

Sygn. akt I A Ca 192/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 lipca 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Jarosław Marek Kamiński (spr.)
Sędziowie	:	SSA Irena Ejsmont - Wiszowata SSA Beata Wojtasiak
Protokolant	:	Urszula Westfal

po rozpoznaniu w dniu 26 czerwca 2014 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **M. P.**

przeciwko **R. R.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 29 stycznia 2014 r. sygn. akt VII GC 113/13

**I oddala apelację;**

**II zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 5.400 zł tytułem zwrotu kosztów procesu za II instancję.**

## UZASADNIENIE

Powód M. P. domagał się zasądzenia od pozwanego R. R. kwoty 296.813,76 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 13 marca 2013 r. tytułem brakującej części wynagrodzenia za prace, wykonane na podstawie łączącej strony umowy o roboty budowlane.

Pozwany wnosił o oddalenie powództwa. Podnosił, że roszczenia powoda – wynikające z trzech wymienionych przez niego faktur – zostały zaspokojone w całości, zaś roszczenie z faktury VAT nr (...) jest niewymagalne; nadto powód błędnie wyliczył odsetki za nieterminowe wpłaty oraz nie pomniejszył dochodzonej kwoty o wartość kaucji gwarancyjnej. Pozwany podniósł też zarzut potrącenia wierzytelności, jaka przysługiwała mu względem powoda z tytułu kosztów: nabycia materiałów budowlanych wykorzystanych do realizacji inwestycji, związanych z

przygotowaniem i utrzymaniem terenu budowy oraz wynagrodzenia za dzierżawę baraków i z tytułu kar umownych z powodu odstąpienia od umowy.

Wyrokiem z dnia 29 stycznia 2014 r. Sąd Okręgowy w Białymstoku zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 268.103,97 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 13 marca 2013 r.; oddalił powództwo w pozostałym zakresie; rozstrzygnął o kosztach procesu.

Orzeczenie to zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne.

W dniu 16 lipca 2012 r. strony zawarły umowę o roboty budowlane, w ramach której powód (wykonawca) zobowiązywał się do kompleksowego wykonania budynku mieszkalno-usługowego (...) w B. (...) i oddania zamawiającemu (pozwanemu) za wynagrodzeniem inwestycji pod nazwą „Budynek mieszkalno-usługowy (...)w B. przy ul. (...) wraz z kompleksową infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu inwestycji”. Powód zobowiązywał się też do przygotowania we własnym zakresie i na własny koszt terenu budowy łącznie z zapleczem socjalno-sanitarnym (§ 2 pkt 2).

Pozwany za wykonane prace zobowiązywał się zapłacić powodowi wynagrodzenie w kwocie netto 2.575.700 zł, powiększone o podatek VAT (§ 6 ust. 1 i 2). Wynagrodzenie zawierało wszystkie koszty kompletnego wykonania przedmiotu umowy, w tym koszty czynności, usług i świadczeń, które zapewniał powód. Koszty związane z realizacją przedmiotu umowy i utrzymaniem placu budowy, a poniesione przez pozwanego w związku z działaniami powoda, miały być refakturowane na wykonawcę, a w szczególności były to koszty związane z zużyciem wody, energii elektrycznej, zajęciem terenu, wywozem śmieci, ochroną obiektu, kosztami telefonów stacjonarnych, zużyciem energii cieplnej z sieci MPEC (§ 6 ust. 3). Strony postanowiły, iż wynagrodzenie płatne będzie częściami, odpowiadającymi miesięcznemu postępowi robót. Termin płatności faktur wynosił 30 dni, licząc od daty przyjęcia jej przez pozwanego (§ 6 ust. 6). W sytuacji zaś korzystania przez wykonawcę z usług podwykonawców, warunkiem płatności faktury było każdorazowo przedstawienie przez powoda aktualnych na datę płatności faktury oświadczeń jego podwykonawców o niezaleganiu z zapłatą należnego im wynagrodzenia (§ 6 ust. 10).

W ust. 9 § 6 powód wyraził zgodę na zabezpieczenie roszczeń o usunięcie wad, stwierdzonych w okresie gwarancji lub rękojmi, polegające na potrąceniu z każdej faktury wystawianej przez siebie kwoty 1% wynagrodzenia netto. Kwoty te będą zwrócone wykonawcy w terminie 30 dni od daty zakończenia okresu gwarancji (rękojmi), której czas trwania wynosi 36 miesięcy od daty podpisania końcowego protokołu odbioru robót.

W § 8 umowy uregulowano kwestię kar umownych. W ust. 2 zapisano, iż wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną równą 5% wynagrodzenia, o którym stanowi § 6 ust. 1 umowy, w przypadku odstąpienia od umowy lub w inny sposób rozwiązania umowy przez zamawiającego na skutek zdarzeń, za które odpowiedzialności ponosi wykonawca.

W § 9 strony unormowały przypadki, w których możliwe było odstąpienie od umowy. Zamawiający mógł od umowy odstąpić między innymi w przypadku, gdy wykonawca zaniecha wykonywania umowy przez cztery następujące po sobie dni robocze na skutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności... (§ 9 ust. 1 pkt 2); a także w przypadku zwłoki w wykonaniu umowy tak dalekiej, że oczywistym jest, iż wykonawca nie wykona umowy w terminie umówionym (pkt 4) oraz w sytuacji zalegania przez wykonawcę z płatnościami na rzecz podwykonawców o okres dłuższy niż 30 dni od terminów płatności ustalonych pomiędzy wykonawcą i jego podwykonawcami (pkt 9). Z kolei wykonawca mógł odstąpić od umowy między innymi w przypadku opóźnienia zamawiającego w zapłacie choćby części jakiegokolwiek należności przysługującej wykonawcy względem zamawiającego przez okres co najmniej 14 dni od dnia wymagalności, po uprzednim pisemnym zawiadomieniu (§ 9 ust. 2 pkt 1).

Na skutek odstąpienia strony zwracają sobie spełnione świadczenia, z tym jednak zastrzeżeniem, iż zamawiający zatrzymuje zadanie w stanie, w jakim znajduje się w dacie wygaśnięcia umowy, zaś wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za wykonaną część umowy (§ 9 ust. 3).

Za wykonane prace powód wystawił cztery faktury VAT.

Faktura nr (...) z dnia 3 września 2012 r. na kwotę 546.750 zł brutto (506.250 zł netto), została opłacona w ratach, poza kwotą 5.062,50 zł, która została zatrzymana przez pozwanego tytułem kaucji gwarancyjnej, wynoszącej 1% kwoty netto wskazanej na fakturze.

Faktura nr (...) z dnia 30 października 2012 r. na kwotę 1.826,55 zł (brutto) została opłacona w całości w dniu 19 grudnia 2012 r.

Faktura nr (...) z dnia 6 listopada 2012 r. na kwotę 400.140 zł brutto (370.500 zł netto), została opłacona w ratach, poza kwotą 3.705 zł stanowiącą kaucję gwarancyjną.

Faktura nr (...) z dnia 3 grudnia 2012 r. na kwotę 299.754 zł brutto (277.550 zł netto) została opłacona w dniu 22 lutego 2013 r. jedynie do wysokości 25.000 zł i 5.380,14 zł.

W dniu 21 grudnia 2012 r. powód nie prowadził już prac na budowie, co wiązało się z brakiem współdziałania ze strony pozwanego, który nie płacił wymagalnych należności.

Pismem z dnia 4 lutego 2013 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty należności z faktur VAT nr (...) w terminie 14 dni od daty otrzymania, pisma pod rygorem złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy na podstawie § 9 ust. 2 pkt 1.

Z uwagi na nie zastosowanie się przez pozwanego do tego wezwania, powód pismem z dnia 4 marca 2013 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy i wezwał do opłacenia wszystkich finansowych zaległości. Prosił także o wyznaczenie w ciągu 7 dni terminu, w którym przeprowadzona zostanie inwentaryzacja placu budowy i nastąpi rozliczenie wykonanych prac budowlanych nie ujętych w poprzednich protokołach. Pismo to pozwany otrzymał w dniu 6 marca 2013 r.

Prośba o rozliczenie prac i wykonanie inwentaryzacji była powielona w kolejnym piśmie powoda, które pozwany otrzymał w dniu 15 marca 2013 r.

Pozwany uznał oświadczenie powoda o odstąpieniu od umowy za wadliwe i nieskuteczne. Wskazał, iż z uwagi na zaniechania powoda w postaci opuszczenia placu budowy, niepłacenia należności podwykonawcom, brak realizacji umowy zgodnie z harmonogramem, to jemu przysługiwać będzie skuteczne prawo do odstąpienia od umowy. W związku z czym wezwał powoda do natychmiastowej kontynuacji porzuconych prac oraz do przedstawienia oświadczeń podwykonawców o niezaleganiu z wynagrodzeniami. Brak podjęcia tak określonych działań skłonić miał pozwanego do odstąpienia od umowy. Pismo to powód otrzymał w dniu 14 marca 2013 r.

Ostatecznie pismem z dnia 28 marca 2013 r., pozwany złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy, powołując się na art. 491 i 492 k.c. oraz zapisy umowne § 9 ust. 1 pkt 2, 4 i 9. Na dzień 5 kwietnia 2013 r. wyznaczono spotkanie mające na celu przeprowadzenie inwentaryzacji wykonanych prac, zobowiązano także powoda do zabrania materiałów stanowiących jego własność.

W dniu 5 kwietnia 2013 r. sporządzona została jednostronna inwentaryzacja budowy. Pismem z dnia 8 kwietnia 2013 r. powód został wezwany do uiszczenia poniesionych przez pozwanego kosztów utrzymania placu budowy zgodnie z fakturami:

- (...) na kwotę 5.649,12 zł z tytułu opłaty za ochronę i wynajem oraz serwis kabiny,
- (...) na kwotę 9.444,76 zł z tytułu opłaty za ochronę i energię elektryczną,
- (...) na kwotę 439,56 zł z tytułu wynajmu kabiny,
- (...) na kwotę 3.386,62 zł z tytułu opłaty za energię elektryczną,
- (...) na kwotę 213,84 zł z tytułu opłaty za najem kabin sanitarnych,

- (...) na kwotę 38,88 zł z tytułu opłaty za dostarczanie i uzdatnianie wody,

- (...) na kwotę 3.701,69 zł z tytułu opłaty za ochronę budowy.

Powoda wezwano także do uiszczenia kosztów związanych z wykorzystaniem na potrzeby realizacji zobowiązań umownych materiałów budowlanych, w tym przede wszystkim stali stanowiącej własność pozwanego, w wysokości 93.497,69 zł, zgodnie z fakturą (...).

Ponadto zażądano zwrotu kosztów związanych w przygotowaniu terenu budowy i dzierżawy baraków sanitarnych, zgodnie z fakturą (...) na łączną kwotę 35.575,29 zł.

Powód obciążony został także karą umowną w wysokości 128.785 zł, co do której pozwany zgłosił ewentualny zarzut potrącenia.

W tak ustalonym stanie faktyczny, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że powództwo w znacznej mierze zasługuje na uwzględnienie.

W sprawie nie było sporne, iż strony zawarły umowę o roboty budowlane. Niekwestionowane było także to, iż powód wykonał roboty, za które wystawił omawiane wyżej faktury VAT i co do zasady należy mu się za nie wynagrodzenie, które częściowo zostało przez pozwanego wypłacone.

Pozwany stał jednak na stanowisku, iż powództwo jest przedwczesne, bowiem należność wynikająca z faktury nr (...) jest niewymagalna. Roszczenie o odsetki za opóźnienie (z wyjątkiem faktury (...)) zostało w istocie uznane za słuszne, przy czym pozwany dokonał jego przeliczenia w tabelarycznym zestawieniu zamieszczonym w sprzeciwie, uwzględniając kwotę kaucji gwarancyjnej. Dochodzona w sprawie należność dotyczy faktury (...). Dokument ten wystawiony został w dniu 3 grudnia 2012 r., a więc w czasie, gdy strony obowiązywała jeszcze umowna.

Dlatego też na wstępie Sąd Okręgowy rozważył kwestię wymagalności roszczenia, dokumentowanego w/w fakturą.

W pierwszym rzędzie wskazał, że w umowie stron znalazło się postanowienie, w którym uzależniono dokonanie płatności za złożoną fakturę od każdorazowego przedstawienia przez wykonawcę aktualnych na datę płatności oświadczeń jego podwykonawców o niezaleganiu z zapłatą należnego wynagrodzenia. Strony zastrzegły, iż wykonanie tego obowiązku jest „warunkiem płatności faktury”.

Pozwany nie negował, iż wiarygodność powoda powstała. Podnosił, iż jest ona niewymagalna, właśnie z uwagi na niewykonanie obowiązków z § 6 ust. 10.

W tym kontekście powołał poglądy orzecznictwa sądowego, iż w ramach swobody zawierania umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.) strony mogą zmodyfikować łączący je stosunek prawny także przez jednostronne ustępstwa wierzyciela, przy czym modyfikacja zobowiązania dłużnika, polegająca na odroczeniu wymagalności świadczenia pieniężnego nie może sprzeciwiać się właściwości stosunku prawnego, ustawie, ani zasadom współżycia społecznego. W ocenie Sądu Okręgowego, wymagalność roszczenia nie może być jednak uzależniona od warunku, czyli zdarzenia przyszłego i niepewnego. Jeżeli umowa stron w kwestii odroczenia terminu wymagalności świadczenia miałaby pozostawać pod ochroną zasady swobody umów, musiałyby uzależniać termin wymagalności świadczenia od zdarzenia pewnego, tak by skutki powstałego zobowiązania nie zostały unicestwione, bo byłoby to sprzeczne z naturą zawartego stosunku prawnego, godziłoby także w zasadę ekwiwalentności świadczeń stron.

Oceniając pod tym kątem postanowienie umowy, uzależniające wymagalność świadczenia powoda od wywiązania się przez niego z płatności względem podwykonawców, stwierdził, że nie pozostaje ono w zgodzie z art. 353<sup>1</sup> k.c. i potraktowane być musi jako warunek rozwiązujący, wprowadzający niepewność, czy całe świadczenie zostanie spełnione. W tym bowiem ujęciu, wymagalność została powiązana z zaistnieniem zdarzenia przyszłego i niepewnego. Nie budziło wątpliwości Sądu, iż przedstawienie przez powoda oświadczenia podwykonawców o niezaleganiu z

płatnościami, zależne było od szeregu okoliczności. Po pierwsze zależało to od uznania danego podmiotu za podwykonawcę, po drugie zależało od wykonania prac przez podwykonawców i zakresu tych prac, a także ich jakości, terminu ich wykonania, ewentualnych potrąceń i szeregu innych oświadczeń jakie mogły być złożone w ramach związania się danym stosunkiem zobowiązaniowym, a które wpływały na wysokość i zasadność roszczenia. Dlatego też powód nie zawsze mógłby przedstawić pozwanemu stosowne oświadczenie podwykonawcy.

Oceniając natomiast omawiany § 6 ust. 10 umowy w kontekście art. 65 § 2 k.c., który stanowi, iż w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu, zauważył, że pozwany podkreślał tak w swoim stanowisku przed procesowym, jak i w toku procesu, iż przedłożenie oświadczeń podwykonawców o niezaleganiu z płatnościami, miało w istocie charakter gwarancyjny, bowiem chroniło go od obowiązku ponoszenia solidarnej odpowiedzialności określonej w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. Podkreślił przy tym, iż powstanie solidarnej odpowiedzialności inwestora w stosunku do podwykonawców uzależnione jest od spełnienia kilku ustawowych warunków. Pierwszym z nich jest wymóg pisemności umowy (art. 647<sup>1</sup> § 4 k.c.). W ocenie Sądu, spełnienie tego wymogu będzie aktualne tak w przypadku, gdy umowa zawierana z podwykonawcą będzie miała charakter umowy o roboty budowlane, jak też umowy o dzieło, mimo iż z mocy prawa, ten ostatni stosunek zobowiązaniowy nie potrzebuje szczególnej formy dla swej ważności. Zauważył, iż ustawodawca uzależnił ważność umowy zawartej przez wykonawcę z podwykonawcą od zachowania formy pisemnej, z uwagi na zagwarantowanie inwestorowi możliwości zapoznania się z umową i innymi dokumentami przed powstaniem obowiązku zapłaty wynagrodzenia. Odpowiedzialność inwestora ma bowiem charakter gwarancyjny, musi mieć on zatem zapewnioną prawnie możliwość do oceny zakresu tej odpowiedzialności. Orzecznictwo sądowe objęło ochroną wynikającą z 647<sup>1</sup> § 5 k.c. zarówno podwykonawców spełniających swoje usługi na podstawie umowy o roboty budowlane, jak i podwykonawców spełniających swoje usługi na podstawie umowy o dzieło, jeżeli rezultat świadczenia podwykonawcy, spełnionego na podstawie umowy z wykonawcą, składał się na obiekt stanowiący przedmiot świadczenia wykonawcy w ramach zawartej z inwestorem umowy o roboty budowlane. Ochrona zatem płynąca z omawianego przepisu będzie w przypadku podwykonawców, z którymi wykonawca zawarł umowy o dzieło, aktualizować się po spełnieniu określonych w tym przepisie wymagań. Forma pisemna umowy jest jednym z nich. Oprócz omawianej pisemności dla powstania pełnej ochrony podwykonawcy potrzebna jest także zgoda inwestora. Tymczasem pozwany już z mocy samej umowy chciał uwolnić się od odpowiedzialności względem podwykonawców. W § 2 ust. 2 umowy wskazano, iż wykonawca może powierzyć część robót, leżących w jego zakresie, podwykonawcom po uprzednim uzyskaniu zgody przez zamawiającego. Przy czym zastrzeżono w kolejnym zdaniu, iż postanowienie zdania poprzedniego nie stanowi zgody w rozumieniu art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c.

W przedstawionych okolicznościach sprawy stwierdził, iż żaden z podmiotów, z którym współpracował powód przy realizacji inwestycji, nie wystąpił do pozwanego z roszczeniem o zapłatę w trybie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., bo nie było ku temu stosownych podstaw. Obawy pozwanego, uzasadniane tym, że w przypadku gdy powód nie przedłoży mu oświadczeń o niezaleganiu z płatnościami wobec podwykonawców, będzie się aktualizować jego solidarna odpowiedzialność, ocenił jako niesłuszne i przyjął, że pozwany zdawał sobie z tego sprawę, o czym świadczy fakt częściowego spełnienia świadczenia. Na wcześniejszym etapie współpracy nigdy bowiem nie żądał przedłożenia takich oświadczeń.

Uznał zatem, iż klauzula umowna ujęta w § 6 ust. 10 mogłaby dotyczyć tylko tych podwykonawców, którym formalnoprawnie mogłoby przysługiwać roszczenie o zapłatę w stosunku do inwestora. Tylko w tym zakresie mogła wymiennie chronić interes pozwanego i ustrzec go przed obowiązkiem podwójnego świadczenia.

Tymczasem pozwany wskazywał, iż powód wykonywał prace z pomocą (...), która wykonywała roboty ziemne oraz sprzedała powodowi piasek, (...) spółki jawnej, która sprzedała powodowi beton, oraz (...) spółki z o.o., która wykonywała usługi rozładunku materiałów budowlanych z pomocą wynajętego żurawia. Pozwany nie wykazał, aby podmioty te miały podpisane z powodem umowy o podwykonawstwo, a nadto, że wyraził on zgodę na ich zawarcie. Trudno także uznać, by podmioty te były podwykonawcami. Powołując się na orzeczenie SN z dnia 17 października 2008 r. (I CSK 106/08), w którym wskazano, iż nie są umowami o podwykonawstwo umowy zawierane przez wykonawcę z dostawcą maszyn i urządzeń potrzebnych do wykonania robót budowlanych, jak też umowy zawierane

przez wykonawcę z dostawcą materiałów budowlanych, uznał, iż wymienione podmioty powinny być traktowane jako pomocnicy.

Z tych wszystkich względów, Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, iż roszczenie powoda stało się wymagalne 3 stycznia 2013 r., tj. w dniu wynikającym z niekwestionowanego przez pozwanego tabelarycznego zestawienia, określającego rodzaj długu, jego powstanie, wymagalność, termin spełnienia i wysokość odsetek ustawowych z tytułu opóźnienia.

Nie budziło też wątpliwości Sądu, iż pozwany nie spełniał w terminie świadczenia wzajemnego i z przedstawionego tabelarycznego zestawienia wynika, iż opóźnienie to było znaczne i w skrajnym przypadku wynosiło nawet 78 dni. Z zeznań powoda wynikało, iż w ciągu trzech miesięcy był u pozwanego 70 razy z prośbą o uregulowanie płatności. Okoliczność ta stała się przyczyną złożonego przez powoda w dniu 6 marca 2013 r. oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Podstawą oświadczenia był umowny przepis ujęty w § 9 ust. 2 pkt 1.

Zdaniem Sądu, powód nie mógł skorzystać z umownego prawa odstąpienia, bowiem umowna regulacja tej instytucji była nieważna.

Zwrócił uwagę, iż zgodnie z treścią art. 395 § 1 k.c. można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Tym samym dla stwierdzenia, czy strony skutecznie prawo to zastrzegły, konieczne jest ustalenie, że przyznane umową prawo odstąpienia ograniczone zostało przez nie terminem końcowym, gdyż zastrzeżenie prawa odstąpienia nieograniczone terminem jest nieważne (art. 58 k.c.) i nie wywołuje żadnego skutku prawnego. W art. 395 § 1 k.c. chodzi bowiem o zastrzeżenie terminu, który obowiązana jest zachować strona korzystająca z uprawnienia dotyczącego odstąpienia od umowy. Ratio legis wymagania zawartego w tym przepisie ma na celu wyeliminowanie sytuacji pozostawania przez drugą stronę w stanie niepewności co do trwałości stosunku umownego.

Mając zaś na uwadze treść postanowień umowy, w tym jej § 9 ust. 2 pkt 1, na który powoływała się strona powodowa, stwierdził, iż strony tej umowy nie ograniczyły przewidzianego w niej prawa odstąpienia żadnym terminem końcowym, co z kolei oznacza, że w istocie nie uregulowały one skutecznie umownego prawa odstąpienia, o którym mowa w art. 395 k.c. Za termin końcowy, w rozumieniu tego przepisu, nie może być uznany okres 14 dni, o którym stanowi umowa, który to termin określa początek okresu, po upływie którego strona uzyskuje uprawnienie do odstąpienia od umowy. Niewątpliwie zaś umowa stron nie określa terminu granicznego (końcowego) dla możliwości skorzystania z tego uprawnienia. Brak ten zaś skutkuje tym, że dokonane przez strony zastrzeżenie prawa odstąpienia jest nieważne (art. 58 k.c.).

Wobec powyższego, kwestię złożenia skutecznego oświadczenia o odstąpieniu od umowy Sąd rozważał pod kątem wypełnienia ustawowych wymagań dla odstąpienia od umowy z powodu zwłoki drugiej strony w wykonaniu zobowiązania.

Sąd Okręgowy uznał, iż oświadczenie powoda zawarte w piśmie z dnia 4 marca 2013 r. wypełniło przesłanki określone w art. 491 k.c., gdzie koniecznym warunkiem jego skuteczności w wypadku zwłoki pozwanego, byłoby wyznaczenie inwestorowi dodatkowego terminu i zagrożenie złożenia własnego oświadczenia dotyczącego odstąpienia od umowy. Wskazał, że powód w piśmie z dnia 4 lutego 2013 r. stanowczo wyraził swoją wolę. Wezwał wówczas pozwanego do zapłaty, wyznaczył mu odpowiedni 14 dniowy termin do zapłaty i zagroził odstąpieniem od umowy w przypadku bezskutecznego jego upływu. Nie budziło wątpliwości Sądu, iż pozwany pozostawał w zwłoce ze spełnieniem świadczenia wzajemnego. Odpowiadając na wezwania powoda wskazywał, iż jego roszczenie jest niewymagalne. Argument ten, jak już wyżej wskazano, był nieuprawniony. Pozwany nigdy wcześniej nie żądał listy podwykonawców od powoda, bo nie miało to dla niego znaczenia. Pisma podmiotów uznawanych przez pozwanego za podwykonawców, a przedłożone do sprzeciwu datowane są na dzień 31 grudnia 2012 r. i na dzień 7 marca 2013 r., a więc okres, kiedy to powoda na budowie już nie było. Pozwany nie przedłożył też faktur, które miały być rzekomo wystawione przeciwko niemu przez podwykonawców powoda. W tym stanie rzeczy Sąd przyjął, iż oświadczenie powoda o odstąpieniu od umowy wywołało swój skutek w dniu 6 marca 2013 r. Następujące po nim oświadczenie pozwanego złożone w piśmie z dnia 28 marca 2013 r. skuteczne być nie mogło, bowiem umowa uległa już rozwiązaniu. Dlatego też obciążenia powoda

karą umową w wysokości 128.785 zł było niezasadne, bowiem aktualizowało się ono w sytuacji złożenia skutecznego oświadczenia o odstąpieniu.

Oceniając zaś skutki odstąpienia od umowy, Sąd Okręgowy uznał, iż powód mógł skutecznie odstąpić od przedmiotowej umowy w części, w której umowa ta nie została zrealizowana. Podkreślił przy tym, iż świadczenie wykonawcy, wynikające z umowy o roboty budowlane, jest podzielne, co skutkuje tym, że zastosowanie do niego znajduje art. 491 § 2 zd. 1 k.c. Zgodnie z powyższym przepisem, jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a jedna ze stron dopuszcza się zwłoki tylko co do części świadczenia, uprawnienie do odstąpienia od umowy, przysługujące drugiej stronie, ogranicza się, według jej wyboru, albo do tej części, albo do całej reszty niespełnionego świadczenia. Zatem, jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a dłużnik dopuszcza się zwłoki tylko co do części świadczenia, uprawnienie wierzyciela do odstąpienia ulega ograniczeniu, tj. nie jest dopuszczalne odstąpienie co do spełnionej już części świadczenia, czy też co do świadczenia, które zostało już w całości przez stronę zrealizowane i doprowadziło do wygaśnięcia jej zobowiązania.

W świetle powyższych rozważań stwierdził, iż powód skutecznie odstąpił od spornej umowy w części jeszcze niewykonanej. Z tych też względów skutki odstąpienia strony powodowej od przedmiotowej umowy ocenił w świetle art. 491 § 2 k.c. i uznał, że do chwili odstąpienia od umowy podstawą rozliczeń stron jest umowa, gdyż odstąpienie dotyczyło jedynie zobowiązań określonych w umowie, które nie zostały jeszcze wykonane. W istocie również strona powodowa w niniejszym postępowaniu domagała się od pozwanej zapłaty wynagrodzenia uzgodnionego w umowie i wynikającego z wystawionych na jej podstawie faktur za wykonane dotychczas roboty.

Tym samym, skoro doszło do skutecznego odstąpienia przez powoda od umowy w powyżej wskazanej części, za zasadne na podstawie art. 647 k.c. uznał żądanie zapłaty za prace wykonane w ramach tej umowy. Dlatego też regulacje umowne określające, jak kształtować się będzie wysokość wynagrodzenia powoda i jakie obciążać go będą koszty związane z realizacją umowy zachowują swą aktualność.

Z tych też względów uznał za zasadne pomniejszenie wynagrodzenia powoda o kaucje gwarancyjne. Powód uznał i przyjął na siebie umowny obowiązek pomniejszenia kwot ujętych w wystawianych fakturach VAT o 1% wynagrodzenia netto. Kwoty te zabezpieczać miały roszczenia pozwanego o usunięcie wad stwierdzonych w okresie gwarancji lub rękojmi. Faktury przedłożone w sprawie, w tym także faktura VAT nr (...), dotyczą rozliczenia należności za okres przed dniem 6 marca 2013 r., dlatego też pozwany miał umownie zagwarantowane prawo do zatrzymania kwoty kaucji, która w sprawie łącznie wynosiła 11.543 zł (5.062,50 zł kaucja z faktury (...) + 3.705 zł kaucja z faktury (...) + 2.775,50 zł kaucja z faktury (...)). Zatem od niezapłaconej częściowo należności z faktury (...) – wynoszącej 269.373,86 zł odjął wysokość zasadnie zatrzymanych przez pozwanego kaucji gwarancyjnych. Przy czym pozwany zatrzymał kwoty tytułem kaucji wynikające z faktur (...), a zatem faktycznie należność główna winna być pomniejszona o kwotę 2.775,50 zł z tytułu kaucji należnej z faktury (...). Do zapłaty pozostała zatem kwota 266.598,36 zł.

Według Sądu, należność ta winna być pomniejszona o koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, które zgodnie z umownymi postanowieniami obciążały powoda, a które zostały przedstawione do potrącenia przez pozwanego.

Za zasadne uznał obciążenie powoda należnościami ujętymi w fakturze VAT nr (...) opiewającymi na kwotę 5.649,12 zł z tytułu opłaty za ochronę i wynajem oraz serwis kabiny. Z okoliczności niespornych wynikało bowiem, iż powód opuścił teren budowy w dniu 21 grudnia 2012 r. Winien zatem ponieść koszty, które naliczone zostały za przedmiotowy okres.

Z faktury VAT nr (...) wystawionej przez pozwanego na kwotę 9.444,76 zł z tytułu opłaty za ochronę i energię elektryczną za zasadne uznał potrącenie należności w wysokości 4.959,36 zł z tytułu sprawowania ochrony budowy w miesiącu styczniu 2013 r. Skoro powód zobowiązany było do ponoszenia kosztów związanych z realizacją umowy, w tym tych związanych z ochroną obiektu, to do czasu skutecznego odstąpienia od umowy obowiązany był należność tę uiszczać. W tym przypadku dzień faktycznego opuszczenia placu budowy nie ma znaczenia, bowiem niezależnie

od tego czy „zejście z placu” było zasadne, koszty ochrony obiektu musiały być ponoszone. Ich wysokość nie zależała także od faktycznego korzystania przez powoda z placu.

Jedynie w wyżej omówionym zakresie Sąd uznał za zasadny zgłoszony przez pozwanego zarzut potrącenia. W konkluzji, z należności pozostającej do zapłaty, tj. 266.598,36 zł odjął kwotę 5.649,12 zł i kwotę 4.959,36 zł. Do zapłaty pozostała kwota 255.989,88 zł.

Za niezasadne Sąd uznał pomniejszanie kwoty należnego powodowi wynagrodzenia o koszt energii elektrycznej w wysokości 4.485,40 zł, bowiem z załącznika do omawianej faktury wynika, iż rozliczenie energii elektrycznej dotyczy okresu od 31 grudnia 2012 r. do 31 stycznia 2013 r. Skoro powód nie realizował obowiązków umownych od 21 grudnia 2012 r., to nie mógł też korzystać z energii elektrycznej.

Niezasadny był także zarzut potrącenia pozostałych należności przedstawionych przez pozwanego do potrącenia, a ujętych w fakturach VAT nr:

- (...) na kwotę 439,56 zł z tytułu wynajmu kabiny za okres od 26 grudnia 2012 r. do 31 stycznia 2013 r. (k. 99, 100),
- (...) na kwotę 3.386,62 zł z tytułu opłaty za energię elektryczną za okres od 31 stycznia 2013 r. do 28 lutego 2013 r. (k. 101, 102, 103, 104),
- (...) na kwotę 213,84 zł z tytułu opłaty za najem kabin sanitarnych za okres od 28 stycznia 2013 r. do 28 lutego 2013 r. (k. 105, 106, 107),
- (...) na kwotę 38,88 zł z tytułu opłaty za dostarczanie i uzdatnianie wody za okres od 21 grudnia 2012 r. do 18 marca 2013 r. (k. 108, 109, 110),
- (...) na kwotę 3.701,69 zł z tytułu opłaty za ochronę budowy za marzec 2013 r. (k. 111, 112, 113).

Przyjął, iż wymienione koszty, którymi pozwany chciał obciążyć powoda z tytułu energii elektrycznej, najmu i serwisu kabin sanitarnych, dostarczania i uzdatniania wody, powstały w okresie, gdy powód nie wykonywał już żadnych prac na budowie (po dniu 21 grudnia 2012 r.), a zatem nie użytkował wskazanych mediów i rzeczy. Z kolei faktura za ochronę obiektu dotyczy miesiąca marca 2013 r. Powód zaś w dniu 6 marca 2013 r. skutecznie od umowy odstąpił, nie powinien zatem pokrywać kosztów ochrony obiektu za cały okres w fakturze tej określony.

W dalszej kolejności rozważył zgłoszony przez pozwanego zarzut potrącenia kosztów związanych z przygotowaniem terenu budowy i dzierżawy baraków sanitarnych, ujętych w fakturze (...) na łączną kwotę 35.575,29 zł.

Zdaniem Sądu, wierzytelność ta nie była zasadna. W istocie z umowy wynikało, iż pozwany obowiązany jest przygotować we własnym zakresie i na własny koszt teren budowy wraz z zapleczem socjalno-sanitarnym. Pozwany wywodził, iż powód winien ponieść koszty związane z wykonaniem ogrodzenia dla potrzeb budowy w wysokości 20.815,29 zł, dzierżawą baraku sanitarnego w wysokości 4.920 zł i dwóch baraków budowlanych w wysokości 9.840 zł. Czynsz dzierżawny za jeden barak wynosić miał 500 zł. Sąd zauważył, iż pozwany nie wystawiał faktur za dzierżawę baraków w toku trwającej umowy. Pierwsza faktura dotycząca tej należności wystawiona została w dniu 4 kwietnia 2013 r. i rozliczała okres 8 miesięcy dzierżawy.

Pełnomocnika powoda przyznał, iż pracownicy powoda korzystali z kontenerów należących do pozwanego. Ustalenia zatem wymagało, w jaki sposób strony uzgodniły wysokość czynszu dzierżawnego. Świadek A. K. wskazał, iż za miesiąc dzierżawy kontenera „świeża cena z W.” wynosi 500 zł. Świadek ten nie wiedział, jak ceny te kształtują się w B.. Wskazał przy tym, że baraki łazienkowe, w jego przekonaniu są droższe nawet o 50%. Z kolei świadek Z. S. zeznał, iż z rozmów pomiędzy wykonawcami dowiedział się, że wynajem baraku budowlanego to kwota około 500 zł. Nie wiedział, czy istnieje różnica w cenie baraku sanitarnego. Cenę baraku budowlanego na kwotę około 500 zł wskazał także świadek A. Ł., ale nie był jej pewny. Świadek J. K. przyznał, że na budowie były 3 baraki, lecz barak przeznaczony na umywalnię wyglądał fatalnie, działał tam tylko jeden kran na sześć umywalk. Stan baraków opisywał także świadek



A. M., który podał, że do jednego baraku pracownicy powoda wstawili własne drzwi, bo poprzednie były połamane i nie dały się zamknąć. Z kolei z baraku sanitarnego nie korzystali samodzielnie, ale wspólnie z pracownikami pozwanego. O złym stanie technicznym baraków zeznawali także świadkowie J. B., R. K. (1) i B. W.. Potwierdzili oni także, że z baraku sanitarnego korzystał „kto chciał”, w tym pracownicy pozwanego. Powód przyznał, że korzystano z baraków pozwanego, ale miało to mieć charakter nieodpłatny. Potwierdził także zeznania w/w świadków, iż baraki były w złym stanie technicznym, a z baraków sanitarnych korzystały także inne podmioty.

Wobec powyższego, Sąd nie dał wiary zeznaniom R. R., iż baraki zostały rzekomo zniszczone przez pracowników powoda. Z zeznań w/w świadków wynika, iż one były przez pracowników raczej naprawiane.

W tych okolicznościach nie uznał, aby strony łączyła umowa o odpłatne używanie baraków. Nie budziło wprawdzie wątpliwości, iż powód i jego pracownicy z baraków tych korzystali, ale na jakich zasadach strony miały się z tego tytułu rozliczyć i czy w ogóle pozwananemu należała się z tego tytułu jakaś należność, nie zostało to w sprawie wykazane. Ponadto świadkowie zawnioskowani przez pozwanego wskazywali na cenę baraków nowych, pochodzących z W. bądź z okolic. Tymczasem nikt z zawnioskowanych świadków nie wskazał, jak konkretnie kształtować się miała wysokość czynszu dzierżawnego z umowy zawartej z powodem. Ponadto zostało wykazane, iż baraki były w złym stanie technicznym, a z baraku sanitarnego korzystały także inne osoby.

Zdaniem Sądu Okręgowego, przedstawiony materiał dowodowy nie dawał podstaw do uwzględnienia zarzutu potrącenia w zakresie omawianej wierzytelności, bowiem nie została ona udowodniona.

W ocenie Sądu, podobnie niezasadnie przedstawiana została do potrącenia wierzytelność z tytułu przygotowania terenu budowy – co wiązać się miało z koniecznością posadowienia ogrodzenia. Umowa stron została podpisana w dniu 16 lipca 2012 r., a jak wynika z akt sprawy teren budowy był już ogrodzony przed przystąpieniem powoda do prac i przed podpisaniem umowy. Nie ma zatem podstaw, by obciążać powoda obowiązkiem poniesienia tak określonych kosztów. Powód był zobowiązany do przygotowania terenu budowy w zakresie, w jakim było to wymagane w chwili przystąpienia przez niego do prac. Pozwany nie wykazał, by powód przyjął na siebie obowiązek zwrotu kosztów wydatkowanych uprzednio na ten cel.

Rozważając zaś kwestię zasadności zarzutu potrącenia należność w wysokości 93.497,69 zł, wynikającej z faktury (...), z tytułu materiałów budowlanych pobranych przez powoda na potrzeby realizacji zobowiązania, wskazał, że dokument mający potwierdzać przejęcie przez powoda wyszczególnionych w nim materiałów, tj. kominów, silikatów, pustaków, siporexu, cegły klinkierowej i stali nie został opatrzony podpisami. Świadek Z. S. wskazał, iż to on sporządził przedmiotowy dokument. Dotyczył on materiałów, które zostały na terenie budowy i były wykorzystywane przez powoda. Przy czym powód zeznał, iż dokument ten zobaczył po raz pierwszy w toku procesu. Zeznał także, iż nie korzystał z cegły pozostawionej na terenie budowy. Korzystał jedynie ze stali # 12, ale trudno określić ile zostało zużytkowane. Po zakończeniu prac, część stali pozostała. Powód zeznał także, iż nie przejmował kominów wentylacyjnych, sylikatów, PD 1, pustaka łamanego i klinkieru. Świadek A. M. zeznał, iż powód nie korzystał z pozostawionej cegły, wykorzystywał jedynie stal, ale w jakich ilościach nie był w stanie tego określić. Świadek ten podał, iż materiały pozostawione na budowie były dowożone i wywożone, nie były liczone ani rozliczane. J. B. zeznał, iż kominy zrobione przez powoda były z pustaków. Świadek nie widział, by wykorzystywana była cegła klinkierowa, on wykorzystywał cegłę z L.. Podobnie R. K. (1) wskazał, iż w trakcie prac wykorzystywał stal i cegły L., ale jak zeszli z placu to pozostawili stal i cegły. B. W. potwierdził, iż wykorzystywano do budowy stal, która leżała na terenie budowy, ale nie wie dokładnie ile tej stali wykorzystano, może około 100 kg # 20. Przyznał także, iż po zejściu z budowy stal pozostała. Świadek P. K., który był kierownikiem budowy na ulicy (...) wskazał, iż w 2013 r. wiozłą otrzymał dwa samochody materiałów po budowie, było wśród nich trochę stali około 600 kg i silikat. Materiał ten dostał od Z. S.. Towar ten pochodzić miał z ulicy (...). Powód przyznał, iż w istocie dwa samochody z materiałami budowlanymi były zabrane z budowy, ale było to w 2012 r.

Sąd dał wiarę zeznaniom powoda w tym zakresie. Trudno bowiem uznać, iż Z. S. sam rozdysponowałby towarem pozostawionym na opuszczonej przez powoda budowie, w sytuacji gdy materiał ten należało rozliczyć i

zinwentaryzować. Dlatego też, jeżeli przekazanie tego materiału miało mieć miejsce, to zgodnie z zeznaniami powoda uznać należy, iż było to w 2012 r. Nie budziło więc wątpliwości Sądu, iż po zakończeniu prac, część materiału zinwentaryzowanego pozostała na budowie, co potwierdza także dokumentacja fotograficzna.

Podkreślił przy tym, iż zarzut potrącenia zgłosił pozwany, więc to on wywodząc z niego określonego skutki prawne, winien należycie wykazać. Tymczasem jedynym miarodajnym dokumentem obrazującym stan materiałów znajdujących na placu budowy jest spis z k. 64. Nie jest on jednak podpisany ani przez przekazującego, ani przez przyjmującego. Nie można zatem uznać, iż powód przejął na własność wyszczególniony tam materiał budowlany. Zgodnie z umową, powód realizował inwestycję nakładem własnych sił materiałowych. Jeżeli zatem korzystał z materiałów budowlanych pozostawionych przez pozwanego na budowie, pozwany uprawniony był do obciążenia powoda określonymi kosztami. Nie można jednak przejąć, że wysokość tych kosztów może być szacowana wedle niepodpisanego spisu z k. 64. Skoro dokument nie został potwierdzony przez powoda, a twierdzi on nawet, iż mógł korzystać z tych materiałów nieodpłatnie, bo takie były wstępne ustalenia storn, to ciężar dowodu przeciwnego spoczywał na pozwanym, jako podmiocie zgłaszającym zarzut potrącenia. Z materiału dowodowego zaoferowanego przez strony nie sposób było ustalić, ile konkretnie materiałów zostało zużytych przez powoda na realizację prowadzonej inwestycji. Dane wskazywane przez świadków są szacunkowe i oględne, a przez to niemiarodajne.

Wobec powyższego, wiarygodność przedstawioną do potrącenia w wysokości 93.497,69 zł uznał za nieudowodnioną.

Mając na uwadze powyższe, należność powoda w wysokości 255.989,88 zł Sąd powiększył o wartość odsetek za opóźnienie wyliczoną zgodnie z tabelarycznym zestawieniem, wskazanym przez pozwanego w wysokości 12.114,09 zł. Pozostałe odsetki ustawowe zgodnie z żądaniem powoda zasądził od dnia 13 marca 2013 r.

O kosztach procesu rozstrzygnął zgodnie z art. 100 zd. 1 k.p.c., przyjmując, iż powód wygrał proces w 91%, a pozwany w 9%.

Apelację od tego wyroku, w części uwzględniającej powództwo, wniósł pozwany, który zarzucił Sądowi I instancji:

I. naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na wynik sprawy poprzez niewłaściwe ich zastosowanie, w szczególności:

1. art. 233 § 1 k.p.c. przez poczynienie ustaleń sprzecznych ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym i błędne przyjęcie, że:

a) powód opuścił plac budowy w dniu 21 grudnia 2012 r., w sytuacji gdy z zebranych w sprawie dowodów, wynika, iż:

- zakończył on prace ogólnobudowlane oraz zlecił dalsze prowadzenie robót specjalistycznych inwestycji swoim podwykonawcom: A. P. w zakresie prac hydraulicznych oraz (...)w S. w zakresie w robót ślusarskich;

- inwentaryzacja i przekazanie placu budowy nastąpiło dopiero w dniu 5 kwietnia 2013 r.;

- ubrania oraz inne rzeczy osobiste pracowników/podwykonawców powoda do dnia 5 kwietnia 2013 r. znajdowały się w barakach powoda, a co za tym idzie baraki te pozostawały nadal w dyspozycji powoda;

- na terenie, na którym realizowane były przez powoda roboty zgodnie z umową o roboty budowlane z dnia 16 lipca 2012 r., do dnia 5 kwietnia 2013 r. znajdowały się urządzenia, maszyny i inne pozostałości stanowiące własność powoda bądź osób przy pomocy których realizował on zobowiązania na rzecz pozwanego;

- do dnia 5 kwietnia 2013 r. (data zakończenia inwentaryzacji) powód ponosił odpowiedzialność za teren budowy i konsekwencję wszystkich zdarzeń, jakie miały miejsce na tym terenie do wskazanej daty;

b) pozwany nie wykazał wysokości opłaty za dzierżawę baraków, z których powód korzystał przez cały okres obowiązywania umowy, w sytuacji gdy wysokość należnej z tego tytułu stawki potwierdzona została przez zeznających w sprawie świadków pozwanego jak również bezpośrednio przez powoda oraz jego pracowników;

c) powód nie jest zobowiązany do ponoszenia kosztów związanych z opłatami za energię elektryczną, wodę, ochronę, wynajem i serwis (...) za okres od 21 grudnia 2012 r. do końca marca 2013 r. w sytuacji, gdy zgodnie z umową koszty związane z realizacją umowy – nawet przyjmując stanowisko strony przeciwnej – do dnia zakończenia stosunku obligacyjnego obciążały powoda;

d) zakres obowiązków ciążących na powodzie z tytułu umowy o roboty budowlane z dnia 16 lipca 2012 r., w zakresie przygotowania terenu budowy, obejmował jedynie wykonanie prac wymaganych w chwili przystąpienia przez powoda do realizacji robót, podczas gdy ponosił odpowiedzialność za całościowe przygotowanie terenu budowy a więc winien zwrócić poniesione przez pozwanego koszty wybudowania ogrodzenia;

e) pozwany nie wykazał podstaw uzasadniających obciążenie powoda kosztami zużycia materiałów budowlanych, w tym w szczególności stali w sytuacji, gdy zeznania świadków jak też powoda potwierdziły, iż powód korzystał z materiałów budowlanych, stanowiących własność pozwanego, i co więcej nie kwestionował stawek należnych z tego tytułu wskazanych przez pozwanego;

2. art. 233 § 1 k.p.c. przez pominięcie zebranych w sprawie dowodów w postaci między innymi:

a) zeznań świadka J. B., który potwierdził fakt korzystania z baraków pozwanego przez pracowników powoda do marca 2013 r., fakt opuszczenia przez powoda inwestycji dopiero w marcu 2013 r., przyczyny zaprzestania robót w grudniu 2012 r.,

b) zeznań samego powoda oraz świadków przez niego zawnioskowanych w tym m.in. R. K. (2), B. W. oraz A. M., potwierdzających wprost, iż powód korzystał ze stali pozwanego, przy czym świadek A. M. określił ilość zastosowanej stali; co skutkowało poczynienie ustaleń stojących w rażącej sprzeczności ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym;

3. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną, wybiórczą, a nie swobodną ocenę zgromadzonych w sprawie dowodów, w szczególności przez danie wiary jedynie zeznaniom świadków powoda w sytuacji, gdy świadkowie ci byli zatrudnieni u powoda na podstawie stosunku pracy, co wymaga szczególnej staranności w ich ocenie, a ponadto zeznania te pozostawały w sprzeczności z zeznaniami pozostałych osób składających zeznania w sprawie, co w konsekwencji doprowadziło do błędnych ustaleń polegających na przyjęciu, iż:

a) powód nie jest zobowiązany do ponoszenia opłat z tytułu korzystania z baraków pozwanego ze względu na to, że baraki te były zniszczone oraz mając na uwadze, że:

- w okresie obowiązywania umowy okoliczność ta nie była przez stronę przeciwną (ani też jej pracowników) podnoszona ani też zgłaszana pozwanemu;

- strona przeciwna i zeznający w sprawie świadkowie przyznali wprost, iż korzystali z baraków przez cały okres obowiązywania umowy;

- nie zostało w sprawie wykazane, że stopień ich zniszczenia uniemożliwił/utrudnił korzystanie z baraków zgodnie z przeznaczeniem;

b) kierownik budowy pozwanego – pan Z. S. nie mógł dysponować towarem pozostawionym na opuszczonej budowie w sytuacji, gdy materiał dowodowy zebrany w sprawie wskazuje, iż powód bezspornie zastosował materiał budowlany stanowiący własność pozwanego;

c) powód nie ma obowiązku zwrotu poniesionych przez pozwanego kosztów wybudowania ogrodzenia terenu budowy z uwagi na fakt, iż budowa ta zrealizowana była we wcześniejszym terminie w sytuacji, gdy zgodnie z umową koszty w tym zakresie obciążały powoda bez względu na termin w jakim winny zostać poniesione;

4. art. 233 § 1 k. p. c. w związku z art. 228 § 1 k.p.c. w związku art. 231 k.p.c. poprzez pominięcie faktów powszechnie znanych, jak też zasad wynikających z doświadczenia życiowego i w konsekwencji:

a) odmowa uznania za koszty stałe, związane z utrzymaniem nieruchomości za okres od stycznia do końca marca 2013 r., w tym:

- opłat za wynajem i serwis kabin sanitarnych (...)w sytuacji, gdy do daty złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane z dnia 16 lipca 2012 r., pozwany nie miał podstaw do wypowiedzenia umowy najmu i serwisu kabin sanitarnych a co za tym idzie zobowiązany był do ponoszenia należnych z tego tytułu opłat;

- opłat za wodę i prąd w sytuacji, gdy należna z tego tytułu kwota obejmuje oprócz kosztów związany ze zużyciem wody i prądu przede wszystkim opłatę stałą związaną m.in. z utrzymaniem przyłączy, którą każdy z korzystających obowiązany jest ponieść;

b) błędne uznanie, że wolą stron było bezpłatne powierzenie powodowi baraków do korzystania przez cały okres obowiązywania umowy o roboty budowlane w sytuacji, gdy w przypadku stosunków o charakterze gospodarczym „bezpłatne” przysporzenia w praktyce nie występują, gdyż wiążą się ze stratą po jednej ze stron stosunku obligacyjnego oraz są niedopuszczalne ze względów podatkowych, a ponadto czego potwierdzeniem są zeznania złożone w sprawie, dzierżawa baraków miała charakter odpłatny;

c) błędne uznanie, że pozwany dokonał na rzecz powoda darowizny materiałów budowlanych, w tym w szczególności stali w ilości wskazanej przez pozwanego, ewentualnie zeznaniach świadków;

5. art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 229 k.p.c. w związku z art. 231 k.p.c. poprzez błędne uznanie, iż umowy łączące powoda z (...) sp. z o.o., (...), (...) nie zostały zawarte w formie pisemnej w sytuacji, gdy okoliczność ta wynika z innych zebranych w sprawie dowodów i należy uznać, iż została przyznana przez powoda w toku sprawy;

6. art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 229 k.p.c. poprzez odmowę uznania za wiarygodne zeznań pracowników pozwanego dotyczących:

a) korzystania przez powoda i jego pracowników/podwykonawców z baraków stanowiących własność pozwanego;

b) wysokości stawek należnych z tytułu dzierżawy baraków przez pozwanego;

c) wykorzystania przez powoda przy realizacji robót materiałów budowlanych stanowiących własność pozwanego, a co za tym idzie konieczności rozliczenia należności z tego tytułu;

7. art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 245 k.p.c. poprzez dokonanie wykładni treści wystosowanego przez powoda wezwania do zapłaty oraz pisma z dnia 04 marca 2013 r. w sposób dowolny, sprzeczny z literalnym brzmieniem oświadczenia, a tym samym poczynienie ustaleń, które nie są objęte treścią oświadczeń złożonych przez powoda;

8. art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 245 k.p.c. w związku z art. 217 § 1 k.p.c. poprzez pominięcie przy dokonywaniu oceny dowodów dokumentu w postaci „potwierdzenia przejęcia materiałów budowlanych na budowie W. – K.” pomimo, iż dokument ten został potwierdzony przez powoda i pozwanego oraz zawiera istotne informacje dla ustalenia okoliczności faktycznych sprawy, a brak umieszczenia na nim podpisu nie pozbawia dokumentu waloru dowodowego;

II. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

1. art. 89 k.c. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z § 6 ust. 10 umowy o roboty budowlane z dnia 16 lipca 2012 r. poprzez:

a) dokonanie błędnej wykładni wskazanych przepisów polegającej na uznaniu, że stanowi warunek zdarzenie, w postaci umownego zobowiązania powoda do przedłożenia oświadczeń podwykonawców o zapłacie na ich rzecz wynagrodzenia, którego spełnienie jest całkowicie zależne od woli powoda,

b) niewłaściwe zastosowanie wskazanych powyżej przepisów polegające na uznaniu, iż uzależnienie wymagalności zapłaty wynagrodzenia z tytułu danej faktury od przedłożenia potwierdzenia zaspokojenia przez powoda należnych podwykonawcom kwot stanowi warunek w rozumieniu art. 89 k.c.;

c) uznaniu w oparciu o przepis art. 353<sup>1</sup> k.c., że § 6 ust. 10 umowy o roboty budowlane z dnia 16 lipca 2012 r. jest nieważny (nie wiąże stron) w sytuacji, gdy przepis ten nie przewiduje sankcji nieważności;

2. art. 116 § 1 k.c. przez błędne przyjęcie, iż strony w umowie uzależniły płatność wynagrodzenia od spełnienia się określonego warunku;

3. art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. w zw. z art. 65 § 2 k.c. w związku z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z § 2 ust. 2 oraz § 6 ust. 10 umowy o roboty budowlane z dnia 16 lipca 2012 r. polegające na uznaniu, iż:

a) wbrew jasno wyrażonej w umowie intencji oraz woli stron, wymóg przedłożenia przez powoda informacji o zaspokojeniu aktualnych roszczeń podwykonawców dotyczył jedynie podwykonawców w rozumieniu art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c.;

b) ustna i faktyczna zgoda na wykonywanie przez podwykonawców na rzecz powoda prac na inwestycji, pomimo iż strony nie zastrzegły wymogu pisemności w tym zakresie, nie jest wystarczająca dla uznania przez strony w oparciu o zapisy łączącej strony umowy i na potrzeby realizacji zobowiązań z niej wynikających, iż dany podmiot w opinii stron niniejszego postępowania występował w charakterze podwykonawcy;

c) zachowanie pozwanego, który posiadał wiedzę i akceptował fakt, zakres i czasokres wykonywania przez podwykonawców prac objętych umową z powodem, w tym między innymi uczestniczył z przedstawicielami wskazanych podwykonawców w zebraniach na budowie przy brał odmowie jego zastosowania, nie wypełnia znamion przewidzianych przez art. 647<sup>1</sup> § 3 k.c.

d) ustna i faktyczna zgoda na wykonywanie przez podwykonawców na rzecz powoda prac na inwestycji, pomimo iż strony nie zastrzegły wymogu pisemności w tym zakresie, nie jest wystarczająca dla uznania, iż dany podmiot w opinii stron niniejszego postępowania występował w charakterze podwykonawcy nie wypełnia znamion wymaganych przez art. 647<sup>1</sup> § 3 k.c.;

4. art. 647<sup>(1)</sup> § 2 k.c. przez błędne uznanie, że ze względu na zakres prac realizowanych przez (...) sp. z o.o., (...), (...)nie można uznać wskazanych podmiotów za podwykonawców;

5. art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. przez jego niewłaściwe uznanie, iż pozwany nie ponosiłby odpowiedzialności solidarnej z powodem za roszczenia podwykonawców;

6. art. 491 § 1 k.c. w zw. z art. 65 § 1 k.c. przez błędne uznanie za skuteczne odstąpienia powoda dokonanego w piśmie z dnia 4 marca 2013 r.;

7. art. 491 § 1 k.c. w zw. z art. 65 § 1 k.c. przez nieprawidłowe uznaniu, iż:

a) oświadczenie złożone przez powoda w dniu 4 marca 2013 r. spełnia wymogi przewidziane przez obowiązujące przepisy oraz rodzi skutki prawne;

b) powód spełnił wymogi formalne uprawniające do skorzystania z uprawnienia przewidzianego przez przywołaną normę;

c) roszczenia powoda wynikające z faktury dochodzonej pozwem było wymagalne w dacie złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy, a co za tym idzie był on uprawniony do zakończenia w tym trybie stosunku obligacyjnego łączącego go z pozwanym;

8. art 491 § 1 k.c. w zw. z art. 65 § 1 k.c. przez błędne uznanie, że oświadczenie pozwanego z dnia 28 marca 2013 r. o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane było nieskuteczne;

9. art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z § 6 ust. 3 umowy o roboty budowlane przez przyjęcie, że pozwany zobowiązany był do ponoszenia opłat za energię elektryczną, wodę, za okres do dnia 21 grudnia 2012 r. w sytuacji, gdy:

a) zgodnie z zapisami umowy to powód zobowiązany był do ponoszenia wszystkich kosztów związanych z utrzymaniem terenu budowy;

b) koszty, jakimi obciążył pozwany powoda miały w przeważającym zakresie charakter stały i nie były uzależnione od faktycznego korzystania z poszczególnych mediów, a zatem stanowiły koszt utrzymania terenu budowy;

c) do dnia protokolarnego przekazania terenu budowy ponosi prawną i faktyczną odpowiedzialność za wszelkie zdarzenia, jakie miały na nim miejsce;

10. art. 489 k.c. w zw. z art. 499 k.c. przez odmowę uznania skuteczności zgłoszonego zarzutu potrącenia wierzytelności.

Wnosił o zmianę wyroku przez oddalenie powództwa albo uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania;

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

**Apelacja nie jest uzasadniona.**

Na wstępie wypada zauważyć, że w niniejszej sprawie przedmiotem oceny Sądu pierwszej instancji było nie tylko roszczenie powoda o zapłatę reszty wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, ale także szereg wierzytelności pozwanego, zgłoszonych do potrącenia z wierzytelnością objętą żądaniem pozwu. Każda z tych wierzytelności stanowiła w istocie rzeczy odrębne roszczenie, oparte na swoistej podstawie faktycznej i prawnej.

Mając zaś na uwadze mnogość zarzutów apelacyjnych, które dotyczą w zasadzie, dokonanej przez Sąd Okręgowy, oceny zasadności każdego z wymienionych roszczeń, a nadto zostały pogrupowane przez skarżącego tylko na dotyczące naruszeń prawa procesowego oraz naruszeń prawa materialnego, zostaną one rozpoznane łącznie, w odniesieniu do każdej spornej między stronami kwestii.

W pierwszej kolejności rozważenia wymaga zarzut pozwanego, jakoby wierzytelność powoda, wynikająca z faktury nr (...) nie stała się wymagalna, co skutkowałoby oddaleniem powództwa jako przedwczesnego. Ocena Sądu Okręgowego odnośnie tego zagadnienia, została zakwestionowana w punktach: ppkt 5 i II ppkt 1,2,3,4,5 zarzutów apelacji.

Stanowisko pozwanego w tym zakresie opierało się na twierdzeniu, że pozwany nie wypełnił wymogu zawartego w § 6 pkt. 10 zd. 2 umowy stron z dnia 16 lipca 2012 r., zgodnie z którym w sytuacji korzystania przez wykonawcę z usług podwykonawców, warunkiem płatności faktury jest każdorazowo przedstawienie przez wykonawcę aktualnych na datę płatności faktury oświadczeń jego podwykonawców o nie zaleganiu z zapłatą należnego im wynagrodzenia.

Abstrahując od tego, czy postanowienie tej treści nie jest sprzeczne z prawem bądź zasadami współzycia społecznego, należy stwierdzić, iż jego stosowanie aktualizowało się wyłącznie w sytuacji, gdy część robót budowlanych wykonawca

wykonywał za pomocą podwykonawców. Z powyższego stwierdzenia wynika jednoznacznie konkluzja, że stosowanie wymienionego zastrzeżenia stron w ogóle nie wchodziło w grę w przypadku, gdy wykonawca osobiście wykonywał roboty budowlane.

Wbrew twierdzeniom pozwanego, dyrektywa celowego i rozsądnego działania przedsiębiorców pozwala przyjąć, że obowiązek przedłożenia oświadczeń podwykonawców, o których mowa w § 6 pkt. 10 zd. 2 umowy), dotyczył jedynie podwykonawców w rozumieniu art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c., a więc takich, wobec których pozwany – jako inwestor ponosiłby solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane przez nich wykonane. Pozwany nie posiadał bowiem żadnego innego interesu w tym, aby pozyskiwać informacje o stanie zadłużenia powoda wobec jego kontrahentów, poza potrzebą zabezpieczenia się przed ewentualną własną odpowiedzialnością na zasadzie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. W tym zatem zakresie stanowisko Sądu Okręgowego jest trafne.

W odpowiedzi na sprzeciw od nakazu zapłaty, powód jednoznacznie zaprzeczył, jakoby wykonując przedmiot umowy z dnia 16 lipca 2012 r. korzystał z usług podwykonawców (k. 154) i stanowisko to konsekwentnie podtrzymywał w dalszym toku postępowania.

W tym stanie rzeczy, to na pozwanym – zgodnie z ogólną regułą dowodową art. 6 k.c., spoczywał ciężar udowodnienia faktu, że powód wykonywał roboty budowlane za pomocą podwykonawców, którzy nadto korzystali z ochrony przewidzianej w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., albowiem z tego faktu wywodził korzystne dla siebie skutki procesowe.

W orzecznictwie wyrażono pogląd, że wynikającą z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. ochroną objęci są podwykonawcy spełniający swoje usługi na rzecz wykonawcy na podstawie umowy o roboty budowlane, jak i podwykonawcy spełniający swoje usługi na podstawie umowy o dzieło. Z odwołania się w omawianym przepisie do robót budowlanych wykonanych przez podwykonawcę należy wywieść jedynie wymaganie, aby rezultat świadczenia podwykonawcy, spełnionego na podstawie umowy z wykonawcą, składał się na obiekt stanowiący przedmiot świadczenia wykonawcy w ramach zawartej z inwestorem umowy o roboty budowlane. Tylko wtedy, gdy rezultat świadczenia podwykonawcy wchodzi w skład obiektu, stanowiącego przedmiot świadczenia wykonawcy w ramach umowy o roboty budowlane, można usprawiedliwić nałożenie na inwestora obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, połączonego węzłem solidarności z obowiązkiem zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy przez wykonawcę. Nie są natomiast niewątpliwie umowami o podwykonawstwo, w rozumieniu art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., umowy zawierane przez wykonawcę z dostawcą maszyn i urządzeń, potrzebnych do wykonania robót budowlanych, jak też umowy zawierane przez wykonawcę z dostawcą materiałów budowlanych (zob. wyrok SN z 17 października 2008 r., I CSK 106/08, OSNC-ZD 2009/3/64).

W piśmiennictwie zwrócono ponadto uwagę, że ze względu na zasadę, zgodnie z którą wyjątki nie podlegają wykładni rozszerzającej, należy wykluczyć dopuszczalność stosowania przepisów o odpowiedzialności solidarnej inwestora do umowy mieszanej o cechach umowy o roboty budowlane lub o dzieło zawartej przez wykonawcę z podwykonawcą oraz w przypadku innej umowy nazwanej, niż umowa o roboty budowlane lub o dzieło por. M. T. – K., Problem odpowiedzialności solidarnej inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy..., (...)). Sąd Apelacyjny przytoczone wyżej stanowiska w pełni podziela.

Wykazanie wskazanych wyżej faktów nie stanowiłoby dla pozwanego problemu, gdyby dysponował umowami o roboty budowlane lub o dzieło, zawartymi przez powoda z podwykonawcami i przedstawionymi mu w trybie art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. Takich jednak umów pozwany nie posiadał, w związku z czym próbował je udowodnić za pomocą innych środków dowodowych.

W tym kontekście twierdził, że podwykonawcami pozwanego, przy wykonywaniu prac budowlanych na obiekcie stanowiącym przedmiot jego świadczenia, były firmy: (...) sp. z o.o., (...), (...). Na powyższą okoliczność przedstawił informację (...) z dnia 7 marca 2013 r., iż zobowiązania pozwanego za usługi i towary wykorzystywane na budowie budynku mieszkalnego przy ul. (...) wynoszą 188.980,29 zł wraz z listą transakcji rozrachunkowych z tym kontrahentem (k. 88-89) oraz informację (...) z dnia 31 grudnia 2012 r., iż zaległość pozwanego w opłatach wynosi

30.542,40 wraz z dokumentującymi ją fakturami: nr (...) z dnia 31 sierpnia 2012 r. i (...) z dnia 5 września 2012 r. (k. 85-87).

W piśmie procesowym z dnia 15 lipca 2013 r. pozwany oświadczył, że (...) był dostawcą betonu na budowę, (...) sp. z o.o. wykonywał usługi rozładunku materiałów budowlanych, zaś (...) był dostawcą piasku i wykonywał roboty ziemne.

Przy piśmie procesowym z dnia 6 listopada 2013 r. pozwany przedłożył nadto faktury nr: (...) z dnia 14 sierpnia 2012 r., nr (...) z dnia 30 września 2012 r., (...)z dnia 31 października 2012 r., (...)z dnia 30 listopada 2012 r., (...) z dnia 18 grudnia 2012 r., (...) z dnia 18 grudnia 2012 r. dokumentujące rozliczenia ze spółką (...) (k. 214, 216, 218, 220, 222).

Analiza treści wymienionych dokumentów prywatnych, wobec braku w aktach sprawy pisemnych umów, wskazuje, że:

- (...) sp. z o.o. łączyła z powodem umowa najmu żurawia L. (...) k wraz z usługą operatorską;
- (...)sprzedawała powodowi materiały budowlane (beton), o czym zdaje się świadczyć przedmiot działalności tego przedsiębiorcy, określony w piśmie z dnia 7 marca 2013 r. jako (...);
- (...) sprzedawała powodowi piasek (faktura nr (...)) oraz wykonywała roboty ziemne na budowie przedmiotowego obiektu, przy czym z faktury nr (...) w żaden sposób nie wynika, czy prace te wykonywała na podstawie umowy o roboty budowlane lub dzieło, a więc umów rezultatu, albowiem w takim przypadku rezultat świadczenia tego podmiotu powinien zostać wskazany w dokumencie rozliczeniowym, jakim jest faktura, jako np. „wykonanie fundamentów pod budynkiem”. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, ogólne oznaczenie tytułu płatności w tej fakturze jako „roboty ziemne” wskazuje raczej, że prace te (...)wykonywała na podstawie nienazwanej umowy o świadczenie usług, polegających na dokonywaniu czynności faktycznych, do której stosuje się uregulowanie zawarte w art. 750 k.c.

Ponadto wbrew wywodom apelacji, z zebranego w sprawie materiału dowodowego wcale nie wynika, że powoda wiązała, z którymkolwiek z wyżej wymienionych kontrahentów, umowa sporządzona w formie pisemnej, co w świetle art. 647<sup>1</sup> § 4 k.c. stanowi wymóg jej ważności. W każdym razie żaden z tych kontrahentów umowy takiej pozwanemu nie przedłożył, z czego można zasadnie wnioskować, że nawet zainteresowane podmioty nie traktowały swojego udziału w realizacji przedmiotu umowy jako podwykonawstwa w rozumieniu art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c.

W okolicznościach danej sprawy, pozwany nie miał uzasadnionych podstaw do przyjęcia, iż – wbrew zapewnieniom powoda – korzysta on z pomocy podwykonawców. W tej zatem kwestii stanowisko Sądu Okręgowego jest prawidłowe.

W konsekwencji należy przyjąć, że należność wynikającą z faktury nr (...) pozwany zobowiązany był uiszczyć w terminie 30 dni, licząc od daty jej przyjęcia, zgodnie z § 6 ust. 6 umowy stron.

Skoro zaś wymienionym podmiotom nie można przypisać przynajmniej to tym samym bezprzedmiotowe stają się rozważania odnośnie tego, czy pozwany inwestor skutecznie wyraził zgodę (czynnie lub biernie) na zawarcie z nimi umów.

W sytuacji, gdy w sprawie nie zaktualizowało się stosowanie § 6 pkt. 10 zd. 2 umowy stron, bezprzedmiotowym stało się też rozważanie podniesionych w apelacji zarzutów naruszenia prawa materialnego, dotyczących oceny Sądu Okręgowego co do ważności tegoż umownego postanowienia, co z kolei zwalnia Sąd Apelacyjny od oceny zarzutów odnoszących się do omawianej kwestii.

Przechodząc do oceny zarzutów dotyczących nie uwzględnienia przez Sąd Okręgowy potrącenia wzajemnych wierzytelności pozwanego z dochodzonym roszczeniem, wypada wstępnie przypomnieć, że w orzecznictwie przeważa pogląd, że zarzut potrącenia jest środkiem obrony pozwanego, a nie formą dochodzenia roszczenia. Do tego zarzutu, jak i innych zarzutów procesowych także opartych na materialno-prawnych podstawach, przepisy kodeksu postępowania cywilnego nie przewidują żadnych wymagań formalnych, a zatem nie stosuje się do nich wymagań



przewidzianych dla pozwu w art. 187 § 1 k.p.c. Swoboda wyboru formy zgłoszenia zarzutu potrącenia i podlegania jedynie ogólnym wymaganiom dotyczącym zarzutów, nie oznacza jednak dowolności w jego go formułowaniu.

Poza złożeniem oświadczenia o potrąceniu drugiej stronie, pozwany powinien zindywidualizować swoją wierzytelność, skonkretyzować jej zakres przedstawiony do potrącenia z wierzytelnością powoda, wskazać przesłanki jej powstania, wymagalność i wysokość oraz dowody w celu ich wykazania. Dopuszczalne jest objęcie zarzutem potrącenia wierzytelności wątpliwych co do zasady i wysokości. Następstwem przyznania zarzutowi potrącenia charakteru środka ochrony pozwanego, a nie sposobu dochodzenia roszczenia jest to, że nie powoduje on powstania zawisłości sporu w odniesieniu do wytoczonego przez pozwanego powództwa, a zatem pozwany może dochodzić w odrębnym procesie wierzytelności, w zakresie nie objętym zarzutem lub nieuwzględnionym w ramach tego zarzutu, jak też nadwyżki ponad część umorzoną. Nie jest objęta zakresem przedmiotowym granic powagi rzeczy osądzonej kwestia oceny zasadności zarzutu potrącenia – istnienia albo nie istnienia wierzytelności pozwanego. Wydane orzeczenie rozstrzyga o roszczeniu powoda, a nie o wierzytelności objętej zarzutem potrącenia, której sąd „nie osądza”. Skutek potrącenia wynika jedynie z obniżenia o jej wartość wierzytelności powoda. W tym kontekście szczególnie istotna jest powinność indywidualizacji wierzytelności objętej zarzutem potrącenia oraz wykazania jej wysokości, ponieważ odnosi się to do możliwości stwierdzenia, w jakim zakresie doszło do umorzenia wzajemnej wierzytelności.

Wstępnie należy wskazać, że pozwany w niniejszym postępowaniu przedstawił do potrącenia następujące wierzytelności:

a) w kwocie 128.785 zł z tytułu kary umownej, w wysokości 5% wynagrodzenia umownego, w związku z odstąpieniem od umowy przez pozwanego na skutek okoliczności, za które powód ponosił odpowiedzialność. Sąd Okręgowy nie uwzględnił tego zarzutu, uznając, że wierzytelność nim objęta nie istnieje. Do tej kwestii odnoszą się zarzuty zawarte w punkcie I ppkt 7 i w punkcie II ppkt 6, 7, 8, 10 zarzutów apelacji;

b) w kwocie 93.497,69 zł z tytułu rozliczenia materiałów budowlanych, w tym przede wszystkim stali, stanowiących własność pozwanego, a wykorzystywanych przez powoda na potrzeby realizacji przedmiotu umowy. Sąd Okręgowy nie uwzględnił tego zarzutu, uznając, że wierzytelność nim objęta nie została udowodniona co do wysokości. Do stanowiska Sądu w tym zakresie odnoszą się zarzuty zawarte w punkcie I ppkt 1 lit. e, 2 lit. b, 3 lit. b, 4 lit. c, 6 lit. c, 8 i w punkcie II ppkt 10 apelacji;

c) w kwocie 20.815,29 zł z tytułu rozliczenia poniesionych przez pozwanego kosztów przygotowania terenu budowy w postaci wykonania ogrodzenia placu budowy, które to koszty – zdaniem pozwanego – powinien ponieść powód. Sąd Okręgowy nie uwzględnił tego zarzutu, uznając, że wierzytelność nim objęta nie istnieje. Zarzuty dotyczące tej kwestii zostały zamieszczone w punkcie I ppkt 1 lit. d, 3 lit. c i w punkcie II ppkt. 10 apelacji,

d) w kwocie 14.760 z tytułu czynszu za wydzierżawienie pozwanemu 2 baraków budowlanych i 1 baraku sanitarnego. Sąd Okręgowy nie uwzględnił tego zarzutu, przyjmując, że objęta nim wierzytelność nie została udowodniona tak co do zasady, jak i wysokości. Ocena Sądu w tym zakresie jest kwestionowana w punkcie 1 ppkt. 1 lit. b, 3 lit. a, 6 lit. a-b i w punkcie II ppkt 10 apelacji;

e) w kwocie 22.874,47 zł z tytułu rozliczenia poniesionych przez powoda kosztów utrzymania placu budowy, a mianowicie: kosztów ochrony terenu budowy, wynajmu i serwisu kabiny T. T., energii elektrycznej, dostawy i uzdatniania wody. Sąd Okręgowy uwzględnił ten zarzut w zakresie 10.608,48 zł. W pozostałym zaś zakresie uznał, że nie jest on zasadny, ponieważ dotyczył kosztów, jakie powstały w czasie, gdy powód nie wykonywał już żadnych prac na budowie; a w przypadku należności za ochronę obiektu za miesiąc marzec 2013 r. wskazał, że powstała ona w miesiącu, w którym powód skutecznie od umowy odstąpił. Zarzuty odnoszące się do tej kwestii zostały zawarte w punkcie I ppkt. 1 lit. a-c, 4 lit. a-b i w punkcie II ppkt 9, 10 apelacji.

Rozważenie kwestii zasadności zarzutu potrącenia, obejmującego wierzytelność z tytułu kary umownej, wymaga – jak trafnie przyjął to Sąd Okręgowy – rozstrzygnięcia, czy skuteczne było wcześniejsze – niż oświadczenie woli pozwanego, oświadczenie woli powoda o odstąpieniu od umowy z dnia 16 lipca 2012 r., wynikające z jego pisma z dnia 4 marca

2013 r. (k. 43), ponieważ jeśli od umowy odstępuje jedna ze stron, to tym samym nie może następnie od niej odstąpić druga strona tej samej umowy (zob. wyrok SN z 25 stycznia 2007 r., VCSK 411/06, LEX nr 319241). O tym, że wymienione pismo w istocie zawiera oświadczenie woli powoda tej treści, pomimo użycia w nim określenia „zostaje rozwiązana”, bezsprzecznie świadczy fakt, iż było ono poprzedzone pismem z dnia 4 lutego 2013 r. (k. 41), w którym powód wyznaczył pozwanemu termin 14 dni na opłacenie należności wynikających z faktur nr: (...) z 6 listopada 2012 r., nr (...) z 3 grudnia 2012 r., z zastrzeżeniem, że nie opłacenie tych należności w terminie będzie skutkowało odstąpieniem od umowy, z powołaniem się na § 9 pkt. 2.1 umowy stron. Zamiar odstąpienia od umowy, z podanych w w/w pismach przyczyn, został zatem jednoznacznie wyartykułowany przez powoda.

Zgodnie z cyt. § 9 pkt. 2.1. umowy, wykonawca mógł odstąpić od umowy w przypadku opóźnienia zamawiającego w zapłacie choćby części jakiegokolwiek należności przysługującej wykonawcy względem zamawiającego, przez okres co najmniej 14 dni od dnia wymagalności, po uprzednim pisemnym zawiadomieniu.

Sąd Okręgowy ocenił, że przytoczone postanowienie umowne jest nieważne w świetle art. 395 § 1 k.c., który reguluje tzw. umowne prawo odstąpienia. Nieważności § 9 pkt. 2.1 Sąd Okręgowy upatrywał w tym, że przyznane w nim umowne prawo odstąpienia nie zostało ograniczone żadnym terminem końcowym, czyli wbrew dyspozycji art. 395 § 1 k.c.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, możliwe jest także inne podejście do omawianego zagadnienia, a mianowicie, że § 9 pkt. 2.1 umowy w istocie rzeczy jedynie uszczegóławia warunki skorzystania z ustawowego prawa do odstąpienia od umowy wzajemnej, przewidzianego w art. 491 k.c., określając, że między stronami stan zwłoki zamawiającego w wykonaniu zobowiązania (zapłaty wynagrodzenia) zaistnieje już w przypadku opóźnienia w zapłacie choćby części jakiegokolwiek należności przysługującej wykonawcy względem zamawiającego, przez okres co najmniej 14 dni od dnia wymagalności.

Sąd Okręgowy przyjął, że oświadczenie powoda, zawarte w piśmie z dnia 4 marca 2013 r. wypełniło przesłanki określone w art. 491 k.c., z którym to poglądem Sąd Apelacyjny się zgadza, co skutkowało uznaniem tej czynności prawnej za skuteczne odstąpienie od umowy na podstawie art. 491 k.c. Tym samym zastosował w istocie rzeczy tzw. konwersję czynności prawnej, będącą wypracowaną przez orzecznictwo konstrukcją prawną, która ma na celu utrzymanie w mocy woli osób dokonujących nieważnej czynności prawnej (zob. wyrok SN z 5 lutego 2010 r., III CSK 105/09, LEX nr 951735).

W orzecznictwie przyjmuje się, że zastosowania konwersji wymaga, aby nieważna czynność prawna odpowiadała wszystkim istotnym wymogom zastępczej czynności prawnej, tj. czynności prawnej o innych skutkach lub o innej treści niż czynność nieważna, jeżeli umożliwia ona osiągnięcie zamierzonego celu, a nie wykracza poza skutki czynności konwertowanej. Ponadto warunkiem przyjęcia konwersji powinno być ustalenie, że strony dokonałyby zastępczej czynności prawnej gdyby wiedziały, iż dokonana przez nie czynność prawna jest nieważna. Przedmiotem konwersji może być również czynność jednostronna, a więc także odstąpienie od umowy.

W rozpoznawanej sprawie pozwany pozostawał w zwłoce w wykonaniu swojego zobowiązania (zapłaty części wynagrodzenia za wykonane prace); został mu wyznaczony odpowiedni dodatkowy termin do wykonania tego zobowiązania z zastrzeżeniem, że w razie bezskutecznego jego upływu druga strona będzie uprawniona do odstąpienia od umowy i wreszcie – po upływie dodatkowego terminu – powód złożył oświadczenie, że od umowy odstępuje. W świetle okoliczności sprawy nie budzi wątpliwości, że gdyby powód wiedział, że skorzystanie przez niego z umownego prawa odstąpienia będzie nieważne, to dokonałby takiego odstąpienia na mocy ustawy. Zarzuty apelacji dotyczące omawianej kwestii nie znajdują uzasadnienia.

Przechodząc do kolejnej spornej kwestii, a mianowicie rozliczenia materiałów budowlanych stanowiących własność pozwanego, które w trakcie prac budowlanych wykorzystane zostały przez powoda, wypada pokreślić, że Sąd Okręgowy wcale nie przyjął, jakby stanowiły one przedmiot darowizny, czy też innego nieodpłatnego przysporzenia. Przyznał bowiem, że jeżeli powód korzystał z materiałów budowlanych pozostawionych przez pozwanego na budowie, to pozwany uprawniony był do obciążenia tymi kosztami powoda. Zarzutu potrącenia natomiast nie uwzględnił z

tego powodu, że z materiału dowodowego – przedstawionego w sprawie – nie sposób było ustalić, ile konkretnie materiałów zostało zużytych przez powoda na realizację prowadzonej inwestycji. Dane wskazywane przez świadków są bowiem szacunkowe i oględne, a przez to niemiarodajne. Prawidłowo też Sąd Okręgowy nie uznał w tym zakresie jako wiarygodnego dowodu pisma pt. „potwierdzenie przejęcia materiałów budowlanych na budowie W. – K.” (k. 63), które nie zostało opatrzone ani datą, ani podpisami osób, które je sporządziły. Zgodnie zaś z art. 254 k.p.c. dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Treść tego przepisu oraz funkcje spełniane przez podpis na dokumencie uzasadniają pogląd, że dokument prywatny nie może istnieć bez podpisu (tak wyrok SN z 2 kwietnia 2008 r., III CSK 299/07, LEX nr 393875). Skoro zatem wymienione pismo nie jest dokumentem prywatnym, to tym samym nie jest też dowodem, co wyklucza czynienie na jego podstawie stanowczych ustaleń.

Na marginesie należy zauważyć, że znajdujące się w aktach sprawy pokwitowania pobrania określonych materiałów (k. 63 i 68) – opatrzone datą i podpisami, dotyczą tych materiałów budowlanych, których równowartość nie została objęta omawianym zarzutem potrącenia, co bezspornie wynika z faktury nr (...) (k. 66) i dołączonego do niej załącznika (k. 67).

W tym stanie rzeczy oczywistą wydaje się konkluzja, że wobec nie wykazania konkretnej ilości materiałów budowlanych, wykorzystanych przez powoda w trakcie robót budowlanych, nie została też ściśle udowodniona wysokość wierzytelności z tego tytułu przedstawionej do potrącenia.

W przypadku, gdyby wierzytelność ta była dochodzona w drodze powództwa o zapłatę, Sąd mógłby rozważyć, czy nie istnieją podstawy do zasądzenia z tego tytułu odpowiedniej sumy według swej oceny, opartej na rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy, ponieważ ściśle udowodnienie wysokości żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione (na podstawie art. 322 k.p.c.). Powyższe unormowanie dotyczy m.in. spraw o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia, a tak należałoby zakwalifikować omawianą wierzytelność.

W rozpoznawanej sprawie zastosowanie art. 322 k.p.c. nie było jednak możliwe, skoro – jak wyżej wskazano – wierzytelności objętej zarzutem potrącenia sąd „nie osądza”.

Odnosząc się do kolejnego zagadnienia, należy przede wszystkim zauważyć, że postanowienie § 2 ust. 1 pkt. 2 umowy, zgodnie z którym wykonawca jest zobowiązany w szczególności do przygotowania we własnym zakresie i na własny koszt terenu, łącznie z zapleczem budowy jest wyjątkowo ogólne w swej treści i w żaden sposób nie wynika z niego, jaki jest konkretnie zakres rzeczowy tych prac. Rozsądna wykładania tego zapisu podpowiada w związku z tym, że powód zobowiązany był do wykonania wszystkich prac przygotowujących plac budowy, jakie były wymagane według stanu na dzień podpisania przedmiotowej umowy. Jeżeli zatem plac budowy był już w tym czasie ogrodzony, a jest to okoliczność bezsporna, to tym samym zakres rzeczowy tych prac nie obejmował wykonania tego istotnego elementu.

W tym kontekście trzeba zauważyć, że w świetle § 6 ust. 1 umowy wynagrodzenie wykonawcy miało charakter ryczałtowy. Było też wynagrodzeniem niezmiennym przez cały okres realizacji umowy i zawierało wszystkie koszty kompletnego wykonania przedmiotu umowy, w tym koszty czynności, usług i świadczeń, które w treści umowy są wymienione jako obowiązki wykonawcy lub czynności, usługi i świadczenia, które zapewnia wykonawca (§ 6 ust. 3).

Rozszerzenie zakresu rzeczowego prac przygotowawczych ponad to, co wynika z umowy, w sytuacji, gdy wynagrodzenie wykonawcy przybrało postać bardzo rygorystycznego ryczałtu, zdaniem Sądu Apelacyjnego nie znajduje uzasadnienia. Pozwany nie ma żadnego tytułu prawnego do żądania zwrotu poniesionych w tym zakresie wydatków. Stanowisko Sądu Okręgowego jest w tym względzie prawidłowe.

Przechodząc do kwestii rozliczenia za korzystanie przez powoda z baraków pozwanego, znajdujących się na placu budowy, należy przyjąć, że w sprawie nie zostało wykazane, jakoby powód korzystał z nich na podstawie wiążącej go z pozwanym umowy najmu bądź dzierżawy. Istotnym bowiem elementem obu wymienionych umów, uregulowanych przepisami kodeksu cywilnego, jest ustalenie wysokości umówionego czynszu (art. 659 k.c. i art. 693 k.c.). Z zebranego

w sprawie materiału dowodowego wynika zaś, że strony nie uzgodniły wysokości czynszu, co czyni bezprzedmiotowym rozważanie tej wierzytelności na gruncie przepisów o najmie i dzierżawie.

Silą rzeczy zastosowanie znajdują w takiej sytuacji przepisy, regulujące roszczenia właściciela wobec posiadacza za bezumowne korzystanie z rzeczy (art. 224 k.c. i art. 225 k.c.). Jeżeli przyjąć, że pozwany korzystał z tych baraków, zdając sobie sprawę, że powinien z tego tytułu zapłacić powodowi wynagrodzenie, a pozostawało to między stronami sporne, to powinien uiścić wynagrodzenie składające się z tego wszystkiego, co właściciel mógłby uzyskać, gdyby przedmiotowe baraki oddał do korzystania na podstawie określonego stosunku prawnego.

W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że wysokość wynagrodzenia, o którym mowa w art. 224§ 2 k.c., powinna odpowiadać stawkom za korzystanie z rzeczy określonego rodzaju, biorąc pod uwagę ceny występujące na rynku.

W niniejszej sprawie pozwany usiłował wykazać wysokość tych stawek za pomocą dowodów z zeznań świadków, w tym własnych pracowników, którzy wiadomości w tym zakresie posiadali jedynie „ze słyszenia”, albowiem żaden z nich nie zajmował się zawodowo działalnością polegającą na wynajmowaniu baraków budowlanych. Nie sposób zatem zeznania tych osób uznać za miarodajny dowód na powołaną okoliczność. Żadnych innych dowodów, a w szczególności w postaci chociażby informacji, czy cenników pochodzących od podmiotów trzecich, prowadzących działalność gospodarczą w omawianym zakresie, pozwany nie przedstawił.

Nadto, ustalone w powyższy sposób stawki powinny podlegać korekcie, z uwagi na uwarunkowania lokalnego rynku, a także z tego powodu, że jak wynika z niewadliwych ustaleń Sądu Okręgowego, przynajmniej z baraku sanitarnego korzystały także inne osoby, co oznacza, że powód w ograniczonym zakresie korzystał z tej rzeczy. Nie może to pozostawać bez wpływu na wysokość wynagrodzenia.

Sąd Okręgowy słusznie zatem przyjął, że pozwany nie wykazał ścisłej wysokości wierzytelności, przysługującej mu z tego tytułu od powoda. Z przytoczonych wyżej względów nie wchodziło też w grę szacunkowe określenie wysokości wynagrodzenia za bezumowne korzystanie, na podstawie zasady orzekania przewidzianej w art. 322 k.p.c.

Przechodząc wreszcie do ostatniej spornej między stronami kwestii, należy wskazać, że zgodnie z § 6 ust. 3 zd. 3 umowy, wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, związane z utrzymaniem placu budowy, a poniesione przez zamawiającego w związku z działaniami wykonawcy, będą refakturowane przez zamawiającego na wykonawcę, a w szczególności koszty związane z zużyciem wody, energii elektrycznej, zajęciem terenu, wywozem śmieci, ochroną obiektu, kosztami telefonów stacjonarnych, zużyciem energii cieplnej z sieci MPEC.

Wbrew wywodom skarżącego, z treści przywołanego postanowienia umownego stron wcale nie wynika, że powód zobowiązany był do ponoszenia wszystkich kosztów związanych z utrzymaniem terenu budowy, ale jedynie tych, które powstały w związku z jego działaniami. Na pozwanym zgłaszającym zarzut potrącenia, spoczywał zatem procesowy ciężar wykazania, jaka część, z ogólnych kosztów utrzymania placu budowy, pozostawała w związku z działaniami wykonawcy.

Bezsporny jest bowiem, nawet w świetle zarzutów apelacji, fakt, iż z dniem 21 grudnia 2012 r. powód zakończył na budowie przynajmniej prace ogólnobudowlane, w związku z czym istnieją podstawy do przyjęcia, że jego „udział” w ogólnych kosztach utrzymania budowy istotnie się zmniejszył.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, okoliczność, że koszty utrzymania budowy miały w przeważającym zakresie charakter stały i nie były uzależnione od faktycznego korzystania z poszczególnych mediów, nie stoi na przeszkodzie rozliczeniu ich pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, zgodnie z dyspozycją § 6 ust. 3 zd. 3 umowy stron, tj. stosownie do stopnia ich zaangażowania w działania prowadzone w tym czasie na budowie.

Zatem także i w tym przypadku pozwany nie sprostął obowiązkowi udowodnienia ścisłej wysokości żądania, przedstawionego do potrącenia, dlatego też jego zarzut nie został uwzględniony.

Z tych też względów, Sąd Apelacyjny orzekł, jak w sentencji na podstawie art. 485 k.p.c.

O kosztach procesu za drugą instancję rozstrzygnięto zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik sprawy, wyrażoną w art. 98 k.p.c.