

Sygn. akt I ACa 946/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 września 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Krzysztof Chojnowski (spr.)
Sędziowie	:	SA Jadwiga Chojnowska SA Jarosław Marek Kamiński
Protokolant	:	Małgorzata Sakowicz - Pasko

po rozpoznaniu w dniu 18 września 2015 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **M. K.**

przeciwko(...)O.

**o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 21 sierpnia 2014 r. sygn. akt V GC 128/12

**I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 1 w ten sposób, że zasądza od pozwanego (...) O. na rzecz powódki M. K. kwotę 316.736,21 (trzysta szesnaście tysięcy siedemset trzydzieści sześć i 21/100) złotych z ustawowymi odsetkami**

**- od kwoty 133.598,31 złotych od dnia 18 marca 2012 r. do dnia zapłaty,**

**- od kwoty 183.137,90 złotych od dnia 27 marca 2012 r. do dnia zapłaty**

**i oddala powództwo w pozostałej części;**

**II. oddala apelację w pozostałym zakresie;**

**III. zasądza od pozwanego na rzecz powódki kwotę 5400 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu za II instancję;**

**IV. nakazuje pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Olsztynie kwotę 1.533,76 złotych tytułem niewiszczonych wydatków w postępowaniu apelacyjnym.**

(...)

## UZASADNIENIE

Powódka M. K. wносиła o zasądzenie od (...)w O. kwoty 325.813,72 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty: 140.084,20 zł od dnia 18 marca 2012 roku do dnia zapłaty i od kwoty 185.729,52 złotych od dnia 27 marca 2012 roku do dnia zapłaty. Podała, że na mocy łączącej strony umowy o roboty budowlane powódka miała wykonać prace polegające na rozbudowie budynku (...)w O., pozwana zaś nie współdziałała należycie przy wykonaniu zamówienia i obiekt nie został oddany w terminie. Roszczenie w wysokości 140.084,20 zł stanowi kwotę za roboty faktycznie wykonane i nie do końca rozliczone, natomiast kwota 185.729,52 zł stanowi należność za stolarkę przeznaczoną do części budynku już istniejącego, nie zaś do rozbudowanego.

W dniu 17 września 2012 roku Sąd Okręgowy w Olsztynie wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, uwzględniając żądanie pozwu w całości.

Pozwana złożyła sprzeciw od nakazu zapłaty wnosząc o oddalenie powództwa w całości, wskazując na liczne odstępstwa od umowy zawartej pomiędzy stronami, które powódka realizowała samowolnie, licząc na akceptację pozwanej post factum. Nadto podniosła, że możliwość zmiany postanowień umowy była przewidziana jedynie w formie pisemnej pod rygorem nieważności, a zawarcie przez powódkę umowy z podwykonawcą wymagało zgody pozwanej. Zgłosiła także zarzut potrącenia z roszczeniami powódki swojej wierzytelności w kwocie 424.539,80 zł, w tym kwoty 388.623,80 zł z tytułu kary umownej, kwoty 11.316 zł z tytułu należności za bezumowne korzystanie przez powódkę z pomieszczeń pozwanej oraz kwoty 24.600 zł z tytułu zastępczego wykonania prac związanych z usunięciem wad i usterek.

Wyrokiem z dnia 21 sierpnia 2014 r. Sąd Okręgowy w Olsztynie zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 325.813,72 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 140.084,20 zł od dnia 18 marca 2012 roku, a od kwoty 185.729,52 zł od dnia 27 marca 2012 roku. Nadto zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 26.988,46 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania.

***Powyższe rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego nastąpiło w oparciu o następujący stan faktyczny:***

W dniu 6 lipca 2010 roku strony zawarły umowę o wykonanie do dnia 31 sierpnia 2011 roku robót budowlanych polegających na rozbudowie budynku (...) w O. przy ul. (...)według dokumentacji projektowej oraz kosztorysu ofertowego stanowiącego załącznik do umowy. Wynagrodzenie za pracę określiły na kwotę 2.982.345,01 zł netto.

W umowie strony określiły, że powódka będzie przekazywać ukończone dzieło częściami, a roboty dodatkowe nie ujęte w kosztorysie ofertowym, będą wymagały każdorazowego pisemnego uzgodnienia z zamawiającym. Ponadto, ustaliły, że w przypadku niewykonania lub zwłoki w wykonaniu robót będą naliczane kary umowne w wysokości 0,1 % wynagrodzenia ryczałtowego netto określonego w kosztorysie za każdy dzień zwłoki. Natomiast każdorazowa zmiana umowy mogła nastąpić za zgodą obu stron, wyrażoną na piśmie pod rygorem nieważności.

W dniu 16 sierpnia 2010 roku powódka wystosowała do pozwanej pismo informujące o zaistniałej kolizji nowoprojektowanej dobudowy ściany do budynku (...), gdyż według projektu ściana ta wejdzie w światło istniejących już okien wspomnianego budynku. Na spotkaniach z przedstawicielem inwestora zostały zgłoszone problemy, na jakie napotkał wykonawca w związku z realizacją projektu, a które miał rozwiązać projektant. Nadto, w dniu 31 stycznia 2011 roku do projektu instalacji elektrycznej zgłoszono uwagi, gdyż projekt z 1998 roku był całkowicie niedostosowany do aktualnych potrzeb. Wymagane było dostosowanie dokumentacji projektowej do wymagań przeciwpożarowych, instalacji napowietrzająco-odchemicznej oraz antypanicznej, co wiązało się z poczynieniem uzgodnień z odpowiednimi służbami pożarniczymi.

W związku z powyższym, pozwana zgodnie z umową z dnia 15 lutego 2011 roku zleciła opracowanie dokumentacji projektowej zamiennej. Powódka w dniu 11 kwietnia 2011 roku z uwagi na niedostarczenie dostosowanych projektów instalacji sanitarnej, elektrycznej i zmian konstrukcyjnych poinformowała, że nie jest możliwe możliwości dotrzymania umówionego terminu zakończenia robót.

Zmieniona dokumentacja projektowa została dostarczona powódce w dniu 7 czerwca 2011 roku. W związku z dostosowaniem dokumentacji projektowej do wymogów przeciwpożarowych, został sporządzony kosztorys dotyczący stolarki w starej i nowej części budynku.

W dniu 27 października 2011 r. pozwana wezwała powódkę do zakończenia prac. W odpowiedzi powódka wskazała, że zakończenie prac będzie możliwe pod warunkiem, że inwestor zastępczy nie będzie wstrzymywał prowadzenia prac, jak również będzie na bieżąco kontrolował budowę.

W dniach 10 i 24 listopada 2014 roku powódka zgłosiła do odbioru prace budowlane, które nie zostały odebrane w ramach odbioru częściowego. Następnie, strony prowadziły bogatą korespondencję wzajemnie wskazując na braki w dokumentacji oraz na odpowiedzialność w zakresie prowadzonych prac i opóźnień w ich wykonywaniu. W dniu 27 grudnia 2011 roku kierownik budowy M. K. złożyła oświadczenie o zakończeniu robót zgodnie z projektem budowlanym wraz z protokołem o rozpoczęciu czynności odbiorowych. Ostatecznie powódka w dniu 18 stycznia 2012 r. dokonała odbioru jednostronnego inwestycji z uwagi na niestawiennictwo przedstawicieli pozwanego.

W piśmie z dnia 23 stycznia 2012 roku pozwana zakwestionowała odbiór twierdząc, że nie odbył się we wskazanym dniu, a jego przedstawiciele nie byli na nim obecni. Nadto zaprzeczyła, że zlecała wymianę stolarki w części starej budynku, czyli nie objętej umową z dnia 6 lipca 2010 r., ani też jakąkolwiek inną umową i tym samym nie mogła rezygnować z jej realizacji. Do pisma dołączono protokół końcowego odbioru robót podpisany przez pozwaną.

W piśmie z dnia 14 marca 2012 r. pozwana uznała kwotę należności wynikającej z przesłanej przez powódkę faktury do kwoty 409.848,70 zł zgodnie z ostatecznym i szczegółowym rozliczeniem, dokonany przez inspektora nadzoru z dnia 11 lutego 2012 r. Pozwana podała, że kwota 378.914,20 zł została przekazana na konto powódki w dniu 23 lutego 2012 r., zaś kwota 30.934,50 zł została przez pozwaną uregulowana przez potrącenie wzajemnych nieuregulowanych należności, między innymi z tytułu kar umownych (419.557,80 zł) oraz z faktur VAT nr (...) (2.029,50 zł). Wskutek takiego potrącenia, wierzytelności opisane przez pozwanego umarzają się wzajemnie do wysokości wierzytelności niższej. Reasumując, pozwana wskazała, że wierzytelności powódki objęte fakturą (...) zostały ostatecznie uregulowane przez zapłatę kwoty 378.914,20 zł i potrącenie kwoty 30.934,50 zł.

W odpowiedzi na powyższe, powódka wysłała przesądowe wezwania do zapłaty. Pierwsze co do kwoty 140.084,20 zł tytułem nierozliczonych robót oraz co do kwoty 185.729,52 zł z tytułu poniesionych kosztów zamówionej przez pozwanego stolarki. Pozwana zaś w dniu 18 kwietnia 2012 r. wezwała powoda do zapłaty kwoty 388.623,30 zł z tytułu niezapłaconych kar umownych.

W dniu 20 czerwca 2012 r. pozwana wezwała powódkę do ustalenia stolarki, która została złożona w pomieszczeniach będących własnością pozwanej w budynku K. Polskiej przy ul. (...) Fakt ten, w ocenie pozwanej rodzi obowiązek zapłaty za korzystanie z tych pomieszczeń.

W toku wykonywania przedmiotu umowy zaszła konieczność wykonania szeregu dodatkowych prac.

Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego na okoliczność przyczyn opóźnień w realizacji robót oraz czy powódka wykonała roboty dodatkowe, a jeżeli tak to, jaki wpływ miało to na opóźnienie. Nadto biegły miał stwierdzić, czy potrzeba uzyskania od zleceniodawcy (inwestora) decyzji niezbędnej do prawidłowego wykonania robót (określonych na naradach roboczych) i czas ich wydania miały wpływ na opóźnienie, czy kwota dochodzona przez powoda z tytułu robót dodatkowych jest zasadna oraz czy z dokumentacji technicznej i przepisów przeciwpożarowych wynika konieczność wymiany stolarki w części starej obiektu.

W ocenie Sądu I instancji, zarzuty odnośnie opóźnienia wykonania prac przez powódkę były bezpodstawne, gdyż wiązały się z koniecznością dostosowania zmian w projekcie. Pozwana, jako inwestor, była odpowiedzialna za uzyskanie wszelkich niezbędnych uzgodnień, pozwoleń oraz za przedstawienie wykonawcy projektu budowlanego, który stanowił dla niego podstawę w pracy, w szczególności, że projekt został sporządzony w 1998 r. Nadto działania pozwanej w zakresie dążenia do uzyskania dostosowanego projektu Sąd uznał za opieszale.

Sąd Okręgowy podkreślił, że pozwana wykazywała od początku realizacji umowy brak zgody i chęci do porozumienia się z powódką, która dążyła do polubownego rozwiązywania sytuacji konfliktowych odnośnie zgody co do czynionych nakładów na inwestycje, czy też wykonanych prac.

W sporządzonej opinii biegły sądowy wyszczególnił prace dodatkowe wykonane przez powódkę. Podniósł, że dokumentacja projektowa wymagała aktualizacji w stosunku do obowiązujących przepisów. W efekcie wiązało się to z wykonaniem dodatkowych prac i w połączeniu z opieszałością w podejmowaniu decyzji przez pozwaną i inwestora zastępczego miało wpływ na termin wykonania umowy. Zgodnie z szacunkami biegłego, uzasadniona zwłoka w wykonaniu robót powinna wynosić minimum 5 miesięcy. Tym samym w ocenie Sądu I instancji kara umowna za 140 dni opóźnienia, tj. do momentu końca robót, a nie do momentu, kiedy inwestor z opóźnieniem przystępuje do odbioru, jest karą nienależną.

Nadto, z dokumentacji zamiennej sporządzonej na zlecenie pozwanej jednoznacznie wynika, że w starej części budynku konieczna była wymiana stolarki na stolarkę przeciwpożarową, co odpowiada wymogom określonym w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 roku w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie.

Pozwana odstąpiła jednak od montażu stolarki przeciwpożarowej (już po jej wykonaniu) w klatkach schodowych w starej części budynku, wykorzystując możliwość zawartą w § 2 rozporządzenia, zgodnie z którym przy nadbudowie, rozbudowie i przebudowie i zmianie sposobu użytkowania budynków istniejących o powierzchni użytkowej przekraczającej 1.000,00 m<sup>2</sup>, wymagania zawarte w rozporządzeniu mogą być spełnione w inny sposób uzgodniony z właściwym Wojewódzkim Komendantem Straży Pożarnej stosownie do wskazań ekspertyzy technicznej. Pozwana zleciła opracowanie takiej ekspertyzy. Rozwiązanie to zastępcze pozwoliłoby pozwanej na uniknięcie kosztów montażu stolarki przeciwpożarowej w starej części budynku.

W tym stanie rzeczy, Sąd Okręgowy uznał, że jeżeli pozwana wybrała rozwiązanie zastępcze i zrezygnowała z montażu stolarki w starej części budynku, to fakt ten nie może w sposób negatywny wpłynąć na sytuację powódki, która zamawiając materiały robiła to zgodnie z dokumentacją projektową aktualną dla wykonawcy po jej uzupełnieniu, z obowiązującymi normami i przepisami przeciwpożarowymi.

Mając to na uwadze, Sąd Okręgowy nie zgodził się z twierdzeniami pozwanej, że nie wiedziała nic na temat zamówionej stolarki przeciwpożarowej. Pozwana wdrożyła wariant oszczędnościowy na podstawie § 2 powyższego rozporządzenia na takim etapie, że w istocie wykonany był wariant zmian według projektu, który nakazywał przestrzegać zasad przeciwpożarowych. Nadto, w ocenie biegłego sądowego przestrzeganie zasad jest wymagane przez projektanta i wykonawcę do czasu wyrażenia zgody na odstępstwa przez odpowiedni organ władzy publicznej. Powyższe zaś nastąpiło już po wykonaniu przez powoda okien. Sąd uznał zatem, że nie można ciężaru ich wykonania przerzucać na powodowego wykonawcę, gdyż była to autonomiczna decyzja inwestora.

W ocenie Sądu Okręgowego, z uwagi na to, że zgodnie z art. 647 i art. 648 § 1 k.c. wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja stanowi część składową umowy o roboty budowlane, nie został naruszony § 1 pkt 6 umowy, w którym to strony zastrzegły, że na zmianę i ilość materiałów użytych do realizacji przedmiotu umowy w stosunku do projektu oraz na wykonanie prac dodatkowych, wykonawca zobowiązany jest uzyskać bezwzględnie pisemną zgodę zamawiającego i autora dokumentacji projektowej. Sąd wywiódł powyższe z faktu, że projekt został dostarczony przez inwestora i zachodziła obiektywna potrzeba jego zmian, tym samym, zmiany nastąpiły z inicjatywy inwestora. Sąd nie miał wątpliwości, że zmiana projektu rodziła konieczność zmian materiałów, które miały być zastosowane w

roku prac, a pozwana miała tego świadomość, chociażby z uwagi na zlecone opracowanie dokumentacji zamiennej projektantowi w dniu 15 lutego 2011 r. W dniu 7 czerwca 2011 r. pozwana dostarczyła powódce dostosowaną i zmienioną dokumentację. W związku z dostosowaniem dokumentacji projektowej do wymogów przeciwpożarowych został sporządzony kosztorys dotyczący stolarki w starej i nowej części budynku. Zatem już w tym momencie pozwana winna zasygnalizować powódce, że nie wyraża zgody na wymianę stolarki w starej części budynku, lecz będzie ubiegała się o możliwe odstępstwa. Nadto, z zeznań świadków wynikało, że pozwana wiedziała o fakcie wymiany stolarki, gdyż jej montaż wymagał wielu uzgodnień, które były czynione.

Sąd Okręgowy za niezasadny uznał zarzut potrącenia kary umownej za opóźnienie. Odwołując się do opinii biegłego stwierdził, że do opóźnienia przyczynił się inwestor, który spowodował przesunięcie końca prac o co najmniej 5 miesięcy, co oznacza, że kara umowna za 140 dni opóźnienia jest nienależna. Uznał także, że roszczenie pozwanej o bezumowne korzystanie przez powódkę z pomieszczeń należących do pozwanej, jest w ogóle niezrozumiałe, bowiem powódce przysługuje na mocy art. 647 k.c. prawo dzierżenia miejsca budowy (plac budowy).

Wobec tego Sąd Okręgowy uwzględnił roszczenie i zasądził kwotę z tytułu realizowanych prac budowlanych przez pozwaną w kwocie żądanej w pozwie (art. 647 k.c.). O kosztach postępowania orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. stosownie do wyniku sprawy.

Powyższy wyrok w całości zaskarżyła apelacją pozwana, zarzucając:

I. naruszenie prawa materialnego, tj.:

1. art. 76 k.c., poprzez jego niezastosowanie i w efekcie przyjęcie, że doszło skutecznie do zmiany umowy zawartej pomiędzy stronami w dniu 6.07.2010r.,
2. art.647 k.c. i art.648 § 1 k.c., poprzez przyjęcie ich za podstawę rozszerzenia przedmiotu umowy o wymianę stolarki okiennej w części starej budynku, nie objętej umową, z rażącym naruszeniem postanowienia § 11 ww. umowy, co do zastrzeżonej pod rygorem nieważności formy zmiany umowy oraz jej § 1 pkt 8, który przewiduje wymóg uzyskania uprzedniej zgody zamawiającego przed zawarciem umowy z podwykonawcą, w trybie art. 647<sup>1</sup> k.c.,
3. art. 649 k.c. poprzez nie uwzględnienie jednoznacznej regulacji w nim zawartej, odnoszącej się wyłącznie do sytuacji wątpliwych, a nie takich jak w niniejszej sprawie gdzie przedmiot umowy został ściśle określony w § 1 pkt 1 ww. umowy, jako rozbudowa budynku, a nie remont części już istniejącej,
4. art. 647 k.c. do ustalenia, że powódka miała prawo korzystać bezumownie i nieodpłatnie z pomieszczeń pozwanej, również po zakończeniu w/w umowy,
5. pominięciu przez Sad, przy wydawaniu zaskarżonego wyroku okoliczności dotyczących naruszenia przez powódkę będącą kierownikiem budowy obowiązków:
  - a. rzetelnego prowadzenia dokumentacji ( w tym przede wszystkim bieżących wpisów do dziennika budowy), jakie wynikają z art. 22 pkt 5 ustawy Prawo Budowlane w zw. z § 2 i S 11 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dn.26.06.2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki (Dz. U. nr 108. późn. 953 z 2002 r. z późniejszymi zmianami),
  - b. wynikających z art. 39 ustawy Prawo Budowlane, obligującego do uzyskania uprzedniej zgody konserwatora zabytków przed rozpoczęciem działań związanych z wymianą stolarki w części starej budynku, wpisanego do rejestru zabytków,
2. wydanie zaskarżonego wyroku z naruszeniem art. 106b ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku VAT, obligującego bezwzględnie usługodawców do wystawiania faktur VAT, dokumentujących wykonanie przez nich usług,

poprzez zasądzenie na rzecz powódki wynagrodzenia w kwocie 185.729,52 zł za rzekomo wykonaną usługę w zakresie stolarki w części budynku nie objętej umową, mimo iż powódka przyznała, że takiej faktury nie wystawiła,

II. sprzeczność ustaleń sądu przyjętych za podstawę zaskarżonego orzeczenia z zebrany materiał dowodowy, polegającą na przyjęciu, że :

1. opóźnienia w terminie wykonania prac przez powódkę zawinione zostały przez pozwaną, która:
  - a. przekazała do realizacji nieaktualną dokumentację projektową,
  - b. opieszale działała w zakresie dążenia do uzyskania dostosowanego projektu
  - c. zwiększyła zakres robót w stosunku do umówionego, a powódka wykonała prace dodatkowe,
2. powódce należy się pozostałe wynagrodzenie w kwocie 140.084 zł z faktury nr (...) z dn. 16.02.2012 r. (zmienionej fakturą korygującą nr (...) z dn. 21.02.2012r.) jak za roboty dodatkowe, podczas, gdy takowych nie było,
3. pozwana zrezygnowała z montażu stolarki w starej części budynku, którą wcześniej wybrała, zamówiła i którą wcześniej wykonano, podczas gdy takie czynności nigdy nie miały miejsca, stąd nie znajdują one potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy,
4. powódce należy się kwota 185.729,52 zł za stolarkę do starej części budynku, mimo iż materiał dowodowy nie potwierdził, by takie roboty były objęte umową, a nadto, że zostały wykonane, a powódka nigdy - ani przed wytoczeniem powództwa, mimo wezwań ze strony pozwanej, ani też po tej dacie - nie przedstawiła dowodów potwierdzających jej istnienie, określających rodzaj, parametry techniczne, a przede wszystkim wartość tej stolarki, czy też dowodów poniesienia takich kosztów,
5. teza dowodu z opinii biegłego dotyczy rzekomo (str. 6 uzasadnienia zaskarżonego wyroku), cyt. "...przyczyn opóźnień w realizacji robót oraz czy powódka wykonywała roboty dodatkowe, a jeśli tak to, jaki wpływ miało to na opóźnienie", chociaż w pkt 1 postanowienia wydanego w tej sprawie w dn.11 kwietnia 2013 r., Sąd faktycznie napisał cyt. "jaki były przyczyny opóźnień w realizacji robót i czy roboty dodatkowe miały ...wpływ na opóźnienie..., czy kwota dochodzona przez powoda z tytułu robót dodatkowych jest zasadna,,
6. powódka w dniu 18 stycznia 2012 r. dokonała jednostronnego odbioru inwestycji (str. 4 uzasadnienia), podczas gdy faktycznie końcowy odbiór robót rozpoczął się w dniu 27 grudnia 2012 r. i został wstrzymany z winy powódki i ostatecznie zakończony w dniu 20 stycznia 2012 r. z udziałem obu stron, co potwierdza dokumentacja załączona do sprzeciwu.

III. mające wpływ na treść rozstrzygnięcia naruszenie prawa procesowego:

1. przepisu art. 233 § 1 k.p.c. - poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i zastąpienie jej dowolną oceną wybranych dowodów, w sposób polegający na całkowitym pominięciu w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, bez ustosunkowania się i oceny, dowodów w postaci dokumentów załączonych do sprzeciwu od nakazu zapłaty, a ponadto dowodów z zeznań świadków zawnioskowanych przez pozwaną,
  2. art. 232 k.p.c. w zw. z art.6 k.c. poprzez uznanie za udowodnioną wartość rzekomo zamówionej i wykonanej stolarki do części starej budynku, nie objętej umową, na kwotę 185.729,52 zł oraz uwzględnienie powództwa w tej wysokości, podczas gdy obowiązkiem powódki było udowodnienie wysokości dochodzonego roszczenia, a jej zaniechania w tym zakresie nie mogą obciążać pozwanej
- i w konsekwencji wydanie orzeczenia bez wszechstronnego zbadania i rozważenia wszystkich okoliczności i stanu faktycznego sprawy i przyjęcie, że obydwie roszczenia powódki są zasadne,

3. przepisu art.279 k.p.c. poprzez:

a. dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z arbitralnie sformułowaną tezą dowodową, przyjmującą z góry (mimo podstawowego sporu stron w tym zakresie), że powódka wykonywała jakieś roboty dodatkowe, a zadaniem biegłego miało być jedynie ustalenie ich wpływu na przekroczenie terminu wykonania umowy, podczas gdy z dokumentacji projektowej zamiennej i uzupełniającej załączonej do pozwu jednoznacznie wynika, że takich robót w tej sprawie nie było,

b. przyjęcie opinii biegłego za podstawę rozstrzygnięcia, bez wyjaśnienia zarzutów do niej zgłoszonych przez pozwaną, a także pozostawienie tych zarzutów bez oceny Sądu,

c. nie wydanie postanowienia odnośnie wniosków pozwanej zgłoszonych w sprzeciwie od nakazu zapłaty o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego w kwestiach rzeczywiście wymagających wiadomości specjalnych, tzn. celem ustalenia:

i. czy roszczenie powódki w kwocie 140.084,20 zł odpowiada zakresowi rzeczywiście wykonanych prac i czy zostało wyliczone zgodnie z wiążącą stroną umową,

ii. czy wobec oddania przez powódkę przedmiotu umowy z wadami w zakresie p –poż. i nie usunięcie ich w wyznaczonym terminie przez powódkę pozwana uprawniona była do usunięcia tych wad (blokujących oddanie obiektu do użytku), poprzez rozwiązania zastępcze na koszt powódki,

d. pozostawienie wniosków pozwanej, by biegły na piśmie ustosunkował się do jej zarzutów do sporządzonej opinii, poprzez wydanie opinii uzupełniającej lub o przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego - bez stosownego postanowienia,

e. pominięcie wniosków pozwanej z jej pism:

i. z dn. 5 lutego 2013 r. - w sprawie zwrotu pisma przygotowawczego powódki z dn. 30 stycznia 2013 r., złożonego do akt sprawy bez zgody Sądu, wbrew art.207 § 3 zdanie drugie k.p.c. i nie wyłączenie go z dowodów przyjętych za podstawę zaskarżonego rozstrzygnięcia,

ii. z dn. 5 marca 2013 r. - by zobowiązać powódkę do złożenia oryginalnych dokumentów załączonych do jej pisma z dn. 7 lutego 2013 r. (dotyczących w szczególności dokumentów w postaci kosztorysu ofertowego i innych stanowiących załączniki do umowy), wobec zasadnego kwestionowania ich wiarygodności, a także przyjęcie spóźnionego (wbrew art.207 § 3 zdanie drugie k.p.c.), kolejnego dokumentu załączonego do tego pisma

- bez wydania w tej materii stosownego orzeczenia,

f. zlecenie biegłemu odpowiedzi na pytanie czy z dokumentacji technicznej i przepisów przeciwpożarowych wynika konieczność wymiany stolarki w części starej obiektu, chociaż kwestia ta nie wymagała wiadomości specjalnych i wynikała z załączonych dokumentów, nadto była i jest niesporna między stronami.

Mając powyższe na uwadze wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powódki na rzecz pozwanej kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego za prowadzenie sprawy przed sądem I instancji oraz instancji odwoławczej według norm przepisanych, o ile nie zostanie złożony spis kosztów. Ponadto, wniosła o rozpatrzenie merytoryczne zażalenia pozwanej z dn. 30.04.2013 r. na postanowienie Sądu Okręgowego w Olsztynie z dn. 11 kwietnia 2013 r. w przedmiocie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, na które w I instancji zażalenie nie przysługiwało, gdyż treść tego zażalenia - zdaniem pozwanej - ma istotne znaczenie w sprawie, a w tym przede wszystkim związek z zarzutami zawartymi w niniejszej apelacji. Ewentualnie wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Olsztynie przy uwzględnieniu kosztów dotychczasowego postępowania.

W odpowiedzi na apelację powódka wniosła o jej oddalenie i zasądzenie od pozwanej na jej rzecz kosztów zastępstwa w postępowaniu apelacyjnym.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

**Apelacja jest uzasadniona jedynie w znikomej części.**

Sąd Okręgowy wszechstronnie rozważył zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynił co do zasady prawidłowe, niesprzeczne z tym materiałem ustalenia faktyczne, które Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za swoje, za wyjątkiem ustalenia wysokości należnego powódce wynagrodzenia.

Wprawdzie Sąd i instancji nie oceniał szczegółowo wiarygodności poszczególnych dowodów zgromadzonych w sprawie, w szczególności złożonych przez strony dokumentów, to jednak podkreślić trzeba, że w zdecydowanej większości dowody te miały charakter pomocniczy, służący jedynie całościowej ocenie sposobu wykonywania umowy przez strony dokonanej za pomocą opinii biegłego. Dotyczy to zarówno zeznań zawnioskowanych przez strony świadków, jak i dokumentów obrazujących proces budowy i wzajemne relacje stron w jego trakcie i po zakończeniu. Bezsprzecznie brak jest podstaw do kwestionowania wiarygodności złożonych w sprawie dokumentów, a zeznania świadków, z uwzględnieniem pewnego ich subiektywizmu, wynikającego ze związków ze stronami, nie podważają ustalonego przebiegu zdarzeń. Zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. uznal trzeba zatem za chybiony. Podkreślić tu należy, że kwestia ewentualnych kłopotów finansowych pozwanej nie ma dla rozstrzygnięcia sprawy istotnego znaczenia, podobnie jak okoliczność skumulowania kosztorysów powykonawczych na koniec roku 2011 i opóźnień w dostarczeniu dowodów niezbędnych do dokonania rozliczeń. Dokumenty złożone przez obie strony zostały poddane analizie przez biegłego w zakresie przyczyn zaistniałych opóźnień w realizacji inwestycji, nie było zatem potrzeby ich ponownego analizowania przez Sąd I instancji.

Wprawdzie teza dowodowa zakreślona przez Sąd Okręgowy biegłemu rzeczywiście nie została prawidłowo sformułowana m.in. w zakresie wykonania robót dodatkowych, to jednak skarżąca nie wykazała wpływu tego uchybienia na wynik sprawy. Uważna lektura opinii biegłego przekonuje przy tym, że biegły oceniał samodzielnie czy doszło do wykonania tych robót i jaki był ich zakres oraz z jakich przyczyn je wykonywano, zatem zarzut tego dotyczący jest chybiony, podobnie jak wywody dotyczące zbędności opinii z uwagi na możliwość dokonania ustaleń nią objętych za pomocą innych dowodów. Zdaniem Sądu Apelacyjnego prawidłowe wyjaśnienie okoliczności podnoszonych w pozwie, w szczególności stwierdzenie czy zmiany w dokumentacji projektowej miały wpływ na zakres robót (i jaki) oraz czy ze zmienionej dokumentacji wynika obowiązek wykonawcy wymiany stolarki w starej części budynku, jak również ustalenie przyczyn opóźnienia w oddaniu przedmiotu budowy w kontekście zgłoszonego zarzutu potrącenia kary umownej wymagały wiadomości specjalnych. Stąd nie można podzielić zarzutów zgłoszonych przez pozwaną w apelacji i zażaleniu na postanowienie dowodowe.

Kwestia udziału A. A. w oględzinach dokonanych przez biegłego nie ma istotnego znaczenia, skarżąca także nie wskazuje czy i jaki wpływ na wynik sprawy miała nieobecność tej osoby na oględzinach. Osoba ta została przesłuchana w charakterze świadka, otrzymała zawiadomienie o oględzinach, jednak nie wzięła w nich udziału (k. 1103 odw.), a Sąd I instancji nie mógł jej do tego przymusić. Nadto pozwana została o oględzinach zawiadomiona i mogła sama spowodować obecność na nich inspektor nadzoru inwestorskiego jako swego reprezentanta. Dlatego należy uznać, że niezasadny jest zarzut naruszenia art. 279 k.p.c.

Pominięcie przez Sąd I instancji wniosków dowodowych pozwanej o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego i uzupełnienie opinii biegłego P. nastąpiło w istocie bez stosownego postanowienia oddalającego te wnioski, jednakże kontrola instancyjna tej decyzji procesowej wskazuje, że była ona trafna. Biegły P. w swojej opinii szczegółowo odniósł się do kwestii zasadności żądania przez powódkę wynagrodzenia za wykonane roboty dodatkowe, tak w kontekście ich rzeczywistego wykonania, jak i wysokości wynagrodzenia, z jego opinii wynika też jednoznacznie, że rozwiązania zastępcze w zakresie przeciwpożarowym zostały przez pozwaną wprowadzone na skutek jej rezygnacji z wstawienia stolarki w starej części budynku, a nie na skutek wad wykonawczych powódki. Biegły szczegółowo odniósł się także do



zastrzeżeń pozwanej, w tym również na etapie postępowania apelacyjnego. Słusznie zatem Sąd I instancji uznał opinię za fachową i wiarygodną, a odmienna ocena pozwanej nie uzasadnia dopuszczenia dowodu z opinii innego biegłego. Uzupełnienie opinii biegłego P. w postępowaniu apelacyjnym nastąpiło na skutek odmiennej oceny prawnej żądania pozwu w zakresie niewbudowanej stolarki, o czym niżej.

Kwestie dotyczące braku zwrotu pism procesowych powódki z załącznikami bez wydania postanowienia, o którym mowa w art. 207 § 3 k.p.c., nie mają istotnego znaczenia – Sąd Okręgowy pisma te przyjął do akt, uznać zatem trzeba, że zezwolił na ich złożenie, a brak stosownego postanowienia jest uchybieniem nieistotnym.

Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozostawia wątpliwości, że w umowie o roboty budowlane z dnia 6.07.2010 r. strony precyzyjnie określiły jej przedmiot i termin wykonania, a także ustaliły wynagrodzenie kosztorysowe, o czym przekonuje treść § 6 umowy oraz sposób jej wykonywania przez strony. Nie ulega również wątpliwości, że w toku wykonywania robót doszło do zmiany dokumentacji projektowej. W prawdzie inicjatywę w tej mierze podjęła powódka, jednak wynikało to z jej profesjonalizmu – zasygnalizowała ona taką potrzebę inwestorowi na skutek stwierdzenia, że dokumentacja projektowa, wykonana wiele lat wcześniej, nie odpowiada aktualnym wymogom. Po tej sygnalizacji pozwana mogła nakazać powódce wykonanie przedmiotu umowy bez zmian, bądź też dokonać sugerowanej zmiany. Poza sporem pozostaje, że pozwana wybrała tę ostatnią możliwość i zleciła wykonanie zmian w dokumentacji projektowej autorowi projektu. Po wykonaniu zmian pozwana dostarczyła je powódce, co jednoznacznie wskazuje, że w ten sposób wyraziła swoją wolę wykonania przedmiotu umowy z uwzględnieniem zmian projektowych zawartych z zmienionej dokumentacji. Powódka zaś zgodziła się na wykonanie robót według zmienionego projektu.

Jak trafnie wskazał Sąd I instancji z art. art. 648 § 2 k.c. w zw. z art. 647 k.c. jednoznacznie wynika, że wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja, w tym dokumentacja projektowa, stanowi część składową umowy o roboty budowlane. To zaś oznacza, że dokonanie przez inwestora zmiany projektu w toku wykonywania umowy i przedstawienie zmienionego projektu wykonawcy do wykonania stanowi zmianę umowy, której skuteczność jest w tej sytuacji uzależniona wyłącznie od zgody wykonawcy na wykonanie zmienionego zakresu robót. Poczynione przez strony w pisemnej umowie o roboty budowlane zastrzeżenie pisemnej formy wszelkich zmian umowy pod rygorem nieważności (art. 76 k.c.) nie stanowi przeszkody dla ważności i skuteczności opisanego wyżej sposobu zmiany umowy, należy bowiem uznać, że poprzez zmianę projektu nie dochodzi do naruszenia wymogu pisemności zmiany umowy.

W świetle powyższego słusznie Sąd I instancji uznał, że wobec zmiany projektu na zlecenie pozwanej, dostarczenia zmienionego projektu powódce i przyjęcia go do wykonania, doszło do zmiany umowy łączącej strony. Zmiana ta dotyczyła bezsprzecznie przedmiotu umowy, tj. zakresu robót, a wobec ustalenia wynagrodzenia kosztorysowego, także wynagrodzenia należnego powódce za wykonanie umowy. Przyczyny dla których doszło do zmian dokumentacji projektowej są dla ważności i skuteczności zmiany łączącej strony umowy nieistotne.

Z powyższych względów nie było podstaw do uwzględnienia zarzutów naruszenia art. 76 k.c. oraz art. 647 k.c. w zw. z art. 648 § 1 k.c. (w istocie może chodzić o § 2). Podkreślić też trzeba, że w sprawie nie miał zastosowania art. 649 k.c., materiał dowodowy wskazuje bowiem jednoznacznie, że powódka najpierw podjęła się wykonania robót zgodnie z treścią umowy pisemnej i pierwotnym projektem, a po jego zmianie – całości robót wynikających z projektu zmienionego. Okoliczności powyższe nie były zresztą przez strony kwestionowane.

Zakres przedmiotowy robót wynikających ze zmienionego projektu i wynikające stąd wynagrodzenie powódki zostały ustalone przez biegłego z zakresu budownictwa (k. 971 i nast.). Opinia biegłego w tej części nie budzi jakichkolwiek zastrzeżeń. Biegły, po oględzinach i szczegółowym wysłuchaniu stron podczas oględzin (k. 990 - 1010), analizie dokumentacji projektowej i kosztorysowej precyzyjnie wskazał jakie roboty zostały przez powódkę wykonane w spornym zakresie, w tym na skutek zmiany projektu, dokonał weryfikacji kosztorysów powykonawczych pod kątem ich zgodności z zakresem przedmiotowym robót i zgodności czynników cenotwórczych z kosztorysem ofertowym, stanowiącym zgodnie z § 6 umowy podstawę wyliczeń wynagrodzenia. Wynagrodzenie w części dotyczącej dostawy i montażu stolarki aluminiowej podał w dwóch wariantach, pierwszym ustalonym na podstawie wskaźników kosztorysu

ofertowego, zaś drugim uwzględniającym ceny rzeczywiście zapłacone przez powódkę. Wobec stanowczego brzmienia § 6 ust. 2 umowy należy uznać, że strony umówiły się na wynagrodzenie ustalone według wskaźników z kosztorysu ofertowego, konsekwencją czego jest przyjęcie pierwszego wariantu powyższego wyliczenia.

Z wyliczenia biegłego wynika, że w zakresie ostatniej faktury (spornej w tej sprawie) wynagrodzenie powódki winno wynosić 416.676,84 zł netto, tj. 512.512,51 zł brutto. Faktura powyższa (k. 389) została zaś wystawiona na kwotę 518.998,40 zł brutto, tj. 421.949,92 zł netto. Wynagrodzenie za roboty objęte tą fakturą pozwana obniżyła do kwoty 333.210 zł netto i z tego potrąciła jeszcze kwotę 30.934,50 zł w ramach potrącenia swoich wierzytelności. Powyższe oznacza, że należne powódce wynagrodzenie za wykonane roboty objęte powyższą fakturą zostało bezzasadnie zaniżone o kwotę 102.663,81 zł brutto (83.466,51 zł netto) plus 30.934,50 zł potrącenia, co łącznie daje 133.598,31 zł brutto brakującego wynagrodzenia.

Ponadto biegły dokonał ustaleń w przedmiocie przyczyn opóźnienia w oddaniu robót. Z jego opinii wynika jednoznacznie, że główną przyczyną opóźnień był brak aktualnej dokumentacji projektowej (długotrwałość dokonywania jej zmian), zwiększony (a w zasadzie zmieniony) zakres robót i opieszałość w podejmowaniu decyzji przez inwestora i inwestora zastępczego. W opinii szczegółowo wskazano poszczególne zachowania pozwanej i ich wpływ na terminowość wykonania umowy. Podkreślić tu trzeba, że pod pojęciem braku aktualnej dokumentacji projektowej należy rozumieć, co wynika ze szczegółowych ustaleń biegłego, nie tyle okoliczność, że dotychczasowy projekt nie nadawał się do wykonania, lecz, wobec decyzji pozwanej o potrzebie jego zmiany, kilkumiesięczny brak aktualnego, tj. nadającego się do wykorzystywania w tym czasie składnika umowy przesądzającego o sposobie wykonywania robót. Zasadnicze znaczenie miały zatem nie wady pierwotnego projektu, lecz długotrwałość dokonywania jego zmian, przez co powódka nie mogła wykonywać części robót szczegółowo opisanych przez biegłego. Bezsprzecznie zmieniony projekt powódka otrzymała dopiero 7 czerwca 2011 r. i po tej dacie mogła przystąpić do kosztorysowania z uwzględnieniem zmian. Twierdzenia pozwanej o wcześniejszym dostarczeniu zmienionej dokumentacji projektowej powódce nie zostały udowodnione – zeznania świadków są w tej mierze nieprecyzyjne, nadto gdyby rzeczywiście zmieniony projekt został doręczony powódce wcześniej, zbędne byłoby kwitowanie jego odbioru w dniu 7.06.2011 r. Według biegłego zwłoka powstała z winy pozwanej wynosi co najmniej 5 miesięcy, przy czym okres ten biegły ustalił wskazując na czasowe skutki poszczególnych zdarzeń obciążających pozwaną. Nadto biegły stanowczo wskazał, że ze zmienionej dokumentacji projektowej jednoznacznie wynika, że w starej części budynku konieczna jest wymiana stolarki na stolarkę ppoz.

W ocenie Sądu Apelacyjnego opinia biegłego jest rzetelna, fachowa i w pełni uwzględnia całokształt okoliczności sprawy. Zgłoszone przez pozwaną zarzuty mają charakter polemiki z ustaleniami biegłego. Słusznie zatem Sąd I instancji uznał opinię za w pełni wiarygodną i miarodajnie odnoszącą się do kwestii istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

W oparciu o ustalenia biegłego należy przyjąć, że niedopłata wynagrodzenia należnego powódce za roboty objęte ostatnią fakturą wynosi 133.598,31 złotych brutto. Sąd Okręgowy błędnie przyjął dochodzoną z tego tytułu przez powódkę kwotę 140.084,20 zł brutto.

W ramach wynagrodzenia z umowy o roboty budowlane Sąd I instancji zasądził też kwotę 185.729,52 zł wydatkowaną przez powódkę na stolarkę, która na skutek decyzji pozwanej nie została wbudowana do starej części budynku. Zdaniem Sądu Apelacyjnego ujęcie tej kwoty w wynagrodzeniu jest sprzeczne z treścią art. 647 k.c. Z uregulowanej w tym przepisie istoty umowy o roboty budowlane wynika bowiem, że przy umowie zakładającej wykonanie robót z materiałów wykonawcy, materiały te stają się własnością inwestora dopiero z chwilą wbudowania ich w obiekt stanowiący przedmiot umowy (zespolenia z budynkiem). (...) niewykorzystane do budowy są zaś własnością wykonawcy. Przedmiotowa stolarka nie została wbudowana, zatem jest własnością powódki i wydatki na jej nabycie nie stanowią wynagrodzenia umownego. Podobne stanowisko zajmowała, jak się wydaje, powódka w pozwie, bowiem wskazywała ona w tym piśmie, że zwrotu wydatków na ten cel domaga się tytułem odszkodowania (k.31). Zdaniem Sądu Apelacyjnego taka kwalifikacja tego roszczenia jest prawidłowa – należy oceniać je na gruncie art. 471 k.c.

Na skutek nienależytego wykonania umowy przez pozwaną, tj. w wyniku jej spóźnionej rezygnacji z części objętych zmienioną umową robót, polegających na montażu stolarki ppoż. w starej części budynku, co przewidywał zmieniony projekt, powódka poniosła bowiem wydatki na zakup tej stolarki. Nie ulega przy tym wątpliwości, że rezygnacja pozwanej ze stolarki nastąpiła już po dokonaniu tych wydatków. Podkreślić tu trzeba, że to pozwana, poprzez zmianę projektu, doprowadziła do zmiany łączącej strony umowy w tej części. Zmiana ta zakładała zamontowanie stolarki także w starej części budynku, zatem roboty te były objęte zakresem przedmiotowym zmienionej umowy. Dlatego nie ma potrzeby ustalania czy pozwana dodatkowo zlecała wymianę tej stolarki, brała udział w dodatkowych ustaleniach co do jej wyborze. Obowiązek powódki zakupu, a następnie zamontowania tej stolarki przez powódkę wynikał ze zmienionej umowy. Bezsprzecznie zaś nie doszło do jej zamontowania na skutek decyzji pozwanej, która nadal tę decyzję podtrzymuje, twierdząc jedynie, że nie zlecała tych robót. Decyzja taka jest sprzeczna z treścią zmienionej umowy, co stanowi o nienależytym jej wykonaniu przez inwestora, w szczególności w odniesieniu do stolarki już zakupionej przez powódkę przed dotarciem do niej decyzji inwestora o rezygnacji z tej części robót czy też sprzeciwie wobec ich wykonania. W sprawie poza sporem było, że stanowiąca przedmiot sprawy stolarka została zakupiona przed decyzją pozwanej o jej niezamontowaniu. Również to pozwaną jako inwestora obciążał obowiązek uzyskania stosownych pozwoleń, w tym zgody konserwatora zabytków (art. 39 prawa budowlanego). Przedstawiając zmieniony projekt powódce do wykonania pozwana winna taką zgodą dysponować, a do powódki jako wykonawcy nie należy ani obowiązek uzyskania takiej zgody, ani też weryfikowanie obowiązków inwestora co do uzyskania zgody konserwatora zabytków.

Szkoda powódki to zatem wysokość wydatków na zakup stolarki pomniejszona o wartość tej stolarki (będącej własnością powódki). Kwestia wysokości tak ujętej szkody nie była badana przez Sąd I instancji, wobec czego w postępowaniu apelacyjnym dopuszczono dowód z uzupełniającej opinii biegłego z zakresu budownictwa K. P. w celu ustalenia wydatków powódki na zakup tej stolarki oraz określenia jej aktualnej wartości, tj. ceny za którą możliwe jest jej realne zbycie przez powódkę.

Na podstawie dokumentów złożonych do akt przed Sądem Okręgowym oraz ponownie przed Sądem II instancji biegły obliczył wartość wydatków powódki na ten cel na kwotę 183.137,90 zł brutto. Stwierdził jednocześnie, że nie istnieje realna możliwość jej zbycia przez powódkę (k. 1246 i nast.). Podkreślić tu trzeba, że opinia zawiera nie tylko zliczenie sum z dokumentów finansowych przedstawionych przez powódkę (dowodów nabycia), ale także weryfikację celowości zakupów w odniesieniu do zmienionego projektu. Biegły przyporządkował konkretne elementy stolarki do wymogów projektu i w ten sposób zweryfikował zasadność wydatków. Ich wysokość ustalił nie tylko na podstawie kwestionowanych przez skarżącą dokumentów złożonych przed Sądem Apelacyjnym, ale też dokumentów złożonych przed Sądem I instancji, których skarżąca nie podważała. Dlatego nie było podstaw do żądania oryginałów dokumentów złożonych wcześniej w odpisach poświadczonych przez pełnomocnika powódki. Zdaniem biegłego, co podziela Sąd Apelacyjny, dokumenty powyższe są wystarczające do ustalenia wydatków powódki na zakup stolarki. Istnienie tej stolarki potwierdza nie tylko fakt składowanie jej części w pomieszczeniach pozwanej, ale też dokumenty zakupu, oferty i kosztorysy przedstawione biegłemu. Oczywiście chybione są zarzuty pozwanej co do przerobienia złożonych ponownie dokumentów projektowych dotyczących tej stolarki – powódka naniosła jedynie na kopie projektu adnotacje wskazujące stolarkę przewidzianą do zamontowania i zakupioną. Jest oczywiste, że celem tego działania nie było wprowadzanie kogokolwiek w błąd, lecz ułatwienie weryfikacji jej twierdzeń, których rozwinięcie stanowiły te naniesienia. Nadto biegły dysponował dokumentacją nie zawierającą powyższego, zatem kwestia ta nie ma istotnego znaczenia.

W ocenie Sądu Apelacyjnego opinia uzupełniająca jest w pełni wiarygodna, a zastrzeżenia pozwanej zostały szczegółowo wyjaśnione przez biegłego w piśmie z dnia 6.07.2015 r. (k.1275-1278). W świetle tych wyjaśnień zarzuty skarżącej uznać trzeba za chybione. Tylko na tej podstawie, że apelująca nadal je podtrzymała nie można było przeprowadzać dowodu z opinii innego biegłego, zresztą postanowienie oddalające ten wniosek nie zostało opatrzone zastrzeżeniem, o którym mowa w art. 162 k.p.c. (k. 1287).

W świetle powyższego powódce, poza wskazanym powyżej wynagrodzeniem, należy się także na podstawie art. 471 k.c. odszkodowanie. Jego wysokość ustalono na podstawie opinii biegłego na kwotę 183.137,90 złotych (poniżej sumy przyjętej przez Sąd I instancji). Okoliczność braku faktury VAT obejmującej powyższą kwotę nie ma żadnego wpływu na cywilną odpowiedzialność odszkodowawczą pozwanej w omawianym zakresie, stąd zarzut naruszenia przepisów podatkowych jest oczywiście bezzasadny w ramach niniejszego procesu.

Odnosząc się do zarzutu potrącenia należy stwierdzić, że jest on niezasadny.

W zakresie wierzytelności z tytułu bezumownego korzystania z pomieszczeń pozwanej przez powódkę w celu składowania niewbudowanej stolarki (której jest właścicielem) należy uznać, że Sąd I instancji naruszył art. 647 k.c. kwalifikując tę wierzytelność. Co do zasady stanowisko skarżącej jest słuszne (art. 224 k.c. w zw. z art. 230 k.c.), jednak nie wykazała ona wysokości tej wierzytelności. Brak jest w sprawie jakichkolwiek dowodów na tę okoliczność, a przedstawiona do potrącenia wierzytelność została określona co do wysokości wyłącznie na podstawie własnych wyliczeń skarżącej. Dlatego zarzut w tej części nie mógł być uwzględniony.

Z opinii biegłego K. P. wynika, jak wyżej wskazano, że rozwiązania zastępcze w zakresie przeciwpożarowym zostały przez pozwaną wprowadzone na skutek jej rezygnacji z wstawienia stolarki w starej części budynku, a nie na skutek wad wykonawczych powódki. Dlatego nie ma podstaw do uwzględnienia zarzutu potrącenia wierzytelności zgłoszonej z tytułu kosztów usunięcia rzekomych wad.

Pozwana przedstawiła też do potrącenia oraz dokonała potrącenia przed procesem wierzytelności z tytułu kar umownych za zwłokę w oddaniu robót o 140 dni. Także ten zarzut jest niezasadny. Przewidziana w umowie kara z tego tytułu w wysokości 0,1 % wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki mogłaby zostać skutecznie naliczona jedynie w razie stwierdzenia zawinionego opóźnienia powódki w niedotrzymaniu terminu oddania robót (art. 483 § 1 k.c.). Termin ten strony ustaliły na 31.08.2011 r., z opinii biegłego wynika zaś, że powódka nie ponosi odpowiedzialności za co najmniej 5 miesięcy opóźnienia. Oznacza to, że powódka nie odpowiada za spóźnione oddanie robót w okresie do 31.01.2012 r. Faktyczny odbiór robót nastąpił najpóźniej w dniu 20.01.2012 r. (według wersji pozwanej), wobec czego nie ma podstaw do naliczania powódce powyższych kar. Przyjąć zatem trzeba, że także ta zgłoszona do potrącenia wierzytelność nie istnieje, a dokonane przed procesem potrącenie było bezskuteczne z uwagi na brak po stronie pozwanej wierzytelności potrącaniej (art. 498 k.c.).

Mając na uwadze przedstawione powyżej okoliczności należy uznać, że powódka udowodniła, że pozwana winna jej dopłacić tytułem wynagrodzenia z umowy o roboty budowlane (art. 647 k.c.) kwotę 133.598,31 złotych oraz kwotę 183.137,90 złotych tytułem odszkodowania (art. 471 k.c.). Pozwana natomiast nie udowodniła istnienia i wysokości wierzytelności przedstawionych do potrącenia. Kwoty wynagrodzenia i odszkodowania należało zasądzić z ustawowymi odsetkami od dat wskazanych w zaskarżonym wyroku, bowiem nie były one kwestionowane przez skarżącą i odpowiadają terminom płatności wskazanym w wezwaniach do zapłaty (art. 481 k.c.).

Z tych względów na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. orzeczono reformatoryjnie oddalając powództwo ponad wskazane wyżej kwoty, a w oparciu o art. 385 k.p.c. oddalono apelację w pozostałej części jako pozbawioną uzasadnionych zarzutów. Orzeczeniem reformatoryjnym nie objęto rozstrzygnięcia o kosztach procesu uznając, że wobec wygranej pozwanej jedynie w zakresie około 3% winna ona ponieść całość tych kosztów na podstawie art. 100 zdanie drugie k.p.c.

Kosztami procesu w całości obciążono pozwaną na tej samej podstawie wobec jej wygranej w postępowaniu apelacyjnym jedynie w nieznaczej części. W skład tych kosztów zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika powódki w stawce minimalnej (§ 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu - Dz.U. 2013r., poz. 490). Z uwzględnieniem powyższej zasady na podstawie art. 113 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych pozwaną obciążono

całością nieuiszczonych kosztów sądowych w instancji odwoławczej, na które składa się wynagrodzenie biegłego za opracowanie opinii uzupełniającej.

(...)