

*Sygn. akt VI ACa 301/15*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 9 sierpnia 2016 r.*

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

*Przewodniczący - Sędzia SA Mariusz Łodko*

*Sędziowie: SA Małgorzata Kuracka*

*SO (del.) Tomasz Pałdyna (spr.)*

*Protokolant: Izabela Nowak*

*po rozpoznaniu w dniu 9 sierpnia 2016 r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa J. R.*

*przeciwko M. Ż. (1) i M. Ż. (2)*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji pozwanego M. Ż. (1)*

*od wyroku Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie*

*z dnia 17 lipca 2014 r.*

*sygn. akt III C 1650/11*

**I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym w ten sposób, że zasądza od M. Ż. (1) na rzecz J. R. kwotę 47 970 zł (czterdzieści siedem tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt złotych) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 12 grudnia 2011 roku do dnia zapłaty oraz kwotę 3 718 zł (trzy tysiące siedemset osiemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu, oddalając powództwo wobec M. Ż. (1) w pozostałej części;**

**II. oddala apelację w pozostałej części;**

**III. zasądza od J. R. na rzecz M. Ż. (1) kwotę 828,90 zł (osiemset dwadzieścia osiem złotych dziewięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

*Sygn. akt VI ACa 301/15*

## UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 12 grudnia 2011 roku J. R. wniósł o solidarne zasądzenie od M. Ż. (1) i M. Ż. (2) kwoty 77 613 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 20 października 2011 roku do dnia zapłaty tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku ze zleconą mu przez pozwanych budową zbiornika na gnojówkę oraz dwóch płyt gnojowych.

Pozwani wnosili o oddalenie powództwa. Kwestionowali przy tym, by pozwana była stroną umowy, wskazując, że gospodarstwo rolne, w którym prowadzona była inwestycja, należy do majątku osobistego pozwanego. Zarzucili, że powód nie wykonał swoich obowiązków umownych.

W toku postępowania powód ograniczył żądanie pozwu do kwoty 56 510 zł (k. 488 akt sprawy).

W wyroku z dnia 17 lipca 2014 roku Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie zasądził od pozwanego na rzecz powoda 56 510 zł z odsetkami ustawowymi od 12 grudnia 2011 roku do dnia zapłaty oraz 7 015 zł tytułem kosztów procesu, w pozostałym zakresie postępowanie przeciwko M. Ż. (1) umorzył, oddalił powództwo wobec M. Ż. (2) w całości, zniósł wzajemnie między stronami pozostałe koszty procesu oraz rozstrzygnął o niewykorzystanej zaliczce na biegłego.

Z ustaleń sądu pierwszej instancji wynika, że pozwany jest właścicielem gospodarstwa rolnego położonego w miejscowości R. i w 2009 roku zawarł z Agencją i (...) umowę przyznania pomocy, na podstawie której zobowiązał się, między innymi do wybudowania płyty na obornik i zbiornika na gnojówkę, w zamian za co Agencja zobowiązała się do wypłacenia mu pomocy w wysokości 161 106, 50 zł, jednak nie więcej niż 50% poniesionych kosztów. Pomoc miała być przekazana w dwóch transzach, przy czym – jak wynika z uzasadnienia wyroku – umowa wprowadzała ograniczenia terminowe dla zakończenia poszczególnych etapów inwestycji.

W lutym 2009 roku wydane zostało dla inwestycji realizowanej przez powoda pozwolenie na budowę, a 2 lipca 2011 roku M. Ż. (1) zawarł z powodem umowę dostawy i montażu, w której pozwany jako zamawiający zlecił powodowi jako wykonawcy do wykonania zbiornik na gnojówkę o pojemności użytkowej 141 m<sup>3</sup> oraz dwóch płyt gnojowych po 84, 8 m<sup>2</sup> powierzchni użytkowej. Roboty – jak wynika z ustaleń sądu – miały odbywać się w dwóch etapach. Pierwszy obejmował wykonanie wykopu, wylanie zbiornika, obsypanie z zagęszczeniem i przyłączenie do kanałów ściekowych. W drugiej fazie robót powód miał wykonać następujące prace: wykorytowanie, wykonanie podbudowy, wylanie płyty właściwej, wylanie murków oporowych z trzech stron i podłączenie odcieku do zbiornika. Wykonawca zobowiązał się wykonać prace z własnych materiałów, które miał dostarczyć swoim transportem. Zakończenie montażu określono do 20 sierpnia 2011 roku. Z ustaleń sądu meriti wynika, że rozpoczęcie prac było uzależnione, m. in. od przedstawienia wykonawcy dziennika budowy wraz z wpisem uprawnionego geodety wytaczającym miejsce posadowienia budowanego obiektu i od wpłacenia na konto wykonawcy kwoty 44 500 zł netto (54 735 zł brutto), stanowiącej 50% wynagrodzenia za wykonany przedmiot umowy. Wynagrodzenie określono bowiem na kwotę 89 000 zł netto (109 470 zł brutto). Warunkiem zapłaty pierwszej transzy było wykonanie kompletnego zbiornika. Pozostałą część kwoty zamawiający zobowiązał się wpłacić na konto wykonawcy w ciągu siedmiu dni od daty wystawienia faktury.

Po zakończeniu prac wykonawca miał wystawić zamawiającemu protokół odbioru technicznego wykonywanych prac, deklarację zgodności wykonania przedmiotu umowy zgodnie z projektem budowlanym, gwarancję na wykonany przedmiot umowy na okres trzech lat oraz fakturę.

Strony umowy – jak ustala dalej Sąd Okręgowy – przyznały zamawiającemu prawo odstąpienia od umowy na każdym etapie jej realizacji, po wcześniejszym pisemnym poinformowaniu wykonawcy. W przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy lub odstąpienia od umowy z winy zamawiającego, zamawiający zobowiązał się zapłacić wykonawcy za wyprodukowane elementy wchodzące w skład przedmiotu umowy oraz pokryć koszty wykonanych robót. Uzgodniono też, że wykonawca może odstąpić od realizacji umowy, m. in., jeżeli zamawiający nie przedstawi wykonawcy dziennika budowy wraz z wpisem uprawnionego geodety wytaczającym miejsce posadowienia budowanego obiektu i nie wpłaci pierwszej transzy wynagrodzenia.

Sąd Okręgowy ustala dalej, że 8 lipca 2011 roku K. B. podjął się obowiązków kierownika budowy, a w połowie lipca 2011 roku powód został wprowadzony na teren budowy i rozpoczął prace budowlane. Prace przebiegały intensywnie, gdyż pozwanemu zależało na szybkim wykonaniu umowy ze względu na obowiązujące go terminy związane z umową zawartą z (...).

Powód – jak się ustala – przystąpił do wykonywania prac budowlanych nie dysponując dziennikiem budowy. Pozwany miał odmówić mu i kierownikowi budowy udostępnienia tego dziennika,

w związku z czym nie były sporządzane zapisy prac zanikających, ani prac częściowych. Powód wykonywał prace budowlane z własnych środków. Sąd ustala także, że w trakcie wykonywania robót nie były zgłaszane zastrzeżenia do ich jakości i zgodności z projektem.

Po wykonaniu pierwszego etapu robót, tj. wybetonowaniu zbiornika oraz wykonaniu podbudowy pod płyty obornikowe, powód miał zwrócić się do pozwanego o zapłatę pierwszej transzy wynagrodzenia, ale pozwany odmówił. Powód nie miał środków finansowych na kontynuowanie dalszych prac i w piśmie z 12 sierpnia 2011 roku zawiadomił pozwanego, że w związku z niewywiązaniem się z obowiązków wynikających z § 4 pkt 4.2 umowy wstrzymuje wykonanie prac. Pozwany mimo to odmawiał wypłaty wynagrodzenia powołując się na brak protokołu odbioru technicznego wykonanych prac, deklaracji zgodności wykonania przedmiotu umowy zgodnie z projektem budowlanym oraz nie wykonania kompletnego zbiornika. Powód zgodził się wznowić prace budowlane pod warunkiem zapłaty pierwszej transzy wynagrodzenia, jednak pozwany odmawiał zapłaty z powołaniem się na brak wpisu w dzienniku budowy, że zbiornik został wykonany zgodnie z projektem.

W związku z nieudostępnieniem dziennika budowy przez zamawiającego i uniemożliwieniem dokonania wpisów z realizacji budowy, powód i kierownik budowy mieli ustalić protokolarnie kolejność realizacji inwestycji. W tym miejscu sąd cytuje daty z protokołu. I tak, pod datą 12 lipca 2011 roku figuruje wykonanie wykopu pod zbiornik, pod datą 14 lipca 2011 roku – wylanie chudego betonu (...) grubości 15 cm na mokro i wibrowanego łąką wibracyjną, pod datą 19 lipca 2011 roku – odebranie zbrojenia i wylanie płyty dennej z betonu (...) grubości 30 cm, pod datą 22 lipca 2011 roku – wykonanie zbrojenia ścian szalunku i zabetonowanie do 54 wysokości, pod datą 3 sierpnia 2011 roku – betonowanie pozostałej części ścian, dalej: 7 sierpnia 2011 roku – wykonanie szalunku i zbrojenie stropu, 8 sierpnia 2011 roku – zabetonowanie stropu, 10 sierpnia 2011 roku – nałożenie dwóch warstw dysperbitu i obsypanie zbiornika zagęszczeniem, 11 sierpnia 2011 roku – wykonanie podbudowy grubości 25 cm z podsypki żwirowej i warstwy chudego betonu (...) grubości 10 cm pod dwie płyty obornikowe. Na tym etapie – jak się ustala – budowę zakończono 11 sierpnia 2011 roku, pozostawiając plac budowy zabezpieczony ogrodzeniem. Sąd pierwszej instancji zaznacza przy tym, że nie doszło do protokolarnego odbioru wykonanych robót.

W połowie września 2011 roku pozwany miał zmienić kierownika budowy; został nim D. L.. W dniu 19 września 2011 roku nowy kierownik budowy udał się na teren budowy stwierdzając, m. in.: zaawansowane w 70% prace budowlane nad zbiornikiem, wykonana konstrukcja żelbetowa zbiornika, wykonana izolacja zewnętrzna (nieszczelna – woda gruntowa przesiąka do zbiornika), brak spadku płyty dennej, brak otworów do podłączania kanałów ściekowych, brak izolacji wewnętrznej zbiornika.

Z ustaleń sądu meriti wynika, że pozwany wzywał powoda do stawienia się na teren budowy celem odbioru pierwszego etapu prac. Powód nie odebrał pisma w tym przedmiocie i we wskazanej dacie na budowie stawili się pozwani oraz nowy kierownik budowy. Nowy kierownik budowy miał stwierdzić następujące nieprawidłowości w wykonaniu przedmiotu umowy: brak odpowiedniego zabezpieczenia wykopu przy zbiorniku, woda gruntowa w zbiorniku przesiąkająca do wewnątrz przez nieszczelną izolację zewnętrzną, drewniane szalunki pozostałe po betonowaniu płyty górnej zbiornika, brak spadku płyty dennej zbiornika. Stwierdzono też konieczność wykonania izolacji wewnętrznej zbiornika w dwóch warstwach technologicznych; izolacja taka nie została wykonana. Odnotowano nadto, że podczas betonowania ścian zbiornika nie pozostawiono otworów do podłączenia kanałów ściekowych z obory oraz otworów do spływania gnojówki z płyt gnojowych do zbiornika. Stwierdzono wreszcie, że w zbiorniku brak jest klamer oraz, że należy podłączyć do zbiornika kanały ściekowe z obory i obsypać go odpowiednim zagęszczeniem. Protokół, w którym stwierdzono owe nieprawidłowości, „nie zawierał – jak pisze sąd – oględzin i sprawdzenia robót zakrytych” wykonanych przez wykonawcę przed dniem objęcia obowiązków przez nowego kierownika budowy.

Sąd Okręgowy ustala następnie, że w piśmie z 21 września 2011 roku powód złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z winy zamawiającego i wezwał pozwanego do zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace w kwocie 44 500 zł, a następnego dnia sporządził wykaz poniesionych przez siebie kosztów związanych z realizacją umowy. Chodzić miało o koszty materiałowe, w tym beton 17 670 zł netto, stal – 10 320 zł netto, drewno szalunkowe – 1 150 zł netto, podsypka – 2 000 zł netto oraz o koszty robót ziemnych: wykonanie wykopu z odwożeniem –  $400 \text{ m}^3 \times 8 \text{ zł/m}^3 = 3$

200 zł netto, obsypanie zbiornika wraz z zagęszczeniem  $200 \text{ m}^3 \times 13 \text{ zł/m}^3 = 2\,600 \text{ zł netto}$ , roboczogodziny:  $1\,036 \text{ godzin} \times 20 \text{ zł} = 20\,720 \text{ zł netto}$ , transport narzędzi i materiałów:  $960 \text{ km} \times 3 \text{ zł} = 2\,880 \text{ zł netto}$ ,  $2\,560 \text{ km} \times 1 \text{ zł} = 2\,560 \text{ zł netto}$ ; razem  $63\,100 \text{ zł netto}$  ( $77\,613 \text{ zł brutto}$ ).

W dalszych ustaleniach sąd pierwszej instancji referuje korespondencję między stronami. Przywołuje najpierw pismo z 23 września 2011 roku, w którym pozwany miał wezwać powoda do zakończenia budowy zbiornika, protokolarnego przekazania zbiornika, wykonania robót określonych w umowie oraz zapłaty kary umownej w wysokości  $1\,286,65 \text{ zł}$  za opóźnienie w wykonaniu umowy. Odnotowuje się przy tym, że pismo to nie zostało doręczone.

Z kolei, pismem z dnia 4 października 2011 roku pozwany miał zawiadomić powoda o powołaniu na dzień 7 października 2011 roku, o godz. 9<sup>00</sup> komisji, która przystąpić miała do inwentaryzacji robót wykonanych przez powoda. W oznaczonym dniu na terenie wykonywania umowy stawili się K. B. – kierownik budowy i powód. Pozwani – jak się dodaje – nie stawili się.

Pismem z dnia 20 października 2011 roku powód miał wezwać pozwanego do zapłaty kwoty  $77\,613 \text{ zł brutto}$ , stanowiącej wynagrodzenie za wykonane prace w terminie do 2 listopada 2011 roku, zaś w piśmie z 29 października 2011 roku pozwany poinformował powoda o zmianie kierownika budowy i odmówił zapłaty za wykonane prace, dopóki powód nie przedłoży dokumentacji technicznej potwierdzającej zgodność wykonania przedmiotu umowy z projektem budowlanym.

Sąd Okręgowy ustala dalej, że umową z dnia 7 listopada 2011 roku pozwany zlecił dokończenie prac innemu wykonawcy – S. B.. Zakres prac nowego wykonawcy miał objąć: izolację zewnętrzną zbiornika, ułożenie podsypki żwirowej  $25 \text{ cm}$ , ułożenie podkładu z betonu (...) pod płyty gnojowe, ułożenie folii i zbrojenia płyt gnojowych, betonowanie ścian pionowych płyt gnojowych, ułożenie zbrojenia płyty dennej zbiornika ścieków, betonowanie płyty dennej, wykonanie izolacji wewnętrznej zbiornika, wykonanie dylatacji płyt gnojowych, wykonanie izolacji zewnętrznej i wewnętrznej płyt gnojowych oraz ścian pionowych, podłączenie ścieków kanałowych do szamba. Cenę za wykonanie tych prac ustalono na kwotę  $50\,000 \text{ zł netto}$  i pozwany miał należność wraz z podatkiem VAT uregulować. Odnotowuje się przy tym, że nie wykonano inwentaryzacji budowy przed jej przejściem przez nowego wykonawcę, zaś 22 grudnia 2011 roku sporządzono protokół z odbioru robót budowlanych, a 13 stycznia 2012 roku pozwany zawiadomił (...) w P. o zamiarze przystąpienia do użytkowania zbiornika i dwóch płyt gnojowych i zbiornik jest użytkowany.

Powód – jak ustala dalej sąd meriti – zrealizował roboty, których wartość wynosiła  $56\,510 \text{ zł}$ , a stopień zaawansowania prac budowlanych wyniósł co najmniej  $63,5\%$ .

Po streszczeniu ustalonego stanu faktycznego i zreferowaniu stanowisk procesowych stron, sąd pierwszej instancji roztrząsa wyniki badań biegłych, sporządzających opinie na potrzeby niniejszego postępowania. Z rozważań Sądu Okręgowego wynika, że oparł swe rozstrzygnięcie na opinii biegłego J. K., który ustalił, że zakres prac wykonanych przez powoda wyniósł  $63,5\%$  zakresu wszystkich prac koniecznych do realizacji umowy, ustalił, jakie prace zostały wykonane i jakie naprawy były konieczne. Sąd oparł się też na wyliczeniach biegłego, który – uwzględniając niedoróbki zbiornika – ocenił, że koszt wykonania zbiornika na dzień przerwania robót wynosi  $56\,510 \text{ zł netto}$  (w tym koszt materiałów w kwocie  $29\,990 \text{ zł netto}$ ). Drugi biegły – J. W. miał odmówić wykonania opinii, uznając, że z uwagi na brak stosownej dokumentacji nie może jej sporządzić, bo pozwani nie wyrazili zgody na wyłączenie zbiornika z użytkowania oraz odkrywkowe metody badawcze i ich koszt. Z tych powodów sąd zadowolił się opinią biegłego K., choć – jak wynika z uzasadnienia – był świadomy jej niedoskonałości z uwagi na brak dokumentacji. Zdaniem sądu biegły dokonał rzetelnej weryfikacji kalkulacji powoda wskazanych w jego kosztorysie pod kątem rzeczywistego wykonania prac oraz ich wartości, uwzględniając fakt, że prace nie zostały dokończone.

Sąd Okręgowy przyjął – powołując przy tym art. 647 k.c. – że strony związane były umową o roboty budowlane, która – jak odnotowuje się wcześniej – przewidywała wynagrodzenie ryczałtowe. Świadczenie z takiej umowy – jak się

zaznacza – może być spełnione częściowo, co ma wynikać pośrednio z art. 654 k.c. Zdaniem sądu pierwszej instancji odstąpienie od umowy dotyczy wyłącznie robót, które miały być wykonane po odstąpieniu.

W dalszych rozważaniach sąd meriti powołuje się na art. 6 k.c., uznając, że to na powódzie spoczywał obowiązek udowodnienia okoliczności, na których opierał swoje żądanie. Powód – zdaniem sądu – obowiązany był udowodnić, jaki konkretnie zakres robót zrealizował oraz ich wartość. Dalej sąd referuje stanowisko i wyjaśnienia powoda oraz przywołuje opinię biegłego, odnotowując, że nawet wyznaczony przez pozwanego nowy kierownik budowy oraz następny wykonawca nie kwestionowali, że powód wykonał prace stanowiące co najmniej 63,5% przewidzianych umową robót.

Sąd Okręgowy nie uwzględnił zarzutu pozwanego, który utrzymywał, że roszczenie powoda jest niewymagalne wobec braku bezusterkowego końcowego odbioru robót. Sąd pierwszej instancji uznał wady dzieła za nieistotne, zauważając przy tym, że strony umowy nie mogą uzależniać wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek. Sąd przyjął też, że doszło do faktycznego odbioru robót, a jedynie pozwany odmówił podpisania protokołu odbioru, pozbawiając się możliwości wytknięcia usterek. Uznaje się wreszcie, że pozwany nie zdołał wykazać, że wykonane przez powoda roboty budowlane miały wady istotne. Zauważa się, że dokumenty nie pozwalały jednoznacznie ustalić zakresu robót wykonanych niewłaściwie przez powoda oraz ich przyczyn. Zdaniem sądu wady były do naprawienia, a obiekt spełnia funkcje użytkowe. Rzeczą pozwanego było – jak wywodzi się dalej – sporządzenie protokołu odzwierciedlającego istniejący stan rzeczy. Protokół taki powinien zawierać ustalenia co do zakresu wykonanych robót, ich jakości, ewentualnych stwierdzonych usterek, ich charakteru, wraz z ewentualnym terminem ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Ewentualne usterki winny znaleźć się w rzetelnym i obiektywnym protokole z czynności odbioru. Takowych cech – jak ustala sąd – nie posiada sporządzony jednostronnie przez pozwanego bez udziału przedstawicieli powoda protokół z 21 września 2011 roku. Pozwany – jak się odnotowuje – nie dokonał inwentaryzacji prac wykonanych przez powoda do chwili odstąpienia od umowy oraz zlecił kontynuowanie budowy innemu wykonawcy. Zauważa się też, że skorzystał z wykonanych przez powoda prac. Zdaniem Sądu Okręgowego, skoro pozwany użytkuje zbiornik na gnojówkę i legitymuje się wszelkimi niezbędnymi do tego dokumentami, to oznacza, że wad istotnych w wykonaniu umowy nie było. Skoro tak, nie było podstaw do wstrzymania zapłaty.

Sąd zauważa dalej, że choć pozwany podnosił występowanie wad i usterek w robotach wykonanych przez powoda, jednak nie domagał się w związku z ich istnieniem obniżenia wynagrodzenia należnego powodowi za wykonanie robót, jak również nie realizował innych roszczeń z tytułu rękojmi za wady. Zdaniem sądu w przypadku wadliwego lub sprzecznego z umową wykonywania umowy przez wykonawcę, pozwany powinien uprzednio wezwać go do zmiany sposobu realizacji prac i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Dopiero po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu pozwany był uprawniony do powierzenia dalszego wykonywania prac lub ich poprawienia innej osobie. Pozwany – jak wywodzi się dalej – zlecił dalsze wykonanie prac innemu wykonawcy przed wyczerpaniem czynności określonych w art. 636 k.c. i art. 637 k.c. W tej sytuacji nie może obecnie – jak ocenia sąd – powoływać się na wady występujące w pracach powoda. Sąd uznaje również, że „pozwany jest wzbogacony kosztem powoda”.

Należne powodowi wynagrodzenie Sąd Okręgowy określił proporcjonalnie do wykonania zakresu prac objętych umową. Sąd powołał się przy tym na art. 647 i 481 k.c. Wyjaśnił nadto, że oddalił powództwo w całości w stosunku do pozwanej M. Ż. (2), gdyż nie była ona stroną umowy o roboty budowlane, a nieruchomości, na której posadowiony jest przedmiot umowy jest własnością jedynie pozwanego.

Apelację od tego rozstrzygnięcia – zawartą w dwóch odrębnych pismach, potraktowanych przez sąd jako jeden środek zaskarżenia – wywiódł pozwany, zaskarżając wyrok w części uwzględniającej powództwo oraz w zakresie orzeczenia o kosztach procesu. W pierwszym z pism zarzucił sądowi pierwszej instancji naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez błędną, pobieżną, sprzeczną z zasadami logiki i doświadczenia życiowego ocenę materiału dowodowego. Uchybienie sądu w tym obszarze ma polegać na daniu wiary jedynie twierdzeniom powoda i twierdzeniom zgłaszanych przez niego świadków, na oparciu orzeczenia na wewnętrznie sprzecznych opiniach biegłych, bez wyjaśnienia przyczyn

rozbieżności oraz na opinii biegłego nie popartej żadną metodą badawczą lub statystyczną, na braku oceny, jaki wpływ miały zapisy umowy zawartej pomiędzy powodem i pozwanym w kontekście momentu powstania obowiązku zapłaty części wynagrodzenia i jaki charakter ma wynagrodzenie oraz na błędnym ustaleniu, że zbiornik na gnojowicę nie miał istotnych wad. Sąd miał dopuścić się też naruszenia art. 232 k.p.c. przez przyjęcie za udowodnione nieudowodnionych istotnych dla sprawy okoliczności, które powinny być udowodnione przez stronę powodową i przeniesienia ciężaru udowodnienia wadliwego wykonania zbiornika na stronę powodową, a w konsekwencji naruszenia art. 6 k.c. Apelujący stawia też sądowi meriti zarzut naruszenia art. 654 k.c. przez przyjęcie, że doszło do odbioru częściowego, który miał znaczenia dla wymagalności zapłaty części wynagrodzenia, jak też zarzut naruszenia art. 65 k.c. przez jego niezastosowanie i pominięcie oceny rzeczywistej intencji stron, jakie nadały zawartemu w niej warunkowi oraz charakterowi wynagrodzenia.

W drugim piśmie pozwany zarzuca sądowi pierwszej instancji błędy w ustaleniach faktycznych polegające na uznaniu, że pozwany odmówił udostępnienia kierownikowi budowy dziennika budowy w momencie przystąpienia do prac budowlanych przez powoda, na pominięciu faktu wezwania powoda do stawienia się w dniu 21 września 2011 roku na terenie budowy celem odbioru pierwszego etapu prac oraz na przyjęciu, że dochodzone w niniejszej sprawie roszczenie pozostaje wymagalne. Zdaniem autora pisma sąd miał naruszyć art. 233 k.p.c. przez uznanie za wiarygodną, rzeczową i miarodajną opinię biegłego J. K.. Apelujący stawia wreszcie zarzut nierozpoznania istoty sprawy przez brak poczynienia ustaleń w zakresie uznania, czy wykonane przez powoda prace można zakwalifikować jako wykonanie kompletnego zbiornika na gnojówkę.

W konkluzji pozwany domaga się zmiany zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa w całości na koszt strony przegrywającej, względnie – uchylenia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

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

Apelacja pozwanego jest częściowo zasadna, choć nie do końca z przyczyn, na które się powołuje. Z jednym z zarzutów nie sposób się jednak nie zgodzić.

Rację ma bowiem apelujący kwestionując wartość dowodową opinii biegłego J. K.. Opinia ta dotknięta jest wadami, które dyskwalifikują jej przydatność. Po pierwsze, opiera się ona na fałszywym założeniu. Sąd Okręgowy zauważył wprawdzie, że strony uzgodniły wynagrodzenie ryczałtowe, ale to nie przeszkadza mu – w ślad za opinią – w akceptacji wyliczeń kosztorysowych. Po drugie, tezy opinii – na co słusznie zwraca uwagę apelacja – nie zostały w żaden sposób omówione, co w zasadzie uniemożliwia ich kontrolę. Po trzecie wreszcie, wydaje się, że sąd pierwszej instancji – dostrzegając te niedoskonałości – zaakceptował wyniki badań biegłego tylko z tego powodu, że nie można było sporządzić rzetelnej ekspertyzy z uwagi na braki w materiale badawczym oraz przeszkody organizacyjne i finansowe. Z całym naciskiem podkreślić trzeba, że przeszkody te w żaden sposób nie uzdatniają opinii wydanej bez stosownego zaplecza dowodowego, w oparciu o dane w dużej mierze intuicyjne. O ile – w określonych warunkach – można oprzeć opinię na twierdzeniach stron, o tyle w sprawie niniejszej – w warunkach sporu co do faktów, nie jest to możliwe, a w każdym razie nie jest rolą biegłego czynienie założeń co do faktów nieudowodnionych. Dodać trzeba, że rozważania sądu w tym obszarze są dosyć niezrozumiałe. Nie wiadomo, co przyjęto za fakty, a w jakim zakresie sąd oparł się na twierdzeniach stron. Uchybienia te uzasadniają – do pewnego stopnia – zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c.

W pozostałym zakresie zarzuty nawiązujące do warstwy faktologicznej zaskarżonego wyroku nie znalazły uznania sądu odwoławczego. Do części z nich niełatwo się zresztą odnieść. Uwaga ta dotyczy ekscpepcji dotyczącej selekcji materiału dowodowego użytego przez sąd do czynienia ustaleń faktycznych. Apelujący zakłada, że sąd ograniczył się do czynienia ustaleń wyłącznie w oparciu o twierdzenia powoda i „zgłaszanych przez niego świadków”, ale nie objaśnia związku rzekomego uchybienia z poczynionymi przez sąd ustaleniami ani nie próbuje wykazać, jakoby ocena taka była wadliwa, co nie jest wystarczające dla zakwestionowania oceny dowodów dokonanej przez sąd meriti. Polemiczny wymiar mają także zarzuty dotyczące istotnych wad przedmiotu umowy. Być może sąd pierwszej instancji zbyt pochopnie wyklucza istnienie tych wad, uznając, że dzieło było dotknięte wyłącznie wadami nieistotnymi, ale faktem jest, że istnienie wad istotnych nie zostało dowiedzione. Uznać przy tym trzeba, że inaczej – niż chce apelujący – ciężar dowodu w

tym przedmiocie co do zasady obciążał pozwanego, który – powołując się na wady rzeczy – próbował uwolnić się od odpowiedzialności z tytułu wynagrodzenia za wykonane dzieło. Zarzuty naruszenia art. 232 k.p.c. i art. 6 k.c. nie są zatem usprawiedliwione.

Część zarzutów nawiązujących do ustaleń faktycznych jest chybiona z tego powodu, że odnosi się w rzeczywistości do oceny prawnej ustalonego stanu faktycznego, a ściślej – do braku takiej oceny. Chodzi o zarzut „braku oceny, jaki wpływ miały zapisy umowy zawartej pomiędzy powodem i pozwanym w kontekście momentu powstania obowiązku zapłaty części wynagrodzenia i jaki charakter ma wynagrodzenie”. Myli się apelujący, jakoby sąd nie określił charakteru świadczenia pozwanego, naruszając przy tym art. 65 k.c. Wręcz przeciwnie – sąd pierwszej instancji uznaje, że strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe. Inna sprawa, że konstatacja ta umyka mu w dalszej ocenie.

Całkowicie nieuzasadniony jest zarzut naruszenia art. 654 k.c. Wbrew temu, co sugeruje apelujący, ustawodawca nie uzależnia wymagalności roszczenia z tytułu robót budowlanych od zgodnego jego odbioru przez strony umowy. Przepis ten należy czytać w związku z ogólnymi regułami prawa zobowiązań; w szczególności jego hipoteza musi mieścić się w granicach stosunku zobowiązaniowego, zakreślonych w art. 353<sup>1</sup> k.c. Z całą pewnością ustawodawca nie tworzy rozwiązań, które pozostawałyby w sprzeczności z istotą stosunku obligacyjnego, a taki charakter miałby model umowny, w którym świadczenie jednej ze stron uzależnione byłoby od dobrej woli kontrahenta, a tak kwestię postrzega apelujący. Nie trzeba wyjaśniać, że także postanowienia umowne nie mogą być konstruowane w ten sposób.

Przede wszystkim jednak stwierdzić trzeba, że zarzut naruszenia art. 654 k.c. jest chybiony z tego powodu, że przepis ten nie może mieć w sprawie niniejszej zastosowania. Ma on wszakże charakter dyspozytywny, a więc stosuje się go „w braku odmiennego postanowienia umowy”. Tymczasem, strony umowy określiły zapłatę w dwóch ratach, po realizacji każdego z etapów, co wyłącza działanie art. 654 k.c. Inna sprawa, że regulacja umowna jest wyjątkowo nieprecyzyjna i może budzić poważne wątpliwości interpretacyjne.

Nie do końca zrozumiałą jest – zgłoszony w apelacji – zarzut nierozpoznania istoty sprawy. Ekscepcja ta – jak się zdaje – nawiązuje do oceny materiału dowodowego, a ściślej do ustalenia, czy dzieło zostało wykonane w części należącej – zgodnie z nomenklaturą umowną – do pierwszego etapu robót. Nawet, jeśli ocena w tym obszarze nie jest prawidłowa, to nie można mówić o nierozpoznaniu istoty sprawy, z którym mamy do czynienia tylko wówczas, gdy sąd uchylił się od merytorycznej oceny żądania strony czynnej albo zignoruje zarzuty strony biernej. Nikogo chyba nie trzeba przekonywać, że z sytuacją taką nie mamy tu do czynienia.

Uchybienie Sądu Okręgowego polega na wadliwej ocenie prawnej sytuacji, jaka wytworzyła się na skutek porzucenia placu budowy przez powoda. W ocenie Sądu Apelacyjnego sytuacja ta powinna być oceniona przez pryzmat art. 480 k.c. Stwierdzić zatem trzeba, że w świetle materiału dowodowego zgromadzonego w aktach sprawy to powód ponosi odpowiedzialność za nienależyte wykonanie zobowiązania. J. R. nie miał bowiem podstaw do żądania częściowej zapłaty za wykonane prace, w sytuacji, gdy – jak to słusznie podnosi apelujący – nie został wykonany kompletny zbiornik na gnojowicę, a zatem – nie ziszczył się warunek określony w umowie. Nie do końca zrozumiałą jest jednak upór pozwanego, który stanowczo odmawiał zapłaty, w sytuacji, gdy powód wykonał znaczną część prac z drugiego etapu. J. R. postępował racjonalnie, ale nie zmienia to faktu, że odmawiając zapłaty M. Ż. (1) był w prawie, tym bardziej, że wzorzec umowy pochodził od powoda.

W tych okolicznościach można mówić o zwłoce dłużnika, w rozumieniu art. 480 § 1 k.c. Zważywszy jednak na to, że chodziło o czynności niecierpiące zwłoki, bo – jak wynika z niekwestionowanych ustaleń sądu – pozwany musiał zbudować zbiornik w terminie umówionym z (...), nie ma podstaw do tego, by zakwestionować uprawnienie pozwanego do wykonania na koszt dłużnika dalszych prac oraz usunięcia usterek, bez upoważnienia sądu, w trybie art. 480 § 3 k.c. Tak też pozwany zrobił, zlecając dokończenie prac innemu wykonawcy. W sprawie niniejszej wykonanie czynności na koszt dłużnika oznacza konieczność uwzględnienia przy obliczaniu wynagrodzenia powoda kosztów umowy zawartej przez M. Ż. (1) ze S. B.. Uwzględniając kosztorysowy charakter wynagrodzenia powoda, zasądzona kwota stanowić winna różnicę pomiędzy umówionym wynagrodzeniem a wynagrodzeniem wypłaconym nowemu wykonawcy. W tym wyraża się zmiana zaskarżonego rozstrzygnięcia.

Brak jest przy tym podstaw do dalszej redukcji należności strony powodowej. W szczególności, nie można uznać, że wykonane przez powoda roboty dotknięte były wadami istotnymi, o których mowa w apelacji. Okoliczność ta nie została dowiedziona. Za wadę istotną nie może uchodzić to, że zbiornik był nieszczelny, skoro można było bez trudu uchybienie to usunąć, pokrywając zbiornik substancją uszczelniającą, czego – jak należy przypuszczać – J. R. nie zrobił należycie.

W ocenie tej nie może oczywiście umknąć uwadze to, że to powód powinien zadbać o stosowne adnotacje w dzienniku budowy i – jeśli pozwany rzeczywiście nie chciał mu wydać dziennika – w ogóle nie powinien przystępować do prac, z których znaczna część miała charakter zakrywkowy, przez co późniejsza ocena ich prawidłowości jest bardzo utrudniona, a do tego kosztowna. Nie ma podstaw, by odmówić wiary opinii biegłego J. W. w tym przedmiocie. Nie można przy tym mieć pretensji do pozwanych, że nie chcą ponieść kosztów badań biegłego, a – tym bardziej – że nie chcą wyłączyć urządzenia z eksploatacji. Z drugiej strony nie można nie dostrzec wyraźnej ewolucji w twierdzeniach M. Ż. (1) w tej kwestii, a ściślej – eskalacji pretensji. Zarzuty dotyczące nienależytego wykonania zobowiązania pojawiły się w zasadzie w toku tego postępowania, stale rozszerzając swój zakres. Podobnych zastrzeżeń pozwany nie zgłaszał w momencie powstania sporu o płatność za pierwszy etap; brak jest w każdym razie na to dowodów. Poza tym, wad istotnych nie dostrzegł także nowy kierownik budowy. W tych okolicznościach – nie usprawiedliwiając niedbałości powoda o należyłą dokumentację wykonanych prac – nie sposób uznać, by dzieło w zakresie wykonanym przez powoda miało wady istotne, a tym samym mniejszą trwałość czy wartość, nade wszystko zaś – by było wykonane niezgodnie z projektem. Odmienny pogląd, wyrażony w apelacji, nie znajduje potwierdzenie w materiale dowodowym. Nawet, jeśli wad nieistotnych było wiele (co zresztą nie miało miejsca), to nie dyskwalifikuje to pracy powoda, z efektu której pozwany do dziś korzysta.

Powodowi zgodnie z treścią umowy należało się wynagrodzenie w kwocie 109 470 zł. Pozwany za dokończenie dzieła i usunięcie wad zapłacił kolejnemu wykonawcy 61 500 zł. J. R. należało zatem zasądzić różnicę tych kwot, czyli 47 970 zł, o czym orzeczono w punkcie pierwszym wyroku, kierując się w tej mierze treścią art. 386 § 1 k.p.c.

Odsetki sąd odwoławczy zasądził od daty wytoczenia powództwa, czyli od 12 grudnia 2011 roku, tak jak w wyroku Sądu Okręgowego. Wprawdzie roszczenie powoda stało się wymagalne wcześniej, bo jeszcze przed wytoczeniem sprawy wezwał pozwanego do zapłaty, ale sąd odwoławczy – mimo, że sąd pierwszej instancji nie oddalił w tej części powództwa (powód dochodził odsetek od 20 października 2011 roku) – nie mógł uwzględnić tego faktu z apelacji strony biernej. W pozostałym zakresie apelację oddalono, na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach procesu za obie instancje orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c., przy uwzględnieniu faktu, że powództwo zostało ostatecznie uwzględnione w 62%, a apelacja – w 15%.

W pierwszej instancji powód poniósł łącznie koszty w kwocie 8 412, 09 zł, na co składa się opłata od pozwu – 3 881 zł, wydatki na biegłego – 931, 09 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, zgodnie z § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. z 2013 roku, poz. 461). Z tego powodowi należy się zwrot 62%, co daje kwotę 5 215, 50 zł. Koszty pozwanego zamykają się w kwocie 3 941, 29 zł, w tym wynagrodzenie pełnomocnika w takiej samej wysokości i na tej samej podstawie prawnej oraz wydatek na biegłego w kwocie 341, 29 zł. Z tego należy się pozwanemu zwrot 38%, czyli 1 497, 70 zł. Różnica tych wartości daje 3 718 zł na korzyść powoda.

W postępowaniu apelacyjnym powód nie poniósł żadnych kosztów. Natomiast koszty pozwanego to opłata od apelacji w kwocie 2 826 zł oraz 2 700 zł zastępstwa procesowego, w zw. z § 13 ust. 1 pkt 2 przywołanego wyżej rozporządzenia, czyli w sumie 5 526 zł. Z tej kwoty pozwanemu należy się – w proporcji do części, w jakiej uwzględniono apelację – zwrot 15%, czyli kwoty 828, 90 zł.

Z tych wszystkich powodów orzeczono, jak na wstępie.