

Sygn. akt VI GC 105/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 maja 2016 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSR del. Marta Zalewska

**Protokolant: inspektor Agnieszka Chmiel**

po rozpoznaniu w dniu 10 maja 2016 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: Przedsiębiorstwa-Produkcyjno-Usługowo-Handlowego (...) Spółka z o.o. z/s w R.

przeciwko: (...) S.A. z/s w W.

o zapłatę

I. zasądza od pozwanego (...) SA z/s w W. na rzecz powoda Przedsiębiorstwa-Produkcyjno-Usługowo-Handlowego (...) Spółka z o.o. z/s w R. kwotę 69.754,78 zł ( sześćdziesiąt dziewięć tysięcy siedemset pięćdziesiąt cztery złote 78/100) z ustawowymi odsetkami za czas opóźnienia od dnia 19 stycznia 2015r. do dnia zapłaty,

II. umarza postępowanie co do kwoty 17.982,38 zł ( siedemnaście tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt dwa złote 38/100) z ustawowymi odsetkami za czas opóźnienia od niej,

III. w pozostałej części oddala powództwo,

IV. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 5.112,46 zł ( pięć tysięcy sto dwanaście złotych 46/100) tytułem kosztów procesu,

V. zarządza zwrot powodowi od Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Rzeszowie kwoty 400 zł ( czterysta złotych) tytułem połowy opłaty od cofniętej części pozwu,

VI. zarządza zwrot pozwanemu od Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Rzeszowie kwoty 2000 zł ( dwa tysiące złotych) tytułem niewykorzystanej zaliczki na wydatki.

**Sygn. akt VI GC 105/15**

**UZASADNIENIE wyroku z dnia 20 maja 2016r.**

Pozwem wniesionym w dniu 26 marca 2016 roku powód domagał się zasądzenia na jego rzecz od (...) S.A kwoty 179.768,20 zł ( słownie: sto siedemdziesiąt dziewięć tysięcy siedemset sześćdziesiąt osiem złotych 20/100) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wymagalności tj. 19 stycznia 2015 r. do dnia zapłaty oraz zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przypisanych .W uzasadnieniu wskazywał, iż skierował do pozwanego ofertę wykonania robót izolacyjnych i uszczelniających zbiornik ścieków w L., które miały polegać na takim uszczelnieniu, żeby pozwany mógł pozytywnie przeprowadzić próbę ciśnieniową w celu sprawdzenia ilości ubywającej wody w zbiorniku. W związku ze złożoną ofertą odbyło się przedmiotowe spotkanie celem ustalenia zakresu prac oraz innych warunkach umowy. Po przeprowadzonych

rozmowach z powodem pozwany dokonał ustnego zamówienia wykonania uszczelnienia przecieków w zbiorniku (...) 3 w oczyszczalni ścieków w L.. Ustalono czas realizacji: od dnia 8 października 2014 roku do 25 października 2014 roku. W dniu przystąpienia do prac były widoczne zacieki a także okoliczność, że teren wokół zbiornika był mokry, zaś po paru dniach robót stopień ich zaawansowania był na tyle wysoki, że zacieki zostały opanowane, aczkolwiek z powodu krótkiego terminu realizacji robót, tj. do dnia 25 października pozwany zlecił wykonanie robót T. P. (1), prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą (...) w Z.. Konieczność zatrudnienia drugiej ekipy według powoda była spowodowana faktem zaplanowania w dniu 25 października 2014 r. próby ciśnieniowej zbiornika. W związku z zatrudnieniem drugiej ekipy prace zostały podzielone pionowo na dwie ekipy, które wykonywały czynności odrębnie w różnych częściach zbiornika. Wg powoda niskie temperatury na przełomie października i listopada 2014 roku przyczyniły się do spowolnienia prac. Powód wystosował stosowne zgłoszenie kierownikowi budowy P. M. (1) faktu niemożności ogrzania żywicy w związku z niskimi temperaturami, który mimo występujących przeciwwskazań nakazał podjąć czynności nakierunkowane na kontynuowanie dalszych prac. 8 listopada 2014 roku był ostatnim dniem pracy przed długim weekendem związanym z dniem 11 listopada. W związku z powyższym powód ustalił z majstrem budowy, iż między dniem 8 listopada a 11 listopada 2014 roku nie będą wykonywane przez niego prace. Stopień zaawansowania prac na dzień 7 listopada był już na tyle wysoki, by jego ekipa mogła przerwać pracę na czas długiego weekendu, bez zagrożenia dla konstrukcji zbiornika. W dniu 10 listopada 2014 r. majster budowy P. M. (1) poinformował telefonicznie powoda, że prace zostały zlecone innemu podmiotowi, nie argumentując powyższej decyzji, mimo, iż powód zamierzał kontynuować prace i je zakończyć. poprzez całkowite uszczelnienie kolumny ścieków jednocześnie tłumacząc, iż udzielenie pracownikom dnia wolnego tj 10 listopada (między niedzielą a świętem Niepodległości) było racjonalnym podejściem pracodawcy do pracowników. Powód nadto wskazał, iż w świetle Instrukcji bezpiecznego wykonywania robót z dnia 8 października 2014 roku cyt. „wykonawstwo robót uwzględnia przerwy m.in w niedziele i święta ustawowo wolne od pracy”.

Powód pismem z dnia 10 grudnia 2014 roku dokonał zgłoszenia pozwanemu do odbioru wykonanych prac. W odpowiedzi doszło do spotkania w dniu 16 grudnia 2014 roku podczas którego strony nie doszły do porozumienia. W związku z powyższym powód w celu rozliczenia ze stroną pozwaną wystosował do niego pismo z 19 grudnia 2014 roku zawierające fakturę VAT z dnia 18.12. 2014 roku nr. RB/12/06 na kwotę 179.768,20 zł, kosztorys z dnia 17.12.2014 rok, a także pismo zawierające metodę przybliżonego określonego obmiaru wykonanych iniekcji przy uszczelnianiu przecieków na (...)3 w oczyszczalni ścieków w L.. Pozwany w/w pisma odesłał powodowi.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o jego oddalenie w całości oraz o zasądzenie na rzecz pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przypisanych. Pozwany naprowadził, że zobowiązanie obciążające powoda obejmowało osiągnięcie rezultatu w postaci uszczelnienia zbiornika (...) 3 i od osiągnięcia tego rezultatu uzależnione było ustalenie wynagrodzenia pozwanego. Powód miał wiedzę na temat warunków, od których uzależnione było jego wynagrodzenie a pomimo tego odstąpił od kontynuowania prac i w związku z tym powód sam pozbawił się możliwości uzyskania wynagrodzenia, ponieważ czynności nakierunkowane na osiągnięcie rezultatu w postaci uszczelnienia zbiornika (...) 3 wykonał i uzyskał inny podmiot. Pozwany zaznaczył, że w związku z niewykonaniem zobowiązania powodowi nie przysługuje roszczenie o zapłatę wynagrodzenia; powód utrudnił i skomplikował pozwanemu realizację prac, zmuszając pozwanego do zatrudnienia innych podmiotów. W trakcie wykonywania przedmiotowych prac nie wydażyło się nic, co mogło wpłynąć na zmianę warunków i zakresu wykonywania robót. Oferta dołączona do pozwu nie dotyczy przedmiotu niniejszej sprawy, ponieważ została złożona przez powoda w maju 2014 roku co wynika z jej treści, a sama oferta nie została przyjęta przez pozwanego i dotyczyła innego zbiornika, tymczasem przecieki w zbiorniku (...) nr 3 pojawiły się we wrześniu 2014 roku zaraz po jego napełnieniu. Powoda polecił pozwanemu dostawca materiałów – S., Równocześnie zadeklarował, iż w przypadku wyboru powoda do wykonania przedmiotowych robót zapewni nieodpłatnie niezbędne materiały. W związku z powyższym pozwany przesłał powodowi zdjęcia zbiornika nr 3. Na spotkaniu stron oraz S. L. (1) - przedstawiciela S. ustalono, że powód przystąpi do wykonania prac w dniu 8 października 2014 roku i uzyska szczelność nie później niż 25 października 2014 roku, a ustalenie wynagrodzenia i rozliczenie nastąpi powykonawczo po zakończeniu robót i osiągnięciu zamierzonego celu. Pozwany, widząc zagrożenie dotrzymania terminu ustalonego pomiędzy stronami, poinformował powoda o konieczności wprowadzenia na budowę innych podmiotów w celu wykonywania prac na

zbiorniku numer 3. Według pozwanego prace były wykonywane przez powoda zbyt wolno i nieskutecznie. W dniu 22 października 2014 roku pozwany wprowadził dwa inne podmioty : (...) którą kierował Pan T. P. (1) oraz firmę (...). W dniu 25 października zbiornik nr 3 nadal przeciekał: powód nie uzyskał szczelności nawet na tym ograniczonym obszarze zbiornika, który pozostał mu do wykonania po wprowadzeniu przez pozwanego podmiotów trzecich. Wraz z upływem czasu powód zmniejszył liczbę osób pojawiających się na placu budowy z 5 do 2 osób między 3 a 5 listopada 2014 roku, aż w końcu po weekendzie związanym z dniem 11 listopada nie pojawił się żaden pracownik powoda. W związku z powyższym pozwany niezwłocznie skontaktował się telefonicznie z powodem. W trakcie rozmów powód dwukrotnie poinformował, iż odstępuje od realizacji swoich zobowiązań. W tym samym czasie czynności na zbiorniku nr. 3 wykonywała właśnie (...). To właśnie temu podmiotowi udało się ostatecznie uszczelnić zarówno swój obszar zbiornika, jak i wykonywany przez powoda. Szczelność zbiornika została dopiero uzyskana 20 listopada 2014 roku. Powód dopiero w dniu 10 grudnia 2014 roku, a więc po wykonaniu robót przez (...), przesłał pozwanemu wezwanie do odbioru robót. Według pozwanego wystąpienie powoda z wezwaniem do odbioru robót stanowiło poważne nadużycie, gdyż przedmiotowe prace zostały wykonane przez inny podmiot. Pozwany zaprzeczał, iż niskie temperatury były przyczyną niewywiązania się z terminu przez powoda.

### **Sąd ustalił, co następuje:**

Strony zawarły ustną umowę polegającą na wykonaniu uszczelnienia przecieków umiejscowionych w zbiorniku (...)3 w oczyszczalni ścieków w L. przy ulicy (...). Poza sporem był czas realizacji przedmiotowych prac: 8 października 2014 roku - 25 października 2014 roku. Przedmiotem zlecenia było uszczelnienie zbiornika (...)3, który to zbiornik powód przed zawarciem umowy oglądał i nie zgłaszał doń uwag. Strony ustaliły też, iż materiał w postaci żywicy firmy (...) nieodpłatnie dostarczy powodowi firma S. L., dystrybutora tej żywicy, co też nastąpiło. Wynagrodzenie miało być płatne po wykonaniu prac, tj. po uzyskaniu szczelności zbiornika, choć wysokości wynagrodzenia i zasad jego określenia strony nie ustaliły. Za podobne prace pozwany innym wykonawcom płacił za mb zainiekowanej rysy ( dowód: zezn. św. S. L. k. 180 – 181, P. M. k. 181-182, M. P. k. 200, zezn. powoda k. 202 ). Zbiornik był przestarzały, beton kruszył się przy nawiercaniu, pręty zbrojeniowe były skorodowane, co wpływało na rozchodzenie się wody po zbiorniku. Specyfika budowy tego zbiornika, liczącego około 30 lat spowodowała opóźnienie prac wykonywanych przez powoda: po zainiekowaniu rysy przeciek pojawiał się obok, co wymagało kolejnego iniekowania. ( zezn. św. J. S. k. 178, G. C. k. 179, M. S. k. 179/2, S. L. k. 180, P. M. k. 182, ustna opinia biegłego k. 331/2 ). Powód przystąpił do wykonania prac na obwodzie zbiornika, oznaczonym kolorem czerwonym, wykonując prace na tej powierzchni ( rys. k. 173 ) i powierzchnię tę zainiekował ponadnormatywnie, w odstępach kilkucentymetrowych ( norma zakłada nawierty co 12 cm wzdłuż i w poprzek ) w związku z pojawiającymi się w tych samych lub sąsiednich miejscach zaciekami ( zezn. św. D. M. k. 178, M. S. k. 179/2, P. M. k. 182, 183-183/2, M. P. k. 200/2, 201, powoda k. 202 ). Niskie temperatury nie miały wpływu na spowolnienie tempa prac, jedynie przez 2 dni początkiem listopada ( w godzinach porannych ) temperatury były zbyt niskie, by iniekować, natomiast w tym czasie pracownicy wykonywali inne prace, tzw. przygotowawcze ( zeznania świadków C. P. k. 177, D. M. K. 178, T. P. k. 184, wydruk temperatur k. 57-59 ). W dniu 22.10.14r. pozwany wprowadził na budowę drugiego wykonawcę: firmę (...), ponieważ nie było możliwości, by powód w terminie umówionym 25.10.14r. uszczelnił cały zbiornik. P pozwany podzielił zakres prac na obu wykonawców, przy czym rola (...) polegała na dokończeniu tych powierzchni, których powodowi nie udało się uszczelnić, (...) stopniowo wchodziła w zakres powierzchni powoda, aż do całkowitego uszczelnienia zbiornika. Powód używał pakerów plastikowych i pompy ręcznej, po pojawieniu się (...) użył pompy pneumatycznej, (...) pakerów metalowych, pompy pneumatycznej, przy czym obie metody były prawidłowe, również stosowane przez powoda ciśnienie pompą ręczną, na co wskazywały wycieki żywicy na ścianach. Te pakery widoczne na zdjęciach ( fot. 11 k. 49 ) wystające ze ściany z widoczną żywicą nie były prawidłowo zakotwiczone. Okoliczność, iż obok miejsc zainiekowanych pojawiały się nadal przecieki było zjawiskiem normalnym przy złym stanie zbiornika, przy czym fakt, iż firmie (...) udało się uzyskać efekt szczelności całego zbiornika wynikał z tego, iż powód wykonał już znaczną część iniekcji, powodując stopniowe zanikanie przecieków ( plamy na ziemi już nie występowały ), zaś (...) jedynie kończyła te prace, iniekując w pozostałych miejscach występowanie zacieków. Gdyby powód dokończył prace, uzyskałby efekt szczelności zbiornika ( opinia ustna biegłego k. 332 ). Pracownicy powoda nie stawili się do pracy w sobotę 8.11.14r. mimo, iż w piątek majster budowy P. M. nie wyraził zgody na tzw. wolną sobotę.. W związku tzw. długim weekendem ( dzień 11.11 -

wtorek był dniem ustawowo wolnym od pracy ) w poniedziałek 10.11.14r. na budowie nadal nie pojawili się pracownicy powoda. W rozmowie telefonicznej z tego dnia P. M. po uzyskaniu od powoda informacji, iż w tym dniu nie przyjadą do pracy, oświadczył powodowi, iż do dokończenia prac pozwany wziął firmę (...). Powód powyższą informację przyjął do wiadomości i nie pojawił się już na budowie. W ten sposób doszło do zakończenia współpracy stron. ( dowód: zezn. św. M. P. k. 200/2, powoda k. 202/2 ). Do zainiekowania po E. pozostało na ten moment ok. 15 punktów. Firma (...) w II poł. listopada 2014r. zgłosiła prace do odbioru, odebrano prace poprzez obejście zbiornika, na którym nie było zacieków wody, (...) uzyskała wynagrodzenie 320 zł za mb rysy liczony od pakera do pakera ( zezn. św. T. P. k. 184/2 ). Powód nie zgłosił pozwanemu ilości użytych pakerów, nie zgłosił po wykonanym przez siebie zakresie prac do odbioru, zatem wysokość wynagrodzenia powoda została wyliczona na podstawie zainiekowanej przez powoda powierzchni zbiornika do momentu wejścia firmy (...) ( zaznaczona na rysunku k. 173 kolorem czerwonym ), wg mb nawiertów przewidzianych technologicznie wedle sztuki budowlanej, a nie wg faktycznej ilości nawiertów wykonanych przez powoda; materiał dowodowy nie pozwolił ustalenie tej faktycznej ilości, bowiem zbiornik w dacie oględzin biegłego był już zakryty, a zdjęcia również nie obrazowały całego zbiornika. Dodać należy, iż dokumenty rozliczeniowe , tj. fv ( k. 121-122 ) nie mogły stanowić dowodu na użycie w tej właśnie inwestycji wskazanych w tych fv materiałów w postaci pakerów, zwłaszcza że zakwestionował to skutecznie pozwany. Zważywszy na podłoże spornego zbiornika oraz po przeliczeniu czasu pracy, ilości pracowników powoda na tej inwestycji bardziej adekwatnym nośnikiem wyliczenia wynagrodzenia był katalog KNR 040, a nie katalog producenta żywicy S. . KNR 040 przewiduje w cenniku wykonywanie prac na wysokości, na jakiej wykonywał to powód. Wynagrodzenie to w IV kw. 2014r. winno wynosić 69.754,78 zł brutto ( dowód: opinia uzupełniająca biegłego k. 272-285, ustna k. 331/1 – 333/2 ).

Pismem z dnia 10.12.14r. powód zgłosił prace do odbioru, zbiornik w tym okresie został już zakryty , nie było możliwości policzenia mb wykonanej przez powoda pracy, pozwany odmówił odbioru. W odpowiedzi powód dnia 18.12.14r. wystawił fakturę, przesłał ją do pozwanego wraz z kosztorysem, pozwany powyższe zwrócił jako niezasadnie wystawioną ( dowód: zezn. powoda k.202/2, pisma, kosztorys , fv: k. 62-72 ).

Sąd dał wiarę opinii uzupełniającej biegłego sądowego , który zweryfikował okres szacowania wynagrodzenia na IV kw. 2014 r. , skoro w tym okresie strony zawarły umowę i powód prace, określone przez biegłego jako prawidłowe, w tym właśnie okresie wykonał. Sąd nie podzielił argumentacji biegłego, wskazanej w opinii pisemnej głównej w tym zakresie, gdzie uzasadnił on, iż przyczyną braku szczelności prac powoda był brak projektu budowlanego i nadzoru inwestorskiego, który to obowiązek spoczywał na pozwanym. Zważyć bowiem należy, iż być może technologia tego typu prac zakłada konieczność wykonania projektu przez inwestora oraz wykonania przez niego prawidłowego przygotowania podłoża, czego pozwany nie wykonał, niemniej powód przed zawarciem umowy oglądał zbiornik, a jak biegły na rozprawie zaopiniował, powód był w stanie ocenić zły stan tego zbiornika; mimo to podjął się tych prac, wiedząc, że projektu wykonania tych prac nie ma. Do niego zatem należał wybór metody iniekcji dostosowanej do stanu zbiornika. Sąd dał wiarę opinii biegłego w części, w której uznał on prace powoda jako wykonane prawidłowo , niewadliwie, mimo pojawiających się w miejscach sąsiednich nowych zacieków. Biegły na rozprawie wyjaśnił to zjawisko jako normalne przy tym stanie zbiornika, a fakt, iż (...) nie miało już takich problemów , wynikał z końcowego etapu prac , w jakim firma ta weszła w ramach dodatkowej, obok powoda.

Sąd nie dał wiary zeznaniom tych świadków powoda, gdzie wskazywali oni , że przyczyną opóźnienia były zbyt niskie temperatury powietrza. Przeczą temu przede wszystkim zasady doświadczenia życiowego: skoro inny wykonawca w tym samym czasie wykonywał analogiczne prace i temperatury wówczas panujące nie stanowiły dla niego przeszkody, to nie mogła to być rzeczywista przyczyna opóźnienia prac u powoda. Sąd nie dał wiary zeznaniom św. P. M., iż to powód po wykonaniu do niego telefonu oświadczył, iż nie stawi się już w ogóle do dokończenia prac. Przeczą temu zeznania powoda, św. M. P. oraz doświadczenia życiowego. Wprawdzie powód nie stawił się w poniedziałek, niemniej przyczyną tego był tzw. „długi weekend”, innymi słowy miał zamiar kontynuować prace po długim weekendzie, natomiast w odpowiedzi na to strona pozwana uznała, iż w tej sytuacji prace dokończy (...), o czym zakomunikowała powodowi, co spowodowało , iż powód nie pojawił się już na budowie po tzw. długim weekendzie. Sąd nie dał też wiary zeznaniom św. L. w zakresie , gdy zeznał on, iż powód użył części własnej żywicy, zwłaszcza że brak na powyższe innych dowodów, a świadek ten nie miał wiedzy, ile tej żywicy powód użył. Z tych względów zasadnym było szacowanie

powodowi wynagrodzenia bez kosztu żywicy, co zostało zlecone biegłemu sądowemu, skoro zgodnie z umową stron powód miał wykonać pracę bez tego kosztu ( miał mieć żywicę dostarczoną przez dystrybutora Firmy (...). L. ).

### **Sąd zważył, co następuje:**

Zdaniem sądu strony zawarły umowę o dzieło, której treścią było uszczelnienie zbiornika. Istotą, celem tej umowy nie była metoda, sposób prowadzonych prac, lecz skutek w postaci uszczelnienia zbiornika tak, by nie ciekł ( art. 627 kc ). Zgodnie z art. 628 § 1 kc skoro strony nie umówiły się o wysokość tego wynagrodzenia, należało się powodowi wynagrodzenie zwykłe, rynkowe, za prace tego typu. Co da zasady, skoro sam powód zwykle płacił za takie prace wg mb, wg tej metody zapłacił także drugiemu wykonawcy, metoda wyliczenia wynagrodzenia przyjęta przez biegłego była prawidłowa. Sytuacja uległa komplikacji prawnej, gdy to pozwany w trakcie prac z uwagi na znaczne opóźnienie powoda ograniczył zakres jego prac na zbiorniku, przyjmując dodatkowego wykonawcę. Nie zostały tym samym jednak spełnione kryteria z art. 635 kc : pozwany formalnie nie złożył oświadczenia o odstąpieniu od umowy, mimo że miał do tego podstawę prawną. W zamian powierzył część prac innej firmie, zatem obie wykonywały prace równolegle. Nie zachodziły przy tym przesłanki z art. 636 kc do tzw. powierzenia prac wykonawcy zastępczemu. Po pierwsze wg wiarygodnej w tym zakresie opinii biegłego, prace wykonywane przez powoda były wykonywane prawidłowo, mimo, iż nie doprowadziły na etapie odejścia powoda z tej inwestycji do całkowitego uszczelnienia części powierzonej do wykonania powodowi w pierwotnej umowie, zatem nie było podstaw do skorzystania przez pozwanego z przepisu art. 636 kc; po drugie pozwany nie wyznaczył powodowi w trybie tego przepisu dodatkowego terminu do zmiany sposobu wykonywania prac. Dodać przy tym należy, iż przepis art. 636 kc nie odnosi się do opóźnienia , bowiem ten sposób nienależytego wykonywania umowy reguluje przepis art. 635 kc. Zważywszy na konieczność zagęszczenia przez powoda iniekcji z ponadnormatywnego: co 12 cm do 6 cm oraz ograniczenie powodowi powierzchni zbiornika do uszczelnienia, logicznym jest, iż to, co zastał drugi wykonawca (...) było już tylko dokończeniem prac i owe dokończenie prac doprowadziło w istocie do uszczelnienia zbiornika. Gdyby powodowi pozwolono te prace dokończyć samodzielnie, powód osiągnąłby umówiony rezultat. Inną zupełnie kwestią jest natomiast, iż pozwany nie odstąpił od umowy na podst. art. 635 kc. Analiza sposobu zakończenia współpracy ( żadna ze stron nie podnosiła, iż doszło do odstąpienia umowy ) wskazuje zdaniem sądu, iż strony zgodnie, per facta concludentia rozwiązały umowę: powód nie stawiał się na budowę w dniu 10.11., mimo, iż miał taki obowiązek, pozwany w odpowiedzi w dniu 12.11. poinformował powoda, iż przyjął już w jego miejsce inną firmę do dokończenia prac , na co powód przystał, bo nie stawiał się już na budowę celem kontynuacji prac, nie komunikował też pozwanemu, iż z taką decyzją się nie zgadza. Pozwany w toku procesu nigdy nie twierdził, że odstąpił od umowy, nie złożył też formalnego oświadczenia w tym przedmiocie, a jedynie na tej podstawie, iż powód nie stawiał się na budowie powierzył dalsze prace innemu wykonawcy, przy czym nie zostały spełnione, co wyżej ocenił sąd, przesłanki prawne do tego wedle art. 636 kc. Zgodne rozwiązanie umowy wywołało skutek ex nunc, na przyszłość, co z kolei nie zniweczyło prawa powoda do ubiegania się o wynagrodzenia za dotychczas wykonane prace. Na tym etapie tzw. rezultat w postaci uszczelnienia zbiornika stracił na znaczeniu prawnym: po pierwsze prace były wykonywane równolegle przez obie firmy; po drugie zgodne rozwiązanie umowy uniemożliwiło powodowi osiągnięcie w/w rezultatu. Należy przy tym podkreślić, iż prace dotychczasowe powód wykonywał prawidłowo, zatem biorąc pod uwagę zasady kosztorysowania takich prac: wg mb zainiekowanej rysy, wynagrodzenie to było powodowi należne. Nie sposób zatem w tym stanie faktycznym sprawy: zgodne rozwiązanie umowy, podzielić argumentacji prawnej pozwanego, iż skoro powód nie oddał dzieła, to nie należy mu się wynagrodzenie ( art. 642 kc ). Bez znaczenia pozostawało też, iż w toku prac firma (...) „wchodziła stopniowo w teren prac” zleconych pierwotnie powodowi do wykonania ( zarzut pozwanego, iż powód nie udowodnił zakresu prac, tj. powierzchni zbiornika skutecznie zainiekowanej ), niejako poprawiając prace powoda, skoro prace powoda były wykonane prawidłowo, a szczelność zważywszy na stan zbiornika można było uzyskać dopiero na etapie , gdy firma (...) weszła na budowę i je tak naprawę kończyła, ale wówczas strony rozwiązały już umowę. Biegły w sytuacji zgodnego rozwiązania umowy prawidłowo przyjął zakres prac do oszacowania wynagrodzenia, jaki powód wykonał przed wejściem (...) na budowę. Przy czym z uwagi na niemożność oszacowania rzeczywistej ilości użytych pakarów oraz mb rys faktycznie wykonanych przez powoda ( przedmiot oględzin został zakryty ), zasadnie biegły przyjął jako podstawę oszacowania: ilość mb wg obowiązującej technologii, co dało kwotę określoną w opinii uzupełniającej ( pkt I wyroku ).

Niezależnie od powyższego, zdaniem sądu, mimo innego stanowiska pozwanego, stan faktyczny pozwalał na zastosowanie doń przepisu art. 635 kc. Orzecznictwo SN dopuszcza bowiem prawo odstąpienia przez inwestora w tym trybie nawet po upływie terminu na wykonanie dzieła ( argumentum ad minore ad maius , np. IV CSK 182/11). Jeżeliby zatem przyjął takie odstąpienie za złożone per facta concludentia ( z chwilą zakomunikowania powodowi, iż prace dokończy inny podmiot, to na podst. art. 494 kc strona odступаująca, czyli pozwany, winien był zwrócić drugiej stronie wszystko, co od niej otrzymał. W tej sytuacji roszczenie przyjmującego zamówienie o zapłatę wartości dotychczas wykonanych prac nie jest zależne od odbioru nieukończonego dzieła przez zamawiającego. Przepis art. 642 § 1 nie ma w tym wypadku zastosowania. W przypadku tym koniecznym było oszacowanie równowartości niewadliwie ( a więc mających dla pozwanego wartość użyteczną ) wykonanych dotychczas przez powoda prac, co oszacował biegły sądowy zgodnie ze zleceniem sądu ( por. SN V CSK 197/14, IV CK 340/04, I CSK 403/06, IV CSK 704/12, SA w Krakowie I ACa 34/13 ). .

Mając powyższe na uwadze sąd uwzględnił powództwo w części skorygowanej przez biegłego w opinii uzupełniającej, tj. wg cen obowiązujących na datę zawarcia i zakończenia umowy przez strony, zważywszy również na zbieżną datę wystawienia przez powoda fv ( IV kw. 2014r. ). O odsetkach sąd orzekł na mocy art. 481 kc. Sąd umorzył postępowanie mając na względzie, iż powód w tym zakresie cofnął pozew ( k. 111 i oświadczenie precyzujące pełnomocnika powoda na I rozprawie ) na podst. art. 355 kpc w zw. z art. 203 kpc, uznając w tej części powoda jako przegrywającego proces.

O kosztach procesu sąd orzekł na podst. art. 108 kpc w zw. z art. 100 kpc stosunkowo je rozdzielając . Powód wygrał w 39 %, pozwany w 61 %. Na koszty po stronie powoda złożyły się : opłata od pozwu pomniejszona o zwróconą w pkt V wyroku 1/2 opłaty od cofniętej części pozwu ( art. 79 Ustawy o kosztach sądowych ): 9.439 zł, wynagrodzenie biegłego po sprostowaniu postanowienia z dnia 24.05.16r.: 2967,40 zł , wynagrodzenie radcowskie i opłata skarbowa od pełnomocnictwa 3617 zł, co dało łącznie 16.023,40 zł x 39% = **6249,36zł**. Po stronie pozwanego: wynagrodzenie radcowskie i opłata skarbowa od pełnomocnictwa: 3617 zł x 61% = **2.206,37 zł**. Kompensata w/w kwot dała kwotę, jak w pkt IV wyroku , po sprostowaniu tegoż postanowieniem z dnia 7.06.16r.