

Sygn. akt I ACa 1518/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 grudnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Anna Kowacz-Braun
Sędziowie:	SSA Barbara Górczanowska (spr.) SSA Sławomir Jamróg
Protokolant:	st.sekr.sądowy Beata Lech

po rozpoznaniu w dniu 1 grudnia 2014 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa A. K. i K. C.

przeciwko Wydawnictwu (...) w K.

o zapłatę

na skutek apelacji powodów

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 27 marca 2013 r. sygn. akt IX GC 379/09

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nadaje mu treść:

- 1. Zasądza od strony pozwanej Wydawnictwa (...) w K. solidarnie na rzecz powodów A. K. i K. C. kwotę 112.667,74 zł (sto dwanaście tysięcy sześćset sześćdziesiąt siedem złotych 74/100) z ustawowymi odsetkami od dnia 14 września 2006 r.;**
- 2. oddala powództwo w pozostałej części;**
- 3. zasądza solidarnie od powodów na rzecz strony pozwanej kwotę 4.042 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego;**
- 4. nakazuje pobrać solidarnie od powodów A. K. i K. C. na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Krakowie kwotę 7.162,13 zł tytułem zwrotu wydatków;**
- 5. nakazuje pobrać od strony pozwanej Wydawnictwa (...) w K. na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Krakowie kwotę 7.653,46 zł (siedem tysięcy sześćset pięćdziesiąt trzy złote 42/100) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych;**

6. nakazuje pobrać z zasądzonego w punkcie 1 roszczenia na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Krakowie kwotę 19.163,38 zł (dziewiętnaście tysięcy sto sześćdziesiąt trzy złote 38/100) tytułem nieuiszczonej opłaty od oddalonego roszczenia;

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza solidarnie od powodów na rzecz strony pozwanej kwotę 3.024 zł (trzy tysiące dwadzieścia cztery złote tytułem kosztów postępowania apelacyjnego);

IV. nakazuje pobrać solidarnie od powodów A. K. i K. C. na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Krakowie kwotę 8.392,11 zł (osiem tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt dwa złote 11/100) tytułem części wydatków;

V. nakazuje pobrać od strony pozwanej Wydawnictwa (...) w K. na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Krakowie kwotę 8.000,38 zł (osiem tysięcy złotych 38/100) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych w postępowaniu apelacyjnym;

VI. nakazuje pobrać z zasądzonego w punkcie I. 1. roszczenia na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Krakowie kwotę 19.163,62 zł (dziewiętnaście tysięcy sto sześćdziesiąt trzy złote) tytułem nieuiszczonej opłaty od apelacji.

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 10 grudnia 2014 r.

Powodowie A. K. i K. C. wspólnicy spółki cywilnej (...) domagali się solidarnie zasądzenia od strony pozwanej Wydawnictwa (...) S.A. w K., następcy Drukarni (...) spółki z o.o. w K., kwoty 495.930 zł, z ustawowymi odsetkami od dnia 19 sierpnia 2006 r. do dnia zapłaty i kosztami postępowania, tytułem reszty wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane na podstawie umowy z dnia 21 lutego 2006 r. o wybudowanie hali magazynowej za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 598.000 zł netto, płatnym po zakończeniu i odebraniu etapów robót. Strona pozwana wynagrodzenia w całości nie zapłaciła powołując się na odstąpienie od umowy, które zdaniem powodów było bezskuteczne gdyż nieistotne odstępowstwa od projektu nie rodziły konieczności dostarczenia projektu zamiennego, czego domagała się strona pozwana.

W odpowiedzi na pozew strona pozwana wniosła o oddalenie powództwa zarzucając, że roboty wykonane zostały w sposób niezgodny z przekazanym projektem budowlanym i nie zostały odebrane wobec nieprzedstawienia projektu zamiennego, który to fakt, oraz opóźnienie w wykonaniu robót, było przyczyną odstąpienia od umowy z powodami, którzy w związku z tym mogliby ewentualnie żądać zwrotu wartości świadczenia, a nie zapłaty wynagrodzenia. Strona pozwana podniosła również zarzut przedawnienia a nadto, z ostrożności procesowej, zgłosiła zarzut potrącenia wierzytelności z tytułu naliczonych kar umownych na podstawie § 9 umowy stron w łącznej wysokości 846.289,60 zł za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, w wysokości 1% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki za okres od 1 czerwca 2006 r. do 14 września 2006 r. oraz za odstąpienie od umowy z przyczyn za które odpowiedzialność ponoszą powodowie, w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto.

Wyrokiem z dnia 27 marca 2013r. Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział IX Sąd Gospodarczy oddalił powództwo oraz zasądził od powodów A. K. i K. C. solidarnie na rzecz strony pozwanej Wydawnictwa (...) S.A. w K. koszty postępowania w kwocie 10.817 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego, a ponadto nakazał pobrać od powodów solidarnie na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Krakowie kwotę 9.182, 21 zł tytułem zwrotu poniesionych wydatków.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Sąd Okręgowy podał, że w dniu 21 marca 2006 r. strony zawarły umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było wykonanie przez powodów w ramach prowadzonej przez siebie firmy (...), z własnych materiałów, hali magazynowej, jako dobudowy do istniejącej hali drukarni. Roboty miały być wykonane z

należyta starannością, zgodnie z umową, dokumentacją projektową, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, obowiązującymi przepisami prawa, wytycznymi i wskazówkami zamawiającego oraz poleceniami inspektora nadzoru, w okresie od dnia 21 marca 2006 r. do dnia 31 maja 2006 r. za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 598.000 zł netto, które miało być płatne po zakończeniu i odebraniu etapów robót w terminie 14 dni od otrzymania stosownej faktury, przy czym strony przewidziały pisemną procedurę odbiorową - za protokołem odbioru podpisanym przez obie strony: Za wykonane roboty miała być zatrzymana kaucja gwarancyjna w kwocie 30.000 zł do rozliczenia w terminie 14 dni po okresie 3-letniej gwarancji. Zamawiający zobowiązany był do przekazania wykonawcy do dnia rozpoczęcia robót terenu budowy, dokumentacji projektowej, wymaganych pozwoleń właściwych organów administracji publicznej oraz umożliwić pobór wody i energii elektrycznej. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy wykonawca zobowiązany był do zapłaty zamawiającemu (rozumianej także jako potrącenie z wynagrodzenia umownego) kary umownej: za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy - w wysokości 1% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia, za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze albo w okresie rękojmi i gwarancji - w wysokości 1% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia, licząc od terminu wyznaczonego na usunięcie wad, za odstąpienie od umowy z przyczyn za które ponosi odpowiedzialność wykonawca, a także w razie odstąpienia od umowy przez wykonawcę z przyczyn niezależnych od zamawiającego - w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto. Niezależnie od możliwości dochodzenia kar umownych zamawiający był uprawniony do dochodzenia od wykonawcy odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych do wysokości poniesionej szkody. Strony powołały w sprawach związanych z wykonaniem umowy przedstawicieli w osobach J. S. (1) i T. N. (1) po stronie zamawiającego i Z. Z. (1) po stronie wykonawcy.

Sąd Okręgowy ustalił następnie, że w dniu 31 marca 2006 r. doszło do spotkania inspektora nadzoru i kierownika budowy z udziałem projektanta, na którym ustalono, że projektant sporządzi aktualny spis rysunków projektu wykonawczego w zakresie konstrukcji, wyjaśni geometrie stężeń ST 0 08 i ich współpracę z konstrukcją zadaszenia i ustosunkuje się do wątpliwości wykonawcy na temat przyjętych długości wybozeniowych słupów oraz zweryfikuje niezbędne rysunki warsztatowe wykonawcy. W marcu 2006 r. inwestor przekazał wykonawcy projekt wykonawczy konstrukcji stalowej, do którego wykonawca miał zastrzeżenia. W związku z tym powodowie przed przystąpieniem do wykonania rysunków warsztatowych do zatwierdzonego przez inwestora projektu, przedstawili tę dokumentację do konsultacji we własnym zakresie innemu projektantowi, który po analizie przekazał do niej uwagi, ale nie wprowadził żadnych zmian do pierwotnej dokumentacji projektowej. Zastrzeżenia wykonawcy do projektu konstrukcji stalowej i uwagi działającego na jego zlecenie projektanta mgr inż. J. M. dotyczące w szczególności wylczeń statyczno-wytrzymałościowych, zaprojektowania złego układu statycznego zostały w kwietniu 2006 r. przedstawione inwestorowi, którego przedstawiciele jednoznacznie zalecili, aby konstrukcję hali wykonywać zgodnie z projektem pierwotnym, inwestorowi zależało bowiem na terminie wykonania nowej hali, bo do tego obiektu miał być przeniesiony magazyn ze starej hali, a tam z kolei miała być zamontowana zamówiona wcześniej maszyna poligraficzna. Projektant mgr inż. J. M., dodatkowo na zlecenie powodów poza konsultacją projektu konstrukcji stalowej, na podstawie którego miały być realizowane roboty, miała wykonać rysunki warsztatowe, ale ich ostatecznie nie zrobiła. Niezależnie od tego, wykonawca kontaktował się z projektantem inż. M. B. (1) deklarując, że wykona lepszą konstrukcję, a to wymagałoby zmiany dokumentacji wykonawczej. Wykonawca w związku ze swoimi zastrzeżeniami do projektu inż. M. B., we własnym zakresie zlecił wykonanie projektu warsztatowego, którego opracowanie trwało około 1 miesiąca. Wykonane na zlecenie wykonawcy przez inż. J. N. rysunki wykonawczo-warsztatowe i dokumentacja wykonawcza obejmująca nowy układ hali w zakresie zmiany pokrycia dachowego zostały przedstawione autorowi projektu pierwotnego konstrukcji stalowej inż. M. B. (1). Ten ostatni miał jednak wątpliwości co do uznania warstwowych płyt osłonowych jako elementów stężających. Autor zatwierdzonego przez inwestora projektu inżynier M. B. (1) wyraził zgodę na zmiany dokumentacji wykonawczej konstrukcji stalowej, czyniąc stosowne adnotacje o treści: „wyrażam zgodę na zaproponowane zmiany konstrukcji, zmiany należy traktować jako nieistotne” na rysunkach warsztatowych, ale jednocześnie wskazał, że ostateczna zmiana projektu wymaga dodatkowo zgody inwestora. Zatem, zdaniem Sądu Okręgowego, można uznać, że doszło do wstępnego uzgodnienia z projektantem że zmiany w projekcie z punktu widzenia konstrukcyjnego mogą nastąpić, ale na wprowadzenie zamian konieczna jest zgoda inwestora lub inspektora nadzoru. Według ustaleń Sądu pierwszej instancji, zatwierdzony przez inwestora konstrukcyjny projekt

wykonawczy autorstwa inż. M. B. (1), wbrew stanowisku wykonawcy, nie zawierał nieprawidłowości mających wpływ na bezpieczeństwo konstrukcji, a więc był zgodny z normami projektowania. Rysunki warsztatowe z adnotacjami pierwszego projektanta traktowane przez powodowego wykonawcę jako projekt zamienny zostały przedstawione inwestorowi i na jego podstawie powodowie zamówili elementy konstrukcyjne, a potem realizowali roboty.

Sąd Okręgowy ustalił następnie, że powodom nie został przekazany protokolarnie plac budowy, ale prace przy fundamentach, które nie należały do zakresu robót powierzonych powodom, zakończono w dniu 28 kwietnia 2006 r. W dniu 12 maja 2006 r. powodowie rozpoczęli zwożenie elementów konstrukcji hali wykonanych zgodnie z projektem inż. J. N., a w dniu 16 maja 2006 r. montaż hali. W dniu 19 maja 2006 r. kierownik budowy stwierdził w trakcie montażu hali odstępstwa w stosunku do zatwierdzonego projektu, w związku z czym zalecił aby wykonawca sporządził stosowną dokumentację uwzględniającą propozycje zmian i uzgodnił je z projektantem. Kierownik budowy niezależnie od wpisów w dzienniku budowy zwracał wykonawcy uwagę, że nie wykonuje zatwierdzonego przez inwestora projektu. Dodatkowo kierownik budowy mając do dyspozycji zatwierdzony przez inwestora projekt pierwotny opracowany przez inż. M. B. oraz fragmenty projektu zamiennego, zwrócił się do inż. J. N., który uczestniczył w rozmowach na budowie, o wyjaśnienie czy nowe rozwiązanie będzie bezpieczne. Powodowie wyjaśnili, że realizują projekt zamienny, ale inwestor nalegał aby został wykonany projekt pierwotny. Zdaniem Sądu Okręgowego, w tej sytuacji należy przyjąć, że nie doszło do skutecznej zmiany projektu konstrukcji. Pomimo że powodowie nie realizowali pierwotnego projektu, ani nie reagowali na zalecenia przedstawicieli inwestora, nie doszło po stronie inwestora do wstrzymania realizacji robót na tym etapie procesu inwestycyjnego. Pozwany liczył bowiem, że wykonawca roboty poprawi, a z drugiej strony zależało mu na jak najszybszym zakończeniu robót. Mimo różnic obu projektów, elementy hali objęte pozwoleniem na budowę to jest wysokość, szerokość, widoczne elementy zewnętrzne, płaszczyzna dachu, w obu projektach były takie same.

Sąd Okręgowy podał, że w dniu 30 maja 2006 r. powodowie wystawili pozwanemu fakturę nr (...) na kwotę 225.090 zł tytułem części wynagrodzenia za konstrukcję stalową, pomimo że strony nie podpisały w tym zakresie protokołu odbiorowego, a pozwany zapłacił wynagrodzenie z tej faktury w dwóch ratach. Na inwestycji na tym etapie została zrealizowana inna konstrukcja stalowa hali niż zaprojektowana przez inż. M. B. (1). Pomimo zapewnień ze strony powodów że poprawią roboty, ich prace w dalszym ciągu były wykonywane niezgodnie z pierwotnym projektem. Przedstawiciel inwestora, tym razem w osobie inspektora nadzoru, po raz kolejny zalecił powodom wykonanie robót zgodnie z pierwotnym projektem. W ramach wymienianej korespondencji powodowie wskazali, że za wiedzą kierownika budowy oraz inwestora zlecieli wykonanie adaptacji projektu, która została następnie zaakceptowana przez projektanta. Jednocześnie zwrócili się o podpisanie aneksu do umowy przedłużającego termin zakończenia robót, z uwagi na zbyt długie termin oczekiwania na elementy ścienne i dachowe oraz częste opady deszczu uniemożliwiające wykonanie prac spawalniczych i montażowych. W odpowiedzi na to pismo zarówno kierownik budowy, jak i inspektor nadzoru zaprzeczyli aby w uzgodnieniu z nimi zostały dokonane jakiegokolwiek zmiany w projekcie konstrukcji hali magazynowej oraz aby wyrażali zgodę na wprowadzenie takich zmian. Niezależnie od wpisów w dzienniku budowy, pismem z dnia 20 czerwca 2006 r. kierownik budowy stwierdził, że nie otrzymał od wykonawcy tak dokumentów jakościowych jak i dokumentacji oraz samowolne wykonywanie robót przez wykonawcę. W dniu 24 czerwca 2006 r. na zlecenie powodów została wykonana przez Biuro (...) s.c. w K. dokumentacja powykonawcza konstrukcji stalowej magazynu papieru. Dokumentacja powykonawcza nie stanowi jednak prawidłowego projektu zamiennego konstrukcji. Na spotkaniu w czerwcu 2006 r. ustalono, że zostanie wykonana dodatkowa konstrukcja, aby połączyć halę starą z nową. Działający imieniem pozwanego w relacjach z powodami kierownik budowy konsekwentnie powoływał się na brak dostarczenia przez wykonawców uzgadnianej dokumentacji, a nadto na opóźnienia w wykonaniu robót.

Sąd pierwszej instancji ustalił dalej, że pismem z dnia 19 lipca 2006 r. powodowie na takich samych zasadach jak inni wykonawcy obiektu zostali przez pozwanego zawiadomieni o zakończeniu prac przy rozbudowie hali drukarni o halę magazynową przy ul. (...) w K. i zaproszeniu na odbiór końcowy. Na tym etapie cały obiekt był już obudowany płytami warstwowymi. W dniu 27 lipca 2006 r. odbyło się na budowie posiedzenie komisji odbiorczej z udziałem wszystkich wykonawców robót. W zakresie robót wykonanych przez powodów inwestor zgłosił

zastrzeżenia do sposobu zamocowania rynien i pasów nadrynnowych. Projektant architektury nie zgłosił zastrzeżeń do wykonania ścian z płyt warstwowych i pokrycia dachowego. Stwierdzone wówczas drobne usterki polegające na: naprawie uszkodzonego narożnika panelu na ścianie szczytowej tylnej oraz uzupełnieniu malowania słupów attyki i wymianie rur spustowych, uszczelnieniu drzwi w ścianie szczytowej, miały zostać usunięte, a dodatkowo wykonawca został zobowiązany do dostarczenia do dnia 31 lipca 2006 r. projektu zamiennego konstrukcji w celu uzyskania decyzji o jego zatwierdzeniu. Zobowiązanie powodów przez inwestora do przedłożenia projektu zamiennego z obliczeniami miało mu umożliwić sprawdzenie wytrzymałości wykonanej konstrukcji. Na tym etapie powodowie wykonali również nie objęte umową prace dodatkowe, polegające na wymianie gruntu pod posadzkę, wzmocnienie dachu, montaż dodatkowej bramy na połączeniu hali starej i nowej. Pismem z dnia 1 sierpnia 2006 r. pozwany inwestor wstrzymał roboty wykonywane przez powoda przy budowie hali magazynowej z powodu wykonywania przez niego robót niezgodnie z zatwierdzoną dokumentacją pomimo wielokrotnie przekazywanych uwag począwszy od rozpoczęcia montażu konstrukcji, nie wystąpienia przez powodów z propozycjami zmian projektowych i wykonania robót według własnej koncepcji, niedotrzymania składanych przez wykonawcę deklaracji poprawy wykonanych robót oraz opóźnienia w wykonaniu prac. Powodowie deklarowali że roboty poprawią, co miało polegać na dostosowaniu istniejącej konstrukcji do projektu w zakresie konstrukcji dachu, zdjęciu części obudowy i pokrycia dachu, montażu elementów wzmacniających konstrukcję i ponownym ułożeniu obudowy i pokrycia dachowego. W dniu 9 sierpnia 2006 r. powodowie zgłosili wykonanie prac zgodnie z zaleceniami architekta i usunięcie usterek ujawnionych w trakcie czynności komisji odbiorowej. Pozwany potwierdził wykonanie przez powodów prac zleconych w trakcie posiedzenia komisji odbiorowej w zakresie architektury i wezwał powodów do doprowadzenia do zgodności konstrukcji z zatwierdzonym projektem lub wykonania i zatwierdzenia projektu zamiennego, zgodnie z ustaleniami z dnia 27 lipca 2006 r., od czego uzależniał odbiór robót wykonanych przez powodów. W dniu 3 sierpnia 2006 r. powodowie wystawili za wykonane roboty fakturę nr (...) na kwotę 495.930 zł z terminem płatności 14 dni. Po odebraniu faktury pozwany zwrócił się o wyjaśnienia do mgr inż. M. B., projektanta zatwierdzonego przez niego do realizacji projektu. Projektant poinformował, że wykonawca zwrócił się do niego z prośbą o wyrażenie zgody na zastosowanie profili typu „Z” w konstrukcji pokrycia dachowego na co uzyskał jego zgodę, ale pod warunkiem przeprowadzenia odpowiednich wyliczeń kontrolnych. Ostatecznie przedstawiciel wykonawcy przywiózł do projektanta rysunki konstrukcyjne zmieniające całkowicie konstrukcję hali, z prośbą o wyrażenie zgody na zmianę tej konstrukcji. Projektant wyraził zgodę, ale pod warunkiem, że wykonawca uzgodni zmiany z inwestorem i weźmie na siebie odpowiedzialność za nową konstrukcję. Przedstawione przez wykonawcę zmiany konstrukcji hali były zmianami istotnymi tej konstrukcji z uwagi na całkowitą zmianę schematu statycznego i założeń. Projektant pomimo wielokrotnych próśb nie uzyskał od powodowego wykonawcy kompletnych obliczeń statycznych dla przedmiotowej hali. Dodatkowo bez żadnych uzgodnień z projektantem powodowy wykonawca dokonał zmiany paneli ściennych, co spowodowało zmianę sztywności konstrukcji i konieczność dołożenia dodatkowego elementu konstrukcyjnego tj. słupa stalowego, pod którym nie wykonano fundamentu, a dodatkowo wykonawca pominął również większość stężeń, twierdząc że hala jest stężona panelami. W tym zakresie wykonawca nie przedstawił jednak żadnych atestów lub innych dokumentów potwierdzających możliwość zastosowania paneli jako stężeń. Projektant wyraził nadto zaniepokojenie ciągłym dokładaniem przez wykonawcę elementów konstrukcyjnych hali w celu poprawy sztywności obiektu oraz zwrócił uwagę na brak stosownego opracowania konstrukcyjnego w tym zakresie, a wykonanego przez projektantów obecnie postawionej hali.

Sąd Okręgowy podał, że jeszcze w sierpniu 2006 r. powodowie wbudowywali nowe elementy konstrukcyjne hali. Prace polegające na spawaniu płaskownika do słupów ściany szczytowej miały wpływ na sztywność konstrukcji, a także na nośność konstrukcji ściany szczytowej, bowiem stanowiły jej wzmocnienie. Zgodnie z projektem pierwotnym słupy należało wykonać z dwuteownika szeroko stopowego o określonych danych geometrycznych. Pozwany odesłał powodom fakturę nr (...) z uwagi na brak podstaw do jej wystawienia tj. niezakończenie prac budowlano-montażowych, wykonanie prac niezgodnie z zatwierdzonym projektem, wstrzymanie prac z powodu dalszego uporczywego dokonywania nieuzgodnionych i nieudokumentowanych zmian w konstrukcji hali, brak zatwierdzenia projektu zamiennego zgodnie z którym będzie można dokończyć budowę hali i uzyskać pozwolenie na użytkowanie. Pozwany wskazał, że mimo potwierdzenia wykonania innych usterek powodowie nadal nie doprowadzili do zgodności konstrukcji z zatwierdzonym projektem, ani też nie przedłożyli projektu zamiennego, zgodnie z ustaleniami z dnia

27 lipca 2006 r. Z kolei reprezentujący powodów pełnomocnik wezwał pozwanego do zapłaty reszty wynagrodzenia, podając że wykonawca wykonał wszystkie roboty budowlano-montażowe, co wynika z protokołu z dnia 27 lipca 2006 r., a stwierdzone usterki mające w istocie charakter drobnych prac zostały usunięte, pomimo że nie powstały z przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy. Dalej wskazano, że z inicjatywy wykonawcy w interesie inwestora zostały poprawione błędy w dokumentacji projektowej w uzgodnieniu z projektantem. Do wykonywanych na podstawie poprawionego projektu w trakcie realizacji robót pozwany nie zgłaszał zastrzeżeń, a te pojawiły się dopiero po wykonaniu całej konstrukcji hali, na etapie zapłaty wynagrodzenia za roboty. W dniu 12 września 2006 r. została przeprowadzona na zlecenie pozwanego inwestora przez specjalistę w zakresie projektowania konstrukcji stalowych dr hab. inż. M. G. (1) wizja lokalna budowanej hali oraz jej wstępna inwentaryzacja. W wyniku tych czynności stwierdzono, że konstrukcja nośna hali w sposób istotny odbiega od zatwierdzonego projektu architektoniczno-budowlanego, przedstawiony przez wykonawcę projekt powykonawczy budzi wątpliwości w zakresie bezpieczeństwa zrealizowanej konstrukcji stalowej nośnej, w szczególności zrealizowanego systemu stężeń całego układu. Nadto stwierdzono, że część obliczeniowa jest wątpliwa, bowiem np. w obliczeniach sprawdzających ściany szczytowej wykonano 100% przeciążenia prętów bez wyciągnięcia właściwych wniosków. W związku z tym rzeczoznawca stwierdził, że hala nie może zostać oddana do eksploatacji bez pełnej odpowiedzialności za stan bezpieczeństwa, a przywrócenie hali walorów projektu autorskiego wymaga wykonania zaleceń projektanta. Jak pisał Sąd Okręgowy, z ekspertyzy Pracowni Ekspertyz i (...) kierowanej przez dr hab. inż. M. G. wynikało, że roboty zostały wykonane wadliwie z uwagi na odstępstwa od pierwotnego projektu w zakresie zachowania schematu statycznego hali, przeciążeń statyczno-wytrzymałościowych, co prowadzi do zagrożenia z punktu widzenia bezpieczeństwa obiektu. W szczególności wykonawca zmienił bezpłatniowe pokrycie dachu w odwróconym układzie warstw z blachy trapezowej TR 94/250 na pokrycie płatwiowe z zetowników zimno giętych Z 200x68x60x2 i płyt warstwowych, zrezygnował z dźwigarów kratowych pośrednich wspartych na ryglach ram podłużnych oraz podciągów okapowych i kalenicowych, zmienił przekroje słupów w ścianach szczytowych. Nadto przeprowadzono dekompozycję systemu stężeń prętowych hali, zwiększono wysięg zadaszania Z 1 z 5,09 m do 6,05 m, zmniejszając jednocześnie przekrój słupów, wprowadzono słupy pośrednie w ścianie zewnętrznej podłużnej, które oparto górą o płatwie przyokapowe. Te zmiany, rezygnacja z kilku elementów i dekompozycja stężeń spowodowały eliminację sztywnej tarczy, degradację przestrzennego układu prętowego do ram płaskich poprzecznych, których współpracę w przenoszeniu sił poziomych ograniczono w sposób maksymalny oraz dociążenie słupów i ich przeciążenie. Reasumując konstrukcja stalowa hali magazynu papieru została wykonana wadliwie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Odstępstwa te spowodowały, że zmniejszyła się ilość stali i materiału na pokrycie dachowe.

Sąd Okręgowy ustalił wreszcie, że pismem z dnia 14 września 2006 r. pozwany odstąpił od umowy powołując się na postanowienia art. 644 k.c. i 656 k.c., tj. wykonanie robót w sposób sprzeczny z umową i dokumentacją projektową, niedostarczenie projektu zamiennego oraz ponad 3-miesięczne opóźnienie w wykonaniu robót. Stanowisko swoje podtrzymał a nadto powołując się na zapis § 9 pkt 1 umowy obciążył powodów karami umownymi: za 106 dni zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w kwocie 733.333,60 zł i za odstąpienie od umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca w kwocie 72.956 zł, wzywając do ich zapłaty. W dniu 16 stycznia 2007 r. zostały wznowione roboty na budowie hali, z tym że roboty jako wykonawca realizowała firma (...) na podstawie projektu zamiennego autorstwa inż. M. B. (1) opracowanego na podstawie wytycznych z ekspertyzy Pracowni Ekspertyz i (...) kierowanej przez dr hab. inż. M. G.. Wykonaną przez powodów konstrukcję uzupełniono i wzmocniono. Budowa hali została ostatecznie zakończona w dniu 25 lutego 2007 r. W ramach tych robót wyeliminowano spowodowane zmianami wprowadzonymi przez powodów obniżenie sztywności i nośności konstrukcji stalowej, uzupełniono i wzmocniono konstrukcję nośną zgodnie z zaleceniami ekspertyzy i projektem zamiennym. Pozwany inwestor w dniu 21 marca 2007 r. uzyskał pozwolenie na użytkowanie rozbudowanej o halę magazynową wraz z instalacjami wewnętrznymi i przyłączem kanalizacji deszczowej hali drukarni przy ul. (...) w K..

Przedstawiony stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dowodów z dokumentów oraz zeznań świadków J. M., Z. Z. (1), M. B. (1), J. N., J. S. (1), T. N. (1) i M. G. (1), w zakresie w jakim są one zgodne z dowodami pisemnymi, a w szczególności z wpisami w dzienniku budowy, oraz ze sobą wzajemnie. Sąd nie dał wiary zeznaniom świadka Z. Z. w części w jakiej zeznał że dopiero po montażu konstrukcji stalowej hali, na etapie montażu paneli ściennych

kierownik budowy sygnalizował zastrzeżenia do wykonywania robót w oparciu o projekt zamienny, gdyż w tej części są one sprzeczne z wpisami do dziennika budowy oraz zeznaniami pozostałych świadków, z których jednoznacznie wynika, że pozwany inwestor domagał się konsekwentnie realizacji projektu pierwotnego. Sąd uwzględnił również opinię prywatną wykonaną przez Pracownię Ekspertyz i (...) kierowaną przez dr hab. inż. M. G. wskazując, że opinia ta została wykonana przez profesjonalistów bezpośrednio po zakończeniu robót na placu budowy i miała na celu ustalenie czy wykonane przez powodów roboty oprócz niezgodności z projektem nie są dodatkowo wadliwe z punktu widzenia sztuki budowlanej techniki i bezpieczeństwa. Z powyższych względów zdaniem Sądu opinia ta wiernie odzwierciedla stan faktyczny realizacji inwestycji, zważywszy że w terminie późniejszym pozwany zlecił wykonanie projektu zamiennego i roboty poprawkowe, których nie wykonali powodowie. Sąd oparł się także na opinii biegłego sądowego inż. Z. P. (1), rzeczoznawcy budowlanego oraz specjalisty w zakresie kosztorysowania nieruchomości, oceniając ją jako wiarygodne źródło wiedzy specjalnej. Sąd wskazał, że biegły sądowy posiada uprawnienia w zakresie konstrukcji stalowych, a nadto jest praktykiem w tym zakresie. Z tego względu Sąd nie uwzględnił wniosku o powołanie innego biegłego sądowego, tym bardziej że w określonym terminie do złożenia zarzutów do opinii powodowie kompetencji biegłego nie kwestionowali. Sąd podkreślił, że biegły sądowy, zarówno w opinii pisemnej jak i opiniach uzupełniających udzielił wyczerpujących wyjaśnień co do wszystkich zgłoszonych zarzutów, opierając się na swojej wiedzy, dostępnej dokumentacji oraz przeprowadzonej wizji lokalnej. Zdaniem Sądu, opinie te nie pozostawiają żadnych wątpliwości że wykonana przez powodów konstrukcja stalowa była wadliwa do tego stopnia, że zagrażała bezpieczeństwu użytkownika, a wprowadzone przez powodów zmiany projektowe nie miały drobnego charakteru, bowiem w istocie zmieniały przyjętą do realizacji konstrukcję stalową. W ocenie Sądu opinia biegłego w pełnej swej treści jest kompletna, wyczerpująca i odpowiada na postawione tezy dowodowe oraz pozwala przeanalizować zawarte w niej rozumowanie i wnioski końcowe. Sąd pominął dowód z pisma powodów z dn. 28.03.2006 r., pisma kierownika budowy bez daty, protokołu zaawansowania robót oraz decyzji Urzędu Miasta K. Wydziału Architektury i Urbanistyki nr (...)z dn. 8.01.2007 r., jako spóźnione w świetle art. 479⁽¹²⁾ § 1 k.p.c., a przedłożone dopiero na etapie zgłaszania zarzutów do opinii biegłego przy pismach powodów z dn. 21.02.2012 r. i z dn. 23.03.2012 r.

W rozważaniach prawnych Sąd Okręgowy podkreślił, że skoro strony łączyła umowa o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c., to istota niniejszego sporu sprowadza się do rozstrzygnięcia czy wykonawca zrealizował roboty zgodnie z projektem oraz czy inwestor w realiach niniejszej sprawy mógł skutecznie odstąpić od umowy. Według ustaleń Sądu powodowie nie realizowali i nie zrealizowali zatwierdzonego i dostarczonego im przez inwestora projektu konstrukcji stalowej hali oraz nie uzyskali jego zgody na prowadzenie robót w oparciu o wykonany na ich zlecenie projekt zamienny. Wprawdzie na podstawie art. 651 k.c. powodowie mogli sprawdzić poprawność dostarczonej przez inwestora dokumentacji projektowej, a w przypadku stwierdzenia jej wadliwości zawiadomić o tym inwestora, co stanowi należytą staranność wykonawcy i nie może być traktowane jako naruszenie umowy, ale w sprawie niniejszej pierwotna dokumentacja projektowa nie była wadliwa, co jednoznacznie stwierdził biegły sądowy Z. P.. Sąd Okręgowy nie podzielił stanowiska powodów, by odrębne zapisy autora pierwotnego projektu M. B. (1) na rysunkach warsztatowych innego projektanta o treści „wyrażam zgodę na zaproponowane zmiany konstrukcji, zmiany należy traktować jako nieistotne” oznaczały akceptację takich zmian i przyjęcie ich do realizacji przez inwestora, zwłaszcza że M. B. wskazał, że ostateczna zmiana projektu wymaga dodatkowo zgody inwestora, a ten jej nie wyraził, a wręcz nakazał wykonywanie prac zgodnie z projektem pierwotnym. Sąd zauważył, że wprowadzone przez powodów zmiany konstrukcji stalowej hali polegające na zmianie układu konstrukcyjnego z bezpłatniowego na płatwiowy wykonanych z profili typu „Z”, co wiązało się ze zmniejszeniem wiązarów kratowych i modyfikacji układu stężeń tak połaciowych jak i pionowych, stanowiły de facto inne rozwiązanie konstrukcyjne, chociaż nieistotne z punktu widzenia art. 36a ust. 5 ustawy Prawo Budowlane, z uwagi na nie zmienione posadowienie na fundamentach, gabaryty budynku, wysięg i kształt daszków nad wjazdami, a także pozostawanie bez wpływu na instalacje wewnętrzne i zewnętrzne. Tak też należy traktować określenie „zmiany nieistotne” użyte przez autora projektu pierwotnego w dokumentacji wykonawczej - rysunkach warsztatowych inż. J. N., wykonanej na zlecenie powodów, skoro wykonanie konstrukcji na podstawie zmienionego projektu nie wymagało uzyskania nowej decyzji pozwolenia na budowę. Co więcej, zgodnie z art. 5 Prawa Budowlanego, wprowadzone przez powodów zmiany konstrukcji nośnej polegające na eliminowaniu elementów nośnych i zmiany powodujące zmniejszenie stateczności lub nośności elementów obiektu należy traktować jako istotne odstępianie od zatwierdzonego projektu. Nadto z materiału dowodowego wynika, że pozwany inwestor

w toku realizacji inwestycji wielokrotnie wyrażał dezaprobatę dla wykonywania robót niezgodnie z projektem pierwotnym i konsekwentnie domagał się jego realizacji. Z tego też względu okoliczność iż pozwany przyjął fakturę i zapłacił powodowi za wykonanie konstrukcji stalowej jako etapu robót, nie może być uznane nawet za dorozumianą zgodę na zmianę projektu. Sąd założył że pozwany przyjmując tę fakturę, jak również zapraszając powodów do końcowych czynności odbiorowych liczył na poprawienie robót lub dostarczenie kompletnej dokumentacji zamiennej, umożliwiającej sprawdzenie poprawności ostatecznie wykonanej przez powodów konstrukcji. Jednakże zachowanie pozwanego nie może być traktowane jako odbiór robót konstrukcyjnych powodów bez zastrzeżeń, zwłaszcza że sami powodowie po czynnościach odbiorowych z lipca 2006 r. wykonywali jeszcze prace wzmacniające konstrukcję hali, a jeszcze później pozwany zlecił innej firmie wykonanie dodatkowych robót poprawkowych.

Sąd Okręgowy wskazał także, iż wykonana przez powodów konstrukcja stalowa nie tylko odbiegała od zatwierdzonego przez inwestora projektu, ale była też wadliwa. Z wykonanej przez Pracownię Ekspertyz i (...) kierowaną przez dr hab. inż. M. G. inwentaryzacji i ekspertyzy robót powodów wynikało, że w szczególności wykonawca: zmienił bezpłatniowe pokrycie dachu w odwróconym układzie warstw z blachy trapezowej TR 94/250 na pokrycie płatwiowe z zetowników zimno giętych Z 200 x 68 x 60 x 2 i płyt warstwowych, zrezygnował z dźwigarów kratowych pośrednich wspartych na ryglach ram podłużnych oraz podciągów okapowych i kalenicowych, zmienił przekroje słupów w ścianach szczytowych, przeprowadził dekompozycję systemu stężeń prętowych hali, zwiększył wysięg zadaszenia Z 1 z 5,09 m do 6,05 m, zmniejszając jednocześnie przekrój słupów, wprowadził słupy pośrednie w ścianie zewnętrznej podłużnej które oparto górną o płatwie przyokapowe. Wskutek powyższego oraz rezygnacji z kilku elementów i dekompozycji stężeń doszło do eliminacji sztywnej tarczy, degradacji przestrzennego układu prętowego do ram płaskich poprzecznych, których współpracę w przenoszeniu sił poziomych ograniczono w sposób maksymalny oraz dociążenia słupów i ich przeciążenia. Sąd uznał zatem, że roboty powodów zostały wykonane wadliwie z uwagi na odstępstwa od pierwotnego projektu w zakresie zachowania schematu statycznego hali, przeciążeń statyczno-wytrzymałościowych, a to doprowadziło do zagrożenia z punktu widzenia bezpieczeństwa obiektu. Z uwagi na zakres i skalę wad Sąd przyjął, że zlecone powodowi roboty nie zostały ukończone przed wykonaniem czynności odbiorowych w dniu 27 lipca 2006 r., skoro później tak powodowie, jak i jeszcze inna firma wzmacniały konstrukcję stalową w wykonanym obiekcie. W tych okolicznościach Sąd uznał że zaszyły przesłanki uprawniające pozwanego do odstąpienia od umowy na podstawie art. 636 § 1 i 644 k.c. w zw. z art. 656 k.c. i pozwany swym oświadczeniem z dnia 14 września 2006 r. skutecznie odstąpił od umowy stron z dnia 21 marca 2006 r. A skoro doszło do odstąpienia od umowy o roboty budowlane, to wykonawcy nie przysługuje za wykonane roboty wynagrodzenie z umowy, ale zwrot wartości świadczenia jakie uzyskał z jego strony zamawiający (art. 494 k.c. w zw. z art. 753 k.c.), takiego zaś roszczenia powodowie nie zgłosili, ani też nie przedstawili dowodów na okoliczność poniesionych kosztów i wydatków związanych z realizacją na rzecz pozwanego robót. Powyższe okoliczności stanowiły więc podstawę oddalenia powództwa o zapłatę wynagrodzenia z umowy stron z dnia 21.03.2006 r.

Odnosząc się do podniesionego przez pozwanego zarzutu przedawnienia, Sąd Okręgowy wskazał, że bieg przedawnienia w niniejszej sprawie rozpoczął się najwcześniej w dniu 14 września 2006 r. tj. w dacie złożenia przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu od umowy, w sytuacji gdy powodowie nie zakończyli realizacji robót, których wykonanie zostało wstrzymane przez inwestora w dn. 1 sierpnia 2006 r. Ponieważ art. 646 k.c. nie stosuje się do roszczeń z umowy o roboty budowlane, to przedawniają się one w terminach określonych w art. 118 k.c. (por. uchwałę SN z dn. 11.01.2002 r. sygn. I t l C Z P 6 3 / 0 1), czyli z upływem lat trzech. Zatem skoro powództwo zostało wniesione w dniu 6 sierpnia 2009 r. Sąd nie uwzględnił zarzutu przedawnienia i orzekł po przeprowadzeniu całego przewodu sądowego. Wobec oddalenia powództwa Sąd zaniechał badania zgłoszonego przez pozwanego zarzutu potrącenia wywodzonego z naliczenia kar umownych za opóźnienie w wykonaniu umowy i odstąpienie od niej z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Jako podstawę rozstrzygnięcia o kosztach postępowania Sąd wskazał przepis art. 98 k.p.c. w zw. z art. 864 k.c.

Wyrok Sądu Okręgowego w całości zaskarżyli powodowie. We wniesionej apelacji powodowie zarzucili naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

1. art. 636 § 1 w zw. z art. 656 k.c. przez jego błędne zastosowanie, albowiem:

a) strona pozwana w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy z dnia 14 września 2006 r. powołała wprost przepis art. 644 K.c., który stanowi całkowicie inną podstawę prawną niż powołane wyżej przepisy i powoduje, jako następstwo zgoła inne skutki (konsekwencje) prawne,

b) odstąpienie od umowy na podstawie art. 636 § 1 K.c.:

-nie jest możliwe po dokonaniu robót,

-dla swej skuteczności wymaga uprzedniego wyznaczenia terminu dodatkowego do zmiany sposobu wykonywania robót z zagrożeniem, iż po bezskutecznym upływie tego terminu inwestor będzie uprawniony do odstąpienia od umowy - czego nie uczyniono,

2. art. 644 w zw. z art. 656 K.c. przez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że odstąpienie od umowy na tej podstawie prawnej wywołuje skutek ex tunc, a co za tym idzie, jeżeli doszło do odstąpienia od umowy o roboty budowlane, to wykonawcy nie przysługuje za wykonane roboty wynagrodzenie z umowy, ale zwrot wartości świadczenia, jakie uzyskał z jego strony zamawiający, w sytuacji gdy z treści art. 644 K.c. wprost wynika, że „dopóki dzieło nie zostało ukończone, zamawiający może w każdej chwili od umowy odstąpić płacąc umówione wynagrodzenie”, w związku z czym w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że jest to wypadek, kiedy odstąpienie od umowy ma wyłącznie skutek - wprost przeciwny niż przyjęty przez Sąd a quo, a mianowicie - ex nunc, gdyż w odniesieniu do przeszłości umowa zostaje w mocy. Umowa ta jest zatem podstawą obowiązku inwestora do zapłacenia wynagrodzenia, co więcej odstąpienie od niej w oparciu o art. 644 K.c. samo w sobie stanowi de facto „uznanie roszczenia” wykonawcy o zapłatę umówionego wynagrodzenia, które może być jedynie pomniejszone wyłącznie o to, co wykonawca oszczędził z powodu niewykonania dzieła, z tym że onus probandi (art. 6 K.c.) obciąża w tym zakresie inwestora (pozwaną), który nawet nie podniósł w toku procesu zarzutu zmierzającego do obniżenia wynagrodzenia,

Ponadto powodowie podnieśli zarzut naruszenia przepisów prawa procesowego mającego istotny wpływ na treść wyroku, tj.:

1. art. 233 § 1 K.p.c. przez dokonanie całkowicie dowolnych, wzajemnie sprzecznych, a także sprzecznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego ustaleń faktycznych polegających na przyjęciu, że:

a) powodowie dokonali zmiany konstrukcji stalowej bez zgody autora projektu inż. M. B. oraz wbrew zdecydowanemu sprzeciwowi inwestora, w sytuacji gdy:

-projekt zmian został przedstawiony inż. M. B., który zmiany te zaakceptował podpisując się na każdym rysunku z adnotacją, iż zmiany te mają charakter nieistotny (zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy),

-zaakceptowane przez projektanta rysunki zostały przedstawione inwestorowi,

-inwestor nie wstrzymał robót budowlanych realizowanych w oparciu o zmienioną dokumentację wykonawczą,

-inwestor zapłacił wykonawcy za wykonaną konstrukcję stalową,

-przy odbiorze końcowym, który odbył się dnia 27 czerwca 2006 r., nie zgłoszono żadnych zastrzeżeń dotyczących konstrukcji stalowej,

b) pierwotny projekt konstrukcji stalowej był prawidłowy, a wprowadzone przez powodów zmiany doprowadziły do jej wadliwości, w sytuacji gdy:

-zmiany konstrukcji zostały zaprojektowane przez osobę uprawnioną tj., mgr inż. J. N. oraz zaakceptowane przez autora pierwotnego projektu inż. M. B., który tym samym przyjął na siebie odpowiedzialność za te zmiany. -podczas

odbioru końcowego który odbył się dnia 27 czerwca 2006 r., nie zgłoszono żadnych zastrzeżeń dotyczących konstrukcji stalowej,

-ustalenia Sądu dotyczące wadliwości wykonanych robót zostały oparte na opinii biegłego inż. Z. P., który nie legitymuje się żadnymi uprawnieniami budowlanymi oraz na prywatnej ekspertyzie sporządzonej na zlecenie strony pozwanej, która w sprawie nie może być traktowana jak opinia, lecz wyłącznie w kategoriach stanowiska procesowego strony pozwanej,

c) pozwana Drukarnia skutecznie odstąpiła od umowy przed jej wykonaniem przez stronę powodową, w sytuacji gdy:

-odbior końcowy odbył się w dniu 27 czerwca 2006 r., w dniu 9 sierpnia 2006 r. powodowie zgłosili wykonanie prac zleconych przez komisję odbiorową a strona pozwana odstąpiła od umowy dopiero w dniu 14 września 2006 r.,

-podstawy odstąpienia miały charakter rzekomy i zmierzały wyłącznie do uniknięcia zapłaty, albowiem wykonawca nie pozostawał w zwłoce, wprowadzone do projektu zmiany były uzgodnione i zaakceptowane przez stronę pozwaną, a wykonanie dokumentacji projektowej zamiennej - zatwierdzonej przez (...) Wydział Architektury i Urbanistyki - było nie tylko całkowicie zbędne, lecz wręcz niemożliwe, ze względu na nieistotny charakter wprowadzonych zmian - o czym świadczy decyzja Prezydenta Miasta K. z dnia 8 stycznia 2007 r. wydanej w sprawie toczącej się przed (...) Wydział Architektury, nr (...) umarzająca postępowanie w tym przedmiocie, od której pozwany się nawet nie odwołał,

2. art. 217 § 1 w zw. z art. 227 K.p.c. przez:

a) oddalenie wniosku strony powodowej o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z ostatecznej i prawomocnej decyzji Prezydenta Miasta K. z dnia 8 stycznia 2007 r. wydanej przez (...) w K. w sprawie o nr (...), kwalifikującej wprowadzone do projektu zmiany jako nieistotne, a przedstawianie projektu zamiennego za zbędne, która to decyzja ma moc dokumentu urzędowego, o jakim mowa w art. 244 § 1 K.p.c. — uznając ten dowód za spóźniony, w sytuacji gdy strona powodowa przedłożyła tę decyzję bezpośrednio po jej uzyskaniu, a od momentu w którym dowiedziała się o jego istnieniu powoływała się na jego treść wnosząc o zobowiązanie strony pozwanej do jego przedstawienia po myśli art. 248 § 1 K.p.c. - co strona pozwana nie uczyniła przed Sądem i powodami zataiła,

b) milczące pominięcie dowodu z opinii rzeczoznawcy budowlanego inż. bud. ład. M. F. z dnia 29 listopada 2012 r., która stanowi w zasadzie potwierdzenie twierdzeń i dowodów przedstawionych przez powodów, a równocześnie bezkrytyczne przyjęcie prywatnej opinii strony pozwanej, opartej na starannie wybranym i wyselekcjonowanym materiale dowodowym,

3. art. 286 K.p.c. przez oparcia ustaleń Sądu wymagających wiadomości specjalnych na opinii inż. Z. P., który nie posiada wiedzy, kompetencji ani uprawnień z zakresu prawa budowlanego, zwłaszcza w zakresie oceny przemysłowych konstrukcji stalowych, a co za tym idzie jego opinia jest całkowicie nieprzydatna do rozstrzygnięcia sprawy,

4. art. 278 § 1 K.p.c. przez oparcie rozstrzygnięcia na prywatnej opinii wydanej na zlecenie strony pozwanej, w sytuacji gdy opinia ta może być traktowana wyłącznie w kategorii stanowiska procesowego strony pozwanej.

Wskazując na powyższe zarzuty powodowie wnosili o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie powództwa w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania od pozwanej na rzecz powodów za obie instancje, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji z obowiązkiem orzeczenia o kosztach postępowania po myśli art. 108 § 2 K.p.c.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powodów jest częściowo uzasadniona.

Za częściowo tylko zasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnych ustaleń w zakresie niektórych elementów stanu faktycznego a także wyciągnięcia z nich – po części - błędnych wniosków.

Na wstępie należy jednak podkreślić, że nie znajduje uzasadnienia zarzut dotyczący ustalenia, iż pomiędzy stronami nie doszło do uzgodnienia zmian w stosunku do zatwierdzonego projektu. Do przyjęcia takiego uzgodnienia nie wystarczy akceptacja proponowanych zmian przez autora projektu w postaci adnotacji na przedstawionych mu rysunkach wykonawczo-warsztatowych obejmujących nowy układ hali w zakresie zmiany pokrycia dachowego, tym bardziej jeśli projektant zwracał uwagę na konieczność uzyskania zgody inwestora. Należy podkreślić, że umowa stron zobowiązywała powodowego wykonawcę do wykonania przedmiotu umowy „z należytą starannością, zgodnie z umową, dokumentacją projektową, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, obowiązującymi przepisami prawa, wytycznymi i wskazówkami zamawiającego oraz poleceniami inspektora nadzoru”. Wynika stąd, że wykonawca, który dostrzeże błędy projektu i poweźmie wątpliwości co do jego poprawności, winien zgłosić je inwestorowi, który jest jedynym uprawnionym do wyrażenia zgody na odstępstwa od projektu, istotne czy nawet nieistotne, ewentualne może zwrócić się o poprawienie projektu przez projektanta. Jak wynika z materiału dowodowego sprawy, inwestor reprezentowany na budowie przez T. N. inspektora nadzoru i J. S. kierownika budowy, przyjął do wiadomości proponowane przez powodów zmiany, jednakże w sposób wyraźny ich nie zaakceptował. Wynika to z korespondencji stron, m.in. z pisma kierownika budowy J. S. (1) do powoda z dnia 9 czerwca 2006 r. (karta 290) i 20 czerwca 2006 r., w którym zwrócił uwagę, że powodowie wykonują roboty niezgodnie z zatwierdzonym projektem a na wprowadzone liczne zmiany nie uzyskali zgody na piśmie. Świadczą o tym także wielokrotne wpisy do dziennika budowy, m.in. w dniu 19 maja 2006 r., kiedy to kierownik budowy J. S. (1) polecił sporządzenie stosownej dokumentacji wprowadzonych już zmian i uzgodnienie ich z projektantem, co powtórzył wpisem z dnia 5 czerwca 2006 r. (karta 295-296). Brak zgody inwestora na proponowane przez powodów zmiany potwierdzają zeznania świadka J. M. (karta 459-460), która zeznała, że w jej obecności J. S. nakazał realizowanie projektu pierwotnego. W trakcie realizacji robót pozwany, jakkolwiek nie sprzeciwił się wprost wprowadzonym przez powodów zmianom i nie wstrzymał robót, to jednak domagał się cały czas przedstawienia projektu zamiennego, czego powodowie nie uczynili. Jak wynika z opinii uzupełniającej biegłego P. rysunki konstrukcyjne inż. J. N. nie spełniają wymogów takiego projektu, gdyż są niekompletne i brak w nim części opisowej (karta 838). Podobnie, dostarczona przez powodów dokumentacja z maja 2006 r., nie stanowi kompleksowego, całościowego projektu zamiennego – projekt ten zawiera wyłącznie konstrukcję stalową.

Nie ulega też wątpliwości, że nie wszystkie odstępstwa od projektu objęte zostały adnotacjami projektanta, bowiem już na etapie prac montażowych, bez żadnych uzgodnień z projektantem, powodowy wykonawca dokonał zmiany paneli ściennych, co spowodowało zmianę sztywności konstrukcji i konieczność dołożenia dodatkowego elementu konstrukcyjnego tj. słupa stalowego, pod którym nie wykonano fundamentu, a dodatkowo wykonawca pominął również większość stężeń, twierdząc że hala jest stężona panelami. Spotkało się to z zaniepokojeniem projektanta, który nadto zwracał uwagę na ciągle dokładanie przez wykonawcę elementów konstrukcyjnych hali w celu poprawy sztywności obiektu oraz zwrócił uwagę na brak stosownego opracowania konstrukcyjnego w tym zakresie.

Należy także zwrócić uwagę że w protokole z dnia 27 lipca 2006 r. powodowy wykonawca został zobowiązany do dostarczenia do dnia 31 lipca 2006 r. projektu zamiennego konstrukcji, o który upominał się już uprzednio. Projektu tego powodowie nie dostarczyli. Jak bowiem wyżej już wskazano, rysunki konstrukcyjne inż. J. N. są niekompletne a dodatkowo brak części opisowej uniemożliwia zaliczenie ich do projektu zamiennego.

Bez znaczenia dla oceny, iż do uzgodnienia odstępstw od projektu nie doszło, jest fakt zapłaty przez inwestora części wynagrodzenia, po wykonaniu i dostarczeniu na budowę konstrukcji stalowej. W szczególności zapłata ta nie jest równoznaczna z pokwitowaniem spełnienia świadczenia niepieniężnego przez powodowego wykonawcę. Zapłata wynagrodzenia na podstawie umowy o roboty budowlane ma zawsze charakter świadczenia jednorazowego, którego to charakteru nie traci i wtedy, gdy jego zapłata następuje częściami na mocy art. 654 k.c. Przedmiotem umowy jest bowiem obiekt budowlany, który stanowi ostatecznie niepodzielną całość, określoną w projekcie budowlanym i podlega - jako całość - jednemu odbiorowi technicznemu, nawet jeśli wcześniej dochodzi do odbiorów częściowych. W szczególności nawet dokonanie takiego odbioru częściowego nie pozbawia inwestora prawa do wykazywania, że przyjęta bez zastrzeżeń część obiektu została wykonana niezgodnie z projektem lub posiadała wady. W niniejszym przypadku do takiego częściowego odbioru nie doszło, zatem o pokwitowaniu w tym zakresie nie może być mowy.

Sama zaś zapłata części wynagrodzenia za takie pokwitowanie nie może być uważana bowiem nie wynika to z żadnych dowodów ani okoliczności sprawy.

Wbrew stanowisku apelującego nie sposób także przyjąć by doszło do odbioru końcowego przedmiotu umowy. Przede wszystkim należy podkreślić, że z czynnością odbioru związana jest powinność wydania obiektu przez przyjmującego wykonawcę, uzewnętrzniona w postaci stosownego oświadczenia złożonego w sposób wyraźny bądź dorozumiany, zawierającego deklarację ukończenia obiektu i spełnienia przez niego przewidzianych w umowie wymogów. Powodowie takiego oświadczenia przed dniem 27 lipca 2006 r. nie złożyli. To strona pozwana pismem z dnia 19 lipca 2006 r. wyznaczyła powodom, podobnie jak i innym wykonawcom, termin odbioru końcowego. Na tym etapie cały obiekt był już obudowany płytami warstwowymi ale nie ukończony, skoro po wspomnianej dacie powodowie wbudowywali nowe elementy konstrukcyjne hali. Jak ustalił Sąd Okręgowy, prace polegające na wspawaniu płaskownika do słupów ściany szczytowej miały wpływ na sztywność konstrukcji, a także na nośność konstrukcji ściany szczytowej, bowiem stanowiły jej wzmocnienie. Należy zatem podkreślić, że obowiązek odebrania dzieła powstaje tylko wówczas, gdy dzieło zostało wykonane przez przyjmującego zamówienie zgodnie z treścią zobowiązania wynikającego z umowy oraz wydane zgodnie z tym zobowiązaniem (tj. w odpowiednim miejscu, z kompletem odpowiednich dokumentów, certyfikatów, uzgodnień itp.). Z treści protokołu nie wynika, aby doszło do odbioru obiektu w dniu 27 lipca 2006 r., tj. aby strona pozwana pokwitowała prawidłowe wykonanie zobowiązania przez powodów. Wprawdzie w protokole opisano jedynie drobne wady wykonawstwa, co do których wyznaczono termin usunięcia, jednakże zasadniczą przeszkodą w odbiorze był brak projektu zamiennego, do dostarczenia którego powodowie zostali zobowiązani w wyznaczonym terminie 31 lipca 2006 r. Powodowie zarzucali, że przy odbiorze końcowym nie zgłoszono żadnych zastrzeżeń dotyczących konstrukcji stalowej, jednakże brak tych zastrzeżeń wiąże się bezpośrednio z brakiem przedmiotowego projektu.

W uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2012 r., II CSK 213/11 (OSNC-ZD 2013/2/31) wskazano, że zamawiający ma prawo oczekiwać, iż dzieło zostało wykonane bez wad technicznych i korzystanie z niego nie stwarza niebezpieczeństwa dla zdrowia i życia jego samego lub osób trzecich. Wykonawca powinien mu zatem umożliwić zbadanie i ocenę, czy obiekt został wykonany właściwie i czy korzystanie z niego jest bezpieczne, poprzez dostarczenie odpowiedniej dokumentacji. W rozpoznawanej sprawie wykonawca wykonał obiekt budowlany w sposób odmienny od przewidzianego w projekcie budowlanym a zmiany ingerowały w rozwiązania konstrukcyjne. Wprawdzie umowa nie przewidywała dostarczenia przez wykonawcę żadnej dodatkowej dokumentacji, co zarzucili powodowie odmawiając uczynienia zadość żądaniu strony pozwanej, jednakże ich stanowisko byłoby usprawiedliwione jedynie w sytuacji dochowania zgodności z projektem. Skoro jednak wprowadzili odstępstwa od projektu, to żądanie przez zamawiającego ich udokumentowania stosownym projektem, zawierającym nie tylko rysunki ale i obliczenia, było usprawiedliwione. Brak takiej dokumentacji przede wszystkim uniemożliwiało sprawdzenie, czy spełnione zostały wymogi bezpieczeństwa w czasie normalnego korzystania z obiektu dzieła. Bez takiego projektu zamiennego zawierającego stosowne obliczenia, strona pozwana nie mogła ocenić prawidłowości wykonania konstrukcji hali, a tym samym dokonać odbioru końcowego. We wspomnianym wyroku Sąd Najwyższy uznał brak takiej dokumentacji za wadę istotną.

Natomiast wbrew stanowisku Sądu Okręgowego, nie ma podstaw w materiale dowodowym sprawy do dokonania ustalenia, iż doszło do skutecznego odstąpienia przez pozwanego od umowy z dnia 21 marca 2006 r. w oparciu o przepis art. 636 k.c., przy czym Sąd ewidentnie nie potrafił rozróżnić tej podstawy odstąpienia od podstawy znajdującej oparcie w art. 644 k.c. Jak wynika z ustaleń Sądu pierwszej instancji, odstąpienie od umowy w piśmie z dnia 14 września 2006 r. pozwany uzasadnił wykonaniem robót w sposób sprzeczny z umową i dokumentacją projektową, niedostarczeniem projektu zamiennego oraz ponad 3-miesięcznym opóźnieniem w wykonaniu robót. Jako podstawę prawną odstąpienia powany wskazał przepis art. 644 k.c., zaś Sąd Okręgowy przyjął, że wskazane powody odstąpienia uzasadniają zastosowanie także przepisu art. 636 k.c. Zgodnie z tym ostatnim przepisem w razie wadliwego albo sprzecznego z umową wykonywania dzieła, jeżeli nie doszło jeszcze do jego odbioru (art. 636 § 1 k.c. nie ma zastosowania po odebraniu dzieła), zamawiający może wezwać przyjmującego zamówienie do zmiany sposobu wykonania umowy i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Wskazane uprawnienie powstaje w sytuacji,

gdy na podstawie postanowień umowy (przewidującej szczególnie sposób działania przyjmującego zamówienie, w tym również ewentualnie osobisty charakter wykonywania dzieła) lub też ogólnych reguł wynikających z przepisów kodeksu cywilnego o umowie o dzieło, zamawiający będzie w stanie wykazać (udowodnić) wadliwe albo sprzeczne z umową wykonywanie dzieła (art. 6 k.c.). Wyznaczony przez zamawiającego termin będzie odpowiedni, jeżeli uwzględni okoliczności określonej umowy, stan zaawansowania prac, użytych materiałów, a także niebezpieczeństwo związane z kontynuowaniem wadliwego wykonywania dzieła.

Jak wynika z ustaleń faktycznych Sądu pierwszej instancji, w protokole z dnia 27 lipca 2006 r. strona pozwana zobowiązała wykonawcę do dostarczenia do dnia 31 lipca 2006 r. (w terminie 3 dni) projektu zamiennego konstrukcji w celu uzyskania decyzji o jego zatwierdzeniu. Następnie pismem z dnia 1 sierpnia 2006 r. pozwany inwestor wstrzymał roboty wykonywane przez powoda przy budowie hali magazynowej z powodu wykonywania przez niego robót niezgodnie z zatwierdzoną dokumentacją. W dniu 9 sierpnia 2006 r. powodowie zgłosili wykonanie prac zgodnie z zaleceniami architekta i usunięcie usterek ujawnionych w trakcie czynności komisji odbiorowej. Pozwany potwierdził wykonanie przez powodów prac zleconych w trakcie posiedzenia komisji odbiorowej w zakresie architektury i wezwał powodów do doprowadzenia do zgodności konstrukcji z zatwierdzonym projektem lub wykonania i zatwierdzenia projektu zamiennego, zgodnie z ustaleniami z dnia 27 lipca 2006 r., od czego uzależnił odbiór robót wykonanych przez powodów.

Wzywając powodów do doprowadzenia do zgodności konstrukcji z zatwierdzonym projektem pozwany nie wyznaczył terminu. Okoliczność, że pozwany wcześniej wielokrotnie wzywał powodów do wykonywania obiektu zgodnie z pierwotnym projektem nie ma znaczenia, bo i w przypadku tych wezwań termin nie był wyznaczany. Pozwany wyznaczył tylko termin na dostarczenie dokumentacji zamiennej, która jak wcześniej wskazano, miała służyć jedynie ocenie prawidłowości zastosowanych przez powodów rozwiązań a jej brak to uniemożliwiało. Tymczasem o tym, że rozwiązania te są wadliwe pozwany dowiedział się na skutek opinii rzeczoznawcy G. i bez wyznaczania powodom terminu na dostosowanie obiektu do projektu, odstąpił od umowy z powodu wykonywania robót w sposób sprzeczny z umową i dokumentacją projektową, niedostarczenie projektu zamiennego oraz ponad 3-miesięczne opóźnienie w wykonaniu robót. Za takie wezwanie, spełniające wymogi z art. 636 k.c., nie można uznać pisma strony pozwanej z dnia 11 sierpnia 2006 r. (karta 63). W piśmie tym wprawdzie strona pozwana wezwała powodów do doprowadzenia do zgodności konstrukcji z zatwierdzonym projektem bądź wykonania i zatwierdzenia projektu zamiennego, jednakże nie wyznaczyła powodom żadnego terminu. Również w piśmie z dnia 7 sierpnia 2006 r. (karta 70), z którym odesłano powodom wystawioną przez nich fakturę z dnia 3 sierpnia 2006 r., a także w piśmie z dnia 28 sierpnia 2006 r. (karta 71) strona pozwana nie wyznaczyła terminu. Należy też stwierdzić, że nawet gdyby uznać, iż wezwanie o którym mowa w art. 636 k.c. spełnia adnotacja na protokole z dnia 27 lipca 2006 r., to wyznaczenie terminu trzech dni na dostarczenie dokumentacji zamiennej trudno uznać za „odpowiedni” w rozumieniu art. 636 k.c. Nie bez znaczenia jest także to, że pismem z dnia 1 sierpnia 2006 r. strona pozwana wstrzymała roboty prowadzone przez powodów na budowie hali magazynowej (karta 286), co uniemożliwiało dalsze wykonywanie jakichkolwiek, w tym poprawkowych, robót. Z tych względów nie można przyjąć aby na dzień 14 września 2006 r. zaszły podstawy do odstąpienia od umowy na podstawie art. 636 k.c., tj. z powodu wykonywania dzieła w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową.

Należy natomiast podkreślić, że terminowość wykonania dzieła nie mieści się w dyspozycji art. 636 k.c. i nie może być uznana za przejaw „wykonania dzieła w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową”. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 listopada 2008 r. V CSK. 182/08, (LEX nr 619662) w treści art. 656 § 1 k.c. widoczne jest wyraźne rozróżnienie między terminowością a sposobem wykonania umowy o roboty budowlane, co odpowiada systematyce przepisów dotyczących umowy o dzieło, do których przepis ten odsyła, regulujących obie te kwestie odrębnie w art. 635 i 636 k.c. Jednakże uprawnienie do odstąpienia od umowy na podstawie art. 635 k.c. realizowane być może jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła, bo w takiej sytuacji zamawiający zyskuje możliwość powierzenia wykonania dzieła innemu wykonawcy i uzyskania go w oczekiwanym przez siebie terminie. Gdyby okazało się na przykład, że przyjmujący zamówienie mógł w normalnym toku czynności dokończyć dzieło w przepisany terminie, oświadczenie o odstąpieniu od umowy nie wywoła skutku odstąpienia.

Natomiast w każdym czasie aż do momentu ukończenia dzieła zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy na podstawie art. 644 zd. 1 k.c. Za nieukończone należy traktować dzieło, które nie nadaje się do wydania i odbioru, co jak wyżej wskazano, miało miejsce w niniejszej sprawie. W takiej sytuacji na zamawiającym spoczywa obowiązek zapłaty umówionego wynagrodzenia, z tym że może odliczyć to, co przyjmujący zamówienie oszczędził z powodu niewykonania dzieła (art. 644 zd. 2 k.c.). Oszczędnością może być w tym wypadku w szczególności wartość majątkowa wszystkiego, co przyjmujący zamówienie musiałby zużyć do wykonania dzieła, a co wskutek zaniechania wykonywania dzieła może wykorzystać zarobkowo w inny sposób (w tym także czas potrzebny do wykonania zamówienia). Ciężar dowodu powstania oszczędności przyjmującego zamówienie spoczywa w tej sytuacji na zamawiającym (art. 6 k.c.).

Należy jednak podkreślić, że wbrew wskazaniu jako podstawy odstąpienia art. 644 k.c., intencją strony pozwanej nie było odstąpienie od umowy za zapłatą wynagrodzenia lecz odstąpienie od umowy z przyczyn wskazanych w oświadczeniu z dnia 14 września 2006 r. a te przyczyny mieszczą się w normie z art. 636 k.c. Na przeszkodzie uznania skuteczności wypowiedzenia z wskazanych powodów legł brak wyznaczenie wykonawcy odpowiedniego terminu do zmiany sposobu wykonania przedmiotu umowy, o czym była wcześniej mowa.

Gdyby jednak przyjąć, że strona pozwana skutecznie odstąpiła od umowy na podstawie art. 644 k.c., to zobowiązana jest zapłacić powodowi wynagrodzenie według zasad tam określonych. Jakkolwiek bowiem odstąpienie od umowy wywiera zazwyczaj skutek *ex tunc*, tj. z chwilą jego wykonania - uważa się, że jest tak, jakby umowa nigdy nie została zawarta, to jednak od reguły tej istnieją wyjątki. Według art. 491 § 2 k.c., jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a jedna ze stron dopuszcza się zwłoki tylko co do części świadczenia, druga strona może złożyć oświadczenie o odstąpieniu co do tej właśnie części świadczenia. W takim wypadku odstąpienie jedynie modyfikuje treść stosunku zobowiązaniowego, usuwając z niej pewne elementy. Ponadto, zgodnie z art. 491 § 2 k.c., we wspomnianej sytuacji, druga strona może złożyć oświadczenie o odstąpieniu co do całej reszty niespełnionego świadczenia, także więc w odniesieniu do tej jego części, która nie jest jeszcze wymagalna. W tym zakresie odstąpienie działa, jak się wskazuje, jedynie na przyszłość, jak wypowiedzenie. Sąd Apelacyjny podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 26 stycznia 2001 r., II CKN 365/00 (OSNC 2001/10/154, Biul.SN 2001/6/10, Wokanda 2001/7-8/17, Pr.Gosp. 2001/10/21, M.Prawn. 2001/14/742), w którym Sąd Najwyższy wskazał, że uregulowanie zawarte w art. 644 k.c., pozwalające zamawiającemu, jako osobie wyłącznie zainteresowanej tym, aby dzieło powstało, przerwać wykonywanie dzieła w dowolnym czasie przed jego ukończeniem, jest podyktowane interesem zamawiającego. Chronione jednak przy tym muszą być także interesy przyjmującego zamówienie. Dlatego powinien on otrzymać od zamawiającego, który odstąpił od umowy, umówione wynagrodzenie, pomniejszone ewentualnie o to, co przyjmujący zaoszczędził nie kończąc dzieła. Sąd Najwyższy stwierdził, że „niweczący skutek odstąpienia przewidzianego w art. 644 k.c. został więc dość wyraźnie skierowany jedynie na przyszłość, w odniesieniu do okresu od chwili złożenia oświadczenia o odstąpieniu. Ma ono uwolnić przyjmującego zamówienie od obowiązku kontynuowania wykonywania dzieła, a zamawiającego od obowiązku zapłaty części wynagrodzenia odpowiadającej temu, co przyjmujący zamówienie zaoszczędził przerywając pracę nad dziełem. Należy zatem przyjąć, że odstąpienie dokonane na podstawie art. 644 k.c. działa - podobnie jak odstąpienie częściowe w drugiej z wspomnianych wyżej sytuacji objętych art. 491 § 2 k.c. - tak jak wypowiedzenie, tj. jedynie na przyszłość. W odniesieniu do przeszłości umowa o dzieło pozostaje w mocy. To właśnie ona jest podstawą obowiązku zamawiającego do zapłacenia przyjmującemu zamówienie wynagrodzenia. Ona też uzasadnia pozostanie u zamawiającego oddanej mu już części dzieła. Na jej podstawie przyjmujący zamówienie jest także zobowiązany wydać zamawiającemu nie ukończone dzieło.”

Reasumując, niezależnie od tego czy do odstąpienia od umowy w oparciu o art. 644 k.c. doszło, czy też nie, wbrew stanowisku Sądu pierwszej instancji, powodowi przysługuje roszczenie o zapłatę wynagrodzenia, jednak odpowiednio pomniejszonego.

Strona pozwana powoływała się na wadliwie wykonanie robót, spowodowane odstępstwem od zatwierdzonego projektu technicznego. Jednocześnie przyznawała, że powodem wykonali przedmiot umowy niemal w całości, z tym że powyższe odstępstwa oraz brak dokumentacji projektowej zamienną, nie pozwalał na dokonanie odbioru i

przekazanie obiektu do eksploatacji. Wynika to zarówno z protokołu z dnia 27 lipca 2006 r. (karta 59) jak i późniejszej korespondencji stron.

Z tych względów Sąd Apelacyjny uzupełnił postępowanie dowodowe poprzez przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego mgr inż. Z. D. (1), na okoliczność ustalenia czy w wykonywanym przez powodów obiekcie hali magazynowej papieru występowały odstępstwa od pierwotnego projektu technicznego zatwierdzonego przez inwestora, bądź wady, o których mowa w opinii biegłego sądowego Z. P., oraz ewentualnego ustalenia stopnia obniżenia wynagrodzenia wykonawcy z uwagi na występowanie stwierdzonych odstępstw lub wad.

W wykonanej opinii biegły stwierdził następujące odstępstwa od zatwierdzonego projektu pierwotnego: zmieniono bezpłatniowe pokrycie dachu TR94/250 na pokrycie dachowe z płyt warstwowych opartych na zetownikach zimnogiętych Z200x68x60x2; zrezygnowano z dźwigarów kratowych pośrednich; zmieniono niektóre, wymienione w opinii kratownice główne; zmieniono wymienione w opinii słupy a wprowadzono inne; zrezygnowano z rygli obwodowych; zmieniono układ stężeń połączeniowych i ściennych; zwiększono wysięg zadaszenia z 5,09m do 6,05m; zmieniono podwieszenia zadaszeń wraz z ich mocowaniem w konstrukcji daszków. Na podstawie analizy dokumentacji powykonawczej (projektu warsztatowego) biegły stwierdził, że w projekcie powykonawczym nie zostały naniesione zmiany w stosunku do projektu pierwotnego, a rysunki powykonawcze nie spełniały norm PN-B-06200:2002, PN-64/B01043. W obliczeniach statyczno-wytrzymałościowych przyjęto stal 18G2-305. Na rysunkach warsztatowych podano stal 18G2, St3S lub nie podano takiej informacji. W dokumentacji powykonawczej brak świadectw badania grubości powłoki zabezpieczenia ogniowego, brak certyfikatów i świadectw jakości wbudowanych materiałów. Dlatego nie ma możliwości weryfikacji zgodności materiału wbudowanego z założeniami projektowymi. Na wszystkich rysunkach brak oznaczeń elektrod do wykonania spoin. Brak rysunków warsztatowych wszystkich elementów konstrukcyjnych. Z tych względów biegły stwierdził, że projekt powykonawczy jest niekompletny i nie można uznać go za dokumentację powykonawczą. Według biegłego wprowadzone przez Firmę (...) s.c. zmiany nie były zmianami istotnymi w świetle art. 36 a ustawy z dnia 7 lipca 1994r. prawo budowlane, który stanowi, że nieistotne odstępstwo od zatwierdzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę nie wymaga uzyskania decyzji o zmianie pozwolenia na budowę, o ile nie dotyczy: zakresu objętego projektem zagospodarowania działki lub terenu; charakterystycznych parametrów obiektu budowlanego kubatury, powierzchni zabudowy, wysokości, długości, szerokości i liczby kondygnacji; zapewnienia warunków niezbędnych do korzystania z tego obiektu lub jego części; ustaleń miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego lub decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania przestrzennego, jednakże spowodowały zmianę schematów statycznych konstrukcji, geometrii przekrycia, wysięgu zadaszenia zewnętrznego, układu dźwigarów kratowych, przekrojów elementów stalowych, układu stężeń połączeniowych i ściennych. Biegły stwierdził, że projekt warsztatowy, na podstawie którego Firma (...) s.c. wykonała konstrukcję hali magazynowej nie spełniał wymogów bezpieczeństwa z uwagi na nieprawidłowy układ stężeń oraz zastosowane przekroje poszczególnych elementów. W części obliczeniowej budzi zastrzeżenia sposób zestawiania obciążeń klimatycznych. Błędnie przyjęto, że budynek hali magazynowej jest budynkiem wolnostojącym, w związku z tym wprowadzone wartości obciążeń są zaniżone. Na podstawie wykonanych obliczeń biegły potwierdził nieprawidłowości projektu warsztatowego zawarte w Ekspertyzie firmy (...), w związku z czym uzasadnione było zlecenie wykonania projektu wzmocnienia konstrukcji. Ze względu w/w zmiany biegły stwierdził zmianę podstawy rozliczenia wynagrodzenia ustalonego w umowie o roboty budowlane, ponieważ został zmieniony ciężar wykonywanej konstrukcji stalowej.

We wnioskach opinii biegły stwierdził, że w wykonywanym przez Firmę (...) s.c. obiekcie występowały odstępstwa od zatwierdzonego przez inwestora projektu wykonawczego – sporządzony na zlecenie powodów w trakcie realizacji robót budowlanych projekt przez Biuro (...) s.c. zawierał nieprawidłowości w postaci: (1) błędnie przyjętego układu stężeń, (2) niepoprawnie dobranych przekrojów elementów - problemy z nośnością zaprojektowanej konstrukcji były efektem braku należytej staranności przy identyfikacji wprowadzonego do analizy modelu obliczeniowego z tym wskazanym w dokumentacji wykonawczej, a także zmiany konstrukcji pokrycia po podpisaniu umowy. Zmiany te obniżyły istotnie koszty wykonania. Ze względu na w/w nieprawidłowości, występowało potencjalne zagrożenie

bezpiecznej eksploatacji obiektu. Dlatego biegły potwierdził się konieczność sporządzenia projektu wzmocnienia wykonanej konstrukcji.

Odnosząc się do wysokości należnego powodowi wynagrodzenia biegły stwierdził, że różnica w wartości konstrukcji wykonanej przez firmę (...) s.c. w stosunku do wartości umowy wynosi 21.857,69zł. Z uwagi na nieprawidłowości projektu warsztatowego i konieczność wykonania wzmocnienia konstrukcji, różnicę w wartości wynagrodzenia wynoszącą 21.857,69 zł, zdaniem biegłego należy powiększyć o wartość opracowania projektu wzmocnienia i wykonania robót budowlanych. Koszt wzmocnienia biegły wyliczył na 26.669,67 zł. Według biegłego, do ostatecznej wartości obniżenia wynagrodzenia dla Firmy (...) s.c. wynoszącej 48.527,36zł należy doliczyć faktury za wykonanie projektu wzmocnienia oraz ekspertyzę sporządzoną przez(...).

W opinii uzupełniającej, sporządzonej w związku z zarzutami powodów do opinii, biegły Z. D. ponownie stwierdził, że wprawdzie konstrukcja wykonana przez powodów jest użytkowana do chwili obecnej, jednak nie byłoby to możliwe bez wcześniejszego wzmocnienia konstrukcji gdyż konstrukcja wykonana według projektu warsztatowego nie spełniała wymogów bezpieczeństwa. Biegły potwierdził także swoje stanowisko co do błędnego wykonania projektu warsztatowego jeśli chodzi o nieprawidłowy układ stężeń, zastosowane przekroje poszczególnych elementów. Wprowadzone w projekcie warsztatowym odstępstwa od projektu pierwotnego miały bezpośredni wpływ na zmiany w konstrukcji hali, w szczególności w odniesieniu do: schematów statycznych, geometrii przekrycia oraz wysięgu zadaszania zewnętrznego, układu dźwigarów kratowych, układu stężeń połączeniowych i ściennych. Biegły wyjaśnił dodatkowo, że obliczenia statyczno-wytrzymałościowe przedstawione w opinii zostały wykonane w oparciu o normy polskie, obowiązujące w roku 2006. Faktycznie obciążenie śniegiem zostało wykonane wg normy (...)z października 2006 r., nie zmienia to jednak faktu, że sposób zestawiania obciążeń przyjęty w obliczeniach statyczno-wytrzymałościowych w projekcie warsztatowym budzi zastrzeżenia Biegłego. Błędnie przyjęto, że budynek hali magazynowej jest budynkiem wolnostojącym, a co za tym idzie wprowadzone wartości obciążeń są zaniżone. W rzeczywistości analizowany obiekt jest budynkiem przyległym do budynku wyższego, dlatego też należy wziąć pod uwagę możliwość zsypanywania się śniegu z dachu budynku wyższego i występowania tak zwanych „worków śnieżnych” przy atykach.

Biegły podtrzymał także stanowisko, że projekt warsztatowy był błędny. Zatwierdzony projekt hali magazynowej przewidywał wykonanie bezpłatniowego przekrycia dachu w postaci blachy trapezowej TR 94/250 gr. 1 mm w układzie pozytywnym. Blacha trapezowa miała być mocowana do spawanych dźwigarów kratowych o rozpiętości 12m w rozstawie co 3m. Co drugi dźwigar kratowy miał być oparty bezpośrednio na słupie, pozostałe oparte za pośrednictwem rygli podłużnych na słupach nośnych. Taki sposób rozwiązania przekrycia pozwalał na traktowanie konstrukcji dachu jako usztywnionej tarczy. Rolę tężnika poziomego w płaszczyźnie dachu pełniła w tym rozwiązaniu blacha trapezowa (blacha wysokiego fałdu). W projekcie warsztatowym wprowadzono zmianę przekrycia. Zaprojektowano płatwie z zetowników zimnogiętych Z200x68x60x2, na których oparto płyty warstwowe. W układzie dźwigarów kratowych zrezygnowano z kratownic opieranych w sposób pośredni przez rygle podłużne na słupach, płyty warstwowe nie mogą pełnić roli tężnika poziomego ze względu na niewielką sztywność paneli (niski moment bezwładności spowodowany brakiem pofałdowania). Rolą tężników dachowych jest przejęcie sił poziomych pochodzących od parcia/ssania wiatru oraz zabezpieczenie pasów ściskanych głównych dźwigarów dachowych przed zwichrzeniem. Aby element mógł być uważany za tężnik zabezpieczający przed zwichrzeniem musi być na tyle sztywny aby sam nie uległ wyboczeniu przy przenoszeniu sił ściskających. Płatwie z kształtowników zimnogiętych są elementami smukłymi i same nie mogą pełnić roli tężników dachowych. Funkcja jaką pełnią ściągi, zależna jest od funkcji pokrycia dachowego. I tak np.: - jeżeli pokrycie dachowe pełni funkcję tarczownicy (pokrycie dachu z arkuszy stali profilowanej, przykręcone do płatwi), ściągi nie muszą pełnić funkcji stabilizującej górnego pasa płatwi (tego, na którym pokrycie jest ułożone). - jeżeli pokryciu dachowemu nie jest przypisana funkcja tarczownicy (ze względu na niską sztywność), połączenie płatwi jest używane dla jej bocznej stabilizacji: w przypadku pasa górnego płatwi: ściągi tworzą poparcie dla obciążeń działających w płaszczyźnie połączenia dachowej i stabilizują płatwie przy dodatnim momencie zginającym (w przeszłe pod obciążeniem dociągającym) zabezpieczają przed zwichrzeniem.

Odnosząc się do zarzutów pozwanego związanych z wynagrodzeniem za roboty wzmacniające, biegły podtrzymał swoje stanowisko. Dalej podkreślił, że kierownik budowy jest osobą odpowiedzialną za nadzór nad prowadzonymi robotami budowlanymi, w szczególności w kwestii prowadzenia ich zgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym, normami budowlanymi, sztuką budowlaną oraz zasadami BHP. W związku z tym, w momencie stwierdzenia jakichkolwiek niezgodności, jako osoba pełniąca samodzielne funkcje w budownictwie winien właściwie i skutecznie zareagować. Wykonane przez Kierownika budowy wpisy w dzienniku budowy świadczą o podjętej reakcji z jego strony. Reakcja ta okazała się jednak niewystarczająca gdyż w momencie odstąpienia od przedmiotu umowy firma (...) s.c. nie miała podstaw, aby znajdować się na placu budowy. Kierownik budowy powinien był przedsięwziąć inne środki w celu przerwania prowadzonych niezgodnie z projektem prac budowlanych - np. wezwać Policję w związku z przebywaniem na terenie budowy osób nieupoważnionych.

Sąd Apelacyjny nie uwzględnił wniosku powodów o dalsze uzupełnienie opinii biegłego poprzez weryfikację projektu pierwotnego. Jak już wskazano powyżej, umowa stron zobowiązywała powodowego wykonawcę do wykonania przedmiotu umowy „z należyłą starannością, zgodnie z umową, dokumentacją projektową, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, obowiązującymi przepisami prawa, wytycznymi i wskazówkami zamawiającego oraz poleceniami inspektora nadzoru”. Wynika stąd, że wykonawca, który dostrzeże błędy projektu i poweźmie wątpliwości co do jego poprawności, winien zgłosić je inwestorowi, który jest jedynym uprawnionym do wyrażenia zgody na odstępstwa od projektu, istotne czy nawet nieistotne, ewentualne może zwrócić się o poprawienie projektu przez projektanta. Jak wyżej wskazano powodowie podnosili wobec inwestora wadliwość przyjętych w projekcie rozwiązań, jednakże ich zastrzeżenia i proponowane przez nich zmiany nie zostały w sposób wyraźny zaakceptowane, a inwestor nie podjął dalszych działań zmierzających do zmian projektowych. Tym samym wykonawca wypełnił ciężący na nim z mocy art. 651 k.c. obowiązek zgłoszenia inwestorowi dostrzeżonych błędów projektu lub pojawiających się wątpliwości co do jego poprawności. (por. wyrok SN z 27 marca 2000 r., III CKN 629/98, OSNC 2000, nr 9, poz. 173). Z powołanego przepisu nie wynika jednak, aby wykonawca w każdym przypadku miał obowiązek szczegółowego sprawdzenia dostarczonej mu przez inwestora dokumentacji w celu wykrycia jej ewentualnych wad, zważywszy, że wykonawca nie musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania. Obowiązek wykonawcy określony w art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, iż musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub o tym, że realizacja robót zgodnie z dostarczonym projektem spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim wypadku chodzi jednak o takie sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. (wyrok SN z dnia 26.06.2008 r., II CSK 101/08 -LEX nr 637702). Jeśli wykonawca zawiadomi inwestora, a ten nadal domaga się realizacji projektu, wykonawca zwolniony jest z odpowiedzialności. Odstępstwa od projektu w takim wypadku, stanowią wadę, za którą wykonawca ponosi odpowiedzialność względem inwestora.

Powodom przysługuje zatem wynagrodzenie, z tym że pomniejszone w odpowiednim stosunku z powodu wprowadzonych odstępstw od projektu a także związanych z koniecznością dostosowania obiektu do wymagań projektu pierwotnego, strona pozwana ma bowiem prawo domagać się by projekt pierwotny został zachowany, niezależnie od tego, jak ten projekt oceniają powodowie. Jak wyżej wskazano, odstąpienie od umowy na podstawie art. 644 k.c. miało skutek na przyszłość, a pozwany przejął nie ukończone dzieło, które zostało mu wydane poprzez czynności faktyczne, ale dopiero z chwilą złożenia przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu od umowy. W umowie stron ustalono wynagrodzenie na kwotę 598.000 zł netto. Na podstawie opinii biegłego Z. D., Sąd Apelacyjny przyjął, że wynagrodzenie to należy pomniejszyć o 21.857,69 zł stanowiącą różnicę wartości konstrukcji, oraz kwotę 26.669,67 zł jako koszt wzmocnienia. Oprócz tego pozwany wykazał, że w związku z nieprawidłowym, tj. niezgodnym z projektem wykonaniem obiektu przez powodów, poniósł koszty projektu wzmocnienia w kwocie 7.500 zł netto (9.150 zł brutto), koszty ekspertyzy w kwocie 15.000 zł netto (18.300 zł brutto), i koszt robót wzmacniających w wysokości 68.500 zł netto (15.070 zł brutto). Zatem łącznie wynagrodzenie powodów należy pomniejszyć o kwotę 139.527,36 zł.

Jak bowiem wyżej wskazano, z wszystkich opinii sporządzonych w niniejszej sprawie wynika, że przedmiot umowy, jako wykonany niezgodnie z zatwierdzonym projektem technicznym był niezgodny z umową a tym samym wadliwy. Poniesione zatem przez pozwanego koszty związane ze stwierdzeniem rozmiarów tych odstępstw – wobec braku

projektu zamiennego, oraz ich naprawienie, pozostają w bezpośrednim związku przyczynowym z nienależytym wykonaniem umowy przez powodów, w rozumieniu art. 471 k.c.

Pomniejszone o kwotę 139.527,36 zł wynagrodzenie powodów winno zatem wynosić kwotę 458.472,36 zł netto a 563.921,34 zł brutto (23% VAT to 105.448.70 zł). Na poczet tego wynagrodzenia pozwany zapłacił kwotę 100.000 zł i kwotę 125.090 zł (karta 68, 69), zatem pozostaje do zapłaty kwota 338.831,34 zł brutto.

W odpowiedzi na pozew (karta 253-278) pozwany zgłosił do potrącenia karę umowną za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 1% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki w wysokości 733.333,60 zł za 106 dni oraz karę umowną za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, w wysokości 10% wynagrodzenia umownego, tj. 72.956 zł, według noty księgowej z dnia 28 listopada 2006 r. (karta 281) za opóźnienie w wykonaniu robót

Termin wykonania robót ustalony był w umowie na dzień 31 maja 2006 r. (od 21 marca 2006 r.). Termin ten nie został dotrzymany, zatem opóźnienie stanowiące podstawę naliczenia kary umownej powstało.

Należy podkreślić, że funkcją kary umownej jest głównie zabezpieczenie wykonania świadczenia głównego i dochodzenia odszkodowania za szkodę wynikłą z jego niewykonania lub wykonania nienależytego. W szczególności, w braku odmiennych postanowień umowy, kara umowna zastępuje odszkodowanie. Z tych względów kara umowna ma charakter świadczenia warunkowego i ubocznego, pozostając w ścisłym związku z świadczeniem głównym albowiem dłużnik może wykazać, że za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania odpowiedzialności nie ponosi i wówczas nie ma również obowiązku zapłaty kary umownej. Obowiązek ten istnieje zaś tylko wtedy, gdy są podstawy odpowiedzialności dłużnika.

Ustalenia poczynione przez Sąd Okręgowy na podstawie przedstawionego przez strony materiału dowodowego dają podstawę do wyrażenia wątpliwości, czy powodowie w istocie ponoszą odpowiedzialność za nienależyte wykonanie umowy polegające na powstaniu opóźnienia w rozmiarze zarzucanym przez stronę pozwaną, co było podstawą wyliczenia kar umownych łącznie w wysokości 733.333,60 zł. Z ustaleń tych wynika bowiem, że powodowi nie został przekazany protokolarnie plac budowy, ale prace przy fundamentach, które nie należały do zakresu robót powierzonych powodowi, zakończono w dniu 28 kwietnia 2006 r. W dniu 12 maja 2006 r. powodowie rozpoczęli zwożenie elementów konstrukcji hali wykonanych zgodnie z projektem inż. J. N., a w dniu 16 maja 2006 r. montaż hali. Skoro teren budowy został powodowi wydany z opóźnieniem, zatem dopiero po jego przejściu powodowie mogli przystąpić do wykonania umowy. Należy podkreślić także i to, że w ocenie Sądu Apelacyjnego powodowie nie mogą odpowiadać za opóźnienie po wstrzymaniu przez pozwanego robót, co nastąpiło pismem z dnia 1 sierpnia 2006 r. Roboty zostały wznowione dopiero w dniu 16 stycznia 2007 r. ale z udziałem innego wykonawcy. Zatem opóźnienie powodowego wykonawcy, za które ponosi on odpowiedzialność powstało w okresie od 2 lipca 2006 r. do 2 sierpnia 2006 r., tj. 31 dni, za które kara umowna wynosi 226.163,60 zł. Kara ta pomniejsza wynagrodzenie wskutek potrącenia (art. 498 § 2 k.c.). Wynagrodzenie wynosi zatem kwotę 112.67,74 zł i taką kwotę należało zasądzić od pozwanego na rzecz powodów.

W ocenie Sądu Apelacyjnego brak jest natomiast podstaw do obciążania powodów karą umowną za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie powodowego wykonawcy. Jak wyżej wskazano, do odstąpienia od umowy z przyczyn wskazanych w art. 636 k.c. skutecznie nie doszło, a tylko takie przyczyny obciążałyby powodów. Odstąpienie od umowy na podstawie art. 644 k.c. podstaw do naliczania kary umownej powodowym wykonawcom nie dają, gdyż wykonanie tego prawa pozostawione jest swobodnej ocenie zamawiającego.

Reasumując, Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok jak w sentencji, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. i zasądził od strony pozwanej na rzecz powodów kwotę 112.667,74 zł. Konsekwencją powyższej zmiany jest także zmiana rozstrzygnięcia o kosztach procesu za pierwszą instancję. Przyjmując, że powodowie przegrali sprawę w około 78%-ach, w takim też stosunku obciążają ich koszty procesu, przy uwzględnieniu 22% poniesionych kosztów należnych od strony pozwanej. Tak więc od powodów na rzecz strony pozwanej zasądzono 4.042 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego (78% z 7217 zł, tj. 5.629,26 zł – 22% z 7217 zł, tj. 1.587,74 zł). Pozwanego natomiast obciążono kosztami

sądowymi w wysokości 7.653,46 zł na którą składa się 5% opłaty od zasądzonego roszczenia (5.633,38 zł) i 22% z wydatków na opinię biegłego, które wyniosły łącznie 9.182,21 zł (2.020 zł) zaś powoda obciążono opłatą od oddalonej części powództwa – 19.163,62 zł i częścią wydatków – 7.162,13 zł. Ponieważ powodowie byli zwolnieni od opłaty od pozwu, część tej opłaty nakazano pobrać z zasądzonego na ich rzecz świadczenia, na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. Analogicznie rozliczono koszty postępowania apelacyjnego. Stronę pozwaną obciąża 22% kosztów biegłego – 2.367 zł (z 10.759,11 zł) oraz opłaty od apelacji w części uwzględnionej – 5.633,38 zł, natomiast powodów obciąża pozostała część należnej opłaty od apelacji, która w całości wynosi 24.797 zł (19.163,62 zł) oraz wydatków – 8.392,11 zł. Od powodów na rzecz strony pozwanej zasądzono kwotę 3.024 zł, tytułem kosztów postępowania apelacyjnego stanowiących wynagrodzenie pełnomocnika.