

*Sygn. akt VI A Ca 971/12*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 10 stycznia 2013 r.*

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

*Przewodniczący - Sędzia SA – Małgorzata Manowska*

*Sędzia SA – Teresa Mróz*

*Sędzia SA – Małgorzata Kuracka (spr.)*

*Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Kędzierska*

*po rozpoznaniu w dniu 10 stycznia 2013 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa E. G., S. G. i K. G.*

*przeciwko J. G. (1)*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji pozwanego*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 1 lutego 2012 r., sygn. akt III C 702/11*

*1. zmienia zaskarżony wyrok częściowo w ten sposób, że nadaje mu treść:*

*I. zasądza od J. G. (1) na rzecz E. G., S. G. i K. G. kwoty po 82.398 zł (osiemdziesiąt dwa tysiące trzysta dziewięćdziesiąt osiem złotych) z ustawowymi odsetkami od dnia 16 lipca 2004r. do dnia zapłaty;*

*II. w pozostałej części powództwo oddala;*

*III. zasądza od J. G. (1) na rzecz E. G., S. G. i K. G. kwoty po 272,70 zł (dwieście siedemdziesiąt dwa złote i siedemdziesiąt groszy) tytułem częściowego zwrotu kosztów opinii biegłego oraz kwoty po 2.962,20 zł (dwa tysiące dziewięćset sześćdziesiąt dwa złote i dwadzieścia groszy) tytułem zwrotu częściowego opłaty od apelacji;*

*IV. nakazuje pobrać od J. G. (1) na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 13.485 zł (trzynaście tysięcy czterysta osiemdziesiąt pięć złotych) tytułem obciążającej pozwanego połowy wpisu od pozwu oraz kwotę 982,60 zł (dziewięćset osiemdziesiąt dwa złote i sześćdziesiąt groszy) tytułem nieuiszczonej części kosztów opinii biegłego;*

*V. koszty zastępstwa procesowego między stronami wzajemnie znosi;*

*2. w pozostałej części apelację oddala;*

**3. zasądza od E. G., S. G. i K. G. na rzecz J. G. (1) kwoty po 1057,30 zł (jeden tysiąc pięćdziesiąt siedem złotych i trzydzieści groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

**Sygn. akt VI A Ca 971/12**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 20 maja 2010 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od pozwanego J. G. (1) na rzecz powoda T. G. kwotę 355 445 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 16 lipca 2004 r. do dnia zapłaty, w pozostałym zakresie powództwo oddalił oraz orzekł o kosztach procesu.

Od powyższego orzeczenia, w pkt. I, III, IV, V, VI apelację złożył pozwany.

W toku postępowania międzyinstancyjnego powód T. G. zmarł, w jego miejsce wstąpili do procesu spadkobiercy: żona E. G. i dzieci: S. G. i K. G..

Wyrokiem z dnia 3 czerwca 2011 r., działając na skutek apelacji pozwanego, Sąd Apelacyjny w Warszawie uchylił zaskarżony wyrok, zniósł postępowanie przed Sądem Okręgowym w Warszawie od dnia 20 maja 2010 r. i przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

Strona powodowa popierała powództwo co do wysokości uprzednio zasądzonej kwoty, pozwany wnosił o jego oddalenie, ponadto z ostrożności procesowej popierał uprzednio zgłoszony zarzut potrącenia, związany z wadliwością, jego zdaniem, wykonanych prac, w wysokości wartości prac naprawczych, do kwoty 108 451 zł.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 1 lutego 2012 r. w punkcie I. zasądził od pozwanego na rzecz powodów solidarnie kwotę 355.455 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 16 lipca 2004 r. do dnia zapłaty; w punkcie II. oddalił powództwo w pozostałym zakresie;

w punkcie III. zasądził od pozwanego na rzecz powodów solidarnie kwotę 231,79 złotych tytułem zwrotu części wpisu sądowego oraz kwotę 1401,60 tytułem zwrotu kosztów opinii biegłego; w punkcie IV. zasądził od powodów solidarnie na rzecz pozwanego kwotę 5865,09 złotych tytułem zwrotu części opłaty od apelacji; w punkcie V. nakazał pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 17.951 złotych tytułem wpłaty części wpisu nie obciążającej powodów; w punkcie VI. zniósł wzajemnie między stronami pozostałe koszty postępowania.

Powyższe rozstrzygnięcie Sądu zapadło na podstawie następujących ustaleń i rozważań.

Powód i pozwany dnia 12.02.2002 r. zawarli umowę o roboty budowlane o nr (...), której przedmiotem była modernizacja oraz rozbudowa domu mieszkalnego przy ul. (...) w K.. Wynagrodzenie zostało ustalone w formie ryczałtu w kwocie 650 000 zł. Umowa zawierała załączniki, stanowiące jej integralną część. W załączniku nr 1 zamieszczony był przedmiar robót uszczegóławiający zakres przewidzianych prac, natomiast załącznik nr 2 zawierał harmonogram rzeczowo - finansowy, w tym harmonogram zapłaty wynagrodzenia. W oparciu o przedmiar robót, powód stworzył na własny użytek kosztorys, wskazujący ilość i cenę poszczególnych elementów zamówienia. Cena z kosztorysu była jednakowa z wynagrodzeniem określonym w umowie. Przy sporządzaniu kosztorysu powód oparł się na czynnikach budowlanych oraz ich oznaczeniach znajdujących się w umowie. Prace budowlane, zgodnie z zapisami w dzienniku budowy, rozpoczęły się 20 lutego 2002 r., kiedy to również, w związku ze złym stanem budynku, zostały sporządzone protokoły inwentaryzacji rys i pęknięć oraz przejścia budynku. W celu wykonania dodatkowych prac budowlanych strony sporządziły dnia 24 marca 2002r. aneks nr (...) nr (...) do umowy. Dnia 26 marca 2002 r. została pozwanemu przekazana przez powoda informacja, iż powód otrzymał jedynie 35 000 zł, a zgodnie z harmonogramem rzeczowym powinien był otrzymać 100 000 zł, dlatego też zwrócił się o uregulowanie zaległej kwoty oraz wpłacanie zaliczek terminowo. Wszystkich aneksów, które strony sporządziły do umowy, było łącznie 5. Strony nie zachowały ciągłej numeracji, w związku z czym aneksy zostały ponumerowane w następujący sposób: (...). Strony sporządziły

ww. aneksy, ponieważ projekt obejmujący modernizację oraz rozbudowę domu był nieodpowiedni dla tej budowy, co uniemożliwiało kontynuowanie dalszych prac i konieczne było wprowadzenie zmian do umowy, które określałyby w sposób szczegółowy prace dodatkowe i wynagrodzenie, które w umowie określone było ryczałtowo. Wynagrodzenie w aneksach również zostało określone w sposób ryczałtowy. Dotyczyło to w szczególności aneksu nr (...). Za projekt powód nie ponosił odpowiedzialności. Prace budowlane zostały wstrzymane dnia 2 maja 2002r., co spowodowane było brakiem płatności przez pozwanego, co również zostało zapisane w dzienniku budowy. Prace zostały podjęte dnia 22 maja 2002 r., w wyniku prowadzonych przez strony pertraktacji. 1 sierpnia 2002 r. strony podpisały aneks nr (...), który przewidywał, że zostaną wykonane prace dodatkowe, które nie zostały określone w umowie. Dnia 24.10.2002 r. zostało przekazane I. K. (1) pismo, w którym powód zgłaszał pozwanemu braki dokumentacji, brak płatności oraz trudności w skontaktowaniu się z pozwanym również w formie telefonicznej. Powód wskazał również, że zbliżała się pora zimowa oraz, że w budynku wystąpiła wilgoć na ścianach i sufitach, która powodowała wykwyty w tynku, co mogło świadczyć o grzybie oraz samoczynnym odpadaniu sztukaterii ze ścian. Pomimo tej informacji kontakt z pozwanym był dalej niemożliwy. W związku z tym powód w piśmie z dnia 16.12.2002 r., które zostało odebrane przez pana (...), zgłosił brak decyzji w przedmiocie zabezpieczenia budowy oraz wskazał na to, iż wystąpiły 20 - stopniowe mrozy, co doprowadziło do podmarznięcia i przemarznięcia fundamentów oraz ścian, co mogło doprowadzić do wysadzenia ścian oraz katastrofy budowlanej. Dnia 23.12.2002 r. powód zaprzestał wykonywania prac budowlanych powodu nieprzekazania środków przez pozwanego w celu umożliwienia kontynuowania budowy. W dniu 4.02.2003 r. strony podpisały aneks nr (...) do umowy nr (...), który różnił się od wcześniej podpisanych aneksów. W związku z zaprzestaniem prac budowlanych przez powoda strony podjęły rozmowy dotyczące ich wznowienia oraz ustalenia zakresu pozostałych prac, który nieustannie się zmieniał z powodu wadliwego projektu. W wyniku rozmów ustalono, że aneks nr (...) dotyczy końcowych etapów realizacji stanu surowego i będzie obejmował zmiany projektu modernizacji i rozbudowy domu mieszkalnego wprowadzone przez projektanta nadzorującego. Zmieniły się metody oraz kolejność wykonywanych prac, co skutkowało ustaleniami dotyczącymi zakresu prac, jakie mają jeszcze zostać wykonane. Aneks nr (...) zawierał prace (opis robót), które nie pokrywały się w ogóle z tymi opisanymi w umowie (w przedmiarze robót, załączniku nr 1 do umowy).

Ze względu na brak dokumentacji trudności w ustaleniu, które prace zostały wykonane w ramach umowy, a które były pracami dodatkowymi, miał również błąd. Strony określiły wartość prac na 250 000 zł. Opóźnienia w płatnościach ze strony pozwanego oraz trudności w skontaktowaniu się z nim skłoniły strony do szczegółowego określenia sposobu zapłaty. W dniu podpisania aneksu pozwany miał przekazać kwotę 35 000 zł., a po zakończeniu: etapu I - kwotę 39 000 zł, etapu II - kwotę 46 000 zł, etapu III - kwotę 50 000 zł, etapu IV - kwotę 80 000 zł. Strony ustaliły, iż wykonanie postanowień zawartych w aneksie na nastąpić w ciągu 8 tygodni od daty wznowienia prac. Ewentualne opóźnienie w wykonaniu prac mogło nastąpić jedynie z przyczyn niezależnych od wykonawcy, co musiało być dodatkowo potwierdzone wpisem do dziennika budowy. Strony ustaliły, że gdy aneks zostanie wykonany, to nie będą rościć wobec siebie żadnych roszczeń z tytułu wcześniej zawartych umów i aneksów. W wyniku tych ustaleń pozwany uiścił kwoty 12 700 zł. i 19 533 zł., co łącznie dało kwotę 32 233 zł. Kwoty te przekazał na wykonanie prac, które określone były w aneksie nr (...). Kwota 32 233 zł. nie pokrywała jednak całości kwoty, która miała zostać przekazana w dniu zawarcia aneksu nr (...) tj. 35 000 zł. - kwota ta miała zostać wpłacona przed rozpoczęciem prac przez powoda.

Powód po raz kolejny wstrzymał prace budowlane dnia 8 maja 2003 r. z powodu nieprzekazania przez pozwanego pieniędzy na wykonanie prac z aneksu nr (...), o czym poinformował pozwanego w piśmie z dnia 13.05.2003 r., wzywając jednocześnie pozwanego do protokolarnego odbioru prac. Dnia 31.05.2003 r. powód oraz M. J. (1), działający jako przedstawiciel pozwanego, podpisali protokół, który określał stan zaawansowania prac budowlanych. Powód (wykonawca) odstąpił od umowy nr (...) dnia 27 czerwca 2003 r. wzywając jednocześnie pozwanego (inwestora) do dokonania płatności z tytułu wykonanych prac. Zaległość określona została w oparciu o umowy, aneksy nr (...), dodatkowe zlecenia inspektora nadzoru oraz kosztorysy powykonawcze z dnia 27 czerwca 2003 r. Protokół przekazania budowy został sporządzony dnia 15.07.2005 r. W dokumencie tym ustalono szczegóły odbioru przerwanych prac oraz potwierdzono wykonanie określonych prac, przede wszystkim wykonanie w pełni prac opisanych w aneksie (...). Protokół podpisany został przez M. J. (1), działającego jako przedstawiciel pozwanego oraz przez powoda. Wtedy również powód poinformował pisemnie pozwanego o wniesieniu sprawy zaległych płatności

do sądu. Pomimo toczącej się sprawy w sądzie, powód chciał zakończyć sprawę polubownie. W tym celu odbyło się spotkanie powoda z M. J. (1) (przedstawicielem pozwanego), z którego została sporządzona notatka. Ustalenia te nie przyniosły jednak efektów, bowiem pozwany nie wywiązał się ze swoich zobowiązań. Z dziennika budowy wynika, iż pozwany był reprezentowany przez inspektora nadzoru M. K., M. Z., M. J. (2) oraz Z. J. - pełniących nadzór autorski. Reprezentacji inwestora podjął się J. G. (2), następnie mgr inż. M. J. (1), który jak wynika z dziennika budowy miał pełnić nadzór autorski jako projektant. Powodowi nigdy nie przedstawiono innego pełnomocnictwa dla M. J. (1). Jako pełnomocnik pozwanego, w późniejszym okresie pojawiła się I. K. (2), która nie przedstawiła pełnomocnictwa od pozwanego, a charakter jej działania nie został nigdy sprecyzowany. Powód godził się na działania tychże osób, bowiem miał trudności w skontaktowaniu się z pozwanym, a nie pojawiła się żadna inna osoba działająca w imieniu pozwanego. Powód podejmował próby porozumienia się pozwanym za pośrednictwem rodziców pozwanego, jednakże i one się nie powiodły.

Sąd przywołał paragraf 6 umowy, zgodnie z którym strony postanowiły, iż należność wykonawcy będzie płatna w ratach w miarę postępu robót oraz ich odbioru. Sąd ustalił ponadto na podstawie opinii biegłego ds. budownictwa, B. C., iż roboty wymienione w aneksie nr (...) częściowo odpowiadają zakresowi prac wskazanych w umowie oraz w pozostałych aneksach. W kosztorysach powykonawczych dla robót objętych aneksem (...) i umową w wielu pozycjach przyjęto nieuzgodnione ilości robót, możliwe że niektóre roboty zostały wycenione podwójnie. Wartość wykonanych prac stanowi 85 % wartości wszystkich prac objętych aneksem nr (...). Ponadto nieprawidłowo zostały wykonane następujące prace: - brak otuliny uzbrojenia w stropie nad pokojem gościnnym, - otwór okienny w pokoju gospośkim nie jest w osi, - brak protokołu z badania szczelności poziomów kanalizacyjnych i podejść w przyziemiu, - brak protokołu szczelności i zachowania wymaganych spadków przyłącza kanalizacji od studzienki do budynku.

Wartość prac dotyczących usunięcia wad z pkt. 1 i 2 wynosi 1 500 zł. Prace wymienione w pkt. 3 i 4 nie mogły zostać wycenione nawet szacunkowo, bowiem brak projektu budowlanego oraz protokołu odbioru tych robót i protokołu badania szczelności. Procentowy stopień wykonania robót przez powoda wynosi: - prace z umowy zostały wykonane w 93,23%, - prace wykonane z aneksu (...) w 100%, - prace wykonane z aneksu (...) w 46%. Wartość robót, które nie zostały określone w umowie i aneksach, a zostały wykonane przez stronę powodową, opiewa na kwotę 5 157,36 zł oraz 31 284,56 zł.

W rozważaniach prawnych Sąd wskazał, iż strony zawarły umowę o roboty budowlane, przywołał treść art. 647 k.c., art. 65 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c.

Wynagrodzenie za wykonane prace strony określiły na kwotę 650 000 zł. powiększoną o podatek VAT (par. 6 umowy). Ust. 3 stanowił zaś, że suma ta ma zostać przekazana w 3 ratach według harmonogramu rzeczowo - finansowego, będącego załącznikiem nr 2 do umowy. Takie postanowienie było w ocenie Sądu Okręgowego zgodne z art. 654 k.c., według którego w braku odmiennego postanowienia umowy inwestor obowiązany jest na żądanie wykonawcy przyjmować wykonane roboty częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia.

Zgromadzony materiał dowodowy świadczył zdaniem Sądu Okręgowego o tym, iż strona pozwana nie wykonała ciężącego na niej zobowiązania. Powód musiał zaprzestać kontynuowania prac budowlanych, bowiem pozwany nie przekazywał powodowi pieniędzy, co zresztą powód w trakcie robót zgłaszał pozwanemu.

Odnosząc się do aneksu nr (...) – Sąd I instancji wskazał, że uznanie go za wykonany uzależnione było od spełnienia dwóch warunków: od wykonania przez stronę powodową robót, do których zobowiązana została w tymże aneksie oraz od zapłacenia przez pozwanego powodowi wynagrodzenia. Przed przystąpieniem do prac objętych tym aneksem pozwany był obowiązany wypłacić powodowi kwotę 35 000 zł., czego nie uczynił (bezsporne). Wartość prac określono na kwotę 250 000 zł.

Według biegłego prace zostały wykonane w 85%, co daje kwotę 212 500 zł. Pozwany natomiast uiścił na poczet prac wykonanych i opisanych w aneksie kwoty: 12 700 zł oraz 19 533 zł co łącznie daje kwotę 32 233 zł, a więc nie pokrywa się nawet z kwotą 35 000 zł, którą pozwany miał uiścić powodowi w dniu kiedy został podpisany aneks. Kwota uiszczona

przez pozwanego stanowi jedynie 12, 89 % kwoty, do której uiszczenia był zobowiązany (250 000 zł). Świadczy to o tym, iż pozwany od samego początku tj. od dnia podpisania aneksu nie wypełniał zobowiązań z niego wynikających. Niewywiązywanie się przez pozwanego ze zobowiązań umownych dało powodowi prawo do odstąpienia od umowy, co faktycznie nastąpiło w formie pisemnej dnia 27 czerwca 2003 r.

Odstąpienie to w ocenie Sądu Okręgowego było prawidłowe w świetle przepisów kodeksu cywilnego. Art. 494 k.c. stanowi bowiem, iż strona, która odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy; może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, lecz również naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. Pozwany był więc w świetle ww. przepisu zobowiązany do zapłaty za wykonane prace, a ponieważ tego nie zrobił, zdaniem Sądu Okręgowego uznać należało, że aneks nr (...) nie był wiążący na skutek działania pozwanego (a raczej braku działania) co skutkowało tym, iż nie może on stanowić podstawy rozliczeń pomiędzy stronami.

Skutkiem tego Sąd Okręgowy, celem obliczenia kwoty należnej powodowi za wykonane prace, oparł się na opinii biegłego, według którego:

- z tytułu umowy przedwstępnej zostały wykonane prace w 93 % (93,23 % z kwoty 650 000 zł) co daje wartość 605 995 zł;
- z tytułu aneksu nr (...) prace zostały wykonane w 100 % , co daje wartość 40 000 zł;
- z tytułu aneksu nr (...) prace zostały wykonane w 100 % , co daje wartość 30 000 zł;
- z tytułu aneksu nr (...) prace zostały wykonane w 100 % , co daje wartość 25 000 zł;
- z tytułu aneksu nr (...) prace zostały wykonane w 46 % (46 % z kwoty 60 000 zł), co daje wartość 27 600 zł;

Łączna wartość prac wynosi 728 995 zł. Kwota otrzymana przez powoda to 543 300 zł. Różnica tych kwot wynosi 185 695 zł, którą to kwotę powinien uiścić pozwany powodowi za wykonane prace z tytułu umowy głównej oraz aneksów (...). Natomiast prace z aneksu nr (...) wykonano w 85% (85% z 250 000 zł) co daje kwotę 212 500 zł.

Odnosząc się do aneksu nr (...) Sąd Okręgowy przyjął 50% z kwoty 212 500 zł, czyli 106 250 zł, przy uwzględnieniu uwag zawartych w opinii biegłego, że nie było możliwe ustalenie zakresu prac, które wchodziły w zakres umowy podstawowej, a które były pracami dodatkowymi. Sąd I instancji uznał, iż w sytuacji niemożności ustalenia wartości prac dodatkowych, co spowodowane było brakiem dokumentacji, winę za ten stan rzeczy ponoszą obie strony procesu, bowiem zaniedbały prowadzenia dokumentacji w sposób prawidłowy oraz odtworzenia stanu jaki panował w momencie odstąpienia od umowy (również z uwagi na to, iż remont oraz modernizacja przedmiotowej nieruchomości jest obecnie zakończona, wiele prac jest zakrytych, a przy tym ich stan nie został opisany). Dlatego też „winę należało rozdzielić na obie strony” w 50 %. Reasumując, w ocenie Sądu Okręgowego pozwany był winien powodowi kwotę 291 945 zł (185 695 zł + 106 250 zł).

Sąd przywołał par. 7 ust. 3 umowy, który stanowi, że za odstąpienie od umowy z winy inwestora (czyli pozwanego), pozwany zapłaci wykonawcy (powodowi) 10% wartości umowy. Wartość umowy stanowi kwota 650 000 zł. Powód odstąpił od umowy z winy pozwanego (z powodu braku płatności), dlatego roszczenie w tym zakresie jest uzasadnione. Nie była zdaniem Sądu Okręgowego zasadna argumentacja pozwanego, iż kara umowna winna być liczona od kwoty wymienionej w Aneksie nr (...), czyli od kwoty 250 000 złotych. Aneks nr (...) został opłacony tylko w 12,89 % z umówionej kwoty, a powód wykonał go w 85%. Tym samym według Sądu I instancji ustalenia w nim zawarte nie wiążą stron w miejsce wcześniej zawartej umowy.

Do kwoty 291 945 zł Sąd Okręgowy dodał więc kwotę 65 000 zł. z tytułu kary umownej, co w sumie stanowi 356 945 zł. Zdaniem biegłego strona powodowa wykonała również roboty dodatkowe, których brak w zawartych aneksach, a ich wartość oscyluje na kwotę 5 157, 36 zł oraz 31 284, 56 zł. Sąd Okręgowy jednak nie zasądził tych kwot ponieważ wskazując, że - w miarę postępu prac strony zawierały aneksy, co spowodowane było koniecznością wykonania prac

dodatkowych, które zostały szczegółowo opisane w aneksach łącznie z wynagrodzeniem. Powód nie wykazał, co było powodem tego, iż ww. prace dodatkowe nie zostały umieszczone w aneksach oraz dlaczego wykonywał je bez zgody pozwanego oraz, że wynagrodzenie zostało określone przez strony w formie ryczałtu.

Wynika to z umowy oraz późniejszych aneksów. Strony tych postanowień w czasie trwania stosunku prawnego nie zmieniały, co skutkuje tym, że strony obowiązywała ryczałtowa forma wynagrodzenia oraz reżim z tej formy wynikający.

Samo wykonanie robót przez powoda nie powoduje obowiązku zapłaty przez pozwanego wynagrodzenia, gdy zostało ono określone ryczałtowo. Ryczałtowe wynagrodzenie oznacza, że jest to zapłata za całość dzieła. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2004r. sygn. akt II CKN 417/00 ryczałt polega bowiem na umówieniu kwoty „absolutnej” przy wyraźnej bądź dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie żądał zapłaty wynagrodzenia wyższego.

Sąd Okręgowy dokonał wykładni spornych aneksów w ten sposób, że uznał, że dodatkowe prace miały być określane w aneksach, a wynagrodzenie było określone ryczałtowo. Podkreślił, iż strona powodowa nie udowodniła, że prace te były konieczne dla realizacji inwestycji a pozwany zgodził się na nie albo też nie było możliwe uzyskanie takiej zgody ze względu na nagłą charakter tych robót.

Jeżeli chodzi o zarzut potrącenia to roszczenie z tego tytułu Sąd Okręgowy uznał za uzasadnione co do kwoty 1500 zł, powołując się na wyliczenia biegłego ds. budowlanych w tym zakresie. Sąd wyjaśnił też przyczyny oddalenia wniosku pozwanego o przeprowadzenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego na okoliczność wad wykonanych prac. Ostatecznie Sąd wyjaśnił, iż kwota potrącenia w wysokości 1 500 zł, po odjęciu od sumy 356 945 zł daje kwotę 355 445 zł należną powodowi. Odsetki ustawowe Sąd I instancji zasądził od daty 16 lipca 2004 r., tj. daty sporządzenia odpowiedzi na pozew, z uwagi na brak dowodu doręczenia pozwanemu pozwu, względnie wcześniejszego wezwania do zapłaty. O kosztach Sąd I instancji orzekł na podstawie art. 100 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku złożył pozwany, który zaskarżając przedmiotowe orzeczenie w części objętej punktami I. III. V i VI sentencji, zarzucił:

1) naruszenie przepisów prawa procesowego, które to naruszenie miało wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

a/ art. 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez uznanie, iż wnioski dowodowe zawarte w piśmie procesowym z dnia 20 grudnia 2011 roku o dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego z zakresu budownictwa oraz o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków R. R., T. P. i A. G. nie zostały zgłoszone na okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy i w konsekwencji błędne oddalenie tych wniosków, chociaż zostały one zgłoszone na okoliczność kwotowego - kosztorysowego określenia wartości szkody poniesionej przez pozwanego, a wynikłej z nienależytego wykonania zobowiązania oraz wadliwego zabezpieczenia budynku przed jego opuszczeniem przez wykonawcę, na podstawie zdjęć i dokumentów znajdujących się w aktach sprawy, a dowody z zeznań świadków, na okoliczność wysokości szkody wynikłej z nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę, konieczności wykonania prac związanych z usunięciem wad i usterek budynku spowodowanych niedopuszczalnym porzuceniem budowy przez wykonawcę;

b/ art. 241 § 1 k.p.c. w zw. z art. 162 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku pozwanego o dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność kwotowego — kosztorysowego określenia wartości szkody pozwanego wynikłej z nienależytego wykonania zobowiązania oraz wadliwego zabezpieczenia budynku przed jego opuszczeniem przez wykonawcę, na podstawie zdjęć i dokumentów znajdujących się w aktach sprawy oraz zeznań świadków, pozwalających na ustalenie szkody wynikłej z nienależytego wykonania zobowiązania przez powoda, konieczności wykonanych prac związanych z usunięciem wad i usterek budynku spowodowanych niedopuszczalnym porzuceniem budowy przez powoda;

c/ art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

(i) brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i dokonanie oceny z pominięciem istotnej części tego materiału, a nadto wyprowadzenie wniosków z niego nie wynikających, a nadto sprzecznych z zasadami logicznego rozumowania i doświadczeniem życiowym, że wykonawca w sposób prawidłowy prowadził prace budowlane i w 85% wywiązał się z ustaleń umownych, podczas gdy ze zgodnych i wzajemnie uzupełniających się zeznań świadków: L. K. i M. (...), jak również z opinii biegłego dra inż. B. C. wynika, iż:

- kosztorys przedstawiony przez wykonawcę (nie akceptowany przez pozwanego) obejmuje prace wcześniej wykonane i wcześniej rozliczone, tj. prace, za które wykonawca otrzymał już wynagrodzenie;

- przedstawione przez wykonawcę wyliczenie oraz kosztorysy są nierzetelne i niewiarygodne, także z tego powodu, iż zostały sporządzone przy uwzględnieniu cen robót urzędowych określonych w Informatorach MSWiA, podczas gdy podstawę rozliczenia powinny stanowić stawki umowne ustalone w Umowie z dnia 12 lutego 2002 roku (i Aneksie nr (...));

- poszczególne prace były wykonywane wadliwie i nieterminowo;

- poszczególne prace budowlane były „przesuwane” do kolejnych aneksów

biegły wskazał, iż „(...) co najmniej część robót wymienionych w obmiarze do aneksu nr (...) pokrywa się z robotami wymienionymi w obmiarze robót wykonywanych w ramach umowy (...)”(str. 4 opinii dra inż. B. C.).

- powód nie wykonał nawet wszystkich robót określonych Aneksem nr (...), jak wskazał biegły: „Okolo 90% wykonanych prac to roboty nakryte lub zanikające (...) dla których pomimo oczywistego obowiązku nie sporządzono protokołów odbioru i dlatego nie można odnieść się do jakości ich wykonania”.

- część uzgodnionych robót w ogóle nie została wykonana (dotyczy to prac wymienionych w pkt 2 poz. 8, 12 i 13 Aneksu nr (...)), a inne prace zostały wykonane częściowo (od 15 do 70%), a tylko niektóre pozycje aneksu zostały wykonane w całości,

- wykonawca nie przewidział wielu prac dodatkowych prac, które należało wykonać;

- wykonawca nie miał środków i doświadczenia koniecznego do realizacji tak skomplikowanej inwestycji.

(ii). zanegowanie wiarygodności zeznań świadków M. J. (1) i L. K. w sytuacji, gdy ww. zeznania są całkowicie spójne, logiczne i znajdują potwierdzenie w zebranych materiałach dowodowych przedmiotowej sprawy oraz poprzez całkowite pominięcie zeznań pozwanego, w sytuacji gdy Sąd w całości uwzględnił zeznania powoda;

d/ art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów na skutek błędnej i dowolnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego i wadliwe ustalenie, że strona powodowa wykazała, że zostały wykonane roboty budowlane na rzecz pozwanego i jest uprawniona do dochodzenia zasądzonej przez Sąd kwoty 355.445 złotych, podczas gdy strona powodowa nie była w stanie przedstawić nawet podstawowej dokumentacji budowlanej (jak chociażby protokołów odbioru robót), która by mogła świadczyć o wykonaniu tych robót, ani nawet żadnych rachunków, czy faktur, a powołany przez Sąd biegły ds. budownictwa oceniając jednostronnie podpisane przez wykonawcę kosztorysy powykonawcze i tak zanegował jego bezpodstawne twierdzenia i wprost stwierdził, że z uwagi na nieprzedstawienie przez wykonawcę pełnej dokumentacji, nie jest w stanie ocenić ilości i jakości wykonanych robót;

e/ art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 285 i 286 k.p.c. poprzez oparcie wyroku na niepełnej opinii biegłego, mimo że biegły nie odpowiedział na wszystkie zadane mu pytania, a przede wszystkim — z uwagi na nieprzedstawienie przez wykonawcę kompletnej dokumentacji budowy — nie ustalił ilości robót i wyraźnie zaznaczył, że nie jest możliwe udzielenie szczegółowej i jednoznacznej odpowiedzi na pytania zawarte w postanowieniu Sądu;

f/. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak sporządzenia uzasadnienia odpowiadającego wymogom k.p.c., a w szczególności poprzez wyprowadzenie logicznie błędnych wniosków z ustalonych w toku procesu okoliczności, a także poprzez brak szczegółowego wyjaśnienia z jakich względów Sąd całkowicie pominął zeznania pozwanego;

2). naruszenie przepisów prawa materialnego, a w szczególności;

a/. art. 6 k.c. w związku z art. 647 k.c. poprzez zasądzenie na rzecz strony powodowej wynagrodzenia za roboty budowlane w wysokości 355.445 złotych w sytuacji gdy strona powodowa mimo ciężącego na niej ciężaru dowodowego nie udowodniła przesłanek swojego roszczenia, a w szczególności nie udowodniła ilości prac wykonanych na rzecz pozwanego, gdyż nie przedstawiła podstawowej dokumentacji budowlanej (jak chociażby protokołów odbioru robót), która mogłaby świadczyć o wykonaniu tych robót, ani nawet żadnych rachunków, czy faktur, a powołany przez Sąd biegły ds. budownictwa oceniając jednostronnie podpisane przez powoda kosztorysy powykonawcze i tak zanegował jego bezpodstawne twierdzenia i wprost stwierdził, że z uwagi na nieprzedstawienie przez wykonawcę pełnej dokumentacji, nie jest w stanie ocenić ilości i jakości wykonanych robót;

b/. art. 65 § 2 k.c. w zw. z pkt 2 oraz pkt 3 Aneksu nr (...) do umowy z dnia 12 lutego 2002 roku, poprzez błędne uznanie, iż podstawę rozliczeń pomiędzy stronami powinna stanowić umowa podstawowa wraz z kolejnymi aneksami, podczas gdy z uwagi na to, że powód nie był w stanie wywiązać się z ustaleń umownych, strony w Aneksie nr (...) z dnia 04 lutego 2003 roku zmieniły dotychczasowe uzgodnienia dotyczące realizacji przez powoda robót budowlanych, tj. zmieniły zakres prac oraz wartość całej umowy (250.000 zł), jak zeznał T. (...) „Aneks nr (...) został podpisany po to, aby wszystko zsumować, bo ciągle coś nie było wykonane.” (k - 530), podobnie wyjaśniał pozwany podczas przesłuchania na ostatniej rozprawie, tak więc za podstawę wszelkich uzgodnień i rozliczeń pomiędzy stronami powinien być uznany jak jedynie Aneks nr (...);

c/ art. 65 § 2 k.c. w zw. z § 7 ust. 3 umowy z dnia 12 lutego 2002 roku, poprzez błędne uznanie, że stronie powodowej należy się kara umowna i to liczona w stosunku do pierwotnej wartości umowy (650.000 zł), podczas gdy to wykonawca

porzucił plac budowy, nadto ustalenie kary umownej w odniesieniu do pierwotnej

wartości umowy jest całkowicie bezpodstawne, skoro wartość ta została zmieniona Aneksem nr (...) (250.000 zł);

3) sprzeczność istotnych ustaleń faktycznych Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego polegającą na nieprawidłowym ustaleniu, iż:

(i). Aneks nr (...) zawierał prace, które nie pokrywały się w ogóle z tymi opisanymi w umowie (przedmiarze robót, załączniku nr 1 do umowy), podczas gdy powołany przez Sąd biegły sądowy wskazał, iż „(...) co najmniej część robót wymienionych w obmiarze do aneksu nr (...) pokrywa się z robotami wymienionymi w obmiarze robót wykonywanych w ramach umowy (...)”, co świadczy o tym, że poszczególne prace budowlane były „przesuwane” do kolejnych aneksów i w związku z tym nie jest zasadne zsumowanie wartości wszystkich prac, gdyż pewne prace byłyby policzone dwu lub nawet trzykrotnie;

(ii). „winę [za brak dokumentacji - MN] należało rozdzielić na obie strony w 50%”, podczas gdy obowiązek oszacowania zakresu i wartości poszczególnych prac oraz przygotowania prawidłowej dokumentacji w głównej mierze obciążał wykonawcę jako profesjonalistę;

(iii). M. (...) był pełnomocnikiem pozwanego uprawnionym do jego reprezentacji przed powodem,

(iv). powód opuścił plac budowy w lipcu 2004 roku, podczas gdy miało to miejsce jesienią 2003 roku;

(v). wykonawca zaprzestał wykonywania prac budowlanych z powodu nieprzekazania środków pieniężnych przez pozwanego, podczas gdy brak postępu tych prac spowodowany był brakiem odpowiednich urządzeń i doświadczenia koniecznego do prowadzenia tak skomplikowanej inwestycji.

Podnosząc powyższe skarżący wniósł:

I. w oparciu o art. 380 k.p.c. o rozpoznanie przez Sąd II instancji postanowienia Sądu pierwszej instancji z dnia 5 stycznia 2012 roku oddalającego wniosek pozwanego o dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego,

II. w oparciu o art. 241 w zw. z art. 382 k.p.c. z ostrożności procesowej o dopuszczenie i przeprowadzenie przez Sąd II instancji dowodu:

1) z uzupełniającej opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność kwotowego – kosztorysowego określenia wartości szkody pozwanego wynikłej z nienależytego wykonania zobowiązania oraz wadliwego zabezpieczenia budynku przed jego opuszczeniem przez powoda, na podstawie zdjęć i dokumentów znajdujących się w aktach sprawy oraz zeznań świadków, pozwalających na ustalenie szkody wynikłej z nienależytego wykonania zobowiązania przez powoda, konieczności wykonanych prac związanych z usunięciem wad i usterek budynku spowodowanych niedopuszczalnym porzuceniem budowy przez powoda, w szczególności wnoszę o zasięgnięcie opinii biegłego z zakresu budownictwa celem ustalenia wartości poniesionej szkody przy określeniu wartości następujących prac koniecznych dla:

a) wykonana instalacji poziomej w budynku;

b) wykonania nowego zabezpieczenia źle wykonanych ociepleń i izolacji fundamentów, izolacji termicznej w gruncie w nowej części budynku i izolacji termicznej przeciwwilgociowej pionowej w starym budynku;

c) wyrównania i naprawa błędów w nadprożach (różnice poziomów);

d) wykonania przesunięć wynikających z błędnego wykonania otworów okiennych (nie na osi) i schodów wejściowych;

e) ponownego wykonania kanału do kominków wraz z przewodami i paleniskiem;

f) rozebrania wadliwie wykonanej attyki oraz wykonanie izolacji w nowej części budynku;

g) uzupełnienia brakujących cegieł w ścianach;

h) innych prac, których potrzeba wykonania wynikła (bądź może wynikać w przyszłości) z nienależytego wykonania zobowiązania przez powoda;

i) prac zabezpieczających budowę przed zimą w związku z bezprawnym porzuceniem budowy przez powoda.

2) z zeznań następujących świadków:

a) R. R. na okoliczność prac naprawczych budynku przy ul. (...) w K. związanych z wadami wykonawczymi stwierdzonymi po opuszczeniu budowy przez powoda;

b) T. P. na okoliczność prac naprawczych budynku przy ul. (...) w K.) związanych z wadami wykonawczymi stwierdzonymi po opuszczeniu budowy przez powoda;

c) A. G. na okoliczność wykonywania umowy i przebiegu wykonywania robót budowlanych w budynku mieszkalnym w K. przy ul. (...) oraz na okoliczność rozliczenia tych robót pomiędzy stronami;

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od strony powodowej na rzecz pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa

procesowego za obie instancje według norm prawem przewidzianych, ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie w tym zakresie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, z pozostawieniem temu Sądowi orzeczenia o kosztach postępowania apelacyjnego, w tym kosztach zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym, jako części kosztów procesu.

### **Sąd Apelacyjny ustalił i zważył co następuje.**

Apelacja okazała się częściowo zasadna, choć zakresu szeregu jej zarzutów Sąd Apelacyjny nie uznał za trafne. Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne przytoczone ustalenia faktyczne Sądu I instancji, z poniższą korektą i uzupełnieniem. Odnosząc się do zarzutu sprzeczności istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego materiału dowodowego należy wskazać, iż Sąd niewadliwie ustalił, iż wykonawca opuścił plac budowy w dniu 15 lipca 2003 r., w związku z przekazaniem budowy inwestorowi, co wynika z noszącego powyższą datę protokołu przekazania budowy / k-28/ i takie ustalenie Sąd Apelacyjny przyjmuje za swoje. Również prawidłowe jest ustalenie, iż wykonawca zaprzestał wykonywania prac budowlanych i odstąpił od umowy mocą oświadczenia zawartego w piśmie z dnia 27 czerwca 2003 r. / k-27/ z powodu nieprzekazywania środków pieniężnych przez pozwanego. Znajduje ono pełne odzwierciedlenie w powołanym przez Sąd materiale dowodowym, w szczególności w piśmie kierownika budowy J. P. z dnia 8.05.2003 r. w dzienniku budowy /tom II, str. 22 dziennika/, uprzednich licznych wpisach dotyczących przerw w robotach z powodu braku finansowania /str. 13,12,11 i 9 tomu II dziennika/, pismach powoda kierowanych do inwestora z dnia 24 października 2002 r. /k-240/, 13maja 2003 r. /k-25/ i w/w z dnia 27 czerwca 2003 r. /k-27/ oraz zeznań świadka J. P. - kierownika budowy /k-142 odwrót-143/, powoda T. G. /k-530-531/, a nawet pisma samego pozwanego z którego wynika, iż w ramach aneksu nr (...) zapłacił powodowi kwoty: w dniu 17 kwietnia 2003 r.- 19 533 zł i w dniu 14 maja 2003 r. - 12 700 zł /k-254, 261-262/, choć aneks ten opiewał na kwotę 250 000 zł i przewidywał wpłatę w wysokości 35 000 zł już w dniu jego podpisania /k-24/. W tym kontekście, jako sprzeczne z powyższymi dowodami którym należało dać wiarę, nie zasługiwały na wiarę zeznania pozwanego /k.829-831/, który negował fakt nieterminowych wpłat, nie potrafiąc wyjaśnić dlaczego problem ten pojawiał się /jak wynika z adnotacji w dzienniku budowy, korespondencji stron i zeznań obu kierowników budowy k-142 odwrot-143, k-218 odwrót-221/ w toku całego procesu budowlanego. Należy zauważyć ponadto, iż pozwany w tym czasie cały czas przebywał za granicą, działał przez pełnomocników, a zatem jego wiedza na temat przebiegu procesu budowlanego jest znikoma. Należy zauważyć, iż zarzucana powodowi przez stronę pozwaną oraz świadka M. J. nieterminowość wykonywania robót oraz brak fachowości nie znalazły pokrycia w żadnych dowodach, w tym z dokumentów. Brak jest w szczególności wezwań do wykonania jakichkolwiek prac czy też wpisów w dzienniku budowy w tym zakresie. Należy przy tym zauważyć, iż dochodziło do wielokrotnych zmian w pierwotnym projekcie, co wynika z wpisów do dziennika budowy, jak i zeznań projektantów: M. Z. /k. 143-144/ oraz M. J. (1) /k.192 i nast./, przy czym według tego ostatniego świadka pierwotny projekt uniemożliwiał bezpieczną i bezproblemową realizację inwestycji. Budynek został przekazany do remontu i rozbudowy w złym stanie, z licznymi pęknięciami elewacji /protokół inwentaryzacji – k. 230 i nast., protokół przejęcia budynku-k 234 i nast./ . Z kolei konieczność podjęcia decyzji przez inwestora odnośnie sposobu zabezpieczenia budynku przed zimą w grudniu 2002 r. i potrzeba finansowania stosownych robót w tym zakresie wynika z pisma powoda skierowanego do inwestora w tym zakresie z dnia 16 grudnia 2002 r. / k-241/, jak i stosownych wpisów w dzienniku budowy /str. 9, 10, 11 tom II dziennika budowy, w którym brak jest ostatecznie zastrzeżeń ze strony inwestora, co do dokonanego sposobu zabezpieczenia budynku.

Prawidłowo również Sąd I instancji przyjął, iż M. J. (1) był pełnomocnikiem inwestora, w tym do celów reprezentacji przed powodem. Należy wskazać, iż jak wynika z adnotacji w dzienniku budowy / tom I, str.4, str.23/ pełnił on nadzór autorski od dnia 19 października 2002 r. w rozumieniu art. 20 ust.1 pkt.4 prawa budowlanego. Był on przy tym drugim projektantem zatrudnionym na przedmiotowej budowie, po tym jak autor pierwotnego projektu dla inwestora, M. Z. zrezygnował w toku procesu budowlanego z uwagi na liczne zmiany wnoszone przez inwestora do jego projektu, których nie akceptował /zeznania św. M. Z. k. 143-144/. Należy zauważyć jednak, iż rola M. J. (1) była daleko szersza, co wynika z całokształtu przebiegu procesu inwestycyjnego, w tym dokumentów zebranych w sprawie. Wpisywał on w dzienniku budowy nie tylko wytyczne co do sposobu wykonania robot, jak wynika z ich brzmienia zawierające treści właściwe dla dokumentacji projektowej /tom I str.25, tom II str.18/, ale przede wszystkim dokonywał odbiorów

robót /tom I str.25, tom II str.8, str.19, str.20, podpisywał ze strony inwestora protokoły zaawansowania robót i przekazania budowy odpowiednio z 31 maja i 15 lipca 2003 r./ k-25 i nast., k 28 i nast./, które to czynności winien wykonywać, jako przedstawiciel inwestora, inspektor nadzoru inwestorskiego z mocy art. 25 prawa budowlanego. Natomiast powołany w powyższym celu inspektor M. K./ str.4, tom I dziennika budowy/ działał jedynie do dnia 5 lipca 2002 r./ data ostatniego wpisu od niego pochodzącego - str. 22, tom I dziennika budowy/. Ponadto M. J. (1) faktycznie reprezentował inwestora, prowadził w jego imieniu negocjacje z wykonawcą, dotyczące kolejnych aneksów do umowy, co wynika również z jego zeznań /k. 193-194/, mimo, iż twierdził, iż był tylko „doradcą pana G. /k-191/. W zakresie tego ostatniego twierdzenia zeznania te nie zasługują na wiarę, z uwagi na sprzeczność z wyżej wskazanym, faktycznie dokonanym przez niego katalogiem czynności. Pozwany nie zaprzeczał, aby osoba ta przekroczyła kiedykolwiek zakres swojego umocowania, natomiast pełnomocnictwo w tym zakresie nie wymagało żadnej formy szczególnej. W tej sytuacji zarzut apelacji, iż Sąd błędnie ustalił, iż był pełnomocnikiem pozwanego do jego reprezentacji przed powodem, w żaden sposób zresztą nieuzasadniony przez apelującego, w świetle powyższych okoliczności należy uznać za nietrafny.

Rację ma natomiast skarżący zarzucając Sądowi dokonanie niewłaściwych ustaleń faktycznych, dotyczących zakresu przedmiotowego robót objętych aneksem nr (...), w szczególności nie znajdujących podstaw w przeprowadzonej opinii biegłego oraz pozostałych wskazanych przez niego dowodach, co w dalszej kolejności prowadziło do przyjęcia niewłaściwej relacji tego aneksu do poprzednich postanowień umownych i niewłaściwego określenia treści łączącej strony umowy i subsumpcji w płaszczyźnie art. 65 § 2 k.c. w zw. art. 647 i nast. k.c..

Należy zauważyć, iż jak wynika z treści zeznań powoda T. G. i przedstawiciela inwestora M. J. (1) aneks nr (...) /k. 22-24/ w założeniu miał mieć charakter zbiorczy, podsumowujący, jego założoną rolą było zsumowanie dotychczas wykonanych prac, określenie należnego wynagrodzenia oraz wyspecyfikowanie robót, które jeszcze zgodnie z aktualną wolą stron pozostały do zrobienia i określenie za ich wykonanie wynagrodzenia /zeznania: k. 530-531, 191-194/. Takie stanowisko konsekwentnie w toku procesu reprezentowała również strona pozwana, twierząc iż aneks nr (...) zastąpił dotychczasowe postanowienia umowy. Biegły ds. budownictwa, który miał określić relację katalogu robót określonych tym aneksem do robót wynikających z umowy i poprzednich aneksów/ innymi słowy odpowiedzieć na pytanie czy roboty te się pokrywają/, wskazał, iż zakres robót określonych w aneksie nr (...) częściowo pokrywa się z zakresem prac określonych w umowie z dnia 12 lutego 2002 r oraz wcześniejszych aneksach i dotyczy końcowych etapów realizacji stanu surowego wraz z wprowadzonymi zmianami. Jednoznacznie odniesienie się do ilości robót nie jest możliwe bez kompletnej dokumentacji budowy /opinia pisemna - k. 270 i nast., ustna-k-311/. Oznacza to, iż nie jest możliwe - przy zaoferowanym przez strony materiale dowodowym -określenie zakresu prac objętych aneksem nr (...). Nie przedstawiono nie tylko projektu budowlanego wraz ze zmianami oraz specyfikacji robót, ale jakichkolwiek protokołów odbioru częściowego i końcowego robót, faktur, zaś wpisy do dziennika budowy, jak wynika z ich treści, mają charakter bardzo ogólny. Strona powodowa, która wywodziła, iż aneks ten zawierał inne roboty niż wykazane w umowie i poprzednich aneksach, winna zaoferować stosowne dokumenty i wykazać o jakie prace konkretnie rodzajowo i ilościowo aneks ten przekraczał katalog prac określonych uprzednio przed jego zawarciem / art. 6 k.c./. Tak się nie stało. Zaniechanie to zatem obciąża stronę powodową, która nie wykazała swoich racji. W tym konkretnym zatem zakresie zarzuty procesowe pozwanego dotyczące naruszenia art. 233 §1 k.p.c. i 278 §1 k.p.c. okazały się zasadne. Już z tych więc przyczyn nie było możliwe rozliczenie robót z tego aneksu.

Należy zauważyć również, iż strona powodowa podnosiła jednocześnie w swoich stanowiskach procesowych, iż aneks ten nie wszedł w życie, ostatecznie ograniczając ten pogląd do skutków punktu 10 w/w aneksu. Zdaniem Sądu Apelacyjnego rozważany aneks nr (...) stanowił, z uwagi na swój charakter podsumowująco- rozliczający, nie - kolejną zmianę dotychczas zawartej, lecz nową umowę, niejako rozliczającą dotychczasową umowę /vide: postanowienie 10/ i precyzującą pozostałe do wykonania czynności oraz należne za nie wynagrodzenie. Umowa ta nie została wykonana przez obie strony, pozwany nie zapłacił należnego za roboty wynagrodzenia /jedynie jego niewielką część/, powód wykonał część robót wskazanych w tej umowie. Nie jest również zdaniem Sądu Apelacyjnego uprawnione przyjęcie w ślad za biegłym, iż było to 85% wartości robót określonych w aneksie, skoro nie jest znana relacja asortymentowa i ilościowa tych robót do robót określonych uprzednio umową i poprzednimi aneksami /jak wskazywał biegły k-276 -

niektóre prace w konsekwencji, na skutek sporządzenia aneksu nr (...), mogły być policzone i wycenione podwójnie/. W tej sytuacji należy przyjąć, iż doszło do rozwiązania przez obie strony w sposób dorozumiany tego aneksu, jako nowej umowy zawartej przez strony, skoro żadna ze stron ostatecznie nie wykazała woli wykonania go w całości. W tym sensie należało podzielić pogląd strony powodowej, iż aneks ten ostatecznie nie wszedł w życie. Skoro zaś tak, to trzymając się podstawy faktycznej dochodzonego roszczenia, należało rozliczyć roboty dokonane na podstawie umowy i jej poprzednich modyfikacji. W tym celu posiłkując się wynagrodzeniem ryczałtowym określonym przez strony w umowie i aneksach nr (...) i opinią biegłego, który na podstawie dostępnej dokumentacji, w tym wpisów w dzienniku budowy, określił zakres /stopień procentowy/ wykonanych robót w stosunku do określonych umową i w modyfikacjami /opinia biegłego k- 340 i nast., 395-398/ otrzymuje się następujące wielkości:

$650\ 000\text{zł} \times 93,23\% = 605\ 995\text{zł}$  / umowa z 12.02.2002 r. /

$40\ 000\ \text{zł} \times 100\% = 40\ 000\ \text{zł}$  / aneks (...)/

$30\ 000\ \text{zł} \times 100\% = 30\ 000\ \text{zł}$  / aneks (...)/

$25\ 400\ \text{zł} \times 100\% = 25\ 400\ \text{zł}$  / aneks (...)/

$60\ 000\ \text{zł} \times 46\% = 27\ 600\ \text{zł}$  / aneks (...)/

suma 728 995 zł

Od powyższej kwoty stanowiącej wartość wykonanych przez powoda robót należało odjąć kwotę uiszczoną na rzecz powoda przez pozwanego /co nie było sporne/ w wysokości 545 300 zł, w wyniku czego otrzymuje się kwotę 183 695 zł /728 995-545 300/.

Przechodząc do omówienia zarzutów procesowych pozwanego związanych z zarzucanym przez niego niewłaściwym wykonaniem robot przez powoda oraz wadliwym zabezpieczeniem budynku przed jego opuszczeniem przez wykonawcę, należy wskazać, iż pozwany popierał zgłoszony zarzut potrącenia w kwocie 108 451zł, który początkowo motywował jako kwotową wysokość kosztów usunięcia wad i szkód związanych z niewłaściwym wykonaniem robot przez powoda /k-321/, następnie w kolejnych pismach zaczął podnosić również fakt wadliwego zabezpieczenia budynku przez wykonawcę przed jego opuszczeniem, co doprowadziło jego zdaniem do dalszych szkód. Jednakże popierał wymieniony zarzut do wyżej wskazanej kwoty. W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż jak zasadnie podkreślał Sąd I instancji: ani z zapisów dziennika budowy, ani z protokołu przekazania budowy z dnia 15 lipca 2003 r. nie wynika, by jakieś prace zostały wykonane wadliwie, a wady te nie zostały usunięte. Wręcz przeciwnie treść tego ostatniego dokumentu wskazuje, iż teren budowy w stanie należyście zabezpieczonym został przejęty przez przedstawiciela inwestora. Z pkt. 2 tego protokołu wynika, iż strony ustaliły, że od tego dnia wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za mogące powstać w obiekcie szkody, uszkodzenia i zagrożenia. /Ponosi jedynie odpowiedzialność za jakość wykonanych prac budowlanych zgodnie z zapisami umowy oraz warunkami gwarancji i rękojmi/. Brak jest również jakiegokolwiek korespondencji, czy wezwania na piśmie/ poza protokołem zaawansowania robót z dnia 31.05.2003 r. /k-26 / do usunięcia jakichkolwiek wad czy usterek dotyczących przedmiotowej budowy. Należy podkreślić, iż również z treści całokształtu adnotacji wpisywanych do dziennika budowy wynika, iż prace zostały wykonane poprawnie, zgodnie z ustaleniami i jako takie były odbierane. Nieprzekonująco brzmi tutaj i tym samym w tej części nie zasługują na wiarę-wyjaśnienia zawarte w zeznaniach, sprawującego nadzór autorski projektanta, przedstawiciela inwestora M. J. (1) /k-194/, iż nie wpisywał uwag dla dobra współpracy stron. Natomiast zarzuty pozwanego w tym zakresie pojawiły się dopiero w toku procesu, gdzie powód wysunął roszczenia związane z niezaplaceniem części wynagrodzenia za wykonane prace. Z uwagi na fakt, iż budynek został oddany zamawiającemu mocą protokołu z dnia 15 lipca 2003 r., zaś zarzut potrącenia - złożony pismem procesowym w dniu 23 października 2006r. /k-321/, należało uznać, iż ewentualne roszczenia z tytułu rękojmi za wady wygasły /656§1 k.c. w zw. art. 638 k.c. w zw. art.568 §1 k.c./. W tej sytuacji podstawę prawną żądań pozwanego mogły stanowić zasady ogólne kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej, o której mowa w art. 471 k.c. Jednakże pozwany winien wykazać wysokość poniesionej, na skutek konieczności naprawy, szkody. Nie zasługują na wiarę w zakresie twierdzeń

dotyczących tychże wad, jak wskazano wyżej, zeznania M. J. (1), skoro świadek ten mając prawny obowiązek, z mocy przepisów prawa budowlanego, wynikający z racji pełnionych funkcji, nie wpisał żadnych adnotacji, lecz poświadczał prawidłowość wykonywanych robót. Należy zatem w tym zakresie podzielić kwestionowaną przez skarżącego ocenę zeznań tego świadka dokonaną przez Sąd I instancji. Nie mogły stanowić również podstawy ustaleń w tym zakresie zeznania świadka L. K. /k-217-218 oraz sporządzony przez tego świadka protokół z dnia 3 listopada 2004 r. /k-156 i nast./ skoro pojawił się on na budowie ponad rok po przejęciu placu budowy wraz z obiektem przez inwestora. Budowa była w tym czasie niezabezpieczona, nie wiadomo czy i kto dokonywał tam zmian, względnie dewastacji. Nie wykonano wówczas żadnej profesjonalnej ekspertyzy, np. w trybie zabezpieczenia dowodu. Należy więc podzielić ocenę Sądu I instancji co do braku wiarygodności tych zeznań, skarżący natomiast zaprzeczając w ramach podnoszonego zarzutu naruszenia art. 233 §1 k.p.c., tej ocenie nie wskazał w jakim materiale dowodowym zeznania te, jego zdaniem, znajdują potwierdzenie.

W tej sytuacji zasadnie Sąd I instancji oparł się na dowodzie w postaci opinii biegłego ds. budowlanych, który ocenił na podstawie dostępnego materiału zaoferowanego przez strony - wady robot na kwotę 1500 zł/ k-343/, szczegółowo odnosząc się do katalogu wad wskazywanych przez pozwanego /znajdujących odbicie w wyżej opisanym protokole z dnia 3 listopada 2004 r./ tytułem uzasadnienia zgłoszonego zarzutu potrącenia. Należy w tym miejscu wskazać, iż obowiązek dopilnowania sporządzania właściwej dokumentacji, odzwierciedlającej przebieg procesu budowlanego, obciążał również inwestora, który wobec niedysponowania projektem budowlanym wraz z jego licznymi zmianami i specyfikacją oraz w braku stosownych wpisów w dzienniku budowy, jak i protokołów odbioru robót, w tym robót podlegających zakryciu, nie jest władny stosownie do treści art. 6 k.c. wykazać swoich twierdzeń w tym zakresie, w wysokości przekraczającej wartość 1500zł.

Należy podkreślić również, iż zarzut potrącenia został zgłoszony w dniu 23 października 2006 r. Zarzut ten w żaden sposób nie został udokumentowany. Strona pozwana nawet nie uprawdopodobniła, że poniosła jakiegokolwiek koszty usunięcia podnoszonego przez siebie katalogu usterek i związanych z tym szkód. Wnosiła o zobowiązanie powoda do złożenia stosownej dokumentacji /której powód również nie posiadał poza zaoferowaną w aktach/ oraz dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego na okoliczność wykazania wartości prac, mających na celu usunięcie usterek i wad w pracach wykonanych przez powoda oraz szkód wynikłych z nieprawidłowego wykonania, jej zdaniem, umowy /k-442, 445 i nast./. Wnioski te były ponawiane w dalszym toku postępowania. W tej sytuacji sąd z urzędu mocą zarządzenia z dnia 14 kwietnia 2009 r. wezwał pozwanego do podania, w terminie 14 dni, w sposób szczegółowy jakie prace zostały przeprowadzone w związku z usunięciem wad i usterek oraz dołączenia wszelkiej dokumentacji na podstawie której można będzie stwierdzić powyższe fakty, wskazując na brak jakichkolwiek dowodów w tym zakresie /k-513/. Termin ten na wniosek pozwanego został przedłużony i minął w dniu 22 maja 2009 r. /k-520/. Pozwany nie wykonał w ogóle zarządzenia Sądu w zakreślonym terminie, nie udokumentował w żaden sposób swoich twierdzeń co do usterek, ani nie złożył innych wniosków dowodowych w tym zakresie /np. z zeznań świadków/, nie wyjaśnił też przyczyn nieudzielenia w ogóle odpowiedzi na zobowiązanie Sądu, natomiast po upływie wyznaczonego przez Sąd terminu, tj. po pięciu miesiącach złożył pismo, w którym ponowił wniosek o dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego na okoliczność wysokości poniesionej przez niego szkody. Dokumenty złożone na rozprawie w dniu 20.11.2009 r. /k- 545 i nast./, z uwagi na niejasną treść /nie wiadomo kto komu i za co kwitował/ zasadnie Sąd uznał za nieprzydatne do rozstrzygnięcia. Skutkowało to oddaleniem wniosków pozwanego w przedmiocie dopuszczenia uzupełniającej opinii biegłego na rozprawie w dniu 20 listopada 2009 r. /k. 549/, który to wniosek został ponowiony i oddalony na rozprawie w dniu 4 lutego 2010 r. /k.580/. Następnie wniosek ten został ponowiony w piśmie złożonym na rozprawie w dniu 21 grudnia 2011 r i oddalony postanowieniem wydanym na rozprawie w dniu 5 stycznia 2012 r. /k-826, 844/.

W tej sytuacji złożenie, po przeszło pięciu latach od daty zgłoszenia rozważanego zarzutu potrącenia i dwóch i pół roku od upływu terminu, zakreślonego wyżej omówionym zarządzeniem Sądu, wniosków dowodowych na okoliczność wysokości szkody związanej z zarzucanymi wadami i usterkami budynku, o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków R. R. i T. P. /w piśmie procesowym złożonym na rozprawie w dniu 21 grudnia 2011r.- k-826-827 /i A. G. / bezpośrednio na tej rozprawie – k.829/, należy uznać za zgłoszenie dowodu jedynie dla zwłoki, po akceptacji skutków wcześniejszego

niezastosowania się do w/w zarządzenia Przewodniczącego. W tej sytuacji prawidłowo, z punktu widzenia treści art. 217 § 1 i 2 /w wersji obowiązującej w dacie procedowania/ postąpił Sąd Okręgowy oddalając powyższy wniosek. Tym samym zarzut naruszenia art. 217 §2 k.p.c. w zw. art. 227 k.p.c. okazał się chybiony.

Niezasadny okazał się również zarzut naruszenia art. 241 k.p.c. polegający na oddaleniu wniosku co do uzupełniającej opinii biegłego na okoliczności kwotowego określenia wartości szkody wynikłej z zarzucanego przez pozwanego nienależytego wykonania zobowiązania przez powoda oraz wadliwego zabezpieczenia przez niego budynku /k. 826, k-844/. Należy zauważyć, iż jako to omówiono wyżej pozwany nie wykazał powodowi nieprawidłowości w działaniu w zakresie niezabezpieczenia budynku, skoro mocą protokołu z dnia 15 lipca 2003 r. przejął od niego plac budowy i odpowiedzialność za teren, a zatem na nim samym spoczywały obowiązki w tym zakresie. Brak jest zatem podstaw do stawiania powodowi zarzutu naruszenia postanowień łączącej strony umowy i tym samym konstruowania jego odpowiedzialności na podstawie art. 471 k.c. Tym samym wysokość poniesionej przez pozwanego szkody, związanej z niezabezpieczeniem przez niego samego budynku, nie ma znaczenia z punktu widzenia odpowiedzialności powoda, który jej nie ponosi. Natomiast jeżeli chodzi o wysokość wad i usterek, to zostały one oszacowane przez biegłego ds. budownictwa B. C., na której swoje ustalenia, jak to już omówiono wyżej, i tym samym- swoje rozstrzygnięcie- oparł Sąd Okręgowy. Pozwany, jak to wykazano wyżej, po wydaniu opinii przez biegłego nie zaoferował skutecznie, mimo zobowiązania Sądu, żadnych dokumentów ani innego materiału, który pozwoliłby uznać tę opinię za nieaktualną bądź niepełną. Opinia ta zarazem była logiczna i przekonująco uzasadniona. Tym samym brak było podstaw do dopuszczania dowodu z uzupełniającej opinii tego czy innego biegłego. Zarzut stawiany zatem Sądowi w tym zakresie przez apelującego jest niezasadny. Z tych przyczyn brak było podstaw do dopuszczania dowodu z zeznań świadków R. R., T. P. i A. G., przez Sąd Apelacyjny, skoro wnioski w tym zakresie zostały prawidłowo oddalone przez Sąd Okręgowy. Ponadto w zakresie wniosku /k-950 odwrót/ co do tego ostatniego świadka strona zmieniła tezę dowodową /w porównaniu ze wskazywaną na rozprawie w dniu 21 grudnia 2011r. /k-829/ oraz zarzucie apelacyjnym /k-848 odwrót/, a w tej sytuacji jest to nowy dowód, podlegający pominięciu na podstawie art. 381 k.p.c. Już ubocznie należy wskazać, iż odnośnie dowodu z zeznań w/w świadków strona pozwana nie złożyła wniosku w trybie art. 380 k.p.c. Również z wyżej wskazanych przyczyn, uzasadniających konstatację, co do prawidłowości działania Sądu I instancji, odnośnie oddalenia wniosku z uzupełniającej opinii biegłego ds. budownictwa na wskazane okoliczności, brak było podstaw do zmiany tej decyzji w trybie kontroli postanowienia Sądu na podstawie art. 380 k.p.c. i dopuszczania tego dowodu na wskazane w apelacji okoliczności.

Przechodząc do subsumpcji dochodzonych roszczeń w płaszczyźnie art. 647 i nast. k.c. oraz związanej z tym oceny dotyczącej prawidłowości zastosowania art.483 i 484 k.c. należy wskazać co następuje. Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń i oceny, iż przedmiotowa umowa o roboty budowlane uległa rozwiązaniu na skutek odstąpienia wykonawcy od umowy, związanego z niepłaceniem przez pozwanego umówionego wynagrodzenia za wykonane roboty. Należy przy tym podkreślić, iż jak wynika z wyżej omówionych ustaleń faktycznych, problem ten /tj. braku płatności/ istniał jeszcze przed zawarciem aneksu nr.(...), był zresztą jedną z przyczyn jego zawarcia. Wspomniane wypowiedzenie dokonane zostało, jak wskazano wyżej, pismem z dnia 27 czerwca 2003 r. /k27/. Pismo to dotarło do wiadomości inwestora, co nie było kwestionowane. W jego konsekwencji wykonawca i przedstawiciel inwestora M. J. (1) spisali powoływany już wielokrotnie protokół przekazania budowy z dnia 15 lipca 2003 r /k. 28-30/. Ponieważ umowa stron nie zawierała klauzuli *lex commissoria*, warunki odstąpienia od umowy reguluje art. 491 §1 k.c. W myśl jego treści odstąpienie od umowy musi być poprzedzone wyznaczeniem drugiej stronie dodatkowego terminu do wykonania umowy z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu tego terminu strona będzie uprawniona do odstąpienia. Nie ma jednak przeszkód do odstąpienia bez wyznaczania tego terminu w sytuacji gdy kontrahent jednoznacznie odmówił wykonania /por. Tadeusz Wiśniewski, Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga III, Zobowiązania tom1 Lexis Nexis Polska sp. z o.o., Wydanie 10, str. 814/. Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy zauważyć, iż powód już pismem z dnia 13 maja 2003 r. wzywał pozwanego do zapłaty wynagrodzenia /k-25/. Pismo to zostało zignorowane, choć również nie było kwestionowane, iż dotarło do adresata. Nie było w nim jednak wskazanego *expressis verbis* zagrożenia odstąpieniem, choć była mowa o wstrzymaniu robot oraz wniosek o protokolarny odbiór robót i zapłatę za wykonane prace. Następnie w dniu 31 maja 2003 r. sporządzono protokół zaawansowania robot, z którego wynika, iż strony rozliczą dotychczas wykonane prace. Nie przewiduje on

jednak żadnych dalszych płatności. Oznacza to, iż inwestor zajął jednoznaczne stanowisko, iż nie wykona umowy w zakresie świadczeń finansowych w przedmiocie wynagrodzenia. Jednoznaczność i niezmiennosc tego stanowiska niejako została potwierdzona przebiegiem niniejszego postępowania. W tej sytuacji powód miał prawo wypowiedzieć umowę mocą wspomnianego wyżej oświadczenia z dnia 27 czerwca 2003 r., bez wyznaczania terminu dodatkowego pozwanemu na spełnienie świadczenia, skoro było to niecelowe. W związku z tym należy mu się, stosownie do treści art. 494 k.c. zwrot wykonanej części świadczenia, w postaci wartości wykonanych robót, po uwzględnieniu zgłoszonego przez pozwanego zarzutu potrącenia w zakresie wykazanej kwoty 1500 zł. W tej sytuacji mógł on również żądać na podstawie § 7 ust. 3 umowy w zw. z art. 483 §1 k.c. i 484 § 1 k.c. kary umownej, liczonej od kwoty na która opiewała pierwotnie umowa tj. 650 000 zł, co daje kwotę 65 000 zł, co zasadnie uwzględnił Sąd I instancji. Tym samym zarzuty skarżącego, jakoby wykonawca porzucił plac budowy, względnie, iż kare tę należało liczyć od wartości wskazanej w aneksie nr (...) okazały się nietrafne. W związku z tym powodowi T. G. należała się wyliczona wyżej kwota 183 695 zł, pomniejszona o kwotę ze skutecznie zgłoszonego potrącenia w wysokości 1500 zł, powiększona o kwotę kary umownej 65 000 zł, czyli kwota 247 195 zł, zaś w pozostałej części powództwo jako niezasadne podlegało oddaleniu.

Z uwagi na fakt, iż T. G. zmarł, zaś spadek po nim, jak wskazano wyżej, odziedziczyły aktualnie występujący powodowie, należało wyżej wskazaną kwotę podzielić stosownie do udziałów /na trzy części/ i zasądzić na rzecz każdego z powodów kwotę po 82 398 zł., z ustawowymi odsetkami, których czasokres nie był przez skarżącego kwestionowany. Koszty postępowania za I instancję zostały zasądzone stosownie do treści art.100 k.p.c., stosownie do zakresu uwzględnionej części roszczenia i wyżej wskazanych udziałów w spadku. Powyższe implikowało orzeczenie na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. jak w pkt.1 wyroku Sądu Apelacyjnego. W pozostałej części apelacja jako niezasadna, na podstawie art.385 kpc, podlegała oddaleniu, co uzasadnia treść pkt.2 sentencji. Orzeczenie o kosztach postępowania apelacyjnego /pkt 3 sentencji/ uzasadnia treść art. 108 § 1 k.p.c. w zw. art. 100 k.p.c.