***Sygn. akt VI ACa 197/15***

# WYROK
## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

***Dnia 2 marca 2016 r.***

***Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:***

***Przewodniczący – SSA – Teresa Mróz***

***Sędzia SA – Ewa Stefańska (spr.)***

***Sędzia SA – Grażyna Kramarska***

***Protokolant: st. sekr. sądowy Mariola Frąckiewicz***

***po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2016 r. w Warszawie***

***sprawy z powództwa M. P.***

***przeciwko (...) Sp. z o.o. w W.***

***o zapłatę***

***na skutek apelacji powoda***

***od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie***

***z dnia 23 października 2014 r.***

***sygn. akt XX GC 884/10***

***oddala apelację.***

***Sygn. akt VI ACa 197/15***

# UZASADNIENIE

Powód M. P. wnosił o orzeczenie nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym, że pozwany (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. jest obowiązany zapłacić mu kwotę 443.304 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 200.000 zł za okres od dnia 16 sierpnia 2008 r. do dnia zapłaty i od kwoty 243.304 zł za okres od dnia 27 kwietnia 2010 r. do dnia zapłaty. Jako podstawę faktyczną roszczenia powód wskazał brak zapłaty przez pozwanego za wykonane roboty rozbiórkowe i budowlane objęte fakturą VAT nr (...) i częściowo fakturą VAT nr (...).

W dniu 15 listopada 2010 r. Sąd Okręgowy w Warszawie wydał nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym (sygn. akt XX GNc 748/10), którym nakazał pozwanemu (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. aby zapłacił powodowi M. P. kwotę 443.304 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 200.000 zł od dnia 16 sierpnia 2008 r. do dnia zapłaty i od kwoty 243.304 zł od dnia 27 kwietnia 2010 r. do dnia zapłaty.

Pozwany (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. wniósł zarzuty od nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym, zaskarżając go w całości i wnosząc jego uchylenie i oddalenie powództwa w całości. Wskazał na brak podstaw do żądania przez powoda zapłaty kwot objętych pozwem ze względu na niedokonanie całościowego rozliczenia wykonanych przez powoda robót budowlanych, niedopełnienie przez niego obowiązku dokonania całościowej obustronnej inwentaryzacji

rzeczywiście wykonanych prac oraz niewskazanie przez strony w umowie o roboty budowlane wskaźników kalkulacji wynagrodzenia końcowego.

Wyrokiem z dnia 23 października 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie uchylił nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym i oddalił powództwo w całości.

Wyrok Sądu Okręgowego został wydany w oparciu o poniższe ustalenia faktyczne i rozważania prawne.

W dniu 30 marca 2007 r. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. zawarła z M. P. umowę o wykonanie robót rozbiórkowych i budowlanych w lokalu użytkowym położonym w W. przy ul. (...), w celu przystosowania go do prowadzenia salonu gier na automatach losowych o niskich wygranych. Zgodnie z § 2 umowy roboty miały zostać wykonane do dnia 31 czerwca 2007 r. W § 3 umowy wskazano, że „Z tytułu wykonania zleconych prac zleceniobiorca otrzyma wynagrodzenie w wysokości ... według kosztorysów powykonawczych, która to kwota jest wynikiem załączonej kalkulacji kosztorysowej.", zaś według § 4 umowy wypłata wynagrodzenia miała nastąpić na podstawie kosztorysu powykonawczego i stwierdzeniu przez zleceniodawcę terminowego i prawidłowego wykonania robót. Umowa ta została zawarta przez strony korespondencyjnie i nie został do niej załączony kosztorys ofertowy. W dniu 5 listopada 2007 r. strony podpisały aneks do umowy, w którym pozwany zlecił powodowi dodatkowe prace.

W dniu 18 kwietnia 2007 r. Prezydent m. (...) W. wydał decyzję o ustaleniu warunków i szczegółowych zasad zagospodarowania terenu oraz jego zabudowy dla inwestycji polegającej na przebudowie lokalu użytkowego ze zmianą funkcji pomieszczeń w części podziemnej, wykonaniu wewnętrznej, otwartej klatki schodowej z przebudową antresoli i stropu nad piwnicą, wymianie stolarki okiennej i drzwi wejściowych przy ulicy (...) w W.. Następnie projektanci zatrudnieni w (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. wykonali projekt budowlany inwestycji „Przebudowa lokalu użytkowego w budynku mieszkalnym, wielorodzinnym" i pozwany złożył wniosek o pozwolenie na budowę. Z powodu nieusunięcia braków formalnych w terminie, wniosek ten został pozostawiony bez rozpoznania przez organ administracji architektoniczno-budowlanej. Pomimo braku decyzji o pozwoleniu na budowę, M. P. za zgodą inwestora rozpoczął realizację robót objętych umową.

W wyniku czynności kontrolnych przeprowadzonych w dniu 3 stycznia 2008 r. przez przedstawiciela Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego dla m.(...) W. stwierdzono, że w lokalu prowadzone są roboty budowlane stanowiące samowolę budowlaną. Postanowieniem z dnia 14 stycznia 2008 r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego dla m.(...) W. wstrzymał prowadzenie robót budowlanych i nałożył na inwestora obowiązek przedłożenia organowi ich inwentaryzacji. Pozwany złożył wymaganą dokumentację i na jej podstawie organ nadzoru architektoniczno-budowlanego uznał, że roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami, sztuką budowlaną i nie mają wpływu na bezpieczeństwo konstrukcji budynku. Wobec zakończenia robót, postępowanie administracyjne prowadzone w ramach nadzoru budowlanego stało się bezprzedmiotowe i zostało umorzone przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla m.(...) W. decyzją z dnia 18 kwietnia 2008 r.

Ponieważ (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. nie uzyskała zezwolenia Ministra Finansów na prowadzenie działalności hazardowej, w czasie realizacji robót zmieniła przeznaczenie pomieszczeń na lokal rozrywkowo-gastronomiczny. W dniu 20 maja 2009 r. Prezydent m.(...) W. wydał decyzję o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę, w zakresie robót budowlanych związanych z przebudową na salon gier z częścią gastronomiczną, ze zmianą funkcji części podziemnej, wykonaniem wewnętrznej instalacji gazowej w lokalu użytkowym położonym w budynku przy ul. (...) w W..

W umowie strony nie określiły zasad ustalenia wynagrodzenia M. P. za wykonanie robót. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. przyjmowała kosztorysy sporządzane przez powoda po zakończeniu poszczególnych etapów prac oraz przyjmowała kolejne faktury VAT i płaciła wnikające z nich kwoty. Powód sporządził osiemnaście kosztorysów powykonawczych na łączną kwotę 5.860.313,10 zł netto plus 22% VAT, tj. łącznie na kwotę 7.149.581,98 zł brutto. Z tego tytułu pozwany zapłacił powodowi łącznie kwotę 6.554.949,56 zł.

Do kosztorysów z dnia 18 marca 2009 r. i z dnia 8 kwietnia 2009 r. powód wystawił trzy faktury VAT. Z wystawionej na kwotę 1.049.200 zł brutto faktury VAT nr (...) z dnia 8 sierpnia 2008 r. pozwany zapłacił powodowi kwotę 849.200 zł brutto. Faktura ta została odebrana przez prezesa zarządu pozwanej spółki (...). Natomiast wynikająca z faktury VAT nr (...) z dnia 19 kwietnia 2010 r. kwota 243.304,09 zł brutto nie została zapłacona nawet w części. Faktura ta została zatwierdzona przez inspektora nadzoru budowlanego i inwestycji Ł. K.. Trzecia faktura VAT nr (...) r. z dnia 15 kwietnia 2009 r. na kwotę 562.851,45 zł brutto została zapłacona przez pozwanego w całości.

W piśmie z dnia 16 sierpnia 2010 r. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. przedstawiła M. P. informację dotyczącą stanu faktycznego rozliczenia wartości robót w lokalu położonym w budynku przy ul. (...) w W., wskazując, że jako inwestor w toku robót nie dokonywał odbiorów z natury poszczególnych ich etapów, przyjmował do realizacji faktury i je opłacał, nie weryfikując merytorycznie otrzymywanych kosztorysów. Otrzymywane faktury nie były adekwatne w zakresie dat do wykonywanych robót, ani nie korelowały w zakresie kwot do kosztorysów, a więc uznać należy, że stanowiły kwoty płacone zaliczkowo. Pozwany przystąpił do weryfikacji kosztorysów w aspektach ilościowym, wartościowym oraz zasadności zastosowania norm kosztorysowych i wskaźników do kosztorysowania. Stwierdził w kosztorysach błędy merytoryczne przy stosowaniu norm, istnienie pozycji fikcyjnych, nieakceptowalny poziom cen materiałów podstawowych, zawyżenie wskaźników do kosztorysowania, samowolne zastosowanie 10% za generalne wykonawstwo, niedostarczenie kopii dowodów zakupu urządzeń i wyrobów gotowych, zastosowanie zawyżonych stawek roboczogodziny i stopy zysku.

W piśmie z dnia 3 września 2010 r. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. przedstawiła M. P. wyniki dokonanej inwentaryzacji powykonawczej robót. W wyniku weryfikacji wykonanych przez powoda prac w ujęciu ilościowym, wartościowym, a także zasadności zastosowania danych norm kosztorysowych i wskaźników do kosztorysowania, inwestor zmniejszył wartości ujęte w poszczególnych kosztorysach powykonawczych do kwot wskazanych w piśmie. Wezwał też powoda do dostarczenia dowodów zakupu oraz kart gwarancyjnych urządzeń i wyrobów gotowych, dokonania odbioru robót, a także zawarcia ugody określającej metodę ostatecznej wyceny robót. Następnie pismem z dnia 22 października 2010 r. pozwany wezwał powoda do zapłaty kwoty. 2.121.526,96 zł brutto z tytułu zwrotu nienależnego świadczenia spełnionego przez (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. na rzecz M. P. na podstawie wadliwie i szczątkowo sporządzonej dokumentacji kosztorysowej.

Na podstawie opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa mgr inż. J. K. Sąd Okręgowy ustalił, że należne powodowi wynagrodzenie za wykonanie umówionych i rzeczywiście zrealizowanych robót według cen średniorynkowych powinno wynosić 5.388.928,75 zł brutto (tj. 4.417.154,70 zł netto plus 22% VAT). Kwota ta została wskazana przez biegłego sądowego w piśmie z dnia 29 maja 2014 r. (k. 1820 akt), którym biegły skorygował swoją opinię uzupełniającą z dnia 14 marca 2014 r. (k. 1742 akt). Sąd pierwszej instancji uznał, że zastrzeżenia powoda do tej opinii zostały wyjaśnione przez biegłego ustnie na terminach rozprawy w dniach 24 września 2013 r., 5 grudnia 2013 r. oraz 9 października 2014 r.

Powód zarzucał, że biegły nie mógł prawidłowo dobrać podstaw wyceny nie znając technologii wykonanych robót. Ponadto w zweryfikowanych kosztorysach przyjął ceny średnie podane w publikacji (...), podczas gdy na budowie nie występowały średnie warunki wykonywania prac. Częściowo transport materiałów odbywał się w nocy, zaś koszty zakupu materiałów i stawka roboczogodziny były uzgadniane z inwestorem lub architektem wnętrz, albowiem standard wykonywanych prac był bardzo wysoki. Zdaniem powoda biegły zweryfikował kosztorysy w oderwaniu od stanu faktycznego, nie uwzględniając wysokiego standardu robót, wielokrotnych zmian koncepcji oraz specyfiki miejsca prowadzenia robót

Biegły wyjaśnił, że wyceny robót należało dokonać na podstawie katalogów, tymczasem w sporządzonych przez powoda kosztorysach powykonawczych wiele wycen było oparte na niewłaściwie dobranych normach, bądź na analizie indywidualnej, która jest dopuszczalna tylko w razie braku podstaw do wyceny w katalogach nakładów rzeczowych. Ponadto biegły w opinii uzupełniającej skorygował pierwotną opinię, uwzględniając fakt, że powód używał ponadstandardowych materiałów, przy normalnej jakości wykonywanych prac. W wycenie biegły uwzględnił też załadunek gruzu na samochody i wylewki. Sąd Okręgowy ocenił ostateczną wersję opinii biegłego sądowego mgr

inż. J. K. za logiczną, wewnętrznie spójną i fachową. Podkreślił, że biegły dokonał wizji w miejscu wykonania prac budowlanych, szczegółowo przeanalizował materiał dowodowy, a następnie wydał opinię opartą na samodzielnych wyliczeniach.

Dokonując oceny dowodów z dokumentów Sąd pierwszej instancji wskazał na wątpliwości dotyczące złożonego przez powoda protokołu zdawczo-odbiorczego z dnia 10 września 2010 r. Pod protokołem podpisali się bowiem powód, M. I. jako kierownik robót oraz J. S. jako przedstawiciel pozwanego i dyrektor generalny. Tymczasem powód nie wykazał istnienia umocowania J. S. jako dyrektora generalnego pozwanego. Ze złożonego do akt sprawy pełnomocnictwa z dnia 26 sierpnia 2009 r. udzielonego przez pozwanego J. S. wynika, że był on umocowany do dokonywania w imieniu (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. wyłącznie czynności związanych z działalnością powstającego klubu, a nie dotyczących bezpośrednio procesu budowlanego. Również żaden ze świadków nie potwierdził istnienia upoważnienia J. S. w tym zakresie. Przedstawiciel pozwanego K. J. zeznała, że był on pracownikiem zewnętrznym zaangażowanym do czynności związanych z działalnością nowopowstającego klubu, uprawnionym do reprezentowania pozwanego tylko w zakresie udzielonego mu pełnomocnictwa.

Zdaniem Sądu Okręgowego dowody ze źródeł osobowych stały się podstawą ustalenia stanu faktycznego sprawy jedynie w ograniczonym zakresie. Przesłuchany w charakterze strony M. P. opisał przebieg procesu inwestycyjnego, jednakże jego zeznania nie były spójne z pozostałymi dowodami. Zeznania przedstawicielki pozwanego K. J. były bardzo ogólnikowe, poza częścią dotyczącą braku końcowego rozliczenia inwestycji oraz zakresu pełnomocnictwa udzielonego J. S.. Również zeznania świadka J. D. były przydatne tylko w zakresie dotyczącym charakteru umówionego wynagrodzenia powoda, albowiem w pozostałym zakresie były one zbyt ogólnikowe. Natomiast zeznania świadka Ł. K. w większości pokrywają się z okolicznościami wynikającymi z dowodów z dokumentów. W pozostałym zakresie świadek nie dysponował wiedzą, gdyż uczestniczył w końcowym etapie procesu budowlanego.

Sąd pierwszej instancji oddalił wnioski dowodowe powoda wskazane w piśmie zatytułowanym „odpowiedź na zarzuty", w tym wnioski o przesłuchanie w charakterze świadków J. S., M. I., B. P., A. M. i J. W., ze względu na zgłoszenie ich z uchybieniem tygodniowego terminu wskazanego w art. 495 § 3 k.p.c. Z tej samej przyczyny oddalone zostały wnioski dowodowe zgłoszone w piśmie procesowym z dnia 6 sierpnia 2012 r., w tym o przesłuchanie w charakterze świadków T. S., P. G., K. S. i W. K.. Sąd Okręgowy oddalił również wnioski dowodowe powoda dotyczące dziennika budowy i dokumentów odbioru poszczególnych branż, albowiem pozwany nie kwestionował zakresu robót wykonanych przez powoda, lecz ich wartość wskazaną w kosztorysach powykonawczych. Tymczasem na podstawie dziennika budowy nie można wycenić wartości wykonanych robót.

Zdaniem Sądu Okręgowego powództwo podlegało oddaleniu.

W przedmiotowej sprawie powód domagał się zasądzenia od pozwanego na jego rzecz kwoty 443.304,00 zł wynikającej z niezapłaconych faktur VAT wystawionych w związku z wykonanymi robotami rozbiórkowymi i budowlanymi w lokalu użytkowym położonym w budynku przy ulicy (...) w W.. Według Sądu pierwszej instancji w sytuacji, gdy strony nie dokonały końcowego rozliczenia inwestycji, dokonanie oceny, czy dochodzona pozwem kwota należy się powodowi, wymagało ustalenia w jakiej łącznie wysokości wynagrodzenie powinien uzyskać powód od pozwanego za wykonane roboty budowlane, a także, czy kwota ta przewyższa zapłaconą już kwotę wynagrodzenia 6.554.949,56 zł brutto.

Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że zgodnie z treścią art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. W orzecznictwie przyjmuje się, że jeżeli w umowie o roboty budowlane zastrzeżono dla ich wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe lub kosztorysowe, istnieje możliwość stosowania odpowiednio art. 628 i art. 632 § 2 k.c. (uzasadnienie uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2009 r., sygn. akt III CZP 41/09, OSNC 2010, nr 3, poz. 33).

Sąd Okręgowy wskazał, że w § 3 umowy o roboty budowlane strony uzgodniły, że M. P. jako wykonawca otrzyma od (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. jako inwestora wynagrodzenie według kosztorysów powykonawczych. Wyjaśnił, że wynagrodzenie kosztorysowe jest określane na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów, co oznacza, że kosztorys powinien być sporządzony przed lub przy zawarciu umowy, a nie po jej wykonaniu. Zdaniem Sądu pierwszej instancji z materiału dowodowego nie wynika, aby strony umówiły się na wynagrodzenie kosztorysowe, lecz wynika, że chodziło im o tzw. wynagrodzenie kosztorysowe powykonawcze. W tej sytuacji powodowi należy się wynagrodzenie ustalone według zasad określonych w art. 628 § 1 w związku z art. 647 k.c.

Sąd pierwszej instancji podał, że zgodnie z treścią art. 628 § 1 k.c. wysokość wynagrodzenia za wykonanie dzieła można określić przez wskazanie podstaw do jego ustalenia. Jeżeli strony nie określiły wysokości wynagrodzenia, ani nie wskazały podstaw do jego ustalenia, poczytuje się w razie wątpliwości, że strony miały na myśli zwykłe wynagrodzenie za dzieło tego rodzaju. Jeżeli także w ten sposób nie da się ustalić wysokości wynagrodzenia, należy się wynagrodzenie odpowiadające uzasadnionemu nakładowi pracy oraz innym nakładom przyjmującego zamówienie.

Odwołując się do poglądów judykatury Sąd Okręgowy wyjaśnił, że do zawarcia umowy o dzieło (o roboty budowlane) nie jest konieczne, aby strony określiły w niej wysokość należnego wynagrodzenia nawet przez wskazanie tylko podstaw do jego ustalenia. W braku tego rodzaju postanowień umownych, zgodnie z regułą interpretacyjną zawartą w art. 628 § 1 k.c. należy przyjąć, że strony miały na myśli zwykłe wynagrodzenie za dzieło tego rodzaju. Jeżeli także w ten sposób nie da się ustalić wysokości wynagrodzenia, należy się wynagrodzenie odpowiadające uzasadnionemu nakładowi pracy oraz innym nakładom przyjmującego zamówienie (uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 10 grudnia 2003 r., sygn. akt I ACa 1144/03, OSA 2005, z. 3, poz. 14).

Dlatego Sąd pierwszej instancji dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego celem oszacowania wysokości należnego powodowi wynagrodzenia za wykonanie umówionych i rzeczywiście zrealizowanych robót według cen średniorynkowych, przy założeniu ponadstandardowych cen materiałów i normalnej jakości wykonywanych prac. Według biegłego wynagrodzenie to powinno wynosić 5.388.928,75 zł brutto (tj. 4.417.154,70 zł netto plus 22% VAT), a więc jest to kwota niższa od zapłaconej już przez inwestora na rzecz wykonawcy kwoty 6.554.949,56 zł brutto. W tej sytuacji powództwo podlegało oddaleniu w całości.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że jeżeli według powoda należy się mu wyższe wynagrodzenie, to powinien tę okoliczność udowodnić. Zgodnie bowiem z treścią art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c. ciężar udowodnienia faktów spoczywa na tej stronie procesu, która wywodzi z nich skutki prawne. Podkreślił, że art. 232 zdanie drugie k.p.c. przewiduje wyjątek od zasady kontradyktoryjności i wynikającego z niej obowiązku dostarczenia dowodów przez strony, dlatego możliwość dopuszczenia dowodu z urzędu należy traktować jako środek ostateczny, dopuszczalny tylko w sytuacji, gdy nie można w inny sposób przeciwstawić się niebezpieczeństwu nieprawidłowego rozstrzygnięcia sprawy. Tymczasem w niniejszej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca, zaś powód nie sprostał ciężarowi udowodnienia, że należy mu się wyższe wynagrodzenie od oszacowanego przez biegłego sądowego.

Od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie apelację wniósł powód M. P..

Apelacją powód zaskarżył wyrok w całości, wnosząc o jego zmianę i uwzględnienie powództwa w całości, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Powód zarzucił wyrokowi Sądu Okręgowego naruszenie:

1) art. 233 § 1 k.p.c. polegające na braku wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego przejawiające się w:

- bezpodstawnym przyjęciu, iż strony przyjęły średnią jakość wykonania, a ilość wykonanych prac możliwa była do zweryfikowania przy znacznym zakresie robót zanikowych i ulegających zakryciu, jak i przy wielokrotnej zmianie przeznaczenia obiektu;

- niezasadnym przyjęciu, iż kwota pobrana przez powoda z tytułu wynagrodzenia nie odpowiadała zakresowi i standardowi prac, podczas gdy była weryfikowana w trakcie trwania budowy;

- sprzecznym z zasadami logiki przyjęciu, iż miały miejsce zmiany przeznaczenia obiektu w ścisłym centrum w tzw. starej zabudowie, przy jednoczesnym kwestionowaniu dodatkowych prac wynikających ze zmiany przeznaczenia i specyfiki;

2) art. 328 § 2 k.p.c. polegające na nie wykazaniu podstaw odmówienia wiarygodności świadkom, dokumentom, jak i pominięciu okoliczności obiektywnych polegających na braku jakiejkolwiek reakcji pozwanego przy założeniu, iż miałyby miejsce nadpłaty w sytuacji gdy realizacja budowy trwała około dwóch lat;

3) art. 217 § 1 i 2, art. 227 i art. 232 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków dowodowych zgłaszanych przez powoda pomimo, iż istniały merytoryczne i proceduralne podstawy do ich uwzględnienia;

4) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów polegające na dokonaniu oceny opinii biegłego przy pominięciu okoliczności, iż ta opinia dotyczyła w przeważającej części robót zanikających i ulegających zakryciu, a w chwili sporządzenia miały miejsce demontaż i dewastacja obiektu, a sam biegły zastrzegł jedynie przybliżony charakter swojej opinii;

5) art. $353^1$ k.c. poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy strony mogły umownie kształtować swoje relacje handlowe;

6) art. 628 § 1 k.c. poprzez niezasadne przyjęcie, iż strony ustaliły, że rozliczenie nastąpi na podstawie kosztorysu sporządzonego przed wykonaniem prac, przy założeniu zwykłego wynagrodzenia za ponadstandardowe prace w utrudnionych warunkach.

Pozwany (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. nie zajął stanowiska co do apelacji powoda.

***Sąd Apelacyjny zważył:***

Apelacja powoda nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne. Również rozważania prawne Sądu pierwszej instancji są prawidłowe.

Podniesiony przez powoda w apelacji zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie zasługuje na uwzględnienie. Zdaniem sądu odwoławczego dokonana przez Sąd Okręgowy ocena dowodów, która znalazła odzwierciedlenie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, jest niewadliwa, jako zgodna z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania. Natomiast powód w apelacji nie wskazał okoliczności, które pozwalałyby Sądowi odwoławczemu na dokonanie oceny dowodów odmiennej niż zawarta w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Tymczasem zarzucenie naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów nie może polegać na przedstawieniu przez stronę alternatywnego stanu faktycznego, a tylko na podważeniu podstaw tej oceny z wykazaniem, że jest ona rażąco wadliwa lub oczywiście błędna (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 2004 r., sygn. akt IV CK 274/03, Lex nr 164852).

Nie ma racji powód zarzucając Sądowi Okręgowemu bezpodstawne ustalenie, że: „strony przyjęły średnią jakość wykonania, a ilość wykonanych prac możliwa była do zweryfikowania przy znacznym zakresie robót zanikowych i ulegających zakryciu, jak i przy wielokrotnej zmianie przeznaczenia obiektu", „kwota pobrana przez powoda z tytułu wynagrodzenia nie odpowiadała zakresowi i standardowi prac, podczas gdy była weryfikowana w trakcie trwania budowy", oraz „miały miejsce zmiany przeznaczenia obiektu w ścisłym centrum w tzw. starej zabudowie, przy jednoczesnym kwestionowaniu dodatkowych prac wynikających ze zmiany przeznaczenia i specyfiki". Nietrafny jest również zarzut przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów polegającego na dokonaniu oceny opinii biegłego przy pominięciu okoliczności, iż opinia ta dotyczyła w przeważającej części robót zanikających i ulegających zakryciu,

a w chwili jej sporządzenia miały miejsce demontaż i dewastacja obiektu, zaś sam biegły zastrzegł jedynie przybliżony charakter swojej opinii.

Wskazać bowiem należy, że w pierwotnej opinii z dnia 30 sierpnia 2011 r. biegły sądowy mgr inż. J. K. po weryfikacji kosztorysów oszacował wartość wykonanych przez powoda robót na kwotę 5.171.679,82 zł brutto (k. 1152 akt), lecz w opinii uzupełniającej z dnia 14 marca 2014 r. (k. 1742 akt), skorygowanej pismem z dnia 29 maja 2014 r. (k. 1820 akt), biegły podwyższył oszacowaną kwotę wynagrodzenia do 5.388.928,75 zł brutto. Wzrost tej kwoty o 217.248,93 zł odzwierciedla uwzględnione przez biegłego sądowego ponadstandardowe ceny materiałów użytych na budowie, przyjęte na podstawie wyjaśnień powoda. Natomiast jakość robót biegły przyjął jako normalną, albowiem zgodnie z art. 647 k.c. prace budowlane zawsze powinny być wykonane zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, zaś wykonanie prac o niższej jakości świadczyłoby o nienależytym wykonaniu umowy przez wykonawcę. Kwota ostatecznie wskazana przez biegłego uwzględnia również wskazana przez powoda technikę wywozu gruzu i wylewki.

Podkreślenia wymaga fakt, że pierwotna opinia została sporządzona przez biegłego sądowego po dokonaniu oględzin lokalu w połowie 2011 r., zaś dowód został przeprowadzony w trybie zabezpieczenia dowodu na podstawie postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 10 maja 2011 r. (k. 1139 akt). Oznacza to, że biegły zapoznał się zarówno ze standardem wykonanych prac, jak i z ich zakresem. Weryfikując złożone przez powoda kosztorysy powykonawcze biegły sądowy zwrócił uwagę na stosowanie przez wykonawcę do wyceny niewłaściwych norm oraz nieuprawnione stosowanie kalkulacji indywidualnych w sytuacji, gdy istniały normy wynikające z katalogów nakładów rzeczowych. Wskazał również na przypadki kilkakrotnego obejmowania kosztorysami powykonawczymi tych samych robót. Powód w apelacji ograniczył się do podniesienia zarzutu istnienia robót zanikowych i ulegających zakryciu, a także robót występujących przy wielokrotnej zmianie przeznaczenia obiektu. Jednakże - w ocenie Sądu Apelacyjnego - jest to zarzut gołosłowny, skoro nie wskazano w nim konkretnych ilości i rodzaju tychże robót, ani zakresu zmian projektu budowlanego wynikających ze zmiany przeznaczenia lokalu. Tymczasem zgodnie z treścią art. 6 k.c. ciężar udowodnienia wykonania dalszych robót spoczywał na wykonawcy i powód nie sprostał temu obowiązkowi. W tej sytuacji Sąd pierwszej instancji trafnie uznał za udowodnioną wartość robót wykonanych przez powoda jedynie w zakresie kwoty oszacowanej przez biegłego sądowego.

Nie ma racji powód twierdząc, że pobrana przez niego dotychczas kwota z tytułu wynagrodzenia odpowiadała zakresowi i standardowi wykonanych prac, albowiem była weryfikowana w trakcie trwania budowy. Z zeznań świadka Ł. K. wynika bowiem, że zaczął on pracę w pozwanej spółce w 2009 r., gdy prace budowlane prowadzone przez powoda były już bardzo zaawansowane i budynek nadawał się do odbioru. Świadek ten wyjaśnił, że w kosztorysach powykonawczych dostarczanych przez powoda niektóre ceny były zawyżone, zaś poziomy zysku powinien wynikać z umowy. Podjął się próby weryfikacji kosztorysów powykonawczych, które były przesyłane przez powoda jako kosztorysy częściowe, lecz nie dał rady zweryfikować całości budowy. Natomiast wiceprezes zarządu pozwanej spółki K. J. zeznała, że powód najpierw przesyłał pozwanemu faktury, które były niezwłocznie płacone, a dopiero później przekazywał kosztorysy. Oznacza to, że w dacie przyjmowania i płacenia faktur (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. nie miała możliwości weryfikacji kwot wskazanych w fakturach VAT. Potwierdza to także treść skierowanego przez pozwanego do powoda pisma z dnia 16 sierpnia 2010 r., z którego wynika, że otrzymywane faktury VAT nie były adekwatne w zakresie dat do wykonywanych robót, ani nie korelowały w zakresie kwot do kosztorysów, a więc stanowiły kwoty płacone zaliczkowo. W tej sytuacji Sąd pierwszej instancji trafnie uznał, że kwoty płacone powodowi przez pozwanego na podstawie kolejnych faktur VAT miały charakter zaliczek, zaś całość inwestycji powinna zostać rozliczona po zakończeniu robót.

Nie ma racji powód twierdząc w apelacji, że Sąd Okręgowy pominął okoliczność braku jakiejkolwiek reakcji pozwanego przy założeniu, że miałyby miejsce nadpłaty. Kwoty wynikające z poszczególnych faktur VAT były bowiem płacone zaliczkowo, dopóki nie przekroczyły szacowanej przez inwestora łącznej wartości robót. Dopiero w chwili, gdy pozwany przystąpił do weryfikacji przesyłanych mu przez powoda z opóźnieniem kosztorysów powykonawczych, zaprzestał płacenia kolejnych faktur VAT, oczekując na ostateczne rozliczenie robót. Słusznie również ocenił Sąd pierwszej

instancji, że końcowy protokół odbioru robót nie może być uznany za skuteczny, albowiem powód nie udowodnił, aby J. S. był upoważniony do dokonania odbioru robót w imieniu inwestora.

Nietrafny jest sformułowany w apelacji zarzut naruszenia art. $353^1$ k.c. poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy strony mogły umownie kształtować swoje relacje handlowe. Przepis ten stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Jednakże powód nie dostrzega, że sama możliwość ukształtowania stosunku prawnego zgodnie z zasadą swobody umów nie przesądza o treści tego konkretnego stosunku prawnego, który strony wykreowały. Zgodnie bowiem z treścią art. 6 k.c. powód powinien udowodnić treść łączącej strony umowy, a w szczególności tych postanowień umownych, które dotyczą sposobu ustalenia i wysokości umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych.

Tymczasem - w ocenie Sądu Apelacyjnego - powód nie wykazał prawdziwości swoich twierdzeń w tym zakresie, a w szczególności nie przedstawił dowodów, które pozwoliłyby dokonać wykładni łączącej strony umowy (art. 65 § 2 k.c.) w sposób odbiegający od jej dosłownego brzmienia. Ze zgromadzonych w sprawie dowodów nie wynika bowiem, aby między stronami doszło do dodatkowych uzgodnień dotyczących zasad ustalania wynagrodzenia wykonawcy. Zasady te nie wynikają także z okoliczności towarzyszących zawarciu i realizacji umowy o roboty budowlane. Wskazać należy, że analizowana umowa została zawarta korespondencyjnie, a jej treść jest chaotyczna, niekompletna. Jest w niej mowa o załączonej kalkulacji kosztorysowej, której nigdy nie sporządzono. Także wykonanie umowy przebiegało w sposób nadmiernie spontaniczny, bez należytej kontroli ze strony inwestora, częściowo w warunkach samowoli budowlanej. Jednakże z uwagi na treść art. 6 k.c. to na powodzie spoczywał obowiązek udowodnienia okoliczności, z których wywodzi on skutki prawne.

W § 3 umowy strony postanowiły, że „Z tytułu wykonania zleconych prac zleceniobiorca otrzyma wynagrodzenie w wysokości ... według kosztorysów powykonawczych, która to kwota jest wynikiem załączonej kalkulacji kosztorysowej.", zaś według § 4 umowy wypłata wynagrodzenia wykonawcy miała nastąpić na podstawie kosztorysu powykonawczego i stwierdzeniu przez zleceniodawcę terminowego i prawidłowego wykonania robót. Jednakże przedmiotowa umowa została zawarta przez strony korespondencyjnie i nie został do niej załączony kosztorys ofertowy. W tej sytuacji należy przyjąć, że strony w umowie nie ustaliły ani wysokości wynagrodzenia powoda, ani podstaw do jego ustalenia. Wbrew twierdzeniom powoda powołane zapisy umowy nie oznaczają zastrzeżenia wynagrodzenia kosztorysowego, albowiem w art. 628 k.c. wskazano, że wymagałoby to sporządzenia zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów. Tymczasem w analizowanej umowie brak jest przedmiaru robót, wskaźników do kosztorysowania (zysk, koszty pośrednie, koszty zakupu), stawki robocizny. Powód nie wykazał również, aby w innym czasie strony zgodnie ustaliły powyższe kwestie. W tej sytuacji Sąd Okręgowy słusznie przyjął, że powodowi należy się wynagrodzenie określone zgodnie z treścią art. 628 § 1 k.c. jako zwykłe wynagrodzenie za dzieło tego rodzaju, ewentualnie wynagrodzenie odpowiadające uzasadnionemu nakładowi pracy oraz innym nakładom przyjmującego zamówienie. Wysokość tego wynagrodzenia oszacował biegły sądowy, jako zwykłego wynagrodzenia za tego rodzaju roboty, przy uwzględnieniu ponadstandardowych cen materiałów i specyficznych warunków wywozu gruzu z budowy.

Wadliwy jest sformułowany w apelacji zarzut naruszenia art. 628 § 1 k.c. poprzez niezasadne przyjęcie, iż strony ustaliły, że rozliczenie nastąpi na podstawie kosztorysu sporządzonego przed wykonaniem prac, przy założeniu zwykłego wynagrodzenia za ponadstandardowe prace w utrudnionych warunkach. Treść zarzutu wynika zapewne z niezrozumienia uzasadnienia zaskarżonego wyroku, w którym takiego ustalenia nie sformułowano. Sąd Okręgowy wskazał jedynie, że skuteczne umówienie się na wynagrodzenie kosztorysowe wymagałoby sporządzenia przez strony zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów. Ponieważ zestawień takich nie sporządzono, a jedynie odwołano się w sposób ogólny do kosztorysów powykonawczych, brak jest podstaw do przyjęcia, że strony w umowie zastrzegły dla powoda wynagrodzenie kosztorysowe. Niezasadne byłoby również przyjęcie stanowiska powoda, że wysokość jego wynagrodzenia powinna wynikać ze sporządzonych przez niego kosztorysów powykonawczych, gdyż kwota wynagrodzenia pozostawałaby wówczas poza jakąkolwiek kontrolą inwestora.

Niezasadne są również podniesione w apelacji zarzuty naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. poprzez nie wykazanie przyczyn odmówienia wiarygodności dowodom z zeznań świadków i dokumentów, a także art. 217 § 1 i 2, art. 227 i art. 232 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków dowodowych zgłaszanych przez powoda pomimo, że istniały merytoryczne i proceduralne podstawy do ich uwzględnienia. Nie ma racji powód twierdząc, że świadek Ł. K. potwierdził fakt bieżącej weryfikacji nadsyłanych przez niego kosztorysów powykonawczych, albowiem z zeznań tego świadka jednoznacznie wynika, iż nie było bieżącej weryfikacji kosztorysów, a sprawdzanie kosztorysów zostało przez niego rozpoczęte dopiero na końcowym etapie budowy i nie zostało ukończone. Sąd Okręgowy prawidłowo oddalił wnioski dowodowe powoda o dotyczące dziennika budowy i dokumentów odbioru poszczególnych branż, albowiem pozwany nie kwestionował zakresu robót wykonanych przez powoda, lecz ich wartość wskazaną w kosztorysach powykonawczych, tymczasem na podstawie dziennika budowy nie można wycenić wartości wykonanych robót. Prawidłowo oddalił również dalsze wnioski dowodowe powoda, których skarżący nie wskazał nawet w apelacji, albowiem były one objęte prekluzją dowodową na podstawie art. 495 § 3 k.p.c. Zawarte w apelacji twierdzenia powoda o braku podstaw do zastosowania przepisów o prekluzji dowodowej są całkowicie gołosłowne.

Podstawą orzeczenia Sądu Apelacyjnego był art. 385 k.p.c.