

Sygn. akt I ACa 134/13

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 maja 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Marek Szymanowski
Sędziowie	:	SA Elżbieta Kuczyńska SO del. Grzegorz Zabielski (spr.)
Protokolant	:	Sylwia Radek - Łuksza

po rozpoznaniu w dniu 15 maja 2013 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **W. T.**

przeciwko (...) **Spółce z o.o. w P.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji powoda i pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 11 grudnia 2012 r. sygn. akt V GC 6/12

**I. zmienia zaskarżony wyrok:**

a) **w punkcie 1) i 2) w ten sposób, że zasądzoną w punkcie 1) kwotę podwyższa do 191.865,08 zł (sto dziewięćdziesiąt jeden tysięcy osiemset sześćdziesiąt pięć 08/100 złotych);**

b) **w punkcie 3) w ten sposób, że zasądzoną w nim kwotę podwyższa do 7.994,84 zł (siedem tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt cztery 84/100 złotych);**

**II. oddala apelację pozwanej w całości i apelację powoda w pozostałej części;**

**III. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 651 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu za instancję odwoławczą.**

## UZASADNIENIE

W pozwie wniesionym do Sądu Okręgowego w Olsztynie V Wydziału Gospodarczego, powód W. T. wnosił o orzeczenie nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym, że pozwany (...) Sp. z o.o. w P. ma zapłacić powodowi kwotę 204.365,10 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 10 września 2011 r. do dnia zapłaty wraz z kosztami postępowania nakazowego, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu pozwu powód podał, że z mocy umowy z dnia 22 marca 2010 r. zawartej z pozwaną spółką, będącą autoryzowanym podwykonawcą generalnego wykonawcy, przyjął zlecenie w zakresie wykonania robót budowlanych w ramach budowy miejskiej sieci szerokopasmowej w E. – części pasywnej. Umówione roboty wykonał, usunął też występujące wady, w następstwie czego strony zawarły w dniu 26 lipca 2011 r. ugodę, z mocy której pozwany zobowiązał się do zapłaty wynagrodzenia w wysokości 204.365,10 zł. Wobec tego, że pozwana nie zaspokoila roszczeń powoda wynikających z niekwestionowanych dokumentów, konieczne stało się wystąpienie z niniejszym pozwem.

Sąd Okręgowy w Olsztynie V Wydział Gospodarczy wydał w dniu 13 grudnia 2011r. w sprawie V GNc 157/11 żądany nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym.

W zarzutach wniesionych przeciwko temu nakazowi zapłaty, pozwany (...) Sp. z o.o. w P. wniósł o uchylenie go i oddalenie powództwa w całości.

Pozwany zarzucił, że powództwo nie znajduje oparcia w treści porozumienia z dnia 26 lipca 2011 r., bowiem złożył powodowi oświadczenie o odstąpieniu od tegoż porozumienia, z powołaniem się na okoliczność, że zostało podpisane przez pozwanego w wyniku błędu wywołanego podstępnie przez powoda oraz formułowanej przez niego groźby niewydania dziennika budowy i innych dokumentów związanych z budową. Natychmiast po podpisaniu porozumienia pozwany dokonał ponownego przeglądu prac i stwierdził usterki, szczególnie w zakresie odtworzenia powierzchni pasów drogowych i zieleni.

Wobec biernej postawy powoda i niezrealizowania wezwań do usunięcia usterek, pozwany podjął dalsze działania i we własnym zakresie usunął usterki, obciążając powoda kosztami ich usunięcia. W tym celu w dniu 22 września 2011r. wystawił i doręczył powodowi fakturę VAT nr (...) na kwotę 179.828,46 zł brutto. Następnie pismem z dnia 3 października 2011r. złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu wierzytelności, informując, że wskutek potrącenia kwota dochodzona przez powoda zostaje zredukowana do 24.536,65 zł, która z kolei zostanie zatrzymana na poczet kar umownych, którymi generalny wykonawca obciążył powoda. Natomiast w dniu 14 października 2011 r. pozwany wystawił powodowi notę obciążeniową na kwotę 293.600,00 zł tytułem transmisji kar umownych, jakimi został sam obciążony przez generalnego wykonawcę - (...) Sp. z o.o.

W związku z powyższym - w piśmie obejmującym zarzuty od nakazu zapłaty - pozwany podniósł zarzut umorzenia wierzytelności dochodzonej przez powoda w niniejszej sprawie, wskutek potrącenia z wierzytelnością wzajemną pozwanego wynikającą z obciążenia go przez (...) Sp. z o.o. kosztami wykonania przez tę spółkę prac obciążających powoda oraz ze szkody po stronie pozwanego, spowodowanej nienależytym wykonaniem zobowiązania przez powoda i obciążeniem pozwanej spółki kosztami kar umownych.

Wyrokiem wydanym w dniu 11 grudnia 2012r. w sprawie V GC 6/12 Sąd Okręgowy w Olsztynie:

- 1) zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 163.473,71 zł z odsetkami ustawowymi od 10 września 2011 r. do dnia zapłaty;
- 2) oddalił powództwo w pozostałej części;
- 3) zasądził od pozwanego na rzecz powoda 3.358 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania;
- 4) uchylił nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym z dnia 13 grudnia 2011 r. sygn. akt V GNc 157/11.

Podstawą tegoż rozstrzygnięcia były poniższe najważniejsze ustalenia faktyczne i wyrażone oceny prawne.

Bezspornym jest, że powód złożył w dniu 28 grudnia 2011 r. oświadczenie w przedmiocie uchylenia się od skutków zawartego w dniu 26 lipca 2011 r. porozumienia z powodem, z uwagi na błąd i groźbę. Treść tego porozumienia wskazuje na to, że strony poczyniły sobie ustępstwa finansowe i uchyliły niepewność - co do ilości i stanu wykonanych robót. Umowę tę należy zakwalifikować jako ugodę w rozumieniu art. 917 k.c. Zatem ta umowa stanowi podstawę rozstrzygnięcia sporu, albowiem - w zakresie ugodzenia - wypiera umowę pierwotną, zawartą między stronami 22 marca 2010 r., na co treść ugody wyraźnie wskazywała.

Zdaniem Sądu I instancji, prawidłowe rozpoznanie sprawy powinno zmierzać do ustalenia, czy pozwany istotnie był w błędzie i działał w warunkach groźby oraz czy ewentualny błąd lub groźba były istotne tj. czy gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści (błąd istotny – art. 84 § 2 k.c.), a co do groźby, to z okoliczności musi wynikać, że mógł się obawiać, iż jemu samemu lub innej osobie grozi poważne niebezpieczeństwo osobiste lub majątkowe (art. 87 k.c.). W następstwie dokonania oceny zeznań świadków Sąd stwierdził, że te dowody nie dały pozytywnego rezultatu dla pozwanego. W szczególności świadkowie ci mówili o usterkach występujących w różnym czasie, ale nie byli w stanie określić ich stanu w lipcu 2011 r. Nie podali żadnych faktów dotyczących groźby. Jedynie świadek R. powiedział, że słyszał od pozwanego o odmowie oddania mu dokumentów. Jednakże tak lapidarna i ogólnikowa wypowiedź nie może być – zdaniem Sądu I instancji – wystarczającym dowodem na okoliczność groźby istotnej. Dokonując oceny zgromadzonych dowodów Sąd miał na uwadze i to, że błąd w świadomości przedsiębiorcy budowlanego, który przez całą wiosnę 2011 r. (wg. własnych twierdzeń) zmuszał powoda do usuwania usterek, jest trudny do przyjęcia, iż podpisując ugodę nie miał - jako profesjonalista działający z personelem technicznym - świadomości ich usunięcia. Zatem uгода z dnia 26 lipca 2011 r. powinna stanowić podstawę rozstrzygnięcia.

Na okoliczność wykrycia usterek już po podpisaniu ugody, pozwany przedstawił własne pisma z 27 lipca 2011 r., które – zdaniem Sądu - muszą być ocenione z należytą ostrożnością. Sąd I instancji nie dał im wiary. Rozsądek i staranne działanie przedsiębiorcy, którego należy od niego oczekiwać, wykluczają sytuację, że 26 lipca 2011 r. przedsiębiorca jest w stanie błędu istotnego i dokonuje bardzo ważnej czynności prawnej o kilkusetmiliardowej wartości, a na drugi dzień jest gotów sporządzić dokumenty prywatne obejmujące dziesiątki szczegółowych pozycji o tych wadach. Takie działania wymagają przeglądów, przygotowań, wizji kolejnych itp., a gdy są sporządzone naprędce nie zasługują na wiarę.

Jednak w ocenie Sądu, nie można wykluczyć, że po 26 lipca 2011 r. nie mogły wystąpić (bądź być naprawiane) dalsze usterki, szczególnie w zakresie przywrócenia do nienagannego stanu nawierzchni zewnętrznych nad rurociągiem (pokrytych asfaltem, betonem, trawnikami, krawężnikami), co mogło być spowodowane osiadaniem gruntu, wodami deszczowymi. Ta, jak gdyby wstępna teza, że te usterki mogły wystąpić, jest poparta zeznaniami niektórych świadków. Pozwany na okoliczność dokonania poprawek po 26 lipca 2011 r. przedstawił faktury opiewające na kwotę 179.828,46 zł wraz z kosztorysem. Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego w celu wykazania, czy roboty zrealizowane przez powoda były wykonane należycie, a jeżeli wykonał je z wadami, to czy koszt usunięcia tych wad nie jest nadmierny. Ze sporządzonej opinii wynika, że większość robót wymienionych w kosztorysie, które miał wykonać pozwany w ramach robót poprawkowych po powodzi, nie była w ogóle wykonywana i biegły podczas oględzin robót tych nie stwierdził. To z kolei wskazuje na słuszność wstępnej tezy i oceny dokumentów przedłożonych przez pozwanego po 26 lipca 2011 r., że są nierzetelne. Natomiast roboty, które wykonano, i które były przedmiotem oceny biegłego, były zawyżone albo co do obszaru obmierzonego, albo przyjętych stawek.

Sąd wskazał, że część robót objęta kosztorysem w ogóle nie da się zweryfikować lub nie była wykonywana. Dlatego biegły w podsumowaniu opinii - mając też na uwadze przeprowadzone oględziny - stwierdził, że roboty powoda w zakresie nawierzchni miały wady, natomiast nie był w stanie stwierdzić, czy roboty posiadały wady w zakresie sieci teletechnicznej. Wskazany w kosztorysie pozwanego koszt usunięcia wad jest nadmierny. Zastosowano w nim zawyżony zakres robót naprawczych, niewłaściwe podstawy wyceny oraz zawarto roboty, których pozwana w rzeczywistości nie wykonała. Ponadto zastosowano ceny i wskaźniki przewyższające ceny średnie. Zgodnie z

załączonym kosztorysem usunięcia wad, koszt robót naprawczych - ustalonych według cen średnich opublikowanych w Wydawnictwie (...) za III kwartał 2011 r. - wynosi netto 40.890,39 zł.

Sąd opinii tej dał w pełni wiarę. Zatem z ugodzonego świadczenia w kwocie 204.365,10 zł pozwany może potrącić jedynie kwotę wyliczoną przez biegłego. Potrącenia tego (choć zawyżonego) pozwana dokonała 3 października 2011 r. tj. przed wszczęciem procesu i Sąd obowiązany jest uwzględnić je do granic jego zasadności (art. 498 § 1 k.c.) mimo, iż sprawa toczyła się w ramach postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych, gdyż potrącenie to wywołało skutek materialno – prawny jeszcze przed procesem.

Sąd nie uwzględnił natomiast drugiego zarzutu potrącenia tj. dotyczącego kwoty 293.600 zł z tytułu - jak to uznał pozwany - transmisji kar umownych, jakimi pozwany (też podwykonawca) został obciążony przez generalnego wykonawcę. Budzący wątpliwości jest przyjęty termin opóźnienia, kiedy z zeznań przedstawiciela generalnego wykonawcy wynika, że inwestor przyjął inwestycję od generalnego wykonawcy ( (...) Sp. z o.o. ) w grudniu 2011r., a z faktury obciążającej powoda i z załączników wynika, że kary naliczone są od lipca 2011 r. Sąd nie uwzględnił tegoż zarzutu, wobec niezłożenia przez pozwanego oświadczenia w przedmiocie potrącenia tej wierzytelności. Analiza korespondencji między stronami po dacie doręczenia faktury obejmującej kwotę 293.600 zł z tytułu kar umownych (10 października 2011 r.) pozwala na stwierdzenie, że pisma te nie zawierają oświadczenia o potrąceniu. Podsumowując ustalony stan faktyczny i poczynione rozważania Sąd I instancji przyjął, że dla rozstrzygnięcia istotne znaczenie miało to, że:

- strony łączyła umowa z 22 marca 2010 r. o wykonanie fragmentu (ok. 9 km z 56 km) miejskiej sieci wielopasmowej w E.;

- inwestor przejął sieć od generalnego wykonawcy w grudniu 2010 r.;

- w dniu 26 lipca 2011 r. strony zawarły ugodę, ustalając należne wynagrodzenie i kwitujące roboty;

- oświadczenie woli pozwanego uchylające się od skutków ugody było nieskuteczne, z uwagi na niewystąpienie błędu i groźby;

- zarzut potrącenia podniesiony przez pozwanego był skuteczny tylko częściowo – co do kwoty 40.890,39 zł (z tytułu zastępczego usunięcia wad o charakterze usuwalnym);

- zarzut potrącenia z tytułu obciążenia karami umownymi był nieskuteczny, wobec niezłożenia przed procesem oświadczenia o potrąceniu - w sytuacji, gdy postępowanie toczyło się w ramach postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych.

Dlatego roszczenie powoda o zapłatę wynagrodzenia jest zasadne - z mocy art. 647 k.c. - do kwoty 163.473,71 zł (204.366 zł – 40.890,39 zł).

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c., rozliczając je stosunkowo między stronami - stosownie do ich wygranej i przegranej (80 % do 20 %).

Powyższy wyrok został zaskarżony przez obie strony.

Powód zaskarżył wyrok w części tj. do kwoty 40.890,39 zł wraz z kosztami procesu od ww. kwoty.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. Naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 637 § 1 i 2 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i obniżenie wynagrodzenia powoda o kwotę 40.890,39 zł, podczas gdy:

a) pozwany nigdy nie wystąpił z żądaniem obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku,

b) pozwanemu nie przysługiwało prawo do zastępczego usunięcia rzekomych wad,

c) pozwany nie wykazał, że rzekome wady zostały usunięte, i że poniósł koszty usunięcia rzekomych wad, a zatem poniósł szkodę.

2. Naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 498 k.c. poprzez uznanie, że pozwanemu przysługiwały roszczenia pieniężne względem powoda nadające się do potrącenia i że pozwany skutecznie potrącił swoją wierzytelność w kwocie 40.890,39 zł z tytułu kosztów robót naprawczych z wierzytelnością powoda, podczas gdy:

a) w sprawie z powództwa wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia (jego reszty) za wykonanie robót budowlanych pozwany może podnieść zarzut skorzystania z uprawnień z tytułu rękojmi, domagając się wyłącznie obniżenia wynagrodzenia, a zarzut ten nie ma charakteru roszczenia pieniężnego, zatem pozwanemu nie przysługiwały żadne wierzytelności pieniężne nadające się do potrącenia,

b) przy założeniu, że pozwanemu przysługuje roszczenie odszkodowawcze na zasadach ogólnych tj. art. 471 k.c., pozwany nie wykazał, że poniósł szkodę, ponieważ nie udowodnił, że osoba trzecia usunęła rzekome wady, a pozwany poniósł koszty usunięcia wad, zatem nie wykazał, że przysługują mu wierzytelności nadające się do potrącenia.

3. Sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego materiału w sprawie, wskutek naruszenia przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie oceny dowodów w sposób dowolny, nie zaś w granicach swobodnej oceny dowodów, poprzez uznanie, że pozwany nie usunął wad dzieła, wady zostały usunięte przez osoby trzecie, i z tego tytułu pozwanemu przysługiwało nadające się do potrącenia roszczenie wobec powoda o zapłatę kwoty 40.890,39 zł jako kosztów zastępczych, podczas gdy w dniu 3 października 2011 r. generalny wykonawca wystawił pozwanej notę księgową nr (...), z której wynika, że wszystkie roboty budowlane, w tym usunięcie wad zakończono w dniu 26 lipca 2011r., zatem powód - jako podwykonawca - usunął wszystkie wady dzieła do 26 lipca 2011r., dlatego pozwanemu nie przysługują żadne roszczenia z tytułu rzekomego zastępczego usunięcia wad;

4. Sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału wskutek naruszenia przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie oceny dowodów w sposób dowolny, nie zaś w granicach swobodnej oceny dowodów, poprzez uznanie, że „zgodnie z załączonym kosztorysem usunięcia wad, koszt robót naprawczych ustalonych według średnich cen publikowanych w Wydawnictwie (...) za III kwartał 2011r. wynosi netto 40.890,39 zł”, podczas gdy m.in. z treści opinii biegłego wynika, że uzasadnione było przeprowadzenie oględzin wyłącznie w zakresie napraw nawierzchni (str. 4 opinii biegłego). Zatem wyłącznie w powyższym zakresie tj. od pkt 1 do pkt 41 kosztorysu biegłego w kwocie łącznej 10.676,48 zł Sąd meriti mógł uwzględnić opinię biegłego, przy założeniu, że powód nie usunął wad dzieła, a pozwany mógł potrącić swoją wierzytelność.

Mając powyższe na uwadze, powód wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części, poprzez uwzględnienie powództwa - również - co do kwoty 40.890,39 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 10 września 2011 r. do dnia zapłaty, pełnymi kosztami zastępstwa procesowego przed Sądem I instancji oraz kosztami postępowania apelacyjnego, w tym kosztami zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Z kolei pozwany zaskarżył wyrok w części obejmującej pkt 1) w zakresie kwoty 9.404,79 zł, zasądzonej na rzecz powoda ponad kwotę 154.069,90 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 10 września 2011 r. do dnia zapłaty i jednocześnie zaskarżył w całości postanowienie o kosztach procesu zawarte w pkt 3 sentencji wyroku.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. Nierozpoznanie istoty sprawy w zakresie postawionego przez pozwanego zarzutu niewłaściwości miejscowej Sądu Okręgowego w Olszynie oraz wniosku pozwanego o ograniczenie zabezpieczenia w trybie art. 492 § 2 k.p.c.;

2. Błąd w ustaleniach faktycznych polegający na wadliwym przyjęciu, iż wartość prac polegających na usuwaniu wad i poprawianiu prac po powodzie winna być odjęta od wartości dochodzonej należności w kwocie netto (bez podatku od towarów i usług);

3. Naruszenie przepisów prawa materialnego:

1) art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, ze zm.), poprzez błędne przyjęcie, że od wartości ceny prac wykonanych w celu usunięcia wad robót powoda nie należy doliczać podatku od towarów i usług (VAT);

2) art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (j.t. Dz. U. z 2011r, Nr 177, poz. 1054, ze zm.), poprzez niezastosowanie w/w przepisu i pominięcie podatku VAT przy rozliczeniu kosztów wykonania prac poprawkowych po robotach powoda.

4. Naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy:

1) art. 200 § 1 k.p.c. i art. 201 § 1 i § 2 k.p.c. poprzez nierozpoznanie zarzutu niewłaściwości miejscowej Sądu i nieprzekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Poznaniu;

2) art. 98 § 2 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie w rozliczeniu kosztów wszystkich kosztów poniesionych przez strony, co spowodowało błędne wyliczenie kosztów procesu i nieprawidłowe obciążenie stron tymi kosztami;

3) art. 100 k.p.c. poprzez niewłaściwe rozdzielenie kosztów procesu na strony w sytuacji, gdy pozwany uległ w 75 % roszczenia powoda, nie zaś w 80 % - jak wskazał Sąd Okręgowy;

4) art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niezamieszczenie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku podstaw faktycznych rozstrzygnięcia w zakresie pominięcia podatku VAT przy rozliczaniu kosztów usuwania wad powoda;

5) art. 3, art. 232 i art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. poprzez pominięcie dowodów z przesłuchania świadków wnioskowanych przez pozwanego i jednocześnie niewyjaśnienie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przyczyn, dla których Sąd pominął te dowody;

6) art. 299 k.p.c. poprzez pominięcie wniosku dowodowego pozwanego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron - przy jednoczesnym uwzględnieniu takiego wniosku strony powodowej, a w konsekwencji bezzasadne i procesowo nieuzasadnione ograniczenie tezy dowodowej i uchylenie większości pytań pełnomocnika pozwanego zadanych podczas przesłuchania stron;

7) art. 308 § 1 k.p.c. poprzez bezzasadne pominięcie zaferowanego przez pozwanego dowodu z fotografii wad robót powoda (załącznik nr 53 – płyta CD – ROM);

8) art. 271 § 1 k.p.c. poprzez uniemożliwienie stronie pozwanej wykazanie istotnych okoliczności faktycznych związanych z wadliwym wykonaniem robót przez powoda, a to w związku z uporczywym i bezzasadnym uchylaniem pytań pełnomocnika pozwanego do świadków i do stron;

9) art. 157 § 1 i § 11 k.p.c. poprzez sporządzenie protokołu rozprawy wyłącznie w formie pisemnej w sposób nieoddający rzeczywistego przebiegu rozprawy, mimo pełnego wyposażenia sali sądowej nr 427, w której odbywały się wszystkie terminy rozprawy,

Mając powyższe na uwadze pozwany wniósł o:

1) zmianę zaskarżonego wyroku w pkt 1), poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 154.069,90 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 10 września 2011 r. do dnia zapłaty i oddalenie powództwa w pozostałej części (co do kwoty 9.404,79 zł);

2) zmianę zaskarżonego wyroku w pkt 3), poprzez rozliczenie rzeczywistych kosztów procesu w pierwszej instancji i obciążenie nimi stron w stosunku 25 % - powód i 75 % - pozwany, rozliczenie zaliczki na biegłego wpłaconej w toku procesu przez pozwanego i uwzględnienie wszystkich kosztów poniesionych przez strony;

3) zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w II instancji według norm przepisanych;

względnie o:

4) uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonym zakresie, przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w tym zakresie Sądowi Okręgowemu w Olsztynie, z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.

Pozwany wniósł też odpowiedź na apelację powoda, w której wniósł o jej oddalenie.

Na rozprawie apelacyjnej stawiał się tylko pełnomocnik powoda, który popierał apelację strony powodowej i wniósł o oddalenie apelacji pozwanego.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

***Apelacja powoda była częściowo uzasadniona, natomiast apelacja pozwanego bezzasadna w całości.***

W ramach łącznej oceny zasadności zarzutów podniesionych w obu apelacjach należało w pierwszej kolejności podzielić i przyjąć za własne zasadnicze ustalenia Sądu I instancji w zakresie skuteczności i ważności porozumienia zawartego między stronami w dniu 26 lipca 2011r. Pozwana nie zdołała skutecznie podważyć ważności tej umowy. Trafnie Sąd I instancji stwierdził, że oświadczenie woli osób działających w imieniu pozwanego nie zostało złożone – jak zarzucał pozwany - pod wpływem błędu jak też bezprawnej groźby. Materiał dowodowy zaoferowany przez pozwanego w zarzutach od nakazu zapłaty nie uprawniał Sądu do poczynienia odmiennych ustaleń. Zresztą pozwany w swojej apelacji nie podnosił wprost zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych w tym zakresie. Jedyne w uzasadnieniu apelacji znalazł się zapis, wskazujący na dalsze kwestionowanie ważności zawartego porozumienia.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, nie sposób przyjąć, aby wszystkie osoby reprezentujące pozwanego w dniu 26 lipca 2011r. pozostawały w błędnym przekonaniu odnośnie zakresu i jakości wykonanych robót - według ich stanu na dzień zawarcia porozumienia, połączonego z końcowym odbiorem robót budowlanych zleconych powodowi. Przede wszystkim podkreślić należy, że jego zawarcie zostało poprzedzone wcześniejszymi częściowymi odbiorami robót i rokowaniami - głównie w zakresie określenia wysokości pozostałej części wynagrodzenia należnego powodowi. Stąd jego zawarcie nie mogło być żadnym zaskoczeniem dla pozwanej, uniemożliwiającym zbadanie sposobu wykonania przedmiotu umowy, zwłaszcza, iż - co najmniej - od grudnia 2010r. powód usuwał usterki wskazywane przez pozwaną.

W świetle powyższego, powinnością racjonalnie postępującego i odpowiedzialnego przedsiębiorcy było dokładne zbadanie zakresu i sposobu wykonania zobowiązania wynikającego z umowy zawartej w dniu 22 marca 2010 r. Pozwany - jako przyjmujący zlecenie wykonania robót w zakresie sieci szerokopasmowej - powinien więc dysponować odpowiednią kadrą specjalistów, zapewniającą należyte wykonanie przyjętych na siebie obowiązków. Jeśli zdecydował się na powierzenie wykonania zlecenia dalszemu podwykonawcy, powinien zapewnić kontrolę wywiązania się przez niego z tych obowiązków, szczególności na bieżąco monitorować i odpowiednio dokumentować sposób wykonania zleconych prac, a w razie potrzeby wskazywać na konieczność zmiany sposobu wykonania tej umowy, nie wyłączając nałożenia obowiązku poprawienia już wykonanych prac. Nie można aprobować zachowania

pozwanego, wyrażającego się w przyjmowaniu robót w miarę postępu prac, a następnie wskazywaniu na występujące w nich wady wymagające ich usunięcia. W odniesieniu do wskazywanej groźby zatrzymania przez powoda dokumentacji powykonawczej, która rzekomo spowodowała podpisanie przedmiotowego porozumienia wypada wskazać, że pozwany dysponował odpowiednimi instrumentami prawnymi pozwalającymi na wyegzekwowanie od wykonawcy dokumentacji budowlanej. Powód jako kierownik robót, a więc osoba wykonująca samodzielną funkcję w budownictwie mógł być przecież pociągnięty do odpowiedzialności zawodowej stosownie do art. 95 i 96 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. prawo budowlane (j.t. Dz.U.2010.243.1623, ze zm.)

W treści przedmiotowego porozumienia zawartego w 26 lipca 2011 r. strony zgodnie oświadczyły, że przedsiębiorstwo powoda wykonało budowę sieci szerokopasmowej zgodnie z postanowieniami umowy z dnia 22.03.2010 r. W tym samym dniu strony podpisały protokół końcowego odbioru robót, w którym także potwierdzono wykonanie całości sieci szerokopasmowej zgłoszonej do odbioru w dniu 01.10.2010 r.

Zgodnie z trafnym poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 05 marca 1997r. II CKN 28/97, OSNC 1997/6-7/90, jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru. W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m.in. co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad wraz z ewentualnymi terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.

Treść porozumienia i protokołu odbioru podpisanego przez strony uprawnia zatem do przyjęcia domniemania, że przedmiot umowy został wykonany zgodnie z jej postanowieniami. Powyższe oczywiście nie stoi na przeszkodzie jego obaleniu przy użyciu środków dowodowych. Dokonanie odbioru robót bez zastrzeżeń jest swego rodzaju pokwitowaniem, a podważenie prawdziwości oświadczenia zawartego w pokwitowaniu może być dokonane wszelkimi środkami dowodowymi. Nie mają przy tym zastosowania ograniczenia przewidziane w art. 247 k.p.c., które odnoszą się do treści czynności prawnej, to znaczy do oświadczeń woli zawartych w dokumencie, a nie do ujętych w nim oświadczeń wiedzy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 1976 r., III CRN 46/76, OSP 1977/2/29). Jednak ciężar wykazania nieprawdziwości tegoż oświadczenia spoczywał na pozwanym jako wywodzącym skutki prawne z tegoż faktu (art. 6 k.c.).

W ocenie Sądu, po przyjęciu robót powodowi należy się uzgodnione wynagrodzenie, którego ostateczna wysokość została ustalona w drodze negocjacji i uwzględniała wszelkie zmiany zakresu prac, które wystąpiły już po zawarciu umowy, w szczególności w zakresie robót, które zostały faktycznie wykonane, a nie były przewidziane w umowie.

Co do zasady – jak trafnie przyjął Sąd I instancji - pozwany mógł podnieść zarzut umorzenia wierzytelności dochodzonej przez powoda z tytułu należnego wynagrodzenia, w następstwie dokonania przez pozwanego potrącenia wzajemnej wierzytelności z wierzytelnością powoda z tegoż tytułu -mimo nieprzedstawienia wiarygodnego dokumentu potwierdzającego jej istnienie, albowiem oświadczenie w tym przedmiocie zostało złożone powodowi jeszcze przed wszczęciem procesu.

Przewidziane w art. 493 § 3 k.p.c. wymaganie udowodnienia wierzytelności przedstawionej do potrącenia dokumentami wskazanymi w art. 485 k.p.c. nie dotyczy sytuacji, w której do potrącenia doszło przed doręczeniem pozwanemu nakazu zapłaty i pozwu (uchwała SN z 13 października 2005r., III CZP 56/05, OSNC 2006/7-8/119).

Od potrącenia jako czynności materialnoprawnej, odróżnić trzeba zarzut potrącenia będący czynnością procesową. Oświadczenie o potrąceniu, o którym mowa w art. 499 k.c., jest czynnością materialnoprawną powodującą - w razie wystąpienia przesłanek określonych w art. 498 § 1 k.c. - odpowiednie umorzenie wzajemnych wierzytelności, natomiast zarzut potrącenia jest czynnością procesową, polegającą na żądaniu oddalenia powództwa w całości lub w części, z powołaniem się na okoliczność, że roszczenie objęte żądaniem pozwu wygasło wskutek potrącenia.



Oświadczenie o potrąceniu stanowi zatem materialnoprawną podstawę zarzutu potrącenia (wyrok SN z 07 listopada 2008r., II CSK 243/08, LEX nr 560544)

Uwadze Sądu I instancji umknęła jednak zasadnicza kwestia, polegająca na niedostatecznym oznaczeniu przez pozwanego źródła powstania wierzytelności przedstawionej do potrącenia, gdyż zamawiającemu po dokonaniu odbioru robót przysługuje szereg roszczeń, mających różne podstawy prawne.

Jak trafnie zauważono w orzecznictwie, nie można przyjąć, że samo oświadczenie o potrąceniu może stanowić podstawę do wykreowania nieistniejącej wierzytelności. Jego skutkiem może być jedynie wzajemne umorzenie wierzytelności faktycznie istniejących (wyrok SN z 14 listopada 2008r., V CSK 169/08, LEX nr 590008).

Poza wymogiem oświadczenia o potrąceniu pozwany powinien zindywidualizować swoją wierzytelność, skonkretyzować jej zakres przedstawiony do potrącenia z wierzytelnością powoda, wskazać przesłanki jej powstania, wymagalności i wysokości oraz dowody w celu ich wykazania (por. wyrok SN z 21 czerwca 2012r., III CSK 317/11, LEX nr 1229968).

W ocenie Sądu Apelacyjnego, pozwany nie uczynił zadość tej powinności. W swoich zarzutach wskazał, że dokonał potrącenia swojej wierzytelności „wynikającej z obciążenia pozwanego przez (...) Zachód kosztami wykonania przez ten podmiot prac obciążających powoda oraz ze szkody po stronie pozwanego spowodowanej nienależytym wykonaniem zobowiązania”. W uzasadnieniu dodał, że ta wierzytelność „wiąże się z koniecznością wykonania zastępczego prac za powoda oraz usunięcia usterek i wad wynikłych z nierzetelnego wykonawstwa powoda”.

W świetle powyższego zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy pozwany dokonał potrącenia swojej wierzytelności stanowiącej w istocie odszkodowanie z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, czy też przerzucił na powoda koszty zastępczego wykonania prac obciążających go. Szczegółowego wyjaśnienia źródła zgłoszonej wierzytelności pozwany podjął się dopiero w odpowiedzi na apelację powoda, mając na względzie zarzuty podniesione przez niego w przedmiocie niedopuszczalności obniżenia wynagrodzenia należnego powodowi. O ile wyjaśnienie podstawy powstania wierzytelności z tytułu nienależytego wykonania umowy połączone z odwołaniem się do stanowiska przedstawionego w wyroku SN z dnia 1 grudnia 2006r., I CSK 276/06, Lex nr 584721) nie budzi wątpliwości, to już powiązanie źródła powstania tej wierzytelności z dodatkową podstawą, mającą umocowanie w treści art. 636 § 1 k.c. wydaje się być nieporozumieniem. Są to zupełnie odmienne podstawy odpowiedzialności. Pierwsza z nich dotyczy sytuacji zaistniałej już po dokonaniu odbioru robót budowlanych, natomiast druga dotyczy roszczeń przysługujących zamawiającemu przed ich ukończeniem.

Uprawnieniami przysługującymi zamawiającemu zajmował się SN w wyroku z dnia 3 października 2000r. (...) 301/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 58), stwierdzając w nim, że jeżeli roboty budowlane zostały wykonane wadliwie, inwestor może realizować uprawnienia wynikające z rękojmi (art. 637 w zw. z art. 656 k.c.) lub roszczenia odszkodowawcze na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.) Wybór uprawnień wynikających z rękojmi nakłada na niego obowiązek wykazania, które konkretnie roboty obciążone są wadą. Dokonując zaś wyboru odpowiedzialności opartej na podstawie z art. 471 k.c. lub 656 k.c. (w zw. z art. 656 i 638 k.c.) musi wykazać istnienie przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej”.

W sprawie niniejszej jest niewątpliwe, że z dniem 26 lipca 2011r. powód oddał protokolarnie roboty pozwanemu. Zatem pozwanemu przysługiwało odszkodowanie z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania (art. 471 k.c.) bądź roszczenia z tytułu rękojmi określone w art. 637 § 2 w zw. z art. 656 k.c. O ile wierzytelność mająca swoje umocowanie w treści art. 471 k.c. mogła być zgłoszona do potrącenia, to już zgłoszenie drugiej (w zakresie żądania obniżenia wynagrodzenia) należy uznać za niedopuszczalne.

Mając na uwadze treść opinii biegłego należy stwierdzić, że ujawnione wady nie miały charakteru istotnego. Wynika to także z zachowania pozwanego, który nie złożył oświadczenia w przedmiocie odstąpienia od umowy. Zatem w przypadku sięgnięcia do uprawnień z zakresu rękojmi za wady robót, zamawiającemu przysługuje jedynie żądanie obniżenia wynagrodzenia. Nie przysługuje mu natomiast uprawnienie do powierzenia poprawienia lub

dalszego wykonania robot innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie, gdyż to uprawnienie zachowuje aktualność jedynie przed odebraniem robót (lub przed odstąpieniem od umowy).

Trafnie zatem powód zarzucił w swojej apelacji, że w przypadku przyjęcia, iż źródłem roszczenia pozwanego są przepisy z zakresu rękojmi za wady wykonanych robót, Sąd I instancji bezzasadnie obniżył wynagrodzenie należne powodowi, wskutek przyjęcia częściowego umorzenia zobowiązania w następstwie uwzględnienia zarzutu potrącenia wierzytelności pozwanego z tytułu kosztów usunięcia wad stwierdzonych w sieci teletechnicznej. Istotnie wierzytelność z tego tytułu nie mogła być przedstawiona do potrącenia. Jak zasadnie stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 kwietnia 2008r. II CSK 610/07 LEX nr 3938877, uprawnienie do żądania obniżenia wynagrodzenia (art. 637 § 2 k.c. zd. 2 k.c.) nie jest wierzytelnością, która mogłaby być przedstawiona do potrącenia na podstawie art. 498 § 1 k.c.

Jeśli natomiast pozwany przedstawił do potrącenia wierzytelność z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, to jego obowiązkiem - w świetle przyjęcia robót bez zastrzeżeń - było wykazanie przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej powoda (art. 471 k.c.).

W ocenie Sądu Apelacyjnego, pozwany zdołał jedynie wykazać, że roboty zostały wykonane nienależycie w zakresie nieodtworzenia nawierzchni naruszonych podczas wykonywania sieci teletechnicznej. W tej sytuacji nie można mówić o wadach umówionych robót, gdyż obowiązek przywrócenia stanu nawierzchni do jej stanu sprzed rozpoczęcia ich wykonywania był powinnością związaną z wykonaniem zasadniczych robót objętych zleceniem. W odniesieniu do tych prac nie można w ogóle mówić o wadach, gdyż to pojęcie zachowuje aktualność jedynie w odniesieniu do elementów sieci teletechnicznej, co do której nie zgłoszono uwag w podpisanym porozumieniu, jak i w protokole z odbioru. Jeśli chodzi o stan nawierzchni nad przeprowadzonymi pracami podziemnymi, strony nie zawarły w podpisanych dokumentach żadnego oświadczenia. Jest też niewątpliwym, że strony umówiły się odnośnie rozebrania i odtworzenia nawierzchni w związku z koniecznością wykonania prac w zakresie budowy miejskiej sieci szerokopasmowej, co wynika z przedmiaru robót stanowiącego integralną część umowy. Zatem nienależyte odtworzenie stanu nawierzchni należy traktować jako nienależyte wykonanie umowy uprawniające pozwanego do dochodzenia odszkodowania, stanowiącego równowartość kosztów niezbędnych do jego przywrócenia - do stanu, który istniał przed przystąpieniem do realizacji zamówionych robót. Źródłem tej odpowiedzialności pozostaje art. 471 k.c., a nie przepisy regulujące odpowiedzialność z tytułu rękojmi. Wierzytelność z tego tytułu pozwany mógł więc przedstawić do potrącenia. Zakres niewykonanych lub nienależycie wykonanych przez powoda prac odtworzeniowych nie był zasadniczo kwestionowany przez niego. Są to prace wymienione w poz. 1 – 41 opinii biegłego. Ich wartość zamyka się w kwocie 10.676,48 zł netto (13.025,31 zł brutto - po uwzględnieniu podatku VAT). W tym tylko zakresie Sąd podzielił zarzuty pozwanego, wskazującego na konieczność naliczenia podatku VAT od wierzytelności skutecznie potrąconej.

Natomiast istnienie wierzytelności przedstawionej do potrącenia – przy założeniu, że co do zasady była możliwa do potrącenia - z tytułu odszkodowania za nienależyte wykonanie zobowiązania zostało słusznie zakwestionowane przez powoda. W niniejszym procesie pozwany nie wykazał dostatecznie jej istnienia – przede wszystkim w zakresie wysokości.

Sąd I instancji zasadnie poddał w wątpliwość moc dowodową dokumentu prywatnego - kosztorysu wykonania prac poprawkowych. O ile dowody z zeznań świadków przesłuchanych w niniejszej sprawie na wniosek pozwanego pozwoliły na wyrażenie ogólnego zapatrywania w przedmiocie istnienia - co do zasady - roszczenia z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania również w zakresie wykonania sieci teletechnicznej, to jednak nie pozwoliły na wykazanie jego wysokości. Za dowód istnienia wierzytelności w określonej kwocie nie może posłużyć też opinia biegłego, który sam stwierdził, że przeprowadzenie oględzin w zakresie dotyczącym instalacji teletechnicznej nie było zasadne, ponieważ nie pozwoliłoby na dokonanie jakiegokolwiek weryfikacji. Oględziny nie wykazałyby m.in. tego, czy studnie były dobrze wyregulowane, czy brakowało złączy, czy dobrze wyprawiono tzw. gardła. W tej części biegły zweryfikował jedynie kosztorys w zakresie poprawności zastosowanych cen, wskaźników oraz podstaw wyceny. Nie zostały natomiast przedstawione dowody pozwalające na ustalenie konieczności i zakresu robót poprawkowych

dokonanych przez pozwanego już po przyjęciu wykonanych robót, a - jak wskazano wyżej – ciężar wykazania tej okoliczności spoczywał na pozwanym, w obliczu przyjęcia robót bez zastrzeżeń.

W konkluzji należało przyjąć, że nastąpiło skuteczne potrącenie wzajemnej wierzytelności przysługującej pozwanemu jedynie z tytułu odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy w zakresie kwoty 13.025,31 zł. Do tej wysokości nastąpiło umorzenie wierzytelności przysługującej obu stronom. Stąd zasądzeniu podlegała kwota nie objęta potrąceniem tj. 191.865,08 zł (204.365,10 zł – 13.025,31 zł).

Pozwany w swojej apelacji zarzucił naruszenie przepisów prawa procesowego, z których zarzut nierozpoznania istoty sprawy był zupełnie chybiony. Nierozpoznanie istoty sprawy dotyczy bowiem niezbadania roszczenia będącego podstawą powództwa, czy zarzutu przedawnienia, potrącenia, np. sąd oddała powództwo z powodu przedawnienia roszczenia, które stanowisko okazało się nietrafne, a nie rozpoznał jego podstaw (Wyrok SN z 12 stycznia 2012r. I CSK 274/11, LEX nr 1110971). Nieodniesienie się do zarzutu niewłaściwości miejscowej Sądu czy też wniosku o ograniczenie zabezpieczenia nie może być traktowane jako tożsame z nierozpoznaniem istoty sprawy. Zresztą zarzut niewłaściwości miejscowej nie mógł być uwzględniony w kontekście poddania przez strony wszelkich sporów wynikających z zawartego porozumienia właściwemu rzeczowo Sądowi mającemu swą siedzibę w O. (§ 4 ust. 5 porozumienia – k 276 v). Jedynie zarzuty naruszenia przepisów nakładających obowiązek naliczenia podatku VAT byłyby zasadne w odniesieniu do wierzytelności objętej potrąceniem. Jeśli chodzi o zarzut naruszenia przepisów regulujących postępowanie dowodowe, to należy w pierwszej kolejności wskazać, że w świetle dokonania odbioru robót bez zastrzeżeń inicjatywa dowodowa pozwanego powinna przede wszystkim skupić się na wykazaniu nieprawdziwości złożonych oświadczeń wiedzy w tym przedmiocie, jak i jego przyczyn, a następnie wykazaniu stosownymi dowodami prawdziwego stanu rzeczy w zakresie sposobu wykonania umowy, w szczególności dokładnego wykazania stwierdzonych wad. A takich dowodów pozwany nie zaoferował Sądowi I instancji. Nie zgłosił nawet w charakterze świadka osoby, która wykonywała prace poprawkowe (M. N.). Zeznania przesłuchanych świadków i stron były na tyle ogólne, że nie mogły stanowić podstawy do poczynienia stanowczych ustaleń w przedmiocie wysokości odszkodowania należnego pozwanej z tytułu nienależytego wykonania samej sieci teletechnicznej (oczywiście przy założeniu, że wierzytelność pozwanej oparta jest na podstawie z art. 471 k.c.). Wypada dodać, że te środki dowodowe powinny być wskazane w zarzutach od nakazu zapłaty z dokładnym oznaczeniem faktów, które mają być przedmiotem tych dowodów pod rygorem narażenia się na oddalenie spóźnionych twierdzeń i dowodów (rozszerzenia tezy dowodowej).

Pozwany składał wprawdzie zastrzeżenia do protokołu w trybie art. 162 k.p.c., w następstwie uchylenia jego pytań kierowanych do świadków i stron, jednakże nie połączone ze wskazaniem przepisów, którym uchylił Sąd, uchylając pytanie pełnomocnikowi pozwanego. Pełnomocnik zarzucił też niekompletność protokołu, jednakże nie wnosił o jego sprostowanie bądź uzupełnienie. W tym miejscu należy odwołać się do poglądu wyrażonego w postanowieniu Sądu Najwyższego z 25 lutego 2004r. ICK 482/02, LEX nr 1129091, w myśl, którego „urzędowym dowodem stwierdzającym przebieg rozprawy jest treść protokołu. Jeżeli strona (uczestnik postępowania) stwierdzi jego niekompletność lub przeinaczenia, ma prawo żądać sprostowania lub uzupełnienia jego treści (art. 160 k.p.c.). Bez wykorzystania tej instytucji, strona nie może skutecznie twierdzić, że przebieg rozprawy był inny od tego, w jaki został zaprotokołowany.

Z powyższych względów nie można było przyjąć, że pozwany był uprawniony do dokonania potrącenia swojej wierzytelności stanowiącej równowartość kosztów usunięcia stwierdzonych wad w samej sieci teletechnicznej.

Zmiana wyroku w wyżej oznaczonym zakresie skutkowałą też koniecznością zweryfikowania rozstrzygnięcia o kosztach procesu wyłożonych przez strony przed Sądem I instancji. Koszty procesu przed Sądem I instancji zamknęły się w kwocie 29.619,30 zł, przy czym powód wyłożył 9.772 zł (7.200 zł + 17 zł + 2555 zł), natomiast pozwany 19.847,30 zł (7.665 zł + 7.200 zł + 17 zł + 4.965,30 zł). Pozwany wyłożył wprawdzie zaliczkę na poczet kosztów związanych z przeprowadzeniem dowodu z przesłuchania świadków, jednakże nie została ona wykorzystana i nie podlega rozliczeniu między stronami, a jedynie zwrotowi pozwanemu przez Sąd, wobec jej niewykorzystania. Powód ostatecznie wygrał sprawę w 94 %, i w takim zakresie koszty procesu powinny obciążyć pozwanego. Zatem pozwany powinien ponieść koszty w kwocie 27.842,142 zł., natomiast powód - jako że przegrał spór w 6 % - powinien wyłożyć

1.777,16 zł. Dlatego też na rzecz powoda zasądzeniu podlegała kwota stanowiąca różnicę (7.994,84 zł) między kwotą wyłożoną przez niego (9.772 zł) a kwotą, którą – stosownie do wyniku rozstrzygnięcia sporu powinien wyłożyć (1.777,16 zł). I do tej wysokości należało podwyższyć kwotę zasądzoną przez Sąd I instancji od pozwanego na rzecz powoda.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. przy uwzględnieniu wyniku tegoż postępowania, w którym powód wygrał w przeważającej części swoją apelację i wygrał spór na gruncie apelacji wniesionej przez pozwanego. Zasądzona kwota stanowi wynik tegoż rozliczenia, w którym Sąd uwzględnił poniesione przez strony koszty zastępstwa prawnego w postępowaniu apelacyjnym i wyłożone opłaty sądowe od obu apelacji.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie wskazanych przepisów oraz art. 386 § 1 k.p.c. i art. 385 k.c.