

**Sygn. akt I ACa 824/16**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 maja 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Lublinie, I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia	SA Jerzy Nawrocki
Sędzia:	SA Walentyna Łukomska-Drzymała (spr.)
Sędzia:	SA Elżbieta Patrykiewicz
Protokolant	sekr. sądowy Agnieszka Pawlikowska

po rozpoznaniu w dniu 25 maja 2017 r. w Lublinie na rozprawie

sprawy z powództwa J. S.

przeciwko Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w R.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda od wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 maja 2016 r., sygn. akt IX GC 43/14

I. zmienia częściowo zaskarżony wyrok w punkcie I w ten sposób, że zasądza od pozwanej Spółdzielni Mieszkaniowej (...) z siedzibą w R. na rzecz J. S. kwotę 99.000,46 zł (dziewięćdziesiąt dziewięć tysięcy 46/100) z ustawowymi odsetkami od dnia 23 grudnia 2013 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty i kwotę 6.659,56 zł (sześć tysięcy sześćset pięćdziesiąt dziewięć 56/100) oraz w całości w punkcie II w ten sposób, że zasądza od pozwanej Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w R. na rzecz powoda J. S. 9.617 zł (dziewięć tysięcy sześćset siedemnaście) tytułem kosztów procesu;

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza od pozwanej Spółdzielni Mieszkaniowej (...) z siedzibą w R. na rzecz powoda J. S. kwotę 7.400 zł (siedem tysięcy czterysta) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt I ACa 824/16

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 9 maja 2015 roku Sąd Okręgowy w Lublinie oddalił powództwo J. S. skierowane przeciwko pozwanej Spółdzielni Mieszkaniowej (...) z siedzibą w R. (pkt I) i zasądził od powoda na rzecz pozwanej Spółdzielni kwotę 3.617 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt II).

W uzasadnieniu wyroku Sąd Okręgowy wskazał na następujące ustalenia i motywy swego rozstrzygnięcia:

Powód J. S. i pozwana Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) z siedzibą w R. są przedsiębiorcami prowadzącym działalność gospodarczą. W dniu (...) r. powód zawarł z pozwaną umowę o roboty budowlane - montażowe dla zadania pn. „Budowa nowej kotłowni osiedlowej w R. - I etap, budowa osiedlowych sieci i przyłączy ciepłowniczych - etap II, w oparciu o uzyskane decyzje środowiskowe, pozwolenia na budowę oraz decyzje zezwalające na realizację inwestycji drogowych, dalej jako „umowa o roboty budowlane”. W ramach tej umowy wykonawcą prac miał być powód oraz W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) W. S. z siedzibą w W., współpracujący z powodem przy wykonaniu umowy. Umowa nie wskazywała wprost, który z wykonawców i w jakim zakresie ma wykonać prace. Zgodnie z (...) rozliczanie robót miało odbywać się na podstawie faktur częściowych odwołujących się w zakresie wykonanych prac do harmonogramu rzeczowo – finansowego zatwierdzonego przez zamawiającego.

W umowie strony określiły, iż w ramach przedmiotu umowy wykonawcy (w tym powód) mają wykonać następujące prace budowlane - montażowe: usunięcie kolizji z infrastrukturą podziemną i naziemną, roboty ziemne, roboty nawierzchniowe, wykonanie nowego budynku kotłowni, instalacji sanitarnej wewnętrznej ze wszystkimi urządzeniami niezbędnymi do prawidłowego działania kotłowni, wykonanie instalacji elektrycznej wewnętrznej, instalacji wentylacji, instalacji wodno - kanalizacyjnej, przyłącza elektrycznego od punktu pomiarowego do budynku, wodociągowego, kanalizacyjnego, wykonanie drogi dojazdowej oraz placu składowego, wykonanie komina, wykonanie sieci ciepłowniczych wraz z przyłączami i dostawą ciepła do budynków zamawiającego w terminie 30 dni od daty uprawomocnienia się decyzji - pozwolenia na budowę II - go etapu, uruchomienie i regulacja systemu ciepłowniczego.

Za wykonanie całego przedmiotu umowy, zgodnie (...) umowy, strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe brutto w wysokości 1.239.840 zł, rozliczane częściowo w trakcie inwestycji, a ostatecznie fakturą końcową. W (...) w/w paragrafu ustalono, iż faktury za prace stanowiące przedmiot umowy będą płatne przelewem na konto wskazane przez wykonawcę na fakturze. Termin wykonania i odbioru przedmiotu umowy strony ustaliły do dnia 20 grudnia 2012 r., w tym budynek z technologią kotłowni do dnia 31 października 2012 r., zaś sieci i przyłącza ciepłowniczego w ciągu jednego miesiąca po uzyskaniu prawomocnego pozwolenia na budowę. W (...) umowy ustalono zaś, iż płatnikiem realizowanych robót będzie Zamawiający – pozwana Spółdzielnia.

Aneks nr (...) z dnia 1 lipca 2013 r. strony zmieniły zawartą umowę o roboty budowlane, rozszerzając uregulowany w jej (...) przedmiot umowy o następujące prace: demontaż dwóch kotłów typu KWM-S i urządzeń pomocniczych, zamówienie kotła o mocy 500 KW i montaż dwóch kotłów wraz z urządzeniami pomocniczymi oraz wykonanie innych prac zgodnie ze znowelizowanym projektem technicznym. W aneksie strony zmieniły także termin wykonania i odbioru robót, na dzień 15 października 2013 r. Aneks został podpisany przez powoda, drugiego z wykonawców - W. S., Prezesa Zarządu pozwanej A. K. (1) oraz pełnomocnika zarządu pozwanej - A. K. (2).

Powód wykonał jedynie część prac, do których zobowiązał się w wyniku zawartej umowy na rzecz pozwanej m.in. wykonanie sieci ciepłowniczej z rur preizolowanych, a także budynek kotłowni wraz z wyposażeniem, z tym że jego prace nie zostały wykonane właściwie. Pozwana Spółdzielnia odstąpiła od umowy z powodem w zakresie wykonania sieci ciepłowniczej.

Za wykonanie prac powód wystawił w dniu 31 maja 2013 r. fakturę VAT nr (...) r., obciążając pozwaną kwotą 369.000 zł, płatną przelewem do dnia 14 czerwca 2013 r.. Wcześniej za wykonane prace faktury wystawiał W. S.. Faktury te zostały zapłacone przez pozwaną Spółdzielnię w całości. Umowa nie określała, który z wykonawców ma wykonać określony zakres prac. W relacjach wewnętrznych powód z W. S. ustalił, że W. S. w pierwszej kolejności sam wystawi faktury na prace wykonywane a na pozostałą część prac faktury wystawi powód. Sporna faktura została w sposób prawidłowy doręczona, powód wzywał do jej zapłaty.

Pozwana Spółdzielnia zakwestionowała sposób wykonania prac jako niezgodny z umową, w szczególności z projektem budowlanym, co do zakresu i jakości tych prac oraz ich wartość. Prace nie zostały odebrane. W/w faktura nie określała elementu wykonanych robót zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym i nie jest do niej dołączony protokół odbioru robót, tym samym faktura nie spełnia wymogu zapisu (...) umowy i dlatego została zwrócona powodowi wraz z wezwaniem do zapłaty. Roboty nie zostały także wykonane należycie zgodnie z projektem i umową. Kotłownia została wykonana i odebrana. Jednak budynek kotłowni nie był wykonany w 100% oraz nie została wykonana droga dojazdowa. Sieć ciepłownicza została wykonana niezgodnie z umową i projektem, w szczególności została przeprowadzona w sposób odbiegający od projektu ponad metr od planowanego przebiegu na odcinkach pod drogami. Wykorzystano na tych odcinkach stare kanały ciepłownicze, w sytuacji gdy projekt przewidywał przeprowadzenie nowych kanałów ciepłowniczych w innych lokalizacjach. Nie zostały uruchomione zawory przy blokach, które się zakręca na wypadek awarii. Zostały one zasypane. Nie zainstalowano w kotłowni zaworów bezpieczeństwa, co uniemożliwia zgłoszenie kotłowni do nadzoru technicznego. Wykonawcy nie dokonali wpłaty 10% kaucji zabezpieczającej tj. kwoty około 123.000 zł. Nie wszystkie rury zostały preizolowane, nie wykonano też prac wykończeniowych i porządkowych wyrównania terenu, posiania trawy i położenia kostki. Dokumentacja odbiorowa zawierała braki. Według obliczeń inspektora nadzoru wartość prac wykonanych przez powoda wyniosła ponad 100.000 zł mniej niż to wynikało z faktury przedstawionej przez powoda. Pozwana Spółdzielnia zapłaciła faktury wystawione przez W. S. a powodowi zapłaciła za roboty, które zdaniem Spółdzielni zostały wykonane częściowo ze spornej faktury. Zostało mu zapłacone wynagrodzenia za wyjątkiem kwoty dochodzonej pozwem. W sprawie nie sporządzono kosztorysu inwestorskiego przed rozpoczęciem inwestycji, sporządzono kosztorysy powykonawcze i dla celów kredytu bankowego, które określały różne wartości robót, kosztorysy zaakceptowane przez pozwaną Spółdzielnię zawierały wartość faktycznie wykonanych robót na kwotę 203.964,97 zł. Sporządzono protokół szczelności i wytrzymałości sieci centralnego ogrzewania a nie sporządzono protokołu (częściowego ani końcowego) i nie doszło do odbioru końcowego sieci.

Powód nie przedstawił uaktualnionej dokumentacji, nie zgłosił robót do odbioru i nie złożył dokumentacji, która pozwoliłaby na odbiór, inwentaryzację i nie wydano decyzji o dopuszczeniu sieci do użytkowania. Sieć ciepłownicza została uruchomiona ze względów humanitarnych, natomiast już po wykonaniu robót przy sporządzaniu inwentaryzacji geodezyjnej przez uprawnionych geodetów okazało się, że przebiega ona w sposób odbiegający od projektu w sposób tak istotny, że uniemożliwiał ich inwentaryzację i sporządzenie dokumentacji – w ramach pierwotnego projektu. Pozwana Spółdzielnia podjęła działania zmierzające do „dopasowania” projektu do zaistniałego faktycznie przebiegu sieci ciepłowniczej tak aby mogła być odebrana i formalnie dopuszczona do użytkowania. Wykonawcy na nowy przebieg sieci nie uzyskali zgód wszystkich współwłaścicieli nieruchomości, po których przebiega sieć ciepłownicza. Powód miał świadomość, że przebieg rurociągu ciepłowniczego stanowi istotne odstępstwo od projektu. Nie wykazał istnienia zgody pisemnej pozwanej na odstępstwo od przebiegu rurociągu. Wykonanie sieci ciepłowniczej w starych kanałach obniżyło wartość prac powoda w tym zakresie do kwoty 203.000 zł brutto.

Sąd Okręgowy wskazał też, że zgodnie z zapisem (...) umowy osobnym odbiorom miały podlegać roboty zanikające lub ulegające zakryciu – a roszczenie powoda dotyczy należności za wykonanie robót ulegających zakryciu (sieć ciepłownicza podziemna, która została zasypana przez powoda bez zgłoszenia do odbioru przez wpis do dziennika budowy); powód nie dokonał ani jednego wpisu do dziennika budowy. Powód nie zgłosił do odbioru ani wykonanych robót, ani usterek stwierdzonych w trakcie przeglądów z 22.07.2013 r., 19.11.2013 r. i w 3.03.2014 r. Pozwana Spółdzielnia złożyła w dniu 22 lipca 2014 oświadczenie o odstąpieniu od umowy z winy wykonawcy.

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił na podstawie dowodów z dokumentów oraz zeznań świadków i przesłuchania stron. Dowody z dokumentów nie były kwestionowane przez strony co do swojej autentyczności, dlatego Sąd obdarzył je atrybutem wiarygodności. W sprawie występowały różnice w kosztorysach powykonawczych co do wartości wykonanych robót,

jednakże wobec braku inicjatywy dowodowej co do przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego w zakresie wartości robót, kwestię tę Sąd Okręgowy pominął, gdyż wymagają one wiadomości specjalnych. W braku protokołów odbioru – prac dochodzonych pozwem - kwestia zakresu i wartości wykonanych prac jako zgodnych z umową i wystawioną fakturą ciążyła na powodzie. Sąd Okręgowy uznał, co do zasady za wiarygodne zeznania świadków i stron. Nie uznał za wiarygodne zeznań powoda w zakresie, w jakim twierdził on, że uzyskał zgodę na przebieg sieci i niewykonanie pewnych prac niezgodnie z projektem budowlanym. Strony nie współpracowały ze sobą w zakresie dostosowania stanu faktycznego na budowie do stanu prawnego. Istnienia takiej zgody nie potwierdził przedstawiciel pozwanej Spółdzielni (ani obecny ani były prezes), nie znajduje to potwierdzenia w żadnych dowodach z dokumentów.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, iż powództwo nie jest zasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Strony zawarły umowę o roboty budowlane na prace określone w ustalonym stanie faktycznym (art. 647 kc). Za wykonane prace zgodnie z umową i projektem należało się powodowi wynagrodzenie ryczałtowe. Powstanie roszczenia o wynagrodzenie i jego wymagalność uzależniona jest do wykazania, że zaistniał po stronie powoda rezultat w postaci wykonania prac budowlanych – montażowych zgodnie z umową i projektem, ich odebrania/przyjęcia i wykazania ich wartości. W ocenie Sądu Okręgowego powód nie wykazał, aby prace wykonał zgodnie z umową i projektem, aby przedstawił i zgłosił prace do odbioru oraz, że zostały one przyjęte i odebrane.

W kotłowni nie zainstalowano zaworów bezpieczeństwa, co uniemożliwia zgłoszenie jej do nadzoru technicznego. Sieć ciepłownicza została położona miejscami niezgodnie z umową i projektem w taki sposób, że jest to istotne odstępstwo od projektu i uniemożliwia jej odbiór czego musiał świadomość powód. Powód nie wykazał, by miał pisemne zgody na takie odstępstwa. Zgodnie z art. 648 § 1 kc w zw. z art. 74 § 1 kc umowa o roboty budowlane wymaga formy pisemnej ad probationem,. Jej zmiana i odstępstwa od projektu wymagałaby formy pisemnej. Jej niezachowanie rodzi ograniczenia dowodowe wykazywania zmiany jej treści. Mianowicie nie jest dopuszczalny dowód

z przesłuchania stron i zeznań świadków. Same twierdzenia powoda w tym wypadku nie mogą być traktowane jako dowód w sprawie, albowiem prowadziłyby do ominięcia ograniczeń dowodowych statuowanych przepisami prawa - na okoliczność odstępstw od projektu, który był integralną częścią umowy. Powód nie wykazał też przy wysokości wynagrodzenia określonego

w sposób ryczałtowy, by wykonał prace i to o takiej wartości jaką wskazał w żądaniu pozwu i spornej fakturze. Sama faktura czy jednostronnie wykonany przez powoda kosztorys powykonawczy i nie zaakceptowany przez pozwaną, nie może stanowić wystarczającego dowodu na wartość wykonanych prac. Stanowią one w swej istocie jednostronnie wystawione przez powoda dokumenty prywatne, świadczące o tym, że złożył on oświadczenie określonej treści. Nie dowodzi prawdziwości tych oświadczeń. Nadto pozwana Spółdzielnia zakwestionowała wartość wykonanych prac. Na k. 125 inspektor nadzoru zakwestionował wartość prac w nim wskazanych i wskazał, że wartość prac to nie kwota 395.080,05 zł a kwota 283.138,79 zł. W sprawie nie sporządzano kosztorysu przed rozpoczęciem prac, sporządzano kilka kosztorysów powykonawczych, kwestionowanych przez pozwanego o wartość prac niewykonanych i wadliwych, a więc wartość robót była przez cały czas pomiędzy stronami sporna. Na tę okoliczność nie powołano dowodu z opinii biegłego sądowego.

Powód nie przedstawił protokołu odbioru końcowego, nie wykazał aby prace zostały wykonane w całości i do tego zgodnie z projektem. Nie zakwestionował istnienia istotnych odstępstw rurociągu ciepłowniczego od projektu, powód sam je potwierdził. Pozwana Spółdzielnia wykazała, że prace wykonano niezgodnie z projektem oraz nie wykonano ich w całości. Skoro powód, jak przyznał, nie wykonał całości prac, to powinien wykazać wartość prac wykonanych. Nie stanowi takiego dowodu faktura czy też wykonane przez niego obmiary. Jak wskazał kolejny inspektor nadzoru wartość wykonanych prac była zawyżona o około 100.000 zł. Powód nie wykazał by było inaczej, nie wystąpił o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność wykonania prac zgodnie z projektem i ich rzeczywistej wartości odpowiadającej wysokości wystawionej faktury i dochodzonej w niniejszym

postępowaniu. Oceny tej, zdaniem Sądu Okręgowego, nie zmienia uruchomienie sieci ciepłowniczej, by w zimie dostarczać ciepło mieszkańcom wielu bloków

w spółdzielni. Należy zrozumieć działanie obu stron pod presją czasu i chęć zapewnienia dostaw ciepła lokatorom i docenić te starania przez obie strony. Takie działanie jednak nie może stać w sprzeczności z zasadami prawa i uzasadniać wykonanie prac wbrew projektowi, przy braku sporządzenia ostatecznie projektu zamiennego i jego akceptacji decyzją zamienną. Sieci nie można odebrać w znaczeniu prawnym i jej zalegalizować, wartość prac została zakwestionowana przez pozwaną o ponad sto tysięcy, a powód nie wykazał by jego prace miały faktycznie wskazaną przez niego wartość. W pozostałym zakresie wynagrodzenie zostało wypłacone wykonawcom, w tym powodowi. Nie wypłacono wyłącznie kwoty około 100.000 zł za sieć ciepłowniczą w spornym zakresie – należności dochodzonych sporną fakturą. W zakresie tej kwoty pozwana Spółdzielnia zakwestionowała fakt, że powód wykonał prace o tej wartości. Z tych powodów jego roszczenie Sąd Okręgowy uznał jako niezasadne i nie wykazane, i dlatego powództwo oddalił na podstawie przepisów powołanych w treści uzasadnienia.

Orzeczenie o kosztach jest wynikiem zastosowania zasady odpowiedzialności za wynik procesu, o której mowa w art. 98 § 1 kpc.

**Apelację** od powyższego wyroku złożył powód J. S. zarzucając wyrokowi:

I. naruszenie prawa materialnego, a mianowicie:

1. art. 481 kc poprzez jego nie zastosowanie i przyjęcie, że powodowi nie należą się odsetki ustawowe z tytułu opóźnienia w spełnieniu świadczenia pieniężnego wynikającego z faktury VAT nr (...) r. w łącznej wysokości 20.984,85 zł;

2. art. 74 § 2 kc poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której Sąd Okręgowy uwzględnił wniosek powoda o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków na okoliczność zgody pozwanego na dokonanie odstępstw od projektu, zaś pozwana nie wносиła o jego oddalenie, co jednoznacznie wskazuje, że zgodnie z tym przepisem doszło do wyrażenia zgody na przeprowadzenie dowodu przez obie strony;

3. art. 494 § 1 kc oraz art. 637 § 2 kkc w zw. z art. 656 § 1 kc poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której sąd I instancji uznał, iż strona pozwana skutecznie odstąpiła od umowy z wykonawcami w zakresie sieci ciepłowniczej;

II. naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

1. art. 232 kpc poprzez przyjęcie, że powód nie udowodnił roszczenia oraz, iż pozwany udowodnił istnienie wad robót budowlanych;

2. art. 233 kpc poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów oraz wyprowadzenie z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wniosków z niego nie wynikających i sprzecznych z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania poprzez przyjęcie, iż: powód, któremu zgodnie z umową należało się wynagrodzenie ryczałtowe winien wykazywać wartość wykonanych prac w postaci kosztorysu; powód winien wykazać wartość rzeczywiście wykonanych prac, w sytuacji gdy zostało wykazane, że pozwana Spółdzielnia wyraziła zgodę na odstępstwa od projektu; powód ponosi pełną odpowiedzialność za następstwa decyzji o zmianie przebiegu sieci w stosunku do projektu, mimo że uzyskano zgodę pozwanego na zmianę przebiegu sieci; powodowi nie należy się wynagrodzenie w wysokości wartości faktury

z uwagi na zakwestionowanie wartości prac, w sytuacji gdy powód obniżył ich wartość w stosunku do wartości wynikającej z harmonogramu rzeczowo – finansowego; powód winien wykonać roboty budowlane zakończone w grudniu 2012 r. według poszczególnych pozycji kosztorysu inwestorskiego, który powstał 3 sierpnia 2013 r. na potrzeby kredytu; powód nie zaprzeczył istnieniu istotnych wad sieci ciepłowniczej, podczas gdy powód konsekwentnie to kwestionował a zaistniałe odstępstwa nie uzasadniają obniżenia wynagrodzenia wykonawcy do

kwoty 165.000 zł; pozwana skutecznie odstąpiła od umowy z powodem, podczas gdy kwestia ta nie była podnoszona przez pozwanego i nie stała się przedmiotem badania przez sąd, zaś oświadczenie pozwanej jest prawnie nieskuteczne; oraz poprzez pominięcie części przeprowadzonych dowodów w tym, świadka M. T. (1) oraz dokumentów mających wskazywać na wady robót;

3. art. 233 § 1 kpc w zw. z art. 217 kpc i 227 kpc poprzez naruszenie formalnych zasad postępowania dowodowego przez dopuszczenie dowodu z zeznań świadków oraz stron na okoliczność wyrażenia przez pozwanego zgody na dokonanie odstępstw od projektu w przebiegu sieci ciepłowniczej, a następnie odmówienie im waloru dowodu, jako prowadzące do ominięcia ograniczeń dowodowych, o czym strona powodowa dowiedziała się dopiero z uzasadnienia wyroku tj. po zamknięciu rozprawy;

4. art. 328 § 2 kpc poprzez pominięcie w uzasadnieniu wyroku argumentacji dotyczącej: przyczyn oddalenia powództwa co do odsetek skapitalizowanych za opóźnienie; przyczyn, dla których powodowi nie należy się kwota 99.000,46 zł z wystawionej faktury opiewającej na kwotę niższą niż wskazana w harmonogramie rzeczowym; uznania lub nie wiarygodności zeznaniom świadka M. T. (1) i przyczyn tej decyzji; uznania, że pozwany odstąpił skutecznie od umowy z powodem – co zdaniem skarżącego uniemożliwia kontrolę instancyjną orzeczenia i w znacznym stopniu utrudnia ustosunkowanie się do tez stawianych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku;

III. nie rozpatrzenie istoty sprawy, z uwagi na fakt, iż wskazanie podstawy prawnej nie wiąże sądu, który obowiązany jest rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy, które mogłyby być zastosowane w sprawie i skoro sąd uznał, że pozwany odstąpił od umowy to winien zważyć konieczność zwrotu tego co strony świadczyły, a kwestia odstąpienia od umowy nie stała się przedmiotem rozważań sądu.

Wskazując na przedstawione zarzuty skarżący wnosil o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez uwzględnienie powództwa w całości i zasądzenie od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania w przypadku uznania przez sąd, iż zachodzi konieczność przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości lub że sąd I instancji nie rozpoznał istoty sprawy.

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

**Apelacja powoda** zasługuje na uwzględnienie, jakkolwiek nie wszystkie jej zarzuty i wnioski są uzasadnione.

W pierwszej kolejności odnieść się należy do najdalej idącego wniosku o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania i związanego z nim zarzutu nierozpoznania istoty sprawy. Wniosek ten jest bezzasadny. W myśl art. 386 § 2 i § 4 kpc sąd uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania w razie stwierdzenia nieważności postępowania oraz może uchylić zaskarżony wyrok w razie nierozpoznania przez sąd pierwszej instancji istoty sprawy albo gdy wydanie wyroku wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości.

W okolicznościach sprawy nie budzi wątpliwości, iż nie zachodzi żadna z przesłanek wskazanych w art. 379 kpc skutkujących nieważnością postępowania. Z uzasadnienia apelacji nie wynika też, aby zachodziła konieczność przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości. Skarżący podniósł natomiast zarzut nierozpoznania istoty sprawy. Zdaniem Sądu Apelacyjnego zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Nierozpoznanie istoty sprawy w rozumieniu art. 386 § 4 kpc, według zapatrywań prezentowanych w piśmiennictwie polega na pominięciu przez sąd pierwszej instancji podstawy roszczenia, tj. przesłanek stanowiących o jego istnieniu. Wyrok oddalający powództwo dotknięty jest takim uchybieniem w razie błędnego stwierdzenia pozytywnej albo istnienia negatywnej przesłanki jurysdykcyjnej. Według orzecznictwa pojęcie "istoty sprawy", o którym mowa w art. 386 § 4 kpc, dotyczy jej aspektu materialnego i w tej jedynie płaszczyźnie

może być oceniany zarzut jej nierozpoznania. Zachodzi ono wówczas, gdy sąd nie zbadał podstawy materialnej pozwu, jak też skierowanych do niego zarzutów merytorycznych i w swoim rozstrzygnięciu nie odniósł się do tego, co jest przedmiotem sprawy (wyrok SN z dnia 12 września 2002 r., IV CKN 1298/00, LEX nr 80271). Zbieżna z tymi poglądami jest również teza wyroku

z dnia 12 września 2002 r., (I CKN 486/00, LEX nr 54355), iż do nierozpoznania istoty sprawy dochodzi wówczas, gdy rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji nie odnosi się do tego, co było przedmiotem sprawy, gdy zaniechał on zbadania materialnej podstawy żądania albo merytorycznych zarzutów strony, bezpodstawnie przyjmując, że istnieje przesłanka materialnoprawna lub procesowa unicestwiająca roszczenie. Nie można skutecznie zarzucić, że Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sprawy, jeśli

w uzasadnieniu swego wyroku dokonał samodzielnej oceny ustalonych faktów

i odniósł się do przedmiotu sporu, jego podstawy faktycznej oraz zbadał podstawę prawną sporu odnosząc się także do zarzutów pozwanej. Zarówno kwestia kompleksowości ustaleń jak i prawidłowości tej oceny nie świadczy o nierozpoznaniu istoty sprawy. Podnoszona przez powoda na uzasadnienie omawianego zarzutu kwestia odstąpienia od umowy nie stanowiła podstawy dochodzonego roszczenia. Prawidłowość ustaleń sądu w tym zakresie, jako okoliczności uzasadniającej odmowę zapłaty części wynagrodzenia podlega ocenie w ramach zarzutu naruszenia prawa procesowego i materialnego, nie świadczy zaś o nierozpoznaniu istoty sprawy, do której należy ocena zasadności żądania zapłaty częściowego wynagrodzenia za wykonane prace. Podnieść należy, iż faktycznie sąd nie jest związany podstawą prawną zgłoszonego roszczenia. Kwestią wiążącą jest powołana przez powoda podstawa faktyczna żądania. Jeśli w ramach tej podstawy może być ona kwalifikowana według różnych podstaw prawnych, to uzasadnione jest rozważenie przez sąd każdej

z nich przy rozpoznaniu sprawy. Okoliczności faktyczne powołane przez powoda na uzasadnienie zgłoszonego roszczenia nie opierają się na odstąpieniu od umowy, a wręcz przeciwnie jako podstawę roszczenia wskazują wykonanie części prac objętych łączącą strony umową. Dlatego kwestia rozliczeń, które miałyby być konsekwencją odstąpienia od umowy nie była podstawą roszczeń

i sąd pierwszej instancji nie był uprawniony ani zobowiązany do oceny żądania pozwu na tej podstawie. Z przedstawionych względów brak jest podstaw do stwierdzenia, aby doszło do nierozpoznania istoty sprawy, co czyni omawiany zarzut bezzasadnym.

Reasumując powyższe wywody Sąd Apelacyjny uznał, iż nie zachodzą podstawy, które miałyby skutkować uchYLENIEM zaskarżonego wyroku.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia przepisów prawa procesowego w pierwszej kolejności ocenić należy zarzut naruszenia art. 328 § 2 kpc.

Obraza art. 328 § 2 kpc może być skutecznym zarzutem apelacji tylko wtedy, gdy uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie posiada wszystkich koniecznych elementów, bądź zawiera tak kardynalne braki, które uniemożliwiają kontrolę instancyjną. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku

z dnia 7 lutego 2001 r. naruszenie przepisu, określającego wymagania, jakim winno odpowiadać uzasadnienie wyroku sądu (art. 328 § 2 kpc), może być ocenione jako mogące mieć istotny wpływ na wynik sprawy w sytuacjach tylko wyjątkowych, do których zaliczyć można takie, w których braki w zakresie poczynionych ustaleń faktycznych i oceny prawnej są tak znaczne, że sfera motywacyjna orzeczenia pozostaje nieujawniona bądź ujawniona w sposób uniemożliwiający poddanie jej ocenie instancyjnej (sygn. akt V CKN 606/00, Lex nr 53116). Treść uzasadnienia zaskarżonego wyroku zawiera elementy konstrukcyjne wymagane w omawianym przepisie i co do zasady pozwala na odczytanie sfery motywacyjnej orzeczenia i poddanie go kontroli instancyjnej. Niezależnie od powyższego zgodzić się jednak należy ze skarżącym, iż uzasadnienie wyroku zawiera mankamenty, które tę kontrolę utrudniają. Sąd Okręgowy nie wyjaśnił przyjętej tezy o istnieniu ograniczeń dowodowych i jej wpływu na treść rozstrzygnięcia, jak również nie jest jasne stanowisko tego sądu co do mocy dowodowej zeznań świadka M. T. (2). W uzasadnieniu wyroku brak także argumentacji dotyczącej uznania przez sąd skuteczności odstąpienia od umowy. Jednakże te mankamenty uzasadnienia nie mogą stanowić podstawy uznania skuteczności tego zarzutu jako uzasadniającego uchYLENIE zaskarżonego wyroku. Podnieść należy, iż przepis art. 328 § 2 kpc nie stanowi właściwej płaszczyzny do

krytyki trafności przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku ustaleń faktycznych ani ich oceny prawnej (por. wyrok SN z dnia 20 lutego 2008 r., sygn. II CSK 449/07, Lex nr 442515). Ponadto sąd odwoławczy jako sąd merytoryczny jest zobowiązany do dokonania merytorycznej oceny zgłoszonego roszczenia na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, uzupełniając ustalenia faktyczne i naprawiając błędy sądu pierwszej instancji oraz dokonując własnej oceny prawnej.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie można odmówić racji zarzutom apelacji dotyczącym oceny materiału dowodowego i braku wszechstronnej oceny dowodów z pominięciem zwłaszcza dowodu z zeznań świadka M. T. (1) oraz dokumentów dotyczących przebiegu i sposobu wykonania sieci ciepłowniczej. Zarzuty te wiążą się z kwestionowaniem prawidłowości stanowiska przyjętego przez sąd orzekający o istnieniu ograniczeń dowodowych i podniesionym zarzutem naruszenia art. 74 § 2 kc. Sąd Okręgowy powołując się na przepis art. 74 § 1 kc wskazał, iż wynika z niego zakaz dopuszczalności dowodu z przesłuchania stron i świadków na okoliczność zmiany umowy w zakresie odstępstw od projektu. Mocy dowodowej w związku z tym nie mają twierdzenia powoda. Stanowisko to jest niejasne i wewnętrznie sprzeczne ze stwierdzeniem zawartym na str. 10 uzasadnienia, iż sąd obdarzył wiarą zeznania świadków, bez wyłączenia zeznań świadka M. T., oraz stron, odmawiając jedynie powodowi wiarygodności co do stwierdzenia o uzyskaniu zgody na odstępstwa od projektu. Odnosząc się do kwestii ograniczeń dowodowych wskazać należy, iż w sposób błędny Sąd Okręgowy ograniczył się w omawianej kwestii do treści art. 74 § 1 kc. W sprawie nie budzi wątpliwości, iż spór dotyczy umowy zawartej w ramach prowadzonej działalności gospodarczej i jest sporem pomiędzy przedsiębiorcami. W związku z tym zgodnie z treścią § 3 art. 74 kc przepisów o formie pisemnej przewidzianej dla celów dowodowych nie stosuje się do czynności prawnych w stosunkach między przedsiębiorcami. Oznacza to, iż w przypadku sporu dotyczącego zmiany umowy o roboty budowlanej, której forma pisemna jest zastrzeżona dla celów dowodowych, fakt nie zachowania tej formy nie stoi na przeszkodzie dopuszczeniu dowodu z zeznań stron czy też świadków. Takie ograniczenia dowodowe nie istnieją, a zatem przeprowadzenie takich dowodów jest dopuszczalne. Pogląd taki wyraził też Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14.10.2016 r., w którym wskazał, iż w stosunkach pomiędzy przedsiębiorcami w razie, gdy nie została zachowana przewidziana forma pisemna, dojście do skutku czynności prawnej można dowodzić bez żadnych ograniczeń. Z art. art. 74 § 3 kc wynika bowiem jednoznacznie, że ograniczeń dowodowych, jakie wiążą się z niezachowaniem zwykłej formy pisemnej (nie zastrzeżonej pod rygorem nieważności), nie stosuje się w stosunkach pomiędzy przedsiębiorcami (sygn. IV CSK 609/15, Legalis nr 1508332). Trafnie też podnosi skarżący, iż strona pozwana nie kwestionowała dopuszczalności przeprowadzenia powyższych dowodów, co także w świetle art. 74 § 2 kc przeczy trafności stanowiska sądu pierwszej instancji. Skoro zatem dowody te zostały przeprowadzone i zwłaszcza pozwany nie zgłosił zarzutu dopuszczenia się uchybień procesowych dowody te winny być poddane oceni przez sąd. Ponadto zdaniem Sądu Apelacyjnego sam fakt braku zgody na dokonanie odstępstw od projektu przebiegu linii ciepłowniczej w okolicznościach sprawy nie uzasadnia odmowy zapłaty częściowego wynagrodzenia. Wskazać bowiem należy, iż ostatecznie doszło do przejęcia linii ciepłowniczej, gdyż pozwana Spółdzielnia korzysta z tej linii. Pozwala to zatem na stwierdzenie, że doszło przez fakty dokonane do odbioru przedmiotu umowy. Podnieść należy, iż zarówno w judykaturze jak i w doktrynie podkreśla się, że złożenie oświadczenia woli może być zarówno czynnością jednostkową jak i całym procesem zachowań podmiotu składającego to oświadczenie, o ile w oparciu o całokształt okoliczności można podmiotowi składającemu oświadczenie przypisać zamiar wywołania określonych skutków prawnych, czyli gdy jego zachowanie niesie za sobą określony komunikat mający wywołać skutki prawne. Zgodnie z art. 60 kc, który wyraża zasadę swobody formy, wedle której wola osoby skierowana na wywołanie zamierzonego skutku prawnego związanego z dokonywaną czynnością prawną, może być uzewnętrzniona w każdy dowolny sposób, ujawniający ją tak, że staje się dostatecznie zrozumiała dla adresata. Podnieść też należy, iż dowody te były przeprowadzone na okoliczność sposobu wykonania umowy, czyli nie były dowodami ponad osnowę dokumentu.

Skoro zatem brak było przeszkód dowodowych także w/w dowody osobowe winny być uwzględnione. Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie ma także podstaw do odmowy wiarygodności zeznaniom świadka M. T. jak



i zeznaniom powoda. W istocie taką decyzję podjął też Sąd Okręgowy wskazując w uzasadnieniu wyroku, iż dał wiarę zeznaniom świadków bez włączeń jak również stron ze wskazanym ograniczeniem.

Odnosząc się ponadto do kwestii zgody na odstępstwa co do przebiegu linii ciepłowniczej. Według zeznań świadka W. S., któremu Sąd Okręgowy dał wiarę wykonawca uzyskał ustną zgodę inspektora nadzoru na taki przebieg sieci. Z zeznań świadka M. T. wynika, iż problem ten był zgłaszany przez wykonawcę. Świadek ten nie potwierdził, aby jako zamawiający wyraził zgodę na zmianę przebiegu sieci, niemniej jednak potwierdził, iż był problem z terminowym wykonaniem sieci zgodnie z umową z przyczyn technicznych, braku zgody właściciela działki na przebieg linii. Ostatecznie, aby przyspieszyć prace doszło w dwóch przypadkach do odstąpienia od zaplanowanego przebiegu linii. Nie stwierdził też, aby był przeciwny dokonaniu tej zmiany /k. 324-325/. Z zeznań tego świadka wynika, że w pozwanej Spółdzielni istniał konflikt. Potwierdził to w swoich zeznaniach świadek R. J., były prezes Spółdzielni, który potwierdził także, że członkowie spółdzielni, m.in. on podpowiedzieli aby wykorzystać stare kanały, aby nie zrywać asfaltu, w celu przyspieszenia prac /k.177/. Sieć została wykonana w grudniu 2012 r., co potwierdza protokół szczelności z 3 grudnia 2012 r. /k.300/. Sieć ciepłownicza nie została formalnie odebrana, ale jest wykorzystywana przez pozwaną Spółdzielnię. Odebranie tego elementu prac, bez wzywania zarówno na etapie wykonawstwa jak i po do zmiany i wykonania prac zgodnie z projektem musi prowadzić do logicznego wniosku o zgodzie wyrażonej co najmniej po wykonaniu prac. Świadczą o tym także późniejsze czynności związane z inwentaryzacją i podjęciem próby zgłoszenia sieci do użytkowania.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego w tak ustalonym stanie faktycznym istniały podstawy do uwzględnienia żądania powoda zapłaty za część wykonanych robót. Nie ulega wątpliwości, iż umowa przewidywała zapłatę częściową za elementy robót ujęte w harmonogramie rzeczowo – finansowym (...) umowy). Do umowy został dołączony harmonogram rzeczowo – finansowy podpisany przez ówczesnego Prezesa pozwanej Spółdzielni /k. 33/, co ten potwierdził w swoich zeznaniach /k. 324v/. Wartość elementów robót w postaci sieci z rur proizolowanych została określona łącznie na kwotę 395.000 zł netto. Wystawiona przez powoda faktura częściowa obejmuje kwotę 369.000 zł brutto, a zatem niższą niż kwota wskazana w harmonogramie. Skarżący zasadnie kwestionuje stanowisko sądu I instancji o istnieniu podstaw do odmowy zapłaty całości kwoty wskazanej w fakturze. Wskazane w uzasadnieniu wyroku argumenty sądu uzasadniające oddalenie powództwa są błędne i nie zasługują na uwzględnienie.

Wbrew stanowisku sądu, powód wykazał zarówno fakt wykonania robót jak i wysokość należnego mu częściowego wynagrodzenia. W okolicznościach sprawy nie budzi wątpliwości, iż powód wykonał, tę część umowy, zobowiązującą go do wykonania sieci ciepłowniczej. Strona pozwana uzasadniała odmowę wypłaty części wynagrodzenia brakiem protokołu odbioru jak również wadami wykonanych prac. Okoliczności te nie mogą stanowić podstawy odmowy zapłaty części wynagrodzenia. Niewątpliwie z umowy wynika, iż zapłata części wynagrodzenia ma być dokonana po przedstawieniu protokołu odbioru danego elementu robót. Doręczając przedmiotową fakturę VAT Nr (...) pozwanej Spółdzielni powód nie doręczył takiego protokołu. Zwracając fakturę powodowi jako niekompletną pozwana Spółdzielnia wskazała na konieczność umieszczenia w fakturze specyfikacji materiałów i wykonanych robót odebranych przez inspektora nadzoru /k.59/. W piśmie z dnia 27.07.2013 r. powód wyjaśnił, iż faktura została wystawiona za część prac przy sieci wraz

z usunięciem barier architektonicznych oraz z uporządkowaniem terenu /k.89/. Powód ponowił wezwanie do zapłaty przesyłając ponownie przedmiotową fakturę /k.37/. Pozwana Spółdzielnia począwszy od dnia 2 października 2013 r. dokonała trzech wypłat dla powoda w ramach kwoty objętej w/w fakturą. Do zapłaty pozostała kwota dochodzona pozwem w wysokości 99.000,46 zł. W tej sytuacji brak jest podstaw do twierdzenia, że dochodzona kwota nie jest wymagalna, skoro pozwana Spółdzielnia mimo braku protokołu odbioru przystąpiła do wypłaty należności z faktury i wykorzystuje wykonaną przez powoda sieć. Przed dokonaniem wypłat pozwana Spółdzielnia nie żądała dodatkowych dokumentów, ani nie zgłaszała zastrzeżeń i nie uzależniała dokonania wypłat od jakichkolwiek dalszych warunków. W tych okolicznościach przyjąć należy, iż doszło do odebrania tych robót przez fakty dokonane (per factam concludentiam). Przypomnieć należy, iż umowa przewidywała zarówno częściowe odbiory jak i zapłatę za częściowe roboty. Wskazać też należy, iż inspektor nadzoru nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń do sposobu wykonywania robót.

Na tym etapie sprawy powód nie miał obowiązku wykazywania wartości prac, gdyż żądana przez niego kwota mieściła się w granicach ustalonego przez strony wynagrodzenia ryczałtowego oraz w granicach określonych harmonogramem rzeczowo – finansowym. Odmienne stanowisko sądu

I instancji należy uznać za błędne. Jest bezsporne, iż strony umówiły się

o wynagrodzenie ryczałtowe. Zawarcie umowy nie było poprzedzone sporządzeniem kosztorysu. W tej sytuacji, wobec sprzeciwu powoda, brak jest podstaw do przejścia na rozliczenie kosztorysowe. Sporządzenie kosztorysu powykonawczego przez powoda nastąpiło wyłącznie na żądanie pozwanej Spółdzielni i nie zmienia ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. Fakt niezaakceptowania tego kosztorysu przez pozwaną Spółdzielnię nie ma żadnego znaczenia prawnego. Podnieść należy, iż zapłata za część wykonanych robót stanowi potwierdzenie przez inwestora faktu ukończenia pewnego zakresu robót w celu umożliwienia zapłaty odpowiedniej części wynagrodzenia. Nie rozlicza natomiast stron z odpowiedniej części robót ze skutkiem w postaci wygaśnięcia tej części ich zobowiązań i nie pozbawia je możliwości całościowego rozliczenia robót po oddaniu całości obiektu przez wykonawcę i przyjęciu go przez inwestora. Pomiędzy stronami nie doszło do końcowego odbioru obiektu

i tym samym do końcowego rozliczenia. Nie oznacza to jednak, że wykonawcy nie przysługuje żadne wynagrodzenie za prace wykonane. Byłoby tak, gdyby nie przedstawiały one żadnej wartości ze względu na ich bardzo złą jakość albo gdyby były nieprzydatne z innych, obiektywnie ocenianych przyczyn (por. wyrok SN z 2.12.2015 r., sygn.. IV CSK 120/15, Legalis nr 1381864).

W okolicznościach sprawy nie może budzić wątpliwości, że wykonane prace są wykorzystywane przez zamawiającego. Nie ma też dowodu na ich bardzo złą jakość. Podnieść też należy, iż pozwana Spółdzielnia nie wykazała istotnych wad wykonanych prac. Zgodzić się natomiast należy z pozwaną, że część prac została wykonana odmiennie od projektu, jak również, iż w toku czynności odbiorowych oraz kontrolnych stwierdzono, w zakresie całości przedmiotu umowy usterki i brak wykonania wszystkich czynności jak np. brak wykonania trawników /k.209/. Te wszystkie zastrzeżenia nie mogą jednak uzasadniać odmowy wypłaty powodowi wynagrodzenia za część wykonanych prac. Jak już wyżej wskazano nie jest możliwe obniżenie umówionego wynagrodzenia ryczałtowego do wysokości kosztów wynikających ze sporządzonego

i skorygowanego przez pozwaną Spółdzielnię kosztorysu. Nie jest możliwe przyjęcie, że część wykonanych robót będzie rozliczana kosztorysowo, mimo ustalenia ryczałtu za całość umowy, bo jest to nielogiczne i stanowi zaprzeczenie istoty wynagrodzenia ryczałtowego. Byłoby to możliwe wyłącznie za zgodą powoda i dokonania w tym względzie stosownej zmiany umowy. Powód na takie rozwiązanie nie wyraził zgody.

W umowie o roboty budowlane, uregulowanej w art. 647 i n. kc, strony mogą określić wynagrodzenie za wykonane roboty jako wynagrodzenie ryczałtowe, przewidziane w art. 632 § 1 kc, jak też zastrzec możliwość jego modyfikacji, w zależności od zaistnienia konieczności wykonania robót dodatkowych lub zmniejszenia zakresu robót podstawowych. Prawnymi konsekwencjami ukształtowania wynagrodzenia ryczałtowego bez takiej klauzuli jest zarówno niedopuszczalność podwyższenia go, jak też obniżenia, nawet gdyby dochód osiągnięty przez wykonawcę był wyższy od założonego

w kalkulacji będącej podstawą określenia wysokości ryczałtu. Istota wynagrodzenia ryczałtowego, wskazująca na zasadę jego niezmienności w toku realizacji umowy, jednolicie była określana w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przedstawiony został też pogląd, że w razie niewykonania przez przyjmującego zlecenie wszystkich robót, za które

w umowie określone zostało wynagrodzenie ryczałtowe, podlega ono proporcjonalnemu obniżeniu, stosownie do zakresu niewykonanej części, co nie przekreśla ryczałtowego charakteru tego wynagrodzenia (wyrok z 25.03.2015 r., sygn. II CSK 389/14, Legalis nr 1231751 i powołane w nim orzecznictwo). Wysokość wynagrodzenia ryczałtowego określonego przez strony w umowie wynosi 1.239.840 zł brutto. Z tytułu wykonania umowy powód otrzymał dotychczas kwotę 289.999,54 zł, zaś drugi wykonawca 418.500,64 zł, co stanowi łącznie 708.500,18 zł /k.205/, czyli ok. 60% umówionego wynagrodzenia. Na obecnym etapie, skoro nie dokonano odbioru końcowego prac, nie jest możliwe ustalenie, w jakiej proporcji zakres niewykonanych prac pozostaje do całości umówionego wynagrodzenia, nie jest zatem możliwe przyjęcie, iż powód otrzymał już w całości należne mu wynagrodzenie.

Podnieść należy, iż także podnoszone przez pozwaną Spółdzielnię zarzuty dotyczące jakości wykonanych prac i wynikające z tego roszczenia mogą być realizowane na etapie końcowego rozliczenia. Pozwana Spółdzielnia dotychczas nie zgłaszała konkretnych roszczeń i nie wносиła o obniżenie umówionego wynagrodzenia. Nie zostało udowodnione, że w toku wykonywania robót inwestor zgłaszał zastrzeżenia do stopnia zaangażowania powoda w realizację prac, że doszło do uzgodnienia, iż wynagrodzenie zostanie obniżone, jak też, czy i w jakim zakresie był zmuszony wykonać za powoda zleczone mu roboty,

a także w jakim rozmiarze wynagrodzenie powinno być obniżone. Podnieść należy, iż obie strony nie wykonywały właściwie obowiązków w zakresie dokumentowania przebiegu budowy. Nie był prowadzony dziennik budowy, ale jednocześnie też inspektor nadzoru nie zgłaszał żadnych uwag w toku wykonywania prac. Okoliczności te nie mogą negatywnie obciążać wykonawcy w zakresie prawa do wynagrodzenia wykonanych robót. Zastrzeżenia zgłaszane na etapie po wykonaniu i faktycznym odbiorze prac, nie mogą rzutować na ocenę obowiązków powoda i jego prawa do wynagrodzenia.

Należy podkreślić, iż w (...) umowy strony wyraźnie określiły, iż wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy. Niedoszacowanie, pominięcie, oraz brak rozpoznania zakresu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego i stanowi ryzyko wykonawcy. Strony określiły sytuację, w której może dojść do zmiany wynagrodzenia ryczałtowego. Do zmiany umowy w tym zakresie nie doszło. Pozwana Spółdzielnia nie wykazała, iż warunki te zaistniały. Błędnie też Sąd Okręgowy powoływał się jako uzasadnienie odmowy wypłaty wynagrodzenia częściowego za wykonanie sieci ciepłowniczej na stwierdzone usterki w kotłowni, jak również na fakt odstępstwa od projektu. Sprawa nie dotyczy rozliczenia końcowego, a ponadto pozwana Spółdzielnia nie sprecyzowała konkretnych zarzutów wynikających z rękojmi należytego wykonania umowy czy też roszczeń odszkodowawczych.

Podzielić należy też stanowisko skarżącego co do błędnego przyjęcia, iż doszło do skutecznego odstąpienia od umowy. W sprawie nie jest kwestionowany fakt, iż pozwana Spółdzielnia takie oświadczenie złożyła. Nie można natomiast przyjąć, iż złożyła go skutecznie. Oświadczenie to zostało złożone w toku sporu, pismem z dnia 22 lipca 2014 r. / k.216-217/, w zasadzie po wykonaniu sieci ciepłowniczej i w czasie jej użytkowania. Pozwana Spółdzielnia w żaden sposób nie wykazała podstawy odstąpienia od umowy. Sąd Okręgowy także nie wskazał, na jakiej podstawie przyjął, iż do takiego odstąpienia doszło skutecznie. Zdaniem Sądu Apelacyjnego żaden przepis kodeksu cywilnego nie uzasadnia odstąpienia od umowy na tym etapie jej realizacji. W w/w piśmie jako podstawę odstąpienia wskazano przepis art. 637 § 2 kc, obowiązujący w dacie złożenia tego oświadczenia. Przepis ten uzależnia prawo odstąpienia od umowy od istotności wad. Istnienia wad o charakterze istotnym pozwana Spółdzielnia nie wykazała.

Nawet, gdyby przyjąć dopuszczalność takiego odstąpienia od umowy, to mogło ono wobec faktu wykonania przedmiotu umowy mieć skutek jedynie ex nunc i nie niweczy to prawa powoda do żądania wynagrodzenia za wykonane prace. Pozwana Spółdzielnia nie wykazała, w jakiej proporcji wykonane prace pozostają do umówionego wynagrodzenia, co wymagałoby odniesienia się do całości prac. Wbrew stanowisku skarżącego nie było zatem podstaw do zastosowania art. 494 kc oraz art. 637 § 2 kc, zwłaszcza iż, jak wyżej wskazano odstąpienie od umowy nie stanowiło podstawy zgłoszonego roszczenia.

W świetle powyższego uznać należy, iż skoro powód wykonał prace faktycznie odebrane, domagał się wynagrodzenia w wysokości mieszczącej się w granicach planu rzeczowo – finansowego oraz w granicach umówionego wynagrodzenia ryczałtowego, żądanie to na mocy art. 632 kc w zw. z art. 647

§ 1 kc i postanowień umowy należało uwzględnić.

Zasadne jest też żądanie zapłaty odsetek ustawowych za opóźnienie w zapłacie części wynagrodzenia stosownie do art. 481 kc. W ocenie Sądu Apelacyjnego o takim opóźnieniu można mówić dopiero z dniem 2 października 2013 r. Dokonując w dniu 1 października 2013 r. zapłaty jedynie części kwoty z przedmiotowej faktury bez żadnych zastrzeżeń uznać należy, iż pozwana tym samym zaakceptowała i potwierdziła fakt wykonania prac oraz ich wartość. Nie ma żadnego uzasadnienia dla wstrzymania się z zapłatą całej kwoty. W związku

z tym uznać należy, iż powodowi należą się odsetki za opóźnienie od kwot wpłaconych w dniu 15 listopada 2013 r. i 22 grudnia 2013 r., za okres począwszy od 2 października 2013 r., co daje łącznie kwotę 6.659,56 zł.

W pozostałej części powództwo i tym samym apelacja podlegały oddaleniu. Zgodnie z wnioskiem pozwu odsetki ustawowe od kwoty 99.000,46 zł Sąd Apelacyjny zasądził od dnia 23 grudnia 2013 r. na mocy art. 481 § 1 i § 2 kc.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny uznał, iż apelacja powoda zasługuje na uwzględnienie i na mocy art. 386 § 1 kpc zmienił zaskarżony wyrok w powyższym zakresie, oddalając apelację na mocy art. 385 kpc jedynie w części dotyczącej odsetek skapitalizowanych. Zmiana wyroku

i uwzględnienie powództwa skutkowało też zmianą wyroku w zakresie kosztów procesu stosownie do art. 98 § 1 i § 3 kpc.

Orzeczenie o kosztach postępowania apelacyjnego uzasadnia przepis art. 98 § 1 i § 3 kpc w zw. z art. 108 § 1 kpc, wobec uwzględnienia apelacji prawie w całości.