

Sygn. akt I ACa 168/16

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 marca 2017 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Krzysztof Górski (sprawozdawca)

Sędziowie: SSA Małgorzata Gawinek

SSA Tomasz Żelazowski

Protokolant: starszy sekretarz sądowy Magdalena Stachera

po rozpoznaniu w dniu 3 marca 2017 roku na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa syndyka masy upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej w G.

przeciwko Przedsiębiorstwu Budownictwa (...) spółce akcyjnej w S.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda i pozwanego od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 19 października 2015 roku, sygn. akt VIII GC 97/13,

**I. zmienia zaskarżony wyrok w punktach I i III w ten sposób, że oddala powództwo w całości oraz orzeka, że koszty procesu ponosi w całości powód, pozostawiając wyliczenie kosztów referendarzowi sądowemu w Sądzie I instancji;**

**II. oddala apelację powoda w całości;**

**III. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 19.875,71 zł (dziewiętnastu tysięcy ośmiuset siedemdziesięciu pięciu złotych, siedemdziesięciu jeden groszy) tytułem kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.**

Małgorzata Gawinek Krzysztof Górski Tomasz Żelazowski

Sygnatura akt I ACa 168/16

## UZASADNIENIE

Powód syndyk masy upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w G. wniósł o zasądzenie od Przedsiębiorstwa Budownictwa (...) spółki akcyjnej z siedzibą w S. kwoty 190.245,12 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu oraz o zasądzenie zwrotu kosztów procesu.

Uzasadniając żądania pozwu podał, że w dniu 18 czerwca 2010 r. spółka (...) zawarła z pozwaną umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było wykonanie pozostałej do wykończenia części stanu surowego otwartego obiektu pod nazwą „Budynek o funkcji usługowo-handlowej, gastronomicznej i konferencyjno-szkoleniowej” znajdującego

się na terenie działki o nr (...) przy ul. (...) w G.. Sposób oraz materiały z jakich wykonane miały być poszczególne elementy budynku określone zostały w kosztorysie uproszczonym stanowiącym załącznik do umowy. Zdaniem powoda, pozwana nie wykonała części prac wymienionych w kosztorysie, zaś te które zostały zakończone wykonano w ograniczonym zakresie używając materiałów niższej jakości.

Różnica pomiędzy wartością prac wykonanych przez pozwaną, w tym przy uwzględnieniu użycia materiałów niższej jakości, a wartością prac wskazanych w kosztorysie wyniosła 223.384,17 zł. Pozwana nie wykonała konstrukcji stalowej pergoli wraz z pokryciem poliwęglanem za kwotę 33.139,05 zł, jednak nie otrzymała wynagrodzenia z tego tytułu. Dochodzone roszczenie stanowi więc różnicę tych kwot. W sumie pozwana otrzymała wynagrodzenie w kwocie o 192.245,12 zł wyższej niż wynika to z wystawionych przez nią i zapłaconych przez spółkę (...) faktur.

W odpowiedzi na pozew pozwana wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na jej rzecz zwrotu kosztów procesu. Przyznała, że strony zawarły umowę o roboty budowlane, stwierdziła jednak, że opisana przez powoda sytuacja nie miała miejsca. Wyjaśniła, że spółka (...) zawarła z (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w G. dwie umowy o roboty budowlane na wykonanie budynku o funkcji usługowo-handlowej i konferencyjno-szkoleniowej mieszczącej się na terenie działki o nr (...) przy ul. (...) w G.. Następnie spółka (...) zawarła z pozwaną umowę o roboty budowlane w zakresie wykonania stanu surowego otwartego, tego obiektu. W trakcie procesu budowlanego doszło do zmiany technologii wykonania obiektu przewidzianej w projekcie budowlanym. Pismem z dnia 9 czerwca 2010 r. powód odstąpił do umowy zawartej ze spółką (...). Następnie strony zawarły umowę opisaną w pozwie, na podstawie której pozwana kontynuowała realizację budowy w technologii narzuconej przez poprzedniego generalnego wykonawcę. Wszelkie zmiany technologii wykonania prac były zaakceptowane przez spółkę (...) oraz przez upadłą spółkę.

Strona pozwana podniosła również zarzut potrącenia roszczenia o zapłatę robót dodatkowych w postaci wykonania przyłączy kanalizacji sanitarnej i deszczowej, ścianki szczelnej utraczonej, podbicia betonem fundamentów oraz z tytułu zużycia większej ilości stali w kwocie 381.593,46 zł z roszczeniem powoda dochodzonym pozwem.

W replice powód stwierdził, że umowa, na podstawie której dochodzi zapłaty jest umową nową, zaś wszelkie powstałe na jej tle roszczenia należy rozstrzygać odrębnie od tych wynikających z umowy zawartej pomiędzy spółką (...) i spółką (...). Powód zakwestionował zasadność roszczenia zgłoszonego przez pozwaną do potrącenia, gdyż prace te miały zostać wykonane na podstawie § 6 pkt 5 umowy, tymczasem zgodnie z tym postanowieniem, zmiany zakresu robót wykraczające poza zakres umowy, wymagały pod rygorem nieważności pisemnego zlecenia zamawiającego, a pozwany takiego zlecenia nie otrzymał. Umowa wyłączała również możliwość zgłaszania roszczeń z tytułu niedoszacowania należności za wykonane prace, czy błędy wykonawcy.

Wyrokiem z dnia 19 października 2015 Sąd Okręgowy zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 151.888,58 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 27 czerwca 2012 roku, oddalił powództwo w pozostałej części i rozstrzygnął, że koszty procesu ponosi pozwana w 80%, powód w 20% i pozostawia szczegółowe ich rozliczenie referendarzowi sądowemu po uprawomocnieniu się wyroku.

Orzeczenie to Sąd oparł o następujące ustalenia faktyczne:

Wspólnikami (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. są R. L. i K. G.. Każda z nich posiada połowę udziałów. Prezesem zarządu spółki jest L. Ł., a prokurentem spółki był A. L..

W. L. – małżonek R. L. posiada większość udziałów w (...) sp. z o. o. w W., w skład zarządu tej spółki wchodzi W. L., natomiast R. L. i M. L. są prokurentami tej spółki.

W dniu 17 sierpnia 2009 r. spółka (...) zawarła ze spółką (...) dwie umowy o roboty budowlane o nr (...) i (...) na wykonanie budynku o funkcji usługowo-handlowej, gastronomicznej i konferencyjno-szkoleniowej na działce o nr ewid. (...) przy ul. (...) w G..

Zakres robót przewidzianych umową nr (...) obejmował roboty ziemne, fundamenty, piwnicę, parter, piętra I-IV, dach – konstrukcja, ocieplenie i pokrycie wraz z obróbkami blacharskimi, okna połaciowe i klapy oddymiające, ściany działowe, tynki i okładziny wewnętrzne, stolarkę okienną, stolarkę drzwiową, podłóża, posadzki, podłogi, elementy ślusarsko kowalskie, malowanie, elewacja, instalacje wodno-kanalizacyjne oraz instalacje elektryczne (§ 1 ust. 1 umowy). Strony wyłączyły z zakresu prac te związane z powierzchnią 140,02 m<sup>2</sup> na parterze co stanowiło integralną część budynku. Postanowiły, że na lokal strony podpiszą oddzielną umowę (§ 1 ust. 3 umowy). Spółka (...) miała otrzymać wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 4.309.297,98 zł netto (§ 6 ust. 1 umowy).

Zakres robót przewidzianych umową nr (...) obejmował roboty zmienne, fundamenty, piwnicę, dach – konstrukcja, ocieplenie i pokrycie wraz z obróbkami blacharskimi, okna połaciowe i klapy oddymiające, tynki i okładziny wewnętrzne, stolarkę okienną, stolarkę drzwiową, podłóża, posadzki, podłogi, instalacje wodno-kanalizacyjne oraz instalacje elektryczne (§ 1 ust. 1 umowy). Strony wyłączyły z zakresu prac te związane z powierzchnią 140,02 m<sup>2</sup>. Postanowiły, że na w/w lokal strony podpiszą oddzielną umowę (§ 1 ust. 3 umowy). Spółka (...) miała otrzymać wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 397.397,46 zł netto (§ 6 ust. 1 umowy).

W tabelach elementów robót stanowiących załącznik do każdej z umów odmiennie określono kwotowy zakres robót.

Paragraf 5 ust. 1-5 każdej z umów określały zasady zawierania umów z dalszymi podwykonawcami. W § 5 ust.6 każdej z umów strony postanowiły, że w przypadku odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron, wykonawca wyraża zgodę na wstąpienie zamawiającego w miejsce wykonawcy w umowy z dalszymi podwykonawcami, zawarte zgodnie z niniejszym paragrafem

W dniu 30 września 2009 r. (...) sp. z o. o. zawarła z pozwaną umowę, w której wykonawca (pозwana) przyjęła do wykonania stan surowy otwarty obiektu pod nazwą: „Budynek o funkcji usługowo-handlowej, gastronomicznej i konferencyjno-szkoleniowej” mieszczący się na terenie działki o nr ew. (...) przy ul. (...) w G.. Zakres robót wynikających z tej umowy obejmował roboty ziemne, fundamenty, piwnicę, parter, piętra I-IV, dach – konstrukcja, ocieplenie i pokrycie wraz z obróbkami blacharskimi, okna połaciowe i klapy oddymiające, kanały wentylacyjne i spalinowe, wmurowanie kominów z klinkieru ponad dachem, obudowy kanałów wentylacyjnych z siporexu, wykonanie konstrukcji stalowej pergoli z pokryciem poliwęglanem trzykomorowym, zbrojenie ścian żelbetowych, klatki schodowe (§ 1 ust. 1 umowy).

Strony postanowiły, że powyższy zakres robót zostanie wykonany zgodnie z przekazaną dokumentacją techniczną składającą się z projektu architektoniczno-budowlanego wykonanego przez architekta W. K., a także zgodnie ze zmianami ustalonymi z przedstawicielem zamawiającego oraz projektantami obiektu. Uszczegółowienia, rozwinięcia i modyfikacje dostarczonej dokumentacji, będące konsekwencją należytego spełnienia złożonego programu, określonych funkcji, obowiązujących przepisów i norm techniczno-budowlanych i sztuki budowlanej, nie będzie rozumiane za zmianę zakresu rzeczowego. W/w dokumentacja techniczna stanowi załącznik nr 1 do umowy (§ 1 ust. 2 umowy).

Pozwana miała otrzymać za wykonane prace wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 1.450.000 zł netto.

W piśmie z dnia 9 czerwca 2010 r. spółka (...) złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane nr (...) zawartej ze spółką (...) w dniu 17 sierpnia 2009 r. W kolejnym piśmie z tego samego dnia spółka (...) złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane nr (...) zawartej ze spółką (...) w dniu 17 sierpnia 2009 r.

W obu pismach wskazała, że powodem odstąpienia jest zwłoka wykonawcy w realizacji robót przekraczająca termin 21 dni w stosunku do ustalonych harmonogramem (§ 11 ust. 1 lit. c umowy), a faktyczne opóźnienia w realizacji inwestycji szacuje na około 5 miesięcy w stosunku do zakładanego harmonogramu co stanowi niezależną przyczynę odstąpienia od umowy na podstawie art. 635 w zw. z art. 656 § 1 k.c.

Spółka (...) poinformowała o fakcie odstąpienia od umowy pozwaną i zwróciła się do niej o sporządzenie inwentaryzacji robót w toku z udziałem zamawiającego i inspektora. Wniosła o przygotowanie projektów umów na zakres robót, który należy wykonać w celu ukończenia stanu surowego otwartego, zgodnie z umową pomiędzy pozwaną a spółką (...).

Pozwana odstąpiła od umowy zawartej ze spółką (...). Pozwana otrzymała zapłatę za prace wykonane na rzecz spółki (...).

Pomiędzy (...) i spółką (...) oraz pomiędzy spółkami (...) i pozwaną nie doszło do ostatecznych rozliczeń wykonanych prac.

W dniu 17 czerwca 2010 r. sporządzono:

1) protokół dotyczący zaawansowania prac wykonanych w ramach umowy zawartej w dniu 30 września 2009 r. pomiędzy pozwaną i spółką (...), w którym wskazano, że roboty ziemne i fundamenty zostały ukończone w całości, piwnica, parter (przy zwiększonym zakresie robót dodatkowych o 50.000 zł) oraz I piętro zostały ukończone w 90%, natomiast piętra II-IV, zbrojenie ścian żelbetowych, klatki schodowe KSŻ 1-3, przewody kominowe spalinowe ceramiczne i kanały wentylacyjne z kształtek ceramicznych wentylacyjnych, dach- konstrukcja, ocieplenie, pokrycie, okna połaciowe, klapy dymowe, obróbki blacharskie, konstrukcja pergoli z pokryciem poliwęglanowym trzykomorowym nie zostały w ogóle wykonane. Ogólny stan zaawansowania robót określony został na 31,33%;

2) protokół dotyczący zaawansowania robót wykonanych na podstawie umowy zawartej pomiędzy spółkami (...) i (...) w dniu 17.08.2009 r. nr (...), w którym wskazano, że roboty ziemne i fundamenty zostały ukończone w całości, piwnica, parter oraz I piętro zostały ukończone w 90%, pozostałe prace wskazane w tej umowie nie zostały wykonane. Ogólny stan zaawansowania robót określony został na 32%;

3) protokół dotyczący zaawansowania robót wykonanych na podstawie umowy zawartej pomiędzy spółkami (...) i (...) w dniu 17.08.2009 r. nr (...), w którym wskazano, że roboty ziemne i fundamenty zostały ukończone w całości, parter w 90%, pozostałe prace wskazane w tej umowie nie zostały wykonane. Ogólny stan zaawansowania robót określony został na 19,33%;

Protokoły z dnia 17 czerwca 2010 r. dotyczące umów zawartych pomiędzy spółkami (...) i (...) podpisali J. K., A. G., L. Ł. oraz E. S.. Natomiast protokół dotyczący umowy zawartej przez spółkę (...) z pozwaną podpisali S. Z., A. G. i J. K..

W dniu 18 czerwca 2010 r. (...)” sp. z o. o. w S. (dalej zamawiający) zawarła z Przedsiębiorstwem Budownictwa (...) spółką akcyjną w B. (dalej: wykonawca) umowę o roboty budowlane, w której zlecił pozwanej pozostałą do wykończenia część stanu surowego otwartego obiektu pod nazwą: „Budynek o funkcji usługowo-handlowej, gastronomicznej i konferencyjno-szkoleniowej” mieszczący się na terenie działki o nr (...) przy ul. (...) w G..

W § 1 ust. 1 a) – l) umowy wskazano, że zakres robót całościowych obejmował: roboty ziemne, fundamenty, piwnicę, parter, piętra od I do IV, dach – konstrukcja, ocieplenie i pokrycie wraz z obróbkami blacharskimi, okna połaciowe i klapy oddymiające, kanały wentylacyjne i spalinowe, wymurowanie kominów z klinkieru ponad dachem, obudowy kanałów wentylacyjnych z siporexu, konstrukcje stalową pergoli z pokryciem poliwęglanem trzykomorowym, zbrojenie ścian żelbetowych, klatki schodowe.

W § 1 ust. 2 umowy wskazano, że powyższy zakres robót został częściowo wykonany zgodnie z przekazaną dokumentacją techniczną, składającą się z projektu architektoniczno-budowlanego wykonanego przez arch. W. K., a także zgodnie ze zmianami ustalonymi z przedstawicielem zamawiającego oraz projektami obiektu w ramach umowy ze spółką (...). Wobec odstąpienia od umowy przez zamawiającego ze stosunku prawnego łączącego go ze spółką (...) strony tej umowy zamierzają kontynuować dalsze prace na ustalonych warunkach. Zakres prac dotychczas wykonanych przez wykonawcę odzwierciedla protokół inwentaryzacji robót z dnia 17 czerwca 2010 r.

W § 1 ust. 4 umowy zamawiający oświadczył, że zapoznał się z dotychczas wykonanymi przez wykonawcę robotami przedmiotu niniejszej umowy, potwierdza, że zostały wykonane w uzgodnieniu z inwestorem i tym samym zamawiający zrzeka się w stosunku do wykonawcy konstruowania jakichkolwiek zarzutów lub roszczeń w związku z dotychczas wykonanymi robotami ujętymi w protokole inwentaryzacji robót z dnia 17.06.2010 r. poza roszczeniami wynikającymi z gwarancji i rękojmi.

W § 1 ust. 5 umowy wskazano, że załączniki wyszczególnione na końcu umowy (spis przekazanej dokumentacji, Tabela Elementów Robót, Oferta Wykonawcy (kosztorys uproszczony) oraz protokół inwentaryzacji robót) stanowią integralną jej część.

W § 2 ust. 1 umowy strony określiły obowiązki wykonawcy, które polegały na: a) weryfikacji kompletności i poprawności technicznej dokumentacji dotyczącej wykonywanej pracy, b) uzgodnieniu wszelkich szczegółów dotyczących wykonywanej pracy niewyjaśnionych w dokumentacji technicznej z przedstawicielem zamawiającego, a gdy zajdzie taka potrzeba również z projektantem, c) wykonanie zakresu robót zgodnie ze sztuką budowlaną, najnowszą i najlepszą wiedzą techniczną, normami i przepisami, d) zabezpieczenie przed zniszczeniem lub uszkodzeniem, na swój koszt, wcześniej wykonanych elementów, sąsiednich budynków oraz infrastruktury podziemnej i innych, mogących ulec zniszczeniu lub uszkodzeniu w trakcie prowadzenia robót własnych. Jeżeli wykonawca spowoduje szkody w elementach robót realizowanych lub zakończonych, usunie je lub wartość tych szkód oszacuje przedstawiciel zamawiającego i ich kosztem obciąży wykonawcę, e) ponoszenia kosztów zajęcia pasa drogowego, f) wykonanie przepustów pod instalacje budynku, g) wykonanie dokumentacji powykonawczej wg zakresu robót objętych umową.

W § 6 ust. 1 strony postanowiły, że ryczałtowa wynegocjowana należność za wykonanie wszystkich prac opisanych szczegółowo w § 1 ustalona została na 1.450.000 zł netto. W ostatecznym rozliczeniu będzie uwzględniony wykonany zakres robót oraz dokonane płatności przez firmę (...) w ramach umowy z dnia 17.08.2009 r. uwzględnione w inwentaryzacji z dnia 17.06.2010 r., które może zostać ewentualnie skorygowane w przypadku zmiany rozliczenia dotychczas wykonanego zakresu budowy pomiędzy (...) z firmą (...). Zmiana rozliczenia aby była wiążąca dla (...) SA musi zostać zaakceptowana przez (...) na piśmie pod rygorem nieważności. Zgodnie z ww inwentaryzacją wartość przedmiotu umowy wynosi 728.318,89 zł. Wynagrodzenie to powiększone zostanie o podatek Vat w ustawowej wysokości, stosownej do obiektów jak w § 1 p. 1. (§ 6 ust. 2 umowy).

Wykonawca oświadczył, że nie będzie zgłaszał żadnych roszczeń z tytułu niedoszacowania należności za wykonanie prac będących przedmiotem umowy, czy innych błędów wykonawcy (w szczególności błędów rachunkowych m. in. w sporządzeniu przedmiaru robót czy nieuwzględnieniu któregośkolwiek elementu robót będącego w dokumentacji). Wykonawca oświadczył, że dokonał wizji lokalnej placu budowy, zapoznał się z planem zagospodarowania placu budowy oraz warunkami realizacji (§ 6 ust. 3 umowy).

W § 6 ust. 5 umowy strony postanowiły, że zmiany zakresu robót wykraczające poza zakres umowy, wymagają pisemnego zlecenia zamawiającego. Zlecenie dla swojej ważności musi być wystawione przed rozpoczęciem realizacji zmian i podpisane przez osoby upoważnione do zaciągania zobowiązań finansowych w imieniu zamawiającego. Rozliczenie robót dodatkowych nastąpi na podstawie kosztorysu uproszczonego (załącznika do oferty). W braku odpowiednich pozycji w kosztorysie ofertowym zastosowanie mają wskaźniki kalkulacyjne: R-13, Ko = 75%, Kz – 8%, Z = 15%.

Termin zakończenia robót strony ustaliły na dzień 30 listopada 2010 r. (§ 7 ust. 1 umowy).

W § 8 ust. 1 i 2 wykonawca wystawi faktury częściowe za zakończone i odebrane elementy robót, określone w „Tabeli Elementów Robót” (wg załącznika nr 2). Podstawą do wystawienia faktury częściowej za wykonane elementy robót jest protokół odbioru elementów robót (świadczenie płatności), podpisany wspólnie przez przedstawiciela zamawiającego wykonawcę.

W § 13 ust. 1 umowy strony postanowiły, że wszelkie zmiany i uzupełnienia umowy mogą następować za zgodą obu stron wyrażoną na piśmie w formie aneksu do umowy pod rygorem nieważności.

Pozwana przystępując do realizacji projektu zmieniła w stosunku do projektu sposób posadowienia budynku, zrezygnowała z wykonania płyty fundamentowej wykonując w jej miejsce ławy i stopy fundamentowe. Dokonała również odmiennie niż w projekcie podbicia fundamentów istniejącego budynku, zmieniła układ statyczny budynku oraz jego parametry, zmieniła materiały z których wykonała poszczególne elementy budynku wykonując ściany piwnic murowanych z bloczków betonowych zamiast ścian żelbetonowych z betonu B30 o grubości 24 cm oraz wykonała pokrycie dachu z dachówki cementowej B. zamiast dachówki ceramicznej marki R., zmieniła również konstrukcję więźby dachowej.

Zmiany te nie zostały poprzedzone wykonaniem projektu zamiennego i uzyskaniem pozwolenia na budowę. Inwestor ani poprzedni generalny wykonawca - spółka (...) nie wyraziły zgody na dokonanie zmian w stosunku do projektu budowlanego

Dziennik budowy nie odzwierciedlał wszystkich robót wykonanych przez pozwaną.

W dniu 15 października 2010 r. J. Z. stwierdził wadliwe połączenia elementów kominów, zalecił ich niezwłoczne zdemontowanie z uwagi na bezpieczeństwo i ponowny montaż kominów.

W dniu 8 października 2010 r. spółka (...) i pozwana sporządziły protokoły odbioru prac polegających na wykonaniu przewodów kominowych, dachu oraz zbrojenia ścian betonowych.

W dniu 8 lutego 2011 r. Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego w G. przeprowadził oględziny budynku położonego przy ul. (...) w G. w wyniku których ustalono, że zostały dokonane zmiany w stosunku do zatwierdzonego projektu budowlanego: - wykonano dodatkowy słup na zewnątrz od tyłu budynku, odsunięto schody do piwnicy o około pół metra, - zamieniono płytę fundamentową na ławy fundamentowe stopy fundamentowe w oparciu o protokoły konstrukcyjne zamienny opracowany przez uprawnionego konstruktora.

Pozwana wystawiła powódce następujące faktury Vat:

- w dniu 8.10.2010 r. nr (...) na kwotę 69.938,99 zł brutto (57.327,04 zł netto) w tytule wskazano budowa budynku o funkcji usługowo-gastronomicznej i konferencyjno-szkoleniowej przy ul (...) w G. – przewody kominowe;
- w dniu 8.10.2010 r. nr (...) na kwotę 190.769,07 zł brutto (156.368,09 zł netto) w tytule wskazano budowa budynku o funkcji usługowo-gastronomicznej i konferencyjno-szkoleniowej przy ul (...) w G. – roboty budowlane - dach;
- w dniu 8.10.2010 r. nr (...) na kwotę 118.322,25 zł brutto (96.985,45 zł netto) w tytule wskazano budowa budynku o funkcji usługowo-gastronomicznej i konferencyjno-szkoleniowej przy ul (...) w G. – zbrojenie ścian betonowych;

Spółka (...) zapłaciła pozwanej wynagrodzenie za prace, które obejmowały faktury (...) w wysokości wskazanej w tych fakturach.

Pozwana wykonała prace dodatkowe polegające na dokonaniu przyłączy kanalizacji sanitarnej i deszczowej o wartości 38.356,54 zł. Prace te zostały odebrane przez spółkę (...). Spółka (...) nie zapłaciła pozwanej wynagrodzenia za te prace.

W piśmie z dnia 11 maja 2011 r. skierowanym do spółki (...), R. L. wskazała, że dnia 11 maja 2011 r. nie zostały wykonane przez pozwaną objęte fakturami nr: - (...) – zbrojenie ścian żelbetonowych, - (...) – przewody kominowe, - (...) – dach. Wskazała, że ściany zostały wykonane z cegły, brak jest przewodów kominowych, dach jest pokryty dachówką betonową a nie ceramiczną, brak izolacji, rynny są plastikowe a nie ocynkowane, brak rur spustowych, brak okien połaciowych, brak kłap oddymiających. Zwróciła się o wyjaśnienie jak spółka zamierza dokończyć prac budowlane wynikające z tych faktur oraz dlaczego wymieniono materiały na tańsze niż w kosztorysie.

Spółka (...) zwróciła się do pozwanej o ustosunkowanie się do treści pisma R. L..

Pozwana ustosunkowała się do pisma z dnia 11 maja 2011 r. wskazując, że ściany oraz pokrycie zostały wykonane według technologii narzuconej przez generalnego wykonawcę – spółkę (...), kominy wykonano przy użyciu niewłaściwej zaprawy zostały więc zdemontowane i wykonane ponownie. Pozostałe elementy z uwagi na okres zimowy i brak zamknięcia budynku zostały zabezpieczone do czasu wznowienia robót.

W dniu 16 czerwca 2011 r. pracownicy pozwanej wykonywali od podstaw przewody kominowe w budynku przy ul. (...) w G., prace te rozpoczęły się w dniu 13 czerwca 2011 r.

Zakres prac objętych umową zawartą przez spółkę (...) i pozwaną obejmował wykonanie stanu surowego budynku. Podstawami realizacji budynku według zakresu prac były: - projekt budowlany i projekt wykonawczy opracowane przez (...) mgr inż. arch. W. K. oraz Decyzja zatwierdzająca projekty budowlany i udzielająca pozwolenia na budowę ((...) z dnia 21.01.2009 r.).

Pozwana wykonała faktycznie następujące prace:

- roboty ziemne o wartości 94.356,35 zł,
- fundamenty – brak możliwości wyceny;
- piwnica - podciągi żelbetowe o wartości 12.087,58 zł - ściany murowane z silki o grubości 24 cm o wartości .4099,93 zł, - płyta stropowa żelbetowa z betonu B37 nad piwnicą gr 22 cm o wartości 48.366,06 zł, - izolacja ścian zewnętrznych piwnic (styrodur gr. 8 cm) o wartości 22.372,75 zł, - izolacja ścian zewnętrznych – membraną kubełkową o wartości 5.231,69 zł;
- parter: - słupy żelbetowe z betonu B30 o wart. 16.970,98 zł, - podciągi żelbetowe o wart. 12.441,75 zł, - płyta stropowa żelbetowa z betonu B37 nad parterem gr 20 cm o wart. 45.125,21 zł, - płyta żelbetowa z betonu B37 nad parterem gr. 16 cm o wart. 7.539,86 zł;
- piętro I: - słupy żelbetowe z betonu B30 o wart. 16.815,19 zł, - podciągi żelbetowe o wart. 12.441,75 zł, - płyta stropowa żelbetowa z betonu B37 nad I piętrem gr 20 cm o wart. 46.482,98 zł, - płyta żelbetowa z betonu B37 nad I piętrem gr. 16 cm o wart. 7.830,01 zł;
- piętro II: - słupy żelbetowe z betonu B30 o wart. 18.619,37 zł, - ściany murowane z silki gr. 24 cm o wart. 16.812,12 zł, - podciągi żelbetowe o wart. 18.159,29 zł, - płyta stropowa żelbetowa z betonu B37 nad II piętrem gr 20 cm o wart. 47.238,58 zł, - płyta żelbetowa z betonu B37 nad II piętrem gr. 16 cm o wart. 7.830,01 zł;
- piętro III: - słupy żelbetowe z betonu B30 o wart. 12.075,77 zł, - ściany murowane z silki gr. 24 cm o wart. 22.635,14 zł, - podciągi żelbetowe o wart. 18.429,71 zł, - płyta stropowa żelbetowa z betonu B37 nad III piętrem gr 20 cm o wart. 43.717,93 zł, - płyta żelbetowa z betonu B37 nad III piętrem gr. 16 cm o wart. 2.600,55 zł;
- piętro IV: - słupy żelbetowe z betonu B30 o wart. 8.099,98 zł, - ściany murowane z silki gr. 24 cm o wart. 30.017,96 zł, - podciągi żelbetowe o wart. 12.550,56 zł;
- zbrojenie ścian żelbetowych (zbiorcze) – zmiana wykonawstwa;
- klatka schodowa KSZ-1 (zejście do piwnicy) o wart. 17.651,73 zł;
- klatka schodowa KSZ-2 o wart. 73.393,79 zł;
- klatka schodowa KSZ-3 o wart. 12.804,37 zł;

- przewody kominowe spalinowe ceramiczne i kanały wentylacyjne z kształtek ceramicznych wentylacyjnych o wart. 19.987,86 zł;

- dach: konstrukcja, ocieplenie, pokrycie, okna połaciowe, klapy dymowe, obróbki blacharskie: - konstrukcja drewniana dachu wraz ze wszystkimi zabezpieczeniami – 42.175,84 zł, - pokrycie dachu dachówką cementową B. na płycie OSB gr. 22 mm pokrytej papą termozgrzewalną o wart. 47.280,94 zł –  $[21.262,20 \times (2,05/3,38)] = 34.385,29$  zł, - izolacja termiczna – wełna mineralna gr 20 cm o wart. 3.153,25 zł, - obróbki blacharskie o wart. 3.067,72 zł, - rynny o wart. 1.891,28 zł, - klapy oddymiające o wart. 15.090 zł;

- konstrukcja pergoli z pokryciem poliwęglanowym trzykomorowym nie została wykonana.

Łączna wartość robót wykonanych przez pozwaną wyniosła kwotę 844.577,79 zł.

Pozwana nie wykonała następujących prac: - w zakresie robót ziemnych, - uznano według możliwości umowy; - co do fundamentów brak było możliwości wyceny; - w piwnicy nie wykonano ścian żelbetowych o gr. 24 cm oraz trzpieni żelbetowych, , na parterze oraz na piętrach I - III nie wykonano ścian żelbetowych o gr. 24 cm, z ty, że na I piętrze nie wykonano w tym zakresie prac o wartości 59.648,73 zł; - w zakresie zbrojenia ścian żelbetowych nastąpiła samowolna zamiana konstrukcji. Pozwana częściowo wykonała przewody kominowe spalinowe ceramiczne i kanały wentylacyjne z kształtek ceramicznych.

W zakresie robót związanych z wykonaniem dachu pozwana nie wykonała płatwi stalowych, zmieniła konstrukcję więźby, pokryła dach tańszym materiałem - zamiast dachówką ceramiczną miedzianą angabowaną firmy (...) użyła dachówki cementowej B. (nie jest to zmiana istotna),- nie wykonała paraizolacji, częściowo wykonała izolację termiczną wełną mineralną o gr. 20 cm, częściowo wykonała obróbki blacharskie, częściowo wykonała rynny, nie wykonała rur spustowych, nie wykonała okien połaciowych obrotowych F. (...). Pozwana nie wykonała również konstrukcji pergoli z pokryciem poliwęglanem trzykomorowym. Koszt zmiany dachówek został uwzględniony w kalkulacji

Biorąc pod uwagę relację wartości netto prac rzeczywiście wykonanych (bez uwzględnienia prac samowolnie zmienionych) do wartości netto przedmiotu umowy pozwana wywiązała się z umowy w 58,25%. Różnica pomiędzy wartością prac wykonanych przez pozwaną, a wartością prac wykonanych w kosztorysie wyniosła 605.422,21 zł bez uwzględnienia samowolnych zmian niektórych elementów.

Wpisy do dziennika budowy nie odzwierciedlają wykonania robót. Data ostatniego wpisu to 23 października 2010 r. Wpisy odzwierciedlają zakres części zrealizowanych prac, bez zaznaczenia istotnych odstępstw od warunków pozwolenia na budowę i projektu.

Pozwana nie dokończyła przewodów kominowych, nie wykonała okien połaciowych, nie podłączyła klap oddymiających, nie wykonała pergoli metalowej oraz wykonała ściany murowane z bloczków betonowych zamiast ścian żelbetowych, zbrojonych. Odstępstwa, które wymagają procedury legalizacyjnej dotyczą posadowienia budynku na ławach fundamentowych zamiast na projektowanej płycie fundamentowej z podbiciem fundamentów istniejącego budynku, wykonania ścian murowanych z bloczków betonowych zamiast ścian żelbetowych (zmiana ta musi zostać zweryfikowana przez projektanta, gdyż obecnie stanowi potencjalne zagrożenie awarią budowlaną) oraz wykonanie płatwi drewnianych zamiast płatwi stalowych.

Przewody kominowe wykonała z kształtek systemowych, ale cały element nie został dokończony - nie wyprowadziła przewodów ponad dach, nie wykonała izolacji i obmurowania (licowania) przewodów kominowych nie wykonała wykończenia attyk murów ogniowych. Brak jest dokumentów pozwalających ustalić producentów i parametry rynien oraz przewodów kominowych, ewentualne odstępstwa od projektu dla tych elementów nie mają żadnego znaczenia.

Zakres wprowadzonych przez pozwaną zmian może stanowić zagrożenie katastrofą budowlaną.



Postanowieniem z dnia 1 grudnia 2011 r. Sąd Rejonowy w Gorzowie Wielkopolskim (sygn. akt V GU 21/11) ogłosił upadłość (...) sp. z o. o. w G. obejmującą likwidację jej majątku i wyznaczył syndyka w osobie E. T..

Powód zlecił rzeczoznawcy majątkowemu J. M. dokonanie oceny ilości wykonanych prac budowlanych przy realizacji stanu surowego budynku o funkcji usługowo-handlowej, gastronomicznej i konferencyjno-szkoleniowej, położonym w G. przy ul. (...). Opinia została wykonana w dniu 20 marca 2012 r.

Opinia została opracowana na podstawie dokumentów przekazanych J. M. przez powoda oraz na podstawie dokonanych oględzin.

Powód w piśmie z dnia 25 stycznia 2012 r. zwrócił się do pozwanej o wskazanie dokumentów, z których wynikałoby, że upadła spółka wyraziła zgodę na wykonanie kominów do połąci dachu, wykonanie dachu bez świetlików oraz z dachówki betonowej zamiast ceramicznej i wyjaśnienie dlaczego brak jest klap oddymiających, obróbki blacharskiej i ocieplenia dachu. Wskazała, że niewłaściwe wykonanie robót dotyczy: - wykonania ścian murowanych zamiast zbrojenia ścian żelbetowych, - wykonania przewodów kominowych spalinowych i ceramicznych i kanałów wentylacyjnych z kształtek do połąci dachu, - pokrycia dachu dachówką betonową zamiast ceramicznej miedzianej angobowanej, - izolacji termicznej z wełny mineralnej gr 20 cm między krokwiami, - braku obróbki blacharskiej w kwocie 6.135,43 zł, rur spustowych, okien połąciowych obrotowych F. (...), klap oddymiających M. (...) o wymiarach 100x140 i 100x100. Powód zwrócił uwagę, na występujące wątpliwości co do protokołu odbioru robót z dnia 8.10.2010 r. oraz na niezgodność Dziennika budowy nr (...) Wniósł o zajęcie przez pozwana stanowiska w tej sprawie.

W odpowiedzi na powyższe pozwana wskazała, że inwestycja, której dotyczyło pismo jest przedmiotem postępowania nadzorowanego przez Policję, a jej przedstawiciele nie chcą się wypowiadać w tej sprawie żeby nie wpłynąć na tok postępowania.

Pismem z dnia 25 marca 2012 r. powód zwrócił się do pozwanej o wyjaśnienie, czy na budowie przy ul. (...) w G. pod osłoną nocy montowane są elementy wentylacji lub jakiegokolwiek inne elementy ze stanem faktycznym wykonanych robót.

W odpowiedzi na powyższe pozwana zaprzeczyła, że jej pracownicy wykonywali jakiegokolwiek roboty pod osłoną nocy.

W piśmie z dnia 15 czerwca 2012 r. spółka (...) zwróciła się do pozwanej o wystawienie faktur korygujących do faktur Vat o nr: (...) na kwotę 190.245,12 zł netto w związku z niewłaściwym wykonaniem prac budowlanych.

Pozwana zleciła rzeczoznawcy R. B. sporządzenie opinii o zgodności prowadzenia robót przy realizacji zadania inwestycyjnego „Budynek o funkcji usługowo-handlowej, gastronomicznej i konferencyjno-szkoleniowej” z przepisami prawa budowlanego i poprawności określenia wartości wykonanych robót.

Na zlecenie powoda J. M. w dniu 30 grudnia 2011 r. dokonał wyceny nieruchomości zabudowanej budynkiem o funkcji usługowo-handlowej, gastronomicznej i konferencyjno-szkoleniowej na działce gruntu nr (...) o powierzchni 273 m<sup>2</sup> położonej w G. na kwotę 2.100.000 zł.

W oparciu o przedstawione fakty Sąd uznał, że powództwo jest uzasadnione w części

Sąd wskazał, że powód dochodził zapłaty kwoty 190.245,12 zł wskazując, iż strona pozwana nienależycie wykonała umowę, albowiem nie wykonała wszystkich prac w budynku, określonych w umowie, a otrzymała wynagrodzenie w wyższej kwocie niż wynika to z faktycznie zrealizowanych prac.

Strona pozwana wskazała, że nie jest prawdą aby nie zostały wykonane prace, za które otrzymała wynagrodzenie, ponadto zgłosiła do potrącenia własne roszczenia z tytułu prac dodatkowych w kwocie 381.593,46. Stwierdziła, że wykonała prace dodatkowe w zakresie przyłącza kanalizacji sanitarnej, deszczowej, ścianki, wykonała ściankę

szczelną, dokonała też podbicia betonem fundamentów i zużyła większą ilość stali, jak i większej ilości drewna do wykonania konstrukcji dachu.

Sąd ocenił roszczenie dochodzone przez powoda w świetle art. 647 k.c. w zw. z art. 471 k.c. i wyjaśnił, że zgodnie z pierwszym ze wskazanych przepisów 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.

Jeżeli roboty budowlane zostały wykonane wadliwie, inwestor może realizować uprawnienia wynikające z rękojmi (art. 637 i art. 638 k.c. w związku z art. 656 k.c.) lub roszczenia odszkodowawcze na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.) (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3.10.2000 r., sygn. akt I CKN 301/00). Wadliwe wykonanie robót budowlanych, może przyjąć również postać nienależytego wykonania zobowiązania. Jeżeli zatem wierzyciel poniósł na skutek takiego nienależytego wykonania zobowiązania szkodę, dłużnik obciążony jest obowiązkiem jej naprawienia. Zgodnie treścią 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.

Powód dochodził w niniejszej sprawie roszczenia opartego na odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadach ogólnych. Powód upatrywał nienależyte wykonanie zobowiązania w niewykonaniu przez pozwaną części prac przewidzianych w umowie, w sytuacji gdy wynagrodzenie otrzymała także za prace niewykonane. W niniejszej sprawie istotne było to, że pozwana nie tyle nie wykonała konkretnych prac wynikających z dokumentacji technicznej w postaci projektu architektoniczno-budowlanego sporządzonego przez W. K., co wykonała inne roboty, czy użyła innych materiałów i technologii w miejsce tych wskazanych w projekcie, bez uzyskania zgody inwestora ( spółka (...)) oraz wykonała roboty budowlane niezgodnie z projektem budowlanym.

Sam fakt, że pozwana przy wykonywaniu robót budowlanych odstąpiła od sposobu wykonania robót wskazanej w projekcie był w zasadzie niesporny pomiędzy stronami, wynikał z dowodów z dokumentów w postaci dziennika budowy, protokołów odbioru i oględzin, dziennika budowy, umowy zawartej przez pozwaną ze spółką (...) oraz zeznań przesłuchanych w niniejszej sprawie świadków R. L., W. L., J. M., J. Z., J. K., A. G., E. S., L. K., Z. W..

Sąd wskazał, że brak jest w sprawie jakichkolwiek dokumentów, z których wynikałoby, iż spółka (...) wyraziła zgodę na zmianę technologii wykonywanych robót. Należy podkreślić, iż przesłuchani w niniejszej sprawie świadkowie w tym przede wszystkim pełniący w trakcie realizacji robót budowlanych funkcję dyrektora pozwanej J. Z., zeznał że spółki w żaden sposób nie dokumentowały ustaleń co do zmian konstrukcji i technologii wykonawstwa robót budowlanych.

Strona powodowa wskazywała w pozwie, że pozwana nie wykonała robót budowlanych, które obejmowały wystawione przez nią faktury Vat o nr: - (...) obejmującą wykonanie przewodów kominowych, (...) dotyczącą wykonania dachu oraz (...), która obejmowała zbrojenie ścian żelbetowych. Podstawą do dokonania ustaleń, czy prace wskazane w fakturach zostały przez stronę pozwaną rzeczywiście wykonane stanowił dowód z opinii biegłego sądowego B. S.. Biegły sądowy, po dokonaniu oględzin i przeanalizowaniu dokumentacji budowlanej wskazał, że jeżeli chodzi o prace objęte fakturą nr (...) to pozwana wykonała prace o wartości 19.987,86 zł netto. Skoro faktura ta opiewała na kwotę 57.327,04 zł netto i pozwana zapłaciła ją w całości, to oznacza, że z faktury tej pozwana nienależnie wykonała prace, a spółka (...) nadpłaciła za prace o wartości 37.339,18 zł netto. Biegły zbadał również zakres faktycznie wykonanych robót związanych z wykonaniem dachu, których dotyczyła faktura nr (...). Z opinii wynika, że z faktury za dach opiewającej na kwotę 156.368,09 zł netto pozwana wykonała w tym zakresie prace o łącznej wartości 99.763,38 zł netto, zatem z tej faktury strona pozwana wykonała nienależnie umowę na kwotę 56.604,71 zł netto. Jeśli zaś chodzi o kolejną fakturę (nr (...)) na zbrojenie ścian, Sąd uznał, iż w całości zasługuje na aprobatę stanowisko zawarte w opinii biegłego, który wskazał, iż nie można mówić o należyтым wykonaniu zobowiązania w zakresie zbrojenia ścian gdyż roboty budowlane obejmujące zbrojenie zostały wykonane z rażącym naruszeniem prawa budowlanego.

Zgodnie z zawartą przez strony umową oraz projektem budowlanym posadowienie budynku miało być przeprowadzone na płycie, ściany budynku miały być wykonane w konstrukcji żelbetonu o grubości 24 cm, tymczasem pozwana samowolnie (bez zgody inwestora) zmieniła konstrukcję budynku. Zmiany te dotyczyły zarówno konstrukcji fundamentów budynku jak i ścian, gdyż w miejsce ścian z żelbetonu, wykonała ściany murowane z silki o grubości 24 cm. Zmiana ta została oceniona przez biegłego sądowego jako istotna w stosunku do warunków pozwolenia na budowę i projektu. Powyższe prowadzi zdaniem Sądu Okręgowego do wniosku, iż samowolnie wykonane prace budowlane (bez usankcjonowania wprowadzonych zmian konstrukcyjnych zgodnie z wymogami prawa budowlanego), w sytuacji gdzie zakres wprowadzonych zmian może stanowić zagrożenie katastrofą budowlaną nie mogą stanowić źródła roszczenia o wynagrodzenie wykonawcy. Sąd podkreślił, że prace budowlane w zakresie elementów konstrukcji budynku nie dość, że zostały wykonane niezgodnie z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę, nie zostały w żaden sposób zaakceptowane przez projektanta to brak jest jakiegokolwiek dokumentacji powykonawczej umożliwiającej ich wycenę. Brak jest jakichkolwiek obmiarów rzeczywiście przeprowadzonych prac, co jest istotne w sytuacji gdy część z wykonanych prac to prace zanikowe. Sąd uwypuklił fakt, że samowolna zmiana prac w stosunku do projektu budowlanego, a oparciu o który udzielono pozwolenia na budowę, spowodowała ingerencję w konstrukcję sąsiedniego budynku. Brak akceptacji zleceniodawcy na zmianę konstrukcji i technologii wykonawstwa, co w konsekwencji spowodowało zmianę układu statycznego budynku i zmianę jego parametrów, nie może generować prawa wykonawcy do domagania się wynagrodzenia. W związku z powyższym, Sąd zaaprobował wnioski biegłego sądowego w kierunku stwierdzenia, że należność wynikająca z faktury Vat nr (...), opiewająca na kwotę 96.985,45 zł netto za zbrojenie ścian żelbetowych jest nienależna wykonawcy.

Uwzględniając powyższe Sąd wskazał że wartość prac, których pozwana faktycznie nie wykonała, a które zostały zapłacone przez upadłą spółkę wyniosła 190.245,12 zł.

W niniejszej sprawie pozwana podniosła zarzut potrącenia roszczenia o wykonanie prac dodatkowych w kwocie 381.593,46 zł. Wskazała, że składały się na nie roboty w postaci: wykonania przyłączy kanalizacji deszczowej i sanitarnej, wykonania ścianki szczelnej utraconej oraz fakt zużycia większej ilości stali niż było to przewidziane w projekcie budowlanym. Jeżeli chodzi o roboty budowlane polegające na wykonaniu ścianki szczelnej utraconej oraz o fakt zużycia większej ilości stali, to pozwana nie wykazała ani faktu wykonania tych prac ani ich wartości. Biegły w trakcie dokonywania oględzin budynku nie stwierdził ich wykonania ani większego zużycia wskazanych materiałów, prace te nie wynikały również z przedłożonych przez strony postępowania dowodów z dokumentów. Przy czym dowód z dziennika budowy nie jest w niniejszej sprawie wiarygodny, gdyż na co zwrócił uwagę biegły sądowy i co wynika z zeznań przesłuchanych w niniejszej sprawie świadków, wpisy do dziennika budowy nie odzwierciedlały stanu wykonania robót. Wskazać również należy, że samo stwierdzenie, czy nawet ustalenie, że pozwana wykonała jakieś prace w sposób niezgodny umową oraz pozwoleniem na budowę nie jest równoznaczny z udowodnieniem, że należy jej się wynagrodzenie za te prace.

Z materiału dowodowego Sąd wyprowadził wniosek, że część robót zostało wykonanych niezgodnie z projektem i pozwoleniem na budowę i może w konsekwencji stanowić zagrożenie katastrofą budowlaną. Dodatkowo zaznaczył, że z żadnych zaoferowanych dowodów nie wynika faktyczna wartość tych ewentualnych prac jak również fakt użycia większej ilości materiału.

Sąd podkreślił nadto, że jak zwrócił uwagę biegły sądowy brak jakiegokolwiek dokumentacji powykonawczej oraz obmiarów uniemożliwia dokonanie wyliczeń. Sąd zaznaczył, iż odstępstwa od projektu budowlanego nie upoważniają wykonawcy do domagania się wynagrodzenia.

Dalej Sąd stwierdził, że w niniejszej sprawie pozwana udowodniła fakt wykonania robót dodatkowych w postaci przyłączy kanalizacji deszczowej i sanitarnej. Po pierwsze okoliczność ta nie została w zasadzie zaprzeczona przez stronę powodową, która nie tyle podnosiła niewykonanie tych prac, co skupiła się na braku ich zlecenia pozwanej. Po drugie fakt ich wykonania wynika z dowodów z zeznań świadków w osobach J. Z. i A. G. oraz z wystawionej przez pozwaną faktury Vat. W końcu wykonanie tych prac (istnienie przyłączy) stwierdził biegły sądowy w trakcie oględzin. Biegły wycenił ich wartość na kwotę 38.356,54 zł netto. Z uwagi na to, że wykonanie tych przyłączy nie było objęte

umową zawartą na piśmie, to biegły dokonał ich wyceny metodą kosztorysową w przeciwieństwie do innych prac, które były wykonywane na podstawie umowy i wycenione metodą przyjętą przez strony.

Odnosząc się do argumentów powoda co do braku możliwości wykonania robót dodatkowych w pierwszej kolejności Sąd wskazał, że proces budowlany jest procesem elastycznym, zmiennym w czasie i wymaga współdziałania wszystkich stron owego procesu. Brak formy pisemnej dla zlecenia robót dodatkowych czy też zamiennych w świetle zapisu § 6 ust. 5 oraz 13 ust. 1 umowy łączącej strony procesu stanowi podstawę do przyjęcia, że wykonanie tych prac nie nastąpiło w ramach umowy pierwotnej. Przedmiotem umowy między stronami było wykonanie wykończenia części stanu surowego otwartego obiektu. W świetle zasad doświadczenia życiowego i realiów obrotu gospodarczego proces wykonania inwestycji i czynności prawne z tym związane należy ujmować dynamicznie. Sam planowany efekt prac może w praktyce ulegać zmianie w toku wykonywania prac (np. na skutek wprowadzenia zmian projektowych lub w przypadku zaistnienia konieczności wykonania robót wcześniej nie planowanych, czy też niekorzystnych warunków atmosferycznych- co zdarza się). To zaś powoduje, że w praktyce często zachodzą sytuacje, gdy dotychczasowy wykonawca w ramach (ujmowanej jako całość) tej samej inwestycji otrzymuje zamówienie wykonania także innych prac nie objętych umową wcześniej wiążącą ją z inwestorem czy też generalnym wykonawcą. W tym ujęciu w świetle przepisów prawa cywilnego nie jest koniecznym aby wykonanie zamawianych w różnym czasie przez uczestników procesu budowlanego u tego samego wykonawcy prac odbywało się w ramach jednej umowy (jedynie zmienionej przez kolejne czynności między jej stronami dochodzące do skutku w trakcie jej wykonywania). Nie jest bowiem wykluczone by w ramach jednej inwestycji dochodziło do wykonywania poszczególnych robót przez ten sam podmiot na podstawie kilku stosunków obligacyjnych. W świetle zasad prawa cywilnego, a zwłaszcza autonomii woli nie ma jakichkolwiek podstaw do uznania, że taka praktyka nie jest dopuszczalna. W tym świetle Sąd przyjął, że jest możliwym, by obok umowy pierwotnej doszło do późniejszego zawarcia dalszej umowy dotyczącej innych nie objętych pierwotną umową prac koniecznych do uzyskania pożądanego przez inwestora efektu procesu inwestycyjnego. Niezachowanie formy pisemnej może świadczyć, że później zlecone prace nie były wykonywane na podstawie tej umowy, nie można jednak twierdzić, że były wykonywane bez podstawy prawnej. Podstawą ich wykonywania zgodnie z wolą stron była umowa. Podstawą prawną roszczenia wynagrodzenia o roboty dodatkowe stanowi przepis art. 627 kc i 647 kc.

Rozważając, czy istnieją podstawy do uznania za udowodnione zawartych w zgłoszonym przez pozwanego zarzucie potrącenia twierdzeń co do zakresu tych prac i wysokości ich wynagrodzenia Sąd stwierdził, że nie ulega wątpliwość, że wolą stron procesu było związanie także robotami w zakresie przyłącza kanalizacji deszczowej i sanitarnej.

Ponadto sam fakt wykonania tych prac został potwierdzony przez biegłego sądowego, który oszacował je na kwotę 38.356,54 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę Sąd odjął od kwoty dochodzonej pozwem kwotę 38.356,54 zł i zasądził na rzecz powoda kwotę 151.888,58 zł zasądzając odsetki zgodnie z jej żądaniem od dnia wytoczenia powództwa. W pozostałej części roszczenia objętego pozwem w punkcie II wyroku oddalono powództwo wskutek częściowego uwzględnienia zarzutu potrącenia.

Sąd zaznaczył, że ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że zamiarem stron umowy było dokonanie wzajemnych rozliczeń, do których jednak nie doszło między innymi z uwagi na ogłoszenie upadłości likwidacyjnej spółki (...). Jednym ze skutków ogłoszenia upadłości spółki było to, że majątek dłużnika został objęty w zarząd przez syndyka.

Sąd wyjaśnił, że stan faktyczny został ustalony w oparciu o dowody pisemne załączone przez strony postępowania do składanych przez nie pism procesowych. Treść dokumentów prywatnych nie była kwestionowana przez żadną ze stron, to zaś pozwala uznać nie tylko to, że osoby, które je podpisały, złożyły oświadczenia zawarte w tych dokumentach (art. 245 k.p.c.), ale też że treść tych dokumentów, odzwierciedla rzeczywisty stan rzeczy. Sąd nie znalazł podstaw do kwestionowania ich prawdziwości dlatego też uznał, że powyższe dowody z dokumentów stanowią podstawę do czynienia w oparciu o nie ustaleń faktycznych w istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy kwestiach. Czym

innym jest natomiast rozbieżność stron w ocenie tych dokumentów i ich wymowy w kontekście dochodzonego roszczenia.

Powód wniósł o przeprowadzenie dowodu z dziennika budowy. Dziennik budowy stanowi urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót i jest wydawany odpłatnie przez właściwy organ (art. 45 ust. 1 ustawy prawo budowlane). W niniejszej sprawie sytuacja była jednak o tyle wyjątkowa, że wpisy do dziennika budowy nie odzwierciedlały wykonania wszystkich robót. Stąd nie był on wiarygodnym dowodem.

W niniejszej sprawie przeprowadzono dowód z zeznań świadków w osobach R. L., W. L., J. M., J. Z., J. K., M. N., A. G., E. S. oraz Z. W.. Zeznania te korespondowały ze sobą i były spójne wewnętrznie. Sąd nie dał wiary zeznaniom świadków w osobach J. Z., J. K., A. G. co do faktu wyrażenie zgody przez inwestora ( spółkę (...)) na wprowadzenie zmian co do sposobu wykonania obiektu.

W niniejszej sprawie, brak jest jakichkolwiek dokumentów, które potwierdzałyby fakt akceptacji przez spółkę (...) czy przez spółkę (...) odstępstw od umów o roboty budowlane w części dotyczącej wykonania technologii wykonania fundamentów, ścian budynku i dachu oraz co do wyrażenia zgody przez spółki (...) na zmianę materiału (dachówek na tańsze). Nadto świadkowie w tej części nie pozostają ze sobą w zgodzie oraz z dowodami z zeznań pozostałych świadków. Świadców R. i W. małżonkowie L. nie potwierdzili stwierdzenia J. Z. o wyrażeniu zgody przez spółkę (...) na zmianę technologii wykonania robót ani zmiany materiału z których wykonano dachówki. Świadców - małżonkowie L. zeznali, że zmiany co do sposobu wybudowania budynku były ustalone pomiędzy Z. W. i J. Z.. Z kolei J. Z. zeznał, że zmiana rodzaju płytek nastąpiła na żądanie W. L., czego ten nie potwierdził w trakcie składanych wcześniej zeznań. A. G. stwierdził, że zmiany w technologii wykonania robót budowlanych były wynikiem ustaleń spółek (...) i B., co również nie zostało potwierdzone przez prezesa zarządu (...) W. L.. Okoliczność ta nie została potwierdzona przez E. S., który nadzorował roboty budowlane przy wykonaniu tego obiektu na początku z ramienia (...), a następnie z ramienia (...). Natomiast świadek M. N. przygotowywał jako pracownik B. kosztorys ofertowy. Nie brak jednak udziału w samym procesie powstawania obiektu. Jego stwierdzenie o wiedzy inwestora o odstępstwie od projektu budowlanego i pozwolenia na budowę stanowiły jedynie przypuszczenia świadka.

Zdaniem Sądu Okręgowego opinia biegłego sądowego B. S. zasługiwała w całości na aprobatę. Biegły w sposób wyczerpujący odpowiedział na pytania Sądu oraz wyjaśnił i uzasadnił wnioski wynikające z opinii. Powyższe biegły dokonał na podstawie oględzin obiektu budowlanego oraz analizy materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie. Biegły w bardzo szczegółowy sposób wymienił roboty budowlane, które faktycznie wykonała strona pozwana oraz wykonał wycenę tych robót. Biegły odpowiadając na wezwanie sądu wskazał szczegółowo prace, który pozwana nie wykonała. Odnosząc się do uwag pozwanej do opinii Sąd wskazał, że jako potwierdzenie sformułowanych zarzutów strona pozwana przedłożyła sporządzoną na jej zlecenie opinię rzeczoznawcy R. B. obejmująca stanowisko tej osoby odnośnie zgodności prowadzenia inwestycji z przepisami prawa jak również rozliczenia kosztowego pomiędzy inwestorem a wykonawcą, a dotyczące prowadzonej budowy obiektu budowlanego na działce gruntu nr (...). Na rozprawie w dniu 5 października 2015 r. biegły odpowiedział na pytania postawione przez pozwaną i podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w opinii pisemnej (podstawowej). Biegły podkreślił przy tym, że strona pozwana przystąpiła do realizacji projektu nie zachowując procedur potrzebnych do uzyskania projektu zamiennego, co stworzyło zagrożenie dla konstrukcji budynku realizowanego i sąsiedniego. Biegły wyjaśnił również, że wskutek niemożliwości dokonania odkrywek wycena prac zakrytych musiałaby odbywać się jedynie w oparciu o oświadczenie pozwanego bez dokonania pomiarów rzeczywiście wykonanych elementów, a trzeba mieć na uwadze, że prace te wykonano z naruszeniem prawa budowlanego. Biegły wskazał, że warunki statyczne wykonanych ścian są zupełnie inne niż te zaprojektowane. Takich zmian nie można dokonywać bez ingerencji projektanta, nie można więc stwierdzić czy konstrukcja budynku wskutek tego projektu jest bezpieczna.

Biegły odniósł się również do dokumentu „Ekspertyza techniczna istniejącego obiektu”. Wyjaśnił, że zawiera ona np. stwierdzenie co do klasy użytego betonu, podczas gdy w niniejszej sprawie brak jest jego atestów. Nadto nie odnosi się do tych dokumentów, które biegły uznał za wykonane z rażącym naruszeniem prawa budowlanego. Z jej treści

nie wynika również, czy ktoś podjął próbę wyliczenia czy zmieniono schemat konstrukcji budynku. Odnosząc się do sporządzonego operatu szacunkowego biegły wyjaśnił, że powstał on w celu wyceny dla potrzeb sprzedaży budynku, a wielkość nakładów ustalono na podstawie danych uzyskanych od pozwanej.

Biegły wyjaśnił również, że sporządzając opinię przyjął metodę wyceny robót budowlanych jaka wynikała z umowy stron. Natomiast elementy zamienne mogły być wykonane kosztorysem szczegółowym tylko wówczas gdy nie byłoby wątpliwości co do ich wykonania zgodnie ze sztuką budowlaną.

Sporządzoną opinię Sąd ocenił jako prawidłową i wyczerpującą. Biegły w sposób szczegółowy wyjaśnił wnioski, które wyprowadził z opinii oraz szczegółowo odniósł się do zarzutów sformułowanych przez pozwaną. Stąd nie było potrzeb żeby dopuścić dowód z opinii kolejnego biegłego. Okoliczność, że strona jest niezadowolona z konkluzji wynikających z opinii, nie może stanowić podstawy uwzględnienia wniosku o powołanie innego biegłego. Sąd nie jest bowiem zobowiązany dopuścić dowodu z opinii kolejnego biegłego tylko z tej przyczyny, że dotychczasowa opinia jest dla strony niekorzystna.

Wniosek o przesłuchanie w charakterze świadka R. B. - rzeczoznawcy, który sporządził na zlecenie strony pozwanej opinię w niniejszej sprawie, Sąd ocenił jako próbę „przemycenia” wniosków wyprowadzonych z opinii prywatnej do materiału dowodowego i z tych względów wniosek o przeprowadzenie tego dowodu podlegał oddaleniu.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. w zw. z art. 108 k.p.c. Zgodnie z art. 108 § 1 k.p.c. Sąd rozstrzyga o kosztach w każdym orzeczeniu kończącym sprawę w instancji. Sąd może jednak rozstrzygnąć jedynie o zasadach poniesienia przez strony kosztów proces, pozostawiając szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu. Z uwagi na fakt, że powód dochodził w niniejszej sprawie zapłaty 190.245,12 zł a na jej rzecz zasądzono 151.888,58 Sąd przyjął, że wygrała proces w 80%, natomiast pozwana wygrała procesu w 20% ponieważ żądała oddalenia powództwa w całości.

Apelację od tego wyroku w części uwzględniającej powództwo wniósł pozwany. Wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik postępowania:

a. art. 233 §1 kpc poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów

i dokonanie ustaleń faktycznych niezgodnych ze zgromadzonym materiałem

dowodowym polegających m.in. na:

– błędnym ustaleniu, że pozwany dokonał samowolnych zmian w budowanym obiekcie w stosunku do projektu budowlanego,

– błędnym ustaleniu, że inwestor ((...) sp. z o.o.) ani (...) sp. z o.o. nie wyrazili zgody na dokonanie zmiany w stosunku do projektu budowlanego,

– błędnym ustaleniu, iż w sprawie brak jest jakichkolwiek dokumentów, z których wynikałoby, iż spółka (...) wyraziła zgodę na zmianę technologii wykonywanych robót (m.in. fundamentów i ścian budynku),

– błędnym ustaleniu zakresu robót faktycznie wykonanych przez pozwanego,

– błędnym ustaleniu, iż brak jest jakichkolwiek obmiarów robót rzeczywiście wykonanych przez pozwanego,

– błędnym ustaleniu, iż pozwany nie wykazał ani faktu wykonania ścianki szczelnej utraconej, ani faktu zużycia większej ilości stali oraz wartości tych prac,

– błędnym ustaleniu wartości robót faktycznie wykonanych przez pozwanego,

- błędnym ustaleniu, iż łączna wartość robót wykonanych przez pozwanego wyniosła 844.577,79 zł,
- błędnym ustaleniu wartości robót dodatkowych w postaci przyłącza kanalizacji deszczowej i sanitarnej na kwotę 38.356,54 zł,
- błędnym ustaleniu, iż nie było możliwości wyceny robót wykonanych przez pozwanego niezgodnie z projektem budowlanym,
- błędnym ustaleniu, iż samowolnie wykonane prace budowlane nie mogą stanowić źródła roszczenia o wynagrodzenie wykonawcy,
- błędnym ustaleniu, iż odstępstwa od projektu budowlanego nie upoważniają wykonawcy do domagania się wynagrodzenia,
- błędnym ustaleniu, iż pozwany wywiązał się z umowy jedynie w 58,25 %, — błędnym ustaleniu, iż różnica pomiędzy wartością prac wykonanych przez pozwanego a wartością prac w kosztorysie wyniosła 605.422,21 zł,
- błędnym ustaleniu, iż zakres zmian wprowadzonych przez pozwanego może stanowić zagrożenie katastrofą budowlaną,

b. art. 233 §1 kpc poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i ustalenie, że:

- opinia główna (pisemna) i uzupełniająca (ustna) biegłego sądowego B. S. zasługuje w całości na aprobatę,
- zeznania świadków J. Z., J. K. i A. G. są częściowo niewiarygodne,
- opinia prywatna sporządzona przez R. B. na zlecenie strony pozwanej nie ma znaczenia dowodowego,

c. art. 232 kpc w zw. z art. 278 §1 kpc poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy rozstrzygnięcie sprawy, z uwagi na konieczność posiadania wiadomości specjalnych, wymagało dopuszczenia dowodu z opinii innego biegłego sądowego z dziedziny budownictwa (posiadającego uprawnienia rzeczoznawcy budowlanego) na okoliczności wskazane w postanowieniu Sądu Okręgowego z dnia 17 czerwca 2014 r.

d. art. 217 §1, §2 i §3 kpc poprzez niezasadne pominięcie zgłoszonych wniosków dowodowych tj.

- dowodu z zeznań świadka R. B.,
- dowodu z opinii innego biegłego z dziedziny budownictwa (posiadającego uprawnienia rzeczoznawcy budowlanego) na okoliczności wskazane w postanowieniu Sądu Okręgowego z dnia 17 czerwca 2014 r.

2. naruszenie prawa materialnego:

a. art. 647 kc przez jego błędną wykładnię polegającą na ustaleniu, że samowolnie wykonane prace budowlane nie mogą stanowić dla wykonawcy źródła roszczenia o wynagrodzenie, podczas gdy prawidłowa wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że kwestia samowolnie wykonanych prac budowlanych nie ma znaczenia dla roszczenia wykonawcy o wynagrodzenie za wykonane prace,

b. art. 647 kc przez jego błędną wykładnię polegającą na ustaleniu, iż odstępstwa od projektu budowlanego nie upoważniają wykonawcy do domagania się wynagrodzenia, podczas gdy prawidłowa wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że kwestia odstępstw w wykonanych pracach budowlanych od projektu budowlanego nie ma znaczenia dla roszczenia wykonawcy o wynagrodzenie za wykonane prace,

c. art. 65 § 2 kc poprzez błędną wykładnię umowy stron z dnia 18 czerwca 2010r. i ustalenie, że „w niniejszej sprawie brak jest jakichkolwiek dokumentów, z których wynikałoby, iż spółka (...) wyraziła zgodę na zmianę technologii wykonywanych robót”, podczas gdy prawidłowa interpretacja zapisu umowy z §1 ust. 4 wskazuje, iż spółka (...) wyraziła zgodę na dokonane zmiany, a co najważniejsze zrzekła się wszelkich roszczeń z tego tytułu, poza roszczeniami wynikającymi z gwarancji i rękojmi,

d. art. 84 kc w zw. z art. 88 kc poprzez ich niezastosowanie w sytuacji, w której żądanie zapłaty objęte pozwem wymagało uprzedniego uchylenia się od złożonego oświadczenia woli.

Na podstawie art. 381 kpc pozwany wniósł o dopuszczenie dowodu:

- z dokumentu w postaci załączonej opinii techniczno - budowlanej dr inż. G. M. na okoliczność jej treści,
- z zeznań świadka G. M. (ul. (...), (...)-(...) Z.) na okoliczność sporządzonej opinii oraz wykonanych przez pozwanego robót budowlanych, ich obmiarów i wartości na obiekcie przy ul. (...) w G. (działka nr (...)),
- z opinii innego biegłego sądowego z dziedziny budownictwa (posiadającego uprawnienia rzeczoznawcy budowlanego) na okoliczności wskazane w postanowieniu Sądu Okręgowego z dnia 17 czerwca 2014 r.

W związku z podniesionymi zarzutami oraz nowym wnioskiem dowodowym wniesiono o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Szczecinie względnie o zmianę wyroku i oddalenie powództwa.

W uzasadnieniu rozwinięto zarzuty eksponując zwłaszcza wadliwość opinii biegłego oraz wskazując na błędy Sądu w zakresie oceny dowodów ze źródeł osobowych. .

Powód wniósł apelację od wyroku w części oddalającej powództwo. Wyrokowi zarzucił

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucam:

a) naruszenie prawa materialnego, tj.:

1. art. 74 § 1 k.c., poprzez jego niezastosowanie, polegające na uznaniu za udowodnione wykonanie prac dodatkowych poprzez treść zeznań świadków J. Z. i A. G., w sytuacji gdy wykonanie prac dodatkowych, tj. wykraczających poza zakres umowy wymagało, zgodnie z § 6 pkt 5 umowy, pisemnego zlecenia Zamawiającego (powoda), którego to zlecenia w formie pisemnej pozwana nie przedstawiła,

2. art. 77 § 1 k.c, poprzez jego niezastosowanie, polegające na przyjęciu, iż mimo braku pisemnego zlecenia na wykonanie prac dodatkowych doszło do skutecznego zawarcia umowy o roboty dodatkowe,

3. art. art. 499 k.c, poprzez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a przez to przyjęcie, że pozwana dokonała skutecznego potrącenia przysługującej jej rzekomo w stosunku do powoda wierzytelności, podczas gdy nie złożyła ona skutecznego oświadczenia materialnoprawnego o potrąceniu, a jedynie podniosła procesowy zarzut potrącenia, który został zgłoszony w odpowiedzi na pozew, przez pełnomocnika procesowego ustanowionego w postępowaniu sądowym, zaś ustanowienie pełnomocnika procesowego, jak wynika z treści pełnomocnictwa, nie dawało mu upoważnienia do zgłaszania w imieniu pozwanej, oświadczeń w sferze materialnoprawnej,

b) naruszenie prawa procesowego, tj.:

3. art. 91 k.p.c, poprzez błędne przyjęcie, że podnosząc w toku procesu zarzut potrącenia pełnomocnik pozwanej dokonał skutecznego potrącenia wierzytelności stron, podczas gdy pełnomocnictwo procesowe nie obejmuje z mocy ustawy prawa do składania oświadczeń w sferze materialnoprawnej,



W oparciu o przedstawione zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części oddalające powództwo i uwzględnienie żądań pozwu w całości.

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

Zgodnie z art. 382 k.p.c. Sąd II instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Z regulacji tej wynika, że postępowanie apelacyjne polega na merytorycznym rozpoznaniu sprawy. Oznacza to z kolei, że wyrok sądu drugiej instancji musi opierać się na jego własnych ustaleniach faktycznych i prawnych poprzedzonych ponowną oceną materiału procesowego.

Wykonując ten obowiązek Sąd Apelacyjny dokonał własnej oceny przedstawionego pod osąd materiału procesowego i w jej wyniku stwierdził, że (poza kwestiami opisanymi niżej, które spowodowały uzupełnienie postępowania dowodowego) Sąd Okręgowy w sposób prawidłowy przeprowadził postępowanie dowodowe, a poczynione ustalenia faktyczne (zawarte w wyodrębnionej redakcyjnie części uzasadnienia zaskarżonego wyroku) nie są wadliwe (poza kwestią omówioną niżej) i znajdują odzwierciedlenie w treści przedstawionych w sprawie dowodów. Sąd odwoławczy ustalenia Sądu Okręgowego czyni częścią uzasadnienia własnego wyroku, nie znajdując potrzeby ponownego ich szczegółowego przytaczania.

Odmienne ocenił Sąd odwoławczy walor dowodu zeznań świadków i strony pozwanej oraz dowodu z opinii biegłego sądowego B. S..

W odniesieniu do dowodu z opinii biegłego należy zaznaczyć, że jest to dowód o tyle specyficzny, że jego zasadniczym celem nie jest przedstawienie relacji co do zaistnienia (przebiegu) zdarzeń (faktów) mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. Celem tego dowodu jest dostarczenie sądowi tzw. wiadomości specjalnych (art. 278 k.p.c.) a więc informacji naukowych lub dotyczących wiedzy technicznej (branżowej), przekraczających swym zakresem zasób wiedzy powszechnej.

Dowód z opinii biegłego ma więc dostarczyć Sądowi wiedzy niezbędnej dla właściwej oceny materiału procesowego przedstawionego przez strony (w tym zwłaszcza innych dowodów) z perspektywy odpowiedniej dziedziny nauki lub techniki.

Dowód ten podlega ocenie na podstawie art. 233 §1 k.p.c., przy czym z uwagi na swoistość tego środka dowodowego, w orzecznictwie wypracowano szczególne kryteria jego oceny. Wskazuje się jednolicie, że opinia nie może podlegać ocenie Sądu w warstwie dotyczącej przedstawionych poglądów naukowych lub dotyczących wiedzy specjalistycznej nawet jeśli członkowie składu orzekającego taką wiedzę posiadają. Ocenie podlega wyłącznie zgodność z materiałem procesowym przyjętych założeń faktycznych, podstawy metodologiczne, transparentność, kompletność i spójność wyводу i wreszcie zgodność wniosków opinii z zasadami logiki, wiedzy powszechnej i doświadczenia życiowego.

Sfera dotycząca wiadomości specjalnych w rozumieniu normy art. 278 k.p.c. oceniana jest w sposób uwzględniający specyfikę (opisaną wyżej szczególną rolę w procesie dowodzenia) dowodu z opinii biegłego.

W realiach niniejszej sprawy wnioski wyprowadzone przez biegłego B. S. sprowadzają się do zakwestionowania poprawności wykonania całego obiektu budowlanego. Biegły stawia zasadnicze zarzuty stwierdzając, że wykonanie robót fundamentowych z odstępstwem od projektu grozi katastrofą budowlaną. Jednocześnie swoje wnioski biegły uzasadnia w istocie w szczególności tym, że nie dopełniono formalności związanych z uzyskaniem (formalnej) akceptacji projektanta na odstępstwo od projektu w zakresie sposobu posadowienia budynku i spełnieniem wymogów administracyjnych dla istotnego odstępstwa od projektu. Biegły nie odniósł się natomiast w sposób wyczerpujący do kwestii merytorycznych (a więc nie ocenił, czy dokonane odstępstwa były uzasadnione i konieczne z uwagi na nieuwzględnione w projekcie warunki związane z zabudową terenu obok placu budowy. Pomiął biegły konieczność oceny, czy wykonanie robót zgodnie z projektem było możliwe i czy nie groziło katastrofą budowlaną (osunięciem się sąsiedniego budynku).

Co więcej – biegły pominął też dalsze zaszłości (a więc fakt sprzedaży budynku i zakończenia robót budowlanych oraz uzyskania pozwolenia na użytkowanie budynku). Z zaszłości tych wywodzić należy, że odstępstwa od projektu były uzasadnione, obiekt budowlany spełnia wymogi techniczne a jego stan nie grozi (wbrew stanowisku biegłego) katastrofą budowlaną.

Nie aprobując przyjętego w niniejszej sprawie sposobu „odformalizowania” wprowadzania odstępstw od projektu przez osoby odpowiedzialne za przebieg procesu budowlanego, dostrzec jednak należy, że przedmiotem niniejszego procesu nie jest kwestia odpowiedzialności tych osób (i oceny formalnej zgodności ich zachowania z przepisami prawa budowlanego). Te kwestie podlegać powinny ocenie w ramach innych, właściwych postępowań zmierzających od ustalenia odpowiedzialności osobistej tych osób za ewentualne naruszenie prawa. W niniejszej sprawie przedmiotem procesu jest kwestia odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego wobec powoda wywodzonej ze ściśle określonej w powództwie podstawy prawnej oraz kwestia istnienia roszczenia przedstawionego do potrącenia. Te dwie kwestie limitują kognicję Sądu w niniejszej sprawie.

Zatem aktywność biegłego powinna koncentrować się na ocenie przedstawionego przez strony materiału procesowego z perspektywy tych właśnie zagadnień. Biegły powinien więc oceniać wartość (jakość) wykonanych prac niezależnie od przyjmowanej przez siebie oceny ich zgodności z wymogami formalnymi dotyczącymi sankcjonowania odstępstw od projektu budowlanego.

W tym kontekście stwierdzić należy, że wnioski opinii biegłego B. S. odmawiające uwzględnienia wartości (i oceny jakości) prac wykonanych z odstępstwem od projektu (w tym w istotnym dla rozstrzygnięcia zakresie dotyczącym zwłaszcza wartości ścian wykonanych z innego materiału i inną technologią niż wynikałoby to z projektu) popadają w sprzeczność z zasadami logiki i doświadczenia życiowego i jako takie nie mogą stanowić podstawy ustaleń faktycznych.

Biegły z przyczyn formalnych zdyskwalifikował bowiem wartość i przydatność do użytku prac, mimo że następnie w wyniku postępowania administracyjnego cały obiekt (a więc z opisywanymi przez biegłego odstępstwami od projektu, które - jak wynika z materiału procesowego - nie były później usuwane lub korygowane) został uznany za spełniający wymogi wynikające z przepisów prawa budowlanego w stopniu zezwalającym na użytkowanie obiektu zgodnie z jego projektowanymi przeznaczeniem.

Wadliwie zatem Sąd Okręgowy opiera swoje ustalenia o wnioski biegłego, a zarzuty apelacji pozwanego dotyczące tej płaszczyzny rozstrzygnięcia jawią się jako uzasadnione.

Wobec tego Sąd odwoławczy uznał, że zasadnicza wada opinii (pominięcie oceny istotnej dla rozstrzygnięcia części prac pozwanego) biegłego B. S. wymagała uzupełnienia postępowania dowodowego. Stąd też dopuszczono dowód z opinii kolejnego biegłego. W postanowieniu dowodowym okoliczności podlegające ocenie biegłego oznaczono zgodnie z tezą przyjętą w toku postępowania przed Sądem I instancji w tym celu, by móc porównać stanowiska i oceny obu biegłych.

Po przeprowadzeniu dowodu z opinii biegłego M. U. Sąd odwoławczy dokonał oceny waloru procesowego tego dowodu zgodnie z opisanymi wyżej kryteriami.

Ponowiona opinia co do oceny konieczności odstąpienia od projektu spełnia cechy spójności logicznej i zgodności z zasadami doświadczenia życiowego.

W ocenie Sądu przekonujący jest zwłaszcza argument dotyczący nieuwzględnienia przez projektanta zagrożenia integralności budynku sąsiedniego w przypadku wykonania prac w sposób przewidziany w projekcie i zaniechania dodatkowego zabezpieczenia fundamentów tego budynku. Przekonuje też wywód biegłego dotyczący zgodności przyjętych przez wykonawcę rozwiązań z wiedzą i zasadami sztuki budowlanej. W rezultacie Sąd uznał, że zasadne było także dokonanie przez pozwanego odstępstw w zakresie konstrukcji ścian nośnych (kwestionowanych w pozwie) jako logicznego i zgodnego ze sztuką następstwa zmiany rozwiązań dotyczących posadowienia budynku.

W rezultacie Sąd odwoławczy zaakceptował też dalsze wywody i wnioski biegłego U. (przy uwzględnieniu sprostowania wyliczeń opinii przedstawionego na rozprawie) nie znajdując podstaw do ich podważenia.

Zaznaczyć przy tym należy, że wyliczenia biegłego (proponowane przez niego dwie metody „rozliczenia” stron) Sąd odwoławczy ocenił przez pryzmat żądań pozwu i przytaczanej dla ich uzasadnienia podstawy faktycznej (kształtujących granice kognicji w niniejszej sprawie). Kwestie te zostaną szczegółowo wskazane w ramach oceny materialnoprawnej powództwa.

Nie podważają opinii zarzuty strony powodowej przedstawione w piśmie procesowym z dnia 11 grudnia 2016 roku. Biegły do zastrzeżeń tych odniósł się w opinii uzupełniającej przedstawionej na rozprawie zgodnie z art. 286 k.p.c.

W szczególności w ocenie Sądu odwoławczego nie ma racji skarżący wskazując na wątpliwości co do bezstronności biegłego. W sprawie (mimo podniesienia w piśmie z dnia 11.12.2016) okoliczności dotyczących zdaniem strony zbędnych kontaktów biegłego ze stronami ) nie zgłaszano wniosku o wyłączenie biegłego. Nie uprawdopodobniono też (zaniegowanych przez biegłego) związków osobistych z S. Z.. Przyjąć więc należy, że stanowisko to formułował powód w sposób nieuzasadniony - jedynie w celu zdyskredytowania opinii, po zapoznaniu się z jej treścią.

Zarzuty merytoryczne powoda natomiast dotyczą natomiast braku dokumentacji projektowej dla wykonania robót zamiennych. Brak dokumentacji (niepełność, czy też – jak zarzuca powód – uzupełnianie dokumentacji post factum), jak wskazano wyżej nie ma znaczenia dla oceny wartości i jakości prac (w kontekście dopuszczenia obiektu do użytkowania).

Niekwestionowane w świetle materiału procesowego wadliwości formalne procesu budowlanego nie podważają poprawności i zgodności z logiką ustalenia biegłego co do faktycznej konieczności zmiany technologii wykonania robót fundamentowych i następnie robót konstrukcyjnych. To zaś (jak zostanie wyjaśnione niżej) ma zasadnicze znaczenie dla oceny żądań pozwu motywowanych (jak przyjął trafnie Sąd Okręgowy) twierdzeniem o poniesieniu szkody wskutek nienależytego wykonania świadczenia przez pozwanego.

Dalsze wywody zawarte w piśmie powoda z dnia 11 grudnia 2016 roku w istocie zawierają oceny prawne (dotyczące możliwości kwalifikowania określonych prac jako podlegających odrębnemu (dodatkowemu – przekraczającemu przyjęty w umowie ryczałt) wynagrodzeniu).

Kwestie te jako dotyczące stosowania prawa materialnego ocenia Sąd samodzielnie.

Rolą biegłego było w niniejszej sprawie wyłącznie oszacowanie wartości poszczególnych elementów robót. To zaś, czy w związku z odstępstwami od umowy lub wykonaniem prac nie objętych pierwotnie umową powstały między stronami jakiegokolwiek roszczenia majątkowe, będzie przedmiotem oceny materialnoprawnej przedstawionej niżej.

W ocenie Sądu odwoławczego odmiennie niż to uczynił Sąd I instancji ocenić należało zeznania świadków w tym zwłaszcza K., G. oraz W. i R. L. oraz J. Z. w tym zakresie w jakim osoby te zeznawały co do wiedzy uczestników procesu budowlanego w zakresie odstępstw od projektu i akceptowania przez inwestora tychże odstępstw.

Słusznie zauważa Sąd I instancji, że proces budowlany wymaga ścisłej współpracy głównych jego uczestników (a zatem zwłaszcza przedstawicieli inwestora oraz kierownika budowy i wykonawcy względnie podwykonawców robót). Norma art. 651 k.c. daje temu normatywny wyraz wskazując na obowiązki sygnalizacyjne po stronie wykonawcy w sytuacji gdy dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót.

W tym kontekście jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego jawią się twierdzenia świadka W. L. i R. L. z których wynikać ma, że generalny wykonawca ((...)) i inwestor nie miał wiedzy o problemach ujawnionych na budowie po przystąpieniu do wykopu pod fundamenty i o poszukiwaniu rozwiązań zastępczych w celu prawidłowego wykonania robót fundamentowych. Biorąc pod uwagę to, że roboty zamienne (wykonanie ścianki berlińskiej i zmiana

technologii wykonania robót fundamentowych były zarówno czaso- jak i kosztochłonne jawi się jako sprzeczne z doświadczeniem życiowym stanowisko obojga świadków L., z którego wywodzić należy, że ówczesny podwykonawca robót w istocie samowolnie (bez uzyskania choćby ustnej aprobaty ze strony wykonawcy - (...), lub inwestora ((...)) decydował o tak istotnych zmianach.

Biorąc zaś pod uwagę to, że obowiązki w zakresie dostarczenia prawidłowej dokumentacji projektowanej obarczały inwestora (zgodnie z art. 647 §1 k.c.) i dalej odpowiednio generalnego wykonawcę wobec podwykonawcy, stwierdzić należy, że zeznania świadków zmierzają do umniejszenia odpowiedzialności inwestora i generalnego wykonawcy za zaniebdania w zakresie sporządzenia prawidłowej dokumentacji przebiegu robót. Nie może być też obojętne dla oceny waloru dowodowego relacji poszczególnych przesłuchanych osób to, że (jak wynika z materiału procesowego) osoby te (zwłaszcza małżonkowie L. i świadek G.) pozostawały w trakcie postępowania przez Sądem I instancji w głębokim konflikcie osobistym. To zaś przy uwzględnieniu złożoności problemów między tymi osobami wynikającej z początkowych wspólnych i zgodnych zamierzeń dotyczących inwestycji budowlanej i wygenerowanego już w trakcie prowadzenia tej inwestycji sporu, nakazuje oceniać zeznania poszczególnych osób (jako zaangażowanych bezpośrednio lub pośrednio w proces budowlany i potencjalnie odpowiedzialnych za stwierdzone w toku sporu uchybienia związane z dokumentowaniem czynności) z odpowiednią ostrożnością.

Wreszcie nie może być też obojętne dla oceny materiału procesowego i wiarygodności zeznań poszczególnych osób i to, że w początkowej fazie wykonawstwa inwestycji osoby te pozostawały w bliskich i dobrych relacjach. W tym kontekście za bardziej wiarygodne uznać należy twierdzenia co do nadmiernego odformalizowania kontaktów i zaniechania (odłożenia w czasie) kwestii formalnych związanych z udokumentowaniem wprowadzonych zmian.

Za odmienną niż uczynił to Sąd Okręgowy oceną zeznań poszczególnych przesłuchanych w sprawie osób przemawia wreszcie treść umowy zawartej między pozwanym a spółką (...) z dnia 18 czerwca 2010 roku, z której wynika wprost oświadczenie o tym, że zamawiający oświadczył, że zapoznał się z dotychczas wykonanymi przez wykonawcę robotami przedmiotu niniejszej umowy, potwierdza, że zostały wykonane w uzgodnieniu z inwestorem i tym samym zamawiający zrzeka się w stosunku do wykonawcy konstruowania jakichkolwiek zarzutów lub roszczeń w związku z dotychczas wykonanymi robotami ujętymi w protokole inwentaryzacji robót z dnia 17.06.2010 r. poza roszczeniami wynikającymi z gwarancji i rękojmi (§ 1 ust. 4 umowy). Oświadczenie to potwierdza stanowisko pozwanego (i zeznania świadków) co do przebiegu współpracy ze spółką (...) czynionych z tą spółką ustaleń i wreszcie wiedzy spółki co do zmian w zakresie wykonywania umowy.

Za walorem wiarygodności zeznań świadków G. i K. przemawia też to, że - jak wynika z dokumentów złożonych do akt sprawy - te właśnie osoby aktywnie i czynnie uczestniczyły w procesie budowlanym podpisując dokumenty z ramienia inwestora.

Zatem ich wiedza dotycząca przebiegu budowy i sposobu uzgadniania decyzji podejmowanych w jej trakcie jest szersza niż wiedza świadków L.. Co więcej też o braku uzgodnień podważa treść zeznań R. L., która wprost przyznała, że wykonawca uzgadniał odstępstwa z A. G., który był prokurentem spółki i jednocześnie właścicielem projektu (zeznania świadka protokół rozprawy z dnia 24 czerwca 2013 [00:22:59:517]. Z zeznań świadka wynika, że W. L. także o tych zmianach się dowiedział. Sam świadek W. L. także opisuje, że jako przedstawiciel (...) dowiedział się o odstępstwach jakie ustalał podwykonawca (pozwany) bezpośrednio z inwestorem (protokół rozprawy - [00:52:53]. Zatem ocena dokonana przez Sąd Okręgowy nie znajduje potwierdzenia także w treści zeznań osób powoływanych przez ten Sąd jako miarodajne dla ustalenia braku akceptacji inwestora dla dokonanych zmian.

Nadto wersję odrzuconą przez Sąd Okręgowy potwierdza fakt przyjmowania przez inwestora i rozliczania kolejnych faktur VAT dotyczących części robót i w szczególności niekwestionowania zmian w wykonawstwie czy też używania innych, niż przewidziane projektem materiałów. Dotyczy to zwłaszcza okresu po zawarciu umowy z 18 czerwca 2010 roku i wykonawstwa robót na podstawie tej umowy, skoro już wówczas rysował się konflikt między osobami zaangażowanymi w inwestycję po stronie inwestora (oraz spółki (...)) w tym zwłaszcza między małżonkami L. i A. G..

W tym kontekście formułowanie zastrzeżeń co do prawidłowości prac i zgodności z umową użytych materiałów dopiero w piśmie z dnia 11 maja 2011 r (mimo zafakturowania robót już w październiku 2010 roku) nie może świadczyć o wiarygodności stanowiska inwestora i sugeruje, że zastrzeżenia te były skutkiem nabrzmiewającego konfliktu interpersonalnego. W tym świetle wniosków przeciwnych nie można wywodzić też z zeznań J. S., który zeznawał bardzo ogólnie mimo pełnionej na budowie funkcji a treść jego

W rezultacie oceniając dowody Sąd uznał że należy zmienić ustalenia faktyczne i stwierdzić, że:

Zmiany w zakresie posadowienia obiektu, w tym rezygnacja z wykonania płyty fundamentowej wykonanie w jej miejsce ław i stóp fundamentowych, wykonanie odmiennie niż w projekcie podbicia fundamentów istniejącego budynku oraz zmiany w zakresie materiałów z których wykonano poszczególne elementy budynku (wykonanie ścian piwnic murowanych z bloczków betonowych zamiast ścian żelbetonowych z betonu B30 o grubości 24 cm oraz pokrycia dachu z dachówki cementowej B. zamiast dachówki ceramicznej marki R.), i zmiana konstrukcji więźby dachowej odbyły się za wiedzą i co najmniej dorozumianą akceptacją inwestora, który przyjmował faktury za wykonanie częściowe prac i uiszczał wynagrodzenie.

Dowód: zeznania świadków J. Z., J. K. (protokół rozprawy z dnia 24 czerwca 2013 roku - k. 371) i A. G. (protokół rozprawy z dnia 14 października 2013 roku - k. 437)

Zmiana w zakresie posadowienia obiektu była uzasadniona i konieczna dla zapobieżenia osunięciu się sąsiedniego budynku. Zmiany w zakresie wykonywania ścian nośnych wobec zmiany konstrukcji fundamentów nie były błędem i nie powodowały zagrożenia dla prawidłowości wykonania budynku.

Dowód: opinia biegłego M. U. (k. 1144) .

Wartość robót dodatkowych polegających na wykonaniu kanalizacji sanitarnej i deszczowej wyniosła łącznie 42.172,04 zł .

Dowód: opinia biegłego M. U. (kosztorys – k. 1236) .

W pozostałym zakresie zaakceptować należało ustalenia Sądu I instancji.

Wobec zmiany ustaleń faktycznych dokonać należało ponownej oceny materialnoprawnej powództwa. Powód podstawy prawnej powództwa upatrywał w treści normy art. 471 k.c.

Zgodnie z tą normą 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.

Podstawowymi przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w powyższym przepisie są niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, powstanie szkody i / związek przyczynowy pomiędzy niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania a powstaniem szkody.

Ciężar dowodu tych okoliczności spoczywał w niniejszej sprawie zgodnie z ogólną regułą art. 6 k.c. na powodzie. Podkreślić należy, że powód upatrywał szkody jaką miał ponieść upadły w wyniku nienależytego wykonania świadczenia jedynie trzech w płaszczyznach. Powód wywodzi, że szkoda polegała na mniejszej niż mająca wynikać z umowy wartości świadczenia wykonawcy objętego trzema fakturami wymienionymi w pozwie ((...), faktura (...) (...)) dotyczącymi wymurowania ścian, wykonania robót dachowych i wykonania kominów.

Szkoda miałaby polegać na użyciu tańszych niż przewidywane w kosztorysie ofertowym materiałów bez zgody poprzednika prawnego powoda, lub niewykonania całości robót objętych tymi fakturami. Użycie niezgodzonych materiałów dotyczyć miało pokrycia dachu inną niż przewidywana dachówką, montażu rynien plastikowych, zaniechania montażu rur spustowych (faktura (...)). W odniesieniu do ścian (faktura (...)) zarzucono niewykonanie

zbrojenia, zaś w odniesieniu do kominów faktura (...) – zarzucono wykonanie kominów bez wyprowadzenia nad połać dachową i niewymurowania kominów z cegły klinkierowej w sposób niezgodny z projektem. Powód przedstawia wyliczenie szkody w odniesieniu do każdej z płaszczyzn przypisywanej w pozwie pozwanemu odpowiedzialności. W tym zakresie powództwo podlegało ocenie Sądu w niniejszej sprawie.

Stwierdzić też należy, że pojęcie szkody (jakkolwiek wyraźnie nie definiowane przez ustawę) jest w orzecznictwie i nauce prawa wyjaśniane jako poniesiony wbrew woli poszkodowanego uszczerbek majątkowy (a więc różnica między stanem majątku poszkodowanego w wyniku zdarzenia rodzącego odpowiedzialność odszkodowawczą a stanem potencjalnym, jaki zaistniałby gdyby do tego zdarzenia nie doszło).

Nie można wykluczać, że szkoda wynikła z nienależytego wykonania umowy polegać będzie na mniejszej niż wynikałoby z prawidłowego wykonania umowy, wartości przysporzenia w majątku wierzyciela. W przypadku umowy o roboty budowlane szkodą inwestora może być mniejsza wartość wybudowanego obiektu w stosunku do sytuacji gdyby świadczenie wykonawcy zostało wykonane prawidłowo. Szkodą może też być wartość kosztów koniecznych do przywrócenia obiektu do stanu zgodnego z umową.

Zasadniczo jednak nie może być uznany za szkodę wynik odstępstwa od projektu dokonany za zgodą inwestora. Zgoda inwestora oznacza akceptację świadczenia z odstępstwem od umowy i jako taka co do zasady wyłącza możliwość uznania, że świadczenie zostało spełnione w sposób nienależyty.

Przyjęcie świadczenia bez zastrzeżeń mimo wiedzy o odstępstwach do projektu (jego akceptacja) zasadniczo zawiera w sobie element woli wierzyciela. Jeśli więc wierzyciel godzi się na świadczenie odbiegające od treści umowy (wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i nie powodujące wad budynku), i płaci umówione wynagrodzenie, to winien wykazać, że mimo skwitowania dłużnika jego świadczenie winno być uznane za nienależyte wykonanie umowy.

W myśl zasady *volenti non fit iniuria* zmiany i odstępstwa uzgodnione z inwestorem (zaakceptowane w toku procesu budowlanego) zasadniczo nie mogą więc być uznane za zdarzenia rodzące odpowiedzialność odszkodowawczą.

W przypadku więc akceptacji (przyjęcia) przez wierzyciela (inwestora) świadczenia wykonawcy odbiegającego od projektu (a więc odbiegającego od treści umowy), inna niż zakładana, ale wynikająca z okoliczności znanych inwestorowi i przezeń akceptowanych, wartość świadczenia nie może być uznana za szkodę, chyba że wykazane zostanie, iż inwestor akceptując świadczenie nie wiedział o okolicznościach wpływających na jego wartość (nie godził się więc na te okoliczności).

W realiach sprawy kwestia ta jest o tyle istotna, że jak wynika z materiału procesowego wykonawstwo robót opierało się na stałych i bieżących kontaktach między przedstawicielem inwestora A. G. i wykonawcą. Decyzje były podejmowane w sposób bieżący, a jednocześnie determinowane były koniecznością początkowych (generujących koszty) zmian w zakresie posadowienia budynku. Na możliwe zmiany w zakresie wykonawstwa wskazuje też umowa z 18 czerwca 2010 roku. Jak wskazano wyżej, z materiału procesowego wynika, że inwestor czynnie uczestniczył w realizacji budynku zgadzając się czy też polecając dokonywanie pewnych zmian w stosunku do projektu (jak np. zmian w zakresie konstrukcji ścian z uwagi na przewidywanie możliwości przyszłej adaptacji wnętrza budynku do potrzeb przyszłych użytkowników, czy też pokrycia dachu).

Skoro w realiach sprawy inwestor zaakceptował i rozliczył świadczenie, to na powodzie spoczywał ciężar przedstawienia i wykazania okoliczności świadczących o tym, że nie akceptował wymienionych obecnie odstępstw od stanu omówionego względnie ze odstępstwa te mimo zgody inwestora należy oceniać jako nienależyte wykonanie umowy. Następnie wykazać należało wartość poniesionej w wyniku tych odstępstw szkody.

W niniejszej sprawie dowodu takiego nie przeprowadzono. Jak wskazano wyżej inwestor przyjął świadczenie pozwanego i zapłacił wynagrodzenie. Z materiału procesowego nie wynika, by nie wiedział o odstępstwach od projektu, które obecnie powód kwestionuje. Skoro na odstępstwa te inwestor się godził (o czym świadczy jednoznacznie przede wszystkim fakt rozliczenia faktur i zapłaty wynagrodzenia) to nie może obecnie twierdzić, że poniósł szkodę

równą różnicę wartości wykonania ścian według technologii określonej w projekcie i wykonania dachu z materiałów producenta opisanego w projekcie.

Nadto z opinii biegłego U. wynika, że zmiana technologii wykonania ścian nie wpływała w żaden sposób na cechy techniczne i użytkowe budynku. Jako taka więc nie może stanowić szkody powoda (upadłej spółki).

Z kolei w zakresie robót dachowych jasno wynika z materiału procesowego (w tym zwłaszcza zeznań świadka Z. ocenionych w kontekście całości materiału), że inwestor wyraził wolę zmiany rodzaju dachówki oraz w zgodzie z wolą inwestora było niewypełnienie jednego z okien połaciowych, które inwestor zamierzał zaaranżować we własnym zakresie przez montaż kopuły.

Biegły natomiast wskazał, że użycie dachówki innego producenta nie wpływało na jakość całości robót i ma znaczenie estetyczne.

Podobnie należy oceniać kwestię wykonania rynien z tworzywa sztucznego.

Z kolei część niewykonanych robót wykończeniowych związanych montażem rur spustowych mogła być wykonana dopiero po zakończeniu wykonawstwa ocieplenia budynku, które nie zostało zlecone pozwanemu. Zatem i z tego tytułu powód nie może wywodzić tezy o poniesieniu szkody.

Zatem skutek zaniechania powierzenia dalszego wykonywania robót (zawarcia umowy dotyczącej dalszych robót zmierzających do wykonania budynku przez pozwanego) nie można obecnie zasadnie twierdzić że w powierzonym mu zakresie pozwany nienależycie wykonał umowę, skoro nie zakończył prac, które nie były możliwe do wykonania z przyczyn leżących po stronie inwestora.

Stąd też nie mogą być uznane za szkodę różnice między wartością prac wykonanych i objętych fakturami nr (...) (dotyczącej robót związanych z wykonaniem dachu) i (...) (rozliczającej wykonanie ścian).

Odnośnie do faktury nr (...) dotyczącej wykonania kominów, stwierdzić należy, że z materiału procesowego wynika więc, że prace te były zakończone, następnie w wyniku stwierdzenia ich wad pozwany (J. Z.) podjął samodzielnie decyzję o ich poprawieniu. Prace poprawkowe po częściowym rozebraniu przewodów kominowych zostały zakończone wewnątrz budynku.

Wartość prac koniecznych do zakończenia robót związanych z wymurowaniem kominów jest niższa niż wartość, w której Sąd Okręgowy uwzględnił zarzut potrącenia. Niższa jest też od wartości robót dotyczących kanalizacji sanitarnej i deszczowej.

Zatem przyjęć należy, że oddalenie powództwa w tej części znajduje swoją podstawę ewentualną w ramach zarzutu potrącenia. Powód nie podważył rozstrzygnięcia w części oddalającej powództwo mimo wniesionej apelacji (co zostanie opisane niżej). Zatem i ta płaszczyzna argumentacyjna nie uzasadnia roszczenia zgłoszonego w pozwie.

Stąd też w zakresie objętym apelacją pozwanego przyjęć trzeba, że nie wykazano istnienia roszczenia o naprawienie szkody.

Z przedstawionych przyczyn po uzupełnieniu postępowania dowodowego i dokonaniu odmiennej oceny materiału procesowego orzeczono o zmianie wyroku w części objętej apelacją pozwanego (art. 386 §1 k.p.c.) i wobec niewykazania przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego oddalono żądania pozwu w całości.

Odnosząc się jedynie dla porządku do zarzutów apelacji pozwanego stwierdzić należy, że Sąd odwoławczy uwzględnił (z przyczyn opisanych wyżej) argumentację skarżącego dotyczącą wadliwej oceny materiału procesowego (art. 233 §1 k.p.c.) i podważając stanowisko Sądu Okręgowego co do braku podstaw do dopuszczenia dowodu z opinii innego biegłego.

Za bezzasadne Sąd odwoławczy poczytał zarzuty naruszenia art. 217 k.p.c. w zakresie w jakim kwestionowane jest przez skarżącego pominięcie dowodu z zeznań świadka R. B.. Trafnie Sąd wywodzi, że zeznania tego świadka w istocie miały zastępować dowód z opinii biegłego (czy też stanowić polemikę z opinią przy uwzględnieniu wiedzy technicznej posiadanej przez świadka). Świadek nie miał więc zeznawać co do faktów istotnych dla rozstrzygnięcia o których posiadał wiedzę, lecz co do oceny tych faktów z perspektywy posiadanej wiedzy technicznej.

Dopuszczenie dowodu z zeznań świadka celem stwierdzenia okoliczności objętych tezą dowodową stanowiłoby więc naruszenie art. 278 k.p.c.

Z tych samych przyczyn pominięto zgłoszony na etapie postępowania apelacyjnego wniosek o przesłuchanie świadka M.

Sąd odwoławczy dostrzega swoistą niekonsekwencję Sądu Okręgowego który jednocześnie dopuścił dowód z zeznań rzeczoznawcy sporządzającego ekspertyzę na rzecz powoda. Dostrzec jednak należy, że osoba ta dokonywała oględzin budynku i w tym zakresie jej spostrzeżenia co do stanu poszczególnych prac mogły być przedmiotem dowodu z zeznań. Natomiast te elementy które dotyczyły ocen tych robót z perspektywy wiedzy technicznej należało pominąć. Dodać należy, że dowód ten nie wpływał na ocenę materiału procesowego.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia prawa materialnego stwierdzić należy, że stają się one bezprzedmiotowe, wobec rozstrzygnięcia przyjętego przez Sąd Apelacyjny. Tym niemniej dostrzec trzeba, że nie narusza normy art. 647 k.c. wykładnia tego przepisu wskazująca na dopuszczalność ustalenia wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych jako ryczałtowego ze skutkami, o których mowa w art. 632 k.c. Norma ta może znajdować w przypadku umowy o roboty budowlane zastosowanie w drodze analogii (por. np. uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29.09.2009, III CZP 41/09). Oznacza to, że pozwany domagając się zapłaty za prace zamiennie lub dodatkowe lecz objęte przedmiotem umowy o roboty budowlane, w której zastrzeżono wynagrodzenie ryczałtowe winien wykazać okoliczności, o których mowa w tym przepisie. W orzecznictwie dostrzega się nadto możliwość domagania się wynagrodzenia za prace nie objęte umową (co słusznie zauważył Sąd I instancji – por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 9.10.2014, I CSK 568/13 i tam cytowane wcześniejsze wypowiedzi orzecznictwa). Konieczne jest jednak (co trafnie uwypukla Sąd Okręgowy), by czynności wykonane nie dotyczyły przedmiotu umowy. Skarżący nie wykazał, by w zakresie, w jakim Sąd nie uwzględnił zarzutu potrącenia, dodatkowe koszty, które poniósł, nie dotyczyły wykonania przedmiotu umowy (jakim w niniejszej sprawie było wykonanie budynku w stanie surowym). W ocenie Sądu odwoławczego dodatkowe koszty związane ze zmianą technologii prac fundamentowych i zabezpieczeniem sąsiedniego budynku dotyczyły wykonania obiektu w stanie surowym (a więc były objęte reżimem z art. 632 k.c. stosowanego odpowiednio.

Stąd też przedstawiona w apelacji argumentacja nie może być uznana za zasadną.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 84 k.c. w zw. z art. 88 k.c. stwierdzić należy, że wyżej już wskazano, iż przyjęcie świadczenia (podpisanie protokołu częściowego odbioru robót i dokonanie zapłaty) zawiera w sobie element woli (skwitowania dłużnika i wyrażenia aprobaty wykonania umowy). Tym niemniej zbyt daleko idące jest oczekiwanie, by żądanie zapłaty odszkodowania w przypadku nienależytego wykonania umowy wymagało uchylecia się od oświadczenia woli z powołaniem się na jego wadę. W ocenie Sądu orzekającego w niniejszej sprawie konieczne (i wystarczające) byłoby wykazanie, że okoliczności powodujące szkodę nie były znane wierzycielowi w momencie przyjęcia świadczenia i z tej przyczyny nie wpływały na decyzję o przyjęciu (nie były brane pod uwagę przez wierzyciela działającego z należytą starannością i odpowiednim rozeznaniem).

Odnosząc się z kolei do apelacji powoda stwierdzić należy, że z przyczyn wskazanych wyżej nie może być uznane za zasadne twierdzenie o braku podstaw do uwzględnienia roszczenia o wynagrodzenie za wykonanie robót dodatkowych (w zakresie objętym wyrokiem Sądu Okręgowego w części oddalającej powództwo). Sąd trafnie wywodzi, że w przypadku gdy przedmiot tzw. robót dodatkowych jest inny niż przedmiot umowy zastrzegającej wynagrodzenie ryczałtowe i rygor nieważności dla zaniechania zastosowania formy pisemnej dla jej zmian, to żądanie zapłaty



wynagrodzenia za te roboty będzie aktualne tylko w sytuacji odpowiedniej zmiany umowy. Jak wskazano wyżej, wielokrotnie w orzecznictwie już wyjaśniano, że wykonanie obiektu budowlanego może odbywać się na podstawie różnych stosunków prawnych (zawieranych nawet między tymi samymi podmiotami), dotyczących różnych części tego obiektu (np. robót murarskich, konstrukcyjnych, czy instalacyjnych), czy też różnego zakresu robót dotyczących wykonania tych samych elementów (np. wzniesienia obiektu w stanie surowym na podstawie jednej umowy, a następnie na podstawie innej umowy jego wykończenia). Dostrzega się w orzecznictwie, że w przypadku braku umowy (np. ze względu na niezachowanie przez strony dla zlecenia robót dodatkowych formy wymaganej dla ważności umowy przez ustawę) zasadne mogą okazać się roszczenia wykonawcy wobec inwestora oparte o normę art. 405 k.c.

Przypomnieć należy, że przedmiotem umowy poddanej pod osąd w niniejszej sprawie było wykonanie (za wynagrodzeniem ryczałtowym) budynku w stanie surowym. Powód nie starał się wykazać, by przedmiotem tym było też wykonanie przyłączy. Zatem skoro przyłącza nie były objęte umową z dnia 18 czerwca 2010 roku, a inwestor polecał pozwanemu wykonanie tych prac, to trafnie Sąd Okręgowy przyjmuje że strony ustnie porozumiały się co do wykonania przyłączy. Doszło więc do zawarcia kolejnej (ustnej) umowy między nimi gdyż wykonawstwo przyłączy nie mieściło się w granicach świadczenia z umowy o wykonanie budynku w stanie surowym i jako takie nie może być uznane za prac dodatkową w stosunku do jej przedmiotu..

Skoro zaś nie wykazano, by strony poczyniły ustalenia co do wynagrodzenia, to zasadnie Sąd Okręgowy zastosował (per analogiam) normę art. 628 k.c. zdanie ostatnie i ustalił wynagrodzenie stosownie do treści opinii biegłego.

Stąd też za bezzasadne należy poczytać zarzuty naruszenia art. 77 k.c. i 74 k.c.

Sąd nie uznał też za uzasadnione zarzutu naruszenia art. 499 k.c. i art. 91 k.p.c. W orzecznictwie i nauce wskazywano, że zarzut potrącenia może być elementem czynności procesowej. Dla wywołania skutków materialnoprawnych koniecznej jest, by oświadczenie o potrąceniu, złożone przez pełnomocnika procesowego dotarło do właściwego podmiotu (powoda) w sposób umożliwiający mu zapoznanie się z jego treścią (art. 61 §1 k.c.). Odnosnie do kwestii zakresu pełnomocnictwa procesowego zaś wyrażano pogląd, że o woli udzielenia pełnomocnictwa do złożenia oświadczenia o potrąceniu ze skutkiem materialnoprawnym przez pełnomocnika procesowego świadczyć może w sposób dorozumiany to, że działania pełnomocnika zgodne są z wolą strony, która występując w procesie nie kwestionuje i nie prostuje oświadczeń pełnomocnika.

W niniejszej sprawie pozwany w toku postępowania odwoławczego przedłożył pełnomocnictwo materialne upoważniające pełnomocnika do złożenia oświadczenia o potrąceniu oraz oświadczenie o zatwierdzeniu czynności pełnomocnika (k. 1075 akt). Jednocześnie nie wynika z materiału procesowego, by pozwany w toku postępowania przed Sądem I instancji kwestionował oświadczenie o potrąceniu lub nie był tego oświadczenia świadomy. Zatem trafnie argumentuje pozwany w odpowiedzi na apelację, że działania pełnomocnika były uzasadnione stanowiskiem i wolą reprezentowanej przezeń strony.

Z kolei odnosząc się do dojścia oświadczenia o potrąceniu do adresata stwierdzić należy, że z materiału procesowego w tym zwłaszcza z treści apelacji (nie wynika, by do powoda nie doszło oświadczenie zawarte w odpowiedzi na pozew (by pełnomocnik procesowy nie przekazał stanowiska pozwanego zawartego w doręczonej odpowiedzi na pozew). Z tej racji przyjąć należy, że powód w apelacji nie wykazał żadnych przesłanek bezskuteczności oświadczenia o potrąceniu.

Odnosząc się do podniesionego w apelacji zarzutu zapłaty części wynagrodzenia z tytułu wykonania kanalizacji, stwierdzić należy, że nie wynika z materiału procesowego, by okoliczność ta była okolicznością, o której powód powziął wiedzę dopiero po wydaniu wyroku przez Sąd I instancji (jak sugeruje powód w apelacji). Do odpowiedzi na pozew dołączona jest bowiem faktura VAT opiewająca na kwotę 4700 zł netto z tego tytułu. Zatem fakt rozliczenia części robót był brany pod uwagę już w toku postępowania przed Sądem Okręgowym a obecna inicjatywa dowodowa podlega pominięciu na podstawie art. 381 k.p.c.

Nadto pomija skarżący, że wynagrodzenie należne za wykonanie robót budowlanych powinno uwzględniać stawkę VAT. Tymczasem Sąd I instancji uwzględnił zarzut potrącenia co do wartości netto (nie uwzględniającej stawki VAT).

Przyjmując zgodnie z niekwestionowanym w apelacji ustaleniem Sądu Okręgowego, że wartość robót dodatkowych dotyczących kanalizacji opiewała na kwotę 38.356,54 zł netto, poprzednik prawny powoda winien uiścić z tego tytułu kwotę 47.055,54 zł brutto. Nawet więc jeśli dokonano zapłaty kwoty 4700 zł powiększonej o podatek VAT (łącznie 5781 zł) to zapłata ta nie wpływa na zakres uwzględnionego w zaskarżonym wyroku zarzutu potrącenia (odjęcie tej wartości od wartości należnego wynagrodzenia nie czyni bezzasadnym w jakiegokolwiek części dokonanego potrącenia). DO takich samych wniosków prowadzą dane uzyskane na podstawie opinii biegłego U., który wartość robót dodatkowych wycenił na kwotę około 42.000 zł netto. W rezultacie podnoszony obecnie w apelacji zarzut rozliczenia części robót związanych w wykonaniem kanalizacji uznać należy za pozbawiony znaczenia dla oceny prawidłowości rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego w części oddalającej powództwo.

Z przedstawionych przyczyn na podstawie art. 385 k.p.c. orzeczono o oddaleniu apelacji powoda w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosując normę art. 987 k.p.c. w zw. z art. 108 k.p.c. powód przegrał postępowanie zarówno ze swojej apelacji jak i z apelacji pozwanego i jest zobowiązany zwrócić pozwanemu całość poniesionych przez ten podmiot kosztów procesu.

Na koszty te składa się opłata od apelacji w kwocie 7595 zł , kwota 5000 zł i 2280,71 zł uiszczona tytułem zaliczki na poczet dowodu z opinii biegłego, oraz wynagrodzenie pełnomocnika procesowego. W sprawie z apelacji powoda wynagrodzenie to ustalono na kwotę 1800 zł, zaś w sprawie z apelacji pozwanego – na kwotę 2700 zł.

Z uwagi na daty wpływu obu apelacji wartość wynagrodzenia pełnomocnika ustalona została na podstawie przepisów §6 pkt. 5) i 6) w zw. z §12 ust 1 pkt. 2) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 września 2002 w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 pnr. 163 poz. 1349 ze zm. ) w zw. z. §22 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. 2015 roku, poz. 1804).

Małgorzata Gawinek Krzysztof Górski Tomasz Żelazowski