

Sygn. akt I ACa 696/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 września 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Magdalena Pankowiec (spr.)
Sędziowie	:	SA Irena Ejsmont - Wiszowata SA Krzysztof Chojnowski
Protokolant	:	Urszula Westfal

po rozpoznaniu w dniu 4 września 2015 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **K. P. (1)**

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

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 27 maja 2014 r. sygn. akt V GC 179/12

I. zmienia zaskarżony wyrok:

a) **w punkcie I. i II. w ten sposób, że zasądza od pozwanego na rzecz powoda 128.921, 38 (sto dwadzieścia osiem tysięcy dziewięćset dwadzieścia jeden 38/100) zł z ustawowymi odsetkami od następujących sum pieniężnych:**

- 113. 255, 35 (sto trzynaście dwieście pięćdziesiąt pięć 35/100) zł od dnia 8 czerwca 2011 r. do dnia zapłaty;

- 6. 120, 23 (sześć tysięcy sto dwadzieścia 23/100) zł od dnia 27 grudnia 2012 r. do dnia zapłaty;

- 9. 545, 80 (dziewięć tysięcy pięćset czterdzieści pięć 80/100) zł od dnia 20 września 2013 r. do dnia zapłaty;

b) **w punkcie III o tyle, że zasądza kwotę 1.340 zł;**

c) w punkcie IV w ten sposób, że nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Olsztynie od pozwanego 6.449 zł, zaś od powoda z zasądzonego na jego rzecz roszczenia 7.428 zł tytułem brakujących kosztów sądowych;

II. oddala obie apelacje w pozostałych częściach;

III. zasądza od pozwanego na rzecz powoda 5.400 zł tytułem zwrotu kosztów instancji odwoławczej;

IV. nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Olsztynie od pozwanego 5.704, 19 zł, zaś od powoda z zasądzonego na jego rzecz roszczenia 402 zł tytułem brakujących kosztów sądowych w postępowaniu apelacyjnym.

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Olsztynie zasądził od pozwanego (...) Sp. z o.o. w P. na rzecz powoda K. P. (1), z dochodzonych 277.880, 41 zł, kwotę 108.003,21 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwot: 84.310,18 zł od 8 czerwca 2011 r.; 6.120,23 zł od 27 grudnia 2012 r.; 17.572,80 zł od 20 września 2013 roku; oddalił powództwo w pozostałej części oraz orzekł o kosztach. Powyższy wyrok zapadł na podstawie następujących ustaleń faktycznych i oceny prawnej;

Powód prowadzi działalność gospodarczą polegającą na wykonywaniu domów z drewna, konstrukcji drewnianych oraz pokryć dachowych drewnianych. 9 listopada 2010 roku zawarł z pozwanym umowę, na mocy której zobowiązał się do wykonania robót budowlanych - wykonania i montażu trzech segmentów turystycznych w stanie „pod klucz”, bez instalacji elektrycznej i wodno-kanalizacyjnej. Wynagrodzenie za całość prac budowlanych wynosić miało 750.000 złotych, termin zakończenia ustalony został na 15 maja 2011 roku. (...), urządzenia i wyposażenie niezbędne do zrealizowania umowy miał dostarczyć powód. Do umowy strony załączyły i podpisały harmonogram rzeczowo-finansowy, w którym ustalone zostały rodzaje robót, cena oraz terminy ich wykonania. 11 listopada 2010 roku powód wystawił fakturę VAT nr (...) roku na kwotę 50.000 zł, która to kwota na mocy uzgodnień między stronami stanowiła zaliczkę dla powoda na poczet zakupu materiałów, robocizny i innych kosztów związanych z budową. Pozwany przelał tę kwotę na konto powoda 12 listopada 2010 roku.

Powód nie wykonywał prac zgodnie z harmonogramem, co spowodowane było złymi warunkami atmosferycznymi (śnieg i mróz), a także problemami finansowymi (zobowiązania względem innych wierzycieli). Pozwany monitorował go wysyłając wiadomości mailowe. W trakcie robót zlecał też powodowi wykonywanie prac dodatkowych, które nie były przewidziane w umowie. W związku z tym 20 kwietnia 2011 roku powód rozwiązał umowę z pozwanym i sporządził protokół zdawczy prac, który został zakwestionowany przez pozwanego odnośnie sposobu rozwiązania umowy - za porozumieniem stron, oraz zaawansowania robót. Pismem z 27 kwietnia 2014 roku pozwany wezwał powoda do odbioru robót budowlanych w terminie 3 dni od otrzymania wezwania. Termin odbioru prac strony ustaliły na 16 maja 2011 roku. W tym też dniu sporządzono dokumentację fotograficzną oraz protokół, w którym stwierdzono przekazanie inwestorowi dokumentów, między innymi certyfikatów oraz deklaracji zgodności, a także spis materiałów pozostałych na placu, które nie zostały wbudowane. Protokół został podpisany bez zastrzeżeń. Datę 16 maja 2011 r. Sąd przyjął jako zgodne odstępnie od umowy. 24 maja 2011 roku powód wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 327.880,41 zł. Należności tej pozwany nie uiszczył.

Po opuszczeniu placu budowy przez powoda w oparciu o stan faktyczny zaawansowania robót, projekt i umowę pozwany dokonał wyliczenia wynagrodzenia należnego powodowi, które wynosiło 86.500 złotych i zostało obliczone w oparciu o procentowe zaawansowanie robót budowlanych. W kwocie tej uwzględniony został także koszt wykopu pod segment nr 2, który wykonany został ponownie przez innego wykonawcę. 24 sierpnia 2011 roku został opracowany przez powoda kosztorys powykonawczy robót dodatkowych opiewający na kwotę 17.235,46 złotych.

Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność, jakie prace zostały wykonane przez powoda i jaka była ich wartość, czy wśród prac wykonanych przez powoda były takie, które można potraktować jako prace dodatkowe, nie objęte umową i projektem oraz jaka jest wartość ponownego wytyczenia i wykonania wykopu pod segment nr 2.

W opinii biegły wyszczególnił rodzaj prac wykonanych przez powoda. Ich wartość oszacował na 163.255,35 zł. Wartość materiałów pozostawionych przez powoda na placu budowy oszacował na 17.572,80 złotych. Ustalenia poczynił w oparciu o średnie ceny i wskaźniki cenotwórcze publikowane w Wydawnictwie (...) z okresu realizacji robót, tj. I kwartału 2011 roku. Stwierdził, że projekt nie przewidywał wykonania pionowej izolacji cieplnej ze styropianu o grubości 5 cm oraz izolacji z folii kubełkowej zewnętrznych ścian fundamentowych. Uznał, że są to prace dodatkowe i wycenił je na kwotę 6.120,23 zł. W opinii uzupełniającej, sporządzonej z uwagi na zastrzeżenia pozwanego, biegły obniżył wyliczoną przez siebie uprzednio kwotę o 17,73%, do 134.310,18 złotych, uznając, że powód w ramach kwoty umownej był zobowiązany do wykonania podpiwniczenia segmentu nr 2 i poszerzenia tarasów do szerokości 2,80 m.

W dalszych wywodach Sąd Okręgowy wskazał, że strony w rozdziale II umowy ustaliły zakres wzajemnych rozliczeń. Dopuszcili wynagrodzenie za wykonane roboty fakturami przejściowymi do wysokości 65 % wartości wykonanych robót. Punkt 6 stanowił, że za wykonany i odebrany przez inspektora nadzoru inwestorskiego zakres robót wykonawca będzie wystawiał fakturę do wysokości 65 % wartości wynagrodzenia i odbywać się będzie to na podstawie sporządzonego przez wykonawcę harmonogramu rzeczowo-finansowego. Powód otrzymał od pozwanej 50.000 zł zaliczki. Według harmonogramu zakończenie pierwszego etapu prac oraz wypłata wynagrodzenia nastąpić miały do 15 stycznia 2011 roku. Z zapisów z dziennika budowy wynika, że prace ziemne były prowadzone na tyle, na ile pozwalała na to pogoda. Od 2 grudnia 2010 roku trwała przerwa zimowa. Oceniał, że nie bez znaczenia jest, że z uwagi okres realizacji umowy strony winny brać pod uwagę niesprzyjające warunki atmosferyczne, które mogą utrudniać prowadzenie zwłaszcza prac ziemnych. Zima, opady śniegu i mróz stanowiły zasadniczą przeszkodę do realizacji prac. Obowiązkiem przedsiębiorcy jest jednak staranność działania przewidziana dla profesjonalistów (art. 355 § 2 kc). Jako niezrozumiałe ocenił, że pozwany nie wziął tego pod uwagę i rozpoczął inwestycję późną jesienią. Zasadny logiki, a także wiedzy zaprzeczają prawidłowości wykonywania zewnętrznych prac budowlanych w niesprzyjających warunkach atmosferycznych.

Powód nie wykonał żadnej z prac zgodnie z harmonogramem i znajdował się w ciągłym opóźnieniu w stosunku do ustalonego harmonogramu. Wobec powyższego, w ocenie Sądu, nie było podstaw do wystawienia faktury częściowej i podpisania protokołu odbioru prac, bowiem wykonał tylko dwa fundamenty, a zobowiązany był do wykonania trzech.

Wydając wyrok w niniejszej sprawie Sąd wziął pod uwagę przede wszystkim opinię biegłego, który dokonał oględzin, pomiarów i obliczeń prac wykonanych przez powoda oraz określił ich wartość. W ocenie Sądu opinia biegłego w jej ostatecznym kształcie jest jasna, rzetelna i nie budzi wątpliwości. Powód wykonał prace dodatkowe na rzecz pozwanego, które nie były ujęte w umowie. Były one konieczne, a projekt inwestorski ich nie przewidywał. Należy się mu więc za nie wynagrodzenie.

Kwota należności za materiał pozostawiony na placu budowy, który nie był wbudowany, została wyliczona w sposób prawidłowy. Ceny nie były zawyżone, a uśrednione zgodnie ze wskaźnikami cenotwórczymi publikowanymi w Wydawnictwie (...) z okresu realizacji robót, tj. I kwartału 2011 roku.

Zeznający w sprawie świadkowie, między innymi T. Z., L. R. wskazują, że trudno było dojść do porozumienia z inspektorem nadzoru inwestorskiego panem A. K., bowiem miał liczne uwagi do wykonywanych prac, zlecał coraz to nowe prace budowlane, żądał używania materiałów budowlanych droższych i lepszych niż wymienionych w projekcie.

Oceniając zarzut odstąpienia przez powoda od umowy i opuszczenia placu budowy Sąd Okręgowy wskazał, że kodeks cywilny zna ustawowe (art. 491-494 k.c.) i umowne (art. 395 k.c.) prawo odstąpienia. Ustawowe regulują przepisy o wykonaniu zobowiązań wzajemnych. Skorzystanie z niego uzasadnia zwłoka lub niemożność wykonania zobowiązania wskutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność strona zobowiązana. Umowne ma swe źródło w odpowiednim

zastrzeżeniu i jest niezależne od wykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Prawo to polega na tym, że strona, na której rzecz zostało ono zastrzeżone, będzie mogła przez swe oświadczenie unicestwić dwustronną czynność prawną po jej dokonaniu, a więc w pewien czas po zawarciu umowy i to zarówno wykonaną, jak i niewykonaną (por. wyrok SN z dnia 30 stycznia 1998 r., III CKN 279/97, LEX nr 315347. Stanowi ono sankcję dla dłużnika, który nie wykonał albo nienależyście wykonał zobowiązanie i służy ochronie wierzyciela przed niesolidnym dłużnikiem. Zgodnie z dyspozycją art. 395 § 1 k.c. zdanie drugie, warunkiem skuteczności odstąpienia od umowy jest złożenie oświadczenia drugiej stronie. Powód żadnego wprost czy to pisemnego czy ustnego oświadczenia pozwanemu nie złożył. Ewentualnego oświadczenia o odstąpieniu można doszukiwać się w faktach takich jak słowa powoda, że nie da rady wykonać prac w terminie popartych ciągłymi opóźnieniami w realizacji, a w konsekwencji opuszczenie przez niego placu budowy. Zgodnie z § 14 umowy „odstąpienie od umowy powinno nastąpić w formie pisemnej pod rygorem nieważności takiego oświadczenia i powinno zawierać uzasadnienie”. Powód takiego nie złożył. Nie odstąpił więc skutecznie od umowy, lecz wspólne w dniu 16 maja 2011 r., wobec przekazania placu budowy obie strony odstąpiły od umowy. Powodowi nie przysługuje więc wynagrodzenie umowne. Uznał, że pozwana jest wzbogacona o tę wartość prac, których nowy wykonawca nie wykonał, a które wykonał powód (art. 405 k.c.). Podstawą do obliczenia wartości tego wzbogacenia była opinia biegłego uwzględniająca poziom cen, które stosował powód przy zawarciu umowy. Ocenił ją jako jasną, spójną i logiczną. Biegły wyczerpująco wypowiedział się odnośnie wyjaśnianych kwestii, a wnioski poparł szczegółowymi wyliczeniami. Przyjmując wyliczenia z opinii wskazał, że powodowi należy się łącznie 108.003,21 zł.

Odnosząc się do podnoszonego przez pozwanego zarzutu potrącenia ocenił, że zgłoszone potrącenie roszczenia w kwocie 175.000 złotych nie zostało dowiedzione, lecz stanowi wynik hipotetycznego wyliczenia zysku, jaki pozwany, jak twierdzi, mógłby osiągnąć, gdyby powód zrealizował w pełni złożone zamówienie. Za twierdzeniem pozwany nie uruchomił środków dowodowych.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Okręgowy uznał, iż o roszczeniach pozwu należało orzec na podstawie art. 405 k.c., uznając, że kwota należna powodowi wynosi 108.003,21 zł z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia pozwanego – pkt I wyroku.

W pozostałym zakresie powództwo zostało oddalone – pkt II wyroku.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c., § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1348 ze zm), rozdzielając je stosunkowo. Powód wygrał sprawę w 35% , a tym samym przegrał w 65 % i w takim stosunku zostały rozliczone koszty procesu.

Apelacje od tego wyroku wywiiodły obie strony.

Powód zaskarżył wyrok w części oddalającej powództwo co do kwoty 28.946 zł podnosząc zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. skutkującego obniżeniem o tę kwotę należnego mu wynagrodzenia z tytułu nieuwzględnionych w opinii biegłego prac dodatkowych, które nie zostały ujęte w projekcie. Wniósł o zmianę wyroku i uwzględnienie powództwa także w tym zakresie, przy uwzględnieniu kosztów procesu.

Pozwany zaskarżył go w części uwzględniającej powództwo (pkt I), jakkolwiek we wniosku, obok wniosku o jego oddalenie bądź uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, zawarł żądanie odpowiedniego do postulowanego wyniku sprawy rozstrzygnięcia o kosztach procesu.

Podniósł zarzuty:

I. sprzeczności ustaleń faktycznych z treścią materiału dowodowego polegającą na nieuwzględnieniu podnoszonego zarzutu potrącenia: 90.000 zł kar umownych z tytułu zwłoki w wykonaniu zobowiązania; 8.027 zł – wartości materiałów budowlanych pozostawionych na placu budowy, która to kwota została zapłacona przez pozwanego córce powoda; 175.000 zł odszkodowania z tytułu straty wynikłej z opuszczenia przez powoda placu budowy i opóźnienia

w terminie wykonania inwestycji. Wskazał nadto na błędne ustalenie, że 16 maja 2011 r. strony odstąpiły od umowy, podczas gdy w tym dniu nastąpiło przekazanie placu budowy w związku z upływem terminu wykonania umowy.

II. naruszenia prawa materialnego – art. 632 k.c. oraz art. 395 w związku z art. 483 k.c.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Przed przystąpieniem do omówienia formalnych zarzutów zawartych w apelacjach obu stron, konieczne jest poczynienie uwag natury ogólnej odnoszących się do konsekwencji ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie robót budowlanych. Apelacyjny podzielił wprawdzie podniesiony przez pozwanego zarzut naruszenia art. 632 § 1 k.c., jednak przeprowadzone w postępowaniu apelacyjnym wskutek jego uwzględnienia uzupełniające postępowanie dowodowe nie dostarczyło podstaw do postulowanej korekty wyroku.

Wynagrodzenie ryczałtowe - uregulowane w art. 632 k.c., stosowanym w drodze analogii do umowy o roboty budowlane zostało ukształtowane jako świadczenie niepodlegające zmianie, co oznacza, że przyjmujący zamówienie (wykonawca) w zasadzie nie może domagać się jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Ustalenie ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych wywołuje jeszcze inną konsekwencję, mianowicie powoduje, że to nie kosztorys powinien być podstawą ich rozliczenia między stronami, choćby, jak w tym przypadku, stanowił podstawę do ustalenia umownego wynagrodzenia. Powyższe oznacza, że ustanie stosunku umownego przed wykonaniem całości uzgodnionego zakresu robót uprawnia wykonawcę do żądania wynagrodzenia ustalonego w odpowiedniej proporcji do wynagrodzenia umownego, nie zaś ustalonego na podstawie kosztorysu ofertowego (zob. SN w wyroku z dnia 29 stycznia 1985 r., II CR 494/84). Jak również wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 marca 2004 r., IV CK 172/03, OSNC 2005/3/56, świadczenie wykonawcy wynikające z umowy o roboty budowlane jest podzielne (art. 379 § 2 k.c.), przy czym z uwagi na naturę świadczenia, nie jest możliwy jego zwrot. Ustanie stosunku umownego przed wykonaniem uzgodnionego w nim przedmiotu robót nie powoduje zatem, wbrew odmiennej ocenie Sądu Okręgowego, obowiązku rozliczenia stron na zasadach ogólnych przyjętych dla zobowiązań z umów wzajemnych (art. 494 § 1 k.c.). Odstąpienie przez zamawiającego od umowy bądź inny sposób rozwiązania stosunku umownego skutkuje obowiązkiem zapłaty należnej wykonawcy, ustalonej w sposób wskazany w umowie, części wynagrodzenia. W przypadku ustalenia wynagrodzenia jako niezmiennego ryczałtu, część ta powinna być określona w proporcji obejmującej stosunek wartości robót wykonanych zgodnie z umową do wartości całości wynagrodzenia ryczałtowego.

Słusznie zarzucił zatem pozwany, że Sąd Okręgowy wydając wyrok na podstawie opinii biegłego K. P. (2), który dokonał wyczenia wartości robót wyłącznie na podstawie kosztorysu ofertowego powoda, powielił dokonany przez biegłego błąd metodologiczny, przez co uchybił treści art. 632 § 1 k.c. (zarzut II.) Kosztorys ma bowiem w takiej sytuacji tylko znaczenie pomocnicze, stanowiąc merytoryczne uzasadnienie zaproponowanej ceny. Wskazane w nim wartości poszczególnych robót, zastosowane cenniki, narzuty, nie są bowiem miarodajne dla końcowego rozliczenia stron, tak w przypadku pełnej realizacji umowy, jak też ustania stosunku umownego przed spełnieniem obowiązku wynikającego ze zobowiązania przez wykonawcę robót budowlanych. Ma na to wpływ wynikający z art. 632 § 1 k.c. obowiązek wykonawcy wykonania także niewynagradzanych osobno robót nieprzewidywanych na etapie zawierania umowy, a które okazały się konieczne dla prawidłowej realizacji jej przedmiotu.

Naprawiając uchybienie Sądu Okręgowego Sąd Apelacyjny z urzędu dopuścił dowód z opinii J. B. (1), biegłego z zakresu budownictwa, któremu zlecił dokonanie rozliczenia stron w proporcji uwzględniającej wartość robót wykonanych przez powoda do wartości całości robót objętych umową.

Biegły sporządzając opinię posłużył się następującą metodologią:

1) sporządził kosztorys ofertowy na podstawie projektu budowlanego rozbudowy ośrodka (...) oraz projektu budowlanego zamiennego, uwzględniając poziom cen z pierwszego kwartału 2015 r., stawkę roboczogodziny dla

robót ogólnobudowlanych – inwestycyjnych, ceny jednostkowe materiałów, wskaźnik kosztów zakupów na podstawie publikacji (...) – uzyskana wartość zamknęła się kwotą 1.203.801, 56 % netto, 1.480.675, 92 zł brutto;

2) konsekwentnie posługując się tymi samymi wskaźnikami cenowymi dokonał obliczenia wartości robót rzeczywiście wykonanych przez powoda, którą ustalił na 302.164, 74 zł netto, 371.662, 63 zł brutto;

3) zestawiał uzyskaną wartość z pkt. 2 z wartością z pkt. 1 uzyskując wskaźnik wykonania na poziomie 25,10 % całości robót.

Po uwzględnieniu zastrzeżeń pozwanego, który kwestionował fakt wykonania niektórych z ujętych w wycenie biegłego robót, zakwalifikowanie ich do robót dodatkowych, prawidłowość stosowanych cenników, przyjęcie do wyceny poziomu kosztów z innego okresu niż realizacja umowy i wskazanych w pierwotnej kalkulacji powoda, w opinii uzupełniającej biegły dokonał częściowej korekty. Zgodził się z pozwanym, że roboty dodatkowe nie zostały ujęte przez powoda w kosztorysie ofertowym, lecz tylko w powykonawczym. Uwzględnił także zastrzeżenia odnośnie wyceny faktycznie niewykonanych przez powoda robót. Po korekcie wyliczeń, przy uwzględnieniu tych zastrzeżeń określił wskaźnik wykonania robót na poziomie 22,99% w stosunku do umówionych, co dało wartość 276.77,71 netto, 340.436,59 zł brutto.

Biegły nie zgodził się natomiast z zarzutem, jakoby fakt stosowania przez niego cenników z innego okresu, a także innych dla prac związanych z wykonaniem elementów elewacji drewnianej budynku, innych zaś dla typowych prac ogólnobudowlanych, rzutował na uzyskany wskaźnik wykonania. Wyjaśnił przede wszystkim, że prace, które wycenił w oparciu o inne katalogi (elementy konstrukcyjne ścian drewnianych) niż przedstawione w informatorze (...), nie są w ogóle w tym informatorze ujęte. Nie miał zatem obiektywnie innej możliwości wykonania zgodnego z udzielonym mu zleceniem wyliczenia. Przyjęta zaś metodologia i wskaźniki wyceny nie mogły zniekształcić jej wyniku, ponieważ biegły konsekwentnie posługiwał się tymi samymi wartościami wyceniając roboty wykonane i umówione.

Stanowisko to podtrzymał w toku ustnego wysłuchania na rozprawie 11 września 2015 r., wyjaśniając nadto, że wycenił wszystkie roboty wykonane przez powoda, przyjmując, że zostały przez niego przyjęte do wykonania, bez rozróżnienia na objęte kosztorysem ofertowym i dodatkowe, w tym także polegające na wykonaniu nieobjętego dostarczonemu mu projektem podpiwniczenia jednego z budynków. Obie te wartości zestawiał ze sobą obliczając procentowy wskaźnik wykonania i w konsekwencji należne powodowi wynagrodzenie. Ponownie dobitnie wyjaśnił, że przy matematycznym rozliczeniu, nie ma znaczenia przyjęty do obliczenia wartości robót okres, cennik ani wskazywane przez pozwaną rozbieżności w odczytaniu planowanego i wykonanego zakresu robót (kominy). Jeśli zostaną w identyczny sposób rozliczone jako prace objęte projektem i wykonane - wynik ostateczny w relacji: roboty wykonane do umówionych, będzie tożsamy.

Sąd Apelacyjny zaaprobował wnioski opinii. Nie podlegają wątpliwości kwalifikacje biegłego, potwierdzone jego wieloletnią praktyką i cenzusem naukowym doktora nauk. Wnioski, zarówno opinii pisemnej, wraz z uzupełniającą, jak i przedstawione w toku wysłuchania na rozprawie poprzedzającej wydanie wyroku przez Sąd Apelacyjny, nie zostały podważone. Zgodzić się trzeba z jego stanowiskiem, że nie mają znaczenia do wyliczenia wskazanej w tezie dowodowej Sądu Apelacyjnego relacji przyjęte przez niego w wybranym cenniku wartości. Istotne jest bowiem konsekwentne wskazanie procentowego stosunku robót wykonanych do identycznie wycenionych jako przyjęte do wykonania w ramach umowy.

Trzeba też zaznaczyć, że dokonując wyliczenia w opinii uzupełniającej biegły uwzględnił stanowisko pozwanego i dokonał rozliczenia w ramach ryczałtu wszystkich prac wykonanych przez powoda jako umówionych, przyjmując, że ryczałt obejmuje także wykonanie podpiwniczenia w budynku nr (...) i poszerzonych tarasów, co odpowiednio obniżyło stosunek prac wykonanych do umówionych. Tymczasem były to prace nieujęte w projekcie zatwierdzonym przez właściwy organ w dacie zawierania umowy i nie ma dowodu, że powód przyjął je do wykonania w ramach uzgodnionego wynagrodzenia ryczałtowego.

Z uwagi na zakres zaskarżenia wyroku Sądu pierwszej instancji apelacją strony powodowej, nie ma potrzeby szczegółowego odnoszenia się do tych kwestii. Wystarczy tylko wskazać, że nie były to ewidentnie prace, które strona pozwana określa jako „dodatkowe”, ale jako konieczne do prawidłowego wykonania umowy, lecz polegające na wykonaniu nieprzewidzianego w momencie zawierania umowy podpiwniczenia jednego z budynków. Według art. 648 § 2 k.c. wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja stanowi część składową umowy i ona to, w razie wątpliwości rozstrzyga o tym, co jest objęte obowiązkiem umownym wykonawcy (art. 649 k.c.). Biegły, ustalając zakres umówionych robót, ujął w nim prace, które nie były ujęte w zatwierdzonym w dacie zawierania umowy (9.11.2010r.) projekcie, a jedynie naszkicowane na planie (podpiwniczenie i drzwi budynku nr (...)). Prace te zostały zrealizowane przez powoda. Brak jest danych pozwalających na ustalenie, czy i jakim zakresie powód przyjął do realizacji zatwierdzony projekt budowlany. Decyzje właściwego organu w tym przedmiocie zapadły dopiero 7.02.2011 r. i 20.09.2011 r., zatem druga już po ustaniu stosunku umownego. Skoro powód wykonał prace wymienione w projekcie zatwierdzonym w datach późniejszych niż data umowy, a biegły zaliczył je do objętych jej zakresem, korekta wyroku, nawet w przypadku gdyby przyjął je do realizacji bez dodatkowego wynagrodzenia, a zatwierdzony i zrealizowany projekt stałby się integralną częścią umowy (art. 648 § 2 k.c.), mogłaby nastąpić tylko na korzyść powoda. Brak jest co do tych okoliczności ustaleń Sądu Okręgowego, dowodów, a nawet twierdzeń stron o faktach. Nie wiadomo zatem, czy i w jakim zakresie zmieniony i zatwierdzony przez władzę budowlaną projekt został powodowi dostarczony, a tym samym czy i w jakim zakresie został przez niego przyjęty do wykonania w ramach uzgodnionego wynagrodzenia ryczałtowego. Ponieważ według podzielonej przez Sąd Apelacyjny opinii biegłego J. B. (2), nawet przy uznaniu, że powód w ramach uzgodnionego wynagrodzenia ryczałtowego podjął się wykonania prac, które określa mianem dodatkowych - wyliczonych w opinii biegłego K. P. (2) na kwotę 6.120,23 zł. oraz podpiwniczenia segmentu w budynku nr (...) i poszerzenia tarasów do szerokości 2,80 m., należne mu wynagrodzenie, przy uwzględnieniu wpłaty pozwanego w wysokości 50.000 zł, przekracza kwotę zasądzoną pozwem i objętą zaskarżeniem powoda w postępowaniu apelacyjnym. Dodać tylko można, że w orzecznictwie (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2014 r., III CSK 586/13) przyjmuje się, że konstrukcja wynagrodzenia ryczałtowego nie wyklucza żądania przez przyjmującego zamówienie wynagrodzenia za prace nieobjęte umową. Jeśli dochodzi do wykonania stanowiących korzyść majątkową dla zamawiającego prac dodatkowych, bez dokonania przez strony stosownej zmiany umowy, dopuszczalne jest żądanie przez przyjmującego zamówienie zapłaty za wykonane roboty na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. W rozpoznawanej sprawie nawet w przypadku wykazania, że zostały objęte ryczałtem i nie powinny podlegać dodatkowemu wynagrodzeniu, wyliczona w opinii J. B. (1) w taki właśnie sposób wartość należnego powodowi i tak przekracza dochodzoną. Podzielenie zasadniczych wniosków opinii biegłego J. B. (2) co do wartości robót wykonanych przez powoda, nawet w wersji najmniej dla niego korzystnej (340.436,59 zł), zatem przy uznaniu, że w ramach wynagrodzenia umownego miał obowiązek wykonania wszystkich prac, za które domaga się wynagrodzenia jako objętych ryczałtem (na podstawie art. 632 § 1 k.c.) i dodatkowych (art. 405 k.c.), prowadzi do wniosku, że należne mu z tytułu wykonania robót budowlanych wynagrodzenie przewyższa kwotę zasądzoną przez Sąd Okręgowy (84.310, 18 zł i 6.120, 23 zł) i objętą zaskarżeniem dochodzoną na etapie postępowania apelacyjnego, tj. 28.946 zł.

Roszczenie powoda w granicach objętych apelacją okazało się zatem uzasadnione. Nieuwzględnienie go zaś w pełnej wysokości dochodzonej na tym etapie postępowania było efektem częściowego uwzględnienia apelacji pozwanego, jednak nie z powodów w niej wskazanych.

Odnosząc się do pozostałych jej zarzutów, poza naruszeniem art. 632 § 1 k.c., trzeba wskazać, że poprzedzający jego postawienie zarzut sprzeczności ustaleń faktycznych z treścią materiału dowodowego jest nieuzasadniony, nadto został wadliwie na tle wskazywanej podstawy sformułowany jako nieuwzględnienie zarzutu potrącenia, zatem w istocie naruszenia art. 498 § 1 i 2 k.c.

Sąd Apelacyjny z urzędu jedynie stwierdził wadliwość wyroku w części zasądzającej od pozwanego na rzecz powoda kwotę 8.027 zł jako ekwiwalent wartości materiałów pozostawionych na placu budowy. W tym zakresie powód nie ma legitymacji czynnej. Bezspornie tę bowiem kwotę, stanowiącą równowartość tarcicy, której dowodem nabycia (fakturą) legitymowała się córka powoda, zasądono prawomocnie na jej rzecz w innym postępowaniu. Wyrok zapadły

w tamtej sprawie, jako odnoszący się do tego samego przedmiotu, wiąże Sąd w sprawie niniejszej (art. 365 k.p.c.), zatem stoi na przeszkodzie ustaleniu, że ktokolwiek inny, poza córką powoda, ma uprawnienie do uzyskania sumy pieniężnej odpowiadającej wartości zakupionej przez nią tarcicy. Powód, nie legitymując się prawem własności do tego przedmiotu, nie ma zatem żadnego roszczenia z tego tytułu. Pozwany wskutek uwzględnienia powództwa w tej części przez Sąd Okręgowy został więc podwójnie obciążony - prawomocnym wyrokiem zasądającym wierzytelność w takiej kwocie na rzecz córki powoda oraz wydanym przez Sąd Okręgowy w niniejszej sprawie. Powód objął to roszczenie pierwotnym powództwem, następnie cofnął je po zapadnięciu wyroku zasądającego tę należność na rzecz córki i ponownie rozszerzył po uzyskaniu opinii biegłego, który wycenił pozostawioną na placu budowy tarcicę według stanu stwierdzonego przez strony w momencie sporządzania inwentaryzacji. Opinia biegłego odzwierciedlała jednak tylko stan faktyczny z określonej daty, nie mogła natomiast wykreować dla powoda jakiegokolwiek roszczenia. Z braku materialnej podstawy, która mogłaby zostać wywiedziona tylko w ramach jego uprawnień właścicielskich, powództwo w tym zakresie nie było zasadne. Dlatego Sąd Apelacyjny opierając się na odmiennych niż wskazywane w formalnym zarzucie powodach, uwzględnił apelację pozwanego w tej części.

Nie prowadzą natomiast do uwzględnienia apelacji pozostałe wywiedzione na tej samej podstawie zarzuty. Na wstępie trzeba zaznaczyć, że postawienie zarzutu potrącenia samo w sobie nie kreuje powstania objętych tym zarzutem, przeciwstawianych roszczeniu drugiej strony wierzytelności. Strona podnosząca taki zarzut powinna zatem wykazać, obok przesłanek z art. 498 § 1 k.c. (rodzaj, wymagalność, zaskarżalność), ich zasadność w sensie ziszczenia się przesłanek powstania konkretnego roszczenia - jego podstawy faktycznej, prawnej oraz rozmiarów. Wskazując zaś w formalnym zarzucie apelacyjnym na sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią materiału dowodowego, powinna przywołać te dowody, które w jej ocenie bądź to zostały przez Sąd Okręgowy pominięte, bądź wadliwie zinterpretowane i wadliwość tę wykazać.

Faktem jest, że w uzasadnieniu wyroku Sąd Okręgowy nie odniósł się do wszystkich roszczeń stanowiących podstawę zarzutu potrącenia, wyłączwszy jedno - o naprawienie szkody z tytułu utraconych korzyści. Materiał dowodowy zaoferowany w sprawie pozwala jednak na ich ocenę przez Sąd Apelacyjny w ramach przyznanej mu w art. 382 k.p.c. kompetencji.

Odniesienie do tych zarzutów w kolejności przedstawionej w apelacji wymaga wyjaśnienia zagadnienia sposobu i terminu ustania stosunku umownego stron. Skarżący kwestionuje bowiem, nie nawiązując wprawdzie do stosownej argumentacji jurydycznej, ustalenie Sądu Okręgowego, jakoby 16 maja 2011 r. strony zgodnie odstąpiły od umowy. Przypomnieć w tym miejscu trzeba, że umówiony termin jej wykonania upłynął 15 maja 2011 r. W aktach sprawy brak jest wprawdzie dokumentów, które dawałyby wyraz woli stron odstąpienia od umowy w zastrzeżonej w § 14 pod rygorem nieważności formie pisemnej. Wymóg jej zachowania wynika nie tylko z woli stron (art. 76 k.c.), ale także z woli ustawodawcy, który zastrzegł w art. 77 § 2 k.c. formę pisemną dla czynności następczych w stosunku do zawartej w takiej formie umowy. Należy jednak pamiętać, że pactum de forma może być przez działające wspólnie strony czynności prawnej zmienione lub uchylone w każdym czasie. Dlatego też szczególne znaczenie ma ono dla oceny czynności następczych jednostronnych (np. wypowiedzenie, odstąpienie), natomiast mniejsze dla czynności dwustronnych, np. dla zmiany umowy lub jej rozwiązania. Zmiana zastrzeżonej formy nie wymaga nadto zachowania umówionej pisemnej formy czynności. Wystarczy odcyfrowanie woli stron na podstawie każdego zachowania, które wyraża ją w sposób dostateczny (art. 60 k.c.), zatem także poprzez czynności konkludentne.

Po wymianie pism, w których obie strony - wzywając do rozliczenia, wydania placu budowy, deklarowały brak woli kontynuowania umowy, nastąpiła inwentaryzacja robót i przekazanie protokolarne placu budowy oraz dokumentacji budowy stronie pozwanej. Powyższe stanowi wystarczającą w świetle art. 60 k.c. demonstrację konkludentnie wyrażonej zgodnej woli obu stron rozwiązania umowy, co mimo użycia odmiennego i nieprawidłowego jurydycznie nazewnictwa w uzasadnieniu Sądu Okręgowego (zgodne odstąpienie od umowy), oddaje istotę tej czynności jako prowadzącej do wygaśnięcia zobowiązania powoda na skutek czynności obu stron umowy dających ewidentnie wyraz woli jej rozwiązania. Pozwany, kontestując ustalenia Sądu Okręgowego w tej części, nie wykazuje równocześnie, aby były dotknięte błędem logicznym, ani nie wskazuje dowodów dających podstawę do poczynienia odmiennych ustaleń. Nie ma więc materiału aktowego, na którego podstawie można byłoby wyprowadzić forsowany przez niego wniosek,

że powód popadł w zwłokę w wykonaniu umowy. Sąd Apelacyjny przyjmuje zatem, z dokonaną powyżej korektą, za własne poczynione w tej mierze ustalenia i ocenę Sądu Okręgowego, co zwalnia od potrzeby ponownego aprobującego przytaczania ich w tym miejscu i omawiania zarzutów podniesionych w pkt. I apelacji pod pozycjami drugą i czwartą.

Odnosząc się po tym wstępie do pozostałych zarzutów z pkt. I apelacji, poza omówionym powyżej, trzeba wskazać, co następuje:

1) Pozwany nie nabył, zatem także nie mógł zgłosić do potrącenia roszczenia z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu umowy. Termin jej realizacji upłynął 15 maja 2011 r. Kary umowne z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy nie mogły być więc naliczane od okresu poprzedzającego ustalony termin jej wykonania. Strony nie umówiły się bowiem, że należą się w sytuacji opóźnienia w wykonaniu poszczególnych etapów robót ujętych w harmonogramie, ale o to, że należą się od opóźnienia w wykonaniu robót jako całości. Termin obliczania kar umownych, niezależnie od tego, czy był terminem opóźnienia, czy zwłoki, mógł rozpocząć bieg 16 maja 2011 r. Tymczasem tego dnia strony zgodnie rozwiązały umowę.

2) Sąd Apelacyjny zgadza się z oceną Sądu Okręgowego, że zgłoszona do potrącenia w rozmiarze 175.000 zł szkoda z tytułu niezyskania przewidywanych korzyści z działalności gospodarczej w sezonie turystycznym w 2011 r., nie została w żaden sposób udowodniona. Pozwany formułując na tym tle zgłaszane do potrącenia roszczenie winien je wykazać, stosownie do obowiązku z art. 6 k.c. Zgodnie z jednolitą linią orzecniczą Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, domagając się naprawienia szkody w postaci *lucrum cessans* należy udowodnić, że w stopniu graniczącym z pewnością, w przypadku wykonania zobowiązania przez powoda zgodnie z jego treścią, zatem terminowo, uzyskalby dochód netto z działalności gospodarczej wyższy o zgłoszoną do potrącenia kwotę w stosunku do tego, jaki osiągnął faktycznie. Pozwany nie zgłosił żadnych dowodów pozwalających na poczynienie ustaleń zgodnych z zaprezentowaną tezą. Słusznie zatem ocenił Sąd Okręgowy, że nie ma podstaw do uwzględnienia sformułowanego na tej podstawie zarzutu.

Z przyczyn omówionych w powyższym akapicie w pkt 1., nie wymaga dalszego ustosunkowania podniesiony „z ostrożności procesowej” zarzut z punktu III apelacji.

W tych okolicznościach, działając w granicach apelacji obu stron, Sąd Apelacyjny na mocy art. 386 § 1 k.p.c. orzekł jak w wyroku.

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu przed Sądem Okręgowym zostało wydane na podstawie art. 100 k.p.c. poprzez ich stosunkowe rozdzielenie, stosownie do wyniku sprawy. W tej instancji pozwany ostatecznie uległ w 43,7 %

Rozstrzygając o kosztach instancji odwoławczej Sąd Apelacyjny miał na względzie, że w tej instancji powód uległ jedynie w znikomej części (około 6%), zaś generujące koszty sądowe, poza opłatą od apelacji, postępowanie dowodowe, było prowadzone wskutek zarzutu pozwanego i nie doprowadziło do pozytywnego dla niego efektu, potwierdzając słuszność podjętej na tym etapie akcji procesowej powoda. Uzasadnia to stosowanie przy rozliczeniu kosztów między stronami regulacji z art. 100 zd. 2 k.p.c. Sąd Apelacyjny obciążył zatem pozwanego poniesionymi przez powoda w tej instancji kosztami procesu w wysokości dwukrotności stawki minimalnej przewidzianej w § 6 pkt 6 w związku z § 13 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie, mając na względzie charakter sprawy, w której ocenie podlegała mnogość zgłaszanych przez obie strony roszczeń oraz to, że postępowanie przed Sądem Apelacyjnym wiązało się z uzupełnieniem postępowania dowodowego, co wymagało przeprowadzenia kilku rozpraw.

Rozstrzygając o brakujących kosztach sądowych na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych Sąd Apelacyjny konsekwentnie obciążył powoda jedynie częścią opłaty od apelacji odpowiadającej sumie, w której uległ przeciwnikowi, pozostałymi zaś kosztami obciążył pozwanego.

M. I. E. K. C.