

Sygn. akt I ACa 925/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 stycznia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący SSA Małgorzata Stanek

(...) SA Wiesława Kuberska (spr.)

del. S O Jolanta Żaloba

Protokolant stażysta Lidia Milczarek

po rozpoznaniu w dniu 13 stycznia 2016 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa **W. Ł.**

przeciwko **A. K.**

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 30 marca 2015 r. sygn. akt X GC 562/10

I. z apelacji powoda zmienia zaskarżony wyrok na następujący:

„1. uchyla nakaz zapłaty wydany w postępowaniu nakazowym w dniu 8 grudnia 2010 r. przez Sąd Okręgowy w Łodzi w sprawie o sygn. akt X GNC 841/10 w części dotyczącej:

- kwoty 179.511, 24 (sto siedemdziesiąt dziewięć tysięcy pięćset jednaście i 24/100) złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 23 listopada 2010 r. do dnia zapłaty i w tym zakresie umarza postępowanie w sprawie;

- kwoty 160.088, 61 (sto sześćdziesiąt tysięcy osiemdziesiąt osiem i 61/100) złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 23 listopada 2010 r. do dnia zapłaty i w tym zakresie oddala powództwo;

- rozstrzygnięcia o kosztach procesu;

2. utrzymuje w mocy nakaz zapłaty w pozostałym zakresie, tj. co do kwoty 655.871, 57 (sześćset pięćdziesiąt pięć tysięcy osiemset siedemdziesiąt jeden i 57/100) złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 23 listopada 2010 roku do dnia zapłaty;

3. znosi wzajemnie pomiędzy stronami koszty postępowania;

4. nakazuje pobrać z zaliczki uiszczonej przez W. Ł.

i zaksięgowanej w dniu 12 marca 2014 r. pod poz. (...) na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łodzi kwotę 1.500, 78 (jeden tysiąc pięćset i 78/100) złotych tytułem nieuiszczonej części wydatków od nieuwzględnionej części roszczenia i zwrócić resztę tej zaliczki powodowi;

5. nakazuje pobrać od A. K. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łodzi kwotę 2.913, 28 (dwa tysiące dziewięćset trzydzieści i 28/100) złotych tytułem nieuiszczonej części wydatków od uwzględnionej części roszczenia.”

II. o ddala apelację pozwanego w całości;

III. z asądza od A. K. na rzecz W. Ł. kwotę 14.376 (czternaście tysięcy trzysta siedemdziesiąt sześć) złotych z tytułu zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt I ACa 925/15

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 30 marca 2015 r. Sąd Okręgowy w Łodzi, w sprawie z powództwa W. Ł. przeciwko A. K. o zapłatę, uchylił nakaz zapłaty tego Sądu z dnia 8 grudnia 2010 r. (sygn. akt X GNC 841/10) w części dotyczącej: kwoty 179.511,24 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 23 listopada 2010 r. do dnia zapłaty i w tym zakresie umorzył postępowanie i kwoty 339.599,85 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 23 listopada 2010 r. do dnia zapłaty i w tym zakresie oddalił powództwo; a ponadto chylił nakaz w części orzekającej o kosztach procesu i zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 16.758,18 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt 1); utrzymał w mocy przedmiotowy nakaz zapłaty w pozostałej części (pkt 2); nakazał pobrać z zaliczki uiszczonej przez powoda i zaksięgowanej w dniu 12 marca 2014 r. pod poz. (...)/ (...) na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łodzi kwotę 2.301,93 zł tytułem wydatków tymczasowo poniesionych w toku postępowania przez Skarb Państwa (pkt 3); nakazał pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łodzi kwotę 2.112,13 zł tytułem wydatków tymczasowo poniesionych w toku postępowania przez Skarb Państwa (pkt 4), a także nakazał zwrócić powodowi ze Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łodzi z zaliczki opisanej w punkcie 3 sentencji kwotę 323,37 zł tytułem nadwyżki zaliczki uiszczonej na poczet wydatków (pkt 5).

(wyrok – k. 1223 – 1223 verte)

Powyższe rozstrzygnięcie zostało wydane na podstawie ustaleń, które Sąd Apelacyjny w całości podzielił i przyjął za własne. Z ustaleń tych wynika, że w dniu 10 listopada 2009 r. powód, jako wykonawca i pozwany, jako inwestor zawarł umowę o roboty budowlane, której przedmiotem była budowa stacji diagnostycznej wraz z warsztatami w R. przy ul. (...), poprzez wykonanie prac budowlanych, przyłącza wodnego, drogi dojazdowej, ogrodzenia placu budowy, utwardzenia placu budowy, dostarczenia urządzeń specjalistycznych i wybudowania stacji diagnostycznej z warsztatami „pod klucz”. Wykonawca miał wykonać prace w oparciu o przygotowaną przez inwestora dokumentację techniczną stanowiącą załącznik nr 1 do umowy (§ 1). Strony postanowiły, że tytułem wynagrodzenia za wykonanie prac będących przedmiotem umowy inwestor zapłaci wykonawcy zgodnie z kosztorysem kwotę 2.574.227,41 zł netto. Ustalono następujące terminy płatności: czternaście dni od podpisania częściowego protokołu zdawczo – odbiorczego, końcowa kwota miała zostać wypłacona w terminie 14 dni od przekazania obiektu inwestorowi protokołem zdawczo – odbiorczym oraz po dostarczeniu kserokopii dziennika budowy, inwentaryzacji wykonanych prac budowlanych z naniesionymi zmianami w stosunku do projektu, protokołów odbioru: Straży Pożarnej, Sanepidu oraz innych odpowiednich instytucji i organów Państwa, geodezyjnego pomiaru powykonawczy (jeśli będzie konieczny) i po otrzymaniu przez inwestora należycie wystawionej faktury VAT (§ 2). Wykonawca zobowiązał się rozpocząć prace w dniu 25 listopada 2009 r. i miał zakończyć prace budowlane oraz przekazać obiekt w stanie „pod klucz” zgodnie z dokumentacją najpóźniej do dnia 30 czerwca 2010 r. (§ 3). Wykonawca miał wykonać prace z własnych materiałów i przy użyciu własnych maszyn, sprzętu, narzędzi i innych potrzebnych przyrządów. W przypadku prac podlegających zakryciu lub zanikających, wykonawca zobowiązany był poinformować w terminie 5 dni roboczych przed ich zakryciem w celu umożliwienia ich odbioru.

Niezgłoszone prace podlegające zakryciu lub zanikające nie mogły być rozliczone (§ 5). Wykonanie prac dodatkowych nieobjętych przedmiotem umowy mogło nastąpić wyłącznie po przedłożeniu przez wykonawcę zestawienia prac dodatkowych

i udzieleniu przez inwestora pisemnej zgody na ich realizację. Zestawienie, o którym mowa w zdaniu poprzednim, powinno zawierać wyszczególnienie prac dodatkowych wraz z określeniem kosztu ich wykonania oraz ewentualnego wpływu na zmianę terminu zakończenia prac. Strony postanowiły, że zmiana wynagrodzenia lub terminu zakończenia prac w związku z realizacją prac dodatkowych dokonana zostanie – w wysokości i na warunkach uzgodnionych przez strony – w formie aneksu do umowy (§ 6). Inwestorowi przysługiwało nieograniczone prawo do dokonania zmian, w tym wyłączeń albo ograniczeń poszczególnych pozycji objętych przedmiotem umowy. Wykonawcy, w przypadku dokonania takiej zmiany, nie przysługiwało prawo do ubiegania się

o odszkodowanie z tytułu utraconych korzyści, a jedynie prawo do zwrotu kosztów już poniesionych w związku z wykonywaniem danej pracy (§ 7). Zabezpieczeniem roszczeń wykonawcy wynikających z wykonania umowy był weksel własny in blanco wystawiony przez inwestora w dniu podpisania umowy (§ 10). Wszelkie zmiany umowy wymagały zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności (§ 11). Podstawą do ustalenia ryczałtowego wynagrodzenia wskazanego w umowie był kosztorys ofertowy sporządzony przez powoda.

W dniu 16 listopada 2009 r. strony zawarły aneks nr (...) do umowy. Zgodnie z jego treścią § 1 pkt 1 dotyczący przedmiotu umowy otrzymał następujące brzmienie: 1. Przedmiotem umowy o roboty budowlane jest budowa stacji diagnostycznej wraz z warsztatami i budynkiem socjalnym w R. przy ul. (...) poprzez przygotowanie terenu pod budowę, ogrodzenie terenu, wykonanie przyłącza wodnego, budowę kotłowni (...), drogi dojazdowej, utwardzenie placu budowy. Prace związane są z projektem pod nazwą: „Zwiększenie konkurencyjności i innowacyjności firmy (...) poprzez budowę i wyposażenie stacji diagnostyki pojazdowej do i powyżej 3,5 ton w innowacyjną linię diagnostyczną oraz nowoczesne wyposażenie warsztatu samochodowego”, realizowanego

w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa (...)

na lata 2007 - 2013, O. Priorytetowa III Gospodarka, innowacyjność, przedsiębiorczość, Działanie: III. 2 – Podnoszenie innowacyjności

i konkurencyjności przedsiębiorstw. Przepis § 2 dotyczący wynagrodzenia otrzymał następujące brzmienie: 1. Strony zmieniają kwotę wynagrodzenia za wykonanie prac będących przedmiotem umowy na kwotę netto: 1.713.360 zł plus VAT zgodnie ze złożoną ofertą na roboty budowlane. 2. Strony ustalają następujące terminy płatności: 14 dni od podpisania częściowego protokołu zdawczo – odbiorczego, końcowa kwota wypłacona zostanie w terminie 14 dni od dnia przekazania obiektu inwestorowi protokołem zdawczo – odbiorczym oraz dostarczeniu dziennika budowy. W § 3 pkt 2 otrzymał brzmienie: 1. Wykonawca zobowiązuje się zakończyć prace budowlane zgodnie z zakresem robót i przekazać obiekt zgodnie z dokumentacją najpóźniej do dnia 30 czerwca

2010 r. Jeżeli warunki atmosferyczne nie pozwolą na kontynuowanie prac termin zostanie przesunięty, co zostanie potwierdzone wpisem do dziennika budowy. W § 9 dotyczącym odpowiedzialności wykonawcy i gwarancji pkt 2 otrzymał następujące brzmienie: wykonawca udziela gwarancji co do należytego i zgodnego z umową wykonania prac, na okres 24 miesięcy, licząc od dnia podpisania protokołu zdawczo – odbiorczego. Pozostałe warunki umowy pozostały bez zmian. Postanowienia aneksu miały obowiązywać z dniem jego podpisania. Podstawą do ustalenia ryczałtowego wynagrodzenia wskazanego

w aneksie nr (...) był kosztorys ofertowy sporządzony przez powoda.

Realizacja robót miała miejsce od listopada 2009 r. Funkcje kierownika budowy powód powierzył R. A.. W związku z częściowym finansowaniem inwestycji z funduszy europejskich, po zrealizowaniu określonego etapu robót dokonywany był ich odbiór, na podstawie protokołu odbioru powód wystawiał faktury. Dokumenty te były następnie przysyłane do Centrum (...) w Ł. – instytucji zajmującej się kontrolą realizacji projektów, przy których wykorzystywano fundusze unijne. Po pozytywnej weryfikacji pozwany otrzymywał kolejne transze dofinansowania. W razie decyzji negatywnej dokumenty były zwracane pozwanemu, który przekazywał je powodowi celem dokonania poprawek.

Pozwany uścił na rzecz powoda należność za następujące faktury:

nr (...) z dnia 1 lipca 2010 r. w kwocie 999.489,10 zł brutto, nr (...) z dnia 17 marca 2010 r. w kwocie 627.428,58 zł brutto,

nr (...) z dnia 18 maja 2010 r. w kwocie 313.319,08 zł brutto. Łącznie 1.940.236,76 zł brutto (1.590.358 zł netto).

W trakcie prac doszło do zmian w stosunku do treści projektu podstawowego dotyczących kanału w warsztacie samochodowym w zakresie powierzchni, wymiarów, dodatkowych elementów takich, jak obramowanie kanału, wykończenia elementami ściennymi. W dniu 25 lutego 2010 r. powód zwrócił się do pozwanego o akceptację zmian co do robót budowlanych

w zakresie przeróbki konstrukcji stacji pojazdów, przeróbki i zmiany lokalizacji schodów wewnętrznych w budynku socjalnym i przeróbki kanału na części budynku przeznaczanego pod mechanikę pojazdową. Pozwany zaakceptował proponowane zmiany. Z uwagi na pojawienie się w trakcie realizacji prac konieczności wykonania robót nieprzewidzianych w umowie pierwotnej (zmienionej aneksem nr (...)) strony sporządziły dokument nazwany aneksem nr (...), w którym wyspecyfikowano roboty ogólnobudowlane – kanał warsztatu (roboty ziemne – wykopy, fundamenty – warstwa chudego betonu, warstwa płyty dennej kanału wraz ze zbrojeniem, ściany fundamentowe z bloczka betonowego, schody żelbetowe, stal – kątownik 30 x 30, izolacja – izolacje pionowe i poziome kanału, wykończenie kanału – płytki ścienne i podłogowe kanału) oraz inne (instalacje wewnętrzne przy (...), instalacja sprężonego powietrza, kamery, alarm, kabel zasilający na terenie działki – (...) 5 x 25, przyłączy wody na terenie działki, płytki ścienne i podłogowe kanału (...), ułożenie kostki betonowej na powierzchni utwardzonej tłuczniem, ułożenie krawężnika drogowego na drodze dojazdowej i terenie utwardzonym stacji). Wartość robót z aneksu nr (...) określono na kwotę 749.109,97zł netto. Termin zakończenia robót na mocy aneksu przesunięto na dzień 31 października 2010 r. Podpis pod treścią aneksu nr (...) w miejscu określonym „Podpis kierownika budowy” na pieczęci imiennie – firmowej (...) jest autentycznym podpisem i został nakreślony przez A. K..

Roboty związane z położeniem kostki o grubości 8 cm na drodze dojazdowej do drogi głównej i terenie placu manewrowego przed i za budynkiem wykonywane były w okresie czerwiec – lipiec 2010 r. Przed ułożeniem kostki zaistniała konieczność wybrania wysypanego w tym miejscu wcześniej tłucznia i pogłębienia koryta. Kabel zasilający do budynku stacji diagnostycznej został położony na odcinku ok. 150 m. Następnie położono energetyczny kabel zasilający (około 150 m) za budynek stacji w kierunku działki, na której pozwany zamierzał zbudować dom mieszkalny.

W dniu 28 września 2010 r. przy udziale stron, inspektora nadzoru ze strony pozwanego – M. D. oraz kierownika budowy ze strony powoda – R. A. doszło do spotkania na placu przedmiotowej budowy, którego celem było odebranie robót. W notatce służbowej podpisanej przez wymienionych uczestników spotkania stwierdzono występowanie następujących wad i usterek: a) na placu – brak odwodnienia liniowego z prawej strony budynku, brak separatora węglowodorów i osadnika, uszkodzone dwa słupki w ogrodzeniu, brak podmurówki w ogrodzeniu frontowym, za wysoko umieszczona pokrywa (dekiel) studzienki kanalizacyjnej, utrudnienie dostępu do szamba ekologicznego; b) w budynku biura i socjalnym: brak tynku na kominie, nierówności na posadzce z płytek (w szatni), brak poręczy i barierki schodów;

c) budynek stacji kontroli pojazdów: nierówne zamki płyty dachowej, prześwity przy połączeniu płyty ściennej i dachowej, nierówne płytki na posadzce,

brak kratki na otworach wentylacyjnych ((...)), odwodnienie kubelkowe, nierówności płytek na ścianach kanału (...), brak lamp zabezpieczonych, przeciwwybuchowych i uderzeniowych (kanał), brak czujników gazowych (kanał), wymagające poprawy obróbki parapetów, przeciekająca płyta dachowa nad umywalką, podmywane wrota wjazdowe i wyjazdowe, brak anty poślizgów na stopniach kanału. W trakcie tych czynności inspektor nadzoru zażądał od kierownika budowy przekazania dowodów zakupu, atestów i gwarancji producenta na wszystkie materiały i urządzenia wbudowane, których nie przedstawiono. Ponadto zażądał przekazania decyzji odbiorowych Straży Pożarnej, Sanepidu, Ochrony (...) i Państwowej Inspekcji i Pracy.

W związku z występującymi wadami i usterekami inspektor nadzoru oświadczył, że budynek nie nadaje się do odbioru i przesunął jego odbiór na 10 października 2010 r.

W dniu 29 września 2010 r. powód wystosował do pozwanego pismo, w którym stwierdził, że w związku z notatką służbową spisaną w dniu 28 września 2010 r., przedkłada dokumenty na wbudowane materiały budowlane oraz zamontowane urządzenia. Poinformował, że zgodnie z § 2 pkt 2 aneksu nr (...) do umowy z 10 listopada 2009 r. wykonawca nie został zobowiązany do dostarczenia protokołów odbiorowych przez służby Państwowej Inspekcji Pracy, Państwowej Straży Pożarnej, Inspekcji Sanitarnej, Inspekcji Ochrony Środowiska, (...). W nawiązaniu do punktów z oględzin budynku zapisanych w notatce poinformował, że zakres robót oraz dokumentacja techniczna przekazana wykonawcy nie uwzględniała wykonania odwodnienia terenu utwardzonego wraz z zamontowaniem osadnika i separatora węglowodorów oraz podmurówki ogrodzenia frontowego, w związku z powyższym te roboty nie zostały wykonane. Na bazie szkicu lokalizacji separatora węglowodorów wraz z instalacją odwodnienia liniowego otrzymanego w dniu 28 września 2010 r. nie jest możliwe wykonanie tych robót dodatkowych, w związku z powyższym odmówił ich wykonania. Uszkodzenia w ogrodzeniu betonowym, tj. słupki ogrodzeniowe oraz wąż studzienki rewizyjnej kanalizacji sanitarnej zostaną naprawione i doprowadzone do stanu zgodnie ze sztuką budowlaną, szambo ekologiczne zostało zamontowane i podłączone do instalacji kanalizacji sanitarnej zgodnie z wytycznymi producenta. Zakres robót, kosztorys oraz dokumentacja techniczna przekazana wykonawcy nie uwzględniała wykonania tynku na kominie oraz barierki na schodach w części socjalnej. Komin został wykonany zgodnie ze sztuką budowlaną i nie wymaga otynkowania. W zakresie robót posadzkarskich, roboty zostały wykonane i odebrane protokołem odbioru z dnia 30 czerwca 2010 r. Odnośnie nierówności na powierzchni podłogi w szatni zaproponowano obniżenie wynagrodzenia o kwotę 400 zł. Usterki na połączeniach płyt dachowych (zamki), prześwity przy połączeniu płyty ściennej z dachową, obróbki zewnętrznych parapetów, przeciek nad umywalką w części warsztatu miały zostać usunięte w ramach gwarancji. Brakujące kratki w kanałach przy instalacji wyciągowej i nawiewnej oraz przy odwodnieniach kubelkowych miały zostać zamontowane w terminie 2 dni. Nierówności na okładzinach z płytek ceramicznych w kanale (...) miały zostać usunięte w terminie 7 dni. Lampy przeciwybuchowe i odporne na uderzenia w kanałach miały zostać zamontowane zgodnie z przepisami bezpieczeństwa w terminie 7 dni. Czujniki gazu w kanałach nie były ujęte w zakresie robót oraz kosztorysie. Taśma antypoślizgowa na schodach w kanałach miała zostać zamontowana w terminie 3 dni. W zakresie podmywania bram wjazdowych i wyjazdowych w części warsztatu zaproponowano wykonanie progów na szerokości ok. 30 cm i wysokości do 10 mm (technologia do uzgodnienia) lub wykonanie nacięcia posadzki na szerokość bram wjazdowych i wyjazdowych przed uszczelką po stronie zewnętrznej wraz z nacięciami prostopadłymi w kierunku kostki betonowej.

Próba odbioru robót podjęta w dniu 10 października 2012 r. zakończyła się niepowodzeniem. A. K. odmówił podpisania protokołu zdawczego, nie przyjął atestów, protokołów odbioru i dziennika budowy. Oświadczenie w tym zakresie podpisał powód i kierownik budowy – R. A.. Podobnie nieudana była próba odbioru końcowego inwestycji podjęta w dniu 21 października 2010 r. Wykonawca przedstawił wtedy pozwanemu atesty na materiały budowlane i wbudowane urządzenia oraz dokumentację wymienioną w protokole zdawczo – odbiorczym dokumentacji. Inwestor nie przystąpił do odbioru, podnosząc brak dokumentów odbiorowych z Państwowej Inspekcji Pracy, Państwowej Straży Pożarnej, Sanepidu, Inspekcji Ochrony Środowiska oraz inwentaryzacji powykonawczej geodezyjnej. Inwestor wyznaczył następny termin odbioru na dzień 8 listopada 2010 r., na godz. 10.00. W trakcie tego spotkania W. Ł. przedłożył pozwanemu „protokół różnic” sporządzony z uwagi na zmiany w projekcie, pominięcie w związku z tym części robót z umowy pierwotnej i wykonanie w to miejsce innych robót. W trakcie spotkania R. A. zrezygnował z pełnienia funkcji kierownika budowy. Pozwany odmówił podpisania tego dokumentu oraz odbioru dokumentacji wymienionej w protokole zdawczo – odbiorczym.

W dniu 20 października 2010 r. powód sporządził protokół na okoliczność usunięcia nieprawidłowości stwierdzonych w notatce służbowej z dnia 28 września 2010 r. W wykazie usuniętych nieprawidłowości wskazano, że wymieniono dwa uszkodzone słupki betonowe w ogrodzeniu, poprawiono obróbki parapetów okien zewnętrznych warsztatu, wyregulowano wąż

studzienki rewizyjnej kanalizacji sanitarnej, poprawiono dostęp do wjazdu szamba ekologicznego, zlikwidowano nierówności na płytkach podłogowych

w pomieszczeniu szatni, poprawiono i uszczelniono połączenia płyt dachowych (zamki), uszczelniono połączenie płyty dachowej z płytą ścienną, zlikwidowano nierówności na posadzce w pomieszczeniu (...), zamontowano kratki na otworach wentylacyjnych w kanałach (...) i warsztatu, zamontowano kratki na otworach w odwodnieniu kubelkowym kanału i warsztatu, wymieniono

160 sztuk płytek w kanale (...) i 10 sztuk płytek w kanale warsztatu, wymieniono lampy oświetlenia kanałów (...) i warsztatu na lampy z oprawami przeciwwybuchowymi, zamontowano czujniki gazowe (3 sztuk) w pomieszczeniu (...), zlikwidowano podmywanie bram wjazdowych i bramy wjazdowej poprzez wycięcie części posadzki przy bramach i wbudowanie kostki brukowej ze spadkiem. Protokół podpisali powód oraz R. A..

W związku z robotami przewidzianymi w aneksie nr (...) powód sporządził protokół zdawczo – odbiorczy robót ze wskazaną wartością 644.895,33 zł netto. Protokół został podpisany przez powoda i kierownika budowy

R. A.. Pozwany nie podpisał protokołu. W oparciu o ten protokół powód wystawił fakturę nr (...) z dnia 18 października 2010 r. na kwotę 786.772,30 zł brutto (644.895,33 zł netto) z terminem zapłaty do dnia 4 listopada 2010 r. Z uwagi na zmiany w projekcie, pominięcie w związku z tym części robót z umowy pierwotnej (zmienionej aneksem nr (...)) i wykonanie w to miejsce innych robót, powód sporządził w dniu 29 września 2010 r. wspomniany już wcześniej dokument zatytułowany „Protokół różnic”. Kwota różnicy została określona na 49.062,85 zł netto. Protokół został podpisany przez powoda i kierownika budowy R. A.. Pozwany nie podpisał protokołu. W oparciu o ten protokół powód wystawił fakturę nr (...) z dnia 21 października 2010 r. na kwotę 58.636,68 zł brutto (48.062,85 zł netto) z terminem zapłaty do dnia 4 listopada 2010 r. Z tytułu reszty wynagrodzenia ryczałtowego określonego w umowie pierwotnej, zmienionej aneksem nr (...), za wykonanie ogrzewania i wentylacji oraz instalacji elektrycznej powód wystawił fakturę nr (...) z dnia

18 października 2010 r. na kwotę 150.062,44 zł brutto (123.002 zł netto)

z terminem zapłaty do dnia 4 listopada 2010 r. Podstawą do wystawienia faktury był protokół zdawczo – odbiorczy robót ze wskazaną wartością robót 123.002 zł netto. Protokół został podpisany przez powoda i kierownika budowy R. A.. Pozwany nie podpisał protokołu. Faktury nr (...) zostały przesłane przez W. Ł. A. K. w dniu 21 października 2010 r. listem poleconym.

W dniu 8 listopada 2010 r. A. K. wraz z inspektorem nadzoru M. D. oraz pełnomocnikiem radcą prawnym U. K. przystąpił do odbioru wykonanych robót. Powód pomimo wcześniejszego powiadomienia o terminie odbioru nie stawił się na miejsce czynności. Odbiór miał charakter jednostronny. W protokole odbioru wymieniono szereg występujących wad i usterek. W treści protokołu odbioru znalazł się zapis o wyznaczeniu wykonawcy 5 dniowego terminu do rozpoczęcia prac mających na celu usunięcie występujących wad. Brak dowodu na doręczenie dokumentu protokołu odbioru W. Ł.. W dniu 2 listopada 2010 r. Państwowa Inspekcja Pracy przeprowadziła kontrolę inwestycji, stwierdzając zastosowanie płytek o śliskiej powierzchni, zainstalowanie złych drzwi w kotłowni, ułożenie przewodów elektrycznych bezpośrednio na stalowych płatwiach konstrukcji dachu, brak barierek ochronnych przy schodach. W decyzji Państwowego Inspektora Sanitarnego w R. z dnia

5 listopada 2010 r. stwierdzono w stacji kontroli pojazdów pozwanego brak separatorów węglowodorów ropopochodnych.

W dniu 11 listopada 2010 r. powód przesłał pozwanemu pismo zawiadamiające o wypełnieniu wystawionego przez A. K. weksla

in blanco na kwotę 995.471,42 zł z terminem płatności wyznaczonym na

dzień 22 listopada 2010 r. Wezwano do wykupu weksla w terminie 2 dni od doręczenia pisma. Pismo doręczono pozwanemu w dniu 12 listopada 2010 r. W dniu 2 grudnia 2010 r. obowiązki kierownika budowy przejął dotychczasowy inspektor nadzoru – M. D.. Począwszy od listopada 2010 r. na zlecenie pozwanego firmy trzecie wykonały następujące prace: położenie posadzki żywicznej w stacji kontroli pojazdów, zamontowanie zbiornika betonowego na deszczówkę, montaż separatorów koalescencyjnych, podłączenie nagrzewnicy c.o., podłączenie instalacji sprężonego powietrza.

Sąd a quo za biegłym sądowym z zakresu budownictwa ustalił występowanie – szczegółowo opisanych w uzasadnieniu wyroku – wad i usterek. Ponadto przyjął, że obie strony nie były przygotowane do prowadzenia procesu inwestycyjnego pod nazwą „Budowa (...) wraz z warsztatem”. Powód nie dysponował odpowiednią dokumentacją projektową, odpowiednią wiedzą techniczną, dotyczącą realizacji i wymagań specyficznej budowy, jaką jest stacja kontroli pojazdów i warsztat naprawy pojazdów. Powód oraz kierownik budowy wykonywali prace i dokonywali zmian, do których nie byli uprawnieni. Prace budowlane i instalacyjne wykonano bez właściwych projektów i zgodności z przepisami i wymogami technicznymi prac. Kierownik budowy dokonując zmian i wykonując prace według własnych rozwiązań, bierze całkowitą odpowiedzialność za ich prawidłowość i zgodność z przepisami. Kierownik budowy sam projektuje elementy np. konstrukcji - strop nad parterem w budynku socjalnym, schody żelbetowe, zmienia układ warstw posadzek. Brak jest projektów powykonawczych wszystkich prac budowlanych, instalacyjnych elektrycznych, wod - kan, c.o. i kotłowni, ścieków sanitarnych i przemysłowych, instalacji zewnętrznych i terenu. Brak właściwego nadzoru nad pracami. Brak właściwych wykonawców poszczególnych prac. Jakość wykonanych prac jest poniżej średniej. Pozwany nie dysponował projektem wykonawczym prac budowlanych, projektem wykonawczym instalacji wewnętrznych: elektrycznej podstawowej i specjalistycznej, centralnego ogrzewania, ciepłej wody użytkowej oraz kotłowni, wodno - kanalizacyjnej, innych instalacji, projektem wykonawczym instalacji i przyłączy zewnętrznych: przyłączy i linie energetyczne, przyłączy i trasy wodociągowe, odprowadzenie i trasy ścieków sanitarnych bytowych, odprowadzenia i zabezpieczenia ścieków i odpadów ropopochodnych przemysłowych, projektem zagospodarowania terenu z rzędnymi wysokościowymi i tzw. zerem budynku. Projekt budowlany z 2008 r. był tylko załącznikiem do decyzji o pozwoleniu na budowę, czy tylko bardzo ogólną koncepcją przyszłej budowy oraz zawierał szereg nieścisłości już na tym etapie i nie był kompletny co do branż i wymagań specjalnych. Podobnie projekt z 2010 r. Sporządzony przedmiar i kosztorys inwestorski, a następnie kosztorys ślepy do ofertowania, nie zawierały wszystkich elementów związanych z realizacją budowy, a tym samym wprowadzały w błąd potencjalnych wykonawców.

Dalej Sąd I instancji ustalił, że wartość robót wykonanych przez powoda przewidzianych w aneksie nr (...) wynosi 1.513.823,45 zł netto, zaś wartość wykonanych robót wskazanych w protokole różnic to 105.789,93 zł netto. Wyliczenia tych wartości dokonano po skorygowaniu z natury przedmiarów (kosztorys inwestorski zawierał w tym zakresie błędy w odniesieniu do prac przygotowawczych i ziemnych – zakres i technologia wykonania) i cen jednostkowych. Prace niewykonane z protokołu różnic zostały odjęte z przedmiarów. Wartość robót wykonanych w oparciu o aneks nr (...) wyraża się kwotą 624.342,85 zł netto. Prace z aneksu nr (...) i protokołu różnic nie są pracami dodatkowymi w pełnym znaczeniu tego słowa, a są pracami, które były konieczne do wykonania całości inwestycji (wynikają z błędnych i niepełnych założeń przyjętych przy szacowaniu kosztów inwestycji). Dane wyjściowe do „umowy pod klucz” były niepełne, niedopracowane w szczegółach technicznych i rozwiązaniach projektowych, brak było projektów wykonawczych, nie uwzględniały specyficznego i złożonego charakteru całej inwestycji (brak projektów wykonawczych we wszystkich branżach w zakresie wewnątrz i na zewnątrz). Strony nie były przygotowane do realizacji takiej umowy.

Wady stwierdzone podczas wizji lokalnych co do zakresu pokrywają się pod względem technicznym z wadami wskazywanymi wcześniej przez pozwanego (większość wad ma charakter trwały i nie nadaje się do usunięcia: konstrukcja warstwy posadzek w (...) i warsztacie). Do ewentualnego usunięcia można zakwalifikować wady związane z uszczelnieniem połączeń dachowych i ściennych, poprawą obróbek i rynien, wykonaniem prawidłowego koryta i obróbki na dachu przy budynku socjalnym, poprawą mocowania płyt dachowych i ściennych, oczyszczeniem płyt ściennych warstwowych z farby, naprawą parapetów, poprawą osadzenia stolarki i związanymi z tym pracami uzupełniającymi, naprawą ogrodzenia z paneli, naprawą ogrodzenia z płyt betonowych. Szczegółowy zakres prac naprawczych wymaga bardzo dokładnego podejścia do każdej wady, określenie kosztów ich usunięcia jest obciążone dużym błędem rachunkowym. Wady prac wykonanych przez powoda wynikają z braku jednoznacznych rozwiązań projektowych wykonawczych, braku nadzoru

i koordynacji prac oraz po przyjęciu przez powoda danej wersji instalacji – właściwego ich realizowania oraz niskich kwalifikacji pracowników poszczególnych branż. Wartość prac naprawczych związanych z wadami usuwalnymi i nieusuwalnymi obliczona szacunkowo wynosi 202.871,33 zł netto.

W świetle poczynionych ustaleń faktycznych Sąd Okręgowy uznał, że strony łączyła uregulowana w art. 647 k.c. umowa o roboty budowlane. Strony łączyła umowa podstawowa z dnia 10 listopada 2009 r., w brzmieniu nadanym aneksem nr (...) z dnia 16 listopada 2009 r. W umowie tej przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie robót przewidzianych umową w kwocie 1.713.360 zł netto. W ocenie Sądu a quo w skład robót wykonanych przez powoda i podpadających pod wynagrodzenie ryczałtowe określone w umowie podstawowej, wchodziły roboty z aneksu nr (...) o wartości 1.513.823,45 zł netto oraz roboty wskazane w protokole różnic (zmiana projektu w trakcie realizacji inwestycji, niewykonanie części robót przewidzianych w umowie i wykonanie w to miejsce innych robót zamiennych) o wartości 105.789,93 zł netto. Łącznie daje to sumę 1.619.613,38 zł netto, czyli wartość niższą niż ryczałt przewidziany w umowie (1.713.360 zł netto). Wartość robót wykonanych na podstawie aneksu nr (...) i przewidzianych w protokole różnic została skorygowana z uwagi na błędy w zakresie obmiarów w kosztorysie będącym podstawą ustalenia wynagrodzenia w aneksie nr (...) (biegły dokonywał obmiarów z natury) oraz odjęcie wartości robót niewykonanych. Powód z tego tytułu (wynagrodzenie za prace z aneksu nr (...) oraz z protokołu różnic) dochodzi kwot: 123.002 zł netto (faktura nr (...)) – jako reszty wynagrodzenia określonego w aneksie nr (...) oraz 48.062,85 zł netto (faktura nr (...)) – wynagrodzenie za prace z protokołu różnic.

W zakresie wynagrodzenia za roboty objęte aneksem nr (...), to Sąd Okręgowy ocenił, że aneks ten spełnia wymagania określone w § 6 umowy podstawowej. Wartość robót wykonanych w oparciu o aneks nr (...) została wyliczona przez biegłego na kwotę 624.342,85 zł (korekta obmiarów, odjęcie robót niewykonanych). Powód z tytułu robót wykonanych w oparciu o aneks nr (...) dochodzi w postępowaniu niniejszym kwoty 644.895,33 zł netto (faktura nr (...)).

Powód dochodzi należności na podstawie weksla własnego in blanco wystawionego przez pozwanego. Prawidłowe wniesienie przez pozwanego zarzutów od nakazu zapłaty spowodowało przeniesienie sporu na grunt stosunku podstawowego łączącego strony, czyli umowy o roboty budowlane. Zdaniem Sądu a quo powód przedstawił weksel własny wystawiony przez pozwanego, prawidłowo uzupełniony pod względem formy. A zatem to na pozwanym spoczywał ciężar wykazania faktów niweczących roszczenie powoda. Pozwany oparł swą obronę przed żądaniem powoda na konstrukcji rękojmi za wady dzieła (art. 637 k.c. w zw. z art. 656 k.c.). Pozwany w zarzutach od nakazu zapłaty podniósł występowanie w wykonanych przez powoda pracach szeregu wad, z powodu których domagał się obniżenia należnego powodowi wynagrodzenia. Aby skutecznie dochodzić roszczenia o obniżenie wynagrodzenia, zlecający wykonanie dzieła (określonych robót budowlanych) winien dochować aktów staranności, tzn. notyfikować wady wykonawcy robót niezwłocznie po ich dostrzeżeniu i zgłosić żądanie ich usunięcia (w wypadku wad usuwalnych), wyznaczając w tym celu wykonawcy odpowiedni termin (art. 656 k.c. w zw. z art. 638 k.c. i art. 563 § 2 k.c.) Co oczywiście realizacja uprawnień może nastąpić, jeśli wady ujawniły się w ciągu terminu określonego w art. 568 § 1 k.c. (stosowanego odpowiednio w oparciu o art. 656 k.c. w zw. z art. 638 k.c.).

Strony nie sporządziły, pomimo podejmowanych prób, protokołu odbioru wykonanych robót, jako całości. Powód nie wykonywał już robót na przedmiotowej inwestycji po październiku 2010 r. Ostatnim dokumentem, który strony wspólnie podpisały była notatka z dnia 28 września 2010 r. z wyliczonymi wadami i usterkami robót (k. 64 – 65). Powód został wezwany do usunięcia tych wad w terminie do dnia 10 października 2010 r. (przesunięcie terminu odbioru). Katalog wad wymienionych we wspomianej notatce generalnie pokrywa się z wyliczeniem wad w treści zarzutów od nakazu zapłaty (k. 295 – 296), które to pismo złożono do Sądu w dniu 22 grudnia 2010 r. i doręczono pełnomocnikowi pozwanego w dniu 12 stycznia 2011 r. Jedynie w zakresie tych wad można uznać, że nastąpiła terminowa ich notyfikacja z udzieleniem wykonawcy terminu do ich usunięcia. Inne wady nie zostały skutecznie zgłoszone i roszczenie o obniżenie wynagrodzenia nie może być w stosunku do nich realizowane.

Wyliczenie kosztów prac naprawczych dokonane przez biegłego

K. Ś. odnosi się do wszystkich wad występujących

w przedmiotowej inwestycji, tak zgłoszonych przez pozwanego powodowi, jak

i niezgłoszonych. Wartość ta obliczona szacunkowo wynosi 202.871,33 zł netto. Z kwoty tej, w ocenie Sądu I instancji, odliczyć należy koszty usunięcia wad, które nie zostały notyfikowane przez pozwanego, których koszt usunięcia wynosi 86.872,75 zł netto (pozycje lp. 4 – 8.387,36 zł, lp. 30 – 570 zł, lp. 31 – 720 zł z kolumny prawej – kolor zielony (odnoszące się do aneksu nr (...)), załącznika nr 5 do opinii podstawowej biegłego K. Ś.; pozycje lp. 10 – 7.000 zł, lp. 19 – 60.575,39 zł – z kolumny prawej – kolor zielony (odnoszące się do aneksu nr (...)), załącznika nr 5 do opinii podstawowej biegłego K. Ś.; pozycje lp. 4 – 440 zł, lp. 6 – 9.180 zł (odnoszące się do protokołu różnic), załącznika nr 5 do opinii podstawowej biegłego K. Ś.). A zatem wartość, o jaką winno być obniżone wynagrodzenie powoda wynosi 115.998,58 zł netto (202.871,33 zł minus 86.872,36 zł).

Podsumowując wartość robót wykonanych przez powoda wynosi łącznie 2.243.956,23 zł netto (1.513.823,45 zł – aneks nr (...), 105.789,93 zł – protokół różnic, 624.342,85 zł – aneks nr (...)). Po odjęciu od tej kwoty wartości kosztów usunięcia skutecznie zgłoszonych wad (115.998,58 zł netto) oraz kwoty niespornie zapłaconej do tej pory za roboty przez pozwanego (1.590.358 zł netto), otrzymujemy wartość 537.599,65 zł netto jako podlegające zapłacie wynagrodzenie. Po powiększeniu o stawkę podatku VAT obowiązującą w chwili realizacji robót (22 %) daje to kwotę 655.871,57 zł brutto.

Z uwagi na okoliczność, że powód cofnął pozew ze zrzeczeniem się roszczenia w zakresie kwoty 179.511,24 zł Sąd Okręgowy pomniejszył wyliczone wynagrodzenie o tę kwotę, co dało sumę 476.360,33 zł.

Wziąwszy pod uwagę treść przepisu art. 496 k.p.c., wydany nakaz zapłaty podlegał zatem uchyleniu co do kwoty 179.511,24 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 23 listopada 2010 r. do dnia zapłaty i w tym zakresie postępowanie w sprawie umorzono (art. 203 § 1 k.p.c. w zw. z art. 479 13a § 1 k.p.c. i art. 355 § 1 k.p.c.), a nadto co do kwoty 339.599,85 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 23 listopada 2010 r. do dnia zapłaty i w tym zakresie powództwo oddalono jako bezzasadne. W pozostałym zakresie (476.360,33 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 23 listopada 2010 r. do dnia zapłaty) nakaz zapłaty utrzymano w mocy. O należnych odsetkach orzeczono w oparciu o przepis art. 481 § 1 k.c.

Powód utrzymał się z żądaniem w 47,85 %, a więc koszty procesu zostały stosunkowo rozdzielone (art. 100 k.p.c.). Łącznie koszty procesu poniesione przez obie strony wyniosły 91.838,70 zł. Z tego 31.135,70 zł to koszty powoda (opłata od pozwu – 12.444 zł, opłata skarbową od pełnomocnictwa - 17 zł, wynagrodzenie pełnomocnika w postępowaniu zażaleniowym – 3.600 zł, wydatki na biegłego – 2.500 zł + 4.938 zł + 300 zł + 136,70 zł, wynagrodzenie pełnomocnika - 7.200 zł), natomiast 60.703 zł to koszty strony pozwanej (opłata od zarzutów – 37.331 zł, opłata skarbową od pełnomocnictwa – 17 zł, opłata od wniosku o uchylenie zabezpieczenia – 100 zł, opłata od zażalenia – 9.955 zł, wynagrodzenie pełnomocnika w postępowaniu zażaleniowym – 3.600 zł, wydatki na biegłego – 2.500 zł, wynagrodzenie pełnomocnika - 7.200 zł). Po zestawieniu tego z wynikiem w jakim strony utrzymały się ze swymi stanowiskami procesowymi, pozwanemu zasądzono od powoda kwotę 16.758,18 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, uchylając w tym zakresie rozstrzygnięcie zawarte w nakazie zapłaty.

Na zasadzie art. 113 ust. 1 u.o.k.s.c. nakazano pobrać od każdej ze stron, przy zastosowaniu proporcji w jakich każda z nich utrzymała się ze swym stanowiskiem, na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łodzi, koszty związane z wydatkami w toku postępowania poniesionymi tymczasowo przez Skarb Państwa (stawiennictwo świadków, opinie biegłych), które łącznie wyniosły 4.414,06 zł (od powoda – 2.301,93 zł, od pozwanego – 2.112,13 zł).

Na podstawie art. 80 ust. 1 u.o.k.s.c. zarządzono zwrot na rzecz powoda nadpłaconych zaliczek związanych z wydatkami w toku postępowania (323,37 zł).

(uzasadnienie zaskarżonego wyroku – k. 1233 – 1246 verte)

Apelacje od wyroku Sądu Okręgowego wywiiodły obie strony, przy czym powód zaskarżył wyrok w części dotyczącej pkt. 1 i 3, zaś pozwany

w zakresie pkt. 2, 4 i 1 w części orzekającej o kosztach procesu.

Powód zawarł w apelacji zarzuty naruszenia przepisów prawa procesowego, tj.:

- art. 233 k.p.c. przez błąd w ustaleniach faktycznych i przyjęcie, że należne powodowi wynagrodzenie udowodnione i wykazane w toku procesu

w kwocie 665.871,57 zł należy pomniejszyć o kwotę 179.511,24 zł tylko z tej przyczyny, że powód dochodzący pierwotnie wyższej kwoty, tj. 995.471,42 zł cofnął powództwo w zakresie 179.511,24 zł, kształtując ostatecznie wartość przedmiotu sporu na kwotę 815.960,18 zł (995.471,42 - 179.511,24), podczas gdy kwota 179.511,24 zł nie pomniejsza wynagrodzenia powoda, bowiem udowodnione co do zasady i wysokości wynagrodzenie z tytułu wykonanych robót budowlanych, wynoszące 665.871,57 zł, okazało się – wobec opinii biegłego i akceptującego jej wyniku Sądu - niższe od ostatecznie dochodzonej sumy 815.960,18 zł, a powód nie zrezygnował z dochodzenia żadnej należności niższej od 815.960,15 zł, zaś co do cofniętej kwoty 179.511,24 zł nastąpiło już uprzednie umorzenie postępowania;

- art. 496 w zw. z art. 355 § 1 k.p.c. poprzez orzekanie co do meritum i oddalenie powództwa w zakresie kwoty, co do której pozew został cofnięty i w rezultacie tego nastąpiło umorzenie postępowania;

- art. 328 § 1 k.p.c. poprzez nie wyjaśnienie w podstawie faktycznej rozstrzygnięcia przyczyn pomniejszenia wykazanej przez powoda kwoty należnego mu wynagrodzenia w wysokości 655.871,57 zł o dalszą kwotę 179.511,24 zł, co do której uprzednio umorzono postępowanie.

W konkluzji powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez utrzymanie w mocy przedmiotowego nakazu zapłaty także co do dalszej kwoty 179.511,24 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 23 listopada 2010 r. do dnia zapłaty ponad kwotę utrzymaną w mocy oraz o odpowiednie rozdzielenie kosztów procesu z uwzględnieniem tego, że powód ostatecznie wygrał sprawę w 65,9%, a także o zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego wg norm przepisanych.

(apelacja powoda – k. 1252 – 1254)

Pozwany zaskarżonemu wyrokowi zarzucił natomiast:

1. naruszenie przepisów postępowania, tj.:

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego sprawy, a tym samym przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i całkowicie dowolne przyjęcie, że strony niniejszego postępowania zawarły aneks nr (...) na wykonanie dodatkowych robót budowlanych, podczas gdy z materiału dowodowego sprawy wynika, że pozwany nigdy świadomie by takiego aneksu nie zawarł, co potwierdzają następujące okoliczności:

a) pozwany od samego początku powzięcia wiadomości o istnieniu rzekomego aneksu nr (...) kwestionował wyrażenie zgody na jego zawarcie,

b) oferta złożona przez powoda obejmowała swoim zakresem budowę hali ((...), warsztat, ekologiczna kotłownia), zatem obejmowała wszystkie roboty niezbędne dla wykonania tego zamówienia, w tym objęte rzekomym aneksem nr 2, które należą w tym przypadku do robót podstawowych, a nie dodatkowych,

c) wartość robót z aneksu nr (...) została określona jako 1/3 wartości całego zamówienia, co przeczy uznaniu tych robót jako dodatkowe,

d) pozwany nie miał środków pieniężnych na wynagrodzenie za wykonanie robót z aneksu nr (...), gdyż budowa (...) była finansowana ze środków unijnych oraz z kredytu bankowego,

e) aneks nr (...) nie został nigdy zgłoszony do instytucji finansującej realizację budowy (...), podczas gdy każda zmiana umowy stron niniejszego postępowania wymagała zgody tej instytucji,

f) aneks nr (...) nie odpowiada szatą graficzną poprzedniemu aneksowi - nr 1, który strony zawarły, jak też nie zawiera podstawowych zapisów, jakie standardowo strony wprowadzają podczas zmiany umowy,

g) szata graficzna rzekomego aneksu nr (...) odpowiada szacie graficznej standardowych załączników do wystawianych przez powoda faktur, które następnie były składane do instytucji finansującej, nazwa aneksu nr (...) została dopisana ręcznie, tak jak pozostałe warunki zmian, które zostały dopisane drobnym pismem, tak by zmieściły się pomiędzy tabelką a podpisami stron,

a podpis pozwanego znajduje się w miejscu podpisu kierownika budowy, tj.

w miejscu podpisu inwestora na załącznikach do faktur, co świadczy o tym, że powód składając podpis na tym dokumencie był przekonany o podpisywaniu załącznika do faktury a nie zmian do umowy, a wszystkie ręczne dopiski zostały umieszczone po podpisaniu dokumentu przez pozwanego,

h) na aneksie nr (...) nie ma daty ani miejsca jego sporządzenia,

i) aneks nr (...) został ujawniony po raz pierwszy dopiero pod koniec października 2010 r., podczas gdy powód twierdzi, że został zawarty w marcu lub kwietniu,

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego sprawy, a tym samym przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i całkowicie dowolne przyjęcie, że pozwany nie notyfikował powodowi wszystkich wad, na których istnienie wskazał biegły, podczas gdy pozwany wielokrotnie i w różnych dokumentach skierowanych do powoda, zarówno przed wytoczeniem powództwa, jak i w toku procesu zgłosił wszystkie wady powodowi,

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego sprawy, a tym samym przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i dowolne przyjęcie, że biegły K. Ś. (2) prawidłowo obliczył kwoty, o jakie winno być obniżone wynagrodzenie dla powoda z uwagi na wady wykonanych robót, podczas gdy biegły ustalił te kwoty w sposób nieweryfikowalny, którego nie wyjaśnił ani w opinii pisemnej, ani ustnej, a przy tym przyznał, że są one obciążone dużym błędem rachunkowym,

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego sprawy, a tym samym przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i dowolne przyjęcie, że wszystkie roboty z rzekomego aneksu nr (...) zostały wykonane i powinny być uwzględnione w wynagrodzeniu należnym powodowi, pomimo braku jakiegokolwiek dowodu na ułożenie kabla zasilającego, czy też wykonania przyłącza wody przez pozwanego, a nie przez powoda, nie wyjaśnienie co oznacza pojęcie „wykonanie instalacji wewnętrznych”,

- art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wskazania przyczyn, dla których wielu dowodom Sąd odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, wskutek czego zaskarżone orzeczenie uchyla się kontroli,

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

- art. 656 k.c. w zw. z art. 638 k.c. w zw. z art. 563 § 2 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że pozwany utracił uprawnienia z rękojmi

wskutek nie zawiadomienia powoda o wadach niezwłocznie, podczas gdy

w niniejszej sprawie na podstawie art. 51 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. Prawa konsumenta (Dz. U. z 2014 r., poz. 827) zastosowanie winny znaleźć przepisy obowiązujące w dacie zawarcia umowy pomiędzy powodem a pozwanym,

tj. przepisy art. 656 k.c. w zw. z art. 637 k.c., zgodnie z którymi pozwany miał prawo do żądania obniżenia ceny w stosunku do wszystkich wskazanych

przez niego wad, wymienionych w opinii przez biegłego oraz do obniżenia wynagrodzenia o wartość wad już usuniętych z uwagi na konieczność uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu,

- art. 65 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji uznanie, że strony dokonały zmiany pierwotnej umowy aneksem nr (...), podczas gdy takie ustalenie stoi w sprzeczności z zamiarem stron, a przede wszystkim z celem umowy pierwotnej i aneksu nr (...).

Niezależnie od powyższego pozwany w trybie art. 380 k.p.c. wniósł o rozpoznanie niepodlegających zaskarżeniu w drodze zażalenia, a mających istotny wpływ na wynik sprawy:

I. postanowień Sądu I instancji wydanych na rozprawie w dniu 12 stycznia 2015 r. oraz w dniu 16 marca 2015 r. w przedmiocie:

1. oddalenia wniosku pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii uzupełniającej biegłego z dziedziny budownictwa mgr inż. K. Ś. (2) celem wypowiedzenia się, jaki jest koszt usunięcia wszystkich wad usuwalnych wymienionych w opinii biegłego,

2. a także oddalenia wniosku pozwanego o dopuszczenie dowodu z pisemnej opinii uzupełniającej biegłego z dziedziny budownictwa mgr inż. K. Ś. (2) na okoliczności zbadania rzetelności załączonego do sprawy kosztorysu inwestorskiego w zakresie usunięcia wymienionych przez biegłego wad usuwalnych, jego zgodności z zakresem wad wynikających z opinii biegłego.

Powyższym postanowieniom pozwany zarzucił naruszenie art. 227 k.p.c. w zw. z art. i 278 § 1 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków dowodowych pozwanego w przedmiocie ustalenia kosztów usunięcia wad w wykonanych przez powoda robotach budowlanych, podczas gdy okoliczności te miały dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie wobec podniesienia przez pozwanego zarzutu z rękojmi o obniżenie wynagrodzenia powoda.

II. postanowienia Sądu I instancji, wydanego na rozprawie w dniu 16 marca 2015 r. w przedmiocie oddalenia wniosku pozwanego o dopuszczenie dowodu z przesłuchania stron na okoliczności zapłaty przez pozwanego swojego zobowiązania powodowi, sposobu rozliczania inwestycji oraz obowiązków stron procesu wobec Instytucji Finansującej budowę, autentyczności dołączonych do pozwu dokumentów, a nadto na okoliczność nieistnienia aneksu nr (...) do umowy, wypełnienia weksla w sposób niezgodny z porozumieniem, sposobu wykonywania inwestycji objętej zawartą przez strony w dniu 10 listopada

2009 r. umową o roboty budowlane, użytych do tego materiałów, wad budynku, jakości wykonanych robót, stwierdzonych do dnia odbioru wad budynku oraz usunięcia przez pozwanego części z tych wad po tym dniu, a nadto na okoliczność, że nie były wykonywane przez powoda jakiegokolwiek roboty dodatkowe, które nie były objęte umową, pozwany zarzucił naruszenie przepisu art. 227 k.p.c. w zw. z art. 299 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku pozwanego o dopuszczenie dowodu z przesłuchania stron, podczas gdy dowód ten miał dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie zwłaszcza, że pomiędzy stronami

istniał spór co do treści łączącej ich umowy, a zgodnie z art. 65 § 2 k.c.

w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

W konsekwencji podniesionych zarzutów pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie 2 poprzez uchylenie nakazu zapłaty w części zasądzonej świadczenie oraz o oddalenie powództwa w całości, zmianę wyroku w punkcie 4 i obciążenie powoda kosztami postępowania poniesionymi tymczasowo przez Skarb Państwa - Sąd Okręgowy w Łodzi, zmianę wyroku

w punkcie 1 w zakresie orzeczenia o kosztach procesu i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego 60.703 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, ewentualnie

o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, a także o zwrot kosztów postępowania za obie instancje.

(apelacja pozwanego – k. 1258 – 1277)

Obie strony we wzajemnie wniesionych odpowiedziach na apelacje

wniosły o oddalenie apelacji przeciwnika oraz o zwrot kosztów postępowania apelacyjnego.

(odpowiedź powoda na apelację pozwanego – k. 1307 – 1309 verte, odpowiedź pozwanego na apelację powoda – k. 1294 – 1296)

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Sąd ad quem odniesie się do apelacji pozwanego, jako skargi dalej idącej. Apelacja ta okazała się całkowicie niezasadna i jako taka podlegała oddaleniu w całości na zasadzie art. 385 k.p.c., o czym orzeczono w pkt. II wyroku.

W przedmiotowej sprawie na etapie postępowania nakazowego roszczenie powoda zostało sformułowane jako wynikające z weksla in blanco wystawionego przez pozwanego celem zabezpieczenia płatności wierzytelności powoda z tytułu zawartej umowy o roboty budowlane. Po wniesieniu zarzutów od wydanego nakazu zapłaty, spór z płaszczyzny prawa wekslowego, został przeniesiony na płaszczyznę stosunku podstawowego łączącego strony. Dopuszczalność takiej zmiany podstawy faktycznej i prawnej powództwa była początkowo kwestionowana przez stronę powodową, ale ostatecznie powód zgłaszając wnioski dowodowe w odpowiedzi na zarzuty od nakazu zapłaty (k. 477 akt) – dowód z opinii biegłych sądowych z zakresu: grafologii na okoliczność zbadania autentyczności podpisu pozwanego pod aneksem nr (...) do umowy o roboty budowlane i biegłego ds. budowlanych na okoliczność zakresu, wartości i jakości prac wykonanych przez powoda, w sposób dorozumiany wyraził zgodę na przeniesieni sporu na płaszczyznę stosunku podstawowego łączącego strony. Na tym etapie postępowania należy uznać to za okoliczność niesporną. Fakty te nie zmieniają jednak oceny, że zgodnie z art. 493 § 1 zd. 2 k.p.c. pozwany był zobligowany do wskazania w zarzutach od nakazu zapłaty wszystkich zarzutów, twierdzeń faktycznych i dowodów, pod rygorem ich pominięcia, jeżeli zostaną zgłoszone w późniejszym terminie.

W zakresie aneksu nr (...) do umowy zawartej w dniu 10 listopada 2009 r. pozwany w zarzutach od nakazu zapłaty (k. 285 akt) zaprzeczył istnieniu takiego aneksu i jednoznacznie podał, że pod dokumentem złożonym przez powoda, jako tenże aneks widnieje podpis, który nie jest jego podpisem. Z tego powodu strona powodowa złożyła wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego grafologa na okoliczność zbadania autentyczności podpisu pozwanego pod aneksem nr (...) do umowy o roboty budowlane. Ostatecznie dowód ten nie został przeprowadzony w tym postępowaniu wobec niekwestionowanej – również w skardze apelacyjnej pozwanego – okoliczności, że w postępowaniu karnym w sprawie (...) 351/11.Ds 739/11 ustalono na podstawie opinii biegłego sądowego z zakresu ekspertyzy dokumentów, pisma ręcznego i podpisów J. K., że podpis pod aneksem nr (...) jest autentycznym podpisem i został nakreślony przez A. K. (kopia opinii – k. 669 – 679). Takie ustalenie zostało uczynione przez Sąd a quo. Charakterystyczne jest również i to, że w toku postępowania karnego – a dowody z kopii tych dokumentów zostały złożone do akt przedmiotowej sprawy przez pełnomocnika pozwanego (pismo z k. 628 – 629), nie zostały zakwestionowane przez drugą stronę i można uznać je za niesporne okoliczności niewymagające przeprowadzania postępowania dowodowego – pozwany odmiennie niż w zarzutach od nakazu zapłaty wypowiadał się na temat aneksu nr (...) do umowy. Nie kwestionował już jego istnienia, czyli sporządzenia go przez obie strony umowy. W czasie konfrontacji obu stron w dniu 20 lipca 2011 r. w siedzibie Komendy powiatowej Policji w R., A. K. podał, że dokument nazwany aneksem nr (...) jest jedynie przerobiony. Polega to na tym, że zostały dopisane słowa i cyfry naniesione pismem ręcznym za wyjątkiem podpisów złożonych na pieczętkach. Zapisy i przekreślenia uczynione kolorem niebieskim nie są naniesione jego charakterem pisma (k. 631 akt). Dalej, pozwany przyznał ostatecznie, że nieświadomie podpisał ten dokument, ale na pewno bez dodatkowych zapisów i skreśleń (k. 632 akt).

R., pozwany nie udowodnił twierdzenia o nieistnieniu aneksu nr (...), podniesionego w zarzutach od nakazu zapłaty, a ponadto utracił procesowe prawo powoływania się na inne wersje powstania, przerobienia, podrobienia itp. spornego aneksu nr (...). Niezależnie od tego swoista ewolucja niekonsekwentnych poglądów pozwanego, pojawiających się w miarę gromadzenia nowego materiału procesowego, podważa ich wiarygodność. Okoliczność podpisania przez strony aneksu nr (...) i jego realizacji była przedmiotem dowodzenia również osobowymi źródłami dowodowymi i znalazło

to wyraz w ustaleniach faktycznych Sądu Okręgowego. Zeznawał o tym powołany w uzasadnieniu wyroku świadek R. R. – k. 683 – 684, ale również świadek J. M. – k. 753 i C. O. – k. 774.

W tym kontekście za nietrafny musi być uznany zarzut apelacji pozwanego naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia przez Sąd a quo materiału dowodowego sprawy, a tym samym przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i całkowicie dowolne przyjęcie, że strony niniejszego postępowania zawarły aneks nr (...) na wykonanie dodatkowych robót budowlanych, podczas gdy z materiału dowodowego sprawy wynika, że pozwany nigdy świadomie by takiego aneksu nie zawarł. Ujęcie tego zarzutu w ten sposób, że „pозwany od samego początku powzięcia wiadomości o istnieniu rzekomego aneksu nr (...) kwestionował wyrażenie zgody na jego zawarcie” musi być ocenione, jako twierdzenie spóźnione i niewiarygodne. Przy czym apelujący nie precyzuje i logicznie nie wyjaśnia w jaki sposób powód, mimo, że pozwany nie wyrażał zgody na zawarcie aneksu, uzyskał tę zgodę pozwanego. Dalej, z materiału dowodowego sprawy nie wynika, aby aneks nr (...) został ujawniony po raz pierwszy dopiero pod koniec października 2010 r., przeciwnie świadkowie wskazywali, że dowiedzieli się o aneksie na około 6 miesięcy przed datą zakończenia realizacji inwestycji. Niesporne jest, że na aneksie nr (...) nie ma daty ani miejsca jego sporządzenia, co jednak nie pozbawia go ani waloru istnienia, ani waloru ważności, ani tego, że jest nośnikiem zgodnej woli stron.

Umowa o roboty budowlane nie przewidywała żadnej szczególnej formy pisemnej, w jakiej strony miały ewentualnie zawierać aneksy do tej umowy. A zatem argumenty, że aneks nr (...) nie odpowiada szatą graficzną poprzedniemu aneksowi nr (...), który strony zawarły, jak też nie zawiera podstawowych zapisów, jakie standardowo strony wprowadzają podczas zmiany umowy, oraz jego szata graficzna odpowiada szacie graficznej standardowych załączników do wystawianych przez powoda faktur, które następnie były składane do instytucji finansującej, a ponadto zawiera ręczne dopiski, nie mają żadnego znaczenia. Na marginesie można podnieść, że w świetle zasad doświadczenia życiowego często dokumenty sporządzane w toku inwestycji, często na terenie budowy, w różnych warunkach oraz w atmosferze sporów i kłopotów z realizacją umów, mają postać nietypową, roboczą, zdarzają się w nich dopiski i skreślenia będące wynikiem często prowadzonych na gorąco negocjacji.

Nieco kuriozalne wydają się twierdzenia strony pozwanej o tym, że zapiski zostały dopisane drobnym pismem, tak by zmieściły się pomiędzy tabelką a podpisami stron, a podpis pozwanego znajduje się w miejscu podpisu kierownika budowy, tj. w miejscu podpisu inwestora na załącznikach do faktur, co świadczy o tym, że pozwany składając podpis na tym dokumencie był przekonany o podpisywaniu załącznika do faktury a nie zmian do umowy. Niezależnie od tego, że argumenty te przeczą wcześniejszym twierdzeniom pozwanego, są spóźnione, to jeszcze na dodatek są sprzeczne ze zdrowym rozsądkiem. Wszak strony wiązała umowa – nawet tylko w postaci nadanej aneksem nr (...) – o wartości ryczałtowej wynagrodzenia blisko dwóch milionów złotych i trudno przyjąć, że pozwany w takiej sytuacji mimowolnie podpisywał choćby „tylko załączniki do faktur”.

Okoliczności związane z tym, czy pozwany miał środki pieniężne na wynagrodzenie za wykonanie robót z aneksu nr (...) i czy aneks ten został zgłoszony do instytucji finansującej realizację budowy (...), nie mają żadnego znaczenia dla oceny roszczeń strony powodowej. Aneks nr (...) był zawierany w trakcie prowadzenia robót, ich stopień zaawansowania był znaczny, a roboty objęte aneksem były konieczne do wykonania celem racjonalnego zakończenia inwestycji. Pozwany musiał podejmować decyzje uwzględniające negatywne konsekwencje ewentualnego zaniechania dalszego prowadzenia budowy. Prawdą jest, że oferta złożona przez powoda obejmowała swoim zakresem budowę hali ((...), warsztat, ekologiczna kotłownia), zatem obejmowała wszystkie roboty niezbędne dla wykonania tego zamówienia. Zgodnie z pierwotnym brzmieniem umowy z dnia 10 listopada 2009 r. hala miała być oddana w stanie „pod klucz”, tyle, że już 16 listopada 2009 r. aneksem nr (...) inwestor znacznie ograniczył zakres tej umowy, co spowodowało zmniejszenie wynagrodzenia ryczałtowego o około 860.000 zł netto. Kwota ta nieprzypadkowo oscyluje wokół wartości robót dodatkowych objętych aneksem nr (...). Jak wynika z opinii biegłego sądowego K. Ś. prace z aneksu nr (...) i protokołu różnic nie są pracami dodatkowymi w pełnym znaczeniu tego słowa, a są pracami, które były konieczne do wykonania całości inwestycji (wynikają z błędnych i niepełnych założeń przyjętych przy szacowaniu kosztów inwestycji). Już dane wyjściowe do „umowy pod klucz” były niepełne, niedopracowane w szczegółach technicznych i rozwiązaniach projektowych, brak było projektów wykonawczych, nie uwzględniały specyficznego i

złożonego charakteru całej inwestycji (brak projektów wykonawczych we wszystkich branżach w zakresie wewnątrz i na zewnątrz). Potem zakres tych prac jeszcze znacznie ograniczono i dlatego konieczne było zawarcie aneksu nr (...) oraz protokołu różnic. Stąd nie może dziwić, że wartość robót z aneksu nr (...) została określona jako 1/3 wartości całego zamówienia.

Na koniec Sąd Apelacyjny musi podnieść jeszcze jedną okoliczność wskazującą na to, że pozwany świadomie zawarł aneks nr (...) i akceptował jego realizację. Termin wykonania robót został ustalony w wersji podstawowej umowy na dzień 30 czerwca 2010 r. Po zmianach wprowadzonych aneksem nr (...) termin ten nie uległ zmianie (nowe brzmienie § 3 pkt. 2 umowy). Natomiast aneks nr (...) wprowadził nowy termin oddania prac, tj. dzień 31 października 2010 r. Powód zakończył prace we wrześniu 2010 r. Pierwsza próba odebrania prac miała miejsce w dniu 28 września 2010 r. Zgłoszono w protokole sporządzonym tego dnia szereg wad wykonanych robót, jednakże nie powołano się w żadnym miejscu na opóźnienie w wykonaniu robót. Po tej dacie powód jedynie dokonywał usuwania wad i usterek, innych prac nie prowadził. Pozwany ani w tym czasie, ani w toku całego postępowania sądowego, w żadnym piśmie skierowanym do powoda nie postawił wykonawcy zarzutu niedotrzymania terminu zakończenia inwestycji i nie skorzystał w żadnym momencie z możliwości naliczenia ewentualnych kar umownych. Musi to oznaczać wzajemne respektowanie uzgodnień wynikających z aneksu nr (...) do przedmiotowej umowy.

Ogólnikowy i niemający podstaw w zebranych w sprawie materiale dowodowym jest zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego sprawy, a tym samym przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i całkowicie dowolne przyjęcie, że pozwany nie notyfikował powodowi wszystkich wad, na których istnienie wskazał biegły, podczas gdy pozwany wielokrotnie i w różnych dokumentach skierowanych do powoda, zarówno przed wytoczeniem powództwa, jak i w toku procesu zgłosił wszystkie wady powodowi. Apelujący nie wskazał w jakich konkretnie dokumentach doszło do zgłoszenia przez pozwanego powodowi wad innych niż wymienione w zarzutach od nakazu zapłaty i zgłaszanych wcześniej we wrześniu i październiku 2010 r., stanowiących realizację uprawnień z rękojmi za wady wykonanych robót. A zatem niezależnie od przywołanej już wcześniej treści art. 493 § 1 zd. 2 k.p.c., zarzut ten nie może osiągnąć spodziewanego rezultatu. Strona pozwana dopiero po wskazaniu przez biegłego skonkretyzowanych nowych wad, po upływie 2 – 3 lat trwania procesu, podniosła, że w zakresie tych wad również chce skorzystać z uprawnień z rękojmi. Słusznie więc Sąd a quo ocenił, że zgodnie z art. 656 k.c. w zw. z art. 638 k.c. i art. 563 § 2 k.c. termin do zgłoszenia tych wad upłynął, a ponadto strona pozwana nie dochowała w tym zakresie aktów staranności i w rezultacie nie objął tych wad możliwością obniżenia wynagrodzenia należnego powodowi. Innych zarzutów pozwany nie podniósł w zarzutach od nakazu zapłaty wydanego w postępowaniu nakazowym.

Zakres robót wykonanych przez powoda oraz ich jakość były przedmiotem opinii dwóch biegłych sądowych ds. budownictwa. Sąd Okręgowy odniósł się do nich w swoim uzasadnieniu i szczegółowo wyjaśnił dlaczego nie wykorzystał opinii biegłego sądowego E. M.. Jednocześnie wskazał na trudności w szacowaniu tych prac z uwagi na wpływ czasu, zmiany których dokonano na terenie inwestycji, zakrycie niektórych prac, normalne zużycie oraz nieprzygotowanie obu stron do tak dużego przedsięwzięcia inwestycyjnego. W takiej sytuacji zasadnie Sąd a quo uznał, że dalsze uzupełnianie opinii przez biegłego K. Ś. (2) jest nieracjonalne, a same wyliczenia muszą być obciążone błędem rachunkowym, który jednak dotyka obu stron i jest wynikiem ich działań. Ostatecznie powództwo zostało uwzględnione tylko w części. Przy czym wbrew twierdzeniom strony pozwanej zakres prac wykonanych przez powoda został ustalony nie tylko w oparciu o opinię biegłego, ale również dokumenty i zeznania licznych świadków. Trzeba ponadto zwrócić uwagę na to, że w zarzutach od nakazu zapłaty strona pozwana nie zarzuciła, aby jakkolwiek część prac nie została wykonana przez powoda. Pojawił się zarzut z rękojmi za wady jakościowe dzieła, ale bez zarzutu niepełnej realizacji robót. W zarzutach pozwany zaprzeczył, aby strony umówiły się o dodatkowe roboty, a zatem pozwany utracił prawo powoływania się na te okoliczności w toku dalszego postępowania. Zakres wszystkich prac wykonanych przez powoda był znany pozwanemu na dzień wnoszenia zarzutów od nakazu zapłaty. Strona pozwana przyjęła określoną taktykę procesową i powinna ponieść jej konsekwencje.

Pominięcie dowodu z przesłuchanie stron nie może stanowić naruszenia prawa strony do obrony swoich praw. Dowód ten ma jedynie charakter subsydiarny, uzupełniający wobec innych dowodów. W toku kilkuletniego procesu strony wielokrotnie przedstawiały własne poglądy na przebieg inwestycji, w przypadku pozwanego zmieniając je w zależności

od etapu postępowania. Strony uczestniczyły w oględzinach miejsca wykonywania prac i przekazywały swoje opinie bezpośrednio biegłemu. W istocie przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron sprowadzałoby się do powtórzenia tych samych argumentów i nie wniosłoby nic nowego do sprawy. Z tych przyczyn wnioski zgłoszone w trybie art. 380 k.p.c. należało uznać za niezasadne. Podobnie należy ocenić zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wskazania przyczyn, dla których wielu dowodom Sąd odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, wskutek czego zaskarżone orzeczenie uchyla się kontroli. Sąd ad quem nie podziela tego poglądu, który w istocie ma tylko i wyłącznie walor osądu, nawet bez próby wykazania ewentualnego wpływu tego uchybienia na treść zaskarżonego orzeczenia.

Niezrozumiały jest zarzut naruszenia art. 656 k.c. w zw. z art. 638 k.c. w zw. z art. 563 § 2 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że pozwany utracił uprawnienia z rękojmi wskutek nie zawiadomienia powoda o wadach niezwłocznie, podczas gdy w niniejszej sprawie na podstawie art. 51 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. Prawa konsumenta (Dz. U. z 2014 r., poz. 827) zastosowanie winny znaleźć przepisy obowiązujące w dacie zawarcia umowy pomiędzy powodem a pozwanym, tj. przepisy art. 656 k.c. w zw. z art. 637 k.c. Przede wszystkim żadna ze stron tego procesu nie jest konsumentem w rozumieniu art. 22¹ k.c. i wobec tego nie może korzystać z ochrony przewidzianej w ustawie z dnia 30 maja 2014 r. Prawa konsumenta. Ponadto przedmiotowy stosunek prawny powstał pomiędzy stronami w okresie, kiedy wskazana ustawa nie obowiązywała.

Z uwagi na wcześniejsze rozważania nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 65 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji uznanie, że strony dokonały zmiany pierwotnej umowy aneksem nr (...), podczas gdy takie ustalenie stoi w sprzeczności z zamiarem stron, a przede wszystkim z celem umowy pierwotnej i aneksu nr (...).

Przechodząc do apelacji powoda trzeba wskazać, że okazała się ona trafna i podlegała uwzględnieniu w całości na podstawie art. 386 § 1 k.p.c.

Uznając za prawidłowe ustalenia faktyczne Sądu a quo oraz ich jurydyczną ocenę, trzeba wskazać, że Sąd ten dopuścił się uchybienia na ostatnim etapie swoich rozważań, uchybienia w zasadzie o charakterze pomyłki matematycznej. Wydaje się, że postawiony w apelacji strony powodowej zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. przez błąd w ustaleniach faktycznych i przyjęcie, że należne powodowi wynagrodzenie udowodnione i wykazane w toku procesu w kwocie 665.871,57 zł należy pomniejszyć o kwotę 179.511,24 zł nie oddaje natury występującej nieprawidłowości. Doszło raczej do niewłaściwej oceny przy dokonywaniu subsumpcji poczynionych ustaleń pod normę prawa materialnego. Niewątpliwie jednak uchybienie miało miejsce, które skutkiem rzeczywiście było naruszenie art. 496 w zw. z art. 355 § 1 k.p.c. poprzez orzekanie co do meritum i oddalenie powództwa w zakresie kwoty, co do której pozew został cofnięty i w rezultacie tego nastąpiło umorzenie postępowania. Sąd I instancji nie wyjaśnił przy tym – z naruszeniem art. 328 § 1 k.p.c. – dlaczego dokonał pomniejszenia kwoty 655.871,57 zł o dalszą kwotę 179.511,24 zł, co do której uprzednio umorzył postępowanie.

Prawidłowo Sąd Okręgowy przyjął, że powodowi należy się wynagrodzenie w kwocie brutto 655.871,57 zł. Jednakże Sąd ten pominął okoliczność, że całość roszczenia powoda nie zamykała się tą kwotą, a kwotą 995.471,42 zł brutto. Tej kwoty dotyczył nakaz zapłaty wydany w postępowaniu nakazowym. Cofnięcie przez powoda pozwu wraz z zrzeczeniem się roszczenia co do kwoty 179.511,24 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 23 listopada 2010 r. do dnia zapłaty, wywołało skutek w postaci uchylenia w tej części nakazu zapłaty i umorzenia postępowania na podstawie art. 496 k.p.c. w zw. z art. 355 § 1 k.p.c. w zw. z art. 203 § 1 k.p.c. Do rozstrzygnięcia merytorycznego pozostała zatem kwota 815.960,18 zł brutto z ustawowymi odsetkami od dnia 23 listopada 2010 r. do dnia zapłaty, co do której powód aż do zamknięcia rozprawy popierał powództwo. Trzeba było więc od tej należności odjąć udowodnioną kwotę 655.871,57 zł brutto, co daje należność w wysokości 160.088,61 zł brutto. Jest to nienależna część roszczenia wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 23 listopada 2010 r. do dnia zapłaty. W konsekwencji w tej części nakaz zapłaty wydany w postępowaniu nakazowym podlegał uchyleniu na zasadzie art. 496 k.p.c. a powództwo oddaleniu. A zatem nakaz zapłaty powinien zostać utrzymany w mocy w pozostałej części, tj. w kwocie 655.817,57 zł brutto z ustawowymi odsetkami od dnia 23 listopada 2010 r. do dnia zapłaty. Sąd ad quem sprecyzował tę kwotę wbrew treści art. 496 k.p.c., mając na uwadze klarowność i jednoznaczność orzeczenia sądowego, szczególnie na etapie jego

ewentualnego zaskarżenia skargą kasacyjną oraz na etapie ewentualnego postępowania egzekucyjnego. Dodatkowo za taką konstrukcją orzeczenia sądu pierwszej instancji przemawiał fakt uchylecia nakazu zapłaty wydanego w postępowaniu nakazowym również w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach procesu.

O kosztach procesu za postępowanie pierwszoinstancyjne orzeczono zgodnie z art. 100 zd. 1 k.p.c. stosunkowo je rozdzielając, choć treść orzeczenia w punkcie I.3. wyroku wskazuje na wzajemne ich zniesienie. Rację ma strona powodowa, że po skorygowaniu zaskarżonego wyroku w sposób wynikający z jej apelacji, powód wygrał proces w 65,9%, a zatem jednocześnie przegrał go w 34,1%, co oznacza również konieczność poniesienia 34,1% wszystkich kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym. Całość tych kosztów wyniosła 91.838,70 zł, 34,1% tej kwoty daje 31.135,70 zł. Powód poniósł łącznie koszty w wysokości 31.317 zł. W tej sytuacji tutejszy Sąd uznał, że każda ze stron powinna pozostać przy poniesionych przez siebie kosztach, gdyż różnica 200 zł nie ma istotnego znaczenia.

Z tych wszystkich względów rozstrzygnięto jak w punkcie I wyroku.

Jeżeli chodzi o koszty postępowania apelacyjnego (pkt. III), to Sąd ad quem zastosował art. 98 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. i § 6 pkt. 7 w zw. z § 13 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokatów oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. z 2013, poz. 461 ze zm.). Powód wygrał w całości postępowanie apelacyjne wobec uwzględnienia jego całej apelacji i jednoczesnego oddalenia całej apelacji pozwanego. W. Ł. poniósł koszty zastępstwa procesowego w wysokości 5.400 zł oraz opłatę od swojej apelacji w wysokości 8976 zł, co daje łącznie 14.376 zł.