

Sygn. akt *I AGa 123/18*

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 stycznia 2020 r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący – Sędzia Mikołaj Tomaszewski

Sędziowie: Piotr Górecki

Małgorzata Gulczyńska

Protokolant: starszy sekretarz sądowy Sylwia Woźniak

po rozpoznaniu w dniu 8 stycznia 2020 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki jawnej w P.

przeciwko **Przedsiębiorstwo (...) w L.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 30 grudnia 2013 r. sygn. akt IX GC 242/11

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 2 w ten sposób, że:

- kosztami procesu między powodem a pozwanym Przedsiębiorstwo

(...)z siedzibą w L. obciąża pozwanego, przy czym szczegółowe ich wyliczenie

pozostawia referendarzowi sądowemu w Sądzie Okręgowym w Poznaniu;

- nakazuje ściągnąć od pozwanego Przedsiębiorstwa (...)z siedzibą w L. na rzecz Skarbu Państwa (Sąd Okręgowy w Poznaniu) kwotę 47.562 zł z tytułu niewiszczonych kosztów sądowych;

II. w pozostałym zakresie apelację oddala;

III. zasądza od pozwanego na rzecz powoda 43.210,23 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego i kasacyjnego.

Piotr Górecki Mikołaj Tomaszewski Małgorzata Gulczyńska

UZASADNIENIE

Powód (...) spółka jawna z siedzibą w L. wniósł o zasądzenie solidarnie od pozwanych: Przedsiębiorstwa (...). z siedzibą w L. – pozwany ad. 1 oraz J. G. – pozwany ad. 2, kwoty 1.051.222,93 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 331.470,97 zł od dnia 30 listopada 2010 r. do dnia zapłaty oraz od kwoty 719.751,96 zł od dnia 30 listopada 2011 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany ad. 1 wniósł o oddalenie powództwa w całości i o zasądzenie od powoda kosztów postępowania według norm przepisanych.

Pozwany ad. 2 wniósł o oddalenie powództwa w całości i o zasądzenie od powoda kosztów postępowania według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 30 grudnia 2013 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu zasądził od pozwanych solidarnie na rzecz powoda kwotę 1.051.222,93 zł wraz z ustawowymi odsetkami z tym, że od kwoty 331.470,97 zł od dnia 30.11.2010 r. do dnia zapłaty, a od kwoty 719.751,96 zł od dnia 13.02.2011 r. do dnia zapłaty (pkt 1), obciążył pozwanych kosztami procesu (pkt 2).

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia i wnioski.

W dniu 11 czerwca 2010 r. pozwany ad. 1 zawarł z pozwanym ad. 2 umowę nr (...), w której w zakresie dotyczącym podwykonawcy strony ustaliły, że do zawarcia przez pozwanego ad. 1 umowy z podwykonawcą wymagana jest pisemna zgoda pozwanego ad. 2.

W dniu 9 czerwca 2010 r. powód zawarł jako podwykonawca z pozwanym ad. 1 jako zamawiającym (głównym wykonawcą), umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie szeregu prac budowlanych, w tym między innymi wykonanie instalacji kanalizacji sanitarnej, wewnętrznej instalacji kanalizacji deszczowej, wewnętrznej instalacji wody zimnej i ciepłej, wewnętrznej instalacji centralnego ogrzewania, instalacji wentylacji, instalacji gazowej i innych na terenie budowy stacji paliw C. w L. przy ul. (...), prowadzonej przez pozwanego ad. 2.

Strony ustaliły termin rozpoczęcia robót na 9 lipca 2010 r., a ich zakończenia na 14 października 2010 r. Wynagrodzenie powoda ustalono na kwotę 795.000 zł.

Zgodnie z § 8 umowy powód zobowiązany był do zapłaty na rzecz pozwanego kary umownej za zwłokę w wykonaniu poszczególnych etapów zgodnie z załączonym harmonogramem w wysokości 0,85 % wynagrodzenia, za każdy dzień zwłoki oraz za zwłokę w wykonaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru w wysokości 0,85 % wynagrodzenia umownego, za każdy dzień zwłoki.

Z kolei w dniu 9 września 2010 r. powód zawarł jako podwykonawca z pozwanym ad. 1 jako zamawiającym (głównym wykonawcą) umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie szeregu prac budowlanych, w tym między innymi wykonanie instalacji sanitarnych budynku restauracji fast food, obejmujących sieci zewnętrzne (kanalizacja + wodociągi), instalacje odwodnienia dachu, instalację wodno – kanalizacyjną, technologię kotłowni, instalację ciepła techn. i klimatyzacji, instalację C.O., odprowadzenie spalin i wentylacji kotłowni, instalację hydrantową, instalację wentylacji, instalację wewnętrzną gazu, na terenie budowy obiektu – stacji paliw wraz z budynkiem handlowo – usługowym z serwisem w L. przy ul. (...), prowadzonej przez pozwanego ad. 2.

Strony ustaliły termin rozpoczęcia robót na 9 lipca 2010 r., a ich zakończenia na 16 listopada 2010 r. Wynagrodzenie powoda ustalono na kwotę 670.000 zł.

Zgodnie z § 8 umowy powód zobowiązany był do zapłaty na rzecz pozwanego kary umownej za zwłokę w wykonaniu poszczególnych etapów zgodnie z załączonym harmonogramem w wysokości 0,85 % wynagrodzenia, za każdy dzień zwłoki oraz za zwłokę w wykonaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru w wysokości 0,85 % wynagrodzenia umownego, za każdy dzień zwłoki.

W dniu 16 września 2010 r. powód złożył pozwanemu ad. 1 ofertę dotyczącą wykonania systemu (...) w części: salon (...) w kwocie 67.000 zł.

Pismem z dnia 30 września 2010 r. pozwany ad. 1 zlecił powodowi wykonanie systemu (...) w części: salon (...) w kwocie 67.000 zł

Już po podpisaniu umowy okazało się, że budynek restauracji zostanie nieco obrócony i nie będzie potrzeby wykonania prac polegających na przełożeniu i przebudowie istniejących sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej. W związku z powyższym z zakresu robót wyłączono prace w zakresie usunięcia istniejących sieci i wykonanie 35 mb kanalizacji sanitarnej wraz z trzema studniami oraz 43,5 mb sieci wodociągowej. Strony nie ustaliły jednak zgodnie kwoty, o jaką miałyby ulec zmniejszeniu wynagrodzenie powoda.

Pismem z dnia 30 września 2010 r. skierowanym do pozwanego ad. 1, w związku z przedłużającym się brakiem możliwości kontynuacji robót wynikających z umowy nr (...) z dnia 9 czerwca 2010 r., powód wskazał, że zachodzi konieczność zawarcia pomiędzy stronami stosownego aneksu do umowy, w celu ustalenia nowego terminu zakończenia robót, stanowiących przedmiot umowy. W związku z powyższym wraz z pismem powód przesłał pozwanemu ad. 1 projekt aneksu do umowy.

Pismem dnia 30 września 2010 r. skierowanym do pozwanego ad. 1 powód wskazał, że ze względu na stan zaawansowania prac niewchodzących w zakres zleconych mu robót oraz nie przekazania placu budowy, nie ma możliwości rozpoczęcia prac dotyczących wykonania instalacji sanitarnych w budynku restauracji fast food wynikającej z umowy nr (...). W związku z tym wyjaśnił, że zachodzi przesłanka zmiany terminu rozpoczęcia i zakończenia robót, stanowiących przedmiot umowy. Z tej też przyczyny powód wniósł o wyznaczenie terminu spotkania, w celu rozwiązania zaistniałego problemu i zawarcia aneksu do umowy.

W związku z wykonanymi pracami powód wystawił na rzecz pozwanego ad. 1 faktury VAT nr: (...) z dnia 29 października 2010 r. na kwotę 366.078,97 zł; (...) z dnia 29 października 2010 r. na kwotę 65.392 zł; (...) z dnia 22 grudnia 2010 r. na kwotę 484.083,80 zł; (...) z dnia 22 grudnia 2010 r. na kwotę 205.534,16 zł, która została skorygowana o kwotę 29.280 zł fakturą korygującą VAT nr (...) z dnia 28 grudnia 2010 r.; (...) z dnia 22 grudnia 2010 r. na kwotę 8.174 zł; (...) z dnia 28 grudnia 2010 r. na kwotę 51.240 zł.

Wystawienie faktur poprzedzone zostało sporządzeniem protokołów zaawansowania robót, z których część miała charakter dwustronny, a część została podpisana jedynie przez przedstawiciela powoda.

Pismem z dnia 28 października 2010 r. B. G. wskazał, że w wyniku wizji lokalnej dokonanej z kierownikiem budowy, stwierdził, iż nie ma możliwości wykonania urządzeń sanitarnych i grzewczych z uwagi na brak frontu robót w pomieszczeniach stacji paliw.

Pismem z dnia 25 listopada 2010 r. powód zwrócił się do pozwanego ad. 1 z informacją, że nie jest w stanie uruchomić kotłowni gazowych dla stacji paliw i salonu monocyklowego w L. z powodu braku instalacji elektrycznej i trwających robót budowlanych.

W piśmie z dnia 22 grudnia 2010 r. powód z uwagi na fakt, że strony nie doszły do porozumienia, a także okoliczność, że w dalszym ciągu nie może uruchomić instalacji klimatyzacji, wentylacji, wody lodowej i ciepła technologicznego, ze względu na brak docelowego zasilania w energię elektryczną budynku restauracji oraz salonu sprzedaży i salonu motoryzacyjnego, na podstawie art. 491 k.c. złożył oświadczenie o odstąpieniu z winy pozwanego ad. 1 od umowy nr (...) z dnia 9 czerwca 2010 r. i od umowy nr (...) z dnia 9 września 2010 r. ze skutkiem natychmiastowym.

W dniu 23 grudnia 2010 r. został przez strony sporządzony i podpisany protokół odbioru.

W dniu 27 grudnia 2010 r. pozwany ad. 1 wystawił na rzecz powoda notę obciążeniową nr (...) na kwotę 500.055 zł, z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu prac objętych umową (zwłoka 71 dni od 15 października 2010 r. do 27 grudnia 2010 r.).

W dniu 27 grudnia 2010 r. pozwany ad. 1 wystawił na rzecz powoda notę obciążeniową nr (...) na kwotę 233.495 zł, z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu prac objętych umową (zwłoka 41 dni od 17 listopada 2010 r. do 27 grudnia 2010 r.).

W piśmie z dnia 28 grudnia 2010 r. pozwany ad. 1 złożył oświadczenie o potrąceniu ww. kar umownych z wierzytelnościami powoda określonymi w fakturach VAT nr (...).

Pozwany ad. 1 na spornej inwestycji powierzył wykonywanie części prac firmie (...) i Przedsiębiorstwu (...).

Pozwany ad. 1 zgłosił powoda pozwanemu ad. 2 jako swojego podwykonawcę.

Na przedmiotowej budowie znajdowały się banery informujące o wykonawcach i podwykonawcach.

W ocenie Sądu Okręgowego w świetle dokonanych ustaleń faktycznych powództwo zasługiwało na uwzględnienie.

Pozwany ad. 1 dokonując potrącenia części roszczeń powoda uznał tym samym ich istnienie i zasadność. Samo jednak potrącenie okazało się nieskuteczne, gdyż pozwany ad. 1 nie wykazał, że powód pozostawał w zwłoce z wykonaniem robót i było to sytuacją przez niego zawinioną i w związku z tym, że miał prawo do naliczenia kar umownych. Pozwany ad. 1 nie wykazał również, że powód nie wykonał wszystkich prac objętych umową, jak również, że w pracach tych wystąpiły wady. Z kolei w stosunku do pozwanego ad. 2 powód wykazał, że został zgłoszony jako podwykonawca, a pozwany ad. 2 miał pełną świadomość, jakie prace wykonuje powód i jaka jest ich wartość i stan ten akceptował. W związku z powyższym, mając na uwadze art. 6 k.c., art. 498 § 1 i 2 k.c., art. 647¹ k.c. koniecznym było uwzględnienie powództwa w całości i zasądzenie od obu pozwanych solidarnie kwoty 1.051.222,33 zł.

Apelację od wyroku złożyli pozwani, zaskarżyli go w całości. Pozwani zarzucali rozstrzygnięciu:

1. naruszenie prawa procesowego, które miało wpływ na wynik sprawy tj.:

- art. 479¹² § 1 i 2 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym w dacie wytoczenia powództwa poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do sprekludowanych twierdzeń i wniosków dowodowych zgłoszonych przez powoda w piśmie procesowym z dnia 5 sierpnia 2011 r. i dopuszczenie tychże twierdzeń i dowodów, oraz prowadzenia dowodu z zeznań świadków ponad zgłoszone tezy dowodowe,
- art. 479¹⁴ k.p.c. w brzmieniu obowiązującym w dacie wytoczenia powództwa poprzez jego błędne zastosowanie,
- art. 230 i 231 k.p.c. poprzez ich niezastosowanie,
- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów i w związku z tym dokonanie błędnych ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, polegające w szczególności na: uznaniu za niewiarygodnych zeznań świadków: K. F. (1) i P. G. (1) oraz M. S. i J. G. na okoliczność informowania J. G. o zawarciu umów z powodem; błędnym założeniu jakoby powództwo powoda wobec pozwanego ad 2 J. G. było zasadne i jakoby przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało, że pozwany ad 2. wiedział o powodzie jako podwykonawcy i fakt ten akceptował; pominięcie ustaleń opinii biegłego sądowego,
- art. 236 k.p.c. poprzez nie oznaczenie w nielicznych wydanych postanowieniach dowodowych faktów podlegających stwierdzeniu,

2. naruszenie prawa materialnego przez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w ogólności:

- art. 647¹ k.c. poprzez błędne uznanie roszczenia powoda za uzasadnione w oparciu o ten przepis, podczas gdy w oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy brak było spełnienia przesłanek wynikających z tego przepisu, a tym samym brak podstaw do uwzględnienia powództwa,
- art. 6 k.c. poprzez przyjęcie, że na pozwanym Przedsiębiorstwie (...) sp. z o.o. spoczywał obowiązek wykazania okoliczności, czy powód miał realną możliwość wykonania robót i czy w odpowiednim czasie i zakresie został powodowi udostępniony front robót.

Wskazując na powyższe zarzuty pozwani wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości, zasądzenie od powoda na rzecz pozwanych kosztów procesu za pierwszą instancję zgodnie ze złożonym spisem kosztów oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanych kosztów postępowania apelacyjnego, ewentualnie wnieśli o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpatrzenia przy uwzględnieniu kosztów postępowania apelacyjnego jako części kosztów procesu.

Wyrokiem z dnia Sąd Apelacyjny w Poznaniu:

I. zmienił zaskarżony wyrok w punkcie 1 w ten sposób, że:

- a) powództwo przeciwko pozwanemu J. G. w całości oddalił;
- b) zasądził od pozwanego Przedsiębiorstwo (...) z siedzibą w L. na rzecz powoda 949.626,75 zł, w tym kwotę 331.470,97 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 30 listopada 2010r. do dnia zapłaty a kwotę 618.155,78 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 13 lutego 2011r. do dnia zapłaty, a w pozostałej części powództwo przeciwko temu pozwanemu oddala;

II. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 2 w ten sposób, że:

- a) zasądził od powoda na rzecz pozwanego J. G. kwotę 7.217 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego;
- b) koszty procesu między powodem a pozwanym Przedsiębiorstwo (...) z siedzibą w L. rozdzielił stosunkowo, obciążając nimi w 10% powoda a w 90% pozwanego, przy czym szczegółowe ich rozliczenie pozostawia referendarzowi sądowemu w Sądzie Okręgowym;
- c) nakazał ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa (Sąd Okręgowy w Poznaniu) z tytułu nieuiszczonych dotychczas kosztów sądowych:

- od powoda z zasądzonych na jego rzecz roszczenia kwotę 4.756,20 zł

- od pozwanego Przedsiębiorstwo (...) z siedzibą w L.

kwotę 42.805,80 zł;

III. zasądził od powoda na rzecz pozwanego J. G. kwotę 28.981 zł tytułem kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym;

IV. koszty postępowania apelacyjnego między powodem a pozwanym Przedsiębiorstwo (...) z siedzibą w L. rozdzielił stosunkowo, obciążając nimi w 10% powoda a w 90% pozwanego i z tego tytułu zasądził od tego pozwanego na rzecz powoda kwotę 4.169,12 zł.

Sąd Apelacyjny wskazał, że zasadnicze ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji, istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, przyjmuje za własne. Modyfikacja tych ustaleń dotyczyła kwestii związanych z faktem wykonania robót budowlanych objętych umowami łączącymi strony przez innych wykonawców na kwotę 101 596,18 zł (uruchomienie i sprawdzenie kotłowni, inspekcja rurociągów, roboty wentylacyjne, roboty budowlane wykonane przez W. G., z wyjątkiem prac poprawkowych) i o tę kwotę została obniżona należność strony powodowej zasądzona wyrokiem Sądu Okręgowego.

Zatem w świetle art. 647 k.c. powodowi jako podwykonawcy nie należy się wynagrodzenie za prace, które należały do jego obowiązków, a które nie zostały przez niego wykonane.

W odniesieniu do problematyki należności z tytułu kar umownych przedstawionych przez pozwaną do potrącenia, Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę na błąd Sądu Okręgowego co do oceny rozkładu ciężaru dowodu. Wskazał, mając na względzie art. 471 k.c., że to na stronie powodowej, jako zobowiązanej z tego tytułu, a nie na pozwanej spółce spoczywał ciężar udowodnienia okoliczności od niej niezależnych, które spowodowały opóźnienia w terminowym wykonaniu zleconych jej robót budowlanych. Niemniej jednak, popełnione przez Sąd pierwszej instancji uchybienie nie miało wpływu na ostateczną prawidłowość rozstrzygnięcia w tej materii, ponieważ umowy na podstawie których zostały zastrzeżone kary umowne, strony rozwiązały poprzez czynności konkludentne. Mianowicie, strona powodowa przerwała wykonywanie robót budowlanych i opuściła plac budowy, a ponadto składając oświadczenie o odstąpieniu od umów, które okazało się jednak nieskuteczne, w sposób jednoznaczny wyraziła wolę definitywnego zaprzestania realizacji umów. Z kolei pozwana spółka zleciła dokończenie prac, które zobowiązana była zrealizować strona powodowa, innym wykonawcom. Powyższy wyrok skargami kasacyjnymi zaskarżyły obie strony.

Strona powodowa zaskarżając powyższy wyrok w części, w jakiej powództwo zostało oddalone w stosunku do pozwanej spółki, oraz co do rozstrzygnięcia o kosztach procesu za obie instancje, wniosła o jego uchylenie i oddalenie apelacji pozwanej spółki, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania, przy uwzględnieniu kosztów procesu, w tym kosztów postępowania kasacyjnego.

Pozwana spółka zaskarżyła wyrok Sądu Apelacyjnego w części oddalającej apelację co do kwoty 500 000 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 331 470,97 zł od dnia 30 listopada 2010 r. i od kwoty 168 529,03 zł od dnia 13 lutego 2011 r. do dnia zapłaty i w tej części wniosła o jego uchylenie i zmianę wyroku Sądu Okręgowego przez zasądzenie kwoty 449 626,75 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 13 lutego 2011 r. do dnia zapłaty i oddalenie powództwa w pozostałej części oraz orzeczenie o zwrocie spełnionego świadczenia, ewentualnie jego uchylenie z przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania. Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 18.10.2017r. uchylił zaskarżony wyrok w pkt I lit. b) w części zasądzającej kwotę 500 000 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 331 470,97 zł od dnia 30 listopada 2010r. i od kwoty 168 529,03 zł od dnia 13 lutego 2011r. oraz w części w jakiej powództwo oddalono, a ponadto w pkt II lit. b) i c) oraz w pkt IV i w tym zakresie sprawę przekazuje Sądowi Apelacyjnemu w Poznaniu do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy wskazał, że nie zostało ustalone i wyjaśnione w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku to, jak przedstawia się relacja zakresu prac budowlanych objętych fakturami stanowiącymi przedmiot niniejszego procesu do zakresu robót budowlanych o wartości 101 597 zł, wykonanych na zlecenie strony pozwanej przez innych niż strona powodowa wykonawców, a w szczególności, czy kwota 1 051 222,93 zł rzeczywiście zawiera także wynagrodzenie za roboty wykonane przez tych innych wykonawców oraz czy, a jeśli tak, to w jakiej kwocie strona pozwana wypłaciła na rzecz strony powodowej umówione wynagrodzenia za tę część robót budowlanych, które zostały przez nią wykonane przed robotami, za które dochodzi zapłaty wynagrodzenia w tym procesie. W związku z tym nie wiadomo, czy wartość wynagrodzenia już wypłaconego przez pozwaną spółkę stronie powodowej łącznie z kwotą dochodzoną w tej sprawie przekroczyła kwoty wynagrodzeń ryczałtowych brutto określonych w zawartych przez strony umowach. Sąd drugiej instancji nie wyjaśnił w uzasadnieniu, która z umów łączących strony nie została przez stronę powodową wykonana i w jakim zakresie, oraz przedmiotem, której z tych umów były roboty budowlane wykonane przez innych wykonawców na zlecenie strony pozwanej po opuszczeniu przez stronę powodową placu budowy. Sąd drugiej instancji prawidłowo określił rozkład ciężaru dowodu w kwestiach związanych z odpowiedzialnością z tytułu kar umownych. Strona powodowa trafnie również zarzuca naruszenie art. 217 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. i art. 286 k.p.c. wskutek pominięcia jej wniosku dowodowego o kontynuację ustnych wyjaśnień biegłego sądowego M. B. (1) oraz wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z kompletnego dziennika budowy odnośnie do tego, w jakim zakresie zostały wykonane prace budowlane stanowiące przedmiot zawartych przez strony umów. Naruszenie tych przepisów miało istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia w sytuacji, gdy Sąd drugiej instancji nie ustalił jakie konkretnie roboty budowlane zostały zrealizowane przez wykonawcę W. G. na kwotę 28 800 zł i czy wchodziły one w zakres robót, które zgodnie z umową miała wykonać strona powodowa. To samo dotyczy robót wentylacyjnych wykonanych przez (...) na

kwotę 69 249 zł, zwłaszcza, że w zleceniu strony pozwanej z dnia 17 stycznia 2011 r. skierowanym do (...) jest też mowa o przeprowadzeniu nowych instalacji do urządzeń klimatyzacyjnych, wentylacyjnych i grzewczych. Wyjaśnienie tych kwestii jest konieczne, ponieważ w dzienniku budowy figuruje wpis kierownika budowy datowany na 30 listopada 2010 r. o zakończeniu robót budowlanych, natomiast w dniu 23 grudnia 2010 r. strony sporządziły protokół odbioru robót, którego treść nie stanowiła przedmiotu oceny Sądu drugiej instancji.

Z pisemnych motywów zaskarżonego wyroku nie wynika jednoznacznie, czy oddalenie powództwa co do kwoty 101 597 zł nastąpiło z tej przyczyny, że dochodzone pozwem wynagrodzenie obejmuje także wynagrodzenie za roboty, które faktycznie wykonali inni wykonawcy, czy też z tego względu, iż wartość prac, wchodzących w zakres przedmiotowy umów z dnia 9 czerwca i 9 września 2010 r. a wykonanych przez innych wykonawców, przekroczyła kwoty wynagrodzeń ryczałtowych (art. 632 § 1 k.c. stosowany per analogiam).

W judykaturze wyjaśniono, że przepis art. 636 § 1 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. może mieć zastosowanie do umowy o roboty budowlane, ale zasadniczą przesłanką jego zastosowania jest trwanie umownego stosunku o roboty budowlane w chwili powierzenia lub dalszego wykonywania dzieła innej osobie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2004 r., I CK 24/03, nie publ.). Sąd drugiej instancji przyjął, iż umowy z dnia 9 czerwca i 9 września 2010 r. zostały rozwiązane przez czynności faktyczne, którymi było m.in. zlecenie przez stronę pozwaną innym wykonawcom dokończenie prac budowlanych, których nie wykonała strona powodowa.

W stanie faktycznym sprawy doszło do rozwiązania umów o roboty budowlane zawartych na piśmie pomiędzy stroną powodową i pozwaną spółką, ale nie w drodze zgodnego porozumienia, lecz wskutek faktycznego zaprzestania przez obie strony realizacji tych umów (art. 60 k.c.). Tego rodzaju rozwiązanie umów nastąpiło ze skutkiem ex nunc, a nie ex tunc co oznacza, że w ten sposób nie doszło do zniweczenia konsekwencji prawnych wynikających z ich postanowień zastrzegających kary umowne. Odmiennie stanowisko Sądu drugiej instancji i w związku z tym zaniechanie poczynienia ustaleń odnośnie do przyczyn, które doprowadziły do wystąpienia opóźnień w realizacji tym umów oraz ich oceny prawnej w kontekście instytucji kary umownej, czyni uzasadnionym zarzut naruszenia art. 498 § 2 k.c. i 499 k.c.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Wyjaśnione już zostało, że Sąd Okręgowy kierował się błędnym założeniem co do rozkładu ciężaru dowodu, bowiem to strona powodowa winna wykazać, iż do opóźnienia doszło na skutek okoliczności, za które nie ponosi ona odpowiedzialności, w szczególności z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Jednak uzupełnione w instancji apelacyjnej postępowanie dowodowe potwierdziło, że tak właśnie było.

Stosownie do wskazań Sądu Najwyższego Sąd Apelacyjny przeprowadził dowód z kompletnego dziennika budowy oraz dokończył dowód z ustnych wyjaśnień biegłego M. B. (1).

W ocenie Sądu Apelacyjnego opinia tego biegłego budzi zastrzeżenia.

Biegły przy ustalaniu, czy zachodziły niezależne od powoda przeszkody uniemożliwiające mu wykonywanie robót w umówionych terminach akcentował przede wszystkim okoliczność, że w dzienniku budowy brak było zapisów wskazujących na przeszkody w realizowaniu umowy przez powoda.

W sposób bardzo ogólny biegły odwołał się do protokołów zeznań 7 świadków, które zdaniem biegłego miały dokumentować chaos organizacyjny, który się pogłębia w procesie inwestycyjnym w zakresie robót budowlanych realizowanym przez powoda.

Jednocześnie biegły w ustnych wyjaśnieniach dezawuował znaczenie dołączonych do akt sprawy zdjęć obrazujących przebieg procesu inwestycyjnego stwierdzając, że jedynie formalne, pisemne dokumenty mogą być przydatne dla oceny, czy istniała możliwość terminowego wykonania określonych robót.

W ocenie Sąd Apelacyjny biegły powinien wziąć pod uwagę tę dokumentację zdjęciową, gdyż był to wartościowy materiał dowodowy, o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia.

Biegły bagatelizował także znaczenie pism strony powodowej wystosowanych w toku realizacji inwestycji, a wskazujących na opóźnienia innych uczestników procesu budowlanego, które uniemożliwiały powodowi realizację zleconych mu robót.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że z zapisów z dziennika budowy nie wynika, by to strona powodowa dopuściła się zaniedbań, które uniemożliwiłyby terminową realizację inwestycji, w ramach których był jedynie podwykonawcą w zakresie instalacji.

Trzeba także podkreślić, że biegły M. B. w swych ustnych wyjaśnieniach poddawał w wątpliwość zgodność dokumentów, w tym tak istotnych jak pozwolenia na użytkowanie, ze stanem faktycznym, twierdząc jakoby organy budowlane bardzo lekceważąco podchodziły do swoich obowiązków, a nawet, że z „pozasądowych źródeł wie o tym, jakoby na stanowisko (...) miały naciski ze strony inwestora.

Dezawuowanie przez biegłego istotnych dla sprawy dowodów, w oparciu o posiadaną jakoby z „pozasądowych” źródeł wiedzę o nieprawidłowościach przy wydawaniu decyzji przez organy nadzoru budowlanego, daje dodatkowe podstawy do uznania opinii biegłego M. B. za nieprzydatną dla sprawy.

Te twierdzenia biegłego nie poddają się jakiegokolwiek weryfikacji.

To dezawuowanie dotyczy w szczególności tych dowodów, które zaprzeczają tezie biegłego o wykonaniu przez powoda robót z istotnymi wadami.

Z uwagi na powyższe Sąd Apelacyjny uzupełnił postępowanie dowodowe i dopuścił dowód z opinii biegłego z dziedziny budownictwa o specjalności roboty instalacyjne na okoliczność:

a) „czy i w jakich okresach w trakcie procesu budowlanego inwestycji na terenie stacji paliw C. oraz restauracji w L. zachodziły okoliczności opóźniające harmonogram oraz opóźniające prace wykonywane przez powoda, w tym także niezależne od powoda (zmiany projektowe, opóźnienia innych podwykonawców, czy wykonawcy głównego, a także niezależne od stron procesu budowlanego), które uniemożliwiały powodowi wykonywanie robót w terminach umownych lub opóźniały je”;

b) „jakie roboty zostały wykonane przez wykonawców W. G. na kwotę 29.800zł oraz (...) na kwotę 69.2489 zł i czy wchodziły one w zakres robót, które zgodnie z umową miała wykonać strona powodowa”.

Wykonanie opinii zlecono Polskiemu (...) w P.. Strony zostały poinformowane o wyborze podmiotu, któremu powierzono wydanie opinii jak również o osobach rzeczoznawców, którzy będą sporządzali opinię i w wyznaczonym terminie nie zgłosiły zastrzeżeń.

W opinii z dnia 18 maja 2019r. Polskie (...) w P., które jest członkiem F. (...), wskazało, że z analizy historii realizacji robót na obiektach objętych umową wynika, że pełną odpowiedzialność za niewykonanie przez powoda robót w terminie ponosi pozwany, który z parotygodniowym opóźnieniem udostępniał powodowi front robót, a jedną z przyczyn wielotygodniowych opóźnień w wykonawstwie robót generalnego wykonawcy-pozwanego, co skutkowało opóźnionym i nieterminowym przekazywaniem frontu robót powodowi, był brak koordynacji robót ogólnobudowlanych przez pozwanego z planowanymi robotami instalacyjnymi wykonywanymi przez powoda.

W odniesieniu do robót objętych umową nr (...), które powód miał wykonać do 14.10.2010r. biegli wskazali na, że pozwany miał już we wrześniu 2010r. miał kilkutygodniowe opóźnienie w wykonywaniu robót ogólnobudowlanych warunkujących udostępnienie frontu robót dla powoda i opóźnienie to trwało do 30.11.2010r. Biegli stwierdzili także istotne wady dotyczące projektów; projekt instalacji wentylacyjnych dużych średnic nie był skoordynowany

z projektem budowlano-konstrukcyjnym, co spowodowało znaczące opóźnienia na budowie opisane w zeznaniach wykonawcy kanałów wentylacyjnych świadka M. P..

W budynkach, w których powód zgodnie z umową miał wykonać roboty do 14.10.2010r. pozwany zadeklarował w protokole z 13.10.2010r. , że konstrukcję nośną stalową na dachu budynku pod montaż urządzeń centrali wentylacji i klimatyzacji wykona ją dopiero 14.10.2010r. Jak wyjaśnili biegli w toku wysłuchania dopiero od tej daty powód mógł montować instalacje, a ich montaż

musiał trwać kilka tygodni.

W odniesieniu do umowy (...), z terminem zakończenia prac powoda na 16.11.2010r., pozwany dopiero 15.11.2010r. wykonał pomieszczenie kuchni oraz zmywaka ale bez zamontowania urządzeń kuchennych, które miał dostarczyć pozwany względnie inwestor.

(...) tych nie było jeszcze 30.11.2010r. Tymczasem dopiero po zamontowaniu tych urządzeń w kuchni powód mógł przystąpić do przeprowadzenia prób szczelności instalacji gazowej, zagazowania tej instalacji i jej uruchomienia.

Z tego powodu mogło to nastąpić dopiero 9.12.2010r. z kilkutygodniowym opóźnieniem.

Jak wynika z opinii opóźnienie pozwanego w wykonawstwie robót budowlanych narastało systematycznie w całym okresie budowy, kiedy pozwany wszedł w etap robót wykończeniowych (tynki, posadzki okna drzwi konstrukcja szkieletu sufitów podwieszanych, konstrukcja stalowa dachu pod urządzenia klimatyzacji i wentylacji). Miało to zasadniczy wpływ na udostępnianie powodowi frontu robót w przestrzeni podstropowej na dachu budynku, gdzie powód miał do wykonania 80% swych robót.

Pozwany jako wykonawca robót budowlanych nie sprostął swemu zadaniu i wystąpiło znaczące opóźnienie w przekazywaniu frontu robót powodowi przez pozwanego i to już po terminie umownym, w którym powód miał ukończyć roboty.

Biegli wskazali też na wady projektu będącego podstawą wykonania robót restauracji fast food , w którym przewidziano niewłaściwy typ separatora(do zabudowy zewnętrznej zamiast do zabudowy wewnętrznej, co także spowodowało opóźnienie wykonywanych przez powoda robót.

Biegli odwołując się w sposób szczegółowy do zapisów w dzienniku budowy, dokumentów załączonych do akt, w tym harmonogramu robót instalacyjnych dotyczącego umowy nr (...) , przedłożonych przez powoda zdjęć, jak również zeznań świadków, wykazali jakich robót zleconych oboma umowami powód nie mógł wykonać w terminie z uwagi na konkretne zaniedbania pozwanego w zakresie terminowego wykonywania przez niego robót, których realizacja stwarzała dopiero front robót dla powoda.

Nie budzi wątpliwości stanowisko biegłych odnośnie do skutków braku do końca realizacji inwestycji docelowego zasilania energetycznego na obu realizowanych przez powoda obiektach. Powód nie mógł w związku z tym wykonać prób pomontażowych oraz kompleksowego uruchomienia instalacji klimatyzacji instalacji ciepła technologicznego, wody lodowej bez ryzyka awarii i utraty gwarancji producenta i dostawcy urządzeń.

Zwracano na to uwagę w protokole odbioru technicznego z 23.12.2010r. , w którym wskazano, że dopiero po załączeniu energii elektrycznej docelowej odbędzie się sprawdzenie wszystkich urządzeń.

Nie znajdowałoby żadnego uzasadnienia oczekiwanie od powoda, że podejmie wskazane ryzyka związane z uruchomieniem instalacji na zasilaniu tymczasowym – których skutki w pełni by go obciążały - w tym tylko celu, by uchronić pozwanego od konsekwencji związanych z niewykonaniem obowiązku zapewnienia zasilania docelowego.

Opinia biegłych potwierdza przy tym stanowisko Sądu Okręgowego co do negatywnej oceny zeznań P. G. w części w jakiej wskazywał on na możliwość rozruchu urządzeń na prądzie zastępczym.

Powód miał zatem uzasadnioną przyczynę odmowy przystąpienia do uruchomienia instalacji bez zapewnienia zasilania docelowego.

Powód nie mógł antycypować akcentowanej przez pozwanego okoliczności, że dokonany ostatecznie przez pozwanego rozruch urządzeń na zasilaniu docelowych nie spowodował negatywnych konsekwencji.

Jak wskazano w opinii z uwagi na niemożność uruchomienia wskazanych instalacji powód umniejszył swoje wynagrodzenie z tego tytułu o 10%.

Biegli potwierdzili wskazania powoda zawarte w piśmie procesowym z dnia 12.09.2013r., w którym określono jakie konkretnie pozycje w protokołach do faktur (...) zostały obniżone do 90%.

Pozwany nie kwestionował w tym zakresie przedmiotowych twierdzeń powoda ani opinii biegłych.

Odnosnie do ustalenia jakie roboty zostały wykonane przez podwykonawców W. G. na kwotę 34.536,22 zł oraz (...) na kwotę 69.249 i ustalenia, czy wchodziły one w zakres robót, które zgodnie z umową miały być wykonane przez powoda, biegli stwierdzili, że K. L. wykonał modernizację układów wentylacji, są to roboty ulepszające instalacje wykonane poprawnie przez powoda zgodnie z dostarczoną przez pozwanego zatwierdzoną dokumentacją projektową i dla tych robót brak jest podstaw by ich kosztami obciążać powoda.

Z kolei W. G. wykonał szereg drobnych prac instalacyjnych, a w aktach brak jest udokumentowania, że roboty te dotyczyły konieczności usunięcia wad wykonawstwa zgłoszonych uprzednio powodowi.

Biegli wskazali, że dokumentacja wykonawcza i powykonawcza inwestycji nie potwierdza udokumentowania zakresów, robót, które nie zostały wykonane przez powoda bądź zostały wykonane niezgodnie z zatwierdzoną dokumentacją, czy też z wadami wykonawstwa.

Wnioski te zbieżne są z dokumentami w postaci oświadczeń K. F. (1) kierownika budowy.

W oświadczeniu z dnia 1.12.2010r. wskazał on, że budynki handlowo-usługowy oraz myjni zostały wykonane zgodnie z projektem budowlanym, warunkami pozwolenia na budowę obowiązującymi przepisami i normami(k. 1635) co zostało także pozytywnie zaopiniowane m.in. przez Powiatowy Inspektorat Sanitarny w L.(k. 1640) i w konsekwencji inwestor otrzymał w dniu 10.12.2010r. pozwolenie na użytkowanie.

Podobne oświadczenie K. F. złożył 23.12.2010r. w odniesieniu do budynku restauracji fast food oraz salonu motoryzacyjnego z serwisem; pozwolenie na użytkowanie wydane zostało 27.12.2010r. w oparciu m.in. o pozytywną opinię sanitarną udzieloną przez Powiatowy Inspektorat Sanitarny w L.(k. 1673-74,1667).

W kontekście tych dokumentów za tym bardziej uzasadnioną należy uznać dokonaną przez Sąd Okręgowy ocenę dowodu z zeznań K. F..

Zeznania świadka odnoszące się do wadliwości robót wykonanych przez stronę powodową pozostają w dysharmonii z treścią wskazanych oświadczeń.

Jak słusznie zaakcentował Sąd Okręgowy świadkowie W,G. i P. B. nie mieli wiedzy o tym jaki był zakres umownych obowiązków powoda.

Należy w tym miejscu wskazać, że nie może być uznana za przydatną dla sprawy opinia biegłego W. Ł., który w swej ekspertyzie wskazał, że opracował ją na podstawie informacji uzyskanych bezpośrednio od niewskazanych imiennie w opinii przedstawicieli obu ww. przedsiębiorców.

Tymczasem nie jest rolą biegłego poszukiwanie i gromadzenie materiału dowodowego, zwłaszcza pochodzącego ze źródeł osobowych.

Opinia nie może oparta o tego rodzaju pozaprosesowe ustalenia biegłego, lecz o materiał zgromadzony w aktach sprawy.

Pozwany w piśmie procesowym z dnia 17.06.2019r. zawierającym zastrzeżenia do opinii biegłych podał jakoby wskazani podwykonawcy, którzy pojawili się na budowie po 23.12.2010r., stwierdzili, że powód nie wykonał szeregu prac objętych projektem bądź też, że nie wbudował urządzeń i materiałów takich jak w projekcie co skutkowało bądź całkowitą niesprawnością wykonanych instalacji, bądź wadliwym działaniem.

Podobne twierdzenia pozwany podniósł w piśmie z 7 stycznia 2020r.

Trzeba zatem stwierdzić, że gdyby twierdzenia te miały być zgodne z prawdą, to niewytłumaczalny byłby fakt złożenia przez kierownika budowy świadka K. F. wskazanych wyżej oświadczeń z 1 i 23 grudnia 2010r., wydania pozwoleń na użytkowanie w dniach 10 i 27.12.2010r. i pozytywnych opinii sanitarnych, istotnych dla sprawy z uwagi na charakter robót wykonywanych przez powoda.

Złożenia takich oświadczeń przez kierownika budowy i udzielenie wskazanych pozwoleń oraz zgód można by sobie wyobrazić ewentualnie w przypadku jakichś drobnych usterek, a nie „wad skutkujących całkowitą niesprawnością wykonanych instalacji, bądź wadliwym działaniem”.

Nadto wykonawca W. G. dopiero 14.01.2011r. złożył pozwanemu ofertę na wykonanie robót, a pozwany zlecił wykonanie robót przedsiębiorstwu (...) 01.2011r., czyli nastąpiło to ponad miesiąc od wydania pozwolenia na użytkowanie budynku handlowo-usługowego oraz myjni i ponad 3 tygodnie po wydaniu pozwolenia na użytkowanie budynku restauracji fast food oraz salonu motoryzacyjnego z serwisem.

Treść tych dokumentów zaprzecza zeznaniom świadków W. G. i P. B. jakoby roboty wykonywali już w grudniu 2010r.

Brak jest jakichkolwiek powodów do przyjęcia, że dokumenty te miałyby być opatrzone datami późniejszymi niż faktyczne rozpoczęcie robót przez obu podwykonawców.

Należy zatem założyć, że świadkowie nie pamiętali dokładnych dat wykonywania robót na zlecenie pozwanego.

W powołanym zleceniu pozwanego do firmy (...) z 17.01.2011r. termin realizacji zlecenia określono na 15.03.2011r., a wykonawca wystawił faktury dopiero 15.04.2011r., 16.05.2011r. i 15.07.2011r. (k. 183-185).

Tym bardziej nie wytrzymuje krytyki twierdzenie pozwanego jakoby wykonawca ten wykonywał swe roboty w grudniu 2010r.

Jak zaakcentował Sąd Najwyższy w powołanym zleceniu dla firmy (...) mowa jest o poprowadzeniu nowych instalacji dla urządzeń wentylacyjnych klimatyzacyjnych i grzewczych (k. 179).

Wszystko to potwierdza stanowisko biegłych co do tego, że zleczone ww. podwykonawcom roboty obejmowały modernizację układów wentylacji i klimatyzacji oraz usunięcie mało istotnych usterek w robotach instalacyjnych (k. 1741) i to w sytuacji, gdy bezsporne było, że pozwany nie wzywał powoda do ich usunięcia, zakładając a priori - co przyznał na rozprawie z dnia 21.11.2013r - że powód tego nie uczyni, czemu powód na tej rozprawie zaprzeczył.

Biegli podkreślili znaczenie dla sprawy dokumentu w postaci protokołu odbioru obiektów zadania inwestycyjnego z dnia 23.12.2010r., który potwierdza, że powód wykonał roboty, a wskazano w nim jedynie niewiele mało istotnych usterek w zakresie robót instalacyjnych.

Wyraźnie wskazano w protokole, że sprawdzenie urządzeń nastąpi po załączeniu docelowej energii elektrycznej.

Jak to już wyżej wskazano powód tych czynności wprawdzie nie wykonał, lecz obniżył z tego tytułu swoje wynagrodzenie.

Biegli Polskiego (...) w sposób wyczerpujący, przekonujący i zrozumiały odnieśli się do zastrzeżeń pozwanej w opinii uzupełniającej z dnia 18 września 2019r. oraz w wyjaśnieniach na posiedzeniu w dniu 10.12.2019r.

W ocenie Sądu Apelacyjnego opinia biegłych Polskiego (...) jest wiarygodna i przydatna dla rozstrzygnięcia sprawy.

Jak podkreśla się w judykaturze opinia biegłego podlega, jak inne dowody, ocenie według art. 233 § 1 k.p.c., lecz co odróżnia ją pod tym względem, to szczególne dla tego dowodu kryteria oceny, które stanowią: poziom wiedzy biegłego, podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania sformułowanego w niej stanowiska oraz stopień stanowczości wyrażonych w niej ocen, a także zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej.

Brak jest podstaw do kwestionowania wysokich kwalifikacji biegłych; żadna ze stron nie kwestionowała wyboru rzeczoznawców do wykonania opinii.

Opinia zawiera stanowcze oceny i w taki też stanowczy i konkretny sposób biegli odnieśli się do zastrzeżeń strony pozwanej w opinii uzupełniającej oraz w toku ustnego wysłuchania.

Okoliczność, że w opinii uzupełniającej znalazły się akcenty polemiczne, odnoszące się do treści uwag pełnomocnika pozwanej do treści opinii podstawowej, nie może dyskwalifikować merytorycznej przydatności opinii do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, choć niewątpliwie można mieć zastrzeżenia do użytych przez biegłych i akcentowanych przez pozwanej konkretnych sformułowań pod adresem pełnomocnika pozwanej.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie sposób uznać, by biegli demonstrowali w ten sposób swoją nieprzychylność w stosunku do strony pozwanej.

Mamy tu do czynienia z emocjonalną reakcją na krytykę merytorycznej wartości opinii, którą to krytykę biegli uznali za wysoce nieuzasadnioną.

Sąd Apelacyjny dążąc do prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy powierzył wydanie opinii w niniejszej skomplikowanej sprawie Polskiemu (...), kierując się założeniem, że podmiot ten gwarantuje wysoki poziom merytoryczny ekspertyzy.

Osoby, które w ramach tego podmiotu sporządziły opinię nie są jednak stałymi biegłymi sądowymi i w konsekwencji nie mają dużego doświadczenia procesowego, wraz z którym nabiera się wiedzy o tym, że osoby podejmujące się opracowania opinii na potrzeby sądu muszą liczyć się krytyką opinii przez pełnomocników procesowych, którzy dbając o interesy swego mandanta przedstawiają argumentację nie zawsze stanowiącą - w ocenie biegłych - rzetelne odniesienie się do istoty zagadnień poddanych badaniu biegłych.

Wyjaśnia to motywy przedmiotowej reakcji biegłych, której jak już wyżej wskazano, nie można uznać za właściwą, lecz nie sposób przyjąć, by była ona wyrazem niechęci autorów opinii do strony pozwanej.

Nie można zgodzić się z twierdzeniami pozwanej co do rzekomego dużego stopnia ogólności opinii. Każdorazowo w opinii biegli, wskazując na konkretne opóźnienia w wykonywaniu przez pozwanej robót, których realizacja stanowiła warunek konieczny przystąpienia przez powoda do wykonywania robót instalacyjnych, powoływali się na stosowne zapisy w dzienniku budowy(na którego treść powód nie miał wpływu) oraz ściśle oznaczone zdjęcia z przedłożonej przez powoda dokumentacji jak również na pisma powoda, w których ad hoc wskazywał on na przypadki niedostępności mu frontu robót i domagał się od pozwanej, aby zmienił ten stan rzeczy.

Co istotne, biegli przywołując w opinii poszczególne zdjęcia wyjaśniali, z uwzględnieniem posiadanej wiedzy specjalnej, jakie wnioski wynikają z tych ilustracji.

Opinia w pełni potwierdza ustalenia i wnioski Sądu Okręgowego co do tego, że powód nie wykonał robót w terminie z przyczyn od siebie niezależnych, za to zależnych od pozwanej, który jako generalny wykonawca inwestycji dopuszczał się znaczących opóźnień w realizacji swoich robót i nienależycie koordynował roboty, co skutkowało tym, że powód nie miał zabezpieczonego frontu robót instalacyjnych.

Potwierdzają to liczne pisma powoda, które były składane już w toku wykonywania robót.

Powód już 30 września 2010r. zwrócił się z pismem do powoda, w którym wskazywał, że z uwagi na stan zaawansowania robót niewchodzących w zakres zleconych mu prac (brak frontu robót do wykonania prac instalacyjnych, m.in. posadzek, wykończonych ścian wewnętrznych podpór konstrukcyjnych na dachu w celu zamontowania urządzeń, nieprzygotowania pomieszczenia kotłowni) zachodzi konieczność zawarcia aneksu do umowy w celu ustalenia nowego terminu zakończenia robót stanowiących przedmiot umowy.

W piśmie z tej samej daty powód, odnosząc się do umowy z 9.09.2010r., również wskazywał na stan zaawansowania prac niewchodzących w zakres zleconych mu robót oraz nie przekazanie mu placu budowy jako przyczynę braku możliwości rozpoczęcia prac instalacyjnych w budynku restauracji fast food. Na tej podstawie powód zwrócił się do pozwanego o wyznaczenie terminu spotkania w celu rozwiązania zaistniałego problemu i zawarcia aneksu do tej umowy.

Także w powołanych przez Sąd Okręgowy pismach z 28.10.2010r. oraz 25 listopada 2010r. powód wskazywał na brak możliwości wykonania montażu urządzeń sanitarnych i grzewczych z uwagi na brak frontu robót w pomieszczeniach stacji paliw oraz o niemożności uruchomienia kotłowni gazowych dla stacji paliw i salonu (...) z uwagi na brak instalacji elektrycznej oraz trwające roboty budowlane.

Także w piśmie z 11.10.2010r. powód poinformował pozwanego o braku możliwości wykonania technologii kotłowni dla salonu motocyklowego z uwagi na „odległy termin montażu drzwi zewnętrznych” w związku z czym powód prosił pozwanego o pilną interwencję.

Na liczne niezależne od powoda przeszkody dla terminowego wykonania robót (brak podpór konstrukcyjnych dla central wentylacyjnych, wentylatorów i agregatów chłodniczych, brak instalacji energetycznej w kotłowni, brak podejść energetycznych dla urządzeń grzewczo-klimatyzacyjnych, zmiana typu szafy hydrantowej, która miała zostać dostarczona dopiero 3.12.2010r., brak zagazowania instalacji gazowej z uwagi na brak urządzeń kuchennych) powód wskazał także w piśmie z 30.11.2010r.

Na fakt, że takie opóźnienia innych robót, które uniemożliwiały powodowi terminowe wykonywanie zamówionych u niego robót, rzeczywiście występowały wskazują także pozytywnie w aspekcie wiarygodności ocenione przez Sąd Okręgowy zeznania świadków L. M., M. P. oraz reprezentanta powoda W. G..

Brak jest podstaw do kwestionowania wiarygodności tych zeznań, czego nie czyni się także w środку odwoławczym, w którym wskazuje się jedynie na okoliczność, że dowody te nie powinny zostać dopuszczone z uwagi na prekluzję z art. 479¹² kpc.

Odnosząc się w tym miejscu do kwestii prekluzji wynikającej z powołanego przepisu należy zauważyć, iż w judykaturze podkreśla się, że nawet w warunkach kontradiktoryjnej procedury cywilnej nie podstaw do pomijania przez sądy zasady procesu sprawiedliwego, opartego na wszechstronnym badaniu okoliczności sprawy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2008 r. II CSK 167/08).

Jak dalej wskazano w tym judykacie prawidłowe osądzenie sprawy wymaga, by sąd nie pominął istotnych faktów i dowodów, których uwzględnienie miałooby znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Z obowiązywania norm o prekluzji dowodowej nie można bowiem wyprowadzać wniosku o ograniczeniu dopuszczenia w postępowaniu apelacyjnym przez sąd z urzędu istotnego dowodu nawet sprekludowanego, jak i niepowołanego przez strony. Takiemu stanowisku dał wyraz Sąd Najwyższy między innymi w orzeczeniu z dnia 22 lutego 2006 r., III CK 241/05 (OSNC 2006, nr 10, poz. 174) i w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 19 maja 2000 r., III CZP 4/00 (OSNC 2000, nr 11, poz. 195).

W kontekście tych wskazań należy zauważyć, że nie byłoby w niniejszej sprawie uzasadnione ściśle stosowanie restrykcyjnych zapisów art. 479¹² kpc, które to przepis został uchylony m.in. właśnie z tego powodu, że niejednokrotnie praktyka sądowa na gruncie jego stosowania kolidowała z regułami sprawiedliwego procesu cywilnego.

Należy też zauważyć, że potrzeba powołania dowodów wskazanych w piśmie powoda z 5.08.2011r. powstała w związku z twierdzeniami strony pozwanej, które uzasadniały stosowną reakcją procesową powoda.

Wracając do kwestii występowania niezależnych od powoda przeszkód w możliwości terminowego wykonania robót z uwagi na niewykonane prace z innych branż

należy wskazać, że potwierdza je także treść protokołu z 13.10.2010r. podpisanego przez kierownika budowy, inspektora nadzoru i przedstawiciela inwestora(k. 252-253).

Jak to już wskazano biegli Polskiego (...) w P. przy wydawaniu opinii wykorzystali przy wydawaniu opinii także zdjęcia przedstawione przez stronę powodową i dołączone do powołanego wyżej pisma procesowego z 5.08.2011r.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie budzi wątpliwości wykorzystanie tego materiału przez biegłych.

Zdjęcia te są ponumerowane i opatrzone krótkim opisem ze wskazaniem daty ich wykonania i przedstawiają w ujęciu czasowym przebieg inwestycji.

Zabezpieczenie przez powoda tego materiału ikonograficznego stanowi - obok wysyłania do strony pozwanej licznych pism wskazujących na niemożność wykonywania przez niego robót z uwagi na brak frontu robót wynikającego z opóźnienia robót, które wykonywał pozwany – przejaw należytej dbałości powoda o udokumentowanie przebiegu inwestycji w kontekście tych niezawinionych przez powoda przyczyn opóźnienia w wykonaniu zamówionych robót.

Zdjęcia obok dokumentacji budowlanej i zeznań świadków stanowiły wartościowy materiał umożliwiający opracowanie szczegółowej opinii w niniejszej sprawie.

Należy też ponownie zaakcentować, że brak jest wpisów w dzienniku informujących o zaniedbaniach powoda prowadzących do opóźnienia inwestycji, co zaprzecza twierdzeniom pozwanego jakoby to powód spowodował opóźnienia robót ogólnobudowlanych. Nie budzi zatem wątpliwości, że naliczone przez stronę pozwaną i zgłoszone do potrącenia należności z tytułu kar umownych w rzeczywistości stronie pozwanej nie przysługiwały, gdyż do opóźnień powoda doszło wyłącznie z przyczyn leżących po stronie pozwanego, który nie zabezpieczył powodowi frontu robót opóźniając się z wykonaniem robót (lub też nienależycie koordynując roboty), których ukończenie dopiero umożliwiło powodowi realizację prac instalacyjnych. Tymczasem kary umowne w obu kontraktach stron zastrzeżone były na wypadek zwłoki powoda, o której w ustalonych okolicznościach nie sposób mówić. Stosownie do powyższych wskazań nie sposób także uznać, by powód dochodził wynagrodzenia za niewykonane przez siebie roboty i by roboty były wykonane wadliwie. Powód nie kwestionował stanowiska pozwanego, który wskazał, że zapłacił powodowi tytułem wynagrodzenia za roboty nie objęte żądaniem pozwu łączną kwotą 753.068,32 zł oraz że powód wystawił pozwanemu faktury na łączną kwotę 1.805.264,50zł(z uwzględnieniem korekty faktury (...)). Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku kasacyjnego wskazał, że z ustaleń poczynionych w sprawie wynika, że łącznie umówione wynagrodzenie powoda z trzech umów łączących strony wynosi 1 869 040 zł brutto. Jak wynika z ustaleń Sądu Okręgowego po podpisaniu umowy okazało się, że budynek restauracji zostanie nieco obrócony i nie będzie potrzeby wykonania prac polegających na przełożeniu i przebudowie istniejących sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej. W związku z powyższym z zakresu robót wyłączono prace w zakresie usunięcia istniejących sieci i wykonanie 35 mb kanalizacji sanitarnej wraz z trzema studniami oraz 43,5 mb sieci wodociągowej. Pozwany z uwagi na powyższe obniżył wynagrodzenie z faktury (...) o 24.000zł netto 29.280zł brutto (dokonując korekty) i dochodził z niej wynagrodzenia w wysokości 176.254,16zł zamiast 205.534,16zł.

Czyli ostatecznie umówione wynagrodzenie brutto wynosiło 1.839.760zł i powód nie dochodzi w niniejszym procesie – z uwzględnieniem otrzymanych wypłat przed procesem – wynagrodzenia zawyżonego w stosunku do wysokości wynagrodzenia ustalonego w umowach stron.

Pozwany twierdzi wprawdzie, że obniżenie wynagrodzenia z uwagi na powyższą zmianę zakresu robót winno wynosić brutto 47.428,50zł, lecz w ocenie Sądu Apelacyjnego nie sposób uznać, by było to stanowisko uzasadnione.

Skarżący powołuje się na opinię biegłego Ł., która jak to już wyżej wskazano nie może być uznana za wartościowy materiał dowodowy.

W ocenie Sądu Apelacyjnego skoro przedmiotowe zmniejszenie zakresu robót wynikło z przyczyn niezależnych od powodowego podwykonawcy robót instalacyjnych i było wynikiem błędu projektowego obciążającego w relacji stron pozwanego jako zamawiającego, to pozwany nie może domagać się obniżenia wynagrodzenia powoda ponad kwotę, którą powód dobrowolnie zaakceptował.

Mamy tu w istocie do czynienia z odstąpieniem pozwanego od tej części umowy, która obejmowała wykonanie zbędnych dla niego robót.

Zatem powód miał prawo do umówionego wynagrodzenia, a pozwany mógłby co najwyżej odliczyć – co musiałby wykazać – to co powód oszczędził z powodu niewykonania w tej części robót(art. 644 kc w zw. z art. 656 kc).

Tego pozwany nie wykazał, bowiem w opinii biegłego W. Ł. – pomijając już nawet powyższe wskazania co do wartości merytorycznej tej ekspertyzy – nie wskazano bynajmniej oszczędności, o których mowa w art. 644 kc.

Tylko ubocznie zauważyć należy, że gdyby nawet przyjąć stanowisko pozwanego co do wartości wyłączonych robót to i tak wystawione przez powoda faktury byłyby niższe od zweryfikowanej wartości wynagrodzenia określonego w łączących strony umowach.

Jak wynika z opinii biegłych powód wykonał zleczone mu roboty praktycznie w całości – poza robotami związanymi z uruchomieniem systemów i urządzeń co wynikało z braku zasilania docelowego i powód wynagrodzenie z tego tytułu nie pobrał.

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny na zasadzie art. 386§ 1 kpc i art. 385 kpc.

IV. Zmienił zaskarżony wyrok w punkcie 2 w ten sposób, że:

- kosztami procesu między powodem a pozwanym Przedsiębiorstwo

(...) z siedzibą w

L. obciążył pozwanego, przy czym szczegółowe ich wyliczenie

pozostawi referendarzowi sądowemu w Sądzie Okręgowym w Poznaniu;

- nakazał ściągnąć od pozwanego Przedsiębiorstwo (...)

spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L. na rzecz

Skarbu Państwa (Sąd Okręgowy w Poznaniu) kwotę 47.562 zł z tytułu

nieuiszczonych kosztów sądowych;

V. w pozostałym zakresie apelację oddalił;

VI. zasądził od pozwanego na rzecz powoda 43.210,23 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego i kasacyjnego.

Konieczność zmiany zaskarżonego wyroku w punkcie 2 wynikała z faktu, że ten punkt odnosił się także do kosztów postępowania powstałych między powodem a inwestorem i w tym zakresie wyrok był już wcześniej prawomocny

Powód, który wygrał w postępowaniu apelacyjnym w całości poniósł wydatki w postępowaniu apelacyjnym w wysokości 14.156,32 zł + 8. 021,91 zł + 7.852zł razem 30.030,23 zł.

W postępowaniu kasacyjnym powód poniósł koszty w wysokości 5.080zł (opłata) oraz wynagrodzenie pełnomocnika 8.100zł. Stosownie do postanowień art. 98 kpc w zw. z art. 391 § 1 kpc w zw. z art. 398²¹ kpc uzasadniało orzeczenie w punkcie III wyroku.

Małgorzata Gulczyńska Mikołaj Tomaszewski Piotr Górecki

--	--	--