

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 24 maja 2017r.**

**Sąd Apelacyjny w Poznaniu, I Wydział Cywilny** w składzie:

Przewodniczący:	<b>SSA Bogdan Wysocki (spr.)</b>
Sędziowie:	<b>SSA Elżbieta Fijałkowska</b> <b>SSA Małgorzata Gulczyńska</b>
Protokolant:	<b>st. sekr. sąd. Ewa Gadomska</b>

po rozpoznaniu w dniu 11 maja 2017r. w Poznaniu

na rozprawie

przy udziale **prokuratora Prokuratury (...) w P.**

sprawy z powództwa **M. S.**

przeciwko **W. N.**

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 28 maja 2015r., sygn. akt IX GC 8/15

**1. zmienia zaskarżony wyrok:**

a) **w punkcie 1 w ten sposób, że zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 156.404,82 zł (sto pięćdziesiąt sześć tysięcy czterysta cztery złote osiemdziesiąt dwa grosze) z ustawowymi odsetkami, w tym od dnia 1 stycznia 2016r. z ustawowymi odsetkami za opóźnienie:**

**- od kwoty 147.041,63 zł od dnia 20 czerwca 2013r. do dnia zapłaty;**

**- od kwoty 9.363,19 zł od dnia 6 października 2014r. do dnia zapłaty;**

b) **w punkcie 2 w ten sposób, że zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 10.634 zł (dziesięć tysięcy sześćset trzydzieści cztery złote) tytułem zwrotu kosztów procesu, po ich wzajemnym stosunkowym rozdzieleniu.**

**2. w pozostałej części apelację oddala:**

**3. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 9.921 zł (dziewięć tysięcy dziewięćset dwadzieścia jeden złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, po ich wzajemnym stosunkowym rozdzieleniu;**

**4. nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa (Sąd Apelacyjny w Poznaniu) z tytułu wydatków poniesionych w postępowaniu apelacyjnym:**

**- od powoda kwotę 329,09 zł (trzysta dwadzieścia dziewięć złotych dziewięć groszy);**

**- od pozwanego kwotę 2.630,33 zł (dwa tysiące sześćset trzydzieści złotych trzydzieści trzy grosze).**

Elżbieta Fijałkowska Bogdan Wysocki Małgorzata Gulczyńska

**Sygn. akt I ACa 79/16**

## UZASADNIENIE

**Powód M. S.** wniósł pozew o zasądzenie od **pozwanego W. N.** kwoty 175.981,39 zł wraz z ustawowymi odsetkami wskazanymi w treści pozwu, a także kosztami postępowania wg norm przepisanych.

W dniu 20 listopada 2014 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu nakazem zapłaty wydanym w postępowaniu upominawczym zobowiązał pozwanego do uiszczenia w terminie 14 dni kwoty dochodzonej pozwem wraz z odsetkami ustawowymi żądanymi przez powoda i kosztami postępowania.

Pozwany wniósł sprzeciw od powyższego nakazu zapłaty, żądając oddalenia powództwa w całości i zasądzenia zwrotu kosztów postępowania.

**Wyrokiem z dnia 28 maja 2015 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu oddalił powództwo oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 7.217 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.**

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia i wnioski.

2 grudnia 2010 r. powód i pozwany zawarli umowę, na podstawie, której pozwany zobowiązał się dostarczyć i podłączyć biologiczną oczyszczalnię ścieków bytowych, uruchomić ją, wykonywać serwis eksploatacyjny w okresie 24 miesięcy po uruchomieniu oczyszczalni, sporządzić księgę oczyszczalni i wzory dokumentacji do deklaracji opłat za korzystanie ze środowiska, a także wykonywać nadzór techniczny nad robotami towarzyszącymi, które miał wykonywać powód: kanalizacją dopływu ścieków, przełączeniem kanalizacji z istniejącej oczyszczalni, budową wylotu dokowego, wykonaniem nawierzchni utwardzonej, ogrodzenia z siatki i małej architektury. Ponadto po wykonaniu przez powoda rozbiórki istniejącej dotychczas oczyszczalni ścieków pozwany miał wykonać dokumentację techniczną przełączenia kanalizacji odprowadzającej oczyszczone ścieki. Instalacja sterowania oczyszczalnią oraz stacja dmuchaw miały zostać zamontowane w budynku gospodarczym, który powód zobowiązał się uprzednio wykończyć (§ 2 pkt 1 umowy). Strony uzgodniły, że całość prac powinna zostać wykonana do dnia 31 grudnia 2010 r. (§ 5 pkt 1.1.).

Zgodnie z § 6 umowy, pozwany za wykonanie umowy miał otrzymać wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 187.263,79 zł netto plus podatek VAT. Strony ustaliły, że powód wypłaci pozwanemu zaliczkę w wysokości 37.452,76 zł netto plus VAT, a kolejne płatności będą regulowane w terminie 7 dni po przyjęciu przez powoda faktury częściowej z potrąceniem z każdej faktury 25% wyżej wskazanej zaliczki i 5% jako kaucji gwarancyjnej. Strony przewidziały dwa odbiory wykonanych prac - pierwszy odbiór miał dotyczyć całości wykonanej instalacji oczyszczającej ścieki bytowe, drugi natomiast miał odbyć się po sprawdzeniu funkcjonowania instalacji po pierwszym miesiącu użytkowania (§ 7).

Strony przewidziały, że pozwany zapłaci powodowi karę umowną za odstąpienie przez powoda od umowy z przyczyn zależnych od pozwanego w wysokości 5% wynagrodzenia pozwanego (§ 8 pkt 1.3). Zgodnie z § 12 pkt 2.2 powód miał prawo odstąpić od umowy jeżeli pozwany wstrzyma wykonanie przedmiotu umowy na czas dłuższy niż 14 dni bez

uzgodnienia z powodem lub jeśli opóźnienia w realizacji robót pozwanego wyniosą więcej niż 30 dni w stosunku do terminu zakończenia wszystkich prac.

Powód podpisał umowę po dniu 2 grudnia 2010 r., nie doręczając pozwanemu podpisanego przez siebie egzemplarza umowy.

W dniu 14 grudnia 2010 r. pozwany obciążył powoda fakturą VAT na kwotę 147.041,63 zł brutto z tytułu prac wykonanych przy budowie oczyszczalni ścieków do dnia 13 grudnia 2010 r. Do faktury pozwany dołączył protokół zaawansowania robót na dzień 13 grudnia 2010 r. Powód przelał na rachunek pozwanego kwotę wskazaną w fakturze w dwóch częściach: w dniu 15 grudnia 2010 r. sumę 59.057,71 zł i w dniu 16 grudnia 2010 r. kwotę 87.983,92 zł.

19 grudnia 2010 r. strony spotkały się na placu budowy. Powód oświadczył, że umowa w dotychczasowym kształcie nie może zostać wykonana. W konsekwencji pozwany przesłał powodowi propozycję zmian. Powód jednak nie zgodził się na zmianę umowy z dnia 2 grudnia 2010 r. Pozwany pozostawał w przekonaniu, że strony nie zawarły umowy. Pozwany zwrócił się do powoda z prośbą o dodatkowe pieniądze, bez których wykonanie umowy będzie niemożliwe. Powód odmówił.

Powód zwrócił się do P. W. o ustalenie, jakie koszty musiałby ponieść za prace demontażowe prac wykonanych przez pozwanego. W dniu 25 lutego 2013 r. uzyskał od P. W. kosztorys, zgodnie z którym koszt demontażu wyniósłby 19.576,57 zł.

Pismem z dnia 12 marca 2013 r. pełnomocnik powoda adwokat R. W. złożył w jego imieniu oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 2 grudnia 2010 r. na podstawie § 12 pkt 2.2. umowy i wezwał pozwanego do zwrotu zaliczki w kwocie 147.041,63 zł oraz zapłaty kary umownej na podstawie § 8 pkt 1.3. umowy. W treści pisma wskazał, że przyczyną odstąpienia od umowy jest opóźnienie pozwanego w wykonaniu prac. Pełnomocnik powoda wyznaczył pozwanemu czternastodniowy termin zapłaty.

Kolejnym pismem z dnia 20 maja 2013 r. pełnomocnik powoda po raz kolejny złożył w jego imieniu oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 2 grudnia 2010 r. na podstawie § 12 pkt 2.2. umowy i wezwał pozwanego do zwrotu zaliczki w kwocie 147.041,63 zł, zapłaty kosztów demontażu oczyszczalni ścieków w wysokości 19.576,57 zł oraz zapłaty kary umownej na podstawie § 8 pkt 1.3. umowy w kwocie 9.363,19 zł. W treści pisma wskazał argumenty podniesione w piśmie z dnia 12 marca 2010 r. Pełnomocnik powoda wyznaczył pozwanemu siedmiodniowy termin zapłaty.

14 czerwca 2013 r. powód złożył w Sądzie Rejonowym Poznań - Stare Miasto w P. wniosek o zawezwanie pozwanego do próby ugodowej w sprawie o zapłatę 175.981,39 zł, na którą składały się roszczenia powoda o zwrot zaliczki, poniesienie kosztów demontażu oczyszczalni ścieków i zapłatę kary umownej. Do zawarcia ugody nie doszło.

Do dnia wyrokowania prace wykonane przez powoda nie zostały usunięte.

W ocenie Sądu Okręgowego w świetle dokonanych ustaleń faktycznych roszczenie powoda okazało się niezasadne.

Powód dochodził swoich należności powołując się na odstąpienie przez niego od wiążącej go z pozwanym umowy o roboty budowlane z dnia 2 grudnia 2010 r.

W § 12 pkt 2.2. umowy z dnia 2 grudnia 2010 r. strony wskazały, że powód będzie uprawniony do odstąpienia od umowy, jeśli pozwany wstrzyma wykonanie przedmiotu umowy na czas dłuższy niż 14 dni bez uzgodnienia z powodem lub jeśli opóźnienia w realizacji robót pozwanego wyniosą więcej niż 30 dni, w odniesieniu do terminarza przyjętego w § 5 umowy. Pod pojęciem „terminarz” należy rozumieć datę 31 grudnia 2010 r., przyjętą w § 5 jako termin zakończenia wszystkich prac. Prawo wierzyciela do odstąpienia od umowy, czyli kompetencja do spowodowania wygaśnięcia zobowiązania przez złożenie jednostronnego oświadczenia woli, stanowi uprawnienie kształtujące. Uprawnienie do odstąpienia od umowy może wynikać zarówno z indywidualnej umowy wiążącej strony, jak i z norm przewidzianych w przepisach prawa. Pozwany podniósł zarzut nieważności § 12 umowy odnoszącego się do możliwości odstąpienia.

Zgodnie z art. 395 § 1 k.c. można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Tym samym, dla stwierdzenia czy strony skutecznie prawo to zastrzegły w łączącej je umowie, koniecznym jest ustalenie, że przyznane umową prawo odstąpienia ograniczone zostało przez nie terminem końcowym, gdyż zastrzeżenie prawa odstąpienia nieograniczone terminem jest nieważne (art. 58 k.c.) i nie wywołuje żadnego skutku prawnego - por. Z. R., (w:) (...) pr. cyw., t. III, cz. 1, s. 465). Brak terminu wprowadza bowiem stan niepewności co do istnienia uprawnień i obowiązków umownych. Mając na uwadze treść postanowień umowy z dnia 2 grudnia 2010 r., stwierdzić należało, że strony nie ograniczyły przewidzianego w niej prawa odstąpienia żadnym terminem końcowym, co z kolei skutkowało oceną, że w istocie nie uregulowały one skutecznie umownego prawa odstąpienia, o którym mowa w art. 395 k.c. Wspomniane jednak nie czyniło automatycznie oświadczeń powoda zawartych w pismach z 12 marca 2013 r. i 20 maja 2013 r. nieskutecznymi prawnie. Powód, co prawda w treści wskazanych pism powoływał się na art. 395 k.c., jednak w samym pozwie nie wskazał już podstawy prawnej swojego roszczenia, do czego nie jest zobowiązany, a Sąd był zobowiązany do dokonania oceny wspomnianej skuteczności w oparciu o uregulowania ustawowe.

Zgodnie z art. 491 § 1 k.c. jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, że w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Jeżeli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym, strona uprawniona może w razie zwłoki drugiej strony odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego (art. 492 k.c.). W umowie z dnia 2 grudnia 2010 r. strony niewątpliwie termin wykonania przez pozwanego zobowiązania wskazały. Uznać, zatem należało, że powód mógł skorzystać z ustawowego prawa odstąpienia i to bez wyznaczenia dodatkowego terminu do wykonania umowy, jeżeli zostałyby spełnione przesłanki wskazane w art. 492 k.c. - pozwany, jako zobowiązany popadł w zwłokę, a nie w zwykłe opóźnienie w wykonaniu zobowiązania. Regulację ujętą w art. 492 k.c. jako wyjątek od reguły wyrażonej w art. 491 k.c. należy interpretować ściśle - por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 2014 r., I CSK 404/13, [www.sn.pl](http://www.sn.pl).

Mając powyższe na względzie w ocenie Sądu Okręgowego powód nie wykazał okoliczności wskazujących na winę pozwanego. Powód wskazał w treści pozwu, że pozwany nie wykonał prac w całości i nie wskazał żadnych okoliczności, za które nie ponosiłby odpowiedzialności, a które uniemożliwiałyby mu wykonanie umowy. Pozwany zaprzeczył, by do niewykonania umowy doszło z jego winy. Wskazał, że to powód nie wykonał wszystkich prac, które zobowiązał się wykonać.

Niezależnie jednak od tego, czy powód był zobowiązany do wykonania tych prac, czy też nie, zgodnie z art. 6 k.c. to na nim, jako na osobie, która wywodzi skutki prawne z określonych faktów, ciążył obowiązek wykazania, że do opóźnienia w wykonaniu umowy doszło z winy pozwanego. Powód nie przedstawił na tę okoliczność żadnego dowodu, również w swoich zeznaniach, oprócz zaprzeczenia, że na podstawie umowy był zobowiązany do wykonania jakichkolwiek prac, nie wskazał żadnych okoliczności, które świadczyłyby o winie pozwanego. W związku z powyższym należało uznać, że powód nie wykazał jednej z przesłanek ustawowego odstąpienia od umowy wskazanego w art. 492 k.c., co przesądzało o niezasadności powództwa.

Sąd nie miał wątpliwości, że odstąpienie od omawianej umowy mogło dokonać się jedynie w zakresie w jakim umowy do czasu złożenia oświadczenia nie wykonano. Zgodnie z treścią art. 491 § 2 k.c. jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a jedna ze stron dopuszcza się zwłoki tylko, co do części świadczenia, uprawnienie do odstąpienia od umowy przysługujące drugiej stronie ogranicza się, według jej wyboru, albo do tej części, albo do całej reszty niespełnionego świadczenia. Powód wykonał część umówionych prac montażowych, wszystkie przekucia, część uszczelnień koryt wentylacyjnych. Dostarczył wszystkie ujęte w umowie elementy systemu wentylacyjnego, za wyjątkiem niewielkiej części anemostatów, jednak ich niewielka, bliżej nieokreślona liczba oraz stosunkowo znikoma wartość w odniesieniu do kosztorysowej wartości dostarczonych urządzeń i materiałów, skłoniła Sąd do uznania, że zobowiązanie zostało w tym zakresie wykonane w całości. W tych okolicznościach uznać należało, że w omówionym zakresie wykonał swoje zobowiązanie względem pozwanego, które w tej części, jako spełnione, wygasło przed odstąpieniem przez powoda

od umowy. Zauważyć przy tym należy, że świadczenie wykonawcy wynikające z umowy o roboty budowlane można zakwalifikować, jako świadczenie podzielne (tak: SN w wyroku z 19 marca 2004 r., IV CK 172/03, OSNC 2005, nr 3, poz. 56; SN w wyroku z 20 kwietnia 2006 r., III CSK 11/06), co skutkuje tym, że znajduje w odniesieniu do niego zastosowanie dyrektywa art. 491 § 2 zd. 1 k.c.

Mając powyższe na uwadze Sąd na podstawie art. 492 k.c. oddalił powództwo w całości.

O kosztach procesu Sąd orzekł w oparciu o art. 98 § 1 k.p.c.

**Apelację od powyższego wyroku wniósł powód, zaskarżył go w całości.** Powód zarzucał rozstrzygnięciu:

- błąd w ustaleniach stanu faktycznego mający istotny wpływ na wydanie zaskarżonego orzeczenia, polegający na błędnym ustaleniu, że: powód podpisał umowę po dniu 02 grudnia 2010 r. nie doręczając pozwanemu podpisanego przez siebie egzemplarza; pozwany miał wykonywać nadzór techniczny nad robotami towarzyszącymi, które miał wykonywać powód; 19 grudnia 2010 r. strony spotkały się na placu budowy, gdzie pozwany (w uzasadnieniu wyroku powód) oświadczył, że umowa o dotychczasowym kształcie nie może zostać wykonana; pozwany pozostawał w przekonaniu, że strony nie zawarły umowy; umowa przedłożona przez powoda do pozwu jest niekompletna; powód nie kierował do pozwanego żadnych wezwań na piśmie czy też mailem; pozwany wykonał zakres prac, których wartość odpowiada wpłaconym przez powoda zaliczkom; strony nie uregulowały skutecznie prawa odstąpienia od umowy w zawartej umowie; powód nie wykazał okoliczności wskazujących na winę pozwanego; odstąpienie od umowy mogło dokonać się jedynie w zakresie, w jakim umowy do czasu złożenia oświadczenia o odstąpieniu nie wykonano; świadczenie pozwanego jest świadczeniem podzielnym,
- naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 k.p.c. poprzez bezkrytyczne danie wiary zeznaniom pozwanego oraz bezpodstawne uznanie, że zeznania złożone przez powoda są nieprawdziwe, w tym w szczególności dotyczących faktu zawarcia umowy oraz jej treści, jak i obowiązku powoda do wykonania prac towarzyszących;
- naruszenie przepisów prawa procesowego tj. art. 212 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. oraz art. 207 § 6 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku dowodowego powoda o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka K. S. i D. B., który to dowód zmierzał do udowodnienia faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy oraz zaniechania podejmowania przez Sąd I instancji działań zmierzających do wyjaśnienia istotnych okoliczności sprawy, które były sporne, co w konsekwencji doprowadziło do nierozpoznania istoty sprawy oraz poprzez błędne uznanie, że dowód ten jest spóźniony i spowoduje przedłużenie postępowania.

Wskazując na te zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uwzględnienie powództwa w całości, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego poznania oraz o zasądzenie od pozwanego na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego za obie instancje wg norm przepisanych.

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji powoda oraz o zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W toku postępowania apelacyjnego sąd odwoławczy dopuścił dowód z opinii biegłego z dziedziny budownictwa na okoliczności wskazane w postanowieniu dowodowym z dnia 28 czerwca 2016r. (k. 175). Biegły miał zbadać, czy zakres rzeczywiście wykonanych przez pozwanego prac odpowiada treści protokołu zaawansowania robót, dołączonego do faktury z dnia 14 grudnia 2011r., a także czy możliwe technicznie oraz uzasadnione ekonomicznie byłoby kontynuowanie robót przez inny podmiot i czy możliwe byłoby w ten sposób uzyskanie ostatecznego efektu przewidzianego umową stron.

W konkluzjach opracowanej na zlecenie sądu opinii z dnia 29 listopada 2016r. biegły sądowy A. B. (1) stwierdził, że wykonane w terenie roboty nie korespondują z treścią w/w protokołu zaawansowania robót a nadto prace

wykonane zostały niezgodnie z projektem budowlanym, brak jest wpisów w dzienniku budowy, protokołów odbioru robót zanikowych oraz zachowania innych szczegółowo wymienionych w opinii wymogów przewidzianych prawem budowlanym. Według biegłego protokół zaawansowania robót nie posiada znamion wykonania i potwierdzenia wykonania robót budowlanych w zgodzie ze sztuką budowlaną. Wartość prac wykonanych przez pozwanego biegłego określił na kwotę ok. 36.680 zł.

Biegły wyraził też opinię, że nie ma praktycznie możliwości kontynuowania inwestycji i doprowadzenia jej do końcowego, przewidzianego umową efektu w sposób, który miałby racjonalne podstawy ekonomiczne. Wynika to przede wszystkim z faktu, że zastosowano przy montażu zbiorników technologię sprzeczną z projektem budowlanym, stanowiącym integralną część pozwolenia na budowę. Gdyby zamierzano wykorzystać dotychczas posadowione elementy, to konieczne byłoby sporządzenie nowej dokumentacji projektowej oraz uzyskania i zmiany decyzji formalno – prawnych. Koszty nowej inwestycji budowlanej w takim wypadku biegły określił na ok. 200.000 zł netto. W obecnej postaci konstrukcje pozostawione na terenie inwestycji nie mogą być natomiast uznane za elementy biologicznej oczyszczalni ścieków

Do zarzutów w stosunku do opinii, sformułowanych przez pozwanego, biegły ustosunkował się w opinii uzupełniającej z dnia 16 lutego 2017r.

(dowody: opinia zasadnicza, k. 289 -337 oraz opinia uzupełniająca, k. 464 – 474).

Wymienioną opinię sąd odwoławczy uznał za pełnowartościowy materiał dowodowy, przydatny w istotnym zakresie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Opinia została sporządzona w sposób rzetelny i fachowy, w oparciu o wszystkie dostępne dokumenty oraz oględziny inwestycji w terenie.

Wszystkie wątpliwości zgłaszane przez pozwanego w stosunku do opinii zostały w sposób przekonujący wyjaśnione przez biegłego w opinii uzupełniającej.

Dodać należy, że ostatecznie żadna ze stron nie żądała ustnego uzupełnienia opinii przez biegłego na rozprawie.

Na wniosek pozwanego Sąd Apelacyjny zwrócił się także do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w K. oraz do Urzędu Marszałkowskiego Województwa (...) o nadesłanie dokumentów, związanych z ocenianą inwestycją.

Przekazane przez te instytucje dokumenty (k. 457 -459 oraz 479 -503) nie wniosły do sprawy nic istotnego. W znacznym stopniu, co dotyczy dokumentacji Urzędu Marszałkowskiego, załączona dokumentacja powielala się z dokumentami złożonymi już przez strony w toku postępowania.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2017r. prokurator Prokuratury (...) w P. zgłosił swój udział w postępowaniu na podstawie art. 7 i art. 60 § 1 kpc, wnioskując jednocześnie o przeprowadzenie szeregu dowodów z dokumentów dołączonych do tego pisma, które, jego zdaniem, mogły mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a które zgromadzone zostały w toczącym się postępowaniu karnym.

Sąd Apelacyjny przeprowadził dowód z tych dokumentów, których prawdziwość formalna nie budziła wątpliwości.

Jeżeli natomiast chodzi o ich treść, to nie mogła ona mieć istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Informacja pokontrolna, sporządzona w dniu 9 sierpnia 2016r. (k. 563 – 625) potwierdza jedynie, że do czasu kontroli przeprowadzonej przez urzędników Urzędu Marszałkowskiego w lutym 2016r. nie doszło do odbioru i uruchomienia części zadania w postaci biologicznej oczyszczalni ścieków.

Z kolei treść złożonych przez powoda w Urzędzie Marszałkowskim pism w postępowaniu o dofinansowanie inwestycji z funduszy europejskich, a mających świadczyć o ukończeniu budowy przedmiotowej oczyszczalni (k. 628 -629), w rzeczywistości nie oddawała prawdziwego stanu rzeczy, co przyznał pełnomocnik powoda na rozprawie apelacyjnej

w dniu 11 maja 2017r. Służyć one miały niewątpliwie wprowadzeniu w błąd dysponenta dotacji i w intencji uchronić powoda od negatywnych skutków naruszenia warunków umowy o dofinansowanie, w części określającej termin zakończenia inwestycji.

Możliwość uznania budowy oczyszczalni za ukończoną przeczy ewidentnie treść wniosków opinii biegłego A. B. a także dołączona do tej opinii dokumentacja ( w tym fotograficzna) z oględzin terenu budowy.

### **Sąd Apelacyjny, zważył, co następuje:**

Apelację w zasadniczej jej części należy uznać za uzasadnioną.

Wątpliwości budzą ustalenia sądu I instancji co do treści łączącej strony umowy o roboty budowlane.

Powód przedstawił umowę podpisaną i parafowaną na każdej stronie przez pozwanego, która nie zawiera treści zawartych na dołączonej do sprzeciwu rzekomo brakującej jej stronie (k. 42).

W tej samej postaci, w tym graficznej (rozmieszczenie poszczególnych jednostek redakcyjnych) powód złożył umowę w Urzędzie Marszałkowskim w styczniu 2011r (k. 482 -483), a więc w okresie, gdy strony nie pozostawały jeszcze w sporze.

Nie jest przekonująca argumentacja sądu, w świetle której o istnieniu brakującego elementu umowy musiała przesądzać numeracja § 2 ust. 1, sugerująca istnienie dalszych części tego paragrafu. Równie dobrze można przyjąć, że taka redakcja jest wynikiem niestaranności. Niewykluczone też, że autor projektu umowy, mimo początkowego zamiaru, zrezygnował z dopisywania do tej jednostki redakcyjnej dalszych treści.

Podobnie, nie przekonuje argument, że w umowie musiały być umieszczone szczegółowe parametry budowanej oczyszczalni. Należy przecież mieć na uwadze, że parametry te wynikały z projektu budowlanego.

W każdym razie nie ma wystarczających przesłanek do uznania, że przedstawiony przez pozwanego dokument stał się z woli obu stron elementem łączącego ich kontraktu.

Pozwany nie potrafił przy tym w sposób logiczny i racjonalny uzasadnić, jaki cel miałby powód w tym, aby usuwać z projektu umowy jej część bądź aby zwlekać z przekazaniem pozwanemu podpisanego egzemplarza umowy, czy też w inny sposób utrudniać mu wykonanie umowy.

Zachowanie takie pozostawałoby w sprzeczności z elementarnymi interesami powoda jako inwestora a zarazem beneficjenta umowy o dotację ze środków europejskich, i to w sytuacji, gdy przekazał on już pozwanemu znaczącą część wynagrodzenia.

W jego interesie leżało raczej ściśle współdziałanie z pozwanym w celu szybkiego zakończenia zadania i rozliczenia się w ten sposób z organem zarządzającym programem dotacji, w celu uniknięcia chociażby negatywnych skutków związanych z niedotrzymaniem terminów realizacji dofinansowanej inwestycji, które, podobnie jak inne wymogi formalne, egzekwowane są przez udzielającego dotację z dużym rygoryzmem.

Nie do przyjęcia, jako niewiarygodne w świetle zasad doświadczenia życiowego, są zatem twierdzenia pozwanego, jakoby już w grudniu 2010r. powód zakazał mu dalszego prowadzenia inwestycji zgodnie z projektem budowlanym czy też unikał go w celu uniemożliwienia w praktyce kontynuowania robót.

Z kolei wiarygodne w tej sytuacji są twierdzenia powoda, iż w drodze rozmów telefonicznych usiłował wymusić na pozwanym zakończenie prac.

Należy jednak zarazem podkreślić, że okoliczność, czy strony rzeczywiście wprowadziły do umowy o roboty budowlane elementy wskazywane przez pozwanego w sprzecznie, nie miała ostatecznie decydującego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Sąd Okręgowy dopuścił się bowiem naruszenia przepisów prawa materialnego przez niewłaściwe rozłożenie między stronami ciężaru dowodu.

Jak prawidłowo ustalił sąd I instancji, pozwany nie wykonał przedmiotu umowy w terminie umownym, czyli do dnia 31 grudnia 2010r.

Z pisemnych motywów wyroku wynika natomiast, że oddalenie powództwa nastąpiło dlatego, że powód nie wykazał, aby opóźnienie to nastąpiło w winy pozwanego jako wykonawcy.

Taką argumentację należy uznać jednak za nieporozumienie.

Nie ulega wątpliwości, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest niewłaściwym wykonywaniem przez dłużnika zobowiązania, mogącym rodzić różnego rodzaju sankcje, zarówno ustawowe, jak i przewidziane w umowie.

W § 12 ust. 2.2 umowy z dnia 2 grudnia przewidziano prawo inwestora do odstąpienia od umowy w przypadku opóźniania się wykonawcy przez okres dłuższy niż 30 dni w stosunku do terminarza, wynikającego z umowy.

Słusznie przyjął sąd I instancji, iż nie mogło tu chodzić o umowne prawo odstąpienia, o jakim mowa w art. 395 kc.

Prawidłowa wykładnia omawianego zapisu, zgodna z regułami racjonalnej interpretacji woli stron (art. 65 § 2 kc), prowadzi do wniosku, iż ich zamiarem było zastrzeżenie prawa odstąpienia na wypadek kwalifikowanego (tzn. zawinionego) opóźnienia po stronie wykonawcy, czyli wystąpienia **zwłoki** w wykonaniu przez niego zobowiązania, przy jednoczesnym przyjęciu konstrukcji, o jakiej mowa w art. 492 zd. 1 kc (lex commissoria).

Należy w związku z tym podkreślić, że, zgodnie z art. 476 kc, z samego opóźnienia po stronie dłużnika w wykonaniu zobowiązania wynika domniemanie pozostawania przez niego w zwłoce, które obalić może on przez wykazanie, że opóźnienie nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Z tego wynika, że w rozpoznawanej sprawie to pozwany winien wykazywać (art. 6 kc), że nie wykonał w terminie umownym zobowiązania na skutek okoliczności przez niego niezawinionych, np. na skutek niewłaściwego, w szczególności sprzecznego z umową zachowania powoda.

Tymczasem pozwany nie zdołał w sprawie podołać temu obowiązkowi.

Jak już wyżej powiedziano, niewiarygodne, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, są jego twierdzenia, jakoby powód zakazał mu dalszego prowadzenia robót, i to po uiszczeniu przeważającej części wynagrodzenia umownego.

Nie ma też podstaw do przyjęcia, aby pozwany mógł uzależniać dalsze prowadzenie robót od uiszczenia przez inwestora na jego rzecz z góry dalszych należności na poczet wynagrodzenia. Terminy płatności świadczeń powoda wynikały bowiem wprost z § 6 umowy o roboty budowlane.

Wreszcie, nawet przy założeniu, że powód musiał, zgodnie z tekstem umowy, którym posługuje się pozwany, wykonać jakieś własne prace towarzyszące, w szczególności w postaci remontu budynku gospodarczego, to pozwany nie wykazał, aby do dnia odstąpienia od umowy, czyli do dnia 20 maja 2013r., prace te nie zostały wykonane, a także aby w ogóle ich brak hamował możliwość kontynuowania i zakończenia robót.

Stwierdzenie istnienia tego rodzaju okoliczności, mogących hipotetycznie obciążać inwestora, wymagałoby skorzystania z wiadomości specjalnych, czyli z opinii biegłego.



Pozwany nie przejawiał jednak w tym zakresie odpowiedniej inicjatywy dowodowej.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty wniósł bowiem, co prawda, o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, ale jedynie na okoliczność możliwości dokończenia inwestycji przez innego wykonawcę. Tego rodzaju teza objęta została natomiast opinią biegłego B..

Godzi się jednak zarazem podkreślić, że z zeznań samego pozwanego wynika, iż remont przedmiotowego budynku gospodarczego, w którym, jego zdaniem, miały zostać umieszczone urządzenia sterownicze, był prowadzony wiosną 2011r (k. 99).

Z kolei z dokumentacji zdjęciowej, sporządzonej przez biegłego B., wynika (por. k. 293), że budynek ten jest wyremontowany.

W konsekwencji uznać należy, że powód jako inwestor miał prawo do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy na podstawie art. 492 zd. 1 kc oraz postanowienia § 12 ust. 2.2 umowy o roboty budowlane.

Należy w tym miejscu uzupełniająco dodać, że dla oceny stosunków prawnych, jakie powstały między stronami w związku z wykonywaniem tej umowy, nie mają istotnego znaczenia okoliczności związane z realizacją przez powoda umowy o dofinansowanie inwestycji, zawartej z Urzędem Marszałkowskim w Z. (przedmiotowa oczyszczalnia była częścią tej większej inwestycji).

Niewątpliwie przy wykonywaniu tej ostatniej umowy doszło do istotnych nieprawidłowości, skoro powodowi cofnięto dofinansowanie i zobowiązano go do zwrotu wypłaconych z tego tytułu kwot.

Pozostaje to jednak bez związku z rozpoznawaną sprawą, co dotyczy, jak już wyżej wspomniano, także oświadczeń składanych przez powoda na ręce Urzędu Marszałkowskiego, a dotyczących stanu realizacji budowy oczyszczalni ścieków.

Podzielić w pełni należy stanowisko sądu I instancji, zgodnie z którym oświadczenie o odstąpieniu od umowy, złożone pozwanemu przez pełnomocnika, adwokata R. W., w dniu 12 marca 2013r., a następnie potwierdzone ponownie pismem z dnia 20 maja 2013r. (k. 47 -48 oraz 50 -51) było skuteczne prawnie, a czynność ta mieściła się w ramach pełnomocnictwa udzielonego przez powoda w dniu 20 lutego 2013r. (k. 52).

Interpretacja zakresu umocowania należy przede wszystkim do samych stron stosunku pełnomocnictwa. W związku z tym należy zauważyć, że powód nigdy nie podważał podjętej przez pełnomocnika czynności odstąpienia od umowy, a wręcz ją zaakceptował, udzielając następnie temu samemu pełnomocnikowi umocowania do wszczęcia i prowadzenia procesu sądowego o zwrot świadczenia wzajemnego.

Nie ma natomiast podstaw do przyjęcia, aby powód miał prawo odstąpić jedynie od części umowy, tzn. w zakresie, w jakim prace nie zostały przez pozwanego wykonane.

W orzecznictwie i doktrynie sporne jest zagadnienie, czy świadczenie wykonawcy w umowie o roboty budowlane ma charakter podzielny w rozumieniu przepisów art. 379 § 1 kc oraz art. 491 § 2 zd. 1 kc.

Wydaje się racjonalnym przyjęcie, iż ocena co do podzielności takiego świadczenia musi być uzależniona, in casu, od konkretnych okoliczności sprawy, w szczególności od charakteru objętego umową obiektu budowlanego.

W realiach rozpoznawanej sprawy nie można przyjąć podzielności świadczenia wykonawcy, w tym sensie, że oddanie prac jedynie w części nie stanowiłoby istotnej zmiany przedmiotu umowy (art. 379 § 2 kc).

Chodziło bowiem o obiekt oryginalny, ściśle oznaczony co do tożsamości, a zaprojektowany przez firmę kierowaną przez pozwanego, który miał specjalizować się w określonej technologii, wyłącznie dla potrzeb konkretnej inwestycji.

W praktyce nie można zatem było zatem zakładać, że może on być oddany jedynie w części, a dokończony przez innego wykonawcę.

Potwierdzają to zeznania powoda, który podał, że próbował, jednak bezskutecznie, znaleźć podmiot, który zdecydowałby się dokończyć inwestycję.

Zeznania te należy uznać za wiarygodne w świetle zasad doświadczenia życiowego.

Gdyby bowiem powód miał praktyczną możliwość sfinalizowania budowy bez udziału pozwanego, to niewątpliwie by z niej skorzystał, w sytuacji, gdy zainwestował już znaczne środki, bez pewności potencjalnego odzyskania ich od pozwanego, a nadto miał obowiązek rozliczenia się z organem, który przyznał mu dofinansowanie z funduszy europejskich.

Niezależnie jednak od tego, częściowe odstąpienie od umowy nie zaspokajałoby jakiegokolwiek interesu ekonomicznego po stronie powoda (art. 491 § 2 zd. 2 kc).

Z jednoznacznych wniosków opinii biegłego wynika bowiem, że dotychczas budowa prowadzona była z naruszeniem przepisów prawa budowlanego, wbrew projektowi budowlanemu i pozwoleniu na budowę.

Nie prowadzono też żadnej dokumentacji procesu budowlanego.

Wykorzystanie zainstalowanych przez pozwanego elementów wiązać musiałoby się w tej sytuacji z inwestycjami, których rozmiary czyniłyby takie przedsięwzięcie całkowicie nieopłacalnym.

Skoro powód odstąpił skutecznie od całości umowy, strony, zgodnie z treścią przepisu art. 494 § 1 kc, obowiązane są zwrócić sobie poczynione na poczet umowy świadczenia wzajemne.

Pozwany zobowiązany jest zatem do zwrotu powodowi otrzymanej części **wynagrodzenia** w wysokości **147.041,63 zł**.

W opóźnieniu z zapłatą tej kwoty, uzasadniającym obciążenie odsetkami ustawowymi, pozwany pozostaje z upływem terminu wyznaczonego przez wierzyciela w piśmie z dnia 20 maja 2013r. (k. 16), w którym wyznaczono tygodniowy termin do spełnienia świadczenia (art. 455 kc, art. 481 kc).

Pismo to wysłano do pozwanego listem poleconym w dniu 20 maja 2013r. (k. 18).

Przyjmując przeciętny kilkudniowy termin doręczania tego rodzaju przesyłek można zakładać, że pozwany otrzymał to wezwanie najpóźniej do końca maja 2013r., co oznacza, że termin zwrotu świadczenia mijał z dniem 7 czerwca 2013r.

Żądanie w tej sytuacji przez powoda odsetek za opóźnienie od dnia 20 czerwca 2013r. należy uznać za w pełni zasadne.

Powód w tym stanie rzeczy miał także prawo obciążyć pozwanego karą umowną na podstawie postanowienia § 8 ust. 1 pkt. 1.3 umowy w wysokości 5% umówionego wynagrodzenia netto, czyli w kwocie **9.363,19 zł** (187.263,79 zł x 5%).

Wspomniane pismo powoda z 20 maja 2013r. zawierało także wezwanie do uiszczenia w/w kwoty z tytułu kary umownej, co skutkowało wymagalnością tego roszczenia (art. 455 kc) z dniem 7 czerwca 2013r.

Ponieważ powód żądał jednak w tej części odsetek za opóźnienie dopiero od dnia wniesienia pozwu, należało je zasądzić od tej daty, czyli od 6 października 2014r. (k. 19).

Skutkuje to zmianą zaskarżonego wyroku przez uwzględnienie w/w roszczeń powództwa, do łącznej wysokości **156.404,82 zł**.

Pociąga to za sobą także stosowną zmianę zawartego w wyroku rozstrzygnięcia o kosztach procesu, które podlegają w tej sytuacji wzajemnemu rozdzieleniu, proporcjonalnie do wyniku sporu (art. 100 zd. 1 kpc), przy przyjęciu, że powód ostatecznie utrzymuje się przy roszczeniach stanowiących 88,88% żądań powództwa (156.404,82 zł/175.981,39 zł).

Powód w I instancji poniósł koszty procesu w wysokości łącznej 12.417 zł (8.800 zł opłata od pozwu oraz 3.617 zł wynagrodzenie pełnomocnika), a pozwany w wysokości 3.617zł (wynagrodzenie pełnomocnika).

Razem zatem koszty te wyniosły 16.034 zł (12.417 zł + 3.617 zł), z czego powoda obciąża 11,12 %, czyli kwota 1.783 zł.

Oznacza to, że po wzajemnym rozdzieleniu pozwany zobowiązany jest do zwrotu powodowi z tytułu kosztów procesu kwoty **10.634 zł** (12.417 zł – 1.783 zł).

Z tych przyczyn na podstawie art. 386 § 1 kpc oraz powołanych wyżej przepisów prawa materialnego i procesowego Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie 1 sentencji wyroku.

Dalej idące wnioski apelacji są natomiast bezzasadne.

Na obecnym etapie postępowania nie istnieje po stronie powoda roszczenie odszkodowawcze w stosunku do pozwanego, obejmujące koszty usunięcia zamontowanych składników oczyszczalni.

Z uwagi na skuteczne odstąpienie przez powoda od umowy pozwany ma prawo i obowiązek zdemontowania i zabrania elementów instalacji, jako stanowiących jego własność (art. 494 § 1 kc).

Dopiero, gdyby tego obowiązku nie wykonał, po stronie powoda mogą pojawić się roszczenia o charakterze odszkodowawczym (art. 471 kc, art. 494 § 1 zd. 2 kc).

Powód musiałby jednak wykazać, że poniósł szkodę w rozumieniu art. 363 § 2 kc, w postaci uszczerbku, polegającego na zmniejszeniu aktywów lub zwiększeniu pasywów majątkowych.

W praktyce musiałby on wykazać, że rzeczywiście poniósł koszty związane z likwidacją przedmiotowej instalacji lub zaciągnął w tym celu zobowiązanie o charakterze finansowym.

Dłużnik nie ponosi natomiast odpowiedzialności za tzw. szkodę hipotetyczną, czyli mogącą dopiero powstać w przyszłości.

Dlatego na podstawie przepisu art. 385 kpc orzeczono jak w punkcie 2 wyroku.

Poniesione przez strony koszty postępowania apelacyjnego podlegają stosunkowemu rozdzieleniu w proporcjach takich samych, jak koszty procesu przed sądem I instancji (art. 100 zd. 1 kpc w zw. z art. 391 § 1 kpc, punkt 3 wyroku).

Powód w postępowaniu odwoławczym poniósł koszty w wysokości 11.500 zł (8.800 zł oraz 2.700 zł wynagrodzenie pełnomocnika), a pozwany w wysokości 2.700zł (wynagrodzenie pełnomocnika).

Razem zatem koszty te wyniosły 14.200 zł (11.500 zł + 2.700 zł), z czego powoda obciąża 11,12 %, czyli kwota 1.579 zł.

Oznacza to, że po wzajemnym rozdzieleniu pozwany zobowiązany jest do zwrotu powodowi z tytułu kosztów procesu kwoty **9.921 zł** (11.500 zł – 1.579 zł).

W takich samych proporcjach podlegają ściągnięciu od stron wyłożone tymczasowo przez Skarb Państwa koszty wynagrodzenia biegłego w łącznej wysokości 2.959,42 zł (art. 83 ust. 2 w zw. z art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, punkt 4 wyroku).

Elżbieta Fijałkowska Bogdan Wysocki Małgorzata Gulczyńska