

Sygn. akt VI A Ca 1672/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 marca 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA – Agata Zajac (spr.)

Sędzia SA – Jacek Sadowski

Sędzia SO del. – Natalia Piasta - Serafin

Protokolant – stażysta Martyna Arcon

po rozpoznaniu w dniu 16 marca 2018 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa A. R. oraz K. R.

przeciwko P. G.

o zapłatę

na skutek apelacji powodów

od wyroku Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie

z dnia 1 kwietnia 2016 r., sygn. akt III C 431/12

uchyla zaskarżony wyrok częściowo tj. w punktach drugim, trzecim i piątym w zakresie odnoszącym się do pozwanego P. G. i sprawę w tym zakresie przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu Warszawa – Praga w Warszawie, pozostawiając temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 1672/16

UZASADNIENIE

Powodowie A. R. i K. R. w pozwie złożonym 26 marca 2012 roku wnosili o zasądzenie solidarnie od pozwanych P. G. i (...)Towarzystwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w S. kwoty 218.125,89 zł należności głównej wraz z ustawowymi odsetkami za zwłokę od dnia 5 października 2011 r. do dnia zapłaty, a także zasądzenie od pozwanych kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 21.800 zł według umowy z powodami.

W dniu 30 lipca 2015 r. powodowie cofnęli pozew ponad kwotę 204.153,64 zł, na co pozwani wyrazili zgodę.

W pozostałym zakresie pozwani wnosili o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania.

Wyrokiem z dnia 1 kwietnia 2016 r. Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie umorzył postępowanie w sprawie co do kwoty 13.972,25 zł wobec cofnięcia pozwu o zapłatę w tej części, oddalił powództwo w pozostałym zakresie oraz zasądził powodów solidarnie na rzecz pozwanego (...)Towarzystwa (...) Spółki Akcyjnej w S. kwotę 7.217 zł tytułem zwrotu kosztów procesu i nakazał pobranie od powodów solidarnie na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego (...) w W.70 zł tytułem wydatków.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Powódka A. R. na podstawie umowy darowizny zawartej z ojcem Z. R. w dniu 22 lutego 2011 r. stała się właścicielką nieruchomości położonej we wsi D., gmina R., powiat (...), stanowiącej działkę oznaczoną numerem (...) o powierzchni 1200 m⁽²⁾, dla której Sąd Rejonowy w P. prowadzi księgę wieczystą (...). Powodowie i pozwany P. G. - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) w W. - zawarli 12 lutego 2011 r. umowę o wykonanie robót budowlanych polegających na budowie budynku mieszkalnego z garażem w stanie deweloperskim projektu (...), na terenie działki numer (...) w D., zgodnie z projektem typowym, dostarczonym przez pozwanego jako wykonawcę. Termin rozpoczęcia robót strony ustaliły na dzień 1 maja 2011 r., a zakończenia na 1 maja 2012 r. Zgodnie z umową wykonawca dostarczał materiały budowlane, potrzebne do prowadzenia prac, wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 510.000 zł według kosztorysu z 11 lutego 2011 r., płatne w trzech ratach, pierwsza w wysokości 10% wartości umowy w dniu rozpoczęcia prac, kolejne w terminie zakończenia danego etapu prac wg kosztorysu po przyjęciu prac przez zamawiających. Strony postanowiły o obowiązku zapłaty kar umownych w wysokości 2% wartości etapu za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Ponadto w razie zgłoszenia przez zamawiających usterek w wykonaniu któregokolwiek z etapów robót lub etapu końcowego wykonawca był zobowiązany do ich usunięcia w terminie 30 dni od zgłoszenia usterek. W dniu 14 marca 2011 r. powodowie wpłacili pozwanemu kwotę 53.000 zł tytułem zaliczki zgodnie z umową. Roboty budowlane na żądanie powodów zostały rozpoczęte w połowie czerwca 2011 r. wykonaniem wykopów, wykonaniem ław fundamentowych oraz wykonaniem stóp fundamentowych bez pozwolenia na budowę, bez dziennika budowy. W dniu 15 czerwca 2011 r. powodowie przekazali pozwanemu kwotę 4.800 zł między innymi jako wynagrodzenie geodety. W dniu 28 czerwca 2011 r. pozwany P. G. zawarł z A. S. jako przyjmującym zlecenie umowę zlecenia, na mocy której przyjmujący zlecenie zobowiązał się do wykonywania od 28 czerwca 2011 r. czynności kierownika budowy nadzoru oraz koordynacji na budowie prowadzonej przez pozwanego zgodnie z umową z powodami. A. S. w dacie zawarcia umowy zlecenia miał przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, nie był objęty obowiązkowym ubezpieczeniem OC, którego umowę zawarł z dniem 1 sierpnia 2011 r. Starosta (...) decyzją nr (...) z 20 czerwca 2011 r. zatwierdził projekt budowlany i udzielił pozwolenia na budowę budynku mieszkalnego jednorodzinnego z garażem dla powodów, która stała się prawomocna z dniem 5 lipca 2011 r. Dziennik Budowy został wydany A. S. 7 lipca 2011 r., był przez niego wypełniony na podstawie wewnętrznego dziennika budowy i notatek po przerwaniu robót 14 września 2011 r. Niezwłocznie po objęciu funkcji przez A. S. wobec zastrzeżeń powodów kierownik budowy wykonał ponownie ławę fundamentową i wybieranie humusu między ścianami fundamentowymi. Pozwany bywał na budowie raz w tygodniu, budowę powierzył przebywającemu tam 24 godziny na dobę A. S.. Powód był na budowie kilka razy w tygodniu, fotografował postępy prac, na bieżąco oceniał jakość wykonanych robót, był obecny przy odbieraniu robót zanikowych, wyznaczył także S. R. swojego znajomego inżyniera, który uczestniczył w odbieraniu dwóch etapów robót, składał podpisy pod odbiorem tych robót w dzienniku wewnętrznym, który zaginął. W dniu 28 lipca 2011 r. strony zawarły aneks do umowy z 12 lutego 2011 r., w którym wprowadziły zmiany co do wysokości fundamentów, zmieniły zakres niektórych robót bez zmiany ceny kosztorysowej, zrezygnowały z wykonania niektórych robót oraz ustaliły wynagrodzenie na łączną kwotę 406.400 zł, a także zdecydowały o pozostawieniu bez zmian pozostałych warunków umowy. Zastrzeżenia do jakości budowy zgłaszał sam powód w obecności pozwanego i A. S., ale nie zatrzymał wykonywania robót, a wizytujący budowę na zlecenie powoda inżynier S. R. nie zgłaszał zastrzeżeń. W dniu 8 sierpnia 2011 r. powodowie wpłacili pozwanemu pierwszą ratę na poczet wynagrodzenia w kwocie 114.500 zł. Łącznie powodowie wpłacili pozwanemu zaliczki w kwocie 172.300 zł. Do 14 września 2011 r. bez sprzeciwu ze strony powoda i jego znajomego inżyniera S. R. wylany został strop piętra, powód odbierał z A. S. zbrojenie stropu, wykonane zostały także trzy ściany piętra bez wieńca. Powód zgłaszał pozwanemu usterki w obecności kierownika budowy, strony nie mogły porozumieć się co do kontynuowania robót, w połowie września 2011 r. kierownik budowy wypełnił dziennik budowy wiedząc, że może dojść do zerwania umowy. W dniu 4 października 2011 r. strony podpisały oświadczenie o braku porozumienia, skierowaniu sprawy do sądu i kontaktowaniu się przez prawnika, powodowie żądali zwrotu pozostałej zaliczki wraz z karą 2% za nienależyte wykonanie stropu, podciągu oraz słupów, pozwany przerwał wykonywanie robót, usunął z budowy sprzęt i robotników po wzniesieniu prowizorycznego ogrodzenia części działki. Pozwany rozstał się z A. S. bez rozliczenia za jego pracę. W piśmie z 28 listopada 2011 r. powodowie zwrócili się do (...)Inspektora Nadzoru Budowlanego w P. z wnioskiem o nakazanie rozbiórki z uwagi na możliwe bezpośrednie zagrożenie katastrofą budowlaną, a tym samym możliwe bezpośrednie zagrożenie życia. Pierwszą kontrolę inspektorzy przeprowadzili samodzielnie 30 listopada 2011 r. i

stwierdzili przewrócenie się filaru przy drzwiach balkonowych. Drugą kontrolę inspektorzy przeprowadzili 19 grudnia 2011 r. z udziałem powodów i kierownika budowy, stwierdzili wówczas widoczne ubytki w stropie. W dniu 10 lipca 2012 r. (...) wstrzymał prowadzenie robót przy budynku mieszkalnym na działce powódki w D. posługując się opracowaniem inż. B. wykonanym na zlecenie powodów. W dniu 31 lipca 2012 r. (...) Inspektor Nadzoru Budowlanego w P. wydał decyzję nr (...) o nakazaniu powodom rozbiórki częściowo wzniesionego budynku mieszkalnego na działce numer (...) w D.. Powodowie dokonali rozbiórki budynku w czerwcu 2013 r.

Pozwany (...) po zgłoszeniu przez powodów roszczenia wobec ubezpieczonego A. S. decyzją z 6 czerwca 2012 r. przyznał i wypłacił powodom kwotę 12.588,50 zł jako koszty rozbiórki oraz kwoty 922,50 zł i 461,25 zł jako koszty wykonania opinii, za szkody wyrządzone przez działanie lub zaniechanie ubezpieczonego w okresie trwania ochrony ubezpieczeniowej od 1 sierpnia 2011 r. A. S. zawiadomiony 16 sierpnia 2012 roku o toczącym się procesie w trybie art. 84 k.p.c. z pouczeniem o możliwości przystąpienia do strony jako interwenient uboczny nie zgłosił swojego przystąpienia do zakończenia postępowania.

Dokonując powyższych ustaleń faktycznych Sąd Okręgowy wskazał, że sporządzone na zlecenie powodów przed wszczęciem postępowania opracowania R. B. i L. R., a także kosztorys L. H. nie są dowodem z opinii biegłego, zaś pozwany zakwestionował ich walor dowodowy.

Także zeznania autorów tych opracowań w ocenie Sądu Okręgowego nie mają żadnego waloru dowodowego.

Sąd Okręgowy uznał, że nie było też możliwości zweryfikowania wywiedzionych z takiej opinii twierdzeń powodów co do nieusuwalności wad budowlanych i wysokości szkody której naprawienia żądają w niniejszym postępowaniu opiniami biegłych sądowych, gdyż powodowie nie wnosili o dopuszczenie dowodu z opinii biegłych sądowych ani w trybie zabezpieczenia dowodu, ani w toku postępowania, a Sąd nawet rozważał dopuszczenie dowodu z opinii biegłych z urzędu, jednak wobec rozebrania budynku Sąd odstąpił od dopuszczenia tego dowodu. Zdaniem Sądu Okręgowego powodom wręcz nie zależało na opinii biegłego powołanego przez sąd, skoro ich pełnomocnik wnosił o oddalenie zgłoszonego przez pozwanego wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego, specjalisty budownictwa.

Sąd Okręgowy wskazał na brak pozwanego przy oględzinach robót budowlanych 24 października 2011 r., a także w terminach późniejszych uznając, że ma to kluczowe znaczenie, gdyż pozwany nie mógł ani przytaczać poglądów przeciwnych specjalistom wezwanym przez powodów, ani nie mógł zająć stanowiska co do tego, czy odpadające materiały użyte do budowy odpadły same, czy wobec rozwiązania umowy przez powodów i opuszczenia budowy otwartej odpadaniu ktoś pomagał. Zdaniem Sądu Okręgowego inwentaryzacja budowy powinna odbywać się bezpośrednio przed opuszczeniem budowy przez wykonawcę z jego udziałem, a nie trzy tygodnie po tym fakcie, zaś niezabezpieczona budowa przed warunkami atmosferycznymi i ingerencją osób trzecich oczywiście była narażona na degradację wbudowanych elementów. Sąd Okręgowy nie dał wiary zeznaniom powodów, że właściwie nadzorowali budowę i zgłaszali wady robót uznając, że powodowie nie prowadzili inwestycji prawidłowo, są winni chaosowi w prowadzeniu nadzoru nad budową. Od początku bez zlecenia powodów nie byłoby możliwe prowadzenie budowy bez pozwolenia na budowę, a zatem bez dziennika budowy. Już prace fundamentowe były wykonane nieprawidłowo i pozwany je poprawiał. Powód upoważnił znajomego S. R. do udziału w nadzorze i przyjmowaniu etapów robót. Powodowie zaprzeczali, że S. R. podpisywał cokolwiek, jednak świadek R. potwierdził, że podpisywał, że obchodził budowę z kierownikiem budowy i zwracał uwagę na usterki. Robotnicy pozwanego oraz pełniący funkcję kierownika budowy A. S. traktowali S. R. jak inspektora nadzoru z ramienia powoda. Wprowadzało to niejasny podział obowiązków. Sąd Okręgowy dał wiarę zeznaniom świadka S. R. co do jego udziału w nadzorowaniu budowy, konsultacji z kierownikiem budowy i złożeniu podpisu pod odbiorem dwóch etapów, braku zastrzeżeń opisanych na piśmie. Powodowie zeznawali o wadliwym budowaniu, o zwracaniu pozwanemu uwagi na usterki, a jednocześnie nie skorzystali z możliwości zakończenia współpracy z pozwanym przed 8 sierpnia 2011 roku. Powodowie złożyli wykaz usterek z 19 września 2011 r., ale zdaniem Sądu Okręgowego nie dowiedli, że wykaz ten doręczyli pozwanemu, tym bardziej że termin 30 dni do usunięcia wad wyznaczyli do 18 października 2011 roku. W ocenie Sądu Okręgowego, powodom od połowy września 2011 roku nie zależało na wezwaniu pozwanego do usunięcia wad, byli już zdecydowani na rozbiórkę tego, co pozwany wykonał.

Sąd Okręgowy dał częściowo wiarę zeznaniom świadka A. S. wskazując, że świadek zeznawał niekonsekwentnie. Zeznał, że pozwany zapewnił mu niewykwalifikowanych robotników, nie dbał o materiały i ich jakość, ale jednocześnie zeznał, że tylko co do jednego podciągu miał zastrzeżenia i nie umiał wytłumaczyć dlaczego nakazał wylanie zaprawy mimo zastrzeżeń, a pozostałe elementy były wykonywane prawidłowo, gdyż sam murował ściany, nadzorował wykonywanie słupów i stropu. Zeznawał o wybrzuszaniu się cementu pod szalunkami, ale nie zeznawał o zamierzonym ukrywaniu wad, o ubytkach w zaprawie, czy ubytkach w stropie. Zdaniem Sądu Okręgowego to A. S. jako wykonawca robót i kierownik budowy był odpowiedzialny za fachowość robót i to on musiałby celowo ukrywać wady. Z zeznań świadka taki zamiar ani bezpośredni, ani ewentualny nie wynikał. Świadek zeznawał tak dlatego, że nie otrzymał wynagrodzenia od pozwanego, rozstali się bez rozliczenia, a zatem świadek dążył do przedstawienia pozwanego w niekorzystnym świetle, a siebie już w lepszym. Skoro jednak świadek widział, że są problemy ze stemplami, szalunkami i wybrzuszaniem cementu i nic z tym nie zrobił, a nawet polecał wykonywanie robót oznacza, że nabrał takiego krytycznego spojrzenia dopiero po zakończeniu współpracy z pozwanym. Sąd Okręgowy uznał, że brak fachowości murarza nie został potwierdzony zeznaniami świadka G. P., który jest murarzem, był zatrudniony na budowie jako murarz i wraz z A. S. wznosił ściany budynku powodów. Za niewiele wnoszące do sprawy Sąd Okręgowy uznał zeznania świadków: L. H., T. W. i S. P..

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy wskazał, że powodowie, reprezentowani przez profesjonalnego pełnomocnika, jako podstawę prawną roszczenia wskazali przepisy art. 415 i 441 k.c.

Zdaniem Sądu Okręgowego powodowie wyraźnie dokonali wyboru roszczenia *ex delicto*.

Sąd Okręgowy wskazał na utrwalone stanowisko orzecznictwa, że wskazanie przez powoda, zwłaszcza reprezentowanego przez fachowego pełnomocnika procesowego, przepisów prawa materialnego, mających stanowić podstawę prawną orzeczenia, jakkolwiek niewymagane, nie pozostaje bez znaczenia dla przebiegu i wyniku sprawy, albowiem pośrednio określa także okoliczności faktyczne uzasadniające żądanie pozwu – tak między innymi wyrok Sądu Najwyższego z 14 stycznia 2004 roku, w sprawie I CK 42/03, publ. LEX nr 172790. Ponadto organ stosujący prawo nie może dokonać kwalifikacji prawnej roszczenia w pełni swobodnie, według swego uznania, ale dążąc do udzielenia poszkodowanemu ochrony prawnej musi uwzględnić tylko te okoliczności, które strona w toku procesu podnosiła i udowodniła. W pierwszej kolejności powinien więc uwzględnić wybór, którego dokonał dochodzący roszczenia.

Sąd Okręgowy uznał, że odpowiedzialność pozwanych nie jest i nie może być solidarna. Nawet gdyby przyjąć, że wykonawca budowy pozwany P. G. i kierownik budowy A. S. odpowiadają na zasadzie winy, jak to konstruują powodowie, to za ubezpieczonego od odpowiedzialności cywilnej jego ubezpieczyciel odpowiada wprawdzie w granicach odpowiedzialności sprawcy, ale na podstawie umowy ubezpieczenia – art. 822 § 1 k.c.. Jest to więc odpowiedzialność oparta o umowę ubezpieczenia, a więc o inną podstawę prawną niż deliktowa i jest to odpowiedzialność *in solidum*.

Sąd Okręgowy wskazał też, że kierownik budowy nie mógłby odpowiadać wobec powodów inaczej jak tylko *ex delicto*, gdyż żaden stosunek prawny go z powodami nie łączył.

Sąd Okręgowy wskazał, że na powodach spoczywał obowiązek udowodnienia przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej A. S., zaś powodowie w tym zakresie ograniczyli się tylko do podkreślania, że doszło do zaniedbań kierownika budowy. Powodowie zdaniem Sądu Okręgowego nie udowodnili, że kierownik budowy świadomie maskował poważne błędy wykonanej konstrukcji, nie udowodnili, że brak nadzoru, wiedzy i umiejętności kierownika budowy narusza ogólne, powszechnie obowiązujące normy, a nie odnosi się tylko do wykonywanej dla nich budowy. Sąd Okręgowy wskazał też, że nawet gdyby przyjąć, że kierownik budowy zaniechał prawidłowego nadzoru nad budową i obiektywnie jest winny szkody powodów w rozumieniu art. 415 k.c. to powodowie otrzymali już od pozwanego ubezpieczyciela odszkodowanie odpowiednie do udziału sprawcy szkody w kosztach związanych z rozbiórką budynku. Pozwany ubezpieczyciel opierając się na czasie trwania ochrony ubezpieczeniowej ustalił do jakich ewentualnych wad budynku mógł przyczynić się kierownik budowy i wobec wskazanych przez powodów na

podstawie prywatnej opinii kosztów wypłacił stosowne odszkodowanie. Bez znaczenia zaś dla odpowiedzialności A. S. jest zdaniem Sądu Okręgowego żądanie od ubezpieczyciela zwrotu zaliczek wpłaconych pozwanemu P. G..

Odnosząc się do odpowiedzialności pozwanego P. G. Sąd Okręgowy wskazał, że niewykonanie zobowiązania samo przez się nie może być uznane za działanie bezprawne w rozumieniu art. 415 k.c. Taka jego kwalifikacja jest uzasadniona tylko wtedy, gdy jednocześnie następuje naruszenie obowiązku powszechnego, ciężącego na każdym podmiocie. Przywołując treść uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2013 roku w sprawie I CSK 687/12 Sąd Okręgowy wskazał, że w takim wypadku kodeks cywilny dopuszcza zbieg roszczenia z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania i roszczenia z tytułu czynu niedozwolonego, pozostawiając poszkodowanemu wybór jednego z tych roszczeń (art. 443). Wspomniany wybór, który może być dokonany przez samo wskazanie faktów uzasadniających żądanie pozwu, ma dla poszkodowanego doniosłe konsekwencje ze względu na istotne różnice zachodzące pomiędzy reżimem prawnym odpowiedzialności kontraktowej i reżimem prawnym odpowiedzialności deliktowej. Dotyczy to faktów konstruujących podstawę odpowiedzialności oraz rozkładu ciężaru dowodu oraz terminu przedawnienia. W ocenie Sądu Okręgowego powodowie dokonali wyraźnego wyboru odpowiedzialności pozwanego jako deliktowej. Powodowie mając do dyspozycji postanowienia umowy o roboty budowlane i gwarantowaną umową karę umowną uprawnień z umowy nie dochodzili. Sąd Okręgowy wskazał, że treść żądania i przytoczonych przez powodów faktów, poparte dodatkowo wskazaną przez profesjonalnego pełnomocnika powodów podstawą prawną dochodzonego roszczenia - art. 415 k.c. w związku z art. 441 k.c., sytuujące jednoznacznie roszczenie powodów wobec pozwanych na płaszczyźnie deliktowej odpowiedzialności pozwanych za celowe zaniedbania wykonawcy i kierownika budowy, które usiłowali ukryć, nienależyte wykonywanie prac budowlanych w sposób zagrażający życiu i zdrowiu stanowiły przedmiot postępowania dowodowego i orzekania Sądu i w oparciu o te fakty oraz o tę podstawę prawną odpowiedzialności pozwanych, Sąd rozstrzygnął spór między stronami uznając, że powodowie nie udowodnili winy pozwanego P. G. w oparciu o art. 415 k.c., a więc co do zasady, jak i co do wyszczególnionej w pozwie kwoty.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. obciążając nimi w całości powodów, którzy przegrali proces.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wnieśli powodowie, zaskarżając wyrok w części, tj. co do punktów 2, 3, 4, 5 zaskarżonego wyroku i w zakresie, w jakim oddalono pozew w stosunku do pozwanego P. G.. Powodowie zarzucili:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

- art. 638 § 1 k.c. w zw. z art. 656 § 1 w zw. z art. 556¹ § 1 pkt 1 i § 3 w zw. z art. 560 § 1 i § 4 k.c. w zw. z art. 51 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta w stanie prawnym z 2011 r. poprzez błędne niezastosowanie w sytuacji, gdy powodowie odstąpili od umowy o roboty budowlane z powodu wad istotnych oraz odmowy ich naprawienia przez pozwanego P. G., a w konsekwencji przez uznanie, że powodom nie należy się zwrot zapłaconego wynagrodzenia oraz zwrot kosztów rozbiórki,

- art. 471 k.c. przez jego błędną interpretację i zastosowanie, tj. poprzez uznanie, że powodowie nie doznali szkody w wyniku niewłaściwego wykonywania przez pozwanego prac budowlanych wynikających z umowy o roboty budowlane i konieczności rozbiórki wykonanych prac potwierdzonych decyzją (...)Inspektora Nadzoru Budowlanego,

- art. 472 k.c. poprzez przyjęcie, że w niniejszej sprawie należytą staranność wykonania należy oceniać bez uwzględnienia zawodowego charakteru działalności pozwanego w sytuacji, gdy pozwany trudni się pracami budowlanymi zawodowo,

- art. 494 k.c. poprzez jego niezastosowanie oraz oddalenie powództwa co do zwrotu zaliczki oraz odszkodowania za szkodę poniesioną przez powodów, tj. poniesienie kosztów rozbiórki obiektu, który musiał zostać rozebrany zgodnie z decyzją (...);

2. naruszenie przepisów postępowania, tj.

- art. 233 § 1 k.c. poprzez dowolną ocenę dowodów przejawiającą się w błędnej ocenie zeznań świadka A. S., w szczególności w zakresie wskazywanych przez niego niewłaściwości w wykonaniu prac oraz wad w wykonywanych pracach, S. R. w zakresie zgłaszania przez niego usterek w wykonywanych robotach, pominięcie zeznań świadków R. B. i L. R. w zakresie ustalonego przez nich stanu faktycznego budowy oraz wyjaśnień powodów, a także przyjęciu, że powód zaakceptował wady budynku przez brak wstrzymania robót budowlanych oraz brak sprzeciwu co do wylania stropu, nadto pominięcie w rozważaniach zobowiązania powodów do rozbiórki wykonanych prac na skutek ich wadliwości;

- art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak logicznego wyjaśnienia dokonanej oceny dowodów oraz brak przełożenia dokonanej oceny środków dowodowych na powzięte przekonania sądu wyrażające się w pominięciu dowodów z dokumentów, tj. z zapisków A. S. oraz decyzji (...);

- art. 321 § 1 k.p.c. w postaci oddalenie powództwa z powodu braku podania poprawnej podstawy prawnej, w wyniku czego powództwo zostało oddalone,

- art. 386 § 4 k.p.c. tj. nierozpoznanie istoty sprawy, ponieważ sąd I instancji zaniechał zbadania materialnej podstawy żądania bezpodstawnie przyjmując, że brak przesłanek z art. 415 k.c. unicestwia roszczenie.

Powodowie wnieśli o zmianę wyroku w części objętej zaskarżeniem przez zasądzenie od pozwanego P. G. na rzecz powodów kwoty 204 153,64 zł wraz z odsetkami ustawowymi od kwoty 173 300 zł od dnia 5 października 2011 r. i od kwoty 41 750,89 zł od dnia 11 listopada 2011 r.

ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie w tym zakresie do ponownego rozpoznania.

Pozwany P. G. wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja powodów zasługuje na uwzględnienie, o ile zmierza do uchylenia wyroku w części objętej zaskarżeniem i przekazaniem sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Podniesione przez powodów zarzuty zmierzają do poddania zasadności ich żądań ocenie z punktu widzenia innych przepisów, niż wskazane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

W pierwszej kolejności należy zatem rozstrzygnąć, czy Sąd Okręgowy był związany podstawą prawną żądania wskazaną przez powodów i czy w związku z tym powodowie mogą w apelacji podnieść zarzut naruszenia innych przepisów prawa materialnego, nie zmieniając zakresu żądania.

Nie ulega wątpliwości, że w postępowaniu procesowym sąd jest związany wskazaną przez powoda podstawą faktyczną żądania - wskazane przez powoda fakty istotne dla rozstrzygnięcia, wyznaczające granice związania sądu żądaniem (art. 321 k.p.c.).

Przedmiotem poddanym pod osąd sądu jest zawsze żądanie - wyznaczone jego przedmiotem i podstawą faktyczną - artykułowane przez stronę powodową w chwili zamknięcia rozprawy.

Zakaz orzekania ponad żądanie odnosi się bądź do samego żądania (petitum), bądź do jego podstawy faktycznej (causa petendi). Sąd nie może więc zasądzić świadczenia innego, niż to, którego zażądał powód, nie może też zasądzić więcej niż żądał powód, ani na innej podstawie faktycznej niż wskazana przez powoda.

Z treści pozwu z 26 marca 2012 r. wynika, że powodowie żądają zasądzenia na ich rzecz kwoty 218 125,89 zł z odsetkami, wskazując, że szkoda w tej wysokości wynika z nienależytego wykonania umowy łączącej powodów z pozwanym P. G.. Powodowie wskazali, że prace objęte umową były prowadzone w sposób niezgodny z zasadami

wiedzy technicznej, dokumentacją techniczną, wymogami norm, że świadomie maskowano poważne wady wykonanej konstrukcji stwarzając zagrożenie dla życia przyszłych użytkowników i nie była możliwa kontynuacja robót.

Powodowie wskazali też, że na poniesioną przez nich szkodę składają się wpłacone zaliczki w wysokości 173 000 zł, poniesiony koszt ekspertyzy i pomocy prawnej w kwocie 3 075 zł oraz koszty rozbiórki budynku w kwocie 41 750,89 zł.

Oceniając zasadność żądań powodów Sąd Okręgowy powinien dokonać ustaleń faktycznych w granicach podstawy faktycznej określonej przez powodów, a więc odnoszących się do sposobu wykonania przez pozwanego robót budowlanych zgodnie z łączącą strony umową oraz zasadami sztuki budowlanej, a następnie rozważyć te okoliczności w świetle przepisów prawa materialnego mogących mieć zastosowanie do oceny przedstawionej w pozwie podstawy faktycznej powództwa.

Sąd nie jest bowiem związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia i może uwzględnić żądanie także na innej podstawie prawnej, jeżeli tylko nie wykracza poza ramy faktyczne określone w pozwie (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 kwietnia 2011 r. III CSK 220/10).

Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 lipca 2017 r. V CSK 660/16 stwierdzając, że ustawodawca nie wymaga, by powód określał podstawę prawną dochodzonego żądania, gdyż jego kwalifikacja prawna jest obowiązkiem sądu. Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach. Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda, niemniej jednak wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania i pozwolić na zidentyfikowanie charakteru zgłoszonego żądania, a zatem i okoliczności decydujących o jego zasadności. Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej.

Samo wskazanie alternatywnej podstawy materialnej dochodzonego roszczenia procesowego, bez zmiany żądania i okoliczności faktycznych je uzasadniających nie stanowi przedmiotowej zmiany powództwa (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2009 r. V CSK 439/08), zatem powodowie mogli skutecznie zarzucić w apelacji niezastosowanie przez Sąd Okręgowy innych przepisów prawa materialnego, niż wskazane w pozwie.

Skoro zaś powodowie wyraźnie wskazywali, że swoje roszczenie odszkodowawcze wywodzą z nienależytego wykonania zobowiązania, w odniesieniu do pozwanego P. G. podstawą żądań powodów mogły być także przepisy art. 471 k.c. i ta podstawa materialnoprawna powinna być objęta rozważaniami Sądu Okręgowego.

Koncentrując swoje rozważania na przypisywaniu powodom świadomego dążenia do rozbiórki budynku Sąd Okręgowy nie poczynił żadnych ustaleń faktycznych dotyczących prawidłowości prac wykonanych przez pozwanego, istnienia wad budynku oraz przyczyn ich powstania, a także skutków oświadczeń woli wyrażonych przez strony w piśmie z dnia 4 października 2011 r. zatytułowanym „rozwiązanie umowy”.

Nie ulega wątpliwości, że budynek został ostatecznie rozebrany, jednak podstawą tych działań była decyzja administracyjna wydana przez (...)Inspektora Nadzoru Budowlanego w P. o nakazaniu powodom rozbiórki częściowo wzniesionego budynku mieszkalnego.

Fakt, iż budynek został rozebrany, nie daje jednak podstaw do uznania, że nie jest możliwe dokonanie oceny prawidłowości prac wykonanych przez pozwanego w oparciu o zgromadzone dowody.

Sąd Okręgowy dysponował dowodami w postaci protokołów z oględzin nieruchomości dokonywanych przez organu administracji, fotografii obrazujących stan budynku oraz zeznań świadków, którzy na zlecenie powodów sporządzili ekspertyzy prywatne.

Trafnie Sąd Okręgowy uznał, że ekspertyzy te nie mogą być traktowane jak dowód z opinii biegłych, jednak poza oceną wymagającą wiedzy specjalnej zarówno te ekspertyzy, jak i zeznania autorów opracowań przesłuchanych w charakterze świadków zawierają opis stanu nieruchomości istniejącego w określonych datach.

Nie było zatem żadnych przeszkód aby dokonać oceny zakresu zaawansowania robót i prawidłowości ich wykonania z wykorzystaniem dowodu z opinii biegłego, gdyż niewątpliwie ocena taka wymaga wiedzy specjalnej.

W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, iż dowód z opinii biegłego jest dowodem niezastępowalnym, zaś na sądzie spoczywa obowiązek dopuszczenia takiego dowodu, gdy wyjaśnienie faktów istotnych dla rozstrzygnięcia wymaga wiedzy specjalnej. W uzasadnieniu wyroku z dnia 27 kwietnia 2012 r. V CSK 202/11 Sąd Najwyższy wskazał, że jeżeli uzyskanie wiadomości specjalnych zapewnia wyłącznie opinia biegłego, to w braku odpowiedniej inicjatywy dowodowej samej strony niedopuszczenie dowodu z takiej opinii stanowi naruszenie art. 232 zd. drugie k.c., gdy przeprowadzenie przez sąd z urzędu takiego dowodu stanowi jedyny sposób przeciwdziałania niebezpieczeństwu oczywiście nieprawidłowego rozstrzygnięcia sprawy, podważającego funkcję procesu. Nawet fakt, że strona jest reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika, w tej szczególnie uzasadnionej sytuacji nie powinien zwalniać Sądu z dążenia do prawidłowego wyjaśnienia sprawy.

Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 czerwca 2011 r. V CSK 373/10 wskazując, że decyzja co do potrzeby uzyskania pomocy ze strony podmiotu posiadającego wiedzę specjalną należy do sądu, zgodnie z art. 278 § 1 k.p.c., zaś uznanie przez sąd, że wymagana jest opinia biegłego, która jest niezastępowalnym środkiem dowodowym oznacza niedopuszczalność wydania orzeczenia końcowego z pominięciem tego dowodu. W takiej sytuacji nie jest wyłączone skorzystanie przez sąd z uprawnienia przewidzianego art. 232 zd. 2 k.p.c.

Z uwagi na powyższe Sąd Apelacyjny uznał, że Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sprawy, ograniczając się do rozważenia wskazanej przez powodów podstawy prawnej żądania, bez zastosowania innych przepisów, mających zastosowanie do określonej przez powodów podstawy faktycznej roszczenia.

W orzecznictwie prezentowane jest stanowisko obligujące sąd drugiej instancji do wąskiej interpretacji pojęcia "nierozpoznanie istoty sprawy". Generalnie przyjmuje się, że nierozpoznanie istoty sprawy w rozumieniu art. 386 § 4 k.p.c. występuje wtedy, gdy sąd pierwszej instancji zaniechał zbadania materialnej podstawy żądania pozwu lub zarzutów merytorycznych przeciwstawionych zgłoszonemu roszczeniu (vide np. postanowienie Sadu Najwyższego z 18 stycznia 2018 r., sygn. akt V CZ 93/17).

Sąd drugiej instancji jest sądem merytorycznym. Model apelacji pełnej zobowiązuje ten sąd do poczynienia własnych ustaleń faktycznych i dokonania oceny prawnej zebranego w sprawie materiału dowodowego w kontekście zgłoszonego roszczenia. W niniejszej sprawie jednak chodzi o dokonanie przez sąd oceny zaistnienia przesłanek materialnoprawnych stanowiących podstawę żądania powodów, które przez sąd nie zostały ocenione.

W postanowieniu z dnia 10 stycznia 2018 r. w sprawie I CZ 139/17, Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że nie może uznać za wadliwe zastosowanie art. 386 § 4 k.p.c. przez sąd drugiej instancji, jeśli należy przyjąć w sprawie częściowo odmienną ocenę prawną od przyjętej w toku instancji, a przede wszystkim co do części sporu sąd miałby orzekać po raz pierwszy, z pominięciem drugiej instancji, a więc z pozostawieniem stronom możliwości odwoławczych.

Sąd Apelacyjny wziął też pod uwagę wyrażany w orzecznictwie pogląd, że Jeżeli poszukujący ochrony powód dokonał wyboru reżimu odpowiedzialności pozwanego, należy przyjąć, że sąd może rozstrzygnąć na innej podstawie prawnej, a więc dokonać wyboru w gruncie rzeczy innego reżimu odpowiedzialności, ze wszystkimi tego konsekwencjami (m.in. w zakresie terminów przedawnienia, możliwości dokonania potrącenia), o ile poinformuje o tym strony, umożliwiając im tym samym wypowiedzenie się i umożliwiając pozwanemu podjęcie obrony także w zakresie, w jakim wynika to z innych niż wskazane przepisów prawa materialnego, żadna ze stron nie powinna być bowiem zaskakiwana wynikiem procesu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 2011 r. III CSK 136/11 i z dnia 30 września 2016 r. I CSK 644/15).

Ocena zasadności żądań powodów w świetle przesłanek odpowiedzialności deliktowej zmienia zasady rozkładu ciężaru dowodu, tym bardziej zasadne jest więc umożliwienie pozwanemu podjęcia inicjatywy dowodowej w celu wykazania, że nienależytego wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn za które nie ponosi on odpowiedzialności.

Należy też odwołać się do poglądu wyrażonego w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2014 r. w sprawie II CZ 8/14, że w konstrukcji prawnej rozpoznawania sprawy przez sąd drugiej instancji w wyniku wniesienia apelacji przez stronę lub strony postępowania, w polskiej procedurze cywilnej chodzi o skontrolowanie prawidłowości rozstrzygnięcia sprawy przez sąd pierwszej instancji i jeżeli to potrzebne - przeprowadzenie pełnego postępowania dowodowego, a następnie wydanie orzeczenia merytorycznego. Jest to realizacja zasady pełnej apelacji. Jednakże takie spojrzenie na rolę sądu rozpoznającego apelację nie może prowadzić do zastąpienia przez sąd apelacyjny sądu pierwszej instancji w takim zakresie, w jakim rozstrzygnięcie sprawy staje się w rezultacie jednoinstancyjne.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. orzekł jak w sentencji.