

Sygn. akt: I ACa 364/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 października 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Monika Koba
Sędziowie:	SA Marek Machnij (spr.) SO (del.) Ireneusz Płowaś
Protokolant:	stażysta Arleta Żuk

po rozpoznaniu w dniu 9 października 2013 r. w Gdańsku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) I. M., (...) spółki jawnej w G.

przeciwko Stoczni (...) Spółce Akcyjnej w G.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 8 listopada 2012 r. sygn. akt IX GC 21/09

1) oddala apelację;

2) zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Na oryginale właściwe podpisy.

**Sygn. akt: I ACa 364/13**

## UZASADNIENIE

Powódka (...) spółka jawna w G. wniosła o zasądzenie od pozwanej Stoczni (...) Spółki Akcyjnej w G. (obecnie Stoczni (...) S.A. w G.) kwoty 728.293,50 zł, w tym kwoty 709.469,50 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 1 września 2009 r. z tytułu wynagrodzenia za część robót budowlanych objętych umową stron z dnia 22 grudnia 2000 r., wykonaną do chwili odstąpienia przez pozwaną od tej umowy na mocy oświadczenia z dnia 23 lipca 2002 r. oraz kwoty 18.824 zł z

odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu (tj. 25 lipca 2003 r. – k. 165) z tytułu skapitalizowanych odsetek za opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia za prace wykonane na podstawie powyższej umowy.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości, twierdząc, że powódka od początku nie realizowała robót zgodnie z umową stron, gdyż nie była należycie przygotowana do jej wykonania i opóźniała się z robotami, wobec czego odstąpiła ona od umowy i obciążyła ją karami umownymi w kwocie 370.575 zł, które potrąciła z przysługującą powódce pozostałą częścią wynagrodzenia za wykonane prace w kwocie 340.201 zł, a tym samym pozostaje jeszcze do zapłaty od powódki na jej rzecz kwota 30.374 zł.

Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrokiem z dnia 1 kwietnia 2008 r. zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 340.201 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 23 października 2003 r., oddalił powództwo w pozostałym zakresie, zniósł wzajemnie między stronami koszty zastępstwa procesowego i nakazał ściągnąć od pozwanej nieuiszczone koszty sądowe w kwocie 20.155,05 zł. Sąd ten uznał, że nie jest możliwe ustalenie procentowego zakresu prac wykonanych lub niewykonanych przez powódkę, wobec czego nie można także ustalić wysokości przysługującego a niezapłaconego wynagrodzenia za wykonaną przez nią część umowy, w związku z czym za podstawę rozstrzygnięcia przyjął wartość prac akceptowaną przez pozwaną w sporządzonym przez nią dokumencie nazwanym rozliczeniem, a jednocześnie nie uwzględnił podniesionego przez nią zarzutu potrącenia, uznając, że nie było podstaw do naliczenia przez nią powódce kar umownych z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy i z tytułu odstąpienia od umowy.

Powyższy wyrok został zaskarżony apelacjami przez obie strony, po których rozpoznaniu Sąd Apelacyjny w Gdańsku wyrokiem z dnia 23 października 2008 r. sygn. akt I ACa 859/08 uchylił zaskarżony wyrok w całości i przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w Gdańsku do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny wskazał, że zasadnicze znaczenie w sprawie ma ustalenie, czy dokonane przez pozwaną odstąpienie od umowy było skuteczne i zasadne oraz czy wywołało ono skutki *ex tunc*, czy *ex nunc*. W pierwszym wypadku umowa stron utraciłaby moc prawną od początku, wobec czego powódka nie mogłaby domagać się pozostałej części wynagrodzenia według zasad ustalonych w umowie, lecz zwrotu spełnionego na rzecz pozwanej świadczenia, czyli zwrotu wartości rzeczywiście wykonanych prac, co wymagałoby skosztorysowania tych prac. W drugim wypadku przysługiwałoby jej roszczenie o zapłatę niezapłaconej części umówionego wynagrodzenia. Podobnie sytuacja przedstawiałaby się w razie bezskuteczności odstąpienia od umowy. Wówczas należałoby uwzględnić okoliczność, że strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, a powódka bezspornie nie wykonała całości umówionych prac. W takiej sytuacji niedopuszczalne byłoby ustalenie wartości tych prac na podstawie kosztorysu.

Sąd Apelacyjny wskazał, że konieczne jest przede wszystkim ustalenie zakresu prac, jakie powódka miała wykonać na podstawie umowy stron oraz zakresu prac, jakie rzeczywiście zostały przez nią wykonane, ponieważ pozwoliłoby to na ustalenie wskaźnika, według którego powinno nastąpić obniżenie umówionego wynagrodzenia powódki. Może to zastąpić zarówno przez ustalenie zakresu robót rzeczywiście wykonanych, jak i niewykonanych, ponieważ rachunkowo prowadzić to będzie do tego samego wyniku.

Sąd odwoławczy stwierdził ponadto, że wyjaśnienia wymaga również zasadność i skuteczność zgłoszonego przez pozwaną zarzutu potrącenia wierzytelności z tytułu kar umownych w odniesieniu do ostatecznego terminu zakończenia robót, ustalonego przez strony na dzień 10 stycznia 2002 r.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrokiem z dnia 8 listopada 2012 r. zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 499.973,08 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 23 października 2003 r., oddalił powództwo w pozostałej części, zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 9.936 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, zasądził od powódki na rzecz pozwanej kwotę 4.464 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, zasądził od powódki na rzecz pozwanej kwotę 5.252,71 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, zniósł wzajemnie między stronami koszty zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym,

nakazał ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa tytułem kosztów procesu: od pozwanej kwotę 30.564,50 zł i od powódki – kwotę 2.904,94 zł.

Z dokonanych przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych wynika, że w grudniu 2000 r. p. ozwana, w związku z podjęciem decyzji o przeniesieniu biur dyrekcji do budynku socjalno – administracyjnego nr (...), sporządziła dokument zatytułowany „P. budynku (...)n. p. d.”, zawierający propozycje zagospodarowania parteru, I, II i III piętra tego budynku oraz określający standard wykonania prac i przewidywane ilości robót. W oparciu o ten dokument oraz dokumentację budynku i jego oględziny, w ramach przeprowadzonego przetargu, przedsiębiorstwa budowlane opracowały oferty dotyczące realizacji przedmiotowego przedsięwzięcia. W toku kolejnego etapu konkursu powódka przedstawiła ofertę, w której wyceniła wskazane przez pozwaną roboty adaptacyjne w budynku (...) oraz modernizację przylegającego do niego parkingu, na łączną kwotę 1.990.000 zł, określając czas realizacji prac na cztery miesiące. Oferta ta została uznana przez pozwaną za najbardziej atrakcyjną, wobec czego w dniu 22 grudnia 2000 r. między powodową spółką (wówczas I. M. i L. M. prowadzącymi działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana (...) s.c.) a pozwaną, zawarta została umowa nr (...), na mocy której pozwana zleciła powódce przebudowę pomieszczeń w budynku socjalno – biurowym o numerze inwentaryzacyjnym (...)n. p.y (...) S.A. w G., wykonanie parkingu przy budynku (...) oraz wykonanie dokumentacji na te prace.

Strony postanowiły w umowie, że rozpoczęcie prac nastąpi nie później niż w terminie trzech dni roboczych od daty wejścia w życie umowy i protokolarnego przekazania przez pozwaną terenu budowy. Zgodnie z umową prace podzielone zostały na sześć etapów, których realizacja miała odbywać się zgodnie z przygotowanym przez powoda i zaakceptowanym przez pozwaną harmonogramem prac. Strony ustaliły ostateczny termin wykonania umowy na dzień 15 maja 2001 r. Przed podpisaniem umowy powód zapoznał się ze stanem technicznym budynku i znał jego wiek.

Plac budowy przekazany został powodowi w dniu 29 grudnia 2000 r., a prace budowlane rozpoczął on w dniu 2 stycznia 2001 r. Przed uzyskaniem pozwolenia na budowę na początku stycznia 2001 r. powód przystąpił do rozbiórki elementów budowlanych, instalacji wodociągowo – kanalizacyjnej i c.o. W lutym 2001 r. wykonywał on ścianki działowe, zaś w marcu 2001 r. rozpoczął montaż stolarki okiennej. Jednocześnie w budynku firma (...) s.c. z G. wykonywała instalację c.o. i w dniu 20 marca 2001 r. zgłosiła ją do próby ciśnieniowej.

Pierwszy etap prac, obejmujący sporządzenie dokumentacji, dokonanie rozbiórek ścianek działowych i tynków, zakończony został przez powoda w dniu 4 kwietnia 2001 r. W związku z powyższym w dniu 6 kwietnia 2001 r. dokonany został przez strony odbiór wykonanych przez powoda prac obejmujący I etap. W tym samym dniu odebrana została również wykonana część robót wynikających z II etapu prac, obejmującego szpachlowanie podłoża, przeszklenia, sufity, tynki, stolarkę, przewody elektryczne i teletechniczne, węzeł c.o. i c.w., sieć wodociągowo – kanalizacyjną. Łączny zakres wykonania II etapu oceniono na 75 % i jednocześnie stwierdzono, że pozwala to na rozpoczęcie etapu III. Wobec tego powód przystąpił w kwietniu 2001 r. do prac na parkingu oraz układania glazury na ścianach. Ponadto w kwietniu 2001 r. pozwana upoważniła powoda do występowania w jej imieniu w (...) Urzędzie Wojewódzkim oraz w Urzędzie Morskim i przekazała komplet stosownych dokumentów.

Pierwszej oceny dostarczonej przez powoda dokumentacji projektowej (dokumentacji technicznej węzła cieplnego, dokumentacji instalacji c.o., instalacji wodno – kanalizacyjnej, wentylacji, elektrycznej, drogowej) pozwana dokonała dopiero w dniu 5 kwietnia 2001 r., zamieszczając uwagi w notatce służbowej nr 2. Pozwolenie na budowę wydane zostało decyzją Wojewody (...) nr (...) w dniu 7 maja 2001 r. W związku z tym przez wiele miesięcy prace prowadzone były przez powoda bez pozwolenia na budowę i oficjalnego dziennika budowy. Wypełniano wówczas „nieoficjalny” dziennik budowy. Natomiast oficjalny dziennik budowy wydany został w dniu 29 maja 2001 r., wobec czego wpis o przekazaniu placu budowy dokonany został z datą 1 czerwca 2001 r.

Pozwana już w lutym 2001 r. kierowała do powoda pisma ponagląjące w związku z powstałym według niej opóźnieniem. Ponadto w piśmie z dnia 19 marca 2001 r. zwróciła się ona do powoda, aby w trybie pilnym dostarczył dokumentację dotyczącą przebudowy budynku (...), nadmieniając, że zgodnie z harmonogramem projekt miał być dostarczony do dnia 28 lutego 2001 r.

Powódka zleciła wykonanie części umówionych prac innym przedsiębiorstwom (m. in. (...) s.c. z (...) s.c. w G.).

Równocześnie z realizowaniem przez nią prac objętych I i II etapem, biuro (...) z G. przygotowywało na jej zlecenie projekt budowlany robót będących przedmiotem umowy stron. Dotychczasowy projekt istniejącego budynku, uzyskany od pozwanej, był bowiem niekompletny, nie zawierał projektu konstrukcji i architektury. W związku z tym pismem z dnia 7 lutego 2001 r. powódka poinformowała pozwaną o konieczności wykonania zmian i uzupełnień w stosunku do zakresu robót objętych umową w zakresie zatwierdzeń potrzebnych przez SANEPID i BHP, przepisów ppoż. oraz innych niezbędnych zmian, których konieczność stwierdzono po dokonaniu odkrywek posadzki parteru. Powódka wskazała także, iż wymagania obowiązującej normy ochrony cieplnej budynku powodują konieczność dodatkowego ocieplenia stropodachu i ścian zewnętrznych w celu zamknięcia bilansu cieplnego i zakończenia projektu instalacji c.o. w budynku.

W związku z koniecznością przeprowadzenia robót dodatkowych powód domagał się podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego. Pozwana nie wyraziła na to zgody, wskazując, że formułując ofertę powykonawczą powinien on być liczyć się z potrzebą wykonania takich prac. Jednakże pismem z dnia 13 marca 2001 r. pozwana uznała część tych prac za roboty dodatkowe. Jednocześnie pozwana kierowała do powoda szereg notatek i pism ponagających do realizowania określonych prac i wyrażających zaniepokojenie brakiem postępu robót. Ostatecznie, po ponad czteromiesięcznym okresie negocjacji, w dniu 10 sierpnia 2001 r. strony podpisały aneks nr (...), w którym uznano konieczność wykonania robót dodatkowych wymienionych w załączniku nr 4. Termin wykonania strony ustaliły na dzień 25 września 2011 r.

W dniu 22 sierpnia 2001 r. dokonano częściowego odbioru II etapu robót i stwierdzono, że stan robót pozwala na prowadzenie etapu III. Z uwagi na niezapłacenie przez powoda podwykonawcom firmy te zeszły z budowy w sierpniu i wrześniu 2001 r., a prace zostały wstrzymane. Z uwagi na konieczność przyśpieszenia zakończenia prac koniecznych do przystosowania budynku do warunków zimowych w dniu 19 listopada 2001 r. między powodem, pozwaną i (...) s.c. w G. zawarte zostało porozumienie, na mocy którego prace obejmujące wykonanie instalacji c.o. i c.w. oraz instalacji wod. – kan. zostały wyłączone z umowy stron, a ich wykonanie pozwana zleciła bezpośrednio (...) s.c. z G.. W podobny sposób prace dotyczące instalacji elektrycznej wyłączono z umowy stron, a ich wykonanie pozwana zleciła bezpośrednio (...) s.c. w G.. W związku z tym w dniu 21 listopada 2001 r. podpisany został aneks nr (...) do umowy stron, a termin wykonania umowy ustalono na dzień 16 maja 2002 r. Szczegółowy zakres prac określony został w załączniku nr 5 (Zakres Prac – Wykaz Kosztów) do umowy, stanowiącym jej integralną część. Dzielił on przedmiot umowy na 32 rodzaje podstawowych prac, wskazując etap robót, w którym są realizowane oraz ich wartość netto.

W sezonie zimowym 2001/2002, z uwagi na wyłączenie ogrzewania, powód przerwał prace na budowie z uwagi na niemożliwość i utrudnienia w ich wykonywaniu. Począwszy od stycznia 2002 r. między stronami wymieniane były pisma dotyczące odstępstw od projektu i wzajemnych zarzutów co do przebiegu robót. W dniu 25 lutego 2002 r. zostały zgłoszone do odbioru prace objęte etapami 3a i 3b, wobec czego w dniu 1 marca 2002 r. strony podpisały „Protokół zakończenia i odbioru robót”, stwierdzając, że roboty objęte etapem III pkt 3a aneksu nr (...) zostały wykonane zgodnie z dokumentacją, tj. projektem architektoniczno – budowlanym.

Pozwana opóźniała się z płatnościami z tytułu wystawianych przez powoda faktur, co utrudniało mu finansowanie bieżących kosztów prowadzenia prac. Ponadto sformułowany w załączniku do aneksu nr (...) harmonogram robót okazał się niespójny, gdyż uniemożliwiał zachowanie tempa prac gwarantującego fakturowanie robót już wykonanych. Prowadziło to do wykonywania prac niezgodnie z harmonogramem, lecz w sposób pozwalający na wystawienie faktury. Od marca do lipca 2002 r. z uwagi na brak możliwości wystawienia faktur za wykonane prace, które nie pokrywały się z ustalonym uprzednio harmonogramem robót, powód wstrzymał prace na budowie. W tym czasie trwały rozmowy dotyczące podpisania aneksu nr (...) zmieniającego umowę m. in. w zakresie sposobu realizowania przez pozwanego płatności. W drugiej połowie 2002 r. pozwana utraciła bieżącą płynność finansową i popadła w zwłokę przy realizowaniu swoich zobowiązań.

Powód sporządzał raporty z realizacji prac adaptacyjnych, wskazując procentowy stopień zaawansowania wykonania uzgodnionych prac. Pismem z dnia 23 lipca 2002 r. pozwana, powołując się na treść § 14 ust. 2 umowy, odstąpiła

od umowy stron, uzasadniając to niewykonaniem przez powoda umowy w terminie oraz niezrealizowaniem uwag zawartych w jej piśmie nr (...) z dnia 11 maja 2002 r., jak też ustaleń dokonanych przez strony na spotkaniu w dniu 23 maja 2002 r.

W dniu 25 lipca 2002 r. komisja składająca się z przedstawicieli stron, w oparciu o projekt techniczny i spis z natury, sporządziła dokument pt. „wykaz braków”, dotyczący wszystkich pomieszczeń znajdujących się w budynku, w układzie kondygnacji, w rozbiciu na pokoje, klatki schodowe i korytarze. Inicjatywa sporządzenia „wykazu braków” pochodziła od pozwanej, która nie aprobowала sposobu przeprowadzenia inwentaryzacji, polegającego na spisaniu prac wykonanych przez powoda. Na podstawie tego wykazu pozwana w dniu 14 listopada 2002 r. opracowała kosztorys nr (...), z którego wynika, że łączna wartość robót niewykonanych przez powoda wynosi 586.985 zł.

W dniu 31 lipca 2002 r. przedstawiciel pozwanej – inspektor nadzoru R. S. oraz przedstawiciel powoda – kierownik robót R. J. sporządzili w oparciu o projekt techniczny i spis z natury szczegółowy wykaz braków budowlanych obejmujących niewykonane przez powoda prace.

Pozwana w czasie trwania umowy nie naliczała powodowi żadnych kar umownych. Jednak w piśmie z dnia 29 listopada 2002 r. wezwała ona powoda do zapłaty kwoty 30.374 zł wynikającej z dokonanego przez nią rozliczenia zrealizowanych prac i uwzględnienia kwot wynikających z kar umownych i odsetek za zwłokę w płatnościach. W załączniku nr 1 do tego wezwania, obejmującym końcowe rozliczenie umowy stron, pozwana wskazała, iż wartość brutto należna powodowi z tytułu wykonanych, lecz niezafakturowanych robót wynosi 321.377 zł. Kwotę tą powiększyła ona o 18.824 zł z tytułu odsetek za nieterminową płatność, co dało łącznie kwotę 340.201 zł, którą uznała za należną powodowi. Jednocześnie pozwana wskazała, że należy jej się od powoda kwota 370.575 zł z tytułu kar umownych. Po dokonaniu kompensaty tych kwot przysługuje jej – według niej – kwota 30.374 zł. Pozwana wyceniła wykonane przez siebie – po rozwiązaniu łączącej ją z powodem umowy – prace na kwotę 586.985 zł.

Ostatni wpis w dzienniku budowy, dokonany w dniu 25 września 2002 r. przez R. J. (2), stwierdza, że uniemożliwiono mu przekazanie budowy, gdyż mimo kilkukrotnych wezwań pozwana poprzestała na sporządzeniu wykazu braków.

Powód wystawił pozwanej faktury na łączną kwotę 1.403.000 zł, które po potrąceniu kwoty 10.029,70 zł zapłaciła ona w wysokości 1.392.970,40 zł. Dwukrotnie faktury wystawiane przez powoda wycofywano na prośbę pozwanej. Wykonane i odebrane zostały etapy I, II i IIIa, natomiast etap IIIb został zgłoszony do odbioru.

W toku postępowania sporządzona została opinia przez biegłego ds. budownictwa R. G. (1) na okoliczność zakresu prac wykonanych przez powoda oraz ich wartości w stosunku do zakresu prac objętego umową i jego wartości, a w szczególności procentowego udziału prac, jakie były przedmiotem umowy. Biegły stwierdził, że zawarta przez strony umowa miała charakter ryczałtowy bez wskazania podstaw cenotwórczych i bez powiązania z przedmiotem planowanych robót. Na podstawie informacji wynikających z zestawienia, zawartego w sporządzonym przez strony w 2011 r. rozliczeniu adaptacji budynku, biegły ustalił, że łączna wartość umowy wynosiła 2.025.000 zł. Biegły przyjął, że szacunkowy stopień wykonania umowy przez powoda wynosi 80 %. Według biegłego główną przyczyną przedłużenia realizacji umowy od maja 2001 r. do stycznia 2002 r. było niedostateczne przygotowanie inwestycji przez pozwaną. Opóźnienia powstałe w okresie między styczniem a lipcem 2002 r. w przeważającej części wynikały z uchylania się przez pozwaną od podjęcia decyzji porządkujących proces inwestycyjny. Biegły nie wykluczył choćby częściowej współodpowiedzialności powoda.

Sąd Okręgowy ustalił powyższy stan faktyczny na podstawie przedłożonych przez strony dokumentów, w szczególności umowy wraz z załącznikami, aneksów z załącznikami, korespondencji stron, decyzji administracyjnej, notatek służbowych, dziennika budowy, kopię nieoficjalnego dziennika budowy i faktur VAT, których prawdziwość i autentyczność nie była kwestionowana przez strony i nie budziła wątpliwości. Sąd ten oparł się ponadto na zeznaniach świadków: B. P., R. J. (2), R. S., R. W., A. O. i B. M., które uznał za wiarygodne. Podstawę dokonanych ustaleń faktycznych stanowiły również zeznania L. M. i I. M. słuchanych w charakterze strony powodowej, które zostały uznane za wiarygodne w zakresie, w jakim znajdowały potwierdzenie w pozostałym materiale dowodowym. Ponadto uwzględniona została opinia biegłego ds. budownictwa R. G. (1) wraz z uzupełniającymi ją opiniami pisemnymi

i ustnymi. Sąd Okręgowy uznał, że zarzuty pozwanej wobec tej opinii były nieuzasadnione. Biegły odniósł się bowiem do wszystkich pytań sformułowanych w postanowieniu Sądu, zamieścił w opinii tzw. część sprawozdawczą, wskazując podstawę faktyczną sformułowanych przez siebie wniosków, adekwatnie do ilości zgromadzonego w toku postępowania materiału dowodowego, na który w przeważającej części składała się dokumentacja sporządzona przez strony.

Sąd Okręgowy pominął opinię biegłego ds. budownictwa W. P., który przyznał, że nie był w stanie ustalić ilości prac niewykonanych przez powoda, a w konsekwencji określić ich wartości, która odpowiadałaby wielkości, o którą należy pomniejszyć jego wynagrodzenie przewidziane w umowie. Sąd ten pominął ponadto wniosek pozwanej o przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego, uznając, że wszelkie okoliczności sprawy zostały już wyjaśnione, zaś przeprowadzenie wnioskowanego przez nią dowodu przyczyniłoby się jedynie do zbędnego przedłużenia postępowania.

Sąd pierwszej instancji stwierdził, że powyższy stan faktyczny w zasadzie był niesporny między stronami, które nie kwestionowały faktu zawarcia umowy, jej aneksowania, rozpoczęcia przez powoda prac przed uzyskaniem pozwolenia na budowę, istnienia między nimi różnic dotyczących interpretacji jej przedmiotu, jak również opóźnień w wykonywaniu poszczególnych etapów prac oraz częściowego niezrealizowania przedmiotu umowy przez powoda na skutek odstąpienia od niej przez pozwaną. Wątpliwości nie budził również fakt sporządzenia przez strony tzw. wykazu braków i niewyrażenia przez pozwaną zgody na sporządzenie inwentaryzacji obejmującej faktycznie wykonane przez powoda prace. Niesporna była ponadto okoliczność prowadzenia tzw. nieformalnego dziennika budowy i braku ogrzewania w remontowanym budynku w sezonie grzewczym 2001/2002 oraz wysokość uiszczonych przez pozwaną wynagrodzenia.

Spór między stronami dotyczył natomiast ustalenia zakresu ilościowego i wartościowego wykonanych przez powoda robót oraz zasadności obciążenia go karami umownymi za nienależyte wykonanie zobowiązania. Powód domagał się procentowego ustalenia wielkości niewykonanych prac w stosunku do zakresu prac zleconych i proporcjonalnego zmniejszenia umówionego wynagrodzenia, a pozwana dokonywała kosztorysowej wyceny niewykonanych przez niego robót. Ponadto strony odmiennie określały ilościowy zakres niewykonanych przez powoda prac, dokonując zróżnicowanej wykładni zarówno łączącej je umowy, jak i sporządzonego po jej rozwiązaniu wykazu braków. Sporna była również ocena dokonanej przez pozwaną w dniu 23 lipca 2002 r. wypowiedzenia umowy stron. Według powoda nie było podstaw do odstąpienia przez pozwaną od umowy, natomiast pozwana twierdziła, że podstawą wypowiedzenia umowy było niezrealizowanie przez powoda umowy w sposób należyty.

Sąd Okręgowy uznał, że powództwo zasługuje na częściowe uwzględnienie. Z umowy stron wynika, że obejmowała ona dwa zobowiązania powoda: do wykonania przebudowy pomieszczeń w bliżej opisanym budynku socjalno – biurowym i wykonania parkingu przy tym budynku w ramach umowy o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c. oraz do wykonania dokumentacji projektowej na te prace w ramach umowy o dzieło w rozumieniu art. 627 k.c.

Jako podstawę wypowiedzenia umowy zawartej przez strony pozwana wskazała § 14 ust. 2 umowy, twierdząc, że powód nie wykonał umowy w terminie i nie zrealizował jej uwag zawartych w piśmie nr (...) z dnia 11 maja 2002 r., jak też ustaleń dokonanych przez strony na spotkaniu w dniu 23 maja 2002 r. W § 14 ust. 2 lit. a umowy strony przewidziały możliwość wypowiedzenia umowy przez każdą z nich na piśmie w razie rażącego niedotrzymania zobowiązań umownych przez drugą stronę, jednak decyzja ta miała być poprzedzona pisemnym upomnieniem dokonany na 14 dni przed odstąpieniem. Dodatkowo strony przewidziały w umowie dla pozwanej uprawnienie do odstąpienia od umowy w przypadku, kiedy realizacja przedmiotu umowy byłaby tak opóźniona z przyczyn niezależnych od pozwanej, że stało się oczywistym, iż niemożliwe będzie zakończenie realizacji przedmiotu umowy w terminie określonym w umowie, a opóźnienie wyniesie nie mniej niż 14 dni oraz kiedy powód sceduje lub podzleci przedmiot umowy lub jej część osobie trzeciej bez pisemnej akceptacji zamawiającego (§ 14 ust. 2 lit. b).

W świetle treści § 14 ust. 2 umowy stron pozwana była więc zobowiązana do sprecyzowania w piśmie z dnia 23 lipca 2002 r., która z podstaw wypowiedzenia umowy zachodziła w konkretnym wypadku. Gdyby pozwana chciała

wypowiedzieć umowę stron na mocy § 14 ust. 2 lit. a, to powinna najpierw pisemnie upomnieć powoda na 14 dni przed planowanym odstąpieniem od umowy. Z ustalonych okoliczności nie wynika jednak, aby pozwana wystosowała do powoda takie upomnienie. Z kolei, chcąc wypowiedzieć umowę na podstawie § 14 ust. 2 lit. b, pozwana obowiązana była do wykazania, iż opóźnienie w wykonywaniu przedmiotu powstało z przyczyn niezależnych od niej.

W wypowiedzeniu z dnia 23 lipca 2002 r. pozwana powoływała się na niezrealizowanie przez powoda przedmiotu umowy w terminie. Przyczyny powstałych w toku realizacji umowy opóźnień w wykonywaniu przedmiotu umowy przez powoda miały jednak złożony charakter i dotyczyły w istotnym stopniu przygotowania inwestycji. Przedmiot umowy w chwili jej podpisania nie został bowiem określony w sposób jednoznaczny, co spowodowało trudności w jego wykonywaniu przez powoda oraz konieczność jego doprecyzowania w czasie wykonywania umowy. W konsekwencji etap wykonywania umowy połączony został z formułowaniem jej przedmiotu, co wymagało prowadzenia przez strony negocjacji, które normalnie powinny poprzedzać zawarcie umowy.

Pozwana powinna współdziałać z powodem w wykonaniu zobowiązania, ponieważ współdziałanie to determinowało wywiązanie się przez niego z umowy. Tymczasem od początku współpracy prezentowała ona postawę egzekwującą od powoda jego obowiązki, ale nie zwracała uwagi na potrzebę ścisłej współpracy z nim ze względu na specyfikę procesu budowlanego i powierzenie jego przeprowadzenia w całości powodowi. Pozwana ponaglała powoda o uzyskanie pozwolenia na budowę, pomimo że nie udzieliła mu stosownego upoważnienia do występowania w jej imieniu przed organami administracji. Nieprawidłowe było rozpoczęcie realizacji umowy przed uzyskaniem pozwolenia, co było sprzeczne z art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 118), chociaż nie wpływało to na ważność umowy. Ponadto na nieterminowość wykonania umowy przez powoda wpłynęły takie czynniki, jak: brak ogrzewania w sezonie zimowym, nieterminowe realizowanie płatności przez pozwaną, co skutkowało odstąpieniem przez powoda od wykonywania prac budowlanych, niemożliwość fakturowania prac faktycznie wykonanych ze względu na ich nieprawidłowe umieszczenie przez pozwaną w harmonogramie finansowym inwestycji.

Z opinii biegłego sądowego R. G. wynika, że główną przyczyną przedłużenia realizacji umowy od maja 2001 r. do stycznia 2002 r. było niedostateczne przygotowanie inwestycji przez pozwaną, a opóźnienia, powstałe w okresie między styczniem a lipcem 2002 r., w przeważającej części wynikały z uchylania się przez pozwaną od podjęcia decyzji porządkujących proces inwestycyjny. Okoliczności te wskazują na nieistnienie podstaw do wypowiedzenia przez pozwaną umowy w dniu 23 lipca 2002 r., albowiem niedotrzymania zobowiązań umownych przez powoda nie można nazwać rażącym w rozumieniu § 14 ust. 2 lit. a umowy, skoro odpowiedzialność za taki stan rzeczy w przeważającej części ponosiła pozwana. Ponadto nie został spełniony formalny wymóg wystosowania do powoda upomnienia na 14 dni przed wypowiedzeniem umowy.

Nie mógł mieć zastosowania również § 14 ust. 2 lit. b umowy, ponieważ przyczyny opóźnienia były zależne od pozwanej (brak zapłaty i uchylanie się przez nią od podjęcia decyzji porządkujących proces inwestycyjny). Podstawy wypowiedzenia nie mogły stanowić także przyczyny określone w punktach c) i d) § 14 ust. 2 umowy, gdyż pozwana nie wykazała, że wykonawca nie wykonał do dnia 6 grudnia 2001 r. prac budowlanych wymienionych w załączniku nr 6.

Ponadto nie było podstaw do wypowiedzenia przez pozwaną umowy stron również na mocy art. 635 k.c., który po myśli art. 656 § 1 k.c. stosuje się odpowiednio do umów o roboty budowlane. Z opinii biegłego R. G. wynika bowiem, że przedmiot umowy został wykonany przez powoda w 80 %. Wobec tak znacznego zaawansowania robót nie można uznać, że nieprawdopodobne było wykonanie przedmiotu umowy przez powoda.

Skoro nie było podstaw do wypowiedzenia przez pozwaną łączącej strony umowy, to powodowi przysługuje wynagrodzenie za prace wykonane na dzień odstąpienia przez nią od umowy. W oparciu o przedłożony załącznik nr 5 do umowy (wprowadzony aneksem nr (...)), określający zakres rzeczowo – finansowy umowy, sporządzony przez obie strony „szczegółowy wykaz braków budowlanych”, tj. robót, które nie zostały przez niego wykonane, projekt budowlany, dziennik budowy oraz wspólny dokument nazwany rozliczeniem, powód twierdził, że procentowy zakres wykonanych przez niego prac budowlanych wynosił 86,72 %. Sąd Okręgowy uznał jednak na podstawie opinii biegłego

R. G., że łączna wartość umowy wynosi 2.025.000 zł, natomiast szacunkowy stopień wykonania umowy przez powoda wynosił 80%. Biegły dokonał tego ustalenia z wykorzystaniem zestawienia sporządzonego przez strony w 2011 r., które dotyczyło rozliczenia adaptacji budynku.

Łączna wartość netto (bez podatku VAT) prac wykonanych przez powoda wynosi więc 1.615.186 zł. W związku z tym przysługuje mu wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy w wysokości 1.970.526,92 zł (1.615.186 zł + VAT). Ponieważ pozwana bezspornie uiściła mu na poczet tego wynagrodzenia kwotę 1.392.970,40 zł, do zapłaty pozostała jeszcze kwota 577.556,52 zł. Sąd Okręgowy stwierdził, że taką kwotę powinien zasądzić od pozwanej na rzecz powoda.

Sąd pierwszej instancji wskazał następnie, że nie było podstaw do obciążenia powoda przez pozwaną karami umownymi. Pozwana obciążyła powoda dwoma rodzajami kar umownych. Pierwszy rodzaj kary wynikał z § 11 ust. 1 lit. a umowy i związany był ze zwłoką w realizacji przedmiotu umowy, natomiast drugi rodzaj kary wynikał z § 11 ust. 1 lit. c i związany był z faktem odstąpienia od umowy z przyczyn polegających na niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu umowy leżących po stronie powoda. Sąd uznał, iż w sprawie nie zostały spełnione wskazane w umowie merytoryczne przesłanki do obciążenia powoda karą umowną.

Pierwsza z w/w kar zastrzeżona została wyłącznie na wypadek zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy. Zwłoka musi być odróżniana od zwykłego opóźnienia, ponieważ stanowi jego kwalifikowaną postać. Zachodzi ona tylko wtedy, gdy dłużnik ponosi winę za nieterminowe wykonanie zobowiązania. Z zebranego materiału dowodowego nie wynika jednak, aby nieterminowe realizowanie umowy było zawinione wyłącznie lub w przeważającej części przez powoda. Biegły wskazał bowiem w opinii na leżące po stronie pozwanej przyczyny uniemożliwiające powodowi wykonanie przedmiotu w ustalonym przez strony terminie. Biegły nie wykluczył, że również powód przyczynił się do powstałych opóźnień, ale leżące po jego stronie przyczyny były nieznaczne w porównaniu z działaniami pozwanej. Skoro zatem zarówno powód, jak i pozwana przyczynili się do powstania opóźnienia, to niedopuszczalne było obciążenie powoda karą umowną za zwłokę, ponieważ przyczyny nieterminowości leżące po jego stronie powinny mieć charakter przynajmniej przeważający.

Druga podstawa kary umownej uzależniona była od odstąpienia pozwanej od umowy z przyczyn leżących po stronie powoda. Pojęcie „przyczyny leżące po stronie powoda” ma szerszy charakter niż „przyczyny zawinione”. Ustalone wyżej okoliczności wyłączają jednak dopuszczalność obciążenia powoda również tym rodzajem kary. Umowa stron przewidywała bowiem dopuszczalność odstąpienia od niej w razie rażącego naruszenia jej postanowień przez jedną ze stron lub w sytuacji, kiedy realizacja przedmiotu umowy została tak opóźniona z przyczyn niezależnych od pozwanej, że stało się oczywistym, że niemożliwe jest terminowe zakończenie jej realizacji. Ponieważ opóźnienia stanowiły konsekwencję zachowania obu stron, których działania nie można uznać za prawidłowe, to niemożliwe jest obciążenie powoda przez pozwaną tą karą umowną.

W konsekwencji Sąd Okręgowy nie uwzględnił podniesionego przez pozwaną zarzutu potrącenia kar umownych, ponieważ nie wykazała ona, że przysługuje jej wierzytelność wobec powoda z tego tytułu.

Powód domagał się zasądzenia odsetek ustawowych od należności głównej od dnia 1 września 2002 r., jednak Sąd Okręgowy uznał, iż przysługują mu odsetki ustawowe od dnia 23 października 2003 r., tj. od dnia doręczenia pozwanej odpisu pozwu. Powód nie przedłożył bowiem dowodu doręczenia pozwanej wezwania do zapłaty, na które powoływał się w treści pozwu.

W apelacji od tego wyroku pozwana zarzuciła Sądowi Okręgowemu naruszenie przepisów prawa procesowego, mające wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

- 1) art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów, w szczególności przez oparcie się na nierzetelnej i niepełnej opinii biegłego R. G.,
- 2) art. 217 § 1 k.p.c. przez niedopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego pomimo zgłaszanych przez nią wątpliwości do opinii biegłego R. G., które nie zostały przez niego w całości wyjaśnione w opiniach uzupełniających,



3) art. 386 § 4 k.p.c. przez nierozpoznanie istoty sprawy wskutek uchylenia się od poprawnego i zgodnego z rzeczywistym stanem rzeczy ustalenia wysokości należnego powodowi wynagrodzenia oraz przez oparcie rozstrzygnięcia jedynie na nierzetelnej i niepełnej opinii biegłego, a także przez dokonanie oceny zasadności zgłoszonego przez nią zarzutu potrącenia na podstawie niepełnych i niejednoznacznych ustaleń,

4) art. 386 § 4 k.p.c. przez niezastosowanie się do wskazań sądu drugiej instancji co do dalszego postępowania, w szczególności uchylenie się od przeprowadzenia pełnego postępowania dowodowego w celu ustalenia zasadności podniesionego przez nią zarzutu potrącenia, opierając się jedynie na opinii biegłego, do której obie strony zgłosiły szereg uwag oraz uchybienie zasadom rozłożenia ciężaru dowodu co do ustalenia zwłoki powoda w wykonaniu umowy.

Na tych podstawach pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na jej rzecz kosztów procesu za obie instancje według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie tego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Powódka wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie od pozwanej na jej rzecz zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy przyznał w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że prawidłowo – zgodnie z przyjętymi przez niego ustaleniami i rozważaniami – powinien zasądzić od pozwanej na rzecz powódki kwotę 577.556,52 zł, podczas gdy zasądzona została jedynie kwota 499.973,08 zł. Powód nie zaskarżył jednak wyroku ani w zakresie tej różnicy, ani w pozostałym zakresie, chociaż poprzedni wyrok Sądu pierwszej instancji był kwestionowany przez obie strony i został uchylony w całości, czyli także na korzyść powódki, która początkowo domagała się w sprawie zasądzenia kwoty 728.293,50 zł, w tym kwoty 709.469,50 zł z tytułu niezapłaconej części wynagrodzenia za wykonane rzeczywiście na rzecz pozwanej roboty budowlane. W związku z tym na obecnym etapie postępowania zakres rozpoznania sprawy wyznaczony jest jedynie granicami zaskarżenia wynikającymi z apelacji pozwanej i podniesionych przez nią zarzutów, które dotyczą wyłącznie uchybień procesowych Sądu pierwszej instancji.

Powyższe zarzuty zostały ocenione jako nieuzasadnione. Wobec tego Sąd Apelacyjny uznał, że podstawę rozstrzygnięcia w sprawie stanowić może materiał dowodowy zebrany przez Sąd pierwszej instancji, ponieważ pozwana bezpodstawnie kwestionowała prawidłowość dokonanej przez ten Sąd oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, jak również bezzasadnie domagała się dopuszczenia dowodu z opinii innego biegłego sądowego. W konsekwencji – po dokonaniu zgodnie z art. 382 k.p.c. również samodzielnej analizy i oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego – Sąd Apelacyjny doszedł do przekonania, że może aprobować ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd Okręgowy i przyjąć je za własne przy wydawaniu rozstrzygnięcia w postępowaniu odwoławczym. Wbrew skarżącej, Sąd pierwszej instancji nie przekroczył bowiem granic swobodnej oceny dowodów, określonych w art. 233 § 1 k.p.c., a dokonane przez niego ustalenia faktyczne w istotnym dla rozstrzygnięcia zakresie są zgodne z treścią zebranego w sprawie materiału i wystarczają do wydania merytorycznego orzeczenia o żądaniu powódki.

Pozwana bezpodstawnie kwestionuje dokonaną przez Sąd Okręgowy ocenę wiarygodności opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa R. G.. Podniesione przez nią wątpliwości i zarzuty w gruncie nie dotyczą treści tej opinii i nie wiążą się z jakimikolwiek błędami lub niedokładnościami biegłego przy sporządzaniu opinii. Zauważyć należy, że pozwana eksponuje okoliczności odnoszące się do niemożliwości dokonania wyczerpujących i rzetelnych ustaleń w zakresie ilości robót budowlanych wykonanych przez powódkę na podstawie umowy stron z dnia 22 grudnia 2000 r. Formułując takie zarzuty, pozwana nie bierze pod uwagę, że wskazywane przez nią okoliczności nie wynikały z pracy biegłego R. G., lecz bardzo ściśle i bezpośrednio wiązały się z zachowaniem samych stron, począwszy od etapu przygotowania przez pozwaną (jeszcze przed zawarciem umowy przez strony) programu przebudowy przedmiotowego obiektu n. p. dyrekcji Stoczni (...) poprzez ogólnikowy sposób określenia przedmiotu robót w

umowie, sposób wykonywania umowy, w tym wykonywanie prac jeszcze przed uzyskaniem pozwolenia na budowę i prowadzenie nieoficjalnego (zwanego też nieformalnym) dziennika budowy, trudności z odbiorem wykonanych robót i ich fakturowaniem w oparciu o przyjęty harmonogram prac, trudności z terminowym dokonywaniem przez pozwaną zapłaty za wykonane przez powódkę roboty, a skończywszy na rozbieżnościach między stronami już po odstąpieniu (Sąd Okręgowy używał też sformułowania „wypowiedzenie”) przez pozwaną umowy stron przy określaniu zakresu robót wykonanych względnie niewykonanych przez powódkę. Nawet sama pozwana dostrzega to w apelacji, podnosząc, że biegły nie wyjaśnił, w jaki sposób ustalili procentowy zakres wykonania poszczególnych robót zleconych powódce, skoro nie sporządzono dotychczas przedmiaru robót (k. 1605). Jednocześnie pozwana nie bierze jednak pod uwagę, że z jednej strony biegły R. G. również zwracał uwagę na powyższe okoliczności przy wyjaśnianiu podstaw sporządzenia opinii i napotkanych w tym zakresie problemów i trudności, a z drugiej strony pomija ona, że biegły nie może być obciążany skutkami powyższych zachowań samych stron, w tym pozwanej.

Podkreślić można, że – na co zwrócił uwagę także biegły R. G. – aczkolwiek teoretycznie nadal możliwe byłoby nawet na obecnym etapie sporządzenie kosztorysu robót wykonanych przez powódkę, ale w rzeczywistości byłoby to niecelowe i bardzo trudne. Po pierwsze, wskazać należy, że od chwili wykonania spornych robót przez powódkę upłynęło już ponad dziesięć lat, co w konkretnej sytuacji jest okresem na tyle długim, że praktycznie niemożliwe i niewykonalne jest miarodajne i wyczerpujące sporządzenie takiego kosztorysu. Po drugie, mówiąc o przedmiarze robót, należy wziąć pod uwagę, że powinien on zostać sporządzony przez same strony jeszcze przed zawarciem umowy. Z opinii biegłego R. G. wynika jednak, że strony nie tylko nie sporządziły szczegółowego przedmiaru robót przed zawarciem umowy, ale w ogóle nie zadbały o jakiegokolwiek sprecyzowanie zakresu i ilości robót objętych przedmiotem umowy. Zwrócił na to uwagę również Sąd Okręgowy, ustalając, że przekazana powódce przez pozwaną dokumentacja okazała się niekompletna i niewystarczająca, w szczególności nie zawierała projektu konstrukcji i architektury przedmiotowego obiektu. Po trzecie, strony określiły w umowie wynagrodzenie powódki w sposób ryczałtowy. Być może było to przyczyną, dla której nie przywiązywały one wagi do sporządzenia przedmiaru robót lub kosztorysu przedwykonawczego, który umożliwiłby choćby weryfikację rodzajów i ilości robót podlegających wykonaniu, nawet jeśli nie stanowiłby podstawy ustalenia wysokości wynagrodzenia za ich wykonanie.

Uwzględniając te kwestie, nie można dopatrywać się wadliwości opinii biegłego R. G. w okolicznościach, które w ogóle nie leżały po jego stronie, lecz wynikały z przyczyn, związanych z zachowaniem samych stron, w tym również pozwanej. Podkreślić trzeba stanowczo, że w ramach niniejszej sprawy pozwana nie może oczekiwać, że zostaną wykonane czynności w postaci opomiarowania podlegających wykonaniu robót i ich skosztorysowania, które to czynności powinny wykonać strony procesu budowlanego przed jego rozpoczęciem, a których nie wykonały, uznając je za nieistotne lub bardzo trudne do wykonania na etapie zawierania umowy.

Wziąć trzeba ponadto pod uwagę, że także na etapie zakończenia wykonywania robót przez powódkę obie strony nie podjęły współpracy w celu zgodnego ustalenia zakresu rzeczywiście wykonanych przez powódkę robót. W istotnym stopniu wiązało się to także z zachowaniem pozwanej, która po odstąpieniu od umowy stron odmawiała wspólnego z powódką sporządzenia wykazu wykonanych prac. Zauważyć można, że – jak wyjaśnił Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu wydanego w tej sprawie wyroku z dnia 23 października 2008 r. – ustalenie powyższego zakresu mogło nastąpić zarówno przez ustalenie zakresu robót wykonanych, jak i zakresu robót niewykonanych. W tej sprawie nie doszło jednak do sporządzenia takiego zakresu robót w którejkolwiek z powyższych postaci. W szczególności pozwana odmówiła powódce sporządzenia wykazu prac wykonanych, a zamiast tego samodzielnie sporządziła tzw. wykaz braków, na podstawie którego opracowała następnie kosztorys wykonania tych prac i domagała się przyjęcia go za podstawę rozliczenia między stronami.

W tej sytuacji podnoszonych przez pozwaną zastrzeżeń i wątpliwości w istocie w ogóle nie można odnosić do treści opinii biegłego R. G., a jednocześnie nie ma podstaw do twierdzenia, że aktualnie jakiegokolwiek inny biegły byłby w stanie sporządzić taką opinię, która mogłaby zostać aprobowana przez Sąd i nie byłaby kwestionowana przez strony. Problem nie wiąże się z rzekomym niewyjaśnieniem przez biegłego G. wszystkich zarzutów zgłaszanych przez strony do jego opinii, ale z tym, że z przyczyn leżących w istotnym zakresie po stronie pozwanej obecnie nie ma już możliwości sporządzenia opinii w oparciu o inne podstawy, niż uczynił to ten biegły, a co najmniej jest to bardzo utrudnione,

czasochłonne i kosztowne. W szczególności nie można oczekiwać, że strony przedstawią inny materiał dowodowy, skoro nie uczyniły tego dotychczas w ponad dziesięcioletnim procesie, a jednocześnie po upływie tak długiego czasu nie można rozsądnie oczekiwać, że istnieje możliwość sporządzenia opinii na podstawie spisu prac z natury.

W związku z tym zarzuty pozwanej w gruncie rzeczy nie powinny być kierowane do biegłego, lecz do samych stron, które doprowadziły do tego, że aktualnie nie ma innych podstaw do sporządzenia opinii, dotyczącej ich rozliczenia z tytułu prac wykonanych przez powódkę. Inaczej mówiąc, nie można uznać, że jakikolwiek inny biegły byłby w stanie sporządzić w sprawie opinię, która nie mogłaby zostać następnie podważona przez którąś ze stron jako nierzetelna lub niewyczerpująca. Wynika to z braku wystarczającego i wiarygodnego materiału, który mógłby stanowić podstawę takiej opinii. Zauważyć można, że inny biegły, który sporządził opinię w sprawie, a mianowicie W. P., wprost stwierdził, że na podstawie przedstawionego mu materiału w ogóle nie jest w stanie podjąć się oceny zakresu i wartości wykonanych przez powódkę prac.

Wobec tego podzielić można stanowisko Sądu pierwszej instancji, który uznał, że biegły R. G. prawidłowo wywiązał się z polecenia sporządzenia opinii w oparciu o taki materiał, jakim dysponował w niniejszej sprawie, w szczególności na podstawie zestawień sporządzonych przez same strony w zakresie, w jakim nadawały się one do bezstronnej weryfikacji z wykorzystaniem posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych.

Nieuzasadniony jest więc zarówno zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. przez przyznanie waloru wiarygodności i mocy dowodowej opinii biegłego R. G., jak zarzut naruszenia art. 217 § 1 k.p.c. przez niedopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego.

W odniesieniu do tego ostatniego zarzutu dodać należy, że skarżąca błędnie twierdzi, że do oddalenia wniosku dowodowego nie ma zastosowania art. 162 k.p.c. Stanowisko pozwanej jest odosobnione, ponieważ według przeważającej praktyki orzeczniczej w razie oddalenia wniosku dowodowego zachowanie przez stronę uprawnienia do podniesienia zarzutu w postępowaniu odwoławczym jest ściśle uzależnione właśnie od zgłoszenia przez nią zastrzeżenia na podstawie art. 162 k.p.c. ze wskazaniem, jakie przepisy procesowe i z jakich przyczyn zostały jej zdaniem naruszone wskutek wydania postanowienia o oddaleniu wniosku dowodowego. Nieprzekonująca jest argumentacja skarżącej, że oddalenie wniosku dowodowego nie może być uznane za uchybienie przepisom postępowania oraz że dopiero po wydaniu wyroku i zapoznaniu się z jego uzasadnieniem możliwe jest dokonanie oceny prawidłowości postanowienia dowodowego. Wziąć trzeba pod uwagę, że według aktualnego modelu procesu cywilnego do stron należy inicjatywa dowodowa, na nich spoczywa obowiązek przedstawienia dowodów na poparcie swoich twierdzeń i ostatecznie one ponoszą konsekwencje nieudowodnienia istotnych okoliczności faktycznych. W związku z tym muszą mieć one możliwość wpływania na decyzje sądu podejmowane w toku postępowania dowodowego. Służy do tego między innymi możliwość kwestionowania wydanych postanowień dowodowych przez zwracanie sądowi uwagi na popełnione przez niego uchybienia przepisom postępowania na podstawie art. 162 k.p.c. (powszechnie określa się to jako zgłoszenie tzw. zastrzeżeń do protokołu). Dodać można, że zgodnie z art. 240 § 1 k.p.c. sąd nie jest związany swym postanowieniem dowodowym i może je stosownie do okoliczności uchylić lub zmienić nawet na posiedzeniu niejawnym. Do zmiany lub uchylenia postępowania dowodowego może dojść właśnie wskutek zgłoszenia przez stronę zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c.

Wbrew pozwanej, niezgłoszenie przez nią zastrzeżenia na podstawie powyższego przepisu po oddaleniu przez Sąd Okręgowy jej wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego spowodowało więc, że już tylko z przyczyn formalnych zarzut oddalenia tego wniosku nie może być skuteczny w postępowaniu apelacyjnym. Niezależnie od tego z przyczyn, o których była wcześniej mowa, taki zarzut i tak byłby bezzasadny, ponieważ w sprawie nie ma dostatecznych podstaw do dopuszczenia dowodu z opinii innego biegłego. Nie może za tym przemawiać jedynie okoliczność, że pozwana nie jest zadowolona z dotychczasowej opinii, zgłaszając wobec niej wątpliwości i zastrzeżenia, które w ogóle nie mogą być wyjaśnione na podstawie przedstawionego przez strony materiału dowodowego. Konkludując, opinia biegłego R. G. w optymalnym stopniu wyjaśnia wszystkie istotne okoliczności faktyczne w oparciu o dostępny obecnie materiał dowodowy.

Bezpodstawny jest także zarzut naruszenia art. 386 § 6 k.p.c. Sąd Apelacyjny polecił Sądowi pierwszej instancji przede wszystkim ustalenie, czy istniały podstawy do odstąpienia przez pozwaną od umowy stron na mocy oświadczenia z dnia 23 lipca 2002 r. oraz czy miało ono ewentualnie skutki *ex tunc* czy *ex nunc*. W tym zakresie Sąd Okręgowy trafnie stwierdził, że w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego nie było podstaw do odstąpienia przez pozwaną od umowy stron.

Dokonana przez ten Sąd analiza postanowień § 14 ust. 2 umowy stron, które zostały wskazane przez pozwaną jako podstawa powyższego odstąpienia, w oparciu o ustalone w sprawie okoliczności zasługuje na aprobatę. Sąd Okręgowy prawidłowo ocenił, że przyczyny opóźnień w realizacji przedmiotu umowy miały charakter złożony i nie obciążały jedynie powódki, lecz przede wszystkim pozwaną, która nie przygotowała należycie inwestycji, w szczególności nie zadbała o odpowiednie określenie jej przedmiotu, a następnie niedostatecznie współpracowała z powódką w zakresie wymagającym udziału i decyzji inwestora, włączając w to również trudności nawet z terminowym zapewnieniem środków na płynne finansowanie tej inwestycji, co ostatecznie spowodowało przerwanie prac przed sezonem zimowym 2001/2002 i brak ich realizacji w okresie zimowym z powodu niezapewnienia przez pozwaną ogrzewania obiektu. Następnie w okresie wiosennym w 2002 r. strony prowadziły ze sobą rozmowy w sprawie podpisania aneksu nr (...) do ich umowy, ale ostatecznie nie doszło do jego podpisania, natomiast pozwana złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy, powołując się na rzekome niewywiązanie się powódki z przyjętych uzgodnień i nieterminowe wykonywanie robót. Sąd Okręgowy słusznie uznał, że skoro zasadnicze przyczyny opóźnienia w terminowym wykonywaniu prac leżały pod stroną pozwanej, to nie mogła ona z powodu ich istnienia odstąpić od umowy z przyczyn leżących rzekomo po stronie powódki. Dodatkowo wziąć trzeba pod uwagę, że pozwana nie zachowała trybu odstąpienia od umowy na powyższej podstawie, ponieważ nie wykazała, aby na 14 dni przed odstąpieniem od umowy wystosowała do powódki pisemne upomnienie w związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami.

Z uwagi na opóźnianie się realizacji przedmiotu umowy z przyczyn leżących w istotnym stopniu po stronie pozwanej nie mogła ona odstąpić od umowy stron także na podstawie § 14 ust. 2 lit. b tej umowy, ponieważ uprawnienie to zostało zastrzeżone m. in. na wypadek, gdyby realizacja przedmiotu umowy została opóźniona z przyczyn niezależnych od pozwanej tak, że oczywiście stało się, iż nie będzie możliwe zakończenie realizacji przedmiotu umowy w umówionym terminie. Takie sformułowanie umowy oznacza, że odstąpienie od umowy mogłoby zostać dokonane przez pozwaną jedynie wtedy, gdyby opóźnienie realizacji umowy nie wynikało z jakichkolwiek przyczyn leżących po jej stronie, lecz wyłącznie po stronie powódki. Taka sytuacja niewątpliwie nie miała miejsca w niniejszej sprawie. Z zebranego materiału dowodowego można wyprowadzić wręcz przeciwny wniosek, że opóźnienie realizacji umowy wynikało z przyczyn leżących przede wszystkim lub w decydującym stopniu po stronie pozwanej. Nawet gdyby taka ocena była zbyt surowa dla pozwanej, to niewątpliwie należy uznać, że przyczyny leżące po jej stronie były co najmniej na tyle istotne, że uniemożliwiały powódcę realizację przedmiotu umowy w ustalonych przez strony terminach.

Skoro zatem nie było żadnych podstaw do odstąpienia przez pozwaną od umowy stron na mocy oświadczenia z dnia 23 lipca 2002 r., to – zgodnie zresztą ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego zajętym w wyroku z dnia 23 października 2008 r. – rozliczenie między stronami powinno nastąpić na zasadach przewidzianych w ich umowie, ale oczywiście odpowiednio do zakresu rzeczywiście wykonanych przez powódkę robót budowlanych. W takiej sytuacji nie było zatem podstaw do zastosowania wskazywanego przez pozwaną kosztorysowego sposobu ustalenia wartości robót wykonanych przez powódkę. Strony umówiły się bowiem na wynagrodzenie ryczałtowe, wobec czego przedmiotem sporu mogło być jedynie ustalenie zakresu wykonanych lub niewykonanych prac, a następnie odniesienie tego ustalenia do wysokości uzgodnionego wynagrodzenia ryczałtowego.

W tym zakresie chybiony jest zarzut naruszenia art. 386 § 4 k.p.c. Wbrew skarżącej, w sprawie nie można mówić o nierozpoznaniu istoty sporu przez Sąd pierwszej instancji. Sąd ten nie uchylił się bowiem od rzetelnego i zgodnego z rzeczywistym stanem rzeczy ustalenia wysokości należnego powódcę wynagrodzenia. Zupełnie innym zagadnieniem jest natomiast prawidłowość dokonanej przez Sąd ustalenia, które było bezpośrednio uzależnione od zakresu i jakości przedstawionego przez strony materiału dowodowego. Jak już wyżej wyjaśniono, materiał ten dawał możliwość dokonania jedynie takich ustaleń, jakie zostały przyjęte za podstawę zaskarżonego wyroku, w szczególności w

oparciu o opinię biegłego R. G.. Pozwana wprawdzie kwestionuje tą opinię i przyjęte na jej podstawie przez Sąd Okręgowy ustalenie, że powódka wykonała przedmiot umowy w około 80 %, ale w gruncie rzeczy nie przedstawiła ona żadnych okoliczności i argumentów, z których wynikałoby, że jest możliwe przyjęcie innych ustaleń, które miałyby charakter bardziej rzetelny i przekonujący. Jej stanowisko zasługuje więc na uznanie jedynie za głośną polemikę z ustaleniami Sądu pierwszej instancji.

Dotyczy to również oceny zasadności podniesionego przez pozwaną zarzutu potrącenia jej wierzytelności z tytułu naliczonych powódce kar umownych. Sąd Okręgowy zasadnie uznał, że w sprawie nie można było naliczyć tych kar na żadnej ze wskazanych przez pozwaną podstaw przewidzianych w umowie stron. Wprawdzie można zgodzić się ze skarżącą, że nie spoczywał na niej ciężar wykazania, że powódka znajdowała się w zwłóce z wykonaniem przedmiotu umowy, ponieważ na jej korzyść przemawiało domniemanie winy dłużnika, ale nie oznacza to, że istniały podstawy do obciążenia powódki karami umownymi z tego tytułu. Decydujące znaczenie ma trafne i przekonujące stwierdzenie przez Sąd Okręgowy na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, że do powyższego opóźnienia nie doszło z przyczyn leżących wyłącznie po stronie powódki, ale także, i to przede wszystkim, po stronie pozwanej. Oznacza to bowiem, że do uchybienia terminu wykonania umowy doszłoby nawet w razie nieistnienia przyczyn, za które powódka ponosiła odpowiedzialność, skoro jednocześnie wystąpiły bardzo istotne przyczyny leżące po stronie pozwanej, które doprowadziły do tego, że termin wykonania umowy nie mógł zostać dotrzymany przez powódkę. Obciążenie jej w takiej sytuacji karą umowną za zwłokę prowadziłoby do tego, że ponosiłaby ona konsekwencje własnego zachowania drugiej strony, która domaga się od niej następnie zapłaty kary umownej.

Nieuzasadnione było obciążenie powódki karą umowną także z tytułu odstąpienia pozwanej od umowy stron. Kara taka mogłaby zostać naliczona jedynie wtedy, gdyby do odstąpienia od umowy doszło z przyczyn leżących po stronie powódki. Jak już jednak wcześniej wyjaśniono, dokonane przez pozwaną odstąpienie od umowy było bezpodstawne, ponieważ w rzeczywistości nie mogło wynikać z przyczyn leżących po stronie powódki. W konsekwencji nie ma również podstaw do żądania od niej zapłaty kary umownej z tytułu powyższego odstąpienia.

W rezultacie nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty naruszenia art. 386 § 4 i 6 k.p.c. także w zakresie odnoszącym się od oceny zasadności podniesionego przez skarżącą zarzutu potrącenia. Nie można zgodzić się z pozwaną, że Sąd Okręgowy oparł tą ocenę na niepełnych i nierzetelnych ustaleniach. Istotne znaczenie miało bowiem ściśle powiązanie ustaleń dotyczących istnienia podstaw do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie powódki z podstawami do żądania od niej kary umownej za zwłokę w realizacji przedmiotu (w pierwszym wypadku) lub za odstąpienie od umowy (w drugim wypadku). W konkretnej sprawie ocena powyższych zagadnień musiała być ze sobą zgodna, skoro zarówno odstąpienie od umowy, jak i żądanie zapłaty kary umownej opierało się na twierdzeniu pozwanej, że do opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy doszło z przyczyn leżących po stronie powódki. W świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego Sąd Okręgowy trafnie jednak ocenił, że nie ma podstaw do akceptacji takiego twierdzenia, ponieważ od opóźnienia w realizacji umówionych robót doszło z przyczyn o złożonym charakterze, za które obie strony, a nie tylko powódka, ponosiły odpowiedzialność, przy czym udział pozwanej w tych przyczynach był również bardzo istotny.

Kierując się powyższymi ustaleniami i rozważaniami, Sąd Apelacyjny doszedł do przekonania, że zarzuty apelacyjne są bezpodstawne, a zaskarżony wyrok jest zgodny z treścią zebranego materiału dowodowego i z przepisami prawa materialnego. Powódka do chwili nieuzasadnionego odstąpienia przez pozwaną od umowy niewątpliwie wykonała bowiem część umówionych robót, których zakres na podstawie dokonanych ustaleń faktycznych ocenić można na około 80 %. Powinna zatem otrzymać 80 % umówionego wynagrodzenia ryczałtowego, a skoro faktycznie otrzymała niższą kwotę, przysługuje jej od pozwanej różnica, która – jak wskazano na wstępie – była nawet wyższa od kwoty zasądzonej w zaskarżonym wyroku.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny na mocy art. 385 k.p.c. oddalił apelację jako nieuzasadnioną. Ponadto na mocy art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 109 k.p.c. oraz art. 98 § 1 i 3 k.p.c. orzeczono o kosztach postępowania apelacyjnego odpowiednio do wyniku postępowania w tej instancji.