

Sygn. akt I ACa 780/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 czerwca 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Jarosław Marek Kamiński (spr.)
Sędziowie	:	SA Irena Ejsmont - Wiszowata SA Małgorzata Dołęgowska
Protokolant	:	Anna Bogusławska

po rozpoznaniu w dniu 23 czerwca 2016 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **(...) Spółki z o.o. w O.**

przeciwko **(...) Spółce z o.o. w O.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 19 maja 2014 r. sygn. akt V GC 101/12

**I. oddala apelację;**

**II. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 5400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów instancji odwoławczej;**

**III. odstępuje od obciążania powoda nieuiszczonymi kosztami sądowymi instancji odwoławczej.**

(...)

## UZASADNIENIE

Powód (...) Spółka z o.o. w O. dochodził od pozwanego (...) Spółki z o.o. w O. kwoty 587.866,76 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 11 marca 2011 r. tytułem reszty wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane. W uzasadnieniu pozwu, podał, że poza zakresem robót zleconych wykonał także roboty zamienne lub dodatkowe, które powinny być rozliczone na podstawie kosztorysów sporządzonych w/g tych samych stawek. Wskazał, że na dochodzoną kwotę składa się: 111.207,52 zł z tytułu wynagrodzenia za roboty podstawowe i 496.360,14 zł z tytułu wynagrodzenia za roboty

dodatkowe, pomniejszone o pobraną zaliczkę w kwocie 7.000 zł, 20.000 zł z tytułu obniżenia wynagrodzenia zgodnie z protokołem odbioru robót z dnia 21 września 2010 r. oraz 13.605,82 zł z tytułu wystawionych przez pozwanego i zaakceptowanych przez powoda not obciążeniowych. Podał także, że pozwany roboty dodatkowe zaakceptował do kwoty 163 084 zł, lecz jest to kwota zaniżona. Nie godził się też na potrącenie z jego wynagrodzenia kwoty 158.196,22 zł z tytułu kary umownej za opóźnienie, gdyż nastąpiło ono na skutek zlecenia mu szeregu robót dodatkowych, a nadto pozwany długo podejmował decyzje dotyczącą doboru materiałów.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa. Zarzucił, że wykonanie robót dodatkowych - nie objętych umową, mogło nastąpić jedynie na podstawie zmiany umowy o roboty budowlane, dokonanej w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Przyznał, że zlecił powodowi prace dodatkowe, lecz zlecenia te nie odwoływały się do dotychczasowych cen, lecz wprost przeciwnie cena za każdą dodatkową usługę podlegała odrębnemu uzgodnieniu i nie opierała się na cenie ofertowej, i prace te zostały rozliczone. Ponadto powód domaga się wynagrodzenia za prace wykonane na parterze budynku, o które toczyła się już sprawa sądowa przed Sądem Okręgowym w Olsztynie w sprawie o sygn. akt V GC 32/12. Spór ten został zakończony ugodą i roszczenia powoda o zapłatę z tego tytułu zostały powyższą ugodą wyczerpane. Nadto pozwany podniósł, że z należnej powodowi kwoty potrącił karę umowną za 273 dni opóźnienia, tj. za okres od 1 stycznia 2010 r. do 30 września 2010 r., która wyniosła 431.847,78 zł. Uwzględniając zaś § 10 ust. 5 umowy, stanowiący, iż kara umowna z tego tytułu nie może przekraczać więcej niż 10% kwoty netto kontraktu, ostatecznie potrącił z wynagrodzenia 158.196,72 zł. Dokonał też potrąceń z innych tytułów, tj. 71.437 zł za roboty wykonane niezgodnie z umową, 13.605,82 zł za zużyte media, 7.000 zł z tytułu rozliczenia pobranej zaliczki, 43.754,17 zł z tytułu nie wykonania elementów ozdobnych elewacji oraz nie zagospodarowania terenów zielonych. Ostatecznie według pozwanego, potrącił on z wynagrodzenia powoda łącznie 274.010,29 zł. Pozwany podniósł także żądanie obniżenia wynagrodzenia o kwotę 500.000 zł, stanowiącą koszt usunięcia wad przedmiotu umowy, w tym wad fasady aluminiowej oraz utraconej wartości użytkowej i estetycznej budynku.

Sąd Okręgowy w Olsztynie wyrokiem z dnia 19 maja 2014 r. oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz pozwanego 9.717 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Z ustaleń tego Sądu wynika, że strony wiązała umowa o roboty budowlane (remontowe) z dnia 1 czerwca 2009 r., przedmiotem której było wykonanie na podstawie projektu budowlano-architektonicznego robót budowlanych i instalacji elektrycznych, wynikających z adaptacji pomieszczeń przyziemia, do budowy klatki schodowej oraz budowy I piętra w budynku przy ul. (...) w O.. Zakończenie robót przewidziano do 31 grudnia 2009 r. Wynagrodzenie uzgodniono jako ryczałtowe w kwocie netto 1.344.262,30 zł.

Strony zastrzegły możliwość rozszerzenia zakresu robót (§ 2 pkt. 3) o różnego rodzaju instalacje, ale jednocześnie ustaliły (§ 15 pkt. 2), że wszelkie zmiany umowy wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności.

W dniu 18 czerwca 2009 r. podpisały aneks nr (...) do tej umowy, mocą którego rozszerzono zakres rzeczowy przedmiotu umowy o: roboty przygotowawcze na placu budowy, wykonanie zabezpieczenia przyłącza sanitarnego, wewnętrzne instalacje sanitarne-przyziemne; wewnętrzną instalację sanitarno-wodociągowa, instalację c.o., wentylację grawitacyjną; klimatyzację pomieszczeń przyziemia i parteru, przyłączy kanalizacji deszczowej, wewnętrzne instalacje sanitarne - nadbudowa, wewnętrzną instalację sanitarno-wodociągowa, instalację c.o., wentylację grawitacyjną, klimatyzację pomieszczeń piętra i parteru. Za wykonanie wymienionych prac strony uzgodniły wynagrodzenie ryczałtowe do kwoty netto 1.581.967,22 zł.

Jako okoliczność bezsporną Sąd uznał, że powodowi należy się co najmniej wynagrodzenie ryczałtowe z umowy z 1 czerwca 2009 r. w wysokości 1.581.967,22 zł netto, co oznacza 1.929.995,12 zł brutto oraz 163.084 zł za roboty dodatkowe. Łącznie powodowi należy się - według Sądu - kwota 2.093.079,13 zł. Pozwany łącznie zapłacił zaś powodowi 1.819.696,61 zł. Niedopłata wynosi więc 273.382,52 zł. Powód domaga się jednak kwot: 111.207,55 zł z tytułu wynagrodzenia ryczałtowego i 496.360,14 zł z tytułu robót dodatkowych.

Sąd Okręgowy zauważył, że powód, domagając się z tytułu robót dodatkowych 496.360,14 zł (uznanych do wysokości 163.084 zł), wskazał w pozwie, że wykonał je na zlecenie pisemne, elektroniczne i ustne. W istocie jednak nie dokonał

szczegółowego rozróżnienia, które z tych prac były mu zlecone pisemnie, które korespondencją elektroniczną, a które ustnie; jak również nie określił, które z podanych prac były pracami dodatkowymi, a które zamiennymi.

Według Sądu, sam fakt, że powód podjął się prac budowlanych na podstawie umowy, przewidującej wynagrodzenie ryczałtowe z zastrzeżeniem, że zmiany umowy wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności, czyni żądania pozwu niejasnymi, a mając na uwadze, że aneksem nr (...) zwiększono zakres prac wraz ze zwiększeniem wynagrodzenia ryczałtowego o 276.552,50 zł brutto, ocenił roszczenie powoda określone na kwotę 496.360,14 zł z tego tytułu jako niezasadne.

Stwierdził, że powodowi należy się tylko wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 1.929.995,12 zł oraz wynagrodzenie za prace, które zostały mu przez pozwanego zlecone na piśmie (trzy zlecenia) i uznane do kwoty 163.084 zł oraz zapłacone, w ramach ogólnej już zapłaty do kwoty 1.819.696,61 zł.

Zdaniem Sądu jest bowiem oczywiste, że powodowi nie należy się zapłata wyższa od ryczałtu, jak i za prace dodatkowe zlecenie w innej formie niż zlecenie pisemne. Stwierdził, że pozwany potwierdził złożenie powodowi trzech pisemnych zleceń, a mianowicie: z dnia 11 października 2009 r., nr (...) z dnia 7 grudnia 2009 r., z dnia 21 grudnia 2009 r. Powód wprawdzie przedłożył trzy zlecenia z dnia 25 listopada 2009 r. o nr 1, 2 i 3 na łączną kwotę 207.023,56 zł, ale prac określonych w tych zleceniach nie można uznać jako uzgodnionych pisemnie przez strony (czyli mających charakter zmian do umowy), albowiem nie są one podpisane przez pozwanego. Tylko czwarte zlecenie z dnia 7 grudnia 2009 r. jest zleceniem podpisanym przez pozwanego, z określeniem łącznie zleconych robót na kwotę 34.800 zł. i pokrywa się z tymi, co do których pozwany przyznał, że je zlecił.

W tych okolicznościach, mając na uwadze treść umowy z 1 czerwca 2009 r. Sąd ustalił, że powodowi zlecono tylko prace dodatkowe określone w trzech zleceniach: z 11 października 2009 r., 7 grudnia 2009 r. i 21 grudnia 2009 r.

Mając na względzie, że powód nie wyróżnił robót, które mu zlecono trzema w/w zleceniami, przyjął, że za roboty dodatkowe należy mu się wynagrodzenie w granicach uznania dokonanego przez pozwanego tj. w kwocie 163.084 zł.

Nie znalazł natomiast podstaw do uznania, że powodowi należy się z tytułu robót zamiennych jakieś wynagrodzenie. Po pierwsze, to jego obowiązkiem było wykonać prace zgodnie z projektem, a jeżeli czynił to inaczej i drożej to prace te pochłonięte są umówionym wynagrodzeniem ryczałtowym. Po drugie, gdyby nawet w ramach umowy (w tym przypadku przez zmianę umowy w/w aneksu nr (...)) i zwiększenie ryczałtu) lub w/w trzech zleceń były prace zamiennie droższe, to ich wartość została już uwzględniona w zwiększeniu ryczałtu i uznaniu przez pozwanego wszystkich prac objętych tymi zleceniami.

Przechodząc do kwestii zasadności potrąceń dokonanych przez pozwanego, zauważył, iż nie dopłacił on powodowi - z uznanego słusznie do wysokości 2.093.079,13 zł wynagrodzenia - karę umowną za opóźnienie. To potrącenie uznał za zasadne. Umowa stron przewiduje bowiem za opóźnienie (§ 10 ust. 1.1) karę umowną w wysokości 0,1% wartości wynagrodzenia netto za jeden dzień nie więcej niż 10% wynagrodzenia. Powód opóźnił się 273 dni. Ta okoliczność jest bezsporna, a fakt opóźnienia oddania robót jest przyznany nawet w pozwie, a nadto wynika z protokołu końcowego odbioru robót z dnia 30 września 2010 r. Pozwanemu należałaby się kara w wysokości 431.847,78 zł, lecz z uwagi na przytoczone zastrzeżenie, wynosi ona 158,196,72 zł. Mógł zatem tę kwotę pozwany przedstawić do potrącenia po myśli art. 499 k.c.

Nie podzielił przy tym zarzutu powoda, że do opóźnienia doszło z winy pozwanego. Na okoliczność na ile prace dodatkowe i zamienne miały wpływ na ogólny czas pracy powoda, Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego. Po szczegółowej i dokładnej analizie tych prac biegły ocenił, że mogły one przedłużyć czas pracy o 217,11 roboczogodzin, co oznacza, że przy pracy z kilkoma robotnikami, ten czas mógł się przedłużyć co najwyżej o kilka dni. Opinii biegłego sądowego Sąd dał wiarę w pełni. Tym samym ocenił naliczenie kary w wymiarze 10% wynagrodzenia za zasadne.

Przy uwzględnieniu tego potrącenia i zapłaconej już części wynagrodzenia w wysokości 1.819.696,61 zł, powodowi należało się wynagrodzenie w wysokości 118.184,80 zł.

Sąd uwzględnił jednak kolejny zarzut pozwanego, że w ramach umówionego zakresu wykonał on pewne prace nienależycie lub nie wykonał ich w ogóle.

Co do robót nienależycie wykonanych to w protokole odbioru końcowego z dnia 30 września 2010 r. sporządzonego z udziałem prezesów zarządu obu spółek stwierdzono nienależyte wykonanie następujących elementów: elewacji zewnętrznej, pokrycia dachu (wada trwała), fasad. We wszystkich przypadkach w protokole tym uzgodniono zmniejszenie wynagrodzenia za te niedociągnięcia. Wcześniej sporządzono przez te same osoby protokół w dniu 21 września 2010 r., w którym za stwierdzone wady umówiono obniżenie wynagrodzenia. Stwierdzając, że skoro co do zasady było uzgodnione między stronami obniżenie wynagrodzenia, a następnie przez pozwanego podania jego wartość, Sąd uznał, że w niniejszym postępowaniu na powodzie spoczywał ciężar wykazania, iż przedstawiona do potrącenia z tego tytułu przez pozwanego wierzytelność jest za wysoka, czego jednak nie uczynił. Dlatego uznał, że to potrącenie wraz z innymi wcześniej umówionymi i przy uwzględnieniu dokonanej już wpłaty czyni powództwo niezasadnym, gdyż wartość potrąceń przewyższa niedopłatę. Niedopłata bowiem wynosi 273.381,52 zł, zaś potrącenia wynoszą ogółem 274.007,29 zł (158.196,72 zł + 71.437 zł + 44.376,57 zł).

Dlatego też powództwo oddalił.

Kosztami postępowania po myśli art. 98 k.p.c. obciążył stronę przegrywającą spór.

Powyższy wyrok powód zaskarżył w całości apelacją, zarzucając mu:

1. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez nieprawidłową ocenę dowodów polegającą na przyjęciu, że:

- powodowi nie należy się zapłata za prace dodatkowe, zlecone w innej formie niż pisemna, podczas gdy z umowy wynika, iż tylko za prace niezlecone wcale przez inwestora powodowi nie należy się wynagrodzenie, a nie za prace niezlecone w formie pisemnej,

- powodowi należy się wynagrodzenie za prace dodatkowe tylko w granicach uznania dokonanego przez pozwanego, mimo iż brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia takiego ustalenia;

2. naruszenie przepisów postępowania tj. art. 224 k.p.c. i 227 k.p.c. poprzez niewyjaśnienie wszystkich okoliczności istotnych dla przedmiotowej sprawy, tj. nieprzeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa i kosztorysowania robót na okoliczność wartości robót dodatkowych i zamiennych wykonanych przez powoda; wartości o jaką powinno zostać obniżone wynagrodzenie za roboty wykonane nieprawidłowo - zgodnie z protokołem z 21 września 2010 r. oraz na okoliczności wskazane w zastrzeżeniach do opinii biegłego, mimo iż dowód ten miał zasadnicze znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy;

3. naruszenie art. 6 k.c. poprzez przyjęcie, że w niniejszym postępowaniu w ciężar dowodu powoda wchodziło wykazanie, że obciążenie podniesione do potrącenia przez pozwanego jest za wysokie, podczas gdy zgodnie z zasadą wynikającą z tego przepisu, to pozwany powinien udowodnić zasadność obciążenia powoda określoną kwotą z tytułu robót niewykonanych lub też nienależycie wykonanych.

Z uwagi na powyższe, wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania do Sądu I instancji.

Niezależnie od powyższego, na podstawie art. 380 k.p.c. wniósł o rozpoznanie postanowienia Sądu Okręgowego w Olsztynie o oddaleniu wniosków dowodowych powoda w sprawie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego na okoliczność wartości robót dodatkowych i zamiennych wykonanych przez powoda; wartości, o jaką powinno zostać obniżone wynagrodzenie za roboty wykonane nieprawidłowo zgodnie z protokołem z 21 września 2010 r. oraz na okoliczności wskazane w zastrzeżeniach do opinii biegłego.

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

#### **Apelacja nie jest uzasadniona, albowiem zaskarżony wyrok odpowiada prawu.**

W rozpoznawanej sprawie na wstępie wymaga rozważenia, czy w świetle postanowień wiążącej strony umowy o roboty budowlane z dnia 1 czerwca 2009 r. uzasadnione jest stanowisko Sądu Okręgowego, że powodowi za wykonane prace należy się wyłącznie wynagrodzenie ryczałtowe (przewidziane w tej umowie) w kwocie 1.929.995,12 zł oraz wynagrodzenie za prace zlecone na piśmie do kwoty 163.084 zł (uznanej przez pozwanego); a w związku z tym nie przysługuje mu żadna rekompensata za pozostałe prace wykonane poza zakresem umowy, w tym prace dodatkowe zlecone w innej formie niż pisemnej.

W związku z powyższą kwestią pozostaje szereg postanowień wymienionej umowy, a mianowicie:

- § 2 ust. 1 pkt. 2, zgodnie z którym przedmiot umowy miał zostać wykonany w oparciu o ofertę z dnia 8 maja 2009 r., wykonaną na podstawie projektu budowlano-architektonicznego, dostarczonego przez Inwestora oraz protokołu z negocjacji z dnia 18 maja 2009 r.;
- § 2 ust. 1 pkt. 3, w myśl którego Inwestor zastrzegł sobie możliwość zmian o rozszerzenie zakresu robót za dodatkową opłatą o instalacje: c.o., wodno-kanalizacyjną, mechanicznej wentylacji, klimatyzacji, teleinformatycznej;
- § 2 ust. 2, zgodnie z którym wykonawca oświadczył, że przed podpisaniem niniejszej umowy zapoznał się ze wszystkimi dokumentami, warunkami, w tym projektem architektoniczno-budowlanym i pozwoleniem na budowę, które są niezbędne do wykonania przez niego przedmiotu umowy bez konieczności ponoszenia przez inwestora jakichkolwiek dodatkowych kosztów i nie wnosi do nich żadnych zastrzeżeń;
- § 2 ust. 4, zgodnie z którym w razie konieczności wykonania na prośbę Inwestora, w toku realizacji przedmiotu umowy robót budowlanych, nie przewidywanych dokumentacją techniczną, inwestor zobowiązany jest do pokrycia wszelkich dodatkowych kosztów;
- § 7 ust. 1, w myśl którego strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe netto Wykonawcy za wykonanie robót objętych umową, którego wartość jest niezmienna do końca realizacji przedmiotu umowy;
- § 7 ust. 2, w którym przewidziano, że wykonanie nie objętych umową może nastąpić jedynie na podstawie aneksu, sporządzonego w oparciu o zlecenie otrzymane od inwestora; wykonanie robót dodatkowych, nie objętych zleceniem inwestora, nie stanowi podstawy do wystawienia faktury przez wykonawcę;
- § 12 ust. 1, w myśl którego podstawą do wykonania robót dodatkowych, zamiennych lub zaniechania części robót jest wyłącznie zlecenie bądź podpisany przez obie strony aneks do umowy, spisany w oparciu o podpisany przez inspektora nadzoru, zamawiającego oraz wykonawcę protokół konieczności;
- § 12 ust. 2, zgodnie z którym do robót dodatkowych i zamiennych nie zalicza się robót, których wykonanie obejmuje uzgodniony zakres rzeczowy i standard wykonania;
- § 15 ust. 2, w którym uzgodniono, że wszelkie zmiany niniejszej umowy wymagają formy pisemnej w postaci aneksu pod rygorem nieważności.

W kontekście przywołanych wyżej postanowień umowy stron wypada zauważyć, że według utrwalonej linii orzeczniczej, jeżeli określone roboty nie zostały objęte zakresem rzeczowym umowy o roboty budowlane, a zostały wykonane na podstawie nieważnej dodatkowej umowy ustnej, a nadto służyły prawidłowej i kompleksowej realizacji całego zamówienia, to jakkolwiek wykonawca nie może skutecznie dochodzić roszczenia o wynagrodzenie na podstawie tej nieważnej umowy, nic nie stoi na przeszkodzie, by zasądzić na jego rzecz dodatkowe wynagrodzenie, odpowiadające rzeczywistej wartości robót dodatkowych - na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Zdarza się bowiem, że dochodzi do wykonania stanowiących korzyść dla zamawiającego prac dodatkowych, bez

dokonania przez strony stosownej zmiany umowy (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 2 lutego 2011 r. II CSK 414/10, z dnia 21 sierpnia 2013 r., II CSK 9/13, z dnia 21 lutego 2013 r. IV CSK 354/12, z dnia 7 lutego 2013 r. II CSK 248/12, z dnia 9 października 2014 r. I CSK 568/13, z dnia 19 marca 2015 r. IV CSK 368/14).

Przenosząc powyższe konstatacje na grunt niniejszej sprawy, należy stwierdzić, że w zasadzie wszystkie roboty dodatkowe, wykonane przez powoda, a wykraczające poza zakres rzeczowy umowy z dnia 1 czerwca 2009 r. ze zmianami wprowadzonymi do tej umowy aneksem nr (...) z dnia 18 czerwca 2009 r., zostały zrealizowane bez umownego umocowania, którym zgodnie z wolą stron mógł być tylko aneks do umowy, podpisany przez obie jej strony. Z tego też względu, formalnie rzecz biorąc, powód nie może skutecznie dochodzić roszczenia o wynagrodzenie za wykonanie tych prac na podstawie art. 647 k.c.

Należy jednak dostrzec także i to, że przytoczone postanowienia przedmiotowej umowy zabezpieczają przede wszystkim interesy pozwanego jako zamawiającego, gdyż w istocie rzeczy przyznają mu całkowitą dowolność decydowania o tym, czy wykonane przez wykonawcę roboty dodatkowe - wykraczające poza zakres umowy - niejako „zalegalizuje”, wyrażając zgodę na zmianę w tym zakresie umowy w formie pisemnej; niezależnie od tego, że były to prace służące prawidłowej i zgodnej ze sztuką budowlaną kompleksowej realizacji zadania inwestycyjnego, a tym samym przynoszące mu oczywistą korzyść.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, tego rodzaju klauzule nie mogą skutkować tym, że wykonawca zostanie pozbawiony możliwości rozliczenia - w oparciu także o inną podstawę prawną - zrealizowanych poza umową prac budowlanych, o ile zostały one podjęte w celu prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, z rzeczywistą korzyścią dla zamawiającego. Tej treści klauzule naruszają bowiem zasadę słuszności kontraktowej, a w konsekwencji zachodzą podstawy do ich kwalifikowania jako sprzecznych z zasadami współżycia społecznego, zarówno w rozumieniu art. 58 § 2 k.c., jak i art. 353<sup>1</sup> k.c.

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 29 października 2015 r. Sąd Apelacyjny uprzedził strony, że w niniejszej sprawie rozważa zastosowanie także przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

W realiach rozpoznawanej sprawy, rozliczenie stron niniejszego sporu wymagało zatem przede wszystkim ustalenia ogólnej sumy należności powoda wobec pozwanego, obejmującej wynagrodzenie ryczałtowe z umowy (obniżone z uwagi na niewykonanie lub wadliwe wykonanie części prac) oraz rzeczywistą wartość prac budowlanych wykonanych poza jej zakresem rzeczowym. Następnie należało ocenić zasadność potrąceń dokonanych przez pozwanego z różnych tytułów tak przed wszczęciem niniejszego postępowania, jak i po wniesieniu pozwu.

W tym miejscu należy zauważyć, iż procesowy ciężar udowodnienia tak zasadności, jak również wysokości kwot potrąconych z należności powoda spoczywał na pozwanym, zgodnie z ogólną regułą dowodową art. 6 k.c. Zarzut apelacji dotyczący tej kwestii jest zatem co do zasady trafny.

Należało przy tym mieć także na względzie, że rozliczenie części prac wykonanych przez powoda w budynku przy ul. (...) w O. było już przedmiotem prawomocnie zakończonego postępowania w sprawie V GC 32/12 Sądu Okręgowego w Olsztynie, w którym powód domagał się od pozwanego kwoty 129.352,70 zł za prace wykonane (poza umową) na parterze budynku, w związku z jego zalaniem w trakcie prowadzonych robót budowlanych. Postępowanie w tej sprawie zakończyło się ugodą, na mocy której pozwany zapłacił powodowi sumę 85.000 zł jako wyczerpującą jego roszczenia dochodzone w tej sprawie. Podobnie roszczenia pozwanego (w niniejszej sprawie) z tytułu niewykonania oraz wadliwego wykonania przez powoda (w niniejszej sprawie) części prac w tym budynku były przedmiotem prawomocnie zakończonego postępowania w sprawie V GC 107/13 Sądu Okręgowego w Olsztynie, w której uprawomocnił się wyrok zaoczny zasądający od (...) Spółka z o.o. w O. na rzecz (...) Spółki z o.o. w O. kwotę 200.000 zł tytułem naprawienia szkody spowodowanej wadliwym wykonaniem fasady szklano - aluminiowej budynku. Rozliczenie zatem stron niniejszego postępowania nie powinno uwzględniać roszczeń, będących przedmiotem wymienionych postępowań.

Sąd Apelacyjny, mając powyższe na uwadze, postanowieniem z dnia 18 marca 2015 r. uzupełnił w niniejszej sprawie postępowanie dowodowe, dopuszczając z urzędu dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa i kosztorysowania na okoliczność:

- zakresu i wartości robót dodatkowych i zamiennych wykonanych przez powoda, a nie objętych umową o roboty budowlane z dnia 1 czerwca 2009 r. ze zmianami wprowadzonymi do tej umowy aneksem nr (...) z dnia 18 czerwca 2009 r., z wyszczególnieniem prac wykonanych na podstawie zleceń pozwanego: z dnia 11 października 2009 r. (k. 80), z dnia 7 grudnia 2009 r. nr 1 (k. 77) i z dnia 21 grudnia 2009 r. (k. 185); oraz z wyłączeniem prac będących przedmiotem postępowania w sprawie V GC 32/12 Sądu Okręgowego w Olsztynie;

- wartości o jaką powinno zostać obniżone wynagrodzenie powoda z uwagi na niewykonanie lub wadliwe wykonanie prac według protokołów odbioru z dnia 21 września 2010 r. i 30 września 2010 r.; z wyłączeniem prac będących przedmiotem postępowania w sprawie V GC 107/13 Sądu Okręgowego w Olsztynie;

- czy wykonanie prac na podstawie wymienionych wyżej zleceń pozwanego przedłużyło wykonanie umówionego zakresu robót budowlanych.

W przedmiotowej sprawie biegły sporządził opinię podstawową z dnia 12 maja 2015 r. (k. 742-797); opinię uzupełniającą z dnia 3 marca 2016 r., w której ustosunkował się do zarzutów stron (k. 823 - 884), a także złożył pisemne (k. 919-926) i ustne wyjaśnienia (k. 928) do sporządzonych przez siebie opinii (k. 928-929).

W sprawie bezsporne było, że wynagrodzenie ryczałtowe powoda za wykonanie prac objętych umową wynosiło 1.930.000 zł i zostało ono zapłacone przez pozwanego do kwoty 1.819.696,60 zł. Tym samym do zapłaty pozostała część wynagrodzenia ryczałtowego w kwocie 110.303,40 zł.

W opinii podstawowej biegły stwierdził, że uzasadnione było obniżenie tego wynagrodzenia o łączną kwotę 115.191,17 zł w związku z niewykonaniem i wadliwym wykonaniem części prac budowlanych, co zostało stwierdzone w protokołach odbioru z dnia 21 września 2010 r. i 30 września 2010 r. (k. 753). Stanowisko to biegły podtrzymał i obszerniej uzasadnił także w opinii uzupełniającej (k. 836-837). W piśmie procesowym z dnia 8 kwietnia 2016 r. (k. 894-895) powód nie zgłaszał już zastrzeżeń do tej części opinii. Mając na uwadze konsekwentne w tej kwestii stanowisko biegłego oraz brak dalszych zarzutów powoda, Sąd Apelacyjny przyjmuje, że istniały podstawy do obniżenia wynagrodzenia wykonawcy o wyżej wskazaną kwotę.

Skoro zaś wynagrodzenie ryczałtowe nie zostało uregulowane tylko w zakresie 110.303,40 zł, to do dalszego rozliczenia między stronami pozostała z tego tytułu kwota 4.887,77 zł (115.191,17 - 110.303,40 zł), o którą należy pomniejszyć należności powoda z innych tytułów.

Biegły, wypowiadając się w przedmiocie zakresu i wartości robót wykonanych przez powoda poza zakresem rzeczowym umowy, określił ostatecznie w opinii uzupełniającej (k. 841), że wartość prac zleconych na podstawie:

- zlecenia z dnia 11 października 2009 r. wyniosła 167.265 zł,

- zlecenia z dnia 7 grudnia 2009 r. - 34.800 zł,

- zlecenia z dnia 21 grudnia 2009 r. - 16.955,13 zł.

Łącznie zatem rzeczywista wartość tych prac, według opinii biegłego, stanowiła sumę 219.020,13 zł, a po uwzględnieniu robót nie zrealizowanych z tych zleceń o wartości 4.024,62 zł, odpowiadała kwocie 214.995,51 zł (219.020,13 zł - 4.024,62 zł). Wobec braku zastrzeżeń stron do tej części opinii biegłego, Sąd Apelacyjny przyjmuje, że suma 214.995,51 zł podlega rozliczeniu między stronami postępowania.

Z opinii uzupełniającej (k. 837) wynika, że powód wykonał poza umową na parterze budynku prace posadzkarskie o powierzchni 95,829 m<sup>2</sup>, których równowartość nie była objęta ugodą stron w sprawie V GC 32/12. Wartość tych

prac wycenił na kwotę 37.824,27 zł. W piśmie procesowym z dnia 11 kwietnia 2015 r. (k. 898) pozwany lakonicznie stwierdził, że powyższe roboty objęte zostały ugodą sądową z dnia 26 lipca 2012 r., w której zostały rozliczone wszelkie prace wynikające z zalania budynku, w tym wymiana posadzek. W pisemnym wyjaśnieniu swojego stanowiska (k. 923) biegły podał, że przedmiotem postępowania w wymienionej sprawie były posadzki o powierzchni 169,431 m<sup>2</sup>, natomiast nie dotyczyło ono pozostałej powierzchni wynoszącej 95,829 m<sup>2</sup>. Sąd Apelacyjny przychylił się w tym zakresie do wersji biegłego, ponieważ została ona oparta na analizie dokumentów znajdujących się w aktach sprawy V GC 32/12, w tym kosztorysów powykonawczych, natomiast pozwany nie poparł swojego stanowiska żadnymi dowodami. W związku z powyższym Sąd przyjmuje do rozliczenia należność powoda z tego tytułu w kwocie 37.824,27 zł.

W opinii podstawowej biegły podał (k. 752), że powód wykonał także roboty dodatkowe o wartości 73.521,23 zł, na realizację których nie uzyskał akceptacji pozwanego w formie pisemnej. W opinii uzupełniającej (k. 926) wyjaśnił, że porównanie zakresu prac określonego w kosztorysie ofertowym z dokumentacją techniczną, rozliczone w kosztorysie opinii podstawowej wykazało, że nie ujęto do rozliczenia prac o w/w wartości. Stanowisko swoje w tym zakresie biegły skorygował na rozprawie apelacyjnej w dniu 23 czerwca 2016 r., stwierdzając, że kwotę 73.521,23 zł należy pomniejszyć o koszt usunięcia kolizji kabli w wysokości 10.316,57 zł oraz wykonania przyłącza telefonicznego o wartości 342,33 zł, uwzględniając w tym zakresie zastrzeżenia pozwanego. Mając na uwadze, że rozstrzygnięcie tej kwestii wymaga wiedzy specjalnej w zakresie kosztorysowania robót budowlanych, której ani Sąd, ani strony nie posiadają, Sąd Apelacyjny przychylił się do tej opinii, uznając ją za wiarygodną. Tym samym do dalszego rozliczenia przyjmuje należność powoda z tego tytułu w kwocie 62.862,33 zł (73.521,23 zł - 10.316,57 zł - 342,33 zł).

Podsumowując dotychczasowe rozważania, należy stwierdzić, że zaległość pozwanego w rozliczeniu robót budowlanych wykonanych poza umową przez powoda wynosiła 310.794,34 zł (214.995,51 zł + 37.824,27 + 62.862,33 zł - 4.887,77 zł).

Wymienioną sumę pomniejszają:

- bezsporne między stronami potrącenia wzajemnych wierzytelności pozwanego, tj. 13.605,82 zł z tytułu zużytych mediów i 7.000 zł z tytułu rozliczenia pobranej zaliczki;
- potrącenie kwoty 158.196,72 zł z tytułu kary umownej za 273 dni zwłoki w zakończeniu realizacji przedmiotu umowy (§ 10 ust. 1 pkt. 1.3 w zw. z ust. 5 umowy stron).

Wbrew stanowisku powoda, zasadność naliczenia tej kary nie budzi wątpliwości. Ma ona bowiem podstawę w postanowieniu umowy stron, a nadto rozmiar opóźnienia bezsprzecznie wynika z dokumentu prywatnego, jakim jest protokół odbioru. Powód natomiast nie zdołał w toku postępowania skutecznie wykazać, że przyczyny tego opóźnienia nie były przez niego zawinione, a w szczególności, iż przyczyną tak znacznej zwłoki była wyłącznie konieczność wykonania robót dodatkowych. Z opinii biegłego sądowego wynika bowiem, że przy prawidłowej organizacji pracy i zatrudnieniu odpowiedniej ilości pracowników czas wykonywania prac dodatkowych mógł wydłużyć proces inwestycyjny o zaledwie parę dni (k. 754).

Uwzględniając te potrącenia, trzeba stwierdzić, że powodowi przysługiwała wobec pozwanego wierzytelność w wysokości 131.991,80 zł (310.794,34 zł - 13.605,82 zł - 7.000 zł - 158.196,72 zł), odpowiadająca rzeczywistej wartości części robót dodatkowych, która do tej pory w żaden sposób nie została rozliczona i znajdująca oparcie w art. 405 k.c.

Należy jednak mieć na względzie, że pełnomocnik pozwanego w piśmie procesowym z dnia 3 września 2015 r. stanowiącym ustosunkowanie się do opinii biegłego sądowego z dnia 12 maja 2015 r. (k. 809-811), podniósł zarzut potrącenia z dochodzonego roszczenia między innymi kwoty 200.000 zł - zasądzonej na jego rzecz od powoda wyrokiem Sądu Okręgowego z dnia 25 września 2013 r., sygn. akt V GC 107/13 (k. 580). W orzecznictwie przyjmuje się, że podniesienie zarzutu potrącenia w piśmie procesowym jest równoznaczne ze złożeniem materialnoprawnego oświadczenia o potrąceniu, jeżeli takie oświadczenie nie zostało wcześniej złożone. Również



w przypadku zastępowania strony przez pełnomocnika procesowego założenie celowego działania mocodawcy w kierunku wygrania procesu pozwala przyjąć, że zakresem umocowania strona objęła także złożenie w jej imieniu określonego oświadczenia woli, jeżeli jest to niezbędne w ramach obrony jej praw w procesie (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2015 r., (...), LEX nr 1640245). Na rozprawie apelacyjnej w dniu 23 czerwca 2016 r. pełnomocnik pozwanego podtrzymał zarzut potrącenia tej kwoty.

Okoliczności sprawy wskazują, że oświadczenie o potrąceniu doszło do adresata, którym była powodowa spółka, o czym świadczy chociażby pismo z dnia 25 marca 2016 r., podpisane przez D. Z. - wiceprezesa jej zarządu (k. 891); w którym wniósł on o przedłużenie terminu do zgłaszania uwag do opinii biegłego z dnia 3 marca 2016 r. Przedmiotem zaś tej opinii było m. in. ustosunkowanie się do zarzutów pozwanego podniesionych w piśmie procesowym z dnia 3 września 2015 r., a więc w tym samym piśmie, w którym podniósł on zarzut potrącenia kwoty 200.000 zł, stwierdzonej prawomocnym wyrokiem.

Powyższe fakty wskazują, iż zarząd powodowej spółki był na bieżąco informowany o przebiegu procesu, a przy tym aktywnie uczestniczył w sporządzaniu pism procesowych spółki i znał treść pism przeciwnika procesowego. Pełnomocnik powoda nigdy zresztą nie zakwestionował dojścia oświadczenia o potrąceniu do adresata. W ocenie Sądu Apelacyjnego, doręczenie oświadczenia o potrąceniu było zatem skuteczne w świetle art. 61 k.c.

W tym stanie rzeczy należy uznać, iż wskutek potrącenia obu wymienionych wyżej wierzytelności uległy one wzajemnemu umorzeniu do wysokości wierzytelności niższej (art. 498 k.c.).

Z przytoczonych względów, apelacja powoda podlega oddaleniu, ponieważ zaskarżony wyrok ostatecznie odpowiada prawu (art. 385 k.p.c.).

O kosztach instancji odwoławczej orzeczono zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, wyrażoną w art. 98 k.p.c. O nieuiszczonych kosztach sądowych orzeczono na podstawie art. 113 ust. 4 u.k.s.c.

(...)