

Sygn. akt I ACa 500/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 czerwca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Andrzej Struzik
Sędziowie:	SSA Hanna Nowicka de Poraj <b><i>SSA Józef Wąsik (spr.)</i></b>
Protokolant:	st.prot.sądowy Katarzyna Rogowska

po rozpoznaniu w dniu 18 czerwca 2013 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa G. W.

przeciwko A. W.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 21 grudnia 2012 r. sygn. akt VII GC 23/12

**1. oddala obie apelacje;**

**2. zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 186 zł (sto osiemdziesiąt sześć złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

### UZASADNIENIE

Powód G. W. - wykonawca robót domagał się zasądzenia od pozwanej A. W. (zamawiającej) kwoty 393.170 zł tytułem reszty wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane na podstawie dwóch umów.

Sąd Okręgowy w Kielcach w dniu 17 grudnia 2009 roku wydał nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym, sygn. akt VII GNc 140/09, nakazując pozwanej A. W., aby zapłaciła powodowi kwotę 393 170 złotych wraz odsetkami w wysokości 13% oraz kwotę 12 132 złotych tytułem kosztów postępowania.

Pozwana A. W. złożyła zarzuty od powyższego nakazu zapłaty wnosząc o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od kosztów postępowania. Zarzuciła, że z przyczyn obciążających powoda odstąpiła od umów z powodem i obciążyła go karami umownymi w kwocie 216.500 zł, które potrąciła z wynagrodzenia należnego powodowi. Nadto podniosła zarzut potrącenia wynikający z nierozliczonych zaliczek (22.000 zł.) oraz z faktur potwierdzonych przez

powoda w łącznej kwocie 286.690,16 zł. Pozwana wskazała także, iż na poczet umówionego wynagrodzenia wypłaciła wykonawcy 1.268.920 zł.

Sąd Okręgowy w Kielcach wyrokiem z dnia 27 września 2011 r., sygn.. akt VII GC 5/100, nakaz zapłaty wydany w dniu 17 grudnia 2009r. przez Sąd Okręgowy w Kielcach, VII GNc 140/09, utrzymał w mocy co do należności głównej w kwocie 172 059,39 zł i odsetek ustawowych od tej kwoty od dnia 15 grudnia 2009r, natomiast w pozostałej części nakaz zapłaty uchylił i oddalił dalej idące powództwo.

Powyższy wyrok został zaskarżony apelacjami przez obie strony.

Sąd Apelacyjny w Krakowie uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał Sądowi Okręgowemu w Kielcach do ponownego rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowania apelacyjnego. W uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny stwierdził, że wyliczenie rozmiaru wierzytelności należnej powodowi oparte na zupełnie różnych metodach wyliczeń obu biegłych jest całkowicie nietrafne i nie dające się w żaden sposób zweryfikować. Wyliczenia matematyczne przedstawione przez Sąd w motywach orzeczenia są na tyle mało czytelne w zakresie przyjętych wielkości objętych wyliczeniami, że nie można sprawdzić ich poprawności nawet z tego punktu widzenia. Po trzecie za oceną o wadliwości orzeczenia Sądu I instancji przemawia brak oceny zagadnień prawnych, które ujawniły się na tle sporu stron, a które mają podstawowe znaczenie dla oceny zasadności roszczenia powoda także przez pryzmat sposobu w jaki pozwana broniła się przed nim w szczególności zgłaszając zarzuty potrącenia wierzytelności wzajemnych których wymiar w jej ocenie prowadzić powinien do oddalenia żądania pozwu w całości. Sąd Apelacyjny podkreślił, że nie mogło zostać przez Sąd pominięte to, czy pozwana skutecznie odstąpiła od obu umów, a jeżeli tak czy po jej stronie rzeczywiście powstały wierzytelności z tytułu kar umownych wobec wykonawcy o jakich stanowiły postanowienia obu kontraktów.

Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę, że oświadczenia o odstąpieniu złożył wobec powoda w obu przypadkach S. W., natomiast pozwana nie przedstawiła umocowania dla składającego oświadczenie o charakterze prawo kształtującym do złożenia go ze skutkiem dla A. W.. Sąd Apelacyjny odniósł się do braku szerszej motywacji oceny, że spośród wierzytelności zgłoszonych do potrącenia, a objętych przedstawianymi przez pozwaną fakturami, waloru skutecznej potrącalności z wierzytelnością dochodzona pozwem nie ma wierzytelność na kwotę 190 171, 16 zł (faktura nr (...)). Sąd Okręgowy nie uzasadnił dlaczego uznał, iż roboty ziemne, należność za które obejmuje wskazany dokument rozliczeniowy miały obciążać pozwaną tym bardziej, że z umów zawartych przez strony wynika, że stanowią element prac do których wykonania zobowiązywał się powód.

W wytycznych Sąd Apelacyjny wskazał, że w na nowo prowadzonym postępowaniu Sąd Okręgowy uwzględni przedstawione zapłaty i wnioski prawne, a w szczególności: oceni skuteczność prawną oświadczeń o odstąpieniu od umów z dnia 1 grudnia 2009r. oraz to czy po stronie zamawiającej rzeczywiście powstały wierzytelności z tytułu odstąpienia, - wartości robót jakie uzna za istotne dla rozstrzygnięcia o roszczeniu powoda ustali na podstawie opinii biegłego /biegłych/ posługującego się jednolitą metodologią wycen, której przyjęcie będzie wobec Sądu przez opiniującego /opiniujących/ szczegółowo wyjaśnione, - ponownie przeanalizuje, przedstawiając w tym zakresie swoje stanowisko prawne, o ile uzna skuteczność oświadczeń o potrąceniu przez pozwaną wierzytelności wzajemnych, czy wierzytelnością zdatną do kompensaty jest wierzytelność stwierdzona fakturą (...), - ustalenia faktyczne poczyni Sąd na podstawie oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego przy czym ocena ta będzie zawierać jasne odniesione do każdego źródła dowodowego kryteria na podstawie których ocena ich przydatności dla poczynienia ustaleń została dokonana. W sposób czytelny i dający się zweryfikować przeprowadzi wyliczenia na podstawie przyjętych przez siebie działań matematycznych o ile takie okażą konieczne.

***Zaskarżonym wyrokiem z dnia 21 grudnia 2012r Sąd Okręgowy w Kielcach orzekł, że:***

I. nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym wydany dnia 17 grudnia 2009r. przez Sąd Okręgowy w Kielcach Wydział VII Gospodarczy sygn. akt VII GNc 140/09 utrzymuje w mocy w części co do należności głównej w kwocie 1.017,34zł i odsetek ustawowych w stosunku rocznym w wysokości 13% od tej kwoty od dnia 15 grudnia 2009r. i każdorazowych odsetek ustawowych do dnia zapłaty,

II. w pozostałej części nakaz zapłaty uchyla i dalej idące powództwo oddala co do należności głównej i odsetek ustawowych,

III. zasądza od G. W. na rzecz A. W. kwotę 45.422,72 zł tytułem kosztów procesu,

IV. ściąga od G. W. na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Kielcach kwotę 4.789,49zł tytułem kosztów sądowych.

Po ponownym przeprowadzeniu postępowania dowodowego Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 6 października 2008r. powód G. W. i pozwana A. W. zawarły umowę o roboty budowlane obejmujące wykonanie czterech budynków w zabudowie bliźniaczej w K. przy ul. (...) wraz z przyłączami na podstawie dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego w terminie do 30 czerwca 2009r. za wynagrodzeniem ryczałtowym 690.000 zł plus VAT. W załączniku nr 2 do umowy określono zakres robót i terminy ich wykonania zaś w załączniku nr 3 standard konstrukcji i wykończenia. W § 30 umowy strony ustaliły m. in. podstawy do odstąpienia od umowy przez każdą ze stron a nadto kary umowne (§ 28) na wypadek odstąpienia przez zamawiającego w wysokości 10% wynagrodzenia umownego. W przypadku wystąpienia robót dodatkowych miały być one rozliczone w sposób szczegółowo opisany w §14 ust. 4 umowy. W dniu 16 maja 2009r. strony zawarły następną umowę na wykonanie dziesięciu budynków jednorodzinnych w zabudowie bliźniaczej w K. przy ul. (...) na podstawie dokumentacji przedłożonej przez zamawiającego w terminie do 31 grudnia 2009r. za wynagrodzeniem ryczałtowym 1.475.000 zł (plus VAT). W pozostałym zakresie umowa była identyczna jak opisana wyżej.

Ponieważ umówione wynagrodzenie z obu umów miało być płacone po zakończeniu, sprawdzeniu i odbiorze kolejnych elementów robót (§ 15) powód wystawił faktury VAT w oparciu o protokoły zaawansowania robót potwierdzone przez zamawiającego, i tak:

- nr (...)z 11.09.2009r. na kwotę 30.647,44 zł, z której do zapłaty pozostało 28.850,69 zł. (k. 42),
- nr (...)z 9.09.2009r. na kwotę 96.300 zł, z której do zapłaty pozostało 5 835,09 zł. (k. 40),
- nr(...)z 11,09.2009r. na kwotę 24.610 zł (k. 43),
- nr (...)z 19.10.2009r. na kwotę 214.000 zł (k. 44),
- nr (...)z 21.10.2009r. na kwotę 64.200 zł. (k. 45),
- nr (...) z 26.10.2009r. na kwotę 37.450 zł. (k. 46),
- nr (...) z 27.10.2009r. na kwotę 18.224,22 zł. (k.47).

W związku z prowadzonymi robotami powód zlecił pozwanej, na zasadzie podwykonawstwa, roboty ziemne i usługi transportowo-sprzętowe na łączną kwotę

218.598,56 zł. netto. W dniu 23 listopada 2009r. powód wstrzymał się z wykonaniem obu umów do czasu zapłaty tychże faktur (k. 78). Pismem z dnia 1 grudnia 2009r. pozwana odstąpiła od obu umów powołując się na okoliczności stanowiące podstawę do takiego oświadczenia woli przywołane w umowach naliczając jednocześnie kary umowne zgłaszając je do potrącenia z wynagrodzenia przysługującego powodowi, (k. 75). Składając oświadczenie o odstąpieniu od umowy pełnomocnik pozwanej S. W. podnosił: opóźnienia w realizacji inwestycji przez okres dłuższy niż jeden miesiąc, wykonywanie robót niezgodnie z zawartą umową odstępowania od projektu, wadliwość wykonanych przez powoda robót oraz przerwanie robót bez ponownego ich podjęcia przez okres dłuższy niż jeden miesiąc tj. od dnia 23 listopada 2009r. do dnia 1 grudnia 2009r. włącznie. Powód natomiast twierdził, że przyczyną wstrzymania przez niego robót był brak zapłaty za prawidłowo wystawione faktury. W dniu 4 grudnia 2009r. strony przystąpiły do zinwentaryzowania robót objętych umowami sporządzając stosowny protokół, którego ustalenia zaakceptował

wykonawca jak i zamawiający (przez swojego pełnomocnika S. W.) oraz kierownik budowy świadek M. B., inspektor nadzoru świadek K. B., świadek S. L., świadek M. J.. W przywołanym oświadczeniu o odstąpieniu od umów pozwana zgłosiła zarzut potrącenia na kwotę 216.500 zł. z wynagrodzenia należnego wykonawcy. Kwota ta obejmowała kary umowne zastrzeżone na wypadek odstąpienia od umowy (69.000 zł i 147.500 zł). Nadto w zarzutach od nakazu zapłaty zgłosiła zarzut potrącenia dalszych kwot: a to 22.000 zł. jako nierozliczone zaliczki, 36.600 zł. wynikającej z faktury (...) (k. 240 - 241), 39.919,09 zł. z faktury (...) (k. 239) i 190.171,16 zł z faktury (...) (k. 237 - 238). Wszystkie te faktury były potwierdzone przez G. W.. Do daty sporu pozwana zapłaciła powodowi wynagrodzenie w łącznej kwocie 1.268.920 zł. (okoliczność bezsporna).

W toku procesu Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego P. R. (1) z zakresu budownictwa, kosztorysowania i rozliczania robót budowlanych na okoliczności wartości robót wykonanych przez powoda przy budowie przy ulicy (...) w K., z uwzględnieniem wad i usterek w ujawnionych robotach budowlanych. (k. 994). Biegły sądowy P. R. w opinii stwierdził, że umowy zawarte pomiędzy stronami, z tytułu braku wskaźników cenotwórczych nie mogą w zaistniałej sytuacji stanowić podstawy do rozliczenia robót nimi objętych, harmonogramy rzeczowo-finansowe (zał. Nr 2) są nimi wyłącznie z nazwy, harmonogramy te nie są schematycznym odzwierciedleniem postępu robót oraz ich wartości, standard konstrukcji - załącznik ten określa jedynie standard budynków do odbioru końcowego robót, będących przedmiotem umów jak również parametry użytych materiałów (załącznik, może spełniać jedynie funkcję informacyjną). Analiza dzienników budowy jednoznacznie pozwala stwierdzić, że nie odzwierciedlają one stanu faktycznego wykonywanych w trakcie realizacji inwestycji, robót budowlanych. Biegły ustalił, Dzienniki Budowy nie były uzupełniane na bieżąco, część wpisów jest dokonana przez osoby nieupoważnione do ich dokonywania, które później zostały przedstawione właściwym osobom do podpisu. Część wpisów dokonanych przez inspektora nadzoru inwestorskiego jest zaprzeczeniem wpisów skonanym przez mego wcześniej, co świadczy o przypadkowym w czasie uzupełnianiu przez niego Dzienników Budowy.

Powyższe stanowi zdaniem Sądu Okręgowego o nienależytym wykonywaniu przez uczestników procesu budowlanego obowiązków, wynikających z przepisów prawa. W analizowanych dziennikach nie stwierdzono wpisów, które winny się tam znaleźć w związku z realizacją robót oraz wstrzymaniem przez powoda robót, w szczególności zaś wpisu o zmianie z dniem 31 grudnia 2009r, wykonawcy robót. Biegły sądowy stwierdził, że przedmiotowe Dzienniki Budowy nie mogą stanowić dokumentu wiarygodnego, na podstawie którego można dokonać rzetelnej analizy czynności zachodzących w związku z realizacją umów zawartych pomiędzy stronami. Ponadto zdaniem biegłego sądowego, Inwestor znał i w pełni akceptował proces prowadzenia budowy, a wpisy przez niego dokonane zostały w terminie późniejszym niż wskazuje na to data. Odnośnie protokołu z inwentaryzacji, biegły stwierdził iż z uwagi na brak: podstawowych obmiarów robót, określenia zakresu odstępstw od projektu, określenia zakresu wyszczególnionych wad i usterek wykonawczych, dokumentu tego nie sposób nazwać protokołem z inwentaryzacji budynków. Biegły sądowy nadto stwierdził, że protokół ten został sporządzony nieudolnie, i tym trudniej go zaakceptować, że został sporządzony z udziałem osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie. Biegły sądowy ustalił w opinii wady, usterek i niedoróbki, które należało przypisać powodowi, nie rozpatrywał natomiast braku podsypki piaskowo-żwirowej pod ławą fundamentową z uwagi na to, że biegły L. D. stwierdził podczas oględzin budynków, że prace w tym zakresie zostały wykonane poprawnie.

We wnioskach końcowych opinii pisemnej biegły sądowy P. R. (1) stwierdził, że: dokumentacja zawarta w aktach sprawy nie daje możliwości i precyzyjnego ustalenia wartości zarówno robót wykonanych przez powoda jak również wartości ujawnionych wad i usterek. Wartość robót wykonanych przez powoda G. W. ustalono na łączną kwotę w wysokości 1.500.474,68zł netto. Wartość ujawnionych wad i usterek ustalono na kwotę 72.889,92 zł. netto. Wartość robót wykonanych przez powoda G. W. pomniejszoną o wartość ujawnionych wad i usterek ustalono na kwotę 1.427.584,76 zł. netto. Wartość robót wykonanych przez powoda G. W. pomniejszoną o wartość ujawnionych wad i usterek oraz o wartość robót wykonanych przez pozwaną na rzecz powoda ustalono na kwotę 1.208.986,20 zł. netto. Biegły sądowy dokonując analizy dokumentów oraz informacji uzyskanych od przedstawicieli stron ustalono, że w związku z prowadzonymi przez siebie robotami powód zlecił pozwanej, na zasadzie podwykonawstwa, roboty ziemne i usługi I transportowo-sprzętowe na łączną kwotę

218.598,56 zł. netto. Zdaniem wykonującego opinię wartość ta odpowiada wartości zakupionych i dostarczonych materiałów oraz zakresowi wszystkich robót ziemnych wykonywanych z użyciem sprzętu ciężkiego na wszystkich dokonywanych przez powoda budynkach (łącznie z budynkami nie objętymi umowami). Analizę tych kosztów biegły przedstawił w części IX opinii.

W ustosunkowaniu się do zarzutów pozwanej biegły sądowy P. R. stwierdził, że zarzuty strony pozwanej sformułowane w piśmie z dnia 2 listopada 2012 r., poza pkt. 2. zasadzie przedstawiają stanowisko i twierdzenia strony. Biegły sądowy stwierdził, że zarzuty te pozbawione są konkretów w odniesieniu do kosztorysów będących załącznikami do opinii głównej, bowiem nie wskazują w jakim zakresie, zdaniem przyjęte przez biegłego obmiary nie zgadzają się ze stanem faktycznym, tym samym zarzutom strony pozwanej brak jest merytorycznego uzasadnienia podstawy na jakiej zostały oparte. Jako słuszne biegły sądowy uznał zarzuty strony pozwanej w zakresie zawyżonej liczby okien dachowych oraz ław kominiarskich na budynkach (...). W opinii głównej przyjęto łącznie 4 szt. okien dachowych zamiast 2. Nie należało również uwzględnić ław kominiarskich. Popołnione błędy są błędami jednostkowymi, wynikają z przeoczenia i nie wpływają w sposób znaczący na wartość wykonanych przez powoda robót, w przedmiotowym zakresie dokonano niezbędnej korekty - załączniki 1-2.

W wyniku ponownej analizy akt sprawy i uwzględnienia słusznych zarzutów pozwanej wartość robót wykonanych przez powoda G. W. przedstawia się następująco. Wartość robót wykonanych przez powoda G. W. ustalono na łączną kwotę w wysokości 1.498.906,56 netto. Wartość ujawnionych wad i usterek jak w opinii głównej wynosi 72.889,92 zł. netto. Wartość robót wykonanych przez powoda G. W. pomniejszona o wartość ujawnionych wad i usterek wynosi 1.426.016,64 zł. netto. Wartość robót wykonanych przez powoda G. W. pomniejszona o wartość ujawnionych wad i usterek oraz o wartość robót wykonanych przez pozwaną na rzecz powoda wynosi 1.207.418,08 zł. netto. (1.291.937,34zł brutto).

W rozliczeniu stron uwzględnić należy zatem fakt, że pozwana z tytułu realizacji umów łączących strony uregulowała powodowi łącznie 1. 290, 920 zł.

Zdaniem Sądu I Instancji powództwo jest zasadne jedynie co do kwoty

1.017,34 zł wraz z ustawowymi odsetkami od 15 grudnia 2009r. do dnia zapłaty. Sąd Okręgowy nie uwzględnił zarzutu potrącenia podniesionego przez pozwaną w toku procesu w zakresie stawianej do potrącenia wierzytelności z tytułu naliczonych powodowi kar umownych.

Pozwana strona nie wykazała istnienia wierzytelności z tytułu naliczenia przez nią powodowi kar umownych z tytułu opóźnienia terminu wykonania przedmiotu umowy, tym samym nie wykazana została zasadność zarzutu potrącenia w tym zakresie. Wobec braku istnienia podnoszonej przez pozwaną w odpowiedzi na pozew wierzytelności z tytułu kar umownych wobec powoda, nie zostały spełnione przesłanki do zastosowania przepisów określonych w art. 498 kc o potrąceniu wierzytelności.

Z zebranego materiału dowodowego, co ewidentnie potwierdzają szczegółowe i precyzyjne ustalenia przebiegu procesu budowlanego poczynione w opinii biegłego sądowego P. R. jednoznacznie wynika, iż przy realizacji postanowień obu umów zarówno pozwana jak i powód nie współpracowały w taki sposób by jednoznacznie stwierdzić i przełożyć ciężar odpowiedzialności kontraktowej za nienależyte wykonanie przedmiotu umowy na powoda. W ocenie Sądu Okręgowego w tak ustalonych okolicznościach faktycznych trudno uznać, że pozwana skutecznie odstąpiła od zawartych z powodem umów, zaś w tym konkretnym przypadku można mówić jedynie o rozwiązaniu umów stron poprzez fakty dokonane stron, (uwarunkowania tempa robót od wywozu ziemi przez pozwaną na zlecenie powoda i w konsekwencji zaprzestanie wykonywania robót przez powoda). Reasumując powyższe w świetle zgromadzonego materiału dowodowego zdaniem Sądu Okręgowego pozwana nie wykazała istnienia wierzytelności z tytułu naliczonych powodowi kar umownych.

Sąd uznał natomiast zarzuty pozwanej, że w związku z prowadzonymi przez siebie robotami powód zlecił pozwanej, na zasadzie podwykonawstwa roboty ziemne i usługi transportowo-sprzętowe na ustaloną przez biegłego sądowego P. R. łączną kwotę 218.598,56 zł netto.

Pozwana z tytułu realizacji umów łączących strony uregulowała powodowi łącznie 1.290,920 zł. Skoro zatem wartość ogólna robót wykonanych przez powoda oszacowanych przez biegłego P. R. wynosiła łącznie 1.291.937,34zł brutto (po pomniejszeniu o stwierdzone wady i usterki oraz o wartość robót i usług wykonanych przez pozwaną na rzecz powoda ), zaś pozwana zapłaciła na rzecz powoda łącznie kwotę 1.290.920 zł, to należne pozostałe do zapłaty powodowi wynagrodzenie stanowi kwotę 1.017,34zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 15 grudnia 2009r. O kosztach procesu stosownie do rozstrzygnięcia Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 §1 i §3 kpc w związku z art. 3 ust. 2 pkt 1, art. 13 ustawy z dnia 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 201 Or. Nr 90, poz. 594 ze zm.), § 6 ust 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu ( Dz. U. Nr 163, poz. 1349 z póź. zm.) i art. 1 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 listopada 2006r. o opłacie skarbowej (Dz. U. Nr 225, poz. 1635 z póź. zm.).

### ***Apelację od tego wyroku wniosły obie strony:***

Pozwana zaskarżyła wyrok co do części należności głównej w kwocie 1.01

7,34 zł i ustawowych odsetek od dnia 15 grudnia 2009r. i zarzucając mu:

1/ naruszenie art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, poprzez uznanie, iż roboty i usługi wykonane przez pozwaną na rzecz powoda powinny być opodatkowane stawką 7 % VAT, pomimo iż zasadnicza stawka VAT wynosząca 22 % nie została tu obniżona (w szczególności do stawki 7 %) przez jakikolwiek przepis szczególnie wymieniony w powołanym art. 41 ust. 1, a przez to wysokość wynagrodzenia z tytułu realizacji robót i usług wynosi 266.690,25 zł brutto, a nie 233.900,46 zł brutto,

2/ naruszenie art. 483 k.c, poprzez uznanie roszczenia pozwanej o zapłatę kary umownej w wysokości 21 6.500 zł za nieuzasadnione,

3/ naruszenie art. 498 k.c, poprzez nieuznanie, iż pozwana skutecznie przedstawiła do potrącenia wierzytelności o zapłatę kwoty 216.500 zł tytułem kary umownej oraz o zapłatę wynagrodzenia z tytułu wykonania przez nią na rzecz powoda robót i usług w kwocie 266.690,25 zł brutto,

4/ naruszenie art. 647 k.c, poprzez przyznanie powodowi wynagrodzenia pomniejszonego o nieprawidłową kwotę wynagrodzenia pozwanej z tytułu wykonania przez nią na rzecz powoda robót i usług w wysokości 233.900,46 zł brutto, a nie 266.690,25 zł brutto,

5/ sprzeczność istotnych ustaleń faktycznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, poprzez przyjęcie, iż wysokość wynagrodzenia pozwanej z tytułu wykonania przez nią na rzecz powoda robót i usług wynosi 233.900,46 zł brutto, a nie 266.690,25 zł brutto.

Na tej podstawie wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku, poprzez uchylenie w całości nakazu zapłaty, oddalenie w całości powództwa i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów postępowania.

Powód zaskarżył przedmiotowy wyrok w części:

- w pkt II sentencji w zakresie, w jakim uchylił on nakaz w kwocie ponad 226.771,16 zł i dalej idące powództwo o zapłatę należności głównej i odsetek ustawowych,
- w punkcie III w zakresie zasądzenia od powoda na rzecz pozwanej kosztów procesu w kwocie ponad 19.531,77 zł,

- w punkcie IV sentencji w zakresie , w jakim nakazuje on pobranie od powoda kwoty ponad 2.059,42 zł na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Kielcach tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 497 kc w zw. z art. 496 kc poprzez jego pominięcie i przyjęcie, że pozwanej przysługuje zapłata za wykonane przez nią roboty ziemne w sytuacji, gdy wynik tej pracy zatrzymała dla siebie.

W oparciu o powyższe zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uwzględnienie powództwa w zaskarżonej części i przyznanie kosztów procesu.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Obie apelacje są bezzasadne.

Sąd I Instancji poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne, które Sąd Apelacyjny przyjmuje za swoje oraz trafnie zastosował przepisy prawa procesowego i materialnego.

#### **I. Odnośnie apelacji pozwanej.**

Nie można przyznać racji pozwanej zarzucającej naruszenie art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, poprzez uznanie, iż roboty i usługi wykonane przez pozwaną na rzecz powoda powinny być opodatkowane stawką 7 % VAT, pomimo iż zasadnicza stawka VAT wynosząca 22 % nie została tu do stawki 7 %. kwestionującej błędne zastosowanie stawki podatku od towarów i usług. Zastosowanie preferencyjnej obniżonej stawki podatku od towarów i usług zależy od jedynie od przedmiotu od przedmiotu inwestycji. W przypadku gdy dane roboty dotyczą budynku mieszkalnego do całości wykonywanych robót zastosowanie znajduje stawka 7%. Tymczasem pozwana chciałaby, aby tylko prace powoda na tej inwestycji były opodatkowane tą stawką, natomiast jej prace wykonywane w zastępstwie powoda zostały obłożone stawką 22%. Z poglądem takim nie sposób się zgodzić. Decydujące znaczenie ma związanie danych prac z konkretną inwestycją, a nie rodzaj konkretnej usługi. Powód również wykonywał prace ziemne niezbędne do posadowienia budynków i również korzystał z transportu - podobnie jak pozwana. Zatem prace obydwu stron, jako związane z tą samą inwestycją powinny być tak samo opodatkowane podatkiem VAT.

Sąd Okręgowy zasadnie również uznał, że strona pozwana nie miała podstaw do obciążenia powoda karą umowną, gdyż nieskutecznie odstąpiła od umowy. Wszak pozwana sama przyczyniła się do opóźnienia w realizacji robót. Wskazuje na to wyraźnie opinia biegłego sądowego P. R. (1). Brak współpracy z powodem przy wykonywaniu zobowiązania, a w szczególności nieuzasadniona odmowa finansowania inwestycji są wystarczającymi argumentami w tym względzie. Z tych względów nie mogą odnieść skutku również zarzuty naruszenia prawa materialnego, gdyż te odniosłyby skutek jedynie w wypadku uznania skuteczności odstąpienia od umowy przez pozwaną

#### **II. Odnośnie apelacji powoda.**

Nie można się zgodzić z zarzutem naruszenia przepisów prawa materialnego, a to art. 497 kc w zw. z art. 496 kc poprzez jego pominięcie i przyjęcie, że pozwanej przysługuje zapłata za wykonane przez nią roboty ziemne w sytuacji, gdy wynik tej pracy zatrzymała dla siebie.

Postawiony zarzut naruszenia prawa materialnego nie może odnieść zamierzonego skutku już z tej przyczyny, że nie jest powiązany z zarzutem naruszenia prawa procesowego przez wadliwe ustalenie stany faktycznego.

Naruszenie prawa procesowego, w tym wadliwość postawy faktycznej sąd drugiej instancji bierze pod uwagę tylko na zarzut strony zgłoszony w apelacji.

Skoro zatem z ustaleń Sądu Okręgowego wynika, że pozwana na zlecenie powoda wykonała określone prace, do których wykonania zobowiązany był powód, to jest rzeczą słuszną, aby za te prace powódce przyznać należne

wynagrodzenie, a innymi słowy, aby powód nie otrzymał za nie wynagrodzenia. Zatem odliczenie z wartości robót wykonanych przez powoda, wartości prac wykonanych przez pozwaną jest zasadne.

Strony nie zakwestionowały w apelacji ustalenia, że powód zlecił pozwanej wykonanie prac, które sam powinien wykonać, a zatem ustalenie to jest wiążące.

Z opinii biegłego sądowego wynika, że biegły ten wycenił osobno prace wykonane przez powoda i prace wykonane przez pozwaną i określił ich wartość. Uwzględnił także w kosztorysach wykonane prace ziemne. Z kolei jak wynika z rozliczenia przedstawionego przez Sąd Okręgowy na k.1202 tylko raz odliczono wartość prac pozwanej. Nadto powód nie zakwestionował w apelacji opinii biegłego. Nie ma racji również pozwana, podnosząca na rozprawie apelacyjnej, że Sąd w ogóle nie uwzględnił wartości jej prac.

Twierdzenia powoda, że pozwana zatrzymując wartość jej prac, jest podwójnie wzbogacona nie może się ostać, gdyż nie uwzględnia kosztów ich wykonania, które poniosła pozwana, a które powinien ponieść powód.

Biorąc pod uwagę przedstawione argumenty Sąd Apelacyjny oddalił obie apelacje na podstawie art. 385 kpc.

Wobec różnicy w wartościach przedmiotu zaskarżenia obu apelacji należało uznać, że powód przegrał sprawę w większym zakresie, zatem powinien zwrócić pozwanej kwotę 186 zł tytułem części kosztów na podstawie art. 100 kpc.