

Sygn. akt I ACa 1282/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 stycznia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

| | |
|-----------------|-----------------------------------------------------------|
| Przewodniczący: | SSA Wojciech Kościółek |
| Sędziowie: | SSA Piotr Rusin <i>SSA Barbara Górczanowska</i> |
| Protokolant: | st. prot. sądowy Marta Matys |

po rozpoznaniu w dniu 17 stycznia 2013 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa PPHU (...) Sp. z o.o. w N.

przeciwko (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w B.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku częściowego Sądu Okręgowego - Sądu Gospodarczego w Krakowie

z dnia 24 lipca 2012 r. sygn. akt IX GC 275/08

I. zmienia punkt I zaskarżonego wyroku częściowego w ten sposób, że wymienioną w nim kwotę 70.533,96 zł zastępuje kwotą 17.096,29 (słownie złotych: siedemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt sześć złotych 29/100), a w zakresie żądania zapłaty kwoty 53.437,67 (słownie złotych: pięćdziesiąt trzy tysiące czterysta trzydzieści siedem złotych 67/100) z odsetkami powództwo oddala;

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 1.800 zł (słownie złotych: jeden tysiąc osiemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 17 stycznia 2013 roku.

Strona powodowa PPHU (...) Spółka z o.o. w N. domagała się zasądzenia od strony pozwanej (...) Spółki z o.o. w (...) spółki z o.o. kwoty 1.251.568 zł z ustawowymi odsetkami, tytułem reszty wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych, na podstawie umowy z 12 lipca 2006r., której przedmiotem była realizacja budowy salonu (...) w N..

W odpowiedzi na pozew strona pozwana wniosła o oddalenie powództwa zarzucając niewykonanie części robót o wartości 346.252,81 zł oraz wady uzasadniające obniżenie wynagrodzenia o 513.517,50 zł, a ponadto przedstawiając do potrącenia własną wierzytelność w kwocie 1.640.050,90 zł z tytułu kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w okresie od 16 września 2007r. do 7 maja 2008r. oraz w kwocie 2.278.923,64 zł tytułem odszkodowaniem za opóźnienie. W uzupełnieniu odpowiedzi na pozew pozwany podniósł kolejną wadę w postaci wysokości stacji kontroli pojazdów niższej o 2 cm od prawidłowej i zapowiedział dalsze obniżenie wynagrodzenia powoda.

Wyrokiem częściowym z dnia 24 lipca 2012r. Sąd Okręgowy w Krakowie Wydz. IX Gospodarczy zasądził od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwoty: 70.533,96 zł z ustawowymi odsetkami od 20 marca 2007r., 272.195,57 zł z ustawowymi odsetkami od 12 maja 2007r., 128.860,28 zł z ustawowymi odsetkami od 22 czerwca 2007r., 5.270,40 zł z ustawowymi odsetkami od 22 lipca 2007r., 1.376,16 zł z ustawowymi odsetkami od 22 września 2007r., 3.586,80 zł z ustawowymi odsetkami od 21 października 2007r., 3.616,08 zł z ustawowymi odsetkami od 22 listopada 2007r., 196.339,89 zł z ustawowymi odsetkami od 11 stycznia 2008r. - razem 681.779,14 zł. Sąd odmówił nadania wyrokowi rygoru natychmiastowej wykonalności.

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia faktyczne i motywy wskazane w uzasadnieniu:

Na mocy umowy z 12 lipca 2006r. powód miał wybudować dla pozwanego salon samochodowy (§ (...)) w terminie do 15 grudnia 2006r. (§ (...)) za wynagrodzeniem netto 2.288.175,51 zł (§ 3.1), tj. 2.791.574,12 zł brutto. Terminy wykonywania poszczególnych części obiektu określał harmonogram stanowiący załącznik nr (...) do umowy. Kolejny harmonogram określał terminy wykonania robót wyłączonych z zakresu robót powoda, a ich zakres określał załącznik nr(...) Przed zawarciem umowy powód złożył pozwanemu kosztorys ofertowy na płycie CD, który strony uznały za załącznik nr(...) wymieniający materiały, których zakup obciążał powoda. Według ustaleń Sądu, wynagrodzenie ryczałtowe określone w § (...) nie obejmowało wynagrodzenia za ułożenie fliz i terakoty, co do którego strony uzgodniły wynagrodzenie 130,46 zł/m⁽²⁾ netto i które miało zostać obliczone po obmiarze powierzchni pokrytej flizami lub terakotą. Zamówienie robót dodatkowych wymagało formy pisemnej pod rygorem nieważności (§(...)). W § 7 umowy strony ustaliły procedurę odbioru obiektu. Kierownik budowy miał wpisać zakończenie robót do dziennika budowy i po potwierdzeniu tego wpisu przez inspektora nadzoru powód miał ksero tego fragmentu dziennika dołączyć do pisma skierowanego do pozwanego o gotowości do odbioru (§ (...)). Obowiązkiem pozwanego było wyznaczenie odbioru na dzień niepóźniejszy niż 14 dni od otrzymania pisma powoda (§ (...)). Datą zakończenia budowy był dzień zgłoszenia przez powoda gotowości do odbioru (§ (...))W razie stwierdzenia niezakończenia robót, ich wad lub braków w dokumentacji odbiorowej pozwany miał prawo odmowy przystąpienia do odbioru (§ (...))Za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu obiektu pozwanemu przysługiwała kara umowna w wysokości 0,25% wynagrodzenia. Aneks nr (...) z 27 lipca 2006r. strony przesunęły termin ukończenia obiektu na 30 grudnia 2006r., a następnie aneksem nr (...) z 8 grudnia 2006r. - do 15 marca 2007r. oraz rozszerzyły zakres robót, za które ustaliły stawki jednostkowe wynagrodzenia (za m⁽²⁾).

Ustalił następnie Sąd pierwszej instancji, że wpisem do dziennika budowy z 14 marca 2007r. kierownik budowy J. P. (1) zgłosił gotowość do odbioru z zastrzeżeniem, że dotyczy to zakresu robót umożliwionego przez pozwanego. Pismem z 15 marca 2007r. powód zawiadomił pozwanego o gotowości do odbioru. Następnie aneksem nr (...) z 15 marca 2007r. strony ustaliły termin zakończenia na 15 czerwca 2007r. oraz określiły kolejne roboty dodatkowe za 15.000 zł netto (antresola) oraz stawkę jednostkową (ułożenie gresu). Od 1 maja 2007r. koszty dozoru placu budowy miały obciążać pozwanego (§ (...)) aneksu). Z dniem 16 czerwca 2007r. powód odstąpił od umowy ze względu na brak zapłaty oraz dostaw materiałów, jednakże porozumieniem z 20 sierpnia 2007r. strony uznały odstąpienie za niebyłe i ustaliły termin zakończenia na 15 września 2007r., niezwłoczną zapłatę przez pozwanego 200.000 zł oraz 100.000

zł po usunięciu wad określonych w notatce z 23 lipca 2007r., które także miały być usunięte do 15 września 2007r. (§(...)). Wpisem w dzienniku budowy z 15 września 2007r. kierownik budowy J. P. (1) zgłosił gotowość do odbioru, a ponadto, pismem z 15 września 2007r., doręczonym w dniu 17 września 2007r., powód zawiadomił pozwanego o gotowości do odbioru, przekazując równocześnie inspektorowi nadzoru R. H. (1), dokumenty odbiorowe, w tym oświadczenie kierownika budowy o wykonaniu obiektu zgodnie z pozwoleniem na budowę, przewidziane w art. 57 ust.1 pkt. 2a Prawa budowlanego. W oświadczeniu J. P. (1) zawiadomił o samowolnych odstępstwach pozwanego od pozwolenia na budowę w zakresie dróg wewnętrznych i zagospodarowania terenu wykonanych przez inną firmę, co było przeszkodą do uzyskania przez pozwanego pozwolenia na użytkowanie.

Według ustaleń Sądu Okręgowego, w dniu 15 września 2007 r. nadal niewykonany był w całości biały montaż (umywalki itp.), osprzęt elektryczny, terakota i flizy, schody ażurowe, brakowało jednych szklanych drzwi i szklanej ściany wewnętrznej oraz drzwi do kasy, części wylewek samopoziomujących na posadzkach i wykładzin. Pismem z 24 września 2007r. pozwany odmówił wyznaczenia terminu odbioru twierdząc, że powód nie dołączył kserokopii dziennika budowy z wpisem gotowości do odbioru, nie przekazał dokumentów odbiorowych i dokumentacji powykonawczej, a ponadto budowa nie została zakończona. Po 15 września 2007 r. powód wykonywał roboty niedokończone do tego dnia oraz prace poprawkowe, przede wszystkim ponownie malował ściany wewnętrzne. Na odmowę wyznaczenia terminu powód odpowiedział dopiero pismem z 23 listopada 2007r.; błędnie oznaczonym datą 23 października 2007r.. Powód podniósł, iż niedokończenie niektórych robót było spowodowane brakiem materiałów, które miał dostarczyć pozwany oraz brakiem decyzji co do szczegółów wykończenia nieokreślonych w projekcie (np. co do koloru ścian, rodzaju lamp). Wobec niewyznaczenia daty odbioru przez pozwanego powód wyznaczył go na 26 listopada 2007r. Ponieważ przedstawiciele pozwanego nie stawili się na odbiór, powód w dniu 27 listopada 2007r. sporządził jednostronny protokół odbioru wraz ze spisem robót niezupełnych i przesłał go pozwanemu. W spisie przy każdym elemencie powód wskazał przyczynę niedokończenia, którą według niego było albo niedostarczenie przez powoda materiału, albo wyłączenie danego elementu z zakresu robót powoda. Sąd ustalił nadto, że po dniu 17 listopada 2007r. powód nadal wykonywał prace w obiekcie, który wg pozwanego nie był gotowy do użytkowania (wg powoda były to wyłącznie prace mające na celu usunięcie wad oraz poprawki wynikające ze zmian w zakresie szczegółów wykończenia na życzenie pozwanego). Protokołami z 17 i 18 grudnia 2007r. inspektor nadzoru R. H. (1) odebrał pozostałe roboty, jednakże pozwany odmówił zaakceptowania odbiorów przekreślając protokoły i zamieszczając na nich adnotacje „do ponownego sprawdzenia” i „do rozliczenia”. Wcześniej, wpisem z 6 grudnia 2007r. inspektor R. H. (1) stwierdził w dzienniku budowy jej zakończenie (wg pozwanego wyłącznie w celu uzyskania pozwolenia na użytkowanie). Pismem z 7 lutego 2008 r. powód złożył oświadczenie o uchyleniu się od skutków porozumienia z 20 sierpnia 2007r., gdyż pozwany mimo zakończenia robót nie ubiega się o zezwolenia i nie płaci.

Sąd Okręgowy podał, że w toku robót strony zgodnie zrezygnowały z wykonania przez powoda robót określonych pod poz. (...)załącznika nr (...) do umowy o wartości 38.799,43 zł netto, tj. 58.315,30 zł brutto, oraz z montażu antresoli o wartości 16.184,50 zł stanowiącego część robót przewidzianych pod poz. (...) załącznika nr (...) (poz. (...) kosztorysu na płycie CD k.41 - później aneksem nr (...) strony przywróciły obowiązek montażu antresoli za wynagrodzeniem 18.300 zł brutto). Na skutek zmiany projektu powód wykonał większy od określonego w kosztorysie ofertowym zakres instalacji gazowej, która wg kosztorysu ofertowego miała kosztować 10.764,06 zł brutto (CD na k.41, plik (...)) - 8.823 zł netto), a kosztowała 19.860,38 zł brutto (wg stawek z kosztorysu ofertowego), tj. o 9.096,32 zł więcej. To samo dotyczyło instalacji deszczowej: 96.380,89 zł brutto w kosztorysie ofertowym (plik (...)) - 79.000,73 zł netto) i 147.691,83 zł brutto wg faktycznego obmiaru i stawek z kosztorysu ofertowego, tj. o 51.310,94 zł więcej. Natomiast w przypadku instalacji wod-kan pozwany dostarczył część materiałów, co zmniejszyło wartość tego elementu z 50.494,58 zł (plik Kotłownia - 41.389 zł netto) do 45.577,13 zł, tj. o 4.917,45 zł. W zakresie instalacji elektrycznej strony uzgodniły dostarczenie przez pozwanego zamiast powoda osprzętu elektrycznego o wartości 24.285,01 zł brutto. Powód ułożył flizy i terakotę rozliczane wg stawki 130,46 zł/m⁽⁽²⁾⁾ netto z pkt. 26 kosztorysu ofertowego na sumę 59.733,02 zł brutto. (...), określonych w aneksie nr (...) cenami za m⁽⁽²⁾⁾, powód wykonał na sumę 76.811,29 zł brutto, bez spornej ilości rusztowań ustawionych przez powoda przy wykonywaniu elewacji za wynagrodzeniem 12,44 zł/m⁽⁽²⁾⁾ netto. Powód wykonał montaż antresoli za przewidzianym w aneksie nr (...) wynagrodzeniem 15.000 zł netto, tj. 18.300

zł brutto. Sąd Okręgowy ustalił również, iż w trakcie wykonywania umowy powód na ustne zamówienie pozwanego wykonał roboty dodatkowe za umówionym wynagrodzeniem 112.616,84 zł brutto. Podał, że w okresie od 1 maja do 31 października 2007r. powód poniósł koszty ochrony obiektu 19.195,52 zł brutto, oraz że pozwany zapłacił powodowi 1.832.889,85 zł. Sąd ustalił wreszcie, że konstrukcję stalową i jej montaż powód zamówił w firmie (...). Pozwany sam kupił stal o wartości 97.039,35 zł na tę konstrukcję i wydał ją firmie (...). Następnie strony i F. zawarli trójstronne porozumienie kompensacyjne, na mocy którego powód część wynagrodzenia należnego F. za konstrukcję stalową do wysokości 97.039,35 zł regulował ze swoich wierzytelności wobec pozwanego za roboty budowlane, a pozwany do sumy 97.039,35 zł płacił za te roboty z wierzytelności wobec F. za sprzedaną tej firmie stal. F. podpisujący kompensatę jako ostatni, uzależnił swoją zgodę od dostarczenia przez pozwanego ksero faktury dokumentującej zakup stali przez pozwanego. Gdy F. poznał cenę, po której pozwany kupił stal, odmówił akceptacji ceny za tę stal w fakturze wystawionej przez pozwanego F. i wycofał się z kompensaty pismem z 15 maja 2007r. Wówczas pozwany pismem z 25 maja 2007r. zażądał od powoda, aby nie płacił F. sumy 97.039,35 zł, dopóki F. nie zapłaci tej sumy pozwanemu.

Omawiając materiał dowodowy stanowiący podstawę powyższych ustaleń, Sąd pierwszej instancji wskazał, że zakres robót niewykonanych w dniu 15 września 2007r. sąd ustalił przede wszystkim w oparciu o szczegółowe zeznania kierownika robót wykończeniowych Z. O., upatrując jego wiarygodności w tym, że był pracownikiem pozwanego. Okoliczność, że zakres prac wykończeniowych i poprawkowych uniemożliwiał normalne korzystanie z obiektu Sąd ustalił w oparciu o zeznania inspektora nadzoru R. H. (1) oraz pracowników pozwanego J. M., S. O., P. B. i I. S.. Sąd wskazał, że wykonywanie prac wykluczających korzystanie z obiektu: zmiana rozkładu ścian działowych z płyt gipsowo-kartonowych i ich ponowne malowanie, demontaż i ponowy montaż futryn drzwi wewnętrznych, skucie i ponowne wykonanie tynków na szpaletach okiennych, układanie fliz i terakoty, po 15 września 2007r., wynikało także z zeznań świadków zawnioskowanych przez powoda. Fakt rezygnacji pozwanego z wykonania robót o wartości 74.499,80 zł Sąd ustalił w oparciu o oświadczenie powoda w piśmie z 3 grudnia 2009r. niezaprzeczone przez pozwanego. W piśmie z 30 grudnia 2009r. powód wyjaśnił, że zmiany projektu spowodowały wzrost wynagrodzenia za wykonanie instalacji gazowej i deszczowej. Pismem z 6 stycznia 2010r. pozwany przyznał, że nastąpiła zmiana projektu i uzyskał zmiany pozwolenia na budowę określone w decyzjach, których kserokopie złożył powód. Sąd wskazał, że według pozwanego to powód swoimi błędami spowodował konieczność zmiany projektów w zakresie instalacji, jednakże jego zarzuty Sąd uznał za ogólnikowe. Zmian dokonał projektant na zamówienie pozwanego. Pozwany zarzucił, że nie zaakceptował kosztorysów powykonawczych. Powód dołączył kosztorys powykonawczy instalacji gazowej do pisma z 6 listopada 2009r. i pozwany miał możliwość ustosunkowania się do niego. Według Sądu Okręgowego wykonanie obowiązku z art. 3 i 210 § 2 k.p.c. nie polegało na ogólnikowym zaprzeczeniu tezom przeciwnika, gdyż obowiązkiem strony jest szczegółowe ustosunkowanie się do twierdzeń strony przeciwnej, chyba że strona nie ma możliwości zweryfikowania twierdzeń przeciwnika, albo twierdzenia te ze względu na swoją ogólnikowość nie nadają się do weryfikacji. Ogólnikowym zaprzeczeniem zasadności kosztorysu pozwany w istocie usiłował uniemożliwić zastosowanie art. 230 k.p.c., lecz przepis ten obowiązuje bezwzględnie w każdym procesie. Obowiązkiem pozwanego było wskazanie przynajmniej przykładów zawyżenia w kosztorysie ilości instalacji lub przykładów obliczania ich wartości wg stawek odmiennych od przyjętych w kosztorysie ofertowym. Dlatego na podstawie art. 230 K.p.c. Sąd ustalił, że powód wykonał instalację gazową w ilości określonej w kosztorysie powykonawczym i wg stawek przyjętych w kosztorysie ofertowym wynagrodzenie za nią wynosi 19.860,38 zł brutto. Sąd Okręgowy wskazał w uzasadnieniu, że przeoczył, iż powód nie złożył kosztorysu powykonawczego na instalację deszczową i bezpodstawnie w oparciu o pismo z 30 grudnia 2009r. na podstawie art. 230 K.p.c. ustalił, że powód wykonał instalację deszczową w ilości określonej w kosztorysie powykonawczym i wg stawek przyjętych w kosztorysie ofertowym wynagrodzenie za nią wynosi 147.691,83 zł brutto, chociaż pozwany przeczył, że kiedykolwiek ten kosztorys otrzymał. Pozwany zakwestionował także kosztorys powykonawczy na instalację wod-kan na sumę 37.358,30 zł netto, tj. 45.577,13 zł brutto, czyli o 4.917,45 zł mniej w stosunku do kosztorysu ofertowego, co powód wyjaśnił dostarczeniem niektórych materiałów przez pozwanego. Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że pozwany nie poparł swoich twierdzeń o przekazaniu materiałów o wartości 11.000 zł, żadnym dowodem ani nawet spisem, co uniemożliwia postępowanie dowodowe w tym zakresie. Pozwany nie zaprzeczył tezie powoda, że ilość ułożonej przez powoda terakoty i fliz uzasadnia wynagrodzenie 59.733,02 zł brutto wg stawki 130,46 zł/m² netto (robocizna wraz z materiałem, sama

robocizna to 96,56 zł/m²) z pkt. 26 kosztorysu ofertowego. Pozwany zarzucił tylko, że roboty te powinny zostać rozliczone wg niższej stawki z aneksu nr (...), który przewidywał za ułożenie gresu polerowanego 45 zł/m² netto (sama robocizna, bez materiału, który miał dostarczyć pozwany). Jednakże pozwany nie sprecyzował, jakie ilości gresu polerowanego powód rozliczył w ramach pkt. 26 kosztorysu ofertowego zamiast w ramach aneksu nr (...). Sąd zwrócił także uwagę, iż pozwany nie zaprzeczył ustnym uzgodnieniom robót dodatkowych. Pismem z 21 grudnia 2009 r. pozwany zarzucił, że wśród robót dodatkowych są roboty na sumę 72.358,89 zł netto, które mieszczą się w zakresie robót określonych w kosztorysie ofertowym, tj. w zakresie ryczału na sumę 2.288.175,51 zł netto, jednakże pozwany nie dopuścił do przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, który zamierzał podczas oględzin obiektu poprosić kosztorysantów powoda, aby wskazali mu naocznie roboty, co do których pozwany zarzuca dwukrotne policzenie. Jednakże pozwany nie wpuścił kosztorysantów, co wyjaśnił zawiadomieniem o oględzinach zaledwie dzień wcześniej. Wyjaśnienia biegłego i pozwanego nie są w pełni zgodne, lecz niewątpliwie to przedstawicielka pozwanego B. R. miała zastrzeżenia co od wpuszczenia kosztorysantów powoda. Dlatego na podstawie art. 233 § 2 K.p.c. sąd uznał, że nie ma podstaw do kwestionowania tezy powoda, że roboty wskazane przez niego w zestawieniu na sumę 112.616,85 zł dołączonym do pisma z 3 grudnia 2009r. nie pokrywają się z robotami z umowy oraz że inspektor nadzoru odebrał te roboty.

W zakresie zarzutu niewykonania objętych spisem robót, Sąd Okręgowy odwołał się do opinii biegłego, który potwierdził wykonanie tych robót. Podkreślił, że wykonanie dokładniejszej opinii w tym zakresie uniemożliwił, pomimo zgłoszonych zarzutów, sam pozwany, który uniemożliwił kosztorysantom powoda wskazanie tych robót na obiekcie, zatem to pozwany na podstawie art. 233 § 2 K.p.c. ponosi konsekwencje. Zdaniem Sądu biegły ustalił jednak wykonanie prac wskazywanych przez pozwanego jako niewykonane, co odbiera wiarygodność zestawieniu pozwanego. Pozwany użytkuje w pełni zakończony obiekt i twierdzi, że dokończył go na własny koszt przy pomocy innych firm. Skoro pozwany wobec nierozwiązanego sporu z powodem zdecydował się na dokończenie obiektu, to zamierzając podnosić zarzut niewykonania prac, które powierzył innym firmom, powinien zadbać o udokumentowanie stanu obiektu przed powierzeniem robót innym firmom, a przynajmniej sporządzić rzetelny spis robót do wykonania, gdyż spis dołączony do pisma z 6 stycznia 2010r. okazał się nierzetelny. W pozostałym zakresie opisany wyżej stan faktyczny Sąd uznał za niesporny. W szczególności pozwany w odpowiedzi na pozew nie ustosunkował się do żądania zwrotu kosztów ochrony. Pozwany nie kwestionował także faktur wystawianych co miesiąc pozwanemu przez powoda.

Odnosząc się do powyższego stanu faktycznego Sąd pierwszej instancji odwołał się do przepisu art. 647 k.c. i podał że powodowi przysługuje umówione wynagrodzenie 2.791.574,12 zł brutto pomniejszone o ustaloną w kosztorysie ofertowym wartość robót zgodnie wyłączoną przez strony, tj. 58.315,30 zł (poz. 19 i 20 zał. nr 3 do umowy) i 16.184,50 zł (montażu antresoli), oraz wartość osprzętu elektrycznego dostarczonego przez pozwanego 24.285,01 zł. Ponadto powód nie zafakturował robót o wartości 8.976,01 zł. Na skutek zwiększonego zakresu robót (zmiana projektu) w instalacji gazowej i deszczowej powodowi przysługuje wynagrodzenie większe o 9.096,32 zł (instalacja gazowa) i 51.310,94 zł (instalacja deszczowa) pomniejszone o materiały do instalacji wod-kan dostarczone przez pozwanego 4.917,45 zł. Zatem powodowi przysługuje dodatkowo 9.096,32 + 51.310,94 - 4.917,45 = 55.489,81 zł, z tym że sąd nie dostrzegł błędu w obliczeniach powoda i za pismem powoda z 3 grudnia 2009r. przyjął w wyroku sumę dodatkowego wynagrodzenia w tym zakresie 57.616,54 zł. Za rozliczane wg stawki 130,46 zł/m^{((2))} netto roboty z pkt. 26 kosztorysu ofertowego powodowi przysługuje 59.733,02 zł brutto. Robót określonych w aneksie nr (...) powód wykonał na sumę 76.811,29 zł brutto (z wyłączeniem rusztowań ustawionych przez powoda przy wykonywaniu elewacji za wynagrodzeniem 12,44 zł/m^{((2))} netto). Za montaż antresoli przewidziany w aneksie nr (...) powodowi przysługuje wynagrodzeniem 15.000 zł netto, tj. 18.300 zł brutto. Za roboty dodatkowe wykonane na ustne zamówienia pozwanego powodowi przysługuje wynagrodzenie 112.616,84 zł. Sąd stwierdził, że w § (...) umowy strony pod rygorem nieważności ustaliły formę pisemną zamawiania robót dodatkowych. Jednakże zdaniem Sądu zapis ten nie może wiązać w sytuacji, gdy obydwie strony przyjmują praktykę ustnych zmian umowy. Pozwany żądał od powoda wykroczenia poza zakres robót określony w projekcie i sprecyzowany kosztorysem ofertowym powoda stanowiącym załącznik do umowy. W tej sytuacji powodowi przysługuje wynagrodzenie za dodatkowo zamówione ustnie roboty. Według Sądu Okręgowego na podstawie § 4 aneksu nr (...) powodowi przysługuje także zwrot kosztów ochrony obiektu

w wysokości 19.195,52 zł. W sumie powodowi przysługuje wynagrodzenie: 2.791.574,12 - 58.315,30 - 16.184,50 - 24.285,01 - 8.976,01 + 57.616,54 + 59.733,02 + 76.811,29 + 18.300 + 112.616,84 + 19.195,52 = 3.028.086,51 zł. Skoro pozwany zapłacił 1.832.889,85 zł, to powodowi wciąż przysługuje wynagrodzenie 1.195.196,66 zł.

Odnosząc się do twierdzeń pozwanego o konieczności zwiększenia zapłaconej przez niego kwoty 1.832.889,85 zł o kwotę 97.039,35 zł tytułem wartości stali przekazanej przez powoda firmie (...), która będąc podwykonawcą powoda zużyła tę stal do budowy obiektu pozwanego, Sąd stwierdził, że trójstronne porozumienie kompensacyjne nie doszło do skutku i to nie powód odpowiada za niedojście kompensaty do skutku. Firma (...) wystawiła powodowi fakturę i obowiązkiem powoda była jej zapłata, a powód nie miał podstaw do potrącenia z tej zapłaty sumy 97.039,35 zł, gdyż nie przysługiwała mu wobec F. taka wierzytelność. Jakaś wierzytelność wobec F. przysługiwała pozwanemu za przekazaną stal, lecz pozwany i F. nie byli w stanie uzgodnić ceny. Ten konflikt dotyczy wyłącznie firmy (...) i pozwanego. Dlatego sumy należnej pozwanemu od F. (jej wysokość F. kwestionuje) sąd nie mógł zaliczyć na poczet wynagrodzenia należnego powodowi od pozwanego.

Sąd Okręgowy wciąż nie rozstrzygnął o żądaniu pozwanego obniżenia wynagrodzenia o 513.517,50 zł tytułem rękojmi i dlatego wyrokiem częściowym na podstawie art. 647 K.c. zasądził na rzecz powoda wynagrodzenie pomniejszone o tę sumę, tj. 681.779,14 zł. Za roboty dodatkowe, których wynagrodzenia jednostkowe strony ustaliły w aneksie nr (...), powód żądał 133.100,24 zł. Jednakże w sumie zasądzonej wyrokiem częściowym sąd uwzględnił tylko wynagrodzenie 76.811,29 zł i pominął wynagrodzenie 56.288,95 zł za rusztowania wg stawki 12,44 zł/m² netto, gdyż ilość postawionych rusztowań była sporna i sąd ustalił ją dowodem z biegłego. Zatem do rozstrzygnięcia wyrokiem końcowym pozostały tylko żądanie powoda wynagrodzenia za rusztowania 56.288,95 zł i żądanie już ustalonego wynagrodzenia w zakresie objętym żądaniem obniżenia wynagrodzenia o 513.517,50 zł.

Sąd pierwszej instancji oddalił zarzut potrącenia wynagrodzenia z karą umowną za opóźnienie w okresie od 16 września 2007r. do 7 maja 2008r. w wysokości 1.640.050,90 zł. Po uwzględnieniu aneksów powód miał dokończyć obiekt do 15 września 2007r., a ściślej do tego dnia miał zgłosić gotowość do odbioru końcowego (§ (...) umowy). Zgłoszenie gotowości jest nieskuteczne, jeśli obiekt nie jest gotowy do odbioru, jednakże gotowość do odbioru nie oznacza, że w obiekcie nie ma już żadnych prac do dokończenia lub poprawienia. Niezupełność lub wadliwość obiektu rodzi uprawnienia z rękojmi. Stwierdzenie istnienia wad robót budowlanych nie ma wpływu na obowiązek odbioru przez inwestora (wyrok SN z 12 czerwca 2007 r., V CSK 99/07). Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy niezupełność jest tego rodzaju, że uniemożliwia wykorzystanie rezultatu robót. W celu ustalenia, czy wykonawca rzeczywiście ma podstawy do zgłoszenia gotowości do odbioru strony przewidziały procedurę odbiorową w § (...) umowy. Po zgłoszeniu przez powoda gotowości do odbioru obowiązkiem pozwanego było przystąpienie do odbioru i dokładne wskazanie w protokole odbiorowym robót, które wg pozwanego są niewykonane i uniemożliwiają rozpoczęcie korzystania z obiektu. Tezy pozwanego zawarte w protokole odbioru podlegałyby weryfikacji w procesie. Natomiast wobec braku dokładnego opisu stanu obiektu w dniu 15 września 2007r. sąd nie był w stanie ustalić, czy w tym dniu możliwe było rozpoczęcie korzystania z obiektu. Sąd ustalił, że w dniu 15 września 2007r. pozwany nie mógł normalnie korzystać z obiektu. Jednakże niewykonanie przez pozwanego obowiązku przystąpienia do odbioru uniemożliwiło dokładne ustalenie, jakich robót brakowało do uznania obiektu za zakończony, a tym samym kiedy roboty te zostały wykonane i pozwany mógł rozpocząć korzystanie z obiektu. Niewątpliwie obiekt był gotowy na długo przed 7 maja 2008r., do kiedy pozwany naliczył karę umowną. Powód zakończył roboty już w grudniu 2007r., przy czym w ostatnim okresie były to prace poprawkowe, a nie pierwotne wykonywanie robót budowlanych. W jednostronnym protokole z 26 listopada 2007r. powód sam przyznał niewykonanie szeregu robót, lecz jako przyczynę wskazał, że strony wyłączyły te prace lub pozwany nie dostarczył materiału. Pozwany nie ustosunkował się dokładnie do tego protokołu, czym uniemożliwił dokładne ustalenie, czy to rzeczywiście pozwany odpowiada za niewykonanie tych robót. Pozwany dopiero w sprzecznie złożył oświadczenie o potrąceniu wynagrodzenia powoda z wierzytelnościami pozwanego z tytułu kary umownej i odszkodowania za opóźnienie. To ostatnie roszczenie pozwanego sąd pominął na podstawie art. 479⁽¹⁴⁾ § 4 w zw. z art. 9 ust.1 u. z 16 września 2011r. o zmianie K.p.c. Natomiast roszczenie o karę umowną za opóźnienie podlegało rozpoznaniu, gdyż wynikało z dokumentu, tj. z umowy. Ponieważ to powoda obciążał dowód

wykazania wykonania obiektu w terminie i ewentualnych okoliczności zwalniających go z odpowiedzialności (np. braku materiałów), wierzytelność o karę umowną za opóźnienie należy uznać za wykazaną dokumentem (tak wyrok SA w Krakowie z 2 marca 2010r., I.ACa.99/10).

Wyrok częściowy Sądu Okręgowego zaskarżyła strona pozwana, która zarzuciła:

1) naruszenie prawa materialnego, a to:

a) art. 647 k.c. poprzez jego błędne zastosowanie i przyjęcie, iż powodowi należne jest wynagrodzenie za prace, których nie wykonał

b) art. 498 k.c. poprzez jego niezastosowanie w niniejszej sprawie, podczas gdy pozwany w drodze potrącenia skutecznie umorzył należność powoda z przysługującą mu wierzytelnością z tytułu kary umownej za opóźnienie powoda w wykonaniu prac objętych umową stron

c) zasądzenie kwoty 51.310,94 zł. tytułem wzrostu wynagrodzenia za instalację deszczową w sytuacji przyjęcia, iż wzrost tej ceny nie został przez powoda wykazany wobec braku przedłożenia kosztorysu powykonawczego,

2) naruszenia przepisów prawa procesowego, mające wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, a to:

a) art. 317 § 1 k.p.c. poprzez jego zastosowanie w niniejszej sprawie i wydanie wyroku częściowego w sytuacji, w której nie zachodzą ustawowe przesłanki jego wydania, co doprowadziło do nierozpoznania przez Sąd Okręgowy istoty sprawy wyrażającej się w zagadnieniu, czy powód wykonał prace, za które żąda zapłaty oraz czy obiekt posiada wady obniżające jego wartość

b) art. 278 § 1 k.p.c. poprzez:

- poczynienie ustaleń faktycznych wymagających wiadomości specjalnych — dotyczących w szczególności zakresu robót niewykonanych przez powoda, wartości robót niewykonanych, zakresu w jakim powód podwójnie naliczył wynagrodzenie — w oparciu o opinię biegłego, która dotknięta jest wadami dyskwalifikującymi jej przydatność dla rozstrzygnięcia sprawy, które to wady przyznał sam biegły potwierdzając, iż nie przeprowadził inwentaryzacji obiektu

- poczynienie ustaleń faktycznych w oparciu o opinię biegłego w sytuacji, w której Sąd na rozprawie w dniu 12.04.2012 r. wskazał na potrzebę powołania innego biegłego;

c) art. 160 § 1 k.p.c. poprzez nierozpoznanie wniosku pozwanego — w zasadniczej większości popartej przez powoda — o sprostowanie protokołu rozprawy z dnia 12.04.2012 r. i w konsekwencji nie ujawnienie w protokole faktu wyrażenia przez Sąd opinii o braku rzetelności opinii biegłego mgra inż. P. oraz o zachodzeniu podstaw do wydania opinii przez innego biegłego

d) art. 316 § 1 k.p.c. poprzez wydanie zaskarżonego częściowego rozstrzygnięcia w oparciu o niepełny i nieustalony stan faktyczny, nie obejmujący twierdzeń i oświadczeń stron i Sądu złożonych na rozprawie w dniu 12.04.2012r.

e) art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wskazania w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, którym dowodom i dlaczego Sąd odmówił waloru wiarygodności i mocy dowodowej, a w szczególności:

- brak jakiegokolwiek odniesienia do Porozumienia stron zawartego w dniu 20.08.2007 r., dotyczącego terminów wzajemnych rozliczeń stron

- brak odniesienia do materiału dowodowego w postaci zdjęć, filmów video, zeznań świadków oraz dokumentów wskazujących na stan obiektu po dniu 15.09.2007 r., który to stan uniemożliwił korzystanie z niego;

f) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów wyrażające się w dowolnym przyjęciu, iż:

- wszystkie objęte zakresem umowy stron prace zostały wykonane;

- brak jest możliwości ustalenia, w którym dniu ustał stan zwłoki powoda z wykonaniem zobowiązania i możliwe było rozpoczęcie korzystania z obiektu

g) art. 233 § 2 k.p.c. poprzez jego zastosowanie w wyniku błędnego przyjęcia, iż pozwany uniemożliwił sporządzenie opinii przez biegłego

h) art. 479¹² k.p.c. poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do następujących kwestii:

- braku zakwestionowania przez powoda zakresu robót niewykonanych i ich wartości określonego przez pozwanego w protokołach różnicowych załączonych do odpowiedzi na pozew

- braku zakwestionowania przez powoda twierdzenia pozwanego, iż nie otrzymał w dniu 15.09.2007 r. dokumentów związanych z budową, a koniecznych dla uzyskania pozwolenia na użytkowanie

i) art. 479¹⁴ § 4 k.p.c. poprzez jego wadliwie zastosowanie w zakresie wierzytelności pozwanego z tytułu szkody wyrządzonej mu przez powoda w wyniku nieterminowego wykonania umowy, podczas gdy istotna część zgłoszonej do potrącenia kwoty udokumentowana została dokumentami postaci faktur VAT za media oraz umów o pracę i leasingu dokumentujących koszty ponoszone przez pozwanego w okresie niemożności prowadzenia działalności gospodarczej w obiekcie

3) błąd w ustaleniach faktycznych, a to:

a) przyjęcie, iż pozwany nie dopuścił do przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego

b) przyjęcie, iż brak jest możliwości oceny, czy w dniu 15.09.2007 r. strona pozwana mogła korzystać z obiektu, przy jednoczesnym ustaleniu, iż po tym dniu trwały w obiekcie prace budowlane obejmujące roboty niedokończone do tego dnia oraz prace poprawkowe

c) przyjęcie, iż powód doręczył pozwanemu w dniu 17.09.2007 r. dokumenty odbiorowe

d) przyjęcie, iż w trakcie wykonywania umowy powód na ustne zamówienie pozwanego wykonał roboty dodatkowe za umówionym wynagrodzeniem 112.616,84 zł. brutto oraz, że strony skutecznie zmieniły w formie ustnej umowę stron w zakresie w jakim wymagała ona pisemnych zleceń i kosztorysów dla umów dodatkowych

e) przyjęcie, iż pozwany winien zapłacić powodowi kwotę 97.039,35 zł. tytułem zapłaty za stal, której powód nie zakupił w sytuacji, w której stal została zakupiona właśnie przez pozwanego, a zatem należność mogła obejmować jedynie koszt usługi budowlanej wykonanej z materiału powierzonego przez zamawiającego,

f) przyjęcie, iż pozwany winien zapłacić powodowi wynagrodzenie za prace wykonane z użyciem materiałów strony pozwanej, w sytuacji, w której materiały te zakupił pozwany.

g) przyjęcie, iż świadek Z. O. jest pracownikiem pozwanego, co ma uwiarygodniać jego relację odnośnie zakresu niewykonanych w dniu 15.09.2007 r. prac, podczas gdy świadek ten był kierownikiem budowy z ramienia powoda oraz jego pracownikiem,

h) przyjęcie, iż pozwany winien pokryć poniesione przez powoda koszty ochrony obiektu za okres po 15.09.2007 r., w sytuacji, w której koszty te wynikały po stronie powoda tylko i wyłącznie z tego powodu, iż pozostawał w zwłoce ze spełnieniem zaciągniętego zobowiązania

Wskazując na powyższe zarzuty strona pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku częściowego w całości i oddalenie powództwa w części tymże wyrokiem objętej ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja strony pozwanej w znacznej części pozbawiona jest uzasadnionych podstaw, zasługując na uwzględnienie tylko w niewielkim zakresie.

W wywiezionej apelacji skarżący zarzucił zarówno naruszenie przez Sąd orzekający przepisów prawa procesowego, jak i przepisów prawa materialnego. W tej sytuacji, w pierwszej kolejności wymaga rozważenia zarzut naruszenia przepisów procesowych, bowiem zarzut naruszenia prawa materialnego może być właściwie oceniony na tle prawidłowo ustalonego stanu faktycznego. Na wstępie odniesienia się wymaga zarzut naruszenia art. 317 § 1 k.p.c. poprzez jego zastosowanie w niniejszej sprawie i wydanie wyroku częściowego pomimo, zdaniem strony pozwanej, braku ustawowych przesłanek. Przypomnieć należy, iż możliwość wydania wyroku częściowego pojawia się wtedy, gdy nadaje się do rozstrzygnięcia tylko część żądania, a więc gdy Sąd ustali podstawę faktyczną i prawną rozstrzygnięcia w tym zakresie, a strony wyczerpią swoją inicjatywę procesową w celu zgromadzenia sądowni materiału procesowego.

Przesłanką wyroku częściowego, obejmującego tylko część żądania jest dopuszczalność tzw. rozdrobnienia roszczenia. Roszczenia te muszą być podzielne. Roszczenie o wynagrodzenie jest podzielne, w szczególności w ramach umowy o roboty budowlane, której założeniem, z mocy art. 654 k.c., są odbiory częściowe robót za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia, co znajduje potwierdzenie także w łączącej strony umowie. Wbrew zarzutom strony pozwanej brak było także procesowych przeszkód w wydaniu wyroku częściowego albowiem wyczerpanie inicjatywy procesowej strony nie oznacza uwzględnienie wszystkich zarzutów zgłaszanych przez stronę – w tym wypadku zarzutów do opinii biegłego. Wystarczy, że Sąd przeprowadzi zgłoszone dowody i je oceni pod kątem ich przydatności do rozstrzygnięcia sprawy, a ocena ta podlega kontroli instancyjnej w ramach art. 233 k.p.c. W niniejszej sprawie Sąd przeprowadził dowód z opinii biegłego, jakkolwiek ostatecznie nie przychylił się do zarzutów strony pozwanej i nie uznał za celowe uzupełnianie tego dowodu na potrzeby wydania wyroku częściowego, a argumentacji Sądu Okręgowego w tym zakresie Sąd Apelacyjny nie kwestionuje, o czym będzie mowa poniżej. Wbrew zarzutom strony pozwanej nie stoi na przeszkodzie także fakt zgłoszenia roszczenia z tytułu rękojmi o obniżenie wynagrodzenia i nieustalenie przez Sąd pierwszej instancji na tym etapie postępowania, czy obniżenie to zamawiającemu przysługuje i w jakim stosunku. Należy zwrócić uwagę, że strona pozwana w odpowiedzi na pozew szczegółowo opisała wady wykonywanych przez stronę powodową robót oraz stopień obniżenia wynagrodzenia z tego tytułu, przedstawiając w tym zakresie wyliczenia obejmujące koszty usunięcia wad. Weryfikacja tych wyliczeń i żądania strony pozwanej będzie przedmiotem dalszego postępowania dowodowego, jednakże nie wpływa to na uprawnienie strony powodowej do domagania się niezakwestionowanej w tym trybie części należnego jej wynagrodzenia. Gdyby bowiem strona powodowa w niniejszym procesie w odpowiedzi na tak zgłoszone roszczenie z tytułu rękojmi przystała na nie, doszłoby do ukształtowania stosunku umownego stron na nowo. Jednakże strona powodowa kwestionuje nawet tak określone obniżenie wynagrodzenia, a zakres tego obniżenia będzie dopiero weryfikowany przez Sąd pierwszej instancji w oparciu o opinię biegłego.

Nie znajduje uzasadnienia także zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wskazania w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, którym dowodom i dlaczego Sąd odmówił waloru wiarygodności i mocy dowodowej, przez co skarżący rozumie nieodniesienie się przez Sąd pierwszej instancji do części przedstawionego materiału dowodowego. Tymczasem zgodnie z wymienionym przepisem uzasadnienie wyroku powinno zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, a mianowicie: ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. Przedstawiając istotne dla rozstrzygnięcia sprawy fakty sąd winien wskazać dowody, na podstawie których dokonał ustaleń oraz te, którym odmówił wiarygodności, wyjaśniając przyczyny takiego podejścia, w sposób dający podstawę do kontroli prawidłowości swobodnej oceny dowodów. Jednakże naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. nie może być kwalifikowane jako naruszenie przepisów postępowania

wpływające w istotny sposób na wynik sprawy, albowiem uzasadnienie sporządzone jest już po wydaniu wyroku. O uchybieniu przepisowi art. 328 § 2 k.p.c. można mówić jedynie wtedy, gdyby uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia nie zawierało danych pozwalających na kontrolę tego orzeczenia (postan. SN z dnia 21 listopada 2001 r., I CKN 185/01, Lex nr 52726, wyr. SN: z dnia 18 marca 2003 r., IV CKN 1862/00, Lex nr 109420, wyr. SN z dnia 5 października 2005 r., I UK 49/05, M.Praw. 2006, nr 4, s. 214). Taka sytuacja nie występuje w niniejszej sprawie bowiem uzasadnienie Sądu pierwszej instancji, pomimo swojej lakoniczności, zawiera wszystkie konieczne elementy pozwalające na kontrolę instancyjną rozstrzygnięcia, o czym świadczy także fakt sformułowania przez skarżącego obszernych i drobiazgowych zarzutów. W ramach tego zarzutu strona pozwana zarzuca raczej pominięcie przez Sąd pierwszej instancji części materiału dowodowego sprawy, co jednak mieści się w ramach zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c.

Jeśli chodzi o zarzut nieodniesienia się do porozumienia z dnia 20 sierpnia 2007 r. (karta 52) wskazać należy, że w kontekście rozstrzygnięcia Sądu pierwszej instancji jest to okoliczność pozbawiona doniosłości. Zgodnie z tym porozumieniem strona powodowa miała kontynuować roboty i wykonać je do 15 września 2007 r., zaś strona powodowa zobowiązała się zapłacić powodowi kwotę 200.000 zł w dniu podpisania porozumienia, a 100.000 zł – w terminie 14 dni od dnia rozpoczęcia prac, pod warunkiem usunięcia usterek i niedoróbek zgodnie z notatką służbową z dnia 23 lipca 2007 r. Ostateczne rozliczenie miało zaś nastąpić po uzyskaniu przez Inwestora wszelkich prawem wymaganych pozwoleń i zaświadczeń związanych z użytkowaniem obiektu wraz z infrastrukturą. Usunięcie usterek stwierdzono w protokole podpisanym przez inspektora nadzoru (karta 200) a nadto fakt ten, podobnie jak i zakończenie wszystkich prac, potwierdził Inwestor wpisem do Dziennika Budowy z dnia 6 grudnia 2007 r. (karta 118), zaś obiekt jest użytkowany od 2008 roku.

Na podstawie analizy materiału dowodowego Sąd Apelacyjny doszedł do przekonania, że zarzut przekroczenia zasady swobodnej oceny dowodów, w tym dowodu z opinii biegłego, nie jest uzasadniony. Przypomnieć należy, że aby zarzut naruszenia przepisu art. 233 k.p.c. mógł być uznany za skutecznie postawiony wykazać trzeba, iż Sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu Sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał, że postawienie zarzutu obraży art. 233 § 1 k.p.c. nie może polegać na zaprezentowaniu przez skarżącego stanu faktycznego przyjętego przez niego na podstawie własnej oceny dowodów; skarżący może tylko wykazywać, posługując się wyłącznie argumentami jurydycznymi, że Sąd rażąco naruszył ustanowione w wymienionym przepisie zasady oceny wiarygodności i mocy dowodów i że naruszenie to miało wpływ na wynik sprawy (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2000 r., I CKN 1169/99, OSNC 2000/7-8 poz. 139 i z dnia 10 kwietnia 2000 r., V CKN 17/2000, OSNC 2000/10 poz. 189). Jeżeli jednak z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadził wnioski logicznie poprawne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego, a swoje stanowisko jasno i przekonująco uzasadnił, to taka ocena dowodów nie narusza zasady swobodnej oceny dowodów przewidzianej w art. 233 k.p.c., choćby dowiedzione zostało, że z tego samego materiału dałoby się wysnuć równie logiczne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego wnioski odmienne. Nie jest przy tym wystarczająca sama polemika naprowadzająca wnioski odmienne, lecz wymagane jest wskazanie, w czym wyraża się brak logiki lub uchybienie regułom doświadczenia życiowego w przyjęciu wniosków kwestionowanych. (wyrok SN z dn. 27 września 2002 r. IV CKN 1316/00 – lex nr 80273).

Skarżący, negując dokonane przez Sąd pierwszej instancji ustalenia co do zakresu wykonanych przez stronę powodową prac, czy też wskazanie na brak możliwości ustalenia, w którym dniu ustał stan zwłoki powoda z wykonaniem zobowiązania i możliwości rozpoczęcia korzystania z obiektu, nie wykazał jakichkolwiek błędów w logice rozumowania i wnioskowania Sądu pierwszej instancji ani też nie podważył oceny dowodów z zeznań świadków wskazanych przez Sąd jako źródło ustaleń w tym przedmiocie, poprzestając na zarzucie oparcia rozstrzygnięcia na opinii biegłego mgr inż. Z. P., która zdaniem skarżącego była nieprzydatna z uwagi na brak inwentaryzacji obiektu. Jedynym zarzutem odnoszącym się do oceny zeznań świadków było przyjęcie przez Sąd pierwszej instancji, że świadek Z. O. (karta 1628, t.IX) jako kierownik robót wykończeniowych był pracownikiem strony pozwanej. Istotnie, jest to błędne założenie, jednakże nie podważa oceny zeznań tego świadka jako wiarygodnych. Sąd Okręgowy podał jedynie, że nie znalazł podstaw do kwestionowania jego wiarygodności wskazując na szczegółowość zeznań, a tym samym przydatność dla

rozstrzygnięcia, a argument o tym, że był to pracownik strony pozwanej, został przedstawiony jako dodatkowy. W zarzutach apelacyjnych żadne okoliczności, które mogłyby wiarygodność tę podważać, nie zostały przytoczone.

Nie zasługuje na uwzględnienie także zarzut apelującej dotyczący oceny opinii biegłego w odniesieniu do ustalenia zakresu wykonanych prac. Wbrew zarzutom apelującego tego rodzaju ustalenie nie należy do wiadomości specjalnych, mieści się bowiem w sferze faktów. W świetle stanowiska judykatury zadaniem biegłego nie jest ustalenie stanu faktycznego sprawy, lecz naświetlenie i wyjaśnienie przez sąd okoliczności z punktu widzenia posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych przy uwzględnieniu zebranego i udostępnionego biegłemu materiału sprawy (por. wyrok SN z dnia 11 lipca 1969 r., I CR 140/69, OSNC 1970, nr 5, poz. 85; uzasadnienie wyroku SN z dnia 19 grudnia 2006 r., V CSK 360/06, LEX nr 238973). Utrwalony jest pogląd, że biegły jest źródłem informacji w zakresie wiedzy specjalistycznej i wypowiada się tylko w odniesieniu do okoliczności wchodzących w zakres jego wiadomości specjalnych. Wprawdzie opinia biegłego może być również źródłem materiału faktycznego sprawy; jednakże w ograniczonym zakresie a na jej podstawie możliwe jest dokonanie ustalenia tylko okoliczności będących przedmiotem wiedzy biegłego.

Powód domagając się zapłaty części wynagrodzenia na podstawie załączonych do wystawionych przez siebie faktur częściowych protokołów częściowych odbiorów robót, określił zakres robót wykonanych, a dodatkowo powołał dowody z zeznań świadków. Stanowisko apelującego, że zakres niewykonanych robót winien ustalić biegły w oparciu o przeprowadzoną inwentaryzację robót wykonanych na przedmiotowym obiekcie jest nietrafne. Przede wszystkim przeprowadzanie inwentaryzacji robót po upływie kilku lat od ich zakończenia i rozpoczęcia użytkowania obiektu, jest niecelowe i nie może doprowadzić do ustaleń zakresu robót niewykonanych przez powoda. Należy przypomnieć, że według twierdzeń strony pozwanej, część robót, których niewykonanie zarzuca powodowi, została wykonana przez innych wykonawców, nie wiadomo więc na podstawie jakich przesłanek biegły miałby ustalać, które roboty wykonał powód a które pozwany bądź inni wykonawcy, którym pozwany zlecił ich wykonanie. Inaczej ta kwestia przedstawiałaby się, gdyby obiekt pozostał w takim stanie, w jakim powód go pozostawił. W obecnej sytuacji tego rodzaju zarzuty (niewykonanie części robót) mogłyby być wykazywane innymi środkami dowodowymi, a dopiero po ich ocenie przez Sąd orzekający i wskazaniu, które z nich dają ku temu podstawę, środki te mogłyby być zweryfikowane przez biegłego pod kątem wiadomości specjalnych. Należy zwrócić uwagę, że biegły do poczynienia ustaleń w zakresie niewykonanych robót potrzebował pomocy (wskazań) kosztorysantów powoda, którzy mogliby stanowić źródła dowodowe, jednakże w formie zeznań w charakterze świadków. Zwraca także uwagę treść zeznań świadka B. H. – inspektora nadzoru (karta 1756, t. IX), który wyraźnie oświadczył, że nie potrafi rozróżnić prac wykonywanych przez stronę powodową i inne firmy, działające na zlecenie inwestora, co dodatkowo podważa znaczenie wykonania inwentaryzacji robót. Nie sposób zatem przyjąć, by tego rodzaju ustalenia, w tym konkretnym przypadku, pozostawały w sferze wiedzy specjalistycznej i by możliwe było dokonanie ustalenia tylko w oparciu o wiedzę biegłego.

Należy ponadto przypomnieć, że strony w umowie ustaliły wynagrodzenie w formie ryczałtu. Wynagrodzenie ryczałtowe charakteryzuje się tym, że jest ustalane ostatecznie w chwili zawarcia umowy niezależnie od rzeczywistych kosztów wykonania przedmiotu umowy. Ustalony w umowie ryczałt może ulec zmianie w wypadku, gdy nastąpiła zmiana przedmiotu umowy, a więc zmiana założeń technicznych, zmiana projektu technicznego inwestycji a niekiedy i polecenie wykonania robót dodatkowych lub zamiennych. W ryczałcie poszczególne składniki tego wynagrodzenia nie są wyodrębniane i określane oddzielnie, także materiałów. Tylko bowiem wynagrodzenie kosztorysowe ustala się na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów z uwzględnieniem cen składników i stawek, które po wykonaniu prac może okazać się niższe lub wyższe. Ponadto wynagrodzenie w umowie o roboty budowlane ustala się za wykonanie całego przedmiotu umowy (obiektu), chyba że ustalono wynagrodzenie za poszczególne etapy robót, tak jak w niniejszym przypadku. Jednakże strona pozwana nie zarzuca, by nie wykonano całego etapu robót określonego w załączniku nr 3 do umowy, lub w ramach późniejszych ustaleń.

Zakres robót przede wszystkim powinien wynikać z dokumentów, w szczególności protokołów częściowych odbiorów. Jak wynika z treści umowy nr (...) z dnia 12 lipca 2006 r. (§(...) umowy – karta 21; załącznik nr (...) – karta 28, t. I) strony nadały odbiorom częściowym doniosłe znaczenie. W procesie inwestycyjnym występuje szereg robót, które bądź zanikają, bądź ulegają zakryciu. Dlatego ich bieżące obmiary i odbiór stanowią praktycznie

jedyną możliwość ustalenia zarówno ich ilości jak i jakości, a w niektórych wypadkach dokonanie obmiaru po zakończeniu inwestycji wiązałoby się z nadmiernymi i kosztownymi trudnościami. Podobnie jest gdy ten sam rodzaj robót, wykonuje kilku wykonawców. Potwierdzenie obmiaru stanowi równocześnie pokwitowanie ilościowe robót, podczas gdy odbiór stanowi pokwitowanie także pod względem jakościowym. W §(...) umowy ustalając zasady płatności, strony wprowadziły tzw. (...), który miał obejmować poszczególne elementy robót wykonanych i skończonych, i po podpisaniu przez Inspektora Nadzoru, stanowić podstawę do wystawienia faktury częściowej i zapłaty wynagrodzenia. Także w §(...) umowy, dotyczącym odbiorów, wskazano na konieczność odbiorów częściowych poszczególnych elementów robót określonych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym (zał. Nr (...) z odwołaniem się do zasad dokumentowania jakości robót budowlano-montażowych i instalacyjnych, wytycznych i zaleceń autorów zastosowanych systemów budowlanych, polskich norm oraz Warunków technicznych wykonywania robót budowlano-montażowych. Strony ustaliły (§ (...) umowy), że „podpisany protokół odbioru stanowi w y ł ą c z n ą podstawę do zakwalifikowania elementu robót jako element zakończony i pełnowartościowy”. Nie sposób zatem przyjąć, by dokument ten nie miał żadnej wartości dowodowej, jak twierdzi strona pozwana a złożone w jego treści oświadczenie Inspektora Nadzoru o wykonaniu wskazanego zakresu robót było niezgodne z rzeczywistym stanem faktycznym i służyło innym celom niż udzielenie pokwitowania, zresztą wbrew umowie.

Dodatkowo należy wskazać, że świadome naruszanie postanowień umowy (strona pozwana twierdziła, że podpisanie protokołów odbioru wykonanych elementów robót, w szczególności protokołów z dnia 17.12.2007 r. i 18.12.2007 r., miało na celu wyłącznie umożliwienie stronie powodowej wystawienie faktur i uzyskanie zapłaty) stanowi nie tylko naruszenie postanowień umowy, o których wyżej była mowa, ale także ewidentne uchybienie zasadzie współdziałania stron, co musi być ocenione negatywnie. Przepis art. 354 k.c. wskazuje reguły zachowania, które powinien respektować dłużnik i współdziałający z nim wierzyciel. Zakres obowiązku współdziałania określa przede wszystkim treść zobowiązania. Może się on ograniczać do niepodejmowania działań, które uniemożliwiłyby spełnienie świadczenia przez dłużnika, może jednak polegać na pewnej aktywności, jak odbiór świadczenia czy inne jeszcze bardziej ściśle współdziałanie, na przykład przygotowanie pomieszczeń, udostępnienie środków transportu, materiałów, urządzeń albo osób. Skutkiem naruszenia tego obowiązku jest zazwyczaj zwłoka wierzyciela a także inne skutki określone w przepisach szczególnych. Obowiązkiem strony pozwanej, określonym w umowie, było dokonywanie odbiorów poszczególnych elementów robót, co mogło nastąpić wyłącznie po zakwalifikowaniu robót jako „zakończonych i pełnowartościowych”. Skoro pozwany jako zamawiający uchybiał swoim obowiązkom wynikającym z umowy, to jest nie weryfikował obmiarów i nie sprawdzał jakości robót, pomimo podpisania protokołu odbioru danego elementu, nie może wyciągać z tych działań korzystnych dla siebie skutków, w szczególności wymagać od powodowego wykonawcy, aby dopiero po wykonaniu całości robót i zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego, wykonywał odkrywki i pełną inwentaryzację inwestycji.

Wracając do zarzutów dotyczących oceny opinii biegłego Z. P. odnoszących się do poczynienia ustaleń faktycznych w oparciu o tę opinię w sytuacji, w której Sąd na rozprawie w dniu 12.04.2012 r. wskazał na potrzebę powołania innego biegłego, należy podkreślić, że Sąd wyraża swoje stanowisko poprzez wydawanie stosownych orzeczeń: w przypadku kwestii związanych z tokiem postępowania oraz kwestii wpadkowych (incydentalnych) są to postanowienia a w przypadku rozstrzygnięć co do istoty sprawy – wyroki. Wypowiedzi Przewodniczącego na rozprawie nie mają charakteru równego orzeczeniom i nie są wiążące, tym bardziej, że nawet postanowienia dotyczące dowodów mogą być zmieniane lub uchylane przez Sąd. Jakikolwiek zatem zdanie dotyczące opinii biegłego wygłoszone na rozprawie w dniu 12.04.2012 r., jeśli nie znalazło wyrazu w postanowieniu dowodowym, nie poddaje się weryfikacji przez Sąd Odwoławczy. Z tego względu także zarzut skarżącego o nierozpoznaniu przez Sąd pierwszej instancji wniosku pozwanego o sprostowanie protokołu rozprawy z dnia 12.04.2012 r. i w konsekwencji nie ujawnienie w protokole faktu wyrażenia przez Sąd opinii o braku rzetelności opinii biegłego mgr inż. P. oraz o zachodzeniu podstaw do wydania opinii przez innego biegłego, nawet jeśli jest uzasadniony, pozostaje bez wpływu na treść rozstrzygnięcia.

Jak podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie, Sąd nie jest opinią biegłego związany i powinien ocenić ją jak każdy dowód, na podstawie kryteriów zgodności z zasadami logiki, doświadczenia życiowego i wiedzy powszechnej, poziomu wiedzy biegłego, podstaw teoretycznych opinii, a także sposobu motywowania oraz stopnia skuteczności wyrażonych

w niej wniosków, bez wkraczania jednakże w sferę wiedzy specjalistycznej (por. wyrok z dnia 15 listopada 2000 r., IV CKN 1383/00, LEX nr 52544; wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2005 r., II CK 572/04, LEX nr 151656). W niniejszej sprawie biegły udzielił odpowiedzi na sformułowaną tezę dowodową i zadane pytania co do przedstawionego przez stronę pozwaną spisu robót niewykonanych. Opinia ta opiera się na dokumentacji ujawnionej w toku sprawy przez strony i okazanej biegłemu, w tym na jego wyraźne żądanie. W zakresie natomiast niewykonanym przez biegłego – podaniem zakresu i wartości robót ujętych dwukrotnie tj. w harmonogramie rzeczowym i zestawieniu robót dodatkowych, biegły wyraźnie wskazał przyczynę tj. niepodanie przez stronę pozwaną dokumentów obejmujących ten zakres, a następnie uniemożliwienie biegłemu poczynienia ustaleń z udziałem kosztorysantów powoda. Jakkolwiek Sąd Apelacyjny wyraził już swoje stanowisko w tej ostatniej kwestii, należy zwrócić uwagę, że w postanowieniu dowodowym z dnia 13 grudnia 2010 r. (karta 2421, t. XIII) Sąd pierwszej instancji nakazał pozwanej udostępnienie obiektu do oględzin w terminie wyznaczonym przez biegłego, pod rygorem pominięcia dowodu z opinii, zatem pozwana powinna się do żądania biegłego zastosować. Natomiast zastrzeżenia co do sposobu wykonywania czynności przez biegłego (np. udziału w tych czynnościach innych osób bądź oparcia się na dowodach uprzednio nie zweryfikowanych) mogła przedstawić Sądowi i wnioskować o ocenę jego wpływu na treść opinii. Tymczasem pozwana nie umożliwiła biegłemu podjęcia czynności w terminie i w sposób ustalony przez biegłego, nie może zatem obecnie zarzucać, iż Sąd wyprowadził z opinii niewłaściwe wnioski i z przekroczeniem zasad swobodnej oceny dowodów.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 479¹² k.p.c. poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do niezakwestionowania przez powoda zakresu robót niewykonanych i ich wartości, określonego przez pozwanego w protokołach różnicowych załączonych do odpowiedzi na pozew czy też twierdzenia pozwanego, iż nie otrzymał w dniu 15.09.2007 r. dokumentów związanych z budową, a koniecznych dla uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Jak wyżej wskazano, powód domagając się zapłaty części wynagrodzenia, już w pozwie określił zakres wykonanych robót na podstawie załączonych do wystawionych przez siebie faktur częściowych protokołów częściowych odbiorów robót, a dodatkowo powołał dowody z zeznań świadków. W odpowiedzi na zarzuty strony pozwanej zawarte w odpowiedzi na pozew, strona powodowa swoje twierdzenia z pozwu podtrzymała. To samo odnosi się do zarzutu niewydania dokumentów „odbiorowych”. W tym zakresie strona powodowa dołączyła do pozwu dowody z dokumentów (m.in. Dziennik Budowy – karta 115; pismo powoda z dnia 23 listopada 2007 r. wzywające pozwanego do odbioru w dniu 26 listopada 2007 r. -karta 131), niezależnie od wnioskowanych dowodów z zeznań świadków, zatem to te dowody stanowiły podstawę ustaleń Sądu, po dokonaniu ich oceny. Fakt przekazania inspektorowi nadzoru niezbędnych do odbioru dokumentów wynika także z zeznań świadka J. P. (2) (karta 1595, t. VIII). Natomiast świadek R. H. (2) nie przeczył, że w dniu 17 września 2007 r. powód oddał dokumentację lecz nie potrafił powiedzieć czy wśród niej był Dziennik Budowy (karta 1756, t. IX).

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie doszło także do naruszenia art. 479¹⁴ § 4 k.p.c. poprzez jego wadliwie zastosowanie w zakresie wierzytelności pozwanego z tytułu szkody wyrządzonej mu przez powoda w wyniku nieterminowego wykonania umowy. Zdaniem powoda istotna część zgłoszonej do potrącenia kwoty udokumentowana została dokumentami postaci faktur VAT za media oraz umów o pracę i leasingu dokumentujących koszty ponoszone przez pozwanego w okresie niemożności prowadzenia działalności gospodarczej w obiekcie, stąd też brak było przeszkód procesowych do rozpoznania zarzutu potrącenia. Należy wskazać, że obowiązujący do dnia 3 maja 2012 r. przepis art. 479¹⁴ § 4 k.p.c. ograniczał możliwość dokonania potrącenia w postępowaniu gospodarczym, stanowiąc, że do potrącenia mogą być przedstawione tylko wierzytelności udowodnione dokumentami. Dla oceny czy przedstawione do potrącenia roszczenie jest udowodnione dokumentami w rozumieniu wymienionego przepisu, pomocnicze znaczenie ma art. 485 k.p.c., co oznacza, że pozwany dokonując potrącenia może się powoływać na dokument urzędowy stwierdzający istnienie roszczenia, zaakceptowany przez powoda rachunek, pisemne oświadczenie powoda o uznaniu długu, a także zaakceptowane przez powoda żądanie zapłaty, zwrócone przez bank z powodu braku środków na rachunku bankowym, jak również weksle, чеки, warranty i rewersy należycie wypełnione, których treść nie budzi wątpliwości. Dokumentami takimi będą także faktury, rachunki i wyciągi z ksiąg bankowych. Przedstawione do potrącenia roszczenie nie może być natomiast wykazywane wyłącznie dokumentami wytworzonymi przez pozwanego. Pozwany powołał się wprawdzie na faktury, umowy (o pracę, leasingu), jednakże przedstawiając w niniejszym

postępowaniu wierzytelność do potrącenia strona pozwana winna zgodnie z wskazanym wyżej przepisem wykazać nie tylko jej istnienie ale i jej wysokość. Nie można więc nie zauważyć, że sama pozwana w odpowiedzi na pozew wnioskuje dowód z przesłuchania stron, a przede wszystkim dowód z opinii biegłego (karta 440). celem ustalenia wysokości szkody (utracony zysk). Tak więc stanowisko Sądu pierwszej instancji o przeszkodach w rozpoznaniu zarzutu potrącenia wierzytelności z tytułu szkody było w pełni uprawnione.

Odnosząc się w tym miejscu do zarzutu błędnych ustaleń faktycznych Sąd Apelacyjny stwierdził, że sprzeczność ustaleń Sądu pierwszej instancji z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego występuje tylko w niewielkim zakresie. Dotyczy to ustalenia, że za wykonanie kanalizacji deszczowej w związku ze zwiększeniem zakresu robót należy się stronie powodowej dodatkowo wynagrodzenie w kwocie 51.310,94 zł, chociaż, jak sam Sąd Okręgowy przyznał, strona powodowa nie przedłożyła kosztorysu powykonawczego do pisma z dnia 30 grudnia 2009 r., strona pozwana przeczyła zaś by kiedykolwiek ten kosztorys otrzymała. Brak było zatem dowodów, że powodowemu wykonawcy przysługuje wynagrodzenie w powyższym zakresie. Nie przysługuje mu także wynagrodzenie w kwocie 2.126,73 zł, a to wobec omyłki rachunkowej w obliczeniach powoda, nie dostrzeżonej przez Sąd pierwszej instancji (57.616,54 zł – 55.489,81 zł).

Pozostałe zarzuty dotyczące ustaleń faktycznych nie zasługują na uwzględnienie. Jak wyżej wskazano, umowa z dnia 12 lipca 2006 r. (karta 15-25) stanowiła, że podstawą zapłaty wynagrodzenia powodowi będą faktury częściowe za kompletne elementy robót, wystawiane na podstawie podpisanego przez Inspektora Nadzoru (...), przy czym niezakończone elementy robót nie podlegały odbiorom. Wobec zgłoszenia nawet części robót do odbioru, co jest czynnością faktyczną przyjmującego zamówienie, połączoną z wyraźnym bądź dorozumianym oświadczeniem o uznaniu swego świadczenia za spełnione, zamawiający obowiązany jest przystąpić do odbioru. W sytuacji, gdy taki odbiór nie nastąpił lub został odsunięty w czasie, istotne są przyczyny, które to spowodowały. Jeśli zamawiający z przyczyn leżących po jego stronie uchybia obowiązkowi odbioru robót, następują skutki zwłoki po jego stronie. Takie zachowanie dodatkowo pozostaje bez wpływu na roszczenie wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia, jeśli wymagalność takiego wynagrodzenia uzależniona jest od dokonania odbioru. Skoro zatem powód w sposób wyraźny i stanowczy zgłaszał wykonane przez siebie roboty do odbioru, obowiązkiem pozwanego było do odbioru przystąpić i wykonanie zgłoszonych robót potwierdzić w protokole odbioru ewentualnie wskazać z jakich przyczyn odbiór nie może nastąpić. Szczegółową procedurę odbiorów, także częściowych, uzgodniono w § 7 umowy, który nakładał na obie strony określone obowiązki. Po zgłoszeniu gotowości do odbioru, inwestor był obowiązany wyznaczyć termin odbioru, który nie mógł być dłuższy niż 7 dni w przypadku odbiorów częściowych i 14 dni w przypadku odbioru końcowego. W każdym przypadku z czynności odbiorowych należało sporządzić protokół, a w nim wskazać czy odbiór nastąpił, czy też z określonych przyczyn (np. niezakończenie robót, wady istotne robót itp.) do odbioru nie doszło. Brak protokołu odbioru w postaci przewidzianej w umowie nie pozbawia jednak powoda możliwości dowodzenia, że roboty, za które dochodzi wynagrodzenia, wykonał.

Jak wynika z ustaleń Sądu Okręgowego, a czemu strona powodowa nie przeczyła, zgłoszenie do odbioru z dnia 15 września 2007 r. dotyczyło „wszystkich możliwych do wykonania robót zgodnie z umową oraz aneksami jak również porozumieniem”. Wynika stąd, co prawidłowo ustalił Sąd Okręgowy, że w wymienionej dacie przedmiot umowy nie był zakończony, a spór między stronami sprowadzał się do przyczyn tego niewykonania. Strona powodowa twierdziła bowiem, że niewykonanie wszystkich robót było spowodowane niedostarczeniem przez inwestora materiałów i osprzętu elektrycznego, co sygnalizowała wpisami w Dzienniku Budowy, natomiast strona pozwana temu przeczyła. Sąd pierwszej instancji ustalił, że w dniu 15 września 2007 r. nadal niewykonany był w całości biały montaż (umywalki itp.), osprzęt elektryczny, terakota i flizy, schody ażurowe, brakowało jednych szklanych drzwi i szklanej ściany wewnętrznej oraz drzwi do kasy, części wylewek samopoziomujących na posadzkach i wykładzin. Roboty te wykonano jednak do dnia 6 grudnia 2007 r., kiedy to Inspektor nadzoru R. H. (1) wpisem do Dziennika Budowy potwierdził zarówno usunięcie usterek jak i zakończenie wszystkich robót (karta 118, t. I). Ponadto Inspektor nadzoru R. H. (1) potwierdził wykonanie tych robót podpisując „Protokoły odbioru wykonanych elementów robót obiektu” z dnia 17 grudnia 2007 r. (karta 167) i z dnia 18 grudnia 2007 r. (karta 168) oraz weryfikując przy tym wartość robót. Dokumenty te zostały zakwestionowane przez przedstawicielkę strony pozwanej B. R., która zażądała „ponownego sprawdzenia”.

Żadnych konkretnych zarzutów do potwierdzonych robót jednakże nie sprecyzowała. Brak jest także podstaw do kwestionowania ustalenia Sądu Okręgowego, iż materiały (w tym do białego montażu) i osprzęt elektryczny, których dostarczenie obciążało stronę pozwaną, nie zostały dostarczone w odpowiednim terminie, skoro powodowy wykonawca sygnalizował brak materiałów wpisami do Dziennika Budowy (m.in. z dnia 12.03.2007 r. – karta 106; 30.04.2007 r. – karta 112; 19.05.2007 r. – karta 113; 10.09.2007 r. – karta 115). Zdaniem Sądu przedstawienie faktur zakupu materiałów nie jest wystarczające na wykazanie, iż brak było opóźnienia po stronie inwestora w ich dostarczeniu wykonawcy, i nie sposób tego stanowiska zakwestionować, podobnie jak i tego, że wartość zakupionych przez inwestora materiałów nie można zweryfikować, skoro strona pozwana nie przedstawiła nawet ich spisu. Jeśli zaś chodzi o ustalenia Sądu co do stali na wykonanie konstrukcji, to apelujący żadnym argumentem nie ich podważył. Wykonanie konstrukcji i jej montaż zostało zamówione przez stronę powodową w firmie (...), której pozwany inwestor dostarczył stal o wartości 97.039,35 zł, żądając za nią zapłaty. Wartość stali została ujęta w fakturze wystawionej przez pozwanego F., jednakże nie można było dokonać stosownego trójstronnego rozliczenia z powodu ostatecznego braku zgody firmy (...). Sąd Okręgowy przyjął, że skoro trójstronne porozumienie kompensacyjne nie doszło do skutku a powód zapłacił należność F. nie mogąc dokonać potrącenia wierzytelności, jaka przysługiwała stronie pozwanej z tytułu ceny stali, należy mu się wynagrodzenie w pełnej wysokości, wraz z wartością stali. Trafnie bowiem Sąd przyjął, że spór o cenę stali dotyczy wyłącznie firmy (...) i pozwanego i pomiędzy nimi powinien być rozstrzygnięty.

Przechodząc do zarzutów naruszenia przepisów prawa materialnego należy stwierdzić, że nie znajdują one podstaw. W szczególności bezzasadny jest zarzut pozwanego o naruszeniu art. 647 k.c. poprzez jego błędne zastosowanie i przyjęcie, iż powodowi należne jest wynagrodzenie za prace, których nie wykonał. Jak wyżej wskazano, ustalenia Sądu pierwszej instancji co do zakresu wykonanych prac są prawidłowe i wynikają z przedstawionych dowodów, w szczególności z protokołów odbiorów częściowych, które zgodnie z umową stron, były podstawą wystawienia faktur częściowych i zapłaty odpowiedniej części wynagrodzenia. Postanowienia umowy w tej części są zgodne z treścią art. 654 k.c. Z kolei podstawą wystawienia faktury końcowej miał być podpisany przez strony protokół odbioru końcowego, do którego miało dojść po zgłoszeniu zakończenia robót przez wykonawcę. Jak wynika z ustalonego przez Sąd pierwszej instancji stanu faktycznego, powód dokonał oddania przedmiotu umowy, bowiem we wpisie do Dziennika Budowy oraz w piśmie skierowanym do pozwanego, z dnia 15 września 2007 r. (karta 129) wyraźnie oświadczył, że uważa swoje zobowiązanie za wykonane oraz wezwał pozwanego do odbioru. Nieodebranie obiektu przez zamawiającego mimo braku ku temu przeszkód jest naruszeniem obowiązku zamawiającego (art. 647 k.c.), które należy oceniać jako zwłokę wierzyciela (art. 486 § 2 k.c.), której konsekwencją jest przyjęcie, że nastąpiło oddanie dzieła w chwili, w której jego odbiór przez zamawiającego był możliwy. Okoliczność, że powód usuwał zgłaszane mu wady nie świadczy o niemożności odbioru, skoro według art. 642 § 1 k.c. (w zw. z art. 656 § 1 k.c.) oddanie dzieła nie powoduje wymagalności wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie tylko wtedy, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, należy uznać, że jego oddanie powoduje, w myśl art. 642 § 1 k.c., wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie za dzieło. W takim wypadku zamawiający może się domagać usunięcia wady w oznaczonym terminie albo obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku (art. 637 k.c.). Takiego obniżenia wynagrodzenia pozwana się domaga, co będzie przedmiotem dalszego postępowania.

Uzasadnionej przeszkody w odbiorze robót nie stanowiło także niewykonanie ich w pełnym zakresie, nawet jeśliby istotnie miało to miejsce. Wynagrodzenie staje się należne (w częściach) w chwili oddania każdej z części robót, w miarę ich ukończenia, zgodnie z wymienionym wyżej art. 654 k.c.

Reasumując, Sąd Okręgowy co do zasady trafnie przyjął, że powodowi pomimo braku końcowego protokołu odbioru robót podpisanego przez obie strony (po odmowie pozwanego wyznaczenia terminu odbioru, powód sporządził protokół jednostronny) przysługuje wynagrodzenie, brak jest przy tym podstaw do przyjęcia, by wynagrodzenie to obejmowało także roboty niewykonane.

Odnośnie wynagrodzenia za roboty dodatkowe, które zostały przez strony uzgodnione ustnie pomimo wyraźnego zastrzeżenia w umowie dla takich robót pisemnego aneksu pod rygorem nieważności, Sąd Okręgowy stwierdził, że skoro strony przyjęły praktykę ustnych zmian umowy to zapis ten nie może wiązać, a zatem wynagrodzenie powodowi

i w tym zakresie się należy. Ustalenie to w ramach zarzutów apelacyjnych zakwestionowała strona pozwana. Zarzuty te częściowo należy uznać za uzasadnione aczkolwiek pozostające bez wpływu na rozstrzygnięcie. Z ustaleń Sądu Okręgowego wynika, że strona powodowa wykonała roboty dodatkowe na kwotę 112.616,84 zł. Robót dodatkowych dotyczą m.in. faktury: nr (...) (karta 152), nr (...) (karta 159), nr (...) (karta 166) oraz protokoły odbiorów tych robót stanowiące podstawę wystawienia faktur. Strona pozwana roboty te zaakceptowała, dokonała ich odbioru oraz przyjęła bez zastrzeżeń, pomimo braku pisemnego aneksu. Konsekwencją nieważności umowy na wykonanie robót dodatkowych jest brak możliwości domagania się zasądzenia wynagrodzenia w oparciu o przepisy o umowie o roboty budowlane czy o dzieło. Jednakże w orzecznictwie Sądu Najwyższego przeważa obecnie pogląd, iż w sytuacji, gdy nieważność umowy, ze względu na niezachowanie formy, uniemożliwia zasądzenie równowartości robót jako wynagrodzenia, nie ma przeszkód, aby równowartość tych robót uwzględnić na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, skoro o ich wartość strona pozwana bezspornie została wzbogacona. Stanowisko takie zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 marca 2010 r. IV CSK 401/10 (niepubl.), uznając, że jeżeli powód domaga się zasądzenia określonej kwoty pieniężnej na podstawie umowy zawartej z pozwanym, sąd - stwierdziwszy nieważność tej umowy - może uwzględnić powództwo na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, bez potrzeby dokonywania przedmiotowej zmiany powództwa. Stanowisko to podzielił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 lutego 2011 r., II CSK 414/10 (lex nr 738545) oraz we wcześniejszym wyroku z dnia 7 listopada 2007 r., II CSK 344/07 (M.Prawn. 2007/24/1339), w którym stwierdził, że nawet w sytuacji, gdy umowa na podstawie której zostały wykonane roboty budowlane jest nieważna, od strony korzystającej z efektów przeprowadzonych prac, sąd może zasądzić wynagrodzenie na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. W okolicznościach niniejszej sprawy, nie ma zatem przeszkód - ze względu na to, że podstawa faktyczna jest taka sama - do zastosowania art. 405 k.c. Taką też należało wskazać podstawę prawną uwzględnienia powództwa w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 498 k.c. i nieuwzględnienia zarzutu potrącenia w zakresie przysługującej stronie powodowej wierzytelności z tytułu kary umownej za opóźnienie w wykonaniu prac objętych umową stron, Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu pierwszej instancji w tej kwestii. Należy podkreślić, że funkcją kary umownej jest głównie zabezpieczenie wykonania świadczenia głównego i dochodzenia odszkodowania za szkodę wynikłą z jego niewykonania lub wykonania nienależytego. W szczególności, w braku odmiennych postanowień umowy, kara umowna zastępuje odszkodowanie. Z tych względów kara umowna ma charakter świadczenia warunkowego i ubocznego, pozostając w ścisłym związku z świadczeniem głównym albowiem dłużnik może wykazać, że za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania odpowiedzialności nie ponosi i wówczas nie ma również obowiązku zapłaty kary umownej. Obowiązek ten istnieje zaś tylko wtedy, gdy są podstawy odpowiedzialności dłużnika.

Jak wynika z ustaleń Sądu Okręgowego, strony ustaliły termin zakończenia robót będących przedmiotem umowy na dzień 15 września 2007 r. Bezsporne było, że wszystkie roboty przed tym terminem nie zostały zakończone bowiem zgłoszeniem do odbioru objęto jedynie roboty „możliwe do wykonania”. Niewykonany był w całości biały montaż (umywalki itp.), osprzęt elektryczny, terakota i flizy, schody ażurowe, brakowało jednych szklanych drzwi i szklanej ściany wewnętrznej oraz drzwi do kasy, części wylewek samopoziomujących na posadzkach i wykładzin. Po 15 września 2007 r. powód wykonywał roboty niedokończone do tego dnia oraz prace poprawkowe, przede wszystkim ponownie malował ściany wewnętrzne. Wszystkie roboty wykonane zostały do dnia 6 grudnia 2007 r., co potwierdził inwestor wpisem do Dziennika Budowy. Natomiast powodowy wykonawca, wobec niewyznaczenia przez inwestora terminu odbioru, sporządził jednostronny protokół odbioru wskazując zakres robót niewykonanych oraz przyczynę ich niewykonania. Jak wynika dalej z ustaleń Sądu Okręgowego, część materiałów i osprzętu, obowiązana była dostarczyć strona pozwana, która nie wykazała, by dostarczyła je w terminie umożliwiającym wykonanie określonych robót przed dniem 15 września 2007 r. Potwierdzają to dodatkowo przytoczone powyżej wpisy wykonawcy do Dziennika Budowy, a także zeznania świadków – J. P. (2) (karta 1595, t. VIII), Z. O. (karta 1628, t. IX), R. H. (1) - w zakresie trzymywania przez powoda od pozwanego wizualizacji ułożenia płytek (karta 1756, t. IX), J. M. (karta 1762, t. IX). Nie można zatem przypisać powodowemu wykonawcy opóźnienia rodzącego obowiązek zapłaty kary umownej, zwłaszcza, że zgłaszając wykonane przez siebie roboty do odbioru, uznał swoje zobowiązanie za wykonane a pozwana jako zamawiający nie przystąpiła do odbioru. W konsekwencji brak jest dwustronnego protokołu, w którym opisany byłby stan wykonania robót i ewentualne przyczyny ich niewykonania. Należy też przypomnieć, że w § (...) umowy

strony uzgodniły, że „za datę wywiązania się z umowy uznaje się datę zgłoszenia robót do odbioru końcowego”, a nie datę podpisania protokołu odbioru. Nie sposób przy tym przyjąć by porozumienie z dnia 20 sierpnia 2007 r. odnosiło się do terminu naliczania kar umownych. W żadnym zaś wypadku nie ma podstaw do naliczania kar umownych do daty uzyskania przez stronę pozwaną pozwolenia na użytkowanie obiektu.

Reasumując, pominięcie przez Sąd pierwszej instancji zarzutu potrącenia w zakresie naliczonej przez stronę pozwaną kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, było uzasadnione.

Mając na względzie powyższe okoliczności Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok jak w sentencji, zaś w pozostałej części apelacji strony pozwanej oddalił jako bezzasadną, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c., stosunkowo je rozdzielając. Strona pozwana poniosła koszty w wysokości 39.489 zł (34.089 zł opłata od apelacji + 5.400 zł koszty zastępstwa procesowego), a ponieważ wygrała apelację w zakresie około 8%, w takim zakresie przysługuje jej zwrot kosztów (3.159 zł). Koszty strony powodowej to 5.400 zł z tytułu zastępstwa procesowego, z czego 92% to kwota 4.968 zł. Na rzecz strony powodowej od strony pozwanej zasądzono więc różnicę w przybliżonej wysokości 1.800 zł.

Ref. sprawy

SSO D. Pawłyszcz