

Sygn. akt I ACa 319/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 września 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Lublinie, I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia	SA Elżbieta Patrykiewicz
Sędzia:	SA Jerzy Nawrocki
Sędzia:	SO del. do SA Ewa Bazelan (spr.)
Protokolant	sekr. sądowy Maciej Mazuryk

po rozpoznaniu w dniu 4 września 2014 r. w Lublinie na rozprawie

sprawy z powództwa A. H. (1)

przeciwko (...) Spółce jawnej z siedzibą w L.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda od wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia

4 września 2013 r. sygn. akt IX GC 533/10

I. oddala apelację;

II. zasądza od powoda A. H. (1) na rzecz pozwanej (...)

(...)Spółki jawnej z siedzibą w L. kwotę 2700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu za drugą instancję.

I ACa 319/14

UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 30 grudnia 2010 roku powód A. H. (1) wystąpił o zasądzenie od pozwanej (...) spółki jawnej kwoty 169531,20 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 1 listopada 2010 roku do dnia zapłaty.

W uzasadnieniu pozwu wskazał, że na mocy umowy zlecenia z dnia 14 lipca 2010 roku podjął się wykonania robót budowlanych na budynku (...) przy ul. (...). Prace nie zostały zrealizowane w całości gdyż doszło do ich wypowiedzenia przez pozwaną spółkę. Powód wystawił na wykonane prace fakturę nr (...) na kwotę dochodzoną pozwem. Zapłata nie nastąpiła, a doreczoną pozwanemu faktura została powodowi odesłana wraz z pismem z 5.11. 2010 wobec zakwestionowania zakresu wykonanych prac przez powoda.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości, zasądzenie kosztów procesu według norm prawem przepisanych.

Wyrokiem z dnia 4 września 2013 roku Sąd Okręgowy w Lublinie:

I. zasądził od pozwanego (...) (...) spółki jawnej z siedzibą L. na rzecz powoda A. H. (1) kwotę 10420, 92 złote wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 8 listopada 2010 roku do dnia zapłaty;

II. oddalił powództwo w pozostałym zakresie;

III. zasądził od powoda A. H. (1) na rzecz pozwanego (...) (...) spółki jawnej z siedzibą L. kwotę 3149, 32 zł tytułem zwrotu kosztów procesu;

IV. nieuiszczoną część opłaty sądowej od pozwu, od której uiszczenia zwolniony został powód przejął na rachunek Skarbu Państwa.

Podstawę tego rozstrzygnięcia stanowiły następujące ustalenia Sądu Okręgowego:

Pomiędzy stronami doszło do zawarcia umowy o wykonanie robót ogólnoudowlanych w dniu 14 lipca 2010. Umowa „zlecenie” z dnia 14 lipca 2010 roku określała osobę zleceniobiorcy – powoda, rodzaj prac to jest wykonanie robot budowlanych, zakres i wartość robot według kosztorysu 236000 netto, warunki płatności w postaci przelewu w terminie 35 dni, termin realizacji – do 10.09. 2010 roku, miejsce montażu (...), L., (...), dane do wystawienia faktury oraz określenie osoby do kontaktu na budowie. Istotnym elementem zlecenia był termin jego wykonania najpóźniej do dnia 10 września 2010 roku. Umowa zawierała harmonogram robót, w którym graniczne najpóźniejsze terminy wykonania poszczególnych prac przez powoda określono na 8 września 2010 roku. Wiązało się to z terminami, jakie wiązały pozwanego jako generalnego wykonawcę z inwestorem (...) to jest termin zakończenia robót z inwestorem został ustalony na 10 września 2010 (§ 3 umowy). Zakres prac został określony przez kosztorys – który był załącznikiem do umowy – wykonany przez pozwanego a zaakceptowany przez powoda. Natomiast wynagrodzenie miało być określone na podstawie prac rzeczywiście wykonanych po dokonaniu obmiarów powykonawczych. Dołączony kosztorys określał zakres prac jakie miał wykonać powód i miał być podstawą do skalkulowania wynagrodzenia – zawierał przedmiar robót określających stawki za wykonanie prac.

W związku z odstąpieniem od umowy przez pozwanego strony uzgodniły określenie wynagrodzenia na podstawie obmiaru powykonawczego ale kwestia zakresu i wartości wykonanych prac pozostała pomiędzy nimi sporna.

Powód został wprowadzony na budowę. W toku budowy zrezygnowano z wykonania luku montażowego, dokonano przesunięcia kanałów wrzutowych. Rezygnacja z wykonania luku montażowego wynikała z faktu, że pierwotnie wykonany wykop przez powoda został wykonany w niewłaściwym miejscu i jego ponowne wykopanie spowodowało by odsłonięcie całości ściany nośnej i fundamentu co mogło by zagrozić podparciu budynku.

Prace zostały wykonane częściowo. Pozwany odstąpił od umowy z powodu ich nieterminowego wykonania oraz przekraczaniem kolejnych wyznaczonych terminów wykonania prac (w dniach 18.08.2010, 11.09.2010, 15.09.2010, 16.09.2010), niepodjęciem prac wykończeniowych w dniu 18.09.2010 r., niechlujnym poziomem wykonanych robót.

Powód przyznał, że doszło do opóźnienia w wykonaniu prac, pozwany zaprzeczył by strony porozumiały się i zgodziły na przesunięcie terminu po dniu 18.09. 2010 r., o czym świadczy oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Powód przyjął do wiadomości i potwierdził własnoręcznie ostateczny harmonogram pozostałych do wykonania robót w dniach 15 -17 września 2010 roku.

Pomiędzy stronami istnieje spór co do zakresu wykonanych robót i dokonanych obmiarów. Ostatnim dokumentami, w których strony niespornie określiły zakres wykonanych prac było pismo z dnia 11. 09. 2010 roku, w którym określono zakres procentowy zaawansowania poszczególnych robót w załączniku nr 1wraz z drugostronnym harmonogramem

oraz notatka służbowa z dnia 15.09.2010 r., określająca harmonogram prac do wykonania w poszczególnych dniach – oba dokumenty zostały podpisane przez powoda A. H..

Pozwany zgłosił usterki wykonanych robót w postaci: braku obrobienia przejść przez strop i ściany kanałów wentylacyjnych, odspojenie wykonanej wylewki na pow. 2,5 m², pogrubienia w miejscach łączenia wylewki, założono płytki terakotowe w innym kolorze (...) niż wskazany (...), ubytki w istniejących płytkach 6 sztuk, nacięciach szlifierka kontową 2 szt. płytek, niedbale wykonane fugi, odpryski na ścianie naprzeciw drzwi wejściowych. Powód w trakcie prac nie zgłosił pisemnie faktu trudności w ich wykonaniu, nieściśłości planów. Zgłoszone roboty zanikowe jednorazowo nie zostały przyjęte.

W umowie zlecenia wykonania prac budowlanych, nie przewidziano kar umownych, w tym kar umownych za nieterminowe wykonanie prac.

Pozwany obciążył powoda odszkodowaniem nałożonym w wysokości kary umownej nałożonej przez inwestora (...) za nieterminowe wykonanie prac. Pozwany przyznał, że w jego opinii zakres i wartość wykonanych przez powoda prac wynosi 84791, 04 złote oraz potrącił je z odszkodowaniem w wysokości kary umownej, którą obciążył pozwanego inwestor (...) w kwocie 74370, 12 zł. Różnica w kwocie 10 420, 92 złote nie została nigdy wypłacona powodowi. Pismo - oświadczenie z dnia 6. 12. 2010 roku zostało podpisane przez D. G. mającego prawo do jednoosobowej reprezentacji pozwanej spółki.

Powód wystawił fakturę dnia 30 września 2010 roku nr (...) na kwotę 169531, 20 zł. Faktura ta nie została uznana, wskazane w niej kwoty zakwestionowano przez pozwanego. Pozwany zakwestionował też zakres i jakość wykonanych prac, a fakturę odesłał. Za prace nie zapłacono powodowi.

Dokończenie prac zlecono innym podwykonawcom między innymi P. G., R. G., M. Ł., T. F., z którymi podpisano protokoły zdawczo odbiorcze i dokonano zapłaty wobec braku kwestionowania ilości i jakości robót. Rozliczenia z wszystkimi podwykonawcami miały charakter kosztorysowy na podstawie obmiarów powykonawczych.

Powód A. H. (1) ma doświadczenie w pracach budowlanych, pełnił funkcje inspektora nadzoru na dużych budowach takich jak T., ma wiedzę na temat dokumentowania prac i zgłaszania odbioru robot w tym prac zanikających.

Powyższych ustaleń Sąd Okręgowy dokonał na podstawie wskazanych w uzasadnieniu dowodów z dokumentów, zeznań świadków, zeznań pozwanego oraz częściowo zeznań powoda.

Sąd Okręgowy wskazał, że strony łączyła umowa o roboty budowlane, jako jej podstawę wskazał art. 647 k.c., zgodnie z którym 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.

Ponadto Sąd zaznaczył, że zgodnie z art. 656 § 1 k.c.: do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. Natomiast według art. 635 k.c., Jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła. Także zgodnie z przepisami ogólnymi (art. 491 § 1 k.c.): jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Może również bądź bez wyznaczenia terminu dodatkowego, bądź też po jego bezskutecznym upływie żądać wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki. Zgodnie z art. 494 k.c.: strona, która odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić drugiej

stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy; może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, lecz również naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania.

Sąd pierwszej instancji wskazał, że powód przyznał, iż nie wykonał wszystkich prac oraz, że nie zrealizował ich w umówionym terminie. W związku z powyższym pozwany po wyznaczeniu dodatkowych terminów – wskazanych wcześniej w uzasadnieniu - odstąpił od umowy. W takiej sytuacji powodowi przysługiwało wynagrodzenie za wykonane prace niezależnie od innych roszczeń pomiędzy stronami i kwestii występowania wad i usterek a ciężar dowodu co do zakresu i wartości wykonanych prac spoczywał na powodzie. Powodowi przysługiwało wynagrodzenie w związku z odstąpieniem od umowy za zakres prac faktycznie przez niego wykonanych. Zdaniem Sądu Okręgowego powód nie sprostował obowiązkowi wykazania zakresu wykonanych prac i ich wartości wobec zaprzeczenia jego twierdzeniom przez pozwanego. Nie przedstawił częściowych protokołów odbioru robót zaakceptowanych i podpisanych przez obie strony, obmiarów robót także zaakceptowanych przez obie strony, czy też opinii biegłego, który by ustalił zakres i wartość wykonanych przez powoda prac –zweryfikował by ilość i wartość podanych w obmiarach i kosztorysie prac - z pracami wykonanymi na budowie ustalonych przy pomocy oględzin. Dokonany jednostronnie obmiar przez powoda został zakwestionowany przez pozwanego i obmiar ten może być traktowany wyłącznie w kategoriach twierdzeń strony, które jeżeli nie zostaną poparte innymi dowodami nie mogą stanowić samoistnej podstawy orzekania.

Sąd Okręgowy zauważył, że obmiar wykonany przez powoda pod względem ilości i wartości robót a następnie prace wskazane w kosztorysie pod względem wartości znacznie odbiegają od twierdzeń pozwanego, twierdzeń świadka kosztorysanta M. S. (1). Wątpliwości budzi także fakt, że powód w tym kosztorysie określił wartość prac wykonanych na kwotę 207404,05 zł brutto a więc wartość wskazującą na wykonanie prawie całości robót (wycenionych pierwotnie na kwotę około 236 000 zł), w sytuacji gdy jak przyznał w pozwie całości robót nie została wykonana przez niego oraz okoliczności, że w pozwie dochodzi znacznie niższej kwoty 169 tysięcy złotych. Powód nie wyjaśnił także przyczyn tak dużej rozbieżności pomiędzy kosztorysem wykonanych prac i dochodzonej na jego podstawie znacznie niższej kwoty. Nadto jego kosztorys zupełnie nie koresponduje z stanem zaawansowania robót określonym wspólnie przez strony – w piśmie z dnia 11.09.2010 roku, w którym określono zakres procentowy zaawansowania poszczególnych robót w załączniku nr 1 wraz z drugostronnym harmonogramem. Z dowodów wynikało, że obmiar prac powoda jest zawyżony i nie może stanowić wiarygodnego źródła dowodowego wobec niewskazania innych, które by to potwierdzały korespondowały i uzupełniały wskazany kosztorys. W szczególności obmiar przyjęty w kosztorysie obejmował koszt wykonania luku montażowego, który powód wykopał w niewłaściwym miejscu i nie mógł być on użyty do transportu przez niego centrali wentylacyjnej, kosztorys wykonano na podstawie niewłaściwych przedmiarów, pozwany wskazał, na trzykrotną różnicę wywiezionej ziemi a niektóre pozycje przyjęto bez uzasadnienia 20 –krotnie większą wartość prac. Pozwany wskazywał, że niektóre pozycje kosztorysu są zdublowane, zakwestionował metodologię i poprawność kosztorysu, wskazał na 37 najpoważniejszych błędów kosztorysu. Powód nie zareagował na te twierdzenia, nie wskazał kontrargumentów ani nie odniósł się do tych zarzutów. Powód nie wystąpił o zweryfikowanie tych kwestii odwołując się do opinii biegłego.

W konkluzji Sąd uznał przedstawione przedmiary i kosztorys – niezwyfikowany przez biegłego jako niewiarygodny i z tych powodów Sąd nie mógł wziąć pod uwagę tego źródła dowodowego a w braku innych dowodów, protokołów odbioru czy też odbiorów częściowych i wreszcie opinii biegłego, roszczenie powoda uznał za nieudowodnione w zakresie wyższym niż wartość robót przyznana przez pozwanego - 84. 791, 04 zł, a po potrąceniu wysokości odszkodowania w kwocie 74. 370, 12 zł otrzymał 10. 420, 92 złote.

W pozostałym zakresie powództwo podlegało oddaleniu w braku udowodnienia rodzaju i ilości wykonanych prac i ich wartości.

Pozwany powołał się na potrącenie kwoty 74. 370, 12 zł z tytułu nienależytego wykonania umowy przez powoda w zakresie jej terminowości. Odnosząc się do tej kwestii Sąd Okręgowy wskazał, że powód przyznał, iż prace nie mogły być prowadzone równoległe. Był on jedynym wykonawcą branży ogólnobudowlanej. Pozwany wykazał wysokość szkody o równowartości nałożonej kary umownej. Powód potwierdził chociażby w pozwie, że prace były realizowane

z opóźnieniem. Nie zgłosił formalnie powodowi przyczyn opóźnień, nie występował o przesunięcie terminu robot na piśmie, np. wpisem do dziennika budowy. Prace mogły być prowadzone za wyjątkiem prac np. w podbaseniu, w ramach których powód musiał w pierwszej kolejności wykonać swoje prace celem np. przygotowania podstawy do centrali wentylacyjnej. Powód nie zakwestionował faktu realizowania pozostałych prac w terminie i zgodnie z harmonogramem (zeznania powoda A. H. k. 575). Oznacza to zdaniem Sądu Okręgowego istnienie adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy zwłoką powoda w wykonaniu prac a powstaniem szkody kontraktowej u pozwanego (art. 471 i n. k.c.) w związku z nałożeniem na niego kary umownej – z tytułu nieterminowej realizacji robót –które miały swoją przyczynę w zwłoce w realizacji prac ogólnobudowlanych wykonanych przez powoda. Kara umowna nie zostałaby nałożona gdyby prace zostały wykonane w terminie. Wysokość szkody nie jest sporna, jest to kwota kary umownej nałożonej przez (...). Powód odpowiada na zasadzie odpowiedzialności kontraktowej odszkodowawczej wobec pozwanego za szkodę wynikającą z nieterminowej realizacji umowy. Dlatego w ocenie Sądu Okręgowego można było ją potrącić, bo zarzut potrącenia zgłoszono przed sporem sądowym w dniu 6 grudnia 2010 roku.

Jako podstawę rozstrzygnięcia o odsetkach Sąd Okręgowy wskazał art. 481 k.c., zaś o kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na mocy art. 100 k.p.c.

Apelację od tego wyroku wniósł powód A. H. (1), który zaskarżył wyrok w punktach II. i III. i zarzucił:

1. Naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 33[1] § 1 k.c. w zw. z art. 38 k.c. oraz 647[1] § 4 k.c. polegający na przyjęciu, że dokument „Zlecenie robót” z dnia 14.07.2010 r. spełnia wymogi formy pisemnej przewidzianej pod rygorem nieważności dla zawarcia umowy o roboty budowlane pomiędzy generalnym wykonawcą a podwykonawcą, w sytuacji gdy nie zawiera on wszystkich elementów istotnych i nie został podpisany przez osobę umocowaną do reprezentowania pozwanej spółki;

2. Sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

a) Art. 233 k.p.c. przez dokonanie oceny dowodów w sposób nieszczęstrny, bowiem z pominięciem:

- fragmentów zeznań świadków K. Ć., A. I. , S. D., K. C. oraz G. W. (1), z których jednoznacznie wynikało, że pomiędzy rzeczywistym stanem rzeczy a dokumentacją techniczną istniały poważne rozbieżności, których nie można było przewidzieć przed rozpoczęciem prac przez powoda, że powód posiadał odpowiednie narzędzia do wykonania prac rozbiórkowych, że dokumentacja dostarczona przez pozwaną zawierała błędy uniemożliwiające wykonanie prac zgodnie z sztuką budowlaną, co powodowało konieczność wprowadzenia zmian i przeprowadzenia dodatkowych robót, oraz iż w trakcie wykonywania prac następowała zmiana ich zakresu.

- polegające na pominięciu dowodów z dokumentów, prawidłowo zaofiarowanych przez strony i dopuszczonych przez Sąd jako dowód w sprawie, w postaci: „Harmonogram prac budowlanych nr (...) w L. ul. (...)” z dnia 11 września 2010 r.; Pismo pozwanej z dnia 11.09.2010 r., Nr pisma (...); Zlecenie na roboty budowlane z dnia 1.10.2010 r.; Protokół zdawczo - odbiorczy do zamówienia (...); 3. Faktura VAT Nr (...) z dnia 22.09.2010 r.; Zlecenie na roboty budowlane z dnia 17.09.2010 r.; Protokół zdawczo - odbiorczy do zamówienia(...); Faktura VAT Nr (...) z dnia 12.10.2010 r.; Protokół zdawczo - odbiorczy do zamówienia zz (...); Faktura VAT Nr (...) z dnia 1.10.2010 r.; Zlecenie na roboty budowlane z dnia 22.09.2010 r.; Protokół zdawczo-odbiorczy do zamówienia zz (...); Faktura VAT Nr (...) z dnia 22.09.2010 r.; Zlecenie na roboty budowlane z dnia 18.09.2010 r.; Protokół odbioru wykonanych robót z dnia 22.09.2010 r.; Kosztorys powykonawczy Roboty budowlane, konstrukcyjne i wykończeniowe; Zlecenie na roboty budowlane z dnia 18.09.2010 r.; Protokół odbioru wykonanych robót z dnia 27.09.2010 r.; Faktura VAT Nr (...) z dnia 30.09.2010 r.; Zlecenie na roboty budowlane z dnia 17.09.2010 r.; Protokół zdawczo - odbiorczy do zamówienia zz 1 12/07/2010; Faktura VAT Nr (...) z dnia 22.09.2010 r.; Zlecenie na roboty budowlane z dnia 23.09.2010 r.; Protokół zdawczo-odbiorczy do zamówienia zz (...); Faktura VAT Nr (...) z dnia 27.09.2010 r., Zlecenie na roboty budowlane z dnia 20.09.2010 r.; Protokół zdawczo - odbiorczy do zamówienia (...); Faktura VAT Nr (...) z dnia 22.09.2010 r.; Zlecenie na roboty budowlane z dnia 24.09.2010 r.; Protokół zdawczo - odbiorczy do zamówienia (...), które to dokumenty świadczyły o tym, że pozwana przedłużyła powodowi termin do wykonania prac (harmonogram robót

budowlanych nr 3 z dnia 11.09.2010 r. stanowiący załącznik do pisma z tej samej daty) oraz wskazujące na wysokość należności pozwanej wobec powoda.

b) art. 233 § 1 k.p.c. przez ocenę dowodów w sposób budzący wątpliwości z punktu widzenia zasad logicznego rozumowania i sprzeczny z doświadczeniem życiowym polegającą:

- na przyjęciu, że pozwanej przysługiwała wierzytelność względem powoda opiewająca na kwotę 74.370,12 zł, której podstawą było nienależyte wykonanie zobowiązania, w sytuacji, gdy nie można przypisać powodowi winy w nienależytym wykonaniu zobowiązania, a podmiotem odpowiedzialnym za niedochowanie terminu wynikającego z umowy Pomiędzy pozwaną spółką a (...)w L. jest jedynie pozwana, która nie była należycie przygotowana do wykonania przyjętego zobowiązania i m.in. w chwili zawarcia umowy z inwestorem nie posiadała odpowiedniej kadry umożliwiającej wykonanie umowy, umowę z podwykonawcą (powodem) zawarła dopiero dwa tygodnie po podpisaniu umowy i udostępniając mu teren budowy 20 dni od zawarcia umowy.

- odmowie dania wiary dokumentom sporządzonym przez powoda, w szczególności kosztorysowi z dnia 27.12.2010 r.; Księgi obmiaru robót nr (...); (...) kosztorys wykonanych robót na prace tynkarskie 16.09.2010; księga obmiarów roboty posadzka wentylatorowi data 22.09.2010; rozliczenie za usług transportu gruzu 15.09.2010; mimo iż dokumenty te zostały sporządzone w sposób rzetelny, w oparciu o dokonane obmiary, zakres wykonanych prac i ich wartości.

Powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez podwyższenie zasądzonej od pozwanej na rzecz powoda kwoty 10.420,92 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 8 listopada 2010 r. do dnia zapłaty do kwoty 169.531,20 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 8 listopada 2010 r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kosztów procesu według norm prawem przepisanych w tym uiszczonej opłaty sądowej od pozwu. Ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, jak również o zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego według norm prawem przepisanych.

W odpowiedzi na apelację pozwany (...) spółka jawna w L. wniósł o oddalenie apelacji powoda w całości i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym wg norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja jako bezzasadna podlega oddaleniu.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji, ponieważ ustalenia te znajdują oparcie w zebranych materiale dowodowym, ocenionym przez ten Sąd w granicach zakreślonych przepisem art. 233 § 1 k.p.c.

Zastrzeżenia Sądu Apelacyjnego budzi jedynie stwierdzenie Sądu pierwszej instancji określające umowę stron jako umowę o roboty budowlane, czy jako umowę zlecenia. W ocenie Sądu Apelacyjnego umowa ta miała charakter umowy o dzieło z art. 627 k.c. (przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia).

Wprawdzie przedmiotem umowy było wykonanie prac o charakterze budowlanym, ale biorąc pod uwagę zakres prac jakie miał wykonać powód brak jest podstaw do zakwalifikowania umowy jako podlegającej przepisom kodeksu cywilnego o robotach budowlanych. Nie ulega wątpliwości, że przedmiotem umowy stron nie była budowa obiektu budowlanego (art. 647 k.c.), ani też wykonanie remontu całego budynku lub budowli, ani nawet większej jego części (art.658 k.c.). Powód miał wykonać prace częściowo remontowe, częściowo modernizacyjne jedynie w kilku pomieszczeniach budynku (...) - pawilonu (...) (wentylatornia, podbasenie, niecka basenowa, szatnie, itp.) i była to tylko część prac objętych umową zawartą przez pozwanego i (...), która także dotyczyła przebudowy tylko części budynku i to w pewnym zakresie – co do instalacji klimatyzacyjnej i wentylacyjnej w części (...).

Niemniej jednak nie ma to wpływu na prawidłowość rozstrzygnięcia, gdyż z uwagi na treść art. 656 k.c. Sąd Okręgowy zastosował przepisy o umowie o dzieło.

Już z uwagi na powyższe nie był uzasadniony zarzut apelacji dotyczący braku zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności z art. 647¹§ 4 k.c., gdyż umowa o dzieło nie wymaga takiej formy. Jednakże nawet jeśli uznać, że przedmiotowa umowa była umową o roboty budowlane zawartą pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą to dokumenty w postaci „zlecenia robót” (k.170) i „harmonogramu robót” (k.171) zawierają wszystkie elementy istotne tego rodzaju umowy – jej strony, rodzaj i miejsce prac, wysokość wynagrodzenia, a także termin realizacji i termin płatności. Dokumenty te zostały podpisane przez obie strony i wyczerpują wymóg zawarcia umowy w formie pisemnej. Stwierdzenia apelacji jakoby nie zostały podpisane przez osobę umocowaną do reprezentowania pozwanej spółki nie znajdują żadnego uzasadnienia, gdyż podpisał je D. G. (2), który jest współnikiem pozwanej spółki i podmiotem umocowanym do jej reprezentacji (art. 29 § 1 i 2 k.s.h., odpis KRS k.168).

Nie zasługują na uwzględnienie zarzuty naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., zgodnie z którym: sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, czyli z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu oraz wszystkich okoliczności towarzyszących przeprowadzeniu poszczególnych środków dowodowych, a mających znaczenie dla ich mocy i wiarygodności.

Wbrew zarzutom apelacji Sąd Okręgowy dokonał wszechstronnej oceny całego materiału dowodowego, zaś w kontekście przeprowadzonych wywodów nie sposób uznać, aby przekroczył granice tej oceny wynikające z art. 233 § 1 k.p.c. i aby pominął dowody wskazane w apelacji, czy poczynił ustalenia sprzeczne z zebranymi dowodami.

Natomiast z powoływanych w apelacji dowodów nie wynikają wnioski wyprowadzone przez skarżącego, tj., że pozwana przedłużyła powodowi termin do wykonania prac, że powód wykazał wysokość należności pozwanej wobec powoda, że nie można przypisać powodowi winy w nienależytym wykonaniu zobowiązania, czy, że podmiotem odpowiedzialnym za niedochowanie terminu wynikającego z umowy pomiędzy pozwaną spółką a (...) w L. jest jedynie pozwana.

Jeżeli chodzi o kwestię wynagrodzenia za wykonane przez stronę powodową prace, to słusznie uznał Sąd Okręgowy, że powód nie podał ciężarowi dowodu co do zakresu i wartości wykonanych prac. Te dowody, które zostały przedstawione w sprawie (w tym powoływane w apelacji kosztorysy i faktury) nie są wystarczające do miarodajnego ustalenia zakresu i kosztu prac rzeczywiście wykonanych przez powoda. W szczególności trafna jest dokonana przez Sąd Okręgowy ocena jednostronnych obmiarów i kosztorysów wykonanych przez samego powoda, zakwestionowanych przez pozwanego ze wskazaniem licznych zastrzeżeń i odstępstw od rzeczywistości i ustaleń stron, jako jedynie twierdzeń strony powodowej, które nie mogą stanowić samodzielnej podstawy do uwzględnienia powództwa.

Trafne także jest stanowisko Sądu, że w tym względzie konieczna była opinia biegłego, który przy wykorzystaniu wiadomości specjalnych, dokonaniu oględzin, pomiarów i ewentualnie posiłkując się innymi dowodami z akt (zeznaniem świadków czy dokumentami) ustaliłby zakres i wartość wykonanych przez powoda prac, w tym zweryfikował ich ilość i wartość podaną w kosztorysach powoda. Przy braku stosownego wniosku strony powodowej w tym przedmiocie i innych miarodajnych dowodów prawidłowo przyjął Sąd Okręgowy jako wysokość należnego powodowi wynagrodzenia kwotę przyznaną przez pozwanego - 84 791 zł 04 gr (art. 229 k.p.c.).

Należy dodać, że za przyjęciem kwoty dochodzonej przez powoda nie przemawiają także wyliczenia przedstawione w apelacji sprowadzające się do odjęcia od ustalonej wartości wszystkich prac wydatków poniesionych przez pozwanego na rzecz osób trzecich (wynikających z dokumentów obszernie wymienionych w apelacji – zleceń, protokołów odbioru i faktur), gdyż w wyliczeniach tych pominięto, że część robót wykonał też sam pozwany, jak też poniósł on koszty na nabycie materiałów, co także było objęte ustaloną pierwotną wysokością wynagrodzenia.

Przechodząc do kwestii zasadności przedstawionej przez stronę pozwaną do potrącenia wierzytelności odszkodowawczej należy wskazać, że trafnie przyjął Sąd Okręgowy, iż zachodziły podstawy ku temu.

Przede wszystkim poza sporem jest, że powód nie wykonał umowy w terminie, jak też, że nie wykonał wszystkich obciążających go prac (protokół stwierdzenia zaawansowania stanu robót k.179). Wpłynęło to na opóźnienie zakończenia wykonania całości umowy zawartej pomiędzy pozwanym a (...), gdyż od wykonania prac objętych umową stron były uzależnione częściowo prace innych wykonawców. Pozwany po odstąpieniu od umowy był zmuszony do dokończenia prac w zastępstwie powoda i skorzystania w tym zakresie z usług innych osób, co dopiero umożliwiło podjęcie części prac instalacyjnych.

Z dziennika budowy wynika, że pozwany zgłosił (...)owi gotowość odbioru wykonanej instalacji wentylacji i klimatyzacji w dniu 22 września 2010 roku (dziennik budowy k.192), a odbioru dokonano w dniu 6 października 2010 roku (protokół k. 225). Poza sporem jest, że zamawiający (...) w L. obciążył pozwanego karą umowną w kwocie 74370, 12 zł za opóźnienie w wykonaniu prac za okres od 10-22 września 2010 roku (nota obciążeniowa k.307). Okoliczności tych pozwany nie kwestionował.

Tym samym pozwany poniósł szkodę odpowiadającą nałożonej na niego karze umownej, a szkoda ta wynikała z nieterminowego wykonania umowy. Brak jest danych, żeby występowały jakiegokolwiek inne przyczyny opóźnienia w wykonaniu umowy przez pozwanego poza nieterminowością strony powodowej. Sam powód przyznawał, że inni wykonawcy wykonywali prace w terminie (k.625).

Podnoszone w apelacji okoliczności jakoby pozwana spółka nie posiadała odpowiedniej kadry, czy sprzętu do wykonywania umowy nie mają żadnego uzasadnienia w zebranych dowodach. Nie świadczy o tym też to, że powód wszedł na plac budowy w dniu 20 lipca 2010 roku, gdyż w tym czasie były już prowadzone prace przez inne podmioty.

Powyższe wskazuje, że gdyby powód wykonywał swoje zobowiązania w terminie, to całość prac można by wykonać na czas i pozwany nie zostałby obciążony karą umowną, co wskazuje na związek przyczynowy pomiędzy zwłoką ze strony powoda, a szkodą poniesioną przez pozwanego w kwocie 74 370, 12 zł.

Niewykonanie przez A. H. (1) wszystkich robót w terminie wynikającym z umowy stron świadczy o nienależytym wykonaniu umowy, zaś zgodnie z art.471 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Konstrukcja tego przepisu wskazuje, że ciężar dowodu jakoby niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, obciąża dłużnika, czyli w tym wypadku A. H. (1). Także w tym zakresie powód nie wykazał jakoby przyczyny opóźnienia nie leżały po jego stronie.

Wbrew stwierdzeniom apelacji z materiału dowodowego zebranego w sprawie nie wynika, żeby przedłużenie czasu wykonywaniu robót wynikało z błędów w dokumentacji, w tym znacznych rozbieżności pomiędzy rzeczywistym stanem rzeczy a dokumentacją techniczną, konieczności wprowadzenia zmian i przeprowadzenia dodatkowych robót, czy zmiany zakresu prac. W tym nie można uznać jakoby wynikało to z dowodów z zeznań świadków wskazanych apelacji.

Świadek K. C. (k.428) nie miał w ogóle wiedzy o treści umowy stron i zakresie robót. Świadek G. W. (1) wprost zaprzeczył, żeby były jakieś dodatkowe roboty (k.402). Natomiast świadkowie K. C. czy A. I. istotnie wskazywali na to, że zakres robót się zwiększał, ale żaden z nich nie wskazał konkretnie na czym to miałyby polegać, jak też żaden z nich nie znał treści umowy i tego jaki miałby być wyjściowy zakres prac.

Jedyną konkretną okolicznością wskazywaną przez tych świadków było ujawnienie bloków żelbetowych, na co zwracał uwagę także świadek S. D. i co powodowało rzeczywiście trudności i wydłużenie toku prac.

Niemniej jednak nie można uznać, jakoby była to okoliczność, która nie obciąża samego pozwanego, a inne podmioty. Przede wszystkim konieczność wyburzenia przedmiotowych bloków fundamentowych była przewidziana w umowie, w kosztorysie było wprost przewidziane, że są to fundamenty żelbetowe (pkt 26 k.15). Tym samym powód winien liczyć się z tym i odpowiednio się przygotować, w tym dokonać stosownych oględzin miejsca prac i zabezpieczyć niezbędny sprzęt, jak też ocenić czy zdoła dokonać tej rozbiórki w terminie. Wymagała tego należyta staranność (art. 355 k.c.).

Jeżeli chodzi o luk montażowy, to przytoczona w apelacji wypowiedź przedstawiciela pozwanego jakoby „wykopać luka montażowego we właściwym miejscu mogłoby zagrozić budynkowi” została wyrwana z kontekstu i pomija, że było to następstwem wadliwego wykonania umowy przez powoda, nie błędnego projektu. Mianowicie chodziło o sytuację, gdy powód już wykopał luk montażowy sprzecznie z dokumentacją - w niewłaściwym miejscu, a kolejny wykop mógłby zagrozić bezpieczeństwu budynku (zeznania A. O. (1) k. 396, 397, G. W. (1) k.402-403).

Natomiast jedyna rozbieżność pomiędzy dokumentacją o rzeczywistym stanie, jaka wynika z zeznań świadka S. D. dotyczy powierzchni posadzki, którą miał on wykonać, czego było więcej o 30-40 % (k.426), ale brak jest danych, żeby wydłużyło to czasowo prace i o ile. Sam świadek nie podał jakoby zajęło to mu więcej dni niż planowano, ani ile dłużej. Ponadto nie był to niewątpliwie na tyle duży czas, żeby usprawiedliwiało znaczne opóźnienie, jakie wystąpiło ze strony powoda.

Podobnie brak jest jakichkolwiek danych żeby stwierdzić, że to powoływana w protokole z narady koordynacyjnej (k.174) zmiana przebiegu kanałów wyrzutowych, czy przesunięcie szyny nawiewnej miały wpływ na wydłużenie niezbędnego czasu, tym bardziej, że w tym protokole inwestor już wyrażał zaniepokojenie stanem zaawansowania robót.

Dodatkowo należy wskazać, że sam powód nie zgłaszał zamawiającemu żadnych zastrzeżeń, w szczególności przeszkód, które miałyby wynikać z dokumentacji i wpływać na konieczność wydłużenia czasu prac (nawet po ujawnieniu problemów z wyburzaniem fundamentów), co sygnalizuje, że nie upatrywał żadnych nieprawidłowości po stronie pozwanej i oceniał, że czas jest wystarczający.

Z powyższego wynika, że powód nie wykazał, że przyczyna opóźnienia (nienależytego wykonania przez niego umowy) nie leżała po jego stronie, a wynikała z okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Ponadto z zeznań szeregu osób, które bywały na miejscu robót wynika ocena, że przyczyna opóźnienia i wolny postęp prac wiązał się z brakami kadrowymi, brakami sprzętowymi, brakami materiałowymi, i niskim poziomem kompetencji zatrudnionych osób, brakiem nadzoru, itp. (zeznania A. O. k.398, G. W. k. 402, G. P. k.447, 449, I. C. k. 571, D. G. k. 625).

W konsekwencji pozwanej spółce przysługiwało roszczenie o naprawienie szkody wyrządzonej przez pozwanego nienależytym wykonaniem zobowiązania (art. 471 k.c.) i wierzytelność z tego tytułu mogła przedstawić do potrącenia, co spowodowało wzajemne umorzenie wierzytelności co do kwoty 74 370, 12 zł (art. 498 § 2 k.c.).

Nie jest też słuszne stanowisko apelacji powoda jakoby dokumenty znajdujące się w aktach miały świadczyć o tym, że pozwana przedłużyła powodowi termin do wykonania prac.

Strona pozwana wyznaczała kolejne terminy wykonania prac i opracowywała nowe harmonogramy robót, ale nie można z tego wyprowadzić wniosku jakoby zmierzało to do przedłużenia powodowi terminu. Dokumenty te miały na celu wezwanie powoda, aby w szybkim czasie wykonał roboty, jak też zsynchronizowanie ich z czynnościami innych wykonawców, którzy byli uzależnieni od prac powoda, tak aby w stosunkowo krótkim czasie dokończyć wykonywanie umowy i zminimalizować skutki już występującego opóźnienia (i wysokość kary umownej).

Już treść pisma powoływanego w apelacji z dnia 11 września 2010 roku (k.178) wskazuje, że nie było intencją strony pozwanej zmienianie umowy i dobrowolne wydłużanie terminu jej wykonania skoro pozwany wprost wskazał w nim, że rozpoczyna naliczanie kar za każdy dzień zwłoki.

Z powyższych względów Sąd Apelacyjny uznał zarzuty apelacji za nieuzasadnione, co skutkowało jej oddaleniem na mocy art. 385 k.p.c.

Na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c., art. 99 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. Sąd zasądził od powoda (jako strony przegrywającej) na rzecz pozwanego kwotę 2700 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego (wynagrodzenia pełnomocnika w oparciu o § 12 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 6 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu).