

**Sygn. akt VI Ga 322/15**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 19 maja 2016 r.**

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Andrzej Borucki (spr.)

Sędziowie: SO Renata Bober

SO Anna Harmata

Protokolant: st. sekr. sądowy Joanna Mikulska

po rozpoznaniu w dniu 12 maja 2016 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: A. Ł.

przeciwko: D. C.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda od wyroku Sądu Rejonowego w P.

V Wydziału Gospodarczego z dnia 24 czerwca 2015 r., sygn. akt V GC 264/14

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

I. uchyla nakaz zapłaty wydany w postępowaniu nakazowym przez Sąd Rejonowy w P. V Wydział Gospodarczy w dniu 28 kwietnia 2014 r., sygn. akt V GNc 177/14,

II. zasądza od pozwanego D. C. na rzecz powoda A. Ł. kwotę 67.999,10 zł (sześćdziesiąt siedem tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych dziesięć groszy)

z ustawowymi odsetkami za opóźnienie w zapłacie od dnia 16 stycznia 2014 r. do dnia zapłaty,

III. oddala powództwo w pozostałej części,

IV. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 5.042,29 zł

(pięć tysięcy czterdzieści dwa złote dwadzieścia dziewięć groszy) tytułem kosztów postępowania,

2. oddala apelację w pozostałej części,

3. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 6.191,34 zł (sześć tysięcy sto dziewięćdziesiąt jeden złotych trzydzieści cztery grosze) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego,

4. nakazuje pobrać od powoda A. Ł. na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Rzeszowie kwotę 14,06 zł (czternaście złotych sześć groszy) tytułem brakującej zaliczki na koszty przeprowadzenia dowodu,

5. nakazuje pobrać od pozwanego D. C. na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Rzeszowie kwotę 179,82 zł (sto siedemdziesiąt dziewięć złotych osiemdziesiąt dwa grosze) tytułem brakującej zaliczki na koszty przeprowadzenia dowodu.

**Sygn. akt. VI Ga 322/15**

## UZASADNIENIE

**wyroku z dnia 19 maja 2016 r.**

Powód – A. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano- (...) A. Ł. w K. domagał się zasądzenia od pozwanego D. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...) w P. kwoty 73.306,77 zł, z odsetkami ustawowymi oraz kosztów procesu. Uzasadniając pozew powód podał, że strony zawarły umowę, w ramach której powód miał dostarczyć pozwanemu własnym transportem materiały kamienne na budowę drogi leśnej S.-T.. W/w inwestycję pozwany wykonał jako podwykonawca firmy (...) w R.. Powód w trakcie realizacji umowy wystawiał faktury za dostarczone materiały, które pozwany regulował bez zastrzeżeń. Ostateczne rozliczenie ilości dostarczonych materiałów miało nastąpić w oparciu o kosztorys powykonawczy, zestawienie wyników pomiarów i zestawienie ilości kruszywa. Uwzględniając powyższe, powód wystawił fakturę końcową VAT nr (...) na kwotę 73.306,77 zł, której pozwany nie zapłacił. Powód zarzucił, że pozwany odmawiając zapłaty w/w kwoty nie uwzględnił faktu, iż przedmiotową drogę wykonał na całej długości o 70 cm za szerokość i średnio o 1,6 cm za grubość w stosunku do zakładanej w projekcie.

Po wydaniu przez Sąd Rejonowy nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym pozwany wniósł zarzuty zaskarżając nakaz w całości i wnosząc o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda kosztów procesu. Pozwany zarzucił, iż brak było podstaw do wydania nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym. Podał, iż nie kwestionuje umowy łączącej strony dotyczącej dostarczenia kruszywa na teren budowy drogi T.-S., którą wykonywał jako podwykonawca. Pozwany podniósł natomiast, że zaprzecza by powód dostarczył taką ilość kruszywa, jaką obecnie podaje. Według niego zapłacił w całości za materiał. Podał ponadto, że przedmiotową drogę budowano w technice bezkorytkowej, która powoduje, że pod wpływem siły nacisku przejeżdżających pojazdów następuje „rozjeżdżanie się drogi” i staje się ona szersza od pierwotnie ułożonej.

Po sporządzeniu opinii przez biegłego powód, który nie kwestionował ustaleń biegłego, w związku z zarzutami pozwanego podał, iż zakupił i dostarczył na budowę materiał własny w ilości 12.033 m<sup>3</sup>. Skoro więc biegły ustalił, iż powód włącznie z fakturą dochodzoną pozewem zafakturował 11.994,90 m<sup>3</sup> kruszywa oznacza to, że powód prawidłowo wystawił fakturę VAT nr (...) i ilość wskazanego tam kruszywa została prawidłowo naliczona.

Pozwany wskazał, iż zgodnie z opinią biegłego na wykonanie drogi relacja T.-S. zostało zużytych 12.457,50 m<sup>3</sup> kruszywa włącznie z warstwą zewnętrzną tej drogi. Pozwany wskazał, iż powód potwierdził, iż na warstwę zewnętrzną tej drogi wykonał jedynie usługę przewozową na 1.685,30 m<sup>3</sup> kruszywa, za którą mu zapłacono. Bezsporne, jak podał pozwany jest również to, iż na warstwę zewnętrzną pozwany przywiózł 546 m<sup>3</sup> kruszywa, co daje łącznie 2.231,50 m<sup>3</sup>. Jak podał pozwany, biegły wylicza tę ilość kruszywa na 2.173,62 m<sup>3</sup>. Przyjmując zatem różnicę pomiędzy ogólną ilością kruszywa przeznaczonego na budowę drogi T.-S. – 12.457,50 m<sup>3</sup>, a ilością materiału, która nie została zakupiona przez powoda, nawet w wersji biegłego daje to wynik 12.457,50 m<sup>3</sup> – 2.173,62 m<sup>3</sup>, tj. 10.283,88 m<sup>3</sup>. Zdaniem pozwanego, po zsumowaniu ilości kruszywa zakupionego i dostarczonego przez powoda i po odjęciu kruszywa, które powód jedynie

przywiózł oraz 546 m<sup>3</sup> kruszywa, które przywiezione zostało przez pozwanego okazuje się, iż powód powinien mieć zapłacone za 10.283,88 m<sup>3</sup> kruszywa. Z zestawienia faktur

i opinii biegłego wynika, iż powód miał zapłacone za 10.507,80 m<sup>3</sup>, a więc więcej niż pozwany powinien mu zapłacić.

Sąd Rejonowy w trakcie postępowania ustalił, że Skarb Państwa Lasy Państwowe Nadleśnictwo B. jako inwestor zawarł z M. B. (1) prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Budowa (...) i M.

w R. w ramach zamówienia publicznego w roku 2013 umowę o roboty budowlane dotyczącą budowy drogi leśnej S.-T.. M. B. (2) przy tej drodze wykonał roboty ziemne. Następnie w dniu 18 maja 2013 r. M. B. (2) jako wykonawca zawarł z pozwanym D. C. jako podwykonawcą umowę pisemną nr (...) o roboty budowlane. W wykonaniu tej umowy pozwany miał dokończyć roboty budowlane przy drodze. Budowana droga składała się z trzech warstw: dolnej, pośredniej i zewnętrznej. M. B. (2) ustalił z pozwanym, iż dostarczy materiały na warstwę zewnętrzną drogi. Pozostałe warstwy miał wykonać pozwany. Zawarcie umowy pisemnej o roboty pomiędzy M. B. (1) jako wykonawcą, a D. C. jako podwykonawcą zostało zgłoszone inwestorowi, który wyraził na to zgodę.

D. C. jako podwykonawca zawarł z powodem A. Ł. jako dalszym podwykonawcą kolejną ustną umowę o roboty budowlane, zgodnie z którą powód miał dostarczać materiały na wykonywaną drogę leśną. W trakcie realizacji robót doszło do poszerzenia drogi o około

70 cm na całej długości i średnio o 1,6 cm zwiększenia jej grubości w stosunku do wielkości projektowanych. Strony przyjęły do rozliczenia faktur wartość kruszywa w kwocie 50 zł netto za 1 m<sup>3</sup>.

Wszystkie faktury za dowieziony materiał na budowę drogi wystawione przez powoda, do czasu odbioru drogi przez inwestora, zostały zapłacone przez pozwanego. Dotyczyło to także faktur VAT o nr: (...) z dnia 28 czerwca 2013 r. oraz z dnia 29 czerwca 2013 r. nr (...), wystawionych przez powoda pozwanemu, w których powód nie wskazał ilości dostarczonych materiałów, a które dotyczyły rozliczenia trzech zaliczek, po 30.000,00 zł każda, jakie powód otrzymał od D. C. za pośrednictwem S. B.. Rozliczenie tych zaliczek w wystawionych fakturach VAT obejmowało po 487,8 m<sup>3</sup> kruszywa, co łącznie dawało 1.463 m<sup>3</sup> dostarczonego materiału.

Na warstwę zewnętrzną drogi materiały dostarczył wykonawca M. B. (2) w ilości 1.685,50 m<sup>3</sup>, natomiast powód dokonał ich przewozu, za co wystawił faktury VAT nr (...) r., które zostały przez pozwanego zapłacone. Pozwany bezspornie we własnym zakresie dostarczył na budowę tej drogi (...) m<sup>3</sup> kruszywa. Zapłacił zatem na rzecz powoda należności za dostarczenie na budowę drogi kruszywa w ilości 10.507,80 m<sup>3</sup>.

Powód po odbiorze drogi leśnej przez inwestora uznał, iż została mu zapłacona należność za mniejszą ilość kruszywa, niż faktycznie dostarczył pozwanemu i w związku z tym wystawił pozwanemu w dniu 31 października 2013 r. sporną fakturę VAT nr (...) r. na kwotę 73.306,77 zł, za kruszywo w ilości 1.265 m<sup>3</sup>. Pozwany odmówił jej zapłaty uznając, iż zapłacił

w całości należność powodowi z tytułu ilości dostarczonego na budowę kruszywa.

Biegły powołany w sprawie ustalił, że do budowy drogi zostało zużytych łącznie 12.457,50 m<sup>3</sup> kruszywa i że warstwa zewnętrzna zamykająca drogę wynosiła 2.173,68 m<sup>3</sup>. Przyjął jednak, iż kruszywo na budowę drogi w tej warstwie zewnętrznej dostarczył również powód, albowiem strony podały mu, że pozwany dostarczył na budowę drogi jedynie 546 m<sup>3</sup> kruszywa. Faktycznie jednak, jak zostało wyżej stwierdzone, materiały na warstwę zewnętrzną dostarczył wykonawca M. B. (2), zaś powód dokonał jedynie ich przewiezienia. Biegły w wydanej opinii do rozliczenia należności powoda od pozwanego nie uwzględnił ilości materiałów za które powód otrzymał zapłatę od pozwanego w zakresie objętym fakturami VAT o nr (...) z dnia 28 czerwca 2013 r. oraz z dnia 29 czerwca 2013 r. nr (...),

w których strony rozliczyły łącznie 1.463,40 m<sup>3</sup> kruszywa dostarczonego przez powoda.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Rejonowy wyrokiem z dnia 24 czerwca 2015 r. uchylił w całości nakaz zapłaty wydany

w postępowaniu nakazowym w dniu 28 kwietnia 2014 r. sygn. akt V GNC 177/14 i oddalił powództwo (pkt I) oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 5.117 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 3.600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (pkt II).

Uzasadniając wyrok Sąd stwierdził, że wniesione powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie. Sąd cytując treść art. 647 k.c. wywiódł, że przepis ten nawiązuje do pojęć występujących w przepisach ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane i w niej bliżej określonych. Te same pojęcia, znane prawu budowlanemu, stosuje się w umowach zawieranych pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą czy też między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą (art. 647<sup>1</sup> k.c.).

Zdaniem Sądu, zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 3 i 4 k.c. po stronie inwestora (Skarb Państwa Lasy Państwowe Nadleśnictwo B.) i wykonawcy (M. B. (2)) istniała również kompetencja do wyrażenia zgody na zawarcie przez podwykonawcę jakim był D. C. umowy z dalszym podwykonawcą A. Ł., pisemnej umowy o roboty budowlane. Dotyczyło to zarówno osoby dalszego podwykonawcy, jak i zakresu konkretnych robót, jakie mają mu być powierzone.

Sąd powołując się na pogląd wyrażony w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2006 r. sygn. akt III CZP 36/06 stwierdził dalej, że w celu uzyskania zgody inwestora, podwykonawca powinien przedstawić mu umowę z podwykonawcą lub projekt tej umowy, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie. Inwestor może wyrazić zgodę albo zgłosić pisemny sprzeciw lub zastrzeżenia do treści umowy w terminie 14 dni. Milczeniu inwestora ustawa nadaje sens równoważny z wyrażeniem zgody. W konsekwencji, jeżeli inwestor nie zajmie stanowiska, to uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy (art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 2 k.c. i art. 647<sup>1</sup> § 3 zd. 2 k.c.). Wymóg uzyskania zgody jest dla stron bezwzględnie wiążący i obowiązek ten nie może być zmieniony w drodze innych postanowień umowy. Uchybienie temu obowiązkowi powoduje bezwzględną nieważność umowy – w części dotyczącej powierzenia jej wykonywania dalszemu podwykonawcy, nieobjętej zgodą podmiotów wskazanych w art. 647<sup>1</sup> § 3 k.c. W myśl art. 647<sup>1</sup> § 4 i 6 k.c. postanowienia umów niezgodne z art. 647<sup>1</sup> k.c. są bezwzględnie nieważne.

Jeżeli podwykonawca bądź dalszy podwykonawca wykonał roboty budowlane, w sytuacji braku zgody inwestora i wykonawcy i zachodzi nieważność tych umów z podwykonawcą z powodu naruszenia art. 647<sup>1</sup> § 1-4 k.c., powstaje po stronie podwykonawcy roszczenie o zapłatę wobec wykonawcy na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 w zw. z art. 410 k.c. Przenosząc te rozważania na grunt niniejszej sprawy Sąd stwierdził, że na zawarcie ustnej umowy o roboty budowlane przy budowie drogi S.-T. pomiędzy powodem a pozwanym nie wyrażał zgody zarówno inwestor, jak też wykonawca. Okoliczność ta wynika jednoznacznie z zeznań pracowników Nadleśnictwa, a pośrednio także z zeznań świadka M. B. (1).

W konsekwencji Sąd Rejonowy uznał, iż ustna umowa o roboty budowlane zawarta przez powoda jako dalszego podwykonawcę robót budowlanych z pozwanym jako podwykonawcą, na wykonane robót budowlanych przy budowie drogi S.-T. była nieważna.

Dlatego też roszczenia powoda przeciwko pozwanemu Sąd I instancji rozpoznał w świetle przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (nienależnego świadczenia), tj. na podstawie art. 410 k.c. w zw. z art. 405-409 kc. W zakresie umowy o roboty budowlane należy stwierdzić, iż jeżeli jest ona nieważna, roszczenie zubożonego obejmuje wartość korzyści, jaką ostatecznie uzyskał jego kosztem wzbogacony. W judykaturze Sądu Najwyższego wskazuje się na wąską koncepcję zakresu obowiązku zwrotu; (por. wyrok z 29 kwietnia 2005 r. V CK 537/04, LEX nr 519298 oraz wyrok z 7 listopada 2007 r. II CSK 347/07, Gazeta Prawna 2007, nr 225, s. 8), w których Sąd Najwyższy wskazał, że jeżeli umowa o roboty budowlane jest nieważna, to w miejsce wynagrodzenia należy zasądzić „równowartość robót” na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu – a nie równowartość robót powiększoną o należny zysk. Sąd Rejonowy przypomniał, że podobny pogląd wyraził Sąd Najwyższy w wyroku

z 5 grudnia 2006 r., wskazując, że roszczenie o zwrot wartości materiałów budowlanych wbudowanych w budynek zamawiającego w wykonaniu nieważnej umowy o roboty budowlane jest roszczeniem o zwrot wartości nienależnego świadczenia (sygn. akt II CSK 327/06). Tą korzyścią – w ocenie Sądu – w przedmiotowej sprawie była ilość materiałów dostarczonych przez powoda pozwanemu na budowę drogi leśnej S.-T.. Zgodnie

z opinią biegłego, na wykonanie drogi leśnej T.-S. zostało zużytych łącznie 12.457,50 m<sup>3</sup> kruszywa włącznie z warstwą zewnętrzną tej drogi. Na warstwę zewnętrzną powód wykonał jedynie usługę przewozową dostarczając 1.685,30 m<sup>3</sup> kruszywa, za które mu pozwany zapłacił. Bezsporne jest między stronami również to, iż pozwany dostarczył 546 m<sup>3</sup> kruszywa. Biegły w wydanej opinii wyliczył ilość kruszywa zużytą na warstwę zewnętrzną na 2.173,62 m<sup>3</sup>. Przyjmując zatem jak zasadnie wskazywał pozwany różnicę pomiędzy ogólną ilością kruszywa przeznaczonego na budowę drogi T.-S. – 12.457,50 m<sup>3</sup>, a ilością materiału, która nie została dostarczona przez powoda, przy przyjęciu ilości ustalonej przez biegłego daje to wynik 12.457,50 m<sup>3</sup> – 2.173,62 m<sup>3</sup>, tj. 10.283,88 m<sup>3</sup>.

Po zsumowaniu zatem ilości kruszywa dostarczonego przez powoda na budowę drogi i po odjęciu kruszywa, które powód jedynie przywiózł oraz 546 m<sup>3</sup> kruszywa, które przywiezione zostało przez pozwanego wynika, iż powód powinien otrzymać zwrot należności za 10.283,88 m<sup>3</sup> materiałów. Z zestawienia faktur – przy uwzględnieniu ilości kruszywa wynikającego dodatkowo z faktur VAT nr (...) i opinii biegłego wynika, iż powód miał zapłaconą należność za 10.507,80 m<sup>3</sup>, a więc za większą ilość niż pozwany powinien jemu zapłacić, tj. za 10.283,88 m<sup>3</sup>.

Zdaniem Sądu, należy również podkreślić, iż powód i pozwany jako profesjonaliści w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej powinni zachować należytą staranność i zdawać sobie sprawę z konsekwencji zawierania nieważnej umowy ustnej o roboty budowlane, objętej zamówieniami publicznymi i dodatkowo realizowanej bez należytego potwierdzenia dostarczanych przez powoda na budowę materiałów w postaci kruszywa.

Reasumując, Sąd działając na podstawie art. 496 k.p.c. uchylił wydany nakaz zapłaty i oddalił powództwo. O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. obciążając nimi w całości powoda, jako stronę, która przegrała proces w całości.

Apelację ww. wyroku wniósł powód zarzucając Sądowi Rejonowemu:

1. naruszenie przepisów postępowania w sposób istotny rzutujący na jego wynik, w szczególności:

- naruszenie art. 223 k.p.c. w zw. z art. 286 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez nie uwzględnienie wniosku powoda o uzupełnienie opinii w zakresie wskazanym w piśmie procesowym z dnia 14 kwietnia 2015 r., jak i też poprzez uznanie tego wniosku za spóźniony, w sytuacji gdy po przesłuchaniu biegłego na rozprawie w dniu 31 marca 2015 r. wyszły na jaw nowe okoliczności, a Sąd zobowiązał strony do złożenia pism procesowych, w tym również sprecyzowania zarzutów do opinii biegłego co powód uczynił, dodatkowo w sytuacji gdy przeprowadzenie tego dowodu nie prowadziło do przewlekłości postępowania, a opinia uzupełniająca miała istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy;

- naruszenie art. 233 k.p.c. w zw. z art. 231 k.p.c. i 285 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów wynikające z dokonania ustaleń faktycznych mających wpływ na rozstrzygnięcie w oparciu o opinię biegłego, która w wyniku ustnych wyjaśnień biegłego na rozprawie stała się niewiarygodna, skutkiem czego było dowolne wprowadzenie z materiału dowodowego wniosków, jak i też podzielenie w całości niczym nie udowodnionych twierdzeń pozwanego, które stanęły u podstaw rozstrzygnięcia;

- art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 233 k.p.c., polegające na nie wskazaniu w uzasadnieniu wyroku, z jakich przyczyn Sąd przyjmując jako dowód w sprawie kosztorys złożony na posiedzeniu w dniu 10 czerwca 2015 r., odmówił temu dowodowi wiarygodności i mocy dowodowej, w sytuacji gdy kosztorys ten opracowany na tym samym programie komputerowym z którego korzystał biegły przy zastosowaniu właściwym

norm katalogowych (bez zaokrąglania norm i stosowania właściwych przeliczników) wykazuje, że przy budowie drogi pozwany zużył ponad 2.500 m<sup>3</sup> materiałów kamiennych więcej, niż to wyliczył biegły;

- naruszenie art. 217 k.p.c. w zw. z art. 6 § 2 k.p.c. poprzez brak umiejętnego stosowania uprawnień sędziego wynikających z dyskrecjonalnej władzy, polegające na odmowie dopuszczenia dowodu z opinii uzupełniającej biegłego, w sytuacji gdy wniosek ten został zgłoszony w chwili, gdy zaistniała procesowa potrzeba przeprowadzenia tego dowodu, wnioskowanego bez zbędnej zwłoki,  
a dodatkowo, gdy przeprowadzenie tego dowodu nie powodowało zwłoki  
w rozpoznaniu sprawy, a był on istotny dla rozstrzygnięcia sprawy;

- art. 233 k.p.c. poprzez naruszenie granic swobodnej oceny dowodów, oparcie się na kwestionowanej opinii biegłego w zakresie ustalonej ilości materiałów kamiennych pomimo wykazania, że w tym zakresie niewiarygodna oraz na twierdzeniach pozwanego, w szczególności poprzez danie wiary twierdzeniom strony pozwanej bez szczegółowej analizy materiału dowodowego,  
w szczególności dowodów pisemnych i osobowych z których wynikają istotne rozbieżności w ustaleniach rzeczywistej ilości materiałów kamiennych, wynikających z twierdzeń stron i opinii biegłego;

2. naruszenie prawa materialnego w szczególności:

- art. 647 k.c. i art. 647<sup>1</sup> k.c. poprzez przyjęcie, że powód wykonywał roboty budowlane jako podwykonawca, gdy w rzeczywistości strony wiązała ustna umowa dostawy materiałów kamiennych;

3. sprzeczność ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Wskazując na powyższe powód wniósł o:

1. na podstawie art. 380 k.p.c. rozpoznanie przez Sąd II instancji niezaskarżalnych postanowień Sądu I instancji z dnia 12 maja 2015 r. i z dnia 10 czerwca 2015 r. w przedmiocie oddalenia wniosków powoda zgłoszonych w piśmie procesowym z dnia 16 kwietnia 2015 r., ponowionych na rozprawach w dniach 12 maja 2015 r. i 10 czerwca 2015 r. o dopuszczenie

i przeprowadzenie dowodu z opinii uzupełniającej biegłego na okoliczność prawidłowego wyliczenia ilości materiałów kamiennych przy budowie drogi leśnej S.-T., która to okoliczność wobec zarzutów do opinii,  
a przede wszystkim w świetle wyjaśnień biegłego złożonych na rozprawie wymagała uzupełnienia, co miało istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy oraz o przeprowadzenie tego dowodu przez Sąd II instancji na podstawie art. 382 k.p.c.;

2. zmianę zaskarżonego wyroku i utrzymanie nakazu zapłaty w całości;

3. zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania za pierwszą i drugą instancję;

ewentualnie

4. uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego jej rozpoznania z równoczesnym pozostawieniem temu sądowi rozstrzygnięcie w zakresie kosztów postępowania apelacyjnego.

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Apelacja powoda w świetle uzupełnionego przez Sąd II instancji materiału dowodowego, w zdecydowanej części zasługiwała na uwzględnienie.

Na wstępie należy zaznaczyć, że sąd drugiej instancji – w myśl art. 382 k.p.c. – orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Sąd drugiej instancji jest sądem także merytorycznym i w razie konieczności, nie może poprzestać na zbadaniu zarzutów apelacyjnych, lecz poczynić

własne ustalenia i samodzielnie ocenić je z punktu widzenia prawa materialnego. Postępowanie apelacyjne jest przedłużeniem postępowania przeprowadzonego przez sąd pierwszej instancji i z tego względu sąd drugiej instancji ma obowiązek rozważenia na nowo całokształtu okoliczności, istniejących w chwili zamknięcia rozprawy apelacyjnej oraz własnej ich swobodnej i samodzielnej oceny (art. 233 § 1 k.p.c. i art. 316 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 k.p.c.). Z istoty apelacji wynika, że sąd drugiej instancji nie ogranicza się do kontroli sądu pierwszej instancji, lecz bada ponownie całą sprawę i rozważając wyniki postępowania przed sądem pierwszej instancji, władny jest ocenić je samodzielnie.

Jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego, ustalenia sądu pierwszej instancji nie są dla sądu odwoławczego wiążące, stąd też obowiązek dokonywania ustaleń istnieje niezależnie od tego, czy wnoszący apelację podniósł zarzut dokonania wadliwych ustaleń faktycznych lub ich braku. Sąd drugiej instancji może zmienić ustalenia faktyczne stanowiące podstawę wydania wyroku sądu pierwszej instancji bez przeprowadzenia postępowania dowodowego uzasadniającego odmienne ustalenia, chyba że szczególne okoliczności wymagają ponowienia lub uzupełnienia tego postępowania (uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 1999 r., III CZP 59/98, OSNC 1999, nr 7-8, poz. 124).

Apelacja powoda oparta została przede wszystkim na zarzucie naruszenia przepisów prawa procesowego, tj. dokonaniu przez Sąd I instancji błędnych ustaleń faktycznych i nieprawidłowej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Istota sporu sprowadzała się do ustalenia, jaka jest ilość materiału dostarczonego przez powoda i użytego do budowy drogi, za który nie otrzymał dotychczas zapłaty.

Powód kwestionował przedłożoną przed Sądem I instancji opinię biegłego i domagał się uzupełnienia opinii, wskazując przyczyny dla których taki wniosek składa. Ponośzone przez niego zarzuty co do opinii uznać należało za uzasadnione zwłaszcza, że kosztorys biegłego ustalający ilość zużytych materiałów posiadał istotne błędy, polegające między innymi na zaokrągłaniu norm, w wyniku czego ustalona przez biegłego ilość materiałów kamiennych zużytych do budowy została zaniżona. Ostatecznie Sąd I instancji postanowił na rozprawie oddalić wnioski dowodowe strony powodowej – dopuszczenia dowodu z opinii uzupełniającej biegłego, ewentualnie powołanie innego biegłego - jako spóźnione i nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

W ocenie Sądu Okręgowego oddalenie tego wniosku było niezasadne, ponieważ nie uwzględniło, że potrzeba taka pojawiła się dopiero w momencie wysłuchania biegłego na rozprawie. Stanowiło to uchybienie procesowe, na które zasadnie zwrócił uwagę skarżący w swej apelacji. Ze złożonym wówczas przesłuchaniem biegłego należy wiązać moment zaistnienia potrzeby powołania uzupełniającej opinii biegłego. Ponadto, przeprowadzenie zawnioskowanego dowodu nie spowodowałoby zwłoki w rozpoznaniu sprawy, a na pewno pozwoliłoby ustalić okoliczność istotną dla rozstrzygnięcia.

Dowód z opinii biegłych ma szczególny charakter, gdyż korzysta się z niego w wypadkach wymagających wiadomości specjalnych (art. 278 § 1 k.p.c.). Z tego względu nie mają do niego zastosowania wszystkie zasady dotyczące postępowania dowodowego, w tym art. 217 k.p.c. W świetle bowiem art. 286 k.p.c., sąd ma obowiązek dopuszczenia dowodu z dodatkowej opinii tych samych lub innych biegłych, gdy zachodzi tego potrzeba, a więc wówczas, gdy opinia złożona do sprawy zawiera istotne braki, sprzeczności, względnie nie wyjaśnia istotnych okoliczności (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 2015 roku, I UK 345/14, LEX nr 1771399).

W konsekwencji za zasadny uznać należy zarzut naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c., bowiem Sąd Rejonowy, dokonał całkowicie dowolnej oceny materiału dowodowego zebranego w sprawie.

Skoro zarzut naruszenia art. 217 k.p.c. oraz art. 286 k.p.c. zasługiwał na uwzględnienie, to Sąd Okręgowy uznał, iż zachodzi potrzeba uzupełnienia materiału dowodowego na etapie postępowania odwoławczego i postanowił dopuścić dowód z uzupełniającej opinii biegłego sądowego. Wskazać należy, iż Sąd II instancji usiłował poprzez odebranie dodatkowych wyjaśnień przez biegłego na rozprawie w dniu 28 stycznia 2016 r. spowodować, aby opinia, którą sporządził na potrzeby Sądu Rejonowego została w formie ustnej uzupełniona. Okazało się to jednak nieskuteczne i ostatecznie biegłemu zlecono uzupełnienie opinii według tez sformułowanych na piśmie i przy uwzględnieniu

spornych kwestii w zakresie zarzutów strony powodowej, że opinia, którą biegły sporządził pierwotnie na zlecenie Sądu Rejonowego zawierała wyliczenia, które zostały przez niego podane przy użyciu zaokrąglonych współczynników.

Sporządzona opinia w toku postępowania przed Sądem Odwoławczym zawiera wyjaśnienie podstaw wniosków opinii, a także omówienie błędów

w opinii sporządzonej przed Sądem I instancji. Opinia została przy tym sporządzona nie tylko na podstawie znajdującej się w aktach dokumentacji, ale także po rozmowie z producentami poszczególnych materiałów użytych do budowy drogi. Poza tym na skutek zastrzeżeń do opinii biegły był słuchany uzupełniająco na rozprawie, gdzie odniósł się do wszystkich zarzutów stron,

a jego wyjaśnienia w ocenie Sądu Okręgowego były logiczne, rzetelne

i zupełne. Jak wskazano w opinii, materiał zakupiony i dostarczony przez powoda (11.911,40 m<sup>3</sup>), materiał przetransportowany przez powoda,

a zakupiony przez pozwanego (1.685,50 m<sup>3</sup>) oraz materiał dostarczony własnym środkiem transportu przez pozwanego (546,00 m<sup>3</sup>) - ogółem wynosił 14.142,90 m<sup>3</sup>. Jak wyjaśnił biegły w wartości tej zawarta jest także ilość materiału użytego do wykonania warstwy zewnętrznej. W ilości tej znajduje się również nieopłacona faktura VAT nr (...) za 1.265,00 m<sup>3</sup> materiałów. Na podstawie wyliczenia materiałów przeznaczonych do budowy drogi S.-T., dokonanego za pomocą programu kosztorysowania wyliczono, iż ogółem na budowę drogi zużyto 14.040,156 m<sup>3</sup>. Różnica między ilością materiałów wyliczonych w kosztorysie, a ilością materiałów zafakturowanych wyniosła 102,744 m<sup>3</sup> (14.142,90 m<sup>3</sup> - 14.040,156 m<sup>3</sup>). Z przeprowadzonej opinii wynika także, że ilość materiałów dostarczonych przez powoda na przedmiotową budowę, zarówno zakupionych przez niego, jak i zakupionych przez pozwanego, a tylko dostarczonych przez powoda (przy uwzględnieniu stosowanych w tym zakresie norm, bez ich zaokrąglania), wyliczona w kosztorysie wynosi 13.494,156 m<sup>3</sup> (14.040,156 m<sup>3</sup> - 546,00 m<sup>3</sup>), wartość usług przewozowych powoda, który wykonał przewóz materiałów zakupionych przez pozwanego wynosiła 82.494,60 zł, zaś wartość materiału dostarczonego przez powoda i użytego do budowy drogi, za który nie otrzymał dotychczas zapłaty wynosi 67.999 zł (łącznie z podatkiem VAT). Wartość ta została obliczona w następujący sposób:

- wartość faktury VAT (...) wystawionej przez powoda na kwotę 73.306,77 zł na zakup i dostarczenie 1.265,00 m<sup>3</sup> materiałów powinna być pomniejszona o wartość – 102,744 m<sup>3</sup> materiałów niedostarczonych, a wykazanych w fakturze;
- na podstawie analizy w/w faktury VAT określono, że ilość niedostarczonych 102,744 m<sup>3</sup> materiałów dotyczy pospółki, którą wyceniono w tej fakturze na 42,00 zł/m<sup>3</sup> bez podatku VAT (51,66 zł/m<sup>3</sup> z podatkiem VAT). Wobec powyższego wartość faktury powinna być skorygowana o kwotę 5.307,76 zł.

Nadmienić w tym miejscu trzeba, że opinia ta podlegała, tak jak inne dowody, ocenie według art. 233 k.p.c. Szczególne dla tego dowodu są kryteria oceny, takie jak: poziom wiedzy biegłego, podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania sformułowanego w niej stanowiska, stopień stanowczości wyrażonych w niej ocen, a także zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2002 r., V CKN 1354/00, LEX 77046).

Stosując te kryteria Sąd Okręgowy dokonał oceny przeprowadzonej

w sprawie opinii uzupełniającej. Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw, by kwestionować rzetelność i prawidłowość powyższej opinii. Opinia ta dała podstawę do ustalenia rzeczywistego zużycia materiałów, a tym samym do określenia wartości materiału dostarczonego przez powoda użytego do budowy drogi, za który nie otrzymał on zapłaty. Biegły w swojej opinii wziął pod uwagę, że warstwa wierzchnia ( tzw. zewnętrzna) została wykonana przy użyciu materiałów za które nie płacił powód. Biegły ostatecznie po przedłożeniu pisemnej opinii do akt sprawy i złożeniu wyjaśnień na rozprawie stwierdził ponownie, iż w jego wyliczeniach przedstawionych w opinii wziął pod uwagę współczynniki o które zwrócił się do dostawców tychże materiałów budowlanych, natomiast współczynnik zagęszczania przyjął z kosztorysu powykonawczego, zgodnie z tym, co wynikało z umowy o wykonanie tejże drogi. Biegły podkreślił, że strony



nie wnosily zastrzeżeń, co do zagęszczenia materiałów sypkich, tj. piasku i pospółki, wnosily zaś zastrzeżenia co do zagęszczenia innych materiałów tj. kłińca, tłucznia, mialu kamiennego. Powyższe biegły uwzględnił w swojej opinii, opierając się na informacjach uzyskanych od producentów (czego nie uczynił pierwotnie sporządzając opinię zleconą przez Sąd Rejonowy). Biegły słuchany na rozprawie wskazał także, iż mimo że droga jest o 70 cm szersza, to wszystkie inne parametry zostały zachowane. Przypomnieć należy, iż wskazana rozbieżność wynika z tego, iż przedmiotową drogę budowano w technice bezkorytkowej, na skutek czego pod wpływem siły nacisku przejeżdżających pojazdów stała się szersza niż pierwotnie zakładano, co jest naturalnym następstwem nie stosowania techniki korytkowej. Biegły stwierdził ostatecznie, iż dokonane przez niego ustalenia dają podstawę do stwierdzenia, że pozwany nie zapłacił powodowi kwoty 67.999,10 zł. W związku z powyższym, Sąd Okręgowy przyjął, że treść opinii biegłego ma decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Zauważyć należy, że zeznania powołanych świadków niewiele wniosły do sprawy, bowiem zeznawali oni ogólnie na temat przebiegu realizacji tej inwestycji, podawali, że droga została poszerzona, wskazywali kto przywoził materiały, czym to było obowiązkiem. Powyższe nie ma jednak decydującego znaczenia w sprawie. Biegły na podstawie dowodów z dokumentów, ( w tym faktur) ostatecznie ustalił, że pozwany do dnia wytoczenia przedmiotowego sporu nie zapłacił powodowi kwoty, która została zasądzona.

Sąd Okręgowy nie podzielił również poglądu Sądu Rejonowego, który został wyrażony na str. 6-8 uzasadnienia wyroku, a mianowicie co do podstawy prawnej w oparciu o którą należało ocenić zasadność roszczenia strony powodowej. Nie budzi wątpliwości to, że nie została zawarta pomiędzy stronami umowa w formie pisemnej, co Sąd Rejonowy wywiódł, niemniej jednak

w ocenie Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie należało zastosować wprost przepisy, które dotyczą sprzedaży. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia z dnia

17 października 2008 r. I CSK 106/08 wyraził pogląd ( który Sąd Okręgowy w pełni podziela ), że nie są umowami o podwykonawstwo w rozumieniu art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. umowy zawierane przez wykonawcę z dostawcą maszyn i urządzeń potrzebnych do wykonania robót budowlanych, jak też umowy zawierane przez wykonawcę z dostawcą materiałów budowlanych. Sąd Najwyższy wskazał dalej, że koniecznym warunkiem zastosowania art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. jest wykonanie robót budowlanych przez podwykonawcę, przez co należy rozumieć zrealizowanie części obiektu stanowiącego przedmiot świadczenia wykonawcy w ramach umowy zawartej z inwestorem.

Zakres zadań powierzonych powodowi obejmował dostarczanie materiałów na budowę, ewentualnie dowożenie materiałów, które zostały zakupione przez pozwanego, a zatem nie może być mowy o jego podwykonawstwie

w rozumieniu art. 647<sup>1</sup> k.c. Powód nie był zobowiązany do wykonania określonego dzieła. Jak wskazano bowiem wyżej – decydujące znaczenie w tym zakresie ma okoliczność, czy prace wykonywane przez podwykonawcę prowadzą do osiągnięcia zmaterializowanego rezultatu, składającego się na obiekt, będącego przedmiotem umowy o roboty budowlane zawartej przez inwestora z wykonawcą. Zatem powyższą umowę między stronami należało ocenić jako umowę sprzedaży do której zastosowanie znajduje art. 535 k.c.

Faktem też jest, że przedmiotowa droga była wykonywana na podstawie umowy zawartej pomiędzy inwestorem, a wykonawcą w wyniku przetargu ogłoszonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych. W art. 2 pkt 9b w/w ustawy wskazano, iż ilekroć w ustawie jest mowa o umowie o podwykonawstwo – należy przez to rozumieć umowę

w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

Cechami umowy o podwykonawstwo są więc : pisemność, odpłatność oraz jej przedmiot, tj. usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego. Ponieważ celem umowy o podwykonawstwo będzie wykonanie zamówienia publicznego, do umów o podwykonawstwo będą zaliczane wyłącznie umowy, których celem będzie wykonanie przedmiotu zamówienia publicznego określonego w umowie zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, podlegającego odbiorowi przez zamawiającego. Przedmiotem umowy o podwykonawstwo na usługi,

dostawy, jak i roboty budowlane może być również realizacją świadczenia, które służy wykonaniu przedmiotu zamówienia, np. dostawa materiałów budowlanych służących realizacji robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia publicznego. Nie będą objęte zakresem umowy o podwykonawstwo takie usługi, dostawy lub roboty budowlane, które będą związane pośrednio z przedmiotem zamówienia, ale nie będą służyły jego realizacji, np. usługi ubezpieczenia ryzyk budowlano-montażowych. Przykładowo : w wyroku z dnia 17 marca 2015 r., KIO 404/15; KIO 409/15, wskazano, że kluczowym elementem zakwalifikowania danej umowy, jako umowy o podwykonawstwo jest określenie czy jej przedmiotem jest realizacja części zamówienia publicznego, w wyroku KIO z dnia 14 listopada 2008 r., KIO/UZP 1213/08, wskazano, że dostawcy kamienia, geowłókniny, wyrobów do wykonywania zabezpieczeń skarp i zboczy oraz kostki brukowej będą mieli charakter podmiotów współpracujących z wykonawcą w ściśle określonych zakresach, które w żaden sposób nie mogą stanowić „części zamówienia” w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych. Stosunki dostawców materiałów z wykonawcą robót budowlanych nie mają charakteru podwykonawstwa, są zwykłymi stosunkami gospodarczymi pomiędzy przedsiębiorcami w danej branży, opartymi na ogół o umowy sprzedaży lub dostawy. W wyroku KIO z dnia 18 lutego 2008 r., KIO/UZP 84/08, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła natomiast, że nadinterpretacją byłoby utożsamianie pojęcia „podwykonawcy” z „producentem sprzętu”.

Za podwykonawcę należy uznać podmiot czy osobę, której wykonawca będzie powierzał (zlecał) wykonanie określonej dostawy czy usługi, natomiast za producenta należy uznać osobę lub przedsiębiorstwo produkujące jakieś dobra materialne (por. A. Sikorska-Michalak (red.): Słownik Współczesnego Języka Polskiego, 2001). Producentem zatem jest każdy podmiot, który produkuje określone towary w celu sprzedaży ich na rynku. Stawianie znaku równości pomiędzy podwykonawcą, a producentem sprzętu w świetle przytoczonych definicji nie jest zasadne.

Mimo, iż jak wskazano wyżej, na gruncie prawa zamówień publicznych, krąg podmiotów uznanych za podwykonawcę jest szerszy w porównaniu

z regulacją zawartą w kodeksie cywilnym, to również i w tym przypadku nie można powodowi przypisać statusu podwykonawcy. Podkreślić należy, iż prawo zamówień publicznych dla ważności umowy o zamówienie publiczne zastrzega formę pisemną pod rygorem nieważności, a co jest bezsporne umowy takiej strony sporu nie zawarły.

Uwzględniając powyższe, Sąd Okręgowy nie podzielając poglądu Sądu I instancji, co do podstawy prawnej niniejszego roszczenia uznał, że przedmiotowe powództwo w zakresie zasądzonym kwotą 67.999,10 zł oparte być powinno o treść art. 535 k.c. Zaskarżony wyrok na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. podlegał więc zmianie.

Sąd Okręgowy na podstawie art. 496 k.p.c. uchylił nakaz zapłaty wydany w postępowaniu nakazowym przez Sąd Rejonowy w Przemyślu w dniu 28 kwietnia 2014 r., sygn. akt V GNc 177/14 (pkt I wyroku), zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 67.999,10 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 16 stycznia 2014 r. do dnia zapłaty (pkt II wyroku), w pozostałym zakresie powództwo podlegało oddaleniu (pkt III wyroku).

O kosztach postępowania pierwszoinstancyjnego Sąd orzekł stosownie do wyniku sprawy na zasadzie art. 100 k.p.c. Z kwoty 73.306,77 zł stanowiącej wartość przedmiotu sporu została zasądzona łącznie na rzecz powoda kwota 67.999,10 zł, stanowiąca 92,75% wartości przedmiotu sporu. Zgodnie z zasadą stosunkowego rozdzielenia kosztów procesu, strony powinny ponieść jego koszty w takim stopniu, w jakim przegrały sprawę, a zatem powód w 7,25%, a pozwany w 92,75%. Zgodnie z powyższą zasadą powodowi należy się zwrot kwoty 5.042,29 zł, którą Sąd zasądził na jego rzecz od pozwanego w pkt IV wyroku.

W pozostałym zakresie, na podstawie art. 385 k.p.c. apelacja podlegała oddaleniu jako niezasadna (pkt 2 wyroku).

Orzeczenie o kosztach postępowania apelacyjnego, zawarte w pkt 3 sentencji, zapadło w oparciu o przepis art. 100 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. Koszty procesu wyniosły łącznie 8.616 zł, w tym po stronie powoda kwotę 6.816 zł (opłata od apelacji w wysokości 3.666 zł, zaliczka na wynagrodzenie biegłego w wysokości 1.350 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 1.800 zł na podstawie § 12 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu), koszty procesu po stronie pozwanej

wyniosły 1.800 zł (wynagrodzenie pełnomocnika ustalone w oparciu o § 13 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu). Zgodnie z powyższą zasadą powoda powinny obciążać koszty procesu w 7,25%, tj. w kwocie 624,66 zł, skoro jednak poniósł koszty w kwocie 6.816 zł, to należy się mu zwrot kwoty 6.191,34 zł, którą Sąd zasądził na jego rzecz od pozwanego.

O kosztach sądowych należnych Skarbowi Państwa Sąd orzekł na podstawie art. 113 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w zw. z art. 100 k.p.c. jak w pkt 4 i 5 wyroku nakazując je ściągnąć od powoda w wysokości 14,06 zł, zaś od pozwanego w wysokości 179,82 zł tytułem brakującej zaliczki na wynagrodzenie biegłego pokrytego tymczasowo przez Skarb Państwa.