

Sygn. akt I ACa 8/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 września 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Dorota Markiewicz

Sędziowie: SA Edyta Jefimko

SA Robert Obrębski (spr.)

Protokolant: st. sekr. sąd. Monika Likos

po rozpoznaniu w dniu 9 września 2013 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa A. S. i T. S.

przeciwko S. D.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 10 lipca 2012 r. sygn. akt II C 356/10

1. oddala apelację;

2. zasądza od S. D. na rzecz A. S. i T. S. kwoty po 1350 (jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt IA Ca 8/12

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 12 maja 2010 r. A. i T. S. wnieśli o zasądzenie od S. D. kwoty 148087 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 12 listopada 2007 r. do dnia zapłaty tytułem zwrotu części wynagrodzenia przenoszącego wartość robót wykonanych przez pozwanego oraz tytułem kary umownej na nienależyte wykonanie umowy z dnia 11 kwietnia 2007 r., w której pozwany zobowiązał się do zabudowania nieruchomości powodów położonej w F. koło R. budynkiem mieszkalnym wraz z instalacjami oraz ogrodzeniem w terminie do 30 grudnia 2007 r. za wynagrodzenie w kwocie 642000 zł, jednakże niewłaściwie wykonywał roboty budowlane, dopuścił do licznych usterek i zaniedbań, które zostały potwierdzone opiniami prywatnymi oraz ekspertyzą biegłego sądowego H. S., sporządzoną w ramach zabezpieczenia dowodu przed wniesieniem pozwu, w której wartość prac wykonanych przez pozwanego, przed odstąpieniem przez powodów od umowy, została oszacowana na kwotę 188113 zł. Powodowie podnosili, że na należność główną dochodzoną w tej sprawie składa się kara umowna wynosząca 10 % ryczałtowego wynagrodzenia ustalonego w umowie oraz kwota 83877 zł, która stanowi różnicę między wpłaconą przez powodów kwotą 272000 zł tytułem części wynagrodzenia za wykonanie umowy a ustaną przez biegłego wartością prac faktycznie wykonanych przez pozwanego do momentu odstąpienia przez powodów od umowy.

Pozwany wnosił o oddalenie powództwa, zaprzeczał, aby wykonane prace były wadliwe, kwestionował opinię biegłego H. S. i zaoczny sposób jej sporządzenia, podnosił ponadto, że opóźnienia w budowie domu, instalacji oraz studni były spowodowane przez powodów, którzy doprowadzili do zmiany projektu budowlanego i lokalizacji studni, nieustanie wprowadzali zmiany w sposobie realizacji inwestycji, która nie mogła być planowo wykonywana także ze względu na niewywiązanie się przez powodów z obowiązku zapewnienia dostępu do bieżącej wody i energii elektrycznej, zaniechanie podawania we właściwym terminie koloru cegły kinkietowej do kominka i dostarczenia blachy dachowej, dopuścili się tym samym zaniedbań, które uzasadniały odstąpienie od umowy przez pozwanego.

Wyrokiem z dnia 10 lipca 2012 r. Sąd Okręgowy zasądził o pozwanego solidarnie na rzecz powodów kwotę 148077 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 29 czerwca 2010 r. i kwotę 11022 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 3600 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego, zaś w pozostałym zakresie, dotyczącym 10 zł należności głównej oraz odsetek za okres poprzedni, powództwo zostało oddalone. Na podstawie zabranego materiału dowodowego, w tym dokumentacji złożonej przez strony, zeznań świadków i opinii biegłego sądowego H. S., Sąd Okręgowy ustalił, że w wykonaniu umowy z dnia 11 kwietnia 2007 r., do 30 grudnia 2007 r. pozwany miał wznieść budynek mieszkalny, wykonać instalacje, studnię i ogrodzenie na działce powodów przy ul. (...) w F. koło R. za wynagrodzenie wynoszące 642000 zł i zgodnie z projektem z dnia 11 kwietnia 2007 r., który decyzją z dnia 19 maja 2007 r., został zmieniony, zaś powodowie zobowiązali się do zapłaty zaliczki w kwocie 100000 zł przy zawarciu umowy, finansowania bieżących kosztów budowy oraz zapewnienia pozwanemu dostępu do bieżącej wody oraz energii elektrycznej. Na wypadek odstąpienia przez powodów od umowy z przyczyn odciążających pozwanego, jak ustalił Sąd Okręgowy, na wykonawcę został nałożony obowiązek zapłaty kary umownej wynoszącej 10 % wartości łącznego wynagrodzenia należnego pozwanemu, który mógł domagać się do powodów zwrotu kosztów poniesionych na wykonanie umowy. Działka została udostępniona pozwanemu, jak ustalił Sąd Okręgowy, w dniu 11 kwietnia 2007 r., nowe pozwolenie na budowę stało się ostateczne w dniu 7 maja 2007 r., zaś prace budowlane zostały faktycznie rozpoczęte przez pozwanego w dniu 19 maja 2007 r. i były prowadzone latem przez pracowników pozwanego i J. P., któremu została powierzona funkcja kierownika budowy. Upoważniona przez powodów w sprawach budowy została architekt M. B., ze strony pozwanego czynności związane z wzajemnymi kontaktami wykonywała natomiast K. W.. Sąd Okręgowy ustalił, że na potrzeby prac budowlanych, woda była dostarczana z sąsiedniej nieruchomości, należącej do osób spokrewnionych z powodami, pierwsze informacje na ten temat pojawiły się w dzienniku budowy pod koniec września 2007 r., wówczas odnotowano ponadto brak dostępu do energii elektrycznej, podczas gdy została rozpoczęta budowa więźby dachowej, inwestycja była więc zaawansowana, od tego czasu prace nie były jednak regularnie kontynuowane, pojawiły się ponadto problemy z wykonaniem studni głębinowej w nowym miejscu, które zostało wskazane przez powodów po konsultacji ze radiestetą. Obie strony zamierzały podpisać aneks do umowy, w tym określić nowe zasady dostarczenia przez powodów okien i blachy dachowej, pozwany domagał się ponadto dostarczenia szkicu rozmieszczenia punktów elektrycznych, który otrzymał 5 września 2007 r., do podpisania aneksu jednak nie doszło, pismem z dnia 2 października 2007 r., jak ustalił Sąd Okręgowy, powodowie wystąpili o wyjaśnienie przyczyn przerwania prac, zwrócili powodowi uwagę na znaczne ich opóźnienie, jak również na zniszczenia cegły elewacyjnej, brak zabezpieczenia budynku, niewykonanie studni w ustalonym miejscu, zawyżenie kosztów pokrycia dachowego, niedbały montaż ogrodzenia, nabrali ponadto wątpliwości co do jakości wykonania części prac, w szczególności dotyczących budowy więźby dachowej. Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 9 października 2007 r., pozwany wzywał powodów do podania koloru cegły klinkierowej, który został uprzednio wskazany przez M. B., następnie występował o wywiązanie się przez powodów z obowiązku zakupienia blachy dachowej, jednakże pismem z dnia 19 października 2007 r., jak ustalił Sąd Okręgowy, powodowie zwracali uwagę na kolejne zaniedbania i usterki, które zostały potwierdzone w ekspertyzach sporządzonych na zlecenie powodów przez W. W. i Z. R.. Wskazanim pismem powodowie wyznaczyli pozwanemu termin do 2 listopada 2007 r. na usunięcie usterek, pismem z dnia 9 listopada 2007 r. pozwany wnosił o jego przedłużenie do końca miesiąca, jednakże pismem z dnia 29 października 2007 r., powodowie poinformowali pozwanego o treści uzyskanych ekspertyz, po upływie natomiast wyznaczonego terminu, pismem z dnia 12 listopada 2007 r., wypowiedzieli umowę z dnia 11 kwietnia 2007 r. Sąd Okręgowy ustalił, że w międzyczasie, pismem z dnia 16 października 2007 r., pozwany domagał się rozliczenia przez powodów wykonanych prac, zapewnienia dostępu do wody i energii, wskazania koloru cegły klinkierowej, dostarczenia blachy dachowej oraz

umożliwienia wykonania studni, zaś pismem z dnia 30 października 2007 r., nadanym w dniu następnym, pozwany złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z powodu niewykonania przez powodów wskazanych obowiązków. Sąd Okręgowy ustalił także, z inicjatywy powodów, w ramach czynności zabezpieczenia dowodu, na podstawie postanowienia właściwego sądu rejonowego, przez biegłego H. S. została sporządzona opinia sądowa, w której stwierdzone zostały liczne i poważne wady prac wykonanych przez pozwanego, zaś ich wartość została oszacowana na łączną kwotę 188113 r. Sąd Okręgowy ustalił ponadto, że zanim powodowie odstąpili od umowy, przekazali pozwanemu łącznie kwotę 272000 zł na poczet wynagrodzenia ustalonego w umowie. Nieprawidłowe doręczenie przez pełnomocnika pozwanego odpowiedzi na pozew spowodowało, że została ona zwrócona na podstawie art. 132 k.p.c., zaś wnioski dowodowe zawarte w piśmie złożonym z naruszeniem art. 207 § 3 k.p.c., zostały częściowo pominięte przez Sąd Okręgowy. Dopuszczone zostały tylko dowody z dokumentów, w tym korespondencji między stronami, Sąd Okręgowy uznał bowiem, że naruszenie powołanego przepisu nie sprzeciwiało się przeprowadzeniu takich dowodów, w przeciwieństwie do dowodu z opinii innego biegłego sądowego, nie wiązało się bowiem z przedłużeniem postępowania.

Oceniając ustalone okoliczności, Sąd Okręgowy uznał żądanie pozwu za uzasadnione niemalże w całości tak w zakresie dotyczącym kary umownej, jak również w części odnoszącej się do nadwyżki pomiędzy kwotą wpłaconą przez powodów na poczet wynagrodzenia pozwanego a wartością prac wykonanych przed odstąpieniem przez powodów od umowy, na podstawie art. 491 k.c. Sąd Okręgowy uznał, że oświadczenie powodów z dnia 19 października 2007 r. było skuteczne i w pełni uzasadnione wadami prac wykonanych przez pozwanego, które zostały potwierdzone w opinii biegłego H. S., nie dopatrzył się natomiast podstaw do uwzględnienia skuteczności wcześniejszego oświadczenia pozwanego o odstąpieniu od umowy. Sąd Okręgowy wskazał, że powodowie wywiązywali się z obowiązku zapewnienia pozwanemu dostępu do bieżącej wody i energii elektrycznej, kolor cegły klinkierowej został wskazany przez upoważnioną M. B., przy wykorzystaniu radiestety znaczenie wcześniej została podana nowa lokalizacja studni głębinowej, zaś stwierdzone fachowymi ekspertyzami wady budynku, w tym więźby dachowej, zostały spowodowane przez pozwanego, uzasadniały tym samym wstrzymanie się przez powodów z dostarczeniem pozwanemu blachy na pokrycie dachu. Powołując się zastrzeżoną w umowie karę oraz na zasadność roszczeń opartych na art. 491 w zw. z art. 494 k.c., Sąd Okręgowy uznał żądanie za uzasadnione prawie w całości, z wyjątkiem dotyczącym odsetek za okres sprzed 29 czerwca 2010 r., wskazał bowiem, że pierwsze wezwanie pozwanego do zapłaty należności głównej, zawarte w pozwie złożonym w dniu 12 maja 2010 r., zostało doręczone pozwanemu w dniu 28 czerwca 2011 r. Według Sądu Okręgowego, roszczenie główne stało się wymagalne w dniu następnym, niezasadne byłoby natomiast uwzględnienie odsetek za wcześniejszy okres. O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na korzyść powodów stosownie do art. 98 k.p.c. oraz przy zastosowaniu § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa nieopłaconych kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniósł pozwany. Zaskarżając punkt pierwszy wskazanego wyroku, pozwany zarzucił Sądowi Okręgowemu nierozpoznanie istoty sprawy, naruszenie art. 232 w zw. z art. 233 i art. 278 w zw. z art. 315 k.p.c. przez niedopuszczenie dowodu z opinii kolejnego biegłego sądowego i pominięcie, że opinia biegłego H. S. została sporządzona bez obecności pozwanego i dopiero w uzasadnieniu wyroku została omówiona i wykorzystana przez Sąd Okręgowy, który z naruszeniem art. 328 § 2 k.p.c., pominął wskazanie, w uzasadnieniu wyroku, dowodów, na których się oparł, uznając na prawdziwe twierdzenia powodów, jak też przyczyn, ze względu na które nie zostały dopuszczone oraz wykorzystane dowody zawnioskowane przez skarżącego. Apelacja została oparta na zarzucie naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 230 k.p.c. przez pominięcie faktów niezaprzeczonych przez powodów, w szczególności dokonywania przez powodów ciągłych zmian w projekcie oraz sposobie jego realizacji, które miały istotny wpływ na prace wykonywane przez pozwanego. Ponadto w apelacji został rozbudowany zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. przy ocenie dowodów, na podstawie których Sąd Okręgowy za skuteczne uznał odstąpienie przez powodów od umowy w sytuacji, gdy powód nie pozostawał w zwłoce w realizacji umowy, zaś opóźnienie było spowodowane przez powodów. Apelacja została ponadto oparta na zarzucie naruszenia art. 236 k.p.c. przez zaniechanie wydania przez Sąd Okręgowy postanowień, w których należało oznaczyć okoliczności podlegające dowodzeniu i dopuszczone środki, jak również na naruszeniu art. 315 k.p.c. przez nieuwzględnienie uchybień, popełnionych przy zabezpieczeniu dowodu z

opinii sądowego biegłego H. S.. Skarżący podnosił także w zarzutach apelacji, że z naruszeniem art. 224 § 1 k.p.c., Sąd Okręgowy nie otworzył rozprawy na nowo w sytuacji, gdy po jej zamknięciu powodowie złożyli dokumenty istotne dla sprawy, strona pozwana nie miała natomiast możliwości ustosunkowania się do ich wartości dowodowej, zaś wniosek pozwanego o zobowiązanie powodów do złożenia dokumentacji powykonawczej nie został uprzednio uwzględniony. Apelacja została ponadto oparta na zarzucie naruszenia przez Sąd Okręgowy art.636 w zw. z art. 656 k.c. przez nieuzasadnione przyjęcie, że w rozpoznawanej sprawie zostały wykazane podstawy do skutecznego odstąpienia przez powodów od umowy wiążącej strony. Na podstawie powołanych zarzutów skarżący wnosił o uchylenie zaskarżonego wyroku do ponownego rozpoznania sprawy przez Sąd Okręgowy, ewentualnie o uzupełnienie materiału zebranego w sprawie o dowód z opinii innego biegłego, zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa w całości oraz obciążenie powodów kosztami procesu za obie instancje. Podczas rozprawy apelacyjnej powodowie wnosili o oddalenie apelacji i obciążenie pozwanego kosztami postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie. Sąd Okręgowy niewłaściwie ocenił znaczenie prawne ustalonych okoliczności, popełnił błędy w zakresie wyboru właściwych przepisów prawa materialnego, w szczególności nietrafnie zastosował art. 491 k.c. i przeoczył art. 636 k.c., prawidłowo ustalił natomiast fakty istotne dla oceny zasadności roszczenia, nie popełnił ponadto istotnych błędów na etapie gromadzenia dowodów, które poddał właściwej ocenie i nie naruszył prawie żadnego przepisu prawa procesowego wskazanego w apelacji. W sytuacji, gdy ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego były prawidłowe, w całości zostały przyjęte za podstawę rozstrzygnięcia o zasadności apelacji, której nie mogły uzasadniać nawet uchybienia dotyczące zastosowania przepisów prawa materialnego, tego rodzaju błędy mogły zostać bowiem skorygowane na etapie rozpoznawania apelacji, nie miały więc ostatecznie wpływu na wynik sprawy, na uwzględnienie nie zasługiwał bowiem zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 636 w zw. z art. 656 k.c., zwłaszcza że w zaskarżonym wyroku żaden z powołanych przepisów nie został zastosowany jako podstawa prawna uwzględnienia żądania pozwu.

Wprawdzie Sąd Okręgowy uwzględnił powództwo na podstawie art. 491 i art. 494 k.c., uznał bowiem za skuteczne oświadczenie powodów z dnia 12 listopada 2007 r. o odstąpieniu od umowy zawartej przez strony w dniu 11 kwietnia 2007 r., przeoczył jednak, że w piśmie z podanej daty powodowie nie powoływali się w pierwszej kolejności na opóźnienie pozwanego w realizacji budowy, lecz wskazywali na stwierdzone wady prac, które zostały uprzednio wykonane przez pozwanego, na drugim planie stawiali natomiast nasilające się zagrożenie niedotrzymania przez pozwanego terminu na zakończenie budowy, spowodowane wstrzymaniem robót przez wykonawcę, jak też zaniechaniem rozpoczęcia pozostałych robót, w szczególności dotyczących budowy studni głębinowej w nowym miejscu, które powodowie wyznaczyli po konsultacji z radiestetą. Doszukując się podstawy skutecznego odstąpienia przez powodów od umowy zawartej z pozwanym w normie art. 491 k.c., Sąd Okręgowy przeoczył przede wszystkim, że przepis ten dotyczy wyłącznie zwłoki jednej ze stron umowy, nie odnosi się natomiast do jej wykonywania w sposób niewłaściwy, nie może więc uzasadniać odstąpienia od umowy z przyczyny, która nie została objęta hipotezą zawartą w jego treści. Z pozostałych ustaleń Sądu Okręgowego wynikało, że do 30 grudnia 2007 r. pozwany miał zakończyć realizację umowy, nie można więc było przyjąć, aby powodowie odstąpili od umowy z powodu zwłoki pozwanego w jej realizacji, w dacie złożenia takiego oświadczenia przez powodów, pozwany nie pozostawał bowiem w opóźnieniu, zwłaszcza że nie zostały przez strony przewidziane terminy realizacji poszczególnych etapów prac powierzonych pozwanemu, ustalony został natomiast tylko ostateczny termin realizacji inwestycji, która w listopadzie 2007 r. była zaawansowana, nie ulegało bowiem kwestii, że została założona więźba dachowa. Art. 491 k.c. nie mógł więc stanowić podstawy uznania skuteczności oświadczenia powodów o odstąpieniu od umowy, zaś odmienne stanowisko Sądu Okręgowego nie było trafne, nie mogło więc zostać zaakceptowane, zachodziła natomiast potrzeba przeprowadzenia przez Sąd Apelacyjny samodzielnej oceny prawnej istotnych dla sprawy faktów, które zostały prawidłowo ustalone przez Sąd Okręgowy. Podniesione zagadnienie wykazuje natomiast, że istotnego znaczenia dla sprawy nie mogły mieć wszystkie twierdzenia, przez podniesienie i próbę udowodnienia których pozwany usiłował wykazać, iż niezadawalające powodów tempo prac budowlanych było spowodowane wyłączenie przez nieustanne wprowadzanie przez powodów zmian do przyjętej uprzednio koncepcji realizacji inwestycji. Pozwany zgłaszał liczne

dowody mające wykazywać nieustanne zmiany, które powodowie mieli wprowadzać, ich pominięcie przez Sąd Okręgowy zostało zaś podniesione wśród zarzutów apelacji, przeoczone jednak zostało w jej treści, że za skutecznością odstąpienia przez powodów od umowy, pismem z dnia 12 listopada 2007 r., w istocie nie przemawiało opóźnienie pozwanego w realizacji umowy, ani nawet zagrożenie dotrzymania końcowego terminu zakończenia budowy, lecz wadliwe wykonywanie prac budowlanych, na taką okoliczność powodowie powoływali się bowiem w pierwszej kolejności w powołanym piśmie i z tej właśnie przyczyny zawarte w nim oświadczenie należało uznać za skuteczne.

Okoliczność wadliwego wykonywania przez pozwanego prac związanych z budową domu na działce powodów została wykazana dowodami zebranymi w tej sprawie, których wiarygodność oraz moc dowodowa nie została podważona ani przed Sądem Okręgowym, ani też w postępowaniu apelacyjnym. Podkreślić w pierwszej kolejności należy, że powodowie podjęli właściwe działania w celu udowodnienia okoliczności wadliwego wykonywania umowy przez pozwanego. Jeszcze przed wystąpieniem z wnioskiem o zabezpieczenie dowodu, powodowie zamówili dwie różne ekspertyzy, które zostały sporządzone przez osoby mające odpowiednie kwalifikacje i wykazywały, że podejrzenia powodów były w pełni uzasadnione, tak bowiem z ekspertyzy W. W., jak również z opinii Z. R. wynikało, że pozwany popełnił liczne błędy w sztuce, których nie można było uznać za drobne usterki. W sytuacji niemożliwości posłużenia się przez powodów prywatnymi opiniami, stanowiącymi zaledwie dokumenty prywatne, z drugiej zaś strony zmierzając do stwierdzenia stanu budynku, który istniał w okresie zrezygnowania przez powodów z usług pozwanego, w pełni zasadnie powodowie wystąpili do Sądu Rejonowego w Pruszkowie z wnioskiem o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego w ramach zabezpieczenia. Nie może ulegać kwestii, że zgłoszenie takiego wniosku dopiero w postępowaniu spornym wywołanym pozwem wniesionym w tej sprawie wiązałoby się z ryzykiem braku faktycznej możliwości stwierdzenia przez biegłego sądowego rzeczywistego stanu budynku wniesionego przez pozwanego, zwłaszcza że powodom zależało na kontynuowaniu prac budowlanych i zabezpieczeniu domu przed okresem zimowym. Zamiar powodów został zrealizowany tylko częściowo, biegły opinię wykonał bowiem dopiero na początku lutego 2008 r., zgodnie z postanowieniem Sądu Rejonowego w Pruszkowie z dnia 22 listopada 2007 r., z treści opinii nie wynika jednak, aby stan budynku, który został stwierdzony przez biegłego, istotnie odbiegał od stanu, w którym został on pozostawiony przez pozwanego. Opinię biegłego H. S. należało więc uznać za rzetelną, pozwany nie zdołał bowiem wykazać jej wad w postępowaniu przed Sądem Okręgowym, nie udowodnił więc okoliczności, które mogłyby podważać skuteczność prawną oświadczenia powodów o odstąpieniu od umowy. Zakres wad wskazanych przez biegłego H. S. oraz ich doniosłość uzasadniały skorzystanie przez powodów z uprawnienia przewidzianego art. 636 k.c., nie było natomiast podstaw do oceny jego skuteczności zgodnie z art. 491 k.c., pozwany wykazał bowiem, że nie pozostawał w opóźnieniu, nie udowodnił natomiast, aby prace budowlane wykonywał zgodnie z zasadami sztuki i postanowieniami umowy z dnia 11 kwietnia 2007 r. Wartości dowodowej opinii biegłego H. S. nie mógł podważyć zarzut jej sporządzenia bez udziału pozwanego, na który skarżący się powoływał przed Sądem Okręgowym, na podstawie art. 315 k.p.c., jak również w apelacji, w której podniósł, że wskazany zarzut nie został w ogóle wzięty pod uwagę przez Sąd Okręgowy, skarżący pominął bowiem, że Sąd Rejonowy w Pruszkowie wydał postanowienie z dnia 22 listopada 2007 r. o zabezpieczeniu dowodu z opinii biegłego z udziałem skarżącego, który został wymieniony w jego treści, zaś odpis tego postanowienia został doręczony nie tylko powodom, ale również pozwanemu. W postępowaniu zabezpieczającym nie został więc naruszony art. 313 k.p.c., zaś skarżący mógł skorzystać z prawa dostępu do akt, mógł więc sprawdzić dalszy tok czynności, miał też możliwość uprzedniego zapoznania się z opinią biegłego H. S., zwłaszcza że z jej treści nie wynikało, aby oględziny przeprowadzone przez biegłego wiązały się z wysłuchaniem zainteresowanych lub wykonaniem innych czynności z udziałem powodów ponad pomiary i obserwacje poczynione bezpośrednio przez biegłego, których wyniki zostały odzwierciedlone w pisemnej opinii.

W celu obrony swoich interesów w postępowaniu spornym przed Sądem Okręgowym pozwany miał możliwość podważania wartości dowodowej opinii biegłego H. S., jednakże skarżący nie podjął właściwych czynności w tym kierunku, podjęte działania z powodów formalnych okazały się bowiem nieskuteczne i nie mogły zostać uwzględnione przez Sąd Okręgowy. Pismo stanowiące odpowiedź na pozew zostało zwrócone zarządzeniem wydanym przez sędziego Przewodniczącego podczas rozprawy przeprowadzonej w dniu 16 września 2010 r. z powodu niedoręczenia odpisu tego pisma pełnomocnikowi powodów. Niewskazanie właściwego adresu przy doręczeniu pisma pozwanego z dnia 23 września 2010 r. spowodowało, że także na podstawie art. 132 k.p.c., zarządzeniem Przewodniczącego

wydanym na rozprawie wyznaczonej na dzień 23 listopada 2010 r., zwrócone zostało drugie pismo przygotowawcze, które pozwany złożył w wykonaniu zarządzenia wydanego na poprzednim terminie rozprawy na podstawie art. 207 § 3 k.p.c. Przewodniczący był uprawniony do zastosowania wskazanego przepisu, był też zobowiązany do wyegzekwowanie wskazanej w nim sankcji, nie zostało bowiem wykazane, aby w późniejszej fazie postępowania powstała potrzeba zgłoszenia dowodów, na które pozwany mógł się powoływać od początku sprawy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 sierpnia 2012 r., II CSK 31/12, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 października 2008 r., V CSK 125/08, jak też wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2011 r., IA Ca 472/10 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 29 sierpnia 2012 r., IA Ca 404/12). Ze względu na zwrócenie pism strony pozwanej na podstawie art. 132 k.p.c., które w ogóle nie zostały złożone do akt, nie jest nawet możliwe zapoznanie się z treścią wniosków dowodowych strony pozwanej oraz z ich uzasadnieniem, akta sprawy, w szczególności protokoły z podanych terminów rozprawy, wykazują, że pozwany nie zgłaszał zastrzeżeń do protokołów w zakresie dotyczącym dwukrotnego zwrotu pism procesowych, stosownie do art. 162 k.p.c., utracił tym samym możliwość powoływania w apelacji zarzutu dotyczącego nieuwzględnienia przez Sąd Okręgowy wniosków zawartych w tym pismach, także w zakresie dotyczącym dopuszczenia dowodu z opinii biegłego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 września 2009 r., IV CSK 185/09, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 sierpnia 2009 r., I CSK 13/09, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2007 r., II CSK 96/07, uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2005 r., III CZP 55/05 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 lutego 2009 r., IA Ca 809/08). Nie ulega ponadto kwestii, że konsekwencje zaniechania zgłoszenia od protokołu zastrzeżenia z art. 162 k.p.c., w szczególności niemożliwość powoływania się w apelacji na naruszenie przepisów postępowania przez sąd pierwszej instancji, dotyczą nie tylko postanowień, ale również zarządzeń, jak zasadnie wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 lutego 2010 r., II CSK 286/09. Wydawanie przez Przewodniczącego zarządzeń o zwrocie pism pozwanego powodowało, że nie zachodziła formalna potrzeba oddalania wniosków zawartych w tych pismach, w odniesieniu do tych pism nie mógł tym samym zostać uwzględniony zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 236 k.p.c. Przyznać wprawdzie należy, że Sąd Okręgowy nie wydawał osobnych postanowień dotyczących dopuszczenia dowodów z dokumentów składanych przez powodów, naruszył więc przepisy postępowania dowodowego, jednakże dowody z dokumentów zostały w istocie przeprowadzone, stanowiły bowiem materiał dowodowy, który został wskazany w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku jako podstawa ustaleń faktycznych, także dotyczących wadliwego wykonywania prac budowlanych przez pozwanego. Wskazane uchybienie nie miało więc istotnego wpływu na wynik sprawy, także dlatego, że odpisy dokumentów złożonych przez powodów zostały doręczone pozwanemu, który miał możliwość odniesienia się do ich treści oraz wartości dowodowej, postawa pozwanego nie potwierdza ponadto, aby skarżący nie miał świadomości przeprowadzenia przez Sąd Okręgowy dowodów z dokumentów złożonych przez pozwanego. Wskazać ponadto należy, że najważniejszy dowód dla wyniku sprawy został przeprowadzony w trybie zabezpieczenia przez Sąd Rejonowy w Pruszkowie, zaś odpis postanowienia o jego dopuszczeniu, z dnia 22 listopada 2007 r., został doręczony obu stronom. W odniesieniu do opinii biegłego H. S. zarzut naruszenia art. 236 k.p.c. należało uznać za oczywiście bezzasadny, opinia została bowiem sporządzona w wykonaniu postanowienia Sądu Rejonowego w Pruszkowie, które zostało wydane, nie było więc potrzeby ponownego wydawania postanowienia dopuszczającego dowód z opinii biegłego przez Sąd Okręgowy.

Na uwzględnienie nie zasługiwały ponadto zarzuty dotyczące naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 224 § 2 k.p.c. przez zaniechanie otwarcia rozprawy, która została zamknięta w dniu 26 czerwca 2012 r. po przeprowadzeniu wszystkich zaplanowanych czynności dowodowych, jak też przez dokonanie ustaleń przyjętych za podstawę wydania wyroku uwzględniającego powództwo na podstawie dokumentów, które powód złożył po zamknięciu rozprawy, w szczególności z zamiennego projektu budowlanego. Podnosząc wskazany zarzut skarżący pominął, że czynności dowodowe na podstawie wskazanych dowodów z dokumentów zostały przeprowadzone podczas ostatniej rozprawy, powód składał bowiem dokumenty, które były okazywane pozwanemu, pełnomocnik skarżącego nie oponował przeciwko przeprowadzeniu tych dowodów, stosowna adnotację wpisano do protokołu rozprawy (k: 496), obie strony miały więc możliwość wypowiedzenia się co do dokumentów, których odpisy zostały tylko doręczone pełnomocnikowi pozwanego po zamknięciu rozprawy, zgodnie z zarządzeniem Przewodniczącego. W opisanych czynnościach nie można więc dopatrzeć się nieprawidłowości, zwłaszcza że chodziło o zmieniony projekt budowy oraz dokumentację towarzyszącą, która była pozwanemu znana od 2007 r., na podstawie wskazanych dokumentów skarżący prowadził bowiem prace budowlane na działce powodów. Zarzuty dotyczące naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisów prawa

procesowego nie były więc uzasadnione. Ustalenia Sądu Okręgowego były prawidłowe, nie zostały natomiast wykazane fakty mające przemawiać na niekorzyść powodów, nie została zwłaszcza wykazana skuteczność prawna oświadczenia pozwanego z dnia 30 października 2010 r. o odstąpieniu od umowy. Sąd Apelacyjny podzielił argumenty Sądu Okręgowego, który zasadnie wskazał w uzasadnieniu wyroku, że powodowie wywiązali się z obowiązku zapewnienia dostępu do wody i energii elektrycznej, w przeciwnym razie wykonywanie prac budowlanych nie byłoby możliwe, inwestycja nie zostałaby więc doprowadzona do stanu położenia więźby dachowej. Zgodnie z twierdzeniami powodów, zostało także udowodnione, że pozwanemu znana była nowa lokalizacja studni głębinowej oraz że upoważniona M. B. przekazywała pozwanemu informacje dotyczące koloru cegły klinkierowej. Prawidłowo Sąd Okręgowy ustalił, że stwierdzone wady budynku, w tym zwłaszcza sposób położenia więźby dachowej, uzasadniały wstrzymanie się przez powodów z dostarczeniem pozwanemu blachy dachowej, zachodziła bowiem obawa o wystąpienie dalszej straty w majątku powodów, której należało uniknąć. Bezpodstawne okazało się ponadto twierdzenie pozwanego dotyczące nierozliczenia się przez powodów z kosztów prac, które pozwany wykonał, zanim potwierdzone zostały wady budynku, z ostatecznego rozliczenia kwot przekazanych powodowi wynikało bowiem, że kwoty otrzymane przez pozwanego przenosiły wartość prac wykonanych przez skarżącego o 83877 zł, która stanowiła, obok kary umownej, drugą pozycję objętą żądaniem pozwu.

Apelacja pozwanego nie zasługiwała na uwzględnienie także dlatego, że roszczenie dochodzone w tej sprawie, mimo nietrafnego zastosowania przed Sądem Okręgowym art. 491 k.c., było uzasadnione, powodowie skutecznie skorzystali bowiem z uprawnienia przewidzianego art. 636 w zw. z art. 656 k.c., w pełni prawidłowo ponadto rozliczyli wartość prac wykonanych przez pozwanego i zasadnie wystąpili o zasądzenie nadpłaconej części należności, jak również kary umownej, która została zastrzeżona zgodnie z art. 483 k.c. Właściwa ocena tej sprawy wykazywała, że uwzględnienie powództwa, mimo zastosowania przez Sąd Okręgowy niewłaściwej podstawy prawnej roszczenia dochodzonego przez powodów, nie naruszało żadnego z powołanych przepisów. W piśmie z dnia 19 października 2010 r., stosownie do art. 636 k.c., powodowie wyznaczili termin na usunięcie przez pozwanego stwierdzonych wad budynku, występując o jego przedłużenie pozwany pośrednio potwierdził własne uchybienia, faktycznie powodowie częściowo uwzględnili ponadto wniosek pozwanego, że złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy oczekiwali bowiem do 12 listopada 2010 r. W piśmie z dnia 19 października 2010 r. powodowie nie musieli uprzedzić pozwanego o zamiarze odstąpienia od umowy, w przeciwieństwie do wymogów określonych w art. 491 k.c., z treści art. 636 k.c. nie wynika, aby zamawiający miał obowiązek poinformować wykonawcę, że odstąpi od umowy w wypadku bezskutecznego upływu terminu wyznaczonego na usunięcie usterek. Pozwany nie wykazał także, aby prawie miesięczny termin wyznaczony przez powodów na naprawienie błędów popełnionych przez skarżącego nie był odpowiedni. Wykazanie prawidłowości takiego twierdzenia wymagałoby przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, o dopuszczenie którego pozwany nie występował w tej sprawie z przyczyn podanych uprzednio, nie zakwestionował ponadto opinii biegłego H. S. w części dotyczącej ustalenia wartości prac, które pozwany wykonał dla powodów. Umowa, od której jedna ze stron odstąpiła, w zasadzie powinna być traktowana tak, jakby nie została zawarta, jednakże w orzecznictwie przyjęto, że świadczenie wykonawcy wynikające z umowy o roboty budowlane ma charakter podzielny oraz że odstąpienie od umowy odnosi skutek na przyszłość, dotyczy więc tych prac budowlanych, które nie zostały wykonane, jak również tych, które zostały zrealizowane wadliwie (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2008 r., V CSK 182/08). Powodowie nie mogli więc skutecznie żądać zwrócenia przez pozwanego całości otrzymanego wynagrodzenia, mieli natomiast prawo domagać się zasądzenia różnicy między wartością prac faktycznie wykonanych przez pozwanego a łączną kwotą, którą przekazali pozwanemu tytułem umówionego wynagrodzenia. Wskazaną różnicę Sąd Okręgowy prawidłowo wyliczył na kwotę 83877 zł i zasadnie wskazana kwota została uwzględniona, z art. 494 k.c. wynika bowiem, że odstąpienie od umowy nakłada na strony obowiązek zwrotu spełnionych świadczeń, jeżeli nie mają one pokrycia w części świadczenia drugiej strony, które zostało spełnione przed złożeniem przez drugą stronę tego rodzaju oświadczenia. W sytuacji, gdy wartość kwoty przekazanej przez powodów nie znajdowała pokrycia w wartości pracy wykonanych przez pozwanego, na podstawie art. 494 k.c. powodowie mogli domagać się zwrotu nadpłaconej kwoty z odsetkami od daty wezwania pozwanego do zapłaty. Odsetki zostały więc prawidłowo zasądzone przez Sąd Okręgowy od dnia 29 czerwca 2010 r., w dniu poprzednim pozwanemu został bowiem doręczony odpis pozwu, który powodowie wnieśli w tej sprawie. Za

okres wcześniejszy odsetki od podanej kwoty zostały oddalone, powodowie nie zaskarżyli natomiast rozstrzygnięcia zawartego w punkcie drugim wyroku Sądu Okręgowego.

Powództwo zasługiwało na uwzględnienie także w części dotyczącej kary umownej, której wysokość została określona w umowie z dnia 11 kwietnia 2007 r. na 10% ryczałtowego wynagrodzenia przewidzianego dla pozwanego. Kara umowna została powiązana ze złożeniem przez powodów oświadczenia o odstąpieniu od umowy z przyczyn obciążających pozwanego, w sytuacji jednak, gdy powodowie skorzystali z tego uprawnienia z powodów wskazanych w art. 636 k.c., przyczyną obciążenia skarżącego karą umowną w podanej wysokości było wadliwe wykonanie prac budowlanych, czyli nienależyte spełnienie przez pozwanego świadczenia niepieniężnego, w odniesieniu do którego zastrzeżenie takiej kary umownej było zgodne z art. 483 § 1 k.c. oraz skuteczne (por. wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2008 r., I CSK 240/08 i wyrok z dnia 15 maja 2008 r., I CSK 548/07. Na przykładzie rozliczenia rozwiązanej umowy leasingu, w orzecznictwie przyjęto, że kara umowna może zostać powiązana z odstąpieniem od umowy w sytuacji, gdy przyczyną skorzystania przez jedną ze stron z takiego zastrzeżenia umownego jest nienależyte spełnienie świadczenia niepieniężnego przez drugą stronę albo gdy taki obowiązek jest następstwem złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Na tle okoliczności tej sprawy wystąpiła pierwsza ze wskazanych sytuacji, strony umownie określił bowiem kwotę, którą pozwany zobowiązał się zapłacić tytułem naprawienia szkody doznanej przez powodów z przyczyn obciążających skarżącego. Wskazana w pozwie kwota 64200 zł stanowiła 10 % wynagrodzenia przewidzianego dla pozwanego i miała na celu naprawienie szkody określonej w art. 494 in fine k.c. Zastosowanie kary umownej spowodowało, że powodowie nie byli obciążeni ciężarem wykazania wysokości szkody, ani nawet okoliczności rzeczywistego jej doznania, pozwany natomiast nie podnosił takiego zarzutu. Zastosowanie właściwych przepisów prawa materialnego i uzupełnienie argumentacji podanej przez Sąd Okręgowy wykazało bezzasadność apelacji w zakresie dotyczącym zastosowania w tej sprawie art. 636 w zw. z art. 656 k.c., zwłaszcza że zarzuty naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 483 i art. 494 k.c. nie zostały podniesione w apelacji, która z podanych względów nie zasługiwała na uwzględnienie.

Oddalenie apelacji uzasadniało obciążenie pozwanego kosztami procesu poniesionymi przez powodów w postępowaniu apelacyjnym. Na podstawie art. 98 § 1 i 3 i art. 99 i art. 108 § 1 k.p.c. oraz § 13 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu, Sąd Apelacyjny zasądził na rzecz każdego z powodów kwoty po 1350 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym, z art. 105 k.p.c. nie wynika bowiem podstawa solidarności wierzycieli, lecz wyłącznie dłużników. Uwzględniona została stawka minimalna obowiązująca w sprawach o zapłatę oraz podana w apelacji wartość przedmiotu zaskarżenia.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie powołanych przepisów i art. 385 k.p.c., Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji.