

Sygn. akt I ACa 395/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 marca 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Bogusław Dobrowolski
Sędziowie	:	SA Beata Wojtasiak SO del. Dariusz Małkiński (spr.)
Protokolant	:	Sylwia Radek-Łuksza

po rozpoznaniu w dniu 11 marca 2016 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **N. K. i I. K. (1)**

przeciwko (...) **w K.**

o zapłatę i

z powództwa wzajemnego (...) w K.

przeciwko **N. K. i I. K. (1)**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego – powoda wzajemnego

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 10 października 2014 r. sygn. akt I C 737/12

1. **zmienia zaskarżony wyrok:**

a) **w punkcie I o tyle, że zasądzone w nim odsetki określa od dnia 1 stycznia do dnia zapłaty, jako „odsetki ustawowe za opóźnienie”;**

b) **w punkcie II o tyle, że obniża zasądzoną w nim kwotę do 4.306 (cztery tysiące trzysta sześć) zł;**

c) **w punkcie III w ten sposób, że zasądza solidarnie od pozwanych wzajemnych: N. K. i I. K. (1) na rzecz powoda wzajemnego(...) w K. kwotę 109. 999,30 (sto dziewięć tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt dziewięć 30/100) zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 5 września 2011 r. do**

dnia 31 grudnia 2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty oraz oddala powództwo wzajemne w pozostałym zakresie;

d) w punkcie IV w ten sposób, że zasądza solidarnie od pozwanych wzajemnych na rzecz powoda wzajemnego kwotę 6.672 (sześć tysięcy sześćset siedemdziesiąt dwa) zł tytułem zwrotu kosztów procesu;

2. oddala apelację pozwanego – powoda wzajemnego w pozostałym zakresie;

3. zasądza od powodów – pozwanych wzajemnych solidarnie na rzecz pozwanego – powoda wzajemnego kwotę 6.602 (sześć tysięcy sześćset dwa) zł tytułem zwrotu kosztów procesu w instancji odwoławczej;

4. nakazuje pobrać na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Olsztynie tytułem brakujących wydatków w sprawie:

- od powodów - pozwanych wzajemnych solidarnie kwotę 161,35 (sto sześćdziesiąt jeden 35/100) zł, zaś

- od pozwanego – powoda wzajemnego kwotę 148,84 (sto czterdzieści osiem 84/100) zł.

(...)

UZASADNIENIE

Powodowie: N. K. i I. K. (1) domagali się zasądzenia od pozwanego(...)w K. kwoty 37.767, 80 zł z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz należnych kosztów procesu.

Pozwany w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powodów na jego rzecz kosztów procesu a następnie wystąpił przeciwko powodom z pozwem wzajemnym, w którym domagał się zasądzenia od powodów kwoty 174. 265 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 2 września 2011r. do dnia zapłaty oraz kosztami procesu.

Sąd Okręgowy w Olsztynie I Wydział Cywilny w wyroku z dnia 10 października 2014 r. zapadłym w sprawie o sygn. akt : I C 737/12 zasądził od pozwanego-(...) w K. na rzecz powodów: N. K. i I. K. (1) solidarnie: kwotę 37.767,80 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 29 marca 2012 r. do dnia zapłaty (pkt 1) oraz kwotę 5.806 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt 2), oddalił powództwo wzajemne w całości (pkt 3) i zasądził od powoda wzajemnego- (...) w K. na rzecz pozwanych wzajemnych: N. K. i I. K. (1) kwotę 3.617 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt 4).

Wyrok powyższy został wydany na gruncie następujących ustaleń faktycznych i motywów natury prawnej.

W dniu 12 lipca 2010 r. strony zawarły umowę o roboty budowlane, na podstawie której pozwany wykonawca podjął się wybudowania „pod klucz” stajni i ujeżdżalni na nieruchomości powodów położonej w miejscowości J.. Kontrahenci umówili się, że przedmiot umowy obejmuje wykonanie: dokumentacji budowlanej i powykonawczej, konstrukcji stalowej, fundamentów, makroniwelacji, obudowy ścian dachów, naświetli i okien, ścian działowych między boksami, tynków wewnętrznych i zewnętrznych a ponadto dostawę i montaż bram oraz drzwi głównych a także wykonanie podłoża w hali ujeżdżalni wraz z ubiciem i niwelacją piasku rodzimego.

Rozpoczęcie robót miało nastąpić dwa dni po terminie uzyskania przez inwestorów decyzji o warunkach zabudowy, a zakończenie w dniu 30 listopada 2010 roku. Wynagrodzenie wykonawcy zostało określone jako ryczałtowe w wysokości 350.000 zł brutto, z zastrzeżeniem, że nie może być podwyższone. Zamawiający zobowiązali się do wpłacenia zaliczki w kwocie 60.000 zł w terminie 10 dni od daty zawarcia umowy, kolejne 60.000 zł mieli uiścić po wykonaniu fundamentów hali i stajni oraz posadowieniu konstrukcji stalowej hali. Pozostałą umówioną kwotę wynagrodzenia zamawiający mieli zapłacić po protokolarnym odbiorze wykonanych robót. W przypadku opóźnienie

inwestorów w zapłacie zaliczki, termin rozpoczęcia robót oraz ich zakończenia ulegał przesunięciu o ilość dni opóźnienia.

Wykonawca udzielił zamawiającym 24 – miesięcznej gwarancji na wykonany przedmiot umowy i dotyczyło to zarówno wykonanych prac jak i użytych materiałów, a stwierdzone w tym okresie wady zobowiązał się usunąć w terminie 30 dni od otrzymania pisemnego zawiadomienia o wadzie- na własnych koszt.

Oprócz kar umownych, za zwłokę w wykonaniu prac i zwłokę w usunięciu wad strony przewidziały karę umowną za odstąpienie od umowy. W przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiających z przyczyn obciążających wykonawcę zastrzeżono karę umowną w wysokości 10% umówionego wynagrodzenia.

Strony określiły również warunki odstąpienia od umowy. Zamawiający mogli odstąpić od umowy w przypadku stwierdzenia, że wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem lub zakończeniem robót tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdoła je ukończyć w czasie umówionym, po wyznaczeniu mu przez nich jednomiesięcznego terminu na zakończenie robót. Wykonanie robót miało nastąpić w oparciu o projekt budowlany sporządzony na zlecenie zamawiających.

W dniu 10 sierpnia 2010 r. powodowie uiszcili zaliczkę pozwanemu na poczet budowy stajni i ujeżdżalni, zaś w dniu 18 sierpnia 2010 r. została wydana decyzja o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu dla inwestycji polegającej na budowie budynku gospodarczego ze stajnią.

W oparciu o w/w decyzję o warunkach zabudowy dnia 28 października 2010 r. powód I. K. (1) złożył w Starostwie Powiatowym w S. wniosek o pozwolenie na budowę/ rozbiórkę budynku gospodarczego ze stajnią i szamba w miejscowości J. na działce nr (...). Pozwolenie na budowę zostało wydane w dniu 29 listopada 2010 r., następnie na wniosek I. K. z dnia 14 grudnia 2010 r. w dniu 21 grudnia 2010 r. Starosta (...) wydał dziennik budowy dla przedmiotowej inwestycji, w którym wykonawca dokonywał wpisów w okresie od dnia 25 stycznia 2011r. do dnia 20 czerwca 2011r.

W dniu 22 marca 2011 r. strony zawarły aneks do umowy, w którym przesunęły termin wykonania robót na dzień 25 czerwca 2011 r. oraz podwyższyły wynagrodzenie do kwoty 384.778 zł brutto. Jednocześnie w aneksie tym strony wskazały dokładnie wysokość wynagrodzenia i rodzaj prac, po wykonaniu których zostanie ono uregulowane. Zmieniony też został zakres robót towarzyszących wykonaniu ściany wewnętrznej oraz zwiększono ilość przewidzianych do wykonania drzwi i naświetli. Pokrycie dachu na istniejącej stajni miało być wykonane przez położenie blachodachówki. Zamawiający zlecili ponadto modernizację werandy i dobudowanie jej fragmentu w ramach rekompensaty strat.

Pismem z dnia 21 lipca 2011 r. pełnomocnik powodów wezwał pozwanego wykonawcę do jak najszybszego zakończenia robót wyznaczając mu na to miesięczny termin do dnia 31 sierpnia 2011 r., pod rygorem odstąpienia od umowy i zlecenia ich realizacji wykonawcy zastępczemu. W odpowiedzi na to pismo pozwany wykonawca przedstawił powodom rozliczenie robót na dzień 1 września 2011 r. określając je na ogólną kwotę 344.262 zł i wskazał, że po uiszczeniu przez powodów kwoty 170.000 zł do zapłaty pozostaje kwota 174.265 zł.

W piśmie z dnia 27 września 2011 r. powodowie odstąpili od umowy z przyczyn obciążających wykonawcę i wezwali go do uiszczenia kar umownych w łącznej kwocie 62.694,50 zł.

Powodowie zlecili innym podmiotom wykonanie podłoża w ujeżdżalni, obicie pomieszczenia stajni deskami, które wcześniej kupili, i wykonanie pokrycia dachu stajni, poprzedzone zakupem blachy.

Pismem procesowym datowanym na dzień 18 kwietnia 2013 r., doręczonym pełnomocnikowi pozwanego, pełnomocnik powodów złożył oświadczenie o potrąceniu z wierzytelnością wykonawcy należności inwestorów w kwotach: 15.000 zł z tytułu kosztów niwelacji hali wraz z ubiciem, wyrównaniem i transportem piasku, 42.450 zł tytułem kosztu wykonania drewnianych ścian zewnętrznych hali, 5000 zł tytułem kosztów usunięcia wad dachów hali i

nowej stajni, 38.700 zł tytułem wymiany pokrycia dachu stajni na blachodachówkę, 8.000 zł z tytułu niewybudowania bandy w nowej stajni, 12.000 zł z tytułu kosztów zamieszkania pracowników pozwanego na posesji powodów i 24.926,70 zł z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu robót w okresie od dnia 26 czerwca do dnia 27 września 2011 r.- co przyniosło łącznie kwotę 146.076,70 zł.

W piśmie tym zostały również zgłoszone wady wykonanych robót dotyczące pokrycia nowej stajni i ujeżdżalni, bram i okien, fundamentów, słupów żelbetonowych i konstrukcji stalowej hali.

Sąd przeanalizował następnie zeznania przesłuchanych świadków i opinię biegłego z zakresu budownictwa, z której wynika, że prace fundamentowe, czyli: stopy, ławy oraz konieczne prace ziemne zostały wykonane przez pozwanego; zrealizował on też ściany zewnętrzne murowane, wieńce żelbetowe, nadproża i podciągi w hali. W stajni wykonał także boksy, ściany wewnętrzne, stolarkę okienną i drzwiową, ale bez okuć, natomiast posadzka w korytarzu została wykonana przez inną firmę z kostki betonowej zakupionej i dostarczonej na plac budowy przez pozwanego.

Konstrukcja stalowa ujeżdżalni została zmontowana przez pozwanego, nie wykonał on jednak w całości zabezpieczenia antykorozyjnego ale zrealizował pokrycie dachu ujeżdżalni w całości. Nie wykonał także zabezpieczenia łąt i kontrłąt oraz bandy w hali ujeżdżalni, gdzie sporządzono jedynie podwalinę z krawężnika betonowego. Natomiast prace związane z niwelacją terenu, zagęszczeniem gruntu i ułożeniem podłoża w hali ujeżdżalni wykonali inwestorzy we własnym zakresie. Podłoże to nie wchodziło w zakres umowy. Powodowie wykonali też w hali ściany z surowego drewna niemalowanego impregnatami.

Pozwany nie zbudował struktury zewnętrznej elewacji ścian stajni, nie wykonał też modernizacji werandy oraz pokrycia dachu na istniejącej już stajni. Prace te albo nie zostały wykonane, albo zostały zrealizowane przez innego wykonawcę.

Biegły w swej opinii wskazał również na liczne wady w pracach wykonanych przez pozwanego a dotyczące braku struktury zewnętrznej elewacji oraz izolacji fundamentów budynku stajni co powoduje podciąganie wody z gruntu i zacieki na elewacji tak w budynku stajni jak i ujeżdżalni. Wadliwie zostały też posadowione słupy stalowe w boksach stajni, które posiadają odchylenia od pionu i nie są zabezpieczone antykorozyjnie. Nieprawidłowo funkcjonuje stolarka okienna i drzwiowa. Wykonano ją bez zamknięć, a niewłaściwie dobrane zawiasy odpadły, przez co tak okna jak i drzwi nie otwierają się prawidłowo i następuje ich wypaczanie. Brak jest ponadto obróbek okien i drzwi na styku z murem. Szklenia we wszystkich oknach zamocowano jedynie za pomocą kitu szklarskiego, który jest masą uszczelniającą i nie może utrzymać szyby w oknie. Stwarza to niebezpieczeństwo ich wypadnięcia a przez to zagrożenie pokaleczenia osób lub zwierząt przebywających w pobliżu. Na konstrukcji stalowej ścian zewnętrznych i dachu ujeżdżalni występują ponadto ogniska korozji. Nie wykonano zabezpieczenia drewna łąt i kontrłąt pokrycia dachu ujeżdżalni, a brak właściwej wentylacji spowodował powstanie licznych ognisk pleśni.

Roszczenie powodów o zapłatę kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn obciążających pozwanego wykonawcę należy uznać za zasadne.

Bezsporne w dniu 12 lipca 2010 r. strony zawarły umowę o roboty budowlane, na podstawie której pozwany podjął się wykonania określonych robót za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 350.000 zł brutto.

Zamawiający powodowie na podstawie umowy zobowiązali się do uiszczenia zaliczki w kwocie 60.000 zł w terminie 10 dni od dnia zawarcia umowy, a opóźnienie w jej zapłacie powodowało przesunięcie terminu rozpoczęcia i zakończenia robót. W dniu 10 sierpnia 2010 r. powodowie uiszcili zaliczkę pozwanemu na poczet budowy stajni i ujeżdżalni w kwocie 60.000 zł. Przyjęcie tej zaliczki pokwitował prokurent pozwanej Spółki- (...). W dniu 18 sierpnia 2010 r. została natomiast wydana decyzja o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu dla inwestycji polegającej na budowie budynku gospodarczego ze stajnią. Roboty określone umową stron winny więc rozpocząć się od dnia 20 sierpnia 2010 r. Z wiarygodnych zeznań powodów wynika jednak, że prace nie przebiegały w taki sposób, aby pozwany wykonawca

mógł je zakończyć w umówionym terminie. W tej sytuacji pozwany wykonawca nie ukończył umówionych robót do dnia 30 listopada 2011 r.

W dniu 22 marca 2011 r. strony zawarły aneks do przedmiotowej umowy, w którym podwyższyły umówione wynagrodzenie ryczałtowe do kwoty 384.778 zł brutto oraz przesunęły termin wykonania robót do dnia 25 czerwca 2011 r. W aneksie tym strony określiły etapy i rodzaje robót, po wykonaniu których pozwany otrzyma wynagrodzenie w kwotach po 20.000 zł oraz za jakie roboty otrzyma wynagrodzenie w kwocie 124. 778 zł. W terminie zakreślonym w aneksie pozwany także nie wykonał w całości opisanych w nim prac. Powodowie pismem z dnia 21 lipca 2011 r. wyznaczyli więc pozwanemu dalszy termin wykonania umówionych robót do dnia 31 sierpnia 2011 r. pod rygorem odstąpienia od umowy i zlecenia ich wykonania innemu wykonawcy i ostatecznie w dniu 27 września 2011 r. odstąpili od umowy, jak i ustaleń określonych aneksem do niej z dnia 22 marca 2011 r. Wraz z odstąpieniem od umowy powodowie naliczyli karę umową w wysokości 10% umówionego wynagrodzenia.

Powyższe okoliczności nie dają podstaw do formułowania przez pozwanego zarzutu wskazującego, że odpowiedzialność za opóźnienie w wykonaniu robót ponoszą powodowie na skutek ich zwłoki w zapłacie zaliczek.

Zapisy umowy dotyczące wydłużenia terminu rozpoczęcia i zakończenia robót odnoszą się wyłącznie do zapłaty zaliczki w kwocie 60.000 zł, którą zresztą powodowie uiszcili w dniu 10 sierpnia 2010 r., czyli na 8 dni przed datą wydania decyzji o warunkach zabudowy. Aneks z dnia 22 marca 2011 r. określa co prawda zapłatę za wykonie siedmiu rodzajów wskazanych w nim robót budowlanych jako uiszczenie „zaliczki”, ale płatność ich miała następować po wykonaniu robót. Przyjąć zatem należy, mając na uwadze postanowienia art. 65 k.c. i zeznania powodów, którym Sąd jako spójnym, wzajemnie się uzupełniającym i korespondującym bezpośrednio z postanowieniami umowy wraz z aneksem do niej, nie odmówił wiary, że było to faktycznie wynagrodzenie za wykonane roboty.

W tych warunkach, twierdzenia prokurenta pozwanej Spółki- (...), że strony ustnie (e-mailowo) dokonywały zmian w umowie, w szczególności co do zakresu robót, terminów płatności i skutków z tego wynikających, należy uznać za całkowicie niewiarygodne i dowolne.

Prawo odstąpienia od umowy może opierać się na zapisie umowy (umowne prawo odstąpienia) bądź na przepisie ustawy (ustawowe prawo odstąpienia). Umowne prawo odstąpienia od umowy reguluje art. 395 § 1 k.c. stanowiący, że można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonuje się przez oświadczenie złożone stronie drugiej. Dla skutecznego zastrzeżenia tego prawa konieczne jest ograniczenie go terminem końcowym. W ocenie Sądu umowa stron nie ogranicza prawa odstąpienia od umowy terminem końcowym, za takowy nie można bowiem uznać ani terminu pierwotnego ani ustalonego aneksem stron późniejszego terminu wykonania robót. W tych warunkach żadna z nich nie mogła zrealizować umownego odstąpienia od umowy.

Zdaniem Sądu strony w niniejszej sprawie mogły jedynie skorzystać z ustawowego prawa odstąpienia od umowy opisanego w art. 491 § 1 k.c. , który stanowi, że jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć odpowiedni termin dodatkowy do wykonania zobowiązania z zagrożeniem, że w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy.

W realiach niniejszej sprawy należy przyjąć, iż powodowie w piśmie z dnia 21 lipca 2011 r. wyznaczyli pozwanemu wykonawcy dodatkowy termin zakończenia robót do dnia 31 sierpnia 2011 r., a gdyby termin ów nie został dotrzymany, zastrzegli sobie odstąpienie od umowy.

W tych warunkach należy przyjąć, iż powodowie w sposób skuteczny wyrazili swoją wolę i odstąpili od umowy korzystając z ustawowego prawa gwarantowanego w art. 491 k.c.

Strony w umowie zastrzegły kary umowne na wypadek odstąpienia od umowy. Zgodnie z zasadą utrzymania w mocy postanowień umowy, które zgodnie z wolą stron mają działać nawet po rozwiązaniu umowy, istnieje obowiązek ich zapłaty. Zastrzeżenie to jest dokonywane na wypadek zniweczenia wężła obligacyjnego z określonych przyczyn

i jest uruchamiane dopiero w razie jego zaistnienia (por. S.N. w wyrokach: z dnia 26 listopada 2004 r., V CK 411/04, OSNC 2005/10/48, z dnia 15 września 2005 r. II CK 72/02, M. Prawn. 2006/22 i z dnia 7 lutego 2007 r., III CSK 288/06, OSP 2009/4/39). W realiach mniejszej umowy strony ustaliły, że w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn obciążających wykonawcę będzie zobowiązany on do zapłacenia kary umownej w wysokości 10% umówionego wynagrodzenia. W tych warunkach naliczona kara umowna nie uchybia postanowieniom umowy stron i znajduje swoje uzasadnienie w treści art. 483 i 484 k.c.

Pozwany wykonawca (powód wzajemny) dochodzi w pozwie wzajemnym od powodów (pозwanych wzajemnych) zapłaty kwoty 175.265 zł tytułem reszty wynagrodzenia za wykonane roboty, ale nie przedstawia na te okoliczności żadnych dowodów. Ilości robót, które jak twierdzi wykonał, nie została poparta protokołami ich odbioru, które bezspornie nie były sporządzane. Zakresu robót wyliczonych przez pozwanego wykonawcę (powoda wzajemnego) nie można wywieść też w żaden sposób z zapisów dziennika budowy prowadzonego dla przedmiotowej inwestycji, dokonywanych tylko i wyłącznie przez prokurenta pozwanej Spółki – (...) jako kierownika budowy i nieweryfikowanych w żaden sposób przez inwestorów.

Poprzez delegację z art. 656 k.c. do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. Z kolei art. 637 k.c. stanowi, że jeżeli dzieło ma wady, zamawiający może żądać ich usunięcia, wyznaczając w tym celu przyjmującemu zamówienie odpowiedni termin z zagrożeniem, że po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu nie przyjmie naprawy. Przyjmujący zamówienie może odmówić naprawy, gdyby wymagała nadmiernych kosztów (§1). Gdy wady usunąć się nie dadzą, albo gdy z okoliczności wynika, że przyjmujący zamówienie nie zdoła ich usunąć w czasie odpowiednim, zamawiający może od umowy odstąpić , jeżeli wady są istotne, jeżeli wady nie są istotne, zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. To samo dotyczy wypadku, gdy przyjmujący zamówienie nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez zamawiającego (§2).

Z opinii biegłego A. S. (1), którą jako jasną, rzetelną i niebudzącą wątpliwości Sąd podzielił w całości, wynika jednoznacznie, że wartość niewykonanych robót w odniesieniu do zapisów umowy z dnia 12 lipca 2010 r. i aneksu do niej z dnia 22 marca 2011r., zamyka się kwotą 136.972,15 zł. Natomiast wartość robót zastępczych dotyczących wykonania: podłoża w hali ujeżdżalni, odeskowania wewnątrz stajni wraz materiałem, poprawek robót wykonanych i dachu stajni, zleconych przez powodów ustnie, wyniosła 61.156,52 zł. Fakt wykonania w/w robót potwierdzili w swoich zeznaniach świadkowie: W. K. i A. K.. Zeznaniami tych świadków, znajdującym potwierdzenie w wystawionych pokwitowaniach zapłaty za wykonane roboty lub dostarczone materiały budowlane, Sąd nie odmówił wiary.

Wnioski i ustalenia opinii biegłego potwierdzają też szereg wad w zrealizowanych robotach, które dotyczyły jakości wykonania hali ujeżdżalni będącej w istocie gotową konstrukcją stalową, ale zmontowaną bez uprzedniego zabezpieczenia antykorozyjnego. Biegły odkrył też wady w wykonaniu dachu tej hali, na którym nie zamontowano zabezpieczenia łąt i kontrłąt. Wadliwa była też podwalina bandy w hali, przy budynku stajni nieprawidłowo została wykonana izolacja fundamentów oraz odprowadzanie wód powierzchniowych, co powoduje podciąganie wody na elewację zewnętrzną, wadliwie wykonane zostały wrota i drzwi wewnętrzne, które pozostawiono bez zamknięć, a niewłaściwie dobrane zawiasy odpadły i nie zamykają się prawidłowo. Ponadto okna osadzone zostały bez zabezpieczenia i dodatkowego profilu stalowego, przez co narażone są na przypadkowe otwarcie.

Pozwany nie zakwestionował opinii biegłego w zakresie istnienia wad jak wartości robót niewykonanych i nie zaprzeczył też, że co najmniej przez 3 miesiące około 5-ciu jego pracowników zamieszkiwało w pensjonacie powodów, w którym doba hotelowa kosztuje 40 zł, nie płacąc za ten pobyt.

Odnosząc się do zgłoszonego przez powodów- pozwanych wzajemnych zarzutu potrącenia, Sąd uznał go w całości za zasadny.

W niniejszej sprawie powodowie oświadczenie o potrąceniu nadali przesyłką poleconą na adres pozwanej Spółki, co pozwala na przyjęcie, że jej organy mogły zapoznać się z jego treścią; zostały także spełnione przesłanki potrącenia, takie jak: wzajemność wierzytelności, jednorodność świadczeń, wymagalność wierzytelności oraz ich zaskarżalność. Twierdzenia pełnomocnika pozwanego (powoda wzajemnego), z których wynika że nie dotarło ono do Spółki, w ocenie Sądu jest niewiarygodne.

Reasumując, w okolicznościach niniejszej sprawy uprawnione jest przyjęcie, iż zarzut potrącenia wierzytelności powodów określonych na łączną kwotę 277.711,64 zł z wierzytelnością pozwanej Spółki w kwocie określonej pozwem wzajemnym, tj. 175.265 zł, jest zasadny.

O kosztach procesu orzeczono zgodnie z art. 98 k.p.c. statuującym zasadę odpowiedzialności za wynik procesu, w związku z § 6 ust 5 i 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tj. Dz. U. z 2013 poz. 490).

Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany- powód wzajemny, który zaskarżył orzeczenie w całości i zarzucił mu:

1. naruszenie prawa procesowego mające wpływ na wydane orzeczenie, a mianowicie:

a. art. 217 § 3 k.p.c. w zw. z art. 286 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące błędnym uznaniem, że zgłoszony przez powoda wzajemnego wniosek o przeprowadzenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego prowadził jedynie do przedłużenia postępowania oraz wniesiony jest na okoliczność dostatecznie wyjaśnioną. Nadto nieuwzględnienie wniosku powoda wzajemnego o przeprowadzenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego uniemożliwiło dokładne ustalenie wynagrodzenia za wszystkie wykonane prace należnego powodowi wzajemnemu. Zbadanie powyższej okoliczności ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, gdyż ze sporządzonej opinii nie wynika stosunek wartości robót niewykonanych do robót wykonanych przez powoda wzajemnego w odniesieniu do ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego,

b. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie zasad swobodnej oceny dowodów, a także dokonanie sprzecznej z zasadami logicznego rozumowania oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, polegające na uznaniu, że zachodziły przesłanki do wykonania przez pozwanych wzajemnych ustawowego prawa odstąpienia od umowy z dnia 12.07.2010 r., podczas gdy rzeczywistą winę za opóźnienie w wykonaniu robót ponosili ci pozwani. Nadto Sąd I instancji wbrew zebranemu materiałowi dowodowemu stwierdził, że powód wzajemny nie udowodnił wysokości dochodzonego roszczenia, podczas gdy wysokość należnego i niewypłaconego powodowi wzajemnemu wynagrodzenia oraz zakres wykonanych prac częściowo wynikały ze sporządzonej w sprawie opinii biegłego oraz zostały przyznane przez pozwanych wzajemnych,

2. naruszenie prawa materialnego, a mianowicie:

a. art. 65 k.c. w zw. z § 3 ust. 4 umowy z dnia 12.07.2010 r. i § 3 ust. 2 aneksu z dnia 22.03.2011 r. poprzez błędną wykładnię oświadczeń woli stron umowy i uznanie, że zastrzeżone w aneksie do umowy o roboty budowlane sporządzonym dnia 22.03.2011 r. zaliczki należne powodowi wzajemnemu po wykonaniu każdego ze wskazanych tam etapów robót stanowią w istocie częściowe wynagrodzenie, nie mają zaś charakteru zaliczek sensu stricto, w związku z czym opóźnienie w ich zapłacie na rzecz powoda wzajemnego nie powodowało skutku opisanego w § 3 ust. 4 umowy, tj. przesunięcia terminu wykonania prac; podczas gdy w toku postępowania bezspornym pomiędzy stronami było, że kwoty wskazane w § 3 ww. aneksu płatne są po wykonaniu każdego z etapów prac i mają charakter zaliczek, a także treść umowy i aneksu nie pozostawia w tym zakresie wątpliwości, zwłaszcza, że zaliczki wprowadzone w aneksie nie odzwierciedlają wartości robót wykonywanych w ramach określonych tam etapów,

b. art. 491 § 1 k.c. w zw. z art. 476 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące uznaniem, że powód wzajemny pozostawał w zwłoce z wykonaniem prac, co z kolei uprawniało pozwanych wzajemnych do odstąpienia od zawartej umowy i żądania kar umownych, podczas gdy w rzeczywistości opóźnienie w wykonywaniu robót

budowlanych spowodowane było nieuiszczaniem przez pozwanych wzajemnych kolejnych zaliczek zgodnie z umowa i aneksem do umowy,

c. art. 644 k.c. w zw. z art. 656 k.c. poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy oświadczenie pozwanych wzajemnych o odstąpieniu od umowy wobec braku przyczyn leżących po stronie wykonawcy, należy traktować jako odstąpienie od umowy w oparciu o art. 644 k.c. ,

d. art. 636 § 1 k.c. w zw. z art. 656 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i błędną wykładnię skutkujące uznaniem, że pozwani wzajemni uprawnieni byli do zastępczego wykonania dzieła w sytuacji, gdy odstąpili od umowy zawartej z powodem wzajemnym, podczas gdy ww. przepis nie uprawnia zamawiającego do jednoczesnego skorzystania z prawa odstąpienia od umowy i zastępczego wykonania dzieła,

e. art. 637 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 656 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, podczas gdy uprawnienia opisane w art. 637 k.c. przysługują inwestorowi jedynie po odebraniu przez niego całości dzieła, co nie nastąpiło w niniejszej sprawie; gdyby Sąd odwoławczy nie podzielił tego stanowiska, apelujący wskazał, że Sąd I instancji niewłaściwie zastosował art. 637 k.c. również z następujących względów: pozwani wzajemni w niniejszym postępowaniu zgłosili wobec powoda wzajemnego roszczenia z tytułu rękojmi za wady, podczas gdy do tej pory podobne roszczenie nie zostało zgłoszone; po drugie, Sąd I instancji błędnie uznał, że w związku z niewykonaniem przez powoda wzajemnego części prac, pozwani wzajemni byli uprawnieni do zlecenia wykonania tych robót podmiotom trzecim na rachunek powoda wzajemnego, podczas gdy art. 637 k.c. nie przewiduje takiego uprawnienia; po trzecie, w przypadku odstąpienia od umowy pozostałe uprawnienia inwestora wskazane w tym przepisie mu nie przysługują,

f. art. 61 k.c. poprzez błędne jego zastosowanie i uznanie, że oświadczenie woli pozwanych wzajemnych o potrąceniu wierzytelności zostało złożone powodowi wzajemnemu, podczas gdy ten zaprzeczył aby je otrzymał, a pozwani nie przeprowadzili dowodu na doręczenie tego oświadczenia,

g. art. 498 § 1 i 2 k.c. oraz art. 499 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, że w przedmiotowej sprawie pozwani wzajemni pismem z dnia 16.06.2014 r. dokonali skutecznego oświadczenia o potrąceniu swoich wierzytelności z wierzytelnościami powoda wzajemnego, podczas gdy część z wierzytelności pozwanych wzajemnych w ogóle nie istnieje, ewentualnie nie nadaje się do potrącenia.

W związku z powyższym, apelujący wniósł o :

1. zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez:

a. oddalenie powództwa N. K. i I. K. (1) przeciwko(...) w K. o zapłatę,

b. zasądzenie od pozwanych wzajemnych na rzecz powoda wzajemnego kwoty 174.265,00 zł tytułem wynagrodzenia za prace budowlane wykonane przez apelującego na ich rzecz wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 2.09.2011 r. do dnia zapłaty,

c. zasądzenie od pozwanych wzajemnych na rzecz powoda wzajemnego kosztów procesu za obie instancje, za powództwo główne oraz wzajemne, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych,

2. w oparciu o art. 380 k.p.c. w zw. z art. 162 k.p.c. wniósł także o rozpoznanie przez Sąd Apelacyjny postanowienia Sądu oddalającego wniosek powoda wzajemnego o przeprowadzenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego sądowego na okoliczność wartości prac wykonanych przez powoda wzajemnego i przeprowadzenie dowodu z pisemnej uzupełniającej opinii biegłego na okoliczność określenia rzeczywistej wartości robót wykonanych przez powoda wzajemnego poprzez procentowe porównanie zakresu prac wykonanych i niewykonanych.

Powodowie- pozwani wzajemni wnieśli w odpowiedzi na apelację ich przeciwnika procesowego o jej oddalenie i zasądzenie na ich rzecz kosztów procesu odwoławczego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego- powoda wzajemnego zasługuje na uwzględnienie w części.

Sąd odwoławczy w całości aprobuje ustalenia poczynione w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku na okoliczności faktycznych i prawnych podstaw oraz zasadności odstąpienia od umowy łączącej strony przez powodów- pozwanych wzajemnych, którzy w tej mierze skorzystali z ustawowej podstawy odstąpienia opisanej w art. 491 § 1 k.c. Zgodnie z powołanym przepisem, jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć odpowiedni termin dodatkowy do wykonania zobowiązania z zagrożeniem, że w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. W realiach niniejszej sprawy inwestorzy w osobach powodów- pozwanych wzajemnych w piśmie z dnia 21 lipca 2011 r. (k. 12) wezwali wykonawcę do podjęcia wszelkich niezbędnych działań w celu zakończenia umówionych robót do dnia 31 sierpnia 2011 r., pod rygorem odstąpienia od umowy. Pozwany- powód wzajemny niewątpliwie to pismo otrzymał i nie spełnił żądania inwestorów, co spowodowało ich do złożenia dnia 27 września 2011 r. oświadczenia o odstąpieniu od umowy (vide: pismo i dowód nadania listem poleconym, k.13-15).

Zarzuty apelacji podważające zasadność i skuteczność analizowanej czynności powodów- pozwanych wzajemnych, odwołujące się do domniemanego przyczynienia się w/w do opóźnień w wykonawstwie robót poprzez wstrzymanie wypłaty kolejnych transz wynagrodzenia, które apelujący uznaje za zaliczki, są nietrafione.

Dokonana prawidłowo przez Sąd Okręgowy wykładnia § 3 umowy z dnia 12.07.2010 r. oraz § 3 aneksu do niej z dnia 22.03.2011 r. (k. 6v. i 10) wskazuje, że poza pierwszą kwotą w wysokości 60.000 zł, uiszczoną przez inwestorów terminowo, żadna z pozostałych płatności obciążających ich nie mogła być uznana za zaliczkę, pomimo posługiwania się przez kontrahentów w umowie i aneksie do niej tym pojęciem na określenie transzy wynagrodzenia ryczałtowego. Znaczenie słowa „zaliczka” jako „części należności wpłacanej lub wypłacanej z góry na jej poczet” (zob. „Słownik języka polskiego PWN”, tom III, Warszawa 1981, s.921) nie może być odniesione do sum uiszczanych po wykonaniu robót i stanowiących fragment należnego wynagrodzenia ryczałtowego. Wykonawca nie miał więc uzasadnionych podstaw aby oczekiwać zapłaty zaliczkowej za niewykonane roboty z kolejnych etapów inwestycji, poza pierwszą płatnością inicjującą prace. W konsekwencji nie był też uprawniony do wstrzymania robót w oczekiwaniu na świadczenie wzajemne, tym bardziej, że żaden z etapów inwestycji nie został zakończony w sposób przewidziany w umowie a więc po dokonaniu odbioru częściowego, co wynikało w znacznej części z niesatysfakcjonującego stopnia zaawansowania robót wykluczającego ich przyjęcie przez powodów (zob. tabelaryczne ujęcie stopnia zaawansowania robót w opinii biegłego, k.211-212, tom IV akt sprawy).

Reasumując, stwierdzić należy, że sposób regulowania wynagrodzenia ryczałtowego za umówione roboty budowlane nie może być uznany w analizowanym stanie faktycznym za przyczynę opóźnienia w wykonaniu robót pozwanego- powoda wzajemnego, zaś stawiane w tej materii zarzuty (pkt 2a i 2b apelacji) nie zasługują na uwzględnienie.

Powodowie w następstwie odstąpienia od umowy naliczyli dwie kary umowne obciążające wykonawcę robót, a mianowicie karę za zwłokę w wykonaniu prac przewidzianą w § 12 ust.1 pkt a umowy z dnia 12 lipca 2010 r. w wysokości 24.926,70 zł i karę z tytułu odstąpienia od umowy przez zamawiających z przyczyn obciążających wykonawcę w wysokości 37.767,80 zł odpowiadającej 10% wynagrodzenia umownego, o której mówi § 12 ust.1 pkt d umowy. Nie kwestionując co do zasady okoliczności uzasadniających ich prawo do powyższych należności, rozważyć należy, czy mają one konkurencyjny charakter a w konsekwencji, czy mogą być dochodzone wspólnie, co nierozdzielnie wiąże się z oceną skutku odstąpienia od umowy przez powodów.

Zgodzić się należy z obecnym w orzecznictwie i piśmiennictwie poglądem , że art. 395 § 2 k.c. określający skutek wykonania prawa odstąpienia od umowy i obowiązki stron z tym związane oraz art. 491 § 2 k.c. jako dotyczący zakresu ustawowego prawa odstąpienia od umowy , nie mają charakteru ius cogens i w razie umownego uregulowania opisanych w nich kwestii w sposób odmienny od ustawowego , nie znajdują bezpośredniego zastosowania. Skoro strony , w zależności od ich woli , mogą zastrzec prawo odstąpienia od umowy , mogą też określić skutki odstąpienia

(ex nunc w miejsce ustawowo preferowanego ex tunc)(por. S.N. w wyroku z dnia 9 września 2011 r. , I CSK 696/10 , OSP 2012/7-8/78 z glosą W. Białończyka i glosą aprobującą K. Pasko , wcześniej S.N. w wyroku z dnia 23 stycznia 2008 r. , V CSK 379/07 , OSNC-ZD 2008, nr 4 , poz. 108 i w wyroku z dnia 16 listopada 2005 r. , V CK 350/05, Biul. S.N. 2006/nr 3 , poz. 11).

W tych warunkach istotne znaczenie dla oceny niniejszej sprawy ma ustalenie , czy znajdą w niej zastosowanie ustawowe podstawy analizy skutków odstąpienia pozwanego od umowy łączącej strony , dokonanego dnia 27 września 2011 r. , wraz z dotyczącymi ich wykładni rozległymi i częstokroć sprzecznymi poglądami doktryny oraz judykatury (por. S.N. w wyroku z dnia 5 marca 1997 r. , II CKN 28/97 , OSNC 1997 , nr 6-7 , poz. 90 , w wyroku z dnia 14 marca 2002 r. , IV CKN 82/00 , niepubl. , w wyroku z dnia 4 czerwca 2002 r. , I CK 1/02 , niepubl. , w wyroku z dnia 8 stycznia 2004 r. , I CK 24/03 , niepubl. , w wyroku z dnia 19 marca 2004 r. , IV CK 172/03 , niepubl. , w wyroku z dnia 26 kwietnia 2007 r. , III CSK 366/06 ,niepubl. oraz wyroku z dnia 23 stycznia 2007 r. , III CSK 275/06 , niepubl.) , czy też reguły wykreowane przez strony w umowie.

Okoliczności powyższe decydują bowiem o konkurencyjności lub współlistnieniu w ramach jednego stosunku prawnego kar umownych za zwłokę i z tytułu realizacji prawa odstąpienia. Na gruncie aktualnego orzecznictwa S.N. ustabilizował się bowiem pogląd o niemożności dochodzenia obu tych kar jednocześnie w sytuacji odstąpienia od umowy ze skutkiem ex tunc , co ma zasadniczo miejsce wtedy , gdy strony umówiły się o świadczenie niepodzielne. Odmienne oceniane jest odstąpienie od umowy o świadczenie podzielne , ponieważ skutek odstąpienia występuje tam jedynie od daty jego dokonania , zaś świadczenia zrealizowane przed tym momentem są oceniane na gruncie umownym (skutek ex nunc). W tym drugim przypadku kara umowna za zwłokę może być naliczona do momentu odstąpienia , przekształcając się po odstąpieniu od umowy w karę umowną za odstąpienie (por. S.N. w uchwale z dnia 18 lipca 2012 r. , III CZP 39/12 , także A. Fidali w glosie do tej uchwały , Lex 2014/2/23-28 a ponadto S.N. w wyroku z dnia 28 stycznia 2011 r. , I CSK 315/10, Legalis 417484).

Analiza umowy łączącej strony wskazuje na podzielny charakter zakontraktowanego świadczenia , łączący się zasadniczo ze sposobem realizacji inwestycji „pod klucz” , w którym zawiera się szereg czynności jedynie pośrednio powiązanych z budową. W § 1 ust. 1 umowy (k. 6) strony umówiły się m.in. o wykonanie dokumentacji budowlanej i wykonawczej , zaś sama realizacja inwestycji podzielona została na pięć typów robót , które mogły być rozliczane etapami po dokonaniu odbioru częściowego (§ 3 ust. 5 umowy). Aneks do powyższej umowy (k. 10) powielił ten schemat dzieląc wykonanie robót i płatności na 10 etapów. O podzielności przedmiotu umowy świadczy także przyjęty w jej § 13 ust. 3 sposób rozliczenia świadczeń wzajemnych na wypadek odstąpienia od umowy , który odnosi się do załącznika , k. 9 stanowiącego wycenę poszczególnych fragmentów prac i jest swoistą kalkulacją przyjętego wynagrodzenia ryczałtowego. Okoliczności te potwierdzają , że strony umówiły się o świadczenie podzielne , co pozwala uznać współlistnienie w niniejszej sprawie dwóch kar umownych za dozwolone.

Zgodnie z § 13 ust. 3 umowy w przypadku odstąpienia od umowy wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za wykonane roboty , które nie zostały zapłacone do dnia odstąpienia , zgodnie z dokonaną obustronną inwentaryzacją robót , przy uwzględnieniu wartości poszczególnych elementów , zgodnie z ofertą wykonawcy stanowiącą załącznik nr 2 do umowy (k. 7v. i 9). Powyższa regulacja w sposób klarowny określa sposób ustalenia wynagrodzenia należnego pozwanemu- powodowi wzajemnemu i uchyla potrzebę posilkowania się przepisami kodeksowymi , czyniąc w ten sposób część argumentów Sądu I instancji i apelacji zbędnymi.

Bezspornie strony umówiły się końcowo o wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy w kwocie 384.778 zł (k. 10) a poza umową pisemną uzgodniły wykonanie łącznika i prac przy naświetlach nad siodlarnią o dodatkowej wartości 10.032,20 zł (vide: ostatnia pozycja w tabeli , k. 212 , tom IV akt sprawy) , co daje łącznie 394.810,20 zł. W tym miejscu pojawia się pytanie o zakres faktycznego uregulowania tej kwoty przez powodów- pozwanych wzajemnych , którzy twierdzą konsekwentnie , że wypłacili wykonawcy 229.000 zł (zob. ich pismo procesowe z dnia 29.02.2016 r.) , czemu zaprzecza pozwany- powód wzajemny przyznając pobranie kwoty znacząco niższej , tj. 170.000 zł (zob. oświadczenie pełnomocnika apelującego , k. 321). W tych warunkach , treść art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. ciężarem udowodnienia wysokości wypłaconego wynagrodzenia obciąża powodów , którzy temu obowiązkowi nie sprościli; z

zaprezentowanych przyczyn Sąd Apelacyjny uznał w ślad za apelującym (art. 229 k.p.c.), że otrzymał on jedynie kwotę przyznaną.

Sąd Okręgowy poczynił szereg ustaleń na okoliczności istotne w sprawie ale nie zastosował schematu przewidzianego w § 13 ust. 3 umowy łączącej strony celem ustalenia wysokości wynagrodzenia należnego apelującemu i spotkało się to ze słuszną ripostą tego ostatniego oraz wnioskiem o uzupełnienie materiału dowodowego przez dopuszczenie dowodu z kolejnej opinii biegłego, który został pierwotnie oddalony. Opinia uzupełniająca biegłego A. S. (1) sporządzona na piśmie i zeznana do protokołu rozprawy apelacyjnej, pomimo pewnych jej niedostatków, potwierdziła wykonanie przez pozwanego 76,64% umówionych prac i taki ułamek Sąd Apelacyjny przyjął dla dalszych rozliczeń, uznając ustalenia biegłego w tej materii za spójne i logiczne. Biegły dokonał powyższego wyliczenia odnosząc się do poszczególnych etapów inwestycji i kwot wynagrodzenia umownego należnego za te elementy ale równocześnie ustalił wartość kosztorysową robót pozwanego, do czego nie był zobowiązany (zob. postanowienie dowodowe, k. 201). Dodatkowo w części kosztorysowej biegły pominął wartość konstrukcji stalowej hali ujeżdżalni, co wytknął apelujący, ale brak ten nie wpłynął na prawidłowość pozostałej kalkulacji, ponieważ element ów został ujęty w wyliczeniach dotyczących procentowego zakresu wykonania robót.

Skoro roboty z umowy pisemnej zostały wykonane w określonym przez biegłego ułamku, to wykonawcy należy się taki sam fragment wynagrodzenia ryczałtowego powiększony o wartość prac wykonanych na podstawie ustaleń ustnych, czyli kwota 304.926 zł (384.778 zł x 0,7664 + 10.032,20 zł). Odjęcie od tej wielkości sumy uiszczonyj (170.000 zł) oznacza dług inwestorów na kwotę 134.926 zł.

Powodowie oświadczyli dnia 16 czerwca 2014 r. potrącenie z wierzytelnością pozwanego w kwocie 174.265 zł własnej wierzytelności, na którą złożyły się sumy opisane w tym oświadczeniu (zob. k. 450-451). Pismo zostało przesłane listem poleconym wykonawcy robót i do niego dotarło. Odwołujący się do tego oświadczenia procesowy zarzut potrącenia złożony w piśmie procesowym (k. 445-445v.) również nie budzi zastrzeżeń. W tych warunkach należało ocenić na ile kwoty zgłoszone do potrącenia faktycznie powodom jako inwestorom należą się od pozwanego jako wykonawcy, ponieważ (co jest niesporne w doktrynie i orzecznictwie) oświadczenie potrącenia danej wierzytelności nie oznacza jeszcze jej istnienia.

W oświadczeniu o potrąceniu znalazła się kwota 24.926,70 zł stanowiąca równowartość kary umownej za zwłokę w wykonaniu robót i jest to jedyna wierzytelność, którą Sąd Apelacyjny uznał za należną i wymagalną.

Pozostałe wierzytelności powodów zgłoszone do potrącenia zostały pominięte w niniejszych kalkulacjach. Wątpliwości Sądu odwoławczego budzi przede wszystkim zasadność zgłoszenia do potrącenia całego szeregu kwot stanowiących równowartość robót niewykonanych przez pozwanego, a mianowicie 15.000 zł z tytułu zaniechanej niwelacji hali, 42.450 zł tytułem niewykonania drewnianych ścian zewnętrznych ujeżdżalni, 38.700 zł z tytułu niewykonanej wymiany pokrycia dachu stajni na blachodachówkę, 13.057, 43 zł z tytułu niewybudowania bandy w hali ujeżdżalni, 74.772,51 zł z tytułu niewykonania zabezpieczenia antykorozyjnego konstrukcji hali, 7.562 zł tytułem niewykonania zabezpieczenia łat i kontrłat dachowych, 12.821,52 zł tytułem zaniechanej przez wykonawcę niwelacji podłoża w hali ujeżdżalni, 754, 75 zł tytułem niewykonanego zabezpieczenia antykorozyjnego słupów w stajni, 8.757,53 zł tytułem niewykonanej wyprawy elewacyjnej, 5.217,36 zł tytułem niewykonanej izolacji fundamentów stajni, 885,67 zł tytułem niewykonania zamknięć wrót i drzwi, 2.467,72 zł tytułem nieułożonej przez wykonawcę posadzki w stajni i 13.337,84 zł tytułem zaniechanej modernizacji werandy (ogółem 235.784,33 zł). Wszystkie te prace mieściły się w przedmiocie zamówienia i nie zostały wykonane, w konsekwencji biegły wykluczył je z rozliczenia a Sąd Apelacyjny zmniejszył o wartość robót niewykonanych należność pozwanego- powoda wzajemnego. W tych warunkach nie sposób uznać kwoty „zużytej” w procesie zmniejszenia wynagrodzenia wykonawcy za należność istniejącą pod innym tytułem prawnym.

Sumy przedstawione do potrącenia przez powodów nie równoważą się z wartością umowną prac niewykonanych podaną przez biegłego w jego ostatniej opinii pisemnej. Najbardziej problematyczna suma 74.772,51 zł stanowiąca równowartość niewykonania zabezpieczenia antykorozyjnego konstrukcji hali ujeżdżalni (poz. 9, tabela, k. 211 tom IV akt sprawy) została jednak ujęta na kwotę wyższą jako praca niewykonana (wartość umowna tej pozycji to

172.150 zł, zaś cena prac zrealizowanych to ok. 70.000 zł, co odpowiada sumom podanym przez biegłego i apelującego na rozprawie dnia 11 marca 2016 r., znacznik czasowe od 00:13:33 do 00:22:31). Pozostałe koszty realizacji prac niewykonanych przez apelującego podawane przez powodów są jednak znacząco wyższe od przyjętego zmniejszenia wynagrodzenia ryczałtowego.

W świetle art. 484 § 1 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej wysokości bez względu na wartość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zasądzonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony postanowiły inaczej i taka sytuacja zaistniała w niniejszej sprawie. Zgodnie bowiem z § 12 ust. 3 umowy stronom przysługuje prawo do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych, gdy zapłacone kary nie wyrównują szkody. Treść tego przepisu pozwala uznać wszystkie zastrzeżone kary umowne za zaliczalne, co uprawnia zasadniczo powodów do dochodzenia odszkodowania w kwocie, o którą szkoda jest wyższa od naliczonej kary. W takiej sytuacji wierzyciel dochodzący na zasadach ogólnych szkody przekraczającej wysokość kary umownej musi jednak udowodnić zarówno jej istnienie jak i wysokość (por. W. Borysiak w Komentarzu pod red. Osajdy oraz P. Drapała w System Prawa Prywatnego, t. 5 , s. 1154 a także S.N. w wyroku z dnia 5 września 2012 r., V CSK 196/11, Legalis).

W niniejszej sprawie powodowie naliczyli dotychczas kary umowne na kwotę 62.694,50 zł; po doliczeniu jej do kwoty stanowiącej umowną wartość robót niewykonanych ciągle istnieje (w stosunku do wierzytelności zgłoszonej do potrącenia) nadwyżka na ich korzyść, której jednak nie sposób powiązać z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, chociaż to powodowie winni , w zgodzie z art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. przedstawić dowody na okoliczność wysokości szkody przekraczającej kwotę kary umownej. Zaoferowane w tej materii dowody (pojedyncze faktury, zeznania świadków) są niejednoznaczne i odnoszą się nie tylko do wartości prac niewykonanych ale również wykonanych wadliwie (świadkowie a częstokroć i same strony nie do końca rozróżniają te pojęcia, por. k. 304 v. i 332v.); tymczasem wadliwe wykonanie robót jest rozliczane w ramach innej kary umownej z § 12 ust. 1 pkt b, która dotychczas nie została naliczona. Ponadto powodowie pomijają kontekst innych okoliczności, niezależnych od pozwanego, który rzutuje na wartość ich uszczerbku, czego przykładem jest uszkodzenie dachu i ściany stajni przez upadające w wyniku wichury drzewo, o czym zeznawał świadek M. K. (zob. zeznania tego świadka na rozprawie dnia 3 marca 2014 r. , znaczniki czasowe od 00:19:41 do 00:32:06).

Szkodą powodów niezrekompensowaną w zmniejszeniu wynagrodzenia byłaby z pewnością różnica między faktycznymi kosztami zakończenia prac apelującego przez inne podmioty a wartością ryczałtową tych prac w umowie ale powodowie nie przedstawili takiej kalkulacji i dowodów na jej poparcie. Biegły A. S. wyszacował co prawda kosztorysową wartość robót niewykonanych na dzień sporządzenia umowy na kwotę 99.362,39 zł (zob. k. 212 tom IV akt sprawy), która jest wyższa o ok. 9.000 zł od wartości zmniejszenia wynagrodzenia ryczałtowego ale różnica ta mieści się w kwocie naliczonych kar umownych.

Podobny problem dotyczy zgłoszonej do potrącenia wierzytelności naprawczej, czyli kwoty 5.000 zł z tytułu kosztów usunięcia wad dachów hali i nowej stajni, które należne są powodom jedynie wówczas , gdy przekraczają należną karę umowną za zwłokę w usunięciu wady. Nienaliczenie takiej kary nie zmienia faktu, że potencjalnie mieszczące się w niej odszkodowanie może być dochodzone tylko w jej granicach.

Odnosząc się do kwoty 12.000 zł stanowiącej równowartość domniemanych kosztów zamieszkiwania w pensjonacie powodów pracowników pozwanego, zauważyć wypada, że w tej materii strony (i pracownicy pozwanego wykonawcy) nie zawierały jakiegokolwiek umowy, a więc roszczenie powodów w tym zakresie może być ocenione jedynie na gruncie bezpodstawnego wzbogacenia (art. 405 k.c.). Powodów obciążał w takiej sytuacji dowód nie tylko na okoliczność ich zubożenia ale także wzbogacenia pozwanego, który konsekwentnie zaprzeczał aby był dłużnikiem powodów. W tym kontekście nie wyjaśniono, czy pozwany zobowiązany był zapewnić swoim pracownikom nocleg na miejscu robót a przede wszystkim ilu pracowników oraz przez jaki okres zamieszkiwało na placu budowy. Kalkulacja powodów (kwestionowana przez pozwanego) mówi o „co najmniej pięciu pracownikach” a więc sami powodowie nie są pewni liczby potencjalnych lokatorów i podobnie rzecz się ma z długotrwałością ich zamieszkiwania; także stawka dobową, którą posługują się powodowie nie została nawet uprawdopodobniona, także w kontekście warunków lokalowych,

zużycia wody, energii elektrycznej, wyposażenia pomieszczeń itp. W tej sytuacji należność wzmiankowana uznana została za nieudowodnioną.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny zasądził na rzecz pozwanego- powoda wzajemnego wynagrodzenie należne (za roboty faktycznie wykonane) pomniejszone o kwotę wypłaconą (170.000 zł) i skutecznie potrąconą (24.926,70 zł), zmieniając tym samym na zasadzie art. 386 § 1 k.p.c. zaskarżony wyrok w pkt 1 sentencji i oddalając w jego pkt 2 apelację w pozostałym zakresie na zasadzie art. 385 k.p.c.

O kosztach procesu w obu instancjach Sąd Apelacyjny rozstrzygnął w zgodzie z art. 100 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 6 i 7 (i § 12 ust. 1 pkt 2 w instancji odwoławczej) Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2013 r. , poz. 490) przy uwzględnieniu wygranej pozwanego w sprawie z powództwa wzajemnego w I instancji w 0,63 oraz sumarycznej jego wygranej w obu sprawach na etapie postępowania odwoławczego w 0,52. W skład kosztów procesu w pierwszej z wymienionych spraw zaliczono wynagrodzenia pełnomocników, zaliczki na wydatki sądowe (usunięto w ten sposób kwotę zaliczki powodów z zasądzonych na ich rzecz kosztów procesu głównego, ponieważ Sąd odwoławczy uznał wydatki na opinie biegłego za związane ze sprawą z powództwa wzajemnego) oraz opłatę od pozwu wzajemnego, co dało łącznie 17.808 zł. W skład kosztów procesu odwoławczego weszły: wynagrodzenia pełnomocników, opłata od apelacji i wydatki na opinię biegłego. O wydatkach tymczasowo skredytowanych przez Skarb Państwa na etapie II instancji (pkt 4) orzeczono zgodnie z art. 113 ust. 1 u.ok.s.c.

(...)

(...)

(...)