

Sygn. akt I ACa 824/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 grudnia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Artur Kowalewski (spr.)
Sędziowie:	SA Małgorzata Gawinek SA Ryszard Iwankiewicz
Protokolant:	sekr.sądowy Magdalena Stachera

po rozpoznaniu w dniu 19 listopada 2015 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa A. J. i G. J.

przeciwko Z. B.

o zapłatę

na skutek apelacji powodów

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 3 kwietnia 2015 r., sygn. akt VIII GC 156/11

I. oddala apelację,

II. zasądza od powodów solidarnie na rzecz pozwanego kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Małgorzata Gawinek Artur Kowalewski Ryszard Iwankiewicz

Sygn. akt I ACa 824/15

UZASADNIENIE

Powodowie A. J. i G. J. wniesli o zasądzenie od pozwanego Z. B. kwoty 3.257.422 złotych z ustawowymi odsetkami od kwoty 2.500.000 zł od dnia 29 grudnia 2008 r. oraz od kwoty 757.422 zł od dnia wniesienia pozwu oraz kosztów postępowania, tytułem odszkodowania w związku z niewykonaniem przez pozwanego robót budowlanych przy realizacji Hali (...) w G.. Poniesiona przez powodów szkoda stanowi różnicę pomiędzy wynagrodzeniem przyjętym

w umowie podwykonawczej zawartej przez strony, a wynagrodzeniem rzeczywiście uiszczonym na rzecz zastępczych wykonawców tych prac.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powodów solidarnie na jego rzecz kosztów postępowania. Kwestionując w całości dochodzone pozwem roszczenie pierwszoplanowo wskazał, że na skutek zaległości w zapłacie należnego jemu wynagrodzenia skutecznie odstąpił od zawartej przez strony umowy.

Wyrokiem z dnia 3 kwietnia 2015 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie oddalił powództwo, zasądził od powodów solidarnie na rzecz pozwanego kwotę 11.584,26 złotych tytułem kosztów procesu, a nadto orzekł o zwrocie pozwanemu niewykorzystanej części uiszczonej przez niego zaliczki.

Podstawę tego wyroku stanowiły następujące ustalenia faktyczne i argumentacja prawna.

W dniu 9 września 2005 r. pomiędzy A. J., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe (...), Z. B. Z. Ż. i A. Ż., prowadzącymi działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo (...), D. W. i G. W., prowadzącymi działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo (...) została zawarta umowa konsorcjum ofertowego i wykonawczego. Na jej mocy strony zobowiązały się do współpracy przy opracowaniu, złożeniu oferty, i w przypadku wygrania przetargu do realizacji zadania inwestycyjnego pod nazwą „Budowa hali (...) w G.”, którego inwestorem miał być (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. Funkcję lidera konsorcjum pełnić miała powódka A. J., która została upoważniona do podpisania oferty i umowy z zamawiającym w imieniu konsorcjum, a także bezpośredniego kontaktowania się i współdziałania z zamawiającym w imieniu konsorcjum. Każda ze stron zobowiązała się wykonywać przyjęty na siebie zakres robót zgodnie z umową i załącznikiem do umowy. Według wstępnego wykazu robót, stanowiącego załącznik nr 1 do umowy, pozwany miał wykonać prace w zakresie niwelacji terenu i robót ziemnych, wykonać fundamenty – stopy, ławy oraz konstrukcję stalową hali. Szacunkową wartość netto robót pozwanego określono na 1.450.000 złotych.

W sporządzonej przez Konsorcjum ofercie kompleksowej realizacji inwestycji – budowy hali handlowo–usługowo-wystawienniczej z września 2005 r. wartość prac architektoniczno–budowlanych została określona ogółem na 7.800.000 zł netto. W opisie funkcji i przyjętych rozwiązań architektoniczno–budowlanych wskazano, że w obiekcie znajdzie się m. in. 101 boksów handlowo –usługowych o wymiarach 5×4 m. oraz 48 boksów handlowo–usługowych o powierzchni 2,5×5 m. budynek miał zostać wykonany w technologii konstrukcji stalowej w lekkiej obudowie z płyt warstwowych. Ścianki działowe miały zostać wykonane z płyty z rdzeniem styropianowym o grubości 60 mm, zaś zadaszenie boksów i pomieszczeń socjalno–bytowych z blachy profilowanej.

W dniu 11 listopada 2005 r. pomiędzy (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w G. a Konsorcjum zawarta została umowa o wykonawstwo, na mocy której konsorcjum powierzono wykonanie projektu architektonicznego oraz na jego podstawie budowę hali wystawienniczo-handlowej o powierzchni zabudowy 6.000 m², za wynagrodzeniem w kwocie 7.800.000 zł netto, w terminie do dnia 30 września 2006 r. Przewidziano kary umowne m. in. w przypadku, jeśli Konsorcjum nie zakończy budowy w terminach umownych.

W dniu 1 lutego 2006 r. zawarta została pomiędzy powodami i pozwanym umowa nr (...). Powodowie zostali w tej umowie oznaczeni jako odrębni przedsiębiorcy, posługujący się własnymi oznaczeniami prowadzonego przez każdego z nich przedsiębiorstwa. Przedmiot umowy stanowiło wykonanie hali magazynowej o powierzchni, zgodnej z dokumentacją i przedmiarem robót. Usługi pozwanego miały obejmować: roboty ziemne, zdjęcie humusu, przygotowanie i wykonanie stanu zerowego, wykonanie posadzek przemysłowych niepyłających, wykonanie i montaż konstrukcji stalowej, wykonanie ścian boksów handlowych z płyt warstwowych z rdzeniem styropianowym o grubości 60 mm, montaż sufitów podwieszanych w boksach (typu OWA), montaż rolet zewnętrznych w boksach, wykonanie instalacji elektrycznej wewnętrznej i zewnętrznej, wykonanie instalacji wodno–kanalizacyjnej, wykonanie instalacji grzewczej, wykonanie podbudowy pod parkingi i ułożenie kostki brukowej. Cena za usługę obejmować miała kwoty ryczałtowe w wysokości 4.150.000 zł netto. Powodowie zobowiązali się do przelania na konto pozwanego po podpisaniu umowy kwoty w wysokości 535.000 zł, zaś pozostałe rozliczenia następować miały w miarę postępu robót

i sprzedaży powierzchni handlowych zgodnie z aneksem podpisany z inwestorem na podstawie wystawianych faktur VAT, w terminie 14 dni po podpisaniu faktury.

Pozwany sporządził kosztorys wstępny na wykonanie hali targowej w G., datowany na 2 marca 2006 roku. Wartość robót netto została określona w nim na 4.485.458,40 zł netto. Kosztorys obejmował prace związane z wykonaniem konstrukcji stalowej, konstrukcji stalowej ścian działowych, ścianek działowych, rolet w pawilonach, drzwi aluminiowych, okien stałych wewnątrz hali, sufitu podwieszanego, instalacji wodno–kanalizacyjnej wewnętrznej i zewnętrznej, instalacji elektrycznej zewnętrznej i wewnętrznej, robót ziemnych, posadzki, z obsługą geodezyjną, wynagrodzeniem kierownika budowy, wykonaniem ogrodzenia i śmietnika, ułożeniem kostki betonowej z podbudową oraz z obsługą budowy.

Pozwany nie był zobowiązany do zamontowania stołów, systemu monitoringu, wywozu odpadów z terenu budowy, finansowania ogłoszeń prasowych dotyczących najmu powierzchni na hali i reklam. Miał obowiązek wykonać dokumentację geodezyjną hali, dostarczyć piasek i kruszywo pod budowę hali, zapewnienia zaplecza sanitarnego dla swoich pracowników, wykonać rolety i elementy szklane.

Pozwany wykonał część prac objętych umową nr (...). Wykonał m. in. roboty ziemne, fundamenty, konstrukcję stalową hali, montaż attyki, montaż zadaszenia. W związku z powyższym wystawił następujące faktury VAT: nr (...) w dniu 30 listopada 2005 r. na kwotę 174.460 zł brutto, nr (...) w dniu 28 lutego 2006 r. na kwotę 195.786,93 zł brutto, nr (...) w dniu 22 marca 2006 r. na kwotę 65.000 zł brutto, nr (...) w dniu 31 marca 2006 r. na kwotę 244.000 zł brutto, nr (...) z dnia 27 grudnia 2006 r. na kwotę 8.540 zł brutto, nr (...) z dnia 27 grudnia 2006 r. na kwotę 419.362,80 zł brutto, nr (...) z dnia 27 grudnia 2006 r. na kwotę 64.464,80 zł brutto, nr (...) z dnia 29 grudnia 2006 r. na kwotę 509.923,40 zł brutto, nr (...) z dnia 14 marca 2007 r. na kwotę 44.554,40 zł brutto. Wartość robót pozwanego w zakresie konstrukcji stalowej hali wyniosła 1.600.000 złotych. Pozwany wstrzymywał się z wystawianiem kolejnych faktur w sytuacji braku płatności ze strony powodów za faktury poprzednie.

W dniach 28 listopada 2005 r. i 30 listopada 2005 r. powodowie uiszcili na rzecz pozwanego zaliczkę w łącznej wysokości 350.000 zł (po 175.000 zł). W dniu 22 grudnia 2005 r. pozwany przelał na rzecz powodów kwotę 15.000 zł tytułem zapłaty za narzędzia.

Kolejne zaliczki zostały przekazane pozwanemu w dniach: 24 lutego 2006 r. – 50.000 zł, 22 marca 2006 r. – łącznie 65.000 zł, 16 maja 2006 r. – 20.000 zł, 8 sierpnia 2006 r. – 5.000 zł, 45.000 zł w dniu 20 kwietnia 2006 r.

Powodowie uregulowali również należności, wynikające z wystawionych przez pozwanego faktur VAT o numerach: (...) (po 50.000 zł w dniu 4 kwietnia 2006 r. i 5 maja 2006 r., 45.786,93 zł w dniu 6 czerwca 2006 r.), (...) (55.000 zł w dniu 5 lipca 2006 r. i 40.865 zł w dniu 7 sierpnia 2006 r.), (...) (233.000 zł w dniu 2 stycznia 2007 r.). Powód potrącił część wynagrodzenia pozwanego z wierzytelnością za sprzedaną pozwanemu nieruchomość w O.. Część wynagrodzenia należnego od powodów pozwany otrzymał od inwestora, już po zakończeniu prac.

Powodowie popadali w opóźnienie w realizacji płatności na rzecz pozwanego, jak również innych podmiotów uczestniczących w procesie inwestycyjnym. Z uwagi na problemy w rozliczeniu robót podwykonawcy niejednokrotnie zwracali się o dokonanie wypłaty bezpośrednio do inwestora – spółki (...). Powodowie dokonywali przelewu wierzytelności przysługujących im wobec inwestora – spółki (...) na rzecz podwykonawców. W ten sposób uregulowane zostały m. in. należności wobec G. K., B. D., współników spółki cywilnej (...) oraz współników Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Usługowego (...).

Na mocy umowy cesji wierzytelności z dnia 1 marca 2007 r. powódka przeniosła na rzecz pozwanego wierzytelność należną od spółki (...) na łączną kwotę 760.751 zł, a wynikające z wystawionych przez powódkę faktur VAT o numerach: (...).

Pozwany zaprzestał wykonywania prac i opuścił teren budowy w lipcu 2006 roku, powołując się na brak terminowych rozliczeń za wykonane prace. Miało to miejsce po wykonaniu prac fundamentowych oraz dotyczących konstrukcji

hali i w zakresie jej obudowy oraz wykonaniu części robót ziemnych. Pozwany nie otrzymał płatności również za pracę jego koparki, polegającą na wielodniowych załadunkach humusu, który należało wywieźć. Ładowano około 120 wywrotek dziennie przy użyciu koparki pozwanego. Zakres tych robót przewyższał planowany. Przed opuszczeniem budowy kilkakrotnie uprzedzał powoda, że opuści budowę, o ile nie otrzyma płatności za wystawione faktury. Pozwany wskutek nie otrzymania płatności kwot z wystawionych faktur nie był w stanie zapewnić płatności na rzecz swoich podwykonawców, przez co nie przystępowali oni do realizacji zawartych z nim umów. Pozwany wykonywał jeszcze w różniejszym czasie różne czynności w ramach obowiązków gwarancyjnych.

Dalsze roboty ziemne przejął G. K.. Wykonywał on też inne zlecone mu już wcześniej roboty, w tym te, które były zlecone pozwanemu, w szczególności instalację kanalizacyjną i deszczową. Również inni wykonawcy mieli od powoda zlecenie wykonania niektórych robót zleconych pozwanemu. Pozwany miał pretensje do powoda o powierzanie innym wykonawcom robót należących do pozwanego.

G. K. nie otrzymał zapłaty za swoje roboty. Również A. C. nie otrzymał wynagrodzenia w wysokości 120.000 złotych za roboty związane z położeniem płytek i wykończeniem boksów. Powód narzucił mu wysokość wynagrodzenia stwierdzając, że jak nie zgodzi się na proponowane wynagrodzenie, to prace będzie wykonywał inny wykonawca.

W trakcie realizacji prac dokonano zmiany (podwyższenia) standardu obiektu objętego wykonawstwem konsorcjum z udziałem powódki i pozwanego, poprzez jego podwyższenie w zakresie wnętrza hali. W miejsce przewidzianej posadzki betonowej zdecydowano się ułożyć płytki. Miały zostać inaczej i z droższych i lepszych materiałów ustawione ścianki działowe pomiędzy pawilonami handlowymi, zamiast płyty obornickiej zastosowano płyty gipsowo-kartonowe i szyby. Obiekt miał stać się przeszkloną galerią handlową, a nie jak pierwotnie zakładano halą targową. Powyższe pociągnęło za sobą zwiększone koszty inwestycji.

Powyższe wiązało się ze zmianą założeń projektowych – w zakresie konstrukcji, sposobu ogrzewania hali, wentylacji, klimatyzacji, zabezpieczeniu przeciwpożarowym. Zmniejszono powierzchnię handlową przeznaczoną na sklep samoobsługowy kosztem ciągów spacerowych i restauracji oraz pojedynczych przeszklonych pawilonów, powierzchnie zostały powiększone o biura, pomieszczenia usługowe. Przez to zwiększono powierzchnie objęte wymienionymi.

Na rzecz powodów roboty na budowie realizowało szereg podwykonawców. Rodzaj wykonanych przez nich prac, ich wartość, a także dokonane bezpośrednio przez powodów zakupy materiałów, usług oraz poniesione koszty prac towarzyszących, Sąd Okręgowy szczegółowo opisał w uzasadnieniu wyroku.

W dniu 23 lutego 2007 r. sporządzono protokół odbioru, określony jako protokół odbioru końcowego zadania inwestycyjnego pod nazwą budowa hali (...) przy ul. (...) w G.. Stwierdzono, że hala została wykonana zgodnie z umową z dnia 11 listopada 2005 r. oraz dokumentacją projektową z uwzględnieniem późniejszych zmian wprowadzonych przez nadzór autorski i inwestorski. Jakość wykonanych robót określono jako dobrą, a wykaz usterek i niedoróbek został przedstawiony w załączniku nr 2 do protokołu. Stwierdzono, że wykonane zostały też roboty zamienne, które mieszczą się w wartości ryczałtu oraz roboty dodatkowe (co do ich wyliczenia powołano załącznik nr 4), wynegocjowane pomiędzy inwestorem a PHU (...), według kosztorysów zatwierdzonych przez inspektorów nadzoru.

Wśród robót zamiennych wymieniono między innymi: zmianę podłoża betonowego pod posadzki z betonu B-10 na podbudowę stabilizowaną cementem, zmianę posadzki zbrojonej na posadzkę z płytek, zmianę stolarki zewnętrznej okiennej i drzwiowej, zmianę ilości świetlików dachowych, zmianę konstrukcji ścian działowych z płyt gipsowych na płyty gipsowo-kartonowe, zwiększenie ilości szkła w elewacji boksów handlowych, zmianę wysokości zabudowy ścian frontowych, całkowitą zmianę instalacji elektrycznej wewnętrznej, .

Jako roboty dodatkowe wymieniono: trafostację, SAP, monitoring, nagłośnienie, roboty ziemne, przygotowanie terenu pod ułożenie polbruku. Zapisano o uzgodnieniu za roboty dodatkowe kwoty 870.000 złotych. Termin wykonania robót dodatkowych określono na 31 lipca 2007 roku.

W dniu 21 sierpnia 2007 r. zawarte zostało pomiędzy Konsorcjum a spółką (...) porozumienie w sprawie ostatecznego rozliczenia umowy o wykonawstwo z dnia 11 listopada 2005 r. Strony porozumienia ustaliły ostateczne wynagrodzenie z tytułu umowy o wykonawstwo na kwotę 10.577.400 zł brutto, z uwagi na dodanie kwoty w wysokości 1.061.400 zł brutto z tytułu wykonania robót dodatkowych. Powódka potwierdziła, że do zapłaty pozostała kwota 5.999.771,20 zł brutto i ustalono, że z kwoty tej zostaną potrącone przez spółkę (...) kaucje i zaliczki wynikające z umów podnajmu zawartych przez Konsorcjum w wysokości udokumentowanej do dnia 30 sierpnia 2007 r., kary umowne, rozliczenia kosztów najmu i kosztów administracyjnych oraz cesji dokonanych przez Konsorcjum. Powódka dochodziła dalszego wynagrodzenia od inwestora za wykonane roboty, a porozumienie z dnia 21 sierpnia 2007 roku powodowie traktowali jako dla nich niekorzystne. Powodowie uzyskali zasądzenie prawomocnym wyrokiem dalszego wynagrodzenia od inwestora (...), spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Pismem z dnia 12 grudnia 2008 r. pozwany został bezskutecznie wezwany do zapłaty kwoty 2.500.000 zł tytułem naprawienia szkody, spowodowanej niewykonaniem umowy podwykonawczej o roboty budowlane z dnia 1 lutego 2006 r.

W dniu 30 stycznia 2009 r. powodowie wystąpili do Sądu Rejonowego Poznań – Stare Miasto w Poznaniu z wnioskiem o zawezwanie pozwanego do próby ugodowej w sprawie o zapłatę kwoty 2.500.000 zł tytułem naprawienia szkody spowodowanej niewykonaniem umowy podwykonawczej o roboty budowlane. Kwota ta została wskazana jako szkoda polegająca na różnicy pomiędzy wynagrodzeniem przyjętym w umowie z pozwanym a wynagrodzeniem niezbędnym do rzeczywistego wykonania prac wobec porzucenia robót przez pozwanego. Powodowie stwierdzili, że roboty ziemne, zdjęcie humusu, przygotowanie i wykonanie stanu zerowego i wykonanie posadzek przemysłowych niepylących, o wartości 585.821 złotych wykonali zastępczo: G. K., (...) – M. T. i K. T., Zakład (...); prace dotyczące boksów, bez montażu sufitów podwieszanych wykonali: A. C., (...) spółka jawna (materiały), K. B., (...) i PHU (...); instalację elektryczną wykonał J. B. za kwotę 492.000 złotych, instalację wodno-kanalizacyjną wykonała firma (...) G. K. za kwotę 511.500 złotych, instalacja elektryczna wykonała firma (...) za kwotę 240.000 złotych, wykonanie podbudowy pod parkingi i ułożenie kostki brukowej wykonał T. K. za kwotę 490.000 złotych. Pozwany nie wyraził woli zawarcia ugody.

Oceną przeprowadzonych w sprawie dowodów Sąd Okręgowy poprzedził wskazaniem, że postępowanie w sprawie było prowadzone z uwzględnieniem przepisów o postępowaniu w sprawach gospodarczych, zgodnie z ich brzmieniem obowiązującym do dnia 2 maja 2012 roku (art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 września 2011 roku o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw). Wskazał, że jakkolwiek treści umów zawartych z udziałem stron, nie były kwestionowane, to strony pozostawały w sporze co do określenia obiektu, którego dotyczyła umowa pomiędzy nimi, co rzutowało na ustalenie, czy powód istotnie zlecił innym podmiotom wykonawstwo zastępcze w zakresie niewykonanych robót pozwanego, czy też inne roboty. Zważywszy zaś na zwiększenie wartości robót, co samo w sobie wskazuje na podwyższenie standardu budowanego obiektu w stosunku do pierwotnych założeń, konieczne było również rozgraniczenie robót, które miały zastąpić porzucone wykonawstwo pozwanego od robót dodatkowych bądź zamiennych

Przedstawione przez powodów faktury, dowody wpłat oraz oświadczenia i cesje wierzycelności nie były wystarczające dla rozstrzygnięcia, czy i w jakim zakresie dotyczą one tych robót wcześniej powierzonych pozwanemu. Temu miał służyć dowód z opinii biegłego, natomiast biegły sądowy stwierdził, że bez danych w zakresie odbiorów prac, których dotyczą faktury i dowody wpłat przedstawione przez powodów, a także bez dokumentacji powykonawczej, dokumentacji kosztorysowej, inwentaryzacji tych prac, nie można precyzyjnie ustalić zakresu ich powiązania z robotami zleconymi pozwanemu, a przez niego niewykonanymi.

Powodowie również nie przedstawili umów z wykonawcami, których określili jako wykonawcy zastępczy, z których można by było ustalić rozgraniczenie tych ich robót, które zastępowały niewykonane roboty pozwanego, od tych, które zostały im powierzone przez powodów poza zastępczym wykonawstwem. Nie doszło też do zinwentaryzowania robót, które wykonał pozwany. W oparciu wyłącznie o przedłożone faktury wystawione przez pozwanego powódce A. J., nie można, bez dodatkowych danych, określić również stosunku procentowego tych robót do całości robót w określonym zakresie powierzonych pozwanemu. Część z nich, dotyczy przy tym konstrukcji stalowej obiektu, i jej montażu, który

to zakres prac – jak wynika z licznych dowodów z zeznań świadków, a także z przesłuchania powoda G. J. - pozwany wykonał.

W zakresie przedłożonych przez powodów faktur za materiały i narzędzia, Sąd Okręgowy stwierdził, że nie pozwalają one na ustalenie, że dotyczyły one zakresu wykonawstwa zastępczego w stosunku do robót powierzonych pozwanemu, co potwierdził opinia biegłego.

W sprawie faktur obejmujących roboty posadzkarskie oraz materiał w postaci płytek, gresu i materiałów pomocniczych w tym zakresie, zauważył, że z dokumentów odbiorowych robót zgłoszonych inwestorowi przez powodów wynika, że doszło do zmian w sprawie robót związanych z podłogami zewnętrznymi i wewnętrznymi w stosunku do sytuacji nawiązywania umów pomiędzy stronami, co do powierzchni tych robót a także w zakresie rodzaju ostatecznych nawierzchni. Bez przedstawienia kosztorysów albo obmiarów tych robót nie sposób ustalić, na ile one stanowią odniesienie się do robót powierzonych pozwanemu, oraz czy ten zakres przekraczają i w jakim stopniu.

Ostateczny standard hali budowanej przez strony uległ zmianie w stosunku do czasu powierzenia robót pozwanemu, a także już po jego zejściu z budowy. Wyraźnie wskazują na to dowody z zeznań świadków, również wnioskowanych przez powodów, a nadto wynika to z faktu zawarcia porozumienia pomiędzy generalnym wykonawcą a inwestorem co do podwyższenia o około 3.000.000 złotych wartości robót konsorcjum, w którego skład weszli powódka i pozwany, a tym samym wysokości wynagrodzenia obciążającego inwestora. Bez ustalenia, co konkretnie składa się na podwyższenie ostatecznej wartości robót, nie można ustalić, które z dowodów przedstawionych przez powodów na okoliczność zastępczego wykonawstwa robót powierzonych pierwotnie pozwanemu, dotyczą faktycznie tych robót, a które związane są z podwyższeniem całkowitej wartości inwestycji. Na tą okoliczność powodowie nie przedstawili żadnych dowodów.

Powodowie przedstawili też faktury i dowody wpłat, których związek z inwestycją jest niedostrzegalny, a przynajmniej wątpliwy (np. za usługi hotelowe, za paliwo, za materiały biurowe, za usługi transportowe, za narzędzia, za ogłoszenia prasowe, za wykonanie dokumentacji technicznej (te faktury jeszcze wystawione w 2005 roku), za części samochodowe, olej i filtry samochodowe, za usługi finansowe, za opracowanie wniosków kredytowych, na czynsze, energię i ciepło, za reklamę, za pośrednictwo w najmie hali, numerowanie i oklejanie pawilonów, za usługi ksero, za butle gazowe. Powodowie nie wykazali związku pomiędzy niewykonaniem robót przez pozwanego, po jego opuszczeniu inwestycji, a tymi zobowiązaniami. Część faktur obejmuje niezidentyfikowane świadczenia, określone wyłącznie symbolami bądź niejasnymi nazwami. Nie można przyjąć, że wskazane w nich zobowiązania stanowiły szkodę poniesioną przez powodów z tytułu niewykonania przez pozwanego robót objętych umową z powodami.

W ocenie Sądu Okręgowego nie można zakwestionować twierdzenia opinii biegłego, że aby dokonać weryfikacji danych o kosztach wskazanych przez powodów, niezbędne było przedstawienie przez nich danych o szczegółach nabytych świadczeń czy prac budowlanych, ich ilości i jakości, co wymagało przedstawienia dokumentów na tą okoliczność, w tym protokołów odbiorów z wskazaniem ilościowymi, kosztorysów powykonawczych, obmiarów, dokumentacji powykonawczej. Biegły wezwany w sprawie przekonująco wyjaśnił to zarówno w ustosunkowaniu się do zarzutów powodów złożonych po otrzymaniu przez nich opinii pisemnej, jak i podczas wyjaśnień przedstawionych na rozprawie.

Powodowie domagali się, już po zakończeniu postępowania dowodowego w zakresie postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego sądowego, powołania innego biegłego. Wniosku tego nie można było uwzględnić. Nie wskazali oni bowiem żadnego nowego materiału dowodowego, który mógłby stanowić podstawę do dokonania ocen mających na celu kwalifikację wykazywanych przez powodów wydatków w odniesieniu do zakresu i wartości robót niewykonanych przez pozwanego. Nie było podstaw do wnioskowanego przez nich powtórzenia postępowania dowodowego, zwłaszcza w zakresie źródeł osobowych. Strona powodowa uczestniczyła podczas rozpraw obejmujących to postępowanie i miała swobodę w wykonywaniu związanych z tym postępowaniem czynności procesowych.

Tym samym dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego sądowego byłoby de facto faworyzowaniem powodów, bowiem oznaczałoby realizację ich żądania dowodowego tylko dlatego, że nie są oni zadowoleni z przedstawionej

opinii i oczekują innej jej treści. Powodowie nie kwestionowali wyboru biegłego, nie można też zarzucić biegłemu lakoniczności w formułowaniu ocen. Trzeba nadto dodać, że nie stanowi o nieprzydatności opinii sytuacja wskazania przez biegłego o braku wystarczających danych do przedstawienia niebudzących wątpliwości wniosków co do przedmiotu opinii. Zasięgnięciem wiedzy specjalnej jest też uzyskanie oceny, że przedstawienie odpowiedzi na wskazane zagadnienia wymaga uzupełnienia przedstawionych danych o konkretne dokumenty.

Odnosząc się do dokumentów rozliczeniowych, dotyczących samych powodów pomiędzy sobą, a także powódki ze spółką (...) sp. z o.o., mającą siedzibę w miejscu działalności powoda, Sąd I instancji podkreślił, że powodowie dochodzili roszczenia od pozwanego jako wierzyciele solidarni, toteż nie mogą stanowić ich wspólnej szkody wzajemne, pomiędzy nimi, rozliczenia. Z tego tytułu przedstawiono dokumenty rozliczeniowe na kwotę 346.480 złotych, zaliczoną przez powodów do zobowiązania dochodzonego pozwem w niniejszej sprawie od pozwanego.

Co do zamówień od spółki (...), dowody na te wydatki, w wysokości 1.022.663,63 złotych, jako mające stanowić koszty zastępczego wykonania prac niewykonanych przez pozwanego, uznał za niewiarygodne. Spółka (...) jest podmiotem działającym w siedzibie powoda, całkowicie nieaktywnym od 2007 roku, której zarejestrowana działalność gospodarcza nie obejmuje działalności wskazanych w dokumentach rozliczeniowych pomiędzy tą spółką a powódką.

Przeprowadzone w sprawie dowody ze źródeł osobowych, służyły, po pierwsze, określeniu zakresu robót wykonanych przez pozwanego przed opuszczeniem przez niego budowy, pod drugie, przyczyn zaprzestania robót przez pozwanego, po trzecie, przedmiotu inwestycji a w szczególności porównania jej technologii, sposobu wykonania i wartości w chwili zawarcia umowy pomiędzy stronami, do jej ostatecznego kształtu w wymienionych parametrach, po czwarte, zakresu wykonawstwa zastępczego i jego wartości.

W pierwszej sprawie nawet powód nie był w stanie przedstawić precyzyjnie zakresu robót wykonanych przez pozwanego. Podczas przesłuchania stron nie był on pewien, czy pozwany wykonał roboty fundamentowe i ziemne oraz w jakim zakresie. Podczas tego zeznania stwierdził ostatecznie, że te roboty, podobnie jak konstrukcję stalową hali, pozwany wykonał. Brak precyzyjnego określenia ilości robót wykonanych przez pozwanego uniemożliwia ustalenie niezbędnego zakresu robót zastępczych. Ta okoliczność, obok bardzo ogólnikowego określenia poszczególnych zakresów prac wykonawców, którzy zostali w pozwie wskazani jako wykonawcy zastępczy, a także wobec braku danych o szczegółach technicznych i technologicznych tych robót, uniemożliwia ustalenie, czy, a jeżeli tak to w jakiej wysokości, powodowie byli zmuszeni ponieść wyższe koszty robót zleconych pozwanemu a niewykonanych przez niego wskutek jego zejścia z budowy. Również zeznania świadków nie pozwoliły precyzyjnie określić zakresu robót wykonanych przez pozwanego, jak też zakresów robót stanowiących wykonawstwo zastępcze.

W sprawie przyczyn zejścia pozwanego z placu budowy zeznania świadków: Ż., J., W., oraz przesłuchanie pozwanego, pozwalają przyjąć, że było ono konsekwencją braku płatności ze strony powodów. Żadna z pozostałych przesłuchanych osób nie wskazała innych okoliczności – również powód. Powód nie umiał też wyjaśnić przyczyn powierzenia części prac, które miał wykonać pozwany, innym wykonawcom, gdy pozwany jeszcze był na budowie obecny. Nie ulega wątpliwości, że powodowie nie realizowali w pełnym zakresie płatności na podstawie faktur wystawionych przez pozwanego, co jasno wynika z dowodów wpłat.

Co do przedmiotu inwestycji, a w szczególności, czy jego standard uległ podwyższeniu, świadkowie wypowiadali się w różny sposób. Odmiennie też kwestię tą przedstawiali powód oraz pozwany. Zważywszy na fakt znaczącego zwiększenia wartości robót (o około 30 procent), wiarygodne były te zeznania, które wskazały na podwyższenie standardu budowanej hali, z obrazowym podsumowaniem, że początkowo miało być to zadaszone targowisko a stało się ostatecznie nowoczesną galerią handlową. O podwyższeniu standardu, a co za tym idzie wartości robót, świadczą też opisy zmian co do technologii wykonania pawilonów handlowych a także co do zwiększenia ich ilości w stosunku do powierzchni sklepu samoobsługowego, wyższego standardu powierzchni komunikacyjnych. Niewiarygodne są twierdzenia powoda o braku wpływu tych zmian na koszty wykonawstwa. Powód mijał się z prawdą twierząc o tej samej wartości posadzek betonowych niepylących i posadzek wyłożonych płytkami, a także powołując się na ceny

zakupionych płytek. Podobnie rzecz się ma z budową ścian z płyty warstwowej w stosunku do ścian z przeszkleniami. Powód nie zaprzeczył zeznaniu pozwanego na okoliczność zmiany założenia co do rozmieszczenia powierzchni handlowych, także z kontekście powierzenia pozwanemu wykonania pawilonów handlowych tylko po jednej stronie hali.

W sprawie zakresu wykonawstwa zastępczego zeznania świadków, w tym osób, które powodowie wskazali jako wykonujących pracę z zakresu powierzonego pozwanemu, nie pozwoliły na uszczegółowienie danych wynikających z dokumentów rozliczeniowych przedstawionych przez powoda. Charakterystyczne jest natomiast, że z zeznań tych świadków nie wynika, że ustalone przez nich z powodami wynagrodzenie wykraczało poza ceny rynkowe. Co więcej zeznania świadków K. i C. wskazują, że powód nie znajdował się – jak twierdził podczas przesłuchania - w przymusowej sytuacji przez co wykonawcy zastępczy mieli dyktować mu stawki wynagrodzeń. Z zeznań tych wynika, że to powód narzucał im wynagrodzenia, demonstrując wobec nich, że nie będzie miał kłopotów ze znalezieniem wykonawców. Powyższe zasługuje na wiarę w kontekście przyznanej również przez powoda okoliczności, że zlecenia robót wskazywanych przez powodów jako zastępcze wobec niewykonanych robót przez pozwanego, miały miejsce jeszcze w czasie gdy pozwany wykonywał roboty.

Co do przesłuchania powoda, całkowicie niewiarygodne były jego zeznania w sprawie powiązania kosztów usług hotelowych, paliwa, części samochodowych, oleju samochodowego, reklam, ogłoszeń, itp., z domniemaną koniecznością zastępczego wykonania robót niewykonanych przez pozwanego. Zeznania te cechowały się brakiem konkretności w sprawie zakresu wykonania prac przez pozwanego, szczegółów umów powodów z wykonawcami zastępczymi, zakresu wykonawstwa zastępczego i kosztów poniesionych przy inwestycji. Niewiarygodne było też stwierdzenie o braku zmian w standardzie i sposobie wykonania hali z jej wszystkimi elementami, również w kontekście przyznania przez powoda, że wynagrodzenie generalnego wykonawcy uległo znacznemu podwyższeniu.

Dokonując oceny prawnej dochodzonego przez powodów roszczenia Sąd Okręgowy wskazał w pierwszej kolejności, że powodowie domagali się naprawienia szkody wynikającej z jako niewykonania przez pozwanego zobowiązania z umowy o roboty budowlane, w wysokości stanowiącej równowartość znacznie wyższych kosztów wykonawstwa w stosunku do tych, które uzgodnione zostały z pozwanym. Pozwany zaś bronił się brakiem bezprawności twierdząc, że poprzez brak płatności częściowych ze strony powodów, był zmuszony przerwać roboty i zejść z budowy.

Umowa zawarta przez strony przewidywała obowiązek powodów wypłaty wynagrodzenia w miarę postępu robót, w terminie 14 dni od wystawienia faktury przez pozwanego. Oznaczało to zagwarantowanie pozwanemu, którym przy wykonaniu prac posługiwał się częściowo podwykonawcami, uzyskanie finansowanie w ich trakcie, tak aby pozwany nie kredytował zamawiającego oraz posiadał środki na kolejne prace. W konsekwencji zatem brak środków na prowadzenie robót, zwłaszcza tych, które pozwany wykonywał poprzez podwykonawców, w oczywisty sposób paraliżował możliwości wykonawcze pozwanego, nie tylko zresztą w zakresie zabezpieczenia wynagrodzeń podwykonawców, ale też co do możliwości zakupu materiałów.

Pozwany co prawda uprzedzał powodów o możliwości odstąpienia od umowy w wypadku dalszego braku realizowania wystawionych przez niego faktur, tym niemniej nie wyznaczył powodom terminu do zapłaty wynagrodzeń częściowych zgodnie z umową. Nie nabył więc uprawnienia do odstąpienia od umowy z powodami z tytułu zwłoki powodów ze spełnieniem świadczenia wzajemnego, na podstawie art. 491 § 1 k.c.

Niemожność finansowania przez pozwanego powierzonych robót (nabywania materiałów, powierzania robót podwykonawcom), z braku środków stanowiących płatności ze strony powodów za wykonane roboty, świadczyło – w ocenie Sądu Okręgowego - o powstaniu po stronie pozwanego stanu niemożliwości dalszych świadczeń wskutek okoliczności, za które odpowiedzialność ponosili powodowie. To uprawniało pozwanego do odstąpienia od umowy na podstawie art. 493 § 1 k.c. Zejście pozwanego z budowy, zwłaszcza po ostrzeżeniach kierowanych w stosunku do powodów, może być kwalifikowane jako skorzystanie z uprawnienia wynikającego z powołanej regulacji.

Nawet gdyby uznać, że nie doszło do powstania niemożliwości świadczenia ze strony pozwanego, to w zaistniałej sytuacji pozwany posiadał uprawnienie wynikające z art. 490 § 1 k.c., zgodnie z którym, jeżeli jedna ze stron

obowiązana jest spełnić świadczenie wzajemne wcześniej, a spełnienie świadczenia przez drugą stronę jest wątpliwe ze względu na jej stan majątkowy, to strona zobowiązana do wcześniejszego świadczenia może powstrzymać się z jego spełnieniem, dopóki druga strona nie zaoferuje świadczenia wzajemnego lub nie da zabezpieczenia. Powodowie podnosili brak możliwości świadczeń wskutek braku płatności ze strony inwestora, toteż pozwany mógł zasadnie przyjąć, że świadczenie ze strony powodów jest wątpliwe. Przesłanką zastosowania powołanej regulacji nie jest obiektywnie zły stan majątkowy zobowiązanego, lecz taki, który czyni wątpliwym jego świadczenie. Powodowie sami w niniejszym postępowaniu zapewniali o swojej złej sytuacji majątkowej, toteż okoliczność powyższa nie wymagała dowodu.

Opisane wyżej uwarunkowania prawne oznaczają, że po stronie pozwanego nie było bezprawności w zakresie zaniechania dalszych robót i opuszczenia budowy w lipcu 2005 roku. Tym samym nie została spełniona jedna z koniecznych przesłanek obciążenia pozwanego odpowiedzialnością odszkodowawczą. O bezprawność takiej w ogóle zaś – co do zasady – nie może być mowy w czasie, gdy pozwany wykonywał roboty na podstawie umowy z powodami. Mimo to powodowie wśród wykazywanych kosztów wykonania zastępczego przedstawili wydatki poniesione w czasie, w którym pozwany jeszcze wykonywał roboty.

Sąd Okręgowy podkreślił, że powodowie nie wzywali pozwanego do wznowienia robót budowlanych ani nie wyznaczyli mu w tym celu terminu. Zgodnie z art. 480 § 1 k.c. w razie zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania czynienia, wierzyciel może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody, żądać upoważnienia przez sąd do wykonania czynności na koszt dłużnika. Nie ma wątpliwości, że o takie upoważnienie powodowie się nie ubiegali. Wprawdzie zgodnie z art. 480 § 3 k.c. wierzyciel może w wypadkach nagłych, zachowując roszczenie o naprawienie szkody, wykonać bez upoważnienia sądu czynności na koszt dłużnika, jednakże powodowie nie wykazali, że miał miejsce wypadek nagły. Jak zeznał świadek A. C., wskazany przez powodów jako jeden z wykonawców wykonujących zastępczo roboty niewykonane przez pozwanego, powód G. J. narzucił mu wysokość wynagrodzenia za roboty, bez możliwości ich renegeacji. Taka sytuacja zaprzecza nagłości stanu rzeczy po zejściu pozwanego z budowy.

Nie można też mówić o wykazaniu przez powodów szkody. Dochodzili oni roszczeń z pozwu jako wierzyciele solidarni, natomiast nie przedstawili jakichkolwiek dowodów wskazujących na poniesienie szkody przez powoda G. J.. Wydatki, jakie powołali w celu wykazania roszczenia odszkodowawczego co do zasady i co do wysokości mogą być zaliczone tylko na rachunek powódki, bo to powódka została wskazana jako adresat faktur i dokonująca wykazywanych wpłat. Powodowie nie prowadzą działalności jako wspólnicy spółki cywilnej, zaś dla oznaczenia swojej legitymacji czynnej w niniejszym procesie powoływali się na odrębne działalności gospodarcze. Powyższe oznacza, że powód G. J., choć jest stroną umowy zawartej z pozwanym w dniu 1 lutego 2006 roku, nie wykazał legitymacji czynnej materialnej w niniejszym procesie, bowiem nie przedstawił dowodów poniesienia jakichkolwiek kosztów lub zaciągnięcia zobowiązań, które mogłyby być zakwalifikowane jako koszty wykonawstwa zastępczego. Tym samym choćby z tego względu jego powództwo musiało być oddalone.

W zakresie merytorycznej oceny przedstawienia przez powodów szkody, Sąd I instancji stwierdził, że nie wykazali oni szkody polegającej na poniesieniu na rzecz wykonawstwa zastępczego kwoty wyższej, niż ta, którą musieliby świadczyć pozwanemu, zwłaszcza uwzględniając to, że wykonawstwo pozwanego, z uwagi na podwyższenie standardu budowanego obiektu, wykraczałoby ponad zakres wynikający z umowy stron.

Fakt wybudowania obiektu o wyższym standardzie niż zakładany skutkuje również tym, że nie sposób rozgraniczyć robót podmiotów wskazanych przez powodów jako wykonawcy zastępczy, będących robotami powierzonymi wcześniej pozwanemu, od robót, które zostały wykonane zamiennie bądź dodatkowo. Powodowie przedłożyli dokumenty rozliczeniowe wskazujące bardzo ogólne wskazania świadczeń, których wartości domagają się zwrotu, niemal bez przedstawienia umów na ich wykonanie. Brak jest tym samym podstaw do przyjęcia związku przyczynowego pomiędzy wskazanymi przez powodów wydatkami i zobowiązaniami, z niewykonaniem przez pozwanego zakresu wynikającego z umowy pomiędzy stronami, nawet gdyby uznać, że zachowanie pozwanego było bezprawne (art. 361 § 1 k.c.).

Dotyczy to również zapłaconych przez powodów kar umownych inwestorowi. Nie można mówić przy tych świadczeniach o związku przyczynowym pomiędzy ich poniesieniem a zejściem przez pozwanego z budowy. Powodowie nie wykazali, że to właśnie to zdarzenie doprowadziło do opóźnienia ich robót, czy usuwania usterek, a więc powstania sytuacji, w której powstało po stronie inwestora uprawnienie do obciążenia powodów karami umownymi.

Niezależnie od powyższego, roszczenie powodów w zakresie przekraczającym kwotę 2.500.000 złotych, uległo przedawnieniu, wobec upływu 3 letniego terminu, przewidzianego w art. 118 k.c. Zgodnie z art. 120 § 1 k.c. bieg przedawnienia rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stało się wymagalne a jeżeli wymagalność roszczenia zależy od podjęcia określonej czynności przez uprawnionego, bieg przedawnienia rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stałoby się wymagalne, gdyby uprawniony podjął czynność w najwcześniejszym możliwym terminie.

Powodowie przedstawili faktury, z których ostatnie pochodzą z 2007 roku, wobec tego termin przedawnienia upłynął już w chwili wniesienia pozwu – kwiecień 2011 roku. Zgodnie z art. 123 § 1 pkt 1 k.c. bieg przedawnienia przerywa się między innymi przez każdą czynność przed sądem powołanym do rozpoznawania spraw. Za taką czynność uważa się wniosek do sądu o zawezwanie do próby ugodowej, przy czym przewidziany w tym przepisie skutek, dotyczy wyłącznie tego roszczenia, które jest przedmiotem wniosku, o którym mowa w art. 184 i następnym k.p.c.

Powodowie wnieśli o zawezwanie pozwanego do próby ugodowej dochodząc naprawienia szkody polegającej na poniesieniu kosztów wykonania zastępczego robót niewykonanych przez pozwanego, w zakresie: roboty ziemne, zdjęcie humusu, przygotowanie i wykonanie stanu zerowego i wykonanie posadzek przemysłowych niepylących, o wartości 585.821 złotych (wykonawcy: G. K., (...) M. T. i K. T., Zakład (...)); prace dotyczące pawilonów handlowych, bez montażu sufitów podwieszanych (wykonawcy: A. C., (...) spółka jawna, K. B., (...) i PHU (...)); instalacja elektryczna za kwotę 492.000 złotych (wykonawca: J. B.), instalacja wodno-kanalizacyjna za kwotę 511.500 złotych (wykonawca: G. K.), instalacja elektryczna za kwotę 240.000 złotych (wykonawca: firma (...)), wykonanie podbudowy pod parkingi i ułożenie kostki brukowej za kwotę 490.000 złotych (wykonawca: T. K.). Tylko w zakresie tych roszczeń to wystąpienie doprowadziło do przerwania biegu przedawnienia. Tym samym przedawnione jest roszczenie powodów w pozostałym zakresie, a więc wszystkie inne wykazywane w niniejszym postępowaniu koszty. Nie doszło też do przerwania biegu przedawnienia roszczenia o naprawienie szkody mającej polegać na zapłaceniu przez powodów inwestorowi kar umownych. Zgodnie z art. 117 § 2 k.p.c. po upływie terminu przedawnienia ten, przeciwko komu przysługuje roszczenie, może uchylić się od jego zaspokojenia. Tym samym, w zakresie nieobjętym zawezwaniem do próby ugodowej roszczenie powodów utraciło walor zaskarżalności zanim powodowie wnieśli pozew, choćby nawet było słuszne co do zasady i wysokości.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 § 1 k.p.c., zgodnie z zasadą odpowiedzialności stron za wynik sporu i kosztów celowych.

Powyższy wyrok zaskarżyli apelacją powodowie A. J. i G. J., zarzucając

I. naruszenie przepisów postępowania w postaci:

1) art. 328 § 1 k.p.c. w zw. z art. 361 k.p.c. poprzez niedostateczne powołanie w uzasadnieniu rozstrzygnięcia faktów, którym Sąd odmówił wiarygodności w przedmiocie zeznań złożonych przez niektórych świadków,

2) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego i przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, polegającą na uznaniu, że powodowie nie udowodnili:

a) wysokości szkody, której naprawienia domagali się od pozwanego w niniejszym postępowaniu,

b) związku pomiędzy powstaniem szkody a zachowaniem pozwanego, w sytuacji, gdy wbrew uznaniu Sądu I instancji wskazuje na to całokształt materiału zebranego w niniejszej sprawie.

3) art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 285 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów i wydanie rozstrzygnięcia w oparciu o opinię biegłego sądowego wadliwą, niekompletną, a w konsekwencji wydanie rozstrzygnięcia na podstawie dowodu, który nie pozwala na prawidłowe ustalenie wysokości kosztów prac zastępczych.

4) art. 286 k.p.c. i 227 k.p.c. w zw. z art. 217 § 1 k.p.c. poprzez niedopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego z dziedziny budownictwa.

Wskazując na te zarzuty powodowie wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie na rzecz powodów kwoty: 3.257.422,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od kwot i terminów wskazanych w pozwie oraz o zasądzenie na rzecz powodów kosztów procesu za I i II instancję.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o jej oddalenie i zasądzenie na jego rzecz solidarnie od powodów kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powodów okazała się oczywiście bezzasadna.

Jednoznacznego podkreślenia na wstępie wymaga, iż rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy sprowadzało się w istocie do oceny zarzutów zgłoszonych w apelacji powodów. Jak jednolicie wskazuje się w judykaturze, obowiązek rozpoznania sprawy w granicach apelacji (art. 378 § 1 k.p.c.), oznacza związanie sądu odwoławczego zarzutami prawa procesowego (tak Sąd Najwyższy min. w uchwale z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07), za wyjątkiem oczywiście tego rodzaju naruszeń, które skutkują nieważnością postępowania. Nie dostrzegając ich wystąpienia w niniejszej sprawie, a nadto akceptując – z niewielkim, nie mającym dla rozstrzygnięcia sprawy wyjątkiem - argumentację materialnoprawną Sądu I instancji, w tych wszystkich jej aspektach, które nie zostały objęte zarzutami apelacyjnymi, jak również poczynione przez ten Sąd ustalenia faktyczne (w oparciu o przeprowadzone w sprawie dowody), zadość wymogowi konstrukcyjnemu niniejszego uzasadnienia czyni odwołanie się do tej argumentacji, bez potrzeby jej powielania (vide: Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 listopada 2014 r., V CSK 78/14).

Jak wynika z zarzutów i uzasadnienia apelacji, polemika skarżących ze stanowiskiem Sądu I instancji, dotyczy w istocie rzeczy dwóch kwestii. Po pierwsze powodowie zarzucają temu Sądowi wadliwe ustalenie, że przyczyną zaprzestania wykonywania przez pozwanego robót był brak płatności za już wykonane prace, a co – zdaniem tego Sądu – oznaczało brak bezprawności zachowania pozwanego. Po drugie zaś wskazują oni, iż Sąd Okręgowy błędnie przyjął, że powodowie nie wykazali poniesionej przez siebie szkody, w zakresie różnicy wydatków poniesionych na zastępcze wykonanie robót, objętych umową łączącą strony, w stosunku do wynagrodzenia, które z tego tytułu zobowiązani byłiby uiścić pozwanemu, akcentując w tym zakresie niekompletność materiału dowodowego, w związku z nieprzeprowadzeniem dowodu z opinii innego biegłego sądowego. Całkowicie pomijają natomiast powodowie, te kluczowe argumenty stanowiska Sądu I instancji, a które Sąd Apelacyjny w całości aprobuje, dotyczące całkowitego braku czynnej legitymacji procesowej powoda G. J., przedawnienia dochodzonych pozwem roszczeń w zakresie przekraczającym te z nich, które objęte były złożonym w dniu 30 stycznia 2009 r., w Sądzie Rejonowym Poznań – Stare Miasto w Poznaniu, wnioskiem o zawezwanie pozwanego do próby ugodowej w sprawie o zapłatę kwoty 2.500.000 zł, czy też wreszcie szczegółowo opisane przez ten Sąd motywy, dla których uznał on za niewykazane jako szkoda i to dodatkowo pozostającą w związku przyczynowym z zachowaniem pozwanego, te wszystkie wskazane w pozwie pozycje (w tym kary umowne uiszczone na rzecz inwestora), które nie dotyczyły wprost wydatków poniesionych w związku z wykonaniem zakresu robót pierwotnie zleconych pozwanemu. W tym kontekście nie sposób dociec, w czym powodowie upatrywali skuteczności zgłoszonego w apelacji wniosku o zmianę zaskarżonego wyroku przez zasądzenie na rzecz ich obojga kwoty 3.257.422 zł. Elementarne reguły logiki nakazują bowiem przyjąć, że zgłoszone w apelacji zarzuty, co najwyżej – przy uznaniu ich za uzasadnione – prowadzić mogłyby do uwzględnienia wyłącznie powództwa A. J. i to tylko w części nieprzedawnionej, tj. co do kwoty 2.500.000 zł.

Przed omówieniem zdefiniowanych wyżej – w sposób syntetyczny – zarzutów apelacji, wyjaśnić należy skarżącym, że dochodzone przez nich roszczenie, znajduje swoją materialnoprawną podstawę w dyspozycji art. 471 k.c., określającej przesłanki kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Obowiązkiem powodów było zatem wykazanie faktu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwanego, poniesionej przez nich szkody oraz jej wysokości, oraz związku przyczynowego pomiędzy szkodą a niewykonaniem lub nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwanego. Dopiero łączne wykazanie istnienia wszystkich tych przesłanek kreować mogło skuteczność zgłoszonego w pozwie roszczenia, o ile pozwany nie udowodniłby, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez niego zobowiązania nie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Tymczasem, jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy, żadna z tych przesłanek w realiach niniejszej sprawy nie zaistniała.

Przechodząc do omówienia zagadnienia ustalenia przyczyn, z uwagi na które pozwany zaniechał kontynuowania robót, oczywiście wadliwe wskazują skarżący, jakoby zarzut ten mógł zostać osadzony w treści art. 328 § 1 k.p.c. w zw. z art. 361 k.p.c. Pierwszy z tych przepisów dotyczy bowiem warunków formalnych, jakie muszą być spełnione, aby sąd sporządził pisemne uzasadnienie wyroku, drugi zaś, stanowi przepis blankietowy, odsyłający do stosowania – w zakresie postanowień – przepisów o wyrokach. Prawidłowo zdefiniowany – na płaszczyźnie prawnej - zarzut w tym zakresie, winien odwoływać się do treści art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c.

Sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według swego przekonania na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Przepis art. 233 § 1 k.p.c., przy uwzględnieniu treści art. 328 § 2 k.p.c., nakłada na sąd orzekający obowiązek: po pierwsze - wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału, po drugie - uwzględnienia wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, po trzecie - skonkretyzowania okoliczności towarzyszących przeprowadzeniu poszczególnych dowodów mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności, po czwarte - wskazania jednoznacznego kryterium oraz argumentacji pozwalającej - wyższej instancji i skarżącemu - na weryfikację dokonanej oceny w przedmiocie uznania dowodu za wiarygodny bądź też jego zdyskwalifikowanie, po piąte - przytoczenia w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia dowodów, na których sąd się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności. Jak trafnie przyjmuje się przy tym w orzecznictwie sądowym, jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1 k.p.c.) i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub, gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (tak min. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27.09.2002 r., II CKN 817/00, LEX nr 56906). Dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie wystarcza stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłuszne im je przyznając (tak Sąd Najwyższy min. w orzeczeniach z dnia: 23 stycznia 2001 r., IV CKN 970/00, LEX nr 52753, 12 kwietnia 2001 r., II CKN 588/99, LEX nr 52347, 10 stycznia 2002 r., II CKN 572/99, LEX nr 53136).

Odnosząc przedstawione wyżej poglądy prawne do realiów niniejszej sprawy, zarzut poczynienia przez Sąd Okręgowy wadliwych ustaleń faktycznych w zakresie przyczyn zaprzestania wykonywania przez pozwanego robót, uznać należało za sformułowany w sposób oczywiście nie odpowiadający przedstawionym wyżej wymogom. Powodowie w istocie rzeczy poprzestali bowiem na gołosłownym zaprzeczeniu wersji oceny materiału procesowego przedstawionej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, nie poddając krytycznej analizie stanowiska Sądu I instancji z punktu widzenia zasad logiki i doświadczenia życiowego. Pominięcie w zaprezentowanym stanowisku tych dowodów, które stanowiły istotny element materiału dowodowego, a w oparciu o które Sąd zrekonstruował przebieg zdarzeń poprzedzających opuszczenie przez pozwanego placu budowy, odbiera jemu walor komplementarności, a przez to czyni je merytorycznie nieweryfikowalnym.

Sąd Apelacyjny w całości podziela dokonaną przez Sąd Okręgowy ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a dokonane w jej wyniku ustalenia faktyczne - w zakresie objętym zarzutem - uznaje za własne, co czyni, zważywszy na opisany wyżej sposób uargumentowania przez powoda tego zarzutu, niecelowym ich powtarzanie.

Jak wynika z konstrukcji samego zarzutu, ale nade wszystko z uzasadnienia apelacji, skarżący upatruje podstawy do ustalenia, że przyczyną zaprzestania wykonywania przez pozwanego prac były, leżące po jego stronie względy organizacyjne, w nieuwzględnieniu zeznań świadka G. K.. Nie dostrzega on wszakże, iż z tego rodzaju ogólnego stwierdzenia (nawet, gdyby polegało ono na prawdzie), w żaden sposób nie wynika, że to właśnie przyczyny tej natury, a nie brak finansowania przez powodów robót już wykonanych, samodzielnie implikowały tego rodzaju zachowaniem Z. B.. W materiale procesowym brak jest jakichkolwiek dowodów, które pozwalałyby na skonkretyzowanie, na czym uchybienia w organizacji robót przez pozwanego miałyby polegać. Tylko zaś takie ustalenia umożliwiłyby – na płaszczyźnie elementarnych zasad logiki i doświadczenia życiowego rozważyć – ustalenie, czy determinowały one decyzję pozwanego o wstrzymaniu prac. Ich brak oznacza zaś, że stanowisko powodów w tym przedmiocie jest empirycznie nieweryfikowalne i tym samym gołosłowne.

Sąd Apelacyjny nie dostrzega związku analizowanego zagadnienia (nie wyjaśnia go również strona apelująca) z charakterem obiektu, który na rzecz inwestora miał zostać zrealizowany. Jedynie zatem na marginesie wskazać w tej materii należy, że w stanowisku Sądu Okręgowego próżno doszukać się ustalenia, jakoby umową stron objęte było wybudowanie obiektu magazynowego. Sąd ten jednoznacznie stwierdził bowiem, co znajduje oczywiste uzasadnienie w przeprowadzonych w sprawie dowodach, że w trakcie budowy nastąpiły bardzo istotne zmiany zarówno samej funkcji użytkowej obiektu handlowego oraz standardu jego wykończenia. Odmienne twierdzenia powodów w tym zakresie stanowią jedynie ich wersję zdarzeń, nie mającą oparcia w materiale procesowym, podobnie jak odwołująca się wyłącznie do własnego przekonania – zamiast dowodów – teza, jakoby powodowie zostali zmuszeni do zawarcia umów z kolejnymi wykonawcami robót pierwotnie powierzonych pozwanemu, na narzuconych przez tych podwykonawców, niekorzystnych warunkach.

Rację należy przyznać powodom w tym, że Sąd Okręgowy niewystarczająco uwzględnił specyfikę łączącego strony stosunku prawnego, w zakresie sposobu zapłaty przez powodów wynagrodzenia. Z art. 3 ust. 3 umowy nr (...) (k. 99-100) wynika, że strony przewidziały system rozliczeń częściowych, na podstawie faktur VAT, płatnych 14 dni po ich wystawieniu, dodatkowo wszakże odwołując się w tym zakresie do „(...) sprzedaży powierzchni handlowych, zgodnie z aneksem podpisanym z (...)(...)”. W umowie o wykonawstwo, zawartej przez konsorcjum z inwestorem w dniu 11 listopada 2005 r. przewidziano w sposób szczegółowy sposób zapłaty wynagrodzenia (§ 12), którego cechą charakterystyczną było zobowiązanie się inwestora do przeniesienia własności części obiektu (k. 88). Zapis ten został zmieniony aneksem nr (...), z dnia 18 kwietnia 2006 r. (k. 93v), którego istotą było wskazanie, że środki na zapłatę wynagrodzenia do kwoty 7.800.000 zł. zostaną uzyskane przez inwestora ze sprzedaży lokali użytkowych oraz określenie szczegółowego sposobu ich wypłaty. Tak ukształtowany stosunek prawny niewątpliwie oznaczał zatem, że pozwany miał świadomość tego, że wystawienie faktur za roboty częściowe ma być dokonywane nie, jak się to zazwyczaj odbywa, po odebraniu tych robót przez zamawiającego (tu: powodów), lecz dopiero po uzyskaniu od nich bądź inwestora informacji, o pozyskaniu środków na zapłatę. Świadczy o tym zachowanie samego pozwanego, polegające na wystawieniu poszczególnych faktur po dłuższym okresie czasu od odebrania poszczególnych prac przez zamawiającego, co następowało nawet jeszcze po 6 miesiącach od całkowitego zaprzestania wykonywania przez niego prac. Ustalenie poczynione w tym zakresie przez Sąd Okręgowy na stronach 7 i 8 uzasadnienia zaskarżonego wyroku (k. 1718 – 1719), nie są na etapie postępowania apelacyjnego przez którąkolwiek ze stron kwestionowane, co czyniło tym samym zbędnym ich powtarzanie. Zawierają one również istotne dla rozstrzygnięcia sprawy ustalenia co do tego, że pomimo tak korzystnie ukształtowanych dla powodów terminów zapłaty, pomiędzy terminami zapłaty liczonymi według poszczególnych faktur, a ich realizacją i to częściową, zaistniały znaczne okresy zwłoki.

Przedstawiona wyżej korekta ustaleń faktycznych dokonanych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, dla kierunku rozstrzygnięcia sprawy jakiegokolwiek znaczenia wszakże nie posiada. W aktach sprawy nie został bowiem ujawniony żaden dowód, w oparciu o który możliwe byłoby ustalenie, że faktury wystawiane były przez pozwanego w sposób,

który odbiegał od opisanych wyżej syntetycznie zasad. Nie zostało również w apelacji zakwestionowanie ustalenie, że w lipcu 2006 r. istniały znaczne zaległości powodów w regulowaniu wynikających z nich należności, dezorganizujące w istotny sposób wykonywanie prac przez pozwanego, w tym jego rozliczenia z podwykonawcami, podobnie jak to, że pozwany kilkakrotnie bezskutecznie wzywał powodów do uregulowania tych zaległości, a ich sytuacja finansowa na to nie pozwalała. Oznaczało to w konsekwencji, że ocena tego, czy zaprzestanie przez pozwanego wykonywania umowy, było zachowaniem zgodnym z prawem, winna być dokonana przy uwzględnieniu opisanych wyżej wymienionych faktów.

W ocenie Sądu Apelacyjnego pogląd, że pozwany był z tej przyczyny uprawniony do odstąpienia od umowy w oparciu o dyspozycję art. 493 § 1 k.c., nie znajduje wystarczającego uzasadnienia. Jak słusznie wskazuje się w judykaturze, pojęcie niemożliwości świadczenia (niezależnie od tego, czy chodzi o niemożliwość pierwotną, czy następczą) ma charakter obiektywny, co oznacza, że takiego świadczenia nie może spełnić nie tylko dłużnik, ale żadna inna osoba (świadczenie rzeczywiście niewykonalne). Natomiast w innych kategoriach rozważana jest terminowość spełnienia świadczenia. Chodzi zatem wyłącznie o sytuacje, w której zachodzi stan trwałej, obiektywnej niemożności świadczenia (tak. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 16 stycznia 2014 r., VI ACa 822/13, oraz Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 27 lutego 2014 r., I ACa 737/13). Tymczasem Sąd Okręgowy powołał się w tym zakresie na stan niemożności dalszego wykonywania robót przez pozwanego, motywowany brakiem świadczenia wzajemnego – za już wykonane prace – ze strony powodów, co jest oczywiście niewystarczające. Nie wydaje się wymagać pogłębionego uzasadnienia wniosek, że sytuacja, w jakiej znalazł się pozwany nie oznaczała stanu tak rozumianej obiektywnej niemożności świadczenia. Niewątpliwie nie jest bowiem tak, że w sytuacji w jakiej znalazł się pozwany, żaden inny wykonawca nie byłby w stanie kontynuować realizację umowy. Co więcej, w materiale procesowym brak jest argumentów (nie przedstawił ich Sąd I instancji), które racjonalizowałyby pogląd, że w stosunku do osoby pozwanego – choćby w wymiarze wyłącznie subiektywnym – sytuacja ta skutkowałą tego rodzaju konsekwencjami.

Prawidłowo natomiast przyjął Sąd Okręgowy, że brak zapłaty wynagrodzenia przez powodów, rozmiar istniejącego z tego tytułu zadłużenia, trudna sytuacja finansowa powodów (czego w apelacji nie kwestionują), uprawniały pozwanego do powstrzymania się z kontynuowaniem dalszego wykonywania umowy na podstawie art. 490 § 1 k.c. Symptomatyczne jest, że sama apelacja nie kwestionowała prawidłowości zastosowania tego przepisu, w oparciu o poczynione przez Sąd I instancji ustalenia faktyczne, odmienny pogląd w tym zakresie wywodząc wyłącznie z wadliwości ustalenia faktycznego w zakresie przyczyn tego rodzaju zachowania wykonawcy, które to zagadnienie już wyżej omówiono. A skoro tak, to wystarczającym było odwołanie się w tej materii wyłącznie stanowiska Sądu Okręgowego uwag. Zauważyć jedynie dodatkowo należy, że sami powodowie, po lipcu 2006 r. nie wzywali pozwanego do kontynuowania robót, niezwłocznie zlecając ich wykonanie (część jeszcze w czasie, gdy pozwany umowę realizował) innym podmiotom. Tego rodzaju zachowania, stanowiącego przecież reakcję na nie budzącą jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych postawę pozwanego, nie mogą być kwalifikowane inaczej, niż jako wyraz woli braku zamiaru dalszej współpracy z dotychczasowym wykonawcą.

W kontekście przedstawionych wyżej uwag w pełni uzasadnione było przyjęcie przez Sąd Okręgowy, że zachowaniu pozwanego nie sposób przypisać jest cechy bezprawności. Co więcej, skoro nie zaistniała po jego stronie zwłoka, zdefiniowana w art. 476 k.c., to w ogóle nie mogło być mowy o nabyciu przez powodów zarówno roszczenia odszkodowawczego, jak i uprawnienia do zastępczego wykonania przedmiotowych robót na koszt pozwanego (vide: powołany przez Sąd I instancji art. 480 § 1 k.c.). W konsekwencji, wobec nie zaistnienia podstawowej prawotwórczej dochodzonego pozwem roszczenia przewidzianej w art. 471 k.c., powództwo podlegało oddaleniu, bez potrzeby badania dalszych przesłanek tej odpowiedzialności, w tym objętego zarzutami apelacji zagadnienia szkody i jej wysokości.

Jakkolwiek zatem kwestia szkody miała dla rozstrzygnięcia sprawy znaczenie obojętne, czyniąc zadość wymogom konstrukcyjnym uzasadnienia wyroku drugoinstancyjnego Sąd Apelacyjny zauważa, że pomimo zwerbalizowania zarzutu wadliwej oceny materiału dowodowego w tym zakresie, co zdaje się sugerować, że w ocenie skarżącego materiał ten stanowił wystarczającą podstawę do poczynienia w tym zakresie odmiennych, zgodnych z ich twierdzeniami ustaleń faktycznych, w istocie rzeczy całe uzasadnienie tego zarzutu oparte jest na wskazaniu,

że Sąd I instancji w sposób niezasadny pominął wniosek powodów o przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego z zakresu budownictwa. Skarżący nie twierdzą zatem w rzeczywistości, że przeprowadzone już dowody były wystarczające do poczynienia takich ustaleń, a wskazują jedynie na niekompletność materiału dowodowego, niezbędnego do ich dokonania.

Wyjaśnić należy w tym miejscu skarżącym, że utracili oni prawo do powoływania się na oddalenie przez Sąd Okręgowy ich wniosku w tym zakresie na etapie postępowania apelacyjnego. Zgodnie z art. 162 k.p.c. strony mogą w toku posiedzenia zwrócić uwagę sądu na uchybienia przepisom postępowania, wnosząc o wpisanie zastrzeżenia do protokołu. Stronie, która zastrzeżenia nie zgłosiła, nie przysługuje prawo powoływania się na takie uchybienia w dalszym toku postępowania, chyba, że chodzi o przepisy postępowania, których naruszenie Sąd winien wziąć pod uwagę z urzędu, albo strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła zastrzeżeń bez swojej winy. Znaczenie regulacji art. 162 k.p.c. aktualizuje się w postępowaniu odwoławczym. Stwierdzić zatem trzeba, iż jeśli sąd wyda postanowienie o oddaleniu wniosków dowodowych (jak też o dopuszczeniu określonych dowodów), uczestnik postępowania, w celu skutecznego powoływania się w dalszym toku postępowania na zarzuty mające prawidłowość tego rodzaju postanowienia podważyć, powinien zgłosić do protokołu zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. (tak min. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2008 r. o sygn. akt III CZP 50/08, opubl. OSNC 2009/7-8/103, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2010 r., II PK 127/09, opubl. M.P.Pr. 2011/1/33-39). Strona nie może więc skutecznie zarzucać w apelacji uchybienia przez Sąd I instancji przepisom postępowania, dotyczącego oddalenia wniosków dowodowych, jeżeli nie zwróciła uwagi sądu na to uchybienie (art. 162 k.p.c.).

W tak ukształtowanym stanie prawnym stwierdzić należy, iż powodowie nie mogli wyartykułować w sposób skuteczny zarzutu, który dotyczył pominięcia przez Sąd Okręgowy powołanego w apelacji dowodu. Jak bowiem wynika z treści protokołu z rozprawy z dnia 31 marca 2015 r., na której Sąd Okręgowy wydał postanowienie w przedmiocie oddalenia wniosku powodów o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego sądowego, a na której obecny był G. J., występujący zarówno w imieniu własnym, jak i w charakterze pełnomocnika A. J. brak jest jego oświadczenia o zwróceniu przez nich uwagi na uchybienie procesowe w trybie 162 k.p.c. (vide: treść protokołu rozprawy na k. 1693 - 1695). Co prawda w piśmie z dnia 31 marca 2015 r. A. J. wniosła o uzupełnienie protokołu przez dopisanie tego rodzaju zastrzeżenia (k. 1702), tym niemniej czynność ta była oczywiście bezskuteczna. Powódka nie dostrzegła, że protokół z tej rozprawy stanowił zapis audio – video z jej przebiegu, a zatem odzwierciedla ona jej pełny przebieg. Analiza tego zapisu nie pozostawia zaś wątpliwości co do tego, że G. J. tego rodzaju zastrzeżenia na rozprawie nie zgłaszał. Przedmiotowy wniosek powódki dotyczył zatem w istocie rzeczy tego, aby treścią protokołu z rozprawy objęte zostało oświadczenie, które nie zostało na niej złożone.

Stosownie do przedstawionych wyżej uwag prawnych Sąd Apelacyjny jest w konsekwencji obowiązany zarzut w tym zakresie pominąć, bez potrzeby dokonywania jego merytorycznej oceny.

Jedynie ubocznie podkreślić należy, że twierdzenie, jakoby projekt budowlany i oferta konsorcjum mogły stanowić wystarczające dokumenty do sporządzenia przez biegłego sądowego opinii przydatnej dla ustalenia rozmiaru poniesionej przez powodów szkody, nie znajduje jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia. Biegły J. G. wprost stwierdził, że przydatny w tym celu mógłby być wyłącznie projekt wykonawczy, a nie projekt budowlany, cechujący się przecież wysokim stopniem ogólności (k.1595). Symptomatyczne jest, że pomimo zaawizowania w apelacji zlecenia przez powodów prywatnej ekspertyzy dla oszacowania kosztów prac niewykonanych przez pozwanego (k. 1756), nie została ona złożona, pomimo deklaracji – do chwili zamknięcia rozprawy apelacyjnej - do akt sprawy. Racjonalny jest zatem wniosek, że także rzeczoznawca działający na zlecenie powodów nie uznał przedstawionego przez nich materiału źródłowego za wystarczający do wydania merytorycznej opinii. Sami powodowie, tego rodzaju postawą procesową, zaprzeczyli zatem w istocie rzeczy sformułowanym w apelacji twierdzeniom w tej materii. Powodowie nie dostrzegają przy tym, że nawet dokonanie przez biegłego wyceny robót pozwanego, nie oznaczałoby, że pozwalałoby to na ustalenie wysokości szkody. Cały wywód skarżących, także w apelacji, oparty jest bowiem na oczywiście kontrfaktycznym założeniu, że zakres ostatecznie wykonanych robót – w ujęciu wartościującym – w stosunku do robót, które miał wykonać pozwany, nie uległa zmianie, a w szczególności nie wpłynął na nią fakt wykonania robót, definiowanych przez nich jako zamiennie. Kwestie te szczegółowo opisał Sąd Okręgowy, wskazując nie tylko na oczywiste podwyższenie

standardu robót wewnętrznych obiektu, będące konsekwencją zmiany jego funkcji użytkowych, ale także na około 30% - w stosunku do pierwotnej umowy z inwestorem – wzrost ich wartości. Nie jest zatem tak, jak usiłują wskazywać skarżący, jakoby zakres robót, które pozwany miał po lipcu 2006 r. realizować był tożsamy z robotami, które wykonali inni wykonawcy. Dla określenia rozmiaru ich szkody w konsekwencji konieczne było ustalenie po pierwsze tego, co pozwany miał wykonać i co ostatecznie wykonał, a po drugie nakładów, jakie na tożsamy zakres prac powodowie ponieśli, gdyby były one w tym ściśle oznaczonym zakresie zrealizowane. Podkreślić bowiem po raz kolejny należy, że skoro pozwany miał wykonać określony w umowie zakres prac, to nie może być odpowiedzialny za niewykonanie tej umowy w zakresie, którego jej przedmiot nie obejmował. Tej podstawowej dla rozstrzygnięcia sprawy zależności skarżący nadal nie dostrzegają, oczywiście wadliwie zakładając, jakoby proste wyliczenie tego, co na wykonanie prac – które sami określają jako zastępcze – wydatkowali, było wystarczające dla określenia ich szkody.

Konkludując przedstawione wyżej rozważania należało dojść do oczywistego i nie poddającego się skutecznej merytorycznej krytyce wniosku, że dochodzone pozwem roszczenie nie mogło zasługiwać na uwzględnienie i to z kilku, także nie zakwestionowanych w apelacji, równoważnych przyczyn. Dlatego Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie I sentencji, na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach zastępstwa procesowego pozwanego w postępowaniu apelacyjnym, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik sprawy, Sąd Apelacyjny rozstrzygnął w oparciu o dyspozycję art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. i art. 99 k.p.c., ustalając wysokość wynagrodzenia pełnomocnika w tym postępowaniu w stawce minimalnej, na podstawie § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U.2013.490 j.t.).

SSA M. Gawinek SSA A. Kowalewski SSA R. Iwankiewicz