

Sygn. akt I AGa 105/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 grudnia 2020 r.

Sąd Apelacyjny w Lublinie I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia	SA Piotr Czerski
Sędzia:	SA Jolanta Terlecka
Sędzia:	SA Mariusz Tchórzewski (spr.)
Protokolant	st. sekr. Sądowy Maciej Mazuryk

po rozpoznaniu w dniu 1 grudnia 2020 r. w Lublinie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w Ś.

przeciwko (...) BUDOWNICTWO Spółce Akcyjnej w K.

z udziałem interwenienta ubocznego (...) Spółki
z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda od wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie

z dnia 12 lipca 2019 r. sygn. akt IX GC 410/11

I. oddala apelację;

II. zasądza od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

w Ś. na rzecz (...) BUDOWNICTWO Spółki Akcyjnej

w K. kwotę 11.250 (jedenaście tysięcy dwieście pięćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego;

III. oddala wniosek interwenienta ubocznego o zasądzenie kosztów interwencji w postępowaniu odwoławczym.

Sygn. akt I AGa 105/19

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 12.07.2019 r. w sprawie (...) Sad Okręgowy w Lublinie oddalił powództwo (...) Sp. z o.o. w Ś. (dawniej Elektrownia (...) S.A. w Ś.) skierowane przeciwko (...) Budownictwo S.A. w K. o zapłatę:

1. kwoty 2.687.616,00 zł tytułem zapłaty kar umownych na podstawie § 20 ust. 1 a) umowy nr(...)z dnia 19 sierpnia 2009 r., za okres od dnia 13 marca 2011 r. do dnia 15 maja 2011 r., pomniejszonej o wartość potrąconego 8 czerwca 2011 r. wynagrodzenia umownego (604.176,00 zł) oraz o wartość wypłaconej gwarancji bankowej nr (...) (1.049.850,00 zł), tj. zapłatę kwoty 1.033.590,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami za każdy dzień zwłoki, w tym:

a) ustawowymi odsetkami od kwoty 2.083.440,00 zł od dnia 26 maja 2011 r. do dnia 30 czerwca 2011 r.,

a) ustawowymi odsetkami od kwoty 1.033.590,00 zł od dnia 1 lipca 2011 r. do dnia zapłaty;

2. kwoty 41.994,00 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 8 września 2011 r. do dnia zapłaty, tytułem zapłaty kar umownych na podstawie § 20 ust. 1 a) umowy numer (...) z dnia 19 sierpnia 2009 r. za dzień 16 maja 2011 r.;

3. kwoty 335.952,00 zł, określonej w ostatecznym wezwaniu do zapłaty z dnia 6 czerwca 2011 r. (doręczonym w dniu 8 czerwca 2011 r.) wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 15 czerwca 2011 r. do dnia zapłaty, tytułem zapłaty kar umownych na podstawie § 20 ust. 1 a) umowy nr (...) z dnia 19 sierpnia 2009 r. za okres od dnia 17 maja 2011 r. do dnia 24 maja 2011 r.;

4. kwoty 818.883,00 zł, określonej w kolejnym wezwaniu z 6 czerwca 2011 r. (doręczonym w dniu 8 czerwca 2011 r.), wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 15 czerwca 2011 r. do dnia zapłaty, tytułem zapłaty kar umownych z umowy numer (...) z dnia 19 sierpnia 2009 r. za okres od dnia 25 maja 2011 r. do dnia 6 czerwca 2011 r.;

5. kwoty 5.732.181,00 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 8 września 2011 r. do dnia zapłaty, tytułem zapłaty kar umownych z umowy numer (...) z dnia 19 sierpnia 2009 r. za okres od dnia 7 czerwca 2011 r. do dnia 5 września 2011 r.;

- ewentualnie zapłaty kwoty 5.778.912,00 zł wraz z odsetkami ustawowymi (wyliczonymi jak w punktach 1 do 5), w przypadku uznania, iż kary umowne wskazane w punktach 4 i 5 powinny wynosić 0,2% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki oraz o zasądzenie odsetek od zaległych odsetek od dnia wytoczenia powództwa, a także orzekła o zasadzie poniesienia przez strony kosztów procesu.

Pisemne uzasadnienie orzeczenia zawarto na k. 4779-4880 akt sprawy. Do przywołanego rozstrzygnięcia przywiodył Sąd Okręgowy następujące, zasadnicze ustalenia i wnioski.

W dniu (...) kwietnia 2009 r. Elektrownia (...) Spółka Akcyjna ogłosiła przetarg nieograniczony na budowę dwuprzewodowego kominu o wysokości H=150m dla bloku Nr (...)i Nr (...) w ramach Projektu Inwestycyjnego (...) – „Nowy dwuprzewodowy komin dla odprowadzania spalin z (...)”. Przedmiotem zamówienia była budowa w systemie „pod klucz” (tzn. kompleksowe wykonanie umowy przez wykonawcę całości prac we wszystkich branżach w celu realizacji przedmiotu umowy, w tym wykonanie niezbędnych prac projektowych, wykonanie prac obiektowych, dostarczenie materiałów oraz urządzeń, budowę i uruchomienie obiektów i instalacji wraz z wykonaniem wszystkich robót towarzyszących i wykończeniowych, zapewniających kompletność i gotowość obiektu, a także instalacji do eksploatacji) kominu ((...)) o wysokości H=150m dla bloku nr (...) i nr (...) w Elektrowni (...) na podstawie wykonanych wcześniej projektów wykonawczych zaakceptowanych przez zamawiającą. Wykonawca winien był wykonać dokumentację projektową wykonawczą w oparciu o projekt budowlany opracowany wcześniej przez Przedsiębiorstwo (...) J. R. (1) oraz wybudować wskazany wyżej obiekt budowlany zgodnie z określonymi w Zakresie rzeczowym (stanowiącym załącznik nr (...)) założeniami technicznymi i obowiązującymi przepisami. W projekcie architektoniczno – budowlanym (opis techniczny) przewidziano, iż w kominie numer 5 zostaną umieszczone dwa przewody odprowadzające spalinę do atmosfery. Jednym z przewodów odprowadzane miały być spalinę odsiarczoną w projektowanej instalacji odsiarczania (IOS III) dla bloku numer (...), zaś drugim przewodem miały być odprowadzane spalinę odsiarczoną (IOS I) z bloku numer (...). Przewody spalinowe miały być równocześnie przystosowane do okresowego odprowadzania spalin „gorących” w sytuacjach, kiedy spalinę prowadzone będą poza wskazanymi instalacjami odsiarczania, miały to być jednak okresy krótkotrwałe oraz kilkunastogodzinne (w trakcie uruchamiania bloku lub w przypadku awarii IOS). Instalacje odsiarczania pracować miały praktycznie przez cały rok. Rozwiązania materiałowo – konstrukcyjne tychże przewodów dostosowano do

warunków eksploatacyjnych komina. Przewody spalinowe komina zaprojektowano jako rury stalowe o średnicy wewnętrznej 8,50 m, których powierzchnia wewnętrzna miała zostać ochroniona przed agresywnym chemicznie wpływem spalin poprzez zastosowanie powłoki chemoodpornej. W uzgodnieniu z Inwestorem przyjęto w w/w projekcie zabezpieczenie chemoodporne do temperatury 260^(o)C, materiałem ARC PYRO S6 lub innym - jakościowo porównywalnym. Wskazano, iż odporność termiczna w/w zabezpieczeń antykorozyjnych musi spełnić następujące warunki – odporność długotrwała dla temperatury T=50^(o)C; odporność krótkotrwała (awaryjna) dla temperatury T=180^(o)C. Określając zaś technologiczne warunki eksploatacji komina nr 5 – w projekcie architektoniczno – budowlanym i zakresie rzeczowym – wskazano m.in. parametry spalin surowych za wentylatorami kotłowymi WS1÷3 w postaci m.in. temperatury max. 180^(o) C; temperatury przy normalnej pracy 150^(o)C; parametry spalin oczyszczonych, po wyjściu z IOS I i IOS III w postaci m.in. temperatury przy normalnej pracy IOS I i IOS III 90/55^(o) C; temperatura minimalna IOS I i IOS III 50^(o)C [Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia SIWZ Nr 2/DI/09/ZP z załącznikami w postaci m.in. Zakresu rzeczowego, k. 235-260, tom II; projekt architektoniczno – budowlany – opis techniczny opracowany przez KOMIN-PROJEKT K. J. R. nr arch. 635-03-01, k. 261-278, tom II; częściowo zeznania świadka R. K. (1), k. 3001, tom XV; zeznania świadka Z. M., k. 3004 i k. 3007, tom XV; zeznania świadka Z. B. (1), k. 3082-3083, tom XVI; zeznania reprezentanta pozwanej L. S., k. 3731v, tom XIX]. Przygotowując ofertę (...) BUDOWNICTWO Spółka Akcyjna z siedzibą w K. zwróciła się do zamawiającej – w trybie art. 38 ustawy o zamówieniach publicznych – z wnioskiem o wyjaśnienie zapisów zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). W odpowiedzi na powyższe zapytanie powódka wyjaśniła, że projekt budowlany nie narzuca zastosowania powłok na temperaturę 260^(o)C, a jedynie przedstawia przykładową aplikację powłok; obowiązują parametry określone zarówno w projekcie budowlanym, jak i w zakresie rzeczowym [zeznania świadka Z. M., k. 3004, tom XV; zeznania świadka Z. B. (1), k. 3083 i k. 3086, tom XVI]. Pozwana zwróciła się do (...) (Polska) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. z zapytaniem numer 076 4/T4/09 dotyczącym możliwości wykonania powłok ochronnych na wewnętrznej powierzchni przewodów stalowych w nowobudowanym kominie IOS Elektrowni (...) dla bloku nr (...) i nr (...) na bazie kompozytów polimerowych (...) firmy (...). W dniu 18 maja 2009 r. (...) (Polska) złożyła (...) ofertę OF/330/09, w której wskazała, iż – bazując na parametrach spalin opisanych w w/w SIWZ – podane warunki techniczne spełnia kompozyt polimerowy ARC S7 (do 220^(o)C) lub ARC PYRO S6 (do 260^(o)C) [oferta OF/330/09 z dnia 18 maja 2009 r., k. 279-280, tom II; częściowo zeznania świadka R. K. (1), k. 3001, tom XV; zeznania świadka N. W., k. 3076-3079, tom XVI; zeznania świadka M. S., k. 3086, tom XVI; zeznania reprezentanta pozwanej L. S., k. 3731v, tom XIX; zeznania reprezentanta interwenienta ubocznego K. G., k. 3733, tom XIX].

Elektrownia (...) S.A. zawarła z Narodowym Funduszem Ochrony (...) umowę o dofinansowanie w/w projektu inwestycyjnego. Jednym z warunków uzyskania 20 milionów złotych dofinansowania było ukończenie inwestycji do dnia 31 maja 2011 r. oraz posiadanie zezwolenia na użytkowanie tego obiektu [zeznania świadka Z. M., k. 3006, tom XV].

21 maja 2009 r. pozwana złożyła powódce ofertę na wykonanie zamówienia, w której wskazała, m.in. iż w uzgodnieniu z inwestorem przyjęła zabezpieczenie chemoodporne przewodów spalinowych do temperatury 180^(o)C materiałem ARC S7 lub innym, jakościowo porównywalnym [oferta (...) opis i dokumenty – Część A – Budowa dwuprzewodowego komina o wysokości H=150m dla bloku Nr (...) i 10 w Elektrowni (...) Spółce Akcyjnej w ramach Projektu Inwestycyjnego (...) – „Nowy dwuprzewodowy komin dla odprowadzania spalin z IOS I i IOS III (bloki nr (...) i nr 10)”, nr rej. (...)/09, k. 282-299v, tom II; formularz oferty finansowej – Część (...) – Budowa dwuprzewodowego komina o wysokości H=150m dla bloku Nr (...) i Nr 10 w Elektrowni (...) S.A. w ramach Projektu Inwestycyjnego (...) – „Nowy dwuprzewodowy komin dla odprowadzania spalin z (...) i (...) (bloki nr (...) i nr 10)”, nr rej. (...)/09, k. 300-301, tom II; częściowo zeznania świadka R. K. (1), k. 3001, tom XV; zeznania świadka Z. M., k. 3004, tom XV; zeznania świadka Z. B. (1), k. 3083, tom XVI; zeznania reprezentanta pozwanej A. N., k. 3770, tom XIX]. Wybór przez wykonawcę powłoki epoksydowo – winyloestrowej ARC S7 był prawidłowy, tzn. deklarowane przez producenta – C. parametry tej wykładziny były odpowiednie dla zadanych w zapytaniu ofertowym, projekcie budowlanym oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia – warunków pracy przewodów spalin. Powłoka ta

odznacza się bardzo dobrymi właściwościami mechanicznymi, miała prawidłowe parametry szczelności i barierowe (ochronne). Z porównania danych technicznych powłok ARC S7 oraz ARC Pyro S6 wynika, że zastosowana powłoka ARC S7 charakteryzuje się tylko nieco większą twardością (twardość Shore D = 89) przy znacznie większej gęstości usieciowanej powłoki ($2,1 \text{ g/cm}^3$) niż powłoka ARC Pyro S6 (twardość Shore D=86, gęstość usieciowanej powłoki $1,4 \text{ g/cm}^3$). Przyczepność obu powłok przy rozciąganiu jest porównywalna (dla ARC S7=16,3 MPa, zaś dla ARC Pyro S6 > 14 MPa), natomiast wytrzymałość na ściskanie powłoki ARC S7 jest większa (110 MPa) niż powłoki ARC Pyro S6 (101 MPa). Powłoka ARC Pyro S6 może być stosowana w warunkach suchych do temperatury 260°C , ale w założeniach projektowych oraz w zapytaniu ofertowym podano maksymalną temperaturę spalin suchych 180°C (w przypadku awarii), a wymagania takie spełnia, według deklaracji producenta (...) Polska, także powłoka ARC S7 [opinia biegłego instytutu naukowego Katedry (...) Politechniki (...) w L. opracowana przez K. D. i A. K. (1) z lipca 2013 r., k. 3291, tom XVII; ustna opinia uzupełniająca udzielona przez przedstawiciela instytutu naukowego – Katedry (...) Politechniki (...) w L. K. D., k. 3401, tom XVII; opinia Instytutu (...) w T. opracowana w kwietniu 2014 r. przez M. Z. (1), k. 3581v-3582, tom XVIII; ustna opinia uzupełniająca przedstawiciela Instytutu (...) i Barwników w T. Odział Farb i (...) w G. M. Z. (1), k. 3893-3893v, tom XIX; opinia biegłego sądowego J. H. z listopada 2016 r., k. 3854 i k. 3857, tom XIX; opinia biegłego sądowego J. H. ze stycznia 2017 r., k. 3932 i k. 3935, tom XX; ustna opinia uzupełniająca biegłego J. H., k. 4089, tom XXI].

Pozwana wygrała ogłoszony przez Elektrownię (...) S.A. przetarg na udzielenie zamówienia publicznego, w konsekwencji czego w dniu 19 sierpnia 2009 r. strony zawarły umowę nr (...), której przedmiotem było opracowanie przez wykonawcę na rzecz zamawiającej niezbędnych projektów, dostarczenie materiałów i urządzeń oraz wykonanie robót budowlano – montażowych związanych z budową nowego dwuprzewodowego komina dla odprowadzania spalin z IOS I i IOS III o wysokości $H=150\text{m}$ w Elektrowni (...) S.A. w ramach Projektu Inwestycyjnego I9030N0003 „Nowy dwuprzewodowy komin dla odprowadzania spalin z IOS I i IOS III (bloki Nr (...) i Nr 10)”. W ramach realizacji przedmiotu umowy miały zostać wykonane wszystkie konieczne prace przygotowawcze, montażowe, diagnostyczne oraz kontroli jakości, budowlane we wszystkich branżach oraz wykończeniowe. (...) wykonawca zobowiązał się zrealizować przedmiot umowy kompleksowo we wszystkich branżach i zgodnie z formułą „pod klucz”, która oznaczała kompleksowe wykonanie całości prac we wszystkich branżach w celu realizacji przedmiotu umowy, w tym wykonanie niezbędnych prac projektowych, prac obiektowych, dostarczenie materiałów i urządzeń, budowę i uruchomienie obiektu i instalacji wraz z wykonaniem wszystkich robót towarzyszących i wykończeniowych, zapewniających kompletność i gotowość obiektu i instalacji do eksploatacji (§ 1 ust. 1-3 umowy).

W ramach realizacji przedmiotu umowy (...) jako wykonawca - miała wykonać prace oraz dostarczyć materiały, elementy konstrukcyjne, części zamienne, aparaturę, urządzenia i instalacje zgodnie z Załącznikiem nr 1 do umowy, na który składał się: Zakres rzeczowy; Projekt budowlany – komin nr 5 o wysokości $H=150\text{m}$ dla bloku nr (...) i nr (...) – wykonany przez Przedsiębiorstwo (...); Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych – komin nr 5 o wysokości $H=150\text{m}$ dla bloku nr (...) i (...) – wykonana przez Przedsiębiorstwo (...); oferta wykonawcy nr (...) z dnia 21 maja 2009 r. (§ 2 ust. 1 umowy). Przedmiot umowy miał zostać zrealizowany przez wykonawcę w oparciu o dane techniczne i wytyczne przekazane przez zamawiającą Elektrownię (...), zgodnie z zasadami: współczesnej wiedzy technicznej, instrukcjami montażowymi i remontowymi, przy zastosowaniu obowiązujących przepisów i norm dotyczących projektowania, budowy urządzeń oraz ich transportu i składowania, robót budowlanych i montażowych, prób i ruchu próbnego. Wykonawca miał również zastosować metody i procedury, które zapewnią wymaganą jakość i kontrolę wszystkich prac wykonywanych w ramach umowy (§ 2 ust. 11-12 umowy). Wykonawca zobowiązał się wykonać przedmiot umowy zgodnie z terminami podanymi w Harmonogramie, stanowiącym Załącznik nr 2 do umowy (§ 5 ust. 1-2 umowy).

Strony określiły, iż zamawiająca spółka jest zobowiązana zapłacić wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe za wykonane przez niego na podstawie umowy wszystkie prace, za dostarczone materiały, elementy konstrukcyjne, części zamienne, aparaturę, urządzenia, instalację oraz za przeniesienie przez wykonawcę na zamawiającą stronę autorskich praw majątkowych do wykonanej na podstawie umowy dokumentacji projektowej w wysokości 20.997.000,00 zł powiększone o podatek VAT naliczony zgodnie z obowiązującymi wówczas przepisami (§ 7 ust. 1-2 w/w umowy).

Płatności wynikające z faktur wystawionych przez wykonawcę za wykonanie objętych w/w umową prac miały zostać zrealizowane przelewem na rachunek bankowy wykonawcy w terminie 30 dni liczonych od daty ich doręczenia (§ 8 ust. 1 umowy nr (...)). Dodatkowo wskazano, że wykonawca będzie mógł wystawiać faktury dopiero po podpisaniu przez obie strony niniejszej umowy protokołu odbioru częściowego lub końcowego prac będących przedmiotem umowy - zgodnie z etapami fakturowania zawartymi w Harmonogramie stanowiącym Załącznik nr 2 do umowy. Załącznikiem do faktury częściowej miał być podpisany przez inspektora nadzoru „Protokół wykonania elementów robót” dotyczących przedmiotowego etapu. Ostateczne rozliczenie miało zostać objęte fakturą końcową – już po odbiorze końcowym przedmiotu umowy. Wykonawca zobowiązany był wystawić faktury w ciągu siedmiu dni od dnia obustronnego podpisania protokołu odbioru częściowego lub końcowego prac i doręczyć je zamawiającej w terminie trzech dni od dnia ich wystawienia (§ 9 ust. 1-4).

Tytułem zabezpieczenia należytego wykonania w/w umowy wykonawca zobowiązał się wnieść, do dnia podpisania umowy zabezpieczenie należytego jej wykonania w wysokości 5% ustalonego w § 7 ust. 1 umowy wynagrodzenia netto, tj. 1.049.850,00 zł w formie gwarancji bankowej. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy miało zostać zwrócone w terminach: a) 70% kwoty wymienionej w ust. 1 niniejszego paragrafu, tj. 734.895,00 zł w ciągu 30 dni od daty protokolarnego końcowego odbioru przedmiotu w/w umowy po pozytywnie zakończonym rozruchu; b) 30% kwoty wymienionej w ust. 1 niniejszego paragrafu, tj. 314.955,00 zł w ciągu 15 dni po upływie okresu gwarancji udzielonego przez wykonawcę, tj. po upływie 72 miesięcy (§ 10 ust. 1-2 umowy). Wykonując § 10 ust. 1 umowy nr (...), w dniu (...) lipca 2010 r. (...) Bank (...) Spółka Akcyjna w W. działając na zlecenie pozwanej udzielił bezwarunkowej oraz nieodwołalnej gwarancji bankowej na pokrycie przez niego zobowiązań z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z 19 sierpnia 2009 r. zawartej między spółką pozwaną, a Elektrownią (...) na rzecz tej Elektrowni, do łącznej kwoty 1.049.850,00 zł [gwarancja bankowa numer (...) z dnia (...) lipca 2010 r., k. 139, tom I]

Wykonawca (pозwana) zobowiązał się stosować system zapewnienia jakości zgodny z wymaganiami normy PN-ISO (...). Dodatkowo miał przedstawić do weryfikacji zamawiającej propozycję planu jakości dla realizacji przedmiotu umowy zawierającego program badań oraz prób zdawczych, w ciągu ośmiu tygodni liczonych od dnia podpisania umowy. Wykonawca przyjął także odpowiedzialność za zapewnienie jakości, jak też zobowiązał się ponieść wszystkie koszty związane z przeglądami, inspekcjami, raportami i dokumentacją – podczas procesu projektowania, wytwarzania, dostarczania, montażu oraz rozruchu; badania te i odbiory miały natomiast zostać udokumentowane przez kontrolę jakości wykonawcy. Importowane przez (...) urządzenia i aparatura lub ich elementy miały być dostarczone ze świadectwami zakładowej kontroli jakości wytwórcy załączonymi w dwóch egzemplarzach i miały być przekazywane stronie zamawiającej w terminie siedmiu dni od daty dostarczenia urządzeń, aparatury lub ich elementów. Podczas procesu wytwarzania, montażu na placu budowy i już po zakończeniu montażu, komin H=150m i wszystkie współpracujące z nim urządzenia objęte zakresem w/w umowy miały zostać poddane odpowiedniej kontroli, w tym: kontroli wykładziny chemoodpornej, kontroli powłoki antykorozyjnych i innych niezbędnych testów wymaganych Polskimi Normami, przepisami UDT oraz innymi przepisami i aktami prawnymi. Zamawiająca miała prawo uczestnictwa w wykonywanych testach zarówno w zakładach wykonawcy, jak i podwykonawców oraz na placu budowy. Strony ustaliły także, że po zakończeniu montażu każdego etapu prac, zamawiająca i wykonawca wspólnie przeprowadzą odbiór pomontażowy oraz sporządzą protokół odbioru. Wszelkie odstępstwa od wymagań odbiorowych wykonawstwa i montażu były dopuszczalne jedynie po uzyskaniu pisemnej zgody projektanta i zamawiającej. Pozwana zobowiązała się skompletować dokumentację składającą się ze wszystkich przynależnych dokumentacji, zarejestrowanych zapisów prób, wymaganych świadectw oraz innych dokumenty uzgodnionych w umowie i w programach odbiorów w terminie – przed rozpoczęciem ruchu próbnego (§ 12 ust. 1-6 umowy).

W § 13 ust. 1 – 3 umowy strony ustaliły, że rozruch komin H=150m zostanie przeprowadzony przez wykonawcę przy udziale personelu zamawiającej. Na trzy miesiące przed planowanym terminem rozruchu wykonawca miał przekazać zamawiającej projekt rozruchu wraz z określeniem czasu trwania rozruchu, skoordynowanym z wykonawcą IOS III. W terminie 30 dni przed planowanym terminem rozruchu wykonawca miał przekazać zamawiającej do zatwierdzenia szczegółowy program i harmonogram rozruchu uzgodniony z wykonawcą IOS III. W ramach opisywanego rozruchu miał zostać przeprowadzony: a) rozruch próbny przepływu spalin przez komin H=150m

z uwzględnieniem wymagań podczas rozruchu dla zastosowanych materiałów wyłożenia komina; b) sprawdzenie działania osprzętu komina H=150m, tj. dźwigu osobowego, oświetlenia przeszkodowego, jak i funkcjonowania systemu monitoringu spalin, a także skompletowane miały zostać wymagane dokumenty, takie jak DTR urządzeń pomocniczych, instrukcje eksploatacji, remontów itp. Rozruch miał zaś być uznany za zakończony, dopiero gdy komin H=150m podlegający odbiorowi wraz z wyposażeniem będzie funkcjonować prawidłowo. Czas rozruchu układu spalin wliczał się do okresu realizacji prac. Ponadto pozwana zobowiązała się zorganizować oraz przeprowadzić na własny koszt szkolenie personelu zamawiającej tak, aby personel przeprowadzający konserwacje i remonty był zapoznany z nowo wybudowanym obiektem przed jego przejęciem do eksploatacji. Szkolenie miało odbyć się jeszcze przed rozruchem (§ 14 ust. 1 – 2 umowy).

Stosownie do brzmienia § 15 ust. 1 – 2 umowy nr 098/09/U wykonanie prac miało zostać potwierdzone oddzielnymi protokołami odbioru częściowego lub końcowego tych prac. Warunkiem podpisania przez stronę zamawiającą protokołu odbioru prac (częściowego lub końcowego) miało być zgromadzenie i przekazanie zamawiającej wszystkich niezbędnych, a wymaganych dokumentów, tj. poświadczeń, atestów, protokołów z badań itp., które będą ujęte w planie jakości oraz będą stanowiły dokumentację z realizacji przedmiotowej umowy. Strony wskazały w § 15 ust. 3 w/w umowy, że obustronnie podpisany protokół zakończenia wszystkich prac budowlano – montażowych oraz protokół zakończenia przeprowadzonego z wynikiem pozytywnym rozruchu są podstawą do złożenia we właściwym urzędzie wniosku o wydanie pozwolenia na użytkowanie zbudowanego obiektu.

Przed upływem 72 - miesięcznego okresu gwarancyjnego zamawiająca miała wykonać na własny koszt pomiary ostateczne wybudowanego komina, przy udziale wykonawcy, który miał zostać o terminie pomiarów poinformowany z 14-dniowym wyprzedzeniem. Na podstawie wyników pomiarów ostatecznych komisja składająca się z przedstawicieli strony zamawiającej i wykonawcy miała dokonać odbioru ostatecznego wybudowanego komina oraz sporządzić protokół, który miał być podstawą do rozliczenia wykonawcy z obowiązków wynikających z tytułu udzielonych przez niego gwarancji technicznych, a także uwolnienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w § 10 ust. 2 lit. b umowy (§ 16 umowy)

Wykonawca, zgodnie z brzmieniem § 17 ust. 1, 3 i 4 umowy nr 098/09/U, zobowiązał się sporządzić i przekazać stronie zamawiającej do oceny następującą dokumentację techniczną wykonaną w języku polskim (dokumentacja mogła być przekazywana sukcesywnie): a) projekt wykonawczy budowy komina H = 150 m, konstrukcji wsporczych; b) dokumentację koncesyjną urządzeń podlegających odbiorowi przez UDT – uzgodnioną z UDT; c) dokumentację powykonawczą budowy komina nr 5 H = 150 m; d) atesty materiałowe oraz dokumentację montażową; e) niezbędne operaty geodezyjne montażowe oraz pomontażowe. Plan zapewnienia jakości miał być zgodny z aktualnym certyfikatem ISO 9001 lub innym systemem zapewnienia jakości obowiązującym u wykonawcy. W przypadku wystąpienia kolizji na etapie prac projektowych, w zakres projektowania wchodziło także rozwiązanie tych kolizji. Zamawiająca zobowiązała się dokonać oceny przedłożonej dokumentacji technicznej w ciągu siedmiu dni roboczych od dnia jej otrzymania. Wszystkie uwagi do tych projektów i pozostałej dokumentacji technicznej, zgłoszone przez zamawiającą, miały zostać uwzględnione przez wykonawcę bez prawa do żądania od zamawiającej z tego tytułu odrębnego wynagrodzenia (§ 17 ust. 5-6 w/w umowy). Przejęcie przez zamawiającą uzgodnionej dokumentacji miało zostać potwierdzone obustronnie podpisanym protokołem zdawczo – odbiorczym (§ 17 ust. 7 umowy). Po zakończeniu prac i przed ich odbiorem końcowym pozwana zobowiązała się do przekazania zamawiającej powódce następującej dokumentacji powykonawczej: a) projekty techniczne pomontażowe oraz powykonawcze; b) protokoły z przeprowadzenia wszystkich wymaganych pomiarów, badań i prób technicznych (w tym z prób funkcjonalnych oraz z prób technologicznych, z rozruchu, jak i z zakończenia ruchu próbnego); c) świadectwa jakości/atesty/wszystkich wbudowanych elementów konstrukcyjnych, urządzeń i materiałów oraz inne materiały i dokumenty niezbędne do dokonania odbioru tych prac; d) DTR i instrukcje obsługi wszystkich zainstalowanych urządzeń, sporządzone w języku polskim; e) dziennik budowy; f) dokumentacja odbiorowa dozoru technicznego – dla urządzeń podlegających UDT; g) instrukcja eksploatacji obiektu (§ 17 ust. 8 umowy).

Wykonawca udzielił gwarancji na dobrą jakość wszystkich prac wykonanych w ramach umowy oraz na dobrą jakość wykonanych, sprzedanych zamawiającej oraz zainstalowanych w ramach umowy materiałów, elementów

konstrukcyjnych, urządzeń, części zamiennych, aparatury i instalacji na okres: 6 lat (zabezpieczenie chemoodporne przewodów kominowych, zabezpieczenie antykorozyjne konstrukcji stalowej), 4 lat (kompensatory), 3 lata (instalacje elektryczne i AKPiA), 2 lata (dźwig osobowy) – licząc od daty podpisania protokołu odbioru końcowego prac. Wykonawca zobowiązał się zapewnić prawidłowość montażu tych materiałów, elementów, urządzeń, części, aparatury i instalacji oraz ciągłość pracy urządzeń. W przypadku natomiast wymiany wadliwego urządzenia lub jego części na wolne od wad, okres gwarancji dla tego urządzenia lub jego części biegł na nowo (§ 19 ust. 1 i 2 umowy). Wykonawca zagwarantował również, że zbudowany komin H=150m odpowiada parametrom technicznym określonym w Załączniku numer 1 umowy, jak też gwarantował dyspozycyjność: 99% gwarantowana dyspozycyjność roczna komina w okresie gwarancyjnym 72 miesięcy z uwzględnieniem planowanych przeglądów i remontów liczona miała być liczona w oparciu o wzór:

Dyspozycyjność = x 100 [%]

Czas trwania przeglądu lub remontu we wzorze na dyspozycyjność odnosił się wyłącznie do postojów lub remontów spowodowanych wadami stwierdzonymi w przedmiocie umowy. W przypadku, gdy obliczenia dyspozycyjności komina H=150m w okresie gwarancyjnym wykazałyby jej niedotrzymanie, stronie zamawiającej przysługiwało prawo naliczenia wykonawcy kar umownych określonych w umowie.

W zakresie technologii wykonania komina wykonawca zagwarantował m.in. że w okresie gwarancyjnym nie wystąpią wady powłoki, takie jak: wizualnie rozpoznawalne odklejenia/odspojenia powłoki, otwarte lub luźne szwy, odkryte podłoże, pęknięcia w przekroju poprzecznym powłoki. W podanych przypadkach, po wykryciu wad w okresie gwarancyjnym, wykonawca własnym staraniem i na własny koszt bezzwłocznie zobowiązał się naprawić wykładzinę zgodnie z technologią napraw powłoki (§ 19 ust. 4 lit. b i c umowy). Zamawiająca zobowiązała się do informowania wykonawcy w okresie gwarancyjnym o wszelkich włączeniach z pracy komina H = 150m, tak aby wykonawca miał możliwość wizualnej kontroli powłoki i ewentualnych napraw. Jednocześnie w umowie nr 098/ 09/U zastrzeżono, że parametry czynników, przy zachowaniu, których wykonawca zapewnia gwarantowane parametry techniczne, określone zostały w punkcie 2.2.4 Załącznika numer 1 do umowy (§ 19 ust. 6 w/w umowy). Strony przewidziały także w § 19 ust. 7 umowy, że odpowiedzialność wykonawcy spółki (...) z tytułu gwarancji nie obejmuje wad, które powstały z powodu niewłaściwej lub niezgodnej z dokumentacją techniczną – ruchową oraz instrukcjami eksploatacji i obsługi wybudowanego komina. W § 19 ust. 8-10 umowy nr 098/09/U strony uzgodniły terminy rozpoczęcia prac naprawczych. Pozwana – stosownie do brzmienia § 19 ust. 11 w/w umowy – zobowiązała się do usunięcia wad objętych gwarancją prac, materiałów, elementów konstrukcyjnych, części zamiennych, aparatury, urządzeń i instalacji w terminie uzgodnionym z zamawiającą. Usunięcie wad strony stwierdzać miały protokolarnie. W § 19 ust. 12 w/w umowy nr 098/09/U, wykonawca zobowiązał się usunąć wadę poprzez naprawę lub wymianę wadliwego materiału, elementu konstrukcyjnego, części zamiennej, aparatu, urządzenia lub instalacji na wolne od wad, po zaakceptowaniu przez podmiot zamawiający sposobu usunięcia wady. Jeśli jednak podmiot wykonujący nie przystąpiłby do usunięcia wad objętych gwarancją prac, materiałów, elementów konstrukcyjnych, części zamiennych, aparatury, urządzeń oraz instalacji w terminie podanym w w/w punktach poprzedzających lub jeśli zwłoka w usunięciu przez niego wady nie nastąpiłaby w terminie uzgodnionym z zamawiającą lub termin ten nie zostałby uzgodniony z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w ciągu pięciu dni, zamawiająca Elektrownia miałaby prawo powierzyć wykonanie potrzebnych do usunięcia wady prac osobie trzeciej na koszt i ryzyko wykonawcy, bez utraty lub ograniczenia jakichkolwiek praw wynikających z udzielonej gwarancji (§ 19 ust. 13 umowy). Jeśli wykonawca w wykonaniu swoich obowiązków dokonałby istotnej naprawy zbudowanego obiektu, okres gwarancji biegłby na nowo od chwili usunięcia wady. W innych wypadkach okres gwarancji uległby przedłużeniu o czas, w ciągu którego z powodu wady zamawiającej nie mogła z tego obiektu korzystać (§ 19 ust. 14 w/w umowy). Uprawnienia zamawiającej z tytułu rękopisami za wady fizyczne wybudowanego na podstawie umowy komina H=150m wygasły po upływie pięciu lat (§ 19 ust. 15-16 umowy).

Strony zastrzegły również w § 20 ust. 1 lit. a i c umowy, że wykonawca jest zobowiązany zapłacić zamawiającej następujące kary umowne: za niedotrzymanie określonego w punkcie 1 pod nazwą (...) harmonogramu (stanowiącego Załącznik numer 2 do umowy) terminu odbioru końcowego nowego komina nr 5 H=150m – w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki, jak i za zwłokę w usunięciu wad zbudowanego komina

H=150m stwierdzonych w okresie rękojmi lub gwarancji – w wysokości 0,3% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki. Zgodnie zaś z załącznikiem numer 2 do umowy nr (...) pn. „Harmonogram realizacji projektu” przekazanie terenu budowy przez zamawiającą (zakończono wszystkie przekładki, energia elektryczna dostępna dla wykonawcy) miało nastąpić w dniu 21 sierpnia 2009 r.; rozpoczęcie przyłączania kanałów spalin przez zamawiającą – 4 czerwca 2010 r.; pierwsze podanie spalin na komin przez zamawiającą – 1 września 2010 r.; podanie przez podmiot zamawiający spalin na komin w ilości umożliwiającej rozpoczęcie kalibracji układu monitoringu spalin – 14 grudnia 2010 r.; odbiór końcowy nowego komina – w dniu 12 marca 2011 r. [umowa numer (...) z dnia 19 sierpnia 2009 r. zawarta przez Elektrownię (...) i (...), k. 41-52; załącznik nr 2 do w/w umowy pn. (...) oraz „Harmonogram rzeczowo – finansowy”, k. 53-53v; zeznania świadka W. D., k. 2991, tom XV; zeznania R. K. (1), k. 3001, tom XV; zeznania świadka D. P. (1) – nagranie od minuty 00.27(...) do minuty 00.27.27].

21 sierpnia 2009 r. zamawiająca przekazała protokolarnie teren pod budowę komina nr 5, który został następnie przyjęty przez wykonawcę w dniu 3 września 2009 r. [wpis M. N. – inspektora nadzoru inwestorskiego w dzienniku budowy z dnia 3 września 2009 r., k. 1380, tom VII; wpis R. R. – kierownika budowy w dzienniku budowy z dnia 3 września 2009 r., k. 1380, tom VII]. Od 16 września 2009 r. (...) przystąpiła do realizacji przedmiotu niniejszej umowy m.in. wykonania fundamentu komina [wpisy w dzienniku budowy dokonane w okresie od 16 września 2009 r. do 28 października 2009 r., k. 1380-1385, tom VII; protokół odbioru inspektorskiego z dnia 30 listopada 2009 r. – Roboty budowlane – wykonanie fundamentu komina numer 5, k. 197-199, tom I]; zbrojenia i betonowania trzonu komina [wpisy w dzienniku budowy dokonane w okresie od dnia 14 listopada 2009 r. do dnia 25 marca 2010 r., tom VII-VIII]; wykonania zabezpieczenia powłokowego zewnętrznej powierzchni trzonu [wpis w dzienniku budowy w okresie od dnia 11 marca do dnia 23 marca 2010 r., k. 1401-1404, tom VIII]; wykonania stropów celem podwieszenia przewodów stalowych [wpisy w dzienniku budowy w okresie od dnia 1 kwietnia do dnia 25 lipca 2010 r., k. 1405-1419, tom VIII]. Obok prac wykonywanych przez pozwaną prowadzone były równocześnie na tym samym placu budowy prace w zakresie połączenia bloku energetycznego z kominem nr 5 poprzez poziomy kanał spalin. Wykonawcą kanału spalin było konsorcjum (...) LTD. i (...) Spółka Akcyjna. (...) Spółka Akcyjna, tak jak (...) S.A., zwróciła się do spółki (...) z zapytaniem ofertowym nr (...) na wykonanie/dostawę wykładziny chemoodpornej wskazanego kanału spalin. W oparciu o przesłaną szczegółową charakterystykę spalin w kominie oraz charakterystykę pracy instalacji odsiarczania spalin, C. uznała, że te warunki techniczne spełni kompozyt polimerowy ARC S7 [zapytanie ofertowe nr (...) z dnia 2 lutego 2009 r., k. 818-820, tom V; oferta (...) z 11 lutego 2009 r., k. 821-824, tom V; zeznania świadka W. D., k. 2995, tom XV; zeznania reprezentanta interwenienta ubocznego K. G., k. 3733, tom XIX]. Przystając na w/w ofertę (...), (...) S.A. zawarła 1 czerwca 2010 r. umowę nr (...), której przedmiotem było m.in. nałożenie kompozytu – ARC S7 jako wykładziny chemoodpornej na poziomym kanale spalin (tj. wylocie z absorbera IOS III – kanale B1) [umowa nr (...) zawarta 1 czerwca 2010 r., k. 969-975, tom V; częściowo zeznania świadka W. D., k. 2991, tom XV; zeznania interwenienta ubocznego K. G., k. 3733, tom XIX].

31 marca 2010 r. pozwana zawarła z (...) Spółką z o.o. w C. umowę nr (...), której przedmiotem było opracowanie przez C. niezbędnych projektów (organizacji robót, technologii nakładania), dostarczenie materiałów i wykonanie robót antykorozyjnych – wewnętrznych powierzchni przewodów kominowych związanych z budową nowego dwuprzewodowego komina dla odprowadzania spalin z IOS I i IOS III o wysokości H=150m w Elektrowni (...) S.A. w ramach Projektu Inwestycyjnego (...) „Nowy dwuprzewodowy komin dla odprowadzania spalin z (...) i IOS III (bloki nr (...) i nr 10)”. W ramach realizacji przedmiotu umowy C. zobowiązała się wykonać wszystkie konieczne prace przygotowawcze niezbędne do nałożenia tejże powłoki wewnątrz przewodów kominowych, jak też wykonania tej wykładziny chemoodpornej z zastosowaniem kompozytów polimerowych ARC (spełniający kryteria składu spalin opisanych w Załączniku nr 1 – Zakres rzeczowy) przewodów stalowych zgodnie z Dokumentacją i Opisem Technicznym do projektu wykonawczego numer (...) - (...), we wskazanym zakresie: a) dostawa kompozytu polimerowego ARC S7 dla powierzchni około 7.560 m⁽²⁾, w tym: 1) przewód A – 3.303 m⁽²⁾ + czopuch około 100 m⁽²⁾, 2) przewód B – 3.757 m⁽²⁾ + czopuch około 200 m⁽²⁾; b) przygotowanie powierzchni przewodów z króćcami przed wykonaniem powłoki chemoodpornej – przewodów nr A i B; c) wykonanie powłok chemoodpornych przewodów raz z króćcami – przewodów nr A i B za pomocą kompozytu polimerowego ARC S7. C. – zgodnie z § 17 ust. 1 umowy – udzieliła gwarancji na dobrą jakość wszystkich prac wykonanych w ramach umowy oraz na dobrą jakość wykonanych,

sprzedanych spółce (...) i zainstalowanych w ramach umowy materiałów na okres – 72 miesiące licząc od daty podpisania protokołu odbioru końcowego komina H=150m przez inwestora. C. zapewniła prawidłowość wykonania przedmiotu umowy. W przypadku zaś wymiany powłoki lub jej części na wolną od wad, okres gwarancji na wymienioną część powłoki miał biec od nowa (§ 17 ust. 2 umowy). W zakresie technologii wykonania komina C. zagwarantował, że w okresie gwarancyjnym nie wystąpią wady powłoki, takie jak: wizualnie rozpoznawalne odklejenia/odspojenia powłoki, otwarte lub luźne szwy, odkryte podłoże, pęknięcia w przekroju poprzecznym powłoki. W podanych przypadkach po wykryciu wad w okresie gwarancyjnym C. własnym staraniem i na własny koszt zobowiązała się bezzwłocznie naprawić wykładzinę zgodnie z technologią napraw tej powłoki [umowa nr (...) zawarta między (...) a (...) Sp. z o.o., k. 637-653, tom IV; zeznania świadka M. S., k. 3086, tom XVI].

C. Polska Sp. z o.o. (interwenient uboczny po stronie pozwanej) od dnia 1 czerwca 2010 r. wykonywała zabezpieczenie chemoodporne wewnętrznej powierzchni przewodów stalowych A i (...) oraz króćców przewodów A i (...) [świadczenie jakości z 11 października 2010 r. numer (...)EK, k. 1158, tom VI; karty kontrolne stanu powierzchni i powłok chemoodpornych zabezpieczających metalowe przewody komina nr 5 o wysokości H=150m dla bloków nr (...) i nr (...) w Elektrowni (...) Spółki Akcyjnej, k. 1221-1264, tom VII; świadectwo jakości z dnia 27 grudnia 2010 r. numer (...)EK, k. 1267; karty kontrolne stanu powierzchni oraz powłok chemoodpornych zabezpieczających metalowe przewody komina nr 5 o wysokości H=150m dla bloków nr (...) i (...) w Elektrowni (...) S.A., k. 1328-1376, tom VII]. Powłokę chemoodporną na segmentach komina nakładano (po ustaleniu warunków klimatycznych) przy użyciu urządzenia natryskowego na poziomie gruntu indywidualnie na każdej cardze, czyli każdej części komina. Odbывало się to w ten sposób, że każda carga miała swój numer i w ustalonej kolejności dokonywano jej zabezpieczenia. Następowало to na placu budowy pod specjalnie przygotowanym zadaszaniem. Każda carga komina, po oczyszczeniu strumieniowo – ściernym (piaskowaniu) była oglądana przez inspektorów powódki, interwenienta i przez pracownika firmy (...) (podwykonawcy interwenienta faktycznie wykonującego powłoki) celem sprawdzenia czy nie ma żadnych wad w spoinach, jak również odwalcowań, następnie była malowana dwukrotnie. W trakcie malowania malarz był wyposażony w grzebień pomiarowy i dokonywał pomiarów na mokro. Po całkowitym pomalowaniu i odstępie czasowym pozwalającym na wyschnięcie w/w kompozytu, w obecności pracownika firmy wykonawczej – (...), przedstawiciela interwenienta, inspektora nadzoru i pracownika powódki dokonywano odbioru cargin. W przypadku stwierdzenia usterki była ona od razu poprawiana. Pomalowane cargin podnoszono następnie do miejsca przeznaczenia i tam była dokonywana druga inspekcja cargin, polegająca na wykonaniu badania iskrowego, mającego na celu określenie szczelności powłoki. Następnie spawano cargin jedną do drugiej i natryskiwano kompozyt ARC S7 na miejsca spawane oraz na istniejącą już powłokę ARC S7 na zakładkę – po wcześniejszym przygotowaniu podłoża [częściowo zeznania świadka R. K. (1), k. 3001, tom XVI; częściowo zeznania świadka M. N., k. 3012, tom XV; zeznania świadka M. S., k. 3086-3089, tom XVI; zeznania świadka G. K., k. 3089-3090, tom XVI; zeznania reprezentanta pozwanej L. S., k. 3731, tom XIX; zeznania reprezentanta pozwanej A. N., k. 3767-3768 i k. 3770, tom XIX]. Podczas dokonywania pomiarów grubości powłoki stwierdzono w niektórych miejscach zacieki - przekroczenia zakładanej grubości 800 mikrometrów [karty kontrolne stanu powierzchni i powłok chemoodpornych zabezpieczających metalowe przewody komina nr 5 o wysokości H=150m dla bloków nr (...) i nr (...) w Elektrowni (...) S.A., k. 1221-1264, tom VII; karty kontrolne stanu powierzchni oraz powłok chemoodpornych zabezpieczających metalowe przewody komina nr 5 o wysokości H=150m dla bloków nr (...) i nr (...) w Elektrowni (...) S.A., k. 1328-1376, tom VII; zeznania świadka M. S., k. 3089, tom XVI; zeznania świadka G. K., k. 3090, tom XVI; opinia instytutu naukowego Katedry (...) Politechniki (...) w L. opracowana przez K. D. i A. K. (1) z lipca 2013 r., k. 3291 i k. 3301-3304, tom XVII; uzupełniająca opinia biegłego instytutu naukowego Katedry (...) Politechniki (...) w L. opracowana przez przedstawicieli Katedry (...) Politechniki (...) w L. – K. D. i A. K. (1) w grudniu 2013 r., k. 3430, tom XVIII; ustna opinia uzupełniająca K. D., k. 3528-3529, tom XVIII; zeznania reprezentanta pozwanej L. S., k. 3731, tom XIX; opinia techniczna w sprawie powłok ochronnych w przewodach spalinowych A i B komina nr 5 na terenie Elektrowni (...) S.A. – uzupełnienie nr 2 opracowana przez biegłego J. H. w lipcu 2017 r., k. 4025, tom XXI; ustna opinia uzupełniająca biegłego sądowego J. H., k. 4088v, tom XXI].

Od lipca 2010 r. pozwana przystąpiła do montowania przewodu stalowego w kominie nr 5 (przewód „A” i „B”) [wpisy w dzienniku budowy dokonane przez kierownika budowy R. K. (2): z dnia 19 lipca 2010 r., k. 1418, tom VIII; z dnia 24

lipca 2010 r., k. 1419, tom VIII; z dnia 12 sierpnia 2010 r., k. 1421, tom VIII; z 31 sierpnia 2010 r., k. 1422, tom VIII; z dnia 5 września 2010 r., k. 1422, tom VIII; z dnia 11 września 2010 r., k. 1423, tom VIII; wpisy K. M. w dzienniku budowy: z 4 sierpnia 2010 r., k. 1420, tom VIII; z dnia 17 sierpnia 2010 r., k. 1421, tom VIII; wpis kierownika budowy – D. P. (1) w dzienniku budowy z 25 października 2010 r., k. 1426, tom VIII; z dnia 26 listopada 2010 r., k. 1427, tom VIII; wpisy M. N. w dzienniku budowy z 26 października 2010 r., k. 1426-1427, tom VIII].

We wrześniu 2010 r. została opracowana Instrukcja obsługi komina wieloprzewodowego nr 5, w której wskazano, iż przed oddaniem komina do eksploatacji należy wpięrcw dokonać jego ostatecznego odbioru, jako obiektu budowlanego. Przewody spalinowe, w zależności od etapu oddawania instalacji odsiarczających, mogły być natomiast włączane sukcesywnie. Powłoki chemoodporne na wewnętrznych powierzchniach przewodów miały być odebrane protokolarnie przez dostawcę materiałów i technologii, w tym przypadku przedstawiciela firmy A.W. C. (gwaranta powłoki). Zgodnie z w/w Instrukcją obsługi włączenie do eksploatacji (wpuszczenie spalin) nie wymagało zaś skomplikowanych procedur suszenia wykładziny, jak w przypadku wykładziny ceramicznej. Zastosowane powłoki były odporne na szoki termiczne. Nie mniej jednak, przy pierwszym uruchomieniu przewodu wyraźnie zalecono, aby przestrzegać określonych zasad, a mianowicie powłoki chemoodporne przewodu przed wpuszczeniem spalin powinny uzyskać pełną odporność chemiczną; wzrost temperatury spalin powinien przebiegać w sposób stabilny, przy założeniu dobowego wzrostu temperatury około 72⁽⁰⁾C; w pierwszym okresie włączenia (tzn. 6 godzin) należało zaś stale kontrolować wizualnie stan zachowania łożysk rolkowych, kompensatorów, osłony przewodu na stropie górnym, ciężna podwieszenia przewodu (górcnej oraz dolnej części), jak i stan szczelności przewodu (za pomocą aparatury monitoringu powietrza w trzonie żelbetowym); w późniejszym zaś okresie, przez co najmniej 3 doby, kontrola jak powyżej, ale w odstępach 4 – ro godzinnych. W w/w Instrukcji ponowiono również zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące warunków eksploatacji wskazujące, że komin numer 5 przeznaczony miał być do odprowadzania do atmosfery spalin z bloków nr (...) i nr (...), po ich oczyszczeniu w instalacjach odsiarczania spalin. Opisywane przewody spalinowe miały być równocześnie przystosowane do okresowego odprowadzania spalin „gorących” w tych sytuacjach, kiedy spaliny prowadzone będą poza instalacjami odsiarczania spalin. Miały to być jednak okresy krótkotrwałe, kilkunastogodzinne (tzn. w trakcie uruchamiania bloku lub w przypadku awarii IOS). Instalacje odsiarczania spalin (IOS) miały pracować praktycznie przez cały rok [Instrukcja obsługi komina opracowana przez Z. B. (1) z września 2010 r., k. 525-530v, tom III; opinia biegłego sądowego M. P. z marca 2019 r., k. 4386-4388, tom XXII].

15 września 2010 r. inspektor nadzoru inwestycyjnego M. N. zwrócił się do R. K. (1) o przekazanie do zatwierdzenia szczegółowego harmonogramu i programu rozruchu komina nr 5 H=150m uzgodnionego z wykonawcą (...), z uwagi na zbliżający się termin uruchomienia bloku nr (...) w dniu 5 października 2010 r. [wiadomość e-mail M. N. do R. K. (1) zatytułowana „Rozruch nowego komina H=150m” z 15 września 2010 r., k. 814, tom V; zeznania świadka Z. M., k. 3007, tom XV; zeznania świadka M. N., k. 3010-3011, tom XV].

23 września 2010 r. Elektrownia (...) ponownie poinformowała pozwaną, iż na dzień 5 października 2010 r. zostało zaplanowane uruchomienie bloku nr (...), w związku z czym prosiła o przekazanie przewodu „A” komina nr 5 do ruchu próbnego w terminie do 30 września 2010 r. Powódka wskazała jednak na poważne obawy, co do zachowania w/w terminu zważywszy na zakres robót, jaki pozostał pozwanej jeszcze do wykonania, w związku z czym zwróciła się z prośbą o przedstawienie konkretnego terminu zakończenia robót budowlano-montażowych limitujących uruchomienie przewodu „A” komina, to jest przewodu dla bloku numer (...). W zakresie branży budowlanej pozostał niezakończony montaż łapacza kropel; niezamontowane były osłony stalowe ze stali kwasoodpornej w strefie wylotowej przewodów spalinowych (powyżej stropu zamykającego przestrzeń kominową), brak było izolacji chemoodpornej stropu górcnego; brak warstwy wyrównawczej na koronie trzonu żelbetowego, brak krórców pomiarowych instalacji monitoringu spalin, brak kompensatora na poziomie +42,32 m; brak stabilizatorów rolkowych, brak powłoki chemoodpornej w miejscach montażowych: łapacza kropel, krórców pomiarowych instalacji monitoringu spalin, kołnierzy montażowych kompensatora na poziomie +42,32m, dna cergi SPA-10 i na całej powierzchni krórcca przewodu A – Kca – 1; brak także raportu z przeglądu (tj. odbioru końcowego) powłoki chemoodpornej; brak izolacji termicznej krórcca przewodu A – Kca – 1; brak izolacji termicznej cergi SPA-10; brak

brakującej warstwy króćca przewodu A – Kca -1; brak instrukcji obsługi komina; w zakresie zaś branży elektrycznej: brak instalacji oświetlenia przeszkodowego, brak instalacji teletechnicznej; brak instalacji odgromowej na koronie trzonu żelbetowego; brak rozdzielni zasilającej DC10; brak gniazd siłowych na poz. ± 0,00m; branża AKPiA: brak instalacji monitoringu powietrza w przestrzeni kominowej; brak instalacji monitoringu spalin; w zakresie branży instalacyjna: brak instalacji odwodnienia stropu górnego; brak instalacji odprowadzenia kondensatu z przewodów spalinowych [pismo Elektrowni (...) do (...) z 23 września 2010 r., k. 607-607v, tom IV; zeznania świadka Z. M., k. 3006, tom XV; częściowo zeznania świadka M. N., k. 3010, tom XV].

W dniach 3 – 5 października 2010 r. dokonano przeglądu stanu powierzchni powłok przewodu stalowego „A”. W wyniku przeglądu wykonane zostały naprawy powłoki w miejscach wspawania króćców i w miejscach występowania zacieków, usunięto fizyczne i mechaniczne uszkodzenia powłoki ARC S7, naprawiono miejsca przebić, uzupełniono powłokę na łączeniu cergi nr 1 z łapaczem skroplin, gdzie na skutek późniejszego spawania nastąpiło przepalenie kompozytu ARC S7 [protokół inspekcji i wykonania napraw z 7 października 2010 r., k. 1159, tom VI].

4 października 2010 r. kierownik budowy R. K. (2) dokonał wpisu w dzienniku budowy, w którym oświadczył, że zakończono roboty budowlano – montażowe na przewodzie A i przewód ten jest gotowy do rozruchu technologicznego [wpis R. K. (2) w dzienniku budowy dokonany w dniu 4 października 2010 r., k. 1424, tom VIII; protokół inspekcji i wykonania napraw z 7 października 2010 r., k. 1159, tom VI; zeznania świadka Z. M., k. 3004, tom XV; zeznania reprezentanta pozwanej L. S., k. 3731, tom XIX; zeznania reprezentanta pozwanej spółki (...), k. 3767, tom XIX]. W tym samym dniu M. N. zwrócił się do R. K. (1), R. K. (2) oraz Z. B. (1) o zmianę zapisu w instrukcji eksploatacji komina nr 5 H=150m w Elektrowni dotyczącego wzrostu temperatury spalin przy pierwszym uruchomieniu przewodu, który według instrukcji „winien przebiegać w sposób stabilny przy założeniu dobowego wzrostu temperatury około 72^(o)C”. M. N. wskazał, że z informacji jakie uzyskał wynika, że włączenie do ruchu próbnego przewodu „A” będzie przebiegać w sposób zbliżony jak na – załączonym do tej wiadomości e-mail – wykresie przyrostu temperatur przy uruchomieniu bloku numer (...). W związku z powyższym zwrócił się o wyrażenie zgody na większy wzrost temperatury spalin w w/w przewodzie A, nadmieniając przy tym, że powłoki chemoodporne przewodu są odporne na szoki termiczne. W związku z tym zakwestionował celowość wydłużenia procedury uruchamiania bloku numer (...). Jednocześnie poinformował on także, że dopiero w bieżącym tygodniu podejmie próbę sporządzenia protokołu odbioru otrzymanej uprzednio dokumentacji: Instrukcji eksploatacji komina nr 5 oraz metryki komina [wiadomość e-mail M. N. do R. K. (1) i R. K. (2) zatytułowana „Dot. Instrukcji eksploatacji komina nr 5”, k. 799-800, tom IV; częściowo zeznania świadka M. N., k. 3010, tom XV; zeznania świadka Z. B. (1), k. 3085, tom XVI; zeznania reprezentanta pozwanej L. S., k. 3731v, tom XIX]. Po przeanalizowaniu wspomnianych krzywych eksploatacyjnych bloku nr (...) inż. Z. B. (1), autor instrukcji obsługi komina nr 5 oświadczył w dniu 5 października 2010 r., że przedstawiony sposób włączenia bloku do ruchu jest dopuszczalny także dla przewodu „A”, do którego będą wprowadzone spaliny z bloku numer (...), o podobnych parametrach jak bloku nr (...) [wiadomość e-mail Z. B. (1) adresowana do M. N., R. K. (1), R. K. (2) zatytułowana „RE: Dot. Instrukcji eksploatacji komina nr 5” z dnia 5 października 2010 r., k. 801-802, tom V; zeznania świadka Z. B. (1), k. 3085, tom XVI; a także zeznania reprezentanta pozwanej L. S., k. 3731v, tom XIX].

W dniu 7 października 2010 r. (...) Techniczna powódki w składzie: M. N., M. F., J. Z., M. K., M. G. (1), K. S. (1), D. Z., S. B., J. R. (2) dokonując oceny technicznej i przydatności dokumentacji – Instrukcji obsługi komina nr 5, przyjęła ją do realizacji z wyszczególnieniem usterek zadekretowanych do Biura Projektów, które pozwana miała uzupełnić w rewizji dokumentacji (m.in. należało w punkcie 2 podać zastosowany zestaw zabezpieczenia antykorozyjnego stropów komina – str. nr 9; należało w pkt 4 przy pierwszym uruchomieniu przewodu zrezygnować z konieczności stabilnego wzrostu temperatury z dobowym wzrostem temperatury około 72^(o)C) [protokół odbioru dokumentacji technicznej z 7 października 2010 r., k. 553-553v, tom III]. Powyższa uwaga znalazła następnie swoje odzwierciedlenie w Instrukcji obsługi komina (rewizja: 1), w której w części numer 4 dotyczącej – Włączenia komina do eksploatacji – wskazano, że wzrost temperatury spalin w kominie jest uzależniony od krzywych wzrostu temperatury kotła (około 100^(o)C w ciągu 10 godzin), jednak zastrzeżono również, aby nie spowodować gwałtownego wzrostu temperatury w krótkim czasie, np. nagle wpuszczenie spalin o temperaturze powyżej 100^(o)C [Instrukcja obsługi komina (rewizja: 1) autorstwa inż. Z. B. (1), k. 531-551v, tom III; częściowo zeznania świadka M. N., k. 3011, tom XV], którą (...) Techniczna

Elektrowni (...) w składzie: M. N., M. F., K. S. (2), K. S. (1), D. Z. oraz J. R. (2) przyjęła do realizacji 9 listopada 2010 r. z wyszczególnieniem usterek zadekretowanych do Biura Projektów [protokół odbioru dokumentacji technicznej z 9 listopada 2010 r., k. 552-552v, tom III]. W nowej (skorygowanej) instrukcji obsługi wzrost temperatury winien wynosić więc $10^{(0)}\text{C}$ na godzinę. Przyrost temperatury miał trwać, aż do osiągnięcia normalnej temperatury pracy spalin surowych ($150^{(0)}\text{C}$). Toteż, po około 15 godzinach od rozruchu kotła temperatura spalin surowych powinna osiągnąć wartość normową, natomiast po upływie 18 godzin od rozruchu komina mogłaby osiągnąć maksymalną temperaturę pracy [opinia biegłego sądowego M. P. z marca 2019 r., k. 4388-4390, tom XXII; zeznania reprezentanta pozwanej L. S., k. 3731v, tom XIX]. Po otrzymaniu Instrukcji obsługi komina inspektor nadzoru inwestorskiego M. N. nie przekazał dalej (powódce) informacji, jak rozruch komina ma zostać przeprowadzony, poprzestając tylko na zgłoszeniu gotowości do rozruchu. Przeprowadzający rozruch kierownicy bloku (pracownicy powódki) nie znali więc Instrukcji, nie znali także parametrów, w których mogła pracować powłoka zabezpieczająca przewody komina nr 5 i zasadniczo komin znajdował się poza zakresem ich zainteresowań i nadzoru. Przystąpili do uruchomienia bloku energetycznego (kotła) wyłącznie na podstawie ustnego polecenia dyżurnego [częściowo zeznania świadka M. N., k. 3012, tom XV; częściowo zeznania świadka J. L. – nagranie od minuty 00.48.54 do minuty 00.50.12; częściowo zeznania świadka Z. F. – nagranie od minuty 00.52.44 do minuty 00.54.04, nagranie od minuty 00.56.13 do minuty 00.56.36, nagranie od minuty 00.59.14 do minuty 1.01.10, nagranie od minuty 1.02.06 do minuty 1.02.21; częściowo zeznania świadka T. J. – nagranie od minuty 1.07.02 do minuty 1.07.58; częściowo zeznania świadka A. M. – nagranie od minuty 1.16.16 do minuty 1.16.26, nagranie od minuty 1.17.06 do minuty 1.17.37, nagranie od minuty 1.18.24 do minuty 1.18.30, nagranie od minuty 1.24.50 do minuty 1.26.50].

8 października 2010 r. Elektrownia (...) S.A. dokonała uruchomienia palników mazutowych w ramach próbnego rozruchu (sprawdzenia działania poszczególnych układów remontowanego kotła). To spalanie mazutu mogło spowodować wzrost temperatury w kotle. Następnie spaliny z próbnego uruchomienia tych palników mazutowych wydostały się przez komin i zostały zarejestrowane w punkcie B10' (punkt oznaczony symbolem B10' jest punktem pomiarowym, który obrazuje temperatury spalin, jakie zostały podane do komina). W dwie godziny od uruchomienia w/w palników temperatura spalin wyniosła w tym miejscu aż $125^{(0)}\text{C}$. Tak wysoka temperatura utrzymywała się przez dwie godziny. Tym samym, podczas dwóch pierwszych godzin użytkowania komina, temperatura spalin w kominie przekroczyła zakładane w warunkach eksploatacji $100^{(0)}\text{C}$, które powinno być osiągnięte dopiero po 10 godzinach pracy komina. Po upływie 72 godzin od uruchomienia palników mazutowych, temperatura w punkcie pomiarowym B10' wyniosła nadal $39,6^{(0)}\text{C}$. Przewód spalinowy po wygrzewaniu w/w kotła palnikami mazutowymi wychłodził się dopiero o godzinie 11.00 w dniu 12 października 2010 r.. Wystąpienie tak dużej temperatury w tak krótkim okresie czasu mogło mieć wpływ na powstanie uszkodzeń w powłoce chemoodpornej komina nr 5. Reakcja na wzrost temperatury powłoki i stali jest różna. Dwa materiały w kontakcie z nagłym wystąpieniem tak wysokiej temperatury nie pracowały jako całość i z dużym prawdopodobieństwem można zakładać, że właśnie wówczas część tejże powłoki uległa zniszczeniu. Dalsze uszkodzenia naruszonej powłoki chemoodpornej pogłębiało działanie silnych szkodliwych substancji, jakie znajdowały się w spalinach [opinia biegłego J. H. z listopada 2019 r., k. 3855-3856, tom XX; opinia techniczna w sprawie powłok ochronnych w przewodach spalinowych A i B komina nr 5 na terenie Elektrowni (...) S.A. – uzupełnienie nr 2 opracowana przez biegłego J. H. w lipcu 2017 r., k. 4025, tom XXI; ustna opinia uzupełniająca biegłego sądowego J. H., k. 4088-4088v, tom XXI; opinia biegłego M. P. z marca 2019 r., k. 4395-4399 i k. 4420-4421, tom XXII – XXIII; opinia uzupełniająca biegłego sądowego M. P. z czerwca 2019 r., k. 4579-4586 i k. 4605-4606, tom XXIII; ustna opinia uzupełniająca biegłego sądowego M. P., k. 4704-4705, tom XXIII]. System nie rejestrował wtedy wartości stężenia szkodliwych substancji, gdyż nie doszło do uruchomienia samego kotła. Jeśli zapalone zostaną same palniki, to kocioł się wtedy nie zapala, ale mogło być to przyczyną wystąpienia nagłej wysokiej temperatury [ustna opinia uzupełniająca biegłego sądowego M. P., k. 4703, tom XXIII]. Z analizy raportów pomiarów wykonanych przez w/w (poprawnie działający) czujnik w punkcie B10' wynika, że nie było zapalenia węgla, którego to spalanie monitorował system „MIKROS” (tzn. system realizujący zadanie ciągłej kontroli emitowanych do atmosfery zanieczyszczeń, dla którego wartość temperatury była nieistotna; tego dnia nie zdarzyła się jakakolwiek sytuacja, w których chwilowe wartości stężeń zanieczyszczeń lub przepływu spalin nie zostałyby określone przez wskazaną instalację pomiarową emisji zanieczyszczeń) [uzupełniająca opinia biegłego sądowego M. P. z czerwca 2019

r., k. 4584 i k. 4608-4611 i k. 4621, tom XXIII; ustna opinia uzupełniająca biegłego sądowego M. P., k. 4702-4703, tom XXIII; częściowe zeznania świadka J. L. – nagranie od minuty 00.45.49 do minuty 00.46.13, nagranie od minuty 00.46.34 do minuty 00.46.38]. W tym samym dniu dokonano też próby rozplywów w komorach elektrofiltru bloku numer (...) i załączono WS-1, WP-1, WS-3, WP-3, WS-2, WP-2. Po testach „zdjęto napięcie – uziemiono” [opinia uzupełniająca biegłego M. P. z czerwca 2019 r., k. 4604, tom XXIII; częściowo zeznania J. L. – nagranie od minuty 00.32.04 do minuty 00.32.42, nagranie od minuty 00.35.31 do minuty 00.35.11; częściowo zeznania świadka A. M. – nagranie od minuty 1.17.55 do minuty 1.18.17].

12 października 2010 r. D. P. (1) przesłał M. N. pismo potwierdzające, że przewód A komina numer 5 w Elektrowni (...) jest gotowy do rozruchu technologicznego [wiadomość e-mail D. P. (1) do M. N. zatytułowana „Pismo ws. gotowości przewodu A komina h150m” z dnia 12 października 2010 r. wraz z załącznikiem, k. 816-817, tom V; częściowo zeznania świadka M. N., k. 3010, tom XV]. Tego dnia ponownie dokonano także rozpalenia palników mazutowych [częściowo zeznania świadka M. N., k. 3011, tom XV; opinia uzupełniająca biegłego sądowego M. P., k. 4605, tom XXIII; ustna opinia uzupełniająca biegłego sądowego M. P., k. 4704, tom XXIII]. Na dobę przed uruchomieniem kotła temperatura w kominie wynosiła 40,7⁽⁰⁾C. Wysoka temperatura w przewodzie spalinowym utrzymywała się ponad osiemdziesiąt godzin. Utrzymywanie wysokiej temperatury spalin przez tak długi okres czasu bez ciągłego podawania spalin jest niemożliwe [opinia uzupełniająca biegłego M. P. z czerwca 2019 r., k. 4621-4623, tom XXIII].

13 października 2010 r. o godzinie 00.25 dokonano pierwszego rozpalenia kotła – rozruch kotła to jest zapalenie złoża, czyli pyłu węglowego i proces wytwarzania pary (można wtedy zaobserwować stały przyrost temperatury w przewodzie spalin - wzrost temperatur został istotnie zarejestrowany przez czujniki znajdujące się bezpośrednio za kotłem oraz czujniki znajdujące się za absorberem) [analiza zapisów z monitoringu temperatury spalin w okresie od pierwszego podania spalin na przewód „A” komina numer 5 w Elektrowni (...) do momentu odstawienia bloku na początku lutego 2011 r. udostępnionego firmie (...) S.A. w dniu (...) marca 2011 r. w związku z pismem nr (...) z dnia 2 marca 2011 r., k. 827, tom V; wiadomość e-mail M. N. z (...) marca 2011 r. skierowana do R. K. (1), J. M. (1) oraz Z. M. zatytułowana „Odpowiedź na pismo nr (...) z dnia 2 marca 2011 r.”, k. 1845, tom X; częściowo zeznania świadka R. K. (3), k. 3091, tom XVI; opinia biegłego M. P. z marca 2019 r., k. 4400-4404, tom XXII; opinia uzupełniająca biegłego sądowego M. P. z czerwca 2019 r., k. 4621 oraz k. 4626, tom XXIII; częściowo zeznania świadka J. L. – nagranie od minuty 00.33.06 do minuty 00.33.31; częściowo zeznania świadka Z. F. – nagranie od minuty 00.54.21 do minuty 00.55.46; częściowo zeznania świadka A. M. – nagranie od minuty 1.12.56 do minuty 1.13.08]. Tego samego dnia o godz. 21.08 nastąpiło wygaszenie kotła [wpisy z dziennika operacyjnego z 13 października 2010 r., k. 4505, tom XXIII; zeznanie świadka M. N., k. 3011-3012, tom XV; opinia uzupełniająca biegłego sądowego M. P., k. 4611, tom XXIII]. Pozwana nie uczestniczyła w rozruchu komina numer 5 [częściowo zeznania świadka R. K. (1), k. 3003, tom XV; częściowo zeznania świadka M. N., k. 3011, tom XV; zeznania reprezentanta strony pozwanej L. S., k. 3731, tom XIX]. 14 października 2010 r. o godzinie 14.40 nastąpiło pierwsze podanie spalin na instalację odsiarczania spalin (...) [analiza zapisów z monitoringu temperatury spalin w okresie od pierwszego podania spalin na przewód „A” komina nr 5 w Elektrowni (...) do momentu odstawienia bloku na początku lutego 2011 r. udostępnionego firmie (...) S.A. w dniu (...) marca 2011 r. w związku z pismem nr (...) z dnia 2 marca 2011 r., k. 827, tom V; wiadomość e-mail M. N. z dnia (...) marca 2011 r. skierowana do R. K. (1), J. M. (1) i Z. M. zatytułowana „Odpowiedź na pismo numer (...) z dnia 2 marca 2011 r.”, k. 1845, tom X; zeznania świadka Z. M., k. 3004, tom XV; częściowo zeznania świadka R. K. (3), k. 3091-3093, tom XVI]. Uczestnicząca przy rozruchu instalacji odsiarczania spalin firma SIRUS w ogóle nie koordynowała rozruchu tej instalacji odsiarczania z rozruchem komina nr 5 (nie miała wpływu na ingerencję w temperaturę spalin, które otrzymywała bezpośrednio z kotła; nie była jej przekazana nawet Instrukcja obsługi komina) [częściowo zeznania świadka R. K. (3), k. 3091, tom XVI; częściowo zeznania świadka J. L. – nagranie od minuty 00.32.04 do minuty 00.32.42, nagranie od minuty 00.33.41 do minuty 00.34.10]. Następnie, o godzinie 0.15 nastąpiło ponowne rozpalenie kotła [opinia uzupełniająca biegłego sądowego M. P. z czerwca 2019 r., k. 4612, tom XXIII].

W dniu 15 października 2010 r. pozwana dokonała – bez uwag i zastrzeżeń – odbioru wykonanej przez interwenienta ubocznego w okresie od dnia 31 marca 2010 r. do dnia 15 października 2010 r. powłoki chemoodpornej przewodów „A” i „B” + czopuch, określając jakość tych prac jako dobrą [protokół odbioru wykonanych robót (częściowy – nr 1)

w okresie od dnia 31 marca 2010 r. do dnia 15 października 2010 r., k. 989-990, tom V; protokół odbioru wykonanych robót (częściowy – nr 1 – korekta) w okresie od dnia 31 marca 2010 r. do dnia 15 października 2010 r., k. 987-988, tom V; częściowo zeznania świadka R. K. (1), k. 3001 i k. 3003, tom XV]. Nałożona powłoka chemoodporna ARC S7 była ciągła, jednorodna, posiadała jednolitą strukturę, wskazywała bardzo dobre właściwości barierowe i zachowywała dobrą przyczepność do podłoża, co zapewniało, że nawet w wyniku absorpcji wody zachowuje swe funkcje ochronne [opinia Instytutu (...) z T. autorstwa M. Z. (1) z kwietnia 2014 r., k. 3583, tom XVIII; ustna opinia uzupełniająca przedstawiciela Instytutu (...) z T. Odział Farb i (...) w G. – M. Z. (1), k. 3694v, tom XIX].

W okresie od 15 października do 30 października 2010 r. podczas pracy kotła bloku nr 10 spaliny pięciokrotnie były kierowane przez IOS III, tzn. instalację odsiarczania spalin, z czego jeden raz układ IOS III był uruchamiany na dłużej. W tym okresie kocioł i układ IOS były uruchamiane po raz pierwszy. Temperatura w przewodzie spalinowym w chwili uruchomienia kotła była już wysoka, co miało związek z użyciem kilka dni wcześniej palników mazutowych w celu wygrzania kotła. W całym tym okresie występowały wysokie temperatury w przewodzie spalinowym, nawet mimo włączenia układu IOS, który powinien wywołać obniżenie temperatur w przewodzie spalinowym komina. Co istotne, Instrukcja obsługi komina nie przewidywała tak długiego utrzymywania wysokich temperatur w przewodzie spalinowym. Wyłączenie w/w kotła spowodowało ustanie rejestracji przepływu spalin. Po wyłączeniu kotła w kominie rejestrowano już tylko dane o temperaturze spalin. W okresie od 12 października do 29 października 2010 r. nawet po włączeniu układu IOS widoczne było obniżenie temperatury na czujniku (3NTA30CT00 1:av), wartości NO_x i SO₂ nie zmniejszyły się do poziomu parametrów spalin po oczyszczeniu. Temperatura spalin w kominie (B10') stanowiła zaś odwzorowanie temperatury spalin zarejestrowanych przed absorberem. W tym okresie IOS został włączony sześciokrotnie. Spaliny w wskazanym okresie były podawane do komina z pominięciem układu IOS. W okresie od 9 listopada do 5 grudnia 2010 r. układ IOS był zaś uruchamiany trzykrotnie. Wszystkie okresy pracy były już długotrwałe. Natomiast w okresie od 13 grudnia do 23 grudnia 2010 r. układ IOS III był uruchamiany tylko raz. Także w przedziale czasowym od 26 grudnia do 31 grudnia 2010 r. układ IOS III był uruchamiany raz. Po włączeniu IOS i przejściu przez niego spalin, poziom SO₂ i NO_x gwałtownie spadł. Wartości spalin mieściły się w wytycznych dotyczących zakładanych redukcji zanieczyszczeń. Po włączeniu układu IOS wysoka temperatura komina utrzymywała się jeszcze przez kilka godzin. Natomiast w okresie od 4 stycznia do 4 lutego 2011 r. układ IOS III był uruchamiany cztery razy. W tym to okresie temperatura spalin zmierzona w przewodzie spalinowym komina „pokrywa się” z wykresem temperatury pracy układu IOS. Po wypuszczeniu spalin przez IOS poziom zanieczyszczeń w spalinach spadł [zeznania świadka Z. B. (1), k. 3082-3083 i k. 3085, tom XVI; zeznania świadka M. S., k. 3087-3088, tom XVI; zeznania świadka R. K. (3), k. 3093., tom XVI; zeznania reprezentanta strony pozwanej L. S., k. 3731-3732, tom XIX; zeznania reprezentanta pozwanej A. N., k. 3768, tom XIX; opinia biegłego sądowego M. P. w marcu 2019 r., k. 4409-4419, tom XXIII; uzupełniająca opinia biegłego M. P. z czerwca 2019 r., k. 4615, tom XXIII].

W dniu 25 października 2010 r. zakończono montaż dolnej części przewodu „B” komina H= 150m [wpis D. P. (1) w dzienniku budowy z dnia 25 października 2010 r., k. 1426, tom VIII; wpis M. N. w dzienniku budowy z 26 października 2010 r., k. 1426, tom VIII]. Następnego dnia rozpoczęto montaż czopucha stalowego KCB1 oraz KCB 2 przewodu stalowego „B” komina, który został zakończony 26 listopada 2010 r. [wpis D. P. (1) w dzienniku budowy z dnia 26 października 2010 r., k. 1427, tom VIII; wpis D. P. (1) w dzienniku budowy z dnia 26 listopada 2010 r., k. 1427, tom VIII]. Na początku listopada 2010 r. dokonywane były naprawy uszkodzeń ścian przewodu „B” komina powstałe po pożarze plandeki (miejsca zostały oczyszczone z sadzy oraz zbadane za pomocą poroskopu – odpowiednim napięciem probierczym, a następnie te miejsca, które wykazywały nieszczelność powłoki zostały zmatowione oraz odłuszczone po czym nałożono na nie kompozyt ARC S7) [raport z przeprowadzenia prac naprawczych po pożarze plandeki przewodu „B” komina H=150m w Elektrowni (...), k. 1268, tom VII].

Następnie, w dniu 14 grudnia 2010 r. podczas prac wewnątrz kanału KCB1 oraz KCB2 wykonano szczegółową kontrolę oraz naprawę dna przewodu stalowego „B” (dno zostało odczyszczane z sadzy i sprawdzone za pomocą poroskopu, miejsca, które były nieszczelne zmatowiono oraz naprawiono kompozytem ARC S7). Wszystkie miejsca zostały ponownie sprawdzone, po okresie pełnego utwardzenia kompozytu w dniach 16 listopada 2010 r. na przewodzie oraz

17 grudnia 2010 r. na dnie kanału „B” [raport z przeprowadzenia prac naprawczych po pożarze plandeki przewodu „B” komina H = 150m w Elektrowni, k. 1268, tom VII].

W dniu 15 grudnia 2010 r. kierownik budowy D. P. (1) złożył do Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w K. oświadczenie, że obiekt budowlany komin nr 5 o wysokości H=150m dla bloków nr (...) i nr (...) w części dotyczącej bloku nr (...) (przewód spalin A) został wybudowany zgodnie z projektem budowlanym oraz warunkami pozwolenia na budowę numer (...) z 11 lutego 2009 r. wydanego przez Starostę (...) oraz przepisami [oświadczenie kierownika budowy do zawiadomienia o zakończeniu części budowy z 15 grudnia 2010 r., k. 1433, tom VIII].

Następnie, w dniu dnia 21 grudnia 2010 r. (...) zakończyła wykonywanie zabezpieczenia chemooodpornego wewnętrznej powierzchni przewodu stalowego B i króćców przewodu B w Elektrowni (...) S.A. [świadectwo jakości z 27 grudnia 2010 r. nr (...)EK, k. 1267; karty kontrolne stanu powierzchni i powłok chemooodpornych zabezpieczających metalowe przewody komina nr 5 o wysokości H=150m dla bloków nr (...) i nr (...) w Elektrowni (...), k. 1328-1376, tom VII].

22 grudnia 2010 r. zakończono montaż przewodu stalowego komina „A” i „B” wraz z powłokami chemooodpornymi. W tym też dniu kierownik budowy – D. P. (1) zgłosił do odbioru przewody stalowe komina numer 5 H=150m, a inspektor nadzoru inwestorskiego – M. N. potwierdził wykonanie przewodów wraz z powłokami chemooodpornymi, zastrzegając, iż odbiór tych robót zostanie potwierdzony protokołem odbioru inspektorskiego [wpis D. P. (1) w dzienniku budowy z 22 grudnia 2010 r., k. 1429, tom VIII; wpis M. N. w dzienniku budowy z 22 grudnia 2010 r., k. 1429, tom VIII].

30 grudnia 2010 r. pozwana dokonała – bez uwag oraz zastrzeżeń – odbioru końcowego wykonanej przez C. w okresie od dnia 15 października 2010 r. do dnia 30 grudnia 2010 r. powłoki chemooodpornej przewodów spalin A i (...) + czopucha [protokół odbioru wykonanych robót – końcowy w okresie od dnia 15 października 2010 do dnia 30 grudnia 2010 r., k. 985-986, tom V; częściowo zeznania R. K. (1), k. 3003, tom XV].

W kolejnych dniach miesiąca stycznia 2011 r. pozwana kończyła wykonywanie montażu instalacji odprowadzenia kondensatu z przewodu A i B oraz instalacji elektrycznej, odgromowej i monitoringu spalin wewnątrz komina i zgłaszała je powódce do odbioru [wpis dokonany przez D. P. (1) w dzienniku budowy z 12 stycznia 2011 r., k. 1429, tom VIII; wpis w dzienniku budowy D. W. z dnia 14 stycznia 2011 r., k. 1430, tom VIII; wpis dokonany przez D. P. (1) w dzienniku budowy w dniu 17 stycznia 2011 r., k. 1430, tom VIII; wpis dokonany w dzienniku budowy przez J. Z. z dnia 18 stycznia 2011 r., k. 1430, tom VIII].

W dniu 19 stycznia 2011 r. Elektrownia (...) S.A. złożyła wniosek o wydanie pozwolenia na użytkowanie części obiektu budowlanego – komina nr 5 o wysokości H=150m dla bloków nr (...) i (...) na terenie Elektrowni (...) S.A. w części dotyczącej bloku nr (...) (przewód spalin A) [pismo przewodnie Elektrowni (...) z dnia 19 stycznia 2011 r. skierowane do Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego (...) (IRP-2216-2/11), k. 1435, tom VIII; wniosek o wydanie pozwolenia na użytkowanie części obiektu budowlanego z dnia 19 stycznia 2011 r., k. 1436-1438, tom VIII; oświadczenie z dnia 19 stycznia 2011 r., k. 1434, tom VIII; zawiadomienie Państwowej Inspekcji Pracy Okręgowego Inspektoratu Pracy w W. Oddział w R. z dnia 22 grudnia 2010 r. o zakończeniu części budowy i zamiarze przystąpienia do użytkowania części obiektu budowlanego (...), k. 1439, tom VIII; zawiadomienie Państwowej Inspekcji Sanitarnej w K. z 22 grudnia 2010 r. o zakończeniu części budowy i zamiarze przystąpienia do użytkowania części obiektu budowlanego (...), k. 1440, tom VIII; zawiadomienie Państwowej Straży Pożarnej z 22 grudnia 2010 r. o zakończeniu części budowy i zamiarze przystąpienia do użytkowania części obiektu budowlanego (...), k. 1441, tom VIII].

20 stycznia 2011 r. został zakończony montaż instalacji AKPiA komina H=150m, a dzień później dokonano jej odbioru inspektorskiego [wpis D. P. (1) w dzienniku budowy z 20 stycznia 2011 r., k. 1430, tom VIII; wpis S. M. dokonany w dzienniku budowy w dniu 21 stycznia 2011 r., k. 1430, tom VIII]. Następnego dnia pozwana zgłosiła powódce zakończenie wykonania trzonu żelbetowego komina [protokół odbioru inspektorskiego z 9 lutego 2011 r., k. 620, tom IV], montażu stropów komina [protokół odbioru inspektorskiego z (...) lutego 2011 r., k. 177-179, tom I], instalacji monitoringu powietrza (UPM) i instalacji monitoringu emisji spalin komina nr 5 [protokół odbioru

inspektorskiego z dnia (...) lutego 2011 r., k. 186-189, tom I], instalacji telefonicznej, instalacji elektrycznej komina nr 5, linii kablowych 0,4 kV zasilających, linii kablowych teletechnicznych oraz linii światłowodowej do oświetlenia przeszkodowego, montażu instalacji gniazd siłowych – 0,4/0,2 kV [protokół odbioru inspektorskiego z dnia (...) lutego 2011 r., k. 193-196, tom I], wykonania odwodnienia stropu górnego komina [protokół odbioru inspektorskiego z dnia 10 lutego 2011 r., k. 618-619, tom IV], wykonania odwodnienia kondensatu z przewodów komina nr 5 [protokół odbioru inspektorskiego z (...) lutego 2011 r., k. 616-617, tom IV], wykonania przewodów spalin [protokół odbioru inspektorskiego z dnia 11 lutego 2011 r., k. 614-615, tom IV]; wykonanie dróg i placów [protokół odbioru inspektorskiego z dnia 14 lutego 2011 r., k. 180-182, tom I; wpis w dzienniku budowy dokonany przez D. P. (1) z dnia 10 lutego 2011 r., k. 1430, tom VIII].

W dniu 8 lutego 2011 r., na skutek wezwania z dnia 19 stycznia 2011 r., organ nadzoru budowlanego w osobach J. G. oraz S. Ś. przeprowadził obowiązkową kontrolę budowy – części komina nr 5 o wysokości H=150m dla bloku numer (...) (przewód spalin A) na terenie Elektrowni w celu stwierdzenia prowadzenia jej zgodnie z ustaleniami oraz warunkami określonymi w pozwoleniu na budowę z 11 lutego 2009 r. W w/w kontroli uczestniczyli – ze strony inwestora: S. P., C. P., przy udziale inspektora nadzoru budowlanego M. N., kierownika budowy D. P. (1), projektanta Z. B. (1). W wyniku przeprowadzonej kontroli stwierdzono, że część dotycząca bloku nr (...) - przewód spalin A (komin nr 5 o wysokości H=150m), spełnia warunki do wydania pozwolenia na użytkowanie. Osoby uczestniczące w kontroli nie zgłaszały uwag [protokół kontroli obowiązkowej zakończonej budowy obiektu budowlanego z 8 lutego 2011 r., k. 627-628v, tom IV]. Tego samego dnia stwierdzono natomiast uszkodzenia powłoki chemoodpornej (popękane płyty wykładziny, odstające od podłoża płyty wykładziny i spękania wykładziny, widoczne ślady korozji pod odstającymi płytami wykładziny) w kanale poziomym B1. P. (...) (przedstawiciel konsorcjum - wykonawcy kanału) jeszcze w tym samym dniu zgłosiła (...) reklamację odnośnie powłoki chemoodpornej w kanale B1 [zgłoszenie reklamacyjne do podwykonawcy z dnia 8 lutego 2011 r., k. 2229, tom XII; protokół ze spotkania w dniu 11 lutego 2011 r. w sprawie uszkodzenia powłoki chemoodpornej ARC S7 w kominie nr 5 – przewód A oraz w kanale spalin B1 (odcinek od absorbera do komina), k. 2226-2228, tom XII; częściowo zeznania świadka W. D., k. 2991, tom XV].

Następnego dnia, tj. 9 lutego 2011 r. dokonano kontroli odcinka kanału spalin B1 z udziałem przedstawiciela inwestora, a ponadto przeprowadzono wstępne oględziny powłoki chemoodpornej przewodu A komina i także tam stwierdzono jej analogiczne, miejscowe uszkodzenia. Podczas tej kontroli ustalono, że niezbędna będzie wizyta przedstawiciela C. W., który we wskazanej spółce zajmuje się nakładaniem powłok, formułowaniem rekomendacji w zakresie sprzedawanych produktów oraz badaniem pojawiających się problemów [protokół ze spotkania w dniu 11 lutego 2011 r. w sprawie uszkodzenia powłoki chemoodpornej ARC S7 w kominie nr 5 – przewód A oraz w kanale spalin B1 (odcinek od absorbera do komina), k. 2226-2228, tom XII; zeznania świadka W. D., k. 2991, tom XV; zeznania świadka Z. M., k. 3004, tom XV; zeznania świadka M. S., k. 3087, tom XVI].

Na podstawie zgłoszenia zakończenia wykonania trzonu żelbetowego komina, w dniu (...) lutego 2011 r. przystąpiono do czynności odbiorowych tych robót, w których uczestniczyli ze strony (...): D. P. (1) (kierownik budowy), R. K. (1) (kierownik projektu), T. K. (inżynier budowy), natomiast ze strony inwestora: M. N., M. F. (inspektorzy nadzoru inwestorskiego), J. M. (2) (Kierownik sekcji Nadzoru Budowlanego) oraz M. G. (1) (inspektor nadzoru budowlanego wydziału KM). Uznano wówczas, że te roboty zostały wykonane zgodnie z projektem budowlanym i projektem wykonawczym (nr ew. 9730/01) z odchyleniami w dokumentacji zapisanymi w dzienniku budowy. W konsekwencji komisja ta dokonała odbioru robót z uwagami zawartymi w wykazie braków i usterek według załącznika numer 6. Jednocześnie komisja zawnioskowała o dopuszczenie (obiektu, kompleksu, węzła) do odbioru końcowego, bez ponownego udziału tejże komisji na podstawie oświadczenia zawartego we wskazanym załączniku nr 6 o usunięciu usterek potwierdzonego przez kierownika budowy i inspektora nadzoru, które oświadczenie stanowi integralną część protokołu. Wymienione w w/w wykazie usterek zostały wykonane przez spółkę (...), co w dniu 22 marca 2011 r. potwierdził M. N. [protokół odbioru inspektorskiego z (...) lutego 2011 r., k. 620-620v, tom IV wraz z wykazem braków i usterek, k. 621, tom IV; zeznania świadka L. S., k. 3730v, tom XIX].

Następnie, (...) lutego 2011 r. komisja w składzie – ze strony wykonawcy (...) D. P. (1), R. K. (1) i T. K., ze strony inwestora – M. N., M. F., J. M. (2) oraz M. G. (1) – dokonała odbioru (z uwagami zawartymi w wykazie braków i usterek

według załącznika nr 6) kolejnych robót budowlanych, a mianowicie montażu stropów komina stwierdzając, iż roboty te zostały wykonane zgodnie z projektem budowlanym oraz projektem wykonawczym stropów komina (nr ew.(...)) wraz z odchyleniami od dokumentacji zapisanymi w w/w dzienniku budowy. Jednocześnie komisja zawnioskowała o dopuszczenie (obiektu, kompleksu, węzła) do odbioru końcowego, bez ponownego udziału komisji na podstawie oświadczenia zawartego we wskazanym załączniku numer 6 o usunięciu usterek potwierdzonego przez kierownika budowy i inspektora nadzoru, które oświadczenie stanowi integralną część protokołu. Wskazane w wykazie usterki i braki zostały wykonane przez (...), co potwierdził M. N. w dniach 22 marca, 31 marca, 7 kwietnia i 12 kwietnia 2011 r. [protokół odbioru inspektorskiego z dnia 10 lutego 2011 r., k. 177, tom I wraz z wykazem braków i usterek, k. 179, tom I]. Tego samego dnia komisja w składzie – ze strony wykonawcy – D. P. (1), E. S., M. M., ze strony inwestora – S. M., J. S., J. B. (1), M. K. i R. W. potwierdziła wykonanie robót zgodnie z dokumentacją i dokonała odbioru instalacji monitoringu powietrza (UPM) i instalacji monitoringu emisji spalin komina nr 5. Wskazane w załączonym do protokołu odbioru wykazie braki i usterki zostały wykonane, co zostało potwierdzone w dniu 30 marca 2011 r. [protokół odbioru inspektorskiego z dnia 10 lutego 2011 r., k. 186-189, tom I wraz z wykazem braków i usterek, k. 188, tom I]. Także 10 lutego 2011 r. dokonano odbioru instalacji telefonicznej, instalacji elektrycznej komina numer 5, linii kablowych 0,4 kV zasilających, linii kablowych teletechnicznych oraz linii światłowodowej do oświetlenia przeszkodowego, a także instalacji gniazd siłowych 0,4/0,2 kV. Wskazane w wykazie braki i usterki zostały poprawione przez wykonawcę – (...) [protokół odbioru inspektorskiego z dnia 10 lutego 2011 r., k. 193-196, tom I wraz z wykazem braków usterek, k. 195-196, tom I]. W dniu 10 lutego 2011 r. komisja dokonała też odbioru kolejnych robót budowlano – instalacyjnych odwodnienia stropu górnego komina i kondensatu z przewodów komina nr 5 wraz z uwagami zawartymi w załączonych do protokołów odbioru wykazach braków i usterek, które to zostały wykonane przez (...) i co potwierdził dnia 31 marca 2011 r. M. N. [protokół odbioru inspektorskiego z dnia (...) lutego 2011 r., k. 618-619, tom IV wraz z wykazem braków i usterek, k. 619, tom IV; protokół odbioru inspektorskiego z dnia 10 lutego 2011 r., k. 616-617, tom IV wraz z wykazem braków i usterek, k. 617, tom IV; zeznania reprezentanta pozwanej L. S., k. 3730v, tom XIX].

W dniu 10 lutego 2011 r. dokonano szczegółowych oględzin powłoki kanału B1 i przewodu A komina nr 5, w których uczestniczył przedstawiciel C. - technolog [protokół ze spotkania w dniu 11 lutego 2011 r. w sprawie uszkodzenia powłoki chemoodpornej (...) w kominie nr 5 – przewód A i w kanale spalin B1 (odcinek od absorbera do komina), k. 2226-2228, tom XII; raport z analizy uszkodzeń z dnia 4 marca 2011 r. autorstwa N. W., k. 1511-1520, tom VIII; częściowo zeznania świadka W. D., k. 2992, tom XV; zeznania świadka Z. M., k. 3004 i k. 3008, tom XV; zeznania świadka M. S., k. 3087-3088, tom XVI]. Większość widocznych uszkodzeń powłoki przewodu A komina w stosunkowo krótkim czasie (liczonym w miesiącach) doprowadziłaby do silnych uszkodzeń korozyjnych trzonu (pokrywających się z obszarem uszkodzeń powłoki), wymagały zatem one podjęcia działań naprawczych [opinia biegłego J. H. z listopada 2016 r., k. 3856-3857, tom XX; opinia techniczna w sprawie powłok ochronnych w przewodach spalin A i B komina nr 5 na terenie Elektrowni (...) – uzupełnienie autorstwa J. H. z stycznia 2017 r., k. 3935, tom XX; opinia techniczna w sprawie powłok ochronnych w przewodach spalin A i B komina nr 5 na terenie Elektrowni (...) S.A. – uzupełnienie nr 2 autorstwa J. H. z lipca 2017 r., k. 4026, tom XXI].

Pomimo stwierdzonych uszkodzeń powłoki wewnętrznej, w kolejnym dniu, tj. 11 lutego 2011 r., Elektrownia dokonała odbioru inspektorskiego robót budowlano – montażowych – wykonania przewodów spalin. W wykazie braków i usterek – stanowiącym załącznik do protokołu odbioru – wskazano m.in. na konieczność usunięcia przez wykonawcę (...) S.A. prętów stalowych łączących przewody spalin w części wylotowej w/w przewodów; konieczność poprawienia montażu stabilizatorów rolkowych przewodów „A” i „B” oraz zastabilizowania i trwałego oznaczenia wzajemnego usytuowania łożysk rolkowych w/w przewodów względem poziomu stropów na których są zainstalowane; konieczność poprawienia montażu taśmy aluminiowej w miejscach łączenia arkuszy izolacji przewodów spalin oraz dołączenie przez wykonawcę dokumentacji zabudowy kompensatorów i ich dokumentacji odbiorowej w języku polskim. Ponadto inwestor wskazał na konieczność usunięcia w przewodzie „A” uszkodzenia powłoki chemoodpornej. Odnosnie ostatniej ze wskazanych usterek inspektor nadzoru inwestorskiego M. N. ustalił w dniu 6 kwietnia 2011 r., że usterka ta jest wadą wykrytą w okresie gwarancji i zostanie usunięta w tym trybie zgodnie z postanowieniami zawartymi w § 19 umowy nr (...) z 19 sierpnia 2009 r. [protokół odbioru inspektorskiego z 11 lutego 2011 r., k. 614-614v z wykazem

braków i usterek, k. 615, tom IV; częściowo zeznania świadka M. N., k. 3011, tom XV; zeznania reprezentanta pozwanej – L. S., k. 3731, tom XIX].

Tego samego dnia Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w K. wyraził zgodę na użytkowanie części komina nr 5 o wysokości H=150 m dla bloku nr (...) (przewód spalin) – I etap (decyzja nr (...) znak PINB.7353-14/11) [wniosek o wydanie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego z dnia 23 maja 2011 r., k. 1447-1450, tom VIII; częściowo zeznania świadka R. K. (1), k. 3001, tom XV].

11 lutego 2011 r. odbyło się także spotkanie, w którym uczestniczyli przedstawiciele m.in. Elektrowni (...), C., (...) oraz P. – (...). Podczas tego spotkania C. zaproponowała, by wszelkie uszkodzenia oraz ubytki powłoki chemoodpornej naprawić poprzez nałożenie nowych powłok chemoodpornych z tego samego materiału, lecz o mniejszej grubości; zaś miejsca, w których występują siatki pęknięć należało pozostawić oraz monitorować podczas odstawień bloku nr (...); kwalifikacja miejsc, gdzie uszkodzone powłoki musiały być usunięte oraz tych, które pozostają do dalszej eksploatacji miała zostać przeprowadzona przez C.; naprawa uszkodzonych miejsc miała zostać dokonana według technologii C. odpowiednio przez (...) oraz Konsorcjum (...) LTD. – (...) S.A. Powódka wówczas poinformowała, że blok numer (...) jest w postoju awaryjnym i w obecnym stanie technicznym – w jej ocenie – nie może być eksploatowany. W związku z powyższym Elektrownia (...) oczekiwała od (...) LTD. – (...) niezwłocznego przedstawienia innego sposobu i terminu rozwiązania tego problemu. Konsorcjum zobowiązało się przedstawić do 11 marca 2011 r. technologię naprawy i szczegółowy harmonogram usunięcia usterek powłoki chemoodpornej w kanale B1, do tego jednak czasu w/w Konsorcjum nie widziało konieczności postoju awaryjnego bloku nr (...). W związku z niewielką ilością lokalnych uszkodzeń powłoki przewodu „A”, (...) także uznała konieczności wyłączenia z eksploatacji przewodu A komina nr 5. Jednocześnie zobowiązała się, po uzyskaniu od producenta C. wyników ekspertyzy, do przekazania technologii napraw i harmonogramu prac [protokół ze spotkania w dniu 11 lutego 2011 r. w sprawie uszkodzenia powłoki chemoodpornej (...) w kominie numer 5 – przewód A i w kanale spalin B1 (odcinek od absorbera do komina) wraz z listą obecności, k. 2226-2228, tom XII; zeznania świadka Z. M., k. 3005, tom XV; zeznania reprezentanta interwenienta ubocznego K. G., k. 3733, tom XIX; zeznania reprezentanta strony pozwanej A. N., k. 3768-3769, tom XIX].

Pozwana – po stwierdzeniu uszkodzeń powłoki chemoodpornej – podjęła tymczasowe działania naprawcze polegające na wycięciu elementu blachy, dopasowaniu i nałożeniu nowej powłoki, celem umożliwienia Elektrowni dalszego użytkowania przewodu A [częściowo zeznania świadka R. K. (1), k. 3001 i k. 3003, tom XV; zeznania świadka Z. M., k. 3006, tom XV]. W miejscach dokonania tychże napraw powłoki nie stwierdzono później jakichkolwiek uszkodzeń [opinia sporządzona przez instytut naukowy Katedrę (...) Politechniki (...) w L. z 31 lipca 2013 r., k. 3306, tom XVII; ustna opinia uzupełniająca bieglej sądowej A. K. (1), k. 3395, tom XVII].

Następnie 14 lutego 2011 r. dokonano odbioru kolejnego zakresu robót budowlanych – wykonania dróg i placów z uwagami zawartymi w wykazie braków i usterek. Braki zostały wykonane przez (...) S.A., co potwierdził w dniach 4 marca, 22 marca, 6 kwietnia i 7 kwietnia 2011 r. M. N. [protokół odbioru inspektorskiego z dnia 14 lutego 2011 r., k. 180-182, tom I wraz z wykazem braków i usterek, k. 182, tom I; wpis D. P. (1) w dzienniku budowy z 10 lutego 2011 r., k. 1430, tom VIII; wpis M. N. w dzienniku budowy z dnia 14 lutego 2011 r., k. 1431, tom VIII; zeznania reprezentanta pozwanej spółki (...), k. 3731, tom XIX].

15 lutego 2011 r. wykonawca usuwał jeszcze usterki wykazane w protokołach inspektorskich dla poszczególnych branż [wpis D. P. (1) w dzienniku budowy z dnia 15 lutego 2011 r., k. 1431, tom VIII]. Tego samego dnia odbyło się kolejne spotkanie dotyczące kwestii uszkodzenia powłoki chemoodpornej ARC S7 w kominie nr 5 – przewód „A” oraz w kanale spalin B1 (odcinek od absorbera do komina), w którym uczestniczyli przedstawiciele: Elektrowni (...) S.A., (...) i (...) S.A., Zakład (...). Podczas tego spotkania (...) S.A. poinformowała, że niezależnie od wyników ekspertyzy, jak i stanowiska spółki (...) w związku z uszkodzeniami powłoki chemoodpornej, zleci ona na własny koszt badania tak wykonanej powłoki chemoodpornej Politechnice G.. Niezależnie od powyższego P. – (...) zaproponowała też zamontowanie w kanale spalin oraz w kominie płytek referencyjnych z naniesioną powłoką chemoodporną C., celem monitorowania stanu powłoki w warunkach eksploatacji instalacji odsiarczania spalin IOS III z pracującym blokiem. P. – (...) wspólnie z (...) miała przedstawić w terminie do 17 lutego 2011 r. sposób i miejsce zabudowy płytek, celem

zaakceptowania przez Elektrownię oraz dokonania montażu płytek na własny koszt w terminie do dnia 18 lutego 2011 r. Jednocześnie oświadczyła także, iż instalacja odsiarczania spalin (IOS III) może być dalej eksploatowana bez względu na stwierdzone uszkodzenia, a ponadto, że przyjmuje ona odpowiedzialność za ewentualne rozszerzenie się uszkodzeń i zobowiązuje do dokonania naprawy na własny koszt. Ponadto oświadczyła również, że bierze na siebie pełną odpowiedzialność za zakres i koszty napraw niezależnie od oficjalnego stanowiska spółki (...) w niniejszej sprawie. W świetle powyższego Elektrownia (...) wyznaczyła P. – (...) termin do 1 kwietnia 2011 r. na przedstawienie zakresu, technologii, harmonogramu, jak i terminu gotowości do rozpoczęcia prac związanych z naprawą powłoki w kanale poziomym. Ponadto Elektrownia zaznaczyła, że – w przypadku stanowiska C. o konieczności wymiany powłoki – oczekuje od P. – (...) w terminie nie dłuższym, niż jeden miesiąc od powzięcia takiej wiadomości, przedstawienia propozycji wymiany powłoki. Uczestnicząca w tym spotkaniu (...) S.A. oświadczyła, iż ponieważ powłoka chemoodporna przewodu A komina numer 5 została wykonana także z materiałów i według technologii C., sposób naprawy uszkodzonej powłoki lub też jej wymiany będzie można określić dopiero po zapoznaniu z oficjalnym stanowiskiem firmy (...). Także (...) zobowiązała się podczas tego spotkania do przedstawienia zakresu, technologii, harmonogramu oraz terminu gotowości do przystąpienia do prac (naprawy/wymiany powłoki) w terminie do dnia 1 kwietnia 2011 r.. Ponadto – w przypadku stanowiska C. o konieczności wymiany powłoki – (...) zobowiązała się, w terminie nie dłuższym niż jeden miesiąc od powzięcia takiej wiadomości, do przedstawienia propozycji wymiany tej powłoki. Elektrownia wskazała podczas tego spotkania, że oczekuje dostarczenia w terminie do dnia 17 lutego 2011 r. oświadczenia (...) podpisanego przez uprawnione osoby o przyjęciu odpowiedzialności za uszkodzenia, naprawy/wymiany tej powłoki oraz gwarancji na naprawioną lub wymienioną powłokę w części dotyczącej przewodu A zgodnie z umową nr 098/09/U. W przypadku zaś niedostarczenia oświadczenia w terminie blok numer (...) o mocy 560 MW wraz z instalacją odsiarczania spalin (IOS III) nie zostanie uruchomiony, a koszty oraz straty z tego tytułu jakie poniesie Elektrownia miały obciążać (...). Ponadto Elektrownia oczekiwała, iż w przypadku decyzji o wymianie powłoki w przewodzie A, (...) przedstawi harmonogram wymiany powłoki w przewodzie B oraz odrębne oświadczenie określające gwarancje i zakres odpowiedzialności w odniesieniu do przewodu B. (...) S.A. wskazała, iż oczekuje zarówno od P. – (...), jak i (...) w terminie do (...) marca 2011 r. uzgodnienia i podpisania aneksów do umów odnoszących się do zobowiązań, zakresów prac, gwarancji określonych w protokole sporządzonym podczas spotkania [protokół ze spotkania w dniu 15 lutego 2011 r. w sprawie uszkodzenia powłoki chemoodpornej (...) w kominie nr 5 – przewód A oraz w kanale spalin B1 (odcinek od absorbera do komina), k. 171-173, tom I; częściowo zeznania świadka W. D., k. 2992 i k. 2995, tom XV; zeznania świadka Z. M., k. 3005, tom XV; zeznania reprezentanta pozwanej L. S., k. 3732-3732v, tom XIX; zeznania reprezentanta pozwanej A. N., k. 3769-3770; tom XIX]. W wykonaniu powyższego zobowiązania, (...) złożyła oświadczenie w dniu 16 lutego 2011 r., w którym wskazała, że zakres uszkodzeń powłoki zabezpieczającej przewód A komina H=150m oraz ich charakter nie limituje możliwości normalnej eksploatacji bloku nr (...). Dostawca powłok – firma (...) – po dokonaniu przeglądu uszkodzeń, dopuściła dalszą eksploatację przewodu i zaleciła dalszą obserwację miejsc uszkodzonych (zgodnie z protokołem ze spotkania w sprawie uszkodzenia powłoki chemoodpornej (...) w kominie, które miało miejsce 11 lutego 2011 r.). Dodatkowo wskazała, że uszkodzenia ujawnione w chwili obecnej oraz powstałe w wyniku eksploatacji w/w komina w okresie gwarancyjnym zostaną usunięte przez (...) w terminie uzgodnionym przez strony. Nadto oświadczyła, że w pełni podtrzymuje wszelkie zobowiązania gwarancyjne wynikające z zawartej umowy, dotyczące zarówno wad ujawnionych, jak i wad mogących ujawnić się do końca okresu gwarancji [pismo spółki (...) S.A. skierowane do Elektrowni (...) S.A. z dnia 16 lutego 2011 r. (numer 0140/ PB/2010), k. 168, tom I; zeznania świadka Z. M., k. 3008, tom XV; zeznania reprezentanta pozwanej L. S., k. 3732, tom XIX; zeznania reprezentanta pozwanej A. N., k. 3769-3770, tom XIX]. Przedmiot umowy był użytkowany przez powódkę w okresie kilku miesięcy, pomimo stwierdzenia wad [opinia biegłego sądowego J. H. z listopada 2016 r., k. 3857-3858, tom XX].

W marcu 2011 r. powódka zawarła z Konsorcjum: (...) LTD. oraz (...) S.A. aneks do umowy nr (...) na zaprojektowanie, budowę, dostawę maszyn, urządzeń i wyposażenia oraz montaż kompletnej instalacji odsiarczania spalin dla bloku nr (...) – 500 MW z 16 lipca 2008 r., zgodnie z którym Konsorcjum zobowiązało się do wymiany powłoki chemoodpornej – w wewnętrznych powierzchniach kanału spalin łączącego absorber IOS III z nowym kominem nr 5 – w miejsce dotychczas zastosowanej (...) na wykładzinę metalową Alloy 31 w ramach udzielonej gwarancji zgodnie z umową nr (...) i w uzgodnionym z Elektrownią terminie, co skutecznie zabezpieczyć miało kanał przed wpływem spalin [aneks

nr (...) do umowy nr (...) zawartej przez Elektrownię (...) S.A. a Konsorcjum (...), LTD. i (...) S.A. na zaprojektowanie, budowę, dostawę maszyn, urządzeń i wyposażenia oraz montaż kompletnej instalacji odsiarczania spalin dla bloku nr (...) – 500 MW z dnia 16 lipca 2008 r., k. 61-65, tom I; częściowo zeznania świadka W. D., k. 2991 oraz k. 2995, tom XV; zeznania reprezentanta pozwanej L. S., k. 3732, tom XIX; zeznania reprezentanta interwenienta ubocznego – K. G., k. 3733, tom XIX; zeznania reprezentanta pozwanej A. N., k. 3769, tom XIX].

W nawiązaniu do ustaleń ze spotkania w sprawie uszkodzenia powłoki chemoodpornej przewodu A w kominie nr 5, które odbyło się w dniu 15 lutego 2011 r., (...) zwróciła się 2 marca 2011 r. do Elektrowni (...) S.A. o udostępnienie zapisów z monitoringu temperatury spalin w okresie od uruchomienia komina, do momentu odstawienia na początku lutego 2011 r. Informacje te były (...) S.A. niezbędne do opracowania niezależnej od dostawcy powłok ekspertyzy dotyczącej przyczyn powstania uszkodzeń powłoki [pismo (...) z dnia 2 marca 2011 r. skierowane do Elektrowni (...) S.A. (nr (...)), k. 555, tom III]. Elektrownia przesłała te dane (...) marca 2011 r. [wiadomość e-mail M. N. skierowana do R. K. (1), J. M. (1) i Z. M. pn. „Odpowiedź na pismo nr (...) z dnia 2 marca 2011 r., k. 1845, tom X]

W dniu 4 marca 2011 r. dostawca powłoki firma (...) (interwenient uboczny) opracowała raport z analizy w/w uszkodzeń, z którego wynikało, że drastyczność pęknięć w tej powłoce chemoodpornej jest bezpośrednio zależna od grubości powłoki – im większa grubość powłoki tym bardziej jest popękana. Usieciwienie polimerów termoutwardzalnych wywołuje wewnętrzne naprężenia podczas utwardzania. Wraz ze wzrostem grubości tejsze powłoki zwiększają się wewnętrzne naprężenia powstające podczas procesu utwardzania. Jeżeli zatem jakakolwiek powłoka termoutwardzalna wystawiona jest na działanie zewnętrznych naprężeń, to może wówczas reagować w różny sposób, w zależności od parametrów tej powłoki. Jak wskazano dalej, zastosowana powłoka ARC S7 była wystawiona na działanie w/w zewnętrznego czynnika wywołującego naprężenia na skutek cyklu termicznego. Pomiar temperatury dostarczone przez Elektrownię (...) w czasie eksploatacji pomiędzy dniem 15 października 2010 r. i 6 lutego 2011 r. wskazywały na występowanie 19 cykli od temperatury otoczenia lub temperatury spalin oczyszczonych, do temperatury spalin surowych. Maksymalna zarejestrowana różnica temperatur w tym okresie wahała się od maksymalnej 145,5^(o)C do minimalnej 3,2^(o)C. Pomiar temperatury były zaś zapisywane podczas tego okresu z częstotliwością zapisu co godzinę. Największa pojedyncza zmiana temperatury w dostarczonych danych wskazywała na spadek o 84^(o)C (pomiar dokonane 21 października 2010 r. 9:00:00 do 10:00:00). W miejscach, gdzie nałożono grubszą warstwę powłoki S7 utwardzony polimer posiadał większe naprężenia wewnętrzne w porównaniu do miejsc o mniejszej grubości i nie był w stanie przenieść dodatkowych zewnętrznych obciążeń powstałych przy cyklach termicznych. Efektem tego – w ocenie C. – były pęknięcia wykładziny. W miejscach zaś nałożenia cieńszej warstwy powłoka chemoodporna była w stanie przenieść naprężenia bez pęknięcia lub naprężenia wywołały drobne włoskowate zarysowania bez ich całkowitej penetracji w głąb powłoki. Pozostałe wyniki badań powłoki ARC S7 wskazywały, że jest ona w dobrym stanie technicznym i nadal jest odporna na warunki pracy w kanale spalin i kominie, jak tego oczekiwano. (...) nie znalazła istotnych wad polimeru spowodowanych działaniem chemicznym lub wysoką temperaturą, poza wskazanymi fizycznymi pęknięciami naprężeniowymi. Dodatkowo firma (...) zaleciła, że w miejscach, w których naprężenia spowodowały pęknięcia powłoki na wskroś lub powłoka odspoila się należy ją wymienić na nową, zachowując grubość od 500 do 800 mikrometrów powłoki suchej. Technologia naprawy miała zostać dostarczona oddzielnie [raport z analizy uszkodzeń opracowany przez N. W. z dnia 4 marca 2011 r., k. 1511-1520, tom VIII; zeznania świadka Z. M., k. 3004-3005, tom XV; zeznania N. W., k. 3077-3080; tom XVI; zeznania reprezentanta interwenienta ubocznego K. G., k. 3733-3733v, tom XIX].

Już w dniu 14 marca 2011 r. C. przesłała technologię naprawy wykładziny ARC S7 w kanale spalin B1 i dna komina A; stężeń, belek wsporczych kanału spalin B1 oraz komina A na całej jego powierzchni bocznej. Zgodnie z opracowaną technologią naprawy dna i komina A na całej powierzchni bocznej, w miejscach, w których wystąpiły uszkodzenia, odspojenia, popękania należało w pierwszej kolejności dokonać oznaczenia i usunięcia poprzez obróbkę strumieniowo – ścierną wszystkich miejsc odspojeń wykładziny od podłoża. Dalej, oznaczyć pozostałe miejsca głębszych pęknięć przylegających do podłoża i zbadać grubość wykładziny. Na obszarach o grubości powyżej 900 mikronów należało usunąć wykładzinę. Granice powierzchni naprawianej, które miały właściwą przyczepność do podłoża i właściwą grubość poniżej 900 mikronów, winny były być oklejone taśmą i schropowaczone mechanicznie

lub papierem ściernym. Odkryty metal w miejscach dokonywania naprawy należało oczyścić zgodnie z technologią i to podłoże należało ponownie przygotować zgodnie z rozdziałem 6.0 dokumentu „Technologia aplikacji ARC S7, wykładziny winyloestrowej typu Novolac dla kanałów spalin i przewodów kominowych”. Naprawianą wykładzinę należało następnie nanieść na to podłoże zachowując grubość od 500 do 800 mikrometrów powłoki suchej (DFT). W technologii naprawy wyraźnie wskazano, iż niedopuszczalne są obszary przegrubień wykładziny powyżej zalecanych 800 mikrometrów. W przypadku ich wystąpienia, należało taką wykładzinę schropować, aż do uzyskania wymaganej grubości. Następnie cienko zamalować ten obszar wałkiem, a następnie dokonać ponownego pomiaru grubości. Grubość minimalna dla pojedynczego pomiaru nie mogła być mniejsza niż 400 mikronów. Natomiast w miejscach uszkodzeń polegających na rozwarstwieniu tej wykładziny, należało usunąć luźno przylegające kawałki odspojonej warstwy i dokonać oględzin oraz pomiarów grubości. Jeżeli odkryta w ten sposób wykładzina nie wykazywała pęknięć lub odspojen i mieściła się w granicach 400-800 mikronów, nie należało podejmować żadnych czynności. W innym przypadku należało zastosować opisaną procedurę naprawczą [wiadomość e-mail K. G. z 14 marca 2011 r. skierowana do M. B., S. K., L. S. z tytułowaną „RE: ekspertyza uszkodzenia powłoki w Elektrowni w K.” wraz z załącznikiem w postaci (...) N. Wykładziny (...), k. 631-632v, tom IV; zeznania świadka Z. M., k. 3005, tom XV; zeznania świadka N. W., k. 3080, tom XVI; zeznania świadka M. S., k. 3089, tom XVI; zeznania reprezentanta pozwanej L. S., k. 3732, tom XIX; zeznania reprezentanta interwenienta ubocznego K. G., k. 3733, tom XIX].

16 marca 2011 r. (data nadania przesyłki w placówce pocztowej) (...) S.A. przesłała do Elektrowni (...) S.A. zgłoszenie (datowane na dzień 12 marca 2011 r.) do odbioru usunięcia usterek braków oraz usterek z protokołów inwestorskich dotyczących – żelbetowego trzonu komina; stropów komina, przewodów spalin „A” i „B”; odwodnienia stropu górnego komina; odprowadzenia kondensatu z w/w przewodów spalin; instalacji odgromowej komina; instalacji monitoringu spalin, instalacji AKPiA, placów i dróg. Jednocześnie zgłosiła ona komin do odbioru końcowego zgodnie z umową [pismo pozwanej (...) S.A. datowane na dzień 12 marca 2011 r. skierowane do Elektrowni (...) (nr (...)), k. 622-623, tom IV; kserokopia pocztowej książki nadawczej, k. 623, tom IV; zeznania świadka Z. M., k. 3005, tom XV]. Tego samego dnia R. K. (1) przesłał do M. N. wiadomość e-mail o analogicznej treści, zgłaszając do odbioru usunięcie braków i usterek z protokołów inwestorskich także w zakresie instalacji elektrycznych komina [wiadomość e-mail R. K. (1) z 16 marca 2011 r. skierowana do M. N. z tytułowaną „Usunięcie braków i usterek z protokołów inwestorskich – komin nr 5”, k. 54, tom I].

17 marca 2011 r. Elektrownia poinformowała (...), iż w dniu 20 marca 2011 r. w godzinach rannych możliwe byłoby wejście do przewodu spalin oraz zabudowanie płytek referencyjnych (o których zainstalowaniu była mowa podczas spotkania z dnia 15 lutego 2011 r.) z naniesioną powłoką chemoodporną firmy (...). Jednocześnie z uwagi na fakt, iż przewód spalin „A” komina nr 5 pracuje z uszkodzoną powłoką od dnia 19 lutego 2011 r. Elektrownia zwróciła się do (...) S.A. o wykonanie przeglądu w/w przewodu spalin oraz przedstawienie protokołu z przeglądu [pismo Elektrowni z 17 marca 2011 r. skierowane do (...) (znak: (...)2216-8/09), k. 58, tom I].

W związku z otrzymaniem pisma (...) znak (...), Elektrownia (...) S.A. przystąpiła od 18 marca 2011 r. do odbioru usuniętych braków i usterek zapisanych w protokołach inspektorskich dotyczących – fundamentu komina; żelbetowego trzonu komina; stropów komina nr 5; odwodnienia stropu górnego komina; przewodów spalin; odprowadzenia kondensatu z przewodów spalin; dróg i placów; instalacji AKPiA; instalacji elektrycznej [pismo Elektrowni do (...) z dnia 18 marca 2011 r. (znak: DI-074-20/11), k 56, tom I].

Zgodnie z ustaleniami ze spotkania z dnia 15 lutego 2011 r. umieszczono na okres 4 miesięcy (od 20 marca 2011 r. do 20 czerwca 2011 r.) w kominie płytki referencyjne z różnymi grubościami powłoki chemoodpornej ARC S7 (jedna miała 500 mikrometrów, druga 700 mikrometrów, trzecia 1500 mikrometrów), próbki te zostały ulokowane w komorze spalin. Po tym okresie płytki zostały poddane testom przez różne podmioty. Testy te wykazały, że nie nastąpiły zmiany zastosowanej wykładziny chemoodpornej nawet na płytkach z najgrubszą warstwą powłoki [zeznania świadka N. W., k. 3077-3078, tom XVI; zeznania świadka M. S., k. 3088, tom XVI], co tylko potwierdza, że zastosowana powłoka posiada dobre właściwości i została dobrze dobrana, a w normalnych warunkach eksploatacji spełnia swoje zadania ochronne [opinia biegłego – instytutu naukowego Katedry (...) Politechniki (...) w L. z lipca 2013 r., k. 3306, tom XVII; opinia biegłego instytutu naukowego Katedry (...) Politechniki (...) w L. z grudnia 2013 r., k. 3444-3445, tom

XVIII; opinia biegłego Instytutu (...) z T. Odział Farb i (...) w G. autorstwa M. Z. (1) z kwietnia 2014 r., k. 3582v-3583, tom XVIII; ustna opinia uzupełniająca przedstawiciela Instytutu (...) z T. Odział Farb i (...) w G. M. Z. (1), k. 3694, tom XIX; opinia biegłego J. H. ze stycznia 2017 r., k. 3931-3935; zeznania reprezentanta pozwanej spółki (...), k. 3732v, tom XIX; opinia techniczna w sprawie powłok ochronnych w przewodach spalinowych A i B komina nr 5 – uzupełnienie opracowana przez biegłego J. H. w styczniu 2017, k. 3932, tom XX; ustna opinia uzupełniająca biegłego J. H., k. 4088v-4089, tom XXI].

(...), nie ustępując w próbach naprawienia uszkodzonej powłoki w przewodzie A komina nr 5, poinformowała 21 marca 2011 r. Elektrownię, iż najkorzystniejszym okresem, ze względów pogodowych, naprawy powłoki chemoodpornej są miesiące czerwiec – sierpień. Dodatkowo wskazała, że okres dostawy wszystkich komponentów koniecznych do naprawy powłoki to minimum cztery tygodnie. Planowany czas naprawy oszacowany został natomiast na około – 30 dni. Jednocześnie poinformowała, że szczegółowy harmonogram robót, projekt organizacji robót, plan jakości oraz szczegółowy opis technologii naprawy prześle Elektrowni do dnia 25 marca 2011 r. [pismo (...) przesłane faksem Elektrowni w dniu 21 marca 2011 r. (0304/RK/11), k. 169, tom I; zeznania świadka Z. M., k. 3005, tom XV; zeznania reprezentanta pozwanej spółki (...), k. 3732, tom XIX; zeznania reprezentanta pozwanej A. N., k. 3769, tom XIX].

22 marca 2011 r. inspektor nadzoru inwestorskiego – M. N. stwierdził, że do tego dnia nie zostały usunięte przez (...) wszystkie braki oraz usterki zapisane w protokołach odbiorów inspektorskich [wpis M. N. dokonany w dzienniku budowy w dniu 22 marca 2011 r., k. 1431, tom VIII; zeznania świadka Z. M., k. 3005, tom XV; zeznania świadka L. S., k. 3730v, tom XIX]. W kolejnym dniu kierownik budowy – D. P. (1) zgłosił inwestorowi usunięcie wszystkich usterek wykazanych w protokołach inspektorskich dla poszczególnych branż, a w konsekwencji zgłosił do odbioru końcowego budowę komina nr 5 H=150m [wpisy w dzienniku budowy dokonane przez D. P. (1) z dnia 23 marca 2011 r., k. 1431, tom VIII; oświadczenie kierownika budowy D. P. (1) z dnia 23 marca 2011 r. do zawiadomienia o zakończeniu budowy/ do wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie - o wybudowaniu komina nr 5 o wysokości H=150m dla bloków nr (...), nr (...) w części dotyczącej bloku nr (...) (przewód spalin B) zgodnie z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę nr 49/2009 z dnia 11 lutego 2009 r. wydanego przez Starostę (...) oraz przepisami, k. 1443, tom VIII]. Inspektor nadzoru inspektorskiego – M. N. nie potwierdził jednak wpisu kierownika budowy o gotowości komina nr 5 o wysokości H=150m do odbioru końcowego, gdyż nie zostały usunięte wszystkie braki i usterki zapisane w wskazanych protokołach odbiorów inspektorskich [wpis w dzienniku budowy dokonany przez M. N. z dnia 24 marca 2011 r., k. 1431-1432, tom VIII].

25 marca 2011 r. (...) S.A. przesłała Elektrowni (...) S.A. harmonogram robót, projekt organizacji robót, plan kontroli jakości, jak też technologię naprawy wykładziny chemoodpornej ARC S7, technologię nakładania kompozytu i kartę produktu [pismo (...) z dnia 25 marca 2011 r. skierowane do Elektrowni (...) (z adnotacją, iż pismo to wpłynęło do powódki 30 marca 2011 r.), k. 729, tom IV wraz z załącznikami w postaci Harmonogramu robót – naprawa wykładziny chemoodpornej – ARC S7, k. 730, tom IV; Projektu organizacji robót, k. 731-733, tom IV; Planu kontroli jakości wykonania powłok chemoodpornych wewnętrznych powierzchni przewodu stalowego w Elektrowni (...) S.A. w ramach naprawy wykładziny ARC S7 komina nr 5, k. 734-745, tom IV; Technologią nakładania kompozytu polimerowego ARC S7 – wykładzina winyloestrowa typu NOVOLAC dla kanałów spalin oraz przewodów kominowych, k. 746-757, tom IV; Plan kontroli jakości wykonania powłok chemoodpornych wewnętrznych powierzchni przewodu stalowego w Elektrowni (...) S.A. w ramach zadania budowy komina H-150 m w 2010 r., k. 758-776, tom IV; zeznania świadka Z. M., k. 3005, tom XV; zeznania reprezentanta strony pozwanej L. S., k. 3732, tom XIX; zeznania reprezentanta interwenienta ubocznego K. G., k. 3733, tom XIX; zeznania reprezentanta pozwanej A. N., k. 3769, tom XIX]. Zaproponowany sposób naprawy (poprzez wymianę obszarów z uszkodzeniami korozyjnymi i ich zabezpieczenie w pierwotnej technologii kompozytu ARC S7) był prawidłowy, pozwalający na wywiązanie się z warunków umowy [opinia biegłego J. H. z listopada 2016 r., k. 3857-3858, tom XX; opinia techniczna w sprawie powłok ochronnych w przewodach spalinowych A i B komina nr 5 na terenie Elektrowni – uzupełnienie opracowana przez biegłego sądowego J. H. w styczniu 2017 r., k. 3935, tom XX; ustna opinia uzupełniająca biegłego sądowego J. H., k. 4088v, tom XXI]. Elektrownia (...) S.A. domagała się jednak od wykonawcy (pозwanej) w kolejnych dniach uzupełnienia przedłożonych dokumentów (harmonogramu robót; projektu organizacji robót; planu kontroli

jakości; technologii naprawy wykładziny ARC S7 i technologii nakładania kompozytu), jak też wносиła ona uwagi do zaproponowanej technologii naprawy wykładziny, wprost wskazując, że wноси o rozważenie przez pozwaną (...) S.A. zastosowania w ogóle innych technologii oraz materiałów do skutecznego usunięcia stwierdzonych wad zważywszy, że (...) S. A. odrzuciła technologię naprawy kanału poziomego spalin B1 opracowaną przez C. [pismo Elektrowni (...) do (...) S.A. z dnia 4 kwietnia 2011 r. (znak DI- (...) -25/11), k. 633-633v, tom IV; pismo Elektrowni do (...) S.A. z dnia 8 kwietnia 2011 r. (DI- (...) -29/11), k. 634-634v, tom IV; pismo Elektrowni do (...) z 13 kwietnia 2011 r. (znak DI-074-30/11), k. 635, tom IV; częściowo zeznania świadka W. D., k. 2992, tom XV; zeznania świadka Z. M., k. 3005, tom XV]. Dodatkowo powódka podnosiła też, że w wyniku dokonanego przeglądu dokumentacji techniczno – jakościowej zabezpieczenia w postaci powłoki chemoodpornej w przewodzie spalin B zalecana maksymalna grubość 800 mikronów powłoki ARC S7 została przekroczona w kilkudziesięciu miejscach. Toteż zważywszy na stwierdzoną przez C. zależność pomiędzy grubością tej powłoki, a pęknięciami zaistniałymi w przewodzie spalin „A” opisanymi w „Raportie z analizy uszkodzeń”, Elektrownia (...) S.A. uznała, że i w tym przewodzie spalin powłoka została wadliwie nałożona, co będzie skutkowało w przyszłości identycznymi uszkodzeniami [pismo Elektrowni do (...) z 12 kwietnia 2011 r. ((...)2216-8/09), k. 2230-2231, tom XII].

W dniu 6 kwietnia 2011 r. komisja dokonała odbioru robót mechanicznych – montaż dźwigu towarowo – osobowego z uwagami zawartymi w wykazie braków i usterek, które zostały wykonane przez (...), co zostało potwierdzone w dniach 6, 7, 12 i 13 kwietnia 2011 r. [protokół odbioru inspektorskiego z dnia 6 kwietnia 2011 r., k. 183-184, tom IV wraz z wykazem braków i usterek, k. 185, tom IV].

7 kwietnia 2011 r. odbyło się spotkanie w sprawie odbioru końcowego komina nr 5 H=150m, w którym uczestniczyli – M. N., R. K. (1) i D. P. (1). W trakcie tego spotkania ustalono, iż do odbioru końcowego komina wykonawca – (...) przekaże Elektrowni (...), jako podmiotowi zamawiającemu, protokoły odbiorów inspektorskich dla poszczególnych branż wraz z usuniętymi usterekami; metrykę oraz instrukcję obsługi komina; dziennik budowy; inwentaryzację geodezyjną powykonawczą (aktualizacja mapy zasadniczej potwierdzona przez stosowny ośrodek geodezyjny), a także oświadczenie kierownika budowy do wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie obiektu; dokumentację powykonawczą dla poszczególnych branż. Wykonawca zobowiązał się przekazać w/w dokumenty do dnia 13 kwietnia 2011 r. [notatka służbowa ze spotkania z 7 kwietnia 2011 r. w sprawie odbioru końcowego komina H150m, k. 59, tom I].

Następnie, w dniu 13 kwietnia 2011 r. inspektor nadzoru inwestorskiego M. N. przeprowadził kontrolę przedmiotowej budowy oraz potwierdził usunięcie wszystkich braków i usterek zapisanych w protokołach odbiorów inspektorskich [wpis inspektor nadzoru inwestorskiego M. N. w dzienniku budowy z 13 kwietnia 2011 r., k. 1432, tom VIII; częściowo zeznania świadka M. N., k. 3011, tom XV; zeznania reprezentanta strony pozwanej L. S., k. 3730v, tom XIX; zeznania świadka D. P. (1) – nagranie od minuty 00.17.55 do minuty 00.18.31, od minuty 00.20.54 do minuty 00.21.20]]. Tego samego dnia inspektorzy nadzoru inwestorskiego w osobach: M. N., M. F., S. M., J. Z. oraz D. W. złożyli oświadczenie do wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie, w którym wskazali, iż obiekt budowlany komin numer 5 o wysokości H=150m dla bloków nr (...) i nr (...) w części dotyczącej bloku nr (...) (przewód spalin B) spełnia przesłanki uzyskania pozwolenia na użytkowanie w rozumieniu art. 59 ustawy – Prawo budowlane [oświadczenie złożone przez inspektorów nadzoru inwestorskiego sporządzone do wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie, k. 1442, tom VIII].

W tym samym dniu odbyło się spotkanie w sprawie odbioru końcowego komina nr 5 H=150m, w którym udział wzięli: M. N., R. K. (1), D. P. (1). Podczas spotkania Elektrownia (...) S.A. poinformowała (...) S.A., iż w związku z wadliwie wykonaną powłoką chemoodporną nie przystępuje do odbioru końcowego. Jednocześnie ustalono, że wykonawca (...) usunęła do dnia 13 kwietnia 2011 r. wszystkie ustereki zadeklarowane w protokołach odbiorów inspektorskich, a także przekazała zamawiającej: protokoły odbiorów inspektorskich dla poszczególnych branż wraz z usuniętymi usterekami, metrykę oraz instrukcję obsługi w/w komina; inwentaryzację geodezyjną powykonawczą (tzn. aktualizacja mapy zasadniczej potwierdzona przez stosowny ośrodek geodezyjny); dziennik budowy; oświadczenie kierownika budowy załączone do wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie oraz dokumentację powykonawczą dla poszczególnych branż [notatka służbowa ze spotkania w sprawie odbioru końcowego komina H=150m z dnia 13 kwietnia 2011 r., k.

60, tom I; zeznania świadka Z. M., k. 3005-3006, tom XV; zeznanie reprezentanta pozwanej L. S., k. 3731v, tom XIX; zeznania reprezentanta strony pozwanej A. N., k. 3767, tom XIX].

W związku z postawą Elektrowni, (...) w dniu 20 kwietnia 2011 r. sporządziła jednostronny protokół odbioru końcowego, w którym wskazała, że zaistniały na dzień odbioru końcowego stan powłoki chemoodpornej był wynikiem nieodpowiedniej eksploatacji komina przez zamawiającą, toteż nie odpowiada ona jako wykonawca za powstałe uszkodzenia. W oparciu o jednostronny protokół odbioru (...) wystawiła i przesała Elektrowni fakturę VAT opiewającą na kwotę 604.176,00 zł tytułem wynagrodzenia za wykonanie umowy nr (...) poz. 3, poz. 4, poz. 12, poz. 22, poz. 25, poz. 32 zgodnie z harmonogramem rzeczowo – finansowym [pismo (...) z dnia 20 kwietnia 2011 r. skierowane do Elektrowni ((...)) wraz z potwierdzeniem nadania i odbioru, k. 519-524, tom III; protokół odbioru końcowego z dnia 20 kwietnia 2011 r., k. 176-176v, tom I; faktura VAT (numer dokumentu (...)) wystawiona 20 kwietnia 2011 r., k. 175, tom I]. 11 maja 2011 r. Elektrownia odesłała w/w fakturę, oczekując w dalszym ciągu na odbiór końcowy [pismo Elektrowni z dnia 10 maja 2011 r. skierowane do (...), k. 174-176v, tom I].

W kolejnych miesiącach 2011 r. strony procesu konsekwentnie trwały przy swych stanowiskach: (...) wskazywała na wyłączną odpowiedzialność Elektrowni w powstaniu uszkodzeń wykładziny chemoodpornej, jak również wysuwała względem zamawiającej różne propozycje rozwiązania zaistniałego problemu (np. dokonanie wymiany powłoki przewodu „A” i „B” na koszt i ryzyko Elektrowni bądź wykonanie napraw/wymiany powłok na koszt tej strony, która na mocy ewentualnego wyr. lub ugody sądowej zostanie uznana za odpowiedzialną za powstanie uszkodzeń bądź zastosowanie w miejsce powłok wykładziny chemoodpornej, z jednoczesnym wydłużeniem czasu trwania gwarancji na nią nawet na okres 10 – ciu lat bądź według wariantów zaprezentowanych w piśmie z dnia 2 czerwca 2011 r. (wariant I – strona zamawiająca zleciłaby do spółki (...) i pokryłaby koszty naprawy przewodu A; (...) pokryłaby koszty wykonania naprawy powłoki ARCSS7 w przewodzie A; Elektrownia złożyłaby pozew przeciwko (...) z tytułu roszczeń o wykonanie zastępcze; w przypadku zaś gdyby sąd w pełni uznał winę (...) z tytułu uszkodzenia tej powłoki chemoodpornej, (...) zwróciłaby Elektrowni (...)” S.A. koszt naprawy przewodu, w każdym innym przypadku Elektrownia zapłaciłaby (...) koszt wykonania napraw powłoki; wariant II – Elektrownia zleciłaby do spółki (...) i pokryłaby koszty naprawy przewodu A; Elektrownia zakupiłaby komplet materiałów potrzebnych o wykonania wykładziny typu PenGuuard dla przewodów „A” i „B”; (...) pokryłaby koszt wykonania wykładziny i zapewniłaby sprzęt niezbędny do jego aplikacji; zrealizowanie ta zawartego porozumienia wyczerpywałoby zaś wszelkie wzajemne roszczenia stron) bądź zabudowę tymczasowych blach w miejscach perforacji przewodu – w celu zapobieżenia dalszym uszkodzeniom powłoki oraz przewodu), Elektrownia podnosiła natomiast, iż (...) uchybiła terminowi odbioru końcowego (w konsekwencji kierowała ona wezwania do zapłaty kar umownych na podstawie § 20 ust. 1 lit. a umowy numer 098/09/U), wzywając ją do przedstawienia akceptowalnego przez zamawiającą sposobu usunięcia wad projektowych oraz wykonawczych powłoki chemoodpornej kanału „A” oraz „B”, podnosząc, iż w przeciwnym razie zmuszona będzie ona do zastępczego wykonania świadczenia na koszt (...) [pismo (...) z dnia 20 kwietnia 2011 r. skierowane do Elektrowni ((...)) wraz z potwierdzeniem nadania i odbioru, k. 519-524, tom III; pismo Elektrowni adresowane do (...) z 27 kwietnia 2011 r. (DI-074-33/11), k. 809-813, tom V; pismo Elektrowni do (...) z 29 kwietnia 2011 r. ((...)), k. 654-660, tom IV; pismo (...) skierowane do Elektrowni z dnia 4 maja 2011 r., k. 150-153, tom I; ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty, k. 77, tom I; pismo (...) skierowane do Elektrowni z 19 maja 2011 r. ((...)), k. 156, tom I; pismo (...) do Elektrowni z dnia 24 maja 2011 r. ((...)), k. 605, tom IV; pismo (...) S.A. z dnia 2 czerwca 2011 r. (0587/PF/11), k. 84-85, tom I; ostateczne wezwanie do wykonania postanowień umowy wraz z potwierdzeniem nadania oraz odbioru, k. 68-70, tom I; ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty z 6 czerwca 2011 r. wraz z potwierdzeniem nadania i odbioru, k. 71-73, tom I; ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty z 6 czerwca 2011 r. wraz z potwierdzeniem nadania i odbioru, k. 74-76, tom I; pismo (...) S.A. z 7 czerwca 2011 r. skierowane do Elektrowni, k. 1848, tom X; pismo pełnomocnika spółki (...) z dnia 14 czerwca 2011 r. skierowane do Elektrowni z potwierdzeniem odbioru, k. 611-613, tom IV; pismo (...) z 20 czerwca 2011 r., k. 155, tom I; przegląd i badanie przewodu spalin „A” komina H=150m w Elektrowni (...) wraz z załącznikami, k. 302-336, tom II; zeznania świadka Z. M., k. 3005 i k. 3007-3008, tom XV; zeznania świadka M. N., k. 3010, tom XV; zeznania reprezentanta strony pozwanej L. S., k. 3732v, tom XIX.; zeznania reprezentanta pozwanej A. N., k. 3769, tom XIX].

(...) maja 2011 r. odbyło się spotkanie negocjacyjne w siedzibie Elektrowni w sprawie wad projektowych i wykonawczych komina nr 5, w szczególności powłoki chemoodpornej, w którym uczestniczyli K. Z. (1), S. P., Z. M., A. N. oraz S. F.. Przedstawiciele Elektrowni ponownie przekazali informacje zawierane w dotychczasowej korespondencji kierowanej do pozwanej (...) o wadach projektowych i wykonawczych powłoki chemoodpornej komina nr 5. Nadto przekazali oczekiwania zarządu Elektrowni (...) S.A., co do rozwiązania zaistniałego problemu poprzez: wymianę blach skorodowanego przewodu spalin „A” oraz ponowne nałożenie innej powłoki chemoodpornej, o prawidłowych parametrach technicznych, w przewodach spalin „A” oraz „B”, gwarantującej prawidłową pracę komina. Z. M. przekazał przedstawicielom (...), ekspertyzę dr inż. J. B. (2) z maja 2011 r., wskazującą na nieprawidłowy wybór i wadliwe nałożenie powłoki chemoodpornej. (...) po wysłuchaniu argumentacji przedstawicieli powódki – odmówiła jednak wymiany przewodu spalin A i powłoki chemoodpornej przewodów spalinowych A i B komina [notatka ze spotkania negocjacyjnego w przedmiocie odpowiedzialności (...) Budownictwo Spółki Akcyjnej za wady projektowe i wykonawcze powłoki chemoodpornej przewodów spalin komina nr 5, k. 159, tom I; zeznania reprezentanta pozwanej L. S., k. 3732-3732v, tom XIX; zeznania reprezentanta interwenienta ubocznego K. G., k. 3733, tom XIX; zeznania reprezentanta strony pozwanej A. N., k. 3769, tom XIX].

17 maja 2011 r. Elektrownia skierowała do (...) S.A. ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty kwoty 2.687.616,00 zł tytułem kary umownej na podstawie § 20 ust. 1 lit. a) umowy nr 098/09/U za okres od dnia 13 marca 2011 r. do 16 maja 2011 r., wobec niedotrzymania przez (...) terminu odbioru końcowego nowego komina nr 5 H=150m, zakreślając termin siedmiu dni od daty otrzymania tego wezwania na uregulowanie w/w należności [ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty z 17 maja 2011 r., k. 77, tom I].

23 maja 2011 r. Elektrownia złożyła wniosek do Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego o wydanie pozwolenia na użytkowanie całości obiektu budowlanego komina nr 5 o wysokości H=150m dla bloków nr (...) i (...) na terenie Elektrowni [wniosek o wydanie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego z dnia 23 maja 2011 r., k. 1447-1450, tom VIII; zawiadomienie Państwowej Inspekcji Pracy z 4 maja 2011 r. o zakończeniu całości budowy i zamiarze przystąpienia do użytkowania całości obiektu budowlanego, k. 1451, tom VIII; zawiadomienie Państwowej Inspekcji Sanitarnej z 4 maja 2011 r. o zakończeniu całości budowy i zamiarze przystąpienia do użytkowania całości obiektu budowlanego, k. 1452, tom VIII; zawiadomienie Państwowej Straży Pożarnej z 4 maja 2011 r. o zakończeniu całości budowy i zamiarze przystąpienia do użytkowania całości obiektu budowlanego, k. 1453, tom VIII; częściowo zeznania świadka R. K. (1), k. 3001, tom XV; zeznania reprezentanta pozwanej L. S., k. 3730v, tom XIX; zeznania reprezentanta pozwanej spółki (...), k. 3767, tom XIX]. Następnie w dniu 24 maja 2011 r. organ nadzoru budowlanego przeprowadził kontrolę obowiązkową, która potwierdziła fakt wykonania inwestycji zgodnie z warunkami pozwolenia na budowę. W dniu 30 maja 2011 r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego wyraził zgodę na użytkowanie przedmiotowej inwestycji [decyzja nr (...) Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego z 30 maja 2011 r., k. 66-67, tom I; zeznania świadka M. N., k. 3009, tom XV; zeznania reprezentanta pozwanej spółki (...), k. 3730v, tom XIX; zeznania reprezentanta strony pozwanej A. N., k. 3767, tom XIX; zeznania świadka D. P. (1) – nagranie od minuty 00.21.23].

6 czerwca 2011 r. Elektrownia wezwała (...)..A. od wykonania postanowień umowy numer (...) poprzez przedstawienie oraz uzgodnienie w terminie siedmiu dni od otrzymania tego wezwania harmonogramu wykonania napraw gwarancyjnych przewodu A oraz powłoki chemoodpornej przewodu „A” i „B” komina H=150m; wykonania naprawy poprzez wymianę powłoki chemoodpornej przewodu „B”, w terminie uzgodnionym w harmonogramie najpóźniej do dnia 31 sierpnia 2011 r. oraz wykonania naprawy poprzez wymianę przewodu „A” oraz powłoki chemoodpornej przewodu „A”, w terminie uzgodnionym w harmonogramie najpóźniej do 30 maja 2012 r.. Wezwanie to zostało odebrane przez (...) 9 czerwca 2011 r. [ostateczne wezwanie do wykonywania postanowień umowy z dnia 6 czerwca 2011 r. z potwierdzeniem nadania i odbioru, k. 68-70, tom I]. Tego samego dnia wezwała ona też (...) S.A. do zapłaty kwoty 335.952,00 zł tytułem kary umownej na podstawie § 20 ust. 1 a) umowy za okres od dnia 17 maja 2011 r. do dnia 24 maja 2011 r., wobec niedotrzymania przez (...) terminu odbioru końcowego nowego komina, jak również wezwała spółkę do zapłaty kwoty 818.883,00 zł tytułem kary umownej na podstawie § 20 ust. 1 c) umowy numer 098/09/U za okres od dnia 25 maja 2011 r. do dnia 6 czerwca 2011 r., wobec zwłoki w usunięciu wad zbudowanego

komina nr 5, w szczególności wad projektowych i wykonawczych powłoki chemooodpornej przewodu A i B w okresie rękojmi oraz gwarancji, zakreślając termin siedmiu dni od daty otrzymania wezwań, tj. od dnia (...) czerwca 2011 r., na uregulowanie tychże należności [ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty z dnia 6 czerwca 2011 r. wraz z potwierdzeniem nadania i odbioru, k. 71-73, tom I; ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty z 6 czerwca 2011 r. wraz z potwierdzeniem nadania i odbioru, k. 74-76, tom I],

8 czerwca 2011 r. Elektrownia (...) S.A. złożyła (...) S.A. oświadczenie o potrąceniu kwoty wynagrodzenia brutto 604.176,00 zł wynikającego z faktury końcowej nr (...) do umowy numer (...) wystawionej w dniu 20 kwietnia 2011 r. z kwotą wierzytelności Elektrowni (...) S.A. wobec (...) należnych z tytułu kar umownych wynikających ze zwłoki/niewykonania umowy nr (...) z 19 sierpnia 2009 r. [oświadczenie o potrąceniu z dnia 8 czerwca 2011 r. (znak DI-074-51/11), k. 140, tom I; zeznania reprezentanta pozwanej L. S., k. 3731v, tom XIX].

19 czerwca 2011 r. w czasie, gdy komin nr 5 był wyłączony z eksploatacji, dokonano przeglądu wnętrza przewodu spalin „A” metodą alpinistyczną, podczas którego stwierdzono zróżnicowany charakter uszkodzeń powłok chemooodpornych i przewodu – od lokalnych wad struktury i złuszczeń, aż do lokalnej perforacji blach przewodu spalin A [złuszczenie powłok do podkładu – występujące na 12, dość rozległych, obszarach o łącznej powierzchni 189,7 m⁽²⁾, która stanowi około 5,74% całkowitej powierzchni walca komina; złuszczenie powłok do metalu (brak ochrony stali) – występujące na 21 obszarach o łącznej powierzchni 32,56 m⁽²⁾, która stanowi około 0,98% całkowitej powierzchni walca komina; perforacja ścianki przewodu (otwór, dziura) – występujące w 46 miejscach o łącznej powierzchni 3,904 m⁽²⁾, która stanowi około 0,12% całkowitej powierzchni walca komina]. Uszkodzenia te nie były równomiernie rozłożone na powierzchni wewnętrznej komina [opinia biegłego – instytutu naukowego Katedry (...) Politechniki (...) w L. autorstwa K. D. i A. K. (1), k. 3305-3308, tom XVII; opinia sądowa biegłego J. H. z listopada 2016 r., k. 3856, tom XIX]. Całkowita powierzchnia uszkodzeń powłoki w kominie stanowiła 6,84% całkowitej powierzchni komina.

W lipcu 2011 r. Elektrownia (...), ogłosiła przetarg ograniczony na wykonanie wymiany powłoki chemooodpornej zabudowanej w przewodzie spalin „B” komina nr 5 o wysokości H=150m oraz aplikacji powłoki chemooodpornej w kanale dolotowym do tego przewodu w ramach Projektu Inwestycyjnego I9030N0003 „Komin dla odprowadzania spalin z IOS I i IOS III (blok nr (...) i nr (...))”, wskazując iż powłoka chemooodporna musi stanowić ochronę konstrukcji stalowej przewodu gazowego przed agresywnym działaniem spalin odsiarczonych o temperaturze nominalnej powyżej 90/55^(o)C oraz minimalnej temperaturze 50^(o)C oraz spalin nieodsiarczonych o temperaturze nominalnej powyżej 150^(o)C oraz maksymalnej 180^(o)C, przy uwzględnieniu zagrożeń chemicznych i termicznych wynikających wskutek częstych zmian warunków termicznych i rodzaju odprowadzonych spalin (odsiarczonych i nie odsiarczonych) w zakresie temperatur oraz składu chemicznego [Specyfikacja warunków zamówienia SWZ Numer DZP-JR-2214-12/11) wraz z załącznikami, k. 856-899, tom V; zeznania świadka Z. M., k. 3007, tom XV; zeznania N. W., k. 3078; zeznania świadka Z. B. (1), k. 3084, tom XVI; zeznania reprezentanta strony pozwanej L. S., k. 3732v, tom XIX; zeznania reprezentanta pozwanej A. N., k. 3769, tom XIX].

W kolejnych miesiącach 2011 r. zarówno Elektrownia (...), jak i (...) podejmowały działania celem ustalenia stanu technicznego przewodów spalin „A” oraz „B” (np. sporządzane były opinie przez projektanta komina; analizowano dane z monitoringu spalin od chwili uruchomienia w/w komina nr 5; montowano dodatkowe urządzenia pomiarowe w istniejących wolnych króćcach pomiaru dodatkowego; przeprowadzono kompleksowe badania powłoki chemooodpornej ARC S7 w przewodach) [pismo Elektrowni z 4 lipca 2011 r. skierowane do (...) ((...)), k. 161, tom I; pismo (...) do Elektrowni z dnia 5 lipca 2011 r. ((...)), k. 165, tom I; pismo Elektrowni do (...) z 6 lipca 2011 r. ((...)), k. 160, tom I; wiadomość e-mail M. N. do R. K. (1), Z. M., J. B. (1) z dnia 6 lipca 2011 r., k. 1839-1840, tom X; wiadomość e-mail R. K. (1) do M. N. z dnia 6 lipca 2011 r., k. 1839, tom X; pismo (...) S.A. do Elektrowni z dnia 12 lipca 2011 r. ((...)), k. 157, tom I; pismo Elektrowni do (...) z dnia 13 lipca 2011 r. ((...)), k. 158, tom I; sprawozdanie z kompleksowych badań powłoki (...) w nowym przewodzie kominowym „B” w Elektrowni (...) S.A., k. 275-385, tom II; pismo Elektrowni do (...) z 22 lipca 2011 r. ((...)), k. 163, tom I; pismo Elektrowni do (...) z dnia (...) sierpnia 2011 r. ((...)), k. 164, tom I; pismo Elektrowni do spółki (...) z dnia 23 września 2011 r. ((...)), k. 162, tom I; zeznania świadka J. B. (2), k. 2997, tom XV; zeznania świadka Z. M., k. 3005, tom XV; zeznania świadka M. S., k. 3088, tom

XVI; zeznania reprezentanta pozwanej L. S., k. 3732v, tom XIX; zeznania świadka D. P. (1) – nagranie od minuty 00.21.46 do minuty 00.22.10].

5 września 2011 r. Elektrownia (...) S.A. skierowała do (...) ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty kwoty określonej w ostatecznym wezwaniu do zapłaty z 17 maja 2011 r. (doręczonego w dniu 19 maja 2011 r.), tj. 2.687.616 zł tytułem zapłaty kar umownych na podstawie § 20 ust. 1 lit. a) umowy za okres od 13 marca 2011 r. do 15 maja 2011 r., pomniejszonej o wartość potrąconego w dniu 8 czerwca 2011 r. wynagrodzenia umownego (604.176,00 zł) oraz o wartość wypłaconej gwarancji bankowej nr (...) (1.049.850,00 zł), tj. zapłaty kwoty 1.033.590 zł wraz z ustawowymi odsetkami za każdy dzień zwłoki, w tym: a) ustawowymi odsetkami od kwoty 2.083.440,00 zł od dnia 26 maja 2011 r. do dnia 30 czerwca 2011 r.; b) ustawowymi odsetkami od kwoty 1.033.590,00 zł od 1 lipca do dnia zapłaty; zapłaty kwoty 41.994,00 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia doręczenia wezwania do dnia zapłaty, tytułem zapłaty kar umownych na podstawie § 20 ust. 1 lit. a) w/w umowy za dzień 16 maja 2011 r.; zapłaty kwoty określonej w ostatecznym wezwaniu do zapłaty z dnia 6 czerwca 2011 r. (doręczonego w dniu 8 czerwca 2011 r.), tj. 335.952,00 zł wraz z odsetkami ustawowymi od 15 czerwca 2011 r. do dnia zapłaty, tytułem zapłaty kar umownych na podstawie § 20 ust. 1 lit. a) umowy za okres od 17 maja 2011 r. do 24 maja 2011 r.; zapłaty kwoty określonej w wezwaniu z 6 czerwca 2011 r. (doręczonego w dniu 8 czerwca 2011 r.), tj. 818.883,00 zł wraz z odsetkami ustawowymi od 15 czerwca 2011 r. do dnia zapłaty, tytułem zapłaty kar umownych z umowy nr 098/09/U za okres od 25 maja 2011 r. do 6 czerwca 2011 r.; zapłaty kwoty 5.732.181 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia doręczenia wezwania do dnia zapłaty, tytułem zapłaty kar umownych z w/w umowy za okres od dnia 7 czerwca 2011 r. do dnia 5 września 2011 r., to jest do zapłaty kwoty 7.962.600,00 zł wraz z należnymi ustawowymi odsetkami, zakreślając termin siedmiu dni od doręczenia wezwania, tj. od 8 września 2011 r. [ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty z 5 września 2011 r. wraz z potwierdzeniem odbioru, k. 80-83, tom I].

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie powołanych powyżej dokumentów zgromadzonych w aktach przedmiotowej sprawy, zeznań świadków: Z. M., N. W., M. S., G. K., D. P. (2) i Z. B. (1), częściowo zeznań: W. D., J. B. (2), R. K. (1), M. N., R. K. (3), J. L., Z. F., T. J., A. M. oraz opinii biegłych sądowych M. Z. (1), J. H., M. P., częściowo opinii biegłych A. K. (1) i K. D..

Dowodom z dokumentów przedłożonym przez strony w toku postępowania Sąd przyznał walor wiarygodności w całości. Nie budziły one wątpliwości Sądu co do swej wiarygodności i autentyczności, a zatem brak było podstaw do odmowy dania im wiary. W tej sytuacji Sąd uznał, że przedstawione dowody z dokumentów stanowią podstawę do czynienia w oparciu o nie ustaleń faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, przy czym ich znaczenie z uwagi na wymogi wiedzy specjalistycznej ocenił przez pryzmat wniosków biegłych sądowych.

W ocenie Sądu zeznania świadków którym dano wiarę cechuje spójność, jasność i logiczność. Znajdowały też potwierdzenia w zasadach doświadczenia życiowego. Nadto wzajemnie się uzupełniały oraz stanowiły uzupełnienie faktów wynikających z przedłożonych przez strony postępowania dokumentów. Nie zawierały w zasadzie informacji sprzecznych, wzajemnie się wykluczających. Zeznania te przedstawiały pełny obraz realizacji przedmiotu umowy.

Sąd dał wiarę w całości zeznaniom świadka Z. M. [k. 3004-3009], który z racji pełnienia funkcji dyrektora do spraw inwestycji i rozwoju, posiadał wiedzę w przedmiocie faktycznej realizacji umowy zawartej przez strony (np. zwrócenia się przez spółkę (...) do zamawiającej o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnośnie co do temperatury spalin; rodzaju powłoki zastosowanej przez spółkę w przewodach komina nr 5; momentu powstania pierwszych uszkodzeń; rodzaju zaistniałych uszkodzeń; zgłoszenia przewodu „A” do odbioru po wykonaniu prac przez stronę pozwaną; wizji lokalnej w lutym 2011 r.; sporządzenia raportu w przedmiocie zaistniałych uszkodzeń przez N. W. w marcu 2011 r.; przebiegu spotkania z dnia 15 lutego 2011 r.; przesłania Elektrowni przez (...) S.A. technologii naprawy powłoki pod koniec marca 2011 r.; postawy strony zamawiającej wobec propozycji wykonawcy odnośnie co do sposobu naprawy powstałych uszkodzeń w przewodzie spalinowym „A” komina; terminu zgłoszenia przez pozwaną spółkę inwestycji do odbioru końcowego przez zamawiającą; wykonania przez pozwaną (...) na dzień 13 kwietnia 2011 r. wszystkich braków oraz usterek wskazanych w protokołach odbiorów inspektorskich; zgłoszenia przez Elektrownię (...) w/w obiekcie do odbioru właściwym organom nadzoru budowlanego – celem uzyskania pozwolenia na

użytkowanie i w konsekwencji dopełnienie warunków uzyskania dofinansowania inwestycji przez Narodowy Fundusz Ochrony (...)).

Sąd dał wiarę również zeznaniom świadka N. W. [k. 3076-3081], który to jako przedstawiciel C. uczestniczył w procedurze wyboru właściwego rodzaju powłoki w przewodzie spalinowym komina nr 5; dokonywał wizji lokalnej w lutym 2011 r.; sporządził w marcu 2011 r. raport dotyczący uszkodzeń powłoki chemoodpornej, jak również badał próbki referencyjne umieszczone w komorze spalin oraz opracował procedurę naprawczą uszkodzonej powłoki. Zeznania tego świadka w pełni korespondują z pozostałymi dowodami zgromadzonymi w sprawie.

Sąd nie znalazł podstaw, aby nie dać wiary zeznaniom świadka Z. B. (1) [k. 3081-3086] w zakresie w jakim wykorzystał je do ustalenia stanu faktycznego sprawy, były bowiem spójne, jasne i rzeczowe. Korespondowały także z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym wzajemnie go uzupełniając. Świadek ten, posiadał wiedzę w zakresie faktycznej realizacji umowy nr (...) z dnia 19 sierpnia 2009 r. (określeniu w projekcie budowlanym symbolu powłoki związanej z C.; modyfikacją rodzaju powłoki na etapie postępowania przetargowego oraz prac nad projektem wykonawczym w związku z uściśleniem warunków eksploatacji przez inwestora; akceptacji przez zamawiającą – Elektrownię (...) S.A. zmiany rodzaju powłoki chemoodpornej; powstaniu uszkodzeń w eksploatowanym przewodzie „A”; wprowadzeniu zmiany na życzenie powódki w instrukcji eksploatacji komina dotyczącego wzrostu temperatury spalin przy pierwszym uruchomieniu przewodu; warunków eksploatacji komina odbiegających o instrukcji obsługi komina).

Sąd w całości dał wiarę także zeznaniom świadka M. S. [k. 3086-3089]. Jego zeznania były spójne, logiczne i nie zawierały sprzeczności, a nadto znajdują potwierdzenie w innych dowodach przeprowadzonych w toku postępowania. Świadek precyzyjnie opisał jak dokładnie wyglądał proces zabezpieczania carg komina (kto kontrolował wykonywane prace; za pomocą jakich urządzeń dokonywano pomiarów powłoki chemoodpornej); jakie działania podjęto w celu ustalenia przyczyn powstałych uszkodzeń tejże powłoki (m.in. zainstalowanie trzech płytek referencyjnych w komorze spalin i poddanie ich badaniom). Nadto wskazał, iż w kartach kontrolnych niektórych carg komina występowały zacieki lub przekroczenia grubości 800 mikrometrów powłoki ARC S7 oraz na występującą korelację między grubością powłoki a pęknięciami w warunkach skokowych zmian temperatury.

Za w pełni wiarygodne Sąd uznał również zeznania G. K. [k. 3089-3090], pracownika (...) firmy wykonującej w ramach inwestycji zabezpieczenie carg komina nr 5 powłoką chemoodporną. Świadek ten wskazał bardzo dokładnie jak przebiegał proces malowania carg kompozytem polimerowym – (...) (czyszczenie strumieniowo – ściernie tzw. piaskowanie; sprawdzenie carg przez przedstawicieli ze strony Elektrowni, C. i (...); aplikacja w/w kompozytu za pomocą agregatu wysokociśnieniowego na mokro w dwóch warstwach; przeprowadzenie badania za pomocą grzebienia lakierniczego; kontrola jakości przez przedstawicieli ze strony Elektrowni, C. i (...); montaż carg).

Dokonując rekonstrukcji stanu faktycznego, Sąd oparł się też na zeznaniach świadka D. P. (2) – kierownika budowy, który to opisał wszystkie znane sobie okoliczności sprawy, w szczególności fakt dokonania zgłoszenia Elektrowni do odbioru wybudowanego komina nr 5; uzależnienia dokonania odbioru od usunięcia stwierdzonych przez zamawiającą usterek oraz braków; usunięcia przez wykonawcę (...) S.A. wykazanych w protokołach odbiorów inwestorskich usterek; nieuczestniczenia kierownika budowy w rozruchu komina oraz fakt odebrania przedmiotowej inwestycji przez organ nadzoru budowlanego.

Za częściowo wiarygodne Sąd uznał zeznania świadka W. D. [k. 2990-2996], który w czasie realizacji inwestycji był prezesem zarządu (...) S.A. Zeznania te w przedmiocie zakresu prac (...), rodzaju użytej powłoki chemoodpornej przez pozwaną i (...) S.A., zaakceptowania przez powódkę zastosowania w przewodach spalinowych A i (...) oraz kanale spalin powłoki ARC S7; uszkodzeń powłoki w kanale spalin; podejmowanych próbach rozwiązania zaistniałego problemu przez podmioty wykonujące poszczególne elementy inwestycji; spotkania z (...) lutego 2011 r., na którym podjęto decyzje dotyczące terminów wykonania, gwarancji i zobowiązań umożliwiających Elektrowni dalsze użytkowanie obiektu; podjęcia decyzji o wymianie powłoki chemoodpornej na blachę ze stalowego stopu z zawartością niklu; terminu przeprowadzenia pierwszych prób w październiku 2010 r. oraz zawarcia aneksu nr (...) do umowy zawartej z Elektrownią – należało ocenić jako logiczne i korespondujące z materiałem zebrany w niniejszej

sprawie. Sąd odmówił jednak przyznania prymatu wiary zeznaniom w części dotyczącej twierdzenia, iż powłoka ARC S7 nie spełniała wymagań i nie dawała gwarancji dalszej pracy elementów przedmiotowej instalacji, jak również oceny przyczyn powstania uszkodzeń w kanale spalin i przewodach „A” i „B” komina nr 5. Stanowcze wypowiedzenie się co do tych kwestii wymaga bowiem bez wątplenia wiadomości specjalnych. Co więcej, świadek W. D. nie miał wiedzy w zakresie zarówno treści umowy nr (...) z dnia 19 sierpnia 2009 r., jak również szczegółów przedmiotowej sprawy, a mianowicie czy pozwana dotrzymała terminu odbioru końcowego komina, jakiego rodzaju wady powstały w przewodach stalowych komina, czy (...) S.A. przystąpiła do ich naprawy, czy też pozostawała ona w zwłoce w usunięciu stwierdzonych wad.

Analogicznie oceniono także zeznania świadka J. B. (2) [k. 2996-3001], który spostrzegł ważne do rozstrzygnięcia sprawy fakty jedynie dzięki swojej wiedzy fachowej (a mianowicie fakt zaistnienia błędów wykonawczych przy zabezpieczeniu carg komina nr 5 powłoką ARC S7 – w zakresie jej grubości; braku odporności mechanicznej tej powłoki pod wpływem stresów termicznych występujących w przewodzie stalowym; rodzaju zaistniałych uszkodzeń). Nie da się jednak budować stanu faktycznego na zeznaniach tego świadka w zakresie jakim stwierdza, że popełniono błędy projektowe przy wyborze rodzaju powłoki chemoodpornej do przewodów komina nr 5 czy brak jest właściwości powłoki o jakich zapewniał w karcie produktu producent. Twierdzenia te pozostają bowiem w ewidentnej sprzeczności ze stanowiskami wyrażanymi przez biegłych sądowych opiniujących w sprawie, którzy konsekwentnie wskazywali, że powłoka w kominie została wybrana prawidłowo.

Oceniając zaś moc dowodową zeznań świadka R. K. (1) [k. 3001-3003], Sąd miał na względzie, że był on pracownikiem pozwanej spółki (a zatem może być zainteresowany w korzystnym dla pozwanej (...) rozstrzygnięciu sprawy), przy czym okoliczność ta sama w sobie nie może prowadzić do zdyskredytowania zeznań takiego świadka, o ile znajdują one potwierdzenie w zebranych w sprawie niniejszej materiale dowodowym (np. opracowania projektu budowlanego przez Przedsiębiorstwo (...) J. R. (1), w którym wskazano wprost symbol powłoki chemoodpornej, sugerując tym samym wykonawcy komina firmę (...); doborze rodzaju powłoki przez C.; poinformowaniu i zaakceptowaniu przez Elektrownię zmiany symbolu tejże powłoki; sposobu nakładania zabezpieczenia na cargi komina i kontroli tego procesu przez powodową spółkę; zgłoszenia obu przewodów spalinowych nowo wybudowanego komina nr 5 do użytkowania; tymczasowego naprawiania przez (...) S.A. uszkodzeń powstałych zaraz po rozruchu; nieuczestniczenia wykonawcy w rozruchu próbnym). Całkowicie zaś sprzeczne z materiałem dowodowym pozostaje twierdzenie świadka, iż nie został zawiadomiony o terminie rozruchu bloku nr (...).

Jedynie częściowo Sąd dał wiarę zeznaniom świadka M. N. [k. 3009-3012], inspektora nadzoru inwestycyjnego w trakcie wykonywania przedmiotowej inwestycji. Zdaniem Sądu prawdziwe są twierdzenia w/w świadka odnośnie tego, że: powódka informowała spółkę (...) S.A. o planowanym rozruchu bloku nr (...); przeprowadzono rozruch bez udziału pozwanej; wprowadzono zmiany na życzenie powódki w instrukcji eksploatacji komina nr 5 dotyczące wzrostu temperatury spalin przy pierwszym uruchomieniu przewodu; dokonano w lutym 2011 r. odbioru przewodów spalinowych z zastrzeżeniem uwag; potwierdzono w dzienniku budowy w dniu 13 kwietnia 2011 r. wykonanie przez pozwaną usterek i braków wskazanych w protokołach odbiorów inspektorskich za wyjątkiem usterki dotyczącej powłok; jako inspektor nadzoru inwestycyjnego świadek M. N. nie przekazał jak rozruch miał zostać przeprowadzony, poprzestając wyłącznie na zgłoszeniu gotowości do rozruchu. Twierdzenia świadka M. N. odnośnie rzekomych wad projektowych oraz niemożliwości usunięcia powstałych wad powłoki chemoodpornej nie zasługują zaś na wiarę. Zeznania te pozostają bowiem w ewidentnej sprzeczności z wnioskami płynącymi z opinii biegłych sądowych.

Sąd za wiarygodne uznał także zeznania świadka R. K. (3) [k. 3091-3094] w zakresie, w jakim świadek ten potwierdził, iż przeprowadzając rozruch instalacji odsiarczania spalin – 14 października 2010 r. nie otrzymał instrukcji obsługi komina, (...) nie koordynowała bowiem rozruchu IOS III z rozruchem komina, otrzymując spaliny z kotła nie miała wpływu na ingerencję w ich temperaturę.

Oceniając natomiast zeznania świadków J. L., Z. F., T. J. i A. M. złożone w sprawie niniejszej Sąd miał na uwadze, że świadkowie ci byli zaangażowani w prace będące następstwem zawarcia przez Elektrownię i (...) umowy jako kierownicy bloków nr (...) i (...) odpowiedzialni za rozruch i byli powiązani w tym zakresie z Elektrownią przez

stosunek pracy. Nakazuje to szczególną ostrożność w ocenie tych dowodów. Oczywistym jest bowiem, że osoby, które wykonywały pracę realizując zobowiązanie strony powodowej (uczestniczenie w rozruchu), subiektywnie oceniają sposób wykonania tej pracy, działają w przeświadczeniu o jej poprawności. Szczególnie ostrożnie trzeba przy tym oceniać zeznania osób kierujących przeprowadzeniem rozruchu ze strony powodowej Elektrowni (...), na których spoczywała odpowiedzialność za należyte przeprowadzenie wynikających stąd prac. Stąd zeznaniom wskazanych świadków Z. F., J. L., T. J. oraz A. M., będących w okresie realizacji umowy kierownikami bloków w firmie powódki Sąd dał wiarę tylko w tym zakresie, w jakim dotyczą one okoliczności znajdujących potwierdzenie pozostałym materiale dowodowym, a mianowicie w zakresie okoliczności, iż rozruch został przeprowadzony przez w/w świadków wyłącznie na podstawie ustnych poleceń przełożonego – dyżurnego ruchu bez uprzedniego zapoznania się przez nich z Instrukcją obsługi komina i parametrami jakich przestrzeganie przy eksploatacji jest niezbędne dla zachowania w stanie nieuszkodzonym powłoki chemoodpornej zabezpieczającej przewód w nowo wybudowanym kominie nr 5.

Nic do sprawy nie wniosły zeznania świadka D. W. [k. 3012-3013], który to stwierdził, iż tylko w pewnym zakresie zna treść umowy numer (...), nie uczestniczył w odbiorze i rozruchu komina nr 5, a o wadach powłoki chemoodpornej w przewodach uzyskał wiedzę wyłącznie na podstawie analizy dokumentów.

Zgodnie z art. 299 k.p.c. jeżeli po wyczerpaniu środków dowodowych lub w ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, sąd dla wyjaśnienia tych faktów może dopuścić dowód z przesłuchania stron.

Sąd Okręgowy postanowił dopuścić dowód z przesłuchania stron w trybie art. 299 k.p.c. z tym, że wobec nieobecności reprezentanta powodowej spółki i treści art. 302 k.p.c. ograniczył dowód do przesłuchania reprezentantów pozwanej – (...) S.A. i reprezentanta interwenienta ubocznego – (...) P..

Zeznania te – podobnie jak zeznania wskazanych powyżej świadków – przedstawiały okoliczności faktycznej realizacji umowy [przeprowadzenia procedury odbiorów branżowych przez strony, podczas których sprawdzano zgodność wykonanych przez pozwaną (...) robót z dokumentacją techniczną; przekazania przez spółkę nowo wybudowanego komina nr 5 do eksploatacji; odmowy dokonania odbioru końcowego przez powodową Elektrownię w związku ze stwierdzonymi usterkami; wykonania przez pozwaną (...) usterek i braków wymienionych w w/w protokołach odbiorów inspektorskich (za wyjątkiem wymiany powłoki) i potwierdzenia tego faktu przez Elektrownię; zgłoszenia przez powodową stronę organowi nadzoru budowlanego obiektu do odbioru i uzyskania pozwolenia na użytkowanie komina nr 5; przeprowadzenia rozruchu komina bez udziału (...) i C.; kontrolowania i nie zgłaszania zastrzeżeń przez stronę zamawiającą odnośnie co do sposobu aplikacji powłoki chemoodpornej na cargi komina; przeprowadzenia konsultacji z C. (na materiał tej firmy wskazywał SIWZ) w przedmiocie doboru odpowiedniego rodzaju powłoki; przekazania pozwanej informacji kiedy powódka planuje przeprowadzić procedurę uruchomienia bloku; eksploataowania komina pomimo stwierdzonych uszkodzeń powłoki; podjęcia przez pozwaną prób naprawienia zaistniałych uszkodzeń (np. opracowanie technologii naprawy wykładziny, wskazanie terminu tejże naprawy), które nie zyskały jednak akceptacji ze strony powódki; instalacji trzech próbek referencyjnych; braku kontrolowania temperatury spalin przez firmę (...), przeprowadzającą rozruch instalacji odsiarczania spalin]. Sąd jednocześnie z dużą ostrożnością ocenił te zeznania. Strony są bowiem najlepiej zorientowanymi w rzeczywistym stanie faktycznym danej sprawy. To bezpośrednie zainteresowanie wynikiem postępowania wpływa jednak na ujawnianie przez strony wiadomości, może spowodować świadome lub nieświadome ich zniekształcenie, a nawet zatajenie. Dowód z przesłuchania stron jest w zasadzie tzw. dowodem „posiłkowym”, czyli przeprowadzanym tylko wtedy, gdy za pomocą innych środków dowodowych nie można uzyskać wyjaśnienia faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Pozwana, jak i interwenient uboczny – na co wskazał Sąd pierwszej instancji – byli niewątpliwie bezpośrednio zainteresowani wynikiem postępowania. Dlatego też Sąd uznał te zeznania za wiarygodne w zakresie w jakim udało się te zeznania powiązać chociażby pośrednio w logiczną całość z innymi dowodami, potwierdzić, uzupełnić, zweryfikować.

Sąd Okręgowy zastrzegł, że zeznania świadków i stron tylko w sposób ogólny posłużyć mogły do ustalenia stanu faktycznego i przebiegu realizacji umowy, bowiem z natury swej zeznania świadków na tematy bardzo specjalistyczne i

techniczne, takie jak prawidłowość doboru powłoki chemoodpornej, czy ustalenie przyczyn uszkodzenia tejże powłoki, czy też ocena poprawności przeprowadzenia rozruchu instalacji nie mogą posłużyć do poczynienia kategoriycznych oraz precyzyjnych ustaleń. W tym zakresie sąd posłużył się opiniami biegłych powołanych w sprawie.

W ocenie Sądu Okręgowego nie stanowią dowodu w niniejszej sprawie ekspertyzy i opinie prywatne sporządzone na zlecenie powódki, pozwanej (...) i interwenienta ubocznego, stanowią one w istocie stanowisko stron procesu w przedmiocie ustalenia właściwego doboru powłoki chemoodpornej zastosowanej dla zabezpieczenia przewodów spalinowych „A” i „B” komina nr 5 oraz ustalenia przyczyn powstania uszkodzenia tejże powłoki zaledwie kilka miesięcy po rozpoczęciu rozruchu całej instalacji, co miałyby swe bezpośrednie przełożenie na ocenę czy pozwana (...) S.A. zobligowana była do ponoszenia wobec Elektrowni (...) S.A. obowiązków mieszczących się w ramach reżimu odpowiedzialności gwarancyjnej, czy też na skutek nieprawidłowej eksploatacji komina przez powodową Elektrownię nie ponosiłaby tejże odpowiedzialności. Pozasądowe ekspertyzy sporządzone na zlecenie strony procesu nie są dowodem z opinii biegłego (vide orzeczenie SN z dnia 29 września 1956 r., III CR 121/56, OSNCK Nr 1/1958, poz. 16; wyrok SN z dnia 8 czerwca 2001 r., I PKN 468/00, OSNP Nr 8/2003, poz. 197; wyrok SN z dnia 15 stycznia 2004 r., II CK 349/02, Legalis; wyrok SN z dnia 20 stycznia 2009 r., II CSK 229/08, Legalis; wyrok SA w Katowicach z dnia 27 lutego 2009 r., V ACA 308/08, LEX nr 519276; wyrok SN z dnia 17 listopada 2010 r., I CSK 57/10, Legalis; wyrok SN z dnia 2 lutego 2011 r., II CSK 323/10, Legalis; wyrok SN z dnia 8 czerwca 2001 r., I PKN 468/00, OSNP 2003, nr 8, poz. 197; także np. A. G.-B. Opinia biegłych w postępowaniu cywilnym, EP Nr (...), s. 3; K. P. System dowodów i postępowanie dowodowe w sprawach cywilnych, Warszawa, s. 201–202]. Stanowią tylko umotywowane z punktu widzenia wiadomości specjalnych stanowisko strony procesu, a więc nie mogą być one podstawą wniosków Sądu pozostających w opozycji do stanowiska strony przeciwnej (vide: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 czerwca 1974 r. II CR 260/74 i z dnia 12 kwietnia 2002 r., I CKN 92/00).

Oceniając zebrany w przedmiotowej sprawie materiał dowodowy Sąd a quo podniósł, że rozstrzygnięcie sporu wymagało wiadomości specjalnych. Opinią biegłego jest osąd o okolicznościach faktycznych, stanach lub zdarzeniach, do których poznania i wyjaśnienia wymagany jest określony zasób wiadomości specjalnych wykraczających jednak poza zakres wiadomości oraz doświadczenia życiowego ogółu osób inteligentnych i ogólnie wykształconych z różnych dziedzin nauki, techniki, sztuki, rzemiosła czy obrotu gospodarczego oraz doświadczenia zawodowego, sformułowany i wyrażony w toku postępowania przez osobę wyznaczoną w tym celu przez sąd, niezainteresowaną rozstrzygnięciem sprawy (a spełniającą wskazane wyżej kryteria – biegłego), ułatwiający zarazem sądowi właściwą ocenę faktów i rozstrzygnięcie konkretnej sprawy. Zadaniem biegłego sądowego nie jest ustalenie stanu faktycznego sprawy, lecz naświetlenie oraz umożliwienie wyjaśnienia przez sąd okoliczności z punktu widzenia posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych przy uwzględnieniu zebranego oraz udostępnionego jemu materiału sprawy.

Ocena właściwości systemu powłokowego, na bazie powłoki ARC S7, wykonanego na przewodzie kominowym „A” i „B” komina nr 5, kwestia prawidłowości doboru i wykonania tej powłoki przez pozwaną (...); przyczyn powstania uszkodzeń powłok chemoodpornych zaledwie kilka miesięcy od rozruchu; prawidłowości przeprowadzenia rozruchu zgodnie z SIWZ, projektem budowlanym oraz instrukcją eksploatacji komina; charakteru stwierdzonych wad powłoki; poprawności zaproponowanego przez pozwaną sposobu naprawy tej powłoki – wymagała wiadomości specjalnych dlatego Sąd I instancji dopuścił dowód z opinii biegłych z zakresu materiałoznawstwa – A. K. (1) oraz K. D. z Katedry (...) Politechniki (...) w L., M. Z. (1) z Instytutu (...) z T., budownictwa – J. H. oraz energetyki – J. M. (3) i M. P..

Za w pełni przydatne dla rozstrzygnięcia sprawy niniejszej sąd uznał opinię M. Z. (1) z Instytutu (...) w T., biegłego J. H. i M. P.. Opinie wskazanych wyżej biegłych zostały sporządzone – w ocenie Sądu – rzetelnie oraz z wykorzystaniem wiadomości specjalnych i doświadczenia biegłych sądowych – w zakresie, w jakim biegli stwierdzili, że wybór powłoki ARC S7 przez wykonawcę dla zabezpieczenia przewodów „A” i „B” komina był prawidłowy, tzn. deklarowane przez producenta (...) parametry wykładziny ARC S7 były odpowiednie dla zadanych w projekcie budowlanym oraz SIWZ warunków pracy przewodów spalin komina; na dominującej części powierzchni tych przewodów powłoka ta była wykonana prawidłowo (stwierdzono dobrą przyczepność, ciągłość, brak pustek oraz jednolitą strukturę), od zasad stosowania materiału odbiegały jedynie te obszary, gdzie został on nałożony w zbyt grubej warstwie, natomiast jako przyczyny powstania uszkodzeń w w/w powłoce wskazywano na kilka

czynników, a mianowicie narażenie powłok na szereg szoków termicznych we wczesnej fazie użytkowania komina; wykonanie powłok w dwóch etapach, w efekcie czego w strefach styków powłoka miała wyraźnie dwuwarstwową strukturę, pozbawioną wiązań zszywających warstwę nanoszoną w warunkach warsztatowych oraz uzupełnienia w liniach styków, nanoszone po scaleniu trzonu (wykonanie powłoki ochronnej w dwóch etapach jest metodą dopuszczalną, z technicznego punktu widzenia znacznie trudniejszą i wymagającą od wykonawcy zachowania ostrzejszego reżimu wykonawczego); nierównomierność odkształceń termicznych w/w trzonu, będącą efektem: nierównomiernego przepływu spalin przez przewód spalinowy komina nr 5, naprężeń spawalniczych, wpływających na rozkład naprężeń na powierzchni tego przewodu; nierównomiernego rozkładu sztywności powłoki trzonu; lokalne wady wykonawcze w zakresie oczyszczenia powierzchni lub grubości warstwy w/w wykładziny chemoodpornej. Termiczne naprężenia zewnętrzne spowodowane wskazanymi szybkimi zmianami temperatury, które nałożyły się z naprężeniami wewnętrznymi powstałymi w czasie sieciowania powłoki ARC S7 spowodowały spękanie tej powłoki, w wyniku czego do podłoża wniknęły czynniki korozyjne ze środowiska, w następstwie nastąpiła korozja stali, a wzrost objętości produktów korozji spowodował zaś odspojenie powłoki od podłoża; uszkodzeniom powłoki chemoodpornej pod wpływem naprężeń sprzyjała duża grubość powłoki, im grubsza powłoka tym większe wewnętrzne naprężenia, które wolniej się uwalniają. Z uwagi na lokalny charakter uszkodzeń, wady te nie uniemożliwiały zarazem użytkowania przedmiotu umowy numer (...) w określonym horyzoncie czasowym (liczonym w miesiącach). Jednocześnie wymagały one podjęcia działań naprawczych bowiem pozostawienie ich bez napraw skutkowało by ryzykiem zbytnej kumulacji uszkodzeń przewodu spalin. Biegły J. H. podkreślił, że zaproponowany przez spółkę (...) sposób naprawy poprzez wymianę obszarów z uszkodzeniami korozyjnymi oraz ich zabezpieczenie w pierwotnej technologii ARC S7 uznać należało za prawidłowy, pozwalający na wywiązanie się z warunków umowy. Podkreślił, że w warunkach stwierdzonych uszkodzeń eksploatacyjnych powłoki naprawa taka jest wprawdzie znacznie utrudniona (wymaga ścisłego zinwentaryzowania wszystkich uszkodzeń oraz wyjątkowo starannego wykonania wszystkich prac), jest jednak możliwa, a – ponadto – uzasadniona technicznie, jak i ekonomicznie. Ten ostatni wniosek biegłego J. H. wynika z lokalnego charakteru obserwowanych wad – praktycznie każda technologia naprawy zakładająca zmianę zastosowanego pierwotnie materiału musiałoby objąć swym zakresem całą powierzchnię przewodu, z uwagi na brak kompatybilności materiału naprawczego z oryginalną wykładziną.

W ocenie Sądu Okręgowego wskazane wyżej opinie były przydatne do dokonania ustaleń faktycznych okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Opinie w wyczerpujący sposób udzielały odpowiedzi na wszystkie istotne dla rozstrzygnięcia sprawy kwestie, a przy tym były jasne, spójne, przejrzyste i zawierały logiczne uzasadnienie, które pozwalało na zweryfikowanie wniosków wyciągniętych przez biegłych, jak również nie zostały one skutecznie podważone dowodami przeciwnymi, co uzasadniało w ocenie Sądu Okręgowego uwzględnienie w całości wniosków wyprowadzonych przez tychże biegłych i uznanie ich za podstawę samodzielnych ustaleń Sądu w przedmiotowej sprawie. Opinie te zostały przy tym sporządzone na podstawie całości materiału dowodowego znajdującego się w aktach sprawy oraz przeglądu dodatkowych dokumentów (niezbędnych do dokonania prawidłowych ustaleń faktycznych w zakresie koniecznym do wydania opinii w sprawie). W ocenie Sądu sposób przygotowania opinii odpowiada prawu [opinia Instytutu (...) z T. autorstwa M. Z. (1) z kwietnia 2014 r., k. 3579-3594, tom XVIII; ustna opinia uzupełniająca złożona przez przedstawiciela instytutu (...) Instytutu (...) i Barwników w T. Oddział (...) w G. – M. Z. (1), k. 3893-3894, tom XIX; opinia techniczna w sprawie powłok ochronnych w przewodach spalinowych A i B komina numer 5 na terenie Elektrowni z listopada 2016 r. opracowana przez biegłego J. H., k. 3843-3860, tom XX; opinia techniczna w sprawie powłok ochronnych w przewodach spalinowych A i B komina nr 5 na terenie Elektrowni (...) S.A. – uzupełnienie opracowana przez biegłego J. H. w styczniu 2017 r., k. 3931-3935, tom XX; opinia techniczna w sprawie powłok ochronnych w przewodach spalinowych A i B komina nr 5 na terenie Elektrowni (...) – uzupełnienie 2 opracowana przez biegłego sądowego J. H. w lipcu 2017 r., k. 4023-4026, tom XXI; ustna opinia uzupełniająca biegłego sądowego J. H., k. 4088-4089, tom XXI; opinia biegłego sądowego M. P. z marca 2019 r., k. 4373-4442, tom XXII-XXIII; opinia uzupełniająca biegłego sądowego M. P. z czerwca 2019 r., k. 4575-4683, tom XXIII].

Sąd Okręgowy przyjął za podstawę swoich ustaleń także opinię instytutu naukowego - Katedry (...) Politechniki (...) w L., autorstwa K. D. oraz A. K. (1) w części dotyczącej prawidłowości wyboru materiału na powłokę przewodu spalinowego A i B komina; zakresu uszkodzeń powstałych w przewodzie A, braku uszkodzeń w tej części przewodu,

która była przedmiotem działań naprawczych (...) oraz nierównomiernego nałożenia powłoki przez pozwaną, co spowodowało powstanie miejsc w przewodzie o różnej grubości tej powłoki. W tym zakresie opinia sporządzona przez instytut naukowy była zbieżna z opinią biegłych M. Z. (1), J. H. i M. P., którzy również doszli do takiej konstatacji. Sąd meriti nie podzielił natomiast wniosków opinii instytutu naukowego w zakresie dotyczącym przyczyn powstania uszkodzeń powłoki chemoodpornej. Opiniujący stwierdzili bowiem, że warunki eksploatacji nie stanowiły przyczyny uszkodzenia powłoki. W ocenie Sądu Okręgowego opinia instytutu naukowego była w tej części nieprzydatna, a ustalenia te nie znalazły oparcia w pozostałym materiale dowodowym ujawnionym w przedmiotowej sprawie. Sąd Okręgowy podkreślił, iż instytut naukowy swoją konkluzję oparł wyłącznie na analizie akt, kart charakterystyki oraz opiniach wcześniejszych ekspertów. Instytut nie przeprowadził własnych badań termicznych uwzględniających rzeczywiste warunki panujące w kominie nr 5 i nie zbadał ich wpływu na powłokę, pomimo iż stwierdził, że temperatura ma wpływ na naprężenia w materiale i jeżeli jest ona odpowiednio wysoka, to może mieć wpływ na uszkodzenia powłoki prawidłowo nałożonej; nie ustalił nawet jakie były warunki eksploatacji komina nr 5, a w konsekwencji - czy Elektrownia przestrzegала warunków eksploatacji komina określonych w Instrukcji obsługi. Teza opinii, że technologia wykonania zaważyła na powstaniu uszkodzeń opierała się głównie na statystyce [opinia k. 3290-3316, tom XVII; ustna opinia uzupełniająca A. K. (1), k. 3394-3398, tom XVII; ustna opinia uzupełniająca K. D., k. 3398-3401, tom XVII; opinia uzupełniająca, k. 3426-3445, tom XVIII; ustna opinia uzupełniająca K. D., k. 3528-3529, tom XVIII; ustna opinia uzupełniająca A. K. (1), k. 3529-3530, tom XVIII].

Sąd Okręgowy zważył fakt, że opinie biegłych w zakresie przyczyn powstania uszkodzeń różniły się pomiędzy sobą. Tym samym, skoro nie mógł Sąd podzielić wniosków opinii instytutu naukowego oraz opinii M. Z. (1), J. H. i M. P. dotyczących tego zagadnienia, albowiem w tej materii opinie biegłych wykluczały się wzajemnie, toteż sięgnął do przepisów nakładających na sąd uprawnienie do dokonania selekcji zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Jak podkreślił, opinia biegłego podlega ocenie sądu z zastosowaniem art. 233 § 1 k.p.c. według właściwych dla przedmiotu opinii kryteriów zgodności z zasadami logiki oraz wiedzy powszechnej, poziomu wiedzy biegłego, podstaw teoretycznych opinii, a także sposobu motywowania i stopnia stanowczości wyrażonych w niej wniosków (vide: uzasadnienie postanowienia SN z dnia 7 listopada 2000 r., I CKN 1170/98, OSNC 2001/4/64; uzasadnienie wyr. SN z 15 listopada 2002 r., V CKN 1354/00; uzasadnienie wyr. SN z 7 kwietnia 2005 r., II CK 572/04). Dokonując, zatem oceny w/w opinii pod kątem wskazanych powyżej kryteriów Sąd Okręgowy uznał, że opinie na podstawie której należało ustalić przyczyny powstania uszkodzeń powłoki, to opinie biegłych M. Z. (1), J. H. i M. P.. Zdaniem Sądu Okręgowego wymienieni biegli bardziej szczegółowo i wnikliwie, aniżeli opiniujący w imieniu instytutu (...) przeanalizowali przyczyny uszkodzenia powłoki chemoodpornej, a następnie dokonali trafnych konkluzji.

Sąd pominął opinię biegłego sądowego J. M. (3). W swojej opinii biegły – zdaniem Sądu – wykroczył poza zakres tezy dowodowej wyznaczonej pytaniami Sądu, które wprost wskazywały, iż biegły winien ocenić prawidłowość dokonanego rozruchu z SIWZ, projektem budowlanym i Instrukcją obsługi komina oraz po ewentualnym stwierdzeniu nieprawidłowości w przeprowadzeniu rozruchu ustalić, czy mogło to stanowić przyczynę powstania uszkodzeń w przewodzie spalinowym komina. Biegły w ogóle nie udzielił odpowiedzi na tak postawione pytanie wskazując, iż brak jest w aktach kompletnej dokumentacji. Po drugie, biegły przekroczył swoje uprawnienia wypowiadając się we wnioskach opinii, że uszkodzenia powłoki chemoodpornej były następstwem zamiany – ARC PYRO S6 na ARC S7; że nie znaleziono uzasadnienia technologicznego tej zamiany, jak również wyrażał przypuszczenia na temat związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy grubością powłoki chemoodpornej, a jej uszkodzeniami. Biegły sądowy J. M. (3) nie jest ekspertem w zakresie materiałoznawstwa, lecz energetyki. Opinię w sprawie prawidłowego doboru powłoki do przewodów spalinowych wydali już eksperci z dziedziny inżynierii materiałowej oraz procesów polimerowych Wydziału Mechanicznego Politechniki L. i ekspert Instytutu (...) w T.. Biegły J. M. (3), jako że nie posiada wiadomości specjalnych w tym zakresie nie był przez sąd powołany na okoliczność ustalenia prawidłowości doboru przez wykonawcę powłoki chemoodpornej ARC S7 przy założonych warunkach eksploatacji [opinia numer (...) z dnia 27 listopada 2017 r., k. 4113-4125, tom XXI; ustna opinia uzupełniająca biegłego J. M. (3), k. 4217-4220, tom XXII; opinia nr (...) z września 2018 r., k. 4232-4237, tom XXII].

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy rozważył zasadność zgłoszonych roszczeń.

Powódka wniosła o zasądzenie łącznej kwoty 7.962.600,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwot: 2.687.616 zł, za okres od 13 marca do 15 maja 2011 r., pomniejszoną o wartość potrąconego 8 czerwca 2011 r. wynagrodzenia umownego (604.176,00 zł) i o wartość wypłaconej gwarancji bankowej numer (...) (1.049.850,00 zł), tj. zapłatę kwoty 1.033.590,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami za każdy dzień zwłoki, w tym: ustawowymi odsetkami od kwoty 2.083.440 zł od dnia 26 maja do dnia 30 czerwca 2011 r. i ustawowymi odsetkami od kwoty 1.033.590,00 zł od dnia 1 lipca 2011 r. do dnia zapłaty; 41.994,00 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 8 września 2011 r. do dnia zapłaty, za dzień 16 maja 2011 r.; 335.952,00 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 15 czerwca 2011 r. do dnia zapłaty, za okres od dnia 17 maja 2011 r. do dnia 24 maja 2011 r. – tytułem zapłaty kar umownych z umowy nr (...) za niedotrzymanie terminu odbioru końcowego przedmiotu umowy; 818.883,00 zł, wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 15 czerwca 2011 r. do dnia zapłaty, za okres od dnia 25 maja do dnia 6 czerwca 2011 r.; 5.732.181,00 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 8 września 2011 r. do dnia zapłaty, za okres od dnia 7 czerwca do dnia 5 września 2011 r. – tytułem zapłaty kar umownych z umowy nr (...) za zwłokę w usunięciu wad nowo wybudowanego komina stwierdzonych w okresie rękojmi lub gwarancji, ewentualnie zapłaty kwoty 5.778.912,00 zł wraz z odsetkami ustawowymi, jeżeli Sąd uznałby, że nie doszło do odbioru końcowego w dniu 24 maja 2011 r., a jedynie doszło do odbiorów inspektorskich, wówczas – zdaniem powódki – w takiej sytuacji nadal będzie jej należna kara umowna za brak dotrzymania terminu odbioru końcowego przedmiotowej inwestycji w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki.

Pozwana kwestionowała roszczenia objęte pozwem, wskazując iż są one pozbawione podstaw merytorycznych i prawnych. Twierdziła, iż przedmiot umowy w postaci dwuprzewodowego komina nr 5 został przez nią prawidłowo wykonany oraz oddany Elektrowni (...) S.A. w terminach umownych wynikających z harmonogramu stanowiącego załącznik nr 2 do umowy nr (...) z dnia 19 sierpnia 2009 r., a zatem naliczenie przez powódkę kar umownych na podstawie § 20 ust. 1 lit. a) w/w umowy, tj. za niedotrzymanie terminu odbioru końcowego komina jest – w jej ocenie – całkowicie bezzasadne. Zdaniem pozwanej również naliczanie kar umownych za zwłokę w usunięciu wad zbudowanego komina H=150m stwierdzonych w okresie rękojmi lub gwarancji nie zasługiwało na uwzględnienie, ponieważ wady powłoki chemoodpornej w przewodzie spalinowym „A” komina numer 5 powstały z powodu niewłaściwej, a jednocześnie niezgodnej z dostarczoną przez (...) eksploatacji komina przez stronę powodową w okresie od momentu rozruchu, tj. od 12 października 2010 r. do momentu odstawienia na początku lutego 2011 r., a pozwana – stosownie do postanowień umowy – nie ponosi odpowiedzialności gwarancyjnej za wady powstałe z winy strony zamawiającej, tj. powódki.

Sporne więc pozostawało w sprawie czy powódka – po pierwsze – miała prawo do naliczenia pozwanej kary umownej na podstawie § 20 ust. 1 lit. a) i c) umowy nr (...) z 19 sierpnia 2009 r., w której strony zastrzegły możliwość nałożenia przez zamawiającą kary umownej za niedotrzymanie przez wykonawcę określonego w pkt 1 pn.: (...) Harmonogramu, stanowiącego Załącznik nr 2 do umowy, terminu odbioru końcowego nowego komina – w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki oraz za zwłokę w usunięciu przez wykonawcę wad zbudowanego komina nr 5 stwierdzonych w okresie rękojmi lub gwarancji – w wysokości 0,3% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki, a – po drugie – w jakiej wysokości.

Strony tego procesu łączyła umowa o roboty budowlane uregulowana w art. 647 i nast. k.c., przy czym wyłonienie wykonawcy i zawarcie z nim umowy nastąpiło po przeprowadzeniu postępowania przetargowego w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Przedmiotem tejże umowy było opracowanie niezbędnych projektów, dostarczenie materiałów i urządzeń oraz wykonanie robót budowlano – montażowych związanych z budową w Elektrowni (...) nowego dwuprzewodowego komina dla odprowadzania spalin z IOS I i IOS III o wysokości H=150m. W ramach realizacji wskazanego wyżej przedmiotu umowy miały zostać wykonane wszystkie konieczne prace: przygotowawcze, montażowe, diagnostyczne, kontroli jakości, budowlane we wszystkich branżach i wykończeniowe. Pozwana realizowała w/w inwestycję jako wykonawca, na podstawie umowy zawartej z Elektrownią jako inwestorem. Z przepisu art. 647 k.c. wynika, że wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem oraz z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się, do

dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Powódka dochodzonej pozwem kwoty dochodziła tytułem kar umownych za każdy dzień zwłoki w niedotrzymaniu terminu odbioru końcowego komina oraz za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi lub gwarancji.

Zgodnie z treścią art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Kara umowna stanowi cywilnoprawną sankcją za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Podstawową funkcją instytucji kary umownej jest zaś funkcja kompensacyjna. Oddziaływanie przymuszające i represyjne pozostają skutkami wtórnymi, często faktycznymi i refleksowymi. Sprowadzają się one do ubocznego, ekonomicznego lub psychologicznego efektu, wiążącego się z perspektywą konieczności świadczenia sumy pieniężnej lub z samym jej uiszczeniem. Niewątpliwie kara umowna jest odszkodowaniem, którego swoistość polega na uprzednim zryczałtowaniu (J. Jastrzębski Kara umowna, Oficyna, 2006r., s.177). Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 483 § 1 i art. 484 § 1 w związku z art. 471 k.c.). Zastrzeżenie przez strony kary umownej powoduje jednak modyfikację ogólnych reguł odpowiedzialności w tym sensie, że dla zaistnienia obowiązku zapłaty kary umownej niezbędne jest łączne wystąpienie tylko dwóch przesłanek pozytywnych. Pierwszą z nich jest istnienie skutecznego postanowienia umownego, z którego wynika obowiązek świadczenia tejże kary umownej, drugą natomiast – niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania lub obowiązku, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna, red. A. Rzetecka – Gil, Lex/el. 2011 i cytowana tam literatura; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2005r., sygn. akt II CK 420/04, Lex nr 301769; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2005r., sygn. akt V CK 869/04, Lex nr 150649). W celu zakwestionowania powstania obowiązku zapłaty kary umownej dłużnik może powoływać się więc na sprzeczność klauzuli z ustawą czy naturą stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego. Może się także powoływać na wady oświadczenia woli czy też kwestionować sam fakt zawarcia umowy, w której zastrzeżona została kara.

W ocenie Sądu Okręgowego zapisy umowy nr (...) z dnia 19 sierpnia 2009 r. w przedmiocie zastrzeżenia uprawnienia do naliczenia kary umownej przez stronę powodową były czytelne i nie pozostawały w sprzeczności ze sobą, jak i całą treścią umowy. Sąd Okręgowy podkreślił, że zastrzeżenie kary umownej określać musi zobowiązanie pierwotne i rodzaj jego naruszenia, z którym związany będzie obowiązek świadczenia kary oraz oznaczenie sumy pieniężnej, stanowiącej karę umowną. Wskazane powyżej elementy są obligatoryjne i przedmiotowo istotne do zastrzeżenia kary umownej [vide: J. Jastrzębski, Kara umowna..., s. 181; P. Drapała (w:) System..., s. 959]. Nie rodzi to konieczności podania konkretnej sumy pieniężnej stanowiącej karę umowną. Strony mogą tym samym określić wysokość tej kary pośrednio, poprzez wskazanie podstaw (kryteriów) jej określenia. Zatem karę oznaczyć można poprzez np. podanie konkretnej kwoty, ale także w jakimś ułamku lub procencie w odniesieniu do wartości świadczenia głównego (tak jak strony procesu uczyniły to w umowie nr (...)). Zastrzeżenie kary umownej dotyczyć może też obowiązków ubocznych, które same w sobie nie prowadzą do wykonania zobowiązania. Obowiązki te jednak mają znaczenie dla strony umowy, dlatego korzysta z instytucji kary umownej, jako swoistej gwarancji ich wykonania, np. zachowanie poufności w trakcie negocjacji [por. K. Zagrobelny (w:) Kodeks..., s. 866], więc, analogicznie w ocenie Sądu Okręgowego także, np. obowiązku dotrzymania terminu zakończenia budowy obiektu czy usunięcia wad obiektu stwierdzonych w okresie rękojmi lub gwarancji. W świetle powyższego Sąd pozostał w przekonaniu, że kara umowna zastrzeżona została w sposób jak najbardziej prawidłowy i odpowiadający zapisom prawa. Co niezwykle istotne, pozwana także nie formułowała żadnych zarzutów, zmierzających do zakwestionowania skuteczności postanowień w/w umowy z dnia 19 sierpnia 2009 r.. Nie budzi wątpliwości okoliczność, że podpisując umowę, знаła treść jej zapisów, warunki oraz zastrzeżenia, które podpisem swym zaakceptowała, będąc świadoma ich brzmienia i skutków.

Odnosząc się zaś do kwestii spełnienia drugiej przesłanki Sąd I instancji stwierdził, że zakres odpowiedzialności dłużnika pokrywa się z ogólnym zakresem odpowiedzialności kontraktowej dłużnika na gruncie przepisu art. 471 k.c. Przesłankami tej odpowiedzialności jest powstanie szkody, niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania oraz istnienie związku przyczynowego pomiędzy szkodą a niewykonaniem zobowiązania. W sytuacji gdy wierzyciel

dochodzi odszkodowania na zasadach ogólnych, obowiązany jest wykazać wtedy zaistnienie każdej z w/w przesłanek. Natomiast wierzyciel, dla którego zastrzeżona została kara umowna, nie ma obowiązku wykazywać faktu poniesienia szkody, a tym samym także i związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą szkodą a niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. W uchwale z dnia 6 listopada 2003 r. (sygn. III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69) Sąd Najwyższy stwierdził, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. Wychodząc zatem z założenia, że kara umowna należy się wierzycielowi bez względu na wysokość poniesionej szkody, szkoda nie może być rozpatrywana jako przesłanka żądania kary umownej. Może stanowić wyłącznie podstawę do dochodzenia obniżenia wysokości zastrzeżonej w umowie kary. Wprowadzenie instytucji kary umownej miało doprowadzić do uproszczenia postępowania dowodowego i przyspieszenia uzyskania odszkodowania przez wierzyciela w sytuacji, gdy dany dłużnik nie wykonał lub nienależycie wykonał zobowiązanie. W tej sytuacji do rozstrzygnięcia pozostawała zatem, wg Sądu Okręgowego kwestia nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwaną. Wierzyciel nie musi przy tym udowadniać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Zgodnie bowiem z domniemaniem zawartym w treści art. 471 k.c. niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania następuje na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Ciężar dowodu, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie zostało zawinione przez dłużnika, zostaje więc przerzucony na dłużnika (vide: art. 6 k.c.). Zobowiązany do zapłaty kary może w związku z tym bronić się zarzutem, że nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Oznacza to więc, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika co najmniej w postaci niedbalstwa. Żądanie zapłaty kary umownej może być uwzględnione zatem tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (vide: art. 471 k.c.). Zasadą jest więc, że kara umowna nie należy się wierzycielowi w sytuacji braku istnienia po stronie dłużnika winy w wykonaniu zobowiązania, gdy jego odpowiedzialność opiera się na tej zasadzie. Jedynie w razie uniezależnienia odpowiedzialności kontraktowej dłużnika od przesłanki zawinienia (vide: art. 473 § 1 k.c.) płaci on karę w razie zaistnienia zdarzenia prawnego od którego zależy jego odpowiedzialność. Zasadniczo więc dłużnik odpowiada za niezachowanie należytej staranności chyba, że co innego wynika z ustawy lub czynności prawnej. Umowna modyfikacja odpowiedzialności na podstawie przepisu art. 473 k.c. jest możliwa w kierunku zaostrzenia jak i złagodzenia, w granicach swobody umów (vide: art. 353⁽¹⁾ k.c.). Rozszerzenie odpowiedzialności jest nieograniczone, dłużnik może odpowiadać nawet na zasadzie ryzyka. Konieczne jest jednak wówczas oznaczenie okoliczności zaostrzających odpowiedzialność dłużnika (zamknięty krąg okoliczności). Ogólne określenie odpowiedzialności - bez względu na przyczynę - jest niewystarczające. Dodać w tym miejscu należy, że można przy tym rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika za osoby trzecie - przy pomocy których wykonuje zobowiązanie, ale nie za stronę przeciwną kontraktu. Powyższe byłoby sprzeczne z treścią art. 353⁽¹⁾ k.c. Takie też stanowisko zostało zaprezentowane w wyr. Sąd Najwyższy z dnia 27 września 2013 r. w którym Sąd stwierdził, że w razie rozszerzenia na podstawie art. 473 § 1 k.c. odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej (art. 483 § 1 k.c.), strony muszą w umowie wyraźnie określić, za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Nie można jednak przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które to odpowiedzialność ponosi wierzyciel. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika (wyrok z dnia 27 września 2013 r., I CSK 748/12, LEX nr 1396298).

Sąd Okręgowy podniósł, że powódka dopatruje się nienależytego wykonania umowy nr (...) w niezachowaniu przez pozwaną terminu odbioru końcowego nowego obiektu - dwuprzewodowego komina H=150m. By przesądzić, czy była ona uprawniona do naliczenia pozwanej jako wykonawcy kary umownej za zwłokę w wykonaniu tej umowy niezbędne było uprzednie zbadanie, czy powódka w ustalonych okolicznościach zasadnie odmawiała wykonawcy odbioru przedmiotu umowy. Ocena tej kwestii była z kolei uzależniona od ustalenia, czy w dacie zaoferowania przedmiotu umowy do odbioru umowa ta była w całości wykonana, czy też była dotknięta nieistotnymi wadliwościami, usterkami, a jeżeli tak, to czy miało to znaczenie przy odbiorze.

Dla stworzenia podbudowy teoretycznej w zdefiniowaniu powinności odbioru robót budowlanych za uzasadnione uznał Sąd Okręgowy przypomnienie obowiązków stron umowy o roboty budowlane. I tak świadczenie wykonawcy w umowie o roboty budowlane określone jest, jako oddanie obiektu budowlanego, stanowiącego całość dającą się wyodrębnić co najmniej pod względem technicznym lub technologicznym, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Inwestor powinien dokonać zaś odbioru niezwłocznie po zaoferowaniu obiektu przez wykonawcę. Na świadczenia inwestora składają się powinności niepieniężne, w tym właśnie odebranie obiektu oraz powinność pieniężna polegająca na zapłacie umówionego wynagrodzenia. Czynność odbioru - oprócz elementu faktycznego - składa się z elementu wolicjonalnego obejmującego oświadczenie inwestora, że obiekt wykonano zgodnie z umową. Obowiązki i uprawnienia inwestora określają nadto przepisy - art. 18, art. 32 ust.1 pkt 2, art. 41 ust. 4, art. 42 ust. 1, art. 52, art. 54-57 i art. 60 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U.2018.1202). Odbiór obiektu stanowi w określonej sytuacji obowiązek inwestora. Niewątpliwie obowiązek odbioru odnosi się do obiektu wykonanego, co do zasady zgodnie z zobowiązaniem i zaoferowanego inwestorowi. Zgodność tą należy ocenić biorąc pod uwagę treść zawartej umowy, elementy dopełniające stosunek prawny z mocy ustawy (art. 56), a także ogólne kryteria prawidłowego wykonania umowy (art. 354 k.c.). Inwestor powinien dokonać odbioru niezwłocznie po oddaniu (zaoferowaniu) obiektu przez wykonawcę, chyba że dłuższy termin wynika z umowy lub spowodowany jest złożonym charakterem przedmiotu odbioru. Zasadniczo inwestor może jednak odmówić odbioru obiektu dotkniętego wadą istotną, tj. czyniącym go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub sprzeciwiającą się w sposób wyraźny umowie, co skutkuje brakiem wymagalności roszczenia wykonawcy o wynagrodzenie. Jeżeli obiekt wskazuje jedynie wadę nieistotną, to jego oddanie powoduje wymagalność wierzytelności o wynagrodzenie, natomiast inwestor powinien skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi. Bezzasadna odmowa odbioru robót i zapłaty wykonawcy wynagrodzenia stanowi zwłokę inwestora (vide: art. 486 §1 k.c.), takie zachowanie wierzyciela stanowi też naruszenie art. 354 § 2 k.c. Ze względu na ramowy charakter umowy o roboty budowlane brak w niej wprost przepisów określających dokładniej powinność odbioru, za wyjątkiem art. 654 k.c. Skoro w regulacjach dotyczących umowy o roboty budowlane brak norm określających bliżej powinność odbioru, za wyjątkiem odbioru częściowego na żądanie, to uzasadnione jest tu – w ocenie Sądu Okręgowego – stosowanie per analogiam zasad wypracowanych w tym zakresie dla umowy o dzieło (vide: Wielkie komentarze - komentarz do kodeksu cywilnego, tom I II, część 2 pod red. J. Gudowskiego, LexisNexis, Warszawa 2013, s.306-311). Sąd Okręgowy wskazał, że w piśmiennictwie zauważa się, iż do końca nie jest jasne, co ustawodawca miał na myśli mówiąc o odbiorze robót budowlanych. W prawie budowlanym wielokrotnie wspomina się o odbiorach częściowych i końcowych, nie wyjaśniając bliżej charakteru tych czynności. Przyjmuje się zatem, że czynności te można utożsamiać z odbiorem i częściowym przyjmowaniem robót budowlanych przez inwestora od wykonawcy przewidzianych w przepisach Kodeksu cywilnego o umowie o roboty budowlane (art. 647, art. 654). Są to czynności z zakresu prawa cywilnego, będące częścią wzajemnych praw i obowiązków stron umowy o roboty budowlane (inwestora i wykonawcy), ale nie powinno dziwić, że wspomina się o nich także w akcie administracyjnym, jakim jest ustawa – Prawo budowlane. Zgodnie bowiem z art. 647 k.c. i art. 648 § 2 k.c. zakres zobowiązań wykonawcy i roszczeń inwestora w umowie o roboty budowlane określa się za pomocą projektu budowlanego. Wykonawca, jak wynika wprost z art. 647 k.c., zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem, który w myśl art. 648 § 2 k.c. jest częścią umowy. Ponadto w umowie o roboty budowlane wzajemne zobowiązania i roszczenia wykonawcy i inwestora określa się przez odwołanie do wiedzy technicznej (art. 647 k.c.). Prawo budowlane wymaga by projektowanie i budowanie obiektów budowlanych było zgodne z zasadami wiedzy technicznej (art. 5 ust. 1 w/w ustawy – Prawo budowlane), co osiągnie się m.in. poprzez staranne wykonanie obiektu budowlanego zgodnie z projektem (vide: Prawo budowlane - komentarz pod red. A. Despot-Mladanowicza i innych, LexisNexis, Warszawa 2012, s. 140-142). Wykonanie robót budowlanych przejawia się tym samym w określonym przez prawo i zwyczaje zachowaniami wykonawcy i inwestora towarzyszącymi sygnalizacji zakończenia robót przez pierwszego oraz odbioru przez drugiego z nich, świadczących o ich zgodności z założonym przez inwestora celem inwestycji. Poglądy orzecznicze i komentatorskie wskazują, że wykonanie umowy o roboty budowlane poprzez zaoferowanie zamawiającemu jej przedmiotu ma miejsce wtedy gdy nastąpiło wykonanie robót określonych w umowie w takim kształcie, iż spełnia ono cechy zamówienia, co oznacza taką postać, ilość i jakość, że może ono zostać wykorzystane do celów, które przyświecały zamawiającemu (inwestorowi). Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 czerwca 2007 r. rozważał czy dopuszczalna jest

modyfikacja art. 647 k.c., podnosząca wymagania wobec wykonawcy, a jeśli tak, to do jakiego poziomu. Na tak postawione pytanie udzielił odpowiedzi twierdzącej, dla której przytoczył następującą argumentację: „umowa o roboty budowlane określa warunki przedmiotowo istotne i umowa spełniająca je podlega przede wszystkim przepisom tego działu. Należy do nich wykonanie obiektu zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, dopuszczającymi pewien margines odstępstw. Jako umowa obligacyjna pozostawia jednak stronom swobodę indywidualnego określania treści, z tym że wówczas staje się umową nienazwaną, mieszaną itp. Wadliwy jest wniosek, że każde odstępstwo od stanu idealnego (co do którego nie wiadomo, na podstawie jakich kryteriów byłby ustalany) dawałoby prawo inwestorowi odmowy odbioru obiektu. Projekt i zasady wiedzy technicznej stanowią kompromis między tym, co możliwe i konieczne w budownictwie, uwzględniając interes publiczny i prywatny użytkownika. Ogólnikowe wykluczenie istnienia jakiegokolwiek wady w chwili oddania budynku zwykłego użytku naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Wykryte wady podlegają usunięciu stosownie do art. 637 i art. 638 k.c., ale to uprawnienie inwestora nie wpływa na obowiązek odbioru i zapłaty wynagrodzenia za budynek wzniesiony zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej” (V CSK 99/07, OSP 2009/1/7). Taka linia orzecznicza, czyli wyłączająca uprawnienie inwestora do odmowy odbioru obiektu z wadami nieistotnymi, usterkami jest podtrzymywana w późniejszym orzecznictwie sądowym. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 marca 2013 r. przyjął, że w sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem oraz zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 k.c.). Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania (II CSK 476/12, LEX nr 1314394). Tak również określa się powinność odbioru robót po stronie inwestora w orzecznictwie sądów powszechnych. Podsumowując rozważania poczynione wyżej Sąd Okręgowy – dzieląc przytoczoną linię orzeczniczą – stwierdził, że jedynie w sytuacji, gdy przedmiot umowy będzie mógł być zakwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania, istnieją podstawy do odmowy odbioru. Zachodzi tu więc niewątpliwie potrzeba rozróżnienia niewykonania zobowiązania z nienależytym wykonaniem zobowiązania, kiedy zachowanie dłużnika jedynie częściowo pozostaje sprzeczne z treścią zobowiązania. Brak bowiem podstaw do utożsamiania sytuacji gdy roboty budowlane nie zostały wykonane z sytuacją gdy są one dotknięte wadami, w tym wadami nieistotnymi. Podstawową przesłanką odpowiedzialności wykonawcy budowlanego z tytułu rękojmi jest istnienie wady (art. 556 k.c.). Wykonawca może przy tym niewątpliwie wykazywać faktyczną datę zakończenia robót wszystkimi dokumentami, które dany fakt potwierdzają, nie tylko i wyłącznie protokołem odbioru końcowego robót (wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 marca 2015 r. I ACa 1577/14 LEX nr 1675895).

W realiach sprawy Sąd I instancji wskazał, że zgodnie z § 5 ust. 1 umowy nr (...) pozwana, jako wykonawca, zobowiązała się wykonać przedmiot umowy zgodnie z terminami podanymi w Harmonogramie, stanowiącym załącznik nr 2 do w/w umowy. W Harmonogramie wskazano natomiast, że odbiór końcowy nowego komina miał nastąpić w dniu 12 marca 2011 r. Umowa ta nie określała jednak szczególnej procedury odbioru, wskazując jedynie w § 15 ust. 1, że wykonanie prac zostanie potwierdzone oddzielnymi protokołami odbioru częściowego lub końcowego tych prac.

W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega wątpliwości, że przedmiot umowy został wykonany przez pozwaną w całości. Potwierdza to zgromadzony w sprawie niniejszej obszerny materiał dowodowy – oświadczenia, wpisy w dzienniku budowy oraz decyzje organów nadzoru budowlanego [vide: oświadczenie kierownika budowy D. P. (1) do zawiadomienia o zakończeniu części budowy – bloku nr (...) (przewód spalin A) z 15 grudnia 2010 r., k. 1433, tom VIII; wpis D. P. (1) w dzienniku budowy z dnia 22 grudnia 2010 r., k. 1429, tom VIII; wpis dokonany przez M. N. w dzienniku budowy z dnia 22 grudnia 2010 r., k. 1429, tom VIII; pismo przewodnie Elektrowni (...) S.A. z dnia 19 stycznia 2011 r. skierowane do Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego (znak (...)2216-2/11), k. 1435, tom VIII; wniosek o wydanie pozwolenia na użytkowanie części obiektu budowlanego z 19 stycznia 2011 r., k. 1436-1438, tom VIII; oświadczenie z dnia 19 stycznia 2011 r., k. 1434, tom VIII; zawiadomienie Państwowej Inspekcji Pracy z dnia 22 grudnia 2010 r. o zakończeniu części budowy i zamiarze przystąpienia przez zamawiającą do użytkowania części obiektu budowlanego (...), k. 1439, tom VIII; zawiadomienie Państwowej Inspekcji Sanitarnej w K. z 22 grudnia 2010 r. o zakończeniu części budowy i zamiarze przystąpienia do użytkowania części obiektu budowlanego

((...)), k. 1440, tom VIII; zawiadomienie skierowane przez stronę zamawiającą do Państwowej Straży Pożarnej z 22 grudnia 2010 r. o zakończeniu części budowy oraz zamiarze przystąpienia do użytkowania części obiektu budowlanego ((...)), k. 1441, tom VIII; protokół kontroli obowiązkowej zakończonej budowy obiektu budowlanego sporządzony w dniu 8 lutego 2011 r., k. 627-628v, tom IV; decyzja numer (...) Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w K. wyrażająca zgodę na użytkowanie części komina numer 5 o wysokości H=150m dla bloku nr 10 (przewód spalin) – I etap (PINB.7353-14/11); wniosek Elekrowni o wydanie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego z 23 maja 2011 r., k. 1447-1450, tom VIII; zawiadomienie Państwowej Inspekcji Pracy z dnia 4 maja 2011 r. o zakończeniu całości budowy oraz zamiarze przystąpienia do użytkowania całości obiektu budowlanego, k. 1451, tom VIII; zawiadomienie Państwowej Inspekcji Sanitarnej z dnia 4 maja 2011 r. o zakończeniu całości budowy oraz zamiarze przystąpienia do użytkowania całości obiektu budowlanego, k. 1452, tom VIII; zawiadomienie Państwowej Straży Pożarnej z 4 maja 2011 r. o zakończeniu całości budowy i zamiarze przystąpienia do użytkowania całości obiektu budowlanego – dwuprzewodowego komina nr 5, k. 1453, tom VIII]. Koronnym jednak argumentem przemawiającym za uznaniem, że strona pozwana zrealizowała przedmiot umowy w całości jest przede wszystkim decyzja Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w K., w której stwierdził, że obiekt ten nadaje się do użytkowania. W uzasadnieniu decyzji podano, że budowa dwuprzewodowego komina numer 5 o wysokości H=150m w Elekrowni (...) została ukończona oraz zrealizowana zgodnie z projektem budowlanym, warunkami udzielonego pozwolenia na budowę i zgodnie z przepisami [vide: decyzja nr (...) Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego z 30 maja 2011 r., k. 66-67, tom I].

Wprawdzie treść wzajemnej korespondencji powódki i pozwanej spółki wskazuje, że przy realizacji robót pojawiły się pewne nieprawidłowości wskazywane w załącznikach numer 6 (tzw. wykaz braków i usterek) do protokołów odbiorów inspektorskich z 9, 10, 11, 14 lutego i 6 kwietnia 2011 r., jednocześnie brak tam jednak wyraźnych zarzutów świadczących o niezrealizowaniu przez pozwaną któregośkolwiek z etapów prac. Przeciwnie, treść protokołów odbiorów inspektorskich jednoznacznie wskazuje, że zakres robót objętych umową nr (...) został wykonany [vide: protokół odbioru inspektorskiego z dnia 9 lutego 2011 r., k. 620-620v, tom IV z wykazem braków i usterek, k. 621, tom IV; protokół odbioru inspektorskiego z dnia 10 lutego 2011 r., k. 618-619, tom IV wraz z wykazem braków i usterek, k. 619, tom IV; protokół odbioru inspektorskiego z dnia 10 lutego 2011 r., k. 616-617, tom IV wraz z wykazem braków i usterek, k. 617, tom IV; protokół odbioru inspektorskiego z dnia 11 lutego 2011 r., k. 614-614v wraz z wykazem braków i usterek, k. 615, tom IV; protokół odbioru inspektorskiego z dnia 14 lutego 2011 r., k. 180-182, tom I z wykazem braków i usterek, k. 182, tom I; protokół odbioru inspektorskiego z 6 kwietnia 2011 r., k. 183-184, tom IV wraz z wykazem braków i usterek, k. 185, tom IV].

Pomimo braku formalnego odbioru robót, całokształt wyżej wskazanych okoliczności – w ocenie Sądu Okręgowego – stanowił wystarczającą podstawę do przyjęcia, iż zakres robót objęty umową nr (...) został przez pozwaną wykonany w całości.

Przechodząc natomiast do kwestii zasadności odmowy przystąpienia przez powodową spółkę do odbioru końcowego prac, w pierwszej kolejności Sąd Okręgowy podkreślił, że z materiału dowodowego wynika, iż pewne niedociągnięcia i ustereki wystąpiły po stronie pozwanej [vide: k. 182; k. 185; k. 615; k. 619; k. 617; k. 621]. W tym kontekście zważył, że podstawową regulacją prawną dla określenia skutków wadliwego działania wykonawcy i odpowiedzialności związanej z wadami obiektu stanowią na podstawie odesłania z art. 656 k.c. - przepisy art. 635 – 638 k.c. oraz art. 644 – 646 k.c., przy czym art. 637 k.c. (dzielący wady na istotne i nieistotne), pomimo iż został uchylony i stracił moc obowiązującą z dniem 24 grudnia 2014 r. (na podstawie art. 44 pkt 34 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta) znajduje odpowiednie zastosowanie w niniejszej sprawie. Roszczenie powódki powstało bowiem na tle umowy zawartej w dniu 19 sierpnia 2009 r., a zgodnie z art. 51 powyżej wspomnianej ustawy – do umów zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

Pozwana wykorzystując przyjęty w trakcie realizacji inwestycji sposób kontaktu z powódką, dokonała pierwszego zgłoszenia obiektu do odbioru końcowego w dniu 16 marca 2011 r. Wtedy to bowiem nadała ona w placówce pocztowej pismo zawierające w/w zgłoszenie [vide: pismo pozwanej datowane na dzień 12 marca 2011 r. skierowane do Elekrowni (...) (nr (...)), k. 622-623, tom IV; kserokopia pocztowej książki nadawczej, k. 623, tom IV]. Jednocześnie w piśmie tym oraz wiadomości e-mail z 16 marca 2011 r. zgłosiła także do odbioru usunięcie braków oraz usterek z

protokołów odbiorów inwestorskich dotyczących: żelbetowego trzonu komina; stropów komina, przewodów spalin A i B; odwodnienia stropu górnego komina; odprowadzenia kondensatu z przewodów spalin A i B; instalacji odgromowej komina; instalacji monitoringu spalin, instalacji AKPiA; placów i dróg (w wiadomości elektronicznej pozwana zgłosiła również do odbioru usunięcie braków i usterek z protokołów inwestorskich w zakresie instalacji elektrycznych komina) [vide: e-mail R. K. (1) z dnia 16 marca 2011 r. skierowany do M. N. zatytułowany „Usunięcie braków i usterek z protokołów inwestorskich – komin nr 5”, k. 54, tom I; zeznania świadka Z. M., k. 3005]. Elektrownia (...) S.A. przystąpiła wprawdzie od dnia 18 marca 2011 r. do odbioru tychże usuniętych braków i usterek zapisanych w protokołach inspektorskich dotyczących wskazanych powyżej prac [vide: pismo powódki do pozwanej z dnia 18 marca 2011 r. (znak: DI-074-20/11), k. 56, tom I], jednak pięć dni później uznała, iż pozwana nie usunęła wszystkich tych braków oraz usterek [vide: wpis M. N. w dzienniku budowy z dnia 22 marca 2011 r., k. 1431, tom VIII; zeznania świadka Z. M., k. 3005, tom XV; zeznania L. S., k. 3730v, tom XIX]. 23 marca 2011 r. kierownik budowy D. P. (1) zgłosił powódce ponownie zarówno usunięcie wszystkich usterek i braków wyszczególnionych w w/w protokołach dla poszczególnych branż, jak też zgłosił – po raz drugi – do odbioru końcowego budowę komina [wpisy w dzienniku budowy D. P. (1): z 23 marca 2011 r., k. 1431, tom VIII; oświadczenie D. P. (1) z dnia 23 marca 2011 r. do zawiadomienia o zakończeniu budowy/do wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie - o wybudowaniu komina nr 5 o wysokości H=150m dla bloków nr (...), nr (...) w części dotyczącej bloku nr (...) (przewód spalin B) zgodnie z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę numer (...) z dnia 11 lutego 2009 r. wydanego przez Starostę (...) oraz przepisami, k. 1443, tom VIII]. Powódka po raz kolejny dopatrywała się podstaw, aby odmówić odbioru końcowego (pозwana nie usunęła – w jej ocenie – w dalszym ciągu wszystkich braków oraz usterek zapisanych w w/w protokołach odbiorów inspektorskich) [vide: wpis M. N. w dzienniku budowy z 24 marca 2011 r., k. 1431-1432, tom VIII]. 7 kwietnia 2011 r. uzależniła odbiór końcowy obiektu od przekazania przez wykonawcę następującej dokumentacji: protokołów odbiorów inspektorskich dla poszczególnych branż wraz z usuniętymi usterekami; metryki i instrukcji obsługi komina; inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej (aktualizacja mapy zasadniczej potwierdzona przez stosowny ośrodek geodezyjny); oświadczenia kierownika budowy, który miał zostać dołączony do wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie przedmiotowego obiektu; dziennika budowy i dokumentacji powykonawczej dla poszczególnych branż [vide: notatka służbowa ze spotkania z dnia 7 kwietnia 2011 r. w sprawie odbioru końcowego komina nr 5, k. 59, tom I]. Pomimo, iż 13 kwietnia 2011 r. powódka potwierdziła zarówno faktyczne usunięcie przez pozwaną wszystkich usterek zadeklarowanych w w/w protokołach inspektorskich, jak również przekazanie jej jako zamawiającej wskazanych dokumentów, ponownie odmówiła odbioru – tym razem podnosząc, iż pozwana wadliwie wykonała powłoki chemoodporne [vide: notatka służbowa ze spotkania w sprawie odbioru końcowego komina H=150m z 13 kwietnia 2011 r., k. 60, tom I; zeznania świadka Z. M., k. 3005-3006, tom XV; zeznanie reprezentanta strony pozwanej L. S., k. 3731v, tom XIX; zeznania reprezentanta pozwanej A. N., k. 3767, tom XIX; wpis M. N. w dzienniku budowy z dnia 13 kwietnia 2011 r., k. 1432, tom VIII; zeznania świadka M. N., k. 3011, tom XV].

W ocenie Sądu Okręgowego powódka, jako inwestor niezasadnie trzykrotnie odmówiła odbioru robót, winna była ona przystąpić i dokonać odbioru końcowego obiektu w momencie pierwszego zgłoszenia obiektu do odbioru, tj. już 16 marca 2011 r. Jak zostało już wyżej zasygnalizowane, w judykaturze podnosi się bowiem, że strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależniać odbioru tychże robót od braku jakichkolwiek usterek, bowiem jedynie wady istotne uzasadniają taką odmowę (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 marca 2014 r., V ACa 725/13). W świetle art. 647 k.c. odbiór robót należy do obowiązków inwestora (odpowiednio – zamawiającego) i nie może być uzależniony od braku wad bądź usterek tych robót. Wskazany powyżej przepis stanowi wszak o odbiorze robót, a nie o „bezusterkowym” odbiorze robót. Wskazywanie na konieczność odbioru „bezusterkowego” statuuje przesłankę, której w zapisie ustawowym nie ustanowiono (wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 24 lutego 2012 r., V ACa 198/12). Przez wykonanie robót budowlanych rozumieć należy zaś taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym danej umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadanie przez te roboty nieistotnych wad, usterek i niedoróbek (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 18 października 2012 r., sygn. akt I ACa 1046/12). Dyspozycja przepisu art. 647 k.c. nie stanowi o tym, że odbiór robót odnosi się tylko do robót wykonanych w całości i bez wad, a zatem nie znajduje żadnego uzasadnienia stanowisko, że odbiór następuje tylko wtedy, gdy roboty zostały wykonane w całości i nie mają żadnych wad, czyli nastąpił odbiór „skuteczny”. Gdyby zaakceptować takie stanowisko (forsowane przez powódkę w toku postępowania), odbiory

robót przeciągałyby się w czasie, a nierzadko nigdy nie dochodziłyby do skutku (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 9 lipca 2013 r., V ACa 332/13). W wyr. z dnia 5 marca 1997 r. Sąd Najwyższy wyraził pogląd, który Sąd Okręgowy w pełni podziela, że jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, inwestor (odpowiednio strona zamawiająca) jest obowiązany dokonać ich odbioru. W protokole z dokonania tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m.in. co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad wraz z ewentualnymi terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora (podmiotu zamawiającego) o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Sąd Najwyższy w konsekwencji wyprowadził zatem wniosek, że „umówionemu obowiązkowi wykonawcy oddania obiektu odpowiada obowiązek inwestora (zamawiającego) odebrania tego obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia”. Obowiązek ten jest natomiast niezależny od aprobaty świadczenia, gdyż „to, czy wykonawca wykonał związane z obiektem roboty budowlane w sposób zgodny z projektem i zasadami wiedzy technicznej (...) może być przedmiotem sporu” (zob. II CKN 28/97), ale już po spełnieniu obowiązków przez każdą ze stron.

Konstatując, w świetle przepisu art. 647 k.c. i powołanego orzecznictwa – odbiór robót budowlanych należy do obowiązków zamawiającego, który powinien do niego przystąpić już po zawiadomieniu go przez wykonawcę o zakończeniu robót i przedstawieniu ich do odbioru. Wskazany powyżej przepis nie stanowi bowiem o „skutecznym” odbiorze, ale o odbiorze w ogóle. Oznacza to tym samym, że nie można uzależniać dokonania odbioru od wykluczenia istnienia jakiegokolwiek wady w chwili oddania przedmiotu zamówienia. Wszelkie ustalenia co do jakości wykonanych robót (w tym wykaz wszystkich ujawnionych wad) powinny zostać ujęte w protokole czynności odbioru, bo dopiero ich stwierdzenie obliguje wykonawcę do ich usunięcia.

Powódka nie mogła więc odmówić odbioru robót, lecz powinna była już po pierwszym zgłoszeniu obiektu do odbioru końcowego – 16 marca 2011 r. – przystąpić do wykonania spoczywającego na niej obowiązku wynikającego ze wzmiankowanego art. 647 k.c., tzn. dokonać jego odbioru, a w protokole z tej czynności mogła zawrzeć ustalenia co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy tym odbiorze. Zgłoszenie do odbioru przez wykonawcę robót budowlanych, które spełniają cechy zamówienia określone w umowie, chociaż zawierają pewne wady lub braki, rodzi bowiem po stronie inwestora obowiązek odebrania wykonanych prac, zgodnie z przepisem art. 643 k.c. Jak nadmieniono wyżej, inwestor może wprawdzie uchylić się od tego obowiązku, ale tylko poprzez wskazanie obiektywnie istniejących i osadzonych w treści umowy bądź przepisach prawa przyczyn, które czynią zgłoszenie wykonawcy nieskutecznym (tak Sąd Najwyższy w wyr. z dnia 23 sierpnia 2012 r., II CSK 21/12).

W konsekwencji oznacza to tym samym, że odmowa odbioru robót przez inwestora jest uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot umowy będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady te będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania (wyrok Sądu Najwyższego z 7 marca 2013 r., II CSK 476/12). Rozróżnienie wad istotnych od nieistotnych jest o tyle ważne, że rzutuje na ocenę wykonania lub niewykonania zobowiązania. Jak wyjaśnił Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyr. z dnia 21 marca 2014 r. wydanym w sprawie oznaczonej sygn. akt I ACa 842/13 - na gruncie umowy o roboty budowlane można przyjąć, że niewykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w danej umowie, istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Pozostałe wady, świadczą jedynie o nienależyтым wykonaniu tego zobowiązania. Wyłącznie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru robót, rzutując tym samym na wymagalność roszczenia o wynagrodzenie za ich wykonanie (wyrok SA w Białymstoku z dnia 21 marca 2014 r., I ACa 842/13; wyroki SA w Katowicach: z dnia 22 września 2016 r., V ACa 1009/15; z dnia 6 września 2009 r., V ACa 935/15 oraz SA w Krakowie z dnia 8 marca 2016 r., I ACa 1626/15). Wady nieistotne oznaczają natomiast wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty co do jakości, determinując tym samym zaktualizowanie uprawnień zamawiającego z tytułu rękojmi lub gwarancji (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 12 września 2012 r., I ACa 803/12).

Sąd Okręgowy podniósł, że obowiązek wykazania powyższych okoliczności, stosownie do treści art. 6 k.c. i art. 232 zd. 1 k.p.c. spoczywał na powódce. To ona winna przedstawić i udowodnić okoliczności dotyczące niedokonania naprawy istniejących usterek lub braków oraz ich charakteru (wady istotne/nieistotne). Z faktu niewykonania robót w sposób należyty (bądź ich niewykonania w całości) wywodziła ona bowiem określone skutki prawne. Nieprzedstawienie zaś stosownych dowodów na poparcie swych twierdzeń, wiąże się zaś z ryzykiem niekorzystnego dla strony rozstrzygnięcia. W toku niniejszego postępowania, powódka przedmiotem dowodu charakteru wskazywanych w pismach do strony pozwanej niedoróbek i usterek (czy były one istotne, czy też nie) uczyniła wyłącznie – wykazane w protokole inspektorskim z dnia 11 lutego 2011 r. – uszkodzenia powłoki chemoodpornej, wnosząc o dopuszczenie w sprawie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność przyczyn uszkodzeń powłoki chemoodpornej, niewłaściwego wyboru materiału na powłokę i niewłaściwego jej wykonania oraz braku możliwości eksploatacji komina nr 5. Z opinii wszystkich biegłych sądowych powołanych w przedmiotowej sprawie (tj. A. K. (1) i K. D., M. Z. (1), J. H. oraz M. P.; za wyjątkiem pominiętej przez Sąd – z przyczyn wskazanych wyżej – opinii biegłego sądowego z zakresu energetyki J. M. (3)) wynika jednak, że dobór wykładziny o symbolu ARC S7 był prawidłowy. Co więcej, z uwagi na lokalny charakter zaistniałych uszkodzeń tej powłoki zajmujący około 6,84% powierzchni walca komina nr 5 [złuszczenie powłok do podkładu – występujące na 12, dość rozległych obszarach o łącznej powierzchni 189,7 m⁽²⁾, która stanowi około 5,74% całkowitej powierzchni walca komina; złuszczenie powłok do metalu (brak ochrony stali) – występujące na 21 obszarach o łącznej powierzchni 32,56 m⁽²⁾, która stanowi około 0,98% całkowitej powierzchni walca komina; perforacja ścianki przewodu spalinowego (otwór, dziura) – występujące w 46 miejscach o łącznej powierzchni 3,904 m⁽²⁾, która stanowi około 0,12% całkowitej powierzchni walca komina – vide: opinia biegłych A. K. (1) oraz K. D. z lipca 2013 r., k. 3305] wada ta nie uniemożliwiała jego użytkowania (co więcej, przedmiot umowy był następnie eksploatowany przez stronę powodową ze stwierdzonymi wadami przez kilka miesięcy). Po dokonaniu zaś działań naprawczych – proponowanych przez pozwaną spółkę (w zakresie wymiany skorodowanych fragmentów oraz uzupełnienia powłoki ochronnej) mógłby być on dalej bezpiecznie eksploatowany. Tym samym nie sposób uznać, że wada ta miała charakter istotny, stanowiący w przeszkodę w odbiorze końcowym inwestycji.

Odnośnie co do drugiej ze wskazywanych przez powódkę przyczyn odmowy odbioru robót zgłoszonych przez pozwaną spółkę w dniu 16 marca 2011 r., a wyszczególnionych w protokołach inspektorskich tj. konieczność wykonania posadzki betonowej w kominie na poz. ± 0,00m i dokonania poprawek malarskich wewnętrznej części trzonu komina od poz. ± 0,00m do 25,00m; brak podestu oraz drabiny PD; uzupełnienia mocowania krat o kołnierze mocujące, kołki balistyczne uchwyty do łączenia krat zabezpieczające przed klawiszowaniem i wykonania poprawek malarskich konstrukcji stalowej dot. stropów SGN, SOG, SDN, SOD; uzupełnienia poręczy na wskazanych stropach: SGN, SOG; wykonania drugiego wejścia na podest obsługi kompensatora z drabinką D11; umożliwienie bezpiecznego wejścia na króciec KCb-1 z podestu obsługi kompensatora; konieczność zamocowania trwale pokrywy króćców pomiarów kalibracyjnych na obydwu przewodach spalin; brak telefonu na poziomie 0 m; poprawienia nieprawidłowych opisów na kablach do telefonów od skrzynek oraz do RPP; sfazowania zasilania sprawdzenie SZR DC 10; uzupełnienia legendy obwodów obwód 14. 15.16, DC10; opisanie wkładki bezpieczników w rozdz. DC10/6; brak oświetlenia drabiny nr 1; opisanie obwodów w szafkach oświetleniowych na piętrach zanumerowania oprawy oświetleniowej; oznakowania lamp awaryjnych żółtym paskiem na części starej oprawy; poprawienia rozszczelnienia przejścia przez strop kabli w rozdz. RDC – RDD; uszczelnienia przepustów w rejonie rozdz. DC10; wykonania tablicy informacyjnej i umieszczenia jej w rejonie trasy instalacji odwodnienia stropu górnego biegnącej w gruncie; wykonania warstwy antypoślizgowej i wierzchniej izolacji chemoodpornej stropu górnego; opisanie dokumentacji pomontażowej; dołączenia do dokumentacji jakościowej atestów na użyte materiały wykorzystane do produkcji oraz montażu podpór na trasie rurociągu; usunięcia prętów stalowych łączących przewody spalin w części wylotowej przewodów; poprawienia montażu stabilizatorów rolkowych przewodów „A” i „B”; zastabilizowania i trwałego oznaczenia wzajemnego usytuowania łożysk rolkowych przewodów względem poziomu stropów na których są zainstalowane; poprawienia montażu taśmy aluminiowej w miejscach łączenia arkuszy izolacji przewodów spalin; dołączenia dokumentacji zabudowy kompensatorów i ich dokumentacji odbiorowej w języku polskim, uzupełnienia raportu z badań geotechnicznych i inwentaryzacji geodezyjnej o kserokopię uprawnień geologa; ujednoczenia opisu dokumentacji jakościowej; wypełnienia szczelin dylatacyjnych; wykonania rekultywacji terenu; wykonania opaski z

otoczków; zamontowania drabiny do wyjścia na dach kabiny; oznaczenia dźwigu zgodnie z zaleceniem protokołu UDT Radom z 30 lipca 2010 r.; przekazania kompletu kluczy obsługowych oraz smarownicy zgodnie DTR dźwigu oraz przekazania dziennika konserwacji prowadzonego zgodnie z DTR dźwigu – wskazać należy, że powódka nie uczyniła przedmiotem dowodu charakteru tych usterek (czy były one istotne, czy też nie). Chcąc zaś wykazać zasadność odmowy odbioru końcowego robót obowiązana była ona udowodnić, że wskazane usterki oraz braki stanowiły wadę istotną. Powyższemu obowiązkowi powódka w tym zakresie także nie podołała, nie zgłosiła dowodów niezbędnych do wymagającego wiadomości specjalnych ustalenia tejże kwestii. Zadaniem Sądu I instancji nie było natomiast podstaw do przeprowadzania w sprawie niezbędnych dowodów z urzędu. Dodać należy, że także brak sporządzenia przez strony umowy protokołu odbioru końcowego robót, dodatkowo uniemożliwiał prawidłową ocenę czy występujące niedoróbki oraz usterki były wadami istotnymi czy też nieistotnymi.

Pozwana naprawiła i uzupełniła wymienione powyżej i wyszczególnione w protokołach inwestorskich usterki i braki w marcu – kwietniu 2011 r., co uprawnia w ocenie Sądu Okręgowego domniemanie, iż wskazywane przez powódkę wady nie miała charakteru istotnego, w przeciwnym razie 13 kwietnia 2011 r. przedstawiciele zamawiającej nie potwierdziłyby tej okoliczności.

Powódka nie przedstawiła więc dowodu, który świadczyłby o tym, iż którakolwiek z wad ujętych w protokołach z prac komisji powołanej do odbioru robót miała takich charakter, tj. by świadczyła o realizacji robót niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub by wady te były na tyle istotne, że obiekt nie nadawał się do użytkowania.

W ocenie Sądu, podstawą do odmowy dokonania odbioru końcowego nie można także uznać trzeciej ze wskazywanych przyczyn, tj. nieprzekazania przez wykonawcę wymienionej w notatce z dnia 7 kwietnia 2011 r. dokumentacji. Okoliczność ta może być rozpatrywana jedynie w kategoriach nieistotnych wad, rodzących po stronie Elektrowni (...) jedynie prawo do skorzystania z treści przepisu art. 637 k.c. w zakresie dotyczącym uprawnień przysługujących zamawiającej w razie stwierdzenia nieistotnych wad dzieła (por. wyrok SN z dnia 18 stycznia 2012 r., II CSK 213/11, LEX nr 1133803).

Sąd I instancji wyraźnie zaznaczył, że strony w umowie numer (...) zastrzegły karę umowną dla zamawiającego – inwestora za nienależyte wykonanie umowy wskutek zwłoki wykonawcy w terminowym wykonaniu przedmiotu umowy. Uprawnia to więc do wniosku, że strony tej umowy nie przyjmowały, że kara umowna będzie należna zawsze, niezależnie od tego z jakiej przyczyny inwestor odmawia odbioru wykonanych robót. Innymi słowy, skoro strony umówiły się, że kara umowna przysługuje za nienależyte wykonanie umowy tylko w razie zwłoki to nie ma podstaw by odpowiedzialność powyższą rozumieć tak jak tego oczekuje powódka, a mianowicie że w razie jakiegokolwiek nawet drobnej, nieistotnej usterki, może skutecznie, niejako w nieskończoność, odmawiać odbioru robót.

Konkludując, Sąd Okręgowy opierając się na ustalonej w tym zakresie linii orzeczniczej Sądu Najwyższego i sądów powszechnych ocenił, jako pozbawione merytorycznej zasadności kolejne odmowy odbioru końcowego inwestycji przez powodową spółkę w oparciu o wymóg bezusterkowego odbioru robót. Sąd Okręgowy zauważył przy tym, że sama powódka zdezwuowała ten „wymóg” składając 23 maja 2011 r. wniosek do Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego o wydanie pozwolenia na użytkowanie całości obiektu budowlanego, mimo iż pozwana nie naprawiła na moment składania tego wniosku usterek wskazywanych przez powódkę (tj. wymiany powłoki chemooodpornej)

Powódka miała więc obowiązek dokonania odbioru i pomimo niespisania przez strony bezusterkowego protokołu odbioru, Sąd przyjął, że z momentem zgłoszenia obiektu do odbioru faktyczny odbiór tych robót nastąpił. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyr. z dnia 23 sierpnia 2012 r. (sygn. akt II CSK 21/12), gdy odbiór danego dzieła nastąpić ma poprzez sporządzenie protokołu, a więc w formie pisemnej, brak sporządzenia takiego protokołu nie stanowi przeszkody do uznania, że odbiór nastąpił, jeżeli faktycznie miał on miejsce, a zatem w sytuacji, w której czynności faktyczne świadczą o tym, że do tego doszło. Może o tym świadczyć np. dysponowanie tym dziełem, zlecenie dokonania poprawek dzieła przez inny podmiot, czy dokonywanie innych czynności, jak chociażby zapłata części wynagrodzenia lub dokonanie potrącenia tego wynagrodzenia ze swymi wierzytelnościami.

Zdaniem Sądu Okręgowego podstaw zwłoki wykonawcy w zakresie niedotrzymania przez spółkę terminu odbioru końcowego przedmiotu umowy, określonego w „Harmonogramie Realizacji Projektu” można doszukiwać się jedynie w jej opóźnieniu w zgłoszeniu obiektu budowlanego do odbioru w okresie od dnia 13 marca do dnia 16 marca 2011 r. Pozwana nie wykazała w toku procesu, że zaistniały jakiegokolwiek okoliczności wskazujące na brak jej winy w niezachowaniu w/w terminu, a w konsekwencji uzasadniające zwolnienie jej z odpowiedzialności w zakresie zapłaty kary umownej przewidzianej za tenże przejaw nienależytego wykonania zobowiązania. Zgodnie natomiast z § 20 ust. 1 pkt a) umowy nr (...) z dnia 19 sierpnia 2011 r. wykonawca zobowiązany był zapłacić zamawiającej stronie karę umowną za zwłokę w niedotrzymaniu terminu odbioru końcowego – w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki.

Z treści umowy wynika, iż wynagrodzenie ryczałtowe strony pozwanej wynosiło kwotę 20.997.000 zł powiększone o podatek VAT naliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami. Wysokość zastrzeżonej kary umownej za 1 dzień zwłoki wynosiła więc kwotę 41.994,00 zł, za 4 dni zwłoki kara umowna winna wynosić kwotę 167.976,00 zł.

Ocena, czy kara umowna jest w konkretnych okolicznościach rażąco wygórowana może uwzględniać szereg okoliczności, w tym m.in.: stosunek pomiędzy wysokością kary umownej a wartością zobowiązania, które dłużnik wykonał z opóźnieniem; stosunek tej kary umownej do odszkodowania, które należałoby się wierzycielowi na w/w zasadach ogólnych; stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela; czy okres opóźnienia w terminowym wykonaniu umowy do czasu jej trwania.

Dokonując oceny podniesionego przez stronę pozwaną w odpowiedzi na pozew zarzutu miarkowania kary umownej, w pierwszej kolejności Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na funkcje tegoż fakultatywnego zastrzeżenia umownego, obok funkcji kompensacyjnej, czyli rekompensującej doznaną szkodę, również funkcja stymulacyjna, której celem jest motywowanie do realnego wykonania zobowiązania oraz represyjną wyrażającą się w nałożeniu na dłużnika dolegliwości z powodu niewykonania zobowiązania. W ocenie Sądu Okręgowego, ewentualne miarkowanie kary umownej, zważywszy na pełnione przez nią funkcje, musi być dokonywane z pewną powściągliwością w szczególności w tych sprawach, w których stronami są przedsiębiorcy. Oczywiście profesjonalizm stron umowy nie wyklucza możliwości miarkowania kary umownej, jednak w przypadku przedsiębiorców uzasadnione jest oczekiwanie wyższego poziomu staranności i przewidywania przy kontraktowaniu.

W konkretnym przypadku nie może zostać pominięty również fakt, że umowa została zawarta w trybie zamówienia publicznego. Strony uczestniczące w ubieganiu się o zamówienie publiczne, w tym pozwana, miała realną możliwość zakwestionowania warunków umowy, a w szczególności rodzaju i wysokości kar umownych. Projekt umowy o udzielenie zamówienia publicznego jest częścią składową Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Według art. 38 ustawy - Prawo zamówień publicznych, pozwana miała prawo zwrócenia się o wyjaśnienie wszystkich kwestii tam zawartych, w tym dotyczących kar umownych uregulowanych w tejże umowie. Tymczasem wykonawca nie zakwestionował warunków umowy i nie podnosił, że kara umowna w wysokości 0,2 % wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki jest wygórowana. Strona powodowa uregulowała kary umowne zgodnie ze zwyczajami przyjętymi w branży budowlanej. Ujęcie określonej regulacji w zakresie kary umownej w warunkach przetargu oznaczało, że musiał on stanowić jeden z elementów wpływających na warunki składanych ofert, również innych oferentów. Okoliczność ta tym bardziej uzasadnia powściągliwość przy decydowaniu o miarkowaniu kary umownej. Według Sądu Okręgowego brak jest podstaw do weryfikowania kary umownej ze względu na określoną wysokość. Kary umowne za opóźnienie w wykonaniu świadczenia z umowy o roboty budowlane są wszak instrumentem stosowanym powszechnie. Regułą jest określanie stawki tej kary jako funkcji określonej ułamkowej części wynagrodzenia i czasu opóźnienia. W praktyce orzeczniczej spotykane jest ustalanie tej kary w bardzo różnej wysokości, nierzadko nawet przekraczającej 1% wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia. Kara na poziomie 0,2% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki nie może być w tej sytuacji uznana za wygórowaną. Sąd nie dopatrył się także nadmiernego wygórowania zasadnie naliczonej kary umownej. Kwota ta nie przekracza 0,8% łącznego wynagrodzenia, ustalonego na kwotę 20.997.000 zł.

W dalszej kolejności Sąd Okręgowy jednak zauważył, że powódka wezwała w dniu 17 maja 2011 r. pozwaną do zapłaty kwoty 2.687.616,00 zł z tytułu kary umownej na podstawie § 20 ust. 1 umowy nr (...) za okres od dnia 13 marca 2011 r. do dnia 16 maja 2011 r. [k. 77]. Po doręczeniu tego wezwania, pismem z dnia 8 czerwca 2011 r., dokonała potrącenia swej wierzytelności z wierzytelnością przysługującą pozwanej (...) do kwoty 604.176,00 zł z wynagrodzeniem należnym na podstawie faktury końcowej nr (...) wystawionej w dniu 20 kwietnia 2011 r.. Oceniając skuteczność tego potrącenia w świetle przepisu art. 498 k.c. Sąd stwierdził, że czynność ta została dokonana na skutek jednostronnego oświadczenia osoby będącej zarazem dłużnikiem i wierzycielem, przy zaistnieniu pozostałych przesłanek, o jakich mowa w tym przepisie, tworzących tzw. stan potrącalności. W tym celu wymagana jest dopuszczalność dochodzenia obu wierzytelności na drodze sądowej (bezsporne), jednorodność wierzytelności (w rozpoznawanej sprawie wymóg ten został spełniony ponieważ obie wierzytelności miały charakter pieniężny), a także ich wymagalność (z zastrzeżeniem, że w orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że wymagalna powinna być jedynie wierzytelność dokonującego potrącenia). Także ta przesłanka została zrealizowana – wymagalna była zarówno należność pozwanej z tytułu wynagrodzenia, jak i powódki z tytułu kary umownej, a to na skutek uprzedniego skierowania wezwania do zapłaty z dnia 17 maja 2011 r. i upływu określonego w nich terminu 7 dni (art. 455 k.c.). Wniosek taki wypływa już z samej treści pisma pozwanej zawierającego odpowiedź na przesłane wezwania do zapłaty, datowanego na dzień 14 czerwca 2011 r. [vide: pismo pełnomocnika pozwanej skierowane do Elektrowni (...) S.A. z dnia 14 czerwca 2011 r., k. 611-612 – (...) analiza postanowień umowy nr (...) z DNIA 19 sierpnia 2009 r. wraz z załącznikami, jak również pozostałej dokumentacji – odnoszącej się zwłaszcza do fazy realizacji przedmiotu umowy – wskazuje, iż żądania zapłaty kar umownych zgłoszone przez Państwa na podstawie § 20 ust. 1 lit. a) oraz § 20 ust. 1 lit. c) umowy, są całkowicie bezpodstawne (...)]. Także samo oświadczenie o potrąceniu z dnia 8 czerwca 2011 r. zostało złożone zgodnie z zasadami reprezentacji powódki – Elektrowni (...) S.A.

Skutecznie dokonane potrącenie, pełniąc także funkcję zapłaty, prowadzi do umorzenia obu wierzytelności do wysokości niższej z nich (art. 498 § 2 k.c.). Skutek ten nie może być uchylony inaczej niż tylko w wyniku wykazania, że oświadczenie o potrąceniu dotknięte było wadą oświadczenia woli, co w sprawie nie miało miejsca. Innymi słowy – w wyniku dokonanego potrącenia wierzytelność potrącającego wygasła i nie może być ponownie przedstawiona do potrącenia z inną wierzytelnością tej samej osoby.

Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że powódka dokonała skutecznie potrącenia do kwoty 167.976,00 zł, a zatem niższej niż przedstawiona przez Elektrownię (...) S.A. do potrącenia z samego wezwania do zapłaty z 17 maja 2011 r. Wobec, zatem stwierdzenia uprawnienia powódki do naliczenia kary umownej wyłącznie w wysokości – 167.976,00 zł, uznanie skuteczności potrącenia w tym tylko zakresie oznacza, że powódka nie ma już względem pozwanej żadnych roszczeń z tytułu kary umownej za niedotrzymanie terminu odbioru końcowego przedmiotu umowy.

Z tych też względów powództwo o zasądzenie kary umownej ze wspomnianego tytułu w kwocie wyższej niż już potrącona z tego tytułu zostało przez Sąd Okręgowy oddalone.

Moc wsteczna oświadczenia o potrąceniu powoduje, iż zniesieniu ulegają skutki opóźnienia, a nawet zwłoki dłużnika (pозwanej). W odniesieniu do okresu pomiędzy powstaniem stanu potrącalności, a wykonaniem uprawnienia do potrącenia wygasa zatem obowiązek zapłaty odsetek, odszkodowania za zwłokę, czy kary umownej [vide: M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626. Wyd. 2, Warszawa 2019, teza 3, źródło Legalis].

Przystępując następnie do oceny czy powódka była uprawniona do naliczenia stronie pozwanej kary umownej za zwłokę w usunięciu wad przedmiotu umowy, tj. wybudowanego komina nr 5, stwierdzonych w okresie rękojmi lub gwarancji, Sąd I instancji zaznaczył, że zgodnie z umową obowiązek zapłaty kar umownych za nieusunięcie wad obciążał pozwaną jedynie w razie zwłoki (kwalifikowana postać opóźnienia), czyli w sytuacji, kiedy poniosła ona winę za taki stan rzeczy.

Zgodnie z art. 476 k.c. dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin ten nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to przypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

W ujęciu art. 476 k.c. należy więc odróżnić zwłokę (opóźnienie kwalifikowane), która jest przez dłużnika zawiniona, od opóźnienia (zwykłego), za które dłużnik winy nie ponosi. Trzeba też zauważyć, że opóźnienie zwykłe – poza zobowiązaniem pieniężnym, bo wówczas wchodzi w grę obowiązek zapłaty odsetek (art. 481 §1 k.c.) – nie stwarza dla dłużnika żadnych negatywnych następstw prawnych. Formuła art. 476 k.c. (a także ta zawarta w umowie łączącej strony) jest przy tym tego rodzaju, że dłużnika (tj. stronę pozwaną) obciąża domniemanie prawne, iż nie dotrzymując terminu pozostaje w zwłoce, nie zaś w opóźnieniu sensu stricto. W związku z tym wierzyciel (strona powodowa) nie musi udowadniać, że niedotrzymanie terminu spełnienia świadczenia jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiada dłużnik. Domniemanie zwłoki jest natomiast domniemaniem wzruszalnym, jego obalenie jest więc, stosownie do treści art. 234 k.p.c., dopuszczalne. Jednak ciężar dowodu spoczywa wtedy (zgodnie z treścią art. 6 k.c.) na dłużniku (pозwanym). Może on bowiem wykazać, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (winy).

W ocenie Sądu Okręgowego strona pozwana wykazała, że opóźnienie w naprawieniu wad stwierdzonych w okresie rękojmi lub gwarancji nie było przez nią zawinione (nie wynikało ze zwłoki).

Zgodnie z § 19 ust. 11 umowy numer (...) pozwana zobowiązała się do usunięcia wad objętych gwarancją prac, materiałów, elementów konstrukcyjnych, części zamiennych, aparatury, urządzeń oraz instalacji w terminie uzgodnionym z zamawiającą. Usunięcie wady miało nastąpić przez naprawę lub wymianę wadliwego materiału, elementu konstrukcyjnego, części zamiennej, aparatu, urządzenia lub instalacji na wolne od wad, po zaakceptowaniu przez podmiot zamawiający sposobu usunięcia wady (§ 19 ust. 2 umowy). W sytuacji gdyby (...) S.A. nie przystąpiłaby do usunięcia w/w wad objętych gwarancją prac, materiałów, elementów konstrukcyjnych, części zamiennych, aparatury, urządzeń i instalacji w terminie podanym w punktach poprzedzających § 19 lub jeśli zwłoka w usunięciu przez wykonawcę wady nastąpiłaby w terminie uzgodnionym z zamawiającą lub termin ten nie zostałby uzgodniony z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w ciągu pięciu dni, zamawiająca miałaby wówczas prawo powierzyć wykonanie potrzebnych do usunięcia wady prac osobie trzeciej na koszt i ryzyko wykonawcy, bez utraty lub ograniczenia jakichkolwiek praw wynikających z udzielonej gwarancji (§ 19 ust. 13 umowy).

Sąd Okręgowy zaznaczył, że strona pozwana niezwłocznie po stwierdzeniu w przewodzie A komina uszkodzeń powłoki chemoodpornej podjęła działania celem ustalenia przyczyn zaistniałych nieprawidłowości, jak również przystąpiła do czynności naprawczych polegających na wycięciu blachy, dopasowaniu oraz nałożeniu nowej powłoki w miejscu stwierdzonych wtedy uszkodzeń, aby umożliwić dalsze bezpieczniejsze eksploataowanie komina do momentu wykonania ekspertyz i ustalenia technologii naprawy. Uwadze Sądu nie uszedł fakt, iż w miejscach dokonanych wtedy napraw nie stwierdzono później jakichkolwiek uszkodzeń co świadczy, iż podjęte ówczas przez pozwaną działania naprawcze były skuteczne. Sąd I instancji ustalił, że pozwana nigdy nie uchylała się od dokonania naprawy powstałych uszkodzeń powłoki; podczas spotkań ze stroną powodową w dniach 11 i 15 lutego 2011 r. zobowiązała się do opracowania i przedstawienia zamawiającej technologii napraw oraz harmonogramu prac. W kolejnych dniach opracowała raport z analizy powstałych uszkodzeń powłoki (4 marca 2011 r.), wystąpiła z propozycją terminu dokonania napraw w okresie czerwiec – sierpień 2011 r. oraz opracowała w dniu 14 marca 2011 r. i przedstawiła powódce w dniu 25 marca 2011 r. harmonogram robót, projekt organizacji robót, plan kontroli jakości, jak również technologię naprawy wykładziny chemoodpornej ARC S7, technologię nakładania kompozytu oraz kartę produktu. Powódka wносиła jednak uwagi do zaproponowanej technologii naprawy wykładziny, wprost wskazując, że wnosi o rozważenie przez pozwaną innych technologii oraz materiałów do skutecznego usunięcia wad. Sąd Okręgowy stwierdził, że w dniu 10 maja 2011 r. powódka zajęła ostateczne stanowisko, iż jedyny satysfakcjonujący ją sposób rozwiązania zaistniałego problemu, to wymiana blach skorodowanego przewodu spalin A i ponowne nałożenie innej powłoki chemoodpornej, o prawidłowych parametrach technicznych, w przewodach spalin „A” oraz „B”. W ocenie Sądu I instancji na taką ostentacyjną postawę Elektrowni (...) – nie pozostawiającą miejsca na jakiegokolwiek odmienne propozycje i uzgodnienia z pozwaną – wpłynęło zachowanie (...) S.A., która zdecydowała o odrzuceniu technologii naprawy kanału poziomego spalin B1 opracowanej przez interwenienta ubocznego i wymianie powłoki chemoodpornej (...) w wewnętrznych powierzchniach kanału spalin łączącego absorber IOS III z nowym kominem numer 5 – na wykładzinę metalową Alloy 31. Jak wykazały opinie biegłych sądowych w niniejszej sprawie, taka postawa strony powodowej

była pozbawiona uzasadnionych podstaw, ponieważ zaproponowany przez pozwaną sposób naprawy (tj. wymiana obszarów z uszkodzeniami korozyjnymi i ich zabezpieczenie w pierwotnej technologii ARC S7) był prawidłowy, pozwalający na wywiązanie się wykonawcy z warunków umowy.

W świetle powyższego Sąd Okręgowy podniósł, że pozwana nie popadła w zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi lub gwarancji z własnej winy, gdyż z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wynika, iż wskazane przez pozwaną okoliczności w postaci utrudniania przez powódkę dokonania naprawy uszkodzeń – miały miejsce i nie były od niej zależne. To powódka uniemożliwiła w istocie pozwanej usunięcie stwierdzonych wad, oponując zarówno przeciwko zaproponowanemu sposobowi naprawy (uznanemu przez biegłego za prawidłowy), jak i proponowanemu terminowi dokonania tychże działań. Tym samym, opóźnienie powstałe w usunięciu wad powłoki chemoodpornej ARC S7 wynikało wyłącznie z braku należytego współdziałania powódki z pozwaną w tej kwestii. Zgodnie zaś z dyspozycją art. 354 § 1 k.c. dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współzycia społecznego jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel (§ 2). Każdy stosunek obligacyjny zakłada istnienie więzi pomiędzy dłużnikiem i wierzycielem, której wyrazem może być między innymi nakaz współdziałania stron przy wykonaniu świadczenia. Ma to znaczenie szczególnie istotne przy wykonywaniu zobowiązań wzajemnych. Ocena zachowania wierzyciela podlega również kryteriom wynikającym z celu społeczno – gospodarczego zobowiązania, zasad współzycia społecznego i ustalonych zwyczajów. Naruszenie wymaganej wobec wierzyciela powinności współdziałania z dłużnikiem przy wykonaniu zobowiązania może prowadzić między innymi do zastosowania sankcji z przepisu art. 486 k.c., jak również stanowić podstawę uznania jego przyczynienia się do szkody wyrządzonej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania (art. 362 k.c.). Zachowanie się wierzyciela w związku z wykonywaniem umowy przez strony może być zatem ocenione przynajmniej z dwóch punktów widzenia, tj. powodujące lub zwiększające szkodę, bądź jako okoliczność w ogóle eliminująca powstanie roszczenia o zapłatę kary umownej. Określone zachowanie się wierzyciela może powodować zatem taki stan rzeczy, który wyklucza możliwość przypisania odpowiedzialności kontraktowej dłużnikowi np. z racji eliminacji jego opóźnienia (tak SN w uzasadnieniu wyr. z 8 lipca 2004 r., IV CK 522/03).

Sąd Okręgowy wskazał także, iż najbardziej prawdopodobną przyczyną uszkodzenia powłoki ARC S7 były termiczne naprężenia zewnętrzne spowodowane szybkimi zmianami temperatury, które zsumowały się z naprężeniami wewnętrznymi powstałymi w czasie sieciowania powłoki i spowodowały spękanie powłoki, w wyniku czego do podłoża wniknęły czynniki korozyjne ze środowiska (wilgoć/woda zawierająca jony $\text{Cl}^{(-)}$, $\text{F}^{(-)}$, $\text{SO}_2^{(2)}^{(-)}$). W następstwie nastąpiła korozja stali. Wzrost objętości produktów korozji spowodował odspojenie powłoki od podłoża. Uszkodzeniom powłoki pod wpływem naprężeń sprzyjała duża grubość powłoki. Im grubsza powłoka tym większe wewnętrzne naprężenia, które wolniej się uwalniają. Pozwana istotnie dopuściła się lokalnych wad wykonawczych w zakresie grubości warstwy wykładziny. Powódka zatwierdziła jednak technologię nakładania powłoki, jak też sposób jej kontroli – raporty z nakładania powłoki dla każdego segmentu były sukcesywnie zatwierdzane przez przedstawiciela powódki, kierownika budowy pozwanej oraz niezależnego inspektora nadzoru zatrudnionego przez interwenienta. Żadna z tych stron nie zgłaszała wówczas zastrzeżeń odnośnie sposobu nakładania powłoki przez podwykonawcę. Jak wskazali biegli sądowi w swoich opiniach, była to jedna (ale nie jedyna) przyczyna powstałych wad wykładziny chemoodpornej. Przyczyną powstania uszkodzeń było narażenie powłok na szereg szoków termicznych we wczesnej fazie użytkowania komina nr 5. Pomimo teoretycznego dostosowania materiału do określonych warunków pracy (w tym przypadku do szoku termicznego), występowanie takich oddziaływań w szybkich sekwencjach czasowych – jak wskazał biegły J. H. – zawsze prowadzi do powstania mikrouszkodzeń struktury materiału. Bardzo groźna jest tutaj wówczas sytuacja gwałtownego ochłodzenia, a następnie podgrzania konstrukcji. To pierwsze prowadzi do szybkiego skrótu termicznego wykładziny, podczas gdy stalowa ściana przewodu jest jeszcze rozgrzana – w efekcie czego w wykładzinie powstają naprężenia rozciągające, mogące ją zarysować. Przy szybkim podgrzaniu kondensat wnikający w mikrouszkodzenia może zacząć wrzeć (nie ma on bowiem czasu odparować), a to prowadzi do propagacji rys w głąb wykładziny [opinia biegłego sądowego J. H. z listopada 2016 r., k. 3855-3856, tom XX]. Z materiału dowodowego, a zwłaszcza zeznań świadka R. K. (3), który wskazał, że nie było koordynacji rozruchu

instalacji IOS z rozruchem komina (co więcej nie przekazano mu nawet Instrukcji obsługi komina), a także zeznań – przeprowadzających rozruch kierowników bloku – świadków J. L., Z. F., T. J. oraz A. M., którzy zeznali, że również nie znali oni Instrukcji opracowanej przez pozwaną, nie znali również parametrów, w których mogła pracować powłoka zabezpieczająca przewody komina nr 5 – wynika w ocenie Sądu I instancji, że w przypadku rozruchu w/w komina ważniejsza dla pracowników powódki, niż troska o powłokę chemoodporną w przewodach komina, była obserwacja przez zamawiającą poprawności działania całej nowo wybudowanej instalacji. Nie ma zatem możliwości ścisłego rozdzielenia wpływu poszczególnych czynników obciążających inwestora i wykonawcę na powstanie uszkodzeń [opinia biegłego J. H. z lipca 2017 r., k. 4025, tom XXI].

Sąd meriti podkreślił, iż powódka – twierdząca o dokonaniu rozruchu komina (w przewodzie (...)) w sposób zgodny z Instrukcją obsługi – mogła w stosunkowo prosty sposób wykazać, że wyłączna wina w powstaniu przedmiotowych uszkodzeń leżała po stronie pozwanej. Wystarczyło bowiem podać spaliny na powłokę ARC S7 w przewodzie (...) komina nr 5 ze ścisłą kontrolą fazy rozruchu, zgodnie z Instrukcją eksploatacji komina i wtedy można byłoby ocenić czy powłoka uległa w takiej sytuacji uszkodzeniu, czy też nie. Powódka zaś usilnie dążyła do wymiany powłoki także na nigdy nie eksploatowanym (a więc nie posiadającym uszkodzeń powłoki) przewodzie „B”.

Zgodnie z brzmieniem § 19 ust. 7 umowy nr (...) odpowiedzialność wykonawcy z tytułu gwarancji nie obejmuje wad, które powstały z powodu niewłaściwej lub niezgodnej z dokumentacją techniczną – ruchową oraz instrukcjami eksploatacji i obsługi wybudowanego komina.

W następstwie wskazanych wyżej okoliczności powództwo o zasądzenie kary umownej za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi lub gwarancji winno być również w ocenie Sądu I instancji oddalone.

Sąd Okręgowy wskazał, że rozstrzygnięcie, jakie zapadło w niniejszej sprawie jest konsekwencją obowiązującej w postępowaniu cywilnym zasady kontradyktoryjności, której wyrazem jest przede wszystkim dyspozycja przepisu art. 232 k.p.c., określająca obowiązek stron do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą one skutki prawne, co z kolei jest potwierdzeniem reguły zawartej w art. 6 k.c., wyznaczającej sposób rozłożenia ciężaru dowodu. Zasady art. 6 k.c. i 232 k.p.c. nie określają jedynie zakresu obowiązku zgłaszania dowodów przez strony, ale rozumiane muszą być przede wszystkim i w ten sposób, że strona, która nie przytoczyła wystarczających dowodów na poparcie swych twierdzeń ponosi ryzyko niekorzystnego dla siebie rozstrzygnięcia, o ile ciężar dowodu co do tychże okoliczności na niej spoczywał. Sąd zaznaczył, że nie jest jego obowiązkiem poszukiwanie za stroną dowodów przez nią nie wskazanych, mających na celu udowodnienie jej twierdzeń (tak również Sąd Najwyższy w wyr. z dnia 17 grudnia 1996 r., I CKU 45/96, OSNC 1997, nr 6-7, poz. 76). Dopuszczenie dowodów z urzędu jest bowiem prawem, a nie obowiązkiem Sądu, z którego to prawa powinien szczególnie ostrożnie korzystać, tak by swym działaniem nie wspierał żadnej ze stron procesu. Faktycznie działanie Sądu z urzędu powinno ograniczać się tylko do sytuacji, gdy strona działa bez fachowego pełnomocnika i dodatkowo jest ona nieporadna. Z zasady nie dotyczy to więc instytucjonalnego przedsiębiorcy, którego profesjonalizm powinien obejmować także sferę funkcjonowania w obrocie prawnym. Nadto, w postępowaniu w sprawach gospodarczych (w brzmieniu obowiązującym w przedmiotowej sprawie) reguły powyższe zostały zastrzeżone z uwagi na treść przepisów art. 479⁽¹²⁾ § 1 k.p.c. oraz art. 479⁽¹⁴⁾ § 2 k.p.c. Stosownie do pierwszego z powołanych przepisów w pozwie powód był obowiązany podać wszystkie twierdzenia oraz dowody na ich poparcie pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania, chyba że wykazał, iż ich powołanie w pozwie nie było możliwe albo że potrzeba powołania wynikła później. W takim przypadku dalsze twierdzenia i dowody na ich poparcie powinny być powołane w terminie dwutygodniowym od dnia, w którym powołanie ich stało się możliwe lub wynikała potrzeba ich powołania. Natomiast zgodnie z treścią wskazanego wyżej art. 479⁽¹⁴⁾ § 2 k.p.c. w odpowiedzi na pozew pozwany był obowiązany podać wszystkie twierdzenia, zarzuty oraz dowody na ich poparcie pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania, chyba że wykazał, że ich powołanie w odpowiedzi na pozew nie było możliwe albo że potrzeba powołania wynikła później. W tym przypadku dalsze twierdzenia i dowody na ich poparcie powinny być powołane w terminie dwutygodniowym od dnia, w którym powołanie ich stało się możliwe lub powstała potrzeba ich powołania. Przepis art. 479⁽¹²⁾ § 4 stosuje się odpowiednio. W postępowaniu w sprawach gospodarczych obie strony procesu traciły zatem prawo powoływania twierdzeń, zarzutów oraz dowodów na ich poparcie, nie powołanych

w pozwie oraz odpowiedzi na pozew, bez względu na ich znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, chyba że wykazały, iż ich powołanie w pozwie albo w odpowiedzi na pozew nie było możliwe, albo że potrzeba powołania wynikła później. Funkcją tych przepisów było zdyscyplinowanie stron procesu poprzez zagrożenie prekluzją dowodową. W przedmiotowej sprawie, co do zasady to na stronie powodowej spoczywał ciężar udowodnienia istnienia dochodzonego roszczenia, a więc faktu nienależytego wykonania zobowiązania przejawiającego się niezachowaniem terminu odbioru końcowego oraz nieusunięciem przez stronę pozwaną wad stwierdzonych w okresie rękojmi lub gwarancji. Powódka wykazała niezachowanie przez pozwaną terminu odbioru końcowego przedmiotu umowy wyłącznie w okresie – od 13 do 16 marca 2011 r., co do pozostałego okresu, w którym naliczała karę umowną na podstawie § 20 ust. lit. a) umowy nie wykazała ona zasadności odmowy dokonania odbioru obiektu, w takiej sytuacji nie można mówić o zwłoce, czy opóźnieniu za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Odnośnie kary umownej za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi lub gwarancji Sąd Okręgowy uznał, że powódka wykazała istnienie uszkodzenia powłoki chemooodpornej ARC S7 w przewodzie „A” komina nr 5 (co nie było zresztą kwestionowane przez pozwaną), jednak (...) S.A. skutecznie wykazała, że opóźnienie w usunięciu wad było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności i stąd stwierdzenie o niezasadności naliczenia kary umownej w określonej wysokości. O kosztach procesu Sąd I instancji orzekł na podstawie art. 98 k.p.c.

Wyrok został zaskarżony przez powódkę apelacją, w której wniosła ona o jego zmianę poprzez uwzględnienie w całości roszczenia z pozwu, względnie powództwa ewentualnego, ewentualnie o uchylenie wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Apelująca wniosła również o dopuszczenie i przeprowadzenie kolejnego dowodu z opinii biegłego z zakresu energetyki na okoliczność prawidłowego przeprowadzenia rozruchu technologicznego komina nr 5, zgodnego z SIWZ, projektem architektoniczno-budowlanym i Instrukcją obsługi komina przekazaną przez pozwaną, braku gwałtownego podania do komina gorących spalin przy pierwszym uruchomieniu komina, przyczyn powstania uszkodzeń powłoki chemoutwardzalnej komina.

Wyrokowi zarzuciła wyłącznie naruszenie przepisów prawa procesowego mające wpływ na wynik sprawy:

a. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego i zaniechanie ustalenia, że

i. skoro pozwana zapewniła powódkę o tym, że powłoka chemoutwardzalna położona w kominie nr 5 spełnia określone właściwości, w tym jest odporna na szoki termiczne do 180^(o) C i przystosowana do okresowego odprowadzania spalin gorących, w szczególności w trakcie uruchamiania komina, a Sąd I instancji przyjął, że przyczyną powstania wad powłoki było narażenie jej na szereg szoków termicznych we wczesnej fazie użytkowania, to pozwana ponosi odpowiedzialność za braki posiadania przez powłokę właściwości, o których zapewniała powódkę;

ii. pozwana ponosi odpowiedzialność za powstanie wad powłoki chemooodpornej z powodu braku przeprowadzenia rozruchu komina nr 5, pomimo tego, że Sąd I instancji prawidłowo ustalił, iż zgodnie z umową to pozwana była zobowiązana do przeprowadzenia rozruchu technologicznego komina nr 5 (w tym przeszkolenia personelu powódki przed rozruchem, przekazania projektu rozruchu wraz z określeniem czasu trwania rozruchu skoordynowanym z wykonawcą IOS III, przekazania do zatwierdzenia szczegółowego programu i harmonogramu rozruchu uzgodnionego z wykonawcą IOS III) i pomimo poinformowania przez powódkę z wyprzedzeniem o planowanym terminie rozruchu kotła nie wzięła w nim udziału w sytuacji, gdy to do obowiązków pozwanej należało pierwsze uruchomienie komina i z tego obowiązku pozwana świadomie się nie wywiązała – niedopuszczalne jest zatem obarczanie powódki odpowiedzialnością za nieprawidłowy rozruch komina;

b. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę materiału dowodowego i uznanie za wiarygodne, rzetelne i spójne opinii biegłych: M. Z. (2) (z zakresu inżynierii materiałowej), J. H. (z zakresu budownictwa), M. P. (z zakresu energetyki), pominięcie dowodu z opinii biegłego J. M. (3) (z zakresu energetyki) i odmówienie wiarygodności opinii

K. D. i A. K. (2) (z zakresu inżynierii materiałowej) w zakresie przyczyn powstania wad powłoki chemoodpornej, co doprowadziło Sąd Okręgowy do błędnych ustaleń faktycznych polegających na przyjęciu, że:

i. powódka nie mogła odmówić odbioru końcowego komina nr 5 w sytuacji, gdy przedmiot umowy został wykonany niezgodnie z projektem architektoniczno-budowlanym i zasadami wiedzy technicznej, a stwierdzone wady w wykonaniu przedmiotu umowy były na tyle istotne, że powódka nie mogła w pełni bezpiecznie eksploatować komina nr 5;

ii. przedmiot umowy został wykonany przez pozwaną w całości mimo istnienia istotnych wad przedmiotu umowy, w tym wad powłoki chemoutwardzalnej komina nr 5 oraz braku dostarczenia niezbędnej dokumentacji, umożliwiającej bezpieczną eksploatację komina nr 5;

(...). pozwana skutecznie wykazała, że opóźnienie (zwłoka) w usunięciu wad było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności w sytuacji, gdy wady powłoki były spowodowane nieprawidłową aplikacją kompozytu ARC S7 przez pozwaną;

iv. przyczyną powstania uszkodzeń w kominie nr 5 było narażenie powłok chemoodpornych na szereg szoków termicznych we wczesnej fazie użytkowania komina w sytuacji, gdy wskazana powłoka miała być odporna na szoki termiczne, a rozruch technologiczny komina nr 5 został przeprowadzony przez powódkę w sposób prawidłowy;

v. zaproponowany przez pozwaną sposób naprawy był adekwatny do zakresu stwierdzonych uszkodzeń powłoki chemoutwardzalnej w przewodzie kominowym A w sytuacji, gdy stwierdzone wady powłoki komina wymagały wymiany przewodu w całości, a fragmentaryczna naprawa byłaby nieuzasadniona, ponieważ stanowiłaby tylko tymczasowe i powierzchniowe rozwiązanie, które nie gwarantowałoby braku powstania dalszych uszkodzeń;

vi. decyzja pozwanej o zastosowaniu kompozytu ARC S7 (zamiast ARC Pyro 6) w kominie nr 5 była prawidłowa w sytuacji, gdy materiał ten nie posiadał właściwości wymaganych przez powódkę w SIWZ oraz projekcie architektoniczno-budowlanym;

vii. w dniu 8.10.2010 r. powódka dokonała rozpalenia palników mazutowych, co spowodowało wzrost temperatury spalin w kominie do 125° C i utrzymywanie się takiej temperatury przez ponad 80 godzin i miało wpływ na powstanie uszkodzeń powłoki komina w sytuacji, gdy z materiału dowodowego nie wynika, że powódka dokonała w w/w dniu rozpalenia palników, a w tym dniu blok znajdował się w postoiu remontowym i wykonywane były próby rozplwów powietrza w elektrofiltrze oraz kalibracja układu pomiarowego i do komina nie były podawane spaliny, a zarejestrowanie temp. 125° wynikało z przyjęcia przez system pomiarowy tzw. wartości zastępczej;

c. art. 286 k.p.c. poprzez brak dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z opinii innego biegłego z zakresu energetyki w sytuacji, gdy opinia biegłego M. P. została opracowana przez biegłego nieznanego specyfiki urządzeń energetycznych w elektrowniach, a ponadto obciążona jest licznymi błędami, wewnątrznie sprzeczna i niewiarygodna, co dyskwalifikuje ten dowód jako źródło prawidłowych ustaleń.

Pozwana w odpowiedzi na apelację wniosła o jej oddalenie, jak również oddalenie wniosku dowodowego w niej zawartego.

Analogiczne stanowisko zajął interwenient uboczny po stronie pozwanej, w swojej odpowiedzi na apelację.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie, a zaskarżony wyrok końcowo odpowiada prawu.

Jako główny wniosek środka odwoławczego sformułowano żądanie zmiany w całości zaskarżonego wyroku i uwzględnienie powództwa głównego lub ewentualnego, w charakterze żądania ewentualnego wniesiono zaś o uchylenie wyroku Sądu I instancji w tej części i przekazanie mu sprawy do ponownego rozpoznania, przy

czym z treści apelacji nie wynika podstawa tego żądania ewentualnego. Domniemywać jedynie należy, że strona wywodziła zarzut nierozpoznania przez Sąd Okręgowy istoty sprawy. Wniosek ewentualny, jako dalej idący wymagał pierwszoplanowego rozważenia.

W myśl art. 386 § 2-4 k.p.c., poza wypadkami stwierdzenia nieważności postępowania, przyczyn odrzucenia pozwu lub podstaw do umorzenia postępowania, Sąd drugiej instancji może uchylić zaskarżony wyrok i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania tylko w razie nierozpoznania przez Sąd pierwszej instancji istoty sprawy albo gdy wydanie wyroku wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości.

W ocenie Sądu Apelacyjnego na gruncie niniejszej sprawy nie zachodzi żadna ze wskazanych podstaw do uchylenia zaskarżonego wyroku. Tym samym, wniosek powoda nie zasługuje na uwzględnienie.

Jedyny, możliwy do rozważenia zarzut nierozpoznania przez Sąd Okręgowy istoty sprawy (apelująca nie wywodzi, bowiem potrzeby ponowienia całego, niemal 8-letniego postępowania dowodowego) nie jest uzasadniony, gdyż o tego rodzaju sytuacji można mówić, gdy rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji nie odnosi się do tego, co było przedmiotem sprawy, gdy zaniechał on zbadania materialnej podstawy powództwa albo merytorycznych zarzutów pozwanego, ewentualnie gdy uzasadnienie Sądu ma tego rodzaju braki, że nie zawiera elementów pozwalających na weryfikację stanowiska sądu - gdy braki uzasadnienia w zakresie poczynionych ustaleń faktycznych, oceny dowodów i oceny prawnej są tak znaczne, że sfera motywacyjna orzeczenia pozostaje nieujawniona (por. na tym tle m.in. postanowienia Sądu Najwyższego z 9.11.2012r., IV CZ 156/12, z 27.06.2014r., V CZ 41/14 i z 3.06.2015 r., V CZ 115/14). Tego rodzaju sytuacja nie występuje w niniejszym przypadku. Sąd Okręgowy odniósł się do przedmiotu sprawy, a z uzasadnienia wynika tok rozumowania, który doprowadził Sąd pierwszej instancji do wydania zaskarżonego orzeczenia. Z kolei przepis art. 328 § 2 k.p.c. (w brzmieniu obowiązującym w dacie wyrokowania) określał treść uzasadnienia wyroku, która powinna zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia oraz wskazanie jego podstawy prawnej. Uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego zawiera niezbędne elementy określone w tym przepisie, odzwierciedlające w dostatecznym stopniu tok procesu myślowego i decyzyjnego, których ostatecznym wynikiem jest zaskarżony wyrok, co pozwala na dokonanie kontroli instancyjnej. W orzecznictwie na tle art. 328 § 2 k.p.c. ugruntowany jest, bowiem pogląd, że o uchybieniu temu przepisowi można mówić tylko wtedy, gdy motyw wyroku nie zawierają wskazanych elementów pozwalających na kontrolę orzeczenia, weryfikację stanowiska sądu, zaś skarżący winien wykazać dla skuteczności stawianego w tym zakresie zarzutu, że nie ma z tej przyczyny możliwości jednoznacznej rekonstrukcji podstaw rozstrzygnięcia sprawy, czego w ogóle nie uczyniono w apelacji.

Sąd Apelacyjny rozważył, zatem zarzuty apelacji w kontekście wniosku o zmianę zaskarżonego wyroku.

W tym miejscu zaznaczyć należy, że co do zasady Sąd Apelacyjny przyjmuje ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego za własne i czyni z nich podstawę swoich rozważań, co do zasady dzieląc również ocenę dowodów przeprowadzonych w sprawie. W takiej sytuacji powtarzanie szczegółowych ustaleń faktycznych i wnioskowań prawniczych zawartych w motywach zaskarżonego orzeczenia, w podnoszonym przez apelującą zakresie jest zbędne (por. wyrok SN z dnia 12.01.1999 r., I PKN 521/98, OSNP 2000/4/143, postanowienie SN z dnia 22.04.1997 r., II UKN 61/97, OSNAPiUS 1998/3/104). Doznaje to jednego wyjątku, o czym niżej.

Przepis art. 233 k.p.c. określa zasady oceny dowodów przez sąd. Naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. może polegać na błędnym uznaniu, że przeprowadzony w sprawie dowód ma moc dowodową i jest wiarygodny albo że nie ma mocy dowodowej lub nie jest wiarygodny. Uchybienie tego rodzaju może być skutkiem nieuwzględnienia przez sąd przy ocenie poszczególnych dowodów zasad logicznego rozumowania, doświadczenia życiowego lub całokształtu zebranego materiału dowodowego, bądź też przeprowadzenia określonych dowodów niezgodnie z zasadami procedury cywilnej. Dla skutecznego postawienia zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. konieczne jest wskazanie, jakie konkretnie zasady lub przepisy naruszył sąd przy ocenie poszczególnych dowodów oraz jaki wpływ dane uchybienie miało na wynik sprawy. Kwestionowanie dokonanej przez sąd oceny dowodów nie może natomiast polegać jedynie na zaprezentowaniu przez skarżącego ustalonego przez siebie, na podstawie własnej oceny dowodów, stanu faktycznego (tak też Sąd Najwyższy m.in. w wyrokach z dnia 18.01.2002 r., I CKN 132/01; z dnia 28.04.2004 r., V CK 398/03;

z dnia 13.10.2004 r., III CK 245/04; z dnia 18.06.2004 r., II CK 369/03; w postanowieniu z dnia 10.01.2002 r., II CKN 572/99). Przypomnieć należy, że jeżeli z określonego materiału dowodowego Sąd wyprowadził wnioski logicznie poprawne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego, to taka ocena nie narusza zasady swobodnej oceny dowodów przewidzianej w art. 233 § 1 k.p.c., choćby dowiedzione zostało, że z tego samego materiału dałoby się wysnuć równie logiczne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego wnioski odmienne. Tylko w przypadku wykazania, że brak jest w ogóle powiązania przyjętych wniosków z zebraniem materiałem dowodowym, możliwe jest skuteczne podważenie oceny dowodów dokonanej przez Sąd meriti. Nie jest wystarczająca sama polemika wyprowadzająca wnioski odmienne, jak czyni to apelujący, lecz jest wymagane wskazanie, w czym wyraża się brak logiki lub uchybienie regułom doświadczenia życiowego w przyjęciu kwestionowanych wniosków (por. wyrok SN z dnia 27.09.2002 r., IV CKN 1316/00). Apelacja strony skutecznie tego nie czyni, koncentrując się wyłącznie w zakresie wszystkich zarzutów na przedstawieniu innego stanu faktycznego, niż został ustalony przez Sąd Okręgowy, w oparciu o wybiórczo dobrane dowody. Taka wadliwość apelacji a limine skutkować musi jej niezasadnością w tym zakresie.

Ogólnie należy wskazać, że poczynione przez Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne zostały poczynione w oparciu o powołane w uzasadnieniu dowody, ocenione przez ten Sąd zgodnie z kryteriami przewidzianymi w art. 233 § 1 k.p.c. Dokonując oceny dowodów Sąd Okręgowy nie przekroczył granicy swobodnej ich oceny. Wyprowadził bowiem z zebranego w sprawie materiału dowodowego wnioski logicznie prawidłowe. Poza tym ocena dowodów odpowiada warunkom określonym przez prawo procesowe – Sąd pierwszej instancji oparł swoje przekonanie na dowodach prawidłowo przeprowadzonych, z zachowaniem zasady bezpośredniości oraz dokonał oceny na podstawie wszechstronnego i bardzo wnikliwego rozważenia zebranego w sprawie materiału. Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw, aby zakwestionować dokonaną ocenę dowodów, podzielając w całości argumentację przytoczoną przez Sąd Okręgowy w uzasadnieniu tej oceny.

Sąd I instancji bardzo obszernie i wnikliwie oceniając wszystkie dowody w sprawie, wbrew treści art. 328 § 2 k.p.c. uzasadnił nie tylko swoją ocenę, co do braku wiarygodności określonych dowodów osobowych lub braku mocy dowodowej, ale w odniesieniu do dowodów osobowych obdarzonych wiarą wyjaśnił także podstawy tego stanowiska. Szczególnie wnikliwie i w rozbudowany sposób Sąd Okręgowy ocenił wszystkie dowody z opinii biegłych sądowych oraz prywatnych ekspertyz złożonych przez strony, w tym powodową (ponownie eksponowanych w apelacji). W odniesieniu do tych ostatnich prawidłowo ocenił ich status i moc dowodową oraz konieczny tryb oceny w świetle przepisów procesowych. W odniesieniu do opinii biegłych i instytucji naukowych przeprowadzonych w sprawie poprawnie odwołał się do kryteriów, jakie winny być stosowane w polskim procesie cywilnym dla oceny tych szczególnych dowodów. Wbrew oczywiście wadliwym wywodom i zarzutom apelacji powódki Sąd Okręgowy wcale nie obdarzał tych dowodów walorem wiarygodności. Dowód z opinii biegłego jest oceniany z zachowaniem następujących wskazań:

- czy biegły dysponuje wiadomościami specjalnymi,
- czy opinia jest logiczna, zgodna z doświadczeniem życiowym i wskazaniem wiedzy,
- czy opinia jest pełna i jasna (wyrok SN z 6.05.1983 r. IV KR 74/83 OSNKW 1983/12/102).

Oznacza to, że Sąd ocenia opinię biegłego pod względem fachowości, rzetelności i logiczności, a nie wiarygodności (wyrok SN z 19.12.1990 r. I PR 148/90 OSP 1991/11-12/300). Taka prawidłowa ocena przedmiotowych dowodów znalazła się w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku i apelacja powódki nie zdołała skutecznie jej podważyć. W tym samym trybie Sąd Okręgowy odmówił mocy dowodowej w części opinii instytutu naukowego reprezentowanego przez K. D. i A. K. (2) oraz całkowicie zdyskwalifikował opinię J. M. (3) i argumentacja przedstawiona dla potwierdzenia tych konkluzji jest prawidłowa, nie zachodzi potrzeba jej powtarzania. Apelująca podjęła próbę zdyskredytowania opinii biegłego M. P. poprzez argumenty odnoszone do osoby biegłego, kwestionujące jego kompetencje zawodowe, lecz Sąd Apelacyjny nie podzielił stanowiska powódki po uważnej lekturze całości opinii tego biegłego (a nie tylko opinii podstawowej), przychyliając się do stanowiska Sądu Okręgowego, że ocena tego dowodu dokonana w przywołanym powyżej trybie nakazywała przypisanie opinii pełnowartościowego środka dowodowego w

niniejszej sprawie, pozwalającego na czynienie – w połączeniu z pozostałymi dowodami wskazanymi w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku – kategorycznych ustaleń faktycznych. Oczywistym jest, że strona procesu może nie być usatysfakcjonowana konkluzjami i wnioskami opiniującego, wynikającymi z posiadanej wiedzy specjalistycznej, jego doświadczenia zawodowego, ale z samego niezadowolenia strony dotychczas złożoną opinią nie może wynikać podstawa do pomijania takiego dowodu przy rekonstrukcji stanu faktycznego. W przeciwnym bowiem razie Sąd byłby zobligowany do uwzględniania kolejnych wniosków strony lub przeprowadzania dowodów z urzędu dopóty, dopóki nie złożona zostałaby opinia w pełni stroną zadowolająca, co jest niedopuszczalne (por. w tym zakresie między innymi wyroki Sądu Najwyższego: z 4 sierpnia 1999r. I PKN 20/99, OSNP 2000, Nr 22, poz. 807, z 10 stycznia 2002r., II CKN 639/99, z 18 lutego 1974r., II CR 5/74).

Taka ocena dowodów przeprowadzonych w postępowaniu pierwszoinstancyjnym (dowodów z opinii biegłych) skutkowałą pominięciem wniosku dowodowego zgłoszonego w apelacji powódki, w kontekście tezy dowodowej zawartej w piśmie. Przypomnieć należy, że apelująca wniosła o dopuszczenie i przeprowadzenie kolejnego dowodu z opinii biegłego z zakresu energetyki na okoliczność prawidłowego przeprowadzenia rozruchu technologicznego komina nr 5, zgodnego z SIWZ, projektem architektoniczno-budowlanym i Instrukcją obsługi komina przekazaną przez pozwaną, braku gwałtownego podania do komina gorących spalin przy pierwszym uruchomieniu komina, przyczyn powstania uszkodzeń powłoki chemoutwardzalnej komina. Nie wymaga szerszego uzasadnienia stwierdzenie, że kwestia przyczyn powstania uszkodzeń powłoki chemoutwardzalnej komina nie mieści się w kompetencjach zawodowych biegłego z zakresu energetyki i wnioskowany przez apelującą dowód w tej części byłby nieprzydatny dla wykazania okoliczności objętych tezą dowodową. Między innymi z tej właśnie, identycznej przyczyny Sąd a quo prawidłowo zdyskwalifikował i pominął opinię biegłego z zakresu energetyki J. M. (3), czego apelująca nie chce dostrzec. W odniesieniu do przyczyn powstania uszkodzeń powłoki chemoutwardzalnej komina przeprowadzone zostało przed Sądem I instancji bardzo szerokie postępowanie dowodowe, wnikliwie ocenione i drobiazgowo ocenione przez ten Sąd i jak wskazano powyżej, Sąd a quem podzielił w tym względzie stanowisko Sądu a quo nie widząc żadnej uzasadnionej potrzeby ponawiania postępowania dowodowego w tym zakresie, w sytuacji gdy ustalenia faktyczne poczynione w sprawie są prawidłowe. Z kolei w pozostałym zakresie tezy dowodowej powódki postulowany dowód jest zbędny z tej przyczyny, że z jednej strony stanowisko wnioskodawcy jest logicznie, wewnątrznie sprzeczne, zaś z drugiej strony biegły miałby wydawać opinię w oderwaniu od faktów ustalonych w sprawie, których wnioskodawca nie kwestionuje (a wręcz wbrew tym faktom). Powódka wnosila bowiem, by biegły potwierdził, że prawidłowo przeprowadziła rozruch technologiczny komina nr 5, zgodnie z SIWZ, projektem architektoniczno-budowlanym i Instrukcją obsługi komina przekazaną przez pozwaną, brak gwałtownego podania do komina gorących spalin przy pierwszym uruchomieniu komina. Sąd Apelacyjny rozważając ten wniosek oraz jego uzasadnienie zawarte w apelacji musiał mieć jednocześnie przed oczyma zarzut tej samej apelacji zawarty w punkcie II lit. c pisma oraz jego uzasadnienie. Apelująca powódka wprost zarzuciła, bowiem Sądowi Okręgowemu naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. i zaniechanie ustalenia, że to pozwana ponosi odpowiedzialność za powstanie uszkodzeń powłoki wskutek nieprawidłowego rozruchu komina nr 5 przez powódkę. Sama apelująca przywołuje ustalenia faktyczne Sądu I instancji, z których wynikało, że pierwszy rozruch technologiczny komina nr 5 miał zostać przeprowadzony przez pozwaną, jednak w terminie wybranym przez powódkę pracownicy pozwanej byli nieobecni. Dla uzasadnienia tego zarzutu apelująca wprost wskazuje przy tym, że wbrew treści umowy przed rozruchem technologicznym pozwana nie przeszkoliła jeszcze pracowników powódki i nie przekazała jej projektu rozruchu wraz z określeniem czasu trwania rozruchu skoordynowanego z wykonawcą instalacji odsiarczania spalin IOS III, w związku z czym personel powódki samodzielnie dokonał rozruchu komina. Przypomnieć należy, że Sąd Okręgowy w tym elemencie ustaleń faktycznych dał wiarę zeznaniom świadków: pracowników powódki, którzy dokonywali próbnego rozruchu kotła oraz zeznaniom świadka – pracownika wykonawcy IOS III oraz świadka – inspektora nadzoru M. N., a tej oceny wskazanych dowodów apelująca nie kwestionuje. M. N. zeznał zaś, że otrzymał od pozwanej Instrukcję obsługi komina opracowaną przez Z. B., w której ustalono także technologię jego rozruchu, Instrukcja ta została odebrana przez Radę Techniczną inwestora (nota bene twórca instrukcji uwzględnił w Instrukcji uwagi zgłoszone przez inspektora nadzoru w stosunku do wersji pierwotnej dokumentu), jednakże M. N. ani nie przekazał tego dokumentu personelowi powódki i wykonawcy IOS III, ani nie poinformował pracowników obu podmiotów o treści instrukcji. W konsekwencji świadek zeznający o rozruchu IOS III (pracownik wykonawcy stacji odsiarczania spalin)

wprost wskazywał, że w żaden sposób nie koordynowano z pozwaną momentu rozruchu IOS III (w ogóle jej o tym nie informowano), ani nie zajmowano się w trakcie tych czynności wymaganiami technologicznymi związanymi z rozruchem samego komina nr 5, koncentrując się wyłącznie na pracy samej stacji odsiarczania spalin. Identycznie, w przypadku rozruchu technologicznego kotłów pracownicy powódki dokonujący rozruchu zeznali, że dokonali tej operacji wyłącznie na ustne polecenie dyżurnego, nie mając w ogóle wiedzy o tym, że istnieje Instrukcja obsługi komina, ani jakie są wymagania odnośnie parametrów spalin podawanych do komina przy rozruchu technologicznym (temperatura, jej gradient, czas podawania spalin „gorących” itp.), w związku z czym, przy rozruchu technologicznym kotła w ogóle nie kontrolowano sytuacji związanej z kominem nr 5. Bezspornym jest, zatem w sprawie, że wbrew postanowieniom umowy, pod nieobecność pracowników pozwanej powódka dokonała samodzielnie rozruchów technologicznych pozostałych elementów bloku energetycznego (kotłów, IOS), które bezpośrednio wiązały się z rozruchem samego komina nr 5 poprzez podanie spalin do przewodu „A”. Irrelevantna jest w tym momencie kwestia, czy nieobecność pracowników pozwanej była usprawiedliwiona, czy nie, gdyż powódka zdecydowała się sama na taki krok z pełną świadomością, że jej personel nie został przeszkolony w zakresie rozruchu i eksploatacji komina i to jeszcze w sytuacji, gdy nawet nie został zapoznany z warunkami opisanymi w Instrukcji obsługi komina, która została przecież powódce przekazana (do rąk inspektora nadzoru). Wewnętrznie logicznie sprzeczny jest, zatem wniosek powódki zgłoszony w apelacji, że biegły energetyk zdołałby mimo to wykazać, że rozruch technologiczny komina został przez powódkę przeprowadzony prawidłowo, zgodnie z SIWZ, projektem architektoniczno-budowlanym i Instrukcją obsługi komina przekazaną przez pozwaną, przy jednoczesnym formułowaniu zarzutu apelacji, że rozruch ten był nieprawidłowy z winy pozwanej. Ani SIWZ, ani projekt architektoniczno-budowlany nie zawierały, bo nie mogły zawierać parametrów rozruchu komina przy pierwszym podaniu spalin, gdyż temu celowi służyło właśnie opracowanie przez wykonawcę obiektu Instrukcji obsługi komina i ten obowiązek pozwana wypełniła, tyle tylko, że w trakcie pierwszego podania spalin do komina nr 5 personel powódki w ogóle nie korzystał z tej Instrukcji i nie znał żadnych wskazań, nakazów i zakazów związanych z pierwszym podaniem spalin do przewodu kominowego. Konkludując, dowody niekwestionowane przez powódkę w apelacji kategorycznie pozwalały na ustalenie w sprawie, że pierwsze podanie spalin do komina nr 5 miało miejsce wskutek nieprzestrzegania przez pracowników powódki Instrukcji obsługi komina (bo jej nie znali), a dowód wnioskowany w apelacji na okoliczność przeciwną nie mógł być przeprowadzony (teza o prawidłowości rozruchu komina oparta została, bowiem przez powódkę na fałszywym założeniu, że w 2010 r. jej pracownicy przestrzegali postanowień przedmiotowej Instrukcji).

Wbrew treści apelacji („wprowadzenie”) i formułowanemu zarzutowi (pkt II lit. c), Sąd Okręgowy wcale nie oddalił powództwa (dla przypomnienia apelującej – o zasądzenie kar umownych) wskutek przypisania powódce odpowiedzialności za uszkodzenie powłoki chemoutwardzalnej przewodu „A” komina nr 5. Sąd I instancji ustalił jedynie, że kwestia nieprawidłowego rozruchu komina przez powódkę poprzez personel niezający warunków zapisanych w Instrukcji obsługi komina była tylko jednym z czynników, które doprowadziły do powstania uszkodzeń powłoki chemoutwardzalnej w przewodzie „A” komina nr 5, obok błędów wykonawczych tej powłoki obciążających pozwaną i wskazał tylko, co wprost wynika z treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku, że nie można stwierdzić, iż jedne uchybienia miały charakter dominujący, a inne poboczny i należy traktować je na jednakowym poziomie, ale uważna lektura (niewątpliwie gargantuicznie rozbudowanego) uzasadnienia wyroku wskazuje kategorycznie, że ustalenie to nie było podstawą oddalenia powództwa. Tym samym, powódka błędnie skoncentrowała swoją uwagę na tej kwestii, zbędnie poświęcając jej również niemal całą energię procesową w postępowaniu rozpoznawczym. Kwestia podmiotu odpowiedzialnego za powstanie w 2010 r. wad powłoki chemoutwardzalnej w przewodzie „A” komina nr 5 na niespełna 7% powierzchni przewodu de facto nie ma istotnego znaczenia w sprawie niniejszej, przy jej przedmiocie zakreślonym żądaniem pozwu.

Przypomnieć należy, że powódka dochodziła dwóch kar umownych: z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy oraz z tytułu nieterminowego naprawienia usterek w okresie gwarancyjnym.

Przedmiotem sporu były, zatem kwestie:

- czy pozwana (wykonawca) oddała przedmiot umowy powódce (inwestorowi) w umówionym terminie, a jeżeli nie, to jaki był wymiar tej zwłoki i czy powódka może dochodzić całości kary umownej za ten okres, czy też kara ta wymaga miarkowania z uwagi na jej rażące zawyżenie (zarzut pozwanej z odpowiedzi na pozew);
- czy pozwana ze swej winy nie dokonała napraw gwarancyjnych w terminie uzgodnionym z powódką, czy też opóźnienie to wynikało z przyczyn niezależnych od pozwanej, co a limine wykluczało możliwość obciążenia jej karą umowną z tego tytułu (w świetle postanowień umowy odwołujących się do zwłoki, a nie opóźnienia).

W niniejszej sprawie powódka nie dochodziła od pozwanej odszkodowania z tytułu niewłaściwego wykonania umowy sensu stricte (np. związanego z obniżeniem wartości rzeczy, kosztem wykonania zastępczego itp.), zatem w istocie bezprzedmiotową była kwestia, czy rozruch komina dokonany przez powódkę był prawidłowy, czy nie w sytuacji, gdy od samego początku pozwana (wykonawca) nie kwestionowała ustalonych błędów wykonawczych przy nakładaniu powłoki chemoutwardzalnej na cargi i cały czas uznawała swoją odpowiedzialność gwarancyjną z tego tytułu, deklarując wolę dokonania napraw w trybie umówionym przez strony. Bezprzedmiotowa, zatem w istocie jest kwestia ustalona w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, że do powstania uszkodzeń powłoki przyczyniły się również działania pracowników powódki przy uruchamianiu elementów bloku energetycznego, jak również nie ma żadnego znaczenia zakres tych uchybień i konfrontowanie ich w stylu „twój błąd jest większy, niż mój”. Uszkodzenia powłoki chemoutwardzalnej w przewodzie „A” komina nr 5 w 2010 r. były faktem niedyskutowalnym, podobnie jak też ich wykrycie przed oddaniem przedmiotu umowy powódce, dokonanie przez pozwaną napraw elementów zniszczonych w sposób umożliwiający rozpoczęcie eksploatacji komina nr 5 przez powódkę, jak też wola pozwanej dokonania naprawy pozostałych uszkodzeń powłoki w ramach gwarancji, w technologii opracowanej przez interwenienta ubocznego i przeciwstawna wola powódki dokonania tej naprawy w formie usunięcia powłok dotychczasowych z całości przewodów „A” i „B” komina nr 5 oraz zastąpienia ich innymi powłokami. Powyższe uwagi wprost odnoszą się zarówno do żądania głównego pozwu, jak też żądania ewentualnego. Nota bene, takie proste zakreślenie spornego obszaru podstawy faktycznej roszczeń powódki wskazuje również wprost na nieprzystawalność wniosku dowodowego zgłoszonego w apelacji, do kwestii faktycznych wymagających oceny w niniejszej sprawie. Konkludując, w postępowaniu cywilnym Sąd miał rozstrzygnąć o konkretnym żądaniu strony w odniesieniu do zakreślonej przez stronę podstawy faktycznej roszczeń, a nie rozstrzygać o wszelkich możliwych kwestiach spornych z danego stosunku cywilnoprawnego stron procesu, niezwiązanych z samym roszczeniem procesowym.

Za zwykłą polemikę z prawidłowymi ustaleniami Sądu Okręgowego należy uznać zarzut powódki, że powłoka ARC S7 nie posiada właściwości wymaganych w SIWZ. Tezie tej przeczą wprost konkluzje opinii z zakresu inżynierii materiałowej sporządzonych w niniejszej sprawie. Bezspornie w 2010 r. na niewielkim fragmencie zabezpieczonych powierzchni przewodu „A” komina nr 5 (ok. 7%) doszło do uszkodzenia tej powłoki podczas prób rozruchu elementów bloku energetycznego, lecz jak ustalono w sprawie nie wynikało to wcale z powodu braku wymaganych przez inwestora cech powłoki chemoutwardzalnej (jak usiłuje to wmówić apelująca), lecz z błędów wykonawstwa obciążających pozwaną oraz niedostosowania parametrów rozruchu poszczególnych urządzeń do wymagań związanych z pierwszym uruchomieniem komina, co obciąża powódkę. Wbrew zarzutowi apelacji Sąd Okręgowy nie akcentował wystąpienia „szeregu szoków termicznych we wczesnej fazie użytkowania” lecz to, że występował taki gwałtowny wzrost temperatury spalin w niedopuszczalnym gradiencie czasowym, a tak wysoka temperatura utrzymywała się przez okres znacząco dłuższy, niż przewidywał inwestor określając wymagania dla powłoki ochronnej. Opinie opisane powyżej skutkowały kategorycznymi wnioskami, że zastosowana powłoka ARC S7 posiadała cechy konieczne dla sprostania warunkom pracy komina nr 5 określonym w SIWZ, w tym była przystosowana do okresowego odprowadzania spalin gorących spoza IOS, natomiast do jej uszkodzenia doszło przy pierwszym uruchamianiu elementów bloku energetycznego w październiku 2010 r. z przyczyn podanych uprzednio, a nie z powodu braku cech powłoki wymaganych przez powódkę i gwarantowanych przez wytwórcę – interwenienta ubocznego. Sąd Okręgowy z dowodów przeprowadzonych w sprawie wywiódł w tej kwestii wnioski poprawne i zgodnie z zasadami logicznego rozumowania ustalił na ich podstawie fakty.

Prawidłowa jest argumentacja zawarta w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że po zakończeniu umówionych prac oraz dokonaniu przez pozwaną naprawy najbardziej zniszczonych elementów przewodu nr „A” w sposób, który umożliwił powódce eksploatację komina nr 5 przez następne 5 miesięcy, powódka (inwestor) nie mogła odmówić odbioru końcowego komina nr 5. Niezrozumiały jest przy tym zarzut powódki, że komin nr 5 został wykonany niezgodnie z projektem architektoniczno-budowlanym w sytuacji, gdy było dokładnie odwrotnie, co potwierdzano wielokrotnie w toku występowania o zgodę na eksploatację komina przez powódkę, organy nadzoru budowlanego w maju 2011 r. dokonały kontroli budowy stwierdzając okoliczność przeciwną, niż wywodzi apelująca i co bezsporne, zezwolono powódce na użytkowanie tego komina. Z uwagi na przyjęcie przez Sąd Apelacyjny tych rozważań za własne zbyt jest ich ponawianie w sytuacji dokładnego przywołania we wcześniejszej części uzasadnienia. Równie gołosłowny i kuriozalny jest zarzut powódki, że wady powłoki chemoutwardzalnej w przewodach „A” i „B” komina nr 5 „były na tyle istotne, że powódka nie mogła w pełni bezpiecznie eksploatować komina nr 5”. W toku niemal 9 lat procesu w ogóle nie była podnoszona kwestia, że powierzchniowe uszkodzenie powłoki w przewodzie „A” zaistniało podczas prac rozruchowych elementów bloku energetycznego (niespełna 7% powierzchni przewodu) miałyby stwarzać jakiegokolwiek niebezpieczeństwo w eksploatacji komina. Kwestia ta wiązana była wyłącznie – co oczywiste – z żywotnością elementów komina i ich przedterminowym niszczeniem, co wiązało się z kwestią eksploatacji komina w przedziale czasowym zakładanym przez inwestora, ale nigdy z „bezpieczeństwem” użytkowania komina. W apelacji powódka próbuje radykalnie eskalować znaczenie tych usterek poprzez erystyczny zabieg mający wpływać na podświadomość każdego normalnie odczuwającego człowieka, wyczulonego na kwestie bezpieczeństwa życia i zdrowia innych ludzi. Takie działanie na podświadomość przenoszone na obiekt budowlany oddziałujący na wyobraźnię (komin o wysokości 150 m) niewątpliwie wpływać może na postrzeganie usterek poszczególnych elementów komina, jako bardziej istotnych, ważkich. Zabieg ten w sprawie nie mógł odnieść zamierzonego skutku. Nie ma bowiem mowy o wadach konstrukcyjnych komina zagrażających jego stabilności, a przedmiotem sporu pomiędzy inwestorem, a wykonawcą była kwestia zabezpieczenia samych przewodów spalinowych w kontekście czasu ich pracy założonego przez inwestora (uszkodzenie nie limitowały, bowiem możliwości rozpoczęcia użytkowania komina, co stwierdził nadzór budowlany i faktycznie powódka eksploatację rozpoczęła). Dodatkowo, co słusznie akcentował Sąd Okręgowy, w przewodzie „B” w ogóle nie wystąpiły uszkodzenia powłoki chemoutwardzalnej, gdyż szczęśliwie nie wyprowadzano przez niego spalin podczas nieprawidłowo przeprowadzanego rozruchu IOS oraz kotła i całkowicie kuriozalny jest w tym kontekście zarzut powódki, że wykonanie tego przewodu komina nr 5 zgodnie z projektem architektoniczno-budowlanym zagrażało bezpiecznej eksploatacji komina.

Za nieprzemyślany należy uznać zarzut powódki, co do ustalenia Sądu Okręgowego, że opóźnienie (zwłoka) w usunięciu wad było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności w sytuacji, gdy wady powłoki chemoodpornej były spowodowane nieprawidłową aplikacją kompozytu ARC S7 przez pozwaną. Sąd Apelacyjny analizując ten zarzut nie zdołał wywieść wskazywanego związku skutkowo-przyczynowego. Kwestia błędów popełnionych na etapie aplikacji kompozytu na cargi (bezsportnych) w żaden sposób nie wiąże się i nie była wiązana przez Sąd z kwestią czasu usuwania usterek w postępowaniu gwarancyjnym, gdyż jedno z drugim w ogóle nie ma nic wspólnego. Błąd wykonawcy z 2010 r. był jedną z ustalonych w sprawie przyczyn powstania uszkodzeń powłoki chemoodpornej w przewodzie „A” komina nr 5 i tyle. W żaden sposób nie wiązał się natomiast z kwestią momentu rozpoczęcia prac naprawczych tych uszkodzeń w 2011 r., gdyż ten wynikał ze sporu pomiędzy powódką, a pozwaną co do sposobu naprawy powłoki w obu przewodach spalinowych komina, a także był determinowany kwestią przerwy w eksploatacji komina, który po odbiorze końcowym zaczął być przez powódkę używany do odprowadzania spalin z kotłów energetycznych włączonych do eksploatacji.

Wbrew zarzutowi apelacji, co już wcześniej omówiono, fałszywa jest teza apelantki o prawidłowo przeprowadzonym przez nią rozruchu komina, ale równie erystyczny jest zarzut o wymaganiach stawianych powłoce na znoszenie szoków termicznych, którym nie podołała. Po pierwsze przypomnieć należy, że powłoka ARC S7 miała znosić nie jakieś niedookreślone „szoki termiczne”, ale wyraźnie zapisane w SIWZ warunki odprowadzania spalin o jednoznacznie zakreślonych temperaturach, we wskazanych przedziałach czasowych. W przypadku rozruchu komina dodatkowo przewidziano w Instrukcji obsługi komina graniczne gradienty czasowe temperatury spalin i niewątpliwie – co ustalili biegli w sprawie – pracownicy powódki oraz wykonawcy IOS nie przestrzegali tych parametrów przy rozruchu kotła

i stacji odsiarczania spalin, gdyż powódka nie zapoznała ich z postanowieniami Instrukcji zatrzymanej przez jej inspektora nadzoru.

Prawidłowo ustalił Sąd meriti, w oparciu o szczegółowo opisane i ocenione opinie biegłych, że proponowany przez pozwaną w uzgodnieniu z interwenientem ubocznym sposób naprawy gwarancyjnej uszkodzeń powłoki w przewodzie „A” oraz sposób naprawy błędów wykonawczych w przewodzie „B” (w którym do uszkodzeń jeszcze w ogóle nie doszło) był prawidłowy i adekwatny zarówno do stwierdzonego zakresu uszkodzeń powłoki (niespełna 7% powierzchni), uwzględniał przyczyny uszkodzeń i prowadziłyby, mimo fragmentarycznych napraw do braku powstawania dalszych uszkodzeń powłoki, przy prawidłowej eksploatacji komina przez powódkę. Bezspornie powódka przed odbiorem końcowym komina nr 5 zażądała naprawy w formie wymiany całych powłok w obu przewodach spalinowych komina, lecz dowody przeprowadzone w sprawie jednoznacznie wykazały, że nie było to uzasadnione technicznie i ekonomicznie. Powódka ignoruje przy tym fakt zasadnie podnoszony przez pozwaną, że analogiczna metoda naprawy zastosowana przez pozwaną w 2010 r. w odniesieniu do zniszczonych fragmentów przewodu „A” (w tym zniszczonych wskutek dospawywania elementów do przewodu „A”) była skuteczna i naprawione ówczesne fragmenty powłoki chemoodpornej zostały naprawione skutecznie, w sposób trwały, co stwierdzono w czerwcu 2011 r. podczas oględzin wnętrza przewodu „A” w okresie przerwy pracy kotła.

Jak już wcześniej zaznaczono, w SIWZ i projekcie architektoniczno-budowlanym dopuszczono zastosowanie powłoki chemoodpornej ARC Pro 6 lub innej o porównywalnych parametrach i opinie z zakresu inżynierii materiałowej jednoznacznie potwierdziły, że zastosowana przez pozwaną - za zgodą powódki - powłoka ARC S7 spełniała wymagania określone w SIWZ, wykazując cechy porównywalne, a w niektórych przypadkach lepsze od powłoki ARC Pro 6. Ustalenia tego apelująca nie podważa skutecznie poprzez odwołanie do prywatnej ekspertyzy sporządzonej za wynagrodzeniem na jej zlecenie, ocenie tego dowodu Sąd Okręgowy poświęcił odrębną uwagę i ocenę tę podzieliła Sąd odwoławczy.

W ramach rozważań ogólnoteoretycznych Sąd Apelacyjny wskazywał, że nie dochodzi do naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., jeżeli z dowodów przeprowadzonych w sprawie Sąd I instancji wyciągnął wnioski poprawne logicznie i dokonał stosownych ustaleń zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego nawet wtedy, gdy z tego samego materiału dowodowego można by wysunąć wnioski odmienne. Ustalenie przez Sąd Okręgowy, że w dniu 8.10.2010 r. doszło do rozpalenia palników mazutowych w kotle nr (...) musi być oceniane właśnie w ten sposób zwłaszcza, że zostało oparte na logicznych wnioskach opinii biegłych. Apelujący kwestionując to ustalenie podnosił, że w tym dniu dokonywano kalibracji układu pomiarowego i wskazanie czujnika temperatury spalin wchodzących do komina na 125^(o) C wiązało się z „przyjęciem przez system pomiarowy tzw. wartości zastępczej”. Kwestia ta była przedmiotem oceny opiniującego biegłego, który nie podzielił argumentacji powódki i kategorycznie wskazał na poprawność działania przedmiotowego czujnika oraz odczyt realnej temperatury spalin. Tę konkluzję biegłego umacniała okoliczność konsekwentnie ignorowana przez powódkę, że w toku następnych 80 godzin odnotowywano stygnięcie komina, a słusznie wskazywał biegły i słusznie ustalił Sąd Okręgowy, że wzrost temperatury komina mógł wywołać wyłącznie przepływ spalin gorących, gdyż żaden inny czynnik termiczny nie jest kierowany do przewodu spalinowego. Wbrew apelującemu ustalenie to nie stoi w sprzeczności z faktem, że w tym samym dniu były wykonywane próby rozpliwów powietrza w elektrofiltrze, podczas których mazut przepływał przez „bypass”, gdyż Sąd Okręgowy wcale nie ustalił, że do rozpalenia palników doszło podczas prób w elektrofiltrze, lub przed tymi próbami. Z dowodów przeprowadzonych w sprawie można wysnuć logiczny wniosek, że we wskazanym dniu były wykonywane zarówno próby eksponowane przez powódkę, jak też że po ich zakończeniu rozpalono palniki mazutowe – jedyne możliwe źródło gorących spalin niewątpliwie wpuszczonych do przewodu „A” komina nr 5, prowadzących do jego nagłego rozgrzania.

Zasadny natomiast w części był zarzut apelacji powódki, co do wadliwego ustalenia przez Sąd I instancji skutecznego przedstawienia przedmiotu umowy do odbioru końcowego w dniu 16.03.2011 r. O ile słusznie i zgodnie z przepisami wskazanymi w treści uzasadnienia Sąd Okręgowy uznał, że wady i uszkodzenia powłoki chemoodpornej nie miały charakteru istotnego w aspekcie możliwości eksploatacji komina nr 5 i podlegały naprawie w trybie gwarancyjnym nie limitując możliwości odbioru komina i uzyskania pozwolenia na jego użytkowanie (co istotnie zaistniało), o tyle wadliwie

Sąd Okręgowy wysunął analogiczny wniosek w odniesieniu do niedostarczenia powódce przez pozwaną dokumentów limitujących możliwość uzyskania pozwolenia na użytkowanie odebranego komina. Sąd Apelacyjny przyjmując za własne ustalenia Sądu Okręgowego koryguje je, zatem w poniższy sposób (co sygnalizowane we wcześniejszej części rozważań).

Przedmiot umowy nr (...) został określony w jej § 1, w którego ust. 3 doprecyzowano, że wykonawca ma m.in. obowiązek wykonać wszystkie roboty wykończeniowe i towarzyszące zapewniające gotowość obiektu i instalacji do eksploatacji zgodnie z formułą „pod klucz”. W § 17 ust. 8 umowy strony doprecyzowały to postanowienie w ten sposób, że po zakończeniu prac i przed ich odbiorem wykonawca miał przekazać zamawiającemu dokumentację powykonawczą obejmującą m.in. dziennik budowy. Jak prawidłowo ustalił Sąd Okręgowy, termin wykonania przedmiotowej umowy strony uzgodniły na dzień 12.03.2011 r. i w dniu 16.03.2011 r. do powódki wpłynęło oświadczenie pozwanej o przedstawieniu obiektu do odbioru końcowego. Bezspornym jest, że inspektor nadzoru powódki oraz zespół powołany przez nią w tym celu nie dokonał jednak odbioru przedmiotu umowy, zarówno z powodu niezakończonego sporu, co do sposobu naprawy usterek w wykonaniu wykładziny chemoodpornej przewodów spalinowych komina nr 5, jak też braku przedstawienia całości wymaganej dokumentacji powykonawczej. Dopiero w dniu 13.04.2011 r. powódka potwierdzając fakt przekazania jej w tym dniu wymaganych dokumentów, w tym oświadczenia kierownika budowy, które miało zostać dołączone do wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie przedmiotowego obiektu; dziennika budowy i dokumentacji powykonawczej dla poszczególnych branż, ponownie odmówiła odbioru końcowego przedmiotu budowy z uwagi na niezakończony spór odnoszący się do powłoki chemoodpornej. W judykaturze wskazuje się, co zaakcentował Sąd Okręgowy, że w przypadku robót budowlanych mających za przedmiot wybudowanie obiektu, niedostarczenie przez wykonawcę umówionej dokumentacji powykonawczej stanowi wadliwość niewpływającą na możliwość i konieczność odbioru przez inwestora przedmiotu umowy, w świetle postanowień art. 642 § 1 k.c. (wyrok SN z 18.01.2012 r. II CSK 213/11). Brak takiej dokumentacji może być, bowiem w określonym stanie faktycznym rozważany, jako wada dzieła ze skutkami w zakresie roszczenia o wynagrodzenie. „Oddanie” dzieła w rozumieniu art. 642 § 1 k.c. i art. 646 k.c., jako odpowiednik „wydania” dzieła z art. 643 k.c. oznacza, w przypadku gdy dzieło polega na wytworzeniu rzeczy, czynność faktyczną przekazania zamawiającemu rzeczy przez wykonawcę, połączoną z oświadczeniem o wykonaniu dzieła (wyrok SN z 26.02.1998 r. I KKN 520/97 OSNC 1998/10/167). Dodatkowo wskazano w judykaturze, że dla oceny, czy taka wada dzieła w konkretnym stanie faktycznym może warunkować dokonanie odbioru dzieła jest konieczne ustalenie, że miała ona charakter istotny. Ustawodawca nie zawarł legalnej definicji wady istotnej i należy przyjąć, że wyłącza ona normalne korzystanie z rzeczy zgodnie z celem zawartej umowy, czyli czyni dzieło niezdatnym do użytku (przywołany wyrok SN z 19.01.2012 r.). Sądowi Okręgowemu umknęła w tym kontekście okoliczność, że przedmiotem umowy nr (...) było wybudowanie komina z obiektami towarzyszącymi w terminie, który pozwalał uzyskanie przez powódkę zezwolenia na jego użytkowanie przed datą graniczną warunkującą przyznanie dofinansowania ze środków unijnych. Celem umowy było, zatem takie jej wykonanie przez pozwaną, by powódka do określonego momentu czasowego mogła uzyskać stosowną zgodę organów administracji zespolonej Państwa na użytkowanie komina nr 5. W realiach niniejszej sprawy nie można było, zatem powoływać się na wskazane stanowisko judykatury, gdyż bez przekazania powódce co najmniej dziennika budowy i oświadczenia kierownika budowy, które miało zostać dołączone do wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie przedmiotowego obiektu, cel umowy zakładany przez inwestora (powódkę) nie zostałby osiągnięty. Stosowne, konieczne dokumenty pozwana przekazała inwestorowi w dniu 13.04.2011 r. i w tym dniu obowiązkiem powódki, w świetle przywołanych przepisów było dokonanie odbioru końcowego przedmiotu umowy. Oznacza to, że wbrew odmiennemu ustaleniu Sądu Okręgowego, z winy pozwanej termin odbioru przedmiotu umowy opóźnił się o 32 dni. Jak prawidłowo ustalił Sąd Okręgowy, strony umówiły z tego tytułu karę umowną w wysokości 41.994 zł za dzień zwłoki. Łączna kara umowna z analizowanego tytułu winna, zatem wynieść 1343808 zł. Pozwana w odpowiedzi na pozew zgłosiła zarzut, że kara umowna wyliczona przez powódkę jest rażąco zawyżona i wniosła o jej miarkowanie. W świetle art. 484 § 2 k.c. wniosek pozwanej zasługiwał na uwzględnienie. W terminie uzgodnionym przez strony w umowie pozwana wykonała wielkogabarytowy przemysłowy obiekt budowlany z obiektami towarzyszącymi. Zwłoka w oddaniu przedmiotu umowy inwestorowi dotyczyła, jak wskazano powyżej, niewielkiego fragmentu dokumentacji powykonawczej. Mimo, że ta dokumentacja miała istotne znaczenie w kontekście odbioru końcowego przedmiotu umowy, to zakres przedmiotowy tego opóźnienia

kwalifikowanego odnoszony do całego przedmiotu umowy nie pozostawał irrelevantny dla oceny wysokości kary umownej należnej inwestorowi z tego tytułu. Mając na względzie tę okoliczność oraz wymiar zwłoki w odniesieniu do czasu trwania całej umowy o wybudowanie obiektu przemysłowego „pod klucz” należało przyjąć, że kara umowna w wysokości 15% kwoty nominalnej spełni rolę przypisaną jej w art. 484 § 1 k.c. oraz przez strony umowy. In casu oznaczało to, że powódka mogła zasadnie domagać się od pozwanej kary umownej z tytułu opóźnienia w wykonaniu umowy, w kwocie 201571,20 zł i taką kwotę mogła skutecznie potrącić z wierzytelnością pozwanej wynikającą z faktury końcowej. Sąd II instancji przyjmuje za własne ustalenia i wnioski Sądu Okręgowego w tym zakresie, bez potrzeby ich powtarzania. Ma to z kolei ten skutek, że mimo częściowej zasadności zarzutu apelacji powódki określona, jednoznaczna treść żądania pozwu, w której strona dochodziła kwoty przenoszącej wierzytelność przedstawioną do potrącenia oraz uzyskaną gwarancję bankową skutkowałą oceną, że tak formułowane powództwo podlega oddaleniu, a zaskarżony wyrok końcowo odpowiada prawu.

Z tych względów, na podstawie art. 385 k.p.c. apelacja powódki została oddalona w całości.

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu oparto na dyspozycji art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. i art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22.10.2015 r. (Dz.U. poz. 1804 ze zm.).

Sąd Apelacyjny oddalił wniosek interwenienta ubocznego o zasądzenie kosztów interwencji w postępowaniu apelacyjnym na podstawie art. 107 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. Zgodnie z art. 107 k.p.c. Sąd może przyznać interwenientowi ubocznemu poniesione koszty interwencji od przeciwnika strony, do której przystąpił. W ocenie Sądu, w sprawie niniejszej stosowny wniosek pełnomocnika interwenienta występującego po stronie pozwanej spółki nie był zasadny. Strona, do której interwenient uboczny przystąpił, aktywnie i szeroko podjęła obronę przeciwko żądaniom pozwu, skutecznie – w sposób pośredni – chroniąc interes interwenienta. Instytucja przypozywania służy ochronom interesów pozwanego, zarówno poprzez wyeliminowanie przyszełego, zbędnego procesu z osobą trzecią, jak też poprzez pomoc osoby wezwanej w osiągnięciu pozytywnego rozstrzygnięcia toczącego się procesu dla samego pozwanego (art. 84 k.p.c.). Wstąpienie do sprawy w charakterze interwenienta nie jest obowiązkowe, osoba trzecia samodzielnie ocenia, czy przypozywającej stronie pozwanej konieczna jest jej pomoc. Pozwana spółka była reprezentowana w sprawie przez aktywnego pełnomocnika – radcę prawnego i nie zachodziła obawa, że nieporadne zachowania strony doprowadzą do przegrania przez nią procesu. Z tych względów, prawodawca przewidział tylko możliwość zwrotów kosztów interwencji, a nie ich zasadę (jak w odniesieniu do strony, vide art. 98 k.p.c.), wyłącznie w sytuacjach szczególnych, kiedy to w istocie działania samego interwenienta pozwoliły stronie na uzyskanie korzystnego dla niej rozstrzygnięcia. W sprawie niniejszej sytuacja taka nie zachodziła.

Jolanta Terlecka Piotr Czerski Mariusz Tchórzewski