

Sygn. akt I ACa 858/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 marca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

|                 |  |
|-----------------|--|
| Przewodniczący: | SSA Mirosława Gołuńska (spr.)                |
| Sędziowie:      | SSA Marta Sawicka<br>SSA Wiesława Kaźmierska |
| Protokolant:    | sekr.sądowy Magdalena Goltsche               |

po rozpoznaniu w dniu 26 marca 2015 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa B. M.

przeciwko P. S.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 11 lipca 2014 r., sygn. akt I C 1294/11

***I. oddala apelację,***

***II. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.***

***Wiesława Kaźmierska Mirosława Gołuńska Marta Sawicka***

Sygn. akt I A Ca 858/14

## UZASADNIENIE

Powód B. M. domagał się zasądzenie od pozwanego P. S. kwoty 222.387,84 zł z ustawowymi odsetkami od 11 maja 2011 r., wnosząc nadto o zasądzenie od pozwanego kosztów procesu.

Powód podał, że zawarł z P. S., którego znał osobiście i z którym pozostawał w dobrych stosunkach gospodarczych z racji świadczonych już uprzednio usług budowlanych, ustną umowę o przebudowa i nadbudowa budynku gospodarczego, położonego na terenie posesji pozwanego, z ustaleniem wynagrodzenia kosztorysowego, według

kosztorysu powykonawczego za co nie otrzymał umówionego wynagrodzenia . Powód odniósł się do formy zawartej umowy oraz wskazał podstawę prawną swojego roszczenia.

Pozwany w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa i o zasądzenie od powoda kosztów postępowania. Zaprzeczył by był zobowiązany do zapłaty powodowi kwoty z pozwu kwestionując żądanie pozwu co do zasady, jak i co do wysokości. Pozwany zauważył fakt braku pisemnej umowy o roboty budowlane . Z ostrożności procesowej pozwany podał, że za prace wykonywane przez powoda w oparciu o projekt budowlany z lipca 2009 r. strony uzgodniły zryczałtowane, stałe wynagrodzenie , które zostało zapłacone. Wynagrodzenie to uwzględniało okoliczności, że pozwany we własnym zakresie wykonał określone roboty.

**Sąd Okręgowy w Szczecinie wyrokiem z dnia 11 lipca 2014 r.** zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 192.994,74 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 11 maja 2011 r. oddalając powództwo w pozostałej części ( pkt I. i II.) postanawiając kosztami procesu w całości obciążyć pozwanego ( pozostawiając szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu)- pkt III wyroku.

Orzeczenie to zostało oparte na następujących ustaleniach faktycznych : B. M. od 1 czerwca 1989 r. prowadzi działalność gospodarczą ,w zakresie między innymi: robót budowlanych związanych ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieskalnych, rozbiórką i burzeniem obiektów budowlanych, wykonywaniem konstrukcji i pokryć dachowych, tynkowaniem, posadzkarstwem, tapetowaniem i oblicowywaniem ścian, malowaniem, szkleniem i wykonywaniem pozostałych robót budowlanych wykończeniowych. P. S. z bratem W. są współwłaścicielami nieruchomości zabudowanej w miejscowości S., gmina C. na której wspólnie prowadzą gospodarstwo rolne. W dniu 22 czerwca 2006 r. P. S. zawarł z B. M., jako wykonawcą umowa nr (...), której przedmiotem był remont budynku gospodarczego. Nad prawidłowym przebiegiem robót ze strony zamawiającego czuwał M. P. (1). Powód wykonał roboty , a pozwany zapłacił ustalone wynagrodzenie. 5 czerwca 2007 r., została zawarta pomiędzy tymi samymi stronami umowa nr (...) ,jej przedmiotem było wykonanie fundamentu pod silos zbożowy.Ponownie nad przebiegiem robót ze strony zamawiającego czuwał M. P. (1). Umówione roboty zostały wykonane, odebrane ,a należne za nie wynagrodzenie zapłacone.

W kwietniu 2009 r. P. S. planował przebudowę i nadbudowę budynku gospodarczego położonego w S.. W związku z tym rozpoczął uzgodnienia dotyczące wykonania tych prac z B. M.. Uzgodniono, że B. M. wykona te prace, a pozwany zapłaci mu za nie wynagrodzenie na podstawie kosztorysu powykonawczego. B. M. miał zakupić materiały budowlane potrzebne do wykonania robót. Rozpoczęcie prac było uzależnione od otrzymania przez B. M. projektu, którego wykonanie P. S. zlecił M. P. (1). Wszelkie uzgodnienia strony poczyniły w formie ustnej.

W czasie uzgodnień, dotyczących przyszłych prac, powód poinformował, że można kupić w chwili obecnej blachę na pokrycie dachu „w dobrej cenie”. Zaproponował zakupienie blachy na pokrycie dachu budynku gospodarczego i poinformował pozwanego, że jeśli to on kupi te materiały uzyska dodatkowo zniżkę na ich cenę. Pozwany zgodził się na taką transakcję. W związku z tym, B. M. kupił materiały pokrywczę dachu, w postaci blachodachówki i osprzętu, a następnie, 8 kwietnia 2009 r., odsprzedał je pozwanemu P. S., za cenę 21.454,92 zł, który złożył je na swoim siedlisku w S..

Projekt budowlany, sporządzony przez M. P. (1) i B. R. w lipcu 2009 r., obejmował swoim zakresem przebudowę i nadbudowę istniejącego budynku gospodarczego, położonego na działce nr (...) w S. wraz z budową wewnętrznej instalacji elektrycznej. Zakres robót budowlanych obejmował: rozbiórkę starej więźby dachowej z jej odtworzeniem i pokryciem blachodachówką, roboty murowe i betonowe, zamurowanie i przemurowanie istniejących otworów okiennych i drzwiowych wraz z montażem nadproży oraz stolarki okiennej i drzwiowej, roboty tynkarskie i malarskie wraz z elewacją obiektu i zagospodarowaniem terenu oraz wykonanie wewnętrznej instalacji elektrycznej.

Decyzją nr (...) z dnia 28 sierpnia 2009 r. Starosta Powiatowy w C. zatwierdził projekt budowlany obejmujący przebudowę i nadbudowę budynku gospodarczego wraz z budową wewnętrznej instalacji elektrycznej i udzielił pozwolenia na budowę P. S. w budynku położonym w miejscowości S.,na działce nr (...).

P. S., 18 września 2009 r. zawiadomił Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego o terminie rozpoczęcia robót budowlanych w dniu 26 września 2009 r.- przy realizacji przebudowy i nadbudowy budynku gospodarczego wraz z budową wewnętrznej instalacji elektrycznej, w S. na działce nr (...) oraz poinformował o przewidywanym terminie zakończenia wykonywanych robót budowlanych na 1 lipca 2010 r.

Protokolarne przekazanie placu budowy nastąpiło w dniu 21 września 2009 r., następnego dnia nastąpiło rozpoczęcie robót na obiekcie, a 26 września 2009 r. pracownicy powoda przystąpili do robót budowlano – montażowych, murowych, montażu wieńców żelbetowych i słupów przyściennych przy bramach. W dniu 23 października 2009 r., pracownicy powoda ułożyli więzary dachowe z pokryciem z folii dachowej oraz blachodachówki oraz wykonali tynki wewnętrzne i zewnętrzne z obrobieniem nadproży i przystąpili do wykonywania podjazdów, a także osadzili ościeżnice stalowe. W dniu 16 listopada 2009 r., zakończone zostały roboty budowlane. Do wiosny 2010 r., roboty wstrzymano i obiekt został zabezpieczony. W dniu 4 kwietnia 2010 r. roboty budowlane zostały wznowione na obiekcie montażem rynien i rur spustowych PCV, prace te zakończono 30 kwietnia 2010 r. Potem nastąpił zastój w robotach ze względu na gromadzenie środków finansowych przez pozwanego. Powód nie przystąpił już jednak do wykonania pozostałych prac, a pozwany nie zapłacił wynagrodzenia za wykonane roboty. P. S. przebywał na terenie budowy w czasie wykonywania prac budowlanych. Kierownikiem budowy był M. P. (1). W trakcie wykonywanych robót budowlanych, przy okazji odkopywania fundamentów budynku, w związku z poszerzaniem wjazdu do budynku i wykonywaniem podjazdu, a także posadzki, pracownicy powoda natrafili na szczątki ludzkie, pochodzące z czasów II wojny światowej o czym powód zawiadomił policję, pozwanego wtedy nie było na budowie. Teren został zabezpieczony przez funkcjonariuszy Policji i prokuratora.

B. M. zakupił wszystkie materiały budowlane, niezbędne do prowadzenia robót budowlanych na nieruchomości pozwanego. Blachodachówka i osprzęt zostały zakupione przez niego w kwietniu 2009 r., i wówczas odsprzedane pozwanemu.

P. S. i jego pracownicy D. C. i R. P. wykonali na całej długości ściany bocznej (od strony pola) izolację przeciwwilgociową pionową z folii kubelkowej na ścianie fundamentowej wraz z robotami ziemnymi, na części ściany zewnętrznej (od strony gospodarstwa) wykonali tynk zewnętrzny, zamontowali stalowe bramy przesuwane na prowadnicach i osadzenie okien szt. 2, malowali farbami emulsyjnymi powierzchnie tynków zewnętrznych i osadzenia okien szt. 2 oraz malowali mlekiem wapiennym powierzchnie ścian tynków wewnętrznych, a także wykonali rusztowania zewnętrzne i wewnętrzne.

Powód kilkakrotnie, zwracał się do pozwanego o uregulowanie należności za wykonane przez niego prace - najpierw po zakończeniu prac jesienią 2009 r., a potem po zamontowaniu rynien spustowych w kwietniu 2010 r. Pozwany zwodził powoda obietnicami zapłaty „za jakiś czas”.

W dniu 26 kwietnia 2011 r., przy udziale kierownika budowy – M. P. (1) i wykonawcy – B. M., bez udziału inwestora – P. S., został spisany protokół odbioru robót ogólnobudowlanych: robót montażowych budynku gospodarczego. Tego samego dnia B. M. wystawił fakturę VAT Nr (...) P. S., na kwotę 222.387,84 zł. , a nadto przedstawił pozwanemu kosztorys powykonawczy. P. S. zwrócił fakturę VAT i nie zapłacił żadnego wynagrodzenia. Ustalił Sąd, że B. M. wykonał u P. S. następujące roboty rozbiórkowe i budowlane:

- rozbiórka istniejącego pokrycia dachowego z blachy i płyt azbestowo cementowych,
- rozebranie drewnianej więźby dachowej ze stolcami i innych drobnych elementów,
- rozebranie odeskowania ściany przy części szczytu wraz ze szkieletem drewnianym,
- rozebranie stropu drewnianego (nagi) wraz z belkami stropowymi i podłogą,
- rozebranie stropu odcinkowego z cegły wraz z belkami stalowymi i ich przecięciem,

- rozebranie nadproży z belek stalowych i nadproży odcinkowych z cegły,
- rozebranie części ścian z cegły budynku i części ścian fundamentowych z kamienia,
- zdemontowanie i wykucie z muru przegród kojców metalowych i stolarki okiennej,
- załadunek i wywiezienie gruzu z rozbieranych konstrukcji i elementów obiektu.
- wykonanie łąw żelbetowych fundamentowych pod istniejącymi otworami wrót,
- wykonanie słupów żelbetowych przy bramach i w ścianach zewnętrznych (rygle),
- wykonanie wieńców żelbetowych monolitycznych W-1, W-2 i W-3 na ścianach,
- wykonanie przesklepień otworów belkami stalowymi szerokostopnymi HEB,
- przygotowanie i montaż zbrojenia w słupach, wieńcach i łąwach fundamentowych,
- wykonanie ścian z bloczków betonu komórkowego o gr. 24 cm i 37 cm,
- zamurowanie otworów i uzupełnienie ścian cegłą pochodzącą z rozbiórki na zaprawie.
- obicie tynków cementowo-wapiennych, wewnętrznych i zewnętrznych na ścianach,
- wykonanie na powierzchni ścian wewnętrznych tynków wraz z tynkowaniem ościeży,
- częściowe wykonanie tynków zewnętrznych wraz z tynkowaniem ościeży,
- na części powierzchni ścian wewnętrznych i zewnętrznych pogrubienie warstwy tynku.

W ramach wymiany pokrycia dachu wykonał na budowie drewniane wiązary dachowe z tarcicy grubości 50 mm o rozpiętości do 12 m z ich zamontowaniem oraz montaż drewnianych pionowych stężeń w kalenicy. W ramach robót pokrywczych wykonana została izolacja z folii dachu i przybicie kontrłat i łąt drewnianych o rozstawie 50 cm, pokrycie dachu blachodachówką powlekaną wraz z gąsiorami z blachy tłoczonej, montaż osłon bocznych – wiatrownice - z płyt OSB i z blachy powlekannej, wiatrownice i podbitki przy okapie, płytami OSB wraz z rusztem drewnianym. Zamontowano rynny i rury spustowe z obróbkami blacharskimi- w ramach tych prac wykonano montaż rynien dachowych półokrągłych i rur spustowych z PCW, boczne obróbki blacharskie z blachy powlekannej. Powód wykonał podjazdy betonowe i części posadzki betonowej przy bramach. Do wykonania prac użyto rusztowań ramowych: jednopomostowych rusztowań wewnętrznych rurowych do robót wewnętrznych, rusztowań ramowych przyściennych zewnętrznych. Powód nie wykonał z przewidzianych w projekcie następujących robót budowlanych : montażu taśmy stalowej spinającej drewniane wiązary dachowe, montażu w kalenicy dachu wentylacyjnych wywietrzaków &lt;|) 160 mm, dwóch otworów nawiewu powietrza 20 cm x 25cm w ścianie szczytowej, całości wewnętrzna posadzka betonowa, została wykonana częściowo, wewnętrznej instalacji elektrycznej.

Zakres niewykonanych robót budowlanych nie został odnotowany w dzienniku budowy. Roboty budowlane wykonane zostały przez powoda bez istotnych wad i usterek. Pozwany po ich wykonaniu, ani w trakcie niniejszego procesu, nie kwestionował ich jakości. W dzienniku budowy nie odnotowano kwestionowania jakiegokolwiek zakresu robót przez pozwanego, jego brata, czy przez inne osoby. Wartość robót remontowo-budowlanych wykonanych przez powoda, w budynku gospodarczym na nieruchomości pozwanego wynosi wraz z podatkiem VAT: 192.994,74 zł. Ustalenie wartości robót w kosztorysie powykonawczym, opracowano metodą kalkulacji szczegółowej, która polegała na obliczeniu: zakresu robót, które ustalono w wyniku przeprowadzonych oględzin i inwentaryzacji, wyjaśnień stron, udzielonym podczas oględzin, projektu budowlanego nadbudowy i przebudowy obiektu, dziennika budowy, a co do robót zakrytych i zanikowych, dane przyjęto z kosztorysu powykonawczego wykonawcy. Uwzględniono jednostkowe nakłady rzeczowe i ceny jednostkowe oraz doliczono odpowiednio koszty pośrednie i zysk. Wartość

kosztorysową robót policzono brutto (z podatkiem VAT). Dane wyjściowe do określenia wartości robót remontowo - budowlanych, wykonanych przez powoda, oparte zostały na wykonanych przez biegłego obmiarach z natury oraz wyjaśnieniach stron o sposobie i zakresie ich wykonania. Wartości jednostkowych nakładów rzeczowych: robocizny (R), materiałów (M) i sprzętu (S) przyjęto z katalogów i cenników. Przyjęto niższe średnie stawki kosztorysowe dla robót ogólnobudowlanych - remontowych z regionu (...) według poziomu cen za II kwartał 2011 roku:

- stawka roboczogodziny: R - 12,85 zł, (region (...)).
- ceny materiałów: M - wg cenników SEKOCENBUD i rynku lokalnego.
- sprzęt budowlany: S - według średnich stawek SEKOCENBUD.
- koszty pośrednie: Kp - 66,20% od (R i S).
- koszty zakupu: Kz - 7,40% od (M).
- zysk: Z - 11,80% od (R + S + Kp \* (R + S)).
- podatek VAT od (R + Kp(R), M + Kz(M), S + Kp(S) + Z(S)» - 23%.

Wysokość wynagrodzenia ustalono w odniesieniu do czasu i warunków rynku lokalnego.

\*Przy ustalaniu wartości robót polegających na rozebraniu więźby dachowej, w związku z oświadczeniem wykonawcy przyjęto rozebranie drewnianej więźby dachowej ze stolcami (i dla takich prac ustalono wynagrodzenie), pomimo, że w kosztorysie powykonawczym wykonawcy, do ustalenia wysokości nakładów przyjęto więźbę dachową wieszarową.

\*Ustalono wartość rozbiórki ścian z cegły w ilości 45,523 m<sup>3</sup> (na podstawie obmiaru), wobec błędu rachunkowego w wyliczeniu tej ilości na 57,155 m<sup>3</sup> w kosztorysie wykonawcy.

\*Ustalono wartość 50 % wykucia kojców stalowych, po ustaleniu na podstawie wizji, że część kojców została zdemonstrowana poprzez wycięcie, a nie była wykuta z muru.

\*Na wniosek wykonawcy przyjęto ręczny załadunek gruzu po dokonanych rozbiórkach elementów obiektu na środki transportowe inwestora w wysokości: 55,011 m<sup>3</sup>, który został wywieziony środkami transportu pozwanego.

\*Ilość nakładów na słupy żelbetowe przyjęto zgodnie z dokonanym obmiarem z natury, który wyniósł: 9,298 m<sup>3</sup>.

\*Przyjęto wysokość wieńców żelbetowych na 30 cm, którą ustalono w wyniku dokonanych odkrywek. Projekt budowlany przewidywał wykonanie wieńców żelbetowych W-1, W-2 i W-3 o wysokości: 25,0 cm. Przyjęto dodatkowe nakłady związane z połączeniem poprzez spawanie belek stalowych szerokostopnych HEB, z których wykonano przesklepienia nad otworami wrot.

Według obmiaru wykonawcy przyjęto (prace zanikowe) montaż zbrojenia, z uwagi na zbrojenie ław fundamentowych oraz zwiększoną wysokość wieńców i słupów. Odbioru zbrojenia i zwiększenia ich parametrów nie odnotowano w dzienniku budowy.

\*Z wartości nadbudowanych ścian budynku, z bloczków betonu komórkowego o grubości. 24 cm, "potrącono" wykonane słupy żelbetowe i filary przy wrotach. Projekt budowlany (rysunek nr A-3 przekrój A-A) przewidywał wykonanie nadbudowanej ściany o grubości 37 cm. Zmiana grubości nadbudowanej ściany nie została odnotowana w dzienniku budowy.

\*Obmiar wykonanych tynków wewnętrznych został skorygowany o potrącone otwory i wysokość ścian, według pomiarów dokonanych w trakcie wizji lokalnych.

Obmiar wykonanych przez powoda tynków zewnętrznych został przyjęty z natury. Tynkowane były całe powierzchnie ścian, zatem nie można przyjąć nakładów z pozycji uzupełnienie tynków lecz jako wykonanie tynków na całych powierzchniach ścian.

\*Uwzględniono, że więzary dachowe drewniane były wykonywane bezpośrednio na budowie. Projekt zakładał montaż gotowych elementów więzarów firmy (...) w S.. W nakładach materiałowych wykonawca przyjął cenę gotowego więzara w kwocie: 889,- zł/szt. Wykonawca pomimo złożonej deklaracji nie okazał faktur za zakupioną tarcicę oraz stosownych dokumentów odniesienia (aprobaty techniczne). Ponadto nie przedstawiono sposobu wykonania więzarów kratowych, jak również projektu wykonawczego, czy rysunków roboczych i nie zostało to odnotowane w dzienniku budowy. Uwzględniono w wycenie, że nie została zamontowana spinająca taśma stalowa. Przyjęto faktyczną ilość łąt w pokryciu, która wynosi: 12 szt. x 2 o gr. 6 cm x 4 cm i długości 30,10 m. W kosztorysie powykonawczym ilość łąt była zawyżona. Uwzględniono, że blachodachówka stanowiła materiał inwestora, a pozostałe nakłady materiałowe były wykonawcy. W kosztorysie wykonawcy nie ujęto rusztu drewnianego pod okapem, do którego zamocowano płyty OSB przy okapach, który faktycznie został wykonany.

\*Wartość wykonania podjazdu ustalono po przyjęciu średnio wykonanego podkładu betonowego maksymalnie o grubości 30 cm. Projekt budowlany przewidywał wykonanie podjazdów o gr. 20 cm - 30 cm i posadzek o gr. 12 cm na podkładzie z chudego betonu gr. 15 cm na podsypce oraz wykonanie izolacji 2 x z folii bud. Grubość warstwy betonowej podjazdów nie została odnotowana w dzienniku budowy.

\*Przyjęto nakłady na rusztowania, w związku z wykonaniem robót przekraczających wysokość 4,0 m.

Po tak poczynionych ustaleniach Sąd ocenił, że powództwo jest zasadne w przeważającej części.

Sąd wskazał, że powód swoje roszczenie o zapłatę wynagrodzenia kosztorysowego wywodził z faktu wykonania umowy o roboty budowlane zawartej z pozwanym, której przedmiotem była przebudowa i nadbudowa budynku gospodarczego w S.. Z kolei pozwany w prezentowanym stanowisku zarzucał brak jakichkolwiek uzgodnień co do wykonania robót i samowolne działanie powoda na jego nieruchomości, twierdząc jednocześnie umowa łącząca strony jest nieważna wobec niezachowania formy pisemnej. Pozwany nadto przyznawał, że za wykonane prace zapłacił powodowi 60.000 zł. gotówką „z ręki do ręki”, zgodnie z umową, nie domagając się pokwitowania i że nastąpiło to w trzech ratach, po 20.000 zł. w jego domu.

Dokonując kwalifikacji ustalonego stanu faktycznego Sąd ocenił, że strony łączyła umowa o roboty budowlane przypominając, że zgodnie z art. 647 k.c., przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Umowa o roboty budowlane powinna być stwierdzona pismem (art. 648 § 1 k.c.), z tym iż forma ta zastrzeżona jest jedynie dla celów dowodowych. Art. 74 § 1 k.c. stanowi, że zastrzeżenie formy pisemnej bez ryguru nieważności ma ten skutek, że w razie niezachowania zastrzeżonej formy, nie jest w sporze dopuszczalny dowód ze świadków, ani dowód z przesłuchania stron na fakt dokonania czynności. Zgodnie z art. 74 § 2 k.c., mimo niezachowania formy pisemnej przewidzianej dla celów dowodowych, dowód ze świadków lub dowód z przesłuchania stron jest dopuszczalny, jeżeli obie strony wyrażą na to zgodę, jeżeli żąda tego konsument w sporze z przedsiębiorcą albo jeżeli fakt dokonania czynności prawnej będzie uprawdopodobniony za pomocą pisma.

Przenosząc to do sprawy Sąd zaznaczył, że fakt zawarcia przez strony umowy o roboty budowlane wynikał z faktu, że wszelkie dokumenty, jak projekt przebudowy i decyzje administracyjne dotyczące projektu i budowy wydane na P. S. były w posiadaniu powoda, a skoro tak to powód musiał otrzymać je od pozwanego.

Art. 648 § 2 k.c. stanowi, że wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja stanowi część składową umowy o roboty budowlane. Dokumentacja przedstawiona przy pozwie w postaci: projektu przebudowy, decyzji administracyjnych

zezwalających na rozpoczęcie budowy, dziennika budowy, stanowiła według Sadu część składową umowy łączącej strony. Wszystkie dokumenty zostały wydane P. S. po rozpatrzeniu jego wniosków, przez niego podpisanych. Za przyjęciem istnienia umowy przemawiały pozostałe dowody zgromadzone i w sprawie przeprowadzone. P. S. w złożonych w 1 lipca 2014 r., zeznaniach potwierdził fakt ustalenia zakresu prac, które miał wykonać powód na jego rzecz, co musiało wynikać z zawartej umowy. Dodatkowo pozwany twierdził, że zapłacił powodowi 60.000 zł. zgodnie z umową, za wykonanie robót w „tym” budynku gospodarczym.

W konsekwencji Sąd uznał, że powód był wykonawcą, a pozwany inwestorem na podstawie zawartej umowy o roboty budowlane w formie ustnej. Kwestią sporną w sprawie był natomiast zakres wykonanych przez powoda robót i wartość wykonanych robót, za które pozwany powodowi nie zapłacił. Ustalając zakres wykonanych przez pracowników powoda prac budowlanych Sąd oparł się na zapisach w dzienniku budowy czynionych przez M. P. (1) - kierownika budowy, jego zeznaniach jako świadka oraz na zeznaniach świadków: S. I., A. S., D. P., K. R. oraz R. B.. Osoby te - pracownicy B. M.- w sposób szczegółowy opisali zakres wykonywanych robót budowlanych. Treść tych zeznań korelowała z zapisami w dzienniku budowy. Sąd dał natomiast wiarę pozwanemu oraz świadkom: W. S., D. C. i R. P., co do tego, że to te osoby wykonały na całej długości ściany bocznej (od strony pola) izolację przeciwwilgociową pionową z folii kubełkowej, na ścianie fundamentowej wraz z robotami ziemnymi, na części ściany zewnętrznej (od strony gospodarstwa) wykonali tynk zewnętrzny, zamontowali stalowe bramy przesuwane na prowadnicach i osadzenie okien szt. 2, malowali farbami emulsyjnymi powierzchnie tynków zewnętrznych i osadzenia okien szt. 2 oraz malowali mlekiem wapiennym powierzchnie ścian tynków wewnętrznych, a także wykonali rusztowania zewnętrzne i wewnętrzne.

Sąd jednocześnie przyjął, że wszelkie prace związane z wymianą pokrycia dachowego, w tym z rozbiórką istniejącej konstrukcji, wykonał powód i jego pracownicy. Sąd podkreślił przy tym, że pracownicy ci przed szczegółowo w toku składanych zeznań opisali zakres i sposób wykonania wskazanych prac przyznając fakt zapłacenia za nie przez powoda.

Według Sądu z zeznań świadków W. S., D. C. i R. P. oraz z zeznań samego pozwanego wynikało, że świadkowie, jeśli chodzi o prace związane z wymianą pokrycia dachowego, wykonywali jedynie prace porządkowe.

Sąd nie dał wiary pozwanemu jakoby M. P. (1) nie pełnił funkcję kierownika budowy na jego zlecenie szeroko taka swoją ocenę uzasadniając. W czasie trwania prac pozwany nie domagał się wglądu do dziennika budowy, nie kwestionował dokonywanych w nim zapisów. Nigdy też nie zgłosił żadnych zastrzeżeń do wykonanych przez powoda prac. Z treści zastrzeżeń pozwanego wynikało jedynie, że kwestionuje wpisanie do Dziennika Budowy prac, które nie zostały przez powoda wykonane. Z treści zebranego materiału dowodowego wynikało natomiast, że wszystkie prace wpisane do dziennika budowy zostały wykonane. Sąd uznał też, że to powód zrealizował prace budowlane przy fundamentach, związane z poszerzeniem wrót, wykonanie podjazdu i wylaniem części posadzek betonowych. Sąd nie dał wiary zaprzeczającym temu zeznaniom pozwanego i świadków: W. S., D. C. i R. P., wiążąc powyższe z okolicznościami natrafienia na szczątki ludzkie z okresu II wojny światowej.

Zakres faktycznie wykonanych przez powoda prac Sąd ustalił na podstawie opinii biegłego J. S., który prace te wymienił w swojej opinii, po dokonaniu obmiarów budynku i odkrywek prac ukrytych i zanikających. Sąd podkreślił, że biegły szczegółowo opisał zmiany elementów robót, których nie przewidywał projekt budowlany, przeanalizował przy tym wszystkie zapisy w dzienniku budowy, opisał realizację obowiązków kierownika budowy, udokumentowaną w dzienniku. Biegły wyjaśnił sposób dokonania rozliczeń za poszczególne prace, odniósł się do wyliczeń powoda przedstawionych w kosztorysie powykonawczym poddając kosztorys szczegółowej analizie i ocenie. Dokonał pomiarów na miejscu inwestycji, szczegółowo ustosunkował się do wszystkich uwag powoda zawartych w piśmie z dnia z 28 stycznia 2014 roku, jak również do poszczególnych pozycji kosztorysu budowlanego, sporządzonego przez rzeczoznawcę kosztorysowego M. B., uwzględniając wniosek powoda, dokonując poprawek i korekt, w kosztorysie budowlanym stanowiącym załącznik do opinii uzupełniającej, gdzie wartość kosztorysową wykazanych w kosztorysie robót budowlanych określono na: 192 994,74 zł z VAT (zał. do opinii). Biegły odniósł się też do wszystkich zastrzeżeń pozwanego.

W konsekwencji Sąd uznał, że wymienione w opinii biegłego roboty zostały przez powoda w ramach łączącej strony umowy o roboty budowlane zawartej w kwietniu 2009 r. wykonane. Sąd przywołał też tu art. 649 k.c. stanowiący, że w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem, stanowiącym część składową umowy stwierdzając, że w świetle tego przepisu nie sposób przyjąć, że powód, który zobowiązał się wykonać inwestycję zgodnie z projektem, „podzielił się” zakresem tych prac z pozwanym, godząc się na ingerencję osób niewykwalifikowanych w budowę prowadzoną zgodnie z projektem, na podstawie administracyjnych zezwoleń, podlegającą nadzorowi budowlanemu.

Sąd ustalił jednocześnie, że pozwany nie zapłacił powodowi wynagrodzenia za wykonane prace w żadnej części. Sąd nie dał wiary zeznaniom pozwanego i świadka W. S. co do tego by zapłacono powodowi w formie gotówkowej wynagrodzenia za wykonane roboty w kwocie 60 tys. zł. Sąd zauważył brak pokwitowań przekazanie takiej - znacznej przecież - kwoty. Wobec rozbieżności zeznań pozwanego i przesłuchanego w charakterze świadka jego brata W. S. Sąd uznał ostatecznie, że pozwany nie wykazał faktu przekazania powodowi kwoty 60 tys. zł. tytułem wynagrodzenia.

Sąd dał wiarę twierdzeniom powoda i uznał, że strony umówiły się na wynagrodzenie kosztorysowe, wynikające z kosztorysu powykonawczego, z tym jednak, że wobec zakwestionowania kosztorysu sporządzonego przez powoda, uwzględnił kwotę wynikającą z kosztorysu sporządzonego przez biegłego. Sąd dając wiarę powodowi opierał się po części na zeznaniach samego pozwanego, który przyznał, że przy wykonywaniu poprzednich robót przez powoda strony przyjmowały taki sposób określenia wynagrodzenia.

Zgodnie z treścią art. 647 k.c. obowiązkiem inwestora jest zapłata wykonawcy umówionego wynagrodzenia. Postępowanie przeprowadzone w niniejszej sprawie wykazało, że pozwany nie dopełnił tego obowiązku wobec powoda. Wysokość wynagrodzenia należnego powodowi, określonego na podstawie kosztorysu powykonawczego, sprawdzonego przez biegłego sądowego, którego opinię Sąd podzielił, została określona na kwotę 192.994,74 zł. W konsekwencji taką kwotę Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powoda, oddalając powództwo w pozostałym zakresie. Przy ustaleniu wynagrodzenia należnego powodowi B. M., Sąd uwzględnił prace budowlane zrealizowane przez P. S. i osoby działające na jego rzecz. Pozwany nie kwestionował cen materiałów budowlanych, ani innych składników wynagrodzenia. Twierdził jedynie, że ilość robót wymienionych przez powoda jest zawyżona oraz, że zapłacił powodowi całe umówione wynagrodzenie w kwocie 60.000 zł. W konsekwencji Sąd uwzględnił powództwo B. M. do kwoty 192.994,74 zł, oddalając je w pozostałym zakresie (pkt I i II sentencji).

Rozstrzygnięcie w przedmiocie odsetek Sąd oparł o art. 455 k.c. w zw. z art. 481 § 1 i 2 k.c. Faktura VAT nr (...) została wystawiona w dniu 26 kwietnia 2011 r., a pozwany miał obowiązek zapłacić kwotę z niej wynikającą w terminie 14 dni od jej wystawienia. W związku z czym od 11 maja 2011 r. pozwany pozostawał w zwłoce ze spełnieniem świadczenia pieniężnego.

O kosztach procesu Sąd orzekł zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu wyrażoną w treści art. 100 zdanie 2 k.p.c. Mając na uwadze, że powód wygrał proces w przeważającej części, to pozwany został zobowiązany do zwrotu na rzecz powoda poniesionych przez niego kosztów procesu. Na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. Sąd pozostawił szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu ( pkt III sentencji wyroku ).

***Powyższy wyrok Sądu Okręgowego w części uwzględniającej powództwo oraz rozstrzygającej o kosztach procesu, tj. w punkcie I i III zaskarżył pozwany.***

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie prawa procesowego, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, w szczególności:

1) art. 232 zdanie drugie k.p.c. w zw. z art. 32 ust. 1 i art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej poprzez dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z urzędu, w przypadku kiedy nie zaistniały okoliczności uzasadniające takie działanie sądu,



2) art. 233 §1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, polegające na:

a) uznaniu za wiarygodne wyjaśnień powoda i wniosków z opinii biegłego sądowego co do wykonania przez powoda wszystkich robót tynkarskich określonych w poz. 38-44 kosztorysu budowlanego powykonawczego, stanowiącego załącznik do opinii uzupełniającej biegłego sądowego T. S. z dnia 5.05.2014 r. w przypadku, gdy sam Sąd Okręgowy w treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku (str. 11 i 17), jako ustalony stan faktyczny podał, iż pozwany oraz działający na jego rzecz D. C. i R. P. na części ściany budynku gospodarczego remontowanego przez powoda wykonali tynk zewnętrzny,

b) bezkrytyczne przyjęcie przez Sąd Okręgowy, że materiały użyte przez powoda do przebudowy budynku gospodarczego pozwanego pochodzą od powoda, w przypadku kiedy powód zarówno do akt sprawy jak i na dodatkowe żądanie biegłego sądowego (uwagi biegłego sądowego do poz. 45. na str. 12 oraz uwagi biegłego sądowego w pkt. 4, str. 14 opinii z dnia 11.12.2013 r.) nie przedstawił żadnych rachunków, faktur ani innych dowodów potwierdzających zakup oraz jakość czy klasę tychże materiałów,

c) pominięciu treści projektu budowlanego z lipca 2009 r. stanowiącego załącznik do decyzji nr (...) z dnia 28.08.2009 r. pozwolenie na przebudowę i nadbudowę budynku gospodarczego pozwanego, w części opisanej przez biegłego sądowego w pkt. 4.2.3. str. 13. opinii z dnia 11.12.2013 r. i zasądzenie na rzecz powoda wynagrodzenia za zakres prac, które zostały samowolnie przez powoda zmienione i nie znajdowały odzwierciedlenia ani w przedmiotowym projekcie budowlanym ani dzienniku budowy,

d) odmówienie wiarygodności zeznaniom pozwanego i W. S. na okoliczność przekazywania powodowi przez pozwanego zapłaty w gotówce bez potwierdzenia w przypadku, gdy na rozprawie w dniu 08.01.2013 r. świadek T. M. potwierdziła, iż w toku dotychczasowej współpracy pomiędzy powodem i pozwanym, powód dokonywał płatności na rzecz pozwanego w taki właśnie sposób tj. w gotówce,

3) naruszenie art. 321 § 1 k.p.c. poprzez zasądzenie łącznej kwoty 17 048,56 zł ponad żądanie powoda wskazane w pozwie i uzasadnieniu pozwu oraz

4) art. 100 zdanie drugie k.p.c. poprzez niewłaściwe jego zastosowanie oraz art. 103 § 1 k.p.c. ewentualnie art. 100 zdanie pierwsze k.p.c. poprzez ich niezastosowanie i obciążenie w całości pozwanego kosztami procesu w przypadku, kiedy powód utrzymał się ze swoim roszczeniem w wysokości 86,7 % dochodzonej kwoty, a przegrał sprawę w 13,3 %.

W konsekwencji tak skonstruowanych- szeroko uzasadnionych - zarzutów , pozwany wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez oddalenie powództwa w całości i obciążenie powoda w całości kosztami procesu ewentualnie uchylenie zaskarżonego co do pkt. I. i III. wyroku i przekazanie sprawy w tej części do ponownego rozpoznania przez sąd pierwszej instancji oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania.

Powód w odpowiedzi na apelację pozwanego wniósł o jej oddalenia domagając się jednocześnie zasądzenia od powoda kosztów postępowania apelacyjnego .Odniósł się przy tym do każdego z zarzutów zawartych w apelacji pozwanego.

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

apelacja pozwanego jest pozbawiona zasadności .

Apelujący kwestionując ocenę dowodów , a w konsekwencji stan faktyczny sprawy , nie zgłosił w apelacji żadnych wniosków dowodowych na poparcie swych twierdzeń. Sąd drugiej instancji opierał się więc wyłącznie na materiale dowodowym zgromadzonym przed Sądem pierwszej instancji , a zasadność zarzutów apelującego dot. stanu faktycznego sprawy może zostać potwierdzona lub też nie jedynie poprzez prześledzenie toku rozumowania Sądu Okręgowego i ustalenie czy ocena dowodów była pełna , a rozumowanie Sądu logiczne . Sąd odwoławczy rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest obecnie związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiążą go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego; w granicach zaskarżenia Sąd

bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania (uchwała SN z dnia 31 stycznia 2008 r. ,III CZP 49/07, Lex 341125 ). Powód w apelacji nie stawiał zarzutu nieważności postępowania , a Sąd Odwoławczy z urzędu jej nie stwierdził . Skarżący w apelacji sformułował zarzut naruszenia art. 233§1 k.p.c. poprzez przekroczenia zasady swobodnej oceny dowodów , a mianowicie.

Wstępnie stwierdzić należy, że Sąd pierwszej instancji w sposób prawidłowy przeprowadził postępowanie dowodowe w sprawie i na podstawie jego wyników , po dokonaniu oceny wszystkich dowodów istotnych dla ustalenia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia , poczynił trafne ustalenia faktyczne. Ustalenia te jako prawidłowe Sąd Odwoławczy czyni częścią własnego uzasadnienia, bez ich ponownego szczegółowego ich przytaczania . Dodać w tym miejscu trzeba , że apelujący istotnej części tych ustaleń , za wyjątkiem faktów przywołanych w apelacji, nie kwestionował. W ocenie Sąd Apelacyjny Sąd Okręgowy , wbrew zarzutom apelacji , w sposób właściwy ocenił zebrany materiał dowodowy , z poszanowaniem wymogów stawianych przez art. 233§ 1 k.p.c.

Strony niewątpliwie łączyła umowa o roboty budowlane (art. 647 k.c. i dalsze) . W umowie tej świadczenie wykonawcy określone zostało jako oddanie obiektu budowlanego, stanowiącego całość dającą się wyodrębnić co najmniej pod względem technicznym lub technologicznym , wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Możliwość spełnienia świadczenia przez wykonawcę częściami i żądanie odbioru robót częściowych wpisane jest w konstrukcję robót budowlanych ( art. 654 k.c.). Tak więc co do zasady dopuszczalne jest stosowanie do tej umowy art. 491 § 2 k.c. (skutki zwłoki). Na świadczenia inwestora składają się powinności niepieniężne, w tym m.in. odebranie obiektu oraz powinność pieniężna polegająca na zapłacie umówionego wynagrodzenia. Obowiązki i uprawnienia inwestora określa przepisy - art. 18 , art. 32 ust.1 pkt 2 , art. 41 ust. 4,42 ust. 1, art. 52, art. 54-57 i art. 60 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane ( Dz. U. z 2010 r., Nr 243,poz. 1623 ze zm.). Odbiór obiektu lub jego części stanowiących rezultat prac budowlanych wykonawcy stanowi więc w określonej sytuacji obowiązek inwestora. Obowiązek odbioru odnosi się do obiektu wykonanego co do zasady zgodnie z zobowiązaniem i zaofiarowanego inwestorowi. Zgodność tą należy ocenić biorąc pod uwagę treść zawartej umowy , elementy dopełniające stosunek prawny z mocy ustawy (art. 56 k.c.) , a także ogólne kryteria prawidłowego wykonania umowy ( art. 354 k.c.). Inwestor powinien dokonać odbioru niezwłocznie po oddaniu (zaofiarowaniu) obiektu przez wykonawcę, chyba że dłuższy termin wynika z umowy lub spowodowany jest złożonym charakterem przedmiotu odbioru. W rozpoznawanej sprawie taka sytuacja nie wystąpiła. Inwestor może odmówić odbioru obiektu dotkniętego wadą istotną. tj. czyniącym go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub sprzeciwiającą się w sposób wyraźny umowie , co skutkuje brakiem wymagalności roszczenia wykonawcy o wynagrodzenie. Bezzasadna odmowa odbioru robót i zapłaty wykonawcy wynagrodzenia stanowi zwłokę inwestora (art. 486 §1 k.c.), takie zachowanie wierzyciela stanowi też naruszenie art. 354 §2 k.c. Ze względu na ramowy charakter umowy o roboty budowlane brak w niej wprost przepisów określających dokładniej powinność odbioru ,za wyjątkiem art. 654 k.c. Brak też normy wyrażnie wiążącej czynności odbioru obiektu z wymagalnością roszczenia wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia . Przyjmuje się tu więc stosowanie per analogiam zasad wypracowanych w tym zakresie dla umowy o dzieło . Zgodnie z art. 647 i art. 648§ 2 zakres zobowiązań wykonawcy i roszczeń inwestora w umowie o roboty budowlane określa się za pomocą projektu budowlanego .Wykonawca ,jak wynika wprost z art. 647 k.c., zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiekt , wykonanego zgodnie z projektem , który-co podkreślił już Sąd Okręgowy - w myśl art. 648 §2 k.c. jest częścią umowy. Ponadto w umowie o roboty budowlane wzajemne zobowiązania i roszczenia wykonawcy i inwestora określa się przez odwołanie do wiedzy technicznej (art. 647 k.c. ). Prawo budowlane wymaga by projektowanie i budowanie obiektów budowlanych było zgodne z zasadami wiedzy technicznej ( art. 5 ust. 1 pr.bud.), co osiągnie się m.in. poprzez staranne wykonanie obiektu budowlanego zgodnie z projektem ( zob. Prawo budowlane - komentarz pod red. A.Despot-Mladanowicza i innych ,LexisNexis , Warszawa 2012 r. ,s. 140-142) Jedynie w sytuacji gdy przedmiot umowy będzie mógł być zakwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania zaistnieją podstawy do odmowy odbioru ( odmowy sporządzenia protokołu) .

Przechodząc do oceny zasadności zarzutów apelacyjnych w pierwszej kolejności trzeba się odnieść do zarzutów naruszenia prawa procesowego , a mianowicie 232 zd. 2 k.p.c. ( w zw. z normami konstytucyjnymi przywołanymi

przez apelującego), uchybienie regułom oceny dowodów z art. 233 §1 k.p.c. oraz pominięcie art. 321 §1 k.p.c. Naruszenie przepisów postępowania oznacza działanie sądu niezgodne z przepisami prawa procesowego. W praktyce chodzi o zarzuty związane z uchybieniami, których - w ocenie skarżącego - dopuścił się sąd pierwszej instancji w postępowaniu lub przy rozstrzygnięciu. Pierwsze z nich związane są z postępowaniem sądu wbrew przepisom prawa procesowego, mogą więc one powstawać przez cały czas rozpoznawania sprawy. Drugie natomiast są związane z zasadzie z niewłaściwym zastosowaniem prawa materialnego, co oznacza, że mogą one powstać dopiero w związku z wydaniem orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie. W obu wypadkach należy zawsze stwierdzić istnienie związku przyczynowego między naruszeniem przepisu proceduralnego, a treścią orzeczenia. Istotne jest przy tym czy naruszenie przepisów postępowania mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Tak więc od skarżącego należy oczekiwać nie tylko wskazania przepisu postępowania, który został naruszony - przynajmniej w jego przekonaniu - i wyjaśnienia na czym to polegało, lecz także wykazaniu, jaki mogło ono mieć wpływ na wynik sprawy. Jednym słowem skarżący powinien wykazać, że następstwa stwierdzonych wadliwości postępowania były tego rodzaju, że mogły kształtować lub współkształtować treść zaskarżonego orzeczenia.

Istota sporu, na obecnym etapie procedowania, sprowadzała się do rozstrzygnięcia kwestii wysokości należnego powodowi wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane przy niekwestionowaniu obecnie przez pozwanego w apelacji - faktu zawarcia umowy o roboty budowlane oraz określenia wynagrodzenia kosztorysowego na podstawie protokołu powykonawczego oraz kwestionowaniu - zakresu robót wykonanych przez powoda, pochodzenia materiałów użytych do budowy oraz podtrzymywania twierdzeń przez pozwanego o zapłaceniu powodowi kwoty 60 000 zł.

Przechodząc do oceny pierwszego z zarzutów z apelacji pozwanego, a mianowicie zarzutu nieuprawnionego dopuszczenia z urzędu przez Sąd pierwszej instancji dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa: zgodnie z art. 6 k.c., ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W myśl tej reguły, powód powinien udowodnić fakty stanowiące podstawę dochodzonego roszczenia, pozwany zaś - fakty uzasadniające zarzuty przeciwko roszczeniu powoda, w tym fakty tamujące lub niweczące to roszczenie. W orzecznictwie i piśmiennictwie trafnie zwrócono uwagę na procesowy oraz materialnoprawny aspekt ciężaru dowodu; pierwszy dotyczy powinności stron procesu cywilnego w zakresie przedstawiania dowodów potrzebnych do rozstrzygnięcia sprawy (art. 3 i art. 232 k.p.c.), drugi - negatywnych skutków wynikających z nieudowodnienia przez stronę faktów, z których wywodzi ona skutki prawne (art. 6 k.c.). O tym więc co strona powinna udowodnić w danej sprawie decydują przede wszystkim: przedmiot sporu, prawo materialne regulujące określone stosunki prawne oraz prawo procesowe normujące zasady postępowania dowodowego. Tak więc to strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Sąd może dopuścić dowód niewskazany przez stronę (art. 232 k.p.c.). Gdy uzyskanie wiadomości specjalnych zapewnia wyłącznie opinia biegłego, to także w braku odpowiedniej inicjatywy dowodowej samej strony, niedopuszczenie dowodu z takiej opinii stanowi naruszenie art. 232 zdanie drugie k.p.c., gdy przeprowadzenie przez sąd z urzędu takiego dowodu jest jedynym sposobem przeciwdziałania niebezpieczeństwu oczywiście nieprawidłowego rozstrzygnięcia sprawy, podważającego funkcję procesu. Nawet fakt, że strona jest reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika, w tej szczególnie uzasadnionej sytuacji nie powinien zwalniać sądu z dążenia do prawidłowego wyjaśnienia sprawy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lipca 2014 r., II PK 266/13, LEX nr 1496286). Przyjmuje się, że dowód z opinii biegłego ze względu na składnik w postaci wiadomości specjalnych jest dowodem tego rodzaju, iż nie może być zastąpiony inną czynnością dowodową, np. przesłuchaniem świadka. Jeżeli więc - zgodnie z art. 278 § 1 k.p.c. - sąd może otrzymać wiadomości specjalne wyłącznie na skutek skorzystania z pomocy biegłego, to sąd dopuszcza się naruszenia art. 232 zdanie drugie k.p.c., skoro z urzędu nie przeprowadza dowodu z opinii biegłego, niezbędnego dla właściwej oceny zasadności wytoczonego powództwa (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 422/12, LEX nr 1314390). Tak więc co do zasady dopuszczenie przez sąd z urzędu dowodu z opinii biegłego nie narusza art. 232 k.p.c. W rozpoznawanej sprawie, co podkreślał powód w odpowiedzi na apelację, sytuacja była jeszcze o tyle odmienna, że pozwany wnosił o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność ustalenia zakresu, jakości oraz wartości robót wykonanych przez powoda, który to dowód postanowieniem z dnia 22 marca 2013 r. Sąd dopuścił zobowiązując jednocześnie pozwanego do uiszczenia stosownej zaliczki, pod rygorem pominięcia dowodu. Wówczas pozwany informując, że żądanej zaliczki

nie uiszczył cofnął jednocześnie zgłoszony uprzednio dowód (k.263), w reakcji na to powód od razu wniósł o dopuszczenie tegoż dowodu (k. 265 k.c.). W tak powstałej sytuacji procesowej Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 23 maja 2013 r. postanowił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa przeprowadzić z urzędu aczkolwiek na ten czas był już złożony przez powoda wniosek o dowód z biegłego. Dodać trzeba, że powód w piśmie procesowym z dnia 10 września 2012 r. stwierdził, że nie sprzeciwia się wnioskowi dowodowemu pozwanego o opinie biegłego z zakresu budownictwa. Uwzględniając więc stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w przytoczonych wyżej orzeczeniach, podzielane przez Sąd Apelacyjny, w zaistniałej sytuacji procesowej oraz faktycznej uzasadnione było dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa. Do tego sytuacja w sprawie była o tyle szczególna już tylko poprzez to, że wniosek o biegłego przez strony był zgłaszany, a dokładnie zgłoszony przez pozwanego, popierany przez powoda. Oznacza to w konsekwencji, iż nie można Sądowi Okręgowemu postawić skutecznego zarzutu naruszenia prawa do bezstronnego sądu i odpowiadającego mu obowiązku przestrzegania zasady równego traktowania stron (art. 32 ust. 1 i art. 45 ust. 1 Konstytucji). Uchybieniem Sądu pierwszej instancji jest jedynie zaniechanie podania w pisemnym uzasadnieniu wyroku motywów wskazanego postanowienia dowodowego, nie miało to jednak znaczenia dla treści wydanego w sprawie orzeczenia.

Pozwany zarzucając naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. sformułował zarzuty dotyczące ustalania faktów oraz oceny dowodów.

Art. 233 § 1 k.p.c. określającego zasadę swobodnej oceny dowodów, według której sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Nietrafnym okazał się zarzut naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 kpc poprzez przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów i sprzeczność ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego. Zwrócić trzeba uwagę, że skuteczne podniesienie tego zarzutu nie może polegać na przedstawieniu własnej oceny dowodów i subiektywnej wykładni treści dokumentów, z których przeprowadzono dowody. Aby można mówić o naruszeniu art. 233 § 1 k.p.c. należy wykazać, że Sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjęta przez sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i o ich odmiennej ocenie niż ocena dokonana przez sąd. Zasada swobodnej oceny dowodów określona tym przepisem wyraża się w jej ocenie według własnego przekonania Sądu, opartego na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego. Jej istotną cechą jest bezstronność, brak arbitralności i dowolności, przestrzeganie zasad logicznego rozumowania i zasad doświadczenia życiowego w wyciąganiu wniosków. Wszechstronne rozważenie zebranego materiału oznacza natomiast uwzględnienie wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu oraz wszystkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych środków dowodowych, a mających znaczenie dla ich mocy dowodowej i wiarygodności.

Wszystkim wskazanym wyżej kryteriom odpowiada, w ocenie Sądu Odwoławczego - ocena dowodów dokonana przez Sąd pierwszej instancji. Zarówno ocena dowodów osobowych, w tym zeznań samych stron oraz opinii biegłego z zakresu budownictwa, jak i dokumentów dokonana została w sposób obiektywny, rzetelny i wszechstronny. Wszystkie przeprowadzone dowody zostały przez Sąd Okręgowy przywołane i omówione. Ich ocena nie ogranicza się do tylko niektórych przesłanek, lecz opiera się na zestawieniu treści ich zeznań z pozostałymi, przeciwnymi dowodami naświetlającymi okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy w sposób odmienny. Nie można też zarzucić, by Sąd I instancji na tle przeprowadzonych dowodów budował nieuprawnione wnioski, które z nich nie wynikają. Sąd Okręgowy wskazał, którym to świadkom oraz której ze stron procesu dał wiarę uzasadniając to szeroko. Dotyczyło to m.in. określenia zakresu robót wykonanych siłami powoda i siłami pozwanego, zakresu robót zmienionych względem projektu oraz zakresu robót, których powód nie wykonał. Sąd szeroko uzasadnił, opierając się na opinii biegłego, w jaki sposób, przy uwzględnieniu jakich elementów, zostało określone wynagrodzenie należne powodowi za wykonane roboty budowlane.

Pozwany zarzucił, że Sąd przekroczył granice swobody oceny dowodów uznając za wiarygodne zeznania powoda oraz za przekonujące wnioski z opinii biegłego sądowego co do wykonania przez powoda wszystkich robót tynkarskich określonych w poz. 38-44 kosztorysu budowlanego powykonawczego, stanowiącego załącznik do opinii uzupełniającej biegłego sądowego T. S. z dnia 5.05.2014 r. Konstruując taki zarzut apelujący zarzucił, że to przecież sam Sąd

pierwszej instancji w treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku w stanie faktycznym sprawy przyjął, że to pozwany oraz działający na jego rzecz D. C. i R. P. na części ściany budynku gospodarczego remontowanego przez powoda wykonali tynk zewnętrzny. Sąd Okręgowy rzeczywiście przyjął, że pozwany (wraz ze swoimi pracownikami) wykonali na części ściany zewnętrznej - od strony gospodarstwa - tynk zewnętrzny. Z załącznika do opinii uzupełniającej biegłego z dnia 5 maja 2014 r. w zakresie robót tynkarskich wynika, że pod pozycjami : 38-41 ujęto tynki wewnętrzne, 42- inne roboty tynkarskie, a pod poz. 43- tynki zewnętrzne ale dot. jedynie powierzchni jeżeli chodzi o ścianę od strony gospodarstwa o powierzchni ok. 10 m<sup>2</sup>. W opinii uwzględniono przeto fakt wykonania części tynków zewnętrznych przez pozwanego. Pozwany zresztą szerzej zarzutu z pkt 2 a nie rozwinął, w tym nie odniósł się do konkretnych danych z obmiarów wykonanych przez biegłego. Ostatecznie zarzut ten należało uznać za chybiony.

Co do zarzutu bezkrytyczne przyjęcie przez Sąd Okręgowy, że materiały użyte przez powoda do przebudowy budynku gospodarczego pozwanego pochodzą od powoda, który nie przedstawił żadnych dokumentów potwierdzających zakup oraz jakość czy klasę tychże materiałów - pozwany nie kwestionował samego faktu dostarczenia materiałów przez powoda, nawet w toku procesu nie zgłaszał uwag do jakości użytych materiałów. W toku procesu powstała rzeczywiście kwestia, iż powód dokumentami (zakupu) nie wykazał jakości użytych do budowy materiałów. Co do faktu dostarczenia samych materiałów świadek W. S., o którym pozwany mówił, że to on nadzorował w dużej części budowę, zeznał, że brat kupował blachę, a resztę materiałów, betoniarkę miał pan M.. Biegły sądowy - wobec nie przedłożenia mu faktur zakupu materiałów ale i też na podstawie odkrywek w toku kilkukrotnych oględzin przyjął średnią klasę użytych materiałów, powyższe biegły podkreślił w toku składania ustnej opinii w dniu 12 maja 2014 r. I tak np. biegły zweryfikował opinie w zakresie klasy drewna z których wykonano więzary dachowe na drugą wobec braku dokumentów wskazujących na klasę użytego drewna. Pozwany nie zakwestionował w apelacji jakości i ceny poszczególnych materiałów. Powyższy zarzut apelacyjny ma w konsekwencji jedynie charakter polemiczny wobec podzielenia przez Sąd Okręgowy opinii biegłego również w zakresie wartości zużytych do budowy materiałów.

Co do zarzutu pominięcia treści projektu budowlanego z lipca 2009 r. stanowiącego załącznik do pozwolenie na przebudowę i nadbudowę budynku gospodarczego pozwanego w części opisanej przez biegłego sądowego w pkt. 4.2.3. str. 13. opinii z dnia 11.12.2013 r. i zasądzenie na rzecz powoda wynagrodzenia za zakres prac, które zostały samowolnie przez powoda zmienione i nie znajdowały odzwierciedlenia ani w przedmiotowym projekcie budowlanym ani dzienniku budowy -

powód w odpowiedzi na apelację podniósł, że pozwany nigdy nie wnosił o obniżenie mu wynagrodzenia dlatego, że miały miejsca odstępstwa pomiędzy pracami wykonanymi, a projektowanymi pracami w oparciu o projekt. Niesporne przy tym jest, że wskazane przez biegłego prace zostały wykonane. Biegły sądowy w toku składania ustnej opinii na rozprawie w dniu 12 maja 2014 r. oświadczył, że miały miejsca odstępstwa od projektu dodając, iż ta kwestia była dyskutowana przez strony w trakcie wizji na nieruchomości i wówczas powód w obecności pozwanego i jego pełnomocnika procesowego oświadczył, że zmian (w tym dot. wysokości wieńców, warstwy betonu przy podjeździe) dokonał na polecenie inwestora, a pozwanym takim twierdzeniom powoda wówczas nie zaprzeczał. Uzasadnia to wnioskiem, że je przyznawał. Stąd zasadnie Sąd Okręgowy uznał, że prace te wykonane przez powoda - jako zleczone przez pozwanego - powinny zostać objęte należnym mu wynagrodzeniem. Pozwany nie zarzucał też nigdy by ewentualnie te zmiany skutkowały tym, iż nie otrzymał pozwolenia na użytkowanie budynku lub też innymi negatywnymi dla niego konsekwencjami, w tym ze strony władz budowlanych. Stąd ostatecznie omawiany wyżej zarzut apelacyjny Sąd uznał za nieuzasadniony.

Co do zarzutu apelacyjnego odmówienie wiarygodności zeznaniom pozwanego i W. S. co do przekazywania powodowi przez pozwanego zapłaty w gotówce, bez potwierdzenia pomimo potwierdzenia przez świadka T. M., że w toku dotychczasowej współpracy pomiędzy stronami rozliczano się w gotówce - Sąd Okręgowy szeroko i przekonująco uzasadnił dlaczego uznał, że pozwany nie wykazał faktu przekazania jakiegokolwiek kwoty powodowi tytułem wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane. Świadek T. M. - żona powoda - zeznała, że o umowie, jak i jej zakresie, ustalonym wynagrodzeniu dowiedziała się od męża. Wie, że pozwany zwlekał z zapłatą, mówił, że zapłaci później, potem nie odbierał telefonów, unikał jej męża, a przesłany mu kosztorys powykonawczy odesłał.

Świadek potwierdziła, że za wcześniejsze roboty pozwany płacił jej mężowi przelewem ,a jedynie za dwie takie drobne prace zapłacił gotówką. Tak więc w oparciu o zeznania tego świadka trudno wnioskować ,że zasadą między stronami były rozliczenia w formie gotówkowej, szczególnie w sytuacji zaprzeczania temu przez powoda, braku pokwitowania oraz istotnych rozbieżności w zeznaniach pozwanego i jego brata co do okoliczności w jakich miały być przekazywane powodowi pieniądze oraz wysokości przekazanych sum. Świadek W. S. zeznał mianowicie ,że nie był przy zawieraniu umowy z powodem ( gdy pozwany twierdził ,że przy zawieraniu umowy brat był obecny) i nie wie na jakie wynagrodzenie strony się w ogóle umówiły. Zeznał ,że pieniądze dla powoda wypłacał ze swojego konta dwa razy , za pierwszym razem było to 15 000 zł , za drugim razem mogła to być ewentualnie taka sama kwota. Pieniądze były przekazywane panu M. raz w domu , raz koło domu, a pieniądze były liczone przez niego. Z kolei pozwany zeznał, że wynagrodzenie za umówione roboty ustalali razem z bratem z powodem jako wykonawcą na 60 000 zł. Tytułem wynagrodzenia albo on albo brat przekazali najpierw 20 000 zł. Druga i trzecia rata były po 20 000 zł. Według pozwanego pieniądze miały być przekazywane w domu, przy kawie, a powód nie liczył otrzymanych pieniędzy. Trzecia , ostatnia rata miała być przekazana przed zakończenie robót - jak to określił pozwany : ”powiedzmy ,że na przełomie września i października” .Zeznania W. S. ,jako rozbieżne w istotnych co do zapłaty wynagrodzenia fragmentach z zeznaniami pozwanego , nie uwiarygodniają tych zeznań co do zapłacenia powodowi tytułem wynagrodzenia kwoty 60 000 zł. Stąd odmowa dania przez Sąd Okręgowy wiary pozwanemu co do jego twierdzeń o przekazaniu powodowi kwoty 60 000 zł . przy zaprzeczaniu tym twierdzeniom przez powoda nie jest dowolna , nie uchybia regule oceny dowodów z art. 233 §1 k.p.c. , uwzględnia zasady doświadczenia życiowego , jest logiczna. Oznacza to w konsekwencji ,że pozwany nie wykazał dowodowo faktu przekazania powodowi kwoty 60 000 zł. Naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. może nastąpić, jak to wielokrotnie wykazywano w orzecznictwie Sądu Najwyższego, gdy ocena ta jest rażąco wadliwa, sprzeczna z zasadami logicznego rozumowania ( por. spośród wielu wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2003 r.IV CK 57/02, LEX nr 1125089 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2002 r., II CKN 817/00 czy postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 1998 r., II CKN 704/97, OSNC 1998 nr 12, poz. 214). Dla przyjęcia, że nastąpiło naruszenie wskazanego przepisu nie jest wystarczające wykazanie, że na podstawie tych samych środków dowodowych można wysnuć wnioski odmienne. Konieczne jest bowiem wykazanie, że ocena dowodów zawiera logiczne luki, czy też nie uwzględnia całego materiału dowodowego zebranego w sprawie. Taka sytuacja w rozpoznawanej sprawie nie nastąpiła, prawidłowo zebrany materiał dowodowy został też wnikliwie i przekonująco oceniony , przy czym ocena dowodów została przedstawiona w pisemnym uzasadnieniu wyroku , w zgodzie z art. 328 §2 k.p.c. W tym miejscu można za powodem zauważyć ,że pozwany zaprzeczał w ogóle faktowi zawarcia ostatecznej , a ocenianej obecnie umowy .Jak stwierdził jedynie z tzw. ostrożności procesowej podał ,że strony zapłacił powodowi należne mu wynagrodzenie, z tym iż jego wysokość podał dopiero w trakcie przesłuchania w charakterze strony w dniu 1 lipca 2014 r. gdy pozew został złożony 21 grudnia 2011 r. Uwzględniając to wszystko Sąd Odwoławczy uznał w konsekwencji ,że również zarzut z pkt 2 d opierający się na niewłaściwej ocenie dowodów jest pozbawiony zasadności.

Wobec zarzutu naruszenia art. 321 § 1 k.p.c. w wyniku zasądzenie łącznej kwoty 17 048,56 zł ponad żądanie powoda wskazane w pozwie i jego uzasadnieniu zasadne jest przypomnienie ,że zgodnie z treścią art. 321 §1 k.p.c. sąd nie może wyrokować, co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem, ani zasądzać ponad żądanie. Zakres orzekania sądu zakreślony zostaje już w pozwie, w którym powód winien dokładnie sprecyzować zgłaszane żądanie wraz z podaniem wartości przedmiotu sporu w sprawach, w których jest to konieczne, oraz przytoczyć okoliczności faktyczne, mające to żądanie uzasadniać (art. 187 § 1 k.p.c.). Tak więc to powód decyduje nie tylko o wszczęciu postępowania, ale także o zakresie rozstrzygnięcia sprawy. Ogólna zasada wyrokowania, w myśl której sąd jest związany żądaniem pozwu, nie powinna być stosowana formalistycznie w tym rozumieniu, że korygując brzmienie tego żądania w sentencji wyroku na formułę, która w sposób nie budzący wątpliwości odpowiada rzeczywistym intencjom powoda, sąd nie narusza art. 321 k.p.c.(zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2013 r.,I CSK 555/12, LEX nr 1353065). Przenosząc powyższe do sprawy należy przypomnieć ,że powód konsekwentnie i niezmiennie dochodził w tako całego procesu zapłaty przez pozwanego wynagrodzenia ustalonego na podstawie kosztorysu powykonawczego za wykonane na podstawie umowy łączącej go z pozwanym roboty budowlane. Sporządzony przez powoda kosztorys powykonawczy , na podstawie którego wynagrodzenie należne powodowi zostało określone na kwotę 222 387,34 zł , został sprawdzony i częściowo zmodyfikowany przez biegłego sądowego z zakresu budownictwa T. S.. Biegły sporządził

opinię podstawową , uzupełniającą oraz ustnie przedstawił swoje stanowisko co do wydanej opinii. Sporządzenie opinii było poprzedzone wizjami w terenie , w obecności stron , modyfikacja pewnych danych nastąpiło po części w wyniku uwzględnienia wyjaśnień i uwag samych stron. Biegły do wyceny wybrał KNR nr 2-02 szerzej takie swoje stanowisko uzasadniając w opinii uzupełniającej i zaznaczając ,że w zakres robót wchodziły roboty związane z budową jak i roboty związane z remontem. Biegły doliczył przy wykonywaniu prac rozbiórkowych na obiekcie materiały pomocnicze jako wynikające wprost z tablic katalogowych i podanych w nich nakładów (poz. 4,9 ,10, 13 i 14 ) . Jednocześnie zasadniczo biegły nie zaakceptował zwiększenia nakładów w niektórych pozycjach kosztorysu jak tego domagał się powód przedstawiając wycenę swoich prac przez rzeczoznawcę kosztorysowego M. B. .Odnosząc się do zarzutów w tym zakresie biegły w toku ustnego wyjaśniania złożonej opinii ponownie odnosząc się do prac rozbiórkowych podał ,że materiały pomocnicze przy pracach rozbiórkowych ujął opierając się na katalogu .Biegły odniósł się też wówczas do poz. 21-23 z kosztorysu , wyjaśnił że co do poz. 23 opierał się na oświadczeniach powoda w toku oględzin ,nie kwestionowanych przez pozwanego . .Biegły potwierdził ,że kierował się tabelami z katalogu, dlatego niektóre pozycje z kosztorysu powoda obniżał , inne - uwzględnił choć nie były ujęte w kosztorysie powoda . Powyższe dotyczy też poz. od 30 do 33 oraz poz. 63 i 64 . Biegły podkreślił ,że jeżeli chodzi o katalogi nakładów rzeczowych to w założeniach kalkulacyjnych w danej tabeli jest ujęte” wszystko co jest potrzebne do wykonania danej roboty” , stąd określone pozycje z kosztorysu powoda musiały być obniżone , inne podwyższone. Dodać trzeba ,że strony po złożeniu przez biegłego ustnych wyjaśnień do złożonej opinii na rozprawie w dniu 12 maja 2014 r. nie wnosiły o dalsze opinie w tym zakresie , tj. o opinię innego biegłego z zakresu budownictwa czy też o sporządzenia kolejnej opinii uzupełniającej. W tym miejscu Sąd zauważa nadto , że pozwany kwestionując kosztorys w poz. 63 i 64 odwołał się do strony 24 i 25 opinii uzupełniającej, na wskazanych stronach są zapisy dotyczące poz. od 50 do 54 , w apelacji już nie kwestionowanych. Reasumując :biegły J. S. kierując się tabelami z katalogów ( KNR ) określone pozycje obniżał , a inne - podwyższył. Tylko w ten sposób biegły mógł sprawdzić poprawność kosztorysu powykonawczego powoda. Nie jest możliwe sprawdzenie kosztorysu przy stosowaniu jedynie w sposób wybiórczy danych z zastosowanego katalogu ( tych obniżających ceny z kosztorysu powykonawczego powoda) . Biegły sądowy w sporządzonej opinii określił wynagrodzenia należne powodowi za wykonane roboty budowlane na podstawie kosztorysu powykonawczego w kwocie niższej od żądanej w pozwie , a ustalając wynagrodzenie biegły określał je za roboty wykonane przez powoda ( po korekcie, z uwzględnieniem określonych tabel z zastosowanego katalogu nakładów rzeczowych - dodatkowo materiałów pomocniczych czy też z uwzględnienia zastosowanych do wykonania określonych robót np. rusztowań ) .Opinia ta podzielona przez Sąd Okręgowy stanowi istotny element ustalonego stanu faktycznego na podstawie którego wydano skarżony obecnie wyrok . Oparcie się na opinii biegłego sądowego co do wysokości należnego powodowi wynagrodzenia kosztorysowego , powykonawczego w żadnym razie nie oznacza ,że Sąd wyszedł poza żądanie powoda z pozwu. Przepisy dotyczące umowy o roboty budowlane stosuje się odpowiednio do umów o wykonanie remontu budynku lub budowli ( art. 658 k.c.). Do podstawowych obowiązków inwestora , o czym zresztą była już mowa wyżej , należy dokonanie odbioru obiektu stanowiącego rezultat prac wykonawcy oraz świadczenie wynagrodzenia. Normy art. 647do 658 k.c. nie określają bliżej przesłanek powstania (wymagalności ) roszczenia wykonawcy o wynagrodzenie. Wypełnienie takiej luki następuje przez zastosowanie per analogiam przepisów o umowie o dzieło. Oznacza to ,ze strony korzystają ze znacznej swobody co do sposobu określenia wynagrodzenia , w tym także co do sformułowania podstaw jego ustalenia. Szczególny reżim prawny przewidziany dla wynagrodzenia kosztorysowego - art. 629-631 k.c.- ma per analogiam zastosowanie do umowy o roboty budowlane (por. uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów z dnia 29 września 2009 r. III CZP 41/09, Lex nr 518164). W modelu kosztorysowym strony uzgadniają ,że podstawa ustalenia wynagrodzenia stanowi zestaw planowanych prac i przewidzianych kosztów ze wskazaniem określonych cen jednostkowych, stawek (np. robocizny) , a niekiedy także jednostek obmiarowych. Cechą takiego wynagrodzenia jest to ,że ma ono charakter wynikowy ,jego wysokość zależna jest od rozmiaru świadczenia wykonanego przez wykonawcę ( tj. nakładu pracy , ilości materiałów ) i zostaje wyliczona według cen i stawek przyjętych w kosztorysie. W rozpoznawanej sprawie strony umówiły się na wynagrodzenie kosztorysowe , z tym iż jego wysokość miała być ustalona na podstawie kosztorysu powykonawczego sporządzonego przez powoda( wykonawcę). Uwzględniając powyższe , w ocenie Sądu Apelacyjnego wynagrodzenie należne powodowi za wykonane roboty , z uwzględnieniem zastosowania jego materiałów i sprzętu, określone m.in. na podstawie KNR nr 2-02 , którego zastosowanie nie było kwestionowane przez pozwanego , ustalone w opinii biegłego sądowego , po częściowym skorygowaniu kosztorysu sporządzonego przez samego powoda ( oraz na jego zlecenie) , nie stanowi

wyjścia poza zakres prac za które w pozwie powód domagał się wynagrodzenia. Oznacza to w konsekwencji, że Sąd pierwszej instancji nie naruszył przepisu art. 321 § 1 k.p.c. przez jego pominięcie w sprawie.

Co do zarzutu z pkt 4 apelacji pozwanego, a mianowicie naruszenia art. 100 zdanie drugie k.p.c. poprzez niewłaściwe jego zastosowanie oraz art. 103 § 1 k.p.c. ewentualnie art. 100 zdanie pierwsze k.p.c. poprzez ich niezastosowanie i obciążenie w całości pozwanego kosztami procesu: zgodnie z regułą odpowiedzialności za wynik sprawy, zawartą w art. 98 k.p.c., w postępowaniu procesowym strona przegrywająca zobowiązana jest zwrócić przeciwnikowi poniesione przez niego koszty procesu. Odstąpienie od niej jest możliwe w wypadku wydania rozstrzygnięć o częściowym uwzględnieniu żądań, jeżeli przeciwnik uległ co do nieznaczej części żądania albo określenie należnej mu sumy zależało od wzajemnego obrachunku lub oceny sądu (art. 100 zd. 2 k.p.c.), ugodowego załatwienia sprawy (art. 104 k.p.c.), bądź w sytuacjach szczególnych uzasadnionych zasadą słuszności (art. 102 k.p.c.), zawinieniem strony polegającym na niesumieńnym lub oczywiście niewłaściwym postępowaniu (art. 103 k.p.c.). Odpowiednikiem wskazanej zasady w odniesieniu do rozstrzygnięć o częściowym uwzględnieniu żądań stron jest art. 100 zd. 1 k.p.c. (zasada kompensaty). Z kolei przepis art. 100 § 1 zd. 2 k.p.c. stanowi, że sąd może włożyć na jedną ze stron obowiązek zwrotu wszystkich kosztów, jeżeli jej przeciwnik uległ tylko co do nieznaczej części swego żądania albo gdy określenie należnej mu sumy zależało od wzajemnego obrachunku lub oceny sądu.

Uwzględniając powyższe Sąd Apelacyjny stwierdza, że w jego ocenie w przedmiotowej sprawie zaistniały podstawy dla zastosowania - skoro powód uległ pozwanemu w nieznaczej części, a mianowicie w 13 % - art. 100 zd. 2 k.p. Jednocześnie Sąd uważa, że w sprawie nie było natomiast podstawy dla stosowania przy rozstrzygnięciu o kosztach procesu art. 103 § 1 k.p.c. W tym miejscu zasadne jest przypomnienie, że użyte we wskazanym przepisie określenie "niesumienne lub oczywiście niewłaściwe" postępowanie odnosi się do czynności w samym procesie. Pozwany przekonywał, że niewłaściwe postępowanie czyli zawinienie po stronie powoda wynikało stąd, iż ten nie dostarczył biegłemu danych co do poniesionych nakładów co przełożyło się na pracochłonność sporządzenia opinii. W tym miejscu nie można jednak pomijać i tego, że sam pozwany zachowywał się w sposób nielojalny, wystarczające jest tu przywołanie faktu złożenia inwentaryzacji budowlanej budynku gospodarczego będącego przedmiotem umowy łączącej strony, sporządzonej już w czerwcu 2009 r. (według powoda - we wrześniu 2010 r.), tj. dokumentu istotnego i ułatwiającego sporządzenie przez biegłego opinii w przedmiotowej sprawie, w kilka lat po rozpoczęciu procesu, a mianowicie dopiero na rozprawie w dniu 11 marca 2014 r., bez żadnego wytłumaczenia takiego zachowania (por. uwagi biegłego dot. protokołu inwentaryzacji przedstawione na rozprawie w dniu 12 maja 2014 r.). Uwzględniając to wszystko Sąd drugiej instancji nie dopatrywał się możliwości zamiany skarżonego postanowienia kosztowego poprzez zastosowanie art. 103 § 1 k.p.c. (ew. art. 100 zd. 1 k.p.c.).

W konsekwencji tak poczynionych ustaleń, uznając zarzuty pozwanego za pozbawione zasadności, Sąd Apelacyjny apelację powoda, w oparciu o art. 385 k.p.c., oddalił.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Odwoławczy orzekł mając na uwadze jego wynik, w oparciu o art. 108 § 11 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. z uwzględnieniem treści art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. oraz przepisów rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U.2013.461 j.t.) - § 2, § 6 i § 13 ust. 1 pkt 2 (na koszty strony powodowej składało się wynagrodzenie jej profesjonalnego pełnomocnika procesowego w kwocie 2 700 zł.).

**Wiesława Kaźmierska Mirosława Gołuńska Marta Sawicka**