

Sygn. akt V ACa 449/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 listopada 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – Wydział V Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Maria Sokołowska
Sędziowie:	SA Roman Kowalkowski SA Maryla Domel-Jasińska (spr.)
Protokolant:	sekretarz sądowy Małgorzata Naróg

po rozpoznaniu w dniu 10 listopada 2015 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa A. B.

przeciwko M. Z.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w T.

z dnia 6 marca 2015 r. sygn. akt I C 1391/12

uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w T., pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

Na oryginale właściwe podpisy.

Uzasadnienie V ACa 449/15

Powód A. B. domagał się zasądzenia na swoją rzecz od pozwanego M. Z. kwoty 500.822,56 zł z ustawowymi odsetkami wyszczególnionych w pozwie kwot składających się na wartość przedmiotu sporu i określonych tam dat oraz zwrotu kosztów procesu.

Z uzasadnienia pozwu wynikało, że strony zawarły w dniu 19 maja 2010r. umowę, na podstawie której powód, prowadzący wówczas działalność gospodarczą, zobowiązał się pełnić obowiązki kierownika budowy oraz wykonać własnymi siłami i z własnych materiałów roboty budowlano-montażowo-instalacyjne na budowie (...) w C.. Do wskazanej umowy zostały zawarte cztery aneksy, na podstawie których z zakresu robót wyłączono wymienione w nich konkretne roboty.

Powód wystawił pozwanemu za wybrane przez siebie roboty faktury na łączną kwotę 859.422,56 zł, jednak nie otrzymał wszystkich należności. Do zapłaty przez pozwanego pozostała kwota dochodzona pozwem.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa. Wywodził, że powód wykonywał roboty opieszale i nie dotrzymał ustalonego terminu ich wykonania. W lutym 2011r. powód zaniechał wykonywania jakichkolwiek robót. Faktycznie roboty zostały zakończone w dniu 9 września 2011r. i były wykonywane przez inne podmioty, w zastępstwie powoda. Wysokość wynagrodzenia powoda powinna być zatem obniżona o wysokość wynagrodzenia zapłaconego przez pozwanego innym wykonawcom oraz o wartość materiałów, które winien był zakupić powód, a faktycznie kupił je pozwany. Pozwany zaprzeczył, aby był informowany przez powoda o konieczności wykonania robót dodatkowych. Wskazał, że roboty wymienione przez powoda, jako roboty dodatkowe, były objęte zakresem robót, określonym w umowie. Podniósł także, że poniesione przez niego nakłady netto na budowę przewyższyły wartość wynagrodzenia powoda o kwotę 258.495,43 zł.

Wyrokiem z dnia 6 marca 2015r. Sąd Okręgowy w T. oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 12.623 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, czyniąc następujące ustalenia faktyczne i rozważania.

W dniu 19 maja 2010r. strony zawarły umowę, w której powód zobowiązał się pełnić obowiązki kierownika budowy i wykonać własnymi siłami oraz z własnych materiałów roboty budowlano-montażowo-instalacyjne na budowie (...) w C.. Rozpoczęcie robót ustalone na dzień 1 czerwca 2010r., zaś zakończenie na dzień 31 lipca 2010r. W (...)umowy uzgodniono wynagrodzenie ryczałtowe dla powoda na kwotę 1.015.000 zł netto (1.248.450 zł brutto), płatne na podstawie faktur częściowych, wystawianych przez powoda zgodnie z harmonogramem robót, stanowiącym załącznik (...) do umowy.

W załączniku (...) do umowy określono zakres rzeczowy robót, obejmujący roboty drogowe, roboty inwestycyjno-zewnętrzne, roboty budowlane i roboty wykończeniowe.

Aneksem nr (...) do umowy, z dnia 23 sierpnia 2010r., strony ustaliły nowy termin zakończenia robót na dzień 30 września 2010r. Z zakresu robót objętych umową wyłączono monitoring obiektu, wyceniony na kwotę 31.400 zł.

Aneksem nr (...) do umowy, z dnia 6 września 2010r., strony wyłączyły z ustalonego zakresu robót następujące roboty: zamontowanie osprzętu na zbiornikach paliwa, dostarczenie studzienek poddystrybutorowych, dostawę i montaż instalacji ssawnej do dwóch dystrybutorów i dodatkowy rurociąg do zbiornika 50m³, dostawę i montaż instalacji zlewowej, (...) płaszcze zakończone w studzienkach nazbiornikowych i w studni pod skrzynią zlewową, instalację urządzenia monitorującego przestrzeń międzyplaszczową oraz montaż agregatu do przepompowywania produktu.

Aneksem nr (...) do umowy, z dnia 17 lutego 2011r. wyłączono z zakresu robót kolejne roboty, które miały być wykonane do 11 września 2010r., tj. wiatę ocynkowaną z pokryciem, oświetlenie wiaty, wykonanie otoku wiaty, wykonanie obudowy słupów, wykonanie świetlika między wiatą a budynkiem oraz pylonu cenowego.

Aneksem nr (...) do umowy, z dnia 17 lutego 2011r. wyłączono z zakresu robót objętych umową: roboty wodno-kanalizacyjne zewnętrzne, tj. przebudowę kanalizacji sanitarnej, budowę przyłącza wodociągowego, przyłącze kanalizacji sanitarnej oraz budowę przyłącza kanalizacji deszczowej dla potrzeb (...) wg. zatwierdzonego projektu budowlanego.

Aneksami do umowy zmniejszono wartość umowną robót o łączną kwotę w wysokości 623.350,69 netto (798.757,66 zł brutto).

W dniu 25 maja 2010r. powód dokonał wpisu do dziennika budowy o rozpoczęciu robót demontażowych i robót porządkowych na placu budowy.

W dniu 31 maja 2010r. powód przystąpił do wykonywania wykopu pod budynek stacji i wykonał zbrojenie pod ławy fundamentowe.

Dalsze zapisy w dzienniku budowy były dokonywane przez powoda w sposób bardzo chaotyczny. Z zapisów zamieszczonych przez inspektora budowy A. K. wynikało, że wykonywane prace wykazują niezgodności z dokumentacją projektową i wymaganiami technologicznymi robót budowlanych.

Z notatki służbowej ze spotkania odbytego w dniu 10 sierpnia 2010r., na którym były obecne strony i inspektor nadzoru A. K. wynikało, że wystąpiły wady wykonawcze budynku (...).

W dniu 17 lutego 2011r. powód dokonał wpisu w dzienniku budowy o odbiorze budynku. Inspektor nadzoru w tymże dniu dokonał wpisu o braku gotowości budynku do odbioru, z powodu niedobrania i uruchomienia ogrzewania budynku.

W dniu 21 lutego 2011r. kierownik budowy dokonał wpisu do dzienniku budowy o dokonaniu przeglądu technicznego i sprawdzeniu przydatności budynku do zagospodarowania. Dokonania takiego przeglądu nie potwierdził inspektor nadzoru.

W lutym 2011r. powód zaniechał wykonywania jakichkolwiek robót na placu budowy. Inwestor w dniu 21 marca 2011r. sporządził protokół, w którym ujawniono wady wykonania robót zewnętrznych. Protokół ten podpisał pozwany i inspektor nadzoru A. K.. Powód odmówił podpisania tego protokołu.

Roboty na placu budowy wykonały za powoda w trybie zastępczym inne podmioty. Faktycznie prace zostały ukończone w dniu 9 września 2011r. W dniu 7 marca 2012r. pozwany uzyskał pozwolenie na użytkowanie obiektu (...).

Powód wystawił pozwanemu za wykonanie robót następujące faktury:

- a) (...)z dnia 18 maja 2010r. na kwotę 183.000 zł brutto,
- b) (...)z dnia 24 czerwca 2010r. na kwotę 134.200 zł brutto,
- c) (...)z dnia 28 października 2010r. na kwotę 24.400 zł brutto,
- d) (...)z dnia 29 listopada 2010r. na kwotę 24.400 zł brutto,
- e) (...)z dnia 18 lipca 2011r. na kwotę 195.899,70 zł brutto,
- f) (...)z dnia 4 kwietnia 2011r. na kwotę 282.900 zł brutto,
- g) (...) z dnia 4 kwietnia 2011r. na kwotę 15.522,86 zł brutto.

Pozwany zaakceptował faktury wymienione w punktach od a) do d) i zapłacił określone w nich należności w łącznej kwocie 359.000 zł brutto, natomiast nie zaakceptował i nie zapłacił należności z faktur wymienionych w punktach od e) do g).

Z uwagi wady robót, ujawnione w toku realizacji budowy a także dokonanie przez powoda samodzielnej zmiany w realizacji budowy kwota zaakceptowanych faktur do zapłaty powinna być pomniejszona, w ocenie Sądu Okręgowego, o kwotę 221.012,20 zł brutto.

Wartość robót budowlanych pozostała do wykonania, po wprowadzeniu aneksów do umowy, wynosiła kwotę 449.692,34 zł (1.248.450 zł – 798.757,66 zł).

Faktycznie należne powodowi wynagrodzenie za wykonanie robót, w oparciu o wystawione faktury, wyniosło: 359.000 zł – 221.012,20 zł = 137.987,80 zł brutto. Z wyżej wymienionej kwoty, według Sądu Okręgowego, potrąceniu podlegały nakłady finansowe, które pozwany poniósł w związku z wykonaniem zastępczym usunięcia wad, które powstały na skutek wadliwie wykonanych robót przez powoda.

Z dokonanego rozliczenia wszystkich robót, wynikającego z opinii biegłego, kwota nadpłacona powodowi przez pozwanego wynosi 146.311,36 zł.

Sąd Okręgowy podzielił ustalenia i wnioski opinii biegłego C. K.. Opinia ta, w ocenie Sądu I instancji, była wnikliwa, drobiazgowo i nie nasuwała żadnych wątpliwości.

Sąd ten wskazał, że powód nie wykonał przedmiotu umowy zgodnie z dokonanymi przez strony ustaleniami. Większość prac wykonały podmioty zastępcze. Z opinii biegłego wynikało, iż wynagrodzenie, które otrzymał powód za wykonane przez niego roboty przewyższało faktyczną wartość wykonanych przez niego robót budowlanych. Którego powód nie wykonał, gdyż wykonały je za niego inne podmioty zastępcze.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy na podstawie art. 647 k.c. a contrario w zw. z art. 6 k.c. powództwo oddalił i orzekł o kosztach procesu w oparciu o art. 98 k.p.c.

Powód złożył apelację od powyższego wyroku, zarzucając:

I. obrazę przepisów prawa materialnego, polegającą na naruszeniu art. 65 k.c. poprzez dokonanie niewłaściwej wykładni oświadczeń woli stron zawartych w umowie z dnia 19 maja 2010r. w ten sposób, że Sąd Okręgowy nieprawidłowo ustalił zakres objętych umową robót,

II. obrazę przepisów prawa materialnego, polegającą na naruszeniu art. 649 k.c. przez jego niewłaściwe zastosowanie w ten sposób, że Sąd Okręgowy przyjął, że powód podjął się całości robót objętych projektem, podczas gdy – wobec treści załącznika nr 1 – brak było w tym względzie wątpliwości, a co za tym idzie przepis art. 649 k.c. nie miał w niniejszej sprawie zastosowania,

III. obrazę przepisów prawa materialnego, polegającą na naruszeniu art. 76 k.c. przez jego niezastosowanie, a to w ten sposób, że Sąd Okręgowy ustalił, o jaką kwotę winno być zmniejszone wynagrodzenie powoda, w związku z ograniczeniem zakresu robót budowlanych, mimo że strony nie dokonały – co do części zmniejszenia – obniżenia wynagrodzenia umownego, a jednocześnie umowa stron zawierała zapis, że jej zmiana wymaga formy pisemnej ad solemnitatem,

IV. obrazę przepisów prawa materialnego, polegającą na naruszeniu art. 632 k.c. przez błędną wykładnię pojęcia wynagrodzenie ryczałtowe i w konsekwencji dokonanie obniżenia wynagrodzenia należnego powodowi, mimo braku ku temu normatywnych podstaw,

V. błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, a polegający na przyjęciu, że pozwany był uprawniony do zlecenia wykonania zastępczego osobom trzecim, mimo że umowa stron, w brzmieniu nadanym jej przez aneks nr (...), stanowiła, że podstawą dla wprowadzenia wykonawców zastępczych jest notatka służbowa inspektora nadzoru, kierownika budowy i zamawiającego, która nigdy nie została sporządzona,

VI. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a polegającą na naruszeniu art. 201 § 1 k.p.c. w ten sposób, że sprawa nie została rozpoznana w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych,

VII. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a polegającą na naruszeniu przepisów art. 479¹ § 1 k.p.c. i art. 479⁹ § 1 k.p.c. w ten sposób, że Sąd Okręgowy nie rozpoznał sprawy według przepisów o postępowaniu w sprawach gospodarczych i wobec tego zwrócił powodowi pismo procesowe zawierające zarzuty do opinii biegłego mimo, że pismo to zostało złożone z zachowaniem wymagań formalnych, a w konsekwencji bezpodstawnie przyjął, że strona powodowa nie kwestionowała opinii biegłego,

VIII. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a polegającą na naruszeniu art. 479¹ § 1 k.p.c. i art. 479¹⁴ § 1 k.p.c. w ten sposób, że Sąd Okręgowy nie rozpoznał sprawy według przepisów o postępowaniu

w sprawach gospodarczych i wobec tego nie dokonał zwrotu pism procesowych składanych przez pozwanego, mimo że twierdzenia i wnioski w nich zawarte objęte były prekluzją, o której mowa w przywołanym przepisie,

IX. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a polegająca na naruszeniu art. 479¹ § 1 k.p.c. i 479¹⁴ § 4 k.p.c. w ten sposób, że Sąd Okręgowy nie rozpoznał sprawy według przepisów o postępowaniu w sprawach gospodarczych i wobec tego dopuścił do faktycznego potrącenia wierzytelności pozwanego wobec powoda, mimo że nie były one stwierdzone dokumentem,

X. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a polegającą na naruszeniu art. 278 k.p.c. przez oddalenie wniosku o uzupełniającą opinię biegłego, mimo że opinia taka była konieczna,

XI. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, polegający na nieprawidłowym ustaleniu zakresu robót, do wykonania których zobowiązany był powód.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący domagał się uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania.

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji powoda i zasądzenie od powoda na swoją rzecz zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył:

Apelacja powoda zasługiwała na uwzględnienie, choć nie wszystkie zgłoszone w niej zarzuty należało uznać za zasadne.

Nie były zasadne zarzuty naruszenia art. 201 § 1 k.p.c., art. 479¹ § 1 k.p.c., art. 479⁹ § 1 k.p.c., art. 479¹⁴ § 1 k.p.c. i art. 479¹⁴ § 4 k.p.c., gdyż sprawa nie podlegała rozpoznaniu w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych w związku z ustaleniem, że powód przed wniesieniem pozwu przestał być przedsiębiorcą. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego, m.in. uchwałą 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2008r. III CZP 102/08, OSNC 2009/5/65, sprawa ze stosunku cywilnego między stronami w zakresie prowadzonej przez nie działalności gospodarczej nie jest sprawą gospodarczą w rozumieniu art. 479¹ k.p.c. oraz art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 24 maja 1989r. o rozpoznawaniu przez sądy spraw gospodarczych (Dz.U. nr 33, poz. 175 ze zm.), jeżeli którakolwiek ze stron przestała być przedsiębiorcą przed wniesieniem pozwu.

Nie zostały również naruszone, wbrew zarzutom apelującego, art. 65 k.c., art. 76 k.c. i art. 649 k.c. Zarzut naruszenia art. 65 k.c., sformułowany w apelacji jako „obraza” tego przepisu, a zatem wyjątkowo ciężkie jego naruszenie, pozbawiony jest wszelkich podstaw. Wykładnia oświadczeń woli stron, zawartych w pisemnej umowie, powinna być dokonywana w pierwszej kolejności na podstawie tekstu tej umowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z 7 kwietnia 2005r. II CK 431/04). Nie ma potrzeby odwoływania się do zasad wykładni umów, uregulowanych w art. 65 § 2 k.c., jeżeli treść umowy stron sporządzonej na piśmie jest sformułowana w sposób jasny i nie budzący wątpliwości co do wzajemnych obowiązków stron.

Zakres rzeczowy robót budowlanych, do których wykonania zobowiązany był powód, został określony w załącznikach (...) do umowy. Nadto należy zwrócić uwagę, iż roboty budowlane zawsze muszą być wykonywane zgodnie z projektem, zaś w razie wątpliwości, zgodnie z art. 649 k.c. poczytuje się, że wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy.

Zarzut powoda, sformułowany dopiero na etapie postępowania apelacyjnego, że zobowiązał się on do „wykonania robót przy budowie stacji paliw”, co miałyby świadczyć o ograniczonym zakresie robót, do których wykonania się zobowiązał, bez własnego sprecyzowania zakresu tych robót, nie mógł zostać uwzględniony.

Brak było podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 76 k.c., w odniesieniu do braku pisemnej zmiany umowy w zakresie obniżenia wynagrodzenia ryczałtowego, w związku z wyłączeniem określonych robót na podstawie aneksów

do umowy. Wynagrodzenie ryczałtowe, o którym stanowi art. 632 k.c. i które znajduje również zastosowanie jako wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych w drodze analogii poprzez art. 656 § 1 k.c., może zostać obniżone, jeżeli wykonawca robót nie wykonał wszystkich robót wynikających z umowy. Wynagrodzenie ryczałtowe, jeżeli roboty nie zostały wykonane w całości lecz w części, winno być określone proporcjonalnie do wykonania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 1985r. II CR 494/84, Lex nr 8674).

Wbrew zarzutowi apelacji, iż brak było podstaw do obniżenia wynagrodzenia ryczałtowego, należnego powodowi, stwierdzić należy że podstawę do obniżenia tego wynagrodzenia stanowiło wyłączenie z zakresu umownego robót szeregu robót, określonych w czterech aneksach do umowy.

Zarzut naruszenia art. 632 k.c. uznać należy jednak za zasadny z tego względu, że obniżenie wynagrodzenia ryczałtowego przez Sąd Okręgowy w rozpoznawanej sprawie nastąpiło bez uwzględnienia wskazanych wyżej reguł, odnoszących się do sposobu obniżenia tego wynagrodzenia, jak również bez uwzględnienia faktu, że per facta concludentia doszło między stronami do rozwiązania stosunku umownego w lutym 2011r., przez zaniechanie wykonywania dalszych robót przez powoda i zaakceptowanie tego faktu przez pozwanego. Pozwany zaakceptował zakończenie przez powoda wykonywania robót, nie wzywał go do ich dalszego wykonywania lecz kontynuował proces inwestycyjny z udziałem innych wykonawców robót.

Nie można jednak twierdzić, że wykonywanie przez inne osoby pozostałych do wykonania robót wyłączonych z zakresu umowy stron na podstawie aneksów, było wykonaniem zastępczym w rozumieniu art. 480 § 1 k.c. i art. 636 § 1 k.c.

Wykonanie zastępcze na koszt wykonawcy może mieć miejsce w czasie realizacji umowy o dzieło lub umowy o roboty budowlane, gdy wykonawca wykonuje roboty wadliwe lub w sposób sprzeczny z umową (art. 636 § 1 k.c.), albo gdy dopuszcza się zwłoki w wykonaniu robót (art. 480 § 1 k.c.), po wezwaniu wykonawcy do zmiany sposobu wykonania, wyznaczeniu mu w tym celu odpowiedniego terminu oraz po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu (art. 636 § 1 k.c.), zaś w przypadku zwłoki w wykonaniu po upoważnieniu przez sąd do wykonania czynności na koszt dłużnika (art. 480 § 1 k.c.).

Jeżeli natomiast stosunek obligacyjny, jak miało to miejsce w rozpoznawanej sprawie, uległ rozwiązaniu za zgodą obu stron, zastosowanie winien znaleźć art. 494 k.c., tak samo jak przy odstąpieniu przez jedną ze stron od umowy. Strony winny zwrócić sobie wszystko co sobie nawzajem świadczyły, zaś w przypadku umowy o roboty budowlane, winny dokonać rozliczenia robót na dzień rozwiązania stosunku umownego, tj. na dzień zakończenia wykonywania robót przez powoda w lutym 2011r.

Sąd Okręgowy nie dokonał rozliczenia robót wykonanych przez powoda na dzień zakończenia ich wykonywania przez powoda, lecz dokonał globalnego rozliczenia wszystkich robót, w tym również robót wykonywanych przez innych wykonawców po opuszczeniu przez powoda placu budowy.

W tej sytuacji należało stwierdzić, że Sąd Okręgowy nie wniknął w całokształt okoliczności sprawy i nie rozpoznał jej istoty, co musiało skutkować uchynieniem zaskarżonego wyroku na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. i przekazaniem sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd I instancji uwzględni rozwiązanie stosunku umownego między stronami w lutym 2011r., skutkujące rozliczeniem robót według ich stanu na luty 2011r.

Ustalenia wymaga zakres robót wykonanych przez powoda, z uwzględnieniem wyłączenia z niego robót na podstawie czterech aneksów do umowy z dnia 19 maja 2010r. a także zakres ewentualnych robót dodatkowych, za wykonanie których powód wystawił fakturę nr (...) z dnia 18 lipca 2011r. (k. 78), a których wykonanie zostało obwarowane w umowie pisemnym protokołem konieczności, potwierdzonym przez pozwanego (...)

Należy zwrócić uwagę, w odniesieniu do robót dodatkowych, że stwierdzenie, iż wykonanie danej roboty jest konieczne dla realizacji inwestycji, to oświadczenie wiedzy a nie woli. Gdyby okazało się, że strony roboty dodatkowe określiły

np. na protokolowanych spotkaniach dotyczących prowadzonej budowy, czy też konieczność wykonania określonych robót dodatkowych wynikałaby z treści wpisu przedstawiciela inwestora w dzienniku budowy, to takie dokumenty, zgodnie z występującym w budownictwie zwyczajem, można uznać za wykonywanie umowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2008r. IV CSK 460/07).

Nie ulega wątpliwości, że robotami dodatkowymi są roboty, których wykonania strony w umowie nie przewidziały, a których wykonanie jest konieczne dla prawidłowego wykonania robót określonych w umowie. Nie mają natomiast charakteru robót dodatkowych roboty przewidziane w umowie, co do których dokonano niewłaściwych obmiarów.

Ustalone przez strony w umowie wynagrodzenie ryczałtowe, wobec niewykonania przez powoda całości zakresu robót, wynikającego z umowy, winno podlegać obniżeniu proporcjonalnemu do wykonania. Nie można zaakceptować poglądu, że wynagrodzenie to winno zostać obniżone o kwoty wynagrodzeń ustalonych przez pozwanego z innymi przedsiębiorcami, którzy wykonali poszczególne rodzaje robót wyłączonych aneksami z zakresu robót, które miał wykonać powód i dalsze roboty, do momentu zakończenia budowy. Obniżenie ryczałtowego wynagrodzenia musi także uwzględniać dokonaną przez powoda kalkulację poszczególnych robót, stanowiącą podstawę do ustalenia ryczałtu. Kalkulacja tych robót, z uwagi na to, że wszystkie roboty miał wykonać jeden wykonawca, przedstawia się inaczej aniżeli suma wynagrodzeń za wykonanie określonych robót przez innych wykonawców.

Inną kwestią, co do której brak było należytych ustaleń Sądu Okręgowego, jest zarzucona przez stronę pozwaną, zła jakość wykonanych przez powoda robót. W powyższym zakresie nie ustalono jakie roboty były dotknięte wadami i jakiego rodzaju wady wystąpiły przy poszczególnych robotach. Obniżenie wynagrodzenia ryczałtowego powoda o poniesione przez pozwanego koszty usunięcia wad wykonanych przez powoda robót budowlanych, dokonane w trybie art. 498 k.p.c., winno być poprzedzone przeprowadzeniem postępowania dowodowego w celu ustalenia powyższych okoliczności oraz ustalenia koniecznych kosztów usunięcia ewentualnych wad. Nie wystarczy w powyższym zakresie przyjęcie, jak uczynił to Sąd Okręgowy, że koszty robót naprawczych wyniosły kwotę 221.012,20 zł, bez wyjaśnienia racjonalnych podstaw wydatkowania przez pozwanego takiej kwoty. Zważyć należy, że zarzut potrącenia jest formą dochodzenia roszczenia zrównaną w skutkach z powództwem, a zatem podlega wymaganiami stawianym wobec pozwu co do określenia żądania i przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie oraz wskazania dowodów (por. wyrok Sądu Najwyższego z 18 kwietnia 2000r. III CKN 720/98, Lex nr 51368). Ciężar dowodu co do konieczności poniesienia kosztów robót naprawczych obciąża pozwanego (art. 6 k.c.), natomiast nie można również pominąć faktu, iż powód odmawiając podpisania protokołu stwierdzającego stan robót i ich jakość z dnia 21 marca 2011r. pozbawił się możliwości dokonania w tym protokole własnych zastrzeżeń i uwag zarówno co do zakresu, jak i jakości wykonanych przez siebie robót.

Uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania skutkowało pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego (art. 108 § 2 k.p.c.).