

UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 1 sierpnia 2016r. skierowanym przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W. powódka (...) Park (...) wniosła o zasądzenie od pozwanej kwoty 21 185zł. z ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi od kwot:

a) 11 685zł. od dnia 19 stycznia 2016r. tytułem zwrotu zapłaconej zaliczki;

b) 9 500zł. od dnia 16 stycznia 2016r tytułem kary umownej .

Uzasadniając zgłoszone żądanie powódka wskazała na fakt zawarcia z pozwaną w dniu 24 marca 2015r. umowy, w oparciu o którą pozwana zobowiązała się przygotować dla powódki w terminie 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy audyt efektywności energetycznej należącego do powódki budynku w formie programu funkcjonalno – użytkowego, który w dalszej kolejności posłużyć miał powódce do opisu przedmiotu zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych stanowiących prace termo modernizacyjne zwiększające energetyczną efektywność budynku. Dokument taki, który przybrać winien formę karty audytu efektywności energetycznej zgodnej z ustalonym wzorem, umożliwić miałby powódce uzyskanie świadectwa efektywności energetycznej, co z kolei umożliwić miało odzyskanie części poniesionych na inwestycję wydatków. Z uwagi na to, iż kolejne wersje przygotowanej przez pozwaną dokumentacji nie spełniały wymagań umowy, strony przedłużyły jej termin do dnia 31 grudnia 2015r. Ostatnia wersja dzieła przekazana została powódce w dniu 17 grudnia 2015r., przy czym z uwagi na to, iż również ona uznana została przez powódkę za niezgodną z umową, zdecydowała się ona w dniu 4 stycznia 2016r. odstąpić od umowy i zażądać jednocześnie zwrotu zapłaconej przez siebie zaliczki w kwocie 9 500zł. W dalszej części uzasadnienia żądania pozwu powódka wskazała, iż szczegółowe warunki, jakim odpowiadać winno przygotowane przez pozwaną dzieło, określa Rozporządzenie ministra gospodarki w sprawie szczegółowego zakresu i sposobu sporządzania audytu efektywności energetycznej, wzoru karty audytu efektywności energetycznej oraz metod obliczania oszczędności energii z dnia 10 sierpnia 2012 r. (Dz.U. z 2012 r. poz. 962) wydane na podstawie art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o efektywności energetycznej (Dz.U. Nr 94, poz. 551 oraz z 2012 r. poz. 951) (pozew k. 2 – 9).

Zapadłym w dniu 6 października 2016r. w postępowaniu upominawczym nakazem zapłaty orzeczono zgodnie z żądaniem pozwu (nakaz zapłaty k. 196).

We wniesionym w dniu 7 listopada 2016r. sprzeciwie pozwana wskazała, iż z uwagi na zgłaszane przez powódkę oczekiwania wykraczające poza przedmiot umowy zaproponowała jej zmianę przedmiot umowy, na co jednak powódka się nie zgodziła, wskazała wreszcie, iż w trakcie jej trwania pozwana dopiero w dniu 24 września 2015r. poinformowała, iż dzieło powódki spełniać winno wymogi Rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i form audytu energetycznego oraz części audytu remontowego, wzorów kart audytów, a także algorytmu oceny opłacalności przedsięwzięcia termomodernizacyjnego z dnia 17 marca 2009 r. (Dz.U. Nr 43, poz. 346) wydanego na podstawie art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów (Dz.U. Nr 223, poz. 1459). Na powyższe rozporządzenie powódka powołała się też odstępując od umowy. Pozwana uznała odstąpienie od umowy za bezskuteczne, wbrew bowiem postanowieniom umowy nie zostało poprzedzone wyznaczeniem 14 dniowego terminu do wykonania dzieła zgodnie z umową (sprzeciw k. 201 – 215).

W pozwie wzajemnym z dnia 16 stycznia 2017r. pozwana wniosła o zasądzenie od powódki kwoty 112 719,59zł. z odsetkami od dnia wniesienia pozwu wzajemnego tytułem należnego pozwanej wynagrodzenia za wykonane przez nią dzieło (pozew wzajemny k. 358 – 365).

Odpowiadając na wniesiony prze pozwaną sprzeciw powódka w swoim piśmie z dnia 7 listopada 2017r. przyznała, iż jej odstąpienie od umowy nie zostało poprzedzone zakreśleniem pozwanej terminu do tego, aby ta wykonała umowę

w sposób odpowiadający jej treści, podniosła jednak, iż z uwagi na art. 492 kc. określenie takiego terminu nie było w niniejszej sprawie konieczne (pismo k. 398 – 401).

Z dniem 14 grudnia 2016r. w prowadzonym dla powódki krs uwidoczniono zmianę jej nazwy na (...) (pismo k. 380, krs k. 383).

Sąd ustalił, co następuje:

W dniu 24 marca 2015r. powódka nosząca wtedy jeszcze nazwę (...) Parku (...) zawarła z pozwaną umowę, na mocy której pozwana zobowiązała się do opracowania w terminie 5 miesięcy od dnia podpisania umowy w formie programu funkcjonalno – użytkowego audytu efektywności energetycznej należącego do powódki budynku przy ul. (...) w zamian za wynagrodzenie netto w kwocie 95 000zł. powiększone o podatek VAT., przy czym 10% powyższego wynagrodzenia uiszczono miało zostać jako zaliczka po podpisaniu umowy, pozostałe zaś 90% - po wykonaniu umowy w terminie 14 dni od dnia doręczenia powódce wystawionej prawidłowo faktury. W par. 1 ust. 1 postawiono wymaganie, aby przygotowane dzieło zawierało w szczególności opis stanu istniejącego, propozycje rozwiązań technologicznych poprawiających efektywność energetyczną, planowane nakłady inwestycyjne wraz z proponowanymi rozwiązaniami technicznymi, koszty eksploatacji obiektu po przeprowadzeniu proponowanych modernizacji jak również ocenę efektywności energetycznej projektu wraz z jego analizą ekonomiczną. W par. 1 ust. 3 zastrzeżono, iż dzieło powinno spełniać wymogi Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy modyfikacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego, w par. 1 ust. 7 przewidziano z kolei, iż dokument powyższy posłużyć ma opisowi przedmiotu zamówienia w postępowaniu przetargowym o udzielenie zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Zgodnie z par. 4 umowy odbiór dzieła potwierdzony miał zostać podpisaniem obustronnie protokołem odbioru, przy czym samo przekazanie odbyć miało się zarówno w formie elektronicznej jak również w formie przekazania wydruku. W par. 9 ust. 4 pozwana zobowiązała się do zapłaty stanowiącej 10% wynagrodzenia kary umownej w przypadku dokonanej przez powódkę odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanej. Jednocześnie w par. 11 ust. 1 pkt b) umowy zastrzeżono dla powódki uprawnienie do odstąpienia od umowy o ile tylko pozwana realizuje prace w sposób niezgodny z postanowieniami umowy, przy czym odstąpienia takiego powódka mogła dokonać w ciągu 14 dni od upływu terminu wyznaczonego pozwanej do wykonania prac zgodnie z umową (umowa k. 61 – 66).

Redagując powyższą umowę powódka nie uznała za konieczne, aby wprost odnotować w niej, że przygotowany na jej podstawie dokument stanowić ma jednocześnie audyt efektywności energetycznej w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie szczegółowego zakresu i sposobu sporządzania audytu efektywności energetycznej, wzoru karty audytu efektywności energetycznej oraz metod obliczania oszczędności energii z dnia 10 sierpnia 2012 r. (Dz.U. z 2012 r. poz. 962), na taki właśnie audyt w swojej ofercie wskazała bowiem sama pozwana (pismo pełnomocnika powódki k. 431 – odwrót, zeznania świadka K. J. k. 494, oferta k. 223 – 225).

W ocenie pozwanej treść zawartej z powódką umowy wskazywała na jej intencję ogłoszenia nowego przetargu na wykonanie prac mających zapewnić poprawę efektywności energetycznej. Sam tytuł umowy wskazywał wreszcie wprost, iż celem powódki jest uzyskanie audytu efektywności energetycznej, o jakim mowa w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki w sprawie szczegółowego zakresu i sposobu sporządzania audytu efektywności energetycznej, wzoru karty audytu efektywności energetycznej oraz metod obliczania oszczędności energii z dnia 10 sierpnia 2012 r. (Dz.U. z 2012 r. poz. 962) wydanego na podstawie art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o efektywności energetycznej (Dz.U. Nr 94, poz. 551 oraz z 2012 r. poz. 951). W ocenie pozwanej nie było jednocześnie możliwe przygotowanie jednego dokumentu spełniającego jednocześnie wymagania wskazanego wyżej aktu prawnego i będącego zarazem programem funkcjonalno – użytkowym, bowiem określony wskazanym rozporządzeniem audyt wymagałby wskazania konkretnych urządzeń, co z kolei zdaniem pozwanej pozostawałoby w sprzeczności z Prawem zamówień publicznych. Z powyższych względów pozwana sama zdecydowała się rozdzielić swoje prace na dwa etapy, w ramach których najpierw przygotować miałyby dla powódki koncepcje różnych sposobów poprawy efektywności

energetycznej budynku, po wybraniu zaś przez powódkę jednej z nich na jej podstawie przygotować program funkcjonalno - użytkowy (zeznania świadków S. P. k. 423, J. P. k. 436, B. T. (1) k. 437).

Zawartym w dniu 31 sierpnia 2015r. aneksem termin wykonania zamówienia przedłużono do dnia 31 grudnia 2015r. (aneks k. 67). Podpisanie powyższego aneksu poprzedziła wymiana korespondencji, w której powódka wyrażała między życzenie, aby przygotowany przez pozwaną dokument wskazywał między innymi na wady projektu, w oparciu o który zrealizowana została dotychczasowa inwestycja, określał urządzenia, które należało zastosować w celu uzyskania poprawy efektywności energetycznej w stosunku do stanu istniejącego, a także działania, które możliwe są w tym celu w przyszłości z jednoczesnym wskazaniem propozycji konkretnych rozwiązań technologicznych i planowanych w związku z tym nakładów inwestycyjnych oraz eksploatacji budynku po jego modernizacji (korespondencja k. 68). Pierwsze z sformułowanych przez powódkę życzeń wynikało z faktu, iż budynek, którego audyt miał dotyczyć, był jeszcze na gwarancji, powódka zaś nie wykluczała wysunięcia roszczeń wobec jego podmiotu, który udzielił takiej gwarancji, o usunięcie wad obiektu. Powódka oczekiwała w szczególności, iż przygotowana przez pozwaną dokumentacja wskaże tak zwane mostki termiczne, czyli miejsca, w których następują możliwe do wyeliminowania ubytki ciepła. Aby uczynić zadość powyższym wymaganiom pozwana zaproponowała powódce wykonanie badań termowizyjnych, co jednak nie zadowoliło powódki (zeznania świadków P. R. k. 421 – odwrót – 422, S. P. k. 423 - odwrót). Prócz tego zwracano pozwanej uwagę na to, iż przygotowane dotychczas przez pozwaną materiały nie zawierają żadnych danych temat możliwej do zastosowania fotowoltaiki, w szczególności nie zawierają informacji o rodzaju wchodzących w rachubę paneli, ich sprawności, żywotności, powierzchni i wydajności. Te same braki dotyczyły źródeł oświetlenia L. (korespondencja k. 69 – 70).

W okresie późniejszym, już po podpisaniu aneksu powódka we wrześniu 2015r. kierowała do pozwanej korespondencję, w której przypominała, iż dokument, nad którym pozwana pracuje, winien zawierać inwentaryzację instalacji zużywających energię, ocenę właściwości cieplnych budynku, dokonanie jego charakterystyki energetycznej ze jednoczesnym wskazaniem sposobów zmniejszenia zużycia energii, oceną ich opłacalności i wskazaniem rozwiązań optymalnych. W korespondencji tej powódka wskazywała, iż zadaniem pozwanej jest przygotowanie dokumentu spełniającego wymagania zawarte w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i form audytu energetycznego oraz części audytu remontowego, wzorów kart audytów, a także algorytmu oceny opłacalności przedsięwzięcia termomodernizacyjnego z dnia 17 marca 2009 r. (Dz.U. Nr 43, poz. 346). Pozwana ze swej strony wyrażała gotowość wykonania pomiarów elektrycznych na centrali wentylacyjnej, układzie klimatyzacji, węźle ciepłowniczym a także pomiary kamerą termowizyjną (korespondencja k. 71 – 72).

W kolejnej, kierowanej do pozwanej w listopadzie 2015r. korespondencji powódka oceniła przygotowaną dotychczas przez pozwaną dokumentację jako nieprzydatną z punktu widzenia celów i potrzeb powódki (korespondencja k. 74 – 76). Przekonanie o nieprzydatności przygotowanego przez pozwaną dokumentu wynikało z faktu, iż w ocenie powódki dokument ten poprzestał na opisie stanu istniejącego ze wskazaniem możliwych do wdrożenia rozwiązań mogących przynieść oszczędności w zużyciu energii elektrycznej jak również wyliczeniem wysokości tychże oszczędności bez jednoczesnego jednak policzenia kosztów wdrożenia powyższych rozwiązań, w tym kosztów wchodzących w rachubę robót ziemnych. Wyliczenia, których zabrakło, dotyczyły kosztów eksploatacji nowych pomp ciepła. Dokument ten nie określał w szczególności żywotności urządzeń, które poprawić miały bilans energetyczny. Bez wskazanych wyżej danych samo wskazanie czasu, w ciągu którego przysłała inwestycja miała się zwrócić powódka uważała za nieprzydatne. W ocenie powódki wreszcie przedstawiony jej dokument nie spełniał nawet wymagań stawianych programowi funkcjonalno –użytkowemu. O swoich oczekiwaniach powódka kilkakrotnie informowała pozwaną podczas spotkań z udziałem obu stron, pozwana zaś pomimo składanych zapewnień, iż będzie w stanie uczynić zadość powyższym oczekiwaniom finalnie jednak tego nie zrobiła (zeznania świadków P. R. k. 422, P. J. k. 422 – odwrót – k. 423). Efekt prac przekazano powódce w dniu 17 grudnia 2015r. (pismo k. 78, protokół przekazania k. 79 – 80).

Skierowanym do pozwanej pismem z dnia 4 stycznia 2016r., które doręczono pozwanej w dniu 29 stycznia 2016r., powódka odstąpiła od umowy i wezwała jednocześnie pozwaną do zapłaty kary umownej w kwocie 9 500zł. Uzasadniając zajęte przez siebie stanowisko powódka wskazała, iż przygotowane przez pozwaną dzieło nie spełnia wymagań określonych Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i form audytu

energetycznego oraz części audytu remontowego, wzorów kart audytów, a także algorytmu oceny opłacalności przedsięwzięcia termomodernizacyjnego z dnia 17 marca 2009 r. (Dz.U. Nr 43, poz. 346) (oświadczenie k. 179 – 180). Do pisma powyższego załączono notę księgową opiewającą na wskazaną wyżej kwotę (nota k. 373, dowód doręczenia k. 374 - odwrót). Osobnym pismem z dnia 8 stycznia 2016r. doręczonym w dniu 11 stycznia 2016r. wezwano pozwaną do zwrotu w terminie 7 dni wpłaconej w kwocie 11 865zł. kaucji (wezwanie k. 181 – 182, dowody nadania k. 183 – 185).

Finalnie powódka nie skorzystała w żaden sposób z nadesłanej jej przez pozwaną dokumentacji (zeznania świadka P. R. k. 422).

Jako nieprzekonujące ocenić należało wyjaśnienie świadka P., iż nie możliwe było przygotowanie jednego dokumentu łączącego cechy audytu efektywności energetycznej i programu funkcjonalno – użytkowego z tego powodu, iż pierwszy ze wskazanych dokumentów wbrew wymaganiom Prawa zamówień publicznych wskazywać musiałby konkretne urządzenia, ten sam świadek przyznał bowiem później, iż audyt poprzestać mógłby na wskazaniu jedynie oczekiwanych parametrów planowanych do wykorzystania w przyszłości urządzeń, co potwierdzone zostało również zeznaniami świadka M. N., finalnie zaś potwierdzone zostało w ustnej uzupełniającej opinii biegłego (zeznania świadków S. P. k. 423, 423 – odwrót, M. N. k. 436, ustna uzupełniająca opinia biegłego k. 623).

Przygotowana przez pozwaną dokumentacja nie odpowiada wymaganiom audytu efektywności energetycznej, nie określa bowiem potencjału oszczędności energii cieplnej oraz środków, przy wykorzystaniu których oszczędności takie mogą zostać uzyskane. W przygotowanym dokumencie wprost przyznano, iż nie uwzględnia on potrzeb technologicznych obiektu powódki.

Przygotowana dokumentacja nie może uznana zostać jednak również za pełnowartościowy program funkcjonalno – użytkowy, nie zawiera bowiem wskazań co do typów urządzeń, ich szczegółowych specyfikacji jak również parametrów technicznych, a także nieodzownych w przypadku programu funkcjonalno – użytkowego obliczeń technicznych, co niemożliwym czyni tym samym ustalenie kosztów prac projektowych i robót budowlanych wykluczając tym samym przygotowanie oferty na wykonanie takich prac. Za nieprawidłowość przygotowanej dokumentacji we wskazanym zakresie uznać należy brak określenia metod obliczeń efektywności ekonomicznej przy obliczaniu produkcji energii z instalacji fotowoltaicznej, brak doboru pomp ciepła, brak doboru układu chłodniczego oraz brak bilansów mocy i energii obiektu. Wymienione wyżej mankamenty dokumentacji uniemożliwiały wykorzystanie jej w ewentualnym późniejszym postępowaniu przetargowym, na ich podstawie niemożliwym byłoby bowiem składanie jakichkolwiek ofert.

Co więcej, przygotowana dokumentacja nie odnosząc się w swojej treści do systemu zarządzania energią nie odpowiada nawet w pełni wymagania stawiane audytom energetycznym przepisami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i form audytu energetycznego oraz części audytu remontowego, wzorów kart audytów, a także algorytmu oceny opłacalności przedsięwzięcia termomodernizacyjnego z dnia 17 marca 2009 r. (Dz.U. Nr 43, poz. 346) wydanego na podstawie art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów (Dz.U. Nr 223, poz. 1459), nie odnosiła się bowiem w swojej treści do systemu zarządzania energią (pisemna opinia biegłego k. 573 – 574, ustna uzupełniająca opinia biegłego k. 623).

Mając na uwadze kategorię wniosków opinii biegłego pozostające w zgodzie z zeznaniami świadka K. J., wedle którego pozwana nie przedstawiła nigdy audytu efektywności energetycznej, sąd odmówił wiary zeznaniom świadków J. P. oraz B. T. (1), jak również zeznaniom prezesa pozwanej, jakoby zakres przygotowanego przez pozwaną opracowania odpowiadać miał wymaganiom audytu efektywności energetycznej określonym w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki w sprawie szczegółowego zakresu i sposobu sporządzania audytu efektywności energetycznej, wzoru karty audytu efektywności energetycznej oraz metod obliczania oszczędności energii z dnia 10 sierpnia 2012 r. (Dz.U. z 2012 r. poz. 962) wydanego na podstawie art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o efektywności energetycznej (Dz.U. Nr 94, poz. 551 oraz z 2012 r. poz. 951). Co więcej, pierwszy ze wskazanych świadków przyznał w swoich dalszych zeznaniach, iż tak naprawdę pozwana przygotowała jedynie pewne elementy wskazanego wyżej audytu (zeznania świadków J. P. k. 436 – odwrót, B. T. (1) k. 437, K. J. k. 494, zeznania pozwanej k. 514).

Oddaleniu podlegał jednocześnie jako prowadzący do przedłużenia postępowania wnioski o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego (wniosek k. 624, postanowienie k. 624). Oddalając powyższy wniosek mieć należało na uwadze, iż po tym, jak biegły na terminie rozprawy udzielił kategoriycznych i jednoznacznych odpowiedzi na pytania zadane w odniesieniu do opinii pisemnej, opinia ta nie spotkała się z żadnymi zarzutami ze strony pozwanej, które jednocześnie zostałyby przez nią w jakikolwiek sposób umotywowane. Dokonując przeto oceny zasadności zgłoszonego na terminie rozprawy wniosku pozwanej mieć należało na uwadze, iż stosownie do utrwalonego w orzecznictwie stanowiska, potrzeba powołania innego biegłego powinna wynikać z okoliczności sprawy, a nie z samego niezadowolenia strony z dotychczas złożonej opinii (zob. wyr. SN z 4.8.1999 r., I PKN 20/99, L.). Sąd ma obowiązek dopuszczenia dowodu z opinii dalszych biegłych, jeżeli zachodzi taka potrzeba, a więc w szczególności wtedy, gdy przeprowadzona już opinia zawiera istotne luki, jest nieprzekonująca, niekompletna, pomija lub wadliwie przedstawia istotne okoliczności, nie odpowiada na postawione tezy dowodowe, jest niejasna, nienależycie uzasadniona lub nieweryfikowalna (wyr. SA w Białymstoku z 16.4.2015 r., I ACa 1026/14, L.). Stąd też np. o ewentualnym dopuszczeniu dowodu z opinii innego biegłego tej samej specjalności nie może decydować wyłącznie wniosek strony, lecz zawarte w tym wniosku konkretne uwagi i argumenty podważające miarodajność dotychczasowej opinii lub co najmniej miarodajność tę podające w wątpliwość. W przeciwnym wypadku wniosek taki musi być uznany za zmierzający wyłącznie do nieuzasadnionej zwłoki w postępowaniu, co powinno skutkować jego pominięciem (art. 217 § 3 KPC) (zob. wyr. SA w Katowicach z 5.6.2002 r., III AUa 811/02, L.). Jeżeli natomiast – jak miało to miejsce w niniejszej sprawie - opinia biegłego jest tak kategoriyczna i tak przekonująca, że sąd określoną okoliczność uznaje za wyjaśnioną, to nie ma obowiązku dopuszczania dowodu z dalszej opinii biegłych.

Sąd zważył, co następuje:

Jako chybiony ocenić należało wyartykułowany w końcowym stanowisku pozwanej zarzut jej pełnomocnika, wedle którego powódka formułując postanowienia umowy winna uczynić to w sposób zrozumiały dla pozwanej, zarzut taki bowiem opiera się na założeniu, iż postanowienia określające przedmiot zadania pozwanej takie nie były. Ze stanowiskiem takim jednak w świetle wyników postępowania dowodowego żadną miarą nie sposób się zgodzić, jak wynika bowiem z zeznań samych świadków strony pozwanej w osobach J. P. oraz B. T. (1) jednoznacznie wynika, również pozwana zdawała sobie sprawę z kierowanych do niej oczekiwań powódki, w szczególności zaś z tego, iż zadaniem pozwanej będzie przygotowanie nie tylko programu funkcjonalno – użytkowego, ale także audytu efektywności energetycznej odpowiadającego wymaganiom Rozporządzenie Ministra Gospodarki w sprawie szczegółowego zakresu i sposobu sporządzania audytu efektywności energetycznej, wzoru karty audytu efektywności energetycznej oraz metod obliczania oszczędności energii z dnia 10 sierpnia 2012 r. (Dz.U. z 2012 r. poz. 962). O tym, iż osoby wykonujące umowę z ramienia pozwanej, to jest J. P. i B. T. (2) wiedziały, że ich zadaniem będzie sporządzenie audytu efektywności energetycznej, świadczą wprost złożone przez nich zeznania, wedle których przygotowana przez nich dokumentacja stanowić miała taki właśnie audyt. Ich wersja potwierdzona została również zeznaniami prezesa pozwanej. W sytuacji, w której wszystkie wymienione wyżej osoby zgodnie twierdziły, iż przygotowana przez pozwaną dokumentacja stanowiła wymagany przez powódkę audyt efektywności energetycznej, nie może być mowy o jakimkolwiek nieporozumieniu co do zakresu świadczenia, do jakiego pozwana się zobowiązała, zarzut zaś, iż pozwana z uwagi na nieprecyzyjne zapisy umowy nie wiedziała, czego powódka od niej oczekuje, nie wytrzymuje krytyki i nie może być oceniony inaczej, aniżeli próba uwolnienia się od zobowiązań finansowych wynikających z zawartej przez nią umowy.

O świadomości pozwanej zakresu jej obowiązków świadczy wreszcie również złożona przez nią przed zawarciem oferta, z której treści pozwana określiła swojej zadanie w niniejszej sprawie jako opracowanie audytu efektywności energetycznej w formie programu funkcjonalno – użytkowego i choć oferta ta nie wskazuje wprost Rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie szczegółowego zakresu i sposobu sporządzania audytu efektywności energetycznej, wzoru karty audytu efektywności energetycznej oraz metod obliczania oszczędności energii z dnia 10 sierpnia 2012 r. (Dz.U. z 2012 r. poz. 962) wydanego na podstawie art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o efektywności energetycznej (Dz.U. Nr 94, poz. 551 oraz z 2012 r. poz. 951), to jednak podzielić należało w całej

rozszerzenia stanowisko powódki, iż pozwana jako profesjonalista świadoma musiała być tego, jaki akt prawny reguluje wspomniany wyżej audyt, jak również świadoma musiała być różnic dzielących go od audytu energetycznego.

Jak zatem wynika z powyższego, nie sposób zasadnie zarzucać powódce, aby ta swoimi działaniami wywołać miała u pozwanej mylne przeświadczenie co do tego, jaki ma być rzeczywisty przedmiot umowy. Zachowań powódki mogących istotnie skutkować dezorientacją kontrahenta co do oczekiwanego przez powódkę przedmiotu świadczenia dopatrywać można się natomiast dopiero w okresie późniejszym, to jest na etapie wykonywania umowy, wtedy bowiem dopiero pojawia się kierowana do pozwanej korespondencja, w treści której powódka wskutek własnej omyłki klaruje pozwanej, iż jej zadaniem jest przygotowanie audytu określonego przepisami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i form audytu energetycznego oraz części audytu remontowego, wzorów kart audytów, a także algorytmu oceny opłacalności przedsięwzięcia termomodernizacyjnego z dnia 17 marca 2009 r. (dz.u. nr 43, poz. 346). Finalnie jednak nawet gdyby przyjąć, iż pozwana przy wykonywaniu umowy w zaufaniu do powódki opierała się na tych właśnie oświadczeniach odmiennie definiujących przedmiot jej świadczenia, aniżeli wynikało to z umowy, to okoliczność powyższa i tak uznana musi zostać za pozbawioną znaczenia, a to z tego względu, iż jak wynika z opinii biegłego, przygotowany przez pozwaną dokument finalnie nie spełniał wymagań również audytu określonego przepisami powołanego wyżej rozporządzenia. Okoliczność powyższa przesądza o niezasadności powództwa wzajemnego.

Co się tyczy żądania zasądzenia kary umownej za odstąpienie od umowy, to podzielić należało prezentowane przez pełnomocnika pozwanej stanowisko, iż dokonane przez powódkę odstąpienie nie czyni zadość wymaganiom par. 11 ust. 1 pkt b) teże umowy, wedle którego powódka uprawniona była do dokonania takiego odstąpienia o ile tylko pozwana realizuje prace w sposób niezgodny z postanowieniami umowy, przy czym odstąpienia takiego mogła dokonać w ciągu 14 dni od upływu terminu wyznaczonego pozwanej do wykonania prac zgodnie z umową. Istotnie w kierowanej do pozwanej korespondencji próżno doszukiwać się jakiegokolwiek wezwania do prawidłowego wykonania umowy zawierającego jednocześnie jakikolwiek termin do jego wykonania, co oznaczałoby z kolei, iż bieg terminu do odstąpienia od umowy ze wskazanej wyżej przyczyny nie rozpoczął się jeszcze, powódka zaś nie była uprawniona w powołanym przez nią trybie odstąpić od umowy. Analizowane uregulowania umowne z uwagi na jego cel uznać należało jednak za odpowiednik przepisu art. 636 par. 1 kc., wedle którego jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może od umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie. W literaturze prawniczej zwrócono w związku z powyższym uwagę na fakt, iż warunkiem skorzystania przez inwestora z uprawnień, o których mowa poniżej (odstąpienie od umowy lub powierzenie wykonywania przedmiotu umowy innej osobie), jest wezwanie wykonawcy do zmiany sposobu wykonywania obiektu/robót budowlanych i wyznaczenie mu w tym celu odpowiedniego terminu, przy czym forma wezwania i wyznaczenia terminu jest dowolna. W orzecznictwie sformułowano w związku z tym zapatrywanie, wedle którego zamawiający może skutecznie od umowy odstąpić, pomimo że w wezwaniu do zmiany sposobu wykonania dzieła nie wyznaczył wykonawcy terminu zgodnie z art. 636 § 1 KC, **jeżeli wykonawca nie zgadza się z zastrzeżeniami zamawiającego i odmawia wezwaniu.** (wyr. SA w Gdańsku z 7.11.2013 r., V ACa 558/13, L.). W niniejszej sprawie okoliczność taka natomiast, a mianowicie fakt zajęcia przez pozwaną stanowiska, w którym ta definitywnie odmówiłaby spełnienia oczekiwań powódki, nie została wykazana, z przedstawionej bowiem w toku postępowania korespondencji nie wynika, aby pozwana oświadczyła kiedykolwiek, iż za właściwą uważa przedstawioną przez nią ostatnią wersję dokumentacji i w związku z powyższym prace nad nią uważa za definitywnie zakończone. W ocenie sądu braku określenia terminu, o jakim mowa w par. 11 ust. 1 pkt b) umowy nie usuwa samo jej aneksowanie poprzez wydłużeniu terminu do jej wykonania i to nawet mimo tego, że uzasadnieniem dla wprowadzenia takiego aneksu było zapewnienie pozwanej czasu, aby ta wykonała przedmiot umowy zgodnie z jej treścią, odróżnić należy bowiem każdorazowo zmianę treści samej umowy w zakresie terminu jej obowiązywania dokonaną na drodze zgodnych oświadczeń woli od jednostronnego wyznaczenia terminu do prawidłowego wykonania umowy. Innymi słowy sam aneks nie mógł zastąpić wymaganego 11 ust. 1 pkt b) umowy wezwania i to nawet pomimo tego, że uzasadnieniem dla jego zawarcia było nienależyte wykonywanie umowy. Tym samym też zawarcie takiego

aneksu nie zwalniało powódki od wystosowania do pozwanej osobnego wezwania, o jakim mowa w par. 11 ust. 1 pkt b) umowy, stanowisko odmienne oznaczałoby bowiem, iż powódka po przedłużeniu umowy w drodze aneksu winna była odstąpić od umowy w ciągu kolejnych 14 dni od jego zawarcia bez oglądania się na przedstawiane jej w okresie późniejszym efekty prac pozwanej. Oczekiwanie powyższe uznać należało za nierealne, w sytuacji takiej pozwana bowiem zostałaby zaskoczona zostać nagłym i niespodziewanym dla siebie odstąpieniem od umowy i to nawet w sytuacji, gdyby stosując się do wyartykułowanych przez powódkę oczekiwań przystąpiłaby do wykonywania umowy w sposób odpowiadający oczekiwaniom powódki.

Zdaniem sądu nie sposób podzielić z kolei stanowiska powódki, jakoby w niniejszej sprawie to przepis art. 492 kc. uwalniać miał uwalniać ją od konieczności określenia pozwanej terminu przed odstąpieniem od umowy, choć bowiem w umowie zastrzeżono uprawnienie do dokonania odstąpienia, to jednak wyraźnie uzależniono możliwość skorzystania z niego od wcześniejszego określenia pozwanej terminu do prawidłowego wykonania zobowiązania. Tym samym też nie sposób przyjąć, aby to konkretne prawo do odstąpienia od umowy, jakie przewidziano w jej treści, stanowić miało zastrzeżenie, o jakim mowa w art. 492 kc. Z braku zastrzeżenia umownego, o jakim mowa w art. 492 kc., w każdej innej sytuacji odstąpienie od umowy bez uprzedniego wyznaczenia terminu dodatkowego dopuszczalna jest wtedy jedynie, jeżeli strona obowiązana do spełnienia świadczenia oświadczy, że świadczenia tego nie spełni, w takiej bowiem jedynie sytuacji rezygnację z wyznaczenia terminu dodatkowego przewiduje art. 492¹ kc.

Za niepozabawioną znaczenia uznać należało wreszcie okoliczność, iż pochodzące od powódki wezwania do poprawienia prac pozwanej nie tylko nie zawierało wyznaczenia terminu do wykonania zadania w sposób prawidłowy, ale również w swojej treści jako akt prawny określający wymagania, którym wykona praca ma odpowiadać, wskazywało Rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i form audytu energetycznego oraz części audytu remontowego, wzorów kart audytów, a także algorytmu oceny opłacalności przedsięwzięcia termomodernizacyjnego z dnia 17 marca 2009 r. (Dz.U. Nr 43, poz. 346). Co więcej, do tego też aktu prawnego po raz kolejny odwołała się sama powódka podając w treści skierowanego finalnie odstąpienia od umowy przyczyny złożonego oświadczenia woli. Do wskazania takich przyczyn pod rygorem nieważności obligował powódkę par. 11 ust. 3 umowy. W zaistniałej sytuacji nawet zatem gdyby pozwana zastosowała się do treści kierowanych do niej wezwań i przedłożyła taki audyt, którego literalnie domagała się od niej powódka, to i tak nie uwolniłoby to pozwanej od zarzutu niewykonania umowy zgodnie z jej treścią. Tym samym też skutek w postaci odstąpienia od umowy z przywołaniem prawidłowo wskazanej przyczyny takiego odstąpienia wiązać należy dopiero z oświadczeniem zawartym w pozwie, dopiero w tym bowiem piśmie powódka po raz pierwszy sformułowała przyczynę swojej decyzji co do braku zamiaru dalszego kontynuowania zawartego z pozwaną kontraktu. Odstąpienie to ocenić należało ponadto jako odpowiadające wymaganiom przepisu art. 635 kc. stanowiącego, że ilekroć 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 wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła. Jego zastosowaniu w niniejszej sprawie nie stoi na przeszkodzie fakt, iż swoje oświadczenie o odstąpieniu od umowy powódka złożyła już po upływie terminu, na jaki umowę tę zawarto, odstąpienie od umowy o dzieło na podstawie art. 635 KC możliwe jest bowiem także po upływie terminu do wykonania dzieła (wyr. SN z 12.1.2012 r., IV CSK 182/11, OSNC 2012, Nr 7–8, poz. 90; wyr. SN z 21.3.2013 r., III CSK 216/12, L.).

Odstąpienie takie przez zamawiającego powoduje, że strony zwolnione są z obowiązku spełnienia świadczeń wzajemnych, a to co już zostało świadczone, podlega zwrotowi na podstawie art. 496 KC. Zwrot najczęściej obejmuje wynagrodzenie, jeżeli zostało nawet częściowo wypłacane przed zakończeniem dzieła (K. Zagrobelny, w: E. Gniewek, P. Machnikowski, Komentarz KC, 2017, art. 635, Nb 5). Obowiązek dokonania takiego zwrotu obciąża przyjmującego zamówienie w odniesieniu do otrzymanego już wcześniej wynagrodzenia pieniężnego.

Skoro zatem odstąpienie od umowy, o jakim mowa w analizowanym wyżej przepisie, pociąga za sobą konieczność zwrotu spełnionych już świadczeń, to przesądza to o zasadności żądania pozwu głównego w zakresie zwrotu zapłaconej przez powódkę zaliczki w kwocie 11 685zł. W niniejszej sprawie nie sposób zakwestionować prawo do dokonania takiego odstąpienia, skoro bowiem pozwana do ostatniego dnia umowy nie wykonała swojego zobowiązania względem

powódki, to jej sytuacji nie sposób określić inaczej niż mianem zwłoki, o jakiej mowa w art. 476 kc. Powołany przepis definiuje zwłokę jak stan, w którym dłużnik nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to jedynie wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi i w tylko takiej sytuacji, dłużnik nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej. Podobnie jednak jak w art. 471 KC ustawodawca ustanowił domniemanie winy dłużnika, tak z art. 476 KC wynika domniemanie zwłoki, a więc zawinonego przez dłużnika niewykonania zobowiązania w terminie. Jest to domniemanie o charakterze wzruszalnym (praesumptio iuris tantum). W związku z tym **wierzyciel musi wykazać jedynie, że świadczenie nie zostało spełnione w terminie**, a więc nie musi udowodnić, że doszło do zwłoki, a nawet z jakich przyczyn doszło do uchybienia terminowi. Stwierdzić należy w związku z tym, iż strona powodowa sprostała w niniejszej sprawie tak określoneму ciężarowi dowodowemu. Natomiast skoro na dłużniku ciąży obowiązek wykazania (udowodnienia), że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 in fine KC), to – konsekwentnie – jeżeli nie wykonał zobowiązania w terminie, na nim spoczywa ciężar dowodu, że doszło do tego z przyczyn przez niego niezawinionych. Jak bowiem słusznie podkreśla się w orzecznictwie, w przypadku nieterminowego wykonania umowy dłużnik winien wykazać, że przekroczenie terminu wykonania umowy nastąpiło z przyczyn, za które nie ponosi on odpowiedzialności, a nadto, jaki wpływ miały te przyczyny na usprawiedliwione przekroczenie terminu wykonania umowy, czyli zakres usprawiedliwionego przekroczenia terminu (wyr. SA w Białymstoku z 26.2.2014 r., I ACa 762/13, L.; zob. też np. wyr. SN: z 4.2.2011 r., III CSK 161/10, L.; z 22.9.2011 r., V CSK 427/10, L. z 8.2.2013 r., IV CSK 299/12, L.; wyr. SA w Katowicach z 27.5.2008 r., V ACa 175/08, L.).

W niniejszej sprawie pozwana forsując uparcie tezę o należywym wykonaniu swojego zobowiązania nie podjęła jednak nawet próby dowiedzenia, iż niedotrzymanie przez nią terminu końcowego umowy spowodowane zostało jakimikolwiek okolicznościami od niej niezależnymi, wobec zaś braku wykazania takich okoliczności przyjąć należało, iż popadła ona w zwłokę względem powódki, z uwagi na którą ta uprawniona była zgodnie z przepisem art. 635 kc. odstąpić od umowy. Przesądza to o zasadności obu roszczeń powódki, co się przy tym tyczy roszczenia o zwrot zaliczki, to nie zachodzą tym żadne okoliczności mogące uzasadnić dalsze kontynuowanie wiążącego strony stosunku zobowiązaniowego, a tym samym również dalsze zatrzymywanie wpłaconych przez powódkę z tego tytułu środków finansowych. Upływ czasu, na jaki umowa powyższa została zawarta, jak również fakt, iż do dnia upływu tego terminu pozwana nie spełniła swojego świadczenia, a także brak jakiegokolwiek zainteresowania zarówno powódki jak i pozwanej dalszym przedłużeniem wiążącego je w przeszłości stosunku kontraktowego nakazują ocenić dokonane przez powódkę odstąpienie od umowy jako zasadne w rozumieniu przepisu art. 635 kc., a tym samym jako zasadne również żądanie pozwu w odniesieniu do wpłaconej zaliczki.

Jako zasadne ocenić należało w związku z tym również żądanie obciążenia pozwanej karą umowną z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanej. Zasadność roszczenia o karę wynika stąd, iż odpowiadające przepisowi art. 635 kc. odstąpienie od umowy uprawnia jednocześnie powódkę do żądania – zgodnie z art. 491 par. 1 kc. - naprawienia szkody, z tego względu, że opóźnienie w wykonaniu dzieła powstało wskutek okoliczności, które obciążają w niniejszej sprawie pozwaną. Jako podstawę obowiązku naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania w takiej sytuacji wskazuje się również przepis art. 494 kc. Tym samym też obowiązek zwrotu spełnionych świadczeń nie jest jedynym następstwem skorzystania przez zamawiającego z prawa do odstąpienia od umowy. Jeżeli bowiem owo opóźnienie w rozpoczęciu lub wykończeniu dzieła powstało wskutek okoliczności obciążających przyjmującego zamówienie, to dodatkowo, zgodnie z art. 494 § 1 zd. 2 KC, może żądać **naprawienia szkody** wynikłej z niewykonania zobowiązania wynikłej z niewykonania zobowiązania”. Brak jest podstaw jednocześnie do tego, aby w zaistniałej sytuacji wykluczyć możliwość naprawienia szkody poprzez zapłatę kary umownej. Możliwość taka dostrzeżona została w orzecznictwie, czego przykładem jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 14 stycznia 2019r. w sprawie V Aga 138/18, w uzasadnieniu którego stwierdzono, iż

„Odstąpienie od umowy, na podstawie art. 635 KC, nie powoduje następczego odpadnięcia podstawy do naliczenia kary umownej, która pozostaje świadczeniem mającym swoje źródło w umowie, która w tym zakresie zostaje utrzymana. Odstąpienie od umowy nie zwalnia wykonawcy z obowiązku zapłacenia inwestorowi kary umownej.

Odstąpienie stanowi zdarzenie, które zgodnie z obowiązującą umową, stanowi wyłączną podstawę jej naliczenia i żądania jej zapłacenia przez dłużnika. W takim wypadku kara umowa jest zastrzegana za niedopełnienie przez wykonawcę jego obowiązku polegającego na spełnieniu świadczenia niepieniężnego, również w warunkach określonych art. 635 KC”

W niniejszej sprawie możliwość naliczenia kary umownej - w razie odstąpienia od umowy - wynika z treści § 9 ust. 3 umowy z dnia 24 marca 2015r. W sytuacji, w której mimo upływu terminu do wykonania zobowiązania pozwana nie przedstawiła dzieła odpowiadającego postanowieniom zawartej umowy, nie sposób było odmówić powódce prawa odstąpienia od powyższej umowy z przyczyn obciążających pozwaną, a w konsekwencji zaś również – obciążenia pozwanej zastrzeżoną na ten wypadek karą umowną.

Mając na uwadze datę doręczenia pozwanej odpisu pozwu, to jest dzień 19 października 2016r. (dowód doręczenia k. 199), przyjąć należało, iż pozwana znalazła się w opóźnieniu począwszy od dnia następnego, to jest od dnia 20 października 2016r., co uczyniło zasadnym zasądzenie należnych powódce na podstawie art. 481 par. 1 kc. odsetek ustawowych za opóźnienie od wskazanej wyżej daty i jednocześnie jego oddalenie w odniesieniu do okresu wcześniejszego.

Mając na uwadze utrzymanie się przez powódkę z żądaniem pozwu w jego przeważającej części pozwaną zgodnie z wyrażoną art. 98 par. 1 kpc. zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania obciążono kosztami postępowania powódki w postaci uiszczonej przez nią opłaty od pozwu w kwocie 1 069zł. oraz wynagrodzeniem jej pełnomocnika ustalonym na podstawie par. 2 pkt 5 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych. Pozwaną jako przegrywającą spór zainicjowany jej pozwem wzajemnym obciążono równocześnie kosztami zastępstwa prawnego powódki poniesionymi w sprawie z powództwa wzajemnego ustalonymi zgodnie z par. 2 pkt 6 powołanego wyżej rozporządzenia na kwotę 5 417zł. jak również – zgodnie z art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych – należnymi Skarbowi Państwa kosztami z tytułu wydatków na opinię biegłego.

Z/ odpis wyroku z uzasadnieniem doręczyć pełnomocnikowi pozwanej