

Sygn. akt I A Ca 355/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 września 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Irena Ejsmont - Wiszowata
Sędziowie	:	SA Elżbieta Borowska (spr.) SA Beata Wojtasiak
Protokolant	:	Urszula Westfal

po rozpoznaniu w dniu 27 sierpnia 2015 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa głównego **Miasta B.**

przeciwko (...) **w (...) S.A.S. w V. V. we F.**

**o zapłatę**

i z powództwa wzajemnego (...) **S.A. w (...) S.A.S. w V. V. we F.**

przeciwko **Miastu B.**

z udziałem interwenienta ubocznego (...) **Spółki z o.o. w W.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 5 stycznia 2015 r. sygn. akt I C 1410/11

**I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie I, II, IV, V i VI w ten sposób, że:**

**1. z powództwa głównego zasądza od pozwanych głównych (...) w (...) S.A.S. w V. V. we F. solidarnie na rzecz powoda głównego Miasta B. kwotę 101.334.163,40 (sto jeden milionów trzysta trzydzieści cztery tysiące sto sześćdziesiąt trzy 40/100) złotych z odsetkami ustawowymi od kwot:**

**- 13.028.519,71 (trzynaście milionów dwadzieścia osiem tysięcy pięćset dziewiętnaście 71/100) zł od dnia 17 lipca 2011 r.,**

- **24.491.937,39** (dwadzieścia cztery miliony czterysta dziewięćdziesiąt jeden tysięcy dziewięćset trzydzieści siedem 39/100) zł od dnia 10 czerwca 2014.,

- **13.929.734,22** (trzynaście milionów dziewięćset dwadzieścia dziewięć tysięcy siedemset trzydzieści cztery 22/100) od dnia 4 lipca 2014 r.,

- **16.618.081,02** (szesnaście milionów sześćset osiemnaście tysięcy osiemdziesiąt jeden 02/100) zł od dnia 18 sierpnia 2014 r.,

- **12.620.890,83** (dwanaście milionów sześćset dwadzieścia tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt 83/100) zł od dnia 12 września 2014 r.,

- **20.645.000,01** (dwadzieścia milionów sześćset czterdzieści pięć tysięcy 01/100) zł od dnia 9 czerwca 2015 r.,

2. oddala powództwo główne w pozostałym zakresie;

3. tytułem rozliczenia kosztów procesu z powództwa głównego:

a) zasądza od pozwanych głównych solidarnie na rzecz powoda głównego kwotę **133.025,16** (sto trzydzieści trzy tysiące dwadzieścia pięć 16/100) zł tytułem zwrotu kosztów procesu;

b) nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Białymstoku od powoda głównego kwotę **6.380,39** (sześć tysięcy trzysta osiemdziesiąt 39/100) zł i od pozwanych głównych solidarnie kwotę **18.159,58** (osiemnaście tysięcy sto pięćdziesiąt dziewięć 58/100) zł tytułem brakujących kosztów sądowych;

4. tytułem rozliczenia kosztów procesu z powództwa wzajemnego:

a) zasądza od powodów wzajemnych solidarnie na rzecz pozwanego wzajemnego **7.217** (siedem tysięcy dwieście siedemnaście) zł tytułem zwrotu kosztów procesu;

b) zasądza od powodów wzajemnych solidarnie na rzecz interwenienta ubocznego kwotę **27.217,00** (dwadzieścia siedem tysięcy dwieście siedemnaście) zł tytułem zwrotu kosztów procesu;

II. oddala apelację powoda głównego w pozostałym zakresie, zaś apelację pozwanych głównych (powodów wzajemnych) w całości;

III. zasądza od pozwanych głównych (powodów wzajemnych) solidarnie na rzecz powodów głównych kwotę **67.448** (sześćdziesiąt siedem tysięcy czterysta czterdzieści osiem) zł tytułem zwrotu części kosztów instancji odwoławczej;

IV. zasądza od pozwanych głównych (powodów wzajemnych) na rzecz interwenienta ubocznego **5.400** (pięć tysięcy czterysta) zł tytułem zwrotu kosztów instancji odwoławczej.

## UZASADNIENIE

Miasto B., po ostatecznym sprecyzowaniu pozwu, domagało się zasądzenia solidarnie od (...) S.A. i (...) we F. kwoty 136.846.128,34 zł (kara umowna - 13.028.519,71 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 17 lipca 2011 r. oraz odszkodowanie - 123.817.608,63 zł z ustawowymi odsetkami od dnia doręczenia rozszerzonego powództwa). Wskazało, że strony łączyła umowa nr (...) z dnia 25 maja 2010 r. na budowę stadionu piłkarskiego z zapleczem treningowym. W związku z nieterminowym wykonaniem przedmiotu umowy przez pozwanych, w dniu 8 czerwca 2011 r. Miasto B. na mocy art. 635 § 1 k.c. w zw. a art. 656 k.c. złożyło oświadczenie o częściowym odstąpieniu od umowy i obecnie na podstawie § 8 ust. 1 pkt 3 umowy domaga się kary umownej stanowiącej 10% wynagrodzenia

brutto (15.727.083,57 zł pomniejszonej o kwotę 2.698.563,86 zł jako należności z faktury VAT (...) z 6 czerwca 2011 r.). Uzasadniając wysokość żądanego odszkodowania z tytułu niewykonania przez pozwanych zobowiązania wyodrębnił następujące kwoty: 140.000 zł - koszt inwentaryzacji robót budowlanych rozpoczętych, a niedokończonych przez pozwanych, 14.000 zł - koszt reprezentacji powoda w komisji inwentaryzacyjnej powołanej w związku z odstąpieniem od umowy, 625.500 zł - koszty aktualizacji projektu wykonawczego stadionu, 50.000 zł - koszt postępowania przetargowego celem wyłonienia wykonawcy i dokończenia inwestycji, 100.445.683,48 zł - wzrost kosztów inwestycji związany z odstąpieniem od umowy i wyborem nowego wykonawcy (przy czym w zakresie kwoty 23.507.250,21 zł roszczenie jest już wymagalne, a w zakresie kwoty 76.938.432,97 zł niewymagalne), 69.961 zł - koszt memorandum prawnego, 20.910 zł - koszt przygotowania projektu umowy wykonawczej z operatorem wewnętrznym w zakresie kwestii prawnych i finansowych związanych z budową stadionu, 27.060 zł - koszt analizy prawnej umowy wykonawczej, 46.760 zł - koszt doradztwa w zakresie pomocy publicznej przy budowie stadionu, 11.900 zł - koszt wykonania analizy popytu na usługi świadczone przez S. (...), 12.301 zł - koszt sporządzenia aktu notarialnego - aktu założycielskiego spółki (...), 109.937 zł - podatek od czynności cywilnoprawnych, 3.600 zł - usługi doradztwa podatkowego w odniesieniu do procesu podziału i przekształcenia jednostki budżetowej MOSIR, 35.210.055,86 zł - koszt wsparcia finansowego udzielonego przez Bank (...) S.A. jako nabywcę obligacji emitowanych przez Spółkę (...) (przy czym w zakresie kwoty 2.888.550,61 zł roszczenie jest już wymagalne, zaś w zakresie kwoty 32.321.505,25 zł roszczenie nie jest jeszcze wymagalne), 31.180 zł - koszt wykonania modeli zadaszania trybun, 27.800 zł - koszt przeprowadzenia badania i oceny technicznej zadaszania stadionu.

Pozwane(...) oraz (...) we F. wniosło o oddalenie powództwa. Wskazywało na nieskuteczność odstąpienia od umowy przez powoda z uwagi na brak przesłanek z art. 635 k.c. Podało, że nieterminowa realizacja przedmiotu umowy wynikała z okoliczności niezależnych od stron (czynniki pogodowe) oraz tych, za które winę ponosi powód (wadliwość projektów budowlanych i wykonawczych, zwłoka w przekazaniu zamiennego pozwolenia na budowę, brak woli współpracy powoda).

W dniu 14 lutego 2012 r. pozwani wystąpili z pozwem wzajemnym, w ramach którego domagali się zasądzenia od powoda solidarnie na ich rzecz jako powodów wzajemnych kwoty 33.219.8883,92 zł z odsetkami od kwot: 15.727.083,57 zł od dnia 13 sierpnia 2011 r. tytułem kary umownej, 1.220.572,08 od dnia 6 października 2011 r. z tytułu wykonanych prac zabezpieczających oraz od kwoty 16.328.228,27 stanowiącej świadczenie nienależne, wynikające z różnicy wartości wykonanych robót wynikłych z umowy od ich wartości rynkowej. W uzasadnieniu podali, że żądane kwoty dotyczą wzajemnych rozliczeń z tytułu realizowanych przez nich prac a co za tym idzie - pozostają w związku z pozwem głównym. Żądania pozwu wzajemnego opierali o zakwestionowanie skuteczności odstąpienia powoda i skuteczności odstąpienia od umowy przez nich w dniu 13 czerwca 2011 r. Z ostrożności procesowej w przypadku nie uznania przez Sąd możliwości dochodzenia kary umownej w wyniku uznania, iż umowa zostaje rozwiązana ex tunc, wnieśli o zasądzenie solidarnie na ich rzecz od powoda odszkodowania w kwocie 15.727.323,67 zł (3.815.552,77 zł tytułem szkody poniesionej w związku z koniecznością zakończenia i rozliczenie umów z podwykonawcami, 3.931.770,90 zł z tytułu utraconych korzyści w formie zysku i 8.006.000 zł w związku z utratą wizerunku z uwagi na bezpodstawne zerwanie umowy).

W odpowiedzi na pozew wzajemny powód (pozwany wzajemny) wniósł o oddalenie go w całości. Podtrzymał swoje stanowisko o zasadności i skuteczności oświadczenia o odstąpieniu od umowy, powołując się na bezskuteczność odstąpienia od umowy pozwanego.

Interwenient uboczny po stronie pozwanego wzajemnego (...) sp. z o.o. w W. wniosła o uwzględnienie powództwa głównego i oddalenie wzajemnego. Wskazała, że z powodem łączyła ją umowa Nr (...) r. z dnia 28 marca 2008 r. na wykonanie dokumentacji projektowej na budowę stadionu piłkarskiego w B. wraz z zapleczem treningowym oraz wykonanie nadzoru autorskiego nad budową tego obiektu. Zaprzeczyła, aby sporządzona przez nią dokumentacja projektowa zawierała jakiegokolwiek wady uniemożliwiające wykonanie przedmiotu umowy łączącej strony. Wyjaśniła, że większość zgłaszanych przez pozwanych (powodów wzajemnych) zastrzeżeń mogła być rozstrzygnięta w ramach nadzoru autorskiego. Podejmowane zaś przez nich starania modyfikacji projektu konstrukcji stalowej zmierzały do obniżenia jej kosztów. Zastrzeżenia do dokumentacji projektowej w żaden sposób nie wpływały też na terminowość

realizacji projektu z uwagi na znaczne opóźnienia w pracach żelbetowych, bez wykonania których nie było możliwości podejmowania działań w zakresie wykonania konstrukcji stalowej.

Wyrokiem z dnia 5 stycznia 2015 r. Sąd Okręgowy w Białymstoku zasądził od pozwanych (powodów wzajemnych) solidarnie na rzecz powoda kwotę 37.410.249,92 zł z ustawowymi odsetkami od kwot: 13.028.519,71 zł od dnia 17 lipca 2011 r. do dnia zapłaty i od 24.381.730,21 zł od dnia 10 czerwca 2014 r.; oddalił powództwo główne w pozostałym zakresie; oddalił powództwo wzajemne w całości; zasądził od pozwanych (powodów wzajemnych) solidarnie na rzecz powoda kwotę 49.797,18 zł tytułem zwrotu kosztów procesu; nakazał pobrać na rzecz Skarbu Państwa od powoda kwotę 17.619,3 zł, zaś od pozwanych solidarnie kwotę 6.516,76 zł tytułem brakującej części wydatków; zasądził od pozwanych solidarnie na rzecz interwenienta ubocznego kwotę 7.348,59 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Orzeczenie to zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne.

W wyniku rozstrzygnięcia konkursu na koncepcję stadionu piłkarskiego w B., (...)w B. (zakład budżetowy powoda) zawarł w dniu 28 marca 2008 r. z (...) sp. z o.o. w W. umowę nr (...), na sporządzenie dokumentacji projektowej stadionu piłkarskiego w B.. (...) sp. z o.o. wykonała dokumentację projektową, w tym projekt budowlany, projekt wykonawczy, przedmiary robót oraz specyfikacje techniczne, kosztorys inwestorski oraz projekt budowlany i wykonawczy etapowej rozbiórki istniejącego stadionu, projekt tymczasowego zadaszenia oraz projekt budowlany i projekt wykonawczy obiektów tymczasowych kontenerowych, które miały przejąć funkcje zaplecza szatniowo - socjalnego oraz dojazdów i parkingów na czas budowy. Projekt budowlany został zatwierdzony decyzją (...) z dnia 20 kwietnia 2010 r., która stała się ostateczna w dniu 20 maja 2010 r.

Po uzyskaniu dokumentacji projektowej (...) w B., w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zainicjował postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę stadionu piłkarskiego w regionie (...) wraz z zapleczem treningowym. Szczegółowy opis przedsięwzięcia w oparciu o dokumentację projektową zawierała Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia. Na realizację inwestycji powód przeznaczył kwotę 183.000.000 zł brutto. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia określała, iż wykonawca w ofercie powinien wskazać cenę ryczałtową obejmującą całkowity koszt wykonania zobowiązania. Uczestnicy przetargu byli poinformowani, iż roboty muszą być podzielone na dwa etapy oraz zorganizowane i prowadzone w taki sposób, aby zapewnić przez cały czas możliwość korzystania ze stadionu i zapewnić nieprzerwane udostępnienie, co najmniej jednej części trybun. Załącznikiem do SIWZ był też projekt umowy. Wykonawców poinformowano o tym, że podany w dokumentacji projektowej typ urządzenia materiału, czy systemu, bądź nazwa producenta ma na celu jedynie wskazanie parametrów jakościowych i dopuszcza się rozwiązania zamienne o parametrach nie gorszych niż wskazane w dokumentacji.

Wszyscy wykonawcy uczestniczący w przetargu złożyli oświadczenie o spełnieniu warunków uczestnictwa w przetargu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz złożyli wykaz zamówień realizowanych w okresie ostatnich 5 lat potwierdzający, iż wykonali obiekty kubaturowe, roboty budowlane w zakresie wykonania dachu w konstrukcji stalowej oraz roboty drogowe o wartości i wielkości wymaganej w SIWZ. Wykonawcy mieli możliwość zapoznania się z dokumentacją projektową stanowiącą załącznik do SIWZ, dokonania wizji lokalnej oraz zadawania pytań o wyjaśnienie treści SIWZ. Pozwani wystąpili z 46 pytaniami, m.in. o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy różnicami obciążeń śniegiem i wiatrem istniejące pomiędzy obliczeniami projektanta konstrukcji, a projektanta poszycia dachowego. Po udzieleniu odpowiedzi nie zgłaszali dalszych zastrzeżeń do dokumentacji. Jedno z pytań pozwanych dotyczyło również możliwości dokonania zmian w konstrukcji, na które uzyskali odpowiedź negatywną.

Ostatecznie najkorzystniejszą cenowo ofertę, opiewającą na kwotę 156.129.254,79 zł, złożyli pozwani. Pomiędzy pozwanymi a kolejnym oferentem różnica w cenie wynosiła 18.296.826,48 zł.

W wyniku wyboru oferty (...) i (...) we Francji, (w których pierwszy pełnił rolę lidera), w dniu 25 maja 2010 r. zawarto umowę nr (...) na wykonanie stadionu piłkarskiego w regionie (...) wraz z zapleczem treningowym, w terminie do dnia 25 maja 2012 r., zgodnie z harmonogramem rzeczowo - finansowym, za wynagrodzeniem ryczałtowym w wysokości

156.129.254,79 zł (brutto). W związku ze zmianą podatku Vat na 23%, aneksem nr (...) z dnia 21 stycznia 2011 r. wynagrodzenie zostało zwiększone do kwoty 157.270.835,68 zł.

Pozwani (powodowie wzajemni) zobowiązali się do wykonania prac zgodnie ze SIWZ, ofertą oraz dokumentacją techniczną którą stanowi projekt wykonawczy, przepisami prawa budowlanego i normami technicznymi (§ 3 ust. 1 umowy nr (...)). Umowa powtarzała zobowiązanie z SIWZ, iż budowa będzie realizowana dwuetapowo ze względu na konieczność użytkowania obiektu, a prace muszą być tak zorganizowane i prowadzone, aby umożliwić korzystanie ze stadionu w trakcie prac budowlanych i zapewnić nieprzerwanie udostępnienie płyty stadionu i co najmniej jednej części trybun. Umowa przewidywała bezwzględny zakaz naruszania płyty boiska i jej uzbrojenia. Prace miały być prowadzone dwuetapowo. Pierwszy etap umowy miał się zakończyć do dnia 25 maja 2011 r., a drugi do dnia 25 maja 2012 r. Warunkiem przystąpienia do II etapu budowy było uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektu objętego zakresem I etapu.

Ze względu na skomplikowany technicznie i logistycznie proces budowy dopuszczano zmianę harmonogramu rzeczowo - finansowego robót pod warunkiem zachowania 24-miesięcznego terminu wykonania umowy oraz akceptacji nowego harmonogramu przez powoda. Zgodność postępu robót z zakresem i terminami ustalonymi w harmonogramie robót miała być badana poprzez miesięczne raporty z postępu robót, które wykonawca zobowiązany był do dostarczenia zamawiającemu za pośrednictwem Menagera Projektu. Raport miał zawierać między innymi informację o napotkanych problemach, przy określeniu środków i działań naprawczych.

W § 4 ust. 5 umowy nr (...) dopuszczono "możliwość przedłużenia wykonania przedmiotu umowy o czas opóźnienia, jeśli takie opóźnienie jest lub będzie miało wpływ na wykonanie przedmiotu umowy w przypadku wystąpienia: 1) konieczności wykonania niemożliwych do przewidzenia robót, których realizacja wiąże się z potrzebą zmiany terminu wykonania, 2) zawieszenia wykonania prac przez Zamawiającego, 3) szczególnie niesprzyjających warunków atmosferycznych, 4) siły wyższej lub innych szczególnych okoliczności, za które Wykonawca nie jest odpowiedzialny".

W § 4 ust. 6 umowy nr (...) ustalono, iż Zamawiający nie ma obowiązku przedłużenia terminu wykonania robót, jeżeli Wykonawca w terminie 3 dni od wystąpienia okoliczności, o których mowa w ust. 5 nie złoży Zamawiającemu, na piśmie, uzasadnionego wniosku o przedłużenie terminu wykonania umowy.

W dniu 29 maja 2010 r. doszło do protokolarnego przekazania dokumentacji projektowej oraz placu budowy. W protokole przekazania placu budowy pozwani umieścili zastrzeżenia o braku dostarczenia decyzji o wycince drzew oraz kolizji na obszarze terenu C,D,E m.in. w związku z urządzeniami do podgrzewania murawy.

W dniu 31 maja 2010 r. pozwani wystąpili do (...) sp. z o.o. z propozycją zmian w rozwiązaniach projektowych konstrukcji stalowej proponując zmiany mające na celu „odchudzenie” konstrukcji.

Powód nadzór nad inwestycją (w charakterze inwestora zastępczego) na mocy umowy nr (...) z dnia 6 lipca 2010 r. powierzył (...) firm: (...) i T. (...) sp. j. w B.. Menagerem projektu został K. P., kierownikiem projektu A. B., funkcję inspektora nadzoru do spraw konstrukcyjno-budowlanych objął C. Ł., zaś funkcję inspektora nadzoru do spraw architektonicznych J. H.. Inspektorem nadzoru w branży sanitarnej został A. Ż..

W dniu 11 czerwca 2010 r. pozwani przystąpili do wykonania robót ziemnych, które zgodnie z harmonogramem miały zostać zakończone do dnia 5 listopada 2010 r. Ukończenie prac żelbetowych umożliwiałoby wykonywanie kolejnych prac, a zatem konstrukcji stalowej i konstrukcji zadaszenia. Do wykonania prac przy konstrukcji stalowej konieczna była dokumentacja warsztatowa obrazująca wybraną przez wykonawcę technologię montażu.

W czerwcu 2010 r. pozwani (powodowie wzajemni) wykonali cały plan finansowy robót wynoszący 310.000 zł, przekraczając nawet ujęte w harmonogramie prace.

W dniu 29 maja 2010 r. w protokole przekazania placu budowy pozwani umieścili zastrzeżenia o braku dostarczenia decyzji o wycince drzew oraz istnienie kolizji na obszarze terenu C,D,E, w związku z urządzeniami do podgrzewania

murawy. W dniu 1 lipca 2010 r. uzyskali decyzję legalizującą wycinkę drzew, do prac tych przystąpili w dniu 2 lipca 2010 r.

W dniu 4 sierpnia 2010 r. została im przekazana decyzja lokalizacyjna na przyłączy teletechniczne umiejscowione w pasie drogowym ulicy (...). W dniu 5 sierpnia 2010 r. usunięto kolizję kabla zasilającego, wieżę przekaźnikową (...) zgłoszoną przez pozwanego. Pozwany rozszerzył front robót w miejscu usunięcia kolizji po trzech tygodniach.

W trakcie I etapu budowy, wystąpiła również kolizja instalacji teletechnicznych płyty boiska z I etapem budowy, która powodowała utrudnienia w sekcji 9. W dniu 8 sierpnia 2010 r. projektant konstrukcji przekazał projekt przesunięcia granicy prac w sekcji 9 do II etapu. W dniu 14 września 2010 r. pozwani otrzymali od projektanta dokumentację na tymczasowe przyłączy ogrzewania płyty boiska i w październiku 2010 r. dokonali przełożenia przyłączy.

Pismem z dnia 7 września 2010 r. pozwani przedkładając nowy harmonogram robót, powołali się na zaistnienie kolizji opóźniających prace (kolizję wycinki drzew, instalacji do podgrzewania płyty boiska, kabla zasilającego(...), brak decyzji lokalizacyjnej o umiejscowieniu przyłączy teletechnicznego, różnicą pomiędzy rzeczywistym a opisanym w projekcie wypełnieniem basenu). Opóźnienie to wyniosło ich zdaniem 72 dni. W dniu 17 września 2010 r. uzupełnili przyczyny opóźnienia wskazując czynniki pogodowe (wysokie temperatury od czerwca do sierpnia, silne opady deszczu) oraz konieczność wymiany gruntu pod fundamenty, w związku z czym wnosili o przedłużenie terminu zakończenia umowy o 21 dni. W odpowiedzi powód pismem z dnia 5 listopada 2010 r. stwierdził zasadność opóźnienia o 21 dni z uwagi na warunki pogodowe, rekomendując podpisanie aneksu do umowy. Pozwani o podpisanie aneksu jednak nie wystąpili.

Tempo prac z czerwca 2010 r. nie zostało utrzymane. W sprawozdaniach z narad z budowy z września i października 2010 r., Menager Projektu sugerował pozwanym zwiększenie zatrudnienia i włączenie do prac większej ilości żurawi. Zatrudnienie nie przekroczyło nigdy 176 osób, tymczasem deklaracje pozwanych zakładały trójzmianowy system pracy przy zatrudnieniu 300 osób. Zatrudnienie w branży budowlanej jedynie w dniu 27 października 2010 r. wyniosło 176 osób. W pozostałym okresie nie przekroczyło 165 osób - wynosząc średnio około 130 osób. W trakcie inspekcji w dniu 22 września 2010 r. stwierdzono zatrudnienie w branży budowlanej na poziomie 50 osób.

Od 29 września 2010 r. zaczęły się problemy z uzyskaniem od pozwanych aktualnego harmonogramu robót obrazujących terminowość faktycznego wykonywania prac. W raporcie z postępu robót nr 9 z 28 lutego 2011 r. pozwani wskazali jako termin zakończenia robót czerwiec 2013 r.

Opóźnienia w stosunku do pierwotnego harmonogramu uwidoczniły się przy wykonaniu konstrukcji żelbetowej. Szczególnie widoczne było to w odniesieniu do słupów typu XX i YY, których wykonanie było skomplikowane, co wymagało dużej wiedzy i doświadczenia. Pierwszy z wybranych przez pozwanych podwykonawców (...) nie poradził sobie ze skomplikowanymi szalunkami i konieczne było wyłonienie kolejnego podwykonawcy. Pierwsze słupy miały zostać wykonane zgodnie z harmonogramem w sierpniu 2010 r., tymczasem wykonano je w listopadzie 2010 r., choć do 5 listopada 2010 r. miała zostać zakończona cała konstrukcja żelbetowa.

Roboty w zakresie zagospodarowania terenu miały zostać zakończone do 20 maja 2011 r., a drogi do 25 maja 2011 r. Tymczasem podwykonawca do wykonania parkingów został zgłoszony dopiero w maju 2011 r., zaś prace na tym odcinku rozpoczęły się w czerwcu 2011 r.

W trakcie realizacji projektu zezwolono pozwanym na dokonanie zmian sposobu wykonania prac żelbetowych poprzez użycie prefabrykatów, co wiązało się z mniejszą ilością pracy i realnym przyśpieszeniem robót. Pozwani nie nadrobili jednak opóźnienia, przestając przedkładać aktualne harmonogramy robót.

W miesięcznym raporcie z postępu robót z dnia 28 lutego 2011 r. i załączonym do niego harmonogramie pozwani wskazali jako zakończenie robót - czerwiec 2013 r. W odpowiedzi powód wskazał, iż termin ten wykracza poza termin oznaczony umową wzywając pozwanego do zintensyfikowania robót pod rygorem skutków prawnych.

Odzwierciedleniem wpływu warunków pogodnych na roboty budowlane są zapisy w dzienniku budowy. W dniach 9 października oraz 12 i 13 listopada 2010 r. stwierdzono intensywne opady deszczu. Niemożliwość prowadzenia prac z uwagi na niskie temperatury i intensywne opady śniegu wpisano w dniach 29 i 30 listopada oraz 1-3 grudnia 2010 r. Dziennik budowy wskazuje też na wstrzymanie prac w dniach 13-15 i 17 grudnia z uwagi na niskie temperatury, w dniach 16, 20 i 27 grudnia 2010 r. na unieruchomienie żurawi z uwagi na oblodzenie i na intensywne opady śniegu 29 i 30 grudnia 2010 r. Niskie temperatury odnotowano też w dniu 5 stycznia 2011 r. Kolejne wstrzymanie robót odnotowano 24 stycznia 2011 r. w zakresie sieci zewnętrznych, a 28 stycznia 2011 r. wstrzymanie robót konstrukcyjnych i ziemnych. Ponowne wstrzymanie robót miało miejsce: 14-16, 21-25, 28 lutego 2011 r. Z uwagi na silny wiatr wstrzymano roboty w dniu 8 kwietnia 2011 r. Opóźnienia pojawiły się również na etapie wykonywania kanalizacji deszczowej, która miała zostać wykonana do dnia 3 stycznia 2011 r. Pojawiły się bowiem problemy z separatorami. Pozwani wystąpili o ich zmianę w dniu 23 grudnia 2010 r., ale zaproponowane przez nich zamienniki nie spełniały wymogów technicznych. Kolejne separatory (zamienniki) zostały przedstawione w dniu 27 stycznia 2011 r. oraz w dniach 3 i 17 marca 2011 r. Ostatecznie pozwani zrezygnowali z zamienników dostarczając separatory wskazane w projekcie, co nastąpiło w kwietniu 2011 r. Ich montaż nastąpił 9 maja 2011 r.

Autorem projektu wykonawczego zadania stadionu piłkarskiego w B. na zlecenie interwenienta ubocznego był W. B.. Zadaszenie miało rozpościerać się nad stadionem w formie sklepienia i nie być połączone z konstrukcją trybun. Kąt nachylenia wynosił 5,2% i przewidziano pokrycie dachu z materiału, co najmniej niezapalnego klasy (...) (t1). W dniu 14 maja 2010 r. nastąpiło wycofanie przez (...) dotychczasowych klasyfikacji ogniowych dla płyt poliwęglanowych, co wymagało zmiany dotychczasowego materiału. Zdaniem interwenienta zmiana ta nie pociągała za sobą zmiany kąta nachylenia dachu i mogła być dokonana w ramach przedstawionych przez potencjalnych wykonawców zadania rozwiązań równoważnych.

Pismem z dnia 6 października 2010 r. pozwani wskazali, że dokumentacja projektowa dotycząca pokrycia dachu jest niezgodna z dokumentami dopuszczającymi stosowanie poliwęglanowych płyt komorowych ze względu na zaprojektowany kąt nachylenia połaci dachowej, który jest znacznie mniejszy od dopuszczalnego, nadto ze względu na przyjęte obciążenie charakterystyczne dla płyt komorowych, które jest większe od dopuszczonego. Interwenient uboczny szczegółowo odniósł się do tych zastrzeżeń w piśmie z dnia 18 października 2010 r. kwestionując wątpliwości zgłoszone przez pozwanego. W piśmie z dnia 19 października 2010 r. dodał, że dostawca materiału na pokrycie dachowe ma przedstawić opinię techniczną dla materiału zapewniającą spełnienie wymagań w zakresie reakcji na ogień co najmniej (...) zamiast kwalifikowanej (...) (t1).

W piśmie z dnia 25 października 2010 r. pozwani ponownie wskazywali na konieczność zmiany poliwęglanu oraz niezgodność obciążeń.

W związku z tymi wątpliwościami w dniu 5 listopada 2010 r. doszło do spotkania z udziałem rzeczoznawcy (...) opiniującego projekt stadionu. W końcowych ustaleniach dokonano zmiany poliwęglanu na (...) do, co uzasadnione było zmianą przepisów i wymogów (...) z dnia 14 maja 2010 r. Zgodnie z wcześniejszymi wnioskami pozwanych dokonano również zmiany spadku pokrycia dachowego z 5,3% do 9%. W ramach nadzoru autorskiego interwenient uboczny zobowiązał się do ponownej analizy kwestionowanej przez pozwanych nośności poliwęglanu. W piśmie z dnia 12 listopada 2010 r. wykluczył konieczność przeprowadzania zmiany w projekcie wskazując, że zmiana kąta nachylenia zadania nie wpływa na konstrukcję stalową. W dniu 10 listopada 2010 r. przesłał analizę obciążeń, rysunki adaptacji płatwi oraz ewentualnego zagęszczenia podparcia poliwęglanu na obszarze O1.1 wynikające ze zmiany kąta nachylenia pokrycia dachowego z 5,3% do 9%. Jednocześnie podkreślił, że korekty spadku zadania nie stanowią istotnej zmiany projektu poszycia dachowego.

W dniu 16 listopada 2010 r. pozwani stwierdzając, że nie otrzymali korekty projektu zadania i stalowej konstrukcji, poinformowali powoda o przeszkodzie w prowadzeniu robót. Twierdzili, że dostarczone dokumenty są jedynie koncepcją zmiany, nie są zaś projektem wykonawczym.

W dniu 24 listopada 2010 r. doszło do spotkania, na którym przedstawiciel pozwanych wskazał, iż jest w trakcie przeglądania przedstawionej korekty dokumentacji zadaszania i uwagi odnośnie kąta nachylenia przedstawi w najbliższym czasie. W dniu 5 stycznia 2011 r. pozwani podnieśli, że dokumentacja projektowa zadaszania posiada liczne wady i wyznaczyli powodowi (na podstawie art. 491 k.c.) termin do 20 stycznia 2011 r. do dostarczenia „wolnej od wad” dokumentacji. W dniu 20 stycznia 2011 r. przekazano pozwanym dwa egzemplarze dokumentacji „Projekt wykonawczy zadaszania stadionu. Rewizja 1 Zmiana kąta nachylenia pokrycia”, wskazując na możliwość udziału i pomocy w wykonaniu projektu warsztatowego. Na spotkaniach w dniach 19 listopada i 21 grudnia 2010 r. zorganizowanych przez pozwanych z przedstawicielami biura projektowego nie zgłaszali oni uwag do otrzymanej dokumentacji Rewizji 1.

W piśmie z dnia 24 stycznia 2011 r. pozwani podważali charakter uzyskanych dokumentów wskazując, że nie spełniają one wymogów dokumentów lecz są jedynie koncepcją zmiany projektu zadaszania.

Z kolei w dniu 26 stycznia 2011 r. podali, że dokonana zmiana kąta nachylenia pokrycia dachowego (rewizja 1) jest zmianą istotną w świetle przepisów prawa budowlanego, a zatem wymaga zmiany projektu wykonawczego i uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę. Nadto twierdzili, że konieczna jest nowa wycena wskazanego elementu i zawarcie nowej umowy. Wyznaczyli też powodowi termin do dostarczenia dokumentacji wykonawczej uwzględniającej zmiany - pod rygorem odstąpienia od umowy. Jednocześnie zasygnalizowali rozwiązanie problemu polegające na wyłączeniu z zakresu łączącej strony umowy prac dotyczących konstrukcji stalowej oraz zadaszania stadionu i udzielenie wykonawcy zamówienia z wolnej ręki, co spowodowałoby minimalizację występujących opóźnień i szybszego oddania stadionu do eksploatacji.

W dniu 11 maja 2011 r. doręczono pozwanym Rewizję nr 2 uwzględniającą zmianę poliwęglanu o grubości 25 mm w klasie (...)odporności ogniowej, ze względu na niewystępowanie poliwęglanu klasy (...), co wymagało zmiany w dokumentacji projektowej wykonawczej. Z uwagi na zmianę poliwęglanu poszerzono w wariancie 1 szerokość profilu aluminiowych podpierających poliwęglan: krokwie z 60 na 80 mm i płatwie z 60 na 85 mm, zmniejszono natomiast wysokość krokwi ze 125 na 118 mm i płatwi z 90 na 55 mm. Rewizja ta uszczegółowiła zatem sposób podparcia poliwęglanu po zmianie jego klasy. Dołączono również obliczenia statyczne w celu potwierdzenia wytrzymałości konstrukcji.

Pismem z dnia 31 maja 2011 r. pozwani wskazali, iż dostarczony im projekt wykonawczy rewizja nr 2 jest niespójny, niekompletny i niewykonalny, na dowód czego pozwani posiłkowali się sporządzoną na swój koszt opinią z uwagi na utrzymanie 5% spadku dachu sprzeczne z aprobatą techniczną poliwęglanu. Dodali, że opracowania projektowe nie spełniają wymagań projektu wykonawczego określonych w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. i w związku z tym wezwali powoda do dostarczenia kompletnej dokumentacji projektowej przedsięwzięcia, ze szczególnym uwzględnieniem projektu zadaszania - w terminie 7 dni pod rygorem odstąpienia od umowy.

Konstrukcja stalowa stadionu waży 4.675.000 zł ton. Jej projekt pozwani posiadali już na etapie poprzedzającym składanie ofert. Pierwsze propozycje zmian konstrukcji stalowej pozwani przedstawili w dniu 31 maja 2010 r. interwenientowi ubocznemu.

W dniu 17 czerwca 2010 r. pozwani wskazując, iż przystępują do przygotowania projektu warsztatowego stalowej konstrukcji dachu, wystąpili do powoda z wnioskiem o zaakceptowanie zastosowania E. przy projektowaniu konstrukcji stalowej zadaszania. Pomimo braku stanowiska inwestora, przystąpili do przeprojektowywania konstrukcji w oparciu o E.. W dniu 30 sierpnia 2010 r. powód nie wyraził na to zgody. Wskazał, że przeprojektowanie pociągnie ze sobą zmniejszenie współczynnika bezpieczeństwa oraz groźbę utraty gwarancji. W dniu 17 września 2010 r. pozwani złożyli „Projekt wykonawczy Zamiennego Zadaszania Trybun S. Piłkarskiego w B.-konstrukcja stalowa” opracowany przy użyciu E.. Pismem z dnia 20 września powód podtrzymał stanowisko odmawiające zgody na przeprojektowanie konstrukcji w oparciu o E..



Na spotkaniu z biurem projektowym w dniu 21 grudnia 2010 r. przedstawiciel pozwanych zaproponował zmiany konstrukcji stalowej stadionu motywując je możliwością przyśpieszenia wykonania konstrukcji i jej montażu. Zmiana dotyczyła profili kratownic, dla ułatwienia konstrukcji węzłów oraz ze względu na dostępność profili. Zaproponowano zmianę nachylenia kratownic dla zwiększenia spadku dachu i oparcie kratownic na powiększonym oczepie stalowym o zmienionym w stosunku do projektu technicznego kształcie i przekroju (skrzydłowy prostokąt zamiast rury). Interwenient uboczny oraz powód przedstawili zakres możliwych dopuszczalnych zmian konstrukcji warunkując to nie ingerowaniem w charakter architektoniczny obiektu.

W maju 2011 r. przedstawiciele pozwanego spotykając się z konstruktorem P. P. (1) zakwestionowali prawidłowość konstrukcji stalowej zadaszania wskazując na nadmierne przemieszczenia. Wówczas wspólnie przeprowadzono obliczenia i konstruktor potwierdził prawidłowość projektu. W oparciu o projekt wykonawczy (...) z G. opracowywało projekt warsztatowy, współpracując z projektantem P. P. (1) do 7 czerwca 2011 r. Wówczas zerwano kontakt w zakresie projektu warsztatowego, który był wykonany w około 85%.

Pismem z dnia 31 maja 2011 r. przy okazji podważenia spójności rewizji nr 2 pozwani poinformowali powoda, że projekt konstrukcji stalowej jest błędny i wymaga poprawienia ze względu na brak stabilności konstrukcji stalowej, stanowi zatem poważne zagrożenie dla kibiców. Wobec tych zarzutów, powód zdecydował się na sprawdzenie prawidłowości projektu pokrycia w wybranych elementach. W związku z tym w dniu 1 czerwca 2011 r. zawarł umowę z (...) w W., celem zbadania i oceny technicznej wybranych właściwości pokrycia stadionu piłkarskiego w B.. Wartość wynagrodzenia wyniosła 27.800 zł. Umową z dnia 25 maja 2011 r. zawartą z (...) S.A. w S., powód zlecił wykonanie, dostawę, montaż trzech próbek (modeli) zadaszania trybun stadionu w B. na podstawie oferty z dnia 18 maja 2011 r. za kwotę 31.180 zł + podatek VAT. Zleczone ekspertyzy wykazały prawidłowość rozwiązań konstrukcyjnych.

W dniu 1 czerwca 2011 r. doszło do spotkania stron z udziałem Prezydenta Miasta B., podczas którego omawiano sposób rozwiązania impasu w budowie stadionu. Na spotkaniu francuscy przedstawiciele pozwanego przyznali fakt zaniżenia złożonej oferty i wskazali, iż zajmują się szczegółowym sprawdzaniem i przeliczaniem obliczeń projektu konstrukcji.

Pozwani w piśmie z dnia 5 stycznia 2011 r. wskazali na rozbieżność pomiędzy projektem wykonawczym a budowlanym w zakresie różnicy wysokości obiektu o 1 m, podkreślając konieczność zmiany w projekcie budowlanym i uzyskanie zamiennego pozwolenia na budowę. Wyznaczyli jednocześnie termin na jego dostarczenie do 20 stycznia 2011 r.

Interwenient uboczny wskazał na brak konieczności uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę wobec nieistotności zmiany. Jednak nieprzejednana postawa pozwanych, wskazujących na niemożliwość realizacji umowy, wymogła uzyskanie zamiennego pozwolenia na budowę, które uzyskano decyzją z dnia 2 maja 2011 r. Nr (...) (w zakresie zmiany wysokości zadaszania stadionu zgodnie z przedłożonym zamiennym projektem budowlanym).

Pismem z dnia 28 września 2010 r. pozwani zgłosili problemy podwykonawcy - (...) sp. z o.o. w zakresie dokumentacji projektowej instalacji sanitarnej, elektrycznej oraz teletechnicznej. Odpowiedzi interwenient uboczny udzielił w pismach z dnia 18 października, 21 października i 25 października 2010 r. Na spotkaniu w dniu 2 lutego 2011 r. podwykonawca nie zgłaszał już uwag do projektu instalacji teletechnicznych.

W dniu 26 maja 2011 r. pozwani wezwali powoda do udzielania gwarancji bankowej zapłaty za roboty budowlane objęte umową (...). Uchwałą z dnia 30 maja 2011 r. Rada Miasta upoważniła Prezydenta do udzielenia gwarancji zgodnie z wnioskiem. W dniu 1 czerwca 2011 r. wybrano komisję przetargową do przeprowadzenia zamówienia publicznego wysyłając zaproszenie do negocjacji pięciu bankom. Postępowanie przetargowe jednak unieważniono z uwagi na odstąpienie od umowy.

W dniu 30 maja 2011 r. powód wskazując na upływ terminu do zrealizowania I etapu inwestycji, wezwał pozwanych do doreczenia w terminie 7 dni zaktualizowanego harmonogramu robót wraz ze wskazaniem przewidywanej daty ukończenia I etapu.

Zarządzeniem nr (...) z dnia 7 czerwca 2011 r. Prezydent Miasta B. dokonał zmiany zarządzenia w sprawie udzielenia pełnomocnictwa do czynności przekraczających zakres pełnomocnictwa udzielonego (...) w B., rozszerzając je o składanie świadczeń w przedmiocie odstąpienia od umów.

W dniu 8 czerwca 2011 r. powód, powołując się na przepis art. 656 § 1 k.c. w zw. a art. 635 k.c. oraz § 14 ust. 2 i 2 i § 8 ust. 1 pkt 3 umowy, odstąpił od umowy wskazując, iż realizacja terminu umowy jest nierealna, co obrazuje również zakres prac wykonanych przez pozwanych, które pomimo upływu terminu realizacji I etapu stanowią 31% robót pierwszego etapu i 17, 2 % zakresu robót całej inwestycji

Pismem z dnia 13 czerwca 2011 r. oświadczenie o odstąpieniu od umowy złożyli także pozwani. Wskazali, że oświadczenie powoda o odstąpieniu od umowy jest nieważne i nie wywołuje żadnych skutków prawnych.

Pismem z dnia 16 czerwca 2011 r. powód wezwał pozwanych do zapłaty kwoty 15.727.083,57 zł. Następnie pismem z dnia 18 lipca 2011 r. złożył oświadczenie o potrąceniu kwoty 2.698.563,86 zł stanowiącej wynagrodzenie pozwanych z faktury VAT nr (...) z dnia 6 czerwca 2011 r. z wierzytelnością z tytułu kar umownych w kwocie 15.727.083,57 zł.

Pismem z dnia 14 lutego 2013 r. pozwani wezwali powoda do zapłaty kary umownej w wysokości 10% wynagrodzenia w związku z odstąpieniem od umowy z przyczyn leżących po stronie powoda.

Zarządzeniem z dnia 10 czerwca 2011 r. (...) w B. nr (...) powołano Komisję Inwentaryzacyjną, której celem miało być przeprowadzenie inwentaryzacji i sporządzenie protokołu robót zrealizowanych do dnia 8 czerwca 2011 r., odbiór zabezpieczeń przerwanych robót, przejęcie od (...) placu budowy.

W dniu 10 czerwca 2011 r. powód zawarł umowę z M. E., której przedmiotem było reprezentowanie go w pracach komisji inwentaryzacyjnej. Umową z dnia 29 lipca 2011 r. zlecił zaś wykonanie inwentaryzacji (...) firm (...) sp. z o.o. i (...) T. P. sp. j. W dniu 19 sierpnia 2011 r. podpisano protokół z zakończenia działalności komisji i sporządzono protokół przekazania terenu budowy.

Pismem z dnia 6 września 2011 r. pozwani przedłożyli powodowi głównemu fakturę za wykonane prace zabezpieczające na kwotę 1.110.572,08 zł. Powód odesłał fakturę powołując się na zapisy umowne, wskazujące na wykonanie prac zabezpieczających na koszt wykonawcy.

Umową z dnia 27 września 2011 r. Nr (...)powód zawarł kolejną umowę z (...) sp. z o.o. na opracowanie zaktualizowanej dokumentacji projektowej wykonawczej - w zakresie uwzględniającym wykonaną i przekazaną wykonawcy inwentaryzację robót zakończoną protokołem z dnia 19 sierpnia 2011 r. za kwotę 143.750 zł.

W oparciu o umowę z dnia 10 sierpnia 2011 r. powód zlecił konsorcjom firm (...) sp. z o.o. i (...) T. P. sp. j. wykonanie usługi polegającej na przygotowaniu i przeprowadzeniu w imieniu zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem będzie dokończenie budowy stadionu piłkarskiego w B. objętego projektem „Stadion piłkarski w regionie (...)wraz z zapleczem treningowym” z ustaleniem wynagrodzenia ryczałtowego na kwotę 50.000 zł wraz z podatkiem VAT od towarów i usług.

Ogłoszenie o zamówieniu publicznym na dokończenie budowy stadionu w regionie (...) pojawiło się w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, który ukazał się w dniu 30 sierpnia 2011 r. W wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez (...), (...) S.A. (...) S.A. doszło do podpisania umowy Nr (...) na dokończenie budowy stadionu piłkarskiego za kwotę 253.933.500 zł brutto.

W wieloletnim Programie Inwestycyjnym Miasta B. z dnia 24 listopada 2008 r. na lata 2009-2013 r. zagwarantowano środki na zapłatę przedstawionych przez pozwanych faktur w kwocie 157.000.000 zł (uchwała (...) Rady Miasta B.). Z środków tych na rzecz pozwanego uiszczona została kwota 24.160.000 zł. Wybór oferty o ponad 100.000.000 zł wyższej wymógł na powodzie poszukiwanie alternatywnych źródeł finansowania, gdyż zadłużenie miasta przekraczało 60%. Po przeprowadzeniu analizy innej formy dokończenia inwestycji, zdecydowano się na utworzenie spółki (...).

W marcu 2012 r. podjęto uchwałę intencyjną Rady (...) wyrażającej zgodę na utworzenie spółki. Na mocy uchwały nr (...) Rady Miasta B. z dnia 5 listopada 2012 r. (...) w B. uległ reorganizacji poprzez ograniczenie jego działalności do prowadzenia i utrzymania bazy sportowej w postaci S. (...) przy ul. (...) oraz Zaplecza Treningowego przy ul. (...). Z dniem 1 stycznia 2013 r. utworzono samorządowy zakład budżetowy pod nazwą „(...)”, który przejmie wszelkie zadania oraz pozostałe urządzenia i obiekty dotychczasowego MOSiR.

W listopadzie 2012 r. powód wystosował do banków ofertę emisji obligacji dla spółki celem dokończenia budowy stadionu na kwotę 118.800.000 zł. Miasto zobowiązało się do spłacania co roku kwoty wynikającej z wykupu obligacji oraz poniesienia kosztów obsługi obligacji.

W dniu 18 lutego 2013 r. Miasto B. powołało spółkę (...) Sp. z o.o. do realizowania zadań własnych z zakresu tworzenia organizacyjnych warunków sprzyjających rozwojowi sportu polegających na budowie, utrzymaniu i obsłudze obiektu sportowego pod nazwą (...).

W dniu 26 marca 2012 r. powód zawarł umowę o świadczenie usług prawnych z (...) spółką partnerską w W. w przedmiocie przygotowania memorandum prawnego w zakresie utworzenia nowej spółki i realizacji budowy stadionu z udziałem (...) spółki i (...). Następnie umową z dnia 3 stycznia 2013 r. zlecił (...) sp. z o.o. sporządzenie projektu umowy z operatorem wewnętrznym ( (...) sp. z o.o.) w zakresie kwestii prawnych oraz finansowych (metodologii kalkulacji rekompensaty). Nadto umową z dnia 20 grudnia 2013 r. zlecił kancelarii (...) M. W. i (...) i Radcowie Prawni, wykonanie oceny prawnej projektu nr 2 do umowy wykonawczej dotyczących wykonania zadań własnych gminy z zakresu tworzenia organizacyjnych warunków sprzyjających rozwojowi sportu, opracowanego w związku z przygotowaniem wniosku o prenotyfikację.

W dniu 4 kwietnia 2013 r. Miasto B. podpisało umowę wykonawczą ze (...) określającą szczegółowe zasady świadczenia usług publicznych obejmujących budowę stadionu, bieżące utrzymanie obiektu, w tym administrowanie. W związku z utworzeniem spółki powód zawarł w dniu 15 lipca 2013 r. umowę z kancelarią (...). M. W. i partnerzy do świadczenia usług doradztwa prawnego związanych z pomocą publiczną w projekcie (...) w rejonie (...) wraz z zapleczem treningowym” na kwotę 68.800 zł.

W tak ustalonym stanie faktycznym, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że powództwo główne zasługiwało na uwzględnienie w części.

Wskazał, że strony łączyła umowa o roboty budowlane, której przedmiotem była budowa stadionu wraz z zapleczem treningowym w oparciu o projekt architektoniczny sporządzony przez interwenienta ubocznego. Prace zostały podzielone na dwa etapy (pierwszy do 25 maja 2011 r., zaś drugi do 25 maja 2012 r.). Już pierwszy z tych terminów nie został dochowany przez pozwanych, co skutkowało odstąpieniem od umowy przez powoda.

Zdaniem Sądu, zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazywał, że to pozwani nie dochowali należytej staranności w wykonaniu zobowiązania.

Odnosząc się szczegółowo do argumentów podnoszonych przez stronę pozwaną, na wstępie zauważył, że przy sporządzeniu dokumentacji projektowej, Miasto B. posłużyło się profesjonalną firmą i zleciło opracowanie dokumentacji (...) sp. z o.o. w W.. Pełna dokumentacja została przekazana pozwany spółkom w dniu 29 maja 2010 r., a w protokole jej odbioru nie ma żadnych uwag, ani zarzutów, co do kompletności i poprawności dokumentów. Także dziennik budowy nie zawiera żadnych wpisów wskazujących na niemożność terminowego wykonania prac w oparciu o przedłożony projekt. Również z zeznań świadków oraz dokumentów w postaci korespondencji stron wynika, że pozwani uzyskali komplet dokumentów projektowych, co do których nie zgłaszali uwag aż do dnia 5 stycznia 2011 r. Zarzuty zagrożenia bezpieczeństwa w zakresie nieprawidłowości w dokumentacji projektowej konstrukcji stalowej zgłoszone zostały zaś dopiero w dniu 31 maja 2011 r., a zatem po upływie terminu do wykonania pierwszego etapu robót.

Z tych też względów, Sąd uznał, że pozwany nie udało się wykazać, iż dostarczona im dokumentacja projektowa nie była kompletna lub zawierała poważne wady, w tym zagrażające bezpieczeństwu użytkowników stadionu. Podkreślił, że choć pojawiła się potrzeba wymiany części pokrycia dachowego oraz zmiany kąta nachylenia dachu, co wymagało wprowadzenia poprawek do projektów (Rewizja 2), tym niemniej zmiana ta nie wpływała na tempo prac, albowiem pozwani w chwili dostarczenia im uzupełnionej dokumentacji nadal pozostawali na etapie prac żelbetowych, a dopiero ich zakończenie umożliwiało przejście do dalszych etapów budowy.

Sąd wskazał też, że rozważana zmiana kąta nachylenia dachu (Rewizja 1, która ostatecznie nie weszła w życie) została zaproponowana przez samych pozwanych i nie była wynikiem błędnych obliczeń w dokumentacji, ale wiązała się z otrzymaniem gwarancji producenta pokrycia dachowego w związku ze zjawiskiem zagłaniania. Nie można było więc jej traktować jako istotnej zmiany przedmiotu zamówienia uzasadniającej postulowaną przez pozwanych zmianę postanowień umowy.

Sąd I instancji uznał, że także wprowadzenie Rewizji nr 2 nie uzasadniało zmian projektu wykonawczego, ale jedynie jego uszczegółowienie, w związku ze zmianą klasyfikacji poliwęglanu. Korekta ta nie stanowiła ingerencji w konstrukcję obiektu i nie naruszała jej statyki. Na nieistotny charakter zmian dotyczących pokrycia zadaszania (zmiana kwalifikacji poliwęglanu i różnica w wysokości obiektu o 1 m pomiędzy projektem wykonawczym a budowlanym, nachylenie kąta dachu) wskazywali też biegli, którzy w opinii podkreślili, że wszystkie pojawiające się wątpliwości mógł rozstrzygnąć projektant wpisem w dzienniku budowy. Tymczasem - zdaniem Sądu - przy ich dobrej woli, zmiany objęte rewizją dałyby się wprowadzić w życie bez formalistycznej zmiany dokumentacji wykonawczej w ramach nadzoru autorskiego interwenienta ubocznego. Również dodanie dodatkowych stężeń do projektu w zakresie konstrukcji dźwigarów mogło być dokonane w trybie nadzoru autorskiego projektanta. Zmianę tę ocenili jako pozytywną i potrzebną, choć nie istotną z punktu widzenia prawa budowlanego. Podkreślali, iż nastąpiła ona bardzo szybko (3 dni) i nie miała wpływu na terminowość prac. Projekt bez dodatkowych stężeń biegli określili jako możliwy do wykonania z technicznego punktu widzenia, choć z punktu widzenia norm i obliczeń wymagał ponownej analizy. Nie uznali go jednak za wadliwy.

Odnosnie rozbieżności w wysokości obiektu o 1 m, pomiędzy projektem budowlanym, a wykonawczym, biegli podali, iż była to zmiana nieistotna z punktu widzenia prawa budowlanego. O istotności zmiany decyduje projektant. Pomimo to pozwani prezentowali nieprzejednane stanowisko w kwestii uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę, wskazując, iż nie mogą realizować prac w oparciu o takie sprzeczności, mimo, że zobowiązani byli realizować projekt wykonawczy, który był prawidłowy.

Sąd zauważył też, że skoro autorem dokumentacji projektowej był profesjonalny podmiot, to pozwani nie powinni byli powoływać się na konieczność sprawdzenia bezpieczeństwa konstrukcji, gdyż zgodnie z art. 651 k.c. do ich obowiązków, jako wykonawców robót, należało jedynie zawiadamianie inwestora o wątpliwościach, nie zaś przejmowanie jego obowiązków w tym zakresie i dokonywanie sprawdzenia dokumentacji projektowej na własną rękę wbrew stanowisku inwestora.

Ustosunkowując się z kolei do zarzutów pozwanych dotyczących bezpieczeństwa konstrukcji stalowej stadionu, Sąd podkreślił, że skoro obiekt ten ostatecznie został dopuszczony do użytkowania, to bezspornie przesądziło to o poprawności zastosowanych rozwiązań konstrukcyjnych. Nie podzielił przy tym twierdzeń, iż odbiór obiektu budowlanego jest jedynie czynnością techniczną i administracyjną, oderwaną od zbadania bezpieczeństwa obiektu. Przypomnił, że przy badaniu bezpieczeństwa obiektu oceniane są właśnie wymogi formalne wniosku o pozwolenie na użytkowanie, w tym szereg dokumentów takich jak: oryginał dziennika budowy, oświadczenia kierownika budowy: o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę oraz przepisami, o doprowadzeniu do należytego stanu i porządku terenu budowy, a także - w razie korzystania - drogi, ulicy, sąsiedniej nieruchomości, budynku lub lokalu; oświadczenie o właściwym zagospodarowaniu terenów przyległych, jeżeli eksploatacja wybudowanego obiektu jest uzależniona od ich odpowiedniego zagospodarowania; protokoły badań i sprawdzeń; inwentaryzację geodezyjną powykonawczą; potwierdzenie, zgodnie z odrębnymi przepisami, odbioru wykonanych przyłączy, oświadczenia o braku sprzeciwu lub uwag ze strony Straży Pożarnej i

Inspekcji Sanitarnej (art. 57 ustawy prawo budowlane). Przed wydaniem pozwolenia na użytkowanie właściwy organ (powiatowy inspektor nadzoru budowlanego lub wojewódzki inspektor nadzoru budowlanego) ma też obowiązek przeprowadzić kontrolę budowy w celu stwierdzenia prowadzenia jej zgodnie z ustaleniami i warunkami określonymi w pozwoleniu na budowę (art. 59a ustawy Prawo budowlane).

Sąd Okręgowy wskazał także, że dokumenty dołączone do akt sprawy wskazują, iż pozwani w zasadzie od samego początku zmierzali do wprowadzenia zmian w konstrukcji stalowej poprzez jej „odchudzenie”. Początkowo próbowali przeforsowania własnej koncepcji (pisma z dnia 17 czerwca, 17 września i 21 grudnia 2010 r.), a wobec stanowczej odmowy powoda w maju 2011 r. podnieśli zarzuty dotyczące istnienia błędów w konstrukcji stalowej. Zgłaszali także szereg nieuzasadnionych wątpliwości, co do kompletności dokumentacji konstrukcji zadaszenia i samego zadaszenia. Pomimo przekazania im w dniu 10 listopada 2010 r. uszczegółowionego projektu wykonawczego, które to interwenient uboczny wprowadził w ramach nadzoru autorskiego, kwestie te przez cały czas stanowiły dla pozwanych argument dla usprawiedliwiania swoich opóźnień oraz wstrzymywania prac, pomimo że cały czas znajdowali się dopiero na etapie wykonywania konstrukcji żelbetowej.

W ocenie Sądu nie znalazły potwierdzenia również zarzuty, co do rzekomej wadliwości dokumentacji projektowej z uwagi na różnice obciążeń dla konstrukcji stalowej i zadaszenia. Oba projekty wykonywały różne podmioty, a różnice w obciążeniach wynikały jedynie z zastosowania dodatkowego współczynnika bezpieczeństwa (dla obciążenia śniegiem tzw. współczynnik konsekwencji zniszczenia). Konstrukcja stalowa zawierała zaś standardowy współczynnik bezpieczeństwa wymagany przez polskie normy. Różnice w obciążeniach nie wynikały więc z błędów w pierwotnym założeniu, ale miały jedynie charakter asekuracyjny.

Jako chybione ocenił też argumenty o niedokładnościach i nieściśłościach w dokumentacji instalacji teletechnicznych. Wskazał, że zapisy SIWZ zawierały postanowienia, iż dokumentacja każdej z instalacji miała zostać uszczegółowiona dokumentacją roboczą, uwzględniającą ustalone kontraktem produkty i urządzenia, którą wykonać miał wykonawca. Wobec tych zapisów, zarzut ogólności projektu wykonawczego był więc bezprzedmiotowy. To bowiem wykonawca instalacji miał w porozumieniu z projektantem uszczegółowić projekt. Z okoliczności niniejszej sprawy wynika nadto, że wykonawca robót I., po dokładnym sprawdzeniu całej dokumentacji przez wykonawców branżowych, wycofał się z pierwotnie stawianych zarzutów, zaś zgłaszane problemy były rozwiązywane na bieżąco i uwzględniane przez projektantów w formie korekt. Przy czym podczas prac nie uległy zmianie zestawienia materiałów ani urządzeń w instalacjach co, lokalne ogrzewanie, ciepło technologiczne do wentylacji, ciepło technologiczne do podgrzewania murawy, centralne chłodzenie do pomieszczeń, lokalne chłodzenie pomieszczeń, woda lodowa do wentylacji, kanalizacja deszczowa, kanalizacja sanitarna, kanalizacja technologiczna, kanalizacja hydrantowa, woda ciepła i zimna, wentylacja mechaniczna. Także kwestia wycinki drzew i jej szybkości (dla wykonania instalacji) wynikała z działań pozwanego, który usuwał drzewa przez 1,5 miesiąca.

Sąd powołując się na zeznania świadków, zauważył też, że choć były zgłaszane problemy w dokumentacji wentylacyjnej (lokalizacja centrali i przebieg kanałów wentylacyjnych kolidował z konstrukcją) to zostało to zauważone na wstępnym etapie robót i nie rzutowało na ich tempo. Rozpoczęcie prac w zakresie wentylacji miało miejsce dopiero w maju 2011 r., a na datę wypowiedzenia umowy branża sanitarna była zrealizowana na poziomie 20%, zaś roboty elektryczne zostały wykonane w 10-20%. Rozpoczęcie tych prac nie mogło nastąpić wcześniej, albowiem przystąpienie do nich wymagało zakończenia robót żelbetowych, a te przeciągnęły się aż do maja 2011 r.

Sąd Okręgowy uznał, że powód mógł skutecznie złożyć oświadczenie o odstąpieniu od umowy łączącej go z pozwanymi w oparciu o art. 635 k.c. i art. 656 k.c.. Przepis art. 635 k.c. jako przepis szczególny w stosunku do ogólnych przepisów dotyczących niewykonania umów wzajemnych wyłącza określone w art. 491 § 1 k.c. warunki odstąpienia od umowy w postaci popadnięcia przez przyjmującego zamówienie w zwłokę i wyznaczania mu dodatkowego terminu do rozpoczęcia lub kontynuowania i ukończenia dzieła (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2008 r., V CSK 182/08). Nadto Sąd Okręgowy wskazał, iż w razie zwłoki wykonawcy, zamawiającemu, który odstąpił od umowy służą roszczenia o naprawienie szkody wynikłej z niewykonania umowy na podstawie art. 494 k.c. w zw. z art. 471 k.c.

Postępowanie dowodowe przeprowadzone w sprawie wykazało, że termin ukończenia robót budowlanych był zagrożony tak dalece, że nieprawdopodobne było, aby ich ukończenie mogło nastąpić w umówionym terminie. Winę za taki stan rzeczy ponosili wyłącznie pozwani.

Analiza harmonogramu rzeczowo - finansowego wskazywała bowiem, iż w ramach I etapu pozwani mieli wykonać szereg prac, które w większości nie zostały nawet rozpoczęte lub też zostały wykonane tylko w niewielkiej części (konstrukcja stalowa główna - wykonano 0%, konstrukcja zadaszenia - wykonano 0%, prace budowlane wykończeniowe wewnętrzne (izolacje termiczne, ścianki murowane, tynki, malowanie) - wykonano ok 3%, prace budowlane wykończeniowe wewnętrzne (zadaszenia kubatur w przestrzeniach zadaszonych stadionu, windy, ścianki i obudowy g.k, malowanie, impregnacje, okładziny ścienne, warstwy posadzkowe, wykładziny posadzkowe, sufity podwieszane, stolarka i ślusarka wewnętrzna, parapety, ekrany akustyczne, pomosty techniczne dachu i kamer, stałe wyposażenie meblarskie, wyposażenie ruchome pomieszczeń i toalet, informacja wizualna) - wykonano 0%, prace budowlane wykończeniowe - trybuny (impregnacja prefabrykatów, krzeselka i wyposażenie widowni, bariery i balustrady ochronne, bramki dostępu) - wykonano 0%, prace budowlane elewacyjne - 0%, zagospodarowanie terenu (ogrodzenie, bramy i furtki, szlabany, drogi, parkingi, chodniki, odwodnienie liniowe) - wykonano 0%, zieleń - wykonano 0%, prace instalacyjne wewnętrzne (centralne ogrzewanie, lokalne ogrzewanie (grzejnikami elektrycznymi), ciepło technologiczne do wentylacji, centralne chłodzenie pomieszczeń, lokalne chłodzenie pomieszczeń (klimatyzatorami freonowymi), woda lodowa do wentylacji, kanalizacja deszczowa, kanalizacja sanitarna, kanalizacja technologiczna, instalacja hydrantowa, woda zimna, woda ciepła, wentylacja mechaniczna wykonano 0-10%, prace instalacyjne zewnętrzne (kanalizacja sanitarna 0%, kanalizacja wodociągowa 10-20%), instalacje teletechniczne wewnętrzne (system SAP, system (...), system nagłaśniania stadionu, instalacje bezpieczeństwa obiektowego, instalacje teleinformatyczne audiowizualne) - wykonano 0%, instalacje (...) wykonano 0%, instalacje elektryczne zewnętrzne (oświetlenie terenu) - wykonano 0%. Opóźnienie to miało także odwzorowanie kwotowo, gdyż z pisma z dnia 16 lutego 2011 r. wynika, że na plan na 7 miesięcy realizacji wynoszący 42.847.016 zł wykonano zaledwie 35% - 15.066,405 zł.

W maju 2011 r. okazało się, że zaawansowanie kwotowe robót w stosunku do wartości kontraktu wyniosło 17%, wykonanie w stosunku do Harmonogramu wyniosło w przedmiotowym okresie (I etap robót) około 31%, upływ czasu od początku realizacji inwestycji do terminu określonego umową wyniósł 50%, niedotrzymany został termin zakończenia I etapu umowy określony na dzień 25 maja 2011 r. Wówczas więc opóźnienie wynosiło około 8 miesięcy.

Na brak realnej szansy na dokończenie przedmiotu umowy w terminie wskazywał również sam pozwany w miesięcznym raporcie z postępu robót z 28 lutego 2011 r. i jako realny termin zakończenia prac wskazał czerwiec 2013 r. podczas gdy umownym terminem zakończenia był 25 maja 2012 r. O nierealności wykonania umowy świadczy również stanowisko pozwanych wyrażone w notatce z dnia 13 czerwca 2011 r. w której poinformowali, iż „(...)nie jest w stanie kontynuować prac w oparciu o pierwotnie ustalony budżet. W związku z zaistniałą sytuacją (...) proponuje następujące rozwiązania: (...) może przedstawić inwestorowi nowy budżet w celu zakończenia prac, który pokryje straty (...)” oraz „(...) podtrzymuje swoje żądania (dotyczące gwarancji płatności), ale może się z nich wycofać jeśli dojdzie do porozumienia w ciągu najbliższych tygodni”.

Zdaniem Sądu rzeczywistą przyczyną opóźnienia było nieuwzględnienie przez pozwanych zakresu realizowanego przedsięwzięcia, jego gabarytów, stopnia skomplikowania i innowacyjności konstrukcji, które wymagały dysponowania nie tylko odpowiednim zapleczem maszynowym, ale również osobowym, posiadania odpowiednio wykwalifikowanych pracowników oraz doświadczonych podwykonawców. Wskazał, że pierwotne uzgodnienia przewidywały, iż dla terminowej realizacji umowy zapewniona będzie praca trzyzmiannowa z osiągnięciem zatrudnienia około 300 osób. Tymczasem już w dniu 22 września 2010 r. powód musiał wzywać pozwanych do nadrobienia opóźnień. Menager projektu apelował o zwiększenie zatrudnienia i włączenia do prac większej ilości żurawi. Pomimo to zatrudnienie na placu budowy nigdy nie przekroczyło 176 osób, wynosząc średnio 130 osób.

Przyczyn niedotrzymania terminu Sąd upatrywał również w niedoszacowaniu oferty przetargowej złożonej przez pozwanych, w której wartość konstrukcji stalowej była niższa od cen rynkowych o około 23.000.000 zł (cena

wynosiła 4,99 zł za 1 kg konstrukcji z montażem i pomalowaniem, a rynkowa kształtowała się na poziomie 10 zł). Także np. wartość ogrodzenia oszacowana przez pozwanych opiewała na kwotę 278.000 zł, zaś umowę z podwykonawcą wykonawca zawarł na kwotę 990.000 zł. W takiej zaś sytuacji pozwani zmuszeni byli do zmniejszenia kosztów realizacji lub próby wymuszenia na powódce podwyższenia umownego wynagrodzenia. Służyć temu miało „odchudzenie” konstrukcji stalowej, poprzez jej przeprojektowanie w oparciu o eurokody, a następnie poprzez ograniczenie zakresu umowy. Już w piśmie z dnia 26 stycznia 2011 r. pozwani próbowali wyłączyć z przedmiotu umowy prace dotyczące konstrukcji stalowej oraz zadania stadionu i ponownego ich oszacowania. Podejmowane w ramach dążenia do rewizji postanowień umowy działania - nieuzasadnione żądanie poprawionej dokumentacji projektowej, wstrzymywanie prac w celu uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę, odwracało uwagę pozwanych od niskiego przerobu i tempa robót. Z niedoszacowania oferty wynikało także dążenie pozwanego do zmniejszenia innych kosztów, np. poprzez dostarczenie materiałów o niższych parametrach (m.in. z separatorów, co mogło mieć wpływ na opóźnienia około 2 miesięcy).

Reasumując wskazał, że okoliczności sprawy pozwalają na przyjęcie, że opóźnienie pozwanych w realizacji przedmiotu umowy miało charakter zwłoki. Pozwani bowiem nie zdołali wykazać, iż opóźnienie było od nich niezależne. Zaistniałe na początku realizacji projektu kolizje, na które powoływali się pozwani, nawet przy uznaniu wyliczonego zakresu opóźnienia przez pozwanych (powodów wzajemnych) na 72 dni nie pozwoliłyby na ukończenie przedmiotu umowy wobec 8 miesięcznego opóźnienia. Tym niemniej jednak nie sposób przyjąć, iż opóźnienie wynikłe ze wskazanych przyczyn (kolizja drzew, kabla zasilającego, ciepłociągu i śmieci w niecce basenu) podlegało zsumowaniu i przekładało się na zaistnienie opóźnienia. Weryfikacji w tej kwestii podlegają nie tylko terminy, ale i realny wpływ na nieterminowość realizacji prac. Biegli łączną ilość dni kolizji wskazali na 36.

Zgodzić się bowiem należało w tej kwestii z biegłymi, iż zaistniałe kolizje miały wpływ na realizację robót tym niemniej, w ocenie Sądu, nie dawało to prostego przełożenia na zaistniałe opóźnienia. Zakres przedsięwzięcia budowlanego, szeroki front robót dawały możliwość wielowariantowości potencjalnych harmonogramów robót. Skoro przez 14 dni występowała kolizja na terenie związanym z wycinką drzew, można było wszak realizować prace na innym terenie. To samo dotyczyło się kolizji kabla zasilającego. Trudno uznać, iż okres 22 dni odnoszących się do dnia kolizji kabla zasilającego był terminem straconym dla wykonawcy. O ile powodował on kolizję w sekcji IX to potencjał osobowy i maszynowy mający wykonywać tam prace mógł być przeniesiony do innej sekcji, aby zintensyfikować prace w innej sekcji. Wyczekiwanie na usunięcie kolizji należy bowiem postrzegać jako marnotrawienie czasu przez wykonawcę, który powinien zdawać sobie sprawę z konieczności dbałości o terminowość robót.

Przesłuchiwani na rozprawie biegli odnosząc się do wskazywanych początkowych kolizji podali, iż z punktu widzenia całokształtu umowy kolizja w postaci braku pozwolenia na wycinkę drzew nie miała żadnego znaczenia dla opóźnienia, choć nie było to zgodne z uzgodnieniami stron w zakresie przekazania placu budowy.

W zakresie kolizji kabla zasilającego biegli podkreślali również formalną kwestię, iż kolizja ta uniemożliwiła prace na tym etapie, natomiast inną kwestią było, iż pozwani (powodowie wzajemni) przystąpili do prac w tej sekcji dopiero 3 tygodnie po usunięciu kolizji (pismo Menagera Projektu z 10 września 2010 r.). Z materiału dowodowego sprawy nie wynika, aby pozwani zaangażowali w tym czasie siły i środki na inny etap budowy przerzucając pracowników na inne sekcje. Wskazuje to na realny brak wpływu kolizji na nieterminowość realizacji projektu. Fakt, iż kolizja ta wymagała reorganizacji frontu robót, jednak brak było dowodów na to, aby pozwany (powód wzajemny) działania takie podejmował. Biegli wskazali, również, iż można było w tym czasie robić inne roboty bez zakłóceń w terminowości. Biegli podkreślili również, iż tego typu problemy przy tak dużych projektach są nagminne i rozwiązanie leżało we współpracy stron. Tymczasem jak wynika z materiału dowodowego postawę pozwanych można określić jako „konfrontacyjną”.

W zakresie kabla teletechnicznego wskazać należy, iż w dniu 18 sierpnia 2010 ograniczono etap pierwszy wyłączając teren kolizji z pierwszego etapu a w międzyczasie rozwiązano problem. Zatem wykluczyć należy wskazaną kolizję jako wpływającą na nieterminowość realizacji prac.

Z pewnością na nieterminowość prac nie wpłynęła kwestia śmieci w niecce basenu, która to kolizja miała marginalny charakter i choć stanowiła niedociągnięcie inwestora nie spowolniła wykonawcy.

Z tych względów nawet przy zaistnieniu kolizji niezależnych od pozwanych (powodów wzajemnych) nieterminowe wykonanie zobowiązania obciążało ich jako faktycznie zarządzających frontem robót i planujących poszczególne prace. Wskazane kolizje wobec rozmiarów inwestycji nie mogą mieć, bowiem prostego przełożenia na opóźnienia. Pozwany w okresie ich zaistnienia w jednej sekcji mógł, zintensyfikować prace w innych sekcjach. Niedotrzymanie terminu kwalifikować należy, jako zwłokę pozwanych (powodów wzajemnych) powiązaną z zaniechaniem należytej staranności w wykonaniu zobowiązania, przejawiającej się w braku profesjonalnego podejścia do realizacji umowy.

Co do opóźnień związanych z warunkami pogodowymi, to opóźnienie to zostało uznane przez powoda w zakresie 21 dni. W żaden sposób nie wpływa jednak ono na kwestie uwolnienia się pozwanych od domniemania zawinięcia w niedotrzymaniu terminu, zwłaszcza, iż zgodnie z § 4 ust. 5 łączącej strony umowy pozwani, mogąc wnosić na tej podstawie o przedłużenie terminu wykonania przedmiotu umowy, zaniechali tego.

Sąd Okręgowy wskazał, iż zostało wykazane przez powoda, że pozwani nie dysponowali, szeroko rozumianymi możliwościami niezbędnymi do realizacji przyjętego zadania inwestycyjnego. Wynikało to ze zbyt niskiego stanu zatrudnienia i zaangażowania technologicznego udokumentowanego w dzienniku budowy, problemów z wykonaniem słupów XX, niewłaściwego doboru podwykonawcy, niewłaściwej organizacji robót (zwleknięcie z wykonaniem prac na parkingach, zwleknięcie z zamówieniem właściwych separatorów, kwestionowanie parametrów ogrodzenia), dążenia do zmiany dokumentacji projektowej pomimo braku takiej konieczności, a wreszcie nie wystąpienia o przedłużenie umowy o 21 dni przyznane przez powoda.

Oceniając zakres odstąpienia od umowy, Sąd Okręgowy stwierdził, że wprawdzie pozwani podnosili, iż odstąpienie od umowy miało skutek „ex tunc”, a zatem umowę należało uważać za niezawartą, tym niemniej, wobec wyraźnego sformułowania o częściowym odstąpieniu od umowy, treści oświadczenia powoda nie można interpretować w sposób sugerowany przez pozwanych. Z dokumentów wynika bowiem, że wolą powoda było rozliczenie wykonanych do 8 czerwca 2011 r. prac, nie zaś niwelowanie łączącej strony umowy w tym zakresie. W judykaturze również dopuszczono, uznając podzielność świadczeń stron, częściowe odstąpienie od umowy o roboty budowlane (wyrok SN z dnia 19.03.2004, IV CK 172/03). Częściowe odstąpienie nie powoduje zatem uznania całej umowy za niebyłą, a skutkuje uznaniem jej za niezawartą jedynie w pewnej części wzajemnych świadczeń stron (robót nie wykonanych przez pozwanych do chwili odstąpienia). Nadto Sąd Okręgowy uznał, iż w niniejszej sprawie miało miejsce niewykonanie zobowiązania. Faktem jest, iż pozwany w niniejszej sprawie wykonał część robót jednak wykonana część nie spowodowała urzeczywistnienia celu i rezultatu, do którego zmierzała umowa. Niewielki zakres wykonanych robót w połączeniu z 8-9 miesięcznym opóźnieniem pozwalał na przyjęcie niewykonania. Prawidłowe zachowanie się dłużnika w wykonaniu zobowiązania polega na zadośćuczynieniu oczekiwaniom wierzyciela, którego uzasadnieniem jest istniejące między stronami zobowiązanie.

Ustalając wysokość należnej powodowi kary umownej (art. 484 § 1 k.c.) z tytułu odstąpienia od umowy, wskazał że została ona zastrzeżona w § 8 ust. 1 pkt 3 umowy i określona, jako 10% wynagrodzenia umownego (13.028.519,71 zł), którą należało pomniejszyć o wierzytelność z faktury nr (...) w kwocie 2.698.563,86 zł. O odsetkach orzekł na podstawie art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 455 k.c., tj. od dnia następnego po dniu wezwania do zapłaty czyli od 17 lipca 2010 r.

Nie znalazł przy tym podstaw do miarkowania kary umownej (art. 484 § 2 k.c.).

W ocenie Sądu brak było podstaw do miarkowania kary umownej, o które wnosił pozwany (powód wzajemny), albowiem pozwani nie wskazali nawet na istnienie przesłanek uzasadniających miarkowanie takiej kary. Nie dawały również ku temu podstaw okoliczności sprawy, z których wynikało, że przedmiot umowy został wykonany w niewielkiej części (wykonanie robót w stosunku do wartości kontraktu wyniosło 17%, wykonanie harmonogramu 31%, zaś upływ czasu od początku realizacji projektu wynosił 50%). Uznał także, że kara nie jest wygórowana, albowiem stanowi 10% wartości przedmiotu umowy, a zatem odpowiada ogólnie przyjętej wysokości kary umownej.



Ustosunkowując się do zgłoszonych przez powoda roszczeń odszkodowawczych (art. 471 k.c.), Sąd Okręgowy za uzasadnione i pozostające w związku przyczynowym z niewykonaniem przez pozwanych zobowiązania, uznał poniesione przez powoda koszty wynikłe z konieczności kontynuowania inwestycji: 625.500 zł - dostosowanie projektu wykonawczego do pracy kolejnemu wykonawcy (poprzez zaktualizowanie go o naniesienie zmian w zakresie zadań wykonanych), 50.000 zł - przeprowadzenie kolejnego postępowania przetargowego, 23.500.250 zł - wartość zwiększenia wymagalnej części kosztów inwestycji. Za uzasadnione uznał również koszty związane z poniesieniem wydatków na sporządzenie modeli zadaszania trybun (31.180 zł) i sporządzenie opinii i oceny technicznej zadaszania (27.800 zł). Podał, że powód nie poniósłby tych wydatków, gdyby postawa pozwanych w procesie budowlanym skoncentrowana była na wykonaniu przedmiotu umowy, nie zaś na kwestionowaniu dokumentacji projektowej.

Za niezasadne uznał natomiast koszty związane ze skorzystaniem przez powoda z kancelarii prawnych (69.961 zł, 20.910 zł, 27.060 zł, 46.760 zł). Ocenił te wydatki jako niecelowe i niepozostające w związku przyczynowym z niewykonaniem zobowiązania. Dodał, że Urząd Miasta dysponuje własnym wydziałem prawnym zatrudniającym profesjonalnych prawników, w związku z czym nie miał uzasadnionej potrzeby korzystania z zewnętrznej obsługi prawnej. Nie doszukał się również istnienia związku przyczynowego pomiędzy kosztami reprezentacji powoda w komisji inwentaryzacyjnej (14.000 zł), a działaniami pozwanych. Zaznaczył, że powód nie wyjaśnił potrzeby zawarcia umowy na tego typu usługę, ani też przyczyny nie wykorzystania w tym celu własnych pracowników.

W ocenie Sądu, jako szkoda nie mogły być również traktowane koszty związane z utworzeniem(...) Wprawdzie powód uzasadniał to potrzebą zapewnienia dalszego finansowania budowy stadionu, tym niemniej przekroczenie przez Miasto określonego wskaźnika zadłużenia i w efekcie możliwość uzyskania środków jedynie poprzez wydatki inwestycyjne nie pozostaje w związku z działaniami pozwanych. Odstąpienie od umowy z powodu jej niewykonania przez pozwanych i konieczność poniesienia dalszych kosztów związanych z inwestycją pozostawało w adekwatnym związku przyczynowym, jednak koszty utrzymania nowego podmiotu w celu uzyskania środków na budowę nie mieściło się - w ocenie Sądu Okręgowego - w zakresie adekwatnego związku przyczynowego. Związek ten został bowiem przerwany przez działania powoda polegające na określonym gospodarowaniu budżetem miasta.

Dodał też, że przekształcenie zakładu budżetowego(...) w spółkę prawa handlowego (...) w B. nastąpiło w dniu 18 lutego 2013 r., a zatem z tą datą to spółka w przypadku poniesienia szkody jest podmiotem uprawnionym do jej dochodzenia nie zaś Miasto B..

Z uwagi na powyższe roszczenie odszkodowawcze uwzględnił w zakresie kwoty 24.381.730,21 zł z odsetkami od dnia 10 czerwca 2014 r.

Za niezasadne w całości uznał natomiast powództwo wzajemne, którym pozwani (powodowie wzajemni) domagali się zasądzenia kary umownej oraz zapłaty z tytułu nienależnego świadczenia. Uznał bowiem, że oświadczenie pozwanych o odstąpieniu od umowy łączącej ich z pozwanym było bezskuteczne. Z kolei wykonane przez pozwanych (powodów wzajemnych) prace zostały rozliczone w trakcie ich wykonywania na bieżąco zgodnie z postanowieniami umowy, przy czym wierzytelność wynikająca z faktury VAT nr (...) (2.698.563,86 zł) została skutecznie potrącona z wierzytelnością powoda głównego w kwocie 15.727.083,57 zł z tytułu kar umownych. Wobec uznania, iż odstąpienie od umowy przez powoda nie miało charakteru ex tunc, nie było podstaw do rozliczania robót wykonanych przez pozwanych na innych zasadach, niż wynikające z umowy, a w szczególności wedle cen rynkowych. Za nieuzasadnione uznał też roszczenie o zapłatę kwoty 1.220.572,08 z tytułu wykonanych prac zabezpieczających. Postanowienia umowne § 14 ust. 3 pkt 1 i 2 wskazują bowiem, iż w razie odstąpienia od umowy przez zamawiającego w trybie ust. 2 lub przez wykonawcę z własnej winy lub woli, wykonawca zobowiązany jest do sporządzania przy pomocy Menagera Projektu i przedstawiciela zamawiającego protokołu inwentaryzacji robót do tego czasu wykonanych oraz zabezpieczenia przerwanych robót na swój koszt.

Za niezasadne uznał również zgłoszone przez pozwanych (powodów wzajemnych) roszczenie ewentualne dotyczące: 3.815.552,77 zł - odszkodowanie za zakończenia i rozliczenie umów z podwykonawcami, 3.931.770,90 zł - utracone

korzyści w formie zysku i 8.006.000 zł - odszkodowanie, w związku z utratą wizerunku z uwagi na bezpodstawne zerwanie umowy. Wyjaśnił, że żadne z tych roszczeń nie zostało udowodnione ani co do zasady, ani też wysokości.

Na koniec swoich rozważań Sąd odniósł się szczegółowo do opinii sporządzonej w sprawie przez biegłych sądowych. Zwrócił przy tym uwagę na wysoki stopień rozważań czysto teoretycznych, jakimi posłużyli się biegli, a które były oderwane od stanu faktycznego i nie znajdowały odzwierciedlenia w materiale dowodowym. Dlatego też zastrzegł, że korzystając z tej opinii bazował głównie na ustaleniach, które były stanowcze i poparte logiczną, dającą się zweryfikować argumentacją.

Dlatego też uznał, że choć opinia mogła być pomocna przy zrozumieniu niektórych elementów i zasad procesu konstrukcyjnego, to jednak w całości pominął zawarte w niej wywody dotyczące bezpieczeństwa konstrukcji stalowej stadionu i ewentualnego zagrożenia bezpieczeństwa. Zaznaczył, że zakres dokonanego przez biegłych opracowania wykraczał poza zakres tezy dowodowej, a nadto wyliczenia biegłych podważające stabilność konstrukcji opierały się na opracowaniu firmy (...) - kapitałowo powiązanej z (...) pozwanych a nadto nie uwzględniającym dodanych przez powoda (konstruktora konstrukcji stalowej) stężeń. Nie uwzględniały też nietypowych i oryginalnych rozwiązań architektoniczno-konstrukcyjnych zastosowanych przez projektanta stadionu.

Jako podstawę prawną rozstrzygnięcia wskazał art. 656 k.c. w zw. z art. 635 k.c., art. 491-493 k.c., art. 483 k.c., art. 484 k.c. i art. 471 k.c.

O kosztach procesu postanowił uwzględniając stopień, w jakim zostały uwzględnione roszczenia zgłoszone przez strony procesu (powód co pozwu głównego uległ w 73%, zaś pozwani w 27%). Zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu rozliczył również koszty pozwu wzajemnego, co do którego pozwani ulegli w całości.

Wyrok ten zaskarżyły obie strony.

Powód w swojej apelacji kwestionował wyrok w części oddalającej powództwo główne ponad kwotę 37.410.249,92 zł i zarzucał Sądowi I instancji naruszenie:

1.art. 361 § 2 k.c. przez błędne przyjęcie, że naprawienie szkody w postaci poniesionych strat nie dotyczy kosztów niewymagalnych; co doprowadziło do przyjęcia, że nie przysługuje mu roszczenie o odszkodowanie z tytułu wzrostu kosztów inwestycji w związku z odstąpieniem od umowy i wyborem nowego wykonawcy;

2.art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i niezasadne uznanie, że miał możliwość skorzystania z własnych pracowników celem wykonania określonych prac w zakresie doradztwa prawnego i inwentaryzacji robót, a konsekwencją czego było naruszenie art. 361 § 1 k.c. przez przyjęciu, że brak jest adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy niewykonaniem przez pozwanych zobowiązania a poniesionymi kosztami:

-14.000 zł - reprezentacja w komisji inwentaryzacyjnej powołanej w związku z odstąpieniem od umowy;

-69.961 zł - przygotowanie memorandum prawnego na temat aspektów prawnych i podatkowych realizacji wspólnego przedsięwzięcia przez Miasto B. i spółkę komunalną specjalnego przeznaczenia w zakresie infrastruktury sportowej;

-20.910 zł - przygotowanie projektu umowy wykonawczej z operatorem wewnętrznym w zakresie kwestii prawnych oraz finansowych związanych z budową stadionu;

-27.060 zł - analiza prawna ww. umowy wykonawczej;

-46.740 zł - doradztwo w zakresie pomocy publicznej przy projekcie budowy stadionu;

3.art. 361 § 1 k.c. przez błędne przyjęcie, że ze względu na przekroczenie określonego wskaźnika zadłużenia i w efekcie możliwość uzyskania środków jedynie poprzez wydatki inwestycyjne, brak jest adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy niewykonaniem przez pozwanych zobowiązania a poniesionymi przez Miasto wydatkami:

-12.301 zł - sporządzenie aktu notarialnego aktu założycielskiego (...);

-11.900 zł - analiza popytu na usługi świadczone przez (...) w związku z notyfikacją pomocy publicznej udzielanej tej spółce przez Miasto;

-109.937 zł - podatek od czynności cywilno-prawnych w związku z założeniem ww. spółki;

-3.600 zł - usługa doradztwa podatkowego w odniesieniu do procesu podziału i przekształcenia (...) w B.;

-35.210.055,86 zł - finansowanie udzielone przez Bank (...) S.A. jako nabywcę obligacji emitowanych przez (...) przeznaczonych na finansowanie dokończenia budowy stadionu.

Wnosił o zmianę wyroku w zaskarżonej części przez uwzględnienie powództwa w całości.

Z kolei pozwani zaskarżyli wyrok w części uwzględniającej powództwo główne i oddalającej pozew wzajemny, podnosząc zarzuty:

1. poczynienia ustaleń sprzecznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego i błędne przyjęcie, że:

-powód poniósł szkodę w wysokości 24.381.730,21 zł, choć na kwotę tę składały się w przeważającej części wydatki poniesione przed podmiot trzeci, nie będący stroną procesu, a mianowicie(...);

-projekt konstrukcji stalowej nie jest obarczony błędami, w sytuacji, gdy nieodparta żadnymi innymi dowodami opinia biegłych, opinia uzupełniająca oraz zeznania biegłych na rozprawie wielokrotnie i jednoznacznie wskazywały na zagrażające bezpieczeństwu błędy w projekcie konstrukcji;

-projekt konstrukcji przed wprowadzeniem stężeń był niewadliwy oraz nadawał się do realizacji, choć nieodparta żadnymi innymi dowodami opinia biegłych, opinia uzupełniająca oraz zeznania biegłych na rozprawie jednoznacznie wskazywały, że konstrukcja bez stężeń groziła katastrofą budowlaną a przed wprowadzeniem stężeń wykonawca nie mógł przystąpić do jej wykonania;

-istnieje adekwatny związek przyczynowo skutkowy pomiędzy ich działaniem (zaniechaniem) a zwiększonym wynagrodzeniem, jakie Miasto [i spółka (...)] zapłaciło nowemu wykonawcy za budowę stadionu, choć z zebranego materiału wynika, że poziom cen w budownictwie w latach 2010-2012 nie uległ zmianie;

-E. w sposób zawiniony nie był w stanie wykonać przedmiotu zamówienia w terminie określonym w umowie, tj. do 25 maja 2012 r., w sytuacji gdy na możliwość niedotrzymania tego terminu umownego miały wpływ również inne okoliczności, w tym zawinione przez Miasto, a w szczególności potwierdzone przez biegłych kolizje oraz niemożność zamówienia konstrukcji stalowej ze względu na jej wady;

2.naruszenie art. 484 § 1 k.c. przez zasądzenie na rzecz Miasta kary umownej bez jej zaliczenia na poczet odszkodowania, w sytuacji gdy można było zasądzić odszkodowanie jedynie w części przenoszącej wysokość kary umownej;

3.naruszenie art. 484 § 2 k.c. przez nie zmiarkowanie kary umownej choć były spełnione ku temu warunki;

4.naruszenie art. 491 § 2 k.c. i art. 635 k.c. przez przyjęcie, że Miasto odstąpiło od umowy w części, w sytuacji gdy zgodnie z ww. przepisem uprawnienie do takiego odstąpienia nie przysługiwało;

5.naruszenie art. 45 ust. 1 prawa budowlanego przez przyjęcie, że dziennik budowy jest jedynym dokumentem odzwierciedlającym przebieg budowy;

6.naruszenie art. 57, art. 59 i nast. prawa budowlanego przez przyjęcie, że udzielenie pozwolenia na użytkowanie przez organ administracyjny jest dowodem na bezpieczeństwo konstrukcji;

7.naruszenie art. 93, 95 i nast. prawa budowlanego przez przyjęcie, że jedynie inwestor ponosi negatywne konsekwencje braku pozwolenia na budowę, w sytuacji gdy zarówno wykonawca jak i reprezentujący go kierownik budowy może ponosić odpowiedzialność karną i zawodową;

8.naruszenie art. 3 ust. 12 oraz 33-36 prawa budowlanego przez przyjęcie, że możliwe jest wymuszenie uzyskania pozwolenia na budowę, w sytuacji gdy pozwolenie na budowę jest decyzją administracyjną wydaną autonomicznie przez właściwy organ, po przeprowadzeniu analizy odpowiednich dokumentów i podjęciu czynności kontrolnych;

9.naruszenie zasady równości stron wyrażonej w art. 32 ust 1 Konstytucji przez szereg czynności procesowych dokonanych z rażącym naruszeniem praw pozwanych i uprzywilejowanie praw Miasta;

10.naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. przez brak w uzasadnieniu wyroku wyjaśnienia podstawowych i kluczowych ustaleń dokonanych przez Sąd, a w szczególności dotyczących:

-istnienia szkody po stronie Miasta i podania sposobu obliczenia jej wysokości,

-braku wad konstrukcji stalowej i możliwości jej wykonania,

-istnienia adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy zachowaniem pozwanych, a rzekomą szkodą poniesioną przez powoda oraz całkowity brak ustosunkowania się do okoliczności podnoszonych przez powoda a w szczególności braku szkody ze względu na niekwestionowaną przez Miasto ekwiwalentność wynagrodzenia dla nowego wykonawcy i większą wartość nowego stadionu;

11.naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów i wyrażenia stanowiska, że projekt konstrukcji stalowej stadionu był wolny od błędów;

12.naruszenie art. 286 k.p.c. przez nie zażądanie dodatkowej opinii od innych biegłych w sytuacji, gdy złożona opinia w ogóle nie zawierała odpowiedzi na niektóre pytania zadane przez Sąd, ze względu na przyznaną przez biegłych niekompetencję w zakresie tych pytań, oraz w sytuacji, gdy powołania dodatkowych biegłych domagały się obie strony procesu;

13.naruszenie art. 321 §1 k.p.c. przez zasądzenie odszkodowania ponad żądanie sformułowane w pozwie;

14.naruszenie art 217 k.p.c. oraz art. 227 k.p.c. przez nieuwzględnienie wniosków dowodowych o:

-przesłuchanie świadków B. O., A. O., J. N., Z. C., J. P., P. H., N. S., J.-L. R.,

-zwrócenie się do Prokuratury Okręgowej w Białymstoku o wypożyczenie akt postępowania przygotowawczego toczącego się pod sygnaturą VI Ds 15/14,

-powołanie biegłych z zakresu budownictwa i architektury oraz z zakresu wyceny robót budowlanych na okoliczność wyceny wszelkich prac wykonanych przed odstąpieniem od Umowy nr (...);

15.naruszenie art. 210 § 3 k.p.c., art. 235 k.p.c. i art. 236 k.p.c. przez nie dopuszczenie dowodu z nagrania przebiegu spotkania w Kancelarii Prezydenta B. w dniu 1 czerwca 2011 r. zarejestrowanego w całości na płycie CD;

16.naruszenie art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 230 k.p.c. oraz art. 94 k.p.c. przez uwzględnienie zawartych w piśmie powoda z dnia 11 lutego 2014 r. spóźnionych zastrzeżeń do opinii Politechniki G.;

17.naruszenie art. 233 §1 k.p.c. oraz art. 328 § 2 k.p.c. przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i oparcie ustaleń w zakresie możliwości ukończenia przedmiotu Umowy w terminie umownym na twierdzeniach interwenienta ubocznego, co do treści przedstawionych przez E. opinii sporządzonych przez B. O. i brak odniesienia

się w uzasadnieniu wyroku do twierdzeń opinii w zakresie możliwości ukończenia stadionu przy zachowaniu przewidzianego Umową podziału na dwa etapy;

18.naruszenie art. 326 § 1 k.p.c. przez dwukrotne odroczenie publikacji wyroku na łączny okres przekraczający 14 dni.

Wnosili o przeprowadzenie dowodów wskazanych w pkt 14 i 15 i zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa głównego w całości oraz uwzględnienie powództwa wzajemnego, albo uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

**Sąd Apelacyjny ustalił i zważył co następuje:**

***Apelacja powoda głównego jest uzasadniona w części, zaś apelacja pozwanych głównych podlegała oddaleniu, aczkolwiek zarzut dotyczący zaliczalnego charakteru kary umownej, był trafny.***

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zakresu materiału dowodowego Sąd Apelacyjny uznał za nieistotne dla rozstrzygnięcia wnioski dowodowe zgłoszone przez pozwanych w apelacji. Stanowią one powtórzenie wniosków dowodowych, których nie przeprowadził Sąd Okręgowy, a zatem przedstawiona argumentacja dotyczy również zarzutu naruszenie art 217 k.p.c. oraz art. 227 k.p.c. W ocenie Sądu Apelacyjnego dowody z zeznań świadków, są nieistotne dla rozstrzygnięcia. Jeśli chodzi o świadków B. O., A. O., J. N., Z. C., J. P., są to osoby, które sporządzały prywatne opinie w sprawie na zlecenie pozwanych. Ich zeznania miały, więc dotyczyć ocen, nie zaś faktów spornych i istotnych dla rozstrzygnięcia. Nie uczestniczyli oni w procesie budowy a ich wiedza o jej przebiegu ma charakter wtórny. Również zeznania świadków P. H., N. S., J.-L. R., którzy mieli uczestniczyć w spotkaniu stron 1 czerwca 2011 r. podobnie jak dowód z nagrania przebiegu spotkania w Kancelarii Prezydenta B. w dniu 1 czerwca 2011 r. zarejestrowanego w całości na płycie CD, dotyczą kwestii drugorzędnych. Dowód z zeznań świadka J.-L. R. został dopuszczony przez Sąd Okręgowy, lecz świadek nie stawił się na wezwanie sądu we Francji, tłumacząc się wyjazdem służbowym. Poza sporem jest przy tym, że spotkanie w dniu 1 czerwca 2011 r. się odbyło i miało na celu wypracowanie wspólnego stanowiska stron w przedmiocie rozwiązania problemu opóźnienia w realizowanej inwestycji. Również poza sporem jest, że do tego nie doszło, czego dowodem jest pismo pozwanych z dnia 2 czerwca 2011 r., w którym pozwani stwierdzili, że realizacja umowy w ustalonym w niej terminie jest nierealna. Bez znaczenia jest zatem przeprowadzenie dowodu na okoliczność, iż pozwanym został jakoby ustnie wyznaczony dwutygodniowy termin przez powoda do wypowiedzenia się odnośnie rozwiązania problemu opóźnienia, a zatem wypowiedzenie umowy przez powoda w dniu 8 czerwca 2011 r. było „pochoptne”. Przypomnieć w tym miejscu należy, że skuteczność odstąpienia od umowy przez powoda nie była uzależniona od wyznaczenia pozwanym dodatkowego terminu, zważywszy, iż art. 491 k.c. nie ma zastosowania. Nieistotna jest również kwestia ustalenia czy na tymże spotkaniu przedstawiciele powoda próbowali skłonić pozwanych do odstąpienia od żądania gwarancji bankowych, skoro powód wykazał, że podjął w dniach 30 maja 2011 r. i 1 czerwca 2011 r. działania w celu ich uzyskania w drodze przeprowadzenia zamówienia publicznego na ich udzielenie, tym bardziej, że w sprawie wykazano uzasadnione przyczyny do odstąpienia od umowy przez powoda. Zatem zarzut apelacji pozwanych naruszenia art. 210 § 3 k.p.c., art. 235 k.p.c. i art. 236 k.p.c. należało uznać za nietrafny. Bezasadny też był wniosek o zwrócenie się do Prokuratury Okręgowej w Białymstoku o wypożyczenie akt postępowania przygotowawczego toczącego się pod sygnaturą VI Ds 15/14, zważywszy, że po pierwsze wniosek dowodowy został nieprawidłowo sformułowany, nadto kwestia bezpieczeństwa konstrukcji stalowej nie jest istotna dla rozstrzygnięcia. Również nie było potrzeby powołania biegłych z zakresu budownictwa i architektury oraz z zakresu wyceny robót budowlanych na okoliczność wyceny wszelkich prac wykonanych przed odstąpieniem od Umowy nr (...), skoro nie zostało co do zasady uwzględnione roszczenie powodów wzajemnych. Nie doszło też do naruszenia art. 286 k.p.c. przez nie zażądanie dodatkowej opinii od innych biegłych, mimo, że opinia nie zawierała odpowiedzi na niektóre pytania zadane przez Sąd, zważywszy, że kwestia dotycząca prawidłowości projektu instalacji elektrycznych, technicznych i sanitarnych, do których wykonania pozwani się nie zbliżyli, z uwagi na opóźnienie prac żelbetowych, nie miała wpływu na rozstrzygnięcie.

Sąd Apelacyjny na zasadzie art. 381 k.p.c. przeprowadził natomiast dowody z dokumentów wnioskowanych przez powoda w apelacji i piśmie z dnia 09.06.2015 roku (k.2572) na okoliczność uiszczenia całej kwoty wynagrodzenia za roboty budowlane nowemu wykonawcy tytułem dokończenia inwestycji, co dowodziło, iż całość żądania powoda w zakresie kwoty 100.445.683, 48 zł jest wymagalna. W świetle poglądów doktryny art. 381 k.p.c. określający przesłanki, od których zależy możliwość pominięcia przez sąd drugiej instancji tzw. nowości, wskazuje, że zasadą jest dopuszczalność powoływania nowych faktów i dowodów. Przepis ten jest zarazem koniecznym kompromisem między realizacją modelu pełnej apelacji a zasadą koncentracji materiału procesowego przed sądem pierwszej instancji. W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego w przyjętym systemie apelacji celem postępowania apelacyjnego jest ponowne i wszechstronne zbadanie sprawy pod względem faktycznym i prawnym, przy zachowaniu zasady koncentracji materiału faktycznego i dowodowego przed sądem pierwszej instancji. Dopuszczalność nowego materiału procesowego przed sądem apelacyjnym jest regułą, doznaje ona jednak ograniczenia poprzez unormowanie art. 381 k.p.c. Sąd drugiej instancji jest zobowiązany na wniosek strony materiał ten uzupełnić, jeżeli jest to konieczne do rozstrzygnięcia sprawy, lecz równocześnie jest uprawniony do pominięcia nowych faktów i dowodów zgłoszonych dopiero w postępowaniu apelacyjnym, gdy zachodzą przesłanki określone wymienionym przepisem. W ocenie Sądu Apelacyjnego powód wykazał, iż powziął wiedzę o realizacji zapłaty na rzecz nowego wykonawcy jako wspólnik spółki komunalnej po wydaniu wyroku przez Sąd Okręgowy. Przeprowadzenie dowodu z dokumentów nie powoduje też zwłoki w rozpoznaniu sprawy.

Sąd Apelacyjny nie podziela zarzutów pozwanych zawartych w piśmie z dnia 23 sierpnia 2015 r. w przedmiocie braku zawisłości sporu między stronami co do roszczeń zgłoszonych w ramach pism rozszerzających pierwotne powództwo, z uwagi na doręczenie ich odpisów bezpośrednio pełnomocnikowi strony pozwanej, mające prowadzić do nieważności postępowania w sprawie. Za trafną uznaje w tym względzie argumentację zaprezentowaną w wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 26 listopada 2014 r., w sprawie o sygn. akt I ACa 733/14. Słusznie Sąd ten dostrzegł bowiem, że pisma procesowego zawierającego rozszerzenie powództwa poprzez podwyższenie pierwotnie dochodzonej kwoty, nie należy utożsamiać stricte z pozwem. Pismo takie nie posiada autonomicznego charakteru, oderwanego od procesu, w którym zostało złożone, a co za tym idzie - nie może ono być rozumiane jako całkowicie nowy, odrębny pozew (pośrednio wskazuje na to użyty w art. 193 § 2<sup>1</sup> zd. 2 k.p.c. zwrot, że art. 187 k.p.c. jest stosowany jedynie odpowiednio). Należy zwrócić również uwagę na fakt, że ustawodawca użył w art. 132 § 1 k.p.c. sformułowania „w toku sprawy”, co oznacza, że obowiązek dokonywania doręczeń bezpośrednich powstaje w chwili doręczenia pozwanemu odpisu pozwu. Innymi słowy, z chwilą wniesienia pozwu do sądu sprawa jest już w toku, natomiast rozszerzenie powództwa następuje w obrębie tego samego, uprzednio zgłoszonego już roszczenia, które w wyniku zmiany przedmiotowej uległo jedynie zwiększeniu ilościowemu.

Podkreślić też trzeba, że z zakresu pism procesowych objętych doręczeniami bezpośrednimi wyłączone zostały pisma enumeratywnie wyliczone w art. 132 § 1<sup>1</sup> k.p.c. (pозew wzajemny, apelacja, skarga kasacyjna, zażalenie, sprzeciw od wyroku zaocznego, sprzeciw od nakazu zapłaty, zarzuty od nakazu zapłaty, wniosek o zabezpieczenie powództwa, skarga o wznowienie postępowania, skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia i skarga na orzeczenie referendarza sądowego). Gdyby wolą ustawodawcy było zobowiązanie pełnomocników stron do składania pism procesowych stanowiących rozszerzenie powództwa w trybie art. 132 § 1<sup>1</sup> k.p.c., niewątpliwie zostałyby to ujęte w powyższym katalogu, który - należy to zaznaczyć - ma charakter enumeratywny i nie podlega wykładni rozszerzającej. Powyższą koncepcję wzmacnia dodatkowo treść art. 130<sup>3</sup> § 2 k.p.c. regulującego zagadnienia związane ze sposobem i chwilą rozstrzygnięcia przez sąd o obowiązku uiszczenia lub uzupełnienia przez powoda opłaty od rozszerzonego powództwa.

Przenosząc powyższe uwagi na grunt niniejszej sprawy, w pierwszej kolejności podnieść należy, że poza sporem pozostawało, iż w trakcie postępowania pierwszo-instancyjnego powód główny dwukrotnie rozszerzył pierwotne powództwo (pismem z dnia 15 lutego 2012 r. i pismem z dnia 9 czerwca 2014 r.), a strona przeciwna otrzymała odpisy tych pism w trybie art. 132 § 1 k.p.c. Z akt sprawy wynika, że zajęła ona merytoryczne stanowisko w tej sprawie, a także po dacie wpływu do Sądu pisma z dnia 15 lutego 2012 r. (21 lutego 2012 r.) rozszerzającego powództwo do kwoty

13.028,519,71 zł (dowód nadania k. 855) wzięła udział w rozprawach, które odbyły się w dniach 27 lutego 2012 r. i 12 marca 2012 r. Również w przypadku kolejnego pisma z dnia 9 czerwca 2014 r. rozszerzającego powództwo, strona pozwana uczestniczyła w rozprawie w dniu 11 czerwca 2014 r. Ponadto, wbrew zarzutom pozwanych, rozszerzone powództwo z dnia 9 czerwca 2014 r. zostało poddane wstępnej kontroli Sądu Okręgowego, o czym świadczy chociażby, błędne co prawda, wezwanie powoda do uiszczenia brakującej części opłaty sądowej od pozwu w kwocie 100.000 zł.

Podkreślenia również wymaga, że w toku dalszego postępowania, strona pozwana ani w pismach procesowych, ani też podczas rozpraw, nie kwestionowała formy doręczenia jej pism procesowych zawierających rozszerzenie powództwa i braku wezwań przez Sąd Okręgowy do ich uzupełnienia pod rygorem zwrotu. Co istotne i w zasadzie przesądzające bezzasadność stanowiska skarżących - po przyjęciu tych pism przez Sąd, pozwani nie zgłosili w tym zakresie zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c., a wnosząc o oddalenie tych roszczeń de facto wdali się w spór. W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że strona nie może skutecznie zarzucać w apelacji uchybienia przez Sąd I instancji przepisom postępowania, jeżeli nie zwróciła uwagi Sądu na to uchybienie w trybie art. 162 k.p.c. (zob. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt III CZP 50/08). Skoro więc strona pozwana nie złożyła stosownego zastrzeżenia do protokołu, to jej zarzuty podniesione w ramach postępowania apelacyjnego, także z tych względów nie mogły odnieść oczekiwanego skutku.

Jedynie na marginesie nadmienić wypada (mimo, iż skarżący nie podnoszą tego wprost), że powyższe kwestie nie mogą być rozpatrywane jako okoliczność uzasadniająca nieważność postępowania z uwagi na pozbawienie strony możliwości obrony jej praw, bowiem zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem judykatury, nawet niedoręczenie stronie odpisu pisma procesowego przeciwnika z reguły nie pozbawia strony możliwości obrony jej praw i nie powoduje nieważności postępowania z przyczyn określonych w art. 379 pkt 5 k.p.c. Pozbawienie takie następuje jedynie wówczas, gdy z winy sądu albo strony przeciwnej, strona w ogóle nie mogła działać i nie miała możliwości podjęcia przed sądem obrony swoich praw (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2012 r., II PK 273/11).

W niniejszej sprawie - jak już wyżej wspomniano - strona pozwana nie zgłaszała żadnych zastrzeżeń co do sposobu doręczenia i skuteczności dokonanego rozszerzenia, a nadto czynnie brała udział w dalszym postępowaniu ustosunkowując się do stanowiska i twierdzeń powoda, co sprawia, że o pozbawieniu możliwości obrony jej praw nie może być tutaj mowy.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia Sądu I instancji dotyczące przyjęcia odpowiedzialności pozwanych co do zasady. Uznanie przez Sąd Okręgowy, iż powód był uprawniony do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych wynikających ze skutecznego odstąpienia od umowy o roboty budowlane z przyczyn, za które ponosi winę wykonawca, oparte zostało o drobiazgową analizę materiału dowodowego przedstawioną na prawie 80 stronach zawierających pisemne motywy orzeczenia. Ustalenia faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy poczynione przez Sąd I instancji są prawidłowe i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne, uznając brak potrzeby ich powtarzania, poza kwestiami podniesionymi w apelacjach. W zasadniczej części na aprobatę zasługują też wyprowadzone przez Sąd Okręgowy wnioski i dokonana ocena prawna, za wyjątkiem kwestii dotyczącej braku zaliczenia kary umownej na poczet odszkodowania (zarzut apelacji pozwanych) i uwzględnienia odszkodowania w kwocie 14.000 zł (zarzut apelacji powoda).

Prawidłowe są ustalenia Sądu Okręgowego dotyczące przebiegu realizacji umowy o roboty budowlane przez pozwanych, którzy opóźniali się z ich wykonaniem tak dalece, że nie było prawdopodobne, żeby zdołali je ukończyć w czasie umówionym, prowadzące do końcowego wniosku, iż odstąpienie przez powoda od umowy nastąpiło z przyczyn zawinionych przez pozwanych.

Przypomnieć jedynie należy, że opóźnienia w stosunku do pierwotnego harmonogramu uwidoczniły się przede wszystkim przy wykonaniu konstrukcji żelbetowej, która miała zostać wykonana od 26 czerwca 2010 r. do 5 listopada 2010 r. Pierwsze słupy miały zostać wykonane zgodnie z harmonogramem w sierpniu 2010 r. a faktycznie miało to miejsce w listopadzie 2010 r. Konstrukcja żelbetowa nie została zakończona w dacie odstępowania od umowy przez powoda. Roboty w zakresie zagospodarowania terenu miały zostać zakończone do 20 maja 2011 r., drogi zaś wykonane

do 25 maja 2011 r. Podwykonawcę do wykonania parkingów pozwani (powodowie wzajemni) zgłosili tymczasem w maju 2011 r, zaś prace na tym odcinku rozpoczęły się w czerwcu 2011 r. W związku z niewykonaniem konstrukcji żelbetowej nie rozpoczęły się praktycznie prace wykończeniowe przewidziane w pierwszym etapie.

W maju 2011 r. okazało się, iż zaawansowanie kwotowe robót w stosunku do wartości kontraktu wynosi 17 %, wykonanie w stosunku do harmonogramu wyniosło w przedmiotowym okresie (I etap robót) około 31%, upływ czasu od początku realizacji inwestycji do terminu określonego umową wyniósł 50%, niedotrzymany został termin zakończenia I etapu umowy określony na dzień 25 maja 2011 r. Zarówno dokumenty urzędowe - dziennik budowy, pozostałe dowody z dokumentów, jak i świadkowie zarówno ze strony powoda jak i pozwanego dowodzą, że opóźnienie w dacie odstąpienia od umowy przez powoda wynosiło około 8 miesięcy, na wykończenie samych prac żelbetowych konieczne były dwa miesiące, zaś pierwszy etap musiał się zakończyć wybudowaniem jednej części trybun stadionu z zapleczem i parkingiem oraz pokryciem dachowym, umożliwiając korzystanie z tej części stadionu. W miesięcznym raporcie z postępu robót z dnia 28 lutego 2011 r. i załączonym do niego harmonogramie pozwany wskazał jako zakończenie robót termin czerwiec 2013 r.

Ten stan rzeczy pozwani tłumaczyli różnorodnymi przyczynami, które Sąd Okręgowy uznał w całości za nieusprawiedliwiające pozwanych. W apelacji pozwani zakwestionowali jedynie ustalenia dotyczące prawidłowości projektu konstrukcji stalowej, który ich zdaniem był obarczony błędami, oraz nieuwzględnienie przeszkód ze strony inwestora w postaci kolizji oraz warunków pogodowych.

W ocenie Sądu Apelacyjnego problem prawidłowości konstrukcji stalowej, aczkolwiek eksponowany w tej sprawie przez pozwanych, nie ma istotnego znaczenia dla ustalenia zasadności decyzji powoda o odstąpieniu od umowy. Sąd Apelacyjny nie podziela zarzutów apelacji pozwanych sformułowanych jako poczynienie ustaleń sprzecznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego i błędne przyjęcie, że projekt konstrukcji stalowej nie jest obarczony błędami, oraz, iż projekt konstrukcji przed wprowadzeniem stężeń był niewadliwy i nadawał się do realizacji. Związany jest z tym zarzut obrazy art. 233 § 1 k.p.c. przez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów i wyrażenia stanowiska przez Sąd Okręgowy, że projekt konstrukcji stalowej stadionu był wolny od błędów.

Uwagi w tym zakresie zgłosił pozwany w dniu 12 maja 2011 r. Zmiany w zakresie tzw. stężeń prętowych zostały wprowadzone w ramach nadzoru autorskiego interwenienta ubocznego w przeciągu 3 dni. Kwestia ta w żaden sposób nie mogła wpłynąć na terminowość wykonywanych przez pozwanych prac, skoro problem ten pozwani podnieśli wówczas, kiedy powinni kończyć pierwszy etap budowy, a nie były jeszcze zakończone prace żelbetowe. Problem dodatkowych stężeń był omawiany z projektantem w trakcie uzgadniania dokumentacji warsztatowej, przed rozpoczęciem produkcji konstrukcji stalowej, do realizacji, której pozwani jeszcze się nie zbliżyli, gdyż nie wybrali nawet wytwórcy tej konstrukcji. Brak jest przy tym dowodów, iż konstrukcja stalowa bez stężeń była na tyle wadliwa, że nie nadawała się do wykonania. Przeczy temu opinia biegłych, którzy stwierdzili, że technicznie projekt nadawał się do wykonania (wyjaśnienia na rozprawie 21.10.2014, 01:10 :03). Jak podali biegli sądowi zastrzeżenia pozwanego związane były raczej z kwestią szczelności, niż bezpieczeństwa konstrukcji zadaszona (wyjaśnienia biegłych na rozprawie z dnia 21.10.2014, 01:21:00). Biegli zauważyli jedynie, że uwagi co do konstrukcji dotyczyły przemieszczeń poziomych, które po dodaniu stężeń zostały zredukowane do kilku centymetrów (wyjaśnienia na rozprawie 21.10.2014, 01:10:46). W związku z tym, iż ostatecznie został wykonany projekt ze stężeniami, trudno ocenić na ile zmiany te miały wpływ na stabilność konstrukcji, tym bardziej, że był badany tylko fragment konstrukcji, co nie jest do końca miarodajne. Kwestia uzgodnień w zakresie konstrukcji stalowej dachu nie miała ostatecznie wpływu na opóźnienie, gdyż nie były zakończone prace żelbetowe (opinia biegłych, wyjaśnienia biegłych na rozprawie 21.10.2014, 00:59:50). Również dowody z zeznań świadków i to nawet ze strony pozwanego wskazują, że zmiany w zakresie konstrukcji stalowej nie wpływały na geometrię konstrukcji, nie miały wpływu na wykonanie kubatury budynku i prac żelbetowych (T. K.), konstrukcja stalowa nie była błędnie zaprojektowana, pozwani chcieli ją jedynie zoptymalizować poprzez rozwiązania umożliwiające montaż konstrukcji (A. C.). Tym samym nie można zgodzić się, z zarzutem niemożności zamówienia przez wykonawcę konstrukcji stalowej dachu z powodu jej wad projektowych. Skoro zmiany w zakresie stężeń zostały wprowadzone w trybie nadzoru autorskiego w przeciągu 3 dni od zgłoszenia uwag przez pozwanych, to oczywiście jest, że nie byłaby to przeszkoda w zamówieniu konstrukcji, gdyby pozwani



zechcieli to uczynić w odpowiednim czasie. Zauważyć przy tym należy, że w istocie chodzi o stężenia dodatkowymi prętami okrągłymi o przekroju  $\varnothing 20$  i  $\varnothing 25$  dźwigarów konstrukcji stalowej, co oznacza, że ich dodanie nie zmieniało całej zaprojektowanej konstrukcji, ale stanowiło jej uzupełniający element, co tym bardziej wątpliwą czyni tezę pozwanych o braku możliwości zamówienia konstrukcji stalowej z powodu jej wad.

Wszystkie te okoliczności wskazują, że podnoszony problem nie miał wpływu na opóźnienie prac budowlanych, a ich faktyczny powód wynikał z innych przyczyn wskazanych przez Sąd Okręgowy.

Sąd Apelacyjny nie podziela też zarzutu pozwanych sprzeczności istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego przez ustalenie, iż pozwani w sposób zawiniony nie byli w stanie wykonać przedmiotu zamówienia w terminie określonym w umowie, tj. do 25 maja 2012 r., w sytuacji, gdy na możliwość niedotrzymania tego terminu umownego miały wpływ również inne okoliczności, w tym zawinione przez Miasto, a w szczególności potwierdzone przez biegłych kolizje. Sąd Apelacyjny podziela w tym zakresie szczegółowe ustalenia Sądu Okręgowego, poparte opinią biegłych. Biegli ostatecznie stwierdzili, iż kolizje, które wystąpiły w trakcie budowy pierwszego etapu nie miały wpływu na opóźnienie prac. Kolizje są rzeczą typową przy tego rodzaju inwestycjach, a wykonawca miał techniczną możliwość realizacji prac w innych obszarach inwestycji. Również warunki pogodowe nie mogły mieć ostatecznego wpływu na opóźnienie. Nawet przyjmując niemożność wykonywania prac w zakresie uznanym przez powoda 21 dni, nie można tej przyczyny uznać za mającą znaczenie przy opóźnieniu pozwanych rzędu 8 miesięcy.

Trafne jest przy tym stanowisko Sądu Okręgowego, iż w myśl art. 651 k.c. wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad (wyrok SN dnia 27.03.2000 r., III CKN 629/98, OSNC 2000, Nr 9, poz. 173). W wyroku z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 301/00), Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że jeżeli wykonawca wykonuje obiekt według projektu inwestora, wówczas projekt stanowi wskazówkę inwestora, co do sposobu wykonania robót. Wykonawca jest wolny od odpowiedzialności za wady robót wynikające z wad projektu, jeżeli o wadach tych uprzedził inwestora lub też pomimo dołożenia należytej staranności wad nie był w stanie zauważyć. Zatem pozwani nie byli zobowiązani do weryfikacji projektu w sposób szczegółowy. Zauważyć też należy, że wszystkie wprowadzone ostatecznie zmiany projektowe miały charakter nieistotny i zostały wprowadzone w ramach nadzoru autorskiego (rewizja 2 i stężenia).

Sąd Apelacyjny akceptuje w pełni ustalenie Sądu Okręgowego, iż pozwani nie zdołali wykazać, iż opóźnienie było od nich niezależne. Przypomnieć należy, iż ciężar dowodzenia braku winy spoczywał na pozwanych z uwagi na domniemanie winy dłużnika sformułowane w art. 471 k.c. Zostało zaś wykazane przez powoda, że pozwani nie użyli niezbędnego potencjału do realizacji przyjętego zadania inwestycyjnego. Wynikało to ze zbyt niskiego stanu zatrudnienia i zaangażowania technologicznego udokumentowanego w dzienniku budowy, problemów z wykonaniem słupów XX (prace żelbetowe), niewłaściwego doboru podwykonawcy, niewłaściwej organizacji robót (zwlekkanie z wykonaniem prac na parkingach, zwlekkanie z zamówieniem właściwych separatorów, kwestionowanie parametrów ogrodzenia), dążenia do zmiany dokumentacji projektowej pomimo braku takiej konieczności.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego bezzasadny okazał się także zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. oraz art. 328 § 2 k.p.c. W pierwszym rzędzie podnieść należy, że opinie sporządzone przez B. O. są opiniami prywatnymi, a co za tym idzie nie mają tak doniosłego znaczenia jak dowód z opinii biegłego. W orzecznictwie Sądu Najwyższego ugruntowany jest pogląd, że złożone do akt sprawy prywatne opinie opracowane na zlecenie stron należy jedynie traktować jako wyjaśnienia stanowiące poparcie stanowiska stron. Nawet gdy są one sporządzone przez stałego biegłego sądowego, nie stanowią dowodu, o którym mowa w art. 278 i nast. k.p.c. Jeżeli zatem strona załącza do akt opinię pozasądową i powołuje się na jej twierdzenia i wnioski, opinię tę należy traktować jako część argumentacji faktycznej i prawnej przytaczanej przez stronę. Gdy zaś strona składa opinię pozasądową z intencją uznania jej za dowód w sprawie, wówczas istnieją podstawy do przypisania jej także znaczenia dowodu z dokumentu prywatnego (art. 245 k.p.c.). Jednakże pozasądowa opinia jako dokument prywatny stanowi jedynie dowód tego, że osoba, która ją podpisała wyraziła zawarty w niej pogląd. Nie korzysta natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 2010, I CSK 199/09).

Sąd Apelacyjny nie podziela także stanowiska pozwanych (opartych na wyżej wskazanych opiniach prywatnych), że istniała realna czy choćby hipotetyczna możliwość ukończenia przedmiotu umowy w terminie. Pozostały materiał dowodowy zgromadzony w sprawie wyraźnie temu przeczy. Sami pozwani kilkakrotnie przyznawali, iż nie są w stanie ukończyć budowy w terminie (choćby w raporcie miesięcznym nr 9 zadeklarowali czerwiec 2013 r. jako termin ukończenia robót). Możliwość terminowego zakończenia robót przez pozwanych wykluczyła także opinia biegłych sądowych (z uwagi na znaczne opóźnienie w pracach I etapu). Biegli uznali, że z podobieństwem graniczącym z pewnością można przyjąć, że pozwany nie ukończyłby prac do maja 2012 r. z zachowaniem warunków umowy, to jest podziałem robót na dwa etapy. Strona pozwana nie wykazała także, by podjęła jakiegokolwiek działania w kierunku przyspieszenia tempa prac, jak choćby zwiększenia stanu zatrudnienia, czy pozyskania dodatkowego sprzętu. Odmówiła też sporządzenia nowego harmonogramu rzeczowo - finansowego (k. 79).

W związku z powyższymi ustaleniami powód jest uprawniony formułować w oparciu o art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c., postanowienia § 8 ust. 1 pkt. 3 umowy z dnia 25 maja 2010 r. roszczenia odszkodowawcze jak i żądanie zapłaty kary umownej.

Trafny jest przytoczony przez Sąd Okręgowy pogląd, iż w przypadku odstąpienia od umowy, które jest następstwem okoliczności, za które przyjmujący zamówienie ponosi odpowiedzialność, zamawiający może powierzyć wykonanie dzieła innemu wykonawcy i uzyskać je w oczekiwanym przez siebie terminie, nadto zamawiającemu przysługuje na zasadach ogólnych roszczenie odszkodowawcze z tytułu niewykonania umowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2008 r., V CSK 182/08, LEX nr 619662). Odstąpienie od umowy przez zamawiającego kształtuje między stronami nowy stan prawny w ten sposób, że łącząca je umowa przestaje strony wiązać, zaś strony mogą dochodzić wzajemnie jedynie roszczeń określonych w art. 494 k.c., zaś odstępujący od umowy także w oparciu o art. 471 k.c.

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego, aczkolwiek nie poparte wystarczającym wywodem prawnym, iż uzasadnione jest roszczenie odszkodowawcze powoda z tytułu wzrostu kosztów inwestycji w kwocie 100.445.683,48 zł.

Pozwani kwestionowali istnienie szkody we wskazanym wyżej zakresie, podnosząc, iż szkoda w sensie majątkowym w ogóle nie powstała, brak jest adekwatnego związku przyczynowego, nadto to nie powód uiszczył wynagrodzenie nowemu wykonawcy.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zarzuty te nie są trafne.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 361 § 1 k.c. podniesionego w obu apelacjach wskazać należy na następujące kwestie.

W doktrynie wskazuje się, iż ustalenie obowiązku odszkodowawczego rozpoczyna się od stwierdzenia uszczerbku (nie analizując jego rozmiarów), przy czym powód określa z jakim zdarzeniem łączy jego powstanie i określa podmiot, któremu przypisuje to zdarzenie. Następnie ustala się, czy przyczyna wskazywana przez powoda wywołała skutki w sferze jego dóbr i interesów, czyli ocenia istnienie adekwatnego związku przyczynowego (M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2014, s. 365). Powód twierdził, iż poniósł szkodę polegającą na konieczności zapłaty wybranemu w przetargu nieograniczonym nowemu wykonawcy, wynagrodzenia wyższego o 100.445.683,48 zł (netto), niż wynagrodzenie, które był zobowiązany zapłacić pozwany na mocy łączącej strony umowy z dnia 25 maja 2010 r. na budowę stadionu piłkarskiego z zapleczem treningowym. Kwota ta ma odzwierciedlenie w treści umów zawartych przez powoda i wynika z różnicy obu wynagrodzeń. Powód zobowiązał się bowiem uiszczyć nowemu wykonawcy wynagrodzenie w kwocie 206.450.000 zł netto (umowa z dnia 23 maja 2012 r. załącznik nr 7 do pozwu), zaś wedle umowy pozwani mieli otrzymać 127.974.799, 01 zł netto. Do czasu odstąpienia od umowy pozwani wykonali prace na kwotę 21.970.482, 49 zł (bezsporne), zatem niewykonana część robót wyniosła 106.004.316.52 zł. Porównanie tej kwoty z wynagrodzeniem należnym nowemu wykonawcy za dokończenie inwestycji - 206.450.000 zł netto, stanowi szkodę powoda.

Z art. 361 § 2 k.c., wynika, że naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono. Strata (damnum emergens) obejmuje zmniejszenie aktywów lub zwiększenie pasywów poszkodowanego, a więc rzeczywisty uszczerbek w majątku należącym do niego w chwili zdarzenia, za które odpowiedzialność została przypisana oznaczonemu podmiotowi. Ustalenia istnienia i wielkości szkody dokonuje się za pomocą metody dyferencyjnej (różnicowej), która nakazuje przyjąć za szkodę różnicę między rzeczywistym stanem dóbr poszkodowanego z chwili dokonywania ustaleń a stanem hipotetycznym, jaki istniałby, gdyby do zdarzenia sprawczego nie doszło, zaś w przypadku zaniechania, ustalenie, co by było, gdyby dane zdarzenie wystąpiło, przy czym oba te stany dotyczą całokształtu sytuacji konkretnego poszkodowanego. Porównanie obu stanów pozwala na ustalenie interesu poszkodowanego, czyli różnicy w jego dobrach. Jest to tzw. szkoda obrachunkowa. Zastosowanie tej metody pozwala przyjąć, iż skutkiem zaniechania pozwanych i niewykonania zobowiązania za umówioną cenę 127.974.799, 01 zł netto było zawarcie przez powoda umowy na dokończenie inwestycji przez (...), (...) S.A. (...) S.A. za kwotę 206.450.000 zł netto i zobowiązanie do zapłaty wynagrodzenia w umówionej wysokości. Ta różnica stanowi stratę polegającą na zwiększeniu pasywów poszkodowanego, a więc rzeczywisty uszczerbek w majątku należącym do niego w chwili zdarzenia, za które odpowiedzialność została przypisana oznaczonemu podmiotowi. Stanowisko pozwanych, którzy twierdzą, że powód nie doznał szkody, gdyż rzeczywista - rynkowa i księgową wartość majątku w postaci stadionu temu przeczy, jak się wydaje, odwołuje się do tzw. metody obiektywnej (stanowiącej przeciwieństwo metody dyferencyjnej), według której szkoda ma charakter „konkretny”, polega na naruszeniu poszczególnych dóbr, zaś interes poszkodowanego należy określać z zastosowaniem kryteriów obiektywnych, a zatem - w zakresie szkody majątkowej - wyłącznie cen rynkowych, odrywając ją od indywidualnej sytuacji poszkodowanego. Wedle tej teorii, majątek jako całość nie stanowi przedmiotu ochrony odszkodowawczej.

Stanowisko powoda jest niesłuszne, gdyż metoda dyferencyjna została zaaprobowana na gruncie prawa polskiego (por. wyrok SN z 11.07.1957 r. 2 CR 304/57, OSN 1958/3, poz. 76; A. Szpunar, Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym, Warszawa 1975, s. 44.)

Jak wskazał ostatnio Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 kwietnia 2014 r., I CSK 309/13, (LEX nr 1523389), aprobując metodę dyferencyjną, sąd ustalając wysokość szkody w chwili orzekania (art. 316 § 1 k.p.c.), według przyjmowanej na gruncie polskiego prawa cywilnego metody dyferencyjnej ("teorii różnicy"), czyni to porównując dwa stany majątkowe: ten, w jakim rzeczywiście poszkodowany znajduje się w chwili ustalania szkody i stanu hipotetycznego, to znaczy ten, w jakim znajdowałby się w chwili ustalania szkody, gdyby nie nastąpiło zdarzenie będące przyczyną szkody. Wprawdzie roszczenie odszkodowawcze powstaje z chwilą wystąpienia w majątku poszkodowanego pierwszych negatywnych konsekwencji zdarzenia będącego przyczyną szkody, jednak jego treść może ulegać przemianom, zależnie od ukształtowania hipotetycznego stanu majątku (por. też wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 1957 r., II CR 304/55, OSNCK z 1958 r. Nr 3, poz. 76, z dnia 14 stycznia 2005 r., III CK 193/04, OSP z 2006 r., nr 7-8, poz. 89 i z dnia 15 kwietnia 2010 r., II CSK 544/09, OSNC-ZD z 2010 r. Nr 4, poz. 113).

Odnosząc się do kwestii rodzaju szkody jakiej doznał powód podzielić należało pogląd Sądu Okręgowego, iż różnica w cenie wynagrodzenia za roboty budowlane powiększyła pasywa powoda. Problem kwalifikacji obciążenia pasywami jako szkody jest niejednolicie rozstrzygany w doktrynie i judykaturze.

Przytacza się trzy możliwe warianty. Według pierwszego, samo istnienie pasywów, niezależnie od ich wymagalności, pociąga za sobą obowiązek odszkodowawczy (K. Zagrobelny, Głosa do uchwały SN z dnia 10 lipca 2008 r., III CZP 62/08). Drugie stanowisko wymaga, aby pasywa były wymagalne bądź stwierdzone prawomocnym wyrokiem (por. wyrok SN z dnia 10 lipca 2008 r., III CZP 62/08). Według trzeciego zaś, najbardziej rygorystycznego, dopiero faktyczna realizacja pasywów powoduje powstanie roszczenia (wyrok SN z dnia 5.06.2007 r., I CSK 86/07, LEX nr 453747, M. K. „Szkoda na mieniu...”, s. 268 -271).

Pierwszy pogląd akcentuje, że odpowiedzialność odszkodowawczą trzeba w pierwszej kolejności widzieć przez pryzmat interesów poszkodowanego, nie zaś sprawy szkody. Na pierwszym miejscu stawia się jej funkcję ochronną w odniesieniu do majątku poszkodowanego. Uszczerbek majątkowy pojawia się i istnieje już w chwili, kiedy za sprawą dłużnika odpowiedzialnego za zdarzenie szkodzące w sferze interesów poszkodowanego pojawiają się nowe, wcześniej

nieistniejące zobowiązania albo te, które istniały, ulegają zwiększeniu. Natomiast to, czy poszkodowany wypełni wspomniane zobowiązania, nie powinny mieć dla dłużnika odszkodowawczego żadnego znaczenia. Wystarczy, że wskutek zdarzeń, za które ponosi odpowiedzialność, bez usprawiedliwienia prawnego wpłynął niekorzystnie na sferę innej osoby.

Sąd Najwyższy opowiadając się w tezie orzeczenia za drugim zapatrywaniem, iż pojęcie strat, obejmuje także niezaspokojone przez poszkodowanego, wymagalne zobowiązania na rzecz osoby trzeciej, miał na względzie słusność stanowiska trzeciego, że uznanie skuteczności roszczenia w przypadku, gdy nie doszło jeszcze do wykonania zobowiązania na rzecz osoby trzeciej, może prowadzić do wynagrodzenia szkody abstrakcyjnej po stronie poszkodowanego, nie ma bowiem pewności, czy osoba trzecia będzie dochodzić wierzytelności względem poszkodowanego, gdyby zaś do tego nie doszło, wówczas przyznanie odszkodowania na rzecz dłużnika okazałoby się, już po wydaniu wyroku, sprzeczne z zasadą restytucji. Z drugiej strony zauważył, iż wykonanie zobowiązania w tych okolicznościach powodowałoby, że poszkodowany dochodziłby jedynie zwrotu poniesionych wydatków, nie zaś naprawienia szkody. Sąd Najwyższy odrzucając to stanowisko, podkreślił, że stoi ono w sprzeczności z dotychczas akceptowanym w doktrynie pojęciem straty, która polega bardzo często na zwiększeniu pasywów, czyli powstaniu nowych długów lub powiększeniu istniejących na skutek zdarzenia wyrządzającego szkodę. W sytuacji, gdy poszkodowany efektywnie spełnił świadczenie na rzecz osoby trzeciej, to należałoby stwierdzić, że powstanie lub zwiększenie pasywów nie może być odróżnione od ubytku aktywów. Takie stanowisko, na tle przeważających poglądów literatury i orzecznictwa, oznaczałoby ograniczenie zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej.

W związku z tym uznał ostatecznie, iż samo zaciągnięcie zobowiązania i powstanie długu oznacza "zarezerwowanie" w majątku dłużnika określonych aktywów na poczet świadczenia, którego spełnienie staje się bezwzględnie konieczne w terminie wymagalności.

Sąd Apelacyjny podziela to stanowisko, jako będące wyrazem wyważonego kompromisu pomiędzy zasadą usprawiedliwionej ochrony interesu poszkodowanego a zakazem bogacenia się poszkodowanego na własnej szkodzie.

Kwestia to ma obecnie znaczenie jedynie dla oceny terminu wymagalności roszczenia o zapłatę kwoty 100.445.683,48 zł, zważywszy, iż do daty zamknięcia rozprawy przed Sądem Apelacyjnym cała kwota uiszczona nowemu wykonawcy została zapłacona. W dacie zamknięcia rozprawy przed Sądem Okręgowym wymagalna i uiszczona kwota wyniosła 23.507.250,21 zł. Pozostała kwota 76.938.432,97 zł (netto) została zapłacona nowemu wykonawcy w terminach: 13.124.726,89 zł - 6.06.2014, 13.929.734,22 zł - 4.07.2014 r., 16.618.081,02 zł - 18.08.2014 r., 12.620.890,83 zł - 12.09.2014 r. i kwota 20.645.000,01 zł w dniu 9.06.2015 r. (faktury i dowody przelewu k. 2404-2411 i k. 2572-3).

Analizując z kolei problem związku przyczynowego przypomnieć trzeba, iż w doktrynie znajduje aprobatę stanowisko, że dla stwierdzenia w określonym stanie faktycznym adekwatnego związku przyczynowego (art. 361 § 1 k.c.) należy: ustalić, czy zdarzenie stanowi warunek konieczny wystąpienia szkody (test *conditio sine qua non*), oraz ustalić, czy szkoda jest normalnym następstwem tego zdarzenia (selekcja następstw). Test warunku koniecznego, zakładający wartościowanie związku przyczynowego, pozwala stwierdzić, czy między zdarzeniem a szkodą zachodzi obiektywna zależność. W tym celu należy zbadać, czy niewystąpienie zdarzenia powodowałoby, że szkoda także nie wystąpiłaby.

Z kolei selekcja następstw ma na celu wskazanie tych, które według przyjętego kryterium uznawane są za pozostające w rzeczywistym związku ze zdarzeniem i tym samym powinny być objęte obowiązkiem odszkodowawczym. Przepis art. 361 § 1 k.c. wskazuje, że kryterium selekcji stanowi normalność następstw.

W piśmiennictwie dominuje pogląd, że dla określenia normalnych następstw działania lub zaniechania podmiotu nie należy odwoływać się do przewidywalności (kryterium podmiotowego, właściwego dla ustalania winy), lecz w sposób obiektywny ustalić, czy prawdopodobieństwo skutku zwiększa się każdorazowo wraz z wystąpieniem przyczyny danego rodzaju (por. Prawo zobowiązań - część ogólna system Prawa Prywatnego, tom 6, pod red. A. Olejniczaka, M. Kaliński, Szkoda na mieniu..., wyrok SN z dnia 12 lutego 2000 r., I CKU 111/97, z dnia 18 maja 2000 r., III CKN 810/98, z dnia 14 marca 2002 r., IV CKN 826/00, czy z dnia 10 kwietnia 2000 r., V CKN 28/00 - nie publ). Chodzi o ustalenie, że dane zdarzenie należy do okoliczności ogólnie sprzyjających powstaniu badanego skutku.

Przy dokonywaniu oceny normalności nie jest konieczne ustalenie, że każdorazowemu zaistnieniu danej przyczyny towarzyszy badany skutek (por. wyrok SN z dnia 28 lutego 2006 r., III CSK 135/05, LEX nr 201033). Nie jest też konieczne stwierdzenie, że jest to skutek typowy, zazwyczaj występujący. Nawet rzadko występujący skutek jest normalnym następstwem, o ile prawdopodobieństwo jego wystąpienia każdorazowo zwiększa się w razie wystawienia przyczyny w porównaniu z jej brakiem (por. też wyrok SN z dnia 20 października 2011 r., III CSK 351/10, LEX nr 1103011, a także wyrok SN z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 364/12, LEX nr 1303229). Zwiększenie prawdopodobieństwa musi mieć cechę stałości. Za normalne mogą być uznane tylko takie następstwa, których prawdopodobieństwo wystąpienia zawsze wzrasta, ilekroć pojawi się przyczyna danego rodzaju. Ustalanie związku przyczynowego ogranicza się do kryteriów zobiektywizowanych, wynikających z zasad doświadczenia społecznego, wspartego wiedzą naukową, które pozwalają przyjąć, że zwykle, najczęściej, określone zdarzenie późniejsze (skutek) jest następstwem zdarzenia wcześniejszego (przyczyny). Szkada poniesiona przez poszkodowanego nie musi też być bezpośrednią konsekwencją zdarzenia sprawczego. Zatem normalny związek przyczynowy - w rozumieniu art. 361 § 1 k.c. - między określonym zdarzeniem a szkodą zachodzi wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest normalnym następstwem tego rodzaju zdarzeń.

W art. 494 k.c., jest mowa o „szkodzie wynikłej z niewykonania zobowiązania”. Naprawieniu podlega szkoda obejmująca skutki nieotrzymania świadczenia wzajemnego przez odstępującego.

Odnosząc ten tok rozumowania do realiów niniejszej sprawy należy zatem stwierdzić, iż między zaniechaniem pozwanych a wyrządzoną powodowi szkodą istnieje związek przyczynowy w rozumieniu art. 361 § 1 k.c. W przypadku badania istnienia adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy szkodą a zdarzeniem szkodzącym, przybierającym postać zaniechania, przeprowadzenie testu *conditio sine qua non* polega na przeprowadzeniu oceny, według zasad wiedzy i doświadczenia życiowego, z jak dużym prawdopodobieństwem ukształtowałyby się stosunki faktyczne, gdyby zostało podjęte zaniechane działanie. W okolicznościach rozpoznanej sprawy, należało uznać, że w sytuacji terminowego wykonywania umowy przez pozwanych, nie doszłoby do odstąpienia od umowy przez powoda, a umowa z pozwanymi wykonywana byłaby na ustalonych w niej warunkach.

W razie dalszego wykonywania umowy przez pozwanych nie zaistniałby też skutek w postaci konieczności zapłaty wynagrodzenia nowemu wykonawcy w innej wysokości, niż wynikającej z umowy stron. Umowa łącząca strony przewidywała wynagrodzenie ryczałtowe (§ 5 ust. 2 umowy), a zatem nie podlegające zwiększeniu, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac (art. 632 § 1 k.c.). Zatem stwierdzić należy, iż prawdopodobieństwo powstania szkody w postaci zapłaty wynagrodzenia nowemu wykonawcy odpowiadającego aktualnie obowiązującym cenom rynkowym, zwiększa się w przypadku zaniechania wykonania umowy przez dotychczasowego wykonawcę, w porównaniu z sytuacją, gdy tej przyczyny jest brak, a zatem pozwany nadal wykonuje swoje zobowiązanie zgodnie z umową, która wyklucza możliwość podwyższenia umówionego wynagrodzenia. Nie ma znaczenia przy tym podnoszona przez pozwanych okoliczność, iż w analizowanym okresie nie miała miejsca zwyczajka cen w usługach budowlanych. W doktrynie wskazuje się nawet, iż wzrost (spadek) cen nie pozostaje w normalnej relacji przyczynowej ze szkodą (M. Kaliński, glosa do wyroku SN z dnia 28 maja 2008 r., II CSK 35/08, *Monitor Prawniczy* 2008/13, s. 678.). Z okoliczności sprawy wynika, że to wynagrodzenie wskazane w ofercie pozwanych było zaniżone w stosunku do obowiązujących wówczas cen usług i materiałów budowlanych, co tym bardziej pozwala na uznanie za normalny skutek w postaci zapłaty wynagrodzenia odpowiadającego cenom rynkowym.

Nie budzi wątpliwości, iż powód był uprawniony do dokończenia inwestycji. Jak wskazano wcześniej w przypadku odstąpienia od umowy, które jest następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, inwestor może powierzyć wykonanie robót budowlanych innemu wykonawcy i uzyskać ich wykonanie w oczekiwanym przez siebie terminie, nadto przysługuje mu na zasadach ogólnych roszczenie odszkodowawcze z tytułu niewykonania umowy.

W judykaturze i doktrynie ugruntowane jest stanowisko, iż w przypadku, gdy podstawę normatywną rozliczeń stron w związku z odstąpieniem od umowy o roboty budowlane stanowi przepis art. 494 k.c. w zw. z art. 471 k.c. strona, która odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko co otrzymała od niej na

mocy umowy (w przypadku odstąpienia ze skutkiem *ex tunc*), nadto może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, ale również naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. Może żądać odszkodowania w granicach pozytywnego interesu umowy obejmującego m.in. szkodę (stratę) spowodowaną koniecznością i faktem zastępczego zaspokojenia się po wyższej cenie. Zastępcze zaspokojenie może nastąpić w drodze spełnienia świadczenia przez osobę trzecią, a szkoda wyrażać się będzie ewentualną różnicą wysokości wynagrodzeń. Świadczenia te muszą być takie same lub zbliżone. Brak podstawy do obciążania wykonawcy obowiązkiem ponoszenia kosztów wykonania innego świadczenia, w szczególności przy użyciu innych materiałów i technologii (por. wyrok SN z dnia 13.05.1987, III CZP 82/86, OSNC 1987/12/189, uchwałą SN z dnia 13.05.1987 r. III CZP 82/86, OSN 1987/12/189, wyrok z dnia 12.02.2002, I CKN 486/00, OSP 2003/3/36 z aprobowaną w tej części glosą E. Rott - Pietrzyk). Aczkolwiek zamawiający odstępując od umowy w oparciu o art. 635 k.c. nie jest uprawniony domagać się wykonania zastępczego, to poglądy judykatury dotyczące zasad, które należy mieć na uwadze przy zastępczym zaspokojeniu wierzyciela w przypadku odstąpienia od umowy, można traktować jako wskazówkę przy ocenie roszczeń odszkodowawczych formułowanych w związku z odstąpieniem od umowy. W obu przypadkach chodzi bowiem o zachowanie zasady ekwiwalentności świadczeń. Istotą rozważań Sądu Najwyższego był zakres odszkodowania należnego w oparciu o art. 494 k.c. w zw. z art. 471 k.c. w przypadku odstąpienia od umowy wzajemnej. Badaniu podlegała kwestia, w jaki sposób naruszenie wywołane (w sposób normalny) niewykonaniem zobowiązania wpłynęło na stan majątku wierzyciela uprawnionego do otrzymania świadczenia wzajemnego. Uznano przy tym za rzecz oczywistą, że gdyby pozwany wykonał umowę, nie byłoby mowy o poniesieniu przez powoda strat wynikających z konieczności uiszczenia wyższej ceny lub wynagrodzenia. Łańcuch kauzalny układa się w przypadku niewykonania zobowiązania w taki sposób, że przyczynę uszczerbku stanowi niewykonanie, zaś skutek - naruszenie uprawnienia wierzyciela do otrzymania świadczenia wzajemnego. Na tej linii musi być zachowane normalne powiązanie kauzalne, wymagane w art. 361 § 1 k.c.

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko powoda, iż w sytuacji jaka nastąpiła w związku ze znacznym opóźnieniem prac wykonywanych przez pozwanych, brakiem deklaracji z ich strony odnośnie możliwości szybkiego zakończenia inwestycji, skorzystanie z uprawnienia do odstąpienia od umowy było uzasadnione ekonomicznie, gdyż dawało perspektywę zakończenia inwestycji po wyborze nowego wykonawcy, nawet przy założeniu, że wzrosną koszty inwestycji. Z materiału dowodowego wynikało, iż atmosfera na budowie była zła, a nastawienie pozwanych konfrontacyjne. Oczywiście też było, że budowę należy zakończyć, gdyż jak wynikało z zeznań Prezydenta Miasta, w przeciwnym razie należało zwrócić dofinansowanie udzielone na budowę i zmarnowane zostałyby dotychczas poniesione koszty - 17% wartości inwestycji (rozprawa z dnia 10.12.2014 r., 01:49:59). Poniesienie wydatków celem dokończenia budowy stadionu było więc obiektywnie uzasadnione i konieczne. W piśmiennictwie wskazuje się, analizując znaczenie woli poszkodowanego przy powstaniu uszczerbku, iż uszczerbek musi być obiektywnie niekorzystny, tzn. postrzegany jako taki przez ogół uczestników obrotu, a ponadto polegać na naruszeniu autonomii poszkodowanego, czyli celów, jakie poszkodowany wyznacza sobie w sposób zindywidualizowany w zakresie kształtowania własnego bytu. Cele te, chociaż mają subiektywny charakter, to jednak podlegają ocenie z zewnątrz (M. K., Szkoła na mieniu...).

Powód dokonał wyboru nowego wykonawcy w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2011.87.484), inicjując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dokończenie budowy stadionu piłkarskiego w regionie (...) wraz z zapleczem treningowym. Wedle przepisów ustawy powód zobowiązany był na podstawie art. 91 ust. 1 wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonego przez powoda w dniu 20 kwietnia 2012 r. po zakończonym postępowaniu wynika, że wybrał ofertę zawierającą najniższą cenę (załącznik nr 6 do rozszerzonego powództwa). Dodać należy, iż choć najniższa cena zaoferowana w nowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przewyższała o ponad 100.000 zł ofertę pozwanych złożoną w postępowaniu z 2010 r., to analiza poziomu cen przedstawionych w ofertach w 2010 r., wskazuje, że to cena wskazana przez pozwanych (156.129.254,79 zł) odbiegała wówczas zasadniczo od poziomu cen innych wykonawców. Pozostałe

ceny kształtowały się bowiem w granicach od 243.984.720,39 zł do 174.426081,27 zł, przy czym większość ofert przewyższała kwotę 200.000.000 zł. W związku z tym, iż powód jako zamawiający przeznaczył na inwestycję kwotę 183.000.000 zł, powziął wątpliwości odnośnie do realności zaoferowanej ceny przez pozwanych i zlecił opinię prawną na okoliczność ustalenia, czy cena nie jest rażąco zaniżona w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy o zamówieniach publicznych (opinia prawna, załącznik do pozwu). Wobec uznania, że ceny wskazanej przez pozwanych, nie można uznać za rażąco zaniżoną, zważywszy na szacunek przedmiotu zamówienia 183.000.000 zł, powód zawarł umowę z pozwanymi.

Brak jest też w sprawie dowodów, wskazujących, iż został rozszerzony zakres robót budowlanych. Wręcz przeciwnie złożony przez pozwanych dokument pod nazwą „Analiza nowo przekazanych dokumentów” (k. 2058- 2069) wskazuje, iż poza wykonaniem tzw. stężeń, czyli dodaniem prętów w celu zmniejszenia odkształcenia dźwigarów, zrealizowany został ten sam projekt. Zmiana ta została dokonana jeszcze w okresie kiedy strony związane były umową, poprzez modyfikację projektu wykonawczego w ramach nadzoru autorskiego, nie była zmianą istotną i nie wiązała się z wyższymi kosztami.

W ocenie Sądu Apelacyjnego wykazanie przez powoda adekwatnego związku przyczynowego między zaniechaniem pozwanych a szkodą, zrealizowanie dokończenia inwestycji w reżimie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, przy nie zmienionym projekcie i wyborze oferty zawierającej najniższą cenę, zwalniało powoda z dalszego dowodzenia, iż wynagrodzenie, które uścił nowemu wykonawcy nie było zawyżone. W razie kwestionowania tego faktu przez pozwanych, ciężar dowodzenia tej okoliczności spoczywał na nich (art. 6 k.c.). Przypomnieć przy tym należy, iż pozwani wzięli również udział w przetargu na dokończenie inwestycji i zaoferowali cenę wyższą, niż (...) (...) S.A. (...) S.A., co dodatkowo wskazuje, iż cena zaoferowana w ofercie przyjętej przez powoda nie odbiegała od cen rynkowych.

Jeśli idzie o kwestię uznania powoda za poszkodowanego w rozumieniu art. 361 § 1 k.c. przypomnieć należy, iż obie umowy na budowę stadionu zawarł powód. W przypadku odpowiedzialności odszkodowawczej wynikającej z niewykonania umowy, poszkodowanym, poza wyjątkami wskazywanymi w piśmiennictwie (osobą trzecią, na której rzecz zawarto umowę art. 393 k.c. i osobą zastąpioną pośrednio) jest jedynie strona umowy - wierzyciel. Oznacza, to, że zbycie dobra dotkniętego uszczerbkiem nie powoduje, iż każdorazowy jego właściciel staje się ipso iure poszkodowanym i roszczenie odszkodowawcze przechodzi na nabywcę. Stosunek odszkodowawczy ma bowiem charakter obligacyjny (Z. Gawlik, glosa do uchwały SN z dnia 20.06.1984, III CZP 26/84, OSPiKA 185/10/195). Rozstrzygnięcie odmienne powodowałoby „urzeczowienie” relacji między poszkodowanym bezpośrednio i poszkodowanym pośrednio, obce prawu zobowiązań. Można je dopuścić jedynie wtedy, gdy wynika to z przepisu szczególnego. Zatem za poszkodowanego można uznać jedynie powoda, albowiem to w jego dobrach doszło do uszczerbku. Zapatrywanie odmienne, zgodnie, z którym dłużnika obciążają skutki szkodowe powstałe po stronie osób trzecich, przekreślałoby podstawę prawa zobowiązań - względność relacji prawnych powstających w ramach tego działu prawa cywilnego. Szkodę w takiej sytuacji ustala się, uznając za poszkodowanego zbywcę rzeczy. Nawet jeżeli jej dochodzenie następuje już po zbyciu rzeczy, poszkodowanym jest nadal wyłącznie zbywca. Gdyby zaś doszło do przelewu roszczenia odszkodowawczego na nabywcę, wówczas rozmiar szkody określiliby, biorąc pod uwagę stany (rzeczywisty i hipotetyczny) majątku zbywcy, nie zaś nabywcy (por. M. Kaliński „Szkoda na mieniu... s. 65, glosa do wyroku z dnia 22 czerwca 2012 r., V CSK 282/11).

Z tych przyczyn w ocenie Sądu Apelacyjnego nie jest relewantna prawnie okoliczność, iż zapłaty wynagrodzenia na rzecz nowego wykonawcy dokonała spółka komunalna, która przejęła prawa i obowiązki powoda wynikające z umowy z dnia 23 maja 2012 r. po wniesieniu aportem składnika majątku przez powoda do spółki. Szkada powstała bowiem w chwili zaniechania przez pozwanego wykonywania umowy - zdarzenie szkodzące, zaś jej wysokość skonkretyzowała się w momencie zawarcia umowy z nowym wykonawcą. W obu czynnościach stroną umowy był powód i wówczas powstała jego strata w postaci pasywów, czyli powiększenia zobowiązań poprzez powstanie obowiązku zapłaty nowemu wykonawcy wyższego wynagrodzenia. Sam fakt jego zapłaty stworzył tylko stan wymagalności odszkodowania przy uwzględnieniu stanowiska, iż pojęcie straty w rozumieniu art. 361 § 1 k.c. obejmuje wymagalne zobowiązania poszkodowanego wobec osoby trzeciej (wyrok SN z dnia 10.07.2008 r, III CZP 62/08). Przyjęcie tezy, iż poszkodowany

musi wykazać, iż zapłata pasywów nastąpiła z jego majątku w sposób nieuprawniony stawiłaby w korzystniejszej pozycji sprawcę szkody. Można wyobrazić sobie sytuację, gdy poszkodowany, którego obciążą nowe pasywa, utracił zdolność kredytową i nie może zaciągnąć kredytu koniecznego do spłaty jego wierzyciela. Nie sposób w sytuacji, gdy jego pasywa (zobowiązania wobec osoby trzeciej) spłaca inny podmiot, odmówić mu przyznania roszczenia odszkodowawczego. W przeciwnym wypadku element niemający związku ze zdarzeniem wyrządzającym szkodę (zdolność kredytowa) miałby bezpośredni wpływ na powstanie obowiązku odszkodowawczego. Trudno, mając na uwadze zasady słuszności i zasadę oceny obowiązku odszkodowawczego przez pryzmat interesów poszkodowanego, nie zaś sprawcy szkody, zgodzić się z takim rozwiązaniem.

Nawet nie podziеляjąc tego stanowiska wskazać należy, iż powód wykazał w sposób dostateczny, iż zapłata wynagrodzenia na rzecz nowego wykonawcy obciąża majątek powoda. W wieloletnim Programie Inwestycyjnym Miasta B. na lata 2009-2013 zagwarantowano środki na zapłatę wynagrodzenia pozwanemu w kwocie 157.000.000 zł. (Uchwała nr (...) Rady (...)B. z dnia 24 listopada 2008 roku w sprawie Wieloletniego Programu Inwestycyjnego Miasta B. na lata 2009-2013, strona 18, pozycja nr 1). Po przekształceniu zakładu budżetowego w spółkę (...) sp. z o.o. środki na zapłatę faktur wykonawców były pozyskiwane z ceny emisyjnej obligacji wyemitowanych przez spółkę i obejmowanych przez Bank (...) S.A. W celu dokończenia inwestycji spółka komunalna wyemitowała obligacje (forma kredytowania inwestycji) na łączną kwotę 118.800.000 zł (oświadczenie banku (...) S.A. z dnia 6 czerwca 2014 roku). Spłata zadłużenia spółki z tytułu obligacji jest realizowana i gwarantowana przez Miasto. W Wieloletniej Prognozie Finansowej Miasta B. na lata 2013-2036 zagwarantowano środki na płatności kwot wsparcia wynikające z umowy wsparcia zawartej w dniu 6 maja 2013 roku pomiędzy Miastem B., spółką (...) sp. z o.o. oraz Bankiem (...) S.A. (Uchwała nr (...) Rady Miejskiej B. z dnia 22 kwietnia 2013 roku zmieniająca uchwałę w sprawie Wieloletniej Prognozy Finansowej Miasta B. na lata 2013-2036, rubryka „Wsparcie dla spółki z o.o. (...) na str. 16, 18, 21, 23, 26, 28 oraz str. 34 i n.). Zgodnie z umową wsparcia, Miasto i Spółka powzięły zamiar, aby dokończenie budowy stadionu było współfinansowane środkami pochodzącymi z emisji przez spółkę obligacji długoterminowych zabezpieczonych do kwoty 118.800 zł, krótkoterminowych zabezpieczonych do kwoty 14.000.000 zł o terminie wykupu do 30 grudnia 2014 roku.

W punkcie 2.1 umowy wsparcia Miasto jako współnik zobowiązało się do udzielenia spółce wsparcia finansowego, w szczególności w formie dopłat przez okres 16 lat, począwszy od 2013 roku do 2029 roku (włącznie) w łącznej wysokości nieprzekraczającej 176.017.610 zł, w kwotach i terminach określonych w harmonogramie. Kwoty dopłat przekazywane do spółki komunalnej przeznaczone zostały na pokrycie płatności kwot do zapłaty z obligacji (odsetki, kwota główna) z tytułu obligacji, które spółka jako emitent - zgodnie z warunkami emisji obligacji - jest zobowiązana zapłacić obligatariuszowi będącemu wierzycielem z tytułu obligacji). Jednocześnie roszczenie przysługujące spółce wobec Miasta z tytułu dopłat zostało przeniesione na Bank (...) S.A. zgodnie z pkt 4 umowy wsparcia, przy wykorzystaniu konstrukcji przekazu na podstawie art. 921<sup>1</sup>-921<sup>5</sup> k.c. Spółka przekazała świadczenie Miasta B. z tytułu dopłat do maksymalnej kwoty 176.017.610 zł Bankowi (...) S.A., zaś Miasto B. oświadczyło Bankowi (...) S.A. (jako odbiorcy przekazu) że przekaz przyjmuje i spełni świadczenia z przekazu względem Banku. Zgodnie, zatem z art. 921<sup>2</sup> k.c. jeżeli Miasto jako przekazany oświadczyło Bankowi jako odbiorcy przekazu, że przekaz przyjmuje (akcept), obowiązane jest względem Banku jako odbiorcy do spełnienia świadczenia określonego w przekazie.

Miasto również, co wynika z pkt 4.2 umowy wsparcia, poddało się egzekucji wobec Banku wprost z aktu notarialnego w trybie art. 777 §1 pkt 5 k.p.c. co do zapłaty kwoty przekazu w wysokości 176.017.610 zł. Uregulowania powyższe w ocenie Sądu Apelacyjnego, nie zwalniają spółki komunalnej (dłużnika) z długu, skutkują jednak rozszerzeniem odpowiedzialności za dług na powoda, podobnie jak umowa poręczenia czy też umowa przystąpienia do długu. Wskazują też jednoznacznie, iż faktyczna spłata zobowiązań wobec banku następuje z majątku powoda.

Według raportu Krajowej Rady Regionalnych Izb Obrachunkowych pt. „Zadłużenie jednostek samorządu terytorialnego - przestrzeganie ustawowych limitów zadłużenia i jego spłaty” z 2014 roku, rozwiązania przewidziane w umowach wsparcia, które powodują zadłużenia spółek z udziałem jednostek samorządowych, przejmując formalnie zadłużenie samorządu terytorialnego, faktycznie obciążają ekonomicznie jednostki samorządowe. Umowy



te kształtują zobowiązanie jednostki samorządu terytorialnego do przekazywania spółce świadczenia pieniężnego w oparciu o określony tytuł prawny (np. dopłaty do kapitału), które to świadczenie faktycznie odpowiada kwocie obciążenia spółki z tytułu zobowiązania dłużnego i przypadających do spłaty odsetek. Umowy wsparcia nie mające charakteru tytułu dłużnego de facto generują wieloletnie obciążenia dla jednostek samorządu terytorialnego, które chociaż nie mieszczą się w relacji spłaty zobowiązań (art. 243 ustawy o finansach publicznych) muszą być uwzględniane w prognozach dotyczących parametrów finansowych przyszłych budżetów."

Trzeba też zauważyć, iż mimo, treści art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 z późn. zm.), z którego wynika, iż gmina nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania innych gminnych osób prawnych, a te nie ponoszą odpowiedzialności za zobowiązania gminy, w orzecznictwie sądów administracyjnych i w piśmiennictwie, wskazuje się, że podmiotowość prawna spółek komunalnych jest bardziej złożona (por. R. Szczepaniak, „Podmiotowość prawna spółki komunalnej „Samorząd terytorialny” nr 5, 2013). Gospodarka komunalna jest to działalność jednostek samorządu terytorialnego polegająca na wykonywaniu nałożonych na nie ustawowo zadań określonego rodzaju, natomiast spółka prawa handlowego, podobnie jak i zakład budżetowy, to tylko formy wykonywania przez jednostki samorządu terytorialnego tychże zadań. Spółka komunalna oraz zakład budżetowy są jedynie swoistymi instrumentami w rękach jednostek samorządu terytorialnego, które decydują o ich utworzeniu, przedmiocie ich działalności, a także o ich likwidacji. Powołując się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w Luksemburgu, autor (R. S.) podkreślał, iż Trybunał niejednokrotnie już w swych orzeczeniach poświęconych spółkom kapitałowym działającym w ramach koncernu (holdingu), wypowiadał się w duchu ekonomicznej analizy prawa czy - mówiąc inaczej - gospodarczej i socjologicznej metody w prawie. Konsekwencją takiej postawy było traktowanie spółek działających w ramach koncernu (holdingu) jak jednego organizmu gospodarczego i przyjęcie, że spółka dominująca i spółki zależne są jednym przedsiębiorstwem, zaś „formalne stosowanie zasady podmiotowej odrębności spółek kapitałowych tworzących holding powoduje rozejście się prawa z rzeczywistością”. Skoro spółka komunalna jest jedną z kilku form wykonywania przez jednostkę samorządu terytorialnego nałożonych na nią zadań, nie wolno tracić z pola widzenia dwoistości natury osoby prawnej, tj. podmiotu, ale i narzędzia do realizacji celów wyznaczonych przez założyciela czy głównego współnika. Ten nurt wykładni prawa widoczny jest też w orzecznictwo ETS, dotyczącym formuły zamówień bezpośrednich tzw. zamówień in house, jako wyjątku od obowiązku stosowania zasady swobody przepływu usług i niezakłóconej konkurencji na rynku w prawie zamówień publicznych (m.in. orzeczenie ETS z 18 listopada 1999 r., wydane w sprawie T. - C-107/98, C-26/03 S. Halle i (...) oraz C-458/03 Parking B.). Możliwość składania takich zamówień komunalnej spółce zależnej w zakresie usług o charakterze użyteczności publicznej, z pominięciem procedury zamówień publicznych, jest możliwa, gdy dana jednostka terytorialna sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do tej, którą sprawuje nad własnymi służbami (tzw. zwierzchność decyzyjna), nadto kontrolowany podmiot wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz podmiotu kontrolującego. Również w orzecznictwie krajowych sądów administracyjnych dotyczącym wykładni art. 24f ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, pojawiło się ugruntowane już stanowisko, iż majątek spółki, w której gmina ma 100% udziałów jest mieniem komunalnym w rozumieniu art. 43 u.s.g. i należy do mienia, z którego korzystanie w celu prowadzenia działalności gospodarczej wyczerpuje znamiona „korzystania z mienia komunalnego” w myśl art. 24f ust. 1 u.s.g. (wyrok NSA z dnia 18 lipca 2013 r. II OSK (...) wyrok NSA z dnia 19 czerwca 2012 r., sygn. akt II OSK 1164/12, wyrok NSA z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt II OSK 1083/11, wyrok NSA z dnia 5 lipca 2006 r., sygn. akt II OSK 439/06, (...)). Powyższe poglądy prawne, mimo, że nie dotyczą wprost problemu odpowiedzialności odszkodowawczej, mają szczególne znaczenie w realiach niniejszej sprawy, gdzie kwestia szkody jako pojęcia mającego głównie wymiar ekonomiczny, powinna być analizowana przy zastosowaniu gospodarczo - ekonomicznej metody, wykraczając poza formalizm prawny.

Kończąc tę część rozważań stwierdzić należy, iż zarzut apelacji pozwanych sprzeczności ustaleń Sądu Okręgowego z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego w tym zakresie, należało uznać za bezzasadny.

Odnosząc się do pozostałych roszczeń odszkodowawczych powoda i zarzutów apelacji obu stron, zgodzić się należy ze stanowiskiem Sądu Okręgowego, iż pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym odszkodowanie związane z niewykonaniem przez pozwanych zobowiązania w wysokości: 140.000 zł - koszt inwentaryzacji robót budowlanych

rozpoczętych, a niedokończonych przez pozwanych, 625.500 zł - koszty aktualizacji projektu wykonawczego stadionu, 50.000 zł - koszt postępowania przetargowego celem wyłonienia wykonawcy i dokończenia inwestycji. Sąd Okręgowy nie odniósł się co prawda w motywach wyroku do kwoty 140.000 zł - koszt inwentaryzacji robót budowlanych rozpoczętych, a niedokończonych przez pozwanych, lecz uwzględnił ją w zasądzonej kwocie. Kwota ta, podobnie jak pozostałe pozycje zasądzonych odszkodowania, objęta została, co prawda zakresem zaskarżenia w apelacji pozwanych, lecz nie sformułował skarżący zarzutów dotyczących rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego w tym zakresie. W świetle wyżej przedstawionych rozważań odnośnie związku przyczynowego należy podzielić stanowisko Sądu I instancji, rozszerzając je również na kwotę 140.000 zł. Pozostaje ona w normalnym związku przyczynowym z zaniechaniem pozwanego, zważywszy, iż powód, przed wyborem nowego wykonawcy, zobowiązany był zinwentaryzować roboty dotychczas wykonane. Również, co do kosztu wykonania modeli zadaszania trybun - 31.180 zł oraz kosztu przeprowadzenia badania i oceny technicznej zadaszania stadionu - 27.800 zł, nie sformułowali pozwani zarzutu apelacji, co zwalnia Sąd Apelacyjny od ustosunkowania się do tej kwestii, zważywszy, iż nie doszło do naruszenia prawa materialnego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego w adekwatnym związku przyczynowym z zaniechaniem pozwanego pozostaje też kwota 14.000 zł - koszt reprezentacji powoda w komisji inwentaryzacyjnej powołanej w związku z odstąpieniem od umowy. Sąd Apelacyjny nie podziela stanowiska Sądu I instancji, że powód winien oddelegować do tej czynności własnych pracowników. Rozmiar prowadzonej inwestycji i czasochłonność czynności inwentaryzacyjnych pozwala przyjąć, że powód był uprawniony do korzystania z usług zewnętrznych podmiotów, jak czynił to zresztą realizując tę inwestycję. Nadto powód nie ma obowiązku ponoszenia własnym staraniem kosztów, które obciążają sprawcę szkody. Dlatego też zarzut apelacji powoda naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w powiązaniu z art. 361 § 1 k.c. w tej części należało uznać za trafny.

Pozostałe kwoty, których domaga się powód nie pozostają zdaniem Sądu Apelacyjnego w normalnym związku przyczynowym z zaniechaniem pozwanego. Koszty te dotyczą najogólniej ujmując wydatków, które poniósł powód w związku z założeniem spółki komunalnej w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia przez Miasto B. i spółkę komunalną specjalnego przeznaczenia w zakresie infrastruktury sportowej.

Do oceny tak zwanego pośredniego związku przyczynowego, którego istnienie w odniesieniu do odpowiedzialności pozwanego jak się wydaje wywodziła strona powodowa w zakresie szkody związanej z kosztami powstania nowego podmiotu - spółki komunalnej, należy odnieść te same zasady, które przytoczono wcześniej. W art. 361 § 1 k.c. jest bowiem mowa o normalnych, a nie bezpośrednich następstwach zdarzenia szkodzącego. Dlatego pośredni charakter związku przyczynowego nie przekreśla jego normalności. Niezbędne jest ustalenie, czy między poszczególnymi ogniwami łańcucha kauzalnego związek przyczynowy można uznać za normalny. Jeżeli wypadnie ono pozytywnie, wówczas także powiązanie między przyczyną wyjściową a jej skutkiem w sferze dóbr poszkodowanego odpowiada temu kryterium (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 1952 r., C 584/52, PiP 1953, nr 8-9, str. 366 i z dnia 21 czerwca 1960, I CR 592/59, OSN 1962, nr 3, poz. 84, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 2008 r., V CSK 18/08). Z reguły bezpośrednie powiązanie kauzalne będzie zawsze normalne, natomiast związek pośredni uznaje się za normalny wówczas, gdy do jego przebiegu nie włączy się przyczyna postronna, której nie można przypisać dłużnikowi. Decydujące znaczenie przy związkach wieloczłonowych ma ustalenie, czy nie doszło do przerwania związku przyczynowego przez przyczynę postronną. Odnosząc to do przedmiotowej sprawy uznać należy, że test warunku koniecznego (test *conditio sine qua non*), pozwala stwierdzić, że między zdarzeniem szkodzącym a szkodą zachodzi obiektywna zależność. Przyjąć bowiem należy, że gdyby umowa została wykonana w terminie przez pozwanego, jest wysoce prawdopodobne, że nie zaszłaby potrzeba powołania nowego podmiotu - spółki komunalnej do realizacji inwestycji. Z dowodów zebranych w sprawie wynika, że Miasto B. miało zagwarantowane fundusze na realizację inwestycji za kwotę ustaloną z pozwanym (Uchwała nr (...) Rady (...) B. z dnia 24 listopada 2008 roku w sprawie Wieloletniego Programu Inwestycyjnego Miasta B. na lata 2009-2013).

Z kolei selekcja następstw wymagająca określenia normalnych następstw działania lub zaniechania podmiotu wymaga obiektywnego ustalenia, czy prawdopodobieństwo skutku zwiększa się każdorazowo wraz z wystąpieniem przyczyny

danego rodzaju. Chodzi o ustalenie, że dane zdarzenie należy do okoliczności, które zachodzą w zwyczajnym biegu rzeczy.

Sąd Apelacyjny podziela pogląd Sądu Okręgowego, iż stan finansowy powoda, nie pozwalający na zwiększenie limitów zadłużenia Miasta jako jednostki samorządu terytorialnego należącej do sektora finansów publicznych, a co za tym idzie wydatkowania z własnego majątku wyższej, niż wynikającej z umowy z pozwanym kwoty tytułem zapłaty za roboty budowlane, nie jest typowym następstwem zaniechania pozwanych.

Trudno uznać za generalną regułę, iż niewykonanie umowy o roboty budowlane, nawet tej wielkości, w porównaniu z właściwym wykonaniem zobowiązania, zwiększa każdorazowo, po pierwsze prawdopodobieństwo destabilizacji sytuacji finansowej jednostki samorządu terytorialnego przez przekroczenie dopuszczalnych limitów zadłużenia do poziomu, który nie pozwala to na zaciąganie kolejnych zobowiązań, po drugie skutkuje koniecznością realizacji inwestycji przez spółkę komunalną powołaną w tym celu. Nie wiemy czy i jaką szkodę w wymiarze finansowym poniósłby powód realizując w dalszym ciągu inwestycję samodzielnie, ewentualnie rezygnując z realizacji innych zaplanowanych w tym czasie inwestycji. Samo powołanie się na naruszenie dyscypliny finansów publicznych, nie jest wystarczające. Jak wynika z ogólnie dostępnych informacji funkcjonują jednostki samorządu terytorialnego posiadające wyższe, niż przewidziane prawem zadłużenie. Zadłużenie jednostki samorządu terytorialnego, do tego stopnia, iż nie jest w stanie bez naruszania reguł przewidzianych w przepisach o finansach publicznych, zrealizować inwestycji, jest okolicznością zewnętrzną, powodującą, że ostateczny skutek nie jest normalnie powiązany z analizowaną przyczyną. Dołączenie się w wielocłonowym łańcuchu takiej okoliczności zewnętrznej, niemożliwej do przypisania podmiotowi, którego odpowiedzialność jest ustalana, prowadzi do tzw. przerwania normalnego związku przyczynowego. Dłużnik może ponosić odpowiedzialność tylko za następstwa powstałe do momentu włączenia się tego rodzaju zdarzenia. W związku z tym nie można przypisać pozwanemu również odpowiedzialności z tytułu kosztów obsługi finansowej obligacji w kwocie 35.210.055,86 zł należnych Bankowi (...) S.A. jako odsetek od obligacji emitowanych przez Spółkę (...). Koszty te powstały później, po przerwaniu związku przyczynowego.

Na uwzględnienie zasługiwał zarzut apelacji pozwanych naruszenia art. 484 § 1 k.c., a w konsekwencji także art. 321 § 1 k.p.c., bowiem zarówno treść § 8 ust. 3 umowy nr (...) z dnia 25 maja 2010 r., jak też stanowisko powoda głównego wyrażone na rozprawie apelacyjnej w dniu 27 sierpnia 2015 r. nie pozostawiały wątpliwości, iż zastrzeżona przez strony kara umowna miała charakter zaliczalny. Co za tym idzie, wysokość ustalonego przez Sąd Okręgowy odszkodowania powinna być odpowiednio zmniejszona o kwotę kary umownej. Mając na względzie fakt, iż roszczenie o zapłatę kary umownej było wymagalne wcześniej, niż roszczenia odszkodowawcze, Sąd Apelacyjny, zaliczając karę umowną na poczet odszkodowania, zasądził kwotę odszkodowania w wysokości 13.028.519,71 zł od daty wymagalności kary umownej.

Nietrafny okazał się natomiast zarzut naruszenia art. 484 § 2 k.c. poprzez niezmiarkowanie kary umownej. Pomijając rozważania dotyczące spełnienia ustawowych przesłanek w tym względzie, wskazać jedynie wystarczy, że wysokość ustalonego przez Sąd I instancji odszkodowania (24.381.730,21 zł) niemalże dwukrotnie przewyższyła wysokość kary umownej (13.028.519,71 zł). Miarkowanie kary w sytuacji, gdy wysokość odszkodowania jest tak znaczna, że w całości tę karę konsumuje - jawi się jako bezcelowe. Ewentualne obniżenie kary nie miałoby bowiem żadnego wpływu na wymiar ustalonej szkody.

Sąd Apelacyjny nie podzielił również argumentacji pozwanych odnośnie charakteru i skutków odstąpienia od umowy przez powoda głównego. Zgodnie z art. 635 k.c. (mającym odpowiednie zastosowanie do umowy o roboty budowlane z mocy art. 656 § 1 k.c.) jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczania terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przez upływem terminu do wykonania dzieła. Stosownie zaś do treści art. 491 § 1 zd. 1 k.c. jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a jedna ze stron dopuszcza się zwłoki tylko co do części świadczenia, uprawnienie do odstąpienia

od umowy przysługujące drugiej stronie ogranicza się, według jej wyboru, albo do tej części, albo do całej reszty niespełnionego świadczenia (art. 491 § 2 zd. 1 k.c.). Artykuł 635 k.c. jako przepis szczególny w stosunku do ogólnych przepisów dotyczących niewykonania umów wzajemnych, wyłącza określone w art. 491 § 1 k.c. warunki odstąpienia od umowy w postaci popadnięcia przez przyjmującego zamówienie w zwłokę i wyznaczenia mu dodatkowego terminu do rozpoczęcia lub kontynuowania i ukończenia dzieła (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2008 r., V CSK 182/2008).

Obecnie w orzecznictwie nie budzi większych kontrowersji zagadnienie podzielności świadczeń z umowy o roboty budowlane. Przytoczyć tu można chociażby wyroki Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2004 r., IV CK 172/03 oraz z dnia 14 listopada 2008 r., V CSK 182/2008, w których Sąd ten stwierdził, iż świadczenie wykonawcy wynikające z umowy o roboty budowlane jest podzielne (art. 379 § 2 k.c.). W uzasadnieniu pierwszego ze wskazanych orzeczeń Sąd Najwyższy zaznaczył, że niepodzielność przedmiotu świadczenia nie może być utożsamiana z niepodzielnością samego świadczenia. Przy świadczeniu z umowy o roboty budowlane zachowanie dłużnika polega na wykonaniu określonych robót, których efektem jest wytworzenie oznaczonego w umowie obiektu, stanowiącego następnie przedmiot odbioru. Oprócz umowy inwestora z generalnym wykonawcą, której przedmiotem jest cały obiekt, pojawiają się tutaj także umowy dotyczące wykonania robót odnoszących się tylko do wyodrębnionych jego części. Świadczenie z umowy o roboty budowlane może zatem być spełniane częściowo bez istotnej zmiany jego przedmiotu. Sąd Najwyższy zauważył także, że podzielność świadczenia z umowy o roboty budowlane wynika pośrednio także z art. 654 k.c., zgodnie z którym inwestor ma obowiązek na żądanie wykonawcy przyjmować wykonane roboty częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia. W rezultacie Sąd Najwyższy skonstatował, że jeżeli strony umówiły się o oddanie określonego obiektu, to jakkolwiek do chwili odbioru całego obiektu nie można uznać, że wykonawca spełnił swoje świadczenie, okoliczność ta nie wyklucza częściowego wykonania świadczenia i rozliczenia się stron w tym zakresie.

Warto również wspomnieć o wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2009 r., III CSK 337/2008, w którym wyrażono stanowisko, iż o podzielności lub niepodzielności świadczenia niepieniężnego przewidzianego w umowie o roboty budowlane (w rozumieniu art. 491 § 2 k.c. w zw. z art. 379 § 2 k.c.) decydują przede wszystkim postanowienia umowy interpretowane zgodnie z art. 65 § 2 k.c.

Analiza znajdującej się w aktach niniejszej sprawy umowy nr (...) z dnia 25 maja 2010 r., wskazuje, że świadczenie pozwanych zostało podzielone na części (w tym zakresie korzystali oni również z pomocy różnych podwykonawców), a wynagrodzenie za wykonane prace następować miało w okresach miesięcznych na podstawie harmonogramu rzeczowo - finansowego robót oraz na podstawie protokołu odbioru części poszczególnych robót, stwierdzającego ilość i zakres rzeczowy wykonanych prac. Chybione są przy tym argumenty pozwanych, którzy utożsamiają podzielność swego świadczenia z podziałem przedmiotu umowy na dwa etapy. Zwrócić bowiem należy uwagę, że w ramach każdego etapu przewidziane były określone prace budowlane, za które przysługiwało stosowne wynagrodzenie, a podczas realizacji tych prac pozwani korzystali z pomocy różnych podwykonawców.

Nie bez znaczenia dla oceny charakteru i skutków odstąpienia od umowy są także zachowania samych stron umowy (treść oświadczenia powoda głównego z dnia 8 czerwca 2011 r. oraz zgoda pozwanych na powołanie komisji inwentaryzacyjnej w celu wyceny robót wykonanych do dnia odstąpienia). Okoliczności te wskazują, bowiem, iż wolą stron było ograniczenie skutków odstąpienia od umowy jedynie na przyszłość, tj. co do niewykonanej jeszcze części robót.

Reasumując, skoro świadczenia z zawartej między stronami umowy były podzielne, to odstąpienie od tej umowy mogło dotyczyć tylko reszty niespełnionego świadczenia. Skutki odstąpienia strony powodowej od zawartej umowy winny być zatem oceniane w świetle art. 491 § 2 k.c. (ex nunc, nie zaś ex tunc). Tym samym roszczenia powoda wzajemnego słusznie ocenił Sąd Okręgowy jako nieuzasadnione.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 45 ust. 1 prawa budowlanego, należy zgodzić się z Sądem Okręgowym, że dziennik budowy posiada walor dokumentu urzędowego i pełni szczególną rolę, bowiem odzwierciedla cały

proces budowlany (łącznie ze zmianami pogody). Powyższe sprawia, że wszelkie uwagi pozwanych w przedmiocie wad dokumentacji projektowej i innych utrudnień w realizacji robót, powinny być odnotowane w dzienniku budowy. Nie są jednak pozbawione racji argumenty apelujących, że użycie w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia sformułowania „jedyny dokument odzwierciedlający przebieg budowy”, stanowi swego rodzaju nadinterpretację. Równocześnie jednak zaznaczyć trzeba, że całościowa analiza wyводу Sądu I instancji wskazuje, że Sąd ten oceniając zasadność zastrzeżeń pozwanych co do dokumentacji projektowej, miał też na względzie inne dowody zgromadzone w sprawie. O bezzasadności zgłaszanych przez pozwanych zastrzeżeń - zdaniem Sądu I instancji - świadczył m.in. protokół przekazania im dokumentacji projektowej oraz placu budowy z dnia 29 maja 2010 r., który nie zawiera żadnych uwag co do niekompletności otrzymanej dokumentacji. Istotne w tym względzie okazały się także zeznania świadków (w szczególności T. O., A. C. (2), T. K. (2), W. B., i K. J.). Sąd I instancji wziął również pod uwagę dokumenty stanowiące wymianę korespondencji stron (załącznik 37 do rozszerzonego powództwa i dokumenty z akt sprawy k. 228-232), a także opinię biegłych, którzy potwierdzili, iż zmiana pokrycia dachowego (klasyfikacja poliwęglanu) nie stanowiła zmiany dokumentacji projektowej. Całokształt okoliczności niniejszej sprawy dał zatem Sądowi Okręgowemu uzasadnione podstawy do przyjęcia, że pozwani otrzymali komplet dokumentów projektowych, a zgłaszane przez nich uwagi były bezzasadne.

Kończąc ten wątek należy również zwrócić uwagę na trafność argumentacji interwenienta ubocznego w odpowiedzi na apelację, który zauważa, że gdyby zgłaszane przez pozwanych wady dokumentacji projektowej faktycznie miały miejsce, to wówczas kierownik budowy (będący pracownikiem pozwanych) dokonałby odpowiedniego wpisu w dzienniku budowy, by uniknąć ewentualnej odpowiedzialności zawodowej bądź karnej. Nie bez znaczenia jest także fakt, iż pozwani nie kwestionowali autentyczności dziennika budowy, ani też nie formułowali zarzutów co do rzetelności znajdujących się w nim wpisów. Tego typu zastrzeżeń nie wyrażali również inni uczestnicy procesu budowlanego, w szczególności kierownik budowy M. S..

Kolejny zarzut - naruszenia art. 57, 59 i nast. prawa budowlanego - jest nieistotny, bowiem kwestia bezpieczeństwa konstrukcji stalowej jest indyferentna dla oceny opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy. Dostrzega to także Sąd Okręgowy stwierdzając wprost, że zagadnienie bezpieczeństwa w niniejszej sprawie ma znaczenie jedynie poboczne i nie wymaga zasadniczego rozstrzygnięcia poprzez odpowiedź na pytanie czy zapewnia ona bezpieczeństwo czy nie. Wystarczy zauważyć jedynie, że zgodnie z zawartą umową, pierwszy etap prac miał się zakończyć do dnia 25 maja 2011 r., a pozwani podnieśli zarzuty co do bezpieczeństwa konstrukcji stalowej dopiero w maju 2011 r., gdy pozostawali już w znacznym opóźnieniu w pracach żelbetowych i jeszcze nie podjęli żadnych robót w zakresie wykonania konstrukcji stalowej.

Sąd Apelacyjny nie dopatrył się również takich uchybień w procedowaniu Sądu I instancji, które naruszałyby zasadę równości stron. Podkreślić bowiem trzeba, że rolą sądu jest czuwanie nad prawidłowością i sprawnością przebiegu postępowania. Oznacza to m.in., że sąd ma prawo swobodnie oceniać zasadność, celowość i przydatność poszczególnych czynności stron i w sposób odpowiedni na nie reagować. Słuszność zarzutów na gruncie zasady równości stron musi być rozpatrywana w oparciu o przesłanki obiektywne, nie zaś subiektywne. Odmowne decyzje sądu co do zgłaszanych przez strony wniosków, jakkolwiek mogą być źródłem swoistego poczucia krzywdy, to nie świadczą jeszcze o faworyzowaniu, bądź dyskryminowaniu którejs z nich. Skuteczne postawienie zarzutu w tym względzie wymaga wykazania, że konkretne decyzje sądu nie znajdują oparcia w przepisach prawnych, bądź wskazaniach pragmatyki, a nadto, że w jakimś stopniu miały wpływ na przebieg, bądź wynik procesu. Tymczasem pozwani nie udowodnili, by w ramach niniejszego postępowania faktycznie doszło do zróżnicowanego i nieobiektywnego traktowania stron przez Sąd I instancji. W ocenie Sądu Apelacyjnego nie ma potrzeby ustosunkowywania się odrębnie do każdego z szeregu podniesionych przez skarżących „uchybień”, bowiem nie zostało wykazane jaki miałyby one wpływ na rozstrzygnięcie.

Częściowo zasadny okazał się natomiast zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c., bowiem Sąd Okręgowy nie zaprezentował pełnego wyводу prawnego w przedmiocie istnienia szkody po stronie powoda głównego i sposobu jej wyliczenia. Zgodnie z powołanym przepisem - uzasadnienie wyroku powinno zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, a mianowicie: ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na

których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. Uzasadnienie Sądu Okręgowego nie w pełni odpowiada przewidzianym w tym przepisie wymogom w zakresie ustaleń co do wysokości szkody i istnienia związku przyczynowego, co jednak nie uniemożliwiło sądowi odwoławczemu przeprowadzenia kontroli instancyjnej zaskarżonego orzeczenia.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 230 k.p.c. oraz art. 94 k.p.c. na wstępie zasygnalizować wypada, że art. 217 § 1 k.p.c. w obecnym kształcie obowiązuje od dnia 3 maja 2012 r. Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z dnia 2 listopada 2011 r.) - znowelizowane przepisy mają zastosowanie do postępowań wszczętych po dniu wejścia w życie tej ustawy, z zastrzeżeniem ust. 2-7. Postępowanie w niniejszej sprawie zostało zaś zainicjowane w dniu 23 sierpnia 2011 r., co oznacza, że do postępowania tego stosuje się art. 217 § 1 k.p.c. w brzmieniu sprzed nowelizacji - strona może aż do zamknięcia rozprawy przytaczać okoliczności faktyczne i dowody na uzasadnienie swych wniosków lub dla odparcia wniosków i twierdzeń strony przeciwnej, z zastrzeżeniem niekorzystnych skutków, jakie według przepisów niniejszego kodeksu mogą dla niej wyniknąć z działania na zwłokę lub niezastosowania się do zarządzeń przewodniczącego i postanowień sądu.

Rozważając zasadność tak podniesionego zarzutu, należy przede wszystkim zwrócić uwagę na fakt, że w lutym 2013 r. doszło do przekształcenia MOSiR w jednoosobową spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (...), co za tym idzie - wygasło pełnomocnictwo dotychczas uprawnionemu do reprezentowania MOSiR dyrektorowi A. P.. Wygaśnięcie tego pełnomocnictwa skutkowało zaś wygaśnięciem udzielonych przez niego pełnomocnictw procesowych dla radców prawnych J. B. i W. Z.. Kwestie te podniósł aktualny pełnomocnik powoda w piśmie procesowym z dnia 13 stycznia 2014 r. (k. 1538-1539, data wpływu do Sądu - 16 stycznia 2014 r.) wnosząc o doręczenie opinii biegłego na wskazany adres obecnego pełnomocnika - radcy prawnego R. G.. Doręczenie to nastąpiło w dniu 21 stycznia 2014 r. (zwrotka k. 1567) i dopiero ta data powinna być miarodajna dla oceny zachowania 21-dniowego terminu wyznaczonego przez Sąd w zarządzeniu z dnia 7 stycznia 2014 r. (nie zaś data 13 stycznia 2014 r., tj. doręczenia opinii byłemu pełnomocnikowi w osobie radcy prawnego J. B.) Jak wynika z akt sprawy pełnomocnik powoda złożył zastrzeżenia do tej opinii w dniu 11 lutego 2014 r., a zatem określony przez Sąd Okręgowy termin został zachowany.

Ustosunkowując się do zarzutu rzekomego uprzywilejowania powoda głównego poprzez wyznaczenie różnych terminów Politechnice G. na ustosunkowanie się do zastrzeżeń stron, w pierwszym rzędzie podnieść należy, że skarżący nie wskazali tutaj konkretnych przepisów, które Sąd Okręgowy naruszył wydając zarządzenie takiej treści, jak również nie wykazali wpływu takiej decyzji na dalszy etap postępowania (nie mówiąc już o wpływie na wynik sprawy). Nadmienić również wypada, że termin określony przez Sąd I instancji w zarządzeniu z dnia 28 kwietnia 2014 r. miał charakter instrukcyjny i nie dotyczył samych stron, ale podmiotów trzecich, co za tym idzie - brak tutaj związku z sytuacją procesową samych stron.

Nie mógł odnieść oczekiwanego skutku zarzut naruszenia art. 326 § 1 k.p.c. poprzez dwukrotne odroczenie publikacji wyroku na łączny okres przekraczający 14 dni. Jakkolwiek Sąd Okręgowy faktycznie uchybił wskazanemu przepisowi, to jednak orzecznictwo stoi tutaj na stanowisku, że termin określony w art. 326 § 1 k.p.c. ma jedynie charakter instrukcyjny, a jego przekroczenie nie wywołuje ujemnych skutków procesowych dla stron. Nie ma również wpływu na ważność postępowania, ani byt prawny ogłaszanego w ten sposób wyroku (zob. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 1968 r., III CZP 62/68; a także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 kwietnia 2008 r., II CSK 613/07). Dodać wypada, że w judykaturze przyjmuje się, że nawet istotne uchybienia procesowe sądu pierwszej instancji - jeżeli nie powodują nieważności postępowania i nie mają wpływu na treść zapadłego wyroku - nie muszą prowadzić do uchylenia tego orzeczenia przez sąd drugiej instancji i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 września 2009 r. II PK 58/09). W tym kontekście niewątpliwie zaistniałe uchybienie w zakresie odroczenia terminu publikacji orzeczenia, nie można uznać nawet za istotne, gdyż nie miało ono żadnego wpływu na treść wydanego rozstrzygnięcia.

To mając na względzie Sąd Apelacyjny na mocy art. 385 k.p.c. i art. 386 § 1 k.p.c. orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania w zakresie pozwu głównego postanowiono w oparciu o art. 100 zd. 2 k.p.c., zaś pozwu wzajemnego na zasadzie art. 98 k.p.c. W ocenie Sądu Apelacyjnego, mimo, że roszczenie o zapłatę kwoty 76.938.432,97 zł stało się częściowo wymagalne w toku procesu, postawa pozwanych, którzy nadal kwestionowali powództwo co do zasady i wysokości pozwalała na zastosowanie zasady odpowiedzialności za wynik sprawy. Koszty procesu po stronie powodowej z powództwa głównego wyniosły 209.448 zł (opłaty sądowe 125.000, kancelaryjne 31 zł, zaliczki na wydatki 70.000 zł, koszty zastępstwa procesowego 7.217 zł, plus w postępowaniu zażaleniowym dwa razy po 3.600 zł), zaś po stronie pozwanych - 84.486 zł (opłaty sądowe 100.040 zł, kancelaryjne 29 zł, zaliczki na wydatki 70.000 zł, koszty zastępstwa procesowego - analogicznie jak w przypadku powoda - 7.217 zł plus 7.200 zł). Sąd Apelacyjny zaliczył zaliczki na biegłych wpłacone przez obie strony do kosztów procesu z powództwa głównego, zważywszy, iż biegli nie wyliczyli ostatecznie odszkodowania, którego domagał się powód wzajemny, odnosząc się jedynie do powództwa głównego. Łączne koszty procesu wyniosły kwotę 293.934 zł, co przy wygranej powoda 0,74 powodowało obowiązek zwrotu na jego rzecz kwoty 133.025 16 zł (209.4448 zł minus 76.4222,84 zł). W tym samym stosunku Sąd Apelacyjny rozdzielił brakujące koszty sądowe, które wyniosły 24.539,98 zł (koszty brakujących wydatków na opinie - 24.136,16 zł i tłumaczenia - 403,82 zł). W zakresie powództwa wzajemnego, które pozwani przegrali w całości zobowiązani są zwrócić koszty zastępstwa procesowego pozwanemu wzajemnemu i interwenientowi ubocznemu na zasadzie art. 107 k.p.c. łącznie z opłatą sądową od interwencji. Z interwencji wynika, iż interwenient przystąpił po stronie pozwanego wzajemnego.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na mocy art. 100 zd. 2 k.p.c. rozdzielając je stosunkowo. Powód wygrał swoją apelację w stosunku 0,56 (zasądzono dodatkowo 63.923.913, 50 zł w stosunku do żądanej kwoty 112. (...),83 - wartość przedmiotu zaskarżenia). Koszty procesu wyniosły 100.000 zł plus koszty zastępstwa 5.400 zł każdej ze stron, łącznie 110.800 zł, a zatem powodowi głównemu przysługuje zwrot kwoty 62.048 zł i z powództwa wzajemnego, które wygrał w całości 5.400 zł, czyli łącznie 67.448 zł. Zwrot kosztów zastępstwa procesowego przysługuje też interwenientowi ubocznemu na mocy art. 107 zd. 3 k.p.c., który brał czynny udział w postępowaniu apelacyjnym.

E. I. E. B. W.