

Sygn. akt I ACa 1211/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 grudnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Robert Jurga
Sędziowie:	SSA Władysław Pawlak SSA Sławomir Jamróg (spr.)
Protokolant:	st.sekr.sądowy Urszula Kłosińska

po rozpoznaniu w dniu 3 grudnia 2014 r. w Krakowie na rozprawie
sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.
przeciwko (...) Ltd spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 4 czerwca 2014 r. sygn. akt IX GC 120/13

1. oddala apelację;

2. zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 2 700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt I ACa 1211/14

UZASADNIENIE

Strona powodowa (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. domagała się od strony pozwanej (...) Ltd. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. zapłaty kwoty 105 078 zł wraz z ustawowymi odsetkami i kosztami procesu.

Strona powodowa wskazała, że zawarła ze stroną pozwaną umowę na wykonanie robót palowych przy budowie ekranów akustycznych na autostradzie (...). Strona powodowa wykonała powierzone jej prace. Strona pozwana zapłaciła jedynie część należnego stronie powodowej wynagrodzenia odmawiając zapłaty kwoty dochodzonej pozwem i przedstawiając nieuzasadnione przyczyny odmowy zapłaty ww. kwoty.

W odpowiedzi na pozew strona pozwana (...) Ltd. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. uznała powództwo w zakresie kwoty 7953,10 zł, a w pozostałym zakresie wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu.

Strona pozwana podniosła, że powód wykonał zobowiązanie nienależycie, w wyniku czego strona pozwana poniosła szkodę i odszkodowanie z tego tytułu potrąca z należnościami strony powodowej w zakresie dochodzonym pozewem z wyjątkiem uznanej kwoty 7953,10 zł. Na wartość potrącenia składają się kwoty:

- 77 009,15 zł – tytułem tzw. ponadnormatywnego zużycia betonu – strona pozwana wyjaśniła, że łącząca ją umowa z generalnym wykonawcą (dalej w uzasadnieniu: GW) zakładała poziom normatywnego zużycia betonu ustalony w sposób umożliwiający wykonanie pracy z odpowiednim marginesem zużycia (15%). Podobne postanowienie umowne znalazło się w zleceniu dla strony pozwanej, wraz ze wskazaniem procedury, która winna być spełniona, gdy występują przesłanki zwiększonego zużycia betonu. Strona powodowa w trakcie wykonywania prac przekroczyła ustalone poziomy normatywnego zużycia betonu, nie zgłaszając tego faktu stronie pozwanej. W efekcie GW obciążył stronę pozwaną skutkami przekroczenia poziomu zużycia betonu i pomniejszył należne jej wynagrodzenie o wartość obciążenia. Strona pozwana wyodrębniła spośród wszystkich wypadków przekroczenia zużycia betonu te dostawy, które były przeznaczone na potrzeby zadania realizowanego wyłącznie przez stronę powodową i potrąciła ww. wartość przekroczenia z wynagrodzeniem strony powodowej;

- 12 461,82 zł – strona powodowa wadliwie wykonała prace poprawkowe na ekranach nr 4,8,9. W wyniku powstałych wad strona pozwana musiała zlecić usunięcie wad.

- 7653,25 zł – strona powodowa wadliwie wykonała wykop jednego z fundamentów, wskutek czego strona pozwana zmuszona była do zakupu nietypowych paneli.

Strona pozwana potrąciła wartość prac poprawkowych i zakupu nietypowych paneli z wynagrodzeniem należnym stronie powodowej.

Wyrokiem z dnia 4 czerwca 2014r. sygn. akt IX GC 120/13 Sąd Okręgowy w Krakowie zasądził od strony pozwanej (...) Ltd spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. na rzecz strony powodowej (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 28068,85 zł wraz z ustawowymi odsetkami od 30 stycznia 2012r. do dnia zapłaty (pkt I) i w pozostałym zakresie powództwo oddalił (pkt II), koszty pomiędzy stronami wzajemnie zniósł (pkt III) i nadał wyrokowi w punkcie I rygor natychmiastowej wykonalności do kwoty 7953,10zł (pkt IV).

Sąd Okręgowy ustalił, że strona pozwana zleciła stronie powodowej wykonanie robót palowych przy budowie przez stronę pozwaną ekranów akustycznych w ramach zadania budowy autostrady (...). Powierzone stronie powodowej prace zostały wykonane co do zasady w sposób prawidłowy z wyjątkiem incydentalnego niewłaściwego wymierzenia odległości pomiędzy niektórymi palami oraz wadliwego wykonania fundamentów palowania. Ponadto strona powodowa zużyła beton w ilości przekraczającej ustalone w zleceniu zużycie. Ww. ponadnormatywne zużycie betonu spowodowało obciążenie strony pozwanej kosztami betonu i obniżeniem należnego jej wynagrodzenia przez generalnego wykonawcę o kwotę 275 000 zł. Ponadnormatywne zużycie betonu w ilości 278,26m³ o wartości 77 009,15zł zostało wywołane zwiększonym zużyciem betonu przez stronę powodową, która zużywając zwiększone ilości betonu nie informowała o powyższym stronę pozwaną.

Stan faktyczny w sprawie Sąd ustalił na podstawie dokumentów, zeznań świadków i przedstawiciela strony pozwanej.

Przy tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał powództwo jako zasadne jedynie w części. Wprawdzie co do zasady stronie powodowej należało się wynagrodzenie za wykonane prace na podstawie art.647 k.c., jednakże częściowo zasadny był zarzut potrącenia. Zasadne było bowiem stanowisko pozwanej dotyczące przekroczenia normatywnych poziomów zużycia betonu i finansowych konsekwencji ww. przekroczenia. W zleceniu został wskazany zarówno poziom zużycia betonu, jak i procedura postępowania, gdy prace będą wymagały zwiększonego nakładu materiału budowlanego w postaci betonu. Nie można przyjąć, że mogły wystąpić naturalne przyczyny przekroczenia poziomu zużycia – np. niemożność wykorzystania w pełni dostarczonego betonu wskutek pozostawienia ich

w przewodach pompy betoniarki. Strony umowy to podmioty profesjonalne i mogły ocenić ustalone poziomy zużycia betonu w tym wartości naturalnych ubytków. Naturalne przyczyny zwiększonego zużycia betonu zostały uwzględnione, gdyż strony oraz generalny wykonawca w łączących je relacjach ustaliły margines 15% dodatkowego zużycia betonu. Tymczasem rzeczywiście wykorzystany beton przekroczył ten. margines dodatkowego zużycia.

(...) dostarczany był przez osobę trzecią tj przez generalnego wykonawcę. Większe zużycie betonu wywoływało dodatkowe koszty po stronie generalnego wykonawcę. Ten obciążył stronę pozwaną kosztami ponadnormatywnego zużycia betonu, uzasadnione jest więc z kolei obciążenie ww. kosztami rzeczywistego sprawcę ponadnormatywnego zużycia betonu, czyli stronę powodową w zakresie w jakim to ona doprowadziła do ww. ponadnormatywnego zużycia i w tym zakresie Sąd uwzględnił zarzut potrącenia i powództwo w tej części oddalił.

Sąd pierwszej instancji przyjął natomiast, że nie jest zasadny zarzut potrącenia kwot 12 461,82 zł tytułem prac poprawkowych i 7653,25 zł tytułem zakupu nietypowych paneli. Prace te zostały wykonane i odebrane, a strona pozwana nie domagała się wykonania poprawek w tym zakresie. Specyficzne warunki uzasadniają wykonywanie prac naprawczych bez wiedzy i udziału strony powodowej, tym bardziej, że jak zeznał świadek P. K., na odcinku którym kierował pracownicy strony powodowej usuwali usterki po ich zgłoszeniu. Mając powyższe na uwadze Sąd w punkcie I zasądził na rzecz strony powodowej tylko część dochodzonej należności. Jako podstawę rozstrzygnięcia o kosztach procesu Sąd powołał art. 100 k.p.c.

Apelację od tego wyroku wniosła strona powodowa, zaskarżając wyrok w części oddalającej powództwo i dotyczącej kosztów procesu.

Zarzuciła naruszenie :

1) przepisów prawa materialnego, w szczególności art. 471 k.c. w zw. z art.361 §1 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, iż doszło do nienależytego wykonania zobowiązania przez powoda i że spowodowało ono - w ramach adekwatnego związku przyczynowego - szkodę, która powinna zostać naprawiona, w konsekwencji czego uwzględnienie zarzutu pozwanego dotyczącego ponadnormatywnego zużycia betonu, mimo niewykazania przez pozwanego rzeczywiście poniesionej szkody, związku przyczynowego między nienależytym wykonaniem zobowiązania, a szkodą której naprawienia pozwany dochodził. Zdaniem apelującego w sytuacji gdy jedynymi dowodami przedstawionymi przez pozwanego na wystąpienie ww. przesłanek odpowiedzialności ex contractu były dokumentacja WZ, zestawienia dokumentacji WZ wykonane przez stronę pozwaną oraz pisma Generalnego Wykonawcy (...) SA (dalej GW) wskazujące, że (...) LTD sp. z o.o. przekroczyła zużycie betonu w ilości 469 m³, za co ciążyła na niej odpowiedzialność finansowa wobec Generalnego Wykonawcy, a zatem brak jest w aktach sprawy dowodów potwierdzających, iż nastąpiło nienależyte wykonanie umowy przez powoda i w ramach adekwatnego związku przyczynowego powstała po stronie pozwanej szkoda. Pozwany nie zaoferował żadnego dowodu wskazującego wysokość rzeczywiście poniesionej szkody w wyniku działania lub zaniechania Powoda, a nadto nie wykazał, że kwota objęta zarzutem ponadnormatywnego zużycia betonu powstała w wyniku czynności wykonywanych przez powoda. Pozwany nie wykazał bowiem wypadków przekroczenia zużycia betonu Przeznaczonego na potrzeby zadania realizowanego wyłącznie przez powoda, nie wykazał aby podpisanie przez dany podmiot dokumentu WZ odpowiadały faktycznie przez niego zużytej ilości betonu, nie wykazał, że dokumenty WZ uwzględnione przez niego do rozliczenia zostały podpisane przez pracowników powoda, natomiast przy sumowaniu dokumentów WZ nie uwzględnił ilości pali wykonanych przez powoda w tym samym okresie;

2) prawa materialnego, w szczególności art. 60 k.c. w zw. z art. 65§1 k.c. poprzez dokonanie przez Sąd błędnej interpretacji oświadczeń woli złożonych przez strony postępowania przy zawieraniu kontraktu z dnia 4 lipca 2011r., poprzez przyjęcie, iż kontrakt mógł stanowić podstawę odpowiedzialności powoda za zużycie betonu, podczas gdy z treści kontraktu przygotowanej przez stronę pozwaną wynika, że poód wykonuje prace z wykorzystaniem ,materiału (betonu) zlecniodawcy (...) LTD sp. z o.o., za transport tego materiału odpowiada strona pozwana a powód przyjmuje jedynie odpowiedzialność finansową za jednorazowe zamówienie betonu poniżej 2 m³, natomiast zużycie betonu większe niż 1,15 ma być zgłaszane ustnie oraz w raporcie dziennym, przy czym Zlecniodawca raporty te będzie

potwierdzał w ciągu 7 dni, a zatem można uznać, iż powód przyjął na siebie odpowiedzialność materialną za dostarczany przez Zamawiającego materiał (beton), w szczególności gdy Zamawiający dokonywał bieżącej kontroli zarówno wykonanych prac jak również wykorzystania dostarczonego materiału;

3) prawa materialnego, w szczególności art. 471 k.c. w zw. z 473 k.c. poprzez przyjęcie, iż powód ponosi pełną odpowiedzialność za zużycie betonu, a nie odpowiedzialność w zakresie określonym kontraktem, tj. bez przyjęcia dodatkowej odpowiedzialności materialnej za materiał dostarczany przez pozwanego, względnie GW;

4) przepisów prawa materialnego, w szczególności art. 60 k.c. poprzez dokonanie przez Sąd błędnej interpretacji treści dokumentów WZ, poprzez przyjęcie, iż podpisanie takiego dokumentu przez pracownika strony powodowej stanowić może oświadczenie woli skutkujące przyjęciem odpowiedzialności za dostarczony materiał (beton), w sytuacji gdy dokument WZ może stanowić co najwyżej oświadczenie wiedzy, potwierdzające, że dany rodzaj i ilość betonu została dostarczona na teren budowy, bez wyszczególnienia sposobu wykorzystania oraz podmiotu korzystającego z danej dostawy betonu;

5) obrazę przepisów prawa materialnego, w szczególności art. 362 k.c. w zw. z 354 k.c. poprzez przyjęcie przez Sąd wyłącznej odpowiedzialności powoda za wystąpienie ponadnormatywnego zużycia betonu przy wykonywaniu przez powoda prac w sytuacji, gdy pozwany tworząc kontrakt wiążący strony nie przewidział materialnej odpowiedzialności powoda za wystąpienie ponadnormatywnego zużycia betonu, dodatkowo gdy pozwany dokonywał bieżącej kontroli zużycia betonu, co potwierdza treść kontraktu oraz zeznania świadków, w tym kierownika budowy, a zatem stopień przyczynienia się pozwanego do powstania szkody powinien zostać uwzględniony przy rozstrzygnięciu o zasadności zgłoszonego przez pozwanego zarzutu oraz zasadności powództwa ;

6) prawa procesowego, w szczególności art. 232 k.p.c. poprzez przyjęcie, iż pozwany przedstawił w toku procesu dowody potwierdzające zasadność wyliczonego przez pozwanego roszczenia z tytułu ponadnormatywnego zużycia betonu oraz zasadność obciążenia powoda tak wykazaną szkodą , w sytuacji gdy jedynymi dowodami były twierdzenia pozwanego i dokumentacja WZ, zestawienia dokumentacji WZ wykonane przez stronę pozwaną oraz pisma Generalnego Wykonawcy (...) SA wskazujące, że (...) LTD sp. z o.o. przekroczyła zużycie betonu w ilości 469m³ , za co ciążyła na niej odpowiedzialność finansowa wobec Generalnego Wykonawcy;

7) przepisów prawa procesowego, w szczególności art. 207 § 6 k.p.c. jego niezastosowanie i niepominięcie twierdzeń i dowodów zawartych w piśmie pozwanego z dnia 7.02.2014r. mimo, że pozwany nie wykazał, iż zachodzi którakolwiek okoliczności uzasadniających uwzględnienie przez Sąd spóźnionych twierdzeń i dowodów, bowiem pozwany dokumentacją WZ dysponował od początku procesu, natomiast zaoferował ten wniosek z pominięciem terminów oznaczonych przez Sąd na zajęcie stanowisk i zgłoszenie ewentualnych twierdzeń i dowodów pod rygorem ich pominięcia;

8) prawa procesowego, w szczególności art. 231 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu na podstawie domniemania faktycznego, że strona powodowa ponosi odpowiedzialność materialną za ponadnormatywne zużycie betonu w wysokości wskazanej przez pozwanego, podczas gdy fakt stanowiący podstawę domniemania- że doszło do ponadnormatywnego zużycia betonu - nie został jednoznacznie ustalony, ponieważ zebrane w sprawie dowody świadczą jedynie, że podpis pracownika powoda na dokumencie WZ nie oznacza wykorzystania takiej ilości betonu przez Powoda (dokumenty WZ z podpisami pracowników powoda zostały zakwalifikowane przez pozwanego również jako „odrzucone z rozliczenia”), a z zeznań świadka J. K. wynikało, że pozwany dokonywał bieżącej kontroli zużycia betonu podczas której nie odnotował ponadnormatywnego zużycia;

9) przepisów prawa procesowego, w szczególności art. 231 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu , że z faktu obciążenia pozwanego kosztami ponadnormatywnego zużycia betonu przez Generalnego Wykonawcę wynika odpowiedzialność materialna powoda, podczas gdy wniosek taki jest sprzeczny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, bowiem zakres odpowiedzialności kontraktowej uregulowany pomiędzy pozwanym a

Generalnym Wykonawcą nie może, bez wyraźnego przyjęcia przez powoda przesądzać o jego odpowiedzialności finansowej w stosunku do pozwanego.;

10) prawa procesowego, w szczególności art. 328§2 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na niewskazaniu w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku materialno prawnej podstawy rozstrzygnięcia w zakresie oddalenia powództwa ponad kwotę 26068,85zł i uwzględnienia zarzutu pozwanego w tym przedmiocie, co uchyla się od kontroli instancyjnej.

W konsekwencji strona powodowa wniosła o zmianę wyroku w zaskarżonej części i zasądzenie na jej rzecz od pozwanego kwoty 77009,16zł z ustawowymi odsetkami od dnia 30 stycznia 2012r. oraz zasądzenie kosztów procesu za obie instancje w całości,

ewentualnie o uchylenie wyroku w tej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Strona pozwana wniosła o oddalenie apelacji i o zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Rozpoznając apelację Sąd drugiej instancji uznał za własne ustalenia Sądu Okręgowego i zważył co następuje:

W pierwszej kolejności należy wskazać, że treść uzasadnienia Sądu Okręgowego nie budzi wątpliwości. Zawiera ono ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowody, na których Sąd się oparł, i przyczyny, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej. Wyjaśniono także podstawy prawne wyroku. Sąd Okręgowy wprawdzie nie przytoczył wyraźnie przepisów prawa materialnego uzasadniających odpowiedzialność powoda za ponadnormatywne zużycie betonu, nie ma jednak wątpliwości, że upatrywał podstawy tej odpowiedzialności w przepisach o odpowiedzialności ex contractu.

Treść zlecenia robót k- 70 (lit. A akapit 5) jasno wskazuje, że ilość zamawianego betonu zależała od strony powodowej. Zlecenie określało, że strony ustaliły normę zużycia betonu na 1,15 wartości teoretycznej objętości pala a zużycie większe niż 1,15 miało być zgłaszane do kierownika robót. Strona powodowa nie wykazała by składała zastrzeżenia do treści tego zlecenia przyjęła więc na siebie wykonanie zobowiązania przy określonym normatywie zużycia betonu. Przekroczenie tego normatywu jest więc nienależytym wykonaniem zobowiązania. Pozwana nie wykazała okoliczności ekskulpujących. Nie wykazano by doszło do prac dodatkowych uzasadniających zużycie zwiększonej ilości betonu. Skoro więc strona powodowa potwierdzała pobranie betonu a jego ilość przekracza normę przyjętą w zleceniu to ponosi odpowiedzialność z tego tytułu względem strony pozwanej. Dowody powołane przez Sąd Okręgowy w tym także protokół z dnia 20 września 2012r. i wykaz pali fundamentowych stwierdzał fakt przekroczenia ilości betonu i wartość tego przekroczenia wynika z przedłożonego przez generalnego wykonawcę pisma kierowanego do strony pozwanej. Dokumenty prywatne są spójne i wskazują, że ogółem przekroczone zużycie betonu o 469m3 z czego 278,26 m3 dotyczy powoda.. Dowody WZ potwierdzają ilość pobranego przez stronę powodową betonu. Strona powodowa sama wnioskowała o zobowiązanie strony pozwanej do przedłożenia dokumentacji WZ. Ponadto zezwolenie na złożenie zestawień WZ złożonych przy piśmie z dnia 7 lutego 2014r. i zakreślenie dodatkowego terminu dla złożenia dodatkowych oświadczeń stanowiło przejaw dyskrecjonalne władzy sędziowskiej. Strona powodowa ostatecznie przyznała, że dokumenty WZ wskazują dostarczenie wskazanej ilości betonu. Nieczytelność podpisów pod dokumentem osoby potwierdzającej odbiór sam w sobie nie niweczy wiarygodności tych dokumentów, skoro powiązane były one z odpowiednim zamówieniem składanym przez stronę powodową. Ponadto fakt zużycia ponadnormatywnego wynika także zeznań świadka J. K. zeznającego o ilości ok. 270 kubików zużytych ponadnormatywnie przez stronę powodową. Nie ma znaczenia czy beton wskazany w dokumencie WZ odpowiadał ilości faktycznie zużytego betonu, względem ilości pali. To powoda bowiem obciążały zamówienia betonu i sposób jego zużycia. Stronę powodową obciążał więc dowód, że zwiększenie ilości betonu było konieczne dla prawidłowego wykonania zobowiązania. Jeżeli nie wykazano, że pobrany beton zużyto na prace dodatkowe nie przewidziane projekcie, to należy przyjąć, że albo beton został zużyty w związku z realizacją umowy albo też że powód zużył beton w inny sposób lub go utracił. Jeżeli więc umowa przewidywała normę zużycia betonu i zawierała odpowiedni margines to przekroczenie tego marginesu tworzy domniemanie nienależytego wykonania zobowiązania. Na powodzie ciążył więc ciężar dowodu, że zużycie betonu ponad normę przyjętą w zleceniu zaakceptowanym przez powoda

wynikało z okoliczności nie leżących po jej stronie. Zeznający o możliwych przyczynach świadek K. R. k-28 akt Cps 51/13 spekulował o możliwych przyczynach wynikających ze struktury gruntu czy zamieszczenia ilości pali. Świadek ten zeznał, że Firma (...) kontrolowała na bieżąco zużycie betonu. Podobnie zeznawała świadek K. B.. Dysponując więc listą WZ strona powodowa miała możliwość wykazywania odbioru innej ilości betonu niż ustalona przez Sąd Okręgowy na podstawie dowodów zaoferowanych przez pozwaną. Świadek B. zaś zeznał, że nie posiadają oni własnego zestawienia zużytego betonu. Obiektywnie zużyto większą ilość betonu niż wynikała z projektu. Powód nie zgłaszał stronie pozwanej zwiększonego zużycia a ta nie mogła wystąpić do generalnego wykonawcy o zwiększenie ilości betonu z uwagi na np. warunki gruntowe. Ocena więc dowodów dokonana przez Sąd pierwszej instancji nie była nielogiczna i nie naruszała zasad swobodnej oceny dowodów. Nie doszło więc do naruszenia art. 233§1k.p.c. Strona powodowa nie składała też żadnych wniosków dowodowych wskazujących, że przyjęty w zleceniu a w konsekwencji w umowie margines dodatkowego zużycia betonu był zbyt mały. Słusznie strona powodowa zwraca uwagę na określony w art. 354 k.c. sposób wykonania zobowiązania. Trudno przyjąć, że zleceniodawca przyjmie na siebie nieograniczone zużycie materiałów stosowanych przez wykonawcę przy wykonaniu zobowiązania. Temu służyło określenie norm zużycia. Niewątpliwie jest, że te normy przekroczone. Nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 60 k.c. i art. 65 k.c. Strona powodowa nie wskazywała by treść umowy odbiegała od literalnej treści zamówienia. W takim przypadku to wykładnia językowa ma wiodące znaczenie. Wykładnia ta prowadzi do przyjęcia, że elementem istotnym dla stron było ustalenie normy zużycia betonu. Opłaty dodatkowe za zamówienie poniżej 2m³ powiązane było z kwestia zamówienia minimalnego, słusznie więc strona pozwana wiąże to postanowienie z obciążeniem opłatami dodatkowym związanymi z kosztami transportu a nie przekroczeniem norm zużycia. Logiczne jest więc, że prawidłowe wykonanie zobowiązania powinno prowadzić do zużycia normatywnego. Przekroczenie tej normy winno być zgłaszane przez wykonawcę co w tym przypadku również nie zostało zrealizowane. Strona powodowa nie wykazała też, że dokumentacja projektowa przekazana wykonawcy była nieprawidłowa tj np. zaniżała zbytnio poziom zużycia betonu. Skoro więc wynagrodzenie dla głównego wykonawcy zmniejszono o wartość ponadnormatywnego zużycia betonu brutto to strona powodowa odpowiada względem pozwanej w części w jakiej obciążenie pozwanej przez generalnego wykonawcę dotyczyło ponadnormatywnego betonu zamawianego i odebranego przez stronę powodową.

Nie budzi wątpliwości, że w takim wypadku podstawę odpowiedzialności za ponadnormatywne zużycie betonu przy wykonaniu zobowiązania z tytułu robót budowlanych stanowi art. 471k.c. (por. wyrok Sadu Najwyższego z dnia z dnia 25 kwietnia 2008 r. II CSK 613/07 LEX nr 420867). Skoro więc strona pozwana została obciążona wartością betonu i Generalny Wykonawca obniżył z tej przyczyny jej to poniosła ona szkodę na skutek zmniejszenia jej wynagrodzenia o kwotę 91800zł netto k-148. Niewątpliwie strona pozwana również winna była czuwać nad zużyciem betonu, konsekwencje zaniechania w tym względzie również ją obciążają skoro zużycie ponadnormatywne na całej budowie dochodziło do ponad 400m³ co wynika z pisma Głównego wykonawcy k-148 i co potwierdził także świadek M. G.. Strona pozwana została także obciążona zużyciem betonu. Powód nie wykazał przesłanego do miarkowania odszkodowania należnego pozwanej. Pozwana mogła więc obciążyć pozwanego obowiązkiem pokrycia szkody wynikającej z wyliczenia zużycia betonu ponad przyjęte normy powiązane ze sposobem wykonania zobowiązania przez powoda.. Mogła więc dokonać potrącenia z należnościami dochodzonymi w pozwie tym bardziej, że wzywano stronę powodową do zapłaty z tego tytułu choćby poprzez wystawienie faktury. Nie była to wprawdzie sprzedaż betonu i może budzić wątpliwości podstawa jej wystawienia to jednak doręczenie faktury stanowiło wezwanie do zapłaty wierzytelności więc nadawały się do potrącenia jako wymagalne. Strona pozwana została obciążona przez generalnego wykonawcę wartością betonu według ceny 225zł netto za m³. Należność z uwzględnieniem VAT stanowiła wartość betonu dostarczonego przez Generalnego Wykonawcę, który w ten sposób poniósł uszczerbek przerzucony na stronę pozwaną. Wartość tego obciążenia określa szkodę pozwanej stąd zasadnie obciążono stronę powodową za ponadnormatywne zużycie beton w ilości 278,26 m³ według wyliczenia 278,26x 225zł =62608,25złx123%=77008,20zł, o która obniżono kwotę dochodzoną pozwym. Strona powodowa nie podnosiła żadnych zarzutów co do prawidłowości wyliczenia VAT jak też nie wskazywała, że strona pozwana mogła odliczyć VAT co mogłoby zostać uwzględnione według zasady compensatio lucri cum damno. Powyższe oznacza bezzasadność apelacji. Wobec powyższego Sad Apelacyjny oddalił apelację na podstawie art. 385 k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98§1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 391§1 k.p.c., przy uwzględnieniu (§6 pkt6 §12 ust. 1 pkt.2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności

radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. z 2013 r. poz. 490 t.j.).