

Sygn. akt I ACa 194/17

I ACz 272/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 lipca 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Hanna Nowicka de Poraj (spr.)
Sędziowie:	SSA Barbara Górczanowska SSA Paweł Czepiel
Protokolant:	sekr.sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 5 lipca 2017 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa H. K.

przeciwko KP I. J. P., E. P. Sp. j.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 24 października 2016 r. sygn. akt IX GC 818/14 oraz zażalenia strony pozwanej na postanowienie Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 24 października 2016r. sygn. akt IX GC 818/14

1. zmienia zaskarżony wyrok:

- w punkcie I w ten sposób, że kwotę 248.676,41 zł obniża do kwoty 233.136,74 zł (dwieście trzydzieści trzy tysiące sto trzydzieści sześć złotych 74/100) i w zakresie tego obniżenia oddala powództwo,

- w punkcie II w ten sposób, że kwotę 21.293,79 zł obniża do kwoty 20.516,79 zł (dwadzieścia tysięcy pięćset szesnaście złotych 79/100);

2. oddala zażalenie;

3. zasądza od strony pozwanej na rzecz powódki kwotę 4.623 zł (cztery tysiące sześćset dwadzieścia trzy złote) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

SSA Barbara Górczanowska SSA Hanna Nowicka de Poraj SSA Paweł Czepiel

I ACa 194/17

I ACz 272/17

UZASADNIENIE

Powódka H. K. domagała się zasądzenia od pozwanej (...) spółki z o.o. w S. kwoty 241.776,41zł z odsetkami ustawowymi od dnia 29.06.2013r. oraz kosztów procesu – tytułem zapłaty reszty wynagrodzenia za roboty budowlane, wykonane na rzecz pozwanej na podstawie umowy stron z dnia 30 maja 2012r, polegające na wykonaniu prac termoizolacyjnych fasady budynku użytkowego, uszkodzonej wskutek pożaru.

Powódka wykonała umówione prace w terminie. Pozwana miała powódce zapłacić wynagrodzenie kosztorysowe, którego wysokość została ustalona przez powódkę kosztorysem powykonawczym, sporządzonym w oparciu o obmiar robót, przy przyjęciu umówionych cen jednostkowych. Wysokość wynagrodzenia została wyliczona na kwotę 303.276,41zł brutto, netto 246.566,19zł. Pozwana zapłaciła jedynie część w/w kwoty, wciąż zalega z zapłatą sumy dochodzonej pozwem.

W toku procesu, pismem z dnia 26.09.14r powódka rozszerzyła powództwo o kwotę 6.900zł z odsetkami ustawowymi licznymi od dnia 29.06.2013r, podając, że przy obliczeniach żadanego wynagrodzenia, omyłkowo pominęła tą kwotę. Wyjaśniła, że na poczet wynagrodzenia otrzymała od strony pozwanej następujące kwoty, które rozliczyła następująco :

- kwotę 24.600 zł uiszczoną przelewem z 12.05.12r., zaliczyła na poczet faktury nr (...) z dnia 10.05.12 r., wystawionej na kwotę 24.600 zł,
- kwotę 20.000 zł uiszczoną gotówką w dniu 17.07.12r. zaliczyła na poczet faktury nr (...) z dnia 25.06.12r., wystawionej na kwotę 24.600zł , w zw. z czym do zapłaty zostaje 4.600zł,
- kwotę 10.000 zł uiszczoną gotówką, zaliczyła na poczet faktury nr (...) z dnia 28.06.12r., wystawionej na kwotę 12.300 zł , w zw. z czym do zapłaty pozostaje 2.300zł.

Kwoty 4.600zł i 2.300zł dają sumę 6.900zł. Powódka dodała, że powołane jako wpłacone kwoty 20.000zł i 10.000zł odpowiadały kwotom netto faktur, kolejno nr(...) i nr (...) , stąd kwota 6.900zł to suma podatku VAT wynikającego z tych faktur.

Nakazem zapłaty wydanym w postępowaniu upominawczym z dnia 9.07.2014r Sąd Okręgowy uwzględnił powództwo.

W sprzeciwie od nakazu **pozwana (...) spółka z o.o.** wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie na jej rzecz kosztów procesu.

Pozwana podała, że umowa stron z dnia 30 maja 2012r. nigdy nie została wykonana przez powódkę w całości i prawidłowo, czego konsekwencją było niedokonanie odbioru robót. Powódka wykonywała zlecone prace wadliwie i pozostawała w poważnej zwłoce ze spełnieniem świadczenia, w związku z tym powódka nie była uprawniona do wystawiania faktur obciążających pozwaną. Pozwana dokonała zaliczkowych płatności na rzecz powódki, które, jej zdaniem, odpowiadały wartości wykonanych prac. Nadto pozwana dokonała na rzecz powódki płatności, które ta pominęła w swoim przedstawieniu (w sprzeciwie nie zostały przybliżone powoływane płatności poza kwotą 20.000zł wpłaconą 17.07.12r., na którą powoływała się też powódka).

Pozwana zakwestionowała sporządzony przez powódkę obmiar robót, kwestionując zarówno ujęty w nim zakres prac, jak i ceny. Podniosła, że wskazane w tym dokumencie wielkości i rodzaje prac oraz ceny jednostkowe nie odpowiadają umowie stron i nie były wcześniej przedstawiane pozwanej spółce. Pozwana zarzuciła, że elewacja budynku nie ma

tyłu metrów ile wynika z obmiaru powódki, nie ma też tyłu parapetów. Nie wiadomo też na jakiej podstawie powódka wskazuje w swoich obliczeniach stawkę 88 zł za pewną kategorię prac, podczas gdy w umowie występuje stawka 86 zł. Pozwana zarzuciła, że powódka w swoim rozliczeniu wskazuje prace niezamówione i niewykonane oraz próbuje podwójnie lub potrójnie rozliczać niektóre prace. Podniosła ponad to, że prace faktycznie wykonane mają istotne wady obniżające ich wartość.

W odpowiedzi **powódka** podtrzymała swoje stanowisko. Podała, że w dacie wystawiania faktur nr (...) roboty zostały wykonane a K. P. (1), reprezentujący dotychczas pozwaną, namówił powódkę do zawarcia kolejnej umowy o prace na przedmiotowym budynku (malowanie ścian); umowa w tym przedmiocie została zawarta z K. P. (1), w dniu 3.08.2012r.

Przedmiotem umowy będącej podstawą pozwu było odnowienie ocieplonej fasady budynku, uszkodzonej w wyniku pożaru, z zachowaniem fragmentów fasady, które nie uległy spaleni. Z technicznego punktu widzenia wykonanie dobrej jakości prac dociepleniowych z zachowaniem fragmentów starej fasady jest niemożliwe. Już po postawieniu rusztowań i rozciągnięciu sznurów uwidoczniły się krzywizny ścian budynku, których pozwana była świadoma i mimo to nakazała kontynuowanie robót – ze względów oszczędnościowych. Krzywizny ścian budynku nie są konsekwencją nieprawidłowego wykonania robót, lecz uporczywego obstawania pozwanej za pozostawieniem resztek niewypalonego styropianu. Powódka podała, że w trakcie prac okazało się, że w niektórych miejscach konieczne jest użycie większej ilości styropianu, niż pierwotnie zakładano. Pozwana wyraziła zgodę, że zakupu dodatkowej ilości styropianu zostanie doliczony do pierwotnie uzgodnionej stawki 86zł netto/ m² co spowodowało jej podwyższenie do 88zł netto/m².

Pozwana podtrzymała stanowisko w sprawie. Podała, że pierwszą zaliczkę w kwocie 20.000 zł uiszczyła powódcie bez pokwitowania. Ponieważ po jej otrzymaniu robotnicy „zniknęli” na kilka tygodni z placu budowy, pozwana zaczęła żądać pokwitowań – zapłaty lub faktur, stąd powoływane przez powódkę faktury były wystawiane dla potwierdzenia otrzymania zaliczek. Kolejną zaliczkę pozwana uiszczyła w lipcu za pokwitowaniem. Ponadto J. K. (1) (mąż powódki) pokwitował odbiór dwóch zaliczek za realizację umowy z dnia 30.05.2012r., w kwotach po 40.000zł każda, na egzemplarzu umowy z dnia 3.08.2012r.. Do zawarcia umowy na wykonanie spornych prac doszło w marcu 2012r, natomiast strony potwierdziły umowę na piśmie w dacie 30.05.2012r. Strony umówiły się że prace będą wykonane w okresie od 23.03.12r. do 31.05.12r. Taki termin realizacji zadania był realny, dlatego też strony uzgodniły kary umowne za opóźnienie w terminie wykonania. Pozwana naliczyła kary umowne za opóźnienie, kierując się podaną przez powódkę wartością prac 246.5666,19zł netto, co daje 739,70zł za każdy dzień opóźnienia, a za 393 dni, liczonych do 29.06.2013r. - 290.702,10zł. Pozwana podała, że wezwała powódkę o zapłatę kar umownych i **potrąciła** swoje roszczenie wynikające z kar umownych z roszczeniem powódki w sprawie niniejszej.

Wyrokiem z dnia 24 października 2016 r, sygn. akt IX GC 818/14: I/ zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 248.676,41 zł (z odsetkami ustawowymi od dnia 29 czerwca 2013 r; zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 21 293,79 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

W uzasadnieniu Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 30.05.2012r. strony podpisały umowę, w której strona pozwana zleciła powódcie wykonanie i oddanie robót termoizolacyjnych, w postaci odnowienia ocieplonej fasady budynku, położonego w K. przy ul (...),f. ,uszkodzonej w skutek pożaru z zachowaniem fragmentów fasady, które nie uległy spaleni. Termin rozpoczęcia robót strony ustaliły na 23.03.2012r a zakończenia robót na 31.05.2012r. Ustalono, że zamawiający przygotowuje powierzchnię, usuwając pozostałości po pożarze, korzystając z rusztowań powódki, natomiast powódka nabędzie materiały do prac. Po wykonaniu wszystkich prac powódka miała uporządkować miejsce przebudowy, pozwana miała odebrać wykonane roboty i sporządzić z powódką protokół odbioru.

Strony ustaliły, że ceny za wykonane pracę będą liczyły następująco: 86zł netto/m² za ocieplenie styropianem gr.10cm z tynk mineralny gr. 1,5mm malowany farbą silikonową, 74zł netto/m² za naprawę fasady po pożarze w miejscu uszkodzonego lecz niewypalonego styropianu, 78zł netto/m² za wykonanie pod konstrukcji z płyt (...) nad rampą załadowniczą,

- 18zł netto/mb za montaż parapetów blaszanych plus materiał 24zł netto/mb parapetu.

Strony w umowie dopuściły wystawianie faktur cząstkowych i faktury końcowej. Postanowiły też (par. 7 umowy), że za niewykonanie usługi w terminie do 31 maj 2012, strona pozwana naliczy powódce 0,3% wartości netto faktury za każdy dzień opóźnienia.

W umowie zapisano, że załącznikami do umowy jest oświadczenie strony pozwanej odnośnie akceptacji krzywizn spowodowanych przez fragment nie spalonej fasady budynku, oferta na wykonanie prac, protokół odbioru prac. W ofercie z dnia 25.01.12r. w sposób zbieżny z umową zostały podane dane co do materiałów i ich cen jednostkowych. W druku ostatecznego odbioru prac budowlanych zapisano, między innymi, że inwestor w związku z opóźnieniem leżącym po stronie wykonawcy nakłada karę umowną w wysokości 0,3% za każdą fakturę netto.

W trakcie wykonywania prac powódka wystawiła stronie pozwanej następujące faktury:

- w dniu 10.05.2012r. fakturę nr (...), na kwotę 24.600zł (netto 20.000zł), którą pozwana uregulowała (co bezsporne),

- w dniu 25.06.2012r. fakturę nr (...), na kwotę 24.600zł (netto 20.000zł),

- w dniu 28.06.2012r. fakturę nr (...), na kwotę 12.300zł (netto 10.000zł)

Na poczet wymienionych faktur powódka otrzymała od pozwanej kwoty 24.600zł, 20.000zł i 10.000zł. Po zakończeniu prac powódka sporządziła ksiązkę obmiarów i cen, która zawierała zestawienie robót w ujęciu przedmiotowo – wartościowym oraz wyliczenie wartości netto wynagrodzenia na kwotę 246.566,19zł (co daje brutto 303.276,41zł). W obliczeniach powódka posłużyła się stawkami przyjętymi w umowie, za wyjątkiem stawki 86zł netto/m², zastępując ją stawką 88zł netto/m².

W dniu 3.08.2012r. powódka i K. P. (1), działający w imieniu własnym, zawarli umowę, w której powódka zobowiązała się do wykonania prac malarskich dwóch ścian szczytowych budynku przy ul (...) w K., które noszą ślady zadymienia po pożarze. Uzgodniono, że prace mają być wykonane od 6.08.12r. do 10.08.12r. za wynagrodzenie 130.000zł netto, z zaznaczeniem, że w dniu 3.08.12r. będzie wpłacona zaliczka w wysokości 40.000zł netto. J. K. (1), działając za powódkę potwierdził na umowie otrzymanie w dniu 3.08.12r. 40.000zł.

W toku niniejszego procesu, pismem z dnia 7.10.2014r, nadanym pocztą do powódki, radca prawny A. G., powołując się na pełnomocnictwo od pozwanej, wezwał powódkę do zapłaty kary umownej w wysokości 290.702,1zł za zwłokę w wykonaniu umowy z dnia 30.05.2012r. Podał, że uważa, iż KP I. ma prawo naliczyć kary umowne za każdy dzień opóźnienia, niezależnie od tego, czy powódka wystawiła fakturę i wyjaśnił sposób jej obliczenia. Skoro w pozwie powódka wyliczyła wartość swoich prac na 246.566,19zł netto – to na taką kwotę mogłaby wystawić fakturę. Pozwana naliczyła zatem kary umowne od tej kwoty. Tym samym kara umowna wynosi $0,003 \times 246.566,19zł = 739,7zł$ za każdy dzień opóźnienia. Podnosząc, że zobowiązanie powódki wynikające z umowy nie zostało w pełni wykonane do dnia obecnego, przy założeniu jednak jako terminu zakończenia prac powódki daty zgłoszenia gotowości do odbioru, tj. daty zwrotu pisma z 11.06.2013r. – 29.06.2013r., doszłoby do 393 dni zwłoki. Dalej piszący pismo podał, że pozwana naliczyła karę w wysokości $393 \times 739,7 = 290.702,1zł$. Następnie autor pisma wezwał powódkę o zapłatę 290.702,10 zł tytułem naliczonej kary. Nadto, oświadczył, że w związku z dochodzoną przed Sądem przez powódkę przeciwko KP I. kwotą 248.676,41zł, potrąca wszystkie wymagalne wierzytelności pieniężne wynikające z umowy z dnia 30.05.2012r. (o ile takie istnieją) z wierzytelnością KP I. z tytułu kar umownych – do wysokości kwoty niższej. W piśmie podano, że oświadczenie o potrąceniu nie stanowi uznania roszczeń powódki. Dopiero przy piśmie procesowym z dnia 27.03.2015r. pełnomocnik procesowy pozwanej przedłożył udzielone mu przez pozwaną spółkę pełnomocnictwo do składania oświadczeń materialnoprawnych z daty 6.10.2014r, na wykazanie skuteczności pisemnego oświadczenia o potrąceniu załączonego do pisma procesowego z dnia 7.10.14r. Przy piśmie nie wykazano, że nadano go także do powódki.

Ustalił kolejno Sąd Okręgowy, że powódka wykonała w całości zakres rzeczowy prac. Nieuzbrojonym, tzw. gołym, okiem nie widać połączeń i nierówności w wykonanym w systemie (...) pomiędzy pozostałym po pożarze styropianem a nowo wbudowanym. Prace były obciążone tylko drobnymi niedociągnięciami w postaci widocznych połączeń zatartej na elewacji frontowej wyprawy tynkarskiej, natomiast widoczne otwory na środku elewacji frontowej są wynikiem zdemontowanej reklamy. Na powierzchni wykonanego (...) nie występują plamy, pęcherze ani prześwity, nie ujawniły się też szkodliwe pęknięcia na połączeniu płyt styropianowych, a tym bardziej o szerokości większej niż 0,2 mm, szerokość okien i drzwi głównych wejściowych do budynku jest taka sama, co dowodzi, że roboty zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną .

Wartość wykonanych faktycznie przez powódkę robót (...), przy założeniu cen jednostkowych z umowy z dnia 30.05.2012r., wynosi 242.814,91zł netto a przy przeprowadzeniu ich obliczenia z uwzględnieniem stawki 88zł netto/m², w miejsce stawki 86zł netto/m², wynosi 246.900,98zł netto, natomiast przy założeniu cen rynkowych – wynosi 310.877,21zł netto. Kwestionowana stawka 88zł netto/m² (przyjęta do obliczeń powódki w miejsce 86zł netto/m²) z perspektywy stawki rynkowej za tego rodzaju prace była nadzwyczaj konkurencyjna – stawki rynkowe kształtują się tu na poziomie 100-130zł/m² netto. Obmiar przeprowadzony przez powódkę dla elewacji tylnej (...) budynku był zawyżony, gdyż nie uwzględniał potrącenia z powierzchni elewacji otworu przejścia, natomiast na elewacji frontowej był znacznie zaniżony (niedowymiarowany) ilościowo i rzeczowo. Pozostałe obmiary były prawidłowe i zgodne ze stanem faktycznym. Przeprowadzenie prac przez powódkę wymagało tzw. dowiązania się do istniejących fragmentów pozostałości po pożarze, które wiązało się z odpowiednim przygotowaniem części stycznych, także przez usunięcie na pewnym obszarze pozostałości, co powiększało pole uzupełnień. W ostatecznym obrachunku, powódka obliczyła wynagrodzenie zgodnie z umową.

Sąd Okręgowy ustalił ponadto, że w toku prac powódkę reprezentował jej mąż J. K. (1), natomiast pozwaną spółkę reprezentował K. P. (1). Zanim powódka złożyła ofertę na przedmiotowe w sprawie prace, J. K. (1) i K. P. (1) spotkali się dla omówienia zakresu prac. K. P. (1) poinformował wówczas, że prace mają polegać na wykonaniu elewacji dwóch ścian budynku w zakresie w którym uległy zniszczeniu w czasie pożaru i przy pozostawieniu tej części elewacji, która nie spaliła się. Na spotkaniu uzgodniono, że powódka postawi rusztowania i nieodpłatnie udostępni je pracownikom strony zamawiającej, którzy wykonają prace przygotowujące ściany budynku do stanu wymaganego dla prac powódki. Następnie powódka złożyła pozwanej spółce ofertę. Rusztowania postawiono w marcu 2012 r. Po oczyszczeniu ścian pod prace J. K. (1) dokonał przeglądu ich stanu i ocenił, że należy zdjąć więcej starej elewacji niż przewidywano oraz, że będą występować krzywizny. Poinformowany o tym K. P. (1) podtrzymał stanowisko, że nie wyraża zgody na usunięcie zalecanych przez J. K. (1) fragmentów i zaakceptował efekt krzywizn. Wymienieni ustalili, że materiały do prac będzie kupować powódka w firmie (...), z tym że to K. P. (1) bezpośrednio uzgadniał z tą firmą materiały do budowy. Po uzgodnieniu materiałów, K. P. (1) zalecił wykonywanie prac. W początkowej fazie robót, w marcu, okazało się, że w określonych rejonach, z uwagi na krzywizny podłoża, należy zastosować większą ilość styropianu niż zakładano. K. P. (1) zdecydował, aby dołożyć tam styropianu, w związku z czym J. K. (1) i K. P. (1) uzgodnili wyższą stawkę za te prace, to jest w miejsce ofertowej stawki 86zł netto/m² – stawkę 88zł netto/m². W toku prac zdarzyło się, że K. P. (1) podejmował decyzję o tzw. dołożeniu styropianu, w sytuacji, gdy już w tym miejscu położony był styropian i siatka. To skutkowało koniecznością zdjęcia tego co wykonano i wykonaniem od nowa w tym miejscu prac. W obmiarze robót uwzględniono takie prace, jako wykonane dwa razy (dwa razy powierzchnia). W obmiarze robót uwzględniano też powierzchnię miejsc, na których położono styropian w większej grubości dla niwelacji krzywizn. Obmiar wykonanych robót prowadzono z natury, po zakończeniu prac na danej ścianie.

Na początku prac, to jest w marcu 2012r. J. K. (1) dążył do spisania umowy na piśmie w sprawie przedmiotowych prac, w związku z czym przekazał K. P. (1) projekt umowy Ten zwlekał z jej podpisaniem a następnie twierdził, że zagubił umowę. Gdy prace nad wykonaniem pierwszej w kolejności ściany budynku były już na ukończeniu, tj. w maju 2012r., J. K. (1) upominał się u K. P. (1) o podpisanie umowy, uzależniając od tego podjęcie prac na drugiej ścianie budynku. Ostatecznie umowa została podpisana 30.05.2012r. J. K. (1) nie zmieniał tekstu umowy – chociażby przez wprowadzenie do niej zaktualizowanej w toku robót stawki 88 zł – gdyż bardzo zależało mu na samym doprowadzeniu

do podpisania umowy, zważywszy, że jego firma już bardzo zaangażowała się finansowo w prace. Na czas podpisania umowy (...).05.12r, jasnym było dla stron, że zapisany w umowie termin jej wykonania (31.05.12r) jest nieaktualny. Wówczas była ukończona praca na pierwszej ścianie budynku, rusztowania znajdowały się na drugiej ścianie budynku. Ekipa pozwanej miała opóźnienie około dwa tygodnie.

Po zakończeniu prac na pierwszej ścianie budynku J. K. (1) przedstawił K. P. (1) rozliczenie dotychczasowych prac, ten jednak nie podjął jego analizy. Co do wykonawstwa stwierdził, że jest krzywo, lecz zarazem nie zalecił poprawek, lecz polecił kontynuowanie prac tą samą metodą na drugiej ścianie, wykonawca zwracał jednak uwagę, że należy spodziewać się podobnego efektu krzywizn. Prace na drugiej ścianie budynku zostały wykonane do połowy czerwca 2012 r. Ich wykonanie zamykało zakres zleconych prac. J. K. (1) bezpośrednio po zakończeniu prac ubiegał się o odbiór prac. Do spotkania w tej sprawie doszło w lipcu 2012r.. J. K. (1) przedstawił K. P. (1) rozliczenie prac. K. P. (1) nie zgodził się z rozliczeniem, nie podał jednak dlaczego, nie wyraził też zgody na wspólny obmiar sprawdzający, nie żądał też konkretnych poprawek. Spotkanie zakończyło się bez ustaleń. Następnie z inicjatywy K. P. (1) doszło do spotkania, na którym również nie doszło do rozliczenia, lecz K. P. zlecił pozwanej dalszą pracę, polegającą na malowaniu ścian szczytowych budynku, twierdząc, że inaczej się nie rozliczy z pozwaną. J. K. (1) zaproponował wysoką cenę za malowanie, aby zniechęcić K. P. (1) do zlecenia; ten jednak wyraził zgodę i umowa została podpisana. Tym razem po stronie zamawiającego wystąpił K. P. (1) a nie (...) spółka z o.o.. Wówczas też K. P. (1) dał na malowanie zaliczkę w kwocie 40.000zł. Malowanie zostało wykonane w terminie. K. P. zaakceptował efekt prac i zlecił dodatkowo pozwanej malowanie przejścia w budynku. J. K. (1) chciał, by na tę robotę strony spisały umowę, lecz K. P. (1) zagroził, że albo wykonają to malowanie, albo się nie rozliczy. Przedmiotowe malowanie zostało wykonane we wrześniu 2012r. Od września 2012r. do kwietnia 2013r. J. K. (1) nie mógł nawiązać kontaktu z K. P. (1). Około Ś. Wielkanocnych 2013r. J. K. (1) przypadkowo spotkał K. P. (1). W czasie rozmowy doszło między nimi do utarczek słownych i szarpaniny, Ostatecznie K. P. (1) powiedział, że jak będzie miał pieniądze, to sam się zgłosi.

Kolejno Sąd Okręgowy obszernie ocenił zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, aprobując, w pierwszej kolejności, dowody z dokumentów prywatnych, wskazując że strony nie różniły się co do ich treści a jedynie co do wniosków, które z nich wynikają.

Opinię biegłego Z. D., jako wykonaną na potrzeby innej sprawy i na inne okoliczności faktyczne, niż istotne w rozpoznawanej sprawie – Sąd uznał za nieprzydatną.

Podstawą ustalenia przez Sąd Okręgowy wartości robót wykonanych przez powódkę była opinia biegłego M. M., który weryfikował obmiar prac i dokonał ich rozliczenia. Sąd uznał opinię tę za miarodajną, jako opartą na fachowej wiedzy oraz wyczerpująco i właściwie umotywowaną – jak chodzi o prace, za które powódka dochodzi wynagrodzenia. Za nieuprawnione i niczym nieoparte uznał Sąd twierdzenie pozwanej, że biegły li tylko skorzystał z obmiaru powódki, w sytuacji gdy biegły stanowczo wyjaśnił, że przeprowadził własne obmiary i własne wyliczenia faktycznie wykonanych przez powódkę prac. Zatem, w świetle opinii biegłego, za usprawiedliwione należy uznać wyliczenie powódki co do wysokości wynagrodzenia. Z opinii biegłego wynika, że to wynagrodzenie powódka mogła wyliczyć nawet w nieco wyższej kwocie, niż ta, której zażądała. Różnica w obliczeniach wysokości wynagrodzenia wynikała stąd, że w jednych pozycjach powódka zawyżyła obliczenia a w innych znacznie je zaniżyła, przez niedowymiarowanie. Stąd w ujęciu wartościowym powódka nie przekroczyła kwoty maksymalnego wynagrodzenia, którego mogła się domagać w świetle umowy. W świetle opinii biegłego usprawiedliwionym jawi się też podwyższenie stawki z 86zł/m² na 88zł/m² – a to w związku z koniecznością użycia na części odnawianej powierzchni podwójnego styropianu. Stawkę 88 zł/ m² biegły uznał za umiarkowaną. Z opinii wynika, że prace objęte umową z 30.05.12r. zostały wykonane w całości, bez istotnych wad.

Zdaniem Sądu, polemika pozwanej z opinią biegłego nie podważa jej wniosków. Opinia jest merytoryczna i wyczerpująca, nie można przypisać jej błędów, dlatego też nie zasługiwał na uwzględnienie wniosek o powołanie innego biegłego.

Oceniając dowody z zeznań świadków Sąd Okręgowy dał wiarę zeznaniom J. K. (1), W. G. i P. J., które uznał za logiczne i wzajemnie niesprzeczne. Najwięcej istotnych wiadomości miał świadek J. K. (1), jednakże jego relacja koresponduje z faktami podanymi przez pozostałych świadków, tworząc z nimi logiczną całość. Na podstawie tych zeznań Sąd Okręgowy ustalił, że strony ustaliły, że będą akceptować ewentualne krzywizny na remontowanych ścianach. J. K. (1) dążył do uzgodnienia tej kwestii, gdyż od początku było bowiem jasne, że nie można spodziewać się idealnego efektu prac, z uwagi na charakter uszkodzeń i zakładany sposób remontu. Za wiarygodne Sąd Okręgowy uznał, że J. K. domagał się spisania umowy, jak też obmierzeniem i rozliczeniem prac. Sąd dał wiarę świadkowi J. K., że priorytetową dla niego sprawą było samo doprowadzenie do spisania umowy, stąd nie domagał się aktualizacji jej postanowień co do stawki podwyższonej do 88 zł za m² a także co do terminu wykonania umowy. Gdyby zamawiający żądał zakończenia prac w terminie zapisanym kwestia ta byłaby poruszona przy podpisywaniu umowy.

Zeznania świadków A. M., T. B. i Z. S. miały dla ustaleń Sądu drugorzędne znaczenie, z uwagi na ogólnikowość wynikającą z nieuczestniczenia w negocjacjach stron.

Zeznaniom świadka K. P. (1) Sąd Okręgowy dał wiarę jedynie w zakresie, w którym znajdowały one potwierdzenie w pozostałych dowodach. Sąd Okręgowy przytoczył te zeznania szczegółowo i w większości uznał je za nierzetelne i niepozwalające na odtworzenie w ujęciu czasowym przebiegu prac, a także ich przedmiotowego zakresu. Sąd wziął tu pod uwagę, że wersji zdarzeń podanych przez K. P. (1) nie potwierdza świadek A. M., który zeznał, że uczestniczył tylko w jednym spotkaniu zainteresowanych, w lipcu 2012r. Według świadka J. K. przedstawił wówczas obmiar do rozliczenia, który został zakwestionowany przez K. P., jako zawyżony. Strony rozmawiały o krzywiznach, P. nie żądał ich naprawy. To wskazuje, że świadek K. P. mija się z prawdą. Za nielogiczne Sąd Okręgowy uznał, aby K. P. zgodził się podpisać umowę z 30.05.12r., bo przewidywał tylko tydzień opóźnienia prac, skoro według jego wersji prace na pierwszej ścianie dopiero trwały. Dlatego Sąd Okręgowy uznał, że skoro w danym stanie zaawansowania prac strony podpisały umowę (...).05.12r. i zamawiający nie podnosił, że praca ma być skończona w dniu następnym, to oznacza, że zamawiający nie obciążał wykonawcy zarzutem opóźnienia w dotychczasowych pracach i nie uważał, że dalsze prace będą wykonywane w warunkach opóźnienia. Prace zakończyły się w połowie czerwca 2012r. czegorelacja świadka K. P. nie zdołała przekonywująco obalić.

Sąd Okręgowy uznał za niewiarygodne zeznania K. P. (1), co do ilości zaliczkowych wpłat na poczet wynagrodzenia umownego – za wyjątkiem tych, które zostały przyznane przez stronę przeciwną. Ani powódk, ani świadek J. K. nie potwierdzili, aby świadek dał zaliczkę 20.000zł na poczet prac poza wpłatami związanymi z wystawieniem przez powódkę faktur. Wpłata 40.000zł, nastąpiła na poczet wynagrodzenia powódki z kolejnej umowy, zawartej z K. P. w dniu 3 sierpnia 2012 roku; wszak potwierdzenie odbioru zaliczki zapisano właśnie na druku tej właśnie umowy. Nielogiczne jest to, co wydaje się wynikać z zeznań świadka K. P., że umowa z 3.08.12r. dotyczyła też prac elewacyjnych. Przeczy temu treść umowy, nadto gdyby przyjąć, że mamy do czynienia z jedną umową, to wpłaty na które powołuje się świadek K. P., przewyższyłyby wynagrodzenie wynikające z tej umowy.

Oceniając ustalenia faktyczne dokonane w sprawie, Sąd Okręgowy uznał, że powództwo zasługuje na uwzględnienie w całości. Z ustaleń tych wynika, że strony związały się umową o wykonanie remontu budynku w rozumieniu art. 658 k.c. Do tej umowy stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące umowy o roboty budowlane, a do tej – w zakresie wyznaczonym dyspozycją art. 656 k.c. – przepisy umowy o dzieło. Sąd zaznaczył, że powołuje przepisy w ich wersji obowiązującej w dacie realizacji umowy, to jest przed ich zmianą w dniu 25.12.2014 r.

Z przepisu art. 647 k.c. wynika, że o ile strony nie umówią się inaczej, wynagrodzenie należy się wykonawcy po oddaniu obiektu – w rozpoznawanej sprawie, odpowiednio, przedmiotu remontu. W świetle ustaleń faktycznych, powódka dokonała oddania przedmiotu umowy w lipcu 2012r. tj. po zakończeniu wszystkich prac i usunięciu się z placu prac przez usunięcie rusztowań. Wydanie dzieła zamyka etap jego wykonania. O braku oddania przedmiotu prac – mimo deklaracji wykonawcy, że oddaje – można by mówić tylko wtedy, gdyby zaofiarowany przedmiot prac na czas oddania byłby w stanie nieukończonym lub był dotknięty istotnymi wadami, czyniącymi go nie do użytku zgodnie z jego przeznaczeniem. Bez wątplenia powódka oddała przedmiot umowy w stanie skończonym i – co potwierdził biegły –

bez istotnych wad, co najwyżej z niedociągnięciami. Wobec tego, w świetle art. 647k.c. w zw. z art. 658k.c. powódce należy się wynagrodzenie.

W ocenie Sądu Okręgowego, powódka prawidłowo obliczyła należne jej, zaległe wynagrodzenie., co potwierdził biegły.

W związku z zarzutem pozwanej co do wadliwego wykonania przedmiotu umowy Sąd Okręgowy przypomniał, że nie w każdym przypadku wadliwości dzieła, zamawiającemu przysługuje prawo do powstrzymania się ze spełnieniem świadczenia wzajemnego, bądź, że jest z tej zapłaty zwolniony. Z obowiązującego wówczas art. 637 k.c. wynikało, że zamawiający, któremu zaoferowano do odbioru dzieło, nie jest zobowiązany go odebrać, jeżeli jest ono dotknięte brakami, wadami lub nie został osiągnięty umówiony rezultat, czy też znajduje się w stanie nieukończonym. Wówczas jednak, jednoznacznie wyrażając odmowę odbioru, winien skorzystać z uprawnień wynikających z art. 637 k.c. to jest, żądać naprawienia wad lub (gdy jest to niemożliwe) od umowy odstąpić (wady istotne) lub żądać obniżenia wynagrodzenia (wady nieistotne). Potencjalne uprawnienie do skorzystania z odstąpienia od umowy, czy żądanie obniżenia wynagrodzenia samo w sobie nie powoduje braku obowiązku zapłaty wynagrodzenia w umówionej wysokości. Sąd Okręgowy wskazał, że w niniejszej sprawie pozwana nie powoływała się na odstąpienie od umowy, czy też na oświadczenie się o obniżeniu wynagrodzenia, w każdym razie nie wykazała, że wykonała uprawnienia z rękojmi. Dzieło przyjęła do użytku, tym samym jego wad nie uznała za istotne. Tak więc w świetle art. 637 k.c. brak uzasadnienia do przyjęcia, że w ramach uprawnień z rękojmi pozwana nie była zobowiązana świadczyć umówionego wynagrodzenia.

Nawet gdyby przyjąć, że doszło do nienależytego wykonania dzieła, tak jak na to wskazywała pozwana, to pozwana winna spełnić własne zobowiązanie, czyli zapłacić wynagrodzenie, a z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania po stronie przeciwnej, powstaje dla niej roszczenie odszkodowawcze.

Pozwana podniosła zarzut potrącenia odszkodowania w postaci kary umownej za opóźnienie terminu wykonania umowy, który to zarzut Sąd Okręgowy uznał za bezskuteczny. Sąd przytoczył przepisy art. 483k.c., art. 484 par.1 k.c. Z kolei z treści art. 476k.c. w zw. z art. 471k.c. wynika, że dłużnik nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej, gdy nie pozostawał w zwłoce (tj. w opóźnieniu zawinionym). Z treści art. 473 par. 1 k.c. wynika co prawda, że dłużnik może przyjąć na siebie odpowiedzialność nawet za niezawinione uchybienie terminowi świadczenia, jednakże z uwagi na to, że takie zastrzeżenie jest odstępstwem od reguły, winno być jednoznacznie umówione przez strony i wyrażone w umowie. Treść umowy stron takiego zastrzeżenia nie zawiera.

Brak podstaw do naliczenia kary umownej wynika, w ocenie Sądu Okręgowego, wynika stąd, że powódka w ogóle nie dopuściła się opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy. Strony podpisując umowę w dniu 30.05.12 r., z zaznaczeniem terminu jej wykonania na 31.05.12r., miały pełną świadomość, że wykonanie umowy zajmie więcej niż jeden dzień i nie podnosiły kwestii, że powódka jest w opóźnieniu. To uzasadnia, iż do 30.05.2012r. nie było zawinionego opóźnienia powódki. Natomiast po dacie 30.05.12r. powódka zdołała, jak ustalono, dokończyć prace do połowy czerwca 2012 r. Sąd zauważył, że postęp prac powódki był determinowany postępowaniem prac ekipy pozwanej, która miała przygotować ściany budynku do prac powódki. Strona pozwana nie zdołała dowieść, że prac ekipy przygotowującej grunt pod prace powódki były prowadzone we właściwym czasie z perspektywy zadań powódki. Dlatego też, zdaniem Sądu, brak było podstaw do naliczenia kary umownej, a co za tym idzie, powstanie po stronie pozwanej wierzytelności nadającej się do potrącenia.

Zdaniem Sądu pozwana nie wykazała ponadto, by oświadczenie o potrąceniu doszło do powódki. Oświadczenie o naliczeniu kar umownych i o potrąceniu wystosował do powódki pełnomocnik procesowy pozwanej, pozaprosesowym pismem, nadanym pocztą. Do pisma nie dołączył ani dowodu oświadczenia się pozwanej o naliczeniu kary umownej (np. notą obciążeniową), ani pełnomocnictwa materialno-prawnego, wykazującego umocowanie autora pisma do składania oświadczeń o skutkach materialnoprawnych dla reprezentowanego. W samym zaś piśmie jednoznacznie nawiązywał do reprezentacji procesowej strony pozwanej i do stanowisk procesowych stron. W tym stanie rzeczy nie można, zdaniem Sądu Okręgowego, przyjąć, że oświadczenie złożyła powódce osoba uprawniona, a co za tym idzie, że oświadczenie wywołało materialnoprawne skutki. Oceny tej nie zmienia to, że po sześciu miesiącach od

wystosowania pisma, pełnomocnik procesowy strony pozwanej przedłożył do akt niniejszej sprawy pełnomocnictwo materialnoprawne od strony pozwanej. Nie wykazał on bowiem, że takie pełnomocnictwo złożył także powódce, w uzupełnieniu pisma o potrąceniu. Wykazał jedynie, że przesłał je pełnomocnikowi procesowemu powódki, który, jak to wynika z załączonego do pozwu pełnomocnictwa nie miał uprawnień do przyjmowania oświadczeń o skutkach materialnoprawnych dla powódki. Uwzględnić też należy, że pełnomocnik procesowy strony nie ma bezwzględnego obowiązku przekazywać reprezentowanej stronie wszystkich danych o sprawie, stąd nie można zakładać, że pełnomocnik powódki przekazał jej przedmiotowe pismo załącznikami, natomiast powódka nie potwierdziła, że doszło do niej przedmiotowe pełnomocnictwo.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy orzekł, jak w sentencji wyroku na podstawie art. 658 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i wyżej powołanymi przepisami oraz art. 481 k.c..

W odniesieniu do żądanych odsetek, Sąd uwzględnił, że już po zakończeniu prac, w 2012r. strona pozwana była wzywana do rozliczenia i zapłaty wynagrodzenia, wszak przedstawiano jej pełnomocnikowi K. P. (1) obmiar prac wraz z wycenieniem wynagrodzenia w sposób umożliwiający zapoznanie się. Wezwanie do zapłaty było w tych okolicznościach wyraźne i podana była stronie kwota żądanego wynagrodzenia. Stąd usprawiedliwione jest, że strona pozwana pozostawała w opóźnieniu z zapłatą, co najmniej od dnia 29.06.2013r..

O kosztach procesu między stronami orzeczono na podstawie art. 98 §1 i 3 k.p.c. art. 99k.p.c.

Wyrok Sądu Okręgowego **zaskarżyła w całości apelacją pozwana**, zarzucając:

I/ naruszenie art. 233 par. 1 k.p.c. poprzez dokonanie istotnych ustaleń sprzecznych z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, wskutek dowolnej oceny dowodów, dokonanej z przekroczeniem granic swobodnej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, polegające na przyjęciu, że:

1/ ilość i obmiar wykonanych przez powódkę prac wynika z obmiaru i wycen zawartych w opinii biegłego M. M., które uzasadniają żądanie pozwu;

2/ wymienione przez świadka K. P. (1) wpłaty gotówkowe na poczet wystawianych przez powódkę faktur nie miały miejsca;

3/ stawka wynagrodzenia 88 zł/ m² wynikała z uzgodnienia stron;

4/ powódka wykonała zamówione roboty w sposób właściwy i zostały one przyjęte przez pozwaną w połowie czerwca 2012 roku;

5/ pozwana zrezygnowała z naliczania kar umownych za opóźnienie;

II/ naruszenie art. 233 par. 1 k.p.c. przez Sąd I instancji polegało w szczególności na:

a/ pominięciu zgłoszonego wniosku o powtórne przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność rynkowej wartości prac, wyrażanego w pisemnych zarzutach do opinii biegłego z dnia 19 lutego 2016 roku oraz przez pełnomocnika pozwanej na rozprawie w dniu 10 października 2016;

b/ bezkrytycznym przyjęciu za wiarygodne wersji wydarzeń prezentowanej przez świadków J. K. (1), W. G., P. J., przy odmowie wiarygodności zeznań złożonych przez K. P. (1), wskazujących na opóźnienie powódki w wykonaniu prac i ich złe wykonawstwo, skutkujące brakiem możliwości ich odbioru;

II/ naruszenie prawa materialnego przez błędną wykładnię;

1/ art. 65 par. 2 k.c. przy interpretacji umowy z dnia 3 sierpnia 2012 roku przez przyjęcie, że umowa ta nie stanowi „aneksu” do umowy z dnia 30 maja 2012, regulującego ostateczne rozliczenie wszystkich prac wykonanych przez powódkę na wszystkich elewacjach budynku;

2/ art. 647 k.c. w zw. z art. 658 k.c. polegającą na przyjęciu, że powodowi należy się wynagrodzenie z tytułu wykonania umowy

3/ art. 65 par. 2 k.c. w zw. z art. 471 i nast., k.c. przy interpretacji umowy z dnia 30 maja 2012 polegającą na przyjęciu, że umowa ta nie statuuje odpowiedzialności powódki za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy;

4/ art. 499 k.c. [polegającą na przyjęciu, że oświadczenie o potrąceniu kary umownej nie zostało złożone skutecznie stronie powodowej];

Wskazując na powyższe zarzuty pozwany wniósł o 1/ zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa w całości, 2/ zasądzenie od powódki na rzecz pozwanej kosztów postępowania

Postanowieniem z dnia 24 października 2017 r., Sąd Okręgowy przyznał biegłemu sądowemu M. M. wynagrodzenie w kwocie 2.151,27zł za sporządzenie opinii uzupełniającej.

W uzasadnieniu Sąd Okręgowy odwołał się do karty pracy biegłego, gdzie wskazano, że biegły dokonał następujących czynności przy sporządzeniu opinii: analiza zarzutów skierowanych do opinii głównej – 4 godz., analiza przedmiotowej w sprawie elewacji budynku z efektem liścia lotosu – zespół – 8 godz., analiza norm w zakresie powłok malarskich – zespół – 8 godz., opracowanie pull-off – 4 godz., analiza klasy odporności ogniowej i reakcji na ogień materiałów budowlanych - praca ze zbiorem I. – 5 godz., praca nad wypracowaniem i zredagowaniem opinii uzupełniającej oraz jej wydrukowaniem 26 godz., razem 55 godz. Obliczając wynagrodzenie na sumę 2.151,27zł, biegły wskazał jako stawkę roboczogodziny kwotę 31,80zł ,obliczoną przy przyjęciu kwoty bazowej w wysokości 1.766,46zł i przy zastosowaniu stawki 1,80% , co dało netto 1.749zł , a z podatkiem VAT 23% , sumę 2.151,27zł.

Sąd Okręgowy odwołał się do treści art. 288 k.p.c. oraz do art. 89ust.1 ust.2 ustawy z dnia 28.07.2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, które in extenso przytoczył.

Sąd odwołał się też do przepisów rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24.04.2013r. w sprawie określenia stawek wynagrodzenia biegłych, taryf zryczałtowanych oraz sposobu dokumentowania wydatków niezbędnych dla wydania opinii w postępowaniu cywilnym (Dz.U. 2013r., poz. 518), gdzie w §2 wskazuje się, że za każdą rozpoczętą godzinę pracy stawka wynagrodzenia wynosi, w zależności od stopnia złożoności problemu, będącego przedmiotem opinii oraz warunków, w jakich opracowano opinię , od 1,28% do 1,81% kwoty bazowej dla osób zajmujących kierownicze stanowiska państwowe, której wysokość określa ustawa budżetowa. Nadto, zgodnie z §4 w/w rozporządzenia, w razie złożonego charakteru problemu będącego przedmiotem opinii, stawka może być podwyższona do 50%, jeżeli biegły ma dyplom ukończenia studiów wyższych lub dyplom mistrzowski oraz pełni funkcję biegłego sądowego nie krócej niż jedną kadencję lub funkcję rzeczoznawcy przez okres co najmniej 5 lat.

Skoro ustawa budżetowa ustala w/w kwotę bazową na poziomie 1.766,46zł – wywodzi dalej Sąd Okręgowy – to przyjęta przez biegłego stawka za godzinę pracy 31,80zł mieści się w widełkach przewidzianych rozporządzeniem Nie budziło też wątpliwości Sądu, że wyszczególnione przez biegłego w karcie pracy czynności miały charakter czynności koniecznych do wykonania opinii .Ich podjęcie znajduje odzwierciedlenie w treści opinii. Podana przez biegłego ilość godzin, które poświęcił na sporządzenie opinii, nie była nadmierna. Biegły w sposób szczegółowy odniósł się do zagadnień postawionych mu przez stronę pozwaną. Z uwagi na zarzuty do opinii, przy opinii uzupełniającej biegły przeprowadził całościowy wywód w przedmiocie opiniowania, tak że obie pisemne wypowiedzi biegłego stanowią logiczną całość. Zważywszy nadto, że biegły dla wydania opinii, nie tylko analizował materiał dowodowy zgromadzony w aktach sprawy, ale i dokonywał oględzin opiniowanych prac na budynku, kosztorysowania tych prac, podany czas czynności składających się na wydanie opinii jawi się jako usprawiedliwiony.

Mając na uwadze pozytywną weryfikację rachunku- faktury VAT- biegłego , tak w ujęciu obrachunkowym , jak i przedmiotowym Sąd Okręgowy przyznał biegłemu wynagrodzenie zgodnie ze złożoną przez biegłego Fakturą VAT.

Postanowienie Sadu okręgowego **zaskarżyła zażaleniem pozwana**, zarzucając naruszenie art. 89 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, przez ustalenie wynagrodzenia wyłącznie na podstawie oświadczenia biegłego co do czasu poświęconego na przygotowanie opinii, bez wzięcia pod uwagę czasu i nakładu pracy rzeczywiście niezbędnych do wydania opinii.

Pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego postanowienia przez obniżenie wynagrodzenia biegłemu, ewentualnie o uchylenie tego postanowienia i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

SĄD APELACYJNY ZWAŻYŁ CO NASTĘPUJE.

1/ Co do apelacji.

Apelacja pozwanej okazała się uzasadniona jedynie w części.

Ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego są prawidłowe, za wyjątkiem jednego elementu, który zostanie omówiony w dalszej części uzasadnienia. Zawarte w apelacji zarzuty naruszenia prawa procesowego, zmierzające do zmiany podstawy faktycznej wyroku, są w większości bezzasadne.

1/ W pierwszej kolejności Sąd Apelacyjny bez zastrzeżeń aprobuje tę część ustaleń faktycznych Sądu I instancji, z których wynika, że powódka wykonała umowę w sposób prawidłowy a drobne usterki, które stwierdzono w ukończonych już pracach, nie uprawniały pozwanej do odmowy wpłaty wynagrodzenia. Do takich wniosków prowadzi nie tylko wykonana na potrzeby tej sprawy opinia biegłego M. M., ale również opinia biegłego Z. D., sporządzona na potrzeby sprawy IC 929/ 14, prowadzonej przed Sądem Okręgowym w Nowym Sączu, w innym układzie podmiotowym, jednakże w związku z remontem tego samego budynku. Biegły M. M. jednoznacznie stwierdził, że zakres rzeczowy prac objętych umową z dnia 20 maja 2012 roku został przez powódkę wykonany w całości i zgodnie ze sztuką budowlaną. Powódka wykonała dzieło bez wad a jedynie z drobnymi niedociągnięciami natury estetycznej, nie mającymi wpływu na możliwość użytkowania budynku, zgodnie z jego przeznaczeniem. Jak z tego wynika powódce należało się wynagrodzenie zagwarantowane umową. To pozwana spółka a nie powódka dopuściła się rażącego naruszenia postanowień umowy, nie płacąc należnego wynagrodzenia. apelacji pozwana po raz kolejny podnosi, że zlecone powódce roboty nie zostały wykonane prawidłowo, gdyż na wyremontowanych ścianach występują krzywizny. Zarzut ten jest w realiach niniejszej sprawy całkowicie bezprzedmiotowy. Wada w postaci widocznej krzywizny ściany nie należy do kategorii wad istotnych. Wynika to jednoznacznie z opinii biegłego, jest też oczywiste nawet bez wiadomości specjalnych – wszak pozwana normalnie użytkuje budynek. Zgodnie z przepisami obowiązującymi w dacie zawarcia i wykonania umowy (art. 632 § 2 k.c.) pozwanej nie przysługiwałoby zatem uprawnienie do odstąpienia od umowy a jedynie roszczenie o obniżenie należnego wynagrodzenia. Takiego roszczenia pozwana nie realizuje w rozpoznawanej sprawie – zgłoszony przez nią zarzut potrącenia dotyczy wyłącznie kar umownych. Warto też zauważyć, że biegły nie potwierdził istnienia takiej wady, z opinii wynika, że drobne niedociągnięcia w wykonanych przez powódkę pracach remontowych polegają na widocznych połączeniach zatartej na elewacji frontowej wyprawy tynkarskiej. Biegły podkreślił jednocześnie, że usterki te nie stanowiły dostatecznej podstawy do odmowy odbioru prac. Niezależnie od tego Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, że przedstawiciele pozwanej mieli świadomość występowania krzywizn elewacji, aprobowali ten fakt i nie zlecali poprawek. Okoliczność ta wynika z wiarygodnych zeznań świadków J. koszyka, W. G., P. J. i A. M.. Sam fakt niepodpisania przez K. P. (1) dokumentu wyrażającego tę akceptację nie ma decydującego znaczenia; potwierdza jedynie to, że niepodpisywanie dokumentów, tak długo jak się da, było stosowaną przez K. P. taktyką postępowania z kontrahentem. Wszak gdyby K. P. nie akceptował faktu występowania krzywizn i uznawał je za konsekwencję wadliwego wykonania umowy przez powódkę, zleciłby ich naprawę a nie kontynuowanie remontu przez malowanie kolejnych ścian.

Powyższe uwagi potwierdzają, że powódka wykonała zlecony remont budynku i – co do zasady – miała prawo otrzymać wynagrodzenie za wykonane prace (art. 658 k.c. w zw. z art. 5. 647 k.c.). Kolejno zatem należy rozważyć te zarzuty apelującej, które mogłyby skutkować ewentualnym obniżeniem wynagrodzenia należnego powódce.

2/ Nie można zgodzić się z apelującą, jakoby dochodzone przez powódkę wynagrodzenie nie zostało prawidłowo zweryfikowane przez biegłego sądowego M. M.. Zdaniem apelującej biegły dokonał jedynie pomiarów wyremontowanego budynku nie dokonał natomiast pomiaru robót, opierając się w tym przedmiocie na danych wskazanych w kosztorysie powódki. Zarzut ten był podnoszony już w toku postępowania przed Sądem I instancji a biegły odniósł się do niego wyczerpująco w opinii uzupełniającej. Biegły wskazał (k. 303, 322), że dokonał wszystkich koniecznych obmiarów i, że różnią się one nieznacznie od tego co stanowiło podstawę obliczeń powódki. Biegły szczegółowo odniósł się do twierdzeń pozwanej w tym przedmiocie, przecząc w szczególności aby wniosek o nieprawidłowym obmiarze dało się wywieść ze zdjęcia spalonej elewacji. Zwrócił uwagę na nieobecność przedstawiciela pozwanej w trakcie oględzin nieruchomości przez biegłego i swoje wyliczenia w całości podtrzymał. W zarzutach do opinii podstawowej pozwana wносиła o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego, jednakże Sąd Okręgowy prawidłowo zlecił ustosunkowanie się do opinii temu biegłemu, który był jej autorem. Już po zamknięciu rozprawy pozwana złożyła kolejne pismo procesowe w którym nadal kwestionowała opinię biegłego M. M., i wносиła o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego. Postępowanie Sadu Okręgowego, który zobowiązał strony do złożenia pism procesowych a następnie zamknął rozprawę, było niezgodne z treścią art. – 224 § 1 k.p.c. jednakże pozwany nie zgłosił zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. Tak czy inaczej w apelacji pozwany nie ponawia wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii kolejnego biegłego a Sąd Apelacyjny nie znajduje dostatecznych podstaw by dowód taki dopuścić z urzędu, uznając w tej części zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. za bezzasadny. Powyższe zaś determinuje wniosek, że obliczenie wynagrodzenia powódki przez biegłego zostało oparte o prawidłowy obmiar zarówno budynku jak i wykonanych prac.

3/ Należne powódce wynagrodzenie winno niewątpliwie zostać obniżone o kwotę wynikającą zaliczek wpłaconych powódce przez zamawiającą. W apelacji pozwana zarzuca, że Sąd Okręgowy naruszył przepis art. 233 § 1 k.p.c. przyjmując za prawdziwe zeznania powódki co do ilości i wysokości zaliczek wpłaconych przez pozwana na poczet wykonanych robót. Zarzut ten uznać należy za bezzasadny. Ciężar dowodu częściowego wykonania zobowiązania spoczywał na pozwanej. To pozwana winna wykazać (przelewami bankowymi lub pokwitowaniem wpłat gotówkowych) że wpłaciła powódce takie kwoty, jak twierdzi. Poza przelewem z dnia 12 maja 2012 roku na kwotę 24 600 zł i dowodem KP na 20 000 zł pozwana nie przedstawiła dowodów wpłat na rzecz powódki. Dlatego też Sąd był uprawniony do przyjęcia za miarodajne twierdzeń powódki, która podała, że oprócz sum wynikających z w/w przelewu bankowego i dowodu wpłaty KP, pozwana zapłaciła jeszcze kwotę 10 000 zł, na poczet kolejnej faktury. Powódka wyjaśniła też przekonująco, że pozwana usiłuje dwukrotnie zaliczyć te same kwoty przez przyjęcie jako niezależnych od siebie potwierdzeń (pokwitowań) wpłaty KP oraz wystawionych faktur. K. P. (1) zeznawał, że w sierpniu 2012 roku wpłacił powódce dwa razy po 40 000 zł. Jedna z tych wpłat została udokumentowana umową z dnia 3 sierpnia 2012 r, zawartą pomiędzy K. P. (1) i powódką. Oczywiście niewiarygodne są zeznania K. P. (1), jakoby umowa z dnia 3 sierpnia 2012 r była integralną częścią umowy z 31 maja 2012 roku a, tym samym, zaliczka w kwocie 40 000 zł i następna w tej samej wysokości, dotyczyły umowy z dnia 30 maja 2012 roku.. Twierdzenia pozwanej w tym przedmiocie nie znajdują żadnego odzwierciedlenia w treści dokumentu z dnia 3 sierpnia 2012 r, z którego wynika zupełnie inny charakter zleczonych prac. Poza tym, że prace z obu umów dotyczyły tego samego budynku, brak innego związku przedmiotowego między nimi, w drugiej z w/w umów brak powszechnie stosowanego słowa aneks. Inne są też strony umowy, drugą z nich zawarł osobiście K. P. (1) a nie pozwana spółka. Pozwana kwestionuje to ustalenie Sądu, jednakże jej zarzuty nie znajdują podstaw. Zagadnienie, kto był stroną umowy z dnia 3 sierpnia 2012 roku było kluczowe dla rozpoznania sprawy z powództwa H. K. przeciwko K. P. (1) o zapłatę wynagrodzenia należnego za objęte tą umową prace malarskie. Zarówno Sąd Okręgowy w Nowym Sączu (sygn.. akt IC 929/14) jak i Sąd Apelacyjny w Krakowie (IACa 1720/16) przyjęły bez żadnych wątpliwości, że zlecającym prace był K. P. (1) a nie spółka. Na poczet wykonania umowy z dnia 3 sierpnia 2012 roku zlecający zapłacił powódce dwie zaliczki w kwocie po 40 000 zł każda. Wynagrodzenie zasądzone na rzecz powódki w tamtych sprawach zostało pomniejszone o w/w wpłaty. Jak z tego wynika pozwana bez żadnej

podstawy faktycznej i prawnej usiłuje – po raz kolejny – rozliczyć przedmiotowe zaliczki, co oczywiście nie może mieć miejsca. Fakt ten dyskwalifikuje wiarygodność K. P. (1), jako świadka w niniejszej sprawie.

4/ Sąd Apelacyjny przyjął natomiast za usprawiedliwione co do zasady dalsze zarzuty apelującej, zmierzające do obniżenia wynagrodzenia należnego powódce.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie było prawidłowe przyjęcie do rozliczenia wykonanych przez powódkę robót stawki 88 zł za m² w miejsce ustalonej przez strony w umowie stawki 86 zł za 1 m. Powódka twierdziła, że podniesienie przedmiotowej stawki wynikało z konieczności użycia, na części uszkodzonych ogniem powierzchni budynku, większej ilości styropianu, niż zakładano. Wystąpienia takiej konieczności nie sposób zakwestionować, biegły M. M. uznał tę nową, podwyższoną stawkę, za niewygórowaną. Powódka twierdzi, że strony były zgodne co do podwyższenia stawki, takie też ustalenie faktyczne czyni Sąd Okręgowy podstawą zaskarżonego wyroku. W ocenie Sądu Apelacyjnego istnieje konieczność **wyeliminowania z podstawy zaskarżonego** wyroku tego **ustalenia**, które dało następnie Sądowi asumpt do przyjęcia, że doszło do zmiany umowy w tym przedmiocie. Gdyby rzeczywiście tak było, strony podpisując umowę w dniu 30 maja 2012 roku naniósłoby na pierwotny tekst stosowną poprawkę. Powódka jest przedsiębiorcą w branży remontowo-budowlanej. Na co dzień działalnością przedsiębiorstwa zajmuje się jej mąż – świadek J. K. (1). Jego twierdzenie, iż nie nanosił poprawek na pierwotnie przygotowany tekst, bo chciał mieć jakikolwiek dokument „na piśmie” kłóci się z zasadami logiki i obrotu gospodarczego. Można dać wiarę J. K. (1), że negocjował z K. P. (1) zmianę stawki, być może ten wyraził wstępną zgodę. Nie doszło jednak do wymiany zgodnych oświadczeń woli które doprowadziłyby do zmiany umowy w tym przedmiocie – w innym przypadku strony poprawiłyby druk umowy. Podpisana w dniu 30 maja 2012 roku umowa wiąże strony a rozliczenie wynagrodzenia powinno nastąpić według zasad w niej wyrażonych – czyli według stawki 86 zł/ m².

5/ Z podobną sytuacją mamy do czynienia w jak chodzi o przewidziany umową termin wykonania prac. Sąd Apelacyjny **ustala**, że strony negocjowały ale ostatecznie nie zmieniły umowy w tym zakresie. Odmienne ustalenie Sądu, sugerujące zmianę umowy nie mogło się ostać. Przyjęcie przez Sąd Okręgowy konstrukcji, że przedstawiciel pozwanej miał świadomość, że powódka nie wykona prac w terminie i godził się na to, nie wytrzymuje krytyki o ile konsekwencją tego miałyby być utrata uprawnień pozwanej do naliczenia klar umownych. Umowa stron w części dotyczącej niewykonania prac nie została zmieniona, powódka wykonała prace z dwutygodniowym opóźnieniem a ponieważ nie wykazała, że za nienależyte wykonanie zobowiązania w tym przedmiocie nie ponosi odpowiedzialności (art. 484 §1 k.c. w zw. z art. 471 k.c.), kara umowna należy się wierzycielowi – spornym natomiast zagadnieniem jest skuteczność jej potrącenia z wierzytelnością powódki jak też jej wysokość.

Sąd Okręgowy nie uznał skuteczności potrącenia dokonanego pismem z dnia 7 października 2014 roku (k. 99), przyjmując, że brak dowodów na to, że składający oświadczenie o potrąceniu pełnomocnik procesowy radca prawny A. G. był umocowany imieniem pozwanej do składania oświadczeń woli o charakterze materialnoprawnym. W późniejszej fazie procesu (27 marca 2015 roku) A. G. przedłożył dokument, z którego wynika, że przed złożeniem oświadczenia o potrąceniu pozwana spółka udzieliła swojemu pełnomocnikowi procesowemu dodatkowego pełnomocnictwa, a to do składania w jej imieniu oświadczeń woli wskazanych lub koniecznych według uznania pełnomocnika, w celu realizowania praw i obowiązków Spółki w związku z wszelkimi relacjami prawnymi i faktycznymi pomiędzy spółką a H. K. (do składania oświadczeń materialnoprawnych) – dowód dokument k. 129. Pełnomocnictwa udzielono w dniu 6 października 2014 roku a z ustaleń Sądu I instancji nie wynika, by dokument ten był antydatowany – co mogłoby wpływać na ważność oświadczenia woli o potrąceniu (art. 104 k.c.). Wbrew temu co przyjmuje Sąd Okręgowy, istotne jest to, czy radca prawny A. G., składający oświadczenie o potrąceniu imieniem pozwanej, był do tego przez pozwaną należycie umocowany, a nie to, czy powódka o umocowaniu wiedziała.

Natomiast nie znajduje żadnego usprawiedliwienia naliczenie przez pozwaną kary umownej za okres od 31 maja 2012 do 29 czerwca 2013 – takie działanie stanowi przejaw nierzetelności kupieckiej. Kara umowna należy się pozwanemu za okres od daty wymagalności świadczenia – tj. od 30 maja 2014 r do połowy czerwca 2014 r, gdyż – jak wynika z niepodważonych ustaleń Sądu I instancji - wówczas prace objęte umową zostały wykonane a pozwana nie wykazała, by opóźnienie w wykonaniu obowiązku ich odbioru nastąpiło z przyczyn leżących po stronie powódki.

5/ Rozliczenie należnego powódce wynagrodzenia z uwzględnieniem wszystkich powyższych uwag przedstawia się następująco.

Zgodnie z opinia biegłego wartość prac wykonanych przez powódkę, przy przyjęciu (za część prac) umownej stawki ceny 86 zł = 242 814, 91 zł – brutto = **298 662, 34 zł.** Od tej sumy należy odjąć kwotę stanowiącą sumę zaliczek wpłaconych powódce przez pozwanego.

298 662, 34 zł. – 54 600 = **244 062, 34 zł.**

Kara umowna za 1 dzień to 0,3 % od wartości prac netto czyli 0,3% z kwoty 242 814, 91 = **728, 44 zł.** Wysokość tej kary nie jest przedmiotem oceny Sądu Apelacyjnego, gdyż powódka nie zgłosiła zarzutu miarkowania. Przy przyjęciu 15 dni zwłoki w wykonaniu umowy kara wynosi ogółem 15 dni x 728, 44 x 15 = **10 926 zł.** Tę kwotę należy odjąć od 244 062, 34 zł., w uwzględnieniu zarzutu potrącenia, co oznacza, że ogółem wynagrodzenie, którego pozwana wciaż nie zapłaciła to **233 136, 74 zł.**

Mając powyższe na względzie Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w punkcie I w ten sposób, że zasądzoną przez Sąd Okręgowy kwotę 248 676, 41 zł, obniżył do kwoty 233 136, 74 zł i w zakresie tego obniżenia powództwo również oddalił. Konsekwentnie, zmieniono również rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów procesu (7200 + 2718 opłata od uwzględnionej = **9 918**). Podstawę rozstrzygnięcia w tej części stanowi przepis art. 386 § 1 k.p.c. W pozostałej części apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie z powodu bezzasadności (art. 385 k.p.c.). O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na zasadzie art. 100 k.p.c. Na rzecz powódki zasądzono różnicę pomiędzy wynagrodzeniem należnym jej pełnomocnikowi - 8 100 zł (por. §2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r w sprawie opłat za czynności radców prawnych – w brzmieniu obowiązującym w dacie wniesienia apelacji) a wynagrodzeniem należnym pełnomocnikowi pozwanej - 3600 (por. §2 pkt 5 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia j.w.) oraz opłaty sądowej od uwzględnionej części apelacji - 777 zł.

II Co do zażalenia.

Zażalenie pozwanej na postanowienie o przyznaniu biegłemu wynagrodzenia za sporządzenie opinii uzupełniającej jest bezzasadne i jako takie nie może zostać uwzględnione. Pozwana nie może zasadnie zarzucać, że biegły wydał opinię uzupełniającą nie zawierającą żadnych nowych treści istotnych dla celów realizacji odezwy Sądu, skoro opinia uzupełniająca została wykonana w związku z wniesieniem przez pozwaną zarzutów do opinii podstawowej i w celu ustosunkowania się do tych zarzutów. Podkreślić należy, że, że obniżenia należnego biegłemu wynagrodzenia, co do zasady, można żądać, kwestionując wymienione w art. 89 u.k.s.c. podstawy jego przyznania (kwalifikacje biegłego, czas i nakład jego pracy, ew. wysokość poniesionych przez niego wydatków). Wszelkie zaś zarzuty o charakterze merytorycznym, podważające wnioski biegłego co do przedmiotu przeprowadzonej opinii, badane być winny przez sąd orzekający w sprawie w danej instancji, do którego należy ocena wyników przeprowadzonego postępowania dowodowego. Dlatego też zawarte w zażaleniu argumenty pozwanej na temat merytorycznej wartości opinii uzupełniającej już z tego powodu nie mogą prowadzić do zmiany zaskarżonego postanowienia.

Przyznając na rzecz biegłego wynagrodzenie w kwocie 2 151, 27 zł Sąd okręgowy prawidłowo zidentyfikował podstawę prawną przyznania wynagrodzenia, zastosował też właściwe stawki dla jego obliczenia. Pozwana ich nie kwestionuje. Z kolei czas przyjęty przez biegłego dla sporządzenia opinii nie budzi zastrzeżeń prima facie, W orzecznictwie wielokrotnie podkreśla się, że ilość czasu, którą trzeba zużyć na określoną czynność, jest zależna od tak wielu czynników, a wśród nich także od indywidualnych cech wykonawcy i indywidualnych cech czynności, że podany w rachunku czas zużyty na wykonanie czynności może być z natury rzeczy skontrolowany tylko w przybliżeniu. Jeżeli więc nie istnieją ogólnie obowiązujące normy czasu wykonania danej czynności, kwestionowanie rachunku biegłego na tej podstawie, że czynność wymagała mniej czasu, niż to wykazano w rachunku, może być skuteczne tylko wtedy, gdy podane w rachunku ilości zużytego czasu są tak jaskrawo wygórowane, że opierając się na zwykłym doświadczeniu życiowym, można od razu stwierdzić, że biegły niewątpliwie zużył – bądź powinien był zużyć - znacząco mniej czasu,

niż podaje w rachunku (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 sierpnia 1959 roku, sygn. akt I CZ 82/59, OSN 1961, nr 2, poz. 41).

W ocenie Sądu Apelacyjnego, wbrew twierdzeniom skarżącej, taka sytuacja nie zachodzi w niniejszej sprawie. Biegły w przedłożonym Sądowi I instancji dokumencie zawarł opinię uzupełniającą w zakresie określonym w odezwie z dnia 6 września 2016 roku, odnosząc się, zgodnie z poleceniem Sadu, do zarzutów pozwanej.

Z przyczyn podanych wyżej Sąd Apelacyjny uznał zażalenie za bezzasadne i z tej przyczyny oddalił je na zasadzie art. 385 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c.

SSA Barbara Górczanowska SSA Hanna Nowicka de Poraj SSA Paweł Czepiel