

Sygn. akt I Aga 61/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 listopada 2019r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Bogusław Suter
Sędziowie	:	SA Bogusław Dobrowolski SA Grażyna Wołosowcz (spr.)
Protokolant	:	Izabela Lach

po rozpoznaniu w dniu 23 października 2019 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **G. M.**

przeciwko (...) **Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w B.**

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 7 marca 2019r. sygn. akt VII GC 335/16

I. oddala apelację;

II. zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 8 100 (osiem tysięcy sto) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu – kosztów zastępstwa procesowego za instancję odwoławczą.

(...)

UZASADNIENIE

Powód G. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) z siedzibą w W. wniósł przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w B. pozew o zapłatę kwoty 209.203,02 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz kosztami procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

Pozwany (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w B. o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej (...) sp. z o.o. kosztów procesu, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 7 marca 2019 roku Sąd Okręgowy w Białymstoku oddalił powództwo (punkt I) oraz zasądził od powoda G. M. na rzecz pozwanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w B. kwotę 15.170,99 zł. tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 14.417,00 zł. tytułem kosztów zastępstwa procesowego (punkt II.).

Z ustaleń poczynionych Przez Sąd Okręgowy wynikało, że w dniu 12.05.2015 r. strony zawarły umowę nr (...) o wykonanie robót budowlanych, której przedmiotem było kompleksowe wykonanie przez powoda elewacji zewnętrznej dla inwestycji (...) w W.. W ust.3 Umowy ustaliły 1.06.2015 r. jako termin rozpoczęcia robót oraz 18.08.2015 r. jako termin ich zakończenia. Jednocześnie wskazano, że pozostałe terminy w tym terminy pośrednie określa (...) stanowiący załącznik nr 3 do niniejszej Umowy. Zastrzeżono również, że mogą ulec zmianie w zależności od postępu prac budowlanych. Zgodnie z ust. 4 za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 352.974,00 zł powiększone o należny podatek VAT . Strony uzgodniły, że parafowane załączniki stanowią integralną część umowy. Powód zobowiązał się do wykonania robót przy użyciu własnych materiałów, wyrobów i urządzeń (§ 7 ust. 1 pkt m) Warunków Ogólnych).

Zgodnie z § 13 ust 1 lit. b Warunków Ogólnych stanowiących załącznik nr 1 do przedmiotowej umowy, wykonawca zobowiązał się do zapłaty zamawiającemu kar umownych za zwłokę lub opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, zgodnie z terminami określonymi w ust. 3 umowy, w wysokości 1 % (netto) wynagrodzenia, o których mowa w pkt. 4 za każdy dzień opóźnienia lub zwłoki, powyższe dotyczyło także niedotrzymania terminów pośrednich oraz niepodejmowaniu robót w terminie umownie określonym. W § 13 ust. 2 Warunków Ogólnych ustalono, że w przypadku gdyby wykonawca wykonywał roboty w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, a w szczególności przez opóźnienie lub zwłokę w wykonaniu całości lub części robót przekraczające o 7 dni termin określony w umowie zamawiający może bez dodatkowego wezwania odstąpić od umowy w całości lub w części z przyczyn zależnych od wykonawcy. Niezależnie od powyższego postanowiono, że zamawiający (pozwany) może wg swojego wyboru powierzyć wykonanie robót w całości lub ich dowolnej części osobie trzeciej na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy i bez zgody sądu, zaś wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność za tak powierzone roboty oraz pokryje różnicę pomiędzy wynagrodzeniem osoby trzeciej (powiększonym o 15 % narzutu obsługi wykonania zastępczego) a wynagrodzeniem przyjętym w niniejszej umowie. Nadto § 13 ust. 4 przewidywał, że wykonawca wyraża zgodę na potrącenie wierzytelności zamawiającego z wszelkich wierzytelności wykonawcy związanych lub wynikających z tej umowy lub jakichkolwiek innych stosunków prawnych do kwoty wierzytelności niższej i bez konieczności składania osobnych oświadczeń o potrąceniu.

Z dalszych ustaleń Sądu I instancji wynikało, że protokołem nr (...) z dnia 9.06.2015 r. przekazano powodowi front robót powodowi. Protokołem rzeczowo - finansowym wykonanych robót z dnia 31.08.2015 r. stwierdzono, że zakres wykonanych robót objętych niniejszym protokołem jest zgodny ze zleceniem lub umową oraz, że na jego podstawie dokonano wstępnego odbioru robót. Wartość według kosztorysu wykonawczego wynosiła 50.181,62 zł . W dniu 7.09.2015 r. powód wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...) opiewającą na kwotę 54.196,15 zł.

Sąd Okręgowy ustalił, że zawiadomieniem z dnia 9.09.2015 r. powód złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy wnosząc o zwrot kwoty w wysokości 84.240,00 zł tytułem wydatków na wynagrodzenia pracowników.

Sąd I instancji ustalił także, że pismem z dnia 18.09.2015 r. pozwany (...) Sp. z o.o. poinformował o naliczeniu kary umownej wysokości 109.421,94 zł, tj. po 3.529,74 zł za każdy z 31 dni niewykonania zobowiązania wskazując dodatkowo na nieskuteczność odstąpienia od łączącej strony umowy wobec niezachowania procedury przewidzianej w art. 491 § 1 k.c. W piśmie tym jednocześnie złożył oświadczenie o potrąceniu w/w wierzytelności z wierzytelnością powoda z tytułu faktury VAT nr (...). Do ww. pisma pozwany załączył notę księgową (...) na kwotę 109.421,94 zł z tytułu kary umownej na podstawie § 13 ust. 1 lit. b warunków ogólnych umowy nr (...) z dnia 12.05.2015 r. (k. 156). Nota ta

zawierała jednocześnie wezwanie do zapłaty kwoty 109.421,94 zł. na wskazany przez pozwanego rachunek bankowy w terminie 14 dni od otrzymania wezwania. Powód w dniu 12.10.2015 r. wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 54.196,15 zł wraz z ustawowymi odsetkami wynikającemu z faktury VAT nr (...) z dnia 7.09.2015 r. (k. 173).

Pozwany w odpowiedzi na powyższe wezwanie stwierdził, iż jest ono bezprzedmiotowe oraz wezwał do zapłaty kwoty 55.225,79 zł tytułem pozostałej części kary umownej ustalonej w nocie księgowej z dnia 18.09.2015 r. nr (...).

Sąd Okręgowy ustalił następnie, że w dniu 6.10.2015 r. pozwany zawarł umowę nr (...) o wykonanie robót budowlanych zastępczych za firmę (...), które mocą umowy powierzył J. K. prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą (...)i (...) K. J. S. zaś w dniu 27.11.2015 r. pozwana spółka zawarła z (...) Sp. z o.o. umowę nr (...) o wykonanie robót budowlanych w ramach wykonawstwa zastępczego za firmę (...).

Sąd I instancji ustalił ponadto, że w dniu 24.01.2017 r. spółka (...) złożyła oświadczenie o potrąceniu z tytułu kar umownych i odszkodowań w łącznej kwocie 240.129,95 zł z tytułu wystawionych not księgowych nr: (...) do kwoty wierzytelności niższej. Do tego oświadczenia dołączono noty księgowe z tytułu kar umownych, zawierające jednocześnie wezwania do zapłaty na wskazany przez pozwanego rachunek bankowy w terminie 14 dni od daty ich otrzymania. Pismo te zostało wysłane powodowi listem poleconym w dniu 25.01.2017 r., który je odebrał. Jednocześnie pozwany złożył rozliczenie wzajemnych wierzytelności. Pismem z dnia 21.04.2016 r. pozwany poinformował, że w związku z wprowadzeniem wykonawstwa zastępczego na niewykonany przez powoda zakres umowy poniesiono wyższe koszty wykonania zastępczego w związku z czym naliczono notę księgową nr (...). W dniu 11.03.2017 r. powód został wezwany do zapłaty kwoty 240.129,95 zł wraz z należnymi odsetkami zgodnie z wystawionymi notami księgowymi nr: (...). Pismem z dnia 14.04.2017 r. powód zanegował istnienie podstaw do uregulowania kwot wynikających z wystawionych not księgowych

Sąd Okręgowy wskazał, że powyższy stan faktyczny ustalił przede wszystkim w oparciu o dokumenty załączone do akt sprawy, w szczególności umowę zawartą przez strony o wykonanie robót budowlanych oraz ogólne warunki umowy, noty księgowe wystawione przez pozwanego, ale też korespondencje prowadzoną pomiędzy podmiotami zaangażowanymi w proces budowy, zeznania świadków oraz opinię biegłego.

W tak ustalonym stanie faktycznym, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie. Wskazał, że umowę zawartą przez strony należało bezspornie kwalifikować jako umowę o roboty budowlane unormowaną w art. 647 i nast. k.c., ustalone zaś w umowie wynagrodzenie jako ryczałtowe.

Zdaniem Sądu I instancji w przedmiotowej sprawie należało ustalić, czy powodowi przysługuje żądanie zwrotu niezapłaconej części wynagrodzenia należnego mu za wykonanie na rzecz pozwanego jako generalnego wykonawcy robót objętych fakturą VAT nr (...) z dnia 7.09.2015 r. (k. 42). Przedmiotowe roszczenie obejmowało nadto koszty związane z zakupem przez powoda materiałów budowlanych oraz narzędzi, które zdaniem powoda zostały zużyte przy realizacji robót, a nadto wynagrodzenie jego pracowników. Sąd podkreślał, że powód przyznał, że nie dokończył przedmiotowej inwestycji i wobec znacznych opóźnień w wykonywaniu robót przez inne ekipy budowlane zatrudnione przez pozwanego oraz dodatkowe koszty jakie poniósł z jego winy opuścił front robót. Z protokołu rzeczowo-finansowego sporządzonego w dniu 31.08.2015 r., opatrzonego podpisem stron, wynika że wartość wykonanych prac wg kosztorysu wykonawczego wynosiła 50.181,62 zł.

Dalej, Sąd Okręgowy wskazywał, że strona pozwana od początku negowała żądanie powoda wskazując, iż należność dochodzona pozwem po pierwsze w części obejmującej kwotę 155.006,54 zł wynikająca z czynności podjętych przez powoda w czerwcu, lipcu i sierpniu 2015 r. została przez pozwanego opłacona. Ponadto, pozwany wskazywał, że wykonawca opuścił plac budowy pozostawiając go w bardzo złym stanie i w związku z tym pozwany zmuszony był zatrudnić dwóch wykonawców zastępczych - (...) Sp. z o.o. oraz zawrzeć odrębną umowę na dzierżawę rusztowań z M. S., które to zgodnie z umową miał zapewnić powód. Powyższe wygenerowało wydatki w łącznej kwocie 334.714,17 zł netto, które o 131.695,54 zł przewyższały ustalone w zawartej między stronami umowie należne wynagrodzenie.

Wynagrodzenie to, po odliczeniu wypłaconych już należności, wynosiło 203.018,63 zł. Pozwany naliczył kary umowne, które zostały uwzględnione w notach księgowych nr: (...).

Sąd Okręgowy wskazywał, że spór sprowadzał się do ustalenia należnego powodowi wynagrodzenia ryczałtowego uwzględniającego faktycznie wykonany zakres robót. Osobnej oceny wymagała zasadność naliczenia przez pozwanego kary umownej w związku z niedotrzymaniem przez powoda terminu wykonania przedmiotu umowy i koniecznością zaangażowania wykonawców zastępczych. Dlatego niezbędne okazało się rozpoznanie podniesionego przez pozwanego zarzutu potrącenia.

Odnosząc się do powyższego, Sąd Okręgowy przypominał, iż strony w istocie postanowiły, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 1 % netto wynagrodzenia, za każdy dzień opóźnienia lub zwłoki (§ 13 ust. 1 lit. b załącznika nr 1 do umowy nr (...) z dnia 12.05.2015 r.). Ponadto, wolą stron zastrzeżono także, możliwość powierzenia przez zamawiającego wykonania robót w całości lub ich dowolnej części osobie trzeciej na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy i bez zgody sądu w przypadku gdy wykonawca wykonuje swoje roboty w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową (§ 13 ust. 2 załącznika nr 1 do umowy nr (...) z dnia 12.05.2015 r.). Zatem, kara umowna przewidziana została zarówno za kwalifikowane opóźnienie (zwłokę), jak również za samo opóźnienie. Dla rozstrzygnięcia kwestii potrącenia, zdaniem Sądu Okręgowego, należało ustalić zakres wykonanych przez powoda prac budowlanych na podstawie przedmiotowej umowy oraz czy przy wykonywaniu prac doszło do zwłoki czy też opóźnienia ze strony powoda. Wskazywał, że bezspornym w sprawie było, iż powód nie ukończył robót objętych przedmiotową umową, dlatego istotnym było określenie zakresu w jakim zostały one zrealizowane do czasu opuszczenia budowy oraz odniesienie tego do przysługującego mu z tego tytułu wynagrodzenia. Z uwagi na konieczność wykonania pozostawionych prac, ważne było także ustalenie, w jakim zakresie zostały one wykonane przez wykonawców zastępczych.

Z uwagi na powyższe, Sąd I instancji dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa dr inż. L. H. (1), który w oparciu o materiał dowodowy sporządził opinię, w której wyjaśnił ww. okoliczności sporne. Biegły stwierdził, iż powód do dnia 31.08.2015 r., a więc w dniu sporządzenia Protokołu Rzeczowo - (...) zrealizował finansowy zakres prac przez powoda na budowie przy ul. (...) w W. w 42,50 %, co przekładało się na wynik w kwocie 149.955,37 zł. Opiniujący wskazał również, iż mimo przewijających się informacji odnośnie innych wykonanych prac przez powoda nie był jednak w stanie ustalić ich zakresu. Biegły stwierdził także, że opóźnienie w terminie realizacji robót przez powoda było znaczne, jednakże brak jest w aktach sprawy dowodów pozwalających na precyzyjne ustalenie przyczyn i wielkości opóźnień. Prace zrealizowane przez wykonawców zastępczych biegły ocenił jako zgodne z zakresem prac, które nie zostały wykonane przez powoda (k. 718-722, k. 809-815). Na skutek zarzutów stron, w opinii uzupełniającej biegły ustosunkowując się do podniesionych zarzutów wskazał, że z uwagi na niedokończenie prac przez powoda nie ma możliwości oszacowania jego opóźnienia. Opiniujący wskazał również, że nie ma w aktach sprawy żadnych zapisów wskazujących na problemy z rozpoczęciem robót przez powoda. Nadto, podał, że podstawą wyceny wykonywanych robót były podpisane protokoły odbioru, z których ostatni sporządzono w dniu 31.08.2015 r. i brak jest dokumentacji określającej ilości robót wykonanych przez powoda po tym terminie. Biegły dr inż. L. H. (1) na rozprawie przed Sądem w dniu 26.02.2019 r. podtrzymał swoją opinię wskazując, iż opinie uzupełniające nie zmieniły zajętego przez niego stanowiska w opinii zasadniczej. Podał, że co prawda zakres prac wykonanych przez powoda mógł być większy niż 42 %, ale jaki nie da się teraz tego ustalić (k. 819 v.). Biegły dodał, że możliwe byłoby szacowanie należnego powodowi wynagrodzenia w oparciu o stawki stosowane przez wykonawców zastępczych w sytuacji przyjęcia, że wszyscy oni pracowali na jednakowych stawkach jednostkowych – oddzielnie dla prac naprawczych a oddzielnie dla prac zmierzających do dokończenia robót powoda. Należałoby także wydzielić z tych stawek nakłady na usuwanie usterek. Wtedy można by podjąć próbę szacowania przybliżonego wynagrodzenia powoda, niemniej jednak przez cały czas będziemy mieli do czynienia z szacunkiem i będzie to bardzo duże przybliżenie (k. 819 – 820). Mając na uwadze poziom wiedzy biegłego, podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania zawartego w niej stanowiska, a dodatkowo: zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej Sąd Okręgowy przyjął dowód z opinii biegłego sądowego dr inż. L. H. (1) za miarodajny w sprawie. Wskazał, że na tle innych środków dowodowych, w szczególności zeznań świadków i stron, dowód z opinii biegłego wyróżnia specjalny jego przedmiot, cel, charakter oraz specyficzne, właściwe

tylko jemu, kryteria oceny. Dlatego, nie są miarodajne dla oceny tego dowodu niekonkurencyjne z nim oceny świadków i uczestników postępowania, co do faktów będących przedmiotem opinii (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2000 r., I CKN 1170/98).

W ocenie Sądu Okręgowego, to rzeczą powoda – opuszczającego plac budowy – było doprowadzenie do jednoznacznego zinventaryzowania zakresu wykonanych prac i podpisanie w tym zakresie stosownego protokołu lub chociażby protokołu jednostronnego, którego ustalenia znalazłyby odzwierciedlenie w pozostałych dokumentach zgromadzonych w sprawie, w tym przede wszystkim w dzienniku budowy. Powód opuszczając plac budowy nie zadbał o właściwe zabezpieczenie takiego dowodu. Tym samym jego postawa jako profesjonalisty w branży budowlanej nie może zasługiwać na ochronę prawną.

Dlatego, Sąd Okręgowy kierując się końcowym stanowiskiem biegłego zawartym na rozprawie (k. 820) oraz powyższym wnioskiem, oddalił wniosek dowodowy pełnomocnika powoda o zwrócenie się do podwykonawców o wskazanie cen jednostkowych wykonanych robót jako całkowicie nieprzydatny w sprawie.

Nadto, Sąd Okręgowy wskazywał, że przeprowadził także dowód z zeznań świadków: M. J., A. B., W. F., S. M., Ł. M. oraz K. N.. Wskazał, że zeznania tych świadków, jakkolwiek wiarygodne, w świetle dowodów z dokumentów oraz dowodu z opinii biegłego, nie odegrały istotnego znaczenia dowodowego w sprawie. Wskazał, że wszystkie zeznające w sprawie osoby były zorientowane w kwestii realizacji zadania inwestycyjnego. Występujący z ramienia obu stron świadkowie, uczestnicy procesu budowlanego mieli wiedzę o rodzaju i postępach prac budowlanych, niemniej jednak nie była to wiedza na tyle precyzyjna, aby na podstawie tych zeznań czynić istotne ustalenia faktyczne.

Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego należało zatem zdaniem Sądu I instancji wywieść, że powód jedynie częściowo, bo w 42, 5 % wykonał prace budowlane objęte przedmiotową umową. Mając na uwadze ryczałtowy charakter wynagrodzenia ustalony na kwotę 352.974,00 zł., wynagrodzenie powoda powinno być ustalone na kwotę 150.013,95 zł. Jeżeli natomiast chodzi o roboty, za które powód dochodził wynagrodzenia to one opiewały na kwotę 149.955,37 zł, która to została już przez pozwanego powodowi zapłacona. Z uwagi na to, że doszło do opuszczenia placu budowy i niewykonania w całości robót pozwany zmuszony był zaangażować do wykonania podmioty trzeciej, co należało uznać za w pełni uprawione. Z tego też tytułu poniósł koszty, które okazały się znacznie przewyższać roszczenie powoda. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności z przedłożonych przez pozwanego faktur VAT, wynikało że w sumie koszty wykonawstwa zastępczego w zakresie pokrywającym się z niezrealizowaną częścią projektu przez powoda wyniosły 334.714,17 zł.

W niniejszej sprawie, w ocenie Sądu Okręgowego, nie ulegało wątpliwości, że doszło zarówno do opóźnienia, jak i częściowo do zwłoki w wykonaniu robót. Tym samym istnienie samego opóźnienia, a więc tego niezależnego od winy, powodowało ze strona pozwana uprawniona była do naliczania kary umownej. W konsekwencji pozwany zgodnie z § 13 ust. 1 lit. b i ust. 2 załącznika nr 1 do umowy nr (...) z dnia 12.05.2015 r. mógł obciążyć powoda wygenerowanymi kosztami w związku z czym wezwał go w dniu 11.03.2017 r. do zapłaty kwoty 240.129,95 zł wraz z należnymi odsetkami - zgodnie z wystawionymi notami księgowymi nr: (...). Po stronie pozwanego istniała zatem wymagalna wierzytelność pieniężna, którą postanowił potrącić z wierzytelnością dochodzoną przez powoda w niniejszej sprawie. Wobec tego w dniu 24.01.2017 r. złożył za pośrednictwem prawidłowo umocowanego pełnomocnika oświadczenie o potrąceniu wierzytelności (k. 246). Tym samym doszło do umorzenia wzajemnych zobowiązań do wysokości wierzytelności niższej. Dlatego też należało uznać, że z uwagi na skutecznie dokonane potrącenie wzajemnych roszczeń, żądanie strony powodowej było bezpodstawne. Na marginesie wskazywał, że powód niezależnie od powyższego nie wykazał zasadności roszczenia, co do jego wysokości. Co do zasady nie było uzasadnione roszczenie podwoda o zwrot faktycznie poniesionych przez niego kosztów na zakup wbudowanych materiałów budowlanych, narzędzi oraz na wynagrodzenie pracowników, gdyż umówione przez strony wynagrodzenie ryczałtowe obejmowało bowiem kompleksowe wykonanie przedmiotu umowy, tj. za wykonanie wszystkich czynności oraz środków, materiałów i usług niezbędnych do kompleksowej realizacji umowy (§ 4 ust. 2 i 3 Warunków Ogólnych). Nie mogło być zatem mowy o żądaniu przez powoda dodatkowego wynagrodzenia w tym przedmiocie.

Mając powyższe na uwadze na mocy art. 647 k.c. , art. 483 k.c. i art. 498 k.c. oraz art. 499 k.c., Sąd Okręgowy orzekł jak sentencji wyroku. O kosztach procesu orzekł na podstawie art. 98 k.p.c.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku VII Wydział Gospodarczy z dnia 7 marca 2019 roku wniósł powód G. M. zaskarżając ww. wyrok w całości. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucał:

I. naruszenia prawa procesowego, tj:

1) **art. 233 § 1 KPC - poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego przejawiający się w całkowitym pominięciu dowodu z opinii dr inż L. H. (2) w części wskazującej, iż opóźnienia innych podwykonawców uniemożliwiały powodowi rozpoczęcie prac w terminie a następnie terminowe oddawanie poszczególnych robót;**

2) **art. 233 § 1 KPC - poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego przejawiający się w całkowitym pominięciu zeznań powoda oraz wszystkich świadków, dokumentacji fotograficznej oraz treści pism powoda kierowanych do pozwanego w części wskazującej na dokładny zakres prac wykonanych przez powoda aż do zejścia z budowy;**

3) **art 217, art. 227 i art. 231 k.p.c. poprzez bezzasadne oddalenie wniosku dowodowego pełnomocnika powoda o zobowiązanie firm podwykonawczych U. i R. do wskazania cen jednostkowych wykonanych prac - na okoliczność oszacowania przybliżonego wynagrodzenia należnego powodowi, podczas gdy przeprowadzenie zawnioskowanego dowodu ma istotne znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy;**

4) **) art 316 § 1 k.p.c. poprzez nierozpoznanie istoty sprawy wobec bezpodstawnego przyjęcia, że niemożliwym jest ustalenie zakresu prac wykonanych faktycznie przez powoda, a w konsekwencji:**

a) **sprzeczność ustaleń Sądu z zebrany w sprawie materiałem dowodowym polegającą na nieprawidłowym ustaleniu, po stronie powoda doszło do opóźnienia jak i częściowo do zwłoki, a w konsekwencji błędne przyjęcie, iż strona pozwana uprawniona była do naliczania kary umownej, podczas gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego tj. zeznań powoda i zawnioskowanych przez niego świadków, dokumentacji fotograficznej zalegającej w aktach, pism powoda kierowanych do pozwanego jak również z opinii biegłego dr inż L. H. (2) wynika wprost, iż opóźnienia innych podwykonawców uniemożliwiały powodowi rozpoczęcie prac w terminie a następnie terminowe oddawanie poszczególnych robót,**

b) **sprzeczność ustaleń Sądu z zebrany w sprawie materiałem dowodowym polegającą na nieprawidłowym ustaleniu, że niemożliwym jest ustalenie zakresu prac wykonanych faktycznie przez powoda /a tym samym należnego mu wynagrodzenia/, mimo iż zakres tych prac został szczegółowo wskazany przez powoda oraz wszystkich świadków a nadto mimo iż zgodnie z treścią opinii biegłego dr inż L. H. (2) możliwe było by oszacowanie przybliżonego wynagrodzenia należnego powodowi w oparciu o stawki stosowane przez wykonawców zastępczych w sytuacji przyjęcia, że wszyscy oni pracowali na jednakowych stawkach jednostkowych - oddzielnie dla prac naprawczych i oddzielnie dla prac zmierzających do dokończenia robót powoda.**

Wskazując na powyższe, wnosił o:

- **zmianę wyroku w punkcie I poprzez uwzględnienie powództwa w całości**
- **ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Białymstoku,**

- **rozstrzygnięcie o kosztach postępowania według norm przepisanych,**
- **nadto w oparciu o treść art. 380 k.p.c., wnosił o:**

a) **uchylenie postanowienia Sądu I Instancji oddalającego wniosek dowodowy pełnomocnika powoda o zobowiązanie firm podwykonawczych U. i R. do wskazania cen jednostkowych wykonanych prac,**

b) **dopuszczenie zawnioskowanego dowodu jako mającego istotne znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.**

SĄD APELACYJNY USTALIŁ I ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE:

Apelacja powoda nie była zasadna

W ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd pierwszej instancji dokonał w niniejszej sprawie w oparciu o przedstawione przez strony dowody, prawidłowych ustaleń faktycznych, które Sąd Apelacyjny podziela i uznaje za własne. Aprobuje także dokonaną przez Sąd Okręgowy ocenę prawną roszczeń powoda stwierdzając przy tym, iż Sąd I instancji nie naruszył, wskazanych w apelacji przepisów prawa.

Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Według wskazanego przepisu sąd ma obowiązek ocenić wszystkie przeprowadzone dowody oraz uwzględnić wszystkie towarzyszące im okoliczności, które mogą mieć znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności. Musi też przeprowadzić selekcję dowodów, a więc dokonać wyboru tych, na których się oparł, i ewentualnie odrzucić inne, którym odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, przy czym selekcja ta powinna być poparta argumentacją zgodną z regułami logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego. Zastrzeżona dla sądu swobodna ocena dowodów opiera się bowiem na odpowiadającym zasadom logiki powiązaniu ujawnionych w postępowaniu dowodowym okoliczności w całość zgodną z doświadczeniem życiowym (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1980 r., II URN 175/79, OSNC 1980/10/200). Strona kwestionująca prawidłowość zastosowania art. 233 § 1 k.p.c. powinna przedstawić argumenty świadczące o niezachowaniu przez sąd tych reguł. Zarzut ten nie może natomiast polegać na zaprezentowaniu przez skarżącego stanu faktycznego ustalonego przez niego na podstawie własnej oceny dowodów. Także dowód z opinii biegłego, powinien zostać oceniony w zakresie kryteriów zgodności z zasadami logiki i wiedzy powszechnej, ale także z uwzględnieniem kryteriów właściwych ocenie tego dowodu, jak trafnie wskazał Sąd I instancji takich jak: poziom wiedzy biegłego, podstaw teoretycznych opinii, a także sposobu motywowania oraz stopnia stanowczości wyrażonych w niej wniosków.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, Sąd Apelacyjny podziela ocenę mocy i wiarygodności materiału dowodowego przedstawionego w pierwszej instancji. W szczególności popiera stanowisko Sądu Okręgowego odnośnie oceny mocy dowodowej zeznających w sprawie świadków. Nie jest prawdą, że Sąd I instancji nie rozważył wszechstronnie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym dowodu z zeznań świadków. Uszło uwadze Skarżącego, że Sąd ten takie rozważania zawarł w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku (k. 845 akt), wskazując, że „zeznania ... świadków jakkolwiek wiarygodne, w świetle dowodów z dokumentów oraz dowodu z opinii biegłego, nie odegrały istotnego znaczenia dowodowego w sprawie”. Ze stanowiskiem Sądu I instancji w tym zakresie należało się zgodzić. Słusznie bowiem Sąd Okręgowy uznając, że sprawie niezbędne są wobec ustalenia przez strony za wykonanie robót budowlanych wynagrodzenia ryczałtowego, a zatem wynagrodzenia określonego jedną kwotą za całość przewidzianych Umową do wykonania przez powoda prac oraz co było bezspornym w sprawie nieukończenia ich przez powoda - wiadomości specjalnych, dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność ustalenia wartości rzeczywiście wykonanych przez powoda prac i ich wartości przy uwzględnieniu rodzaju umówionego wynagrodzenia przez strony. Biegły miał również wypowiedzieć się w oparciu o przeprowadzone w sprawie dowody, czy w toku wykonywania przez powoda umowy doszło do zwłoki lub opóźnienia w wykonywaniu prac, a jeżeli tak to jak długo te okresy trwały (k. 717 akt).

Należało zgodzić się z oceną Sądu Okręgowego, iż z racji tego, że doszło do opuszczenia placu budowy i niewykonania w całości prac określonych Umową – pozwany zmuszony był do dokończenia prac rozpoczętych przez powoda zaangażować podmioty trzecie i ponieść w związku z tym koszty znacznie przewyższające roszczenie powoda, bo sięgające kwoty 334 714,17 zł (k. 279-299, 339-360, 413-418 akt). Podkreślenia wymaga, że dowód z opinii biegłego w postępowaniu sądowym jest jedyną drogą pozyskiwania koniecznych dla rozstrzygnięcia wiadomości specjalnych i nie może być zastąpiony inną czynnością dowodową, w tym zeznaniami świadków, czy tym bardziej zeznaniami strony.

Wbrew twierdzeniom skarżącego, Sąd I instancji właściwie ocenił dowód z opinii biegłego. Z opinii tej wynikało (k.719 akt), że zakres prac faktycznie wykonanych przez powoda na budowie przy ulicy (...) w W. określał przede wszystkim Protokół rzeczowo – finansowy wykonanych robót z dnia 31 sierpnia 2015 roku podpisany przez obie strony (k 43 akt). Znamiennym jest, że Protokół ten wraz z załącznikiem do Harmonogramu – tabelą fakturowania został załączony do pozwu jako dowód zakresu wykonanych prac i ich wartości, które zostały przez powoda wycenione na kwotę 50 181, 62 zł. Biegły stwierdził, że taki zakres wykonanych prac daje 4,5% wykonania robót na elewacji zachodniej, 82,27% wykonania wartości robót na elewacji północnej, 37% wykonania wartości robót na ścianach portierni, śmietnika, rampy i kominów, co łącznie daje zrealizowanie finansowego zakresu Umowy w 42,50%. Stąd wartość zrealizowanych prac przez powoda na budowie przy ul. (...) w W. biegły wycenił na kwotę 149 955,37 zł Biegły analizował także kwestię wykonania przez powoda robót dodatkowych dochodząc jednakże do wniosku, że choć kwestia ta przewija się w zeznaniach świadków to jednak są one za mało precyzyjne w tym przedmiocie, aby na ich podstawie ustalić zakres i wartość tych robót (k. 719-720 akt). Odnosząc się do kwestii, czy doszło do zwłoki, czy też opóźnienia (termin wykonania robót 1.06.2015 -18.08.2015 r), biegły zważywszy na fakt, iż 31 sierpnia 2015 r. zakres realizacji Umowy był na poziomie 42,5% - określił opóźnienie w terminie realizacji robót przez powoda jako znaczne. Przechodząc jednak do przyczyny tych opóźnień wskazał, że w aktach brak jest dowodów pozwalających na precyzyjne ustalenie przyczyn i wielkości opóźnień (k. 720 akt). Jednocześnie biegły wskazał, że zakres wykonywanych prac przez wykonawców zastępczych był zgodny z zakresem prac, które nie zostały wykonane przez powoda (k. 722 akt). Do opinii tej zastrzeżenia złożyły obie strony, w tym powód (k. 742-743 akt), który akcentował niemożność zrealizowania prac w terminie z uwagi na opieszałość ze strony innych wykonawców działających równolegle na tej samej budowie. Biegły odnosząc się do zgłoszonych zastrzeżeń stwierdził, że w aktach brak jest zapisów wskazujących na problemy z rozpoczęciem robót przez powoda. Na podstawie akt sprawy nie był również w stanie ocenić czy i na ile montaż marek na balkonach (akcentowany przez powoda w zastrzeżeniach), mógł wpłynąć na równoczesne wykonanie robót polegających na ociepleniu elewacji. Biegły na podstawie akt sprawy nie był w stanie odtworzyć warunków realizacji robót i tym samym ścisłego ustalenia kosztów np. wynajmu rusztowań. Biegły podkreślał, że brak było w aktach sprawy jakiegokolwiek dokumentacji określającej ilości robót wykonanych przez powoda po 31 sierpnia 2015 roku.(k. 767-769 akt). Na skutek kolejnych zastrzeżeń powoda, biegły dr inż. L. H. (1) dokonał powtórnej analizy akt sprawy, w tym zapisów w Dzienniku Budowy i wskazał, że powód na elewacji północnej mógł rozpocząć roboty nie wcześniej niż 16 czerwca 2015 r., gdyż dopiero 15 czerwca zgłoszono do odbioru izolację balkonów z papy i izolacje. Wcześniej mógł jedynie rozpocząć klejenie styropianu na spodnich powierzchniach płyt balkonowych. Brak odbioru marek niewątpliwie utrudniał, ale nie uniemożliwiał całkowicie wykonywania prac, gdyż marki były mocowane przede wszystkim na czołach balkonów, a bezpośrednio ściany budynku dotykały tylko konsole znajdujące się na najwyższej kondygnacji. Na elewacji zachodniej ewentualny montaż rusztowania mógł się rozpocząć dopiero po 30 czerwca 2015 r., kiedy to zgłoszono do odbioru izolację termiczną ścian fundamentowych na tej elewacji. Biegły wskazywał jednak, że w aktach nie ma żadnych zapisów w dzienniku budowy ani pism powoda informujących pozwanego o opóźnieniu w realizacji Umowy z przyczyn niezależnych od powoda. Biegły analizując dokumentację fotograficzną zawartą w aktach (k. 446-479, 523-544 akt) wskazał, że wynika z niej, że powierzchnia przyklejenia styropianu na elewacji zachodniej na dzień 16.09.2015 r. była większa niż 15%, ale na podstawie dostępnej w aktach sprawy dokumentacji nie jest w stanie oszacować rzeczywiście przyklejonej powierzchni styropianu do elewacji zachodniej., a może jedynie stwierdzić, że wartość prac wykonanych przez powoda przekraczała wartość podaną w Protokole z dnia 31 sierpnia 2015 r. Wskazywał, że z uwagi na to, że powód nie dokończył prac nie ma możliwości oszacowania jego opóźnienia. Biegły podkreślał, że w kwestiach technicznych wszelkie sprawy muszą być udokumentowane i opisane ilościowo natomiast zeznania nie zawierają takich informacji. Biegły wskazywał nadto, że nie ma w aktach

żadnych obmiarów robót lub innej inwentaryzacji ilościowej, pozwalającej na ustalenie ilości prac wykonanych na elewacji północnej przez powoda po dniu 31 sierpnia 2015 roku. W odniesieniu do elewacji zachodniej jedynym dokumentem wykonanych prac jest zdjęcie na karcie 446, obejmujące jednak tylko część elewacji. W odniesieniu do elewacji nr 7 (portiernia i pozostałe elementy) nie ma zapisów w Dzienniku Budowy, nie ma obmiaru robót ani innej inwentaryzacji, czy nawet dokumentacji fotograficznej dotyczącej robót wykonywanych po 31 sierpnia 2015 roku. Biegły L. H. (1) podnosił, że jeszcze trudniejsza jest sytuacja w odniesieniu do przywoływanych przez powoda robót dodatkowych, gdyż nie ma żadnego zapisu o ich wykonaniu w formie protokołu, notatki czy zlecenia. Nie wiadomo, gdzie miały być wykonywane i w jakiej ilości (k. 809-815 akt). W opinii ustnej złożonej na rozprawie w dniu 26 lutego 2019 roku biegły stanowczo stwierdził, że sporządzone przez niego opinie uzupełniające nie zmieniają zajętego przez biegłego stanowiska w opinii zasadniczej, z tą różnicą, że powód nie miał szans na ustawienie rusztowania na elewacji zachodniej w terminie wcześniejszym niż 30 lipca stąd miał ok. 30 dni opóźnienia na elewacji zachodniej, zaś na elewacji północnej co najmniej 15 dni, gdyż 15 czerwca zgłoszono do odbioru elewację balkonów. Nie ma natomiast w aktach sprawy informacji w jaki sposób strony korespondowały, a tym samym materiał dowodowy uniemożliwia ustalenie pozostałych czynności w tym zakresie. Biegły wskazał ponadto, że wykonawcy zastępczy musieli dokonać poprawek (skalę trudno ustalić) i dokończyć te roboty. Oprócz tego były całe powierzchnie, które należało wykonać w całości od początku. Część wykonawców miała zbliżone z powodem stawki jednostkowe, a część różniła się w sposób rażący. (opinia ustna – k. 819v-820 akt).

Powyższe wskazuje, że Sąd I instancji wszechstronnie rozważył opinię biegłego L. H. (1) i doszedł do prawidłowego wniosku, a mianowicie, że ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego należało wywieść, że powód jedynie w 42,5% wykonał prace budowlane objęte przedmiotową Umową oraz, że istnieje co prawda prawdopodobieństwo, że wykonał większą ich ilość jednakże brak jest jakichkolwiek dowodów, aby można było stwierdzić tę ilość.

Z opinii tej wbrew twierdzeniom skarżącego nie wynikało, iż opóźnienia innych wykonawców uniemożliwiały powodowi rozpoczęcie oraz zakończenie robót w terminie. Brak jest dowodów na to, w tym również w opinii biegłego, że opóźnienia innych wykonawców uniemożliwiało wykonywanie powodowi prac, które z ich pracami nie kolidowały. Wskazują na to także m.in. zeznania świadka M. J., który twierdził, że powód pomimo pracy innych wykonawców na budowie mógł wykonać swoje roboty w terminie, gdy nawet jakieś prace innych wykonawców trwały, to mógł wykonywać inne prace (zeznania M. J. k. 512-512v akt).

Wbrew zatem zarzutom apelacji, w ocenie Sadu Apelacyjnego przedstawiona przez Sąd Okręgowy ocena dowodu z opinii biegłego jest właściwa. Powód miał możliwość wyjaśnienia wszelkich wątpliwości w toku przesłuchania biegłego. Z uwagi na to, że dowód z opinii biegłego w postępowaniu sądowym jest jedyną drogą pozyskania wiadomości specjalnych niezbędnych do rozstrzygnięcia sprawy i nie może być zastąpiony inną czynnością, podważenie jej mocy dowodowej bądź wywodzenie z niej dalszych wniosków może nastąpić wyłącznie poprzez przeprowadzenie dowodu z opinii uzupełniającej lub dowodu z opinii innego biegłego. Powód o przeprowadzenie dowodu z opinii uzupełniającej lub opinii innego biegłego natomiast nie wnosił.

W przekonaniu Sądu Apelacyjnego, w wywodach apelacji nie zostały także wskazane tego rodzaju okoliczności, które mogłyby stanowić przejaw nielogiczności, czy dowolności w stanowisku biegłego. Złożone przez biegłego opinie: pisemne jak i ustna, nie budzą wątpliwości, co do poprawności i stanowczości wywiedzionych w nich wniosków. Dlatego też, zdaniem Sądu Apelacyjnego, przedstawiona przez skarżącego argumentacja stanowi wyłącznie polemikę z trafnymi wnioskami Sądu Okręgowego.

Z uwagi na treść opinii biegłego L. H. (1), z której wynikało, że nie da się ustalić z uwagi na brak właściwej dokumentacji technicznej większego niż przyjął tj. 42,50% zrealizowania przez powoda zakresu prac na budowie przy ul. (...) w W. oraz charakter umówionego przez strony za wykonanie prac wynagrodzenia określanego jako ryczałtowe, Sąd Okręgowy słusznie oddalił wniosek powoda o zobowiązanie firm podwykonawczych U. i R. do wskazania cen jednostkowych wykonanych prac – na okoliczność oszacowania przybliżonego wynagrodzenia należnego powodowi. Taki dowód nie miał by bowiem znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Istota wynagrodzenia ryczałtowego wiąże się bowiem z jego niezmiennością niezależnie od kosztów potrzebnych do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy.

Ponadto sąd w postępowaniu dowodowym nie ma obowiązku przeprowadzania wszystkich dowodów zgłoszonych przez stronę, a jedynie tych, które dotyczą okoliczności niewykazanych dotąd i istotnych dla rozstrzygnięcia. W myśl art. 227 k.p.c. przedmiotem dowodu są bowiem fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie, natomiast art. 217 k.p.c. pozwala sądowi pomijać dowody, jeżeli są powoływane jedynie dla zwłoki. Przy czym podkreślenia wymaga, że powoływanie dowodów dla zwłoki ma miejsce zarówno wówczas, gdy okoliczności sprawy dla których stwierdzenia je powołano zostały już dostatecznie wyjaśnione, jak i wówczas, gdy nie mogą one wyjaśnić spornych okoliczności, bowiem dotyczą faktów, które nie mają dla rozstrzygnięcia sprawy istotnego znaczenia (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2001 r., III CKN 1393/00, LEX nr 603170).

Należy podkreślić, iż strony w zawartej Umowie postanowiły, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 1% (netto) wynagrodzenia nie tylko w przypadku zwłoki w wykonaniu robót, ale i opóźnienia w wykonaniu przedmiotu Umowy, zgodnie z terminami określonymi w punkcie 3 Umowy, w tym także za niedotrzymanie terminów pośrednich oraz niepodejmowania robót w terminie umownie określonym. Zatem należało uznać, kara umowna przewidziana została zarówno za kwalifikowane opóźnienie (zwłokę), jak również za samo opóźnienie. Jak trafnie wskazał Sąd I instancji, skutek uchybienia terminowi może bowiem przybrać postać albo zwłoki, albo opóźnienia, w zależności od tego, czy dłużnik za taki stan rzeczy odpowiada lub też nie odpowiada.. W judykaturze wskazuje się, że za dopuszczalne – w ramach swobody kontraktowania - uznaje się zastrzeżenie w umowie uprawnienia wierzyciela do żądania kary umownej w wypadku, gdy przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania są okoliczności niezawinione przez dłużnika. O skuteczności takiej klauzuli przesądza zaś art. 473 § 1 k.c., dopuszczający możliwość modyfikacji ogólnych reguł odpowiedzialności dłużnika. Za Sądem I instancji należało powtórzyć, że w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego nie ulega wątpliwości, że zgodnie z tym przepisem dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Powód mógł zatem i rozszerzył swoją odpowiedzialność kontraktową, przyjmując odpowiedzialność także za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z przyczyn od niego niezależnych (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., II CSK 180/10, LEX nr 970070; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 r., ICSK 748/12, LEX nr 1396298).

Bezspornym w niniejszej sprawie było, że powód nie ukończył robót objętych przedmiotową umową. Istnienie w niniejszej sprawie natomiast samego opóźnienia niezależnego od winy, powoduje że strona pozwana uprawniona była do naliczania kary umownej.

Z uwagi na powyższe, na zasadzie art. 385 k.p.c. apelacja powoda podlegała oddaleniu z braku uzasadnionych podstaw.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono w oparciu o art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. Wysokość tych kosztów ustalono na podstawie § 10 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 2 pkt 7) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2018r., poz.265).

(...)