

*Sygn. akt VII AGa 123/19*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 30 grudnia 2019 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie Wydział VII Gospodarczy w składzie:*

*Przewodniczący: Sędzia SA Roman Dzięczek*

*Sędziowie: SA Katarzyna Polańska - Farion*

*SO del. Małgorzata Sławińska (spr.)*

*Protokolant: Kacper Kowalewski*

*po rozpoznaniu w dniu 6 grudnia 2019 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa H. K.*

*przeciwko (...) sp. z o.o. w W. oraz Gminie P.*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji pozwanych*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 16 października 2018 r., sygn. akt XVI GC 1705/13*

*I. zmienia zaskarżony wyrok częściowo w ten sposób, że w punkcie pierwszym oddala powództwo ponad kwotę 259 537,44 zł (dwieście pięćdziesiąt dziewięć tysięcy pięćset trzydzieści siedem złotych czterdzieści cztery grosze) wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od 18 marca 2013r. do dnia zapłaty oraz w punkcie drugim ustala, że powód ponosi koszty postępowania w 42% a pozwani w 58%, pozostawiając szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu;*

*II. oddala apelację w pozostałym zakresie;*

*III. ustala, że powód ponosi koszty postępowania apelacyjnego w 42% a pozwani w 58%, pozostawiając szczegółowe wyliczenie tych kosztów referendarzowi sądowemu w Sądzie Okręgowym w Warszawie.*

*Sygn. akt VII AGa 123/19*

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 18 marca 2013 r. H. K. dochodził od pozwanych (...) Sp. z o.o. w W. (obecnie (...) Sp. z o.o.) i Gminy P. kwoty 442.466,83 zł, stanowiącej wartość wykonanych robót do czasu odstąpienia przez (...) Sp. z o.o. od umowy. Według powoda wykonane zostały:

1. w ramach zagospodarowania terenu :

- a) wykonanie koryta wraz z wywozem urobku - 100%, wartość 153.101,75 zł netto,
- b) wykonanie podbudowy z piasku pod boisko - 100 %, wartość 152.478,80 zł. netto,
- 2. roboty rozbiórkowe - 100 %, wartość 622,95 zł. netto,
- 3. przyłącza wodociągowe - 100 %, wartość 9.794,50 zł. netto,
- 4. kanalizacja sanitarna - 100 %, wartość 35.436,85 zł. netto,
- 5. kanalizacja deszczowa - 100 %, wartość 136.050,96 zł. netto,
- 6. w ramach budynku sanitarno-szatniowego:
  - a) fundament i ściany fundamentowe - 100%, wartość 11.178,13 zł netto,
  - b) posadzki - 100%, wartość 11.503,23 zł netto,
  - a) podejścia - 100%, wartość 2.663,71 zł netto.

(...) Spółka z o.o. w W. wnosił o oddalenie powództwa w całości, zarzucając, że pozwany odstąpił od umowy, a powód nie przedstawił dowodów na wykonane prace. Podniósł zarzut potrącenia kwoty 620.082,17 zł na którą składają się:

- 1) kara umowna w kwocie 280.000 zł naliczona w oparciu o § 8 ust. 1 pkt 3 umowy za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy,
- 2) szkoda w kwocie 55.751,22 zł jaką pozwany poniósł w związku z obciążeniem go przez inwestora karą umowną za odstąpienie od umowy z winy wykonawcy,
- 3) szkoda w kwocie 6.690,14 zł jaką pozwany poniósł w związku z obciążeniem go przez inwestora karą umowną za nieterminowe wykonanie robót budowlanych,
- 4) szkoda w kwocie 277.640,81 zł jaką pozwany poniósł w związku z obciążeniem go przez inwestora karą umowną za nieterminowe wykonanie robót budowlanych. Ponadto pozwany na rozprawie 23 lutego 2016 r. doręczył powodowi odpowiedź na pozew, w której zawarto zarzut potrącenia.

Gmina P. wnosila o oddalenie powództwa w całości, zarzucając, że choć wyraziła zgodę na zaangażowanie podwykonawcy, to jednak nie miała wiedzy o zakresie prac powoda, jak i o należnym mu wynagrodzeniu.

**Wyrokiem** z 16 października 2018 r. Sąd Okręgowy zasądził solidarnie od pozwanych na rzecz H. K. kwotę 442.467 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 18 marca 2013 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz odsetkami ustawowymi za opóźnienie za okres od 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty; ponadto ustalił, że powód wygrał sprawę w całości, szczegółowe wyliczenie pozostawiając do rozstrzygnięcia referendarzowi sądowemu.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 16 lipca 2012 r. Gmina P. (Zamawiający) zawarła z (...) Sp. z o.o. (Wykonawca) umowę na budowę kompleksu boisk sportowych z zapleczem sanitarno-szatniowym w ramach programu (...) – O. 2012” w miejscowości P.. Za wykonanie robót wykonawca miał otrzymać 1.115.024,35 zł brutto wynagrodzenia, zaś roboty miały być zakończone w terminie 3 miesięcy od dnia protokolarnego przekazania terenu robót wykonawcy. Kosztorys inwestorski dla tej inwestycji opiewał na kwotę 2.225 tys. zł.

W dniu 23 lipca 2012 r. (...) Sp. z o.o. (zamawiający) zawarła z H. K. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą (...) -budowa w B. (wykonawca) umowę, której przedmiotem było wykonanie budowy kompleksu boisk sportowych w ramach programu (...) O. 2012”, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i zasadami wiedzy technicznej. Wykonawca zobowiązał się wykonać wszystkie niezbędne roboty w celu wykonania całego

przedmiotu umowy z wyłączeniem robót, które miał wykonać zamawiający tj.: ułożenie nawierzchni ze sztucznej trawy, ułożenie nawierzchni poliuretanowej, dostawa wyposażenia sportowego (bramki, kosze do koszykówki, słupki do siatkówki). Termin rozpoczęcia wykonywania przedmiotu umowy rozpoczynał się z dniem podpisania umowy. Natomiast termin wejścia na plac budowy nie później niż 26.07.2012 r. Termin zakończenia robót nastąpić miał nie później niż: etap I - wykonanie podbudowy pod boisko wielofunkcyjne do 20.09.2012 r., etap II - wykonanie podbudowy pod boisko piłkarskie do 10.09.2012 r., etap III - zakończenie całości prac objętych umową do 10.10.2012 r. Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 569.105,70 zł netto, tj. 700.000,01 zł brutto. Postanowiono, że wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową, inwentaryzacją geodezyjną, wymaganymi badaniami niezbędnymi do odbioru przedmiotu umowy oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty. Wynagrodzenie umowne, uwzględniało inne nieprzewidziane składniki, a w szczególności: koszty robót przygotowawczych, porządkowych, zabezpieczających, zagospodarowania terenu budowy, poboru wody i energii elektrycznej, wytyczenia, wykonania inwentaryzacji powykonawczej, a także utrzymania zaplecza robót, zabezpieczenia i oznakowania na czas wykonania robót itp.

Zgodnie z umową zamawiającemu przysługiwało prawo do odstąpienia od umowy w szczególności w następujących przypadkach:

- a) wykonawca przerwał realizację robót i przerwa trwa dłużej niż 7 kolejnych dni kalendarzowych.
- b) jeżeli przedmiot umowy jest wykonywany w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, przy czym zamawiający mógł wezwać wykonawcę do zmiany takiego sposobu wykonania i wyznaczyć w tym celu odpowiedni termin; po bezskutecznym upływie tego terminu mógł od umowy odstąpić lub powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie przedmiotu umowy innemu podmiotowi na koszt wykonawcy,
- c) przystąpienia przez wykonawcę do likwidacji swej firmy,
- d) zbycia przez wykonawcę swego przedsiębiorstwa,
- e) złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości wykonawcy.

Wykonawcy przysługiwało prawo odstąpienia od umowy, w przypadku gdyby zamawiający nie wywiązywał się z obowiązku zapłaty faktur VAT mimo dodatkowego wezwania w terminie 30 dni od upływu terminu zapłaty, określonego w umowie.

Odstąpienie od umowy następowało przez oświadczenie wysłane listem poleconym za zwrotnym potwierdzeniem odbioru na adres drugiej strony. W razie odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron, wykonawca miał obowiązek natychmiastowego wstrzymania robót i zabezpieczenia niezakończonych robót oraz placu budowy.

W dniu 24 sierpnia 2012 r. Gmina wyraziła zgodę na zatrudnienie H. K. przy wykonywaniu zadania budowy kompleksu sportowego. Pismem z dnia 28 grudnia 2012 r. skierowanym do (...) Sp. z o.o. potwierdziła swoją wiedzę o podwykonawcy H. K. i obowiązku zapłaty wynagrodzenia.

W dniu 26 lipca 2012 r. H. K. przejął plac budowy bez uwag. H. K. pojawiał się na budowie z podwykonawcą – A. W., który nie został zgłoszony inwestorowi. W dniu 8 sierpnia 2012 r. rozpoczęto roboty ziemne. Na dzień 13 sierpnia 2012 r. ukończono 10-15 % wykopów bez wykonania równania podłoża pod wymianę gruntu. Generalny wykonawca dostrzegł opóźnienie robót w stosunku do zamierzonego terminu oddania całej inwestycji. Zwrócił się o zintensyfikowanie prac, w szczególności robót ziemnych. Zwrócił się o rozpoczęcie robót związanych z przyłączeniem wodociągowym i kanalizacji deszczowych. Wskazał, że występuje opóźnienie w rozpoczęciu robót budowlanych związanych z budową zaplecza szatniowo-sanitarnego, które miały rozpocząć się w dniu 13 sierpnia. W dniu 21 sierpnia zgłoszono do odbioru wykonanie koryta pod boisko wielofunkcyjne oraz boisko piłkarskie. Rozpoczęto roboty

ziemne pod budynek zaplecza. Według stanu na dzień 6 września odbioru nie dokonano, 29 sierpnia rozpoczęto roboty związane z wykonaniem kanalizacji deszczowej, sanitarnej. Wówczas to zakwestionowano jakość piasku używanego przez podwykonawcę na budowie. W dniu 31 sierpnia 2012 r. zatrzymano budowę, odbyło się spotkanie, na którym ustalono, że roboty ziemne będą kontynuowane na odpowiedzialność wykonawcy do rzędnej wysokości uiszczonej w projekcie. Po zakończeniu wykonawca miał zgłosić inspektorowi nadzoru gotowość do wykonania odbioru stopnia zagęszczenia. Pozostały zakres robót mógł być kontynuowany po dostarczeniu atestu materiałów. Pismem z datą 4 września 2012 r. Gmina oświadczyła M. - (...), że w związku z brakiem systemu drenażu na boisku wielofunkcyjnym o nawierzchni przepuszczalnej poliuretanowej, inspektor nadzoru wstrzymuje roboty związane z budową boisk do momentu rozstrzygnięcia sprawy. M. - (...) przesłała H. K. treść wymienionego pisma i wezwała go do natychmiastowego wstrzymania wszystkich prowadzonych prac. Zdaniem inspektora nadzoru piasek użyty do budowy warstwy odwadniającej był niewłaściwy. Projekt był błędny w zakresie drenażu. Z uwagi na rodzaj podłoża konieczne było wykonanie dodatkowego odwodnienia koryta, co H. K. sam zgłaszał w toku realizacji inwestycji. Podwykonawcy kazano zasypać koryto piaskiem. Źródło poboru piasku wskazał Wójt. Wójtowi przedstawiono certyfikat stwierdzający wymagania piasku. Dokument, jaki wystawiła kopalnia był sfałszowany. H. K. przeprowadził swoje badania piasku dotyczące przepuszczalności – okazało się, że przepuszczalność piasku wynosi 70 %, podczas gdy powinno być 90 %. Inspektor nadzoru z kolei poddał piasek badaniom na obecność gliny, która została wykryta. Powołano rzeczoznawcę – profesora Politechniki (...) – Pana H., który przyznał rację H. K. co do jakości piasku, tj. uznał, że piasek był dobrej jakości, ale istniała konieczność wykonania rowu francuskiego z uwagi na gliniaste podłoże. W opinii geologa z uwagi na zastosowany piasek wypełniający wykop nie było konieczne usunięcie całego materiału piaszczystego. Zastosowany piasek w 70 % mógł pozostać zabudowany, a jedynie warstwę wysokości 20-30 cm, czyli ok 30 % zabudowanego materiału) należało wymienić i zastosować piasek średnio i gruboziarnisty. W trakcie rozmów pojawiła się propozycja ze strony inspektora nadzoru, że H. K. za darmo wykona drenaż wokół boiska wielofunkcyjnego, w zamian za co inspektor nadzoru zaakceptuje użyty przez powoda piasek. H. K. nie zgodził się, ponieważ potrzebował w tym celu dokumentacji technicznej, której nie otrzymał. Ostatecznie kruszywo zabrano i podmiot trzeci przywiózł nowy piasek spełniający normy. Na czas badań budowa została wstrzymana. Zgodę na kontynuowanie prac, z wyjątkiem drenażu na pokrycie boiska, inwestor wyraził w dniu 12 września. 7 września stwierdzono wykonanie bez zgłoszenia rozpoczęcia robót przez kierownika budowy kanalizacji sanitarnej i deszczowej, wykonanie rur bez studni w terminie późniejszym, wybudowanie studni niezgodnie ze sztuką budowlaną. 10 września rozpoczęto roboty budowlane – budynek szatni.

Pismem z dnia 1 października 2012 r. M. - (...) wezwała H. K. do niezwłocznego zakończenia opóźnionych prac oraz natychmiastowej zmiany sposobu wykonywania umowy zgodnie z dokumentacją techniczną oraz zaleceniami zamawiającego, wskazując na treść postanowień umownych o odstąpieniu od umowy.

Według stanu na 1 października 2012 r. było wykończone korytowanie boisk i dokonana wymiana gruntu – wysypano 80 cm piasku, wykonano fundamenty budynku socjalno-szatniowego. Częściowo wykonana była kanalizacja sanitarna i deszczowa. Podbudowa boisk była dobra. Usterki usunięto przy dokończeniu kanalizacji. Instalację sanitarną dokończono po dniu 15 października. Ławy fundamentowe, mury przyziemia, izolacje poziome i pionowe, kanalizację sanitarną w obu częściach budynku socjalno-szatniowego oraz tzw. wylewkę wykonał A. W. – podwykonawca H. K.. Oprócz budynku (stan zero), który wykonywał A. W., H. K. wykonywał roboty ziemne przy boisku, kanalizację sanitarną oraz doprowadzenie wody do budynku szatni.

W dniu 12 października 2012 r. wójt Gminy P. zamieścił w dzienniku budowy informację o rozwiązaniu umowy z winy wykonawcy z powodu braku ludzi na placu budowy oraz niewywiązywanie się z poleceń Inspektora Nadzoru. Tego samego dnia M. - (...) poinformowała H. K., że inwestor w dniu 12 października 2012 r. wpisał do dziennika budowy notatkę o odstąpieniu od umowy z (...) Sp. z o.o. o następującej treści: „z powodu braku ludzi na placu budowy, niewywiązywanie się z poleceń Inspektora Nadzoru, zmuszeni jesteśmy do rozwiązania umowy z winy wykonawcy, gdyż czas nie pozwala na dalsze oczekiwanie na podjęcie prac przez wykonawcę”. W związku z tym M. - (...) oświadczyła, że zmuszona jest do odstąpienia od umowy z firmą (...).

W dniu 13 października 2012 r. odbyło się spotkanie na placu budowy. Sporządzono protokół inwentaryzacyjny, którym stwierdzono wykonanie kanalizacji deszczowej, sanitarnej, wody, budynku zaplecza socjalnego, płyt boisk z

zastrzeżeniami, których podwykonawca nie zaakceptował. W nawiązaniu do ustaleń ze spotkania H. K. poinformował inwestora, że wszystkie roboty są w toku i dołoży wszelkich starań, aby zostały zakończone w jak najszybszym terminie. Wskazał także na warunki atmosferyczne (deszcze) uniemożliwiające przez kilka dni wjazd na budowę. Wezwał inwestora do odpompowania i wyczyszczenia istniejącej studni sanitarnej mieszczącej się przy sali gimnastycznej celem włączenia się do niej kanalizacją sanitarną, którą wykonawca właśnie budował, wskazując, że każdy dzień zwłoki ze strony zamawiającego działa na wydłużenie terminu zakończenia prac.

Na chwilę zejścia H. K. z budowy zrealizował on roboty w 30 % w odniesieniu do całej budowy.

Pismem z dnia 28 grudnia 2012 r. Gmina P. poinformowała M. - (...), że w dniu 12 grudnia 2012 r. odebrano i zafakturowano następujące roboty: roboty ziemne i podbudowa – 100 %, drenaż – 100 %, zaplecze sanitarno-szatniowe – 38,4 %, przyłącza – 92%. W związku z tym wezwała generalnego wykonawcę do dostarczenia oświadczenia o uregulowaniu zobowiązań wobec podwykonawców, którzy wykonywali wymienione roboty w terminie do dnia 31 grudnia 2012 r. do godz. 10.00, wskazując, że po upływie tego terminu Gmina będzie zmuszona zaspokoić roszczenia podmiotów, które zgodnie z wiedzą Gminy wykonały ww. zakres, a koszty kompensować będzie z należności wynikających z faktury nr (...). Jednocześnie Gmina wskazała, że nie otrzymała odpowiedzi na pismo z dnia 19.12.2012 r. dotyczące rozliczenia z firmą (...).

W dniu 29.11.2012 r. sporządzono protokół odbioru wykonanych przez Generalnego Wykonawcę robót (budowlano-remontowych) w okresie od dnia 16 lipca 2012 r. do dnia 29 listopada 2012 r., stwierdzającego odbiór robót rozbiórkowych o wartości 51.219,51 zł netto oraz drenażu o wartości 20.284,56 zł netto, tj. łącznie na kwotę 71.504,07 zł netto (87.950,01 zł brutto). W dniu 12 grudnia 2012 r. sporządzono protokół odbioru wykonanych robót w okresie od dnia 30 listopada 2012 r. do dnia 12 grudnia 2012 r. Zatwierdzono prace o łącznej wartości 270.731,71 zł netto (333.000 zł brutto) – wykonanie boisk (roboty ziemne, podbudowy, drenaż, nawierzchnie, ogrodzenie i oświetlenie (ogrodzenie boisk i całego kompleksu oraz piłkochwyty, zaplecze szatniowo-sanitarne i przyłącza, urządzenie sportowe trwale mocowane do podłoża, dojścia i dojazdy związane bezpośrednio z obiektem, tablice informacyjne, mała architektura. Tego samego dnia sporządzono także protokół przekazania materiału na stan. Wartość przekazanych materiałów oszacowano na kwotę 335.000 zł netto (412.050 zł brutto). Protokoły podpisali: przedstawiciel Inwestora – B. P., Generalny Wykonawca – M. - (...) w którego imieniu występował kierownik budowy G. F., oraz Inspektor Nadzoru – J. R.. W dniu 30 listopada 2012 r. M. - (...) wystawiła na Gminę P. fakturę VAT nr (...) na kwotę 87.950,01 zł tytułem robót rozbiórkowych i drenażu oraz fakturę VAT nr (...) na kwotę 335.000 zł netto (412.050 zł brutto) tytułem dostawy materiałów. W dniu 12 grudnia 2012 r. wystawiła fakturę VAT nr (...) na kwotę 270.731,01 zł netto tytułem robót budowlanych. W dniu 12 grudnia 2012 r. Gmina P. dokonała przelewu na rachunek M. - (...) na kwotę 87.950,01 zł tytułem faktur VAT nr (...) oraz na kwotę 412.050 zł tytułem materiałów do zadania (...). Kwota 333.000 zł z faktury VAT nr (...) została potrącona z wierzytelnościami Gminy z tytułu kar umownych.

W sumie H. K. w ramach zleconych mu prac przez M.(...) wykonał:

1. roboty rozbiórkowe - 100 %,
2. w ramach zagospodarowania terenu :
  - a) wykonanie koryta wraz z wywozem urobku - 100%,
  - b) wykonanie podbudowy z piasku pod boisko - 100 %,
3. przyłącza wodociągowe - 40 %,
4. kanalizację sanitarną - 100 %,
5. kanalizację deszczową - 100 %,
6. w ramach budynku sanitarno-szatniowego:

a) fundament i ściany fundamentowe - 100%,

b) posadzki - 100%,

c) podejścia - 100%,

Uwzględniając powyższe biegły D. K. wydał opinię, iż stosownie do obmiaru robót i cen wykonawcy „B.-budowy” wycena robót wykonanych przez H. K. wynosi 356.955,77 zł netto, czyli 439.055,60 zł brutto. Z kolei biegły M. B. dokonał kalkulacji kosztów prac wykonanych przez powoda i doszedł do wniosku, iż stanowią one wartość 792 tys. zł. Biegły podkreślił, iż wartość prac w umowie była zaniżona i nie obejmowała wszystkich robót wykonanych przez powoda.

Pismem z datą 28.12.2012 r. Gmina P. zwróciła się do H. K. o potwierdzenie uregulowania wszelkich zobowiązań związanych z inwestycją przez M. - (...), prosząc o przekazanie informacji do dnia 31.12.2012 r., gdyż po tej dacie Gmina nie będzie w stanie uwzględnić roszczenia wykonawcy. W nawiązaniu do powyższego pisma M. - (...) poinformowała Gminę P., że roszczenie H. K. jest bezzasadne, gdyż w związku z nienależnym i nieterminowym wykonywaniem przedmiotu umowy, M. - (...) w dniu 12 października 2012 r. odstąpiła od umowy z H. K. i obciążyła go karą umowną na kwotę ok. 280.000 zł.

W dniu 31 grudnia 2012 r. z uwagi na niepojawienie się przedstawiciela Generalnego Wykonawcy podwykonawca H. K. sporządził jednostronny protokół odbioru wykonanych robót nr 1. Protokół podpisał H. K. oraz R. N.. Na podstawie protokołu odebrano wykonanie koryta oraz kanalizacji deszczowej i ściekowej o łącznej wartości 225.000 zł. Wobec tego w dniu 31 grudnia 2012 r. H. K. wystawił na M. - (...) fakturę VAT nr (...) na kwotę 276.750 zł brutto (225.000 zł netto). W dniu 3 stycznia 2013 r. H. K. obciążył M. - (...) kwotą 140.000 zł tytułem odstąpienia od umowy na podstawie § 8 pkt 2.

W dniu 24 stycznia 2013 r. Gmina oświadczyła M. - (...), że na podstawie § 9 ust. 1 pkt 1 umowy odstępuje od umowy z przyczyn leżących po stronie M. - (...), z powodu przerwania realizacji przedmiotu umowy i trwania tej przerwy dłużej niż 30 dni. Jednocześnie Gmina obciążyła Generalnego wykonawcę karą umowną.

Budowę dokończył podmiot trzeci – J. K. jako generalny wykonawca.

Pismem z datą 18.02.2013 r. H. K. oświadczył M. - (...), że zgłasza do odbioru następujące roboty: wykonanie koryta, usunięcie piasku z koryta, dokończenie kanalizacji deszczowej, dokończenie kanalizacji sanitarnej, częściowe wykonanie wodociągu, częściowe wykonanie zaplecza sanitarno – szatniowego. W dniu 1 marca 2013 r. z uwagi na niepojawienie się przedstawiciela Generalnego Wykonawcy sporządzono jednostronny protokół odbioru wykonanych robót nr 2, który podpisał H. K. oraz R. N.. Na podstawie protokołu odebrano roboty – budynek stan surowy fundament, wykonanie kanalizacji deszczowej i ściekowej (dokończenie), roboty rozbiórkowe, niwelacja terenu (koryto) o łącznej wartości 134.729,13 zł netto. Wobec tego w dniu 1 marca 2013 r. H. K. wystawił na M. - (...) fakturę VAT nr (...) na kwotę 165.716,83 zł brutto (134.729,13 zł netto). Pismem z datą 11 marca 2013 r. H. K. wezwał Gminę P. oraz M. - (...) do zapłaty kwoty 442.466,83 zł w terminie 5 dni. Do zapłaty wskazanej należności nie doszło.

Sąd Okręgowy podniósł, że strony łączył stosunek prawny, do którego zastosowanie w zakresie nieuregulowanym mają przepisy dotyczące umowy o roboty budowlane, tj. art. 647 i nast. KC. W umowie tej powód miał zagwarantowane wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie całości przewidzianych umową prac, ale nie było mu dane wykonanie ich w całości. Pozwany M.(...) oświadczył powodowi, iż odstępuje od umowy, gdyż Inwestor zamieścił w dzienniku budowy adnotację o odstąpieniu od umowy z pozwanym. Zdaniem Sadu I instancji rozważenia wymagało zatem zagadnienie na jakiej to podstawie pozwany złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy, po to by w konsekwencji ustalić podstawę prawną żądania powoda i wysokość należności.

Umowa zawarta pomiędzy stronami w § 9 ust. 1 przewidywała przyczyny odstąpienia od umowy. Przy czym z uwagi na zastrzeżenie, iż prawo do odstąpienia od umowy przysługuje zamawiającemu „w szczególności” we wskazanych

przypadkach, Sąd Okręgowy przyjął, że intencją stron nie było wyłączenie regulacji traktujących o odstąpieniu od umowy przewidzianych przepisami prawa, w tym regulacji art. 635 i 636 KC. Przepis art. 635 KC jest *lex specialis* wobec art. 491 KC normującego skutki zwłoki przy umowach wzajemnych w zakresie objętym tym przepisem i swoim zakresie wyłącza zastosowanie tego drugiego.

Sąd Okręgowy stwierdził, że podstawa powołana przez M.(...) nie może być wystarczającym uzasadnieniem do złożenia skutecznego oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Gmina P. nie tylko w tamtym czasie nie złożyła oświadczenia o odstąpieniu od umowy wiążącej jej z M.(...), ale ponadto nie zaistniały przesłanki do przyjęcia braku terminowości wykonywania robót, wskazanych w §9 pkt 1a) umowy i art. 635 KC, czy wadliwości wykonywania umowy, wskazanych w §9 pkt 1b) umowy i art. 636 KC.

Zdaniem Sądu I instancji pozwany nie wyjaśnił, kiedy miała zaistnieć przerwa w wykonywaniu umowy, trwająca dłużej niż 7 dni (§9 pkt 1a) umowy), lecz jest niewątpliwe, że przerwy były, ale były spowodowane wstrzymaniem prac przez inwestora w związku z żądaniami dotyczącymi wymiany warstwy podsypki pod boiskami. Winy za ten stan rzeczy nie ponosi powód, gdyż ten wybierając materiał na podsypkę kierował się wskazaniami inwestora, nadto na budowie za jakość wbudowywanego materiałów odpowiadają Inspektor Nadzoru Inwestorskiego (pracownik Gminy) oraz Kierownik Budowy (pracownik generalnego wykonawcy M.(...)) [art. 25 ust 2 prawo budowlane]. W konsekwencji powód nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z wbudowania pisaku niespełniającego oczekiwań inwestora, choć jak się okazało o parametrach akceptowalnych dla tej budowy. Ta sama uwaga dotyczy przesłanek odstąpienia, gdyby podstawą miała być ta wskazana w art. 635 KC, bowiem opóźnienie z wykończeniem prac budowlanych, o jakim mowa w powołanym przepisie prawa, bazuje na przesłance wystąpienia po stronie przyjmującego zamówienie stanu opóźnienia z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła w takim stopniu, że nie jest prawdopodobne, aby zostało ono ukończone w umówionym terminie. Wykładnia literalna w tym przypadku jest niewystarczająca, a systemowa przemawia za uznaniem, iż prawo odstąpienia nie powstaje, gdy opóźnienie wynika z okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający (zwłoka). Wynikające z art. 635 prawo odstąpienia stanowi bowiem sankcję wobec przyjmującego zamówienie za spowodowanie stanu zagrożenia niedochowania terminu ukończenia dzieła z przyczyn, za które przyjmujący zamówienie odpowiada. Wykładnia odmienna prowadziłaby do trudnego do zaakceptowania wniosku, iż ustawodawca przyznaje zamawiającemu prawo odstąpienia od umowy z powołaniem się na własne zawinione działanie lub zaniechanie. Wykładnia uprawnień zamawiającego do odstąpienia od umowy na podstawie art. 635 KC musi uwzględniać ograniczenie uprawnień zamawiającego wynikających z art. 644 KC. Jeżeli zatem realizacja umowy w ustalonym terminie napotyka trudności z przyczyn zawinionych przez zamawiającego, zamawiający nie może skutecznie odstąpić od umowy w trybie art. 635 k.c. Pozostaje mu wyłącznie uprawnienie do odstąpienia od umowy na podstawie art. 644 KC.

Podobnie, z braku podstaw do żądania wobec powoda, by ten wymienił piasek pod boiskami, nie można było zdaniem Sądu I instancji przypisać mu wadliwego wykonywania robót budowlanych i w konsekwencji wykonywania zamówionego przedmiotu w sposób wadliwy, pomimo wyznaczenia mu terminu do zmiany sposobu wykonania, w konsekwencji brak było podstaw do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy przez pozwanego w oparciu o podstawy wskazane w § 9 pkt 1b) umowy i art. 636 KC.

Sąd I instancji uznał, że jedyną podstawą prawną do przyjęcia skuteczności oświadczenia pozwanego o odstąpieniu od umowy jest przepis art. 644 KC. W takim przypadku pozwany winien jest jednak zapłacić wykonawcy robót całość wynagrodzenia należnego powodowi. W takim przypadku zamawiający może odliczyć to, co przyjmujący zlecenie oszczędził z powodu niewykonania dzieła, w tym kierunku pozwany nie przedstawił żadnej argumentacji i dowodów. Zatem roszczenie powoda wobec M.(...) zostało uznane za w pełni uzasadnione w kwocie wskazanej w pozwie.

Dalej Sąd Okręgowy wskazał, że roszczenie powoda wobec Gminy P. ma swą podstawę w art. 647<sup>1</sup> §1 i 3 KC., który stanowi o solidarnej odpowiedzialności z generalnym wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy. Inwestor Gmina P. na piśmie wyraziła zgodę na zlecenie prac powodowi, w trakcie prac przedstawiciele inwestora mieli bezpośredni kontakt z podwykonawcą, zaś po zakończeniu prac interesowała się czy wszystkie należności powoda za wykonane prace zostały uiszczone przez generalnego wykonawcę. Powyższe potwierdza wyrażenie w

pełni świadomie zgody na zatrudnienie podwykonawcy z obowiązkiem ewentualnego uregulowania należnego mu wynagrodzenia. Zatem roszczenie powoda wobec pozwanego Gminy P. jest należne w zakresie należnym od M.(...). Pozwanemu należą się od pozwanych solidarnie odsetki ustawowe za opóźnienie po upływie okresu wskazanego w wezwaniu z dnia 11 marca 2013 r. Jako że powód nie ponosi winy w opóźnieniu prac, ani w decyzji inwestora o wymianie podsypki pod boiskami, zatem nie może być też dłużny wobec pozwanego M.(...) czy to z tytułu kary umownej naliczanej w związku z odstąpieniem od umowy przez pozwanego, ani z tytułu szkody spowodowanej obciążeniem pozwanego M.(...) karami umownymi za nienależyte wykonanie umowy przez M.(...). Zatem oświadczenie pozwanego M.(...) zawarte w odpowiedzi na pozew o potrąceniu wzajemnych należności z powodów jest z natury bezskuteczne, gdyż żadna z podanych w oświadczeniu należności M.(...) nie istniała. O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 108 w zw. z art. 98 KPC.

**Apelację** od wyroku wniosła (...) sp. z o.o., zaskarżając go w całości i zarzucając wyrokowi naruszenie:

- art. 644 kc przez jego błędne zastosowanie, podczas gdy przepis ten nie był podstawą odstąpienia od umowy przez Pozwanego ad 1) oraz jego błędną wykładnię i zasądzenie solidarnie od Pozwanych na rzecz Powoda kwoty, która wyczerpywała całość wynagrodzenia na podstawie umowy zawartej między Powodem a Pozwanym ad 1), podczas gdy sam Powód przyznał, że nie wykonał całości prac, w związku z czym stosując ten przepis konieczne było ustalenie w jakiej części prace nie były wykonane i odliczenie tego od wynagrodzenia; jednocześnie przepis ten rodzi skutki ex nunc, w związku z czym podstawą obliczenia wynagrodzenia jest umowa i ustalona w niej kwota, w związku z czym przy braku wykonania umowy w całości nie jest zasadne zasądzenie kwoty, która w całości wyczerpuje wynagrodzenie należne Powodowi;

- art. 635 kc przez jego błędną wykładnię polegającą na wadliwym przyjęciu, że odstąpienie od umowy na tej podstawie uzależnione jest od zaistnienia winy wykonawcy, podczas gdy z treści tego przepisu wynika, że wystarczającym jest dopuszczenie się przez wykonawcę opóźnienia (a nie zwłoki);

- art. 411 pkt 1) kc przez jego niezastosowanie polegające na zasądzeniu na rzecz Powoda wynagrodzenia za prace, które wykonywał po odstąpieniu od umowy, a więc po odpadnięciu podstawy świadczenia, wiedząc pomimo przesyłanej do niego korespondencji, że spełnia świadczenie do którego nie jest zobowiązany.

- art. 281 kpc w zw. z art. 49 kpc przez oddalenie wniosku o wyłączenie biegłego M. B. (na którą to czynność pełnomocnik Pozwanego ad 1 złożył zastrzeżenie do protokołu w trybie art. 162 kpc) w sytuacji, gdy biegły w swojej opinii przedstawiał stronniczy stosunek do stron postępowania, kierował uwagi ad personam do Pozwanego ad 1 oraz jego pełnomocnika, wykraczał poza tezę dowodową i oparł wywód opinii jedynie na oświadczeniach Powoda oraz na swoim negatywnym zdaniu na temat Pozwanego ad 1, zamiast ustosunkować się do merytorycznych uwag do opinii złożonych przez Pozwanego;

- art. 232 kpc w zw. z art. 227 kpc i 278 § 1 kpc poprzez nieuzasadnione dopuszczenie z urzędu opinii z innego biegłego, podczas gdy nie wnioskowała o to żadna ze stron, Powód nie kwestionował ustaleń poprzedniego biegłego, po jej uzupełnieniu, którego potrzeba dopuszczenia również nie zachodziła i nie był składany taki wniosek, a dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego nastąpiło po zamknięciu rozprawy, co skutkowało naruszeniem przez Sąd I instancji prawa do bezstronnego sądu określonego w art. 32 ust. 1 i art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;

- art. 321 kpc przez zasądzenie ponad żądanie Powoda - dochodzona w pozwie kwota to 442.466,83 zł, natomiast zasądzona kwota to 442.467,00 zł.

- 233 § 1 kpc przez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów, skutkującą błędnym uznaniem, że Powód wykazał wykonanie prac oraz zakres wykonania prac, podczas gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie można uznać, że Powód wykonał prace we wskazanym przez niego zakresie, w szczególności aby wykonał on w całości przedmiot umowy; Pozwany ad 1) kwestionował zakres wykonanych prac, a Powód poza jednostronnie sporządzonymi



protokołami nie przedstawił jakichkolwiek innych dowodów, na podstawie których możliwym byłoby stwierdzenie w jakim zakresie wykonał on powierzone mu roboty budowlane.

- art. 233 § 1 kpc przez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów, skutkującą błędnym uznaniem, że Powód nie ponosi winy w opóźnieniu, podczas gdy ze zgromadzonego materiału dowodowego, a w szczególności pisma Pozwanego ad 1) z dnia 13.08.2012r., dziennika budowy oraz protokołu inwentaryzacyjnego z 13.10.2012r. wynika, że Powód przez niemal miesiąc od zawarcia umowy nie przeprowadził prawie żadnych prac, a 13 października 2012r. (a więc 3 dni po umownym terminie zakończenia umowy) nie wykonał w znacznym zakresie powierzonych mu prac.

- art. 233 § 1 kpc przez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów, skutkującą błędnym uznaniem, że brak było podstaw do odstąpienia od umowy na podstawie art. 635 kc, ponieważ zastosowany przez Powoda piasek pochodził ze źródła wskazanego przez Pozwanego ad 2, a ponadto piasek ten nadawał się do zgodnego z umową wykorzystania, podczas gdy ze zgromadzonego materiału dowodowego (m.in. pisma inspektora nadzoru z 13.09.2012 r.) wynika, że wykorzystanie wbudowanego przez Powoda piasku wymagałoby zmiany projektu ze względu na brak uwzględnienia w nim drenażu małego boiska, Powód jako podmiot profesjonalny oraz wbrew obowiązkom z §3 ust. 2 pkt 4) umowy podwykonawczej nie zweryfikował, czy piasek nadaje się do zgodnego z projektem zastosowania, a ponadto oprócz piasku Powód dopuścił się opóźnienia również co do innych elementów boiska, co skutkowało prawem Pozwanego ad 1) do odstąpienia od umowy.

Pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od Powoda na rzecz Pozwanego ad 1) zwrotu kosztów procesu oraz zasądzenie od Powoda na rzecz Pozwanego ad 1) zwrotu kosztów procesu przed Sądem II instancji. W przypadku uznania, że nie zachodzą podstawy do wydania wyroku reformatoryjnego, pozwany wniósł o uchylenie w całości zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji pozostawiając temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania przed Sądem II instancji.

**Apelację** od wyroku wniosła również Gmina P., zaskarżając go w całości i zarzucając mu naruszenie:

- art. 632 § 1 k.c. w zw. z art. 647 k.c. polegającą na zignorowaniu faktu, iż wynagrodzenie należne powodowi jako podwykonawcy jest wynagrodzeniem ryczałtowym co skutkuje ograniczeniem odpowiedzialności zamawiającego do wysokości ryczałtu ustalonego w umowie;

- art. 6 k.c. poprzez przyjęcie, że powód wystawiając Faktury VAT z dnia 31.12.2012 r. i z dnia 1.03.2013 r., a ponadto sporządzając jednostronny protokół odbioru prac z dnia 31.12.2012 r. i 1.03.2013 r. spełnił ciężący na nim obowiązek wykazania podstawy do odpowiedzialności pozwanej gminy zwłaszcza, że kosztorys na kwotę określoną w pozwie jest kwestionowany przez pozwaną gminę;

- sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez przyjęcie, że mimo iż strony łączyła umowa w której przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe to należne wynagrodzenie będące podstawą rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie przewyższa ustaloną kwotę wynagrodzenia ryczałtowego brutto ponieważ zostało wyliczone bez odniesienia się do kwoty tego wynagrodzenia;

- niewyjaśnienie wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy poprzez zaniechanie postępowania dowodowego w celu ustalenia proporcji zakresu robót wykonanych przez powoda do całości wynagrodzenia - bez tego ustalenia nie jest możliwe rzetelne obliczenie należnej części wynagrodzenia podwykonawcy (powoda);

- niewyjaśnienie proporcji zakresu wykonanych robót w dacie obowiązywania umowy i robót wykonanych po ustaniu umowy na skutek odstąpienia od tej umowy co przekłada się na wysokość wynagrodzenia powoda albowiem nie może on żądać wynagrodzenia za roboty wykonane po odstąpieniu od umowy co w konsekwencji powoduje wątpliwości co do należnego powodowi wynagrodzenia za roboty wykonane w ramach łączącego strony stosunku prawnego (umowa o roboty budowlane);

- art. 233 k.p.c. poprzez przyjęcie odpowiedzialności pozwanej Gminy P. do wysokości kwoty dochodzonej pozwem z jednoczesnym pominięciem proporcji wykonanych robót do wysokości należnego powodowi wynagrodzenia ryczałtowego oraz przyjęcie, że wykonawca dokonał nieskutecznego rozwiązania umowy zawartej w dniu 23.07.2012 r. pomiędzy M. - (...), a powodem ponieważ jego oświadczenie o odstąpieniu od umowy było niezasadne, a ponadto że pozwana spółka przedstawiła do potrącenia kwotę 280.000 zł;

- art. 236 k.p.c. poprzez błędne przyjęcie, iż do rozstrzygnięcia sprawy było konieczne nie tylko ustalenie zakresu robót wykonanych przez powoda z czym należy się zgodzić, ale również ustalenie wartości tych prac z oczywistym naruszeniem przyjętego wynagrodzenia ryczałtowego powoda ponieważ wynagrodzenie to jako ryczałtowe powinno być następstwem określenia zakresu robót i w związku z tym prowadzenie dowodu z opinii biegłych i nieuzasadniona przewlekłość w postępowaniu jest następstwem naruszenia obowiązku Sądu określonego w art. 236 k.p.c.;

-art. 328 § 2 k.p.c. poprzez całkowity brak wyjaśnienia przyczyn dla których Sąd I instancji przyjął za podstawę rozstrzygnięcia opinie biegłego M. B. oraz zaniechanie odniesienia się do pozostałego materiału dowodowego, w tym również osobowych środków dowodowych.

Wskazując na powyższe podstawy pozwany wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania przy uwzględnieniu kosztów postępowania odwoławczego ewentualnie zmianę zaskarżonego orzeczenia i oddalenie powództwa przy uwzględnieniu kosztów postępowania.

**W odpowiedzi** na obie apelacje powód wystąpił o ich oddalenie i o zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

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

Apelacje pozwanych zasługiwały częściowo na uwzględnienie.

Niektóre z podniesionych przez skarżących zarzutów okazały się uzasadnione, prowadząc do zmiany zaskarżonego orzeczenia. Zacząć w tym miejscu należy od naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. i braku prawidłowej oceny zebranego materiału dowodowego, a w konsekwencji – dokonania przez Sąd I instancji błędnych ustaleń faktycznych, co rzutowało na wynik sprawy. Zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. nie był zaś skuteczny. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku wystarczająco jasno przedstawia tok rozumowania Sądu Okręgowego i nie staje na przeszkodzie dokonaniu pełnej kontroli instancyjnej. Nie zachodził wypadek nierozpoznania istoty sprawy. Odmienną kwestią jest już ocena prawidłowości zaprezentowanych wywodów.

Na wstępie Sąd Apelacyjny uznał za słuszne wskazać, że powód nie żądał zasądzenia pełnej kwoty umówionego wynagrodzenia (700 000 zł brutto), a z niekwestionowanych ustaleń faktycznych wynika, iż powód zakończył część zleconych mu prac, zatem powinna mu przysługiwać część umówionego wynagrodzenia. Skarżący podnoszą zatem zarzuty, które są: a) z jednej strony oparte na nieprawidłowych tezach – tj. pozwana spółka twierdząc, jakoby powód żądał całkowitego wynagrodzenia umownego, a pozwana Gmina, że powód żąda kwoty wyższej niż ryczałt; b) z drugiej strony zbyt daleko idące, kwestionując przyznanie powodowi prawa do żądania wynagrodzenia za jakiegokolwiek roboty i w jakiegokolwiek części.

Ustalona przez Sąd I instancji treść umów i przebieg korespondencji między stronami nie były przedmiotem sporu i ustalenia te Sąd II instancji przyjmuje za własne. Sąd Okręgowy dalej wyszedł jednak z założenia, że powodowi nie pozwolono ukończyć robót, z czym nie można się zgodzić. Niewątpliwie przed końcem sierpnia 2012 r. inspektor nadzoru zakwestionował właściwości piasku nawiezonego przez podwykonawcę i mającego stanowić podbudowę boiska. Trzeba tu zwrócić uwagę na fakt, że wyniki badań tego materiału okazały się negatywne. Był on niezgodny ze specyfikacją, co też potwierdziły te badania. Sąd Okręgowy błędnie przyjął, że projekt inwestycji był nieprawidłowy z racji braku drenażu przy boisku wielofunkcyjnym. Nie należy tracić z pola widzenia okoliczności, że ten drenaż był opcją forsowaną przez powoda, który skupił się na przekonywaniu generalnego wykonawcy i inwestora do zmiany projektu, zamiast wykonać zlecone mu roboty zgodnie z umową i warunkami zamówienia.

Wymogi dotyczące piasku były skorelowane z projektem nieprzewidującym drenażu boiska wielofunkcyjnego. Podwykonawca potwierdził w umowie zapoznanie się z terenem i dokumentacją, jako profesjonalista w branży budowlanej z pełną świadomością godził się zatem na obowiązek przeprowadzenia właśnie takich robót, jakie zakładał projekt. Po zwróceniu uwagi inspektora nadzoru na dostrzeżone przez siebie hipotetyczne przeszkody lub zagrożenia dla dalszego losu inwestycji (art. 651 k.c.), powód winien był kontynuować prace zgodnie z żądaniem – a w niniejszej sprawie inwestor wyraźnie tego żądał, domagając się wymiany piasku. Po spełnieniu swego obowiązku informacyjnego podmiot wykonujący roboty budowlane jest przecież chroniony przed konsekwencjami zniszczenia obiektu wskutek wykonania robót według wskazówek inwestora i zachowuje prawo do umówionego wynagrodzenia (art. 655 k.c.). Sąd Okręgowy nietrafnie położył nacisk na obciążenie inspektora nadzoru i kierownika budowy z ramienia generalnego wykonawcy ustawowym obowiązkiem czuwania nad jakością materiałów użytych do budowy. W niniejszym przypadku inspektor nadzoru właśnie zrealizował swoje obowiązki, wstrzymując użycie piasku, który został sprowadzony przez powoda. Natomiast wspomniana przez Sąd Okręgowy regulacja z art. 25 Prawa budowlanego nie modyfikuje postanowień umowy o roboty budowlane, którą zawarły ze sobą strony – wykonawca i podwykonawca, zobowiązujących podwykonawcę do wykonania konkretnego zakresu robót, z właściwych materiałów.

Twierdzenie powoda, że piasek pochodził z miejsca wskazanego przez wójta Gminy pozostaje nieudowodnione. Nie ma jednoznacznego potwierdzenia w dokumentach, a źródła osobowe są pod tym względem niespójne. Ponadto, ani w oparciu o wyjaśnienia powoda, ani przedstawiciela Gminy, nie było podstaw do przyjęcia, iż owo „wskazanie” miało być kategoryczne i wiążące dla podwykonawcy. Można je najwyżej kwalifikować jako propozycję skorzystania z określonych miejsc zaopatrzenia, ale z pewnością nie zwalniało to podwykonawcy z obowiązku zweryfikowania właściwości materiału. Zauważyć należy, że samo pochodzenie materiału nie ma tak istotnego znaczenia, jakie zostało przyjęte przez Sąd Okręgowy, bowiem obowiązkiem podwykonawcy było użycie materiałów zgodnych z umową i odpowiednich do właściwej realizacji zleconych robót (§ 1 ust. 4-5, § 3 ust. 2 pkt 4 umowy wykonawcy z podwykonawcą). Podwykonawca, nawet korzystając ze źródła zaproponowanego przez Gminę, miał w obowiązku skontrolować jakość piasku i ewentualne zastrzeżenia zgłosić inwestorowi, tudzież generalnemu wykonawcy, aby ten zwrócił uwagę inwestora na ten fakt.

Ewentualne opóźnienie inspektora nadzoru w reakcji na wbudowywanie niewłaściwego piasku – przez co podwykonawca zdążył umieścić w wykopie dużą jego część – po pierwsze nie może odwracać uwagi od faktu, że osobą odpowiedzialną za sprowadzenie na plac budowy wadliwego piasku jest powód. Po drugie mogłoby być brane pod uwagę w sytuacji, gdyby spór stron ograniczał się do opóźnienia wywołanego tylko tym faktem w kontekście np. kar umownych naliczonych podwykonawcy za zwłokę w zakończeniu budowy wynikającą z konieczności wybrania wadliwego piasku i położenia nowej warstwy na polecenie inwestora. Traci to na znaczeniu wobec okoliczności, że powód nie dostosował się do zaleceń inwestora, kwestionował projekt i dążył do zaakceptowania użytego przez siebie materiału w połączeniu z forsowaniem doprojektowania drenażu małego boiska. Powód nie miał jednak żadnych podstaw do domagania się zmiany projektu, a zleconego mu zadania nie wykonał, tj. nie wypełnił koryt właściwym piaskiem o żądanych parametrach.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego powód niewątpliwie opóźnił się z wykonaniem robót i to na wielu polach, a nie tylko w związku z zakończeniem podbudowy boisk. W dniu 13 września 2012 r. inspektor nadzoru ponownie domagał się wymiany piasku na materiał spełniający wymogi przepuszczalności. Biorąc pod uwagę termin określony w umowie między wykonawcą a podwykonawcą na oddanie podbudowy boisk, nie można nie zauważyć, że perspektywa terminowego wykonania zadania była znikoma. Do dnia, w którym powód winien był oddać całość prac, sytuacja nie uległa zasadniczo zmianie. Piasek został wymieniony w myśl żądań inwestora dopiero przez późniejszego wykonawcę. Przez dłuższy czas na placu budowy zalegał niesprawny sprzęt, blokujący część terenu przyszłych boisk. Spór na tle podbudowy małego boiska nie powinien być mieć zresztą wpływu na postęp robót przy budowie innych obiektów, a już zwłaszcza szatni czy kanalizacji. W dniu 27 września 2012 r. inspektor nadzoru odnotował w dzienniku budowy brak postępu robót i brak materiałów. W ciągu dwóch kolejnych tygodni zdołano przeprowadzić jeszcze część prac przy kanalizacji i budynku szatni, ale na dzień 10 października 2012 r. zakres inwestycji podzlecony powodowi daleki był od zakończenia, co znajduje potwierdzenie we wpisach w dzienniku budowy z okolic tej daty. Dostępny

materiał dowodowy nie daje podstaw do zwolnienia powoda z odpowiedzialności za ogólny stan opóźnienia w zakończeniu zlecenia na wszystkich jego odcinkach. Liczne elementy inwestycji (boisko duże, boisko małe, szatnia, przyłącza) nie były powiązane w jeden nierozzerwalny łańcuch, w ten sposób, że kolejny etap mógł być zrealizowany tylko po wybudowaniu poprzedniego. Między lipcem a październikiem 2012 r. nie miały miejsca takie okoliczności uniemożliwiające kontynuowanie prac, które zależne byłyby tylko od woli zlecającego (tu – pozwanej spółki).

Tym samym 12 października 2012 r. istniały przesłanki do odstąpienia przez wykonawcę od umowy z podwykonawcą, wprawdzie nie umowne, lecz ustawowe. Tu Sąd Okręgowy trafnie zauważył, że umowa w § 9 przewidywała, że spółce (...) (M. P.) przysługiwało prawo odstąpienia od umowy w szczególności w pięciu opisanych tam przypadkach, a zatem nie były to przesłanki wyłączne. Strony nie modyfikowały stosowania przepisów ustawowych do nawiązanego przez nie stosunku prawnego. Materiał dowodowy (skrótowe zapiski w dzienniku budowy, sprzeczne zeznania świadków i stron) nie pozwala wyodrębnić żadnego konkretnego okresu, w którym powód zaprzestałby prowadzenia wszelkich robót – nie tylko na wybranych odcinkach – przez kolejnych 7 dni. W piśmie z 1 października 2012 r. wykonawca wezwał powoda do zmiany sposobu wykonywania umowy, ale nie sprecyzował terminu. Nie miała oczywiście miejsca likwidacja, upadłość, ani zbyte przedsiębiorstwa powoda. W piśmie wykonawcy z 12 października 2012 r. nie została wymieniona żadna z umownych przyczyn odstąpienia, nawiązano za to do braku zaawansowania robót w stosunku do upływającego czasu. Dla skuteczności odstąpienia nie ma przy tym znaczenia czy inwestor w tym samym czasie, czy też później odstąpił od umowy zawartej między Gminą i generalnym wykonawcą. Dokonanie tych czynności jest od siebie niezależne. Nie miało to wpływu na stosunki między wykonawcą a podwykonawcą. Przekładało się jedynie pośrednio na ustalenia w przedmiocie związku między zachowaniem powoda a ewentualnymi szkodami poniesionymi przez pozwanego wykonawcę i w przedmiocie ewentualnego potrącenia wzajemnych wierzytelności, o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia.

Odmienne niż Sąd I instancji, Sąd Apelacyjny na podstawie wyżej opisanych okoliczności doszedł do przekonania, że istniały przesłanki do odstąpienia od umowy z racji nieterminowości robót, w myśl art. 635 k.c., umożliwiającego złożenie oświadczenia o odstąpieniu zarówno przed upływem terminu na zakończenie robót, jak i już po upływie terminu. Przepis ten nie wymaga, by opóźnienie było kwalifikowane w kategoriach zwłoki. Bez znaczenia pozostają przyczyny, z powodu których dzieło nie zostało wykonane, chyba że leżą one po stronie zamawiającego (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 15 listopada 2016 r., III CSK 397/15). W niniejszym przypadku Sąd Apelacyjny, przeciwnie niż Sąd I instancji, takich przyczyn po stronie zamawiającego nie dostrzega, co zostało wyjaśnione w powyższych rozważaniach. Reasumując, Sąd I instancji nietrafnie sięgnął w sprawie do art. 644 k.c., bowiem zastosowanie ma art. 635 k.c.

Umowa, od której jedna ze stron odstąpiła, w zasadzie powinna być traktowana tak, jakby nie została zawarta. W orzecznictwie przyjęto jednak, że świadczenie wykonawcy z umowy o roboty budowlane ma charakter podzielny oraz że odstąpienie od umowy odnosi skutek na przyszłość. Dotyczy więc tych prac budowlanych, które nie zostały wykonane, jak również tych, które zostały zrealizowane wadliwie (tak wyrok Sądu Najwyższego z 14 listopada 2008 r., V CSK 182/08). Wobec powyższego, stopień realizacji inwestycji na potrzeby rozliczeń między stronami, prawidłowo należało ustalić na datę odstąpienia od umowy, czyli 12 października 2012 r. Najlepiej ten stan rzeczy znajduje odzwierciedlenie w opinii biegłego D. K., bazującej na protokole z 13 października 2012 r. sporządzonym z udziałem przedstawicieli wszystkich stron i z tą intencją, że będzie on podstawą rozliczeń. Poczynieniu prawidłowych ustaleń faktycznych nie mogły służyć natomiast późniejsze protokoły autorstwa powoda – jednostronne i dotyczące robót, których kontynuowanie przez powoda było sporne. Sam powód przyznawał, że po odstąpieniu wykonawcy od umowy z nim, na budowie zaczynali działać kolejni podwykonawcy. Powód miał obowiązek zabezpieczyć plac budowy i niezakończone prace (§ 9 ust. 4 umowy). Prawidłowe zrealizowanie przez powoda dalszych robót jest okolicznością sporną, nie znajdującą potwierdzenia w obiektywnym materiale dowodowym i rozbieżnie przedstawianą przez świadków. Biorąc pod uwagę ww. postanowienie umowy i zawodowy charakter działalności powoda, to właśnie powoda obciąża brak stosownego utrwalenia i wykazania stanu zaawansowania robót – ponad okoliczności wynikające z protokołu z 13 października 2012 r. i wzięte pod uwagę w opinii biegłego. Odmowa uwzględnienia ewentualnych dalszych robót wykonywanych po październiku 2012 r. wynika z niedostatków dowodowych i braku podstaw do

ustalenia, że roboty te były wykonane i to wykonane prawidłowo. Norma z art. 411 pkt 1 k.c. nie ma w tej sytuacji żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Sąd Apelacyjny w całości uznał za nieprzydatną w niniejszej sprawie opinię biegłego M. B.. (...) Sądu I instancji podjęta z urzędu i zmiana tezy dowodowej nie znajdowała uzasadnienia w realiach sprawy. Podstawą powództwa jest umowa między wykonawcą i podwykonawcą, oparta na mechanizmie wynagrodzenia ryczałtowego, co sprawia, że opinia biegłego M. B. różni się z istotą tego postępowania. Co więcej, Sąd Okręgowy błędnie i bezrefleksyjnie zaczerpnął z tej opinii daleko posunięte tezy, wykorzystane w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, wykraczające poza zleczone biegłemu zadanie, wkraczające w sferę oceny prawnej roszczenia. Ponadto, wyliczenia tego biegłego rażąco odbiegały od wartości przyjętych przez samego powoda, nieraz dwukrotnie zawyżając wartość pozycji kosztorysu w stosunku do kwot objętych powództwem, doliczono też prace, których powód nie zgłaszał. Nieprzydatność tej opinii nie miała natomiast istotnego związku z ewentualnymi podstawami wyłączenia biegłego (art. 49 k.p.c. w zw. z art. 281 k.p.c.).

Opinię biegłego D. K., w wersji uzupełnionej, Sąd Apelacyjny przyjmuje za podstawę rozstrzygnięcia jako rzeczową i jednoznaczną, opartą na obiektywnym materiale dowodowym, logicznie uzasadnioną i dającą odpowiedź na postawione przed biegłym pytania. Wynagrodzenie rzeczywiście należne powodowi nie mogło w każdym razie uwzględniać całości pozycji dotyczącej podbudowy boisk, gdyż ten element nie został przez powoda ukończony, ani nie był wykonywany prawidłowo. Ostatecznie, łączna wartość rzeczywiście i prawidłowo zrealizowanych przez podwykonawcę elementów zlecenia wynosiła 259 537,44 zł. W protokole z 13 października 2012 r. widnieją podpisy reprezentantów tak generalnego wykonawcy, jak i inwestora, dlatego też nie mogły być uznane za uzasadnione dalej idące zarzuty skarżących pod adresem ustaleń faktycznych co do rodzaju i wartości robót przeprowadzonych przez powoda do czasu zaprzestania z nim współpracy przez pozwanych. Pozwana Gmina nietrafnie domaga się przy tym wyliczenia procentowego stosunku wykonanych prac do całości zlecenia. Wynagrodzenie umówione przez wykonawcę z podwykonawcą miało oczywiście charakter ryczałtowy, ale wystarczyło ustalić jakie elementy zlecenia wykonano. Kwota zasądzona na rzecz powoda, z uwzględnieniem wprowadzonej przez Sąd Apelacyjny zmiany, nie wykracza ponad ryczałt.

Zarzut pozwanej Gminy co do naruszenia art. 236 k.p.c. jest całkowicie chybiony, bowiem przepis ten w żaden sposób nie wpływał – i wpływać nie mógł – na wynik niniejszej sprawy. Intencją skarżącej wydaje się raczej zakwestionowanie prawidłowości zastosowania norm z art. 232 k.p.c. i art. 227 w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. przez Sąd I instancji przy dopuszczaniu dowodu z opinii innego biegłego. Wartość dowodowa opinii biegłego M. B. została już powyżej omówiona przez Sąd Apelacyjny.

Dowody zgłoszone przez Gminę w toku postępowania apelacyjnego nie podlegały uwzględnieniu jako spóźnione – zważywszy, że dokumentacja ta była w dyspozycji Gminy od wielu lat, a wewnętrzne spory na tle zmiany obsady organów gminy nie mają znaczenia dla niniejszego procesu. Ponadto zaś, w ocenie Sądu Apelacyjnego ta dodatkowa dokumentacja okazała się tak czy inaczej pozbawiona znaczenia dla rozstrzygnięcia, skoro umowa spółki (...) z kolejnym podwykonawcą dotyczyła robót, których powód nie wykonał i nikt nie kwestionował, że zostały zleczone dalszym wykonawcom (wymiana piasku, dokończenie boisk, itd.).

Pozwany M.(...) podniósł w procesie zarzut potrącenia należności powoda z karą umowną z tytułu odstąpienia od umowy i innymi należnościami. Zdaniem Sądu Apelacyjnego okoliczności te nie zostały odpowiednio udowodnione. Inwestor obciążył generalnego wykonawcę szeregiem należności z racji nieprawidłowego wykonania umowy między tymi podmiotami, ale nie było podstaw do stwierdzenia, że aktualizuje to jakieś obowiązki odszkodowawcze po stronie powoda względem wykonawcy. Gmina odstąpiła od umowy ze spółką kilka miesięcy po dacie odstąpienia wykonawcy od umowy z powodem. W tym czasie pozwana spółka angażowała innych podwykonawców i kontynuowała budowę. Brak jest w materiale dowodowym niniejszej sprawy jednoznacznego powiązania między uchybieniami powoda a późniejszymi zarzutami Gminy wobec generalnego wykonawcy. Skoro w październiku 2012 r. Gmina nie zerwała współpracy z pozwaną spółką, to istniało duże prawdopodobieństwo, że pozwoli spółce dokończyć inwestycję z nowym podwykonawcą, przy czym nie było jeszcze wówczas mowy o konkretyzowaniu się jakichś kar umownych ze strony inwestora. Fakt, że ostatecznie Gmina od umowy odstąpiła nie potwierdza automatycznie, że było to związane z

działalnością powoda, a nie nowych uchybień zaistniałych ze strony innych podwykonawców i samej spółki (...) w ciągu następnych trzech miesięcy.

Kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy nie jest zobowiązaniem aktualizującym się z mocy samego prawa. Do jej konkretyzacji i zaistnienia w obrocie prawnym jest konieczna aktywność wierzyciela, czyli określenie jej wysokości i wezwanie kontrahenta do jej zapłaty (art. 455 k.c.). Umowa wykonawcy z podwykonawcą nie przewidywała żadnych innych regulacji w tej mierze. Pozwana spółka powołała się wprawdzie na obciążenie powoda karą umowną w grudniu 2012 r., jednak nie przedstawiła żadnego dowodu na tę okoliczność. Nie złożyła ani noty obciążeniowej, ani dowodu wezwania powoda do zapłaty. W tej sytuacji nie sposób przyjąć, że teoretyczna wierzytelność potrącającego – tj. pozwanej spółki – była wymagalna w dacie zgłoszenia w tym procesie zarzutu potrącenia (oraz czynności materialnoprawnej z art. 498 § 1 k.c.). Zarzut nie mógł zatem odnieść spodziewanego rezultatu. Ewentualnej kary umownej pozwana spółka może dochodzić w osobnym procesie.

Przyjęcie, że wynagrodzenie należne powodowi ma w rzeczywistości niższą wysokość niż kwota zasądzona w pkt 1. zaskarżonego wyroku, prowadzi do obniżenia tej kwoty i zarazem skutkuje tym, że zarzut podniesiony przez pozwaną spółkę co do naruszenia art. 321 k.p.c. nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niezależnie od swojej zasadności.

Sąd Apelacyjny za niezasadne uznał zarzuty pozwanej Gminy o braku podstaw do obciążenia jej odpowiedzialnością solidarną wobec powoda. Zgodnie z art. 647<sup>1</sup> k.c. w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy z 7 kwietnia 2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności (Dz. U. poz. 933) warunkiem solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy za wykonane przez podwykonawcę roboty budowlane była zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą. W judykaturze przyjęto, że do zgody tej nie ma zastosowania art. 63 § 2 k.c. i może być ona wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia ją w sposób dostateczny (art. 60 k.c.). Zgoda ta mogła zatem wynikać zarówno z czynnego, jak i biernego zachowania wykonawcy. Celem art. 647<sup>1</sup> k.c. jest zapewnienie ochrony podwykonawcom, której sposób realizacji wymaga starannej i rozważnej interpretacji zachowań mających uzewnętrznić wolę przyjęcia na siebie takiej odpowiedzialności. W realiach niniejszej sprawy nie ulega wątpliwości, że pozwana Gmina wyraziła jednoznaczną zgodę na udział podwykonawcy w tej inwestycji. Nigdy też, do czasu niniejszego procesu, nie kwestionowała swojej wobec niego odpowiedzialności, o czym świadczą wymieniane z generalnym wykonawcą pisma wzywające do przedstawienia potwierdzenia uregulowania należności podwykonawców, opisujące zakresy wykonywanych przez podwykonawców robót. Zarzuty apelacji pozwanej Gminy wypływają z przyjęcia, że zasądzone przez Sąd I instancji wynagrodzenie oparto o wyliczenia biegłego M. B. i przekracza ono umówiony ryczałt oraz że dotyczy m.in. robót prowadzonych już po odstąpieniu od umowy przez generalnego wykonawcę. Wobec zmiany wyroku dokonanej przez Sąd Apelacyjny owa argumentacja się dezaktualizuje, bowiem ostatecznie zasądzone wynagrodzenie – przy obliczaniu którego Sąd Apelacyjny pominął zupełnie opinię tego biegłego – nie uwzględnia żadnych robót jednostronnie zgłaszanych do odbioru przez powoda po 13 października 2012 r. (data inwentaryzacji po odstąpieniu od umowy) i nie wykracza poza umówiony ryczałt, a dokładniej – jego część odpowiadającą tylko zakresowi prac prawidłowo wykonanych i odebranych przez inwestora i generalnego wykonawcę. W tych granicach z pewnością nie można było uznać, aby zgoda Gminy w trybie art. 647<sup>1</sup> k.c. nie była skuteczna.

Z tych wszystkich względów, Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. poprzez obniżenie zasądzonego wynagrodzenia do kwoty 259 537,44 zł, oddalając roszczenie przewyższające tę wartość, wraz z odpowiadającymi mu odsetkami ustawowymi za opóźnienie. W pozostałym zakresie apelacje okazały się niezasadne, zatem podlegały oddaleniu na mocy art. 385 k.p.c.

Na skutek ww. zmiany, modyfikacji uległ też stosunek, w jakim strony utrzymały się w swoich stanowiskach, będący podstawą rozdzielenia między strony kosztów procesu w myśl art. 100 k.p.c. Obecnie powód jest stroną wygrywającą postępowanie w I instancji, a także postępowanie odwoławcze w 58% (259 537,44 zł z 442 466,83 zł). Rozliczenie kosztów postępowania apelacyjnego pozostawiono referendarzowi sądowemu w sądzie I instancji w oparciu o art. 108 § 1 zdanie 2 k.p.c.

Małgorzata Sławińska Roman Dzięczek Katarzyna Polańska-Farion