

*Sygn. akt I ACa 1414/12*

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 listopada 2013r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny

w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSA Alicja Myszkowska (spr.)</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SSA Dorota Ochalska - Gola</b> <b>SSA Joanna Walentkiewicz - Witkowska</b>
Protokolant:	st.sekr.sądowy Jacek Raciborski

po rozpoznaniu w dniu 6 listopada 2013r. w Łodzi

na rozprawie

sprawy z powództwa **Syndyka masy upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości z siedzibą w P.**

przeciwko **Gminie D.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 13 sierpnia 2012r. sygn. akt II C 444/11

**I. zmienia zaskarżony wyrok w pkt. 1 i 2 na następujący:**

**„1. zasądza od pozwanej Gminy D. na rzecz powoda Syndyka masy upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości z siedzibą w P. kwotę 352.005,35 zł (trzysta pięćdziesiąt dwa tysiące pięć złotych i trzydzieści pięć groszy) z ustawowymi odsetkami od dnia 31 stycznia 2008 r. i oddala powództwo w pozostałym zakresie:**

**2. zasądza od powoda Syndyka masy upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości z siedzibą w P. na rzecz pozwanej Gminy D. kwotę 4.289,79 zł (cztery tysiące dwieście osiemdziesiąt dziewięć złotych i siedemdziesiąt dziewięć groszy) tytułem zwrotu kosztów procesu.”;**

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

**III. zasądza od pozwanej Gminy D. na rzecz powoda Syndyka masy upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości z siedzibą w P. kwotę 17971 zł (siedemnaście tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt jeden) tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym;**

**IV. nakazuje pobrać na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Apelacyjnego w Łodzi od powoda Syndyka masy upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości z siedzibą w P. kwotę 62,59 zł (sześćdziesiąt dwa złote pięćdziesiąt dziewięć groszy) oraz od pozwanej Gminy D. kwotę 57,78 zł (pięćdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt osiem groszy) tytułem zwrotu kosztów ustnej opinii biegłego.**

Sygn. akt I ACa 1414/12

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 13 sierpnia 2012r Sąd Okręgowy w Łodzi oddalił powództwo Syndyka masy upadłości (...) sp. z o.o. w upadłości w P. przeciwko Gminie D. o zapłatę 883.446,96 zł i zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 14.248, zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Powyższy wyrok Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych:

2 sierpnia 2006 r. strony zawarły umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było wybudowanie przez (...) sali sportowo - widowiskowej przy szkole w D. zgodnie z projektem budowlanym, złożoną przez wykonawcę ofertą oraz kosztorysem ofertowym. Strony uzgodniły, że w przypadku wystąpienia konieczność wykonania prac dodatkowych nie objętych kosztorysem ofertowym oraz specyfikacją techniczną wykonawcy nie wolno ich realizować bez uzyskania dodatkowego zamówienia na podstawie odrębnej umowy.

Strony uzgodniły, że roboty rozpoczną się z dniem podpisania umowy; termin wykonania stanu surowego zamkniętego określono na 31 listopada 2006r., natomiast termin zakończenia robót - na 15 sierpnia 2007 r.

Strony zastrzegły prawo naliczania przez zamawiającego kar umownych za nieterminowe lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy, w następujących sytuacjach i wysokościach:

za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy - w wysokości 0,2% całkowitego wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki,

za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi - w wysokości 0,2% całkowitego wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki, przy czym termin ten liczony będzie od dnia wyznaczonego przez zamawiającego do ich usunięcia.

za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy - w wysokości 10% całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego brutto.

Wykonawca wyraził zgodę na potrącenie z faktur należności z tytułu kar umownych, natomiast zamawiający zastrzegł sobie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody.

Strony ustaliły, że wykonawca wniesie zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 5% całkowitego wynagrodzenia brutto, tj. w kwocie 180.879,88 zł w formie gwarancji bankowej, najpóźniej w dniu podpisania umowy. 70% tego zabezpieczenia stanowi gwarancję zgodnego z umową wykonania robót, natomiast pozostałe 30% jest przeznaczone na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji. W przypadku nienależytego wykonania umowy zabezpieczenie staje się własnością zamawiającego i będzie wykorzystane do zgodnego z umową wykonania robót i pokrycia roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji jakości za wykonane roboty. Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie całego przedmiotu umowy w wysokości 3.617.597,69 zł przy czym zapłata miała następować na podstawie faktur częściowych.

Strony ustaliły, że jakiegokolwiek zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty wybranej przez zamawiającego dopuszczalne są gdy konieczność ich wprowadzenia wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub gdy są korzystne dla zamawiającego. Wszelkie zmiany umowy wymagały formy pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności.

Umowa przewidywała, że zamawiający ma prawo odstąpienia od niej w całości lub części w następujących sytuacjach:

wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy,

ogłoszenie upadłości firmy wykonawcy, wydanie nakazu zajęcia majątku wykonawcy,

nie rozpoczęcie robót przez wykonawcę bez uzasadnionej przyczyny lub nie kontynuowanie ich mimo wezwania zamawiającego złożonego na piśmie. Wykonawca miał prawo odstąpienia od umowy w sytuacji, gdy:

zamawiający nie wywiązuje się z obowiązku zapłaty faktur mimo dodatkowego wezwania w terminie 1 miesiąca od upływu terminu zapłaty,

zamawiający zawiadomi wykonawcę, że wobec zaistnienia uprzednio nie przewidzianych okoliczności nie będzie mógł spełnić swoich zobowiązań umownych wobec wykonawcy.

Poza tym, każda ze stron mogła odstąpić od umowy jeżeli druga strona narusza postanowienia umowy powodując utratę jego zasadniczych korzyści wynikających z umowy,

Odstąpienie od umowy powinno nastąpić w formie pisemnej pod rygorem nieważności i zawierać uzasadnienie.

Aneks z 2 sierpnia 2006 r. strony m.in. zmieniły termin wykonania stanu surowego zamkniętego na 31 stycznia 2007 r.

1 sierpnia 2006 r. (...) zawarł z (...) S.A. umowę, na podstawie której bank udzielił gwarancji należytego wykonania przedmiotowej umowy, do wysokości 180.879,88 zł na rzecz Gminy D., na zabezpieczenie zobowiązań (...) wynikających z tej umowy.

W trakcie realizacji budowy dochodziło do rozbieżności między inwestorem i wykonawcą na tle sposobu wykonania niektórych prac oraz zakresu robót koniecznych, a nie przewidzianych w umowie. Dotyczyło to takich elementów, jak rodzaj wykonanej podsypki, wykonanie izolacji dachu a następnie rodzaj blachy, jaką miał on zostać pokryty, wykonanie daszków nad wejściami, doświetlenia pomieszczeń, rodzaju pokrycia elewacji, płytek wewnątrz budynku oraz konieczności niwelowania terenu oraz elementów drobnego wyposażenia, które nie powodowały istotnego opóźnienia robót.

Inwestor zakwestionował też jakość betonu, z którego wykonano słupy. W efekcie, próbki betonu zostały przekazane do badań, co spowodowało wstrzymanie dalszych prac na około dwa tygodnie. Roboty były kontynuowane po zaakceptowaniu przez Gminę pozytywnych dla wykonawcy wyników badań.

13 sierpnia 2007 r. do Urzędu Gminy w D. wpłynęło pismo wykonawcy zawierające oświadczenie o odstąpieniu od umowy zawartej 2 sierpnia 2006 r. z powołaniem się na naruszenie przez zamawiającego jej postanowień i spowodowanie przez to utraty zasadniczych korzyści wynikających z umowy przez wykonawcę. Naruszenie umowy przez zamawiającego miało polegać na tym, że nie przyjmował on wyszczególnionych w piśmie zmian w stosunku do projektu oraz prac dodatkowych zaakceptowanych wstępnie przez inspektora nadzoru, podejmowaniu sprzecznych decyzji co do wprowadzenia zmian oraz uchylanie się od zawarcia umowy obejmującej wykonanie robót dodatkowych.

Mimo złożonego oświadczenia, wykonawca kontynuował prace przy budowie aż do 20 września 2007 r.

17 sierpnia 2007 r. Gmina wystosowała pismo do wykonawcy uznając, że dokonane przez niego odstąpienie od umowy jest bezpodstawne i nieskuteczne oraz wzywając do kontynuowania prac objętych umową z zastrzeżeniem możliwości odstąpienia do umowy przez inwestora w przypadku niezastosowania się do tego wezwania.

13 września 2007 r. Gmina złożyła wykonawcy pisemne oświadczenia o odstąpieniu od umowy z 2 sierpnia 2006 r. w części nie objętej protokołami odbiorów częściowych, powołując się na zaprzestanie przez wykonawcę dalszych prac przy budowie mimo wcześniejszego wezwania.

Wykonawca zaprzestał prowadzenia dalszych prac dopiero po 20 września 2007 r. Mimo podejmowanych prób ponownego ich podjęcia, strony nie doszły do porozumienia. Przedmiotem sporu były przede wszystkim kwestie: zapłaty za roboty dodatkowe, na które nie zostały zawarte umowy oraz przedłużenia terminu zakończenia prac.

Wartość brutto robót ogólnobudowlanych wraz z kosztem pracy sprzętu wykonanych przez (...) w ramach umowy łączącej strony wynosi 2.381.327,54 zł bez uwzględnienia kosztów zakupu przez wykonawcę blachy trapezowej na pokrycie dachu oraz kosztów niezbędnych do usunięcia wad wykonawczych.

Poniesiony przez wykonawcę koszt zakupu blachy trapezowej położonej na dachu hali sportowo - widowiskowej, zamiast przewidzianej w pierwotnym projekcie blachy fałdowej wynosi 47.593,29 zł. Koszty usunięcia wad robót wykonanych przez (...) wynosi 112.993,26 zł.

Wartość pracy rusztowań faktycznie wykonanych przez (...) na wysokość powyżej 4 metrów wyniosła 24.833,66 zł.

Gmina zapłaciła wykonawcy za wykonane prace łącznie 2.521.469,95 zł odmawiając zapłaty dwóch ostatnich faktur:

na kwotę 370.610,45 zł obejmującą roboty podstawowe, na kwotę 332.113,04 zł obejmującą prace dodatkowe według wyceny wykonawcy.

1 października 2007 r. Gmina D. otrzymała od (...) S.A. kwotę 180.879,88 zł tytułem kary umownej z gwarancji udzielonej przez ten bank na zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

W postępowaniu upadłościowym Spółki (...) wezwano wierzycieli do zgłaszania wierzytelności w terminie dwóch miesięcy od dnia ogłoszenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym.

20 stycznia 2011 r. Gmina D. zgłosiła w postępowaniu upadłościowym wierzytelność pieniężną, na którą składały się;

# 361.759,77 zł tytułem zapłaty kary umownej z umowy z 2.sierpnia 2006 r.,

100.170,29 zł tytułem odsetek ustawowych od tej kary umownej, 31.491,54 zł tytułem kosztów procesu, którego przedmiotem było dochodzenie powyższych należności.

22 sierpnia 2011 r. Gmina złożyła kolejne pismo zawierające zgłoszenie wierzytelności pieniężnej w kwocie 589.730,23 zł z tytułu odszkodowania za nienależyte wykonanie przedmiotowej umowy. Wraz z tym drugim zgłoszeniem, Gmina złożyła pisemne oświadczenie o potrąceniu wierzytelności:

w kwocie 180.879,89 zł z tytułu części kary umownej niezapłaconej przez (...),

w kwocie 589.730,23 zł z tytułu odszkodowania za nienależyte wykonanie łączącej strony umowy, z wierzytelnością upadłego. Żadna z wierzytelności pozwanego nie została uznana. Prace przy hali sportowo - widowiskowej w D., która była przedmiotem łączącej strony umowy zostały dokończone w 2010 r. na podstawie umowy zawartej przez inwestora z innym wykonawcą. Za

wykonanie tych prac przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 1.178.017,30 zł brutto.

Mając powyższe na uwadze Sąd I instancji uznał, że do rozstrzygnięcia pozostała jest jedynie roszczenie zgłoszone w pozwie wzajemnym przez spółkę (...), na które składają się:

702.723,49 zł tytułem należnego zdaniem wykonawcy i nie zapłaconego wynagrodzenia za wykonane na rzecz Gminy roboty budowlane, - 180.879,88 zł tytułem zwrotu kwoty wypłaconej Gminie z gwarancji bankowej udzielonej na zabezpieczenie należytego wykonania umowy łączącej strony.

Odnosząc się do sposobu wygaśnięcia umowy Sąd uznał, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy złożone w tym przedmiocie przez (...) należało uznać za pozbawione podstaw. Powołano się w nim na uprawnienie z pkt. 12.3 umowy, a więc naruszenie przez zamawiającego postanowień umowy powodujące utratę przez wykonawcę zasadniczych korzyści wynikających z umowy. Powód nie udowodnił zaistnienia żadnej z tych dwóch przesłanek, a w szczególności - że niezgodne z umową działania inwestora spowodowały utratę przez wykonawcę zasadniczych korzyści wynikających z umowy.

W tym miejscu należy zauważyć, że ewentualne spory wynikłe między stronami na tle potrzeby wykonania robót dodatkowych, na które nie zawarto umowy, zmian wprowadzanych w wykonywanym obiekcie na życzenie inwestora oraz przedłużenia terminu wykonania umowy i związanego z tym zagrożenia, iż wykonawca zostanie obciążony karami umownymi nie przesądzają same przez się o utracie przez (...) zasadniczych korzyści wynikających z umowy.

Oświadczenie o odstąpieniu od umowy złożone następnie przez Gminę również było pozbawione podstaw. Zamawiający powołał się w nim na fakt zaprzestania wykonywania robót i nie podjęcia ich mimo wcześniejszego wezwania ze strony Gminy. Pismo zawierające to oświadczenie zostało doręczone wykonawcy 13 września 2007 r. Tymczasem z zeznań inspektora nadzoru, a więc osoby reprezentującej inwestora wynika, że prace na budowie były prowadzone co najmniej do 20 września 2007 r. W tej sytuacji, 13 września 2007 r. Gmina nie mogła skutecznie powołać się na pkt. 12.1.1 litera d umowy, jako podstawę uzasadniającą jednostronne odstąpienie od niej.

Mimo formalnej bezskuteczności obu oświadczeń, zaistniała sytuacja, w której doszło faktycznie do rozwiązania umowy łączącej strony w zakresie tych prac, które nie zostały wykonane przez (...), na skutek obustronnego odstąpienia od niej. Wobec tego należy uznać, że skutek ten nastąpił z przyczyn, za które odpowiadają obie strony umowy. Przyczyną tą jest uznanie przez każdą z nich złożonego przez siebie oświadczenia o odstąpieniu od umowy za skuteczne.

W tej sytuacji, do wzajemnych rozliczeń między stronami zastosowanie ma art. 494 k.c. wobec braku przepisów szczególnych oraz postanowień umownych, które regulowałyby taką sytuację.

Na podstawie powołanego przepisu wykonawcy przysługuje prawo do zwrotu tego, co świadczył w wykonaniu umowy, zaś w realiach tej sprawy oznacza to uprawnienie do żądania zwrotu równowartości faktycznie wykonanych prac. Zgodnie z ostatecznym wyliczeniem wykonanym przez biegłego K., wartość ta wynosi 2.381.327,54 zł brutto. Należało ją powiększyć o koszt zakupu blachy trapezowej, czyli 47.593,29 zł oraz koszt pracy rusztowań tj. 24.833,66 zł. Wyliczona w ten sposób należność winna zostać pomniejszona o kwotę 112.993,26 zł czyli koszt niezbędny do usunięcia wad wykonawczych. Kwota ta nie ma przy tym charakteru odszkodowania należnego zamawiającemu z tytułu nienależytego wykonania umowy, a jedynie determinuje wartość tego, co świadczył faktycznie wykonawca, a co zamawiający ma obowiązek zwrócić w przypadku rozwiązania umowy wzajemnej na podstawie art. 494 k.c.

W wyniku tak przeprowadzonego wyliczenia, kwota należna powodowi to 2.340.761,23 zł, czyli mniej niż faktycznie zapłacił zamawiający w trakcie wykonywania prac.

Wobec powyższego żądanie zasądzenia kwoty 702.723,49 zł podlega oddaleniu jako bezzasadne.

Rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po obu stronach skutkuje także tym, że zamawiającemu nie należy się kara umowna w wysokości 10% całkowitego wynagrodzenia brutto przewidziana w pkt. 8.1.2. umowy na wypadek

odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W tej sytuacji pobranie przez Gminę kwoty 180.879,88 zł z gwarancji bankowej nie było zasadne.

Powód nie może jednak domagać się zwrotu tej kwoty w oparciu o przepisy o nienależnym świadczeniu ponieważ nie ma po temu podstawy prawnej. Wynika to z faktu, że świadczenie to wypłacił bank na podstawie umowy zawartej z (...), przewidującej bezwarunkową wypłatę na żądanie beneficjenta, którym była Gmina. Nie ma więc mowy o nienależnym świadczeniu w rozumieniu art. 410 § 2 k.c., ponieważ jego podstawą prawną była ważna umowa o udzielenie gwarancji. Z kolei powód nie udowodnił aby rachunek (...) został obciążony tą kwotą przez bank udzielający gwarancji, ewentualnie - aby wykonawca pokrył tę należność w inny sposób, co pozwoliłoby uznać, że jest to korzyść uzyskana przez Gminę kosztem wykonawcy bez podstawy prawnej, co uzasadniałoby żądanie jej zwrotu na podstawie art. 405 k.c.

Wobec powyższego powództwo należało oddalić także w tej części.

Mając na względzie przytoczone argumenty Sąd uznał za zbędne dalsze rozważania w kwestii skuteczności zgłoszonego przez stronę pozwaną zarzutu potrącenia.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. uwzględniając jego wynik oraz wydatki poniesione przez stronę wygrywającą.

Apelację od wyroku wniósł powód, zaskarżając wyrok w części, w zakresie oddalającym powództwo do kwoty 679.027,96 zł oraz w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach postępowania. Na podstawie art. 368 § 1 pkt 2 skarżący zarzucił wyrokowi:

1) Naruszenie prawa materialnego, a w szczególności art. 494 k.c.: - poprzez jego błędne zastosowanie do wzajemnych rozliczeń stron umowy o roboty budowlane, w sytuacji gdy Sąd ustalił, że nie doszło do odstąpienia od umowy przez żadną ze stron, a więc brak jest podstaw do stosowania tego przepisu, a rozliczenia stron powinny nastąpić w oparciu o art. 471 i nast.

na wypadek przyjęcia, że od umowy skutecznie odstąpiono, poprzez jego błędną wykładnię, nie uwzględniającą złożonego charakteru świadczenia w umowie, i konieczności stosowania zasad wynikających z umowy do świadczeń wykonanych jeszcze przed odstąpieniem od niej;

2) Sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego materiału dowodowego (art. 233 § 1 k.p.c.), polegającą na: określeniu wartości robót wykonanych przez powoda na kwotę 2.340.760,23 zł, w sytuacji gdy kwota ta dotyczy jedynie robót budowlanych, a nie wszystkich prac wykonanych przez powoda;

ustaleniu wartości prac koniecznych do usunięcia wad na kwotę przy pominięciu zakresu odpowiedzialności powoda za te wady (obejmując także konieczność usunięcia wad, wynikających z nie używania obiektu);

ominięciu faktu bezzasadności pobrania gwarancji bankowej przez pozwanego, w sytuacji gdy nie miał on prawa skorzystać z tego zabezpieczenia, gdyż nie zaszły okoliczności, przewidziane w umowie do pobrania gwarancji;

3) Obrazę przepisów postępowania, w tym art. 233 § 1 k.p.c. poprzez: oparcie części orzeczenia o opinię biegłego S., który z kolei

przyjął w niej stwierdzenia i wartości z opinii prywatnej, wykonanej poza postępowaniem przez pozwanego;

uznanie, że powód nie zwrócił kwoty gwarancji bankowej wypłaconej pozwanemu przez gwaranta, w sytuacji gdy z akt sprawy wynika, że należność ta obciążała powoda.

W związku z powyższym wnoszę o zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie 1 i zasądzenie od pozwanej Gminy D. na rzecz powoda Syndyka masy upadłości (...) Sp. z o.o. w upadłości z siedzibą w P. kwoty 679.027,96 złotych z ustawowymi odsetkami od kwoty:

a) 498.148,08 zł od dnia 10 października 2007 r. do dnia zapłaty

b) 180 879,88 zł od dnia 2 października 2007 r. do dnia zapłaty

oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania

według norm przepisanych.

ewentualnie: o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny w postępowaniu apelacyjnym dopuścił dowód z ustnej uzupełniającej opinii biegłego J. K. (1), który stwierdził, że wykonawca oprócz robót ogólnobudowlanych, do których odniósł się Sąd w uzasadnieniu wyroku wykonał także prace instalacyjne i elektryczne o wartości 350.122,69 zł netto (opinia K 874)

Sąd Apelacyjny zważył co następuje: Apelacja częściowo zasługuje na uwzględnienie. Najistotniejszą dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy kwestią jest ustalenie przyczyny i sposobu wygaśnięcia stosunku obligacyjnego, wynikającego z zawartej między stronami w dniu 2 sierpnia 2006 r. umowy o roboty budowlane. W tym zakresie Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu I instancji, że zarówno oświadczenie z dnia 13 sierpnia 2007r, o odstąpieniu od umowy złożone przez wykonawcę, jak i oświadczenie z dnia 13 września 2007r o odstąpieniu od umowy złożone przez zamawiającego, nie może być uznane za skuteczne w świetle postanowień zawartej umowy. Zresztą okoliczności tej na etapie apelacji skarżący nie kwestionuje.

Z materiału dowodowego zebranego w sprawie wynika, że strony procesu inwestycyjnego nie współpracowały ze sobą, co ostatecznie doprowadziło do rozwiązania umowy, poprzez zaprzestanie jej realizacji przez obie strony i wyrażoną w złożonych oświadczeniach wolę zakończenia umowy. Fakt ten potwierdzili zarówno przesłuchani świadkowie jak i biegły w sporządzonej przez siebie opinii. Bezpośrednią przyczyną sporu między stronami, było żądanie inwestora, skierowane do wykonawcy, zdjęcia dachu wybudowanej hali, jako wykonanego niezgodnie z projektem, pomimo, że zmiana konstrukcji dachu w stosunku do projektu, wcześniej została zaakceptowana zarówno przez projektanta jak i inspektora nadzoru. Żądanie to zostało zgłoszone na 2 tygodnie przed ustalonym terminem zakończenia prac, a zastosowanie się do niego, w sposób oczywisty doprowadziłoby do opóźnienia prac i naraziłoby powoda na powstanie roszczenia z tytułu kar umownych. Ponadto strony nie mogły porozumieć się co do zakresu robót dodatkowych, a inwestor konsekwentnie odmawiał podpisania w tym zakresie umowy i zapłaty. Inwestor utrudniał także pracę wykonawcy uchylając się od podejmowania bieżących decyzji związanych z wykonaniem prac na budowie lub podejmując decyzje nawet po kilku tygodniach, co znacząco wpływało na opóźnienie prac. Potwierdzają to w swoich zeznaniach świadkowie A. S.( k.268), A. W. (k.268-269), K. C.( k.280) i A. S.(k.280-281), która jako kierownik budowy stwierdziła, że pierwszy raz w jej praktyce zdarzyło się, iż strony procesu inwestycyjnego ze sobą nie współpracowały, a inspektor nadzoru podejmował decyzje ze znacznym opóźnieniem.

Podobnie jak świadkowie, przebieg procesu inwestycyjnego ocenił biegły J. K., który w opinii sporządzonej w trybie zabezpieczenia dowodu sygn. akt IC 363/07 stwierdził na podstawie analizy dokumentów, że w końcowej fazie budowy zaczął narastać konflikt pomiędzy stronami, którego zarzewiem było zgłoszenie przez wykonawcę żądanie zapłaty za roboty dodatkowe, nie ujęte w przedmiarze robót, a wynikające z zauważonych „błędów” w kosztorysie. Wykonawca uważał, iż za prace te należy się dodatkowe wynagrodzenie, ponieważ zmuszony był ponieść dodatkowe nakłady, których nie uwzględnił w ofercie. Pozwany stał na stanowisku, że wykonawca miał obowiązek sprawdzenia kosztorysu przed zawarciem umowy. Ponadto biegły potwierdził zeznania świadków, ustalając, że przy wykonaniu dachu doszło do zmiany technologii i rodzaju materiałów, na co uzyskano zgodę projektanta i przedstawiciela inwestora. Powyższe zmiany technologii w wykonaniu izolacji i pokryciu dachu zostały zgłoszone inwestorowi, jednak konflikt, jaki trwał

w czasie realizacji robót, a co wynika z zapisów w dzienniku budowy, spowodował żądanie inwestora zdjęcia dachu i dalsze nieracjonalne, zdaniem biegłego działania stron, które w efekcie doprowadziły do zerwania umowy.

Ostatecznie obie strony złożyły oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Należy jednak podzielić stanowisko Sądu I instancji, że oświadczenia te były bezskuteczne. Powód odstąpił od umowy twierdząc, że z winy pozwanego doszło do utraty przez niego zasadniczych korzyści wynikających z umowy. Pomimo złożonego oświadczenia powód kontynuował jednak prace na budowie. W tym miejscu stwierdzić należy, że powód nie wykazał zasadności podanej przyczyny odstąpienia od umowy, gdyż znaczną część wynagrodzenia za prace objęte umową otrzymał, a sporem objęte było jedynie wynagrodzenie za prace dodatkowe nie objęte umową, co do których umowa na piśmie nigdy nie została zawarta. Oczywiście powód miał prawo dochodzić tego wynagrodzenia lecz odmowa jego wypłaty, jako nie wynikającego bezpośrednio z zawartej umowy nie mogła być przyczyną odstąpienia od niej. Ponadto powód sam "zniweczył" skutek swojego odstąpienia, kontynuując prace na budowie pomimo złożenia oświadczenia woli zmierzającego do zakończenia umowy.

Podobnie za bezskuteczne należy uznać oświadczenie z dnia 13 września 2007r o odstąpieniu od umowy złożone przez pozwanego, który wskazał jako jego przyczynę zaprzestanie prac przez wykonawcę. Nie ulega wątpliwości, że w chwili złożenia oświadczenia powód wykonywał jeszcze prace na budowie. Zgodnie z opinią biegłego ostatni wpis w dzienniku budowy miał miejsce w dniu 28 września 2007r. Formalnie zatem wypowiedzenie umowy z tej przyczyny należy uznać za bezpodstawne. Niezależnie od powyższego, nawet gdyby przyjąć, iż pozwany był na budowie lecz zaprzestał wykonywania jakichkolwiek prac, co w sprawie nie zostało wykazane, to i tak w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego uznać by należało, że zaprzestanie prac nie nastąpiło z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy, a tylko w takiej sytuacji odstąpienie należałoby uznać za skuteczne. Zgodnie z treścią art. 354§1 i 2 kc strony winny współdziałać przy wykonaniu zobowiązania. Powinnością wierzyciela jest przede wszystkim nieczynienie tego, co utrudniałoby dłużnikowi wykonanie zobowiązania (obowiązek "negatywny"), a działania pozytywnego można oczekiwać od wierzyciela wtedy, gdy wynika to z właściwości zobowiązania albo z umowy. Niewątpliwie, co wynika z materiału dowodowego, strony w sposób nieprawidłowy współdziałały przy wykonaniu umowy. Pozwany swoimi działaniami na które wskazał Sąd I instancji i o których mowa była wyżej, opóźnił wykonanie prac, narażając wykonawcę na kary umowne. W tej sytuacji dalsze prowadzenie prac i zakończenie ich w terminie z przyczyn leżących po stronie pozwanej było w istocie niemożliwe. Przyjąć zatem należy, że inwestor wykonywał zobowiązanie wbrew regułom określonym w art. 354kc i brak jest podstaw do uznania za skuteczne złożone przez niego oświadczenie woli o odstąpieniu od umowy, skoro do zaprzestania prac doszło także z przyczyn leżących po jego stronie.

Stwierdzić należy, że wygaśnięcie stosunku obligacyjnego może nastąpić m.in. przez odstąpienie od umowy albo przez jej rozwiązanie. Pojęcia te nie są tożsame. Odstąpienie od umowy następuje na skutek jednostronnego oświadczenia woli, wywierającego - poza stosunkami o charakterze ciągłym - skutek *ex tunc*. Następuje zatem powrót do takiego stanu, jaki istniał przed zawarciem umowy. Przypadki, w jakich może dojść do jednostronnego odstąpienia od umowy, reguluje ustawa, a wobec tego, że do odstąpienia od umowy dochodzi z reguły wskutek nienależytego jej wykonywania przez drugą stronę, ustawa odsyła - poprzez art. 494 k.c. - do przepisów dotyczących naprawienia szkody wynikłej z tej przyczyny (art. 471 k.c.). W przypadku rozwiązania umowy dochodzi do złożenia oświadczeń woli przez strony. Z zasady swobody umów wynika, że strony mogą w drodze porozumienia rozwiązać zawartą umowę obligacyjną. Umowa *wygasa ex nunc*, a o skutkach takiego stanu rozstrzyga wola stron. Do rozwiązania umowy może dojść w każdy sposób, nawet dorozumiany, chyba że w umowie zawarto w tym przedmiocie inne postanowienia. Także w razie rozwiązania umowy nie można wykluczyć roszczenia odszkodowawczego, jednak jedynie w sytuacji, w której do powstania szkody doszło na skutek niewykonania czy nienależytego wykonania umowy jeszcze przed jej rozwiązaniem. Jeżeli szkoda nastąpiła po rozwiązaniu umowy, nie można mówić, że zdarzeniem szkodzącym było jej niewykonanie czy nienależyte wykonanie, skoro strony umową nie są już związane (tak SN w wyroku z dnia 8 lutego 2012r V CSK 73/11 LEX 1125296).

Odnosząc powyższe rozważania do ustalonego stanu faktycznego należy przyjąć, że wprawdzie oświadczenia stron o odstąpieniu od umowy należy uznać za bezskuteczne, to jednak obie strony zaprzestały realizacji umowy, a więc w sposób dorozumiany rozwiązały wiążący je stosunek obligacyjny. Rozwiązanie umowy spowodowało jej wygaśnięcie

ex nunc , a zatem wykonawcy należało się wynagrodzenie za prace wykonane do czasu jej wygaśnięcia , według postanowień zawartej umowy oraz art. 471 i następnych k.c.

Wbrew zarzutom apelacji strony ustaliły w umowie wynagrodzenie ryczałtowe, a nie jak wywodzi skarżący rozliczenie kosztorysowe. Wynika to wprost z treści §10 umowy, który stanowi , że „ ustala się wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie całego przedmiotu umowy w wysokości 3.617597.69zł zgodnie z wynikiem przetargu". Nie można zatem podzielić stanowiska apelującego ,że ocena wartości prac przekazanych zamawiającemu powinna być dokonana w oparciu o kosztorys przyjęty przez strony. Oczywiście kosztorys stanowił podstawę sporządzenia oferty , jednakże ostatecznie strony obowiązywało ustalone w umowie wynagrodzenie ryczałtowe zgodnie z treścią artykułu 632 k.c. , który może być stosowany w drodze analogii do umowy o roboty budowlane (zob. uchwałę SN z 29 września 2009 r., III CZP 41/09, OSNC 2010, nr 3, poz. 33; wyrok SN z 15 czerwca 2007 r., V CSK 63/07, Biul. SN 2007, nr 12, s. 11, z glosą R. Szostaka, Zamówienia Publiczne. Doradca 2008, nr 3, s. 51, a także B. Lanckoroński, glosa do wyroku SN z 16 maja 2007 r., III CSK 452/06, OSP 2009, z. 2, s. 19; W. Białończyk, glosa do wyroku SN z 6 maja 2004 r, II CK 315/03, OSP 2005, z. 5, poz. 60). W wypadku określenia w umowie wynagrodzenia ryczałtowego przyjmującemu zamówienie nie przysługuje prawo do żądania podwyższenia wynagrodzenia bez względu na to, czy w czasie zawarcia umowy istniała możliwość przewidzenia rozmiaru lub kosztów prac . Ryzyko powstania ewentualnej straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac (a zatem nieuwzględnieniem określonych czynności czy też materiałów) lub kosztów prac (w tym wzrostem cen i innych elementów kosztowych wpływających na wysokość wynagrodzenia) obciąża, przy tym sposobie określenia wynagrodzenia, przyjmującego zamówienie. Przyjmujący zamówienie może jednakże powołać się na wynikającą z art. 629 i 632 § 2 k.c. klauzulę tzw. nadzwyczajnej zmiany stosunków (rebus sic stantibus). Przesłankami żądania przyjmującego zamówienie opartego na art. 632 § 2 k.c. (klauzuli tzw. nadzwyczajnej zmiany stosunków) są: 1) wystąpienie rzeczywistej, istotnej zmiany stosunków 2) brak możliwości przewidzenia rzeczywistej, istotnej zmiany stosunków; 3) zagrożenie powstania rażącej straty przyjmującego zamówienie w wypadku wykonania dzieła w zmienionych warunkach przy utrzymaniu ryczałtu; 4) związek przyczynowy między zmianą stosunków a zagrożeniem rażącej straty dla przyjmującego zamówienie (zob. S. Buczkowski (w:) System prawa cywilnego, t. III, cz. 2, s. 436). W każdym wypadku rzeczywista istotna zmiana stosunków obejmuje wyłącznie zdarzenia, które w okolicznościach zawierania umowy nie mogły być uwzględnione (przewidziane) . W art. 632 § 2 k.c. ustawodawca nie przewiduje ochrony prawnej przyjmującego zamówienie przed utratą oczekiwanego dochodu. Należy zgodzić się ze stanowiskiem SN wyrażonym w wyroku z 18 września 1998 r. (III CKN 621/97, OSP 1999, z. 1, poz. 9), w którym SN stwierdził, że przepis art. 632 § 2 k.c. chroni przyjmującego zamówienie przed rażąca stratą. Utraty dochodu, w szczególności niewielkiego w relacji do całego wynagrodzenia wykonawcy, nie można utożsamiać z "rażącą stratą" w rozumieniu tego przepisu.

Nie budzi zatem wątpliwości , że w świetle zawartej umowy , wykonawcy należało się wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości odpowiadającej procentowemu wykonaniu prac . Taki sposób wyliczenia należnego wynagrodzenia przyjął biegły inż.J. K., której to opinii co do zasady dał wiarę Sąd I instancji.

Należy jednak podzielić zarzut skarżącego , że Sąd Okręgowy prawdopodobnie omyłkowo - gdyż uzasadnienie wyroku w tej części jest bardzo lakoniczne- do podstawy należnego wynagrodzenia przyjął jedynie wartość prac ogólnobudowlanych określonych przez biegłego w opinii z dnia 30 grudnia 2009r(k.412), bez uwzględnienia wartości prac elektrycznych i instalacji sanitarnych, które zostały wykonane, były objęte ryczałtem i winny być uwzględnione w ostatecznym rozliczeniu. Kwestia ta ostatecznie została wyjaśniona przez biegłego, w ustnej uzupełniającej opinii wydanej w dniu 6 listopada 2013r na rozprawie apelacyjnej ( protokół 00:03;01 do 00:30:26). Biegły ostatecznie stwierdził , że na całość wykonanych prac objętych umową składają się prace ogólnobudowlane, instalacyjne i elektryczne , których wartość określona została we wcześniejszych opiniach to jest w opinii wykonanej celem zabezpieczenia dowodu , w opinii ustnej (k285) i opinii uzupełniającej ( k.302). Reasumując biegły stwierdził, że do wartości robót ogólnobudowlanych należy dodać kwotę 350 122,69 zł netto z tytułu robót instalacyjnych i elektrycznych (k.39 opinii w sprawie IC363/ 07 o zabezpieczenie dowodu). Jednocześnie jeżeli chodzi o wartość prac ogólnobudowlanych , zostały one wyliczone w opinii z dnia 30 grudnia 2009r ( k.411). Biegły odwołując się do swojej wcześniejszej opinii (k312-313), przyjął ,że wartość tych prac wg ustaleń umowy i rzeczywistego zaawansowania

wynosi 1.951.907,82 zł netto (k 411 pkt1) to jest łącznie z pracami instalacyjnymi i elektrycznymi kwotą 2.302.030,51 zł netto i 2.808.477, 22 zł brutto. Sąd Apelacyjny odmiennie niż przyjął to Sąd I instancji nie uwzględnił w ramach wartości prac ceny blachy trapezowej (k 411 pkt2 opinii) uznając, że wobec ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego, wykonawca nie może żądać dodatkowej opłaty za ten materiał, gdyż jest to sprzeczne z treścią art. 632 kc, o czym mowa była wyżej. Fakt, że składając ofertę pozwany w kosztorysie ofertowym nie uwzględnił tego materiału obciąża wykonawcę i nie stanowi przesłanki do zastosowania art. 632 §2 k.c. Podobnie jeżeli chodzi o roboty nazwane dodatkowymi i zamiennymi (k412 pkt2), których wartość określona została przez biegłego na kwotę 90.022 zł, należy uznać, że znaczna ich część jak koszt piasku i cementu wykorzystany do podsypki utwardzającej podłoże, poprzez błąd w kosztorysie ofertowym nie zostało w nim uwzględnione. Podobnie jednak jak w przypadku blachy trapezowej, wobec ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego wykonawca nie może żądać z tego tytułu dodatkowego wynagrodzenia, co odnosi się również do błędnie uwzględnionego przez Sąd I instancji dodatkowych kosztów rusztowań, których konieczność wykorzystania była wykonawcy wiadoma jeszcze przed zawarciem umowy. Sąd Apelacyjny nie uwzględnił również wartości innych drobniejszych prac dodatkowych, gdyż co do ich wykonania, nigdy nie doszło do zawarcia umowy. W tej sytuacji powód zapłaty za te roboty mógłby dochodzić jedynie na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, jednakże wobec rozwiązania umowy przed terminem i zakończeniu prac przez innego wykonawcę, dwa lata po wygaśnięciu umowy, nie zostało wykazane czy pozwany pozostał wzbogacony o wartość tych prac.

Zatem ostatecznie Sąd Apelacyjny uwzględnił jedynie wartość prac objętych umową, według wynagrodzenia ryczałtowego, mając na względzie rzeczywiste zaawansowanie prac, które obliczył biegły.

Wyliczoną w ten sposób kwotę 2.808.477,22zł brutto Sąd pomniejszył o kwotę wynagrodzenia wypłaconego w toku trwania umowy tj. 2.521.469,95brutto, co dało kwotę do zapłaty w wysokości 287.997,27 zł brutto. Tak wyliczone wynagrodzenie należało pomniejszyć o koszt wodomierza, za który pozwany zapłacił wykonawcy, a czego pomyłkowo nie uwzględnił biegły (opinia ustna k874 odwrót) tj. o kwotę 2888,54zł oraz o kwotę 112.993,26zł z tytułu stwierdzonych wad. W zakresie wyliczenia kosztów obniżenia wynagrodzenia z tytułu wad, Sąd Apelacyjny podobnie jak Sąd Okręgowy przyjął za miarodajną opinię biegłego S., która jest bardziej szczegółowa. Biegły oceniał zakres wad w okresie późniejszym niż biegły J. K., kiedy w całości się ujawniły, a ich zakres okazał się większy, niż zaraz po zakończeniu umowy. Wobec powyższego opinia biegłego S. w tym zakresie jest wiarygodna i wbrew stanowisku apelującego może stanowić podstawę ustaleń w tym przedmiocie.

Ostatecznie należne wynagrodzenie wykonawcy za wykonany zakres prac wynosi 171.125,47. Sąd Apelacyjny uwzględnił także zarzut błędnego oddalenia powództwa w zakresie zwrotu na rzecz powoda kaucji gwarancyjnej w kwocie 180.879,88 zł. Powód wykazał załączonym do apelacji dokumentem, że zgodnie z jego wcześniejszym twierdzeniem, został obciążony przez bank obowiązkiem zwrotu pobranej przez pozwanego kaucji. W tym zakresie ustalenie Sądu Okręgowego, które było podstawą oddalenia powództwa w tej części należy uznać za nieuprawnione. Jest niesporne, że rachunek powoda został obciążony w związku z pobraniem gwarancji przez pozwanego. W świetle ustaleń Sądów obu instancji odstąpienie od umowy przez pozwanego było bezskuteczne, a zatem brak było podstaw prawnych do obciążenia powoda karą umowną i pobraniem na ten cel kwoty gwarancji. W zakresie tej kwoty pozwany pozostaje zatem bezpodstawnie wzbogacony, co przesądza o zasadności powództwa również w tej części i rodzi po stronie pozwanego obowiązek zwrotu pobranej kwoty.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok i zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 352.005,35zł z ustawowymi odsetkami od dnia 31 stycznia 2008r tj. daty doręczenia pozwanemu pozwu wzajemnego (dowód doręczenia k 190). O odsetkach Sąd orzekł na podstawie art. 481kc.

Sąd Apelacyjny nie uwzględnił zarzutu pozwanego, że żądanie powoda jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego i dlatego winno ulec oddaleniu. Zarzut ten należy uznać za nietrafny. Nie ulega wątpliwości, że korzystanie przez strony z określonych uprawnień wynikających z łączącej te strony umowy, nie może być traktowane jako działanie sprzeczne z zasadami współzycia społecznego.

Podobnie brak jest podstaw do uwzględnienia zgłoszonego przez pozwanego zarzutu potrącenia z dochodzonego roszczenia kwoty 589.730, 23zł ( zarzut k729). Pozwany nie udowodnił zasadności żądania w tym zakresie. Jak zostało to wyżej wyjaśnione, w wypadku rozwiązania umowy można dochodzić odszkodowania jedynie za szkodę powstałą przed rozwiązaniem umowy , a nie za szkodę powstałą po jej wygaśnięciu. Tymczasem pozwany próbuje wykazać, że jego szkoda polega na fakcie , iż w związku z dokończeniem inwestycji przez innego wykonawcę poniósł wyższe koszty , niż miałyby to miejsce gdyby powód prawidłowo wykonał umowę. Wobec rozwiązania umowy , tak rozumiana szkoda nie pozostaje jednak w związku przyczynowym z zachowaniem powoda. Można by ją rozważać wyłącznie przy przyjęciu , że skuteczne było odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie powodowej.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 §1 kpc zmienił zaskarżony wyrok jak w sentencji wyroku . W pozostałej części Sąd Apelacyjny oddalił apelację jako bezzasadną. O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 98k.p.c. W pierwszej instancji powód wygrał proces w 40% , a zatem Sąd zasądził z tytułu stosunkowego rozliczenia kosztów od powoda na rzecz pozwanego kwotę4289,79zł. W drugiej instancji apelacja powoda uwzględniona została w 52% , wobec powyższego , mając na względzie koszty zastępstwa adwokackiego oraz opłatę od apelacji Sąd Apelacyjny zasądził tytułu kosztów za postępowanie apelacyjne od pozwanego na rzecz powoda kwotę 17971 zł.