierdził, że wykonał podejścia do dwóch doświetlaczy od strony ul. (...) oraz, że wykonał 4 kursy samochodem ciężarowym, dowożąc pospółkę do zasypania wykopów. Sąd uznał jednak, że faktów tych powod - wykonawca nie udowodnił. Rzeczywista zatem wartość tych prac wyniosła 13.412,89 zł netto.

Jeśli chodzi o wykonanie stropu nad salonem rzeczywista wartość tych prac biegły określił na kwotę 2.301,50 zł netto (po odjęciu kosztów usunięcia usterek).

Wykonanie muru przy schodach do jeziora, po uwzględnieniu kosztów usunięcia usterek, biegły wyliczył na kwotę 13.232,87 zł netto.

Sporny był między stronami fakt wywozu ziemi z piwnicy i tu także biegły wyliczył wartość robót w dwóch wariantach, pozostawiając Sądowi decyzję co do faktów. Wedle inwestora ziemię wywożono tylko z części piwnicy taczkami. Wedle obmiaru biegłego było to 5,68 m<sup>3</sup> ziemi. Wykonawca twierdził, że wywiózł 79,48 m<sup>3</sup> ziemi. Sąd, po przeprowadzeniu postępowania dowodowego uznał, że wykonawca nie udowodnił ilości ziemi wywiezionej z budynku. Przesłuchani świadkowie nie potwierdzili tego faktu, a zwłaszcza ilości wywiezionej ziemi. Powód - wykonawca nie zabezpieczył też żadnego dowodu na okoliczność początkowego stanu, przed przystąpieniem do wykonania tej pracy, dlatego należy jego żądanie uwzględnić jedynie do wysokości przyznanej przez pozwanego - inwestora i w takim razie wartość prac z tym związanych wynosi 1.001,78 zł netto.

Co do wartości prac związanych z wykonaniem muru oporowego sytuacja dowodowa przedstawiała się podobnie. Powód nie udowodnił ile pospółki dowiózł z B., zatem w wycenie prac należało przyjąć ilość przyznaną przez inwestora. Przy takim rozstrzygnięciu rzeczywista wartość tych prac, po uwzględnieniu kosztów usunięcia usterek, wyniosła kwotę 53.260,77 zł netto.

Jeśli chodzi o parking, biegły podczas wizji lokalnej dokonał stosownych badań i choć nie wszystkie zarzuty inwestora się potwierdziły, to okazało się, że ułożona nawierzchnia posiada spadek w nieodpowiednią stronę, co wymaga usunięcia tej usterki. Powód sporządzając kosztorys na wykonanie parkingu zawyżył też ilość betonu, niezasadnie policzył koszt transportu materiałów i zawyżył normę zużycia piasku. W efekcie rzeczywista wartość wykonanych prac wynosi 62.180,15 zł netto.

Jeśli chodzi o roboty dodatkowe inne, to najbardziej sporną była kwestia dwukrotnego położenia (i skucia) posadzki w recepcji. Tu biegły także przygotował dwa warianty, zależne od wyników postępowania dowodowego. Miało ono ustalić co było przyczyną skucia tej posadzki; czy zmiana decyzji inwestora, czy wadliwe wykonanie posadzki. Sąd po przesłuchaniu świadków doszedł do przekonania, że powód źle wykonał posadzkę za pierwszym razem i wystąpiła różnica poziomów w sąsiadujących pomieszczeniach. Dla wyrównania poziomów nie było możliwe dolanie betonu, gdyż ten pierwotny był cały popękany (zeznania świadka M. k. 2085 odwrót). Dlatego Sąd uznał, iż za rozbiórkę starej posadzki i ułożenie nowej wynagrodzenie się nie należy i przyjął, iż rzeczywista wartość prac wyniosła 3.680,28 zł.

Podobnie ma się sytuacja ze ściankami działowymi piwnic i wykopem przy budynku. Prace te po przeprowadzeniu postępowania dowodowego należało uznać za prace mające na celu usunięcie wad, za co powodowi dodatkowe wynagrodzenie nie przysługuje.

Z jurydycznego punktu widzenia Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, iż strony, po wykonaniu dwóch umów o roboty budowlane, zawarły ustnie umowę o dzieło, której przedmiotem było wykonanie prac dodatkowych, opisanych powyżej, a rozliczenie nastąpić miało na podstawie kosztorysów. Strony w zasadzie nie prowadziły sporu co do faktu wykonania tych prac, ani podstaw do kosztorysowania lecz co do obmiaru robót, ich jakości oraz zakwalifikowania przez wykonawcę niektórych prac (skucie i ponowne położenie posadzki w recepcji, ścianki działowe piwnic, wykop przy budynku), jako dodatkowe zamiast jako usunięcie wad.

Dlatego Sąd oparł się na opinii biegłego w kwestiach wymagających specjalistycznej wiedzy z zakresu budownictwa i kosztorysowania robót.

Zarzuty pozwanego co do zawyżenia kosztorysów ze względu na nieusunięte wady Sąd potraktował jako żądanie obniżenia wynagrodzenia w rozumieniu art. 637 § 2 k.c.

Ostatecznie w zakresie roszczeń powoda M. P. Sąd Okręgowy na podstawie art. 627 k.c. w zw. z art. 628 § 1 k.c. i art. 637 § 2 k.c. Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 237.957,80 zł wraz z ustawowymi odsetkami (art. 481 k.c.) liczonymi od dnia wymagalności wynikającego z treści faktury wystawionej przez powoda. W zakresie, o jaki powód ograniczył powództwo należało umorzyć postępowanie na podstawie art. 355 § 1 k.p.c., zaś w pozostałej części powództwo oddalono, jako bezzasadne.

## II.

W sprawie wytoczonej przez J. B. (1) (inwestora) przeciwko M. P. (1) (wykonawcy) Sąd pogrupował roszczenia wedle ich jurydycznego charakteru:

- kwoty 36.178,15 zł J. B. (1) domagał się jako zwrotu świadczenia

nienależnego, gdyż jego zdaniem zapłacił wynagrodzenie wyższe niż umówiony w umowie z dnia 5 lutego 2007 r. ryczałt,

- tytułem odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy z dnia 5 lutego 2007 r. domagał się:

1) 6.100 zł - zwrot wydatków na ekspertyzę dotyczącą izolacji,

2) 153.688,55 zł tytułem kosztów naprawy izolacji,

tytułem kar umownych dotyczących umowy z dnia 24 lipca 2007 r.

1) 368.745 zł za zwłokę w wykonaniu umowy,

2) 47.275 zł za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,

tytułem zwrotu kosztów związanych z prowadzeniem prac, które to koszty poniósł inwestor a zgodnie z umową miał ponieść wykonawca (odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy) na podstawie umowy z dnia 24 lipca 2007 r.

1) 810 zł - ubezpieczenie,

2) 18.129,26 zł - energia elektryczna,

3) 2.864,60 zł - opłaty za utrzymanie terenu w stanie wolnym od przeszkód komunikacyjnych, odpadów i śmieci,

tytułem obniżenia wynagrodzenia o sumę będącą kosztem usunięcia wad w kwocie 8.949,56 zł.

Odnosząc się do roszczenia o zwrot świadczenia nienależnego Sąd Okręgowy wyliczył, iż J. B. (1) udowodnił dokonanie wpłat o łącznej wartości 470.000 zł. Ryczałtowe wynagrodzenie z umowy z 5 lutego 2007 r. wraz z pracami dodatkowymi dopuszczonymi przez umowę (20%) wynosiło 457.500 zł, zatem nadpłata wynagrodzenia - świadczenie nienależne wynosi 12.500 zł. W kwestii robót dodatkowych Sąd nie uwzględnił korekty dokonanej przez inspektora nadzoru (k. 26 do 28 akt V GC 28/09), bo z odręcznie dokonanych zapisków niewystarczająco wynika o co chodzi w tej korekcie. Sąd zatem na podstawie art. 410 k.c. w zw. z art. 405 k.c. zasądził kwotę 12.500 zł, oddalając równocześnie roszczenie w pozostałej części.

Jeśli chodzi o roszczenie z tytułu odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy z dnia 5 lutego 2007 r. Sąd uznał to roszczenie za uzasadnione. Sąd nie zgodził się tu z biegłym sądowym, jakoby odszkodowanie miało być wyliczone w oparciu o pierwotną technologię wykonania izolacji. Mieć tu trzeba na uwadze, jak dalece nienależycie wykonana została izolacja pionowa i pozioma budynku. Wykonawca jest profesjonalistą i już na etapie wykopów, po pojawieniu się wody w ilościach takich, iż należało uruchomić pompy do jej wypompowywania, winien był wstrzymać wykonanie robót, wezwać wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego i domagać się przeprojektowania fundamentów

budynku, rodzaju czy technologii wykonania izolacji. Tymczasem wykonawca nie z tym nie zrobił, a ponadto w świetle zaprezentowanych przed Sądem dowodów (zeznania świadków, prywatna ekspertyza powoda i w końcu ekspertyza biegłego sądowego) izolacji pionowej w ogóle nie można uznać za wykonaną. Ten stan rzeczy zmusił inwestora do zastosowania droższej technologii izolacji, w celu naprawienia prac nienależycie wykonanych. Sąd po przesłuchaniu świadka J. W., który jest wybitnym specjalistą w tej dziedzinie (profesor uniwersytecki) doszedł do przekonania, że zastosowana technologia naprawy nie jest równoznaczna z wykonaniem izolacji przeciwwodnej a jedynie naprawą izolacji przeciwwilgociowej. Z kwoty, której domagał się inwestor, a przedstawionej w ekspertyzie prywatnej J. B., Sąd odjął jednak wartość wykopu, który wykonał w ramach prac naprawczych (które przerwał) wykonawca i podwyższył tę kwotę o podatek VAT. O wykonaniu wykopu przez wykonawcę w ramach prac mówił sam inwestor, zarzucając, iż nie można tego wykopu zaliczyć do prac dodatkowych z trzeciej umowy. Także sporządzenie ekspertyzy specjalisty z zakresu izolacji budynków było zdaniem Sądu całkowicie uzasadnione, biorąc pod uwagę skutki jakie wystąpiły w substancji budynku.

Jeśli chodzi o kary umowne dochodzone przez inwestora Sąd uwzględnił jedynie karę umowną za odstąpienie od umowy. W pierwszej kolejności ocenił czy akt odstąpienia od umowy był uzasadniony. W tym celu Sąd także odwołał się do wiadomości biegłego, chcąc ocenić, czy określony wykonawcy termin 21 dni na usunięcie wad był terminem realnym dla wykonawcy. Biegły na stronie 40 opinii (k. 1107 akt V GC 150/08) stwierdził, że usunięcie wad robót objętych umową z 24 lipca 2007 r. było możliwe w terminie 21 dni (w piśmie z dnia 15 maja 2008 r. wymieniono także wady nie dotyczące tej umowy). Dlatego Sąd Okręgowy uznał, że na podstawie § 20 pkt 4 umowy inwestorowi przysługiwało prawo do odstąpienia od umowy, gdyż wykonawca mimo wezwania i określenia mu 21-dniowego terminu nie ukończył wykonania umowy i nie usunął wad w pracach już wykonanych. Inwestor odstępując od umowy stworzył nowy stan prawny stosunku obligacyjnego wiążącego strony, polegający na tym, że z mocy złożonego przez niego oświadczenia woli umowę uważa się za niezawartą (art. 395 § 2 k.c.) - zatem stosunek zobowiązaniowy już ich nie łączy. W efekcie, inwestorowi należy się jedynie kara za odstąpienie od umowy. Sąd Okręgowy nie podzielił poglądu wyrażonego w wyroku Sądu Najwyższego z 5 października 2006 r., 157/06 (OSNC 2007 nr 7-8, poz. 114) jakoby odstąpienie od umowy nie pozbawiało odstępującego roszczenia o karę umowną za opóźnienie. Taka interpretację uznał za sprzeczną z wyraźnym brzmieniem art. 395 § 2 k.c. Tezę tę można by obronić jedynie w przypadku, gdyby strony przewidziały w umowie sytuację, iż po skutecznieniu prawa do odstąpienia od umowy jej część, w tym wypadku postanowienie dotyczące kary za opóźnienie w wykonaniu umowy, pozostaje w mocy. W przedmiotowej sprawie takiego postanowienia strony nie zawarły, zatem umowę w całości uznać należy za niezawartą. W ocenie Sądu Okręgowego inny jest los kary zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy, bo gdy strony taką karę w umowie zastrzegły to zgodnie z zasadą utrzymania w mocy postanowień umowy, które zgodnie z wolą stron mają działać nawet po rozwiązaniu umowy - istniał będzie obowiązek zapłaty kary umownej. Takie zastrzeżenie umowne dokonane zostaje na wypadek zniweczenia węzła obligacyjnego z określonych przyczyn i ma ze swej istoty zastosowanie dopiero w razie zaistnienia tego zdarzenia prawnego (por. wyrok SA w Katowicach z dnia 3 lipca 2008 r., V ACa 199/08, Biul. SAKa 2008, nr 4, s. 27; wyrok SN z dnia 26 listopada 2004 r., V CK 411/04, Izba Cywilna 2005, nr 10, s. 48; wyrok SN z dnia 15 września 2005 r., II CK 72/05, M. Praw. 2006, nr 22, s. (...); wyrok SN z dnia 7 lutego 2007 r., III CSK 288/06, OSP 2009, z. 4, poz. 39; wyrok SN z dnia 6 maja 2004 r. II CK 261/03, niepubl.). Także w piśmiennictwie przyjęto możliwość zastrzeżenia kary umownej, której wierzyciel będzie mógł żądać w razie odstąpienia od umowy - wówczas, gdy umowa będzie stanowiła, że wierzyciel uprawniony jest odstąpić od umowy oraz żądać ustalonej kary umownej za niewykonanie zobowiązania. Natomiast gdy w umowie strony ustaliły karę umowną za niedotrzymanie końcowego terminu wykonania pracy, nie zastrzegając możliwości jej kumulacji z odstąpieniem, to nie jest możliwe żądanie tej kary w razie odstąpienia od umowy (J. Jastrzębski, Kara umowna, Oficyna 2006).

W efekcie powyższego zdaniem Sądu Okręgowego roszczenie o zapłatę kary za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania należało oddalić.

Także czwartą grupę roszczeń inwestora Sąd uznał za uzasadnioną i na podstawie art. 471 k.c. zasądził je od wykonawcy. Zgodnie bowiem z § 7 i 8 umowy z dnia 24 lipca 2007 r. obowiązek ubezpieczenia, utrzymania czystości oraz koszty zużytej energii elektrycznej, którą należy zaliczyć do materiałów własnych, jakich użyć miał wykonawca,

należały do wykonawcy. Nie uiszczenie tych kosztów uznać należy za nienależyte wykonanie umowy. Ponieważ inwestor udowodnił, że te opłaty poniósł, a wykonawca nie przedstawił dowodów przeciwnych, że sam te koszty ponosił, należało zasądzić ich zwrot na rzecz inwestora.

J. B. (1) w tej sprawie dochodził także kwoty 134.078,12 zł tytułem zawyżenia kosztorysów, stanowiących podstawę powództwa wykonawcy w pierwszej sprawie, ale ponieważ spór ten Sąd rozstrzygnął w punkcie I wyroku, to w tym miejscu należy odwołać się do pierwszej części uzasadnienia, zaś w tej sprawie powództwo oddalić. Z kwoty tej, podanej łącznie z kosztem usunięcia wad prac z umowy z dnia 24 lipca 2007 r. Sąd uznał za zasadne roszczenie J. B. (1) o zapłatę kwoty 8.949,56 zł, jako odszkodowanie za szkodę wynikłą z nienależytego wykonania umowy. Fakt nienależytego wykonania umowy w zakresie parapetów, tynków zewnętrznych i wewnętrznych potwierdziło postępowanie dowodowe, w tym także opinia biegłego. Wyjaśnić tu należy, że takiej kwoty domagał się J. B. (1) opierając się na prywatnej ekspertyzie J. B. (k. 173 akt V GC 28/09), a więc roszczenie to Sąd uwzględnił w całości, uznając kosztorys J. B. za rzetelny, tak jak w przypadku kosztów usuwania wad prac w pierwszej sprawie.

W obu sprawach Sąd Okręgowy orzekł o kosztach procesu na podstawie art. 100 k.p.c., uznając, iż powództwa stron uwzględniono w zbliżonej wysokości.

**Od przedstawionego wyżej wyroku** M. P. (1) wywiódł apelacje w formie jednego pisma procesowego w obu sprawach zaskarżając:

- punkt I ppkt 3 wyroku, w którym oddalono pozostałą część powództwa przez niego wywiedzionego;
- punkt II ppkt 1 wyroku, w którym uwzględniono część powództwa wytoczonego przeciwko niemu przez J. B. w kwocie 245.969,38 zł;
- pkt III wyroku rozstrzygającego o kosztach procesu w obu sprawach.

**zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:**

**1.** naruszenie art. 217 § 1, art. 227, 232, 233 § 1 i 328 § 2 k.p.c. polegające na nie uwzględnieniu przedłożonych przez powoda dowodów w piśmie procesowym z dnia 29.06.2010 r. (k. 1612-1636), pominięciu wyjaśnienia i ustalenia istotnej dla sprawy okoliczności wynikających z tego dowodu, oraz zeznań świadka T. M. (1), a mianowicie, że powód M. P. dowiódł z B. odpowiednią ilość pospółki i należy mu się za to odpowiednie wynagrodzenia, nierozważeniu w sposób bezstronny i wszechstronny tych dowodów oraz nie wskazania przyczyn, dla których odmówił tym dowodom wiarygodności i mocy dowodowej.

**2.** naruszenie art. 217 § 1, art. 227, 232, 233 § 1 i 328 § 2 k.p.c. polegające na nie uwzględnieniu dowodów z opinii uzupełniającej biegłego z sierpnia 2010 r. (k.1685 i 1686), oświadczenie inż. G. Ł. (1) z dnia 25.01.2010 r. (załącznik do pisma procesowego powoda z dnia 27.01.2010 r. (k. 1288-1304), zeznań świadka R. P. (2) (protokół z dnia 04.04.2011 roku str. 12, k.2084) oraz pominięciu wyjaśnienia i ustalenia istotnej dla sprawy okoliczności wynikających z tych dowodów, a mianowicie, że powód M. P. (1) usunął z piwnicy więcej ziemi niż 5,68 m3 uznane przez pozwanego J. B., nierozważeniu w sposób bezstronny i wszechstronny tych dowodów oraz nie wskazania przyczyn, dla których odmówił tym dowodom wiarygodności i mocy dowodowej.

**3.** naruszenie art. 217 § 1, 227, 232, 233 § 1 i 328 § 2 k.p.c. polegające na nie uwzględnieniu dowodów z załączonych do pisma procesowego z dnia 4.03.2010 r. (k. 1341-1344) rysunków zamiennych posadzki w recepcji, zeznań świadków - T. M. (1) (protokół z dnia 4.04.2011 r., str. 14, k. 2085), G. Ł. (1) (protokół z dnia 4.04.2011, str. 27, k.2092), R. J. (protokół rozprawy z dnia 19.07.2011 r., str. 14), A. P. (protokół rozprawy z dnia 7.04.2011 r., str. 5, k. 2108), pominięciu wyjaśnienia i ustalenia istotnej dla sprawy okoliczności wynikających z tych dowodów, a mianowicie, że powód M. P. (1) wykonał dodatkowo posadzkę w recepcji pod zmieniony jej sposób wykończenia, a nie z powodu wad poprzedniej posadzki, nierozważeniu w sposób bezstronny i wszechstronny tych dowodów oraz nie wskazania przyczyn, dla których odmówił tym dowodom I wiarygodności i mocy dowodowej, błędnym ustaleniu, że świadek

M. potwierdził wadliwe wykonanie posadzki podczas gdy świadek ten w rzeczywistości potwierdził, że posadzka była wykonana poprawnie pod legary i deski drewniane, a wymagała ponownego wykonania dla płytek ceramicznych

**4.** naruszenie art. 230 k.p.c. przez uznanie, że powód milcząco przyznał fakt zapłaty wynagrodzenia z umowy z dnia 5.02.2007 r.

**5.** naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. poprzez zbyt ogólne uzasadnienie rozstrzygnięcia skutkującego niemożliwością odniesienia się do dowodów na których Sąd oparł orzeczenie w zakresie odszkodowania za szkodę wynikłą z nienależytego wykonania umowy z dnia 24 lipca 2007 r.,

**6.** naruszenie art. 233 § 1 poprzez oparcie rozstrzygnięcia w zakresie odszkodowania za szkodę wynikłą z nienależytego wykonania umowy z dnia 24 lipca 2007 r. na prywatnych ekspertyzach autorstwa J. B. złożonych przez pozwanego J. B. (1) pomimo uzasadnionych wątpliwości co do ich rzetelności i kwestionowania ich przez powoda M. P. (1).

**7.** błędne ustalenie stanu faktycznego sprawy przez ustalenie, że pozwanemu J. B. należy się zwrot za przedłożoną przez niego polisę ubezpieczenia (k. 205 i nast. akt V GC 28/09), mimo, iż powód M. P. wskazywał, że na podstawie § 8 umowy z dnia 5 lutego 2007 roku oraz tożsamego z nim § 8 umowy z dnia 27 lipca 2007 roku powód M. P., jako wykonawca zobowiązał się do ubezpieczenia budowy i robót z tytułu szkód, które mogą zaistnieć wyłącznie w okresie od rozpoczęcia robót do przekazania przedmiotu umowy zamawiającemu, a przedłożona polisa obejmowała okres późniejszy,

**8.** naruszenie art. 233 § 1 poprzez oparcie rozstrzygnięcia w zakresie kosztów związanych z energią elektryczną na wyliczeniu pozwanego J. B. mimo, jego kwestionowania przez powoda M. P. i naruszenia przez pozwanego J. B. ustalonego przez strony umownego sposobu rozliczenia kosztów energii elektrycznej,

**9.** błędną interpretację przepisów umów łączących stron w zakresie ponoszenia kosztów związanych z prowadzeniem budowy skutkującą zasądzeniem od powoda M. P. obowiązku zwrotu pozwanemu J. B. poniesionych przez niego kosztów wynajmu kabin sanitarnych oraz wywozu nieczystości i śmieci, podczas gdy z umów tych obowiązek taki nie wynikał,

**10.** naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez oparcie rozstrzygnięcia w zakresie kosztów naprawy izolacji budynku na prywatnej ekspertyzie autorstwa J. B. złożonej przez pozwanego J. B. (1) pomimo uzasadnionych wątpliwości co do jej rzetelności i kwestionowania jej przez powoda M. P. (1),

**11.** błędne ustalenie stanu faktycznego, naruszenie przepisów postępowania i błędną wykładnię art. 471 k.c., polegające na ustaleniu, że pozwanemu J. B. w ramach naprawy kosztów izolacji należy się również koszt wykonania nowego drenażu (w innej technologii) oraz koszt rekultywacji terenu, mimo nie udowodnienia tych faktów przez pozwanego J. B.,

**12.** nierozpoznanie istoty sprawy w zakresie odpowiedzialności za wystąpienie wilgoci w wzniesionym budynku, ograniczenie się do ogólnych stwierdzeń bez przytoczenia podstaw faktycznych i prawnych,

**13.** nie zastosowanie przepisów art. 647 k.c., 651 k.c. i art. 18 ustęp 1 art. 5 ust 1 i art. 20 Prawa budowlanego, § 6 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 24 września 1998 r. w sprawie ustalania geotechnicznych warunków posadawiania obiektów budowlanych (Dz. U. z 1998 r. Nr 126 poz. 839) co miało istotne znaczenie dla ustalenia odpowiedzialności stron za wilgoć w budynku i rozstrzygnięcia sprawy w zakresie poniesienia kosztów naprawy izolacji,

**14.** naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez nieuzasadnioną polemikę w sferze wymagającej wiadomości specjalnych (izolacje budynków) z wnioskami biegłego w sprawie bez zasięgnięcia opinii innego biegłego,

**15.** błędne zastosowanie § 20 pkt 4 umowy z dnia 24 lipca 2007 r. i nie zastosowanie przepisu art. 637 § 2 k.c. skutkujące uznaniem, że pozwany J. B. mógł odstąpić od umowy i żądać zapłaty z tego tytułu kary umownej.

Wskazując na powyższe, powód w jednej i pozwany w drugiej sprawie M. P. (4) wniósł o zmianę wyroku poprzez uwzględnienie jego powództwa także w jego oddalonej części. W zakresie natomiast sprawy, w której jest pozwanym wniósł o zmianę wyroku poprzez oddalenie powództwa J. B. (1). Wniósł też o dokonanie stosowne zmian rozstrzygnięć o kosztach procesu w obu sprawach. Jako wniosek ewentualny w sprawie, w której jest pozwanym wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Olsztynie do ponownego jej rozpatrzenia z pozostawieniem temu sądowi orzeczenie o kosztach instancji odwoławczej.

**J. B. (1) wywiódł** również apelacje w obu sprawach w formie 2 oddzielnych pism procesowych.

W sprawie w której jest powodem (k. 2727) zaskarżył wyrok w części oddalającej jego powództwo co do kwoty 309.367,87 zł (pkt II. 2) wraz z rozstrzygnięciem o kosztach procesu (pkt III) zarzucając:

**1. naruszenie przepisów postępowania w stopniu mającym istotny wpływ na wynik sprawy:**

- art. 148 § 1 k.p.c., art. 210 § 2 k.p.c., a także art. 224 § 2 k.p.c., art. 235 § 1 k.p.c. i art. 316 § 2 k.p.c., spowodowane dopuszczeniem dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy po zamknięciu rozprawy, a w dniu odroczonego ogłoszenia wyroku, co jako niedopuszczalne bez otwarcia rozprawy na nowo (art. 316 § 2 k.p.c.), pozbawiło pozwanego możliwości wyrażenia swojego stanowiska do wspomnianych dowodów i postanowienia dowodowego, a jako nie mieszczące się w granicach art. 224 § 2 k.p.c. doprowadziło do nieważności postępowania (art. 379 pkt. 5 k.p.c.),

- art. 233 § 1 k.p.c., poprzez dowolne przyjęcie, że z zapisów S. H. inspektora nadzoru powoda niewystarczająco wynika, o co chodzi w korekcie przez niego dokonanej w zakresie prac pozwanego, zatem powód J. B. (1) udowodnił jedynie wysokość nadpłaty w kwocie 12.500 zł jako świadczenia nienależnego ponad kwotę ryczałtowego wynagrodzenia z umowy z dnia 5 lutego 2007 r. wraz z pracami dodatkowymi dopuszczonymi przez umowę (20 %), oraz poprzez dowolne przyjęcie wysokości tego wynagrodzenia w kwocie 457.500 zł, gdy prawidłowa, swobodna ocena zestawienia z dnia 4.07.2007 r. wartości robót dodatkowych w/g załączonych kosztorysów powykonawczych (k. 40 akt sprawy V GC 28/09) w powiązaniu z kosztorysami powykonawczymi pozwanego i korektami tych kosztorysów (k. 48, 49 sprawy V Gc 28/09), dokonany przez S. H. inspektora nadzoru powoda, jednoznacznie wskazuje, iż wartość robót dodatkowych pozwanego wykonanych zgodnie z § 11 ust. 3 umowy z dnia 5 lutego 2007 r. wyniosła 55.899,06 zł netto (68.196,85 zł brutto) jako 18% ceny ryczałtowej, a koszt robót podstawowych i dodatkowych objętych wskazaną umową wyniósł 449.446,85 zł brutto (381.250zł + 68.196,85 zł), co stanowi o tym, iż powód udowodnił, iż nadpłata wynagrodzenia wynosi 20.553,15 zł (470.000 zł - 449.446,85 zł = 20.553,15 zł),

- nierozpoznanie istoty sprawy, poprzez sporządzenie uzasadnienia wyroku z rażącym naruszeniem art. 328 § 1 k.p.c., oraz naruszenie art. 378 § 2 k.p.c., poprzez niezbadanie podstawy materialnej pozwu w zakresie roszczenia o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 125.128,56 zł tytułem zawyżenia przez pozwanego ilości wykonanych prac (powierzchni izolacji cieplnych tynków zewnętrznych i wewnętrznych, powierzchni posadzek oraz innych robót) na łączną kwotę 125.128,56 zł brutto w zakresie wykonania umowy z dnia 24 lipca 2007 r., a dowolne przyjęcie, że powód J. B. (1) dochodził tej kwoty tytułem zawyżenia kosztorysów stanowiących podstawę powództwa wykonawcy w pierwszej sprawie (sygn. akt: V GC 150/08), gdy fakt taki nie miał miejsca,

**2. naruszenie przepisu prawa materialnego:**

art. 395 § 2 k.c., poprzez jego błędne zastosowanie, będące konsekwencją przyjęcia, że powód odstąpił od całości umowy o roboty budowlane z dnia 24 lipca 2007 r., a podstawą tegoż odstąpienia była umowa stron, co pozbawiło powoda prawa żądania kary umownej za niewykonanie prac w terminie, a kara umowna należna jest powodowi jedynie z tytułu odstąpienia od umowy, albowiem umowę uważa się za niezawartą podczas gdy, powód nie odstąpił od całości umowy o roboty budowlane, a jedynie od jej części w zakresie usunięcia wad robót już wykonanych, z uwagi na podzielność charakteru umowy o roboty budowlane, nadto, podstawą jego odstąpienia od umowy było ustawowe prawo odstąpienia, zaś jego skutkiem winno być zastosowanie przepisu art. 491 § 2 k.c., w konsekwencji powodowi

przysługuje prawo żądania kary umownej zarówno z tytułu niewykonania prac w terminie, jak i z tytułu odstąpienia od umowy w niewykonanym zakresie.

Wskazując na powyższe wnosił o:

**1.** uchylenie wyroku w zaskarżonej części, zniesienie postępowania w zakresie dotkniętym nieważnością (art. 386 § 2 k.p.c.) i o przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia, co do kosztów postępowania apelacyjnego,

ewentualnie wnoszę o:

**2.** zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez:

1) zasądzenie od pozwanego M. P. (1) na rzecz powoda J. B. (1) kwoty 309.270,87 zł wraz z ustawowymi odsetkami:

- od kwoty 176.086,16 zł od dnia 10 lipca 2008 roku do dnia zapłaty,

- od kwoty 133.181,71 zł od dnia 12 marca 2009 roku do dnia zapłaty

2) zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu w tym kosztów postępowania apelacyjnego.

W apelacji tej powód zawarł też wnioski dowodowe o dopuszczenie dowodu:

**a)** z opinii innego biegłego sądowego z zakresu budownictwa na okoliczność ustalenia rzeczywistej wartości robót budowlanych objętych umową z dnia 24 lipca 2007 r., albowiem powód został pozbawiony przez Sąd I instancji możliwości dowodzenia wskazanej okoliczności - wniosek ten został oddalony przez Sąd I instancji na rozprawie w dniu 19 maja 2011 r. (k. 2335 akt sprawy),

**b)** z wszystkich dokumentów załączonych przez powoda w niniejszej sprawie, na okoliczności przez niego wskazane w pozwie i dalszych pismach procesowych oraz na rozprawie przed Sądem I instancji, albowiem dowód z tych dokumentów nie został dopuszczony na rozprawie, a po jej zamknięciu, która to wadliwość procesowa świadczy o tym, że powołanie tych dowodów w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji nie było możliwe (art. 368 §1 pkt.4 k.p.c.).

**W sprawie w której jest pozwany** zaskarżył wyrok w części zasądzającej od niego jako pozwanego na rzecz powoda M. P. (1) kwotę 237 957,80 złotych (pkt I.1 wyroku) oraz w części umarzającej postępowanie co do kwoty 40.197,74 zł (pkt I.2 wyroku) oraz rozstrzygnięcie o kosztach.

Wyrokowi w zaskarżonej części zarzucił:

**1.** naruszenie przepisów postępowania w stopniu mającym istotny wpływ na wynik sprawy.

- art. 148 § 1 k.p.c., art. 210 § 2 k.p.c., a także art. 224 § 2 k.p.c., art. 235 § 1 k.p.c. i art. 316 § 2 k.p.c., spowodowane dopuszczeniem dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy po zamknięciu rozprawy, a w dniu odroczonego ogłoszenia wyroku, co jako niedopuszczalne bez otwarcia rozprawy na nowo (art. 316 § 2 k.p.c.), pozbawiło pozwanego możliwości wyrażenie swojego stanowiska do wspomnianych dowodów i postanowienia dowodowego,; jako nie mieszczące się w granicach art. 224 § 2 k.p.c. doprowadziło do nieważności postępowania (art. 379 pkt. 5 k.p.c.),

- art. 233 § 1 k.p.c., poprzez dowolne przyjęcie, że pozwany nie udowodnił w jakie dacie oświadczenie o potrąceniu złożone przez jego pełnomocnika przed procesem dotarło do wiadomości powoda,



- art. 479<sup>14</sup> § 4 k.p.c., poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające uznaniu za niedopuszczalny zarzut potrącenia, albowiem nie został oparty dokumencie w rozumieniu tego przepisu, gdy przepis ten nie ma zastosowań sprawie,

- art. 233 § 1 k.p.c., poprzez dowolne przyjęcie,

**a)** że wadliwość wykonanych przez powoda prac dotyczących tarasu stan ich wartości w kwocie 652,62 zł netto, gdy swobodna ocena materiału dowodowego dokonana na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału wskazuje, iż należy uwzględnić koszty naprawy według technologii koniecznej do zastosowania i zastosowanej przez pozwanego, co stanowi o tym, iż wartość wykonanych przez powoda prac dotyczących tarasu wynosi - 27.746,34 zł netto, co brutto z 22% VAT stanowi kwotę - 30190,53 zł,

**b)** że obniżenie o 20 % wartości prac dotyczących murków licowych z powodu nieusuwalnej wady polegającej na braku pionowości (str.12 uzasadnienia wyroku) daje rzeczywistą wartość tych prac w wysokości 16.991,79 zł netto, gdy swobodna ocena materiału dowodowego dokonana na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, w tym obowiązku wyprowadzenia z zebranego materiału procesowego wniosków zgodnych z regułami logiki wskazuje, iż rzeczywista wartość prac powoda po obniżeniu ich wartości o 20 % stanowi kwotę 14.891,19 zł netto (17.516,94 zł - 2625,75 zł = 14.891,19 zł), czyli 18.167,25 zł brutto,

**c)** że wartość prac powoda, związanych z wykonaniem muru oporowego po uwzględnieniu kosztów usunięcia usterek, wynosi kwotę 53.260,77 zł netto, gdy swobodna ocena materiału dowodowego wskazuje na konieczność uwzględnienia kosztów wybudowania dwóch murów oporowych w ramach usunięcia wady, co prowadzi do wniosku, iż rzeczywista wartość robót wykonanych przez wykonawcę dotycząca muru oporowego, uwzględniając koszt usunięcia usterek, wynosi 43.963,10 zł (71.856,10 zł - 27.893 zł = 43.963,10 zł),

- 227 k.p.c., poprzez nieuzasadnione pominięcie wniosku dowodowego pozwanego zawartego w pkt. 5 pisma z dnia 1 lutego 2011 r. o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego sądowego z zakresu budownictwa na okoliczność ustalenia rzeczywistej wartości prac dodatkowych wykonanych przez powoda M. P. (1) w ramach ustnej umowy z pozwanym a obejmujących m.in. murki licowe kosztorys nr 2, taras kosztorys nr 7, mur oporowy kosztorys nr 12, uwzględniając rzeczywisty koszt usunięcia wad tych prac, gdy potwierdzenie faktów dotyczących wskazanych okoliczności miało dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie,

- art. 203 § 1 k.p.c. i art. 355 k.p.c., poprzez dowolne przyjęcie, iż ograniczając powództwo o kwotę 40.197,74 zł powód cofnął pozew w tym zakresie, gdy pozwany nie wyraził zgody na cofnięcie powództwa zatem, co do kwoty 40.197,74 zł w pkt. I. ppkt. 2 wyroku w sprawie niniejszej sygn. akt VGC 150/08 Sąd powinien oddalić roszczenie a nie umorzyć postępowanie,

**2.** naruszenie przepisu prawa materialnego art. 498 § 2 k.c., poprzez nieuwzględnienie potrącenia z wierzytelności objętej następnie pozewem w kwocie 320.101,17 zł kwoty 422.120 zł stanowiącej wierzytelność pozwanego do powoda, dokonanego przez pełnomocnika pozwanego poza procesem (dysponującego pełnomocnictwem materialnym do dokonania tej czynności) a podniesionego jako zarzut w odpowiedzi na pozew.

Wskazując na powyższe pozwany wnosił o

1. uchylenie wyroku w zaskarżonej części, zniesienie postępowania w zakresie dotkniętym nieważnością (art. 386 § 2 k.p.c.) i o przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia, co do kosztów postępowania apelacyjnego,

ewentualnie, o:

2. zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez oddalenie powództwa i zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu.

Również i w tej apelacji zawarł też wnioski dowodowe o dopuszczenie dowodu:

**a)** z opinii innego biegłego sądowego z zakresu budownictwa na okoliczność ustalenia rzeczywistej wartości prac dodatkowych wykonanych przez powoda M. P. (1) w ramach ustnej umowy z pozwanym a obejmujących m.in. murki licowe kosztorys nr 2, taras kosztorys nr 7, mur oporowy kosztorys nr 12, uwzględniając rzeczywisty koszt usunięcia wad tych prac, albowiem pozwany został pozbawiony przez Sąd I instancji możliwości dowodzenia wskazanych okoliczności - wniosek ten został oddalony przez Sąd I instancji na rozprawie w dniu 19 maja 2011 r. k. 2335 akt sprawy,

**b)** z wszystkich dokumentów załączonych przez pozwanego w niniejszej sprawie, na okoliczności przez niego wskazane w odpowiedzi na pozew i dalszych pismach procesowych oraz na rozprawie przed sądem I instancji, albowiem dowód z tych dokumentów nie został dopuszczony na rozprawie, a po jej zamknięciu, która to wadliwość procesowa świadczy o tym, że powołanie tych dowodów w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji nie było możliwe (art. 368 § 1 pkt.4 k.p.c.)

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

Mając na uwadze strukturę niniejszej sprawy stanowiącej w istocie 2 połączone sprawy, z których każda została zaskarżona i to przez obie strony, należało dokonać pewnego zgrupowania podniesionych zarzutów, tak aby wywód uzasadniania był możliwie logiczny i zrozumiały. Niektóre podniesione zarzuty o charakterze procesowym dotyczą całej połączonej sprawy i od tych zarzutów wypada rozpocząć rozważania jako że mają one znaczenie dla obu połączonych spraw. Dotyczy to w szczególności prawidłowości prowadzenia przez Sąd Okręgowy postępowania dowodowego.

Najistotniejszy w tym zakresie był zarzut podniesiony w apelacjach J. B. (1) dotyczący dopuszczenia przez Sąd Okręgowy dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy już po zamknięciu rozprawy na terminie publikacji orzeczenia, co zdaniem skarżącego winno skutkować nieważnością postępowania z tytułu pozbawienia go prawa do obrony (k. 379 pkt 5 k.p.c.). Niewątpliwym jest, iż sposób przeprowadzenia dowodu z dokumentów przez Sąd Okręgowy nie był właściwy. Z akt sprawy wynika, iż w dniu 21 lutego 2012 r. Sąd Okręgowy zamknął rozprawę nie wydając żadnego postanowienia dowodowego (k. 2655) i odroczył publikację orzeczenia do dnia 28 lutego 2012 r. Na terminie publikacji, a zatem już po zamknięciu rozprawy (k. 2659) Sąd jednak dopuścił dowód z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy. Jak wiadomo w świetle art. 148 §1 k.p.c., 210 §1 k.p.c., 224 § 1 k.p.c. i 235 § 1 k.p.c. postępowanie dowodowe odbywa się przed sądem orzekającym na rozprawie. Tylko wyjątkowo przepisy dopuszczają: przeprowadzenie dowodu przez sąd wezwany lub sędziego wyznaczonego (art. 235 §1 k.p.c. in fine), przeprowadzenie dowodu poza rozprawą (art. 224 § 2 k.p.c.), dopuszczenie dowodu na posiedzeniu niejawnym (art. 279 k.p.c. dowód z opinii biegłego). Przeprowadzenie zatem dowodu przez Sąd Okręgowy po zamknięciu rozprawy na terminie publikacji orzeczenia, które jest wprawdzie posiedzeniem jawnym (art. 148 §1 k.p.c.) ale nie jest rozprawą, nastąpiło z naruszeniem wyżej wskazanych przepisów, co słusznie podniesiono w apelacjach. Nie można się jednak zgodzić z apelacjami, iż skutkiem tego uchybienia jest nieważność postępowania. Z zapisów protokołu oraz układu akt sprawy wynika, iż w istocie przedmiotowe postanowienie dowodowe (k. 2659) miało raczej charakter formalny, bowiem dotyczyło dokumentów znajdujących się już dawno w aktach sprawy, znanych stronom i roztrząsanych już na przeprowadzonych w połączonych sprawach rozprawie. Żaden z dokumentów nie był dokumentem złożonym Sądowi między zamknięciem rozprawy a ogłoszeniem orzeczenia (k. 2656 - 2658). W toku postępowania strony w składanych pismach (wyjątkowo licznych) powoływały się na różne dokumenty lub kwestionowały te dokumenty. W istocie zatem stan rzeczy w rozumieniu art. 316 §1 k.p.c. był taki sam zarówno w chwili zamknięcia rozprawy jak i ogłoszenia orzeczenia. W tej sytuacji choć wydanie przedmiotowego postanowienia nastąpiło z naruszeniem przepisów postępowania, to w okolicznościach niniejszej sprawy, żadnej ze stron nie pozbawiło obrony w rozumieniu art. 379 pkt 5 k.p.c. O pozbawieniu obrony można by mówić wówczas, gdyby Sąd Okręgowy objął przedmiotowym postanowieniem dowody nie znajdujące się jeszcze w aktach sprawy i nieznanne stronom np. złożone po zamknięciu rozprawy i na nich oparł swoje rozstrzygnięcie (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 1947 r. III C 81/47 OSN(C) 1948/1/17). Podobny wniosek nasuwa analiza wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2012 r. (V CSK 381/11 Biul.SN 2012/11/13), w którym zwraca się uwagę na realne przeprowadzenie

dowodu po zamknięciu rozprawy z dokumentu nieznanego stronie wcześniej, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Wypada zauważyć, iż w jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy wyraził daleko idący pogląd, iż pozbawienie strony możliwości obrony jej praw polega na tym, że z powodu wadliwości czynności procesowych sądu lub strony przeciwnej nie mogła ona brać i nie brała udziału w istotnej części postępowania, przy czym chodzi tu o całkowite pozbawienie możliwości obrony (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2002 r. II CKN 399/01, LEX nr 196607). Nawet gdyby ten pogląd uznać za zbyt daleko idący, to niewątpliwie trzeba podzielić - jak się zdaje nie budzący kontrowersji w orzecznictwie pogląd - w myśl którego oceny nieważności postępowania w sprawie z powodu niemożności obrony - należy dokonać przez pryzmat konkretnych okoliczności sprawy, a przy tym w grę wchodzi tylko wypadki, gdy strona rzeczywiście była pozbawiona możliwości obrony swych praw i na skutek tego nie brała udziału w postępowaniu sądowym (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2002 r. V CKN 1057/00 LEX nr 55517). Ocena zaś okoliczności niniejszej sprawy dokonana przez pryzmat powyższych kryteriów nie prowadzi od uznania zarzutu nieważności postępowania za zasadny. Niezależnie od tego Sąd Apelacyjny, który uzupełniał postępowanie dowodowe w sprawie, na rozprawie w dniu 15 maja 2013 r. ( (...), 2968v) ponowił dowód z wszystkich dokumentów znajdujących się w aktach sprawy. Nie jest przedmiotem kontrowersji to, iż sąd drugiej instancji w zakresie jakim to procesowo możliwe powinien usuwać wszelkie stwierdzone uchybienia sądu pierwszej instancji i brał na siebie ciężar merytorycznego rozpoznania sprawy. Ku temu zmierza też sam ustawodawca zwiększając zakresu kontroli orzeczeń kasacyjnych sądów drugiej instancji - poprzez wprowadzenie instytucji zażalenia od wyroku uchylającego sprawę do ponownego rozpoznania (art. 394<sup>1</sup> §1<sup>1</sup> k.p.c.). Powyższy wywód doprowadził Sąd Apelacyjny do wniosku, iż w okolicznościach niniejszej sprawy nie zachodziła przesłanka pozbawienia możliwości obrony stron skutkująca nieważnością postępowania i uzasadniająca uchylenie orzeczenia Sądu pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Z innych podniesionych zarzutów mających znaczenie dla każdej ze spraw zasadnym są zarzuty obrazy art. 328 § 2 k.p.c. sformułowane w apelacjach obu stron, które to zarzuty zasadne są tylko w pewnym zakresie. Skarżący M. P. w niektórych ze sformułowanych zarzutów (k. 2697) poprzez naruszenie art. 328 §2 k.p.c. rozumiał odmowę uwzględnienia określonych dowodów, a zatem zarzut tak sformułowany zmierzał w kierunku podnoszonego równoległego zarzutu obrazy art. 233 § 1 k.p.c. Istota art. 328 §2 k.p.c. polega na obowiązku Sądu orzekającego takiego skonstruowania uzasadnienia, aby zawierało ono wszystkie elementy konieczne wymienione w tym przepisie, a zatem fakty, które Sąd uznał za uwodnione, dowody w oparciu fakty te ustalił, przyczyny odmowy uznania za wiarygodne innych dowodów oraz wskazanie i wyjaśnienie podstawy prawnej wydanego wyroku. Tak rozumiany zarzut został sformułowany w punkcie 5 apelacji M. P. (k. 2697), gdzie zarzuca on zbyt ogólnikowe uzasadnienie rozstrzygnięcia skutkujące niemożliwością odniesienia się do dowodów, na których Sąd się oparł orzeczenie w zakresie odszkodowania szkodę wynikłą z nienależytego wykonania umowy z dnia 24 lipca 2007 r. oraz w apelacji J.M. B. (k. 2728) gdzie zarzuca on rażąco obrazę art. 328 §1 k.p.c. Mają rację skarżący, iż nie do wszystkich dowodów mających znaczenie w sprawie Sąd Okręgowy odniósł się szczegółowo, dotyczy to też dowodów na których nie opierał przy wydawaniu swoich rozstrzygnięć. W zakresie wad uzasadnienia trzeba jednak pamiętać, iż wady sporządzonego uzasadnienia z reguły nie mają wpływu na treść wyroku, gdyż uzasadnienie sporządzane jest po jego wydaniu (por. wyroki z dnia 1 lipca 1998 r., I PKN 220/98, OSNAPiUS 1999 nr 15, poz. 482; z dnia 9 lipca 1998 r., I PKN 234/98, OSNAPiUS 1999 nr 15, poz. 487; z dnia 7 kwietnia 1999 r., I PKN 653/98, OSNAPiUS 2000 nr 11, poz. 427 oraz z dnia 5 września 2001 r., I PKN 615/00, OSNP 2003 nr 15, poz. 352). Aby zatem zarzut obrazy art. 328 §2 k.p.c. uznać za skuteczny, koniecznym jest - wykazanie, iż wady uzasadnienia są tak istotne, że uniemożliwiają całkowicie dokonanie oceny prawidłowości zapadłego wyroku. W modelu postępowania odwoławczego jakim jest model apelacyjny - sąd odwoławczy niejako rozpoznaje sprawę na nowo w choć głównie w granicach podniesionych zarzutów, co oznacza, iż zmuszony jest przede wszystkim jak to już wcześniej wspomniano do naprawienia wszystkich wad postępowania pierwszoinstancyjnego, dotyczy to też wad uzasadnienia Sądu pierwszej instancji. Taki pogląd wydaje się uprawniony w świetle przypadków, w których ustawodawca dopuścił możliwość uchylenia zaskarżonego wyroku do ponownego rozpoznania (art. 386 §2 k.p.c. obligatoryjnie w przypadku nieważności postępowania i fakultatywnie - 386 § 4 k.p.c. w przypadku nierozpoznania istoty sprawy lub konieczności przeprowadzenia dowodowego w całości). Sąd Apelacyjny podziela w części podniesione zarzuty, iż sporządzone uzasadnienie co najmniej w niektórych częściach nie jest adekwatne do skomplikowanego charakteru sprawy i materiału dowodowego. Z faktograficznego obowiązku wypada

jednak zważyć, iż sędzia sprawozdawca występowała o przedłużenie terminu na jego sporządzenie (k. 2676) do dnia 10 maja 2012 r. a zgodę taką uzyskała jedynie do dnia 16 kwietnia 2012 r. (k. 2677), co niewiele przedłużyło termin do sporządzenia uzasadnienia, zważywszy, że w okresie od 29 lutego 22 marca 2012 r. sędzia sprawozdawca przebywała na urlopie wypoczynkowym (notatka sekretarza sądowego k. 2664).

W niniejszej sprawie, w której materiał dowodowy w tym znaczna ilość obszernych pism procesowych - obejmują łącznie 20 tomów, siłą rzeczy dla czytelności uzasadnienia koniecznym było unikanie drobiazgowości, co nie zwalniało Sądu Okręgowego od zachowania podstawowych wymogów art. 328 §2 k.p.c. W zakresie wad uzasadnienia Sądu pierwszej instancji regułą też jednak - jak wyżej wspomniano - możliwość usunięcia tych uchybień przez Sąd drugiej instancji, który jak wiadomo orzeka na podstawie materiału dowodowego zebranego w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym (art. 382 k.p.c.).

Sąd Apelacyjny uznał za zasadne uzupełnienie postępowania dowodowego w szczególności poprzez dopuszczenie dowodu z opinii uzupełniającej biegłego sądowego z zakresu budownictwa K. P. (1) (k. 2835), co wynikało przede wszystkim z tego, że Sąd Okręgowy dowód z opinii tego biegłego (k. 1065-1108, 1335-1361) przeprowadził przed zebraniem istotnej części materiału dowodowego, zwłaszcza ze źródeł osobowych, a nadto zdaniem Sądu Apelacyjnego dla rozstrzygnięcia o żądaniach stron koniecznym było wyraźne wypowiedzenie się w ramach tezy dowodowej przez biegłego w kwestiach mających tu znaczenia, o czym niżej przy rozważaniach dotyczących już każdej ze spraw z osobna. Jednocześnie Sąd Apelacyjny ostatecznie nie uznał za konieczne i potrzebne dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego z zakresu budownictwa, który to wniosek był zawarty w apelacjach złożonych przez J.M. B. (k.2730 i 2748) oraz pismach procesowych (k.2896v.) uznając sprawę dostatecznie wyjaśnioną dla rozstrzygnięcia. Zdaniem Sądu Apelacyjnego opinia biegłego P. złożona w sprawie nie została podważona w taki sposób, aby budziła wątpliwość jej przydatność dla rozstrzygnięcia sprawy i zachodziła konieczność dopuszczenia dowodu z opinii innego biegłego. W świetle zarzutów J.M. B. do tej opinii, zwłaszcza formułowanych w pismach procesowych oraz ustnie na rozprawie apelacyjnej przez ponad 4 godziny (k. 2965-2968) istota tych zarzutów sprowadzała się do deprecjacji opinii i kwalifikacji samego biegłego, a u podstaw tego leżało wadliwe założenie, że skoro biegły P. nie przyjął poglądów i wyliczeń przedstawionych w opiniach prywatnych złożonych przez J.M. B. (opinie B., R. W. i S. G.) to jego opinia jest wadliwa. Tymczasem biegły K. P. ze spokojem, kompetencją i konsekwencją odniósł się do wszystkich stawianych jego opinii zarzutów, przekonywująco uzasadniając swoje stanowisko i objaśniając w niektórych zagadnieniach o które był pytany - wręcz szczegółowo - przyjęty pogląd lub wyliczenie. Szczegółowe odniesienia do opinii biegłego P. zawierają poniższe rozważania dotyczące już konkretnych kwestii. Próba zdyskredytowania tej opinii zdaniem Sądu Apelacyjnego nie powiodła się, a ostatecznie opina biegłego K. P. oceniona w ramach art. 233 § 1 k.p.c. stanowiła istotną podstawę ustaleń faktycznych. W okolicznościach niniejszej sprawy nie zachodziła procesowa potrzeba dopuszczenia dowodu z opinii innego biegłego, i dlatego wniosek w tym zakresie Sąd Apelacyjny oddalił (k. 2969). Sam bowiem fakt, iż opinia jest dla strony niekorzystana z reguły nie wystarcza do dopuszczenia dowodu z opinii biegłego. Z tych samych przyczyn trudno zatem podzielić zarzut apelacji J.M. B. (k. 2747), iż niedopuszczenie dowodu z opinii biegłego uzasadnia przyjęcie obrazu art. 227 k.p.c. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ocena tego czy zachodzi potrzeba uzupełnienia opinii bądź przeprowadzenia dowodu z nowej opinii biegłych należy do sądu orzekającego. Sąd nie może być bowiem zobowiązany do uwzględniania kolejnych wniosków strony zmierzającej do uzyskania opinii korzystnej dla siebie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 1974 r., I CR 562/74, nie publikowany; z dnia 24 sierpnia 1972 r., II CR 222/72, OSP 1973, Nr 5, poz. 93; z dnia 21 listopada 1974 r., II CR 638/74, OSPiKA 1975, Nr 5, poz. 108, z dnia 6 marca 1997 r., II UKN 23/97, OSNAPUS 1997/23, poz. 476; z dnia 21 maja 1997 r., II UKN 131/97, OSNAPUS 1998/3, poz. 100; z dnia 18 września 1997 r., II UKN 260/97, OSNAPUS 1998/13, poz. 408, wyrok SN z dnia 10.01.2002 r., II CKN 639/99, LEX nr 53135, wyrok SN z dnia 18.02.1974 r., II CR 5/74, LEX nr 7407 i inne).

Przechodząc do pozostałych zarzutów apelacji koniecznym jest ich rozpoznanie w odniesieniu spraw i zgłoszonych w nich, których dotyczą, aby zachować przejrzystość uzasadnienia.

#### **A/ Sprawa z powództwa M. P. (1) przeciwko J. B. (1).**

Rozważania w tej sprawie wypada rozpocząć od zarzutu podniesionego w apelacji pozwanego w tej sprawie J.M. B. dotyczącego obrazy art. 203 §1 i 335 k.p.c. poprzez dowolne przyjęcie, iż ograniczając powództwo o kwotę 40.197,74 zł powód w tej sprawie M. P. skutecznie cofnął pozew, podczas gdy pozwany na to nie wyraził zgody. Przede wszystkim należało zauważyć, iż tak sformułowany zarzut jest w istocie zażaleniem na częściowe umorzenie postępowania, z tych przyczyn zarzut ten procesowo wyodrębniono i potraktowano jako zażalenie (I A Cz 580/13). Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem umorzenie postępowania następuje zawsze w formie postanowienia, choćby zostało zamieszczone w treści wyroku. Właściwym zatem środkiem zaskarżenia takiego postanowienia zawartego w wyroku sądu pierwszej instancji jest więc zażalenie, a nie apelacja. Jednakże w przypadku zawarcia postanowienia o umorzeniu postępowania w wyroku, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie, nie ma zastosowania termin siedmiu dni do złożenia zażalenia określony w art. 394 § 2 k.p.c., bowiem w takim przypadku zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego, wniesione zażalenie nie może być jednak odrzucone z powodu niezachowania terminu przewidzianego w art. 394 § 2 k.p.c. (uchwała połączonych I.: Izby Cywilnej oraz Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 1972 r., III CZP 27/71, OSNCP 1973 nr 1, poz. 1; a z nowszych orzeczeń por. wyrok z dnia 19 września 2002 r., II CKN 1090/00, OSNC 2003 nr 12, poz. 166 oraz postanowienie z dnia 8 marca 2004 r., I PZ 8/04, OSNP 2005 nr 1, poz. 9). Przechodząc do merytorycznej oceny wniesionego zażalenia stwierdzić należało, iż w istocie pismo procesowe powoda ograniczające powództwo z dnia 1 lutego 2010 r. złożone już po odbyciu 2 terminów rozprawy (k. 1288) i nie zawierало wzmianki o zrzeczeniu się roszczenia w tej części, co w świetle art. 203 §1 k.p.c. oznaczało konieczność wyrażenia zgody przez pozwanego na takie cofnięcie. W ocenie Sądu Apelacyjnego nie można domniemywać zrzeczenia się roszczenia z samego faktu ograniczenia żądania i cofnięcia pozwu. W tym zakresie trzeba się zatem zgodzić z zażaleniem, iż umorzenie postępowania przez Sąd Okręgowy bez jednoznacznego wyjaśnienia kwestii zrzeczenia się roszczenia nie było prawidłowe. Ponieważ jednak przed Sądem Apelacyjnym powód złożył wyraźne oświadczenie o cofnięciu pozwu ze zrzeczeniem się roszczenia (k. 2966) - zażalenie pozwanego nie mogło być uznane za zasadne na chwilę zamknięcia rozprawy (art. 316 §1 k.p.c.) przez Sąd Apelacyjny i podlegało oddalaniu na zasadzie art. 385 k.p.c. w zw. z 397 § 2 k.p.c.

Co się tyczy ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Okręgowy - to istotną część tych ustaleń Sąd Apelacyjny podziela, z niewielkimi z korektami niżej wskazanymi, dotyczy to w szczególności ustaleń w zakresie zakresu wartości prac wykonanych przez powoda w ramach trzeciej (ustnej) umowy, oceny ich jakości i w istotnej części także wartości tych prac. W tym ostatnim przypadku jednak sporządzone uzasadnienie nie prowadzi do kwoty, którą ostatecznie Sąd Okręgowy zasądził na rzecz powoda w tej sprawie M. P. (1) tj. 237.957,80 zł. W ślad za podanymi przyjętymi przez Sąd Okręgowy w uzasadnieniu kwotami wartość przyjętych przez Sąd Okręgowy prac przedstawia się następująco.

wyliczenie uzasadnienie SO	wg	w zł	
1. prace elewacyjne		3095,36	
2. murki licowe			16991,79
3. obicie elementów dachu		9934,76	
4. okna dachowe			3690,47
5. prace sielskie			3187,62

6. prace tynkarskie		7964,92	
7. taras			652,45
8.oświetlacze i doprw. Wody	13412,89		
9.strop nad salonem	2301,5		
10. mur-schody jezior		13232,87	
11.wywóz ziemi z piwnicy	1001,78		
12.mur oporowy		53260,77	
13. parking		62180,15	
14. skucie i położenie posadzki	3680,28		
15.siany działowe piwnic	0		
16.wykop przy budynku	0		
17.dodatkowe prace dekar.	0		
		<b>netto</b>	<b>194587,61</b>

Po powiększeniu tej kwoty o stawkę podatku VAT wynoszącą do końca 2010 r. 22%, czyli o kwotę 42 809,28 zł otrzymuje się kwotę brutto 237.396,89 zł, co oznacza, iż Sąd Okręgowy najprawdopodobniej popełnił błąd rachunkowy o kwotę 560,91 zł, co przy akceptacji przyjętych zasad wyliczenia wynagrodzenia powoda (za wyjątkiem pkt. 11. dotyczącego wywozu ziemi z piwnicy - o czym niżej) podlegało skorygowaniu przez Sąd Okręgowy. Oznacza to procesowo, iż można uznać za zasadną apelację pozwanego w zakresie tej kwoty.

Rozważania w zakresie merytorycznych zarzutów apelacji wypada rozpocząć od apelacji powoda M. P. (1), bowiem jego apelacja zawiera jeden zasadny merytorycznie zarzut dotyczący wspomnianej wyżej wartości prac związanych z wywozem ziemi z piwnicy, o czym niżej. Co się tyczy jednak konstrukcji apelacji powoda M. P. (1) skarżącej wyrok w części oddającej, to stwierdzić wypada, iż wobec sporządzenia apelacji w zakresie obu spraw w taki sposób, że - nie dokonuje ona wyraźnego rozdzielenia zarzutów, które ściśle wiązałyby się sprawą niniejszą, w której jest powodem i skarży wyrok w części oddalającej, od zarzutów apelacji w sprawie, w której jest pozwanym (i skarży go w części zasądzającej), nastęrczało pewne problemy sądowi orzekającemu, bowiem koniecznym było najpierw określenie do której sprawy dany zarzut się odnosi. Trzeba jednak pamiętać, iż apelacja nie jest skargą kasacyjną i zakres jej

sformalizowania jest nieporównywalnie mniejszy (art. 368 i 126 k.p.c.) a zatem w ocenie Sądu Apelacyjnego unikanie nadmiernego formalizmu jest uprawnione. W szczególności w ocenie Sądu Apelacyjnego nie było rzeczą właściwą odrzucenie apelacji M. P. z tej już tylko przyczyny, iż nie rozdzielił wyraźnie zarzutów do każdej z połączonych spraw, a takie żądanie zawarł w odpowiedzi na jego apelację J.M. B. (k. 2774). Taka wykładnia naruszałaby w ocenie Sądu Apelacyjnego prawo strony do skutecznego środka odwoławczego czy wręcz prawo do rzetelnego procesu (por. art. 6 ust. 1 i 13 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w dniu 4 listopada 1950 r. w R.; Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm. oraz art. 45 ust.1 i art. 176 ust.1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.; Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

Wprawdzie taka konstrukcja apelacji niewątpliwie utrudniała Sądowi Apelacyjnemu odniesienie się do poszczególnych zarzutów, to jednak trudności z tym związane nie były nie do przezwyciężenia. W świetle konstrukcji apelacji tylko 3 pierwsze z 15 zarzutów dotyczą sprawy z jego powództwa. Wszystkie te 3 zarzuty w istocie sprawdzają się zarzutu przyjęcia przez Sąd Okręgowy mniej korzystnego wariantu opinii biegłego K. P. (1) w zakresie wartości robót przy montażu doświetlaczy, muru oporowego ilości przywożonej pospółki oraz wywiezionej ziemi z piwnicy. Wybór jednak przez Sąd pierwszej instancji jednego z wariantów opinii i odrzucenie innego nie prowadzi jeszcze sam przez się do obrazu przepisów postępowania, jeżeli wybór taki jest równie uzasadniony materiałem dowodowym jak inny wariant. W postępowaniu sądowym sąd z reguły dysponuje sprzecznym materiałem dowodowym i dlatego ustawodawca przyznał sądowi prawo do swobodnej oceny materiału dowodowego, byleby ocena ta była wynikiem jego wszechstronnego rozważeniu (art. 233 §1 k.p.c.) i pozostawała w zgodzie z zasadami nauki, logiki i doświadczenia życiowego. W okolicznościach niniejszej sprawy z podniesionych przez powoda zarzutów, zasadnym jest jedynie zarzut dotyczący ilości ziemi wywiezionej w piwnicy. W tym zakresie w opinii pierwotnej biegły wskazał 5,68 m<sup>3</sup> wywiezionej ziemi (zamiast 79,48<sup>3</sup> wg kosztorysu powoda k.42), jednak w opinii uzupełniającej po zapoznaniu się ze złożoną w międzyczasie dokumentacją fotograficzną (k. 1586) biegły uznał, iż poszerzony materiał dowodowy pozwala na przyjęcie, iż ilość wywiezionej ziemi sięgała 21 m<sup>3</sup> (k.1686). Biorąc pod uwagę szacunek biegłego taka ilość wybranej ziemi jest o wiele bardziej realna, niż przyjął Sąd Okręgowy, trudno przy tym przyjąć, iż kosztorys wykonawcy zawierałby, aż taki błąd szacunkowy w zakresie ilości wywożonej ziemi z piwnicy (jak wspomniano wskazywał blisko 79,5 m<sup>3</sup>). Szacunek biegłego zwarty w opinii uzupełniającej opiera się w tym zakresie na ustaleniu ilości wybranej ziemi w nawiązaniu do wymiarów pomieszczenia, z którego ziemi ta była wybierana, co zdaniem Sądu Apelacyjnego daje dość obiektywny wynik (k.1686). Uprawnionym jest zatem przyjęcie w miejsce 5,68 m<sup>3</sup> wywiezionej ziemi 21 m<sup>3</sup> i tym samym proporcjonalne do tego zwiększenie wartości prac powoda przez Sąd w tym zakresie z kwoty 1001,78 zł do kwoty 3.703,76 złotych [(1001,78 zł : 5,68 m<sup>3</sup>) X 21 m<sup>3</sup>]. Uwzględniając podwyższoną wartość z tytułu wywiezionej ziemi ostatecznie wartość prac wykonanych przez powoda wyniosła kwotę 197.289, 59 zł netto, co brutto daje kwotę 240.693,30 złotych, którą to kwotę ostatecznie zasądzono zmieniając stosownie zaskarżony wyrok w tym zakresie.

Co się tyczy pozostałych zarzutów apelacji powoda to, nie zasługiwały one na uwzględnienie. W swojej apelacji powód M. P. akcentował zeznania świadków T. M. (1) (k. 2085), i G. Ł. (2) (k.2091), których zatrudnił w czasie budowy, pierwszego jako majstra drugiego jako inżyniera budowy. Obaj świadkowie brali zatem czynny udział w realizowanej przez powoda inwestycji, które stała się sporna, a siłą rzeczy niniejsze postępowanie w jakimś zakresie dotyczy też oceny ich pracy. Trzeba zauważyć, iż biegły który wydawał opinię w Sądzie Okręgowym przed złożeniem zeznań przez tych świadków, podtrzymał tę opinię w opinii uzupełniającej złożonej Sądowi Apelacyjnemu, a zatem okoliczności przytoczone w zeznaniach świadków nie wpłynęły na zmianę ustaleń opinii. W zakresie ilości przywiezionej pospółki (k.1083 przy wycenie doświetlaczy) biegły w dniu 08.08.2009 r. odbierał wyjaśnienia od T. M., który nie potrafił mu wyjaśnić dlaczego w kosztorysie wykonawcy uwzględniono dowóz pospółki z odległej 25 km miejscowości, a nie uwzględniono samej pospółki. Konieczność wariantowego ujęcia przez biegłego i tym samym konieczność wyboru wariantu przez Sąd istniała również w zakresie pospółki zużytej do obsypania muru opałowego (k.1093) bowiem wystąpiły istotne różnice w tym zakresie tj. powód twierdził iż przywieziono prawie 178 m<sup>3</sup> pospółki podczas gdy pozwany (inwestor) wskazywał, iż do obsypania muru oporowego powód dostarczył jedynie 97,47 m<sup>3</sup> materiału z czego połowę stanowiła pospółka. W zakresie wykonania muru oporowego (k. 1092) biegły proponował dokonanie

odkrywek i wyznaczył stosowne miejsca na te odkrywki. Wobec jednak kosztów wykonania tych odkrywek wyznaczył pełnomocnikowi wykonawcy termin na wypowiedzenie się czy żąda dokonania tych odkrywek. Pełnomocnik powoda (k. 1143) poinformował, iż nie żąda dokonania odkrywek w miejscach ustalonych przez biegłego, co biegły w opinii (k.1092) uznaje za jednoznaczne z uznaniem wada zgłoszonych przez inwestora.

W zakresie konieczności skucia posadzki Sąd Okręgowy nie przekroczył granic swobodnej oceny dowodów, skoro ustalenia w tym zakresie oparł na zeznaniu świadka T. M. (1), (k.2085), który przyznał, iż posadzka była popękana i nadawała się do rozebrania. Nawet zatem gdyby przyjąć, iż zmieniła się koncepcja co do rodzaju podłogi z drewnianej na położenie płytek, to nie można uznać za trafne stanowiska, iż posadzka pod podłogą drewnianą mogła pozostać wykonana źle (pozostać popękana).

W pozostałym zakresie Sąd Apelacyjny nie dopatrywał się zasadności zarzutów apelacji powoda M. P. (1) jak i apelacji pozwanego w tej sprawie J. B. (1), poczynione ustalenia faktyczne przyjmuje za własne. Nie są w szczególności wadliwe założenia przyjęte do ustalenia wynagrodzenia powoda za wykonanie prac, bowiem mają one oparcie w materiale dowodowym, do którego oceny Sąd Okręgowy był uprawniony stosownie do art. 233 §1 k.p.c. wyznaczającego mu granicę swobody oceny materiału dowodowego. Granic tych Sąd Okręgowy nie przekroczył czyniąc swoje ustalenia co do zakresu prac, ich jakości i wartości. Podnoszony zatem w apelacjach obu stron zarzut obrazy właśnie art. 233 § 1 k.p.c. nie mógł odnieść skutku. Przy ocenie zasadności zarzutu obrazy art. 233 §1 k.p.c. trzeba zauważyć, iż powszechnie przyjmuje się, że oparcie apelacji na omawianej podstawie, wymaga od skarżącego, aby - poza naruszeniem przepisów postępowania - wykazał, że następstwa stwierdzonych wadliwości postępowania były tego rodzaju (lub skali), iż kształtowały lub współkształtowały treść zaskarżonego w sprawie orzeczenia (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 1997 r., I CKN 57/96 - OSNC 1997, nr 6-7, poz. 82). W świetle akt sprawy nie wszystkie elementy stanu faktycznego były sporne, bowiem nie było sporu co do zasady, iż strony po zawarciu 2 pisemnych umów zawarły ustną umowę na roboty dodatkowe i zasadniczo fakt wykonania tych robót przez powoda oraz sposób kosztorysowania nie był sporny. Spornym było natomiast obmiar niektórych robót i ich jakość i konieczność usunięcia wad niektórych prac. Swoje ustalenia w zakresie należnego powodowi wynagrodzenia Sąd Okręgowy poczynił przede wszystkim na podstawie opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa K. P. (1), które przed Sądem Okręgowym wydał opinię główną, uzupełniającą oraz ustną na rozprawie (k. 1065 - 1108, 1335 - 1361, 1891) dokonując wyceny poszczególnych prac powoda. Swoją opinię w tym zakresie biegły K. P. (1) podtrzymał w toku postępowania przed Sądem Apelacyjnym (k. 2837 - 2858, k. 2965 - 2968). Podtrzymanie wcześniejszych ustaleń biegłego jest o tyle istotne, iż po wydaniu opinii przez biegłego przed Sądem Okręgowym dalej toczyło się postępowania dowodowe, zwłaszcza ze źródeł osobowych, którego efekty były przedmiotem analizy i oceny biegłego. Biegły wskazał, iż w zasadzie zarzuty pozwanego J.M. B. do jego opinii dotyczyły 3 pozycji tj. ustalenia wynagrodzenia powoda za wykonanie: murków licowych, tarasu i muru oporowego, co koreluje z zarzutami apelacji pozwanego (k. 2746), gdzie w zakresie wykonania tych elementów zarzuca Sądowi Okręgowemu naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. i dowolne przyjęcie wartości (za wyliczeniami biegłego). W zakresie przedmiotowych murków licowych biegły wskazał, iż przyjęta przez niego wartość robót netto powoda jest nawet wyższa o 374 zł, niż przyjmuje pozwany w ślad za opinią prywatną J. B. (2), natomiast inaczej liczone jest obniżenie wartości tych prac z uwagi na wady wykonania - przez biegłego i pozwanego (tj. biegły pomniejsza o 20 % jedynie wartość wykonania murków licowych, co do których nie zachowano pionów, pozwany natomiast pomniejsza o 20 % wartość całych robót w tym zakresie). W ocenie Sądu Apelacyjnego podobnie jak wcześniej Sądu Okręgowego nie można przyjąć, iż uzasadnionym byłoby obniżenie wartości całych prac w tym zakresie, skoro tylko ich część wykonana została wadliwie. Biegły wskazuje przy tym, iż całkowita wartość murków wykonanych wadliwie - 2.625 zł jest mniejsza od kwoty - 3.578,24 zł, czyli od kwoty obniżenia wartości jakiej domaga się pozwany, czyli przewyższa ona koszt rozebrania i postawienia wadliwych murków na nowo (k. 2843). W tym zakresie biegły odniósł się również szczegółowo na rozprawie podtrzymując w pełni swoją opinię (k. 2968, 2965).

Również w zakresie kwestionowania wyceny wykonania tarasu pozwany odwoływał się do opinii prywatnych sporządzonych na jego zlecenie (J. B.. R. W.). W tym zakresie za rozprawie apelacyjnej biegły P. sprostował jedynie przyjętą przez niego grubość warstw ułożonych na tarasie przez pozwanego w ramach jego naprawy. Omyłka w tym zakresie polegała na przyjęciu warstwy mapelastic jako 2 cm, podczas gdy faktycznie było 0,2 cm. Błąd jak



wyraźnie podkreślił to biegły nie miał wpływu na wycenę prac powoda bowiem dotyczył wyliczonych kosztów naprawy przez pozwanego. Istota opinii biegłego w tym zakresie jest jasna i prowadzi do wniosku, iż pozwany w istocie nie wskazał kosztu usunięcia usterek powoda przy wykonywaniu tarasu, co przedstawił koszt naprawy tarasu w innej dużo droższej technologii i kosztami tymi chciał obciążyć wykonawcę - powoda P.. Jeżeli bowiem wartość prac powoda przy założeniu poprawności ich wykonania wynosiła 5.754,88 zł netto to trudno zaakceptować, iż koszt naprawy tarasu wynosi ponad 30.000 zł, a taki kosztorys przedstawił pozwany w tym zakresie (opinia k. 1081-1083, 2084, 2968). Zgodzić się trzeba z biegłym, iż brak było podstaw do obciążania powoda kosztami takiej naprawy tarasu, która w zasadzie jest jego modernizacją. Również w przypadku muru oporowego wadliwie wykonanego biegły nie podzielił stanowiska pozwanego, co wyczerpująco i przekonująco uzasadnił w opinii w tym złożonej w Sądzie Apelacyjnym (k. 2845, k. 2968). Istota problemu w tym zakresie sprawdzała się do tego, iż w ocenie biegłego nie zachodziła potrzeba wybudowania dwóch murów oporowych, bowiem taka potrzeba istniałaby w przypadku wykonania murów oporowych wspornikowych, które zlecał projektant w ramach robót naprawczych (k 1213). Na miejscu jednak biegły stwierdził po oględzinach i dokonując odkrywki, iż ściana oporowa górna nie jest wykonana jako wspornikowa lecz jako kątowa. Ściana oporowa kątowa jest wprawdzie droższa od wspornikowej ale cechuje ją dużo większa stateczność. W tej sytuacji trudno obciążać powoda kosztami wykonania drugiego muru oporowego, skoro obciąża się go kosztami wykonania muru dużo droższego ( kąтового), a nadto ten drugi mur nie ma wpływu na stateczność muru wadliwie wykonanego. Wypada zauważyć, iż zeznając w charakterze świadka J. B. (2) (k. 2157v) przyznał nawet, iż dokonał wyceny kosztów naprawy niezgodnie z zalecaniami projektanta.

We wszystkich zatem 3 spornych elementach biegły sądowy w sposób przekonywujący obronił swoją opinię. Trzeba przy tym stwierdzić i to stanowczo, iż pozwany ale także i Sąd Okręgowy nadmierne znaczenie procesowe przyznają opiniom prywatnym składanym przez pozwanego J.M. B.. Nie sposób nie zauważyć, iż autor opinii prywatnej nawet posiadający wysokie, czy wręcz bardzo wysokie kwalifikacje w materii będącej przedmiotem opinii staje się w istocie „kontrahentem” strony dla której sporządza opinię, a zatem jego opinia zatracą walor obiektywizmu, a w każdym razie nie może korzystać z domniemania bezstronności. Dość powiedzieć w tym zakresie, iż o ile strony często przedkładają sądowi opinie prywatne sporządzone na ich zlecenie, to trudno jest przytoczyć choćby jeden przypadek, aby opinia taka była dla strony, która ją zleciła niekorzystna. Jak wiadomo w świetle przepisów Kodeksu postępowania cywilnego opinia przedstawiana przez stronę procesu, choćby została sporządzana przez osobę posiadającą stosowane kwalifikacje, nie stanowi dowodu z opinii biegłego w rozumieniu Kodeksu, ani też nie może być traktowana jako dowód równoważny takiej opinii. Opinia taka nie podlega więc ocenie sądu jako dowód z opinii biegłego, a co najwyżej można ją wykorzystać pomocniczo. Procesowo opinia taka jest w istocie dokumentem prywatnym i nie może mieć większej mocy dowodowej niż taki dokument, który zgodnie z art. 245 k.p.c. stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie (por. np. wyrok SN z 8.06.2001 r., I PKN 468/00, wyrok SN z 20.01.1998 r., II CR 310/88, wyrok SN z 8.11.1988 r., II CR 312/88, czy też wyrok SN z 11.06.1974 r., II CR 260/74).

W niniejszej sprawie zarówno J. B. (2) (k. 2155) jak R. W. (1) (k. 2162) zeznawali jako świadkowie, a zatem o ile opinie przez nich sporządzone nie mają takiej mocy dowodowej, jak opinia biegłego sądowego K. P. (1), to nie oznacza to, że ich zeznania w pewnej części nie zasługują na wiarygodność. Dotyczy to w szczególności potwierdzenia przez nich wad wykonania murków licowych, murku oporowego i tarasu (k. 2157-2159 świadek J. B., k. 2164 świadek R. W. (1)). Wady w zakresie wykonania przedmiotowych elementów ale także innych elementów mają też potwierdzenie w szeregu zeznań innych świadków, zasługujących w tym zakresie na wiarę: K. K. (k. 2136), który wykonywał tam prace elektryczne; A. S. (k. 2145); M. P. (5) (k. 2277), który był na przedmiotowej budowie z racji wykonywania pokrycia dachowego na domkach położonych na terenie ośrodka pozwanego B.; K. G. (k. 2279), który wykonywał razem ze świadkiem C. obróbki blacharskie na terenie ośrodka; R. P. (3) (k. 2324), który pracował przy pracach naprawczych; M. F. (k. 2325) - szwagra pozwanego, który również pracował przy pracach wykończeniowych u pozwanego tj. przy łazienkach i posadzkach. R. Sąd Okręgowy dokonując wyceny prac powoda, poza powyższym stwierdzonym błędem rachunkowym oraz wadliwym przyjęciem ilości wywiezionej ziemi z piwnicy, dokonał prawidłowych ustaleń w zakresie ilości, jakości i wartości wykonanych przez powoda prac z uwzględnieniem wad tego wykonania i kosztów ich usunięcia.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów apelacji pozwanego J. M. B., które nie były już związane bezpośrednio z jakością i ilością prac wykonanych przez powoda, lecz z nieuwzględnionym zgłoszonym przez niego zarzutem potrącenia - nie można przyznać pozwanemu słuszności. W tym zakresie pozwany podniósł 3 zarzuty tj. obrazy art. 233 §1 k.p.c., art. 498 § 2 k.p.c. oraz art. 479<sup>14</sup> § 4 k.p.c., które to zarzuty sformułowano w różnych punktach apelacji pozwanego (k. 2746 pkt 1 myślnik drugi i trzeci oraz k. 2747 pkt 2 apelacji). Jak wiadomo art. 479<sup>14</sup> §4 k.p.c. już nie obowiązuje, bowiem został on uchylony przez art. 1 pkt 46 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2011r. Nr 233 poz. 1381) z dniem 3 maja 2012 r. wraz z całym działem dotyczącym postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych. Miał on zatem zastosowanie w niniejszej sprawie, w której wyrok zapadł w dniu 28 lutego 2012 r., a w świetle art. 9 ust. 1 tejże ustawy - jej przepisy z pewnymi wyjątkami stosowane są do postępowań sądowych wszczętych po jej wejściu w życie. Jak wiadomo zgodnie z brzmieniem § 4 art. 479<sup>14</sup> k.p.c. do potrącenia w toku postępowania mogą być przedstawione tylko wierzytelności udowodnione dokumentami. Skarżący nie kwestionuje w tym zakresie faktu, iż nie dysponował dokumentem w rozumieniu tego przepisu, jedynie podnosił, iż dokonał potrącenia przed procesem przez swego pełnomocnika i fakt ten udowodnił. W tym zakresie Sąd Apelacyjny przychylił się do stanowiska prezentowanego w orzecznictwie, iż nawet dokonanie potrącenia przed wszczętym procesem nie zwalnia, w razie podniesienia zarzutu potrącenia przez pozwanego z obowiązku wykazania przedstawianej do wykazania w procesie do potrącenia wierzytelności dokumentami (por. w tym zakresie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2004 r. I CK 666/03 OSNC 2005/5/86, Biul.SN 2004/11/10, M. Prawn. 2005/13/652). Zdaniem Sądu Apelacyjnego pogląd taki choć nie był jednolity w orzecznictwie i doktrynie pozostawał w zgodzie z celem regulacji §4 art. 479<sup>14</sup> k.p.c., którym było możliwe szybkie rozstrzygnięcie sprawy gospodarczej i wyeliminowanie możliwości przedstawiania do potrącenia wierzytelności spornych o wątpliwej podstawie i wysokości. Oparcie bowiem zarzutu potrącenia na samym oświadczeniu co do istnienia i wysokości wierzytelności połączone z oświadczeniem o dokonaniu go przed np. doręczeniem pozwu (nakazu zapłaty) mogło skutecznie przedłużyć dochodzenia roszczenia przez powoda. Nie bez znaczenia przy tym jest, iż zarzut potrącenia ma charakter obronny (por. uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 września 1983 r., IV CR 260/83, OSNCP 1984, nr 4, poz. 59 oraz uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1987 r., III CZP 69/87, OSNCP 1989, nr 4, poz. 64) a zatem jego nieuwzględnienie nie stoi na przeszkodzie dochodzeniu wierzytelności przedstawianej do potrącenia na zasadach ogólnych, i z takiej drogi jak wiadomo pozwany skorzystał - wszczynając sprawę V GC 28/09 rozpoznawaną razem w niniejszym postępowaniu, o której niżej.

Reasumując rozważania w tej sprawie Sąd Apelacyjny tylko w nieznaczącej części wyżej wskazanej uwzględnił obie apelacje (apelację pozwanego w zasadzie co do błędu rachunkowego Sądu Okręgowego) na zasadzie art. 386 §1 k.p.c., a w pozostałym zakresie je oddalił na podstawie art. 385 k.p.c.

Taki sposób rozstrzygnięcia o żądaniach apelacji w tej sprawie uzasadniał też zniesienia na zasadzie art. 100 k.p.c. kosztów procesu za drugą instancję.

Sąd Apelacyjny obciążył w tej sprawie na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 Nr 90 poz. 594 z zm.) połową nieuiszczonych kosztów sądowych (wydatków na opinię biegłego w łącznej kwocie 4143,67 złotych wyłożonych ze środków Skarbu Państwa w postępowaniu apelacyjnym; w tym w kwocie 3.545,94 zł tytułem wynagrodzenia za sporządzenie opinii uzupełniającej (k. 2882) oraz w kwocie 597,73 zł tytułem kosztów udziału biegłego w rozprawie w dniu 15 maja 2013 r. (k. 2974.). Ponieważ opinia biegłego była sporządzana na potrzeby obu połączonych spraw, rozliczenie jej kosztów zasadnym było w każdej z tych spraw po połowie, co oznacza, iż na nieuiszczone koszty sądowe z tytułu opinii przypadające na tę sprawę wynoszą 2071,84 zł. W niniejszej sprawie wobec uwzględniania apelacji obu stron jedynie w marginalnym zakresie, uprawnionym jest rozdział nieuiszczonych kosztów sądowych przypadających na tę sprawę w częściach równych po 1035,92 zł na powoda i pozwanego (pkt. I. 5 wyroku).

**B/ Sprawa z powództwa J. B. (1) przeciwko M. P. (1)**

Przede wszystkim dla rozstrzygnięcia o wniesionych apelacjach i tym samym o żądaniach powoda w tej sprawie J.M. B. koniecznym było właściwe rozdzielenia jego roszczeń, które związane były z 2 umowami łączącymi strony zawartymi w formie pisemnej tj. umową z dnia 5 lipca 2007 (k. 15-18 akt 28/09) oraz z dnia 24 lipca 2007 r. (k. 20-23). W zakresie żądań związanych z pierwszą umową powód zgłosił żądanie zasądzenia kwoty 36.178,15 zł tytułem nadpłaty wynagrodzenia z tej umowy, żądanie zasądzenia kwot 153.688,55 zł z tytułu naprawy izolacji oraz kwoty 6.100 zł wydatkowanej z tytułu sporządzanej w związku z wadliwym wykonaniem izolacji ekspertyzy. Pozostałe roszczenia wywodził powód z umowy z dnia 24 lipca 2007 r. co do której złożył oświadczenia o odstąpieniu od niej.

Rozważając grupę roszczeń związanych z umową z dnia 5 lutego 2007 r. stwierdzić należy, iż apelację pozwanego w tej sprawie M. P. (1) należało uznać za zasadną w części dotyczącej obciążającej go kosztami naprawy izolacji, w jakiej koszty te przekraczają kwotę kosztów naprawy izolacji przeciwwilgociowej. Nie jest natomiast zasadna co do kwot zasądzonych tytułem zwrotu nadpłaconego wynagrodzenia i kosztów ekspertyzy.

Ma rację pozwany w tej sprawie M. P. (1), iż Sąd Okręgowy poczynił wadliwie procesowo oraz nietrafne ustalenia faktyczne, co do faktów istotnych mających w tej sprawie znacznie dla rozstrzygnięcia w zakresie naprawy izolacji i kosztów tej naprawy. U podstaw ustaleń, a w konsekwencji i rozstrzygnięć Sądu pierwszej instancji leżało przyjęcie, iż to pozwanego obciążają wszystkie skutki wynikłe z wadliwego wykonania przez niego izolacji przeciwwilgociowej. Tyle tylko, że w okolicznościach niniejszej sprawy wykonanie instancji przeciwwilgociowej przewidzianej w projekcie, choćby nastąpiło nawet z wadami, nie spowodowałoby należytej ochrony budynku przed wilgocią, ponieważ to mogła zapewnić jedynie instalacja przeciwwodna. Zwrócił na to uwagę niejako przy okazji już w swojej opinii uzupełniającej biegły K. P. (1) (k. 1355-1361), w której odnosił się do zrzutów do opinii. Potwierdził on bowiem dokonanie samowolnej zmiany rzędnej posadowienia (co wymaga zmiany pozwolenia budowlanego) i posadowienie go wyżej o 96 cm. Podniesienie rzędnej posadowienia budynku zmniejszyło parcie hydrostatyczne wody na budynek lecz nie zmieniło faktu, że budynek wymagał wykonania izolacji przeciwwodnej a nie przeciwwilgociowej (k. 1361). Biegły odwołał się już wówczas do dokumentacji geotechnicznej dla projektu budowlanego budynku usytuowanego na działce budowlanej nr (...) przy ul. (...) w M., opracowanej w listopadzie 2006 r. podpisanej przez S. G. (2) i W. W. (k.1362-1381). Na rozprawie przed Sądem Okręgowym biegły (...) biegły również wyrażał pogląd, iż koniecznym było wykonanie izolacji przeciwwodnej a nie przeciwwilgociowej, którą wykonawca (pozwany P.) wykonał niewątpliwie źle, jednakże nawet gdyby była dobrze wykonana to i tak woda przedostawała się by do budynku (k. 1493v). Biegły zwrócił wówczas uwagę na ubogość projektu w zakresie wykonania izolacji przeciwwilgociowej, bowiem projektant nie przewidział nawet tynków części podziemnej, na które układa się izolacja przeciwwilgociowa.

Sąd Apelacyjny uzupełniając postępowanie dowodowe skonkretyzował w postanowieniu dowodowym z dnia 7 grudnia 2012 r. dopuszczającym dowód z opinii uzupełniającej pytania w tym zakresie uznając wyjaśnienie tej kwestii za niezwykle istotne dla rozstrzygnięcia w sprawie. W świetle bowiem analizy całości akt postępowania nie powinno ulegać wątpliwości, iż cały spór w obu niniejszych sprawach jest tylko skutkiem pojawienia się wilgoci w przedmiotowym obiekcie i próbami rozwiązania tego problemu. W tej sytuacji Sąd Apelacyjny sformułował jednoznaczne pytania do biegłego, na które odpowiedź była konieczna dla rozstrzygnięcia sprawy, w szczególności chodziło o ustalenie, czy w świetle istnienia od listopada 2006 r. dokumentacji geotechnicznej uprawnionym było przyjęcie, iż wystarczającym będzie wykonanie izolacji przeciwwilgociowej; jaką faktycznie izolację wykonał powód B. usuwając usterki instalacji wykonanie przez pozwanego P.; jaki był realny koszt wykonania tej instancji (k. 2835 postanowienie dowodowe SA w B.). W tym zakresie Sąd Apelacyjny otrzymał w opinii biegłego K. P. (1) jasne, przekonujące i nie pozostawiające wątpliwości wyjaśnienia. Biegły bowiem jednoznacznie stwierdził, iż po zapoznaniu się z udostępnioną mu w czasie wizji lokalnej w sierpniu 2009 r. dokumentacją geotechniczną stwierdził błąd w wyborze właściwej izolacji w stosunku do warunków gruntowo-wodnych. Nie wypowiadał się w tym zakresie szerzej w styczniu 2010 r. ponieważ teza dowodowa Sądu Okręgowego tego nie dotyczyła, a dokumentacją geotechniczną zainteresował się wówczas badając przyczyny zawilgoceniu piwnic. Biegły konkluduje jednoznacznie, iż poziom wody gruntowej znajduje się powyżej ław fundamentowych budynku, co w takiej sytuacji bezwzględnie nakazywało wykonać izolację przeciwwodną. Wskazuje przy tym, iż gdyby nie podniesiono o prawie metr rzędnej posadowienia budynku (niezgodnie z projektem), to w okresie średnich warunków atmosferycznych poziom wody

gruntowej byłby wyższy od góry ław fundamentowych w części podpiwniczonej średnio o 1,45 cm. W okresie dużych opadów, gdyby budynek posadowiono zgodnie z projektem to na ściany i posadzkę piwnic oddziaływałyby bardzo duże parcie wody gruntowej. Reasumując biegły w tym zakresie stwierdza, iż w świetle sporządzonej w listopadzie dokumentacji geotechnicznej nie było uprawnione przyjęcie, że izolacja przeciwwilgociowa będzie wystarczającym zabezpieczeniem przed wilgocią projektowanego obiektu. Biegły zwraca przy tym uwagę, że sam projekt powstał we wrześniu 2006 r. W całości swoją opinię biegły K. P. podtrzymał i obronił na rozprawie apelacyjnej w dniu 15 maja 2013 r. (k.2965 - 2968). Opinie te Sąd Apelacyjny w całości akceptuje przyjmując, iż wadliwy wybór izolacji był pierwotną przyczyną problemów inwestora i rzeczywistym źródłem sporu między stornami. Zdaniem Sądu Apelacyjnego problemu tego można był uniknąć przy wyciągnięciu właściwych wniosków z dokumentacji geotechnicznej powstałej w listopadzie 2006 r. a zatem przed zawarciem pierwszej umowy między stornami.

Z zeznań projektanta J. S. (1), który sprawował też nadzór autorski wynika, iż w czasie sporządzania projektu do września 2006 nie była mu znana opinia geotechniczna, to jednak jeszcze w 2006 r. (k. 2331v) znany mu był co najmniej fakt wykonywania badań geologicznych przez firmę pana G.. Jak zeznał „...po przedstawieniu tych badań w sensie wód gruntowych, to było odzwierciedlenie danej sytuacji w danym momencie...” Mimo jednak, że dla biegłego sądowego opinia geotechniczna jednoznacznie wskazywała na to, że nie jest wystarczająca izolacja przeciwwilgociowa, projektant zminimalizował znaczenie tej opinii. Drugi z projektantów J. D. zeznający w charakterze świadka, podał, iż na zlecenie S. wykonywał projekt konstrukcyjno-budowlany budynku i zasadniczo nie interesował się izolacją. Przyznał jednak (k. 2183), że z powodu braku badań geologicznych w czasie projektowania, żądał w projekcie konstrukcyjnym, aby w czasie robót ziemnych zapewniony był nadzór geologiczny. Opinię geologiczną S. G. otrzymał dopiero wtedy jak się sprawa rozpoczęła przy czym J.M. B. twierdził, iż opinię tę wcześniej przekazał S..

W związku z powyższymi zeznaniami pozostaje też zeznanie świadka W. D. (2) (k. 2088-2091), który był kierownikiem budowy, i który wskazał, że po otrzymaniu projektu stwierdził szereg braków w dokumentacji, a z dokumentacji tej wynikała też potrzeba ustanowienia nadzoru geotechnicznego. Zwrócił się wówczas w tej sprawie, do pana H. ( kierownika nadzoru, które już nie żyje), ale ten go zapewnił, żeby się tym nie martwić, bo już wystosowano stosowne pismo. Zeznanie świadka koresponduje faktycznie z pismem podpisanym przez powoda B. i pokwitowanym co do odbioru przez projektanta S. z dnia 24.01.2007r. (k.1040). W piśmie tym zgłoszono projektantowi 20 różnego rodzaju uwag dotyczących braków projektu. Świadek W. D. (2) zeznał (k.2088), iż jak domagał się nadzoru geologicznego, to H. poinformował go, że ponieważ były robione badania geologiczne, to zdaniem projektanta nie ma potrzeby ustanawiania nadzoru geologicznego. Problem wysokiego poziomu wody gruntowej miał być rozwiązany przez podniesienie budynku i zmodyfikowanie izolacji przeciwwilgociowej w części piwnic. Na temat wykonanej dokumentacji geologicznej firmy S. G. świadek rozmawiał, i z pozwanym, i z inżynierem P. i z H.. Wskazywał temu ostatniemu na zastosowaną izolację przeciwwilgociową, co do której miał obawy, a które to obawy inspektor nadzoru podzielał, mówiąc, że zwróci się do projektanta. H. informował go później, że projektant po przeanalizowaniu jego wątpliwości podjął decyzję o podniesieniu budynku i zmianie izolacji. Jednocześnie H. powiedział, że zmiana izolacji z przeciwwilgociowych na przeciwwodną z uwagi na koszty nie wchodzi w grę.

Logiczna ocena materiału dowodowego prowadzi do następujących i pewnych ustaleń faktycznych mających znaczenie dla określenia odpowiedzialności pozwanego P..

Po pierwsze projekt budowlany sporządzony przez J. S. i J. D. w momencie jego ukończenia we wrześniu 2006 r. sporządzony był bez badań geologicznych, po drugie jeszcze w końcu 2006 r. główny projektant S. znał opinię geologiczną S. G. (2) sporządzoną w listopadzie 2006 r. i był informowany począwszy od lutego 2007 r. o istniejącym poziomie wód gruntowych i obawach, że nie jest wystarczającym zabezpieczeniem przed wodą proponowana w projekcie izolacja przeciwwilgociowa - przez kierownika budowy za pośrednictwem inspektora nadzoru. Okoliczności te zdaniem Sądu Apelacyjnego są wystarczające do zwolnienia pozwanego z odpowiedzialności za szkodę polegającą na konieczności wykonania izolacji przeciwwodnej w świetle art. 471k.c. w zw. z art. 474 k.c. Nie powinno być bowiem przedmiotem sporu w świetle jasnej opinii biegłego K. P. (1), iż w istocie dokonana przez powoda naprawa izolacji nie polegała na naprawie izolacji przeciwwilgociowej ale na zastąpieniu jej instancją przeciwwodną (k. 2850-2853). Dość powiedzieć, iż jak wskazuje biegły (k. 2852) o rodzaju izolacji decyduje rodzaj zastosowanych materiałów, bowiem

technologii nakładania obu izolacji są podobne. Powód w tej sprawie M.J. B. zastosował materiały firmy (...) typowe dla izolacji przeciwwodnej. Odpowiadając na pytanie Sądu biegły wykazał przy tym też istotne zawyżenie kosztów naprawy izolacji (wykonania przeciwwodnej) ustalonej w kosztorysie i J. B. na kwotę netto 125.974,22 zł (k. 166 akt V GC 28/09 podczas gdy w ocenie biegłego sądowej realny koszt wykonania a takiej izolacji wyniósłby netto 49.167,89 zł (k. 2856).

Za słuszne należało uznać zarzuty apelacji M. P., iż ustalenia Sądu Okręgowego dotyczące naprawy izolacji, jej rodzaju i kosztów już z tej przyczyny były wadliwe, iż zasadniczo dokonano ich na podstawie opinii prywatnej J. B. (2), a jak to wyżej wskazano opinia taka jest w istocie dokumentem prywatnym i nie może mieć większej mocy dowodowej, niż taki dokument, który zgodnie z art. 245 k.p.c. stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Poza sporem przy tym było, iż pozwany P. w toku procesu dokument ten kwestionował, co było wystarczające do jej podważenia i przerzucenia ciężaru dowodu na powoda (art. 253 zd. II k.p.c.). Trudno przy tym podzielić zarzuty do opinii sformułowane na zlecenie strony przez J. B. i nie tylko z przyczyn procesowych wyżej wskazanych związanych z wartością opinii prywatnych, ale też dlatego, że poważne zastrzeżenia budzi przyjęta metodologia przez autora opinii prywatnej. I tak w zakresie rozróżnienia izolacji przeciwwodnej o przeciwwilgociowej, gdzie biegły P. za kryterium rozdzielenia tych izolacji przyjmuje użyty materiał (k 2852), J. B. przyjmuje inne kryterium, mianowicie to - przed czym izolacja ma chronić i odsyła w tym zakresie do literatury fachowej. Tyle tylko, że odsyła w tym zakresie definicji i literatury fachowej, której sam jest autorem (k.2951), co samo przez się też obniża obiektywizm tej opinii - przy jednocześnie jasnym, prostym, dychotomicznym sposobie rozróżnienia izolacji przez biegłego K. P..

Abstrahując nawet od przedmiotowego podziału izolacji na przeciwwodną i przeciwwilgociową - poza sporem jest, iż naprawa tej izolacji została przez powoda wykonana w zupełnie innej technologii, niż wykonywał ją wcześniej pozwany P. i to w technologii wielokrotnie droższej, nie wynikającej z umowy łączącej strony.

W tym stanie rzeczy błędem Sądu Okręgowego było obciążenie pozwanego (wykonawcę) kosztami wykonania zupełnie innego rodzaju izolacji i to dużo droższego. Ponieważ jednak materiał dowodowy zgromadzony w sprawie pozwala jednoznacznie na ustalenie wadliwości wykonania przez pozwanego izolacji przeciwwilgociowej, co powodowało, iż powód (inwestor) ale nie profesjonalista w zakresie izolacji mógł mieć wątpliwości, co jest przyczyną wilgoci, zwłaszcza, że problem przez dłuższy czas nie mógł być rozwiązany przez wszystkich uczestników inwestycji (wykonawca, projektant, kierownik nadzoru i budowy). Racjonalnym zatem było z jego punktu widzenia zaciągnięcie opinii zewnętrznej dotyczącej przyczyn zawilgocenia sporządzonej przez dr hab. I. R. W. (1), (k. 84-101 akt 28/09), które koszt wyniósł 6.100 zł (faktura k. 204 akt ). Nie ma tu znaczenia fakt, iż w postępowaniu sądowym ekspertyza taka ma jedynie moc dokumentu prywatnego. W orzecznictwie sądowych nie wydaje się być co do zasady kwestionowanym pogląd uznający za podlegające zwrotowi przez zobowiązanego do odszkodowania uzasadnione wydatki na zasięgnięcie przedsądowej opinii prywatnej w celu stwierdzenia szkody, jej rozmiarów i należnego odszkodowania (por. np. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 maja 2004 r. III CZP 24/04 OSNC 2005/7-8/117, wyrok SN w wyroku z dnia 2 września 1975 r., I CR 505/75 niepubl.; wyrok SN z dnia 30 lutego 2002 r., V CKN 908/00 (niepubl. por wyrok SA w Rzeszowie z dnia 23 sierpnia 2012 r. I A Ca 155/12 LEX nr 1254469).

Uzasadnionym jest zatem obciążenie pozwanego kosztami tej ekspertyzy.

Wadliwe wykonanie izolacji przeciwwilgociowej przez pozwanego uzasadnia również obciążenie go kosztami naprawy takiej izolacji, które to koszty Sąd Apelacyjny ustalił w oparciu o opinię biegłego K. P. (1) (k. 2857) na kwotę 7.082,20 zł netto czyli 8640,28 brutto. Jego odpowiedzialność z tego tytułu nie może jednak przekraczać tej kwoty, nie jest on bowiem odpowiedzialny jak to wcześniej wskazano za to, iż przewidziana do realizacji izolacja była nieodpowiednia, nie zwalnia to go jednocześnie z odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu wadliwego wykonania izolacji przeciwwilgociowej (art. 471 w zw. z 474 k.c.)

Nie jest natomiast trafny zarzut apelacji pozwanego dotyczący obrazu art. 230 k.p.c. poprzez przyjęcie przez Sąd Okręgowy, iż J.M. B. otrzymał z tytułu wynagrodzenia z umowy z 5 lutego 2007 łącznie kwotę 470.000 zł skoro

pozwany uzyskaniu tych kwot w toku procesu nie zaprzeczył. W szczególności chodzi o przeksięgowane z rachunku powód kwoty 120.000. zł, 50.000 zł, 38.000 zł. W tym zakresie apelacja pozwanego P. podnosi, iż w odpowiedzi na pozew wnosił o jego oddalenie i zaprzeczył wszelkim twierdzeniom przez siebie nie przyznanym. W ocenie Sądu Apelacyjnego nie jest dopuszczalne dla prawidłowego stosowania art. 230 k.p.c. generalne zaprzeczenie wszystkiemu, aby uchronić się przed zastosowaniem art. 230 k.p.c. Do takiego wniosku prowadzi między innymi wyrok SN z dnia z dnia 9 lipca 2009 r. III CSK 341/08 (LEX nr 584753), gdzie Sąd ten wyraził pogląd, iż nie można odpowiadając na pozew twierdzić, że się nie zgadzając z pozwem „przeczy wszystkim faktom powołanym przez powoda, poza tymi, które wyraźnie się przyzna”. Wypada przy tym zauważyć, iż art. 230 ma zastosowanie gdy uzasadnia to wynik całej rozprawy, a w niniejszej sprawie w kwestia dokonanych przez powoda płatności nie była sporna. Nie bez znaczenia w tym zakresie jest to, iż na dokumencie Banku Spółdzielczego w M. (k. 39v akt 28/09) jest wzmianka, iż kwota 38.000 zł przeksięgowaną tytułem częściowej zapłaty faktury (...), a zatem faktury o takim właśnie numerze wystawionej przez firmę pozwanego L. (k. 39). Także w przypadku kwot 120.000 i 50.000 dokumenty księgowe banku potwierdzają dyspozycję tych kwot tytułem zaliczek na poczet materiałów budowlanych i prac budowlanych co koreluje z fakturami pozwanego nr (...) i (...) (k. 35- akt 28/09). Okoliczności te i fakt, iż pozwany w toku całej rozprawy otrzymania tych kwot nie kwestionował, ani nie wystąpił z żadnym powództwem o ich zapłatę, uprawnionym było przyjęcie przez Sąd Okręgowy, iż żądanie zwrotu kwoty nadpłaconej tytułem wynagrodzenia z umowy z 5 lutego 2007 r. w wysokości ustalonej przez Sąd Okręgowy na 12.500 zł jest zasadne na podstawie art. 405 k.c. i 410 §1 i 2 k.c. W tym zakresie nie zasługiwała też na uwzględnienie apelacja powoda, bowiem nie podważyła ona prawidłowych ustaleń Sądu co do wysokości należnego pozwanemu wynagrodzenia i faktycznie uzyskanego. Dość powiedzieć, iż w pozwie powód jak wspomniano żądał z tego tytułu kwoty 36.178,15 zł (k. 4), a w apelacji przedstawił już inne wyliczenia, z których kwota nadpłaty wyniosła 20.553,15 zł (k. 2728). Powód w tym zakresie nie wskazuje przy tym żadnych dodatkowych wpłat, których Sąd nie uwzględnił, a dąży do pomniejszenia należnego wynagrodzenia pozwanego z tej umowy.

Co się tyczy drugiej grupy roszczeń związanych z umową z dnia 24 lipca 2007 r. (k. 20-23 akt VGC 28/09) to z tego tytułu powód żądał:

1. tytułem kar umownych: kwoty 368.745 zł za zwłokę w wykonaniu umowy, kwoty 47.275 zł tytułem kary umownej za odstąpienie od umowy z dnia 24 lipca 2007 r.

2. tytułem zwrotu poniesionych kosztów związanych z prowadzeniem prac, a które zdaniem powoda winien zgodnie z umową ponieść pozwany, w tym żądał:

- 810 zł tytułem zwrotu kosztów ubezpieczenia budowy,

- 18.129,26 zł tytułem zwrotu kosztów pobranej energii elektrycznej,

- 2.864,60 zł tytułem zwrotu opłat za utrzymanie terenu budowy w stanie wolnym od przeszkód komunikacyjnych, odpadów oraz śmieci, które to koszty powinien ponieść wykonawca.

3. kwoty 134.078,12 zł w tym:

- kwoty 125.128,56 tytułem zwrotu zawyżonego wynagrodzenia;

- kwoty 8.949,57 tytułem kosztów usunięcia wad; obniżenia wynagrodzenia pozwanego (poniesione koszty usunięcia wad) wg wyliczeń J. B. (2).

Punktem wyjścia do rozważań w zakresie tych roszczeń było poczynienie ustaleń w zakresie przedmiotu umowy z 24 lipca 2007 r., skuteczności odstąpienia od tej umowy przez powoda i przysyłających mu w związku z tym odstąpieniem roszczeń. W świetle zapisów umowy (z dnia 24 lipca 2007 r. (k. 20-23 akt VGC 28/09) jej przedmiotem miało być wykonanie elementów wykończenia budynku usługowo-administracyjnego (§1 pkt 2 umowy), w świetle umowy §11 wynagrodzenie wykonawcy miało być ryczałtowe brutto - 472.750 zł.

Zgodnie z §16 umowy przewidziane były kary umowne jako obowiązująca strony forma odszkodowania. Wykonawca zobowiązany był do zapłaty kar umownych w przypadku:

- § 16 ust. 2. pkt 1.a) - zawinionej zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy (0,3% wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki);
- § 16 ust. 2 pkt 1.b) - za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi, (0,3% wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki od dnia wyznaczonego na usunięcie wad);
- § 16 ust. 2 pkt 1.c) - za odstąpienie od umowy z przyczyn zawinionych przez wykonawcę w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego.

§ 16 ust. 3 przewidywał możliwość dochodzenia odszkodowania jeżeli wysokość kary umownych nie pokrywa poniesionej szkody.

Odstąpienie od umowy regulował §20 umowy, który przewidywał prawo odstąpienia od umowy w przypadkach przewidzianych w XV Kodeksu cywilnego (umowa o dzieło) oraz wymienionych w tym §20 ust.1 pkt 1-4 uprawniający do odstąpienia zamawiającego oraz w § 20 ust. 2 pkt 1-3 uprawniający do odstąpienia wykonawcę.

Pismem z dnia 15 maja 2008 r. (k. 134 akt V GC 28/09) powód wezwał pozwanego do usunięcia wad i braków budynku na podstawie art. 656 §1 w zw. z 637 §1 k.c. dotyczących:

1. elewacji (wad bliżej wymienionych w tym punkcie);
2. izolacji przeciwwilgociowych (wad bliżej opisanych w tym punkcie);
3. robót wewnętrznych (wad bliżej opisanych w tym punkcie).

Pismem z dnia 12 czerwca 2008 r. (k.137) powód po upływie wyznaczonego terminu odstąpił od umowy z dnia 27 lipca 2007 r.

Nie ulega też wątpliwości, iż pojawiający się problem niewłaściwej izolacji stał się faktyczną przyczyną sporu, czy wręcz konfliktu między stronami i ostatecznie był on też przyczyną wszczęcia niniejszych wzajemnych spraw. W ocenie Sądu Apelacyjnego spór o izolację stał się też bezpośrednio przyczyną odstąpienia od umowy z dnia 24 lipca 2007 r. (k. 20-23 akt VGC 28/09) po uprzednim wyznaczeniu terminu. Świadczy o tym nie tylko materiał dowodowy w tym zeznania świadków wskazujących na popsucie się stosunków między stronami w z związku z tą izolacją, ale potwierdza to samo pismo z 15 maja 2008 r. w którym powód żądał usunięcia wad tej izolacji przeciwwilgociowych (pkt 2 pisma) mimo, że wykonanie tej izolacji nie było przedmiotem umowy z dnia 24 lipca 2007 r. od której zagroził odstąpieniem.

W świetle opinii biegłego P. (k. 1106-1107) wady dotyczące elewacji i robót wewnętrznych nie miały cech wad istotnych w rozumieniu art. 637 §2 k.c. ale jednocześnie stwierdził, że ich usunięcie było możliwe w wyznaczonym terminie 21 dni wyznaczonych przez powoda. W tym zakresie apelacja pozwanego P. akcentuje brak istotności tych wad w rozumieniu art. 637 §2 k.c., ale trzeba zauważyć, iż nie ma to znaczenia w sytuacji, gdyż odstąpienia od umowy możliwe było na podstawie umowy, która wprowadzała dodatkowe uprawnienia stron w tym zakresie. Sam fakt, że w piśmie o odstąpieniu od umowy powód wskazał wadliwą kodeksową podstawę odstąpienia od umowy (art. 637 §2 k.c.) nie świadczy o nieskuteczności odstąpienia od umowy, jeżeli istniała inna uzasadniona podstawa odstąpienia od umowy. Zgodzić się trzeba z Sądem Okręgowym, iż brak kontynuacji robót pomimo wezwania na piśmie uzasadniał odstąpienie od umowy na podstawie § 20 ust. 1 pkt 4 umowy. Nie oznacza to jednak automatycznie przyjęcia, iż Sąd Apelacyjny akceptuje pogląd Sądu Okręgowego, iż wady te można było usunąć w wyznaczonym 21 dniowym terminie. Zdaniem Sadu Apelacyjnego przy ocenie opinii biegłego w tym zakresie (k. 1106 -1107), która wskazuje wprawdzie, iż usunięcie wad w terminie 21 dni było możliwe, trzeba odnieść do faktycznej sytuacji - stanu budowy w tym czasie. Biegły dokonywał oględzin i sporządził opinię wówczas, gdy naprawy te były już dokonane, a zatem w swojej opinii ustalił on przede wszystkim liczbę potrzebnych roboczogodzin dla ekipy 6-osobowej, które matematycznie

wyliczone pozwalały na wykonanie na usunięcie wad w terminie 21 dni od wezwania przez powoda do ich usunięcia. Przedmiotowy termin 21 dni trzeba jednak zestawić z koniecznością naprawienia w tym samym okresie izolacji - co zdaniem biegłego (k. 2966v) wymagało 52 dni. Wprawdzie biegły wspomina o możliwości odcinkowego wykonywania obu prac, co z natury rzeczy wymagało równoległej pracy dwóch ekip budowlanych i istotnej koordynacji tych prac. To przede wszystkim w tym stanie budowy, kiedy problem „wody” w zasadzie nie był jeszcze rozwiązany, a zagrażał on poważnie dokonywanej inwestycji, racjonalnym działaniem było staranne i uprzednie wykonanie właściwej izolacji (przed przystąpieniem do pracy naprawczych, których powód wykonania się domagał pod rygorem odstąpienia od umowy). Z tych przyczyn Sąd Apelacyjny przyjmuje (o czym jeszcze niżej), iż wykonanie prac naprawczych w wyznaczonym terminie nie było, ani możliwe ani nawet celowe przed definitywną naprawą izolacji. Gdyby pozwany nawet kontynuował dalej prace, to nie mógłby tych prac prowadzić należycie w związku koniecznością naprawy izolacji i brakiem dostępu do elewacji, której naprawy miał dokonać, a przynajmniej częściowo utrudnione było wykonanie naprawy robót wewnętrznych. Skuteczną zatem podstawą odstąpienia przez powoda B. od umowy nie było niedokonanie usunięcia wad w wyznaczonym terminie 21 dni, lecz to że pozwany w ogóle nie przystąpił do kontynuacji prac - do czego był wzywany. Trudno mu jednak przypisać zwłokę w usunięciu tych wad, bowiem nawet gdyby przystąpił do tych prac to nie mógłby ich zakończyć w związku z pracami nad izolacją, której zły wybór go nie obciążał z przyczyn wyżej wskazanych. W świetle wiarygodnego materiału dowodowego bezpośrednio przyczyną przerwania prac przez pozwanego było wycofanie się przez powoda z ustaleń co do rozkładu kosztów naprawy izolacji. W swoich zeznaniach wiarygodnych w tym zakresie T. M. (1) majster budowy od października 2007 r. do odstąpienia od tej umowy (k. 2086 i 2086 v) wskazał, że jak inwestor wycofał się z partycypowania w kosztach naprawy izolacji, (a były już wówczas wykonane wykopy przez pozwanego w celu naprawy tej izolacji) to pozwany wstrzymał roboty utrzymując, że zawilgocenie nie jest z jego (wykonawcy) winy. Świadek wskazał przy tym, iż w maju i kwietniu (2008 r.) nie było możliwości dokończenia robót z tej właśnie przyczyny, że wobec prac naprawczych izolacji nie było możliwości rozstawienia wokół budynku rusztowań potrzebnych do dokończenia elewacji. Świadek wskazał przy tym, że dopiero w kwietniu (2008 r.) nastąpił wybór koloru elewacji. Zeznanie tego świadka koreluje z zeznaniem świadka T. S. (1) (k.2113 - 2115), który jak podał od 9 kwietnia 2008 r. pełnił obowiązki inspektora nadzoru na tej budowie, który podał, iż w dniu objęcia przez niego stanowiska inspektora nadzoru doszło do spotkania między inwestorem a wykonawcą, zakończonego spisaniem protokołu, co do zasad usunięcia wad. Wskazał, iż w protokole tym zapisano między innymi, że usunięcie zawilgocenia nastąpi zgodnie z ekspertyzą prof. R. W.. Nie uzgodniono wówczas kto pokryje koszt materiału (folii kubełkowej). Zeznanie tego świadka jak i świadka M. co do poczynionych w dniu 9 kwietnia 2008 r. uzgodnień potwierdza sama treść spisanego wówczas protokołu (k. 543 akt V GC 150/09), gdzie wskazano szereg uzgodnień stron, co do naprawy izolacji, z jednoczesnym brakiem uzgodnień co do kosztów zakupu folii kubełkowej i materiału do drenażu opaskowego, do czego strony miały odnieść się później (pkt 3 protokołu).

Istotne jest niewątpliwie potwierdzenie przez świadka T. S., iż bezpośrednio po objęciu przez niego stanowiska inspektora nadzoru nie było możliwe prowadzenie prac naprawczych na mokrych ścianach i elewacji - z uwagi na konieczność w pierwszej kolejności usunięcia wad izolacji, do czego były potrzebne wykopy wykonane zasadniczo przez pozwanego. Jak podał świadek „Roboty malarskie elewacji nie zostały wykonane i nie mogły być wykonane, bo mogłyby być wykonane tylko wtedy gdyby podłoże przygotowane było w sposób właściwy.... Ściany w różnych częściach budynku zaciekały, po ścianach lała się woda i były mokre i też z tego powodu nie można było ich malować. W tym czasie gdy nie były usunięte usterki i wady, to nieistotne czy wybrana była kolorystyka bo i tak nie można było malować” (k. 2116). Nawet zatem w ocenie inspektora nadzoru (od 9 kwietnia 2008 r.) nie było możliwości, ale przede wszystkim sensu przystępować do malowania ścian bez ich odpowiedniego przygotowania no i przede wszystkim usunięcia przyczyny ich wilgotności czyli właściwej naprawy izolacji.

Naprawa izolacji, bez przeprowadzenia której nie było racjonalnym i celowym przystąpienia do malowania elewacji i wykonywania robót wewnętrznych na zawilgoconych ścianach, trwała w istocie w drugiej połowie roku 2008. Wynika to zarówno z zeznań świadka K. S. (k. 2166), który wykonywał prace związane z odwodnieniem ław fundamentowych i poprawieniem izolacji pionowej jak i z wpisów do dziennika budowy. W świetle przedmiotowych wpisów prace przy naprawie izolacji pionowej (k 555 in akt V GC 28/09) miały miejsce jeszcze w listopadzie 2008 r.



Fakt, iż nie było sensu i możliwości prowadzenia prac naprawczych i wykończeniowych w zakresie robót wewnętrznych i elewacji potwierdza pośrednio i w istocie też i to, że faktycznie prace naprawcze (elewacji i środka budynku) rozpoczęły się dopiero od końca października 2008 r. w świetle zeznań świadka R. P. (3) (k. 2324), który te prace wykonywał jak pisał od końca października 2008 do listopada (środek budynku), a na zewnątrz pracował w 2009 r.

Oznacza to, iż powód który domagał się od pozwanego pismem z dnia 15 maja 2008 r. (k. 134 akt 28/09) usunięcia wad i braków budynku dotyczących m.in. elewacji i robót wewnętrznych w terminie 21 dni pod rygorem odstąpienia od umowy - sam zlecił wykonanie tych prac R. P. dopiero od końca października 2008 r., czekając na uprzednie usunięcia kiedy wady izolacji. Uprawniona jest w tych okolicznościach nawet teza, iż w istocie powód wyznaczając przedmiotowy termin 21 dni na usunięcie wad - w czasie gdy ich usuwanie albo nie było możliwe, a już na pewno nie było celowe - dążył do uzyskania podstawy do odstąpienia od umowy.

Odstąpienie to należało jednak uznać za skuteczne z tej przyczyny, iż pozwany w ogóle nie podjął przedmiotowych prac mimo wezwania - niezależnie od tego czy termin określony przez powoda był realny. Zasadnie zatem Sąd Okręgowy zasądził karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia, przy czym jak się zdaje popełnił drobny błąd rachunkowy zasądzając kwotę 47.250 zł zamiast kwoty 47.275 zł (10% z kwoty 472.750 zł, o której mowa w umowie k. 21 akt VGC 28/09), stąd Sąd Apelacyjny dokonał korekty tej kwoty. Jak wspomniano wcześniej Sąd Apelacyjny odmiennie niż Sąd Okręgowy przyjmuje, iż podstawą odstąpienia od umowy i tym samym podstawą do zasądzenia tej kary umownej nie jest fakt nie dokonania usunięcia usterek w wyznaczonym 21-dniowym terminie - bo to było ani możliwe z uwagi na wykopy wokół budynku w związku z koniecznością naprawy izolacji ani sensowne, ale to że pozwany w ogóle nie przystąpił do kontynuacji prac w związku z konfliktem o koszty i sposób naprawy izolacji budynku. Okoliczność, iż pozwanego nie obciąża wybór wadliwej izolacji przeciwwilgociowej zamiast przeciwwodnej (jaką zresztą ostatecznie powód wykonał) i fakt, że bez naprawy tej izolacji nie było możliwym fizycznie (wykopy wokół budynku) wykonanie elewacji oraz nie było celowym (bez usunięcia przyczyn wilgoci) malowanie zawilgoconych ścian i wykonywanie innych prac wykończeniowych - podzielić należy co do zasady brak podstaw do zasądzenia kary umownej z za zwłokę do chwili odstąpienia od umowy, bo przyczyny tej zwłoki nie leżały po stronie pozwanego.

W tym zakresie jednak wywodów uzasadnienia Sądu Okręgowego Sąd Apelacyjny nie podziela co do podstaw odmowy zasądzenia przedmiotowej kary umownej. W tym zakresie Sąd Apelacyjny odmiennie bowiem przyjmuje, iż co do zasady nie ma przeszkód w zakresie kumulacji kar umownych, jeżeli każda z nich zastrzeżona jest na wypadek zaistnienia innych zindywidualizowanych okoliczności.

Brak też jest podstaw do przyjętej przez Sąd Okręgowy wykładni art. 395 § 2 k.c., że w przypadku odstąpienia od umowy nie można żądać przewidzianej tą umową kary umownej za zwłokę za czas sprzed odstąpienia od umowy. W orzecznictwie i doktrynie zdaje się bowiem dominować pogląd przeciwny, w myśl którego skorzystanie przez inwestora z prawa odstąpienia od umowy o roboty budowlane nie pozbawia go roszczenia o zapłatę kary umownej zastrzeżonej na wypadek przekroczenia terminu oddania obiektu (por. wyrok SN z dnia 5 października 2006 r., IV CSK 157/06, OSNC 2007, nr 7-8, poz. 114, Biul. SN 2007, nr 2, s. 11, OSP 2007, z. 12, poz. 142.). Wprawdzie literalna treść art. 395 § 2 k.c. wskazują na to, iż umowę od której odstąpiono traktuje się za niezawartą, co akcentuje Sąd Okręgowy wyłączający, co do zasady możliwość kumulacji kar umownych przypadku odstąpienia, to jednak zdaniem Sądu Apelacyjnego pogląd ten jest zbyt daleko idący. Mając na względzie zasadę życzliwej interpretacji umów trudno jest przyjąć, iż wskutek odstąpienia od umowy jej strona traciłaby prawo do kary umownej, do której prawo to powstało jeszcze przed odstąpieniem od umowy (por. w tym zakresie wyrok SN z dnia 2 października 2007 r., II CNP 101/07, LEX nr 490505). Nie wykluczając zatem możliwości łączenia obu przewidzianych w umowie stron z 24 lipca 2007 r. kar umownych zdaniem Sądu Apelacyjnego w niniejszej sprawie trzeba jednak zauważyć, nie została spełniona przesłanka kary umownej, o której mowa w § 16 umowy ust. 2 pkt 1.a) tzn. w ocenie Sądu Apelacyjnego, a mianowicie nie można przyjąć, iż zwłoka w wykonaniu przedmiotu umowy nastąpiła z winy wykonawcy - co obszernie uzasadniono wyżej. Specyfika niniejszej sprawy polega na tym, iż zawinienie uzasadniające odstąpienie od umowy (§ 20 ust.1pkt 4. umowy), które przypisać można wykonawcy polegało na tym, że pomimo wezwania do kontynuacji prac, prac tych nie kontynuował wobec powstania sporu co przyczyn i kosztów usunięcia wad izolacji, co było objęte inną umową - i co

ostatecznie zdaniem Sądu Apelacyjnego go nie obciąża. Nie można mu natomiast przypisać zawinienia w rozumieniu § 16 umowy ust. 2 pkt 1.a w zwłoce za wykonanie umowy, bowiem zwłoka ta, co do zasady nie powstała z jego winy, lecz z powodu konieczności rozwiązania problemu powstałego zawilgocenia obiektu, co było skutkiem wyboru wadliwej izolacji. Obciążenie zatem drugą karą umowną pozwanego byłoby przerzuceniem na niego skutków wadliwego wyboru izolacji przewidzianej już w projekcie.

Zgodzić się należy z apelacją pozwanego M. P. (1), iż wadliwe są ustalenia faktyczne i zasądzenie od niego kwoty 8.949,57 zł tytułem kosztów odszkodowania za szkodę wynikłą z nienależytego wykonania umowy z dnia 24 lipca 2007 r. Przede wszystkim należało zauważyć, iż zasądzenie tej kwoty nastąpiło jedynie na podstawie prywatnej opinii J. B. (2), a zatem na podstawie zakwestionowanej dokumentu prywatnego, o którym była już mowa wyżej. Ustalenia Sądu Okręgowego w tym zakresie naruszają zatem art. 233 §1 k.p.c. oraz 253 k.p.c. Po drugie Sąd Okręgowy nie zauważył, iż w świetle postanowienia umownego (§16 ust.3 umowy) odszkodowanie strony przewidziały jedynie na wypadek, gdy kara umowna nie pokryje poniesionej szkody. Oznacza to, w tym przypadku, iż odszkodowanie przysługiwałaby powodowi, gdyby wykazał, że zasądzona mu kwota 47.275 zł jest niższa niż doznana szkoda.

Słusznie natomiast Sąd Okręgowy oddalił żądanie zasądzenia kwoty 125.128,56 zł tytułem zwrotu zawyżonego wynagrodzenia. Żądanie to również powód opierał na prywatnej opinii J. B. (2) i nie końca jasno wskazywał podstawę tego roszczenia. W świetle uzasadnienia pozwu powód zdawał się podnosić, iż pozwany zawyżył wynagrodzenie przewidziane w umowie z dnia 24 lipca 2007 r. Powód usiłował w związku z tym nawet doprowadzić do skazania pozwanego za przestępstwo w postępowaniu karnym, ale postępowanie to z oskarżenia publicznego zostało umorzone (k.1279), co zmusiło powoda do kontynuacji tej sprawy z oskarżenia prywatnego (k.315, 1910-1919). Ostatecznie jednak niespornym było, iż pozwany P. został z zarzutów tych uniewinniony prawomocnie (k. 2966v). Zdaniem Sądu Apelacyjnego - sporządzenie kosztorysu co do tak szerokiego przedmiotu umowy jak w sprawie niniejszej jest rzeczą skomplikowaną, zależną od wielu zmiennych (np. cen jednostkowych robocizny, rodzaju i ceny przyjętych materiałów), że z regułą będzie, że kosztorysy będą się różnić. Dość powiedzieć, iż J. B. (2), na którego kosztorysach powód opierał swoje niektóre roszczenia wycenił objęte powództwem w pierwszej sprawie prace M. P. (1) na kwotę 119.786,82 zł, podczas gdy w oparciu o opinię biegłego sądowego P. przyjętą przez Sąd Okręgowy i Apelacyjny ich wartość ustalono na kwotę ponad 240 tys. złotych. W zakresie wysokości wynagrodzenia z przedmiotowej umowy z 24 lipca 2007 r. powód winien też zauważyć, iż w § 11 tej umowy strony oświadczyłyby, że wynagrodzenie to jest wynagrodzeniem ryczałtowym oraz że zostało ustalone na podstawie: „... dokumentacji technicznej, kosztorysu ofertowego i negocjacji stron umowy... Już z tych zapisów umowy trudno jest uznać powództwo w tym zakresie za zasadne. Powód nie podnosił, ani nie wykazał przy tym, aby działał pod wpływ błędu czy podstępnie pozwanego. Ceny ustalone w ramach negocjacji zawsze się od siebie różnią, i sam fakt, iż w obecnej ocenie powoda winien on zapłacić mniej, nie jest wystarczający do uznania jego roszczenia w tym zakresie zasadne. Nie bez znaczenia wydaje się też być w tym zakresie, iż chwila zawierania umowy przypadła na okres koniunktury w budownictwie (wysokie koszty materiałów budowlanych i robocizny), co po zmianie tej koniunktury i tym samym obniżeniu cen i usług w budownictwie, może dodatkowo wzmacniać subiektywne odczucie powoda, że wynagrodzenia w umowach z pozwanym były zawyżone.

Sąd Okręgowy powołując się na art. 471 i § 7 i 8 umowy z 24 lipca 2007 r. uwzględnił w całości roszczenia związane z żądaniem zwrotu poniesionych przez powoda kosztów ubezpieczenia budowy (810 zł), zwrotu kosztów pobranej energii elektrycznej (18.129,26 zł) oraz zwrotu kosztów zwrotu opłat za utrzymanie terenu budowy w stanie wolnym od przeszkód komunikacyjnych, odpadów oraz śmieci (2.864,60 zł). Uzasadnienie w tym zakresie jest jednak dość lakoniczne i nie zawiera rzeczowej analizy odniesienia się do poszczególnych kwot. Prawdą jest, iż w świetle zapisów umowy wedle jej §6 ust. 2.1. zamawiający miał zapewnić odpłatnie - źródło poboru energii elektrycznej. Zgodnie z §7 ust. 1 umowy wykonawca zobowiązywał się do utrzymania terenu budowy w stanie wolnym od przeszkód komunikacyjnych oraz miał usuwać i składować zbędne materiały, odpady i śmieci oraz niepotrzebne urządzenia prowizoryczne. Z kolei § 8, który dotyczył ubezpieczenia budowy i robót z tytułu szkód nakładał obowiązek ubezpieczenia na wykonawcę od szkód, które mogą zaistnieć w okresie od rozpoczęcia robót do przekazania przedmiotu umowy zamawiającemu.

Analizując powyższe roszczenia stwierdzić należy przede wszystkim, iż poza sporem winno być, iż obowiązki pozwanego określone w § 6-8 umowy zostały skalkulowane (uwzględnione) w ustalonym wynagrodzeniu wykonawcy.

Co się tyczy kosztów ubezpieczenia budowy w jej trakcie, to niewątpliwie powinien ponieść je pozwany P., jednak uszło uwadze Sądu, iż złożona przez powoda polisa (k.205-206), z której zwrotu składki powód się domaga - dotyczy okresu od 28.05.2008 r. do 27.05.2009 r., podczas gdy z dniem 18 czerwca 2008 r. powód odstąpił od umowy, a zatem od tego dnia to nie pozwanego obciążał obowiązek ubezpieczenia budowy. Składka przedmiotowa obciąża zatem pozwanego jedynie za dni: od objęcia ubezpieczeniem z tej do odstąpienia od umowy czyli za iloczyn 21/365 roku i 810 zł rocznej składki, co daje kwotę 46,60 zł.

Nie budzi zastrzeżeń zasądzenie kwoty 2.864,60 zł tytułem zwrotu kosztów opłat za utrzymanie terenu budowy w stanie wolnym od przeszkód komunikacyjnych, odpadów oraz śmieci. Powód przedłożył w tym zakresie faktury z okresu, w którym plac budowy posiadał wykonawca (pozwany) na ponad 3.000 zł (k. 216-228). Skoro w świetle umowy (§ 7) zobowiązywał do utrzymania terenu budowy w stanie wolnym od przeszkód komunikacyjnych oraz miał usuwać i składować zbędne materiały, odpady i śmieci oraz niepotrzebne urządzenia prowizoryczne - a najwyraźniej obowiązek ten za niego w całości (lub co najmniej w istotnej części) realizował powód, co wówczas pozwany niewątpliwie akceptował, bo trudno przyjąć, iż przez okres dysponowania placem budowy nie zauważył sposobu usuwania śmieci i umieszczenia kabin. Zasadnym jest zwrot wydatkowanych na przez powoda środków, tak jak przyjął to Sąd Okręgowy. Takie wnioski wynikają też z zeznań świadków: R. J. (k. 2456), które jako wieloletni pracownik powoda J.M B. „nadzorował” budowę, który potwierdził korzystanie przez pracowników pozwanego zarówno z energii elektrycznej jak i kabin sanitarnych; R. K. który, jako serwisant kabin stawał je na posesji powoda (k. 2168v) i M. B. (2), który wywoził kontenery ze śmieciami z budowy. W tym zakresie wypada zauważyć, iż podobne zapisy umowy zawierała też wcześniejsza umowa łącząca strony z 5 lutego 2007r. (k. 11-17 akt VGC 28/09). W obu też umowach w §§ 3 wskazano, iż teren budowy do 10 lutego 2007 r. miał być przekazany pozwanemu.

Nie budzi też zastrzeżeń sposób wyliczenia kwoty dochodzonej przez powoda z tytułu zużytej energii elektrycznej 18.129,26 zł, której koszt niewątpliwie w świetle umowy (§ 6) obciążał pozwanego, skoro zamawiający miał udostępnić źródło jej poboru odpłatnie. Podstawą wyliczeń powoda przyjętych przez Sąd Okręgowy była wysokość kwot uiszczonych przez powoda za energię elektryczną na podstawie wystawionych przez Zakład (...) faktur (k. 207-215). Następnie powód za miesiące, w których tylko pozwany korzystał z energii elektrycznej ustalił średni koszt miesięczny energii zużywanej przez pozwanego, co dało mu kwotę 1.710,31 zł miesięcznie i do takiej kwoty obciążył pozwanego za miesiące, w których z energii korzystał także powód. Taki sposób wyliczenia w okolicznościach niniejszej sprawy, gdzie poza sporem było, iż pozwany korzystał z energii elektrycznej z miejsca poboru pozwanego oddaje realne zużycie tej energii przez pozwanego, zatem nie naruszył wbrew zarzutom apelacji pozwanego Sąd Okręgowy art. 233 §1 k.p.c. akceptując wyliczenia powoda, choć niewątpliwym jest, iż omówienie w uzasadnieniu Sądu pierwszej instancji zasądzonych kwot w tym zakresie, nie było wystarczające do rozwiania wątpliwości pozwanego. Trzeba też zauważyć, iż pozwany w toku procesu ograniczając się do ogólnego zaprzeczenia wszelkim faktom wyraźnie nie przyznanym, co jak wcześniej wskazano nie jest skuteczne, nie przedstawił żadnych realnych dowodów podważających zasadność przyjętego wyliczenia, lub wskazujących na lepszy - bardziej precyzyjny - sposób rozliczenia energii.

Reasumując rozważania w tej sprawie Sąd Apelacyjny apelacja powoda podlegała oddaleniu zasadniczo w całości na podstawie art. 385 k.p.c. (nie licząc korekty błędu rachunkowego Sądu w zakresie zasądzonej kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy tj. zasądził 47.250 zł zamiast 47.275 zł.). Apelacja pozwanego na zasadzie art. 386 §1 k.p.c. uwzględniona została w około 60 %, co uzasadniało także zmianę rozstrzygnięcia o kosztach za pierwszą instancję w tej sprawie w oparciu o art. 100 k.p.c. w ramach stosunkowego rozdzielenia kosztów. Zmiana wyroku Sądu pierwszej instancji na korzyść pozwanego zmieniła proporcje, w jakich pozwany wygrał sprawę w pierwszej instancji, wygrywając ją ostatecznie w blisko 85%, co uzasadnia zasądzenie na jego rzecz tytułem zwrotu części kosztów procesu kwoty 7200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego (w pierwszej instancji pozwany był reprezentowany przez radcę prawnego, który złożył odpowiedź na pozew k. 773) na podstawie art. 100 k.p.c. w zw. z § 6. pkt 7 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 (Dz. U. z 2002 r. Nr 163, poz. 1349 z zm.).

W zakresie kosztów procesu za drugą instancję również dokonano ich stosunkowego rozdzielania na podstawie art. 100 k.p.c. i zasądzone na rzecz pozwanego M. P. kwotę 7.379 zł tytułem zwrotu 60% opłaty sądowej od apelacji uiszczonej w tej sprawie (k. 2763, 2769). Nadto zasadnym jest było obciążenie powoda J.M. B. na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010, Nr 90 poz. 594 z zm.) resztą kosztów sądowych wyłożonych ze środków Skarbu Państwa w postępowaniu apelacyjnym przypadających na tę sprawę tj. połową wydatków na opinię biegłego (k. 2882) i jego wysłuchanie na rozprawie w łącznej kwocie 4143,67 złotych, czyli kwotą 2071,83 złotych.