



Sygn. akt V CSK 182/08

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 listopada 2008 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Iwona Koper (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Teresa Bielska-Sobkowicz

SSN Dariusz Zawistowski

w sprawie z powództwa Przedsiębiorstwa Z.(...) "U.(...)" Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Zakładu Pracy Chronionej w Z.

przeciwko "O.(...)" Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w G.

o zapłatę i z powództwa wzajemnego "O.(...)" Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. przeciwko Przedsiębiorstwu Z.(...) "U.(...)" Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością Zakładowi Pracy Chronionej w Z.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej w dniu 14 listopada 2008 r., skargi kasacyjnej strony pozwanej (powoda wzajemnego) od wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 20 grudnia 2007 r., sygn. akt V ACa (...),

uchyla zaskarżony wyrok

- 1/ w zakresie powództwa głównego: w pkt I.1.a i 1.c. co do zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda kwoty 736.180,00 zł (siedemset trzydzieści sześć tysięcy sto osiemdziesiąt) i rozstrzygnięcia o kosztach procesu oraz w pkt II co do oddalenia apelacji pozwanego w tym zakresie;**

- 2/ w zakresie powództwa wzajemnego w pkt I.2.b i 2.c. co do oddalenia powództwa wzajemnego w pozostałej części tj. co do kwoty 282.375,00 zł (dwieście osiemdziesiąt dwa tysiące trzysta siedemdziesiąt pięć), oraz
- 3/ w pkt III, IV i V i sprawę w tym zakresie przekazuje Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania wraz z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania kasacyjnego.

Uzasadnienie

Powód - Przedsiębiorstwo Z.(...) U.(...) Spółka z o.o. w Z. wniósł o zasądzenie od pozwanego O.(...) Sp. z o.o. w G. kwoty 372.060 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 4 lutego 2004 r. tytułem wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane z faktury nr (...)/04 z dnia 20 stycznia 2004 r. W toku procesu powód rozszerzył żądanie pozwu o dalsza kwotę 963.410,70 zł, z odsetkami od dnia 19 lipca 2004 r., za roboty objęte fakturą nr (...)/04.

Sąd Okręgowy w G. nakazem zapłaty z dnia 27 maja 2004 r. uwzględnił powództwo. W sprzeciwie od nakazu pozwany, wnosząc o oddalenie powództwa, zarzucił, że: wystawienie faktury było przedwczesne gdyż powód nie wykonał całości prac nią objętych, powód nie wykonał przedmiotu umowy, część prac wykonały osoby trzecie i należne mu wynagrodzenie powinno ulec zmniejszeniu o koszty wykonawstwa zastępczego oraz z powodu wadliwości prac. Podniósł zarzut potrącenia z przysługującą mu względem powoda karą umowną za niedochowanie terminu wykonania umowy.

Pozwany wniósł w sprzeciwie powództwo wzajemne o zapłatę kary umownej za okres od 23 grudnia 2003 do 6 maja 2004 z tytułu niedochowania terminu wykonania obiektu. W odpowiedzi na nie powód zarzucił, że pozwanemu nie przysługuje kara umowna, gdyż niedotrzymanie terminu umownego nastąpiło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, a nadto strony rozwiązały umowę.

Wyrokiem z dnia 13 lutego 2007 r. Sąd Okręgowy w G.:

1/ z powództwa głównego: zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 611.543,91 zł z odsetkami od kwoty 372.060 od dnia 4 lutego 2004 i od kwoty 239.483 zł od dnia 20 lipca 2004 r. oraz koszty procesu, dalej idące powództwo oddalił;

2/ z powództwa wzajemnego: zasądził od powoda – pozwanego wzajemnego na rzecz pozwanego – powoda wzajemnego kwotę 600.000 zł z odsetkami od dnia 15 czerwca 2004 r. oraz koszty procesu, dalej idące powództwo oddalił.

Wyrok oparty został na następujących ustaleniach i wnioskach.

Strony zawarły w dniu 25 sierpnia 2003 r. umowę o roboty budowlane, w której powód zobowiązał się do wykonania robót określonych w jej § 2 i załączniku do umowy nr 3 w ramach realizacji inwestycji budowy hali drukarni w G.. Strony ustaliły terminy: przekazania placu budowy na 28 sierpnia 2003 r., rozpoczęcia robót na 1 września 2003 i zakończenia robót na 23 grudnia 2003 r. Ustaliły ryczałtowe wynagrodzenie wykonawcy w kwocie 1.815.000 zł plus podatek VAT. Szczegółową specyfikację składników wynagrodzenia zawierał załącznik nr 6 – kosztorys (§ 11 umowy). Wykonanie robót dodatkowych, nie objętych zatwierdzoną przez zamawiającego ofertą mogło nastąpić tylko na zasadach określonych w umowie (§ 11). Strony przewidziały możliwość naliczania kar umownych. Aneks nr 2 z dnia 5 września 2003 r. strony postanowiły, że budynek biurowy zostanie wykonany jako w całości dwukondygnacyjny, co potwierdziły w protokole z dnia 12 września 2003 r., w którym wykonawca potwierdził także termin zakończenia budowy zgodnie z umową. Protokół przekazania placu budowy sporządzono 28 sierpnia 2003 r. Pozwolenie na budowę zostało wydane decyzją z dnia 24 września 2003 r., która uprawomocniła się w dniu 17 października 2003 r. W tym dniu wydano też dziennik budowy. W dniu 31 października 2003 r., po podpisaniu protokołu odbioru robót, powód główny wystawił fakturę na 191.052 zł (netto 156, 600). Za okres od 1 listopada 2003 r. do 10 grudnia 2003 r. sporządzony został w dniu 11 grudnia 2003 r. protokół nr 2 dotyczący wykonanych robót konstrukcji stalowej, określający wartość prac na kwotę 152.000 zł, wobec wartości całości prac 190.000 zł i stopnia ich wykonania w 80%. Ogólną wartość prac wykonanych do tego dnia określono na 308.600 zł. Powód wystawił fakturę na 152.000 zł (z VAT 185.440) podpisaną przez v-ce prezesa zarządu pozwanego A. W. Pozwany zapłacił powódce 376.492 (308.600 zł plus podatek VAT). W czasie realizacji inwestycji pozwany żądał jej przyspieszenia, natomiast powód domagał się rozliczenia prac już wykonanych i sporządzenia aneksów dotyczących prac dodatkowych. W dniu 20 stycznia 2004 r. powód sporządził jednostronny protokół odbioru i wystawił fakturę 8/04 na 412.360 zł (338.000 plus VAT), a 4 lutego 2004 r. dokonał jej korekty fakturą nr 10/04 o 24.000 zł, doręczoną pozwanemu w dniu 5 lutego 2004 r. Pozwany nie potwierdził odbioru faktury z 20 stycznia 2004 i zawiadomił powoda w dniu 30 stycznia

2004 r., że w związku z niepodjęciem przez niego prac w określonym terminie powierzy wykonanie robót dotychczas niewykonanych innym wykonawcom na podstawie art. 636 w zw. z art. 656 k.c. W dniu 3 lutego 2004 r. zmienił się kierownik budowy, a prace kontynuowali inni wykonawcy. Pozwany otrzymał zezwolenie na użytkowanie zaplecza socjalno - biurowego drukarni w dniu 6 maja 2004 r. W dniu 7 czerwca 2004 powód zwrócił się do pozwanego o rozliczenie wykonanych przez niego prac i przedstawienie prac wykonanych „w zastępstwie podwykonawcy”. Notą księgową z dnia 8 czerwca 2004 r. pozwany obciążył powoda kwotą 1.204.258,73 z tytułu kary umownej za nieterminowe zakończenie budowy, z terminem zapłaty do 14 czerwca 2004 r. W dniu 30 czerwca powód główny wystawił fakturę 17/04 na kwotę 963.410,70 zł dotyczącą budowy drukarni na podstawie kosztorysu powykonawczego według stanu prac na dzień rozwiązania umowy - 28 stycznia 2004 r. – 143.934. 60 zł, po uwzględnieniu kosztów robót poprawkowych oraz dotychczas zafakturowanych robót. Strony dokonywały rozliczeń na podstawie faktur bez sporządzania kosztorysów częściowych za wykonane roboty, nie prowadzono książki obmiarów robót wykonanych oraz zanikowych. Wobec konfliktu między stronami i braku możliwości osiągnięcia porozumienia co do kontynuowania umowy w dniu 28 stycznia 2004 r. sporządzona została notatka służbowa, w której strony ustaliły zakres rzeczowy wykonanych prac oraz stwierdzone wady i usterki. Nie ustalono zakresu ilościowego prac, nie opracowano inwentaryzacji. Stanowiska stron w tym zakresie są różne (jedynie co do fundamentów i przyłączy zgodnie podały stopień ich wykonania w 90%). Nie jest możliwe procentowe wyodrębnienie kosztów robót poprawkowych.

Analizując zebrany w sprawie materiał dowodowy Sąd Okręgowy odmówił mocy dowodowej kosztorysowi załączonemu do pisma procesowego powoda głównego zawierającego rozszerzenie żądania, który nie został podpisany. Za pozbawione walorów dowodu uznał także prywatne opinie biegłych przedłożone przez strony, gdyż nie zawierały obmiarów robót, oraz opinię biegłego A. H. złożoną do sprawy VII GCo (...) Sądu Rejonowego w G., gdyż została ona sporządzona w dniu 4 lipca 2004 r., a więc po zakończeniu robót. Przy dokonywaniu ustaleń oparł się na dowodach z dokumentów, dowodach osobowych w postaci zeznań stron i świadków oraz opinii biegłego J. K.

Łącząc strony umowę zakwalifikował Sąd Okręgowy jako umowę o roboty budowlane uregulowaną przepisami art. 647 i nast. k.c., w której ryczałtowe wynagrodzenie ustalone zostało na kwotę 1.815.000 zł (2.214.300 zł brutto). Przy

uwzględnieniu roszczenia głównego wziął pod uwagę, iż powód główny nie wykonał części prac, zaś zrealizowane ewentualnie roboty dodatkowe mieściły się w ustalonym wynagrodzeniu ryczałtowym oraz że powód otrzymał już wynagrodzenie w kwocie 308.600 zł (376.492 zł brutto), a zamawiający mógł wstrzymać wypłatę wynagrodzenia do 5% wynagrodzenia. Uwzględnił też, że wykonane prace miały wady, których zakresu nie można ustalić tak samo jak kosztów ich naprawy. Dając wiarę pozwanemu co do stopnia zaawansowania prac wykonanych przez powoda, na podstawie opinii biegłego Sąd Okręgowy przyjął wartość tych prac na kwotę 852.490 zł. Stwierdził, że nie można ustalić kosztów usunięcia wad przez innych wykonawców na podstawie wystawionych przez nich faktur, gdyż dotyczą ogólnego wynagrodzenia bez rozbicia, które odnoszą się do usunięcia wad. Wskazał, że konieczność posłużenia się przez pozwanego wykonawcami zastępczymi wynika z art. 636 w zw. z art. 656 k.c. oraz uznał, że wynagrodzenie to nie musi być na takim samym poziomie jak ustalony z pierwszym wykonawcą. Od wartości wykonanych przez powoda prac odliczył 5% uzyskując kwotę 809.865,50 zł netto i 988 035, 91 zł brutto, z czego powód dostał kwotę 376.492, zatem do zapłaty pozostaje zasądzona na jego rzecz kwota 611.543,91 zł.

Oдноśnie do powództwa wzajemnego uznał Sąd Okręgowy, że żadna ze stron nie odstąpiła od umowy, ani też umowa nie została rozwiązana. Przyjął, że ponieważ powód wzajemny korzystał z uprawnienia z art. 636 k.c., powierzając dalsze wykonanie robót innym wykonawcom, uprawniony był do naliczania kary umownej na podstawie § 13 ust. 1 umowy i art. 484 § 1 k.c., w związku z opóźnieniem wykonania robót z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Dochodzoną przez powoda wzajemnego z tego tytułu kwotę 600.000 zł ocenił jako uzasadnioną co do wysokości za okres od 17 października 2003 r. tj. od uzyskania pozwolenia na budowę. We wcześniejszym okresie pozwany wzajemny mógł jedynie wykonywać prace podlegające zgłoszeniu budowlanemu, a więc do tego dnia nie można go obciążać skutkami opróżnienia. Powód wzajemny nie wykazał natomiast, by kara umowna wynosiła 1.204.258, 73 zł, zatem zgłoszony przez niego zarzut potrącenia nie mógł być uwzględniony.

Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżyły obie strony. Powód główny – pozwany wzajemny w części oddalającej jego dalsze powództwo oraz uwzględniającej powództwo wzajemne. Pozwany w części uwzględniającej powództwo główne.

Powód główny kwestionował w apelacji prawidłowość ustaleń faktycznych między innymi dotyczących stopnia wykonania prac, czasu trwania umowy, istnienia

przesłanek do powierzenia wykonawstwa zastępczego. Podnosił naruszenie art. 233 § 1 k.p.c., art. 354 § 2, art. 387 § 1 art. 636 w zw. z art. 656, art. 65 § 1, art. 483 § 1 i 2 k.c.

Pozwany zarzucał w apelacji naruszenie art. 636 k.c. w zw. z art. 656 k.c. przez przyjęty sposób rozliczenia wynagrodzenia należnego powodowi, który nie uwzględnia kosztów wykonawstwa zastępczego. W uzasadnieniu tego zarzutu podnosił, iż Sąd pierwszej instancji błędnie nie uwzględnił poniesionego przez niego wydatku na wykonawstwo zastępcze w wysokości 1.295.846 zł (netto), którego zasadność wynika z opinii biegłego. Wskazał, że wynagrodzenie wykonawcy w kwocie 2.214.300 zł powinno być pomniejszone o koszty wykonawstwa zastępczego w wysokości 1.580.932,00 zł (brutto) co daje różnicę w kwocie 601.699,50 zł. Po odjęciu od tej kwoty dokonanej już na rzecz powoda zapłaty w kwocie 376, 492,00 zł pozostaje kwota 225.207,50 zł, która jednak nie podlega zapłacie z uwagi na zgłoszony zarzut potrącenia należności z tytułu kary umownej oraz wadliwość wykonanych prac. Nadto zarzucał naruszenie art. 286 k.p.c. przez niedopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego w zakresie kosztów usunięcia wad, sprzeczność ustaleń z materiałem dowodowym przez ustalenie, że pozwany dostarczył powodowi pozwolenie na budowę z opóźnieniem naruszając postanowienia umowy, co miało wpływ na termin zakończenia budowy oraz ustalenie, że nie jest możliwe wyliczenie kosztów usunięcia wad prac wykonanych przez powoda, oraz błędną ocenę dowodów i uznanie, że termin uzyskania zezwolenia na użytkowanie nie może być uznany za termin zakończenia inwestycji.

Zaskarżonym obecnie wyrokiem Sąd Apelacyjny zmienił wyrok Sądu Okręgowego w ten sposób, że:

1/ z powództwa głównego zasądził od pozwanego kwotę 938.531,40 zł. w miejsce poprzedniej kwoty 611.543,91 zł, w pozostałej części powództwo oddalił,

2/ z powództwa wzajemnego zasądził od pozwanego wzajemnego kwotę 317.625 zł w miejsce poprzedniej kwoty 600.000 zł, w pozostałej części powództwo wzajemne oddalił,

3/ w pozostałej części oddalił obie apelacje i rozstrzygnął o kosztach procesu.

Sąd Apelacyjny, który ustalony w sprawie przez Sąd Okręgowy stan faktyczny uznał generalnie za prawidłowy, dokonał dodatkowo własnych ustaleń. Ustalił, w szczególności, że ze zleconych wykonawcy robót, na dzień 28 stycznia 2004 r. powód wykonał 63,6%. W tym względzie powołał się na dowód z opinii biegłego W. C. oraz A.

H. w aktach VII (...) SO w G. uznając za nietrafne zarzuty pozwanego głównego do tej opinii. Nie podzielił jego twierdzeń, że biegły przy sporządzaniu opinii oparł się na kalkulacji sporządzonej przez powoda głównego na użytek tego procesu oraz, że korzystał z kosztorysu ofertowego powoda głównego uznając je za nieudowodnione.

Odnosnie do rozstrzygnięcia w zakresie powództwa głównego uznał apelację powoda za częściowo uzasadnioną, zaś apelację pozwanego za całkowicie bezzasadną.

Sąd Apelacyjny wskazał, że powód domagał się wynagrodzenia w kwocie 1.335.470,70 zł brutto (372.060 zł plus 963.410,70 zł). Jako bezsporne przyjął, że powód wykonywał prace na rzecz pozwanego od 1 września 2003 r. do 28 stycznia 2004 r., a potem dalsze prace przejęli inni wykonawcy jak też, że powód nie wykonał całości prac, a pewne prace (co przyznał) wykonał z usterkami. Przyjął, że podstawą rozliczenia stron mogła być jedynie cena ryczałtowa w wysokości 1.815.000 zł netto i 2.214.300 zł brutto. Stwierdził, że zgodnie z umową i przepisami dotyczącymi umowy o dzieło wykonawca nie mógł odstąpić od umowy. Mógł to uczynić inwestor zgodnie z art. 636 k.c. i art. 637 k.c. w razie opróżnienia w rozpoczęciu prac, opróżnienia w ukończeniu prac, wykonywania prac wadliwie albo w sposób sprzeczny z umową, bądź wystąpienia wad nieusuwalnych, czy też nieusunięcia wad w terminie. Uznał że z przeprowadzonych dowodów wynika, iż wykonawca nie dotrzymał terminu ukończenia prac, a roboty wykonywał z opóźnieniem. Postępowanie dowodowe nie wykazało jednak, że wykonywał roboty wadliwie, bądź sprzecznie z umową (niezgodnie z dokumentacją, sprzecznie z zaleceniami inwestora, używał niewłaściwych materiałów). Za sprzeczne z umową nie można uznać nieterminowe wykonywanie robót. Oznacza to, że pozwanemu (inwestorowi) nie przysługiwało prawo do przekazania dalszych robót innym wykonawcom na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy. Nie może więc obecnie domagać się obniżenia wynagrodzenia o kwoty zapłacone osobom trzecim. Pozwany był natomiast uprawniony do odstąpienia od umowy z powodu opóźnienia w wykonywaniu robót, co faktycznie nastąpiło w dniu 28 stycznia 2004 r. Za przyjęciem, że fakt taki miał miejsce przemawia korespondencja między stronami (pisma z 9 stycznia, 21 stycznia, 26 stycznia, 30 stycznia, 2004 r i notatka z 28 stycznia 2004 r.). Chociaż inwestor nie zawarł w nich stwierdzenia, że odstępuje od umowy, ale że nastąpi powierzenie ukończenia prac osobom trzecim, to jednak wobec braku takiego uprawnienia należało przyjąć, i że odstąpił od umowy. Odstąpienie zostało potwierdzone pismem, m. innymi notatką stron z 28 stycznia 2004 r., co spełnia

warunek z art. 77 § 3 k.c. Istotne jest też, że w dniu 25 stycznia 2004 r., doszło do zinwentaryzowania robót, a 3 lutego 2004 r. do przekazania placu budowy przez powoda. Odstąpienie to dotyczyło tylko prac niewykonanych do tej daty, co wyraźnie wynika z treści korespondencji oraz protokołu przekazania robót. W tej sytuacji powodowi należy się wynagrodzenie za wykonane prace według ceny ryczałtowej i stanu zaawansowania prac na dzień odstąpienia. Dokonane wyliczenie wynagrodzenia należnego powodowi oparł Sąd Apelacyjny na opinii biegłego W. C. uznając, że nie mogła stanowić jego podstawy opinia biegłego inż. N., gdyż wykonana została na zlecenie strony i oparta na cenie kosztorysowej oraz opinia biegłego J. K. nie zawierająca procentowego wyliczenia zakresu wykonanych robót. Należne powodowi wynagrodzenie wyliczył Sąd Apelacyjny przyjmując, że przy wartości umownej robót 2.214.300 zł i 63% ich wykonania, wynosi ono 1.408.294,80 zł i podlega pomniejszeniu o 5% kaucji tj. kwotę 70.414, 74 zł, co daje różnicę w kwocie 1.337.880,06 zł, która z kolei po pomniejszeniu o kwotę wypłaconego powodowi wynagrodzenia (376.492 zł) daje kwotę 961.388,06 zł. Kwota ta podlega dalszemu obniżeniu z powodu wad prac zmniejszających ich wartość o kwotę 22.756,22 zł, którą uznał powód. Do zapłaty pozostaje więc zasądzona kwotę 938.631,40 zł. Pozwany utracił natomiast prawo do dochodzenia innych wad na podstawie art. 563 § 1 k.c., gdyż nie były one objęte protokołem z 20 stycznia 2004 r. i nie były przez niego zgłaszane, dlatego trafnie w ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd pierwszej instancji oddalił jego wnioski o uzupełnianą opinię biegłego w tym zakresie. Co do zarzutu potrącenia wierzytelności przysługującej pozwanemu z tytułu kar umownych w kwocie 1.204.258,73 zł uznał, że zarzut ten nie został skutecznie zgłoszony, gdyż pełnomocnik strony nie jest upoważniony do składania za stronę oświadczeń materialnoprawnych.

W zakresie powództwa wzajemnego Sąd Apelacyjny w częściowym uwzględnieniu apelacji pozwanego wzajemnego - powoda głównego zmniejszył zasądzoną od niego karę umowną. Sąd ten nie podzielił stanowiska Sądu Okręgowego, który przyjął, że opóźnienie wykonawcy było usprawiedliwione tylko przez 46 dni, gdyż inwestor otrzymał zezwolenie budowlane dopiero w dniu 10 października 2003 r., a przed tą datą wykonawca nie mógł prowadzić prac. Wykonawca znał bowiem i akceptował taki stan rzeczy, gdy nie było zezwolenia. Według umowy nie miały też - w ocenie Sądu Apelacyjnego - wpływu na termin zakończenia robót prace dodatkowe, jak też zmiana zakresu prac (projektu budynku biurowego). Wskazał równocześnie, odmiennie niż Sąd Okręgowy, że skoro pozwany

miał wykonać prace do dnia 23 grudnia 2003 r. i nie dotrzymał terminu, a powód odstąpił od umowy w dniu 28 stycznia 2004 r. to kara umowna należy mu się za okres od 23 grudnia 2003 r. do 28 stycznia 2004 r. Za ten okres wynosi ona 317.625 zł.

Wyrok zaskarżył skargą kasacyjną pozwany - powód wzajemny w części dotyczącej powództwa głównego co do kwoty 736.180,00 zł, stanowiącej różnicę między kwotą zasądzoną od niego wynagrodzenia powoda a wynagrodzeniem mu należnym – według skarżącego - w kwocie 202.351, 40 zł, przy uwzględnieniu podlegających odliczeniu od tego wynagrodzenia kosztów wykonawstwa zastępczego w kwocie 1.580.932 zł oraz związanego z nim rozstrzygnięcia o kosztach postępowania, a nadto w zakresie dotyczącym powództwa wzajemnego co do kwoty 282. 375 zł, o którą Sąd Apelacyjny obniżył zasądzoną na jego rzecz karę umowną, co do związanego z nim rozstrzygnięcia o kosztach postępowania, a nadto w części oddalającej apelację pozwanego - powoda wzajemnego.

Skarżący z powołaniem się na obie ustawowe podstawy zarzucił:

1/ w ramach podstawy naruszenia prawa materialnego

a/ naruszenie art. 636 w zw. z art. 656 k.c. przez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że pozwanemu w związku ze zwłoką powoda nie przysługiwało prawo powierzenia dokończenia prac wykonawcom zastępczym na koszt i ryzyko powoda,

b/ naruszenie art. 60, 65 § 1 k.c. przez niewłaściwe zastosowanie na skutek uznania, że pozwany odstąpił od umowy pomimo, że pozwany nigdy nie złożył oświadczenia woli wskazującego na zamiar rozwiązania umowy, a z treści pism pozwanego wyraźnie wynikało, że jego wolą było aby umowa nadal wiązała strony, oraz art. 491 § 2 k.c. polegające na uznaniu, że możliwe było odstąpienie od umowy w zakresie niewykonanych prac do dnia 25 stycznia 2004 r., a w konsekwencji uznanie, że kara umowna należy się powodowi wzajemnemu do 28 stycznia 2004 r. a nie do 6 maja 2004 r.

2/ w ramach podstawy naruszenia przepisów postępowania:

a/ naruszenie art. 235, 236, 233 § 2 k.p.c. poprzez oparcie wyroku na dowodach, które w sprawie nie były dopuszczone i przeprowadzone, tj. opinii biegłego W. G. oraz biegłego H.,

b/ art. 235, 236, 233 § 1 i art. 479¹² k.p.c. przez oparcie wyroku na opinii W. C., która została sporządzona na podstawie kosztorysu wstępnego, który nie był dopuszczony jako dowód w sprawie, a nadto został przekazany przez powoda w

postępowaniu przed sądem drugiej instancji, podczas gdy powód mógł i powinien wskazać go przed sądem pierwszej instancji,

c/ naruszenie art. 65 § 2 k.c. przez niewłaściwe zastosowanie na skutek tego, że Sąd ustalił w ślad za biegłym W. C. wartość poszczególnych zakresów prac wbrew postanowieniom umowy, co miało wpływ na wyliczenie wartości prac wykonanych przez powoda

Wnosił o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w zaskarżonej części i przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu, ewentualnie w razie gdyby podstawa naruszenia prawa materialnego okazała się oczywiście uzasadniona, przy braku naruszeń przepisów postępowania, o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w zaskarżonej części i orzeczenie co do istoty sprawy przez oddalenie powództwa głównego również co do kwoty 736.180,00 zł, zasądzenie należności z powództwa wzajemnego w całości tzn. również kwoty 282.375 zł. W przypadku uwzględnienia drugiego żądania nadto orzeczenie zwrotu spełnionego przez pozwanego świadczenia (973.476,13 zł), zasądzenie kosztów postępowania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Podlegające z zasady rozpoznaniu w pierwszej kolejności zarzuty naruszenia przepisów postępowania, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, wymagają uprzedzającego ich ocenę odniesienia się do zarzutu naruszenia art. 636 w zw. z art. 656 k.c. Uznanie jego zasadności uczyni je bowiem bezprzedmiotowymi.

Zgodnie z art. 656 § 1 k.c., przepisy o umowie o dzieło stosuje się odpowiednio do umowy o roboty budowlane w zakresie skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu (art. 635 k.c.), albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową (art. 636 k.c.), do rękojmi za wady wykonywanego obiektu (art. 637 i 638 k.c.) oraz uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu (art. 644 k.c.). W treści art. 656 § 1 k.c. widoczne jest wyraźne rozróżnienie między terminowością a sposobem wykonania umowy o roboty budowlane, co odpowiada systematyce przepisów dotyczących umowy o dzieło, do których przepis ten odsyła, regulujących obie te kwestie odrębnie w art. 635 i 636 k.c.

Jeżeli przyjmujący zamówienie – zobowiązany do wykonania dzieła w umówionym terminie – opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym,

zamawiający może, jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła, od umowy odstąpić bez wyznaczania terminu dodatkowego. Odstępując od umowy w takiej sytuacji zamawiający zyskuje możliwość powierzenia wykonania dzieła innemu wykonawcy i uzyskania go w oczekiwanym przez siebie terminie. Prawo odstąpienia od umowy przez zamawiającego nie jest zależne od tego czy przyjmujący zamówienie zawinił opóźnienie. Jeżeli natomiast jest ono następstwem okoliczności, za które przyjmujący zamówienie ponosi odpowiedzialność, zamawiającemu przysługuje nadto na zasadach ogólnych roszczenie odszkodowawcze z tytułu niewykonania umowy.

Odstąpienie od umowy przez zamawiającego kształtuje między stronami nowy stan prawny w ten sposób, że łącząca je umowa przestaje strony wiązać. Umowa wygasa ze skutkiem *ex tunc* (wyrok SN z 3 grudnia 2004, IV CK 340/04, nie publikowany i inne wymienione tam orzeczenia SN), a w konsekwencji żadna z nich po wygaśnięciu umowy na skutek odstąpienia nie może dochodzić roszczeń przewidzianych w umowie. Strony mogą dochodzić wzajemnie jedynie roszczeń określonych w art. 494 k.c. W razie umownego prawa odstąpienia strony mogą odmiennie określić skutki odstąpienia od umowy. Przepis art. 635 k.c. jako przepis szczególny w stosunku do ogólnych przepisów dotyczących niewykonania umów wzajemnych wyłącza określone w art. 491 § 1 k.c. warunki odstąpienia od umowy w postaci popadnięcia przez przyjmującego zamówienie w zwłokę i wyznaczania mu dodatkowego terminu do rozpoczęcia lub kontynuowania i ukończenia dzieła.

Prawo ingerowania zamawiającego w wykonywanie dzieła w trakcie jego realizacji dotyczy, poza terminowością (art. 635 k), także kontroli sposobu wykonywania dzieła z punktu widzenia prawidłowości i zgodności z umową, co reguluje art. 636 k.c. Dzieło jest wykonywane w sposób wadliwy, gdy wykonawca stosuje taki sposób wykonywania, który – na co wskazuje wiedza i doświadczenie – nie przyniesie zamierzonego rezultatu lub gdy w rozpoczętym dziele ujawnią się wady materiałowe, konstrukcyjne wpływające na jakość gotowego dzieła. Sprzeczność z umową, o której jest mowa w art. 636 k.c. dotyczy odstępstwa od określonego w umowie sposobu wykonywania dzieła, w tym wykonywania go, wbrew umownemu obowiązkowi, przez osoby trzecie. Rozróżnienie co do sposobu wykonywania dzieła jako wadliwego i sprzecznego z ustawą oznacza, że nie chodzi tylko o taką sprzeczność z umową, która powoduje wadliwość dzieła, lecz także o taką sprzeczność, która nie zagraża umówionemu rezultatowi. Przepis art. 636 § 1 k.c. przyznaje zamawiającemu prawo

żądania od wykonawcy zmiany sposobu wykonywania dzieła w wyznaczonym w tym celu odpowiednim terminie. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może, według swojego wyboru, od umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie.

Terminowość wykonania dzieła nie mieści się na gruncie art. 636 k.c. w użytym w nim pojęciu „sposobu wykonania dzieła”, który jeśli jest wadliwy albo sprzeczny z umową daje zamawiającemu prawo do skorzystania z tzw. wykonania zastępczego. Skutki opóźnienia się z wykonaniem dzieła poddane są regulacji art. 635 k.c., który takiego uprawnienia dla zlecającego dzieło nie przewiduje.

W tym stanie rzeczy trafnie i nie naruszając przy tym art. 636 k.c. przyjął Sąd Apelacyjny iż wysokość należnego powodowi głównemu wynagrodzenia powinna być określona nie w oparciu o kwotę umówionego wynagrodzenia obniżonego o koszty wykonania zastępczego (z którego pozwany wzajemny – z przyczyn na jakie się powoływał - nie mógł skorzystać) lecz na podstawie rzeczywistej wartości wykonanych robót.

Zgodnie z art. 491 § 2 k.c. jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a jedna ze stron dopuszcza się zwłoki tylko co do części świadczenia uprawnienie do odstąpienia od umowy przysługujące drugiej stronie ogranicza się według jej wyboru albo do tej części, albo do całej reszty nie spełnionego świadczenia.

Sąd Najwyższy w obecnym składzie uznaje za słuszny i podziela - wraz z uzasadniającą go argumentacją - pogląd wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2004 r., IV CK 172/03 (nie publ.), zgodnie z którym świadczenie wykonawcy wynikające z umowy o roboty budowlane jest podzielne. Jak trafnie wskazano w uzasadnieniu tego wyroku, niepodzielność przedmiotu świadczenia, do którego zobowiązany jest w ramach umowy o roboty budowlane wykonawca, zobowiązany do wykonanego przewidzianego w umowie obiektu i oddania go inwestorowi, nie może być utożsamiana z niepodzielnością samego świadczenia. Czym innym jest to, że inwestor zainteresowany jest otrzymaniem określonego co do tożsamości przedmiotu, jakim jest obiekt budowlany, czym innym zaś możliwość wykonywania robót niezbędnych do tego, aby taki obiekt powstał częściami. Takie częściowe wykonywanie robót, odnoszące się do określonego obiektu, jest właśnie częściowym spełnieniem świadczenia w rozumieniu art. 379 § 1 k.c., gdyż możliwe jest bez istotnej zmiany tego obiektu.

Nieuzasadniony jest więc podniesiony w skardze kasacyjnej zarzut naruszenia art. 491 § 2 k.c. w zakresie w jakim skarżący, ze względu na niepodzielności świadczenia wykonawcy, kwestionuje możliwość odstąpienia od umowy o roboty budowlane tylko co do reszty niespełnionego świadczenia.

Podzielić natomiast trzeba, pozostający w związku z art. 635 k.c. zarzut naruszenia art. 60 i 65 k.c., kwestionujący stanowisko zaskarżonego wyroku w kwestii odstąpienia przez inwestora – Spółkę O.(...) od zawartej z wykonawcą umowy o roboty budowlane.

Oświadczenie woli należy do kategorii faktów, których ustalenie następuje według reguł postępowania dowodowego oraz dyrektyw wykładni oświadczeń woli. Ustalenia Sądu Apelacyjnego w przedmiocie odstąpienia przez inwestora od łączącej strony umowy, w tym także woli objęcia jego skutkiem tylko reszty niespełnionego świadczenia, w obu tych aspektach nie można zaakceptować. Nie pozwala na przekonanie się o istnieniu lub nieistnieniu tego faktu brak ustaleń co do treści powołanych jako jego podstawa dowodów z dokumentów, których przeprowadzenie z istoty swej polega na zapoznaniu się stron i sądu z jego treścią.

Celem wykładni oświadczenia woli nie jest wykrycie wewnętrznej (subiektywnej) woli danej osoby, lecz zrozumienie rzeczywistej treści jej działania, zmierzającej do wywołania skutków prawnych. Istotne znaczenie dla wyniku wykładni oświadczenia woli mają okoliczności w jakich zostało ono złożone, konstytuujące określoną jego treść, która determinuje zamierzone przez składającego oświadczenie jego skutki. Ujawnienie woli może nastąpić przez jakiegokolwiek zachowanie się uzewnętrzniające tę wolę w sposób obiektywnie zrozumiały, a więc albo wyraźnie albo dorozumianie przez jakiegokolwiek zachowanie, które w okolicznościach mu towarzyszących dostatecznie zrozumiale wyraża wolę wywołania skutków prawnych objętych treścią czynności prawnej. W tym aspekcie istotne jest w okolicznościach przedmiotowej sprawy, w których wola odstąpienia przez inwestora od umowy nie została wprost ujęta i zwerbalizowana w formie pisemnej, jak przedstawiała się rzeczywista treść działania pozwanego zmierzającego do wywołania takich skutków prawnych. Jednak, zarówno stan, przebieg jak i treść tych działań nie wynika z ustaleń faktycznych będących podstawą zaskarżonego wyroku.

Podstawa skargi kasacyjnej jest usprawiedliwiona w zakresie zarzucanego w niej naruszenia przepisów art. 233 § 1, 235 i 236 k.p.c.

Zasadnie podnosi skarżący, że dokonane w sprawie przez Sąd Apelacyjny i przyjęte w podstawie faktycznej zaskarżonego wyroku ustalenia dyskwalifikuje – w części objętej tymi zarzutami - fakt oparcia ich na dowodach, które nie zostały w sprawie formalnie dopuszczone, zgodnie z art. 236 k.p.c., ani przeprowadzone, co naruszało ogólne reguły postępowania dowodowego w zakresie bezpośredniości, jawności, równości stron i kontradiktoryjności (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 20 sierpnia 2001 r., I PKN 571/00, OSNP 2003, nr 14, poz. 330 i z dnia 9 marca 2005, III CK 271/04 nie publ.). Dotyczy to dowodów z opinii biegłych W. G. i A. H. (w uzasadnieniu wyroku także jako H.), które nie znajdują się w aktach sprawy, a – jak wynika z motywów wyroku Sądu Apelacyjnego - wpłynęły w sposób zasadniczy na określenie wysokości zasądzzonego na rzecz powoda głównego wynagrodzenia.

Jako przedwczesne przedstawiają się na tym tle pozostałe zarzuty skargi kasacyjnej.

Kierując się powyższym Sąd Najwyższy uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego w zaskarżonej części przekazując sprawę temu Sądowi do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego (art. 398¹⁵ § 1 k.p.c.).