

Sygn. akt I ACa 642/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 kwietnia 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Bogusław Suter (spr.)
Sędziowie	:	SA Elżbieta Borowska SA Bogusław Dobrowolski
Protokolant	:	Sylwia Radek-Łuksza

po rozpoznaniu w dniu 13 kwietnia 2017 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **A. M.**

przeciwko **C. D. (1) i S. P. (1)**

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 9 maja 2016 r. sygn. akt I C 992/15

I. oddala apelację;

II. zasądza od powoda na rzecz pozwanego C. D. (1) 5.400 zł tytułem zwrotu kosztów procesu za instancję odwoławczą.

(...)

UZASADNIENIE

Powód A. M. wnosił o zasądzenie od pozwanych C. D. (1) oraz S. P. (1) in solidum kwoty 77.140 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia doręczenia pozwu do dnia zapłaty, zasądzenie od C. D. (1) kwoty 9.500 zł z ustawowymi odsetkami od dnia doręczenia pozwu do dnia zapłaty, zasądzenie od S. P. (1) kwoty 85.760 zł z ustawowymi odsetkami od dnia doręczenia pozwu do dnia zapłaty. Domagał się też zasądzenia kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu wskazał, że pozwani jako projektant i kierownik budowy (C. D. (1) – dalej jako pozwany ad. 1) oraz jako wykonawca (S. P. (1) – dalej jako pozwany ad. 2) odpowiedzialni są za szkodę, spowodowaną niewłaściwym wykonaniem zobowiązania – tj. wybudowaniem domu mieszkalnego oraz budynku gospodarczego o kilkadziesiąt centymetrów niżej od ulicy, otoczenia i sąsiednich budynków. Powód wskazywał, iż S. P. (1) porzucił budowę bez jej zabezpieczenia, co spowodowało zniszczenie części materiałów budowlanych, a niewłaściwe wybudowanie budynków wymogło na powódzie znalezienie innego wykonawcy i kierownika budowy celem dokończenia prac. Koszt przebudowy budynku, za co odpowiedzialność ponoszą obaj pozwani, określił powód na 77.140 zł. Żądana od C. D. (1) kwota 9.500 zł to żądanie zwrotu wypłaconego mu wynagrodzenia za pełnienie funkcji kierownika budowy. Żądana od S. P. (1) kwota 85.760 zł to koszt robocizny (54.000 zł) pomniejszony o 20.000 zł niedopłaconych S. P. i powiększony o wartość strat materiałów zniszczonych na skutek ich niezabezpieczenia przez pozwanego (według powoda – 46.760 zł) oraz o koszt uporządkowania i zabezpieczenia przed zimą placu budowy i koszt ekspertyzy technicznej (5.000 zł).

Pozwany ad. 2 wnosił o oddalenie powództwa. Potwierdził, iż jako wykonawca podjął się budowy u powoda w W., według dokumentacji i naniesienia budynku przez geodetów. Jako wykonawca robót budowlanych z 40-letnim doświadczeniem uznawał, że budynek naniesiony przez geodetów odpowiadał kubaturze i poziomowi piwnicznemu danego terenu. Podkreślał, że w trakcie prowadzenia prac budowlanych odbyły się dwie kontrole przeprowadzone przez nadzór budowlany w trakcie, których nie stwierdzono żadnych nieprawidłowości oraz stwierdzono, że pozwany ad. 2 buduje zgodnie z projektem. Pozwany ad. 2 podał, iż wstrzymał wykonywanie przedmiotu umowy na skutek braku płatności oraz braku możliwości uzyskiwania materiałów. Ocenił postępowanie inwestora jako nieuczciwe, w jego opinii powód zalega mu z płatnością 35.000 zł – a zamiast rozliczenia się z nim powód najął inną firmę budowlaną, zmienił kubaturę budynku i dokończył inwestycję niezgodnie z projektem pierwotnym.

Pozwany ad. 1 wnosił o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego. W uzasadnieniu przyznał, że pełnił funkcję kierownika budowy w oparciu o ustną umowę z powodem, prowadził Dziennik budowy i dokonywał w nim wpisów. Zaprzeczył, by dokonywał wpisów w Dzienniku budowy post factum, dopiero otrzymawszy wezwanie do zapłaty i do wydania Dziennika budowy od powoda, na potwierdzenie czego przywołał wpisy inspektora Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w G.. Co do zarzutu dopuszczenia do wzniesienia budynków na poziomie niższym niż poziom drogi i budynków sąsiednich wskazywał, iż zgodnie z wymogami Prawa budowlanego pozwany ad. 1 jako kierownik budowy zapewnił wytyczenie obiektu przez uprawnionego geodetę, co znalazło wyraz w stosownym wpisie w Dzienniku budowy. Jego zdaniem prace prowadzono zgodnie z projektem oraz z wymogami prawa budowlanego. Powód poza tym nie wykazał wysokości szkody ani nie przedstawił żadnych dokumentów na potwierdzenie swojego uszczerbku majątkowego.

Wyrokiem z dnia 9 maja 2016 roku wydanym w sprawie o sygnaturze akt I C 992/15 Sąd Okręgowy w Białymstoku oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 4.617 zł tytułem zwrotu kosztów procesu. Stwierdził, że brakujące koszty sądowe ponosi Skarb Państwa.

Sąd I instancji ustalił, że powód na co dzień mieszka w USA. Podczas swego pobytu w Polsce w roku 2012 zlecił C. D. (1) prowadzącemu pracownię projektową sporządzenie projektu technicznego, a po znalezieniu przy jego pomocy wykonawcy prac budowlanych, powód zawarł z tym wykonawcą stosowną umowę. Jednocześnie na mocy ustnej umowy pozwany C. D. (1) miał pełnić na obiekcie obowiązki kierownika budowy. W dniu 21 sierpnia 2012 roku powód A. M. zawarł ze S. P. (1) umowę o wykonanie inwestycji polegającej na wybudowaniu budynku mieszkalnego oraz budynku gospodarczego składowo – garażowego. W ramach umowy wykonawca zobowiązał się wykonać budynek mieszkalny, tj. wykonać wykop pod ławy fundamentowe, ławy i ściany fundamentowe z bloczków betonowych z izolacją przeciwwilgociową oraz izolacją termiczną do poziomu terenu, wykonać rozprowadzenie instalacji wodno – kanalizacyjnej w posadzce podpiwniczenia, wylewkę betonową w obrębie podpiwniczenia budynku, ściany z bloczków gazobetonowych na zaprawie klejowej, stropy nad piwnicą, parterem i piętrem, więźbę dachową z odeskowaniem i opapowaniem, nadproża wylewane ręcznie, ławy fundamentowe, wylewkę betonową w obrębie podpiwniczenia budynku, wieńce obwodowe, schody i stropy wylewane z betonu z wytwórni. W ramach wykonania budynku gospodarczego składowo – garażowego pozwany ad. 2 zobowiązał się wykonać wykop pod ławy fundamentowe, ławy

i ściany fundamentowe z bloczków betonowych z izolacją przeciwwilgociową oraz izolacją termiczną do poziomu terenu, rozprowadzenie instalacji wodno – kanalizacyjnej w posadzce podpiwniczenia, wylewkę betonową w obrębie parteru budynku, ściany z bloczków gazobetonowych na zaprawie klejowej, strop z parterem, więźbę dachową z odeskowaniem i opapowaniem, nadproża wylewane ręcznie, ławy fundamentowe, wylewkę betonową w obrębie parteru budynku, wieńce obwodowe, podciąg, słupy, schody i stropy wylewane z betonu z wytwórni. Ustalono, iż wszelkie materiały potrzebne do wykonania robót zapewniać miał powód i ponosił też koszt ich dostawy. Strony ustaliły wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie robót objętych umową na 140.000 zł – tj. 80.000 zł za budynek mieszkalny oraz 60.000 zł za budynek gospodarczy składowo – garażowy. Wynagrodzenie płatne miało być w ratach za wykonanie określonych w umowie części prac, a opłata poszczególnych etapów robót warunkowała wykonanie dalszych robót. W dacie zawarcia umowy powód na wykonanie budynku mieszkalnego wpłacił wykonawcy zaliczkowo 40.000 zł, zaś na wykonanie budynku gospodarskiego – 5.000 zł. Opłata poszczególnych etapów robót, jak i rozliczenie końcowe nastąpić miało nie później niż 7 dni po ich zakończeniu po pozytywnym zaopiniowaniu prac przez kierownika budowy. Według umowy rozpoczęcie robót nastąpić miało 17 sierpnia 2012 roku, zakończenie zaś 3 miesiące później. W przypadku nadejścia okresu z ujemnymi temperaturami wykonawca miał zabezpieczyć obiekt i niezwłocznie dokończyć prace w okresie wiosennym.

Sąd Okręgowy kolejno wskazał, że projekt budowlany budynku mieszkalnego i budynku gospodarczego składowo – garażowego powstał w (...) pozwanego ad. 1 i poszczególne elementy inwestycji z branż: architektura, konstrukcja, współpraca, instalacje sanitarne, instalacje elektryczne zaprojektowane zostały przez projektantów posiadających stosowne uprawnienia. Inwestycja – budowa budynku mieszkalnego i budynku gospodarczego składowo – garażowego w miejscowości W. przy ul. (...) na działce nr ewid. (...) i części działek nr ewid. (...) i (...) przez powoda realizowana była zgodnie z uzyskanym pozwoleniem na budowę – decyzją wydaną przez Starostę (...) z dnia 5 lipca 2012 roku nr (...) (nr rej. (...)).

Sąd I instancji zauważył, że powód kupował materiały i stal na cele realizacji inwestycji w firmie (...) sp. z o.o. oddział w G. w okresie od 10 sierpnia 2012 roku do 25 czerwca 2013 roku, a materiały były zamawiane i odbierane przez firmę wykonawczą. Powód wpłacał zaliczki na poczet materiałów budowlanych. Po przekroczeniu kwoty zaliczki firma (...) odmawiała wydawania towarów wykonawcy. Pozwany ad. 2 w terminie przystąpił do wykonywania robót. Przerwał roboty przy realizacji obu obiektów w dniu 27 czerwca 2013 roku w związku ze wstrzymaniem finansowania inwestycji. Według zaleceń kierownika budowy, wykonawca przed przystąpieniem do kontynuacji prac miał poprawić usterki, a roboty miały być wznowione po wznowieniu finansowania – kontynuacja prac miała nastąpić według aneksu do umowy. W Dzienniku budowy znalazł się zapis, iż po przerwaniu prac teren budowy zabezpieczono. W dniu 18 października 2013 roku w związku z dalszym przestojem na budowie ze względu na brak ze strony inwestora jej finansowania oraz nieprzystąpieniem wykonawcy do poprawy konstrukcji więźby dachowej, Dziennik budowy na prośbę pełnomocnika inwestora pozwany ad. 1 odesłał pełnomocnikowi na adres jego kancelarii.

Z dalszej części ustaleń wynika, że powód zwracał się z wezwaniem do pozwanego ad. 1 o nakłonienie pozwanego ad. 2 do dokończenia prac i udzielenie mu w tym zakresie wskazówek, zaś pozwanego ad. 2 do niezwłocznego usunięcia usterek i dokończenia prac – z określonym terminem do końca października 2013 roku. Po zejściu pozwanego ad. 2 z budowy po spotkaniu stron dnia 6 listopada 2013 roku sporządzono notatkę dotyczącą realizacji budowy budynku mieszkalnego i budynku gospodarczego w ramach inwestycji zleconej przez powoda. Powód oświadczył wówczas, iż rezygnuje z dalszych usług pozwanego ad. 2. Stan zaawansowania budynku mieszkalnego opisano wówczas jako: piwnice, parter, piętro, ścianki kolankowe strychu, stropy nad poszczególnymi poziomami, zaczęta więźba dachowa przeznaczona do poprawy. W notatce zapisano, iż w obrębie budynku mieszkalnego brakuje schodów wewnętrznych i zewnętrznych, ścianek działowych, poprawy więźby dachowej z odeskowaniem i opapowaniem. Określono również stopień zaawansowania prac w budynku gospodarczym. Wykonawca wyszedł ze spotkania ze stwierdzeniem, że zostawił plac budowy ze względu na brak finansowania budowy.

Przy wytyczaniu rzędnych projektowanych budynków i dokonywaniu pomiarów przed rozpoczęciem prac powód był obecny. Pozwany ad. 2 dopominał się o płatności za poszczególne etapy prac u powoda oraz jego brata, liczył na płatności w ratach, z których powód się nie wywiązywał. Pozwany ad. 2 zostawił budowę na etapie, gdy ścianka

kolankowa była zalana pod więźbę, wymurowano budynek i wykonano 90% więźby dachowej. Powód we własnym zakresie zmienił dach. Poziom drogi, przy której stoi budynek mieszkalny i gospodarczy był podnoszony, gdy był wykonany już parter budynków.

W wyniku dokonanego w 2012 roku remontu drogi powiatowej nr (...) w km 0+000 ÷ 0+790 rzędne wysokościowe nawierzchni drogi zostały podniesione o +1 do +13 cm w stosunku do rzędnych nawierzchni istniejącej przed remontem.

Sąd I instancji ustalił, że podczas niezapowiedzianej, urzędowej kontroli z Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w G. dnia 13 listopada 2012 roku budowa była prawidłowo oznaczona tablicą informacyjną i ogrodzona wysokim ogrodzeniem, w budynku mieszkalnym wybudowana była już piwnica i parter, budynek gospodarczy z tyłu był wytyczony. Na tym etapie budowy nie stwierdzono żadnych nieprawidłowości. Obiekt realizowano zgodnie z dokumentacją i warunkami pozwolenia na budowę, a zaawansowanie robót zgodne było z Dziennikiem budowy. Nie sposób wówczas było ustalić posadowienia okien, gdyż na budowie były hałdy piachu i wykopy. Budynki wytyczał geodeta posiadający ku temu odpowiednie uprawnienia C. L. (1). Budowa obiektu nie jest jeszcze zakończona. Geodeta, który wytyczał budynek został poproszony po pół roku od rozpoczęcia inwestycji, gdy przystąpiono do budowy drugiego piętra, o sprawdzenie prawidłowości posadowienia budynku. Po dokonaniu pomiarów C. L. (1) stwierdził, że budynek jest prawidłowo posadowiony. Inwestor miał pretensje do wykonania budynku, gdyż od strony ulicy okna piwniczne były poniżej poziomu ziemi. Według wiedzy geodety ulica, przy której stoi budynek mieszkalny ma nową nawierzchnię, była nieznacznie podniesiona. C. L. (2) opracowując projekt budowlany korzystał z projektu zagospodarowania działki oraz pozwoleniem na budowę.

Kolejno Sąd ten zaznaczył, że powód nie dysponuje wykazem pobranych w ramach umowy z pozwanym ad. 2 materiałów budowlanych, dodał, że do akt przedłożył kopie pokwitowań na kwoty pobrane przez pozwanego ad. 2 łącznie na sumę 105.000 zł (5.000 zł – pokwitowane na umowie).

Na wniosek pełnomocnika powoda Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu geodezji i kartografii na okoliczność ustalenia, czy budynek mieszkalny i gospodarczy został posadowiony zgodnie z dokumentacją projektową oraz na okoliczność określenia, czy dokumentacja projektowa uwzględniała poziom rzędnych drogi, przy której znajduje się budynek. Biegły sądowy z zakresu geodezji i kartografii mgr inż. J. N. (1) w wyniku wywiadu terenowego stwierdził, iż na działkach o nr ewid. (...) oraz (...) w obrębie W. znajdują się dwa budynki – mieszkalny oraz gospodarczy. Oba budynki były zadaszzone, a budynek mieszkalny posiadał zamontowane okna i drzwi zewnętrzne. W wyniku pomiaru sytuacyjnego biegły stwierdził, iż budynek mieszkalny od strony ulicy (...) został wykonany zgodnie z projektem, natomiast od strony północnej (od podwórka) niezgodnie z projektem – ściana budynku ma wymiar 7,10 m, a powinna mieć 1,84 m. Budynek gospodarczy wybudowano zgodnie z projektem. Kilkucentymetrowe rozbieżności mogą wynikać z niedokładności podczas wznoszenia budynku lub jego docieplenia. W wyniku pomiaru wysokościowego biegły stwierdził, iż występują kilkucentymetrowe rozbieżności pomiędzy rzędną projektowaną a wykonaną posadowienia parteru budynku mieszkalnego, ale nie są one istotne i mogą wynikać z niedokładności przy wznoszeniu budynku bądź przy wykonywaniu wylewek betonowych pod projektowaną posadzkę. Odstępstwo zaś rzędnej posadowienia posadzki wykonanej od projektowanej parteru budynku gospodarczego jest znaczne i nie wynika z drobnych niedokładności przy wznoszeniu budynku. Ponadto biegły stwierdził, iż działka (...) stanowią obszar w kształcie prostokąta, w którym najwyższym punktem jest część położona przy ul. (...), a spadek następuje w kierunku od ulicy do środka działki (w kierunku północnym). Średnia wysokość terenu w tym miejscu wynosi 121,5 m npm, a zaprojektowany poziom posadowienia budynku mieszkalnego wynosi 122,70 m npm – zatem poziom posadzki projektowanego budynku mieszkalnego wznosi się ponad gruntem o 1,20 m. Według biegłego projektant prawidłowo odczytał treść mapy geodezyjnej i rzędną posadowienia parteru budynku mieszkalnego ustalił uwzględniając rzędne terenowe przedstawione na mapie geodezyjnej. Jeśli chodzi o budynek gospodarczy projektant również prawidłowo odczytał treść mapy geodezyjnej i rzędną posadowienia parteru budynku gospodarczego ustalił uwzględniając rzędne terenowe przedstawione na mapie geodezyjnej. Mapa do celów projektowych zawierała rzędne drogi oraz terenu na działce i – zdaniem biegłego – projektant prawidłowo je odczytał. Projektowane rzędne posadowienia budynków dopasowane były przede wszystkim do istniejącego terenu. W przypadku spadku terenu z drogi do budynku i chęci

inwestora podniesienia rzędnych projektowanych budynków, informacja taka powinna trafić do projektanta przed rozpoczęciem prac projektowych – w analizowanym projekcie brak takich informacji. Praktyczną metodą spełnienia oczekiwań i wyobrażeń inwestora co do określenia poziomu posadowienia posadzki jest jego uczestnictwo przy wytyczaniu budynku przez geodetę. Wtedy po naocznej weryfikacji rzędnych zaznaczonych w terenie przez geodetę i porównaniu z otoczeniem (np. drogą) jest to ostatni moment, aby na wniosek inwestora zmienić rzędną.

Składając zastrzeżenia do opinii powód wskazał, iż opinia biegłego jest o tyle „nieaktualna”, że nie uwzględnia zmian dokonanych w projekcie budynku już w trakcie kontynuowania budowy przez innego wykonawcę i innego kierownika budowy, a które miały na celu „ratowanie” budowy w sytuacji zbyt niskiego posadowienia budynku. Podniósł, iż podczas wyznaczania miejsca posadowienia budynku obecny był brat powoda J. M., który zwracał pozwanemu ad. 1 uwagę na zbyt niskie w stosunku do poziomu działki posadowienie budynku, ale jego uwagi zostały przez obu pozwanych zlekceważone. Sąd Okręgowy wskazał, że brat powoda nie był obecny przy wytyczaniu rzędnych budynków przez geodetę, pojawił się na budowie w momencie, gdy wybudowany był już parter budynków i zwrócił wówczas uwagę na zbyt nisko posadowione okienka w podpiwniczeniu pozwanemu ad. 2. S. P. zadzwonił do kierownika budowy pozwanego ad. 1, przekazał słuchawkę bratu powoda, a na przekazane uwagi brat powoda od pozwanego ad. 1 usłyszał, iż może się wydawać, że okienka w piwnicy posadowione są zbyt nisko, ale prace budowlane odbywają się zgodnie z projektem. Brat powoda nie dysponował wówczas pełnomocnictwem od powoda.

Wezwany na rozprawę biegły J. N. podtrzymał wydaną w sprawie opinię w całości. Potwierdził, iż okienka piwniczne w budynku mieszkalnych znajdują się praktycznie na poziomie gruntu, ale zauważył, że na posesji powoda są górki i doły, a teren jest taki jak na budowie i wygląda jak plac budowy. Przy okienkach piwnicznych jest spadek i 1 metr dalej grunt jest już wyżej. Biegły wyjaśnił, że jeśli jest spadek terenu, na którym posadowiony jest budynek to siłą rzeczy z przodu budynku ziemia będzie powyżej ziemi (poziomu terenu) z tyłu budynku.

Oceniając materiał dowody Sąd I instancji podniósł, że zeznania świadków są wiarygodne, a opinia biegłego fachowa i wyczerpująca. Dlatego też Sąd ten nie znalazł podstaw do uwzględnienia dalszych wniosków dowodowych. Powód żądał odszkodowania za zmarnowane – w jego ocenie – przez pozwanego ad. 2 materiały, tymczasem nie wskazał, o jakie materiały chodzi, za ile i kiedy zostały kupione, czy za nie zapłacił itp. oraz do budowy jakiego budynku użyte. Przeciwnie, w piśmie z dnia 5 grudnia 2015 roku (k. 113) pełnomocnik powoda oświadczył, iż powód nie dysponuje wykazem pobranych w ramach umowy z pozwanym ad. 2 materiałów budowlanych. Sąd nie dopuścił również dowodu z oględzin uznając go za zbędny. Na datę spotkania stron po zejściu przez wykonawcę z budowy (listopad 2013 roku) została sporządzona ekspertyza prywatna mgr inż. A. S., którą do pozwu dołączył powód, zawarte są w niej zdjęcia obrazujące stan budowy. Nie było więc potrzeby dokonywania przez Sąd oględzin. Wobec twierdzeń powoda o dokończeniu budowy w oparciu o projekt zamienny przewidujący podniesienie posadowienia budynków, na mocy art. 232 k.p.c. z urzędu Sąd zażądał i dopuścił dowód z decyzji Starosty (...) nr (...) z dnia 21 sierpnia 2014 roku o zatwierdzeniu projektu budowlanego zamiennego i zmianie pozwolenia na budowę.

Sąd I instancji w rozważaniach prawnych zakwalifikował łączącą powoda i pozwanego ad. 2 umowę jako umowę o roboty budowlane, wg Sądu ustna umowa o wykonanie projektu budowlanego, którą zawarł powód z pozwanym ad. 1 nosiła cechy zlecenia (art. 734 k.c. w zw. z art. 750 k.c.). Wskazał jednocześnie, że powód dochodził od pozwanych roszczeń odszkodowawczych na zasadach ogólnych. Omawiając przesłanki odpowiedzialności z art. 471 k.c. i przywołując treść art. 354 § 1 k.c. i art. 355 § 1 i 2 k.c. zaakcentował, że zasadniczą kwestią wymagającą ustalenia było to, czy powód poniósł szkodę oraz w jakiej wysokości, czy działanie pozwanych stanowiło niewykonanie i nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z łączących strony stosunków zobowiązaniowych, a jeśli tak – czy stanowiło ono przyczynę powstania szkody w majątku powoda i jaka jest to szkoda.

Sąd I instancji doszedł do wniosku, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwolił na ustalenie, że działanie pozwanych stanowiło nienależyte wykonanie zobowiązania. Niezależnie od powyższego powód nie zdołał wykazać wysokości szkody.

Sąd Okręgowy zauważył, że obowiązki spoczywające na kierowniku budowy kształtują nie tylko uzgodnienia czynione przez strony stosunku prawnego, ale również przepisy prawa określające prawa i obowiązki uczestników procesu budowlanego. Szczególnie istotny jest w tym względzie art. 22 Prawa budowlanego. Ponieważ umowa powoda i pozwanego ad. 1 jest umową starannego działania, powód dla wykazania niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania winien był wskazać jakie czynności podejmowane w normalnym toku czynności powinny być przez C. D. (1) podjęte, a nie zostały. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, iż pozwany ad. 1, odpowiedzialny za przygotowanie projektu budowlanego oraz pełniący w czasie realizacji inwestycji przez pozwanego ad. 2 funkcję kierownika budowy, w sposób prawidłowy wywiązał się z powierzonych mu obowiązków. Budynek został wzniesiony zgodnie z pozwoleniem na budowę i zatwierdzonym projektem budowlanym, który zakładał właśnie takie umiejscowienie obiektów. Jak wynika z w/w dokumentów uprawniony organ nadzoru technicznego – Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego uznał, że przedłożony projekt jest zgodny z przepisami prawa w tym zakresie. Pozwany ad. 1 jako kierownik budowy zapewnił geodezyjne wytyczenie obiektu (art. 22 pkt 3 Prawa budowlanego w brzmieniu obowiązującym w okresie, w którym pozwany ad. 1 pełnił funkcję kierownika budowy), zorganizował budowę i kierował nią. Jak wynika z twierdzeń pozwanego ad. 1 oraz zeznań świadków C. L. (1) i J. M., przy wytyczaniu rzędnych posadowienia budynków obecny był powód i nie zgłaszał wówczas geodecie żadnych zastrzeżeń, nie było zaś przy tym – wbrew twierdzeniom powoda – jego brata. Prawidłowe wypełnianie przez pozwanego ad. 1 obowiązków kierownika budowy potwierdza też wpis w Dzienniku budowy st. Inspektora (...) w G. mgr inż. J. W. z dnia 13 listopada 2012 roku oraz jej zeznania złożone w niniejszej sprawie w charakterze świadka.

Kolejno wskazał, że projekt budowlany budynku mieszkalnego i budynku gospodarczego składowo – garażowego powstał w (...) pozwanego ad. 1 i poszczególne elementy inwestycji z branż: architektura, konstrukcja, współpraca, instalacje sanitarne, instalacje elektryczne zaprojektowane zostały przez projektantów posiadających stosowne uprawnienia, z uwzględnieniem niezbędnych załączników, rysunków technicznych – zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej. Analizujący go na potrzeby opracowania opinii biegły sądowy z zakresu geodezji i kartografii J. N. nie dopatrywał się w jego sporządzeniu żadnych nieprawidłowości. Projektowane rzędne posadowienia budynków dopasowane były do istniejącego terenu. Niezasadne było więc czynienie pozwanemu ad. 1 zarzutu o nieprawidłowym wykonaniu zobowiązania umownego, polegające na dopuszczeniu przez pozwanego ad. 1 do wzniesienia budynków na poziomie niższym o kilkadziesiąt cm niż poziom drogi i budynków zlokalizowanych na innych posesjach.

Nie dał Sąd wiary twierdzeniom powoda, iż wpisy w Dzienniku budowy pozwanego ad. 1 zostały sporządzone post factum, w rezultacie żądania dostarczenia dziennika pełnomocnikowi powoda i nie powstawały równoległe do prowadzonych robót. Przeczy temu wpis inspektora (...) mgr inż. J. W., dokonany po naniesieniu wcześniejszych wpisów przez kierownika budowy – pozwanego ad. 1. Również wykonywanie w sposób prawidłowy funkcji kierownika budowy wynika z wpisu w dzienniku budowy, w którym C. D. nakazał pozwanemu ad. 2 poprawienie dachu.

Ponadto według Sądu I instancji powód nie sprostował wymogom w zakresie udowodnienia wysokości szkody, spowodowanej działaniami pozwanego ad. 1 – nie dołączył do pozwu żadnych dokumentów na potwierdzenie rzekomo doznanego uszczerbku. Wobec stwierdzenia prawidłowego wykonania zobowiązania przez pozwanego ad. 1 niezasadne było żądanie zwrotu uiszczonych za nie pozwanemu wynagrodzenia.

Sąd Okręgowy uznał, że stawiane pozwanemu ad. 2 przez powoda zarzuty nie potwierdziły się i powództwo wobec tego pozwanego musiało zostać oddalone. Przywołując art. 647 k.c., art. 656 § 1 k.c. i art. 640 k.c. wskazał, że głównym zarzutem powoda wobec pozwanego ad. 2 było nieuzasadnione porzucenie budowy i pozostawienie jej bez zabezpieczenia przed okresem zimowym – co według niego spowodowało zniszczenie materiałów. Sąd podniósł, że w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, zakończenie współpracy pozwanego ad. 2 z powodem wynikało z faktu braku finansowania inwestycji przez powoda – finansowania zakupu materiałów, jak i braku wypłaty dla wykonawcy. Zgodnie z umową powód miał dokonywać zapłaty kolejnych transz wynagrodzenia wykonawcy, w miarę postępu prac budowlanych. Powód miał też obowiązek dostarczać materiały potrzebne do wykonania przedmiotu umowy – w praktyce odbywało się w ten sposób, że w hurtowni (...) pozwany ad. 2 pobierał materiały, za które

uprzednio zaliczkowo uregulował płatność powód. Dokument, na który powołuje się powód, iż w hurtowni zostały uregulowane należności za materiały budowlane, potwierdza jedynie fakt późniejszego uregulowania należności, a nie bieżącego – pozwany ad. 2 tymczasem przedłożył dokument, z którego wynika, iż firma (...) w pewnym momencie przestała pozwanemu ad. 2 wydawać towar, gdyż wyczerpały się towary wydane zaliczkowo. Ponieważ zgodnie z umową to po stronie powoda leżał obowiązek finansowania i dostarczania materiałów, nie można czynić pozwanemu ad. 2 czynić zarzutu, iż niezasadnie zszedł z budowy. Zrozumiałe w tych okolicznościach jest w ocenie Sądu I instancji, że pozwany ad. 2 nie mając uregulowanego wynagrodzenia za swoją pracę oraz nie mając materiałów do prowadzenia budowy, zrezygnował z dalszego wykonywania przedmiotu umowy. Z okoliczności sprawy wynika, iż pozwany ad. 2 przedtem informował powoda o problemach finansowych, prosił o wpłaty zarówno jego jak i jego brata i uprzedzał o możliwości zakończenia współpracy na wypadek wstrzymania płatności. Jak wynika z zapisów dokonanych w Dzienniku budowy oraz z twierdzeń pozwanego ad. 2, przerwał on roboty przy realizacji obu obiektów w dniu 27 czerwca 2013 roku w związku ze wstrzymaniem finansowania inwestycji. Według zaleceń kierownika budowy, wykonawca przed przystąpieniem do kontynuacji prac miał poprawić usterki, a roboty miały być wznowione po wznowieniu finansowania – kontynuacja prac miała nastąpić według aneksu do umowy. Pozwany ad. 2 nie wznowił prac, powód bowiem do skończenia inwestycji najął inną firmę budowlaną. W Dzienniku budowy znalazł się też zapis, iż po przerwaniu prac teren budowy zabezpieczono – co przeczy zarzutom powoda, jakoby pozwany ad. 2 pozostawił budowę niezabezpieczoną.

Zdaniem Sądu to fakt niezapłacenia przez powoda za materiały budowlane był przyczyną zerwania umowy przez wykonawcę. Powyższe potwierdza także zapis notatki ze spotkania wszystkich stron, jakie miało miejsce w listopadzie 2013 roku. Wyraźnie tam zaznaczono, że pozwany ad. 2 opuścił plac budowy dlatego, że nie było finansowania materiałów. W efekcie powód nie sprostął wymogowi art. 6 k.c. Sąd Okręgowy zaakcentował, że stanowisko powoda w trakcie procesu się zmieniało, o czym świadczy choćby treść pisma pełnomocnika powoda z dnia 10 września 2015 roku, w którym oświadczył, iż powód nie zlecał wykonywania żadnego projektu zamiennego (k. 84), by z kolei w piśmie z dnia 17 marca 2016 roku poinformować, że dokonano zmian w projekcie budynku celem „ratowania tego co jest możliwe w sytuacji zbyt niskiego posadowienia budynku” (k. 160). W świetle zeznań brata powoda J. M. nieprawdą okazały się też twierdzenia powoda, jakoby jego brat był obecny przy pomiarach dokonywanych przez geodetę przed rozpoczęciem robót i że brat powoda wskazywał na nieprawidłowe wytyczenie rzędnych budynku – tymczasem J. M. w ogóle nie było przy pomiarach (był obecny sam powód, gdy były wytyczane rzędne budynku). W kontekście wyżej czynionych uwag o mijaniu się przez powoda z prawdą należy jeszcze zwrócić uwagę, że na wniosek powoda został sporządzony i złożony do (...) w G. projekt zamienny – a więc nastąpiło istotne odstępstwo od projektu pierwotnego, ale – jak się okazuje po lekturze projektu zamiennego i decyzji go zatwierdzającej – jedynie odnośnie dachów, nie zaś całych budynków. Tymczasem jak wynika z opinii biegłego J. N. sporządzonej w niniejszej sprawie odstępstwo rzędnej posadowienia posadzki budynku gospodarczego wykonanej od projektowanej jest znaczne i nie wynika z drobnych niedokładności przy wznoszeniu budynku. W świetle powyższego ewidentnym jest, że budynek gospodarczy został podniesiony, ale zostało to dokonane przez powoda bez jakiegokolwiek pozwolenia na budowę i niezgodnie z projektem, a jak wynika z okoliczności sprawy – powód po zejściu z budowy pozwanego ad. 2 zlecił dokończenie inwestycji innej brygadzie budowlanej. Niezasadne jest więc obecnie obarczanie pierwotnego wykonawcy – pozwanego ad. 2 odpowiedzialnością za wykonanie przedmiotu umowy niezgodnie z projektem, jeśli kolejny wykonawca dokończył wykonanie budynku i zrobił to niezgodnie z dokumentacją techniczną inwestycji. Jeśli zaś chodzi o budynek mieszkalny – zgodnie z opinią i pomiarami wykonanymi przez biegłego istnieje różnica wysokości 4-6 cm jednej ściany pomiędzy projektowaną a wykonaną – i jest to zdaniem Sądu różnica dopuszczalna na etapie prowadzenia budowy. Doświadczenie życiowe każe przyjąć, że takie różnice się zdarzają, wynikają z kwestii użytych materiałów, grubości wylewek itp. i nie jest w praktyce możliwe wykonanie dokładnie, co do centymetra zaprojektowanego obiektu. W kontekście powyższych uwag i wniosków płynących z opinii biegłego różnica pomiędzy rzędną projektowaną budynku mieszkalnego a wykonaną nie daje podstaw, aby wykonawcy (pozwanemu ad. 2) przypisać niefachowość.

Odnośnie zarzutu zmarnowania materiałów budowlanych przez pozwanego ad. 2 wskutek niezabezpieczenia budowy stwierdzić należy, iż nie została ta okoliczność przez powoda dostatecznie wykazana. Nie pokusił się powód o

wskazanie choćby rodzaju rzekomo zmarnowanych materiałów, kwot za jakie zostały kupione, do budowy którego z budynków zostały użyte itd. Przedłożone kopie pokwitowań na kwoty pobrane przez pozwanego ad. 2 łącznie na sumę 105.000 zł nie mogły być w tym zakresie wystarczające – nie wiadomo bowiem, które z tych materiałów zostały zużyte do budowy budynków, a które rzekomo „zmarnowane”. Również wnioskowany przez powoda biegły – o czym była mowa wyżej – nie byłby w stanie sporządzić opinii skoro nie wiadomo, jaka ilość materiału została zakupiona i faktycznie zużyta. Ponadto, jak wcześniej wspomniano, budynek gospodarczy wykonano niezgodnie z prawem (projektem budowlanym pierwotnym, jak również projektem budowlanym zamiennym i dokumentacją) i nie wiadomo jakie materiały wykorzystał pozwany ad. 2 przy pierwotnym wykonaniu, a jakie zostały wykorzystane przez kolejnego wykonawcę.

Sąd nie podzielił też zarzutu, iż pozwany ad. 2 pozostawił budynki niezabezpieczone przed zimą, gdyż okoliczności tych powód również nie wykazał. Zauważyć należy, że między stronami doszło do spotkania 6 listopada 2013 roku i już wtedy było wiadomo, że powód rezygnuje z usług pozwanego ad. 2 i nie będzie on kończył inwestycji. W kwestii głównego zarzutu powoda – tj. zbyt niskiego posadowienia okien piwnicznych zauważyć należy, w ślad za biegłym, iż na posesji powoda budowa wciąż trwa, jest tam spadek do środka działki, została nawieziona ziemia i nie wiadomo, czy okna w piwnicy, które teraz są tak nisko nie będą w przyszłości posadowione wyżej lub niżej, gdyż to zależy od przyszłego zagospodarowania terenu – a budowa wciąż nie jest ukończona.

Rozstrzygnięcie o kosztach oparto na art. 98 k.p.c. Jednocześnie z uwagi na względy słuszności, w oparciu o art. 102 k.p.c. Sąd stwierdził, iż brakujące koszty wynagrodzenia biegłego za wydaną opinię w sprawie, ponosi Skarb Państwa.

Od powyższego wyroku apelację wywiódł powód. Zaskarżając go w całości zarzucił:

I. sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego poprzez:

- 1) błędne ustalenie, że budynek został wzniesiony zgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym, podczas gdy na etapie wykonywania fundamentów nie dokonano sprawdzenia rzeczywistych warunków wodno – gruntowych i nie dokonano korekty zaprojektowanego posadowienia, mimo świadomości wysokości występowania wód gruntowych jak również dopuszczono się wielu innych uchybień szczegółowo opisanych w opinii technicznej A. S.
- 2) błędne ustalenie, że powód nie wywiązał się z płatności wobec pozwanego S. P. (1), podczas gdy potwierdzenia dokonanych płatności jednoznacznie wskazują, że pozwany otrzymał sumę o 10.000 zł wyższą (łącznie 110.000 zł) niż wynikało z zapisów łączącej strony umowy o roboty budowlane, zaś pozwany bezprawnie żądał zapłaty pozostałej kwoty, pomimo, iż nie ukończył więźby dachowe z opapowaniem (zaś dotychczas wykonane prace miały poważne wady),
- 3) błędne ustalenie, iż powód przedłożył kopie pokwitowań na kwoty pobrane przez pozwanego S. P. (1) na łączną sumę 105.000 zł podczas gdy z przedłożonych dokumentów wynika, że pozwany pokwitował otrzymanie łącznej kwoty 110.000 zł (105.000 na k. 114, 115 i 115v oraz 5.000 zł na k. 10),
- 4) błędne ustalenie, że pozwany nie wskazał, jakie materiały uległy uszkodzeniu, za ile i kiedy zostały zakupione, czy za nie zapłacił oraz do budowy jakiego budynku zostały użyte, podczas gdy w pozwie powód wskazał, że chodzi m. in. o 7 ton cementu na schody, wapno, tarcice, oszacował również wartość tych materiałów, przedłożył zaświadczenie z firmy (...) że wszystkie należności uregulował, przy czym materiały te nie zostały zużyte do budowy żadnego z budynków, wobec faktu, iż uległy przecież zniszczeniu (pозwani w żadnym momencie nie kwestionowali faktu zniszczenia tych materiałów, ani też nie podważali wskazanych przez powoda wartości),
- 5) błędne ustalenie, że powód był osobiście obecny podczas wytyczania rzędnych projektowanych budynków i dokonywaniu pomiarów oraz, że nie zgłaszał wówczas żadnych zastrzeżeń, podczas gdy wbrew twierdzeniom Sądu, ani świadek C. L. (2), ani też świadek J. M. nie wskazywali, iż był on wówczas obecny, zaś sam powód wskazywał (mylnie) że jego brat zgłaszał wówczas zastrzeżenia co potwierdza, że nie mógł być wówczas obecny przy wykonywaniu tych czynności, bowiem w takiej sytuacji jego brat nie musiałby interweniować u pozwanych,

6) błędne ustalenie, że w wyniku dokonanego w dniu 2012 roku remontu drogi powiatowej nr (...) rzędne wysokościowe nawierzchni drogi zostały podniesione o +1 do +13 cm w stosunku do rzędnych nawierzchni istniejącej przed remontem podczas gdy w piśmie Zarządu Dróg Powiatowych w G. wyraźnie wskazano, że rzędne wysokościowe drogi nr (...) nie uległy zmianie, co potwierdził również biegły sądowy J. N. (1), wskazując że rzędne wysokościowe drogi nie uległy zmianie w wyniku remontu,

II. obrazę przepisów postępowania mogącą mieć wpływ na treść orzeczenia, w tym:

1) art. 233 § 1 k.p.c. polegającą na braku wszechstronnego rozpatrzenia materiału dowodowego i dowolnej, a nie swobodnej jego ocenie, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego ustalenia stanu faktycznego poprzez:

a) uznanie, że nie można czynić pozwanemu S. P. (1) zarzutu, iż niezasadnie zszedł z budowy mając nieuregulowane wynagrodzenie za swoją pracę oraz materiały, podczas gdy załączone przez powoda potwierdzenia wpłat w zestawieniu z przedłożoną umową o roboty budowlane wyraźnie wskazują, że pozwany otrzymał wyższą kwotę niż mu się należała (110.000 zł a nie 48-50 tysięcy zł jak twierdził pozwany, zaś pozwany nie udowodnił, że firma (...) wstrzymała mu wydawanie materiałów z winy powoda;

b) uznanie, że z okoliczności sprawy wynika, że pozwany S. P. (1) informował powoda o problemach finansowych prosił o wpłaty i uprzedzał o możliwości zakończenia współpracy na wypadek wstrzymania płatności, podczas gdy Sąd nie wskazał, że z jakich to okoliczności sprawy miało by wynikać, zaś sam pozwany w piśmie z dnia 20 października 2013 roku wskazał, że informował jedynie kierownika budowy, że zaprzestaje dalszej budowy (wg jego oświadczeń powód lub jego brat dotychczas uregulowali należne zobowiązania),

c) uznanie, że pozwany S. P. (1) nie wznowił prac bowiem powód do skończenia inwestycji najął inną firmę budowlaną, podczas gdy powód najął inną firmę budowlaną (po wcześniejszym wezwaniu pozwanego w dniu 11 października 2013 roku do dokończenia prac) właśnie dlatego, że pozwany nie poprawił niewłaściwie wykonanej więźby dachowej i nie wznowił prac,

d) uznanie, że w notatce ze spotkania wszystkich stron w listopadzie 2013 roku wyraźnie zaznaczono, że pozwany S. P. (1) opuścił plac budowy dlatego, że nie było finansowania materiałów, podczas gdy były to jedynie słowa rzucone przez pozwanego przy wyjściu ze spotkania;

e) uznanie, że pozwany S. P. (1) przerwał roboty przy realizacji obu obiektów w dniu 27 czerwca 2013 roku w związku ze wstrzymaniem finansowania inwestycji, podczas gdy prawidłowa ocena zebranego materiału dowodowego nie daje podstaw do przyjęcia takiego twierdzenia,

f) uznanie, że oświadczenie firmy (...) z dnia 11 sierpnia 2015 roku stanowiło dowód, iż w pewnym momencie firma ta zaprzestała pozwanemu S. P. (1) wydawać towar, gdyż wyczerpały się towary wydane zaliczkowo, podczas gdy oświadczenie to jedynie w sposób ogólny wskazywało, że w przypadku przekroczenia kwoty zaliczki firma co do zasady odmawia dalszego wydawania towarów nie wskazując iż taka sytuacja miała miejsce w tym wypadku ani też ewentualnie w jakim dniu odmówiono wydawania towaru,

g) przyjęcie, że strony uzgodniły co zostało zapisane w dzienniku budowy, że kontynuacja prac miała nastąpić wg aneksu do umowy po wznowieniu finansowania podczas gdy powód nie miał wpływu na samowolne dokonywanie wpisów przez C. D. (1) które nie polegały na prawdzie czego dowodem jest to iż kwestia rzekomego aneksu do umowy nie została podniesiona przez pozwanym ani na etapie wezwania do ukończenia prac, ani też składania odpowiedzi na pozew/ składania wyjaśnień, ponadto zasady współpracy zostały zawarte w umowie pierwotnej wobec czego zawarcie aneksu byłoby bezcelowe;

h) przyjęcie, że teren budowy zgodnie z wpisem w dzienniku budowy został zabezpieczony w dniu opuszczenia przez pozwanego S. P. (1) terenu budowy podczas gdy zarówno opinia techniczna A. S. wykonującego swoje czynności w

obecności pozwanych jak i pisma pozwanego C. D. (3) z dnia 22 listopada 2013 roku i 7 lutego 2014 roku wprost wskazują, że teren budowy nie został zabezpieczony;

i) przyjęcie, że dziennik budowy został przesłany pełnomocnikowi powoda w dniu 18 października 2013 roku w związku z dalszym przestojem na budowie ze względu na brak ze strony inwestora jej finansowania podczas gdy w dniu 11 października 2013 roku powód wezwał wykonawcę do dokończenia budowy co wyraźnie wskazuje na gotowość powoda do finansowania budowy;

j) przyjęcie na podstawie niezaprzeczonych twierdzeń pozwanego, że pozwany zostawił budowę na etapie, że ścianka kolankowa była zalana pod więźbę wymurowano budynek i wykonano 90% więźby dachowej, podczas gdy z treści pozwu, załączonej opinii technicznej A. S. i pisma pełnomocnika powoda z 5 grudnia 2015 roku wyraźnie wynikało, że stopień zaawansowania prac był dużo niższy niż wskazywał pozwany S. P. (1);

k) ustalenie, że powód nie wykazał dostatecznie wysokości szkody, podczas gdy powód przedłożył niekwestionowaną przez pozwanego opinię techniczną wykonaną przez A. S., dziennik budowy z umieszczonym wpisem dotyczącym odmowy poprawienia więźby dachowej, umowę z pierwotnym wykonawcą wraz z potwierdzeniami wpłat na kwotę wyższą niż wynikało to z zaawansowania budowy (zapisów umowy), wezwanie wykonawcy do dokończenia prac (które wraz z dziennikiem budowy potwierdzają, że wykonawca nie wykonał przedmiotu umowy w wyznaczonym 3 miesięcznym terminie po czym bezprawnie opuścił teren budowy) oraz umowy z podwykonawcą, który dokończył niewykonane przez S. P. (1) prace budowlane wraz z wyszczególnieniem prac oraz należnymi kwotami,

l) uznanie, że powód nie dysponuje wykazem pobranych w ramach umowy z pozwanym S. P. (1) materiałów budowlanych, podczas gdy pełnomocnik powoda wskazał, że będzie dysponował tym wykazem po przyjeździe powoda do Polski, a co więcej, dotychczas pozwany nie zaprzeczał temu, że przedmiotowe materiały uległy zniszczeniu, ani też nie kwestionował ich wartości oszacowanych przez powoda wobec czego powód nie był zobowiązany na tym etapie przedkładać przedmiotowego wykazu (gotowość do przedłożenia wyliczenia szkód, na wypadek ich kwestionowania przez pozwanego została zgłoszona w treści pozwu),

m) Ustalenie, że powód nie wykazał, że działanie C. D. (1) stanowiło nienależyte wykonanie zobowiązania podczas gdy opinia techniczna A. S. wyraźnie wskazuje na liczne błędy zarówno na etapie projektowania budynku, jak też na etapie realizacji w tym zwłaszcza nieuwzględnienie własnych wytycznych odnośnie potrzeby dokonania na etapie wykonywania fundamentów sprawdzenia rzeczywistych warunków wodno – gruntowych i dokonanie ewentualnej korekty zaprojektowanego posadowienia (wobec tego posadzka piwnic znajduje się obecnie poniżej poziomu wód gruntowych zaś fundamenty w warstwie wodonośnej)

n) uznanie, że dziennik budowy nie został uzupełniony post factum podczas gdy wpis inspektora (...) może potwierdzać jedynie fakt dokonania wpisów w roku 2011 zaś późniejszy wpis wskazujący iż teren budowy został zabezpieczony (pomimo, iż inne dowody temu przeczą) wyraźnie podważa wiarygodność kolejnych wpisów dokonanych w 2013 roku po wejściu pozwanych w spór z powodem;

o) przyjęcie, że opinia biegłego sądowego J. N. (1) dostarczyła rzetelnych i zasługujących na obdarzenie ich w pełni walorem wiarygodności informacji o zgodności posadowienia budynków z dokumentacją projektową oraz o uwzględnieniu w dokumentacji projektowej poziomu rzędnych drogi przy której znajduje się budynek mieszkalny podczas gdy biegły nie przeanalizował dokładnie akt sądowych oraz dokumentacji technicznej wobec czego:

- nie odniósł się do zapisów str. 13 projektu budowlanego budynku mieszkalnego odnośnie zalecenia projektanta, aby na etapie wykonywania fundamentów dokonać sprawdzenia rzeczywistych warunków wodno – gruntowych i dokonać ewentualnej korekty zaprojektowanego posadowienia zwłaszcza w sytuacji stwierdzenia w opinii technicznej przez A. S., iż posadzka piwnic znajduje się poniżej poziomu wód, zaś fundamenty w warstwie wodonośnej;

- wobec powyższego nie określił również czy przyjęte przez projektanta i zaakceptowane przez kierownika budowy oraz wykonawcę rzędne wysokości zaprojektowanych budynków były właściwie określone na etapie projektowania zważywszy na podniesione okoliczności;

- nie wskazał czy w związku z uwidocznieniem podczas realizacji budowy błędu odnośnie przyjętych rzędnych wysokości budynku, pozwani byli zobowiązani błąd ten naprawić na etapie realizacji robót (zwłaszcza gdy kierownik budowy był jednocześnie projektantem);

- nie wyjaśnił czy w przypadku istnienia wizualizacji projektu budowlanego wskazującego 1,2 m wysokości od poziomu ziemi do poziomu balkonu wykonawca oraz kierownik budowy w momencie uzyskania wiedzy, iż rzeczywista wysokość w przypadku wykonania prac zgodnie z przyjętymi rzędnymi wysokości będzie tak diametralnie od tego odbiegać powinni zgłosić tak znaczne odstępstwo inwestorowi lub samodzielnie skorygować przyjęte rzędne tak aby finalny efekt odpowiadał wizualizacji (powód nie ma wykształcenia budowlanego wobec czego opiera się na wizualizacji budynku, a nie danych liczbowych)

p) uznanie, że brak aktywności powoda na etapie przygotowania do rozpoczęcia inwestycji oraz posadowienia rzędnych projektowanych budynków przez geodetę podczas gdy powód w tym czasie przebywał poza granicami kraju, lecz przed wyjazdem zlecił profesjonalnemu wykonawcy wykonanie projektu budowlanego, po czym ustanowił go kierownikiem budowy czyniąc go odpowiedzialnym za prawidłowe wykonanie inwestycji (i ewentualne naprawienie błędów popełnionych na etapie projektowania) zawarł umowę o roboty budowlane z profesjonalnym wykonawcą oraz zapewnił stały dostęp do niezbędnych materiałów budowlanych, jak również uiszczal należne wykonawcy wynagrodzenie po osiągnięciu założonych postępów budowy, wobec czego uznać należy, iż dopełnił należytej staranności w związku z realizacją umowy,

q) uznanie, że dokumenty urzędowe w tym decyzja starosty (...) nr (...) z dnia 21 sierpnia 2014 roku o zatwierdzeniu projektu budowlanego zamiennego i zmianie pozwolenia na budowę dają podstawę do oddalenia powództwa, podczas gdy ich treść dotyczyła zmiany konstrukcji dachu, nie zaś wysokości posadowienia budynku, a załączona opinia techniczna A. S. stanowiła dodatkowy dowód na niewłaściwe wykonanie pokrycia dachowego przez pozwanego S. P. (1);

r) uznanie, że budynek gospodarczy został podniesiony niezgodnie z projektem budowlanym, podczas gdy projekt budowlany zakładał potrzebę dokonania na etapie wykonania fundamentów sprawdzenia rzeczywistych wodno – gruntowych warunków i dokonania ewentualnej korekty zaprojektowanego posadowienia, zwłaszcza w sytuacji stwierdzenia wyższego poziomu wód gruntowych;

s) uznanie, że powód mija się z prawdą podczas gdy powstałe nieścisłości wynikały z faktu, iż upłynął długi okres czasu od zaistnienia wskazanych sytuacji, a nadto pozwany w tym czasie przebywał za granicą, wobec czego pewne fakty znał jedynie ze słyszenia (np. kiedy brat zwracał pozwanym uwagę na zbyt nisko położone okna piwniczne);

2. art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 217 § 3 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie dalszych wniosków dowodowych zgłoszonych przez powoda w związku z uznaniem, iż okoliczności sporne zostały dostatecznie wyjaśnione, podczas gdy:

- dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa był niezbędny do ocenienia wad wykonanych przez wykonawcę robót budowlanych, które nie zostały dostrzeżone przez kierownika budowy, a które opisano w opinii technicznej A. S. (powód sygnalizował potrzebę powołania biegłego w pozwie), zarówno tej wykonanej na zlecenie powoda jak i tej którą dostarczyło Starostwo Powiatowe w G.;

- dowód z oględzin działki oraz budynku był niezbędny wobec okoliczności iż fakt zbyt niskiego posadowienia budynków względem innej budowy oraz drogi publicznej oraz zalewanie poziomu piwnicy przez wody gruntowe jest możliwy do stwierdzenia bez konieczności zasięgnięcia opinii biegłego;

3. art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 232 zdanie drugie k.p.c. polegające na nieprzeprowadzeniu opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność wad wykonanych robót budowlanych uwidocznionych na dokumentacji fotograficznej opinii technicznej A. S. w sytuacji gdy dowód ten był niezbędny dla oceny odpowiedzialności wykonawcy oraz kierownika budowy za niewłaściwe wykonanie prac budowlanych oraz szkody poniesionej przez powoda;

4. art. 328 § 2 k.p.c. poprzez zaniechanie w uzasadnieniu wyroku wskazania przyczyn dla których odmówił mocy dowodowej innym dowodom, przeprowadzonym w sprawie, niewskazanym w treści uzasadnienia, w tym umowom o roboty budowlane zawartym z firmą (...) mgr inż. T. S., umowie o pełnienie funkcji kierownika budowy zawartej z K. G.;

III. obrazę przepisów prawa materialnego, w tym art. 640 k.c. przez błędne zastosowanie i przyjęcie, że pozwanemu S. P. (1) przysługiwało prawo odstąpienia od umowy, podczas gdy pozwany nie wyznaczył zamawiającemu odpowiedniego terminu z zagrożeniem, iż po jego bezskutecznym upływie będzie uprawniony do odstąpienia od umowy, przy czym nawet przytoczone przez Sąd rzekome informowanie powoda przez pozwanego o problemach finansowych oraz uprzedzanie o możliwości zakończenia współpracy na wypadek wstrzymania płatności nie jest równoznaczne z wyznaczeniem takiego terminu.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie powództwa, ewentualnie jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz zasądzenie kosztów procesu obejmujących koszty zastępstwa procesowego za I i II instancję.

Pozwany C. D. (1) domagał się oddalenia apelacji i zasądzenia od powoda kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie odwoławcze.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda nie zasługiwała na uwzględnienie.

Kwestionowane orzeczenie odpowiada przepisom prawa i nie stanowi wyrazu naruszenia norm proceduralnych wskazanych w środku odwoławczym, mimo że Sąd odwoławczy odmiennie aniżeli Sąd Okręgowy ocenił skuteczność odstąpienia przez pozwanego od umowy z dnia 21 sierpnia 2012 roku. Sąd II instancji aprobuje i uznaje za własny ustalony w rozpoznawanej sprawie stan faktyczny oraz dokonaną ocenę jurydyczną roszczenia pozwu czyniąc je integralną częścią poniższych rozważań. Sąd Apelacyjny po dokonaniu kontroli instancyjnej i ponownym rozważeniu podstaw faktycznych sporu i zaferowanych przez strony środków dowodowych stoi na stanowisku, że zarzuty apelacji w znakomitej większości sprowadzają się do polemicznego w swym charakterze przywołania poglądu skarżącego prezentowanego już na wcześniejszym etapie postępowania, bez poparcia ich podstawami natury merytorycznej mogącymi skutecznie wykazać błąd w rozumowaniu Sądu I instancji.

W niniejszej sprawie nie doszło do naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. Z natury rzeczy sposób sporządzenia uzasadnienia orzeczenia nie ma wpływu na wynik sprawy, ponieważ uzasadnienie wyraża jedynie motyw wcześniej podjętego rozstrzygnięcia. Z tego względu zarzut naruszenia przepisu określającego warunki, które mają spełniać pisemne wywody Sądu może znaleźć zastosowanie w tych wyjątkowych sytuacjach, w których treść uzasadnienia orzeczenia sądu drugiej instancji uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania orzeczenia. Wbrew zapatrywaniu A. M. Sąd II instancji z łatwością może odczytać fakty, które Sąd Okręgowy przyjął za wykazane procesowo, na których dowodach Sąd ten się oparł i którym dał wiarę, a które zdyskwalifikował i z jakich powodów. Poza tym wbrew przekonaniu apelującego dowody z postaci umów z wykonawcami zastępczymi nie miały wpływu na kształt orzeczenia.

Niezasadne okazały się rozbudowane w środku odwoławczym argumenty o sprzeczności istotnych ustaleń Sądu I instancji z zebranymi dowodami oraz naruszeniu art. 233 § 1 k.p.c. traktującego o kompetencji Sądu do swobodnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego przedstawionego zgodnie z zasadą kontradiktoryjności procesu cywilnego przez strony postępowania zainteresowane wynikiem sporu. W judykaturze ugruntowany jest

pogląd, że strona nie może skutecznie podnieść zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. twierdząc, że dokonano wadliwych ustaleń faktycznych, tylko dlatego, że stan faktyczny ustalono w sposób odbiegający od jej oczekiwań. Podkreślić należy, iż istota zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych nie może opierać się na odmiennej ocenie materiału dowodowego, innymi słowy na forsowaniu własnego poglądu strony na daną kwestię. Stawiając tego rodzaju zarzut skarżąca powinna zatem wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając (tak Sąd Najwyższy m.in. w orzeczeniach z dnia: 23 stycznia 2001 roku, IV CKN 970/00, LEX nr 52753, 12 kwietnia 2001 roku, II CKN 588/99, LEX nr 52347, 10 stycznia 2002 roku, II CKN 572/99, LEX nr 53136).

Skarżący uchybień takich nie wskazał, a w ocenie Sądu Apelacyjnego przeprowadzona przez Sąd Okręgowy ocena zgromadzonego materiału dowodowego pozostaje w granicach dyspozycji art. 233 § 1 k.p.c., poczyniona została w oparciu o wszystkie dowody zaofiarowane przez strony, zgodnie z obowiązującymi zasadami procesowymi, dlatego też pozostaje pod ochroną prawa i musi się ostać. Faktem jest, że pozwany S. P. (1) otrzymał łącznie 110.000 zł jak wskazuje powód w środku odwoławczym, niemniej jednak w tej kwocie mieści się 6.000 zł, którą to sumę przekazał wykonawcy brat A. M. z przeznaczeniem na zakup betonu, co przyznał na rozprawie sam apelujący (00:27:19 na k. 231).

Zaznaczenia wymaga, że A. M. w powództwie zarzucał pozwanym niezgodne z projektem wykonanie budynków przejawiające się w obniżeniu jego posadowienia o kilkadziesiąt centymetrów w stosunku do otoczenia i ulicy. Ponadto wskazywał, że wobec postawy pozwanego S. P. (1), który opuścił plac budowy w czerwcu 2013 roku i bezskutecznym wezwaniu go do wykonania zobowiązania odstąpił od umowy o roboty budowlane. Argumentował, że w związku z zaistniałą sytuacją dokończenie inwestycji wymagało wynajęcia innego wykonawcy, co wywołało w jego majątku szkodę. Swoje roszczenie opierał o wnioski przygotowanej na jego zlecenie w dniu 6 listopada 2013 roku opinii technicznej A. S.. Ekspertyza ta zawierała znacznie szerszy zakres wad budynku aniżeli wymienione przez apelującego w pozwie, stanowiące istotę zarzutów wobec wykonawcy i kierownika budowy, jednak nie mogła stanowić samodzielnie o odpowiedzialności kontraktowej pozwanych.

Według ugruntowanej linii orzeczniczej, jeżeli strona dołącza do pisma procesowego ekspertyzę pozasądową i powołuje się na jej twierdzenia i wnioski, ekspertyzę tę należy traktować jako część argumentacji faktycznej i prawnej przytaczanej przez stronę jako wyjaśnienie jej stanowiska, wsparte wiadomościami specjalnymi. W sytuacji gdy strona postępowania składa tego rodzaju opinię z intencją uznania jej przez sąd za dowód w sprawie, wówczas istnieją podstawy do przypisania jej także znaczenia dowodu z dokumentu prywatnego w rozumieniu art. 245 k.p.c. Tym samym należy wskazać, że tego rodzaju pismo jako dokument prywatny stanowi jedynie dowód tego, że osoba, która ją podpisała wyraziła zawarty w niej pogląd, nie korzysta natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 2010 roku, I CSK 199/09, LEX nr 570114, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 6 grudnia 2013 roku, I ACa 561/13, LEX nr 1409078). Wprawdzie opisywany dowód jest samodzielnym środkiem dowodowym, którego moc sąd ocenia według ogólnych zasad określonych w art. 233 § 1 k.p.c., jednak za niedopuszczalne uznać należy wszelkie próby zastępowania dowodu z opinii biegłych przez opinię wykonaną przez inne osoby, w tym nawet biegłego na zlecenie prywatnej strony, gdyż nie jest to tryb przewidziany w kodeksie postępowania cywilnego. Opinia taka, jak już podkreślano wyżej, może być rozpatrywana wyłącznie w kategoriach dowodu z dokumentu prywatnego, któremu w żadnym razie nie można przypisać znaczenia dowodu służącego uzyskaniu wiadomości specjalnych.

W rezultacie, w celu weryfikacji twierdzeń powoda dopuszczony został dowód z opinii biegłego z zakresu geodezji i kartografii. Teza dowodowa zakreślona przez Sąd Okręgowy powielala okoliczności jakie określił w swym wniosku pełnomocnik powoda, a mianowicie ustalenie czy posadowienie budynków było zgodne z dokumentacją projektową i czy ta dokumentacja uwzględniała poziom rzędnych drogi, przy której znajduje się budynek (00:37:06 na k. 107, 00:48:08 na k. 108). Istotne jest, że okoliczności te zostały zakreślone już w pozwie i późniejszej korespondencji stron jako główne zarzuty stawiane pozwanym. Biegły w swym wywodzie kategorycznie stwierdził, że posadowienie budynków odpowiadało zapisom projektu i nie doszło do naruszenia żadnych norm przez pozwanych. Opinia została poprzedzona wszechstronną analizą dokumentacji, dokonaniem pomiarów oraz oględzin inwestycji, biegły swoje

stanowisko należycie umotywował. Ponadto w logiczny i przekonujący sposób odpowiedział na zgłaszane przez powoda zastrzeżenia. Próba podważenia wartości merytorycznej opinii podjęta w apelacji była chybiona, gdyż skarżący powtórzyli zarzuty zgłaszane już w postępowaniu przed Sądem I instancji i do których rzeczowo ustosunkował się inż. J. N. (1). Przypomnieć należy, że dowód z opinii biegłego ma charakter szczególny, jego specyfika wyraża się w tym, że sfera merytoryczna opinii kontrolowana jest przez Sąd w istocie tylko w zakresie zgodności z zasadami logicznego myślenia, doświadczenia życiowego i wiedzy powszechnej. Odwołanie się przez Sąd do tych kryteriów oceny stanowi wystarczające i należyte uzasadnienie przyczyn uznania opinii za rzetelną. Oznacza to również i to, że Sąd nie ma kompetencji do czynienia ustaleń pozostających w sprzeczności ze stanowiskiem specjalistów, zwłaszcza w sytuacji gdy opinia jest jednoznaczna, przekonująca i odpowiednio umotywowana. Sąd nie ma zatem obowiązku dopuszczenia dowodu z opinii innych biegłych w każdym wypadku, gdy strona jest z niej niezadowolona z uwagi na niekorzystną dla jej interesów treść. Zdyskredytowanie opinii biegłych sporządzonej w sprawie jest możliwe tylko wówczas, gdy ta zawiera istotne luki, nie odpowiada na postawione tezy dowodowe, jest niejasna, nienależyte uzasadnia i nieweryfikowalna, tj. gdy przedstawiona przez eksperta analiza nie pozwala organowi orzekającemu skontrolować jego rozumowania co do trafności jego wniosków końcowych.

W realiach sprawy opinia przedłożona przez biegłego J. N. (1) nie zawiera takich mankamentów, nie było zatem podstaw do stawiania Sądowi Okręgowemu obrazy art. 217 § 1 i art. 217 § 3 k.p.c. oraz art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 232 zdanie drugie k.p.c. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że pełnomocnik powoda po oddaleniu przez Sąd I instancji zgłoszonych wniosków dowodowych nie zgłosił do protokołu zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c., co wyłącza dopuszczalność podnoszenia w apelacji zarzutów dotyczących przedmiotowych decyzji procesowych. Po drugie, wobec treści sporządzonej w sprawie opinii, jak i zakresienia podstawy faktycznej powództwa, ani dowód z oględzin ani dowód z opinii biegłego z zakresu innej specjalizacji – budownictwa, nie był przydatny dla rozstrzygnięcia. Jeszcze raz uwypuklić trzeba, że według powództwa jedynie za niskie posadowienie budynków oraz tzw. „zejście z budowy” przed wykonaniem całości robót były przyczyną powierzenia przez skarżącego kontynuowania prac zastępczemu wykonawcy, tylko z tymi okolicznościami wiązał odpowiedzialność kontraktową pozwanych. Kolejno, przy ocenie zasadności postępowania Sądu I instancji nie można pominąć tezy dowodowej jaką zaproponował pełnomocnik powoda dla uzasadnienia uwzględnienia jego wniosku – biegły z zakresu budownictwa miał się wypowiedzieć na okoliczność „strat poniesionych przez powoda w wyniku niewywiązywania się z umowy przez S. P. (1)” (00:25:15 na k. 173). Tak zakreślona teza jest zbyt ogólna i nieadekwatna do roli, jaką pełni w procesie cywilnym biegły. Opinia biegłego ma na celu ułatwienie sądowi należytej oceny zebranego w sprawie materiału wtedy, gdy potrzebne są do tego wiadomości specjalne. Nie może ona natomiast sama być źródłem materiału faktycznego sprawy ani tym bardziej stanowić podstawy ustalenia okoliczności będących przedmiotem oceny biegłego, a do tego zmierzał apelujący formułując wniosek dowodowy.

Kolejno wskazać należy, że A. M. nie zaferował żadnego dowodu na poparcie swych twierdzeń o utracie materiałów budowlanych na skutek bezprawnego opuszczenia przez pozwanego placu budowy. W szczególności nie można zaaprobować poglądu, że przeciwnicy procesowi skarżącego nie zaprzeczali ani wartości materiałów budowlanych ani temu, że uległy one zniszczeniu w sytuacji gdy obaj wnosili o oddalenie powództwa i negowali podstawy swojej odpowiedzialności. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy, powód wbrew dyspozycji art. 6 k.c. w toku procesu nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego fakt zakupu materiałów budowlanych, ich ilości i wartości, a jedynie zapowiadał, że przedłoży taki wykaz po przyjeździe do kraju. Samo twierdzenie powoda w pozwie, że zniszczeniu uległo „7 ton cementu na schody, wapno, tarcica itp.” o wartości 46.760 zł nie jest dowodem i wymaga wykazania za pomocą środków dowodowych w toku postępowania. Zaniechanie podjęcia inicjatywy dowodowej oznacza dla osoby dochodzącej roszczenia negatywne rozstrzygnięcie o jej żądaniu. Podobnie gołosłowne okazały się twierdzenie powoda o tym, że pozwani pozostawili niezabezpieczony teren budowy, a zapisy w dzienniku budowy miały być uzupełniane post factum.

W ocenie Sądu II instancji w realiach rozpoznawanej sprawy nie doszło do skutecznego odstąpienia przez pozwanego S. P. (1) od umowy z powodem A. M.. Tożsamy wniosek należało wywieść co do dokonanego przez skarżącego odstąpienia i powierzenia realizacji dalszych prac dla wykonawcy zastępczego.

W tym względzie zastosowanie znajdzie art. 640 k.c., w myśl którego jeżeli do wykonania dzieła potrzebne jest współdziałanie zamawiającego, a tego współdziałania brak, przyjmujący zamówienie może wyznaczyć zamawiającemu odpowiedni termin z zagrożeniem, iż po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. Współdziałanie stron umowy o dzieło w praktyce z reguły polega na dokonywaniu czynności faktycznych lub prawnych, koniecznych z punktu widzenia procesu wytwarzania dzieła (np. dostarczenie planów, materiałów, udzielenie wskazówek), bądź też na umożliwieniu przyjmującemu zamówienie wykonania zdjęć, wpuszczeniu na teren budowy, udostępnieniu pomieszczeń itp. Niewątpliwie w niniejszej sprawie obowiązek dostarczania materiałów budowlanych z mocy postanowień umowy spoczywał na A. M.. Powód zarówno w pozwie jak i przesłuchiwany przed Sądem Apelacyjnym wskazał, że szef hurtowni miał sukcesywnie wydawać pozwanemu materiały na równowartość wcześniej wpłaconej przez apelującego kwoty. Jednocześnie przyznał, że w czerwcu 2013 roku wstrzymał wydawanie materiałów budowlanych z hurtowni dla pozwanego S. P. (1). Wykonawca potwierdził powyższe podkreślając, że był gotowy kontynuować roboty budowlane, ale nie mógł, gdyż inwestor zaprzestał finansowania zakupu materiałów budowlanych, a hurtownia nie wydawała towaru z uwagi na brak opłacenia zaliczek. Wskazane przez pozwanego przyczyny opuszczenia placu budowy znajdują odzwierciedlenie zarówno w oświadczeniach (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, przedłożonych przez obie strony, które nie pozostają ze sobą w sprzeczności jak i korespondencji kierowanej do powoda przez S. P. (1) 20 października 2013 roku. Wynika z nich jednoznacznie, że motywem działania pozwanego był brak finansowania inwestycji w zakresie materiałów budowlanych. Dodatkowo ta sama przyczyna wyłania się z analizy notatki z dnia 6 listopada 2013 roku i dziennika budowy. W zebranych materiale dowodowym brak jest jednak jakiegokolwiek oświadczenia S. P. (1) o wyznaczeniu apelującemu terminu do wypełniania obowiązku dostawy materiałów pod rygorem odstąpienia ani samego oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Wobec niewyczerpania przewidzianej w przepisie art. 640 k.c. procedury – wezwania do podjęcia współdziałania w określonym terminie z zagrożeniem odstąpieniem od umowy, pozwany nie mógł skutecznie złożyć takiego oświadczenia.

Z drugiej strony nie można przyjąć, że niewykonanie przyjętego na siebie obowiązku umownego w postaci dostarczania materiałów wykonawcy, kiedy wykonawca deklaruował gotowość kontynuowania prac gdy zostanie zapewnione rzeczowe finansowanie inwestycji, rodziło po stronie apelującego możliwość jednostronnego odstąpienia od zobowiązania i jednocześnie obciążenia kosztami dalszych robót pozwanego. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy ma charakter kształtujący prawo. Jest to, podobnie jak wypowiedzenie, jeden ze sposobów rozwiązania umowy. Może mieć podstawę umowną lub ustawową. Przy braku odpowiednich postanowień umowy, złożenie skutecznego oświadczenia o odstąpieniu od umowy zależy od wypełnienia ustawowych wymagań przewidzianych w przepisach szczególnych dotyczących określonych umów nazwanych albo też w ogólnej regulacji obejmującej wykonanie i skutki niewykonania zobowiązań z umów wzajemnych.

W myśl art. 635 k.c. jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła. Zgodnie z treścią art. 636 § 1 k.c. jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może od umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie. Przez wykonywanie dzieła „w sposób sprzeczny z umową” to wykonywanie jej w sposób, który zagraża określonemu w umowie rezultatowi, bądź też, jeśli rezultat nie jest zagrożony, w sposób który narusza umowę. O ile art. 635 k.c. dotyczy nieprawidłowości dotyczących terminowego wykonania dzieła, o tyle art. 636 k.c. dotyczy sytuacji, w których powstają nieprawidłowości dotyczące sposobu wykonywania dzieła, mianowicie wadliwe lub sprzeczne z umową wykonywanie dzieła. Uprawnienia zamawiającego w takim wypadku uszeregowane są w porządku chronologicznym. Najpierw przysługuje mu uprawnienie do wezwania przyjmującego zamówienie do zmiany sposobu wykonywania świadczenia na prawidłowy. Następnie, w razie bezskutecznego upływu tego terminu, zamawiający może dokonać wyboru między odstąpieniem od umowy albo powierzeniem poprawienia lub dalszego wykonania dzieła innej osobie. Zamiast odstąpienia zamawiający może powierzyć poprawienie dzieła lub jego dalsze wykonanie osobie trzeciej na koszt i

niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie. Tymczasem w przedmiotowej sprawie wymogi te nie zostały spełnione – choć w piśmie z dnia 11 października 2013 roku powód wezwał pozwanego do przystąpienia do wykonania prac i określił termin do końca października 2013 roku i zastrzegł, że w wypadku bierności kontrahenta zleci wykonanie prac innemu wykonawcy, w notatce z dnia 6 listopada 2013 roku oświadczył, że rezygnuje z usług powoda. W ten sposób dokonał wyboru alternatywnego roszczenia, którym było odstąpienie od umowy, a nie powierzenie wykonania zastępczego na koszt pozwanego. Skoro nie zostały spełnione wymogi, od których ustawodawca uzależnił możliwość powierzenia poprawienia lub dalszego wykonywania dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie, to i z tego powodu nie ma podstaw do obciążenia wykonawcy kosztami wykonania zastępczego.

Dodatkowo zauważyć też należy, że w sytuacji, gdy powód wzywając pozwanego do kontynuowania prac nie zapewnił jednocześnie niezbędnych materiałów budowlanych w tym celu, takie wezwanie trudno uznać za skuteczne i rodzące jakiegokolwiek skutki prawne. Istotnym jest, że pozwany na owo wezwanie odpowiedział wskazując właśnie na brak finansowania budowy przez zamawiającego, a z kolei powód swoich twierdzeń, że ilość wydanych przez hurtownię materiałów budowlanych pozwalała na dokończenie budowy (czemu pozwany zaprzeczał), w żaden sposób nie udowodnił

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny w pełni podziela stanowisko Sądu Okręgowego, że powód nie wywiązał się z ciężaru procesowego, jaki przewiduje art. 6 k.c. w zw. z art. 471 k.c. Według bogatego orzecznictwa przy roszczeniach odszkodowawczych opartych o postanowienia umowne ciężar dowodu rozkłada się następująco: wierzyciel ma wykazać istnienie stosunku zobowiązaniowego oraz jego treść, fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, jak również poniesioną szkodę i związek przyczynowy między naruszeniem przez dłużnika więzi zobowiązaniowej oraz doznaną przez niego szkodą. W rozpoznawanej sprawie powód nie udowodnił ani nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwanego ani też uszczerbku majątkowego jaki miał w związku z tym ponieść.

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny na mocy art. 385 k.p.c. oddalił apelację powoda jako bezzasadną.

O kosztach procesu odwoławczego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. w zw. art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z § 2 pkt 6 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 r., poz. 1804, t. j.)

(...)