

Sygn. akt *I AGa 243/18*

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 lutego 2019 r.

**Sąd Apelacyjny w Poznaniu I Wydział Cywilny**

w składzie:

Przewodniczący: SSA Jacek Nowicki

Sędziowie: SA Ewa Staniszevska /spr./

del. SO Maciej Rozpędowski

Protokolant: st. sekr. sąd. Katarzyna Kaczmarek

po rozpoznaniu w dniu 19 lutego 2019 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

**w K.**

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

**o zapłatę**

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 9 stycznia 2018 r. sygn. akt IX GC 748/17

**I. zmienia zaskarżony wyrok i:**

- 1. zasądza od pozwanego na rzecz powoda 145.140 zł (sto czterdzieści pięć tysięcy sto czterdzieści złotych) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od kwoty 118.000 zł od dnia 1 kwietnia 2017 r. do dnia zapłaty i od kwoty 27.140 zł od dnia 8 grudnia 2017 r. do dnia zapłaty,**
- 2. oddala powództwo w pozostałej części,**
- 3. koszty procesu rozdziela stosunkowo obciążając nimi powoda w 40% a pozwanego w 60 % i na tej podstawie zasądza od pozwanego na rzecz powoda 9.387 zł,**

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

**III. koszty postępowania apelacyjnego rozdziela stosunkowo obciążając nimi powoda w 40% a pozwanego w 60% i na tej podstawie zasądza od pozwanego na rzecz powoda 8.847 zł.**

Maciej Rozpędowski Jacek Nowicki Ewa Staniszevska

Sygn. akt I A Ga 243/18

# UZASADNIENIE

Powód (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w K. wniósł o zasądzenie na swoją rzecz od pozwanego (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. kwoty 118.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 kwietnia 2017r. do dnia zapłaty oraz kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego w wysokości czterokrotności stawki minimalnej.

W dniu 14 czerwca 2017r. Sąd wydał w postępowaniu upominawczym nakaz zapłaty

o treści zgodnej z żądaniem pozwu (k. 40).

W ustawowym terminie pozwany wniósł sprzeciw od powyższego nakazu zapłaty, zaskarżając orzeczenie w całości i wnosząc o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów procesu według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwany podniósł, że żądana przez powoda kwota z tytułu wykonania zastępczego mieści się w niezapłaconej przez powoda cenie sprzedaży działki nr (...). Podniósł również, że powód nie wykazał, aby faktycznie uiścił kwotę wskazaną pozwie lub chociażby został obciążony taką kwotą przez spółkę Grupa (...) Sp. z o.o. (k. 52-53).

Oświadczeniem złożonym na rozprawie w dniu 21 listopada 2017r., sprecyzowanym

w treści pisma procesowego z dnia 27 listopada 2017r., pełnomocnik powoda rozszerzył powództwo o kwotę 122.876 zł należności głównej, domagając się ostatecznie zasądzenia od pozwanego na swoją rzecz kwoty 240.867 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 kwietnia 2017r. do dnia zapłaty.

W uzasadnieniu powód wskazał, że kwota dochodzona pozwem opierała się na hipotetycznym, wynikającym z oferty handlowej, wyliczeniu kosztów niezbędnych prac. Po zleceniu wykonania robót innym podmiotom i przystąpieniu do wykonywania prac okazało się jednak, że koszty realizacji rozbiórki są faktycznie wyższe. Wyniosły one ostatecznie 240.867zł.

Wyrokiem z dnia 9 stycznia 2018 r. Sąd Okręgowy oddalił powództwo i orzekł

o kosztach procesu.

W uzasadnieniu wyroku Sąd powołał się na następujące ustalenia i wnioski prawne.

Powód (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w K. prowadzi działalność gospodarczą polegającą m.in. na budowie sklepów i wynajmie nieruchomości, dla spółki która prowadzi działalność pod szyldem marketów (...).

Przedmiotem działalności pozwanego (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. jest między innymi rozbiórka i burzenie obiektów budowlanych oraz szereg czynności związanych z nieruchomościami.

W dniu 9 lipca 2015r. strony zawarły w formie aktu notarialnego przedwstępną umowę warunkową sprzedaży prawa użytkownictwa wieczystego do części działki, która miała powstać z podziału działki nr (...) o powierzchni 0,4659 ha, położonej w obrębie H., objętej księgą wieczystą KW nr (...), a także prawa własności położonych na tym gruncie budynków i urządzeń. Wskazany powyżej akt notarialny, w II części zawierał umowę stron o roboty budowlane – rozbiórkę.

W ramach tej umowy pozwany – jako wykonawca – zobowiązywał się do wyburzenia, znajdujących się na ww. części działki, nasypu kolejowego i wiaduktu kolejowego w terminie 2 miesięcy od otrzymania prawomocnego pozwolenia na rozbiórkę.

W dniu 7 lipca 2016r. strony zawarły, w formie aktu notarialnego, przyrzeczoną umowę sprzedaży prawa użytkowania wieczystego działki gruntu oznaczonej w ewidencji gruntów numerem geodezyjnym (...) o powierzchni 0,2310 ha, położonej w obrębie H., jednostka geodezyjna R. oraz prawa własności wiaduktu II nad ulicą (...) oraz drogi kolejowej, na gruncie tej działki posadowionych, stanowiących odrębny od gruntu przedmiot własności, objętych księgą wieczystą KW nr (...).

W dniu 7 lipca 2016r. został również sporządzony, w formie aktu notarialnego, aneks do umowy o roboty budowlane z dnia 09 lipca 2015r. Na podstawie zmienionego tym aneksem § 11 umowy o roboty budowlane pozwany zobowiązywał się do wykonania rozbiórki budynków, budowli do poziomu „zerowego” na podstawie pozwolenia na rozbiórkę uzyskanego przez wierzyciela co do terenu działek: nr (...) położonych

w obrębie H., w tym także wycinki drzew na działce nr (...), zgodnie z decyzją nr (...) Prezydenta Miasta R.. W nowym brzmieniu § 14 wskazano, że prace mają być wykonane w terminie 2 miesięcy od daty uzyskania ostatecznej decyzji w sprawie zgody na wycinkę drzew na działce nr (...).

Pozwany nie wywiązał się w całości z zobowiązania polegającego na wykonaniu prac rozbiórkowych na działce nr (...) w umówionym terminie, w tym wykonania rozbiórki nasypu. W związku z tym powód, pismem z dnia 23 stycznia 2017r., wezwał pozwanego do wykonania tych prac w terminie tygodnia, pod rygorem odstąpienia od umowy, powierzenia jej wykonania innemu podmiotowi na koszt i ryzyko pozwanego.

W odpowiedzi, pismem z dnia 1 lutego 2017r., pozwany poinformował powoda, że rozpoczął wykonywanie rozbiórki nasypu kolejowego, jednak z uwagi na bardzo niskie temperatury prace musiały zostać wstrzymane do czasu wystąpienia temperatur wyższych.

W związku z powyższym pozwany zwrócił się do powoda o przedłużenie terminu wykonania rozbiórki.

Pismem z dnia 13 lutego 2017r. powód wezwał pozwanego do wskazania ostatecznego terminu zlikwidowania nasypu kolejowego i rozbiórki wiaduktu kolejowego.

W odpowiedzi na powyższe pismo, pismem z dnia 1 marca 2017r., pozwany zwrócił się do powoda o przedłużenie terminu wykonania rozbiórki do dnia 30 maja 2017r.

W treści pisma z dnia 24 marca 2017r. powód wezwał pozwanego do ostatecznego wykonania rozbiórki nasypu i wiaduktu w terminie 3 dni od otrzymania wezwania, pod rygorem powierzenia jego wykonania innemu podmiotowi na ryzyko i koszt pozwanego.

W treści kierowanego do powoda pisma z dnia 13 kwietnia 2017r. pozwany wskazał, że umowa zawarta pomiędzy stronami nie przewiduje uprawnienia do wykonania zastępczego.

Jeszcze w trakcie trwania korespondencji pomiędzy stronami powód rozpoczął poszukiwania wykonawcy, który miałby wykonać zobowiązanie wcześniej nałożonego na powoda. W ten sposób w dniu 09 marca 2017r. uzyskał ofertę od firmy Grupa (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w R. dotyczącą wykonania przedmiotowych prac za cenę 118.000 zł.

Faktycznie prace rozbiórkowe na działce nr (...), zleczone przez powoda podmiotom trzecim, zostały wykonane już po wytoczeniu pozwu w niniejszej sprawie.

W związku z tymi pracami oraz czynnościami im towarzyszącymi, w okresie od 26 maja 2017r. do 4 września 2017r. zostały wystawione przez te podmioty trzecie w ciężar powoda faktury na łączną kwotę 240.867,00 zł.

Sąd podkreślił, że przedmiotem roszczenia dochodzonego w niniejszej sprawie było żądanie powoda dotyczące zwrotu na jego rzecz kwot poniesionych w związku ze zleceniem czynności związanych z wykonaniem prac rozbiórkowych na działce nr (...) położonej

w obrębie H. w R., tj. prac do których pierwotnie został zobowiązany pozwany na podstawie zawartej pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane z dnia 9 lipca 2015r.

Skutki zwłoki dłużnika w odniesieniu do zobowiązań, których przedmiotem jest jego świadczenie polegające na czynieniu lub zaniechaniu Kodeks cywilny traktuje w szczególności sposób, uprawniając wierzyciela do wykonania zastępczego.

Bezpośrednią podstawę prawną uprawnienia wierzyciela do wykonania zastępczego,

w przypadku świadczenia polegającego na czynieniu, stanowi art. 480 § 1 i 3 k.c. Treść paragrafu 1 powyższego przepisu wskazuje, że podjęcie przez wierzyciela czynności w ramach wykonania zastępczego jest zasadniczo uzależnione od upoważnienia sądu, za czym przemawia wzgląd na ochronę uzasadnionych interesów dłużnika. Stosowna ocena sądu co do oczekiwań wierzyciela i wywarzenie wszystkich okoliczności, które towarzyszyły umowie i sytuacji obu stron zobowiązania w sytuacji zwłoki dłużnika zapobiega podejmowaniu przez wierzyciela działań o charakterze represyjnym.

Przedstawione powyżej względy uzasadniały ograniczenie wykonania zastępczego wierzyciela na koszt dłużnika bez zgody sądu do „wypadków nagłych”, co znalazło odzwierciedlenie w treści art. 480 § 3 k.c. Okolicznościami upoważniającymi wierzyciela do wykonania zobowiązania bez upoważnienia sądu będą zatem zdarzenia nadzwyczajne (np. awaria), w których niepodjęcie wymaganych czynności będzie groziło niebezpieczeństwem zwiększenia rozmiaru lub nawet powstania nowej szkody. Wykonanie zobowiązania w takich okolicznościach odbywa się na ryzyko wierzyciela, który musi udowodnić nadzwyczajność sytuacji, która upoważnia go do działania bez uprzedniego upoważnienia.

Okolicznością bezsporną było, że powód nie wystąpił o upoważnienie Sądu do wykonania zastępczego świadczenia wynikającego z umowy stron o roboty budowlane z dnia 9 lipca 2016r. Jednocześnie powód nie wykazał określonej w treści art. 480 § 3 k.c. przesłanki wykonania zastępczego bez zgody Sądu, tj. wystąpienia „wypadku nagłego”.

W treści pozwu powód podnosił, że w odniesieniu do niniejszej sprawy taki wypadek wystąpił, albowiem dalsze oczekiwanie narażałoby go na ogromne straty finansowe, wstrzymanie innych prac (opóźnienie w uruchomieniu marketu, itp.). Zauważyć należy jednak, że powyższe twierdzenia powoda były bardzo enigmatyczne i nieskonkretyzowane. Co więcej, powód nie przedstawił na powyższe okoliczności dostatecznych dowodów. W treści pozwu powód podawał wprawdzie, że – w razie zaprzeczenia – na powyższą okoliczność wskaże świadków. Pomimo jednak zakwestionowania powództwa przez pozwanego, nie uczynił tego w toku trwania procesu. W treści pisma z dnia 07 sierpnia 2017r. powód zawarł wprawdzie wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków M. S. i M. N., jednakże świadkowie powyżsi powoływani byli na zupełnie inne okoliczności, aniżeli zaistnienie nagłego wypadku uzasadniającego wykonanie zastępcze. W rezultacie jedynym środkiem dowodowym zaoferowanym przez powoda na omawianą okoliczność był dowód z jego własnych zeznań. Dowód ten nie mógł zostać jednak uznany za wystarczający. W myśl treści art. 299 k.p.c. dowód z przesłuchania stron jest bowiem jedynie dowodem posiłkowym, dopuszczalnym tylko wtedy, gdy nie można istotnych dla sprawy okoliczności wyjaśnić innymi dowodami, a w szczególności dowodami z dokumentów i zeznaniami świadków. Sąd podkreślił, że jak podkreśla się w orzecznictwie, dozwoloną samopomoc z art. 480 § 3 k.c. stosować można jedynie w wypadkach nagłych, a zatem takich, gdy wierzycielowi grozi niepowetowana strata, gdy świadczenie późniejsze utraci dla wierzyciela znaczenie lub gdy z innych uzasadnionych przyczyn nie może on czekać na prawomocne rozstrzygnięcie sądu. Tylko wówczas wierzyciel ten może dokonać czynności lub usunąć to, czego dłużnik wbrew zobowiązaniu dokonał na koszt dłużnika. Tylko wtedy bowiem uzasadnione jest odstąpienie od zasady kontroli sądowej nad działaniami wierzyciela w celu ochrony dłużnika przed nadmiernym obciążeniem.

Treść przedstawionego powyżej wniosku potwierdza treść przedłożonych przez powoda faktur i profaktur. Sąd zwraca uwagę fakt, że przedłożone przez powoda faktury pochodzą one z okresu od lipca do sierpnia 2017r. oraz dodatkowo z czerwca 2017r. – jedna faktura, września 2017r. – jedna faktura. W maju 2017r. (w dniu 26 maja) wystawiona została jednie faktura nr (...) dotycząca przygotowania placu budowy. Okoliczności powyższe prowadzą do wniosku, że w dacie

wytoczenia pozwu (maj 2017r.) prace nie były w ogóle wykonane, a powód domagał się już zwrotu kosztów wykonania zastępczego. Okoliczność ta potwierdza wniosek, zgodnie

z którym powód nie działał w sytuacji „nagłego wypadku”.

W odniesieniu do ocenianego roszczenia zwrócił też uwagę na wysokość dochodzonego żądania oraz okoliczności poniesienia wskazanych przez powoda kosztów. Zauważyć należy, że powód przedstawił jedynie faktury przelewowe i profaktury na szereg prac i usług o dużo wyższej wartości, aniżeli wartość prac rozbiórkowych wynikająca z przedstawionej powodowi przez Grupę (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w R. ofert techniczno – handlowej z dnia 9 marca 2017r.

W konsekwencji Sąd uznał, że powód nie dowiódł ani tego, że przedstawione faktury dotyczą robót, które pierwotnie miał wykonać w ramach umowy stron pozwany, ani też faktycznego poniesienia kosztów, które przedłożone faktury miały dokumentować.

Powyższy wyrok zaskarżył w całości powód zarzucając:

I.naruszenie przepisów prawa procesowego, mające wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, tj.

a/ art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku powoda

o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków M. S. i Z. O., mimo iż wnioski te zostały zgłoszone na okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, tj.

w szczególności ustaleń stron i rozmów między stronami, podczas których strona powodowa wielokrotnie wskazywała, co zamierza zrobić z nieruchomością, i że zależy jej na szybkim przeprowadzeniu robót oraz o ewentualnych konsekwencjach braku dotrzymania terminu,

b/ art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. w zw. z art. 299 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku powoda o przeprowadzenie dowodu z zeznań strony powodowej (aktualnego członka zarządu), mimo iż wniosek ten został zgłoszony na okoliczność istotną dla rozstrzygnięcia sprawy, tj.

w szczególności ustaleń stron i rozmów między stronami, podczas których strona powodowa wielokrotnie wskazywała, co zamierza zrobić z nieruchomością, i że zależy jej na szybkim przeprowadzeniu robót, konieczności zlecenia wykonawstwa zastępczego i wystąpienia nagłego wypadku, a w świetle przepisów regulujących postępowanie cywilne nie można zgodzić się ze stanowiskiem Sądu, jakoby dowód z zeznań strony, nawet jeśli ewentualnie byłby to jedyny dowód, musi być zawsze uznany za niewystarczający,

c/ art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną i sprzeczną zasadami doświadczenia życiowego ocenę dowodów, polegającą na przyjęciu, że powód dowiódł tego, że przedstawione faktury dotyczą robót, które pierwotnie miała wykonać w ramach umowy strona pozwana, ani faktycznego poniesienia tych kosztów, mimo iż do części faktur dołączono protokoły zamówienia usługi, protokoły odbioru wykonania prac czy szkice pomiaru ze wskazaniem adresu robót, w niektórych fakturach znajdował się szczegółowy opis usługi i powód szczegółowo wyjaśnił z czego wynika różnica w wartościach między fakturami

a rozszerzeniem powództwa, a wniosek pozwanej o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia innej wartości robót został przez Sąd pominięty, a sam fakt wystawienia faktur VAT przez kontrahentów powoda skutkuje obciążeniem jej danymi świadczeniami w postaci obowiązku zapłaty wynagrodzeń, co odpowiednio pomniejszyło majątek powódki,

d/ art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez pominięcie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, który - jeśli pozwana kwestionowała udokumentowane fakturami i innymi dokumentami koszty robót - był istotny dla rozstrzygnięcia sprawy;

II. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 480 § 3 k.c. poprzez jego błędną wykładnię, skutkującą przyjęciem, że w niniejszym stanie faktycznym nie zaszedł „nagły wypadek”, o którym mowa w tym przepisie, mimo iż zebrany w sprawie materiał dowodowy, jak również dowody, które powinny zostać na wniosek powódki przeprowadzone, wskazywały na zaktywizowanie się uprawnienia powoda do zlecenia wykonawstwa zastępczego bez upoważnienia sądu bowiem powyższe zajęłoby co wynika z zasad doświadczenia życiowego co najmniej okres kilku lat.

W tym stanie rzeczy wniósł o:

I. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

1/ zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kwoty 240.867 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 kwietnia 2017r. do dnia zapłaty,

2/ zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości czterokrotności stawki minimalnej wraz z opłatą skarbową od pełnomocnictwa,

ewentualnie wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania;

II. zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kosztów procesu przed Sądem II instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych;

III. rozpoznanie, na podstawie art. 380 k.p.c., postanowień Sądu w przedmiocie oddalenia wniosków dowodowych powódki oraz o przeprowadzenie, na podstawie art. 382 k.p.c., tych dowodów, tj. dowodu z zeznań zawnioskowanych świadków i strony powodowej, jak również z ostrożności dowodu z opinii biegłego, jako możliwego sposobu zweryfikowania udokumentowanych przez powoda kosztów wykonawstwa zastępczego, jeśli pozwana je kwestionuje;

IV. przeprowadzenie, na podstawie art. 382 k.p.c., dowodu z załączonych dokumentów na okoliczność poniesienia wykazanych przez powoda kosztów wykonawstwa zastępczego oraz grożących powódce poważnych strat finansowych w przypadku niezrealizowania inwestycji

w przewidzianym terminie.

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

Sąd II instancji jest stosownie do treści art. 382 k.p.c. sądem merytorycznym, który orzeka na podstawie materiału zabranego w postępowaniu przez sądem pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. O ile naruszenie przepisów prawa procesowego bierze pod uwagę jedynie na zarzut apelującego, o tyle jak każdy sąd, z urzędu bierze pod rozagę prawidłowe stosowanie przepisów prawa materialnego w okolicznościach faktycznych sprawy.

Jak słusznie stwierdził Sąd I instancji, okoliczności faktyczne odnośnie do zawartych przez strony umów, nie wywiązania się przez pozwanego w całości z prac rozbiórkowych na działce nr (...), wezwań powoda o ich dokończenie, a w końcu wykonania pozostałych robót przez podmioty trzecie działające na zamówienie powoda – były w sprawie niesporne. Ustalenia Sądu I instancji w tym zakresie Sąd Apelacyjny przyjął więc za własne. Uzupełnić je jedynie należy o ustalenie, że w umowie o roboty budowlane z dnia 7.07.2016r. strony zgodnie przyjęły, że część robót rozbiórkowych, mianowicie związanych z działką (...) została już wykonana, a nadto że z umówionego wynagrodzenia w kwocie 615.000 zł brutto pozostała powodowi do zapłaty kwota 246.000 zł brutto.

Należność ta została zapłacona w dniu 11.01.2017r. na konto komornika sądowego po zajęciu tejże wierzytelności w postępowaniu egzekucyjnym o sygn. KM 1246/16 (dowód : przelew k- 86).

Z treści umów jasno wynika, że strony łączyła umowa o roboty budowlane. Jej przedmiotem było wykonanie rozbiórki budynków, budowli (wiaduktu kolejowego, nasypu kolejowego) do poziomu zerowego.

Charakter łączącej strony umowy czynił zbędnym poszukiwanie podstaw do zastępczego wykonania części robót w treści art.480 k.c.

Zgodnie bowiem z treścią art. 656 § 1 k.c. do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przez ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. Na podstawie tego przepisu do robót budowlanych znajduje także odpowiednie zastosowanie art. 636 § 1 k.c., w myśl którego jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może od umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie.

Przepis z art. 636 § 1 k.c. w części, w której mowa w nim o prawie zamawiającego do powierzenia dalszego wykonania innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie, jest przepisem szczególnym w stosunku do przepisu z art. 480 k.c. Do jego zastosowania są konieczne i jednocześnie wystarczające wyłącznie przesłanki w nim wskazane.

Wykonywanie dzieła w sposób sprzeczny z umową w rozumieniu art. 656 § 1 k.c. i art. 636 § 1 k.c. to także naruszenie przez wykonawcę uzgodnień co do przebiegu prac, pozostawanie w zwłoce z zakończeniem robót.

Niewątpliwie pozwany nie wykonywał należycie robót tj. w terminach ustalonych najpierw w umowie z dnia 9 lipca 2015r., następnie w umowie z dnia 7 lipca 2016r., a w końcu także po upływie umówionego. Powód wezwał wykonawcę do dokończenia robót już pismem z dnia 23 stycznia 2017r., następnie pismem z dnia 13 lutego 2017r. oraz pismem z dnia 24 marca 2017r doręczonym pozwanemu w dniu 31 marca 2017r. (k – 33). Wprawdzie w tym ostatnim jest mowa o 3 dniach od doręczenia pisma, to w istocie licząc od pierwszego wezwania inwestor udzielił wykonawcy dalszego ok. dwumiesięcznego terminu do dokończenia robót.

Skoro spełnione były przesłanki z art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 636 § 1 k.c. do powierzenia przez powoda dokończenia robót innej osobie na koszt wykonawcy, to bezzasadnie Sąd I instancji oddalił powództwo z braku przesłanek z art. 480 § 3 k.c. Przepis ten w sprawie nie miał zastosowania i dla oceny tej obojętny był fakt odwoływania się do jego treści przez samego powoda. Jak już wyżej wskazano rzeczą sądu jest stosowanie przepisów prawa materialnego.

Jak słusznie podniósł skarżący rodzaj, zakres i miejsce robót wykonanych zastępczo przez osoby trzecie wynikają z przedłożonych przez powoda : opisanych przedmiotowo faktur i towarzyszących im dokumentów jak raporty dzienne, zamówienia, protokoły odbioru czy decyzja administracyjna o zgodzie na czasowe zajęcie pasa drogowego. Roboty te korespondują z przedmiotem robót przewidzianym w umowie z pozwanym na działce (...). Zresztą łatwy do ustalenia przez stronę przeciwną fakt ostatecznego ich wykonania nie był przedmiotem jej zarzutów.

Pozwany w sprzeciwie od nakazu zapłaty nie podnosił, aby wykonał obciążające go prace. Przeciwnie, wskazywał, że nie wykonał prac rozbiórkowych oraz wycinki drzew dlatego nie wystawił faktury na pozostałe 200.000 zł netto. Podane w sprzeciwie informacje były spójne z jego twierdzeniami z odpowiedzi na wezwania powoda, w których powoływał się jedynie na rozpoczęcie dopiero rozbiórki nasypu kolejowego. W żadnym z tych pism nie było mowy

o zakończeniu tej pracy czy o wycince drzew bądź rozbiórce wiaduktu. Dopiero w piśmie procesowym z dnia 28.09.2017r. kwestionując wysokość ostatecznie żądanej przez powoda kwoty stwierdził, że wykonał szereg prac. Przy czym twierdzenia te były wewnętrznie sprzeczne skoro najpierw przyznawał, że „wprawdzie nie wykonał całości rozbiórki nasypu

i wiaduktu kolejowego oraz wycięcia drzew..”, a następnie podnosił, że „...dokonał wycięcia drzew na działce oraz rozebrała nasyp kolejowy i wywozła masy ziemne”. Takie twierdzenia nie mogły być traktowane jako rzeczowe, lecz jedynie jako podniesione na użytek procesu tylko celem jego przedłużenia.

Odnosząc się zatem do wysokości ostatecznie żądanej kwoty, Sąd Apelacyjny uznał, że znajduje ona uzasadnienie tylko do 45.140 zł tj. do wysokości wynagrodzenia brutto oferowanego przez Grupę (...) Sp. z o.o. z R. na 118.000 zł netto. Wprawdzie powód wykazał fakt zapłacenia tytułem wynagrodzenia sumy 240.867zł., jednak w żaden sposób nie wyjaśnił przyczyn wybrania droższego rozwiązania, na co zwrócił też słusznie uwagę Sąd I instancji.

Tymczasem zamawiający korzystający z uprawnienia do powierzenia dokończenia robót osobie trzeciej na koszt wykonawcy, jest jednocześnie zobowiązany do należytego

i lojalnego postępowania wobec wykonawcy. Winien więc wybierać takie rozwiązania, które godzą równorzędnie jego interes z interesem wykonawcy. Jeżeli wbrew istniejącym możliwościom wybiera istotnie droższe wykonawstwo zastępcze, o wynagrodzeniu nadmiernym w stosunku do pozostałych ofert, to nie ma podstaw do obciążania wykonawcę takimi kosztami w całości. Uzasadnione jest obciążenie go kosztami jedynie w części rzeczywiście uzasadnionej według kryteriów obiektywnych. Oferta z dnia 9 marca 2017r. obowiązywała 30 dni, przewidywała wykonanie robót w 15 dni, miała charakter kompleksowy łącznie z poniesieniem opłat administracyjnych związanych z zamknięciem drogi, wykonaniem drogi tymczasowej, wywiezieniem gruzu i zagospodarowaniem odpadów porozbiórkowych.

W tym ostatnim kontekście zwraca uwagę brak w przedłożonych fakturach takiej, która dotyczyłaby właśnie wywozu pozostałości po wiadukcie kolejowym. Nie jest wiadome co stało się z tymi pozostałościami, w szczególności czy skorzystano z ewentualności sprzedaży pozostałości wiaduktu jako złomu i kto odniósł z tego korzyść. Pozostawia to pole do przypuszczeń o przyczynach różnicy w oferowanych cenach.

W każdym razie Sąd II instancji uznał za miarodajne wynagrodzenie wynikające

z oferty z dnia 9 marca 2017r. przy uwzględnieniu, że powód zapłacił za faktury łącznie

z podatkiem VAT w wysokości 23%, a więc przy wyborze tej oferty również ponieśliby taki podatek.

Z tych wszystkich przyczyn Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok jak w punkcie I. sentencji swojego wyroku. Konsekwencją zmiany rozstrzygnięcia o zgłoszonym roszczeniu była zmiana rozstrzygnięcia o kosztach procesu,

o których orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. rozdzielając je stosunkowo na strony odpowiednio do wyniku procesu.

Na podstawie art. 385 k.p.c. Sąd oddalił apelacje w pozostałej części jako bezzasadną.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c.

Maciej Rozpędowski Jacek Nowicki Ewa Staniszevska

--	--	--