

Sygn. akt I ACa 324/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 listopada 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: SA Robert Obrębski

Sędziowie: SA Dorota Markiewicz (spr.)

SO (del.) Małgorzata Perdion - Kalicka

Protokolant: referent – stażysta Joanna Mikulska

po rozpoznaniu w dniu 13 listopada 2015r. na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. i W. Ż.

przeciwko Instytutowi (...) im. prof. dr hab. E. R. w W.

o zapłatę

na skutek apelacji powodów

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 października 2014 r.

sygn. akt XXIV C 1216/12

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym w części w ten sposób, że zasądza od Instytutu (...) im. prof. dr hab. E. R. w W. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. i W. Ż. kwotę 342.604,62 zł (trzysta czterdzieści dwa tysiące sześćset cztery złote sześćdziesiąt dwa grosze) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 13 lutego 2012r. do dnia zapłaty oraz w punkcie drugim w ten sposób, że zasądza od Instytutu (...) im. prof. dr hab. E. R. w W. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. i W. Ż. kwotę 15.264,94 zł (piętnaście tysięcy dwieście sześćdziesiąt cztery złote dziewięćdziesiąt cztery grosze) tytułem zwrotu kosztów procesu;

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza od Instytutu (...) im. prof. dr hab. E. R. w W. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. i W. Ż. kwotę 15.731,07 zł (piętnaście tysięcy siedemset trzydzieści jeden złotych siedem groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

SSA Dorota Markiewicz SSA Robert Obrębski SSO Małgorzata Perdion-Kalicka

Sygn. akt I ACa 324/15

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 15 czerwca 2012 r. powodowie: (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. oraz W. Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano- (...) z siedzibą w W. wnieśli o zasądzenie od pozwanego Instytutu (...) im. prof. dr hab. med. E. R. kwoty 926.204,39 zł wraz z ustawowymi

odsetkami liczonymi od dnia 13 lutego 2012 r. do dnia zapłaty – tytułem wynagrodzenia za prace wykonane na podstawie łączącej strony umowy o roboty budowlane.

Nakazem zapłaty wydanym w postępowaniu upominawczym w dniu 24 września 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie uwzględnił powództwo.

Sprzeciwem od nakazu zapłaty pozwany wniósł o oddalenie powództwa. W uzasadnieniu wskazał, że żądanie powodów jest bezzasadne, albowiem pozwany z uwagi na opóźnienia powodów w wykonaniu umowy odstąpił od niej i z dochodzonej przez powodów kwoty potrącił kary umowne na nich nałożone.

Pismem z dnia 31 stycznia 2013 r. powodowie zaprzeczyli twierdzeniom pozwanego, jakoby wykonali oni prace stanowiące przedmiot łączącej strony umowy z opóźnieniem, za które ponosiliby odpowiedzialność. Powodowie zakwestionowali wyliczoną przez pozwanego wysokość kar umownych. W ocenie powodów brak było podstaw do naliczenia przez pozwanego kary umownej w wysokości 1.120.511,77 zł. Jednocześnie powodowie wskazali, że pozwany nigdy nie złożył im oświadczenia w przedmiocie potrącenia wzajemnych roszczeń.

Pismem przygotowawczym z dnia 14 lutego 2013 r. powodowie podtrzymali dotychczasowe stanowisko, iż pozwany nie złożył im oświadczenia o potrąceniu wierzytelności z tytułu naliczonych kar umownych za opóźnienie lub odstąpienie od umowy. Wskazali jednocześnie, że jedyną przyczyną niedochowania terminu wynikającego z łączącej strony umowy było niewłaściwe przygotowanie przez pozwanego dokumentacji niezbędnej do przeprowadzenia robót oraz brak weryfikacji przez pozwanego rzeczywistego stanu klinik, która miała zostać przebudowana na podstawie łączącej strony umowy oraz brak podejmowania przez pozwanego niezbędnych dla realizacji prac decyzji. Powodowie podnieśli także, że wykonali na rzecz pozwanego również szereg innych prac dodatkowych, wykraczających poza zakres i przedmiot łączącej strony umowy. Prace dodatkowe stały się główną przyczyną opóźnienia w wykonaniu przez powodów prac objętych przedmiotem umowy. Jednocześnie powodowie wnieśli o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa.

W piśmie procesowym z dnia 4 czerwca 2013 r. pozwany ponownie stwierdził, że wyłączną przyczyną niedochowania terminu wykonania zleconych powodom prac, nie było niewłaściwe przygotowanie przez pozwanego dokumentacji niezbędnej do prowadzenia robót oraz brak weryfikacji przez pozwanego stanu klinik, czy też brak podejmowania niezbędnych dla realizacji prac decyzji, lecz zła organizacja pracy powodów, brak doświadczenia, wiedzy, profesjonalizmu, czy adekwatnego i koniecznego do przedmiotowej inwestycji zasobu kadrowego. Jednocześnie pozwany podkreślił, że w momencie wejścia powodów na budowę nie zgłaszali oni żadnych uwag odnośnie dokumentacji i że z wykonania dodatkowych prac sporządza się protokół koniecznościowy, akceptowany przez inspektora nadzoru, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Dodatkowe prace, które miały być wykonane przez powodów, nie zostały też zgłoszone do odbioru i nie zostały odebrane przez inspektora nadzoru. Z kolei przedstawione przez pozwanych kosztorysy miały charakter jedynie informacyjny i nie były akceptowane przez pozwanego, gdyż prace te miały być wykonywane w ramach ryczałtu, określonego w łączącej strony umowie, a nie za dodatkowe wynagrodzenie.

Na terminie rozprawy w dniu 23 września 2014 r. powodowie cofnęli wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa.

Wyrokiem z dnia 6 października 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo i zasądził od powodów solidarnie na rzecz pozwanego kwotę 7.200 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 1 lipca 2011 r. powodowie zawarli umowę konsorcjum, celem wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszonego przez Instytut (...) im. prof. dr hab. med. E. R. w W. w przedmiocie przebudowania i wyposażenia klinik Instytutu (...) dla zadania „Podniesienie jakości i dostępności świadczeń zdrowotnych poprzez wymianę (...) i modernizację Klinik Instytutu (...) w W.” oraz wspólnej realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku jego uzyskania.

Dnia 25 lipca 2011 r. pozwany zawarł z konsorcjum umowę nr (...), na podstawie której wykonawcy zobowiązali się do dokonania przebudowy i wyposażenia klinik Instytutu (...) dla zadania „Podniesienie jakości i dostępności świadczeń zdrowotnych poprzez wymianę (...) i modernizację Klinik Instytutu (...) w W.” na zasadach i warunkach szczegółowo określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Liderem konsorcjum ustanowiono spółkę (...). Za wykonanie prac objętych umową wykonawcom przysługiwało wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 5.835.997,67 zł brutto. Umowa została zawarta na czas wykonania robót, tj. od dnia podpisania umowy do dnia 15 czerwca 2012 r. W umowie wskazano także, że w przypadku braku realizacji, w tym opóźnienia w prawidłowej realizacji prac, za które odpowiadają wykonawcy, w stosunku do terminów określonych w umowie, zamawiający może żądać od wykonawców zapłaty kar umownych w wysokości sprecyzowanej w treści umowy, a ponadto zamawiający uprawniony został do potrącenia naliczonych kar umownych z wynagrodzenia wykonawców oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Część wykonanych przez powodów, w okresie od dnia 1 października 2011 r. do dnia 31 grudnia 2011 r. robót została odebrana przez pozwanego w dniu 9 stycznia 2012 r.

Sąd Okręgowy ustalił, że w trakcie wykonywanych prac ze strony wykonawców dochodziło do szeregu uchybień takich jak: brak obecności kadry kierowniczej wykonawców, słabe tempo prowadzonych robót, wynikające między innymi z niewystarczającej liczby zatrudnionych pracowników i ich niewystarczających umiejętności technicznych, brak odpowiedniej koordynacji robót i nadzoru nad ich realizacją, wykonywanie robót w sposób chaotyczny, w złej kolejności, brak umiejętności technicznych i doświadczenia kadry kierowniczej oraz technicznej, brak zapewnienia właściwego sprzętu i w efekcie wykonywanie prac ręcznie, co w konsekwencji skutkowało opóźnieniem w oddawaniu etapów inwestycji (pierwszy etap inwestycji wykonawca powinien oddać w dniu 15 grudnia 2011 r., co jednak nie nastąpiło).

W okresie od dnia 29 listopada 2011 r. do dnia 8 grudnia 2011 r. wykonawcy nie zgłosili inspektorowi nadzoru żadnych robót budowlanych do odbioru. Na budowie stwierdzono ponadto brak przestrzegania podstawowych warunków i przepisów BHP m.in. w zakresie wyposażenia pracowników w środki ochrony osobistej, stosowania rusztowań typu warszawskiego bez właściwych zabezpieczeń i podestów, niedostateczne oświetlenie stanowisk pracy, brak właściwego zabezpieczenia butli technicznych w miejscu prowadzenia prac, czy niewłaściwe składowanie materiałów na stropach przebudowywanych klinik. Wykonawcy na zgłaszane przez nadzór inwestorski uwagi reagowali ze znacznym opóźnieniem lub wcale nie wykonywali poleceń. W dniu 31 stycznia 2012 r. wykonawcy nadal nie zakończyli pierwszego etapu inwestycji, nie będąc jednocześnie gotowymi do rozpoczęcia drugiego etapu prac. Powyższe uchybienia skutkowały niedotrzymaniem przez wykonawców ostatecznego terminu zakończenia zadania kontraktowego wyznaczonego na dzień 15 czerwca 2012 r.

W toku prac budowlanych powodowie informowali pozwanego, że powstałe opóźnienia w wykonaniu zleconych prac wynikają przede wszystkim z ujawnionych błędów projektowych takich jak: złe przyjęcie grubości poszczególnych warstw # poziom posadzki wchodził w światło windy, błędnego zaprojektowania nowych warstw posadzkowych, czy ujawnionych kolizji z projektowanymi trasami c.o. i wody. Prace demontażowe i montażowe zostały opóźnione przez wystąpienie na budowie azbestu, a prace pionów wodno # kanalizacyjnych przez niesprawne, stare zawory. Powodowie wskazali również, że same rozwiązania projektowe są dostarczane z ponad tygodniowym opóźnieniem.

Powodowie wykonali także dodatkowe, nieobjęte przedmiotem umowy prace takie jak: wykonanie dodatkowego metrażu tynku (zamiast pierwotnych 300 m² wykonano 1.200 m²), uzupełnienie przebiccia w stropie, czy deskowanie konstrukcji. Należność powstała z tego tytułu opiewała na łączną kwotę 58.992,65 zł

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 10 stycznia 2012 r. (...) sp. z o.o. wystawiła pozwanemu fakturę VAT nr (...) na łączną kwotę 926.204,39 zł.

W związku z zaistniałymi uchybieniami pismem z dnia 30 stycznia 2012 r. pozwany odstąpił od zawartej z powodami umowy. Powołał się na brzmienie § 3 ust. 3 wiążącej strony umowy, w myśl którego zakończenie pierwszego etapu

robót miało nastąpić do dnia 15 grudnia 2011 r., łącznie z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, wskazując jednocześnie, że zapis § 3 ust. 4 umowy stanowi, iż przystąpienie do realizacji drugiego etapu umowy mogło nastąpić po otrzymaniu pozwolenia na użytkowanie i przekazaniu zamawiającemu pomieszczeń zmodernizowanych w pierwszym etapie wraz z usunięciem ewentualnych usterek. Tymczasem do dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy pierwszy etap robót nie został ukończony.

Pismem z dnia 9 lutego 2012 r. powodowie wezwali pozwanego do zapłaty kwoty objętej fakturą, podnosząc, że odstąpienie pozwanego od łączącej strony umowy było niezgodne z jej postanowieniami i w związku z tym nie wywołało skutków prawnych. Jednocześnie powodowie wskazali, że wszelka dokumentacja wraz z dziennikiem budowy zostanie pozwanemu przekazana niezwłocznie po przekazaniu terenu budowy.

Pismem z dnia 11 kwietnia 2012 r. pozwany zawiadomił powodów o potrąceniu im z wynagrodzenia za grudzień 2011 r. wysokości nałożonych na nich kar umownych.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2012 roku powodowie wezwali pozwanego do dokonania weryfikacji wykonanych przez nich prac, przy jednoczesnym udziale obu stron umowy oraz wspólnie wybranego rzeczoznawcy z zakresu budownictwa.

W dniu 31 maja 2012 r. pozwany, w oparciu o brzmienie § 9 ust. 1 pkt. 1 i ust. 2 łączącej strony umowy obciążył powodów kwotą 1.120.511,77 zł tytułem kary umownej.

O naliczeniu kary umownej i jej wysokości powodowie zostali zawiadomieni w dniu 5 czerwca 2012 r.

W związku z wypowiedzeniem przez pozwanego umowy, powodowie nie dokończyli rozpoczętych prac budowlanych.

Po opuszczeniu terenu budowy kierownik budowy nie przekazał pozwanemu dziennika budowy.

Rozpoczęte przez powodów prace zostały dokończone przez innego wykonawcę.

Sąd Okręgowy wskazał, że w sprawie niniejszej niesporną okolicznością był fakt podpisania przez powodów wraz z pozwanym umowy o roboty budowlane w zakresie przebudowy i wyposażenia klinik Instytutu (...), terminów zakończenia robót oraz wysokości i rodzaju wynagrodzenia.

Spornymi pomiędzy stronami były okoliczności odnoszące się do podstawy naliczania przez pozwanego powodom kar umownych, potrącenia ich wysokości z wynagrodzenia powodów oraz skuteczności odstąpienia przez pozwanego od umowy. Sporną kwestię stanowiły również przyczyny niedochowania umownego terminu wykonania projektu, w tym poszczególnych jego prac, szczegółowo wymienionych w harmonogramie rzeczowo-finansowym realizowanych robót.

Świadkowie S. M., B. W., R. H., I. Ł., M. J., T. S. (1) oraz J. S. zgodnie wskazali na uchybienia, jakich dopuścili się powodowie w trakcie prac budowlanych, takie jak zbyt małe zaangażowanie osób odpowiedzialnych za terminowe realizowanie prac, w tym zbyt mała liczba pracowników niezbędnych do wykonywania pracy, wykonywanie prac wbrew założeniom projektu budowlanego, brak wdrażania zaproponowanych przez inspektorów napraw, brak nadzoru ze strony osób odpowiedzialnych za nadzór i koordynowanie prac, brak likwidowania zasygnalizowanych usterek oraz uczestnictwa przedstawicieli powodów w spotkaniach koordynacyjnych. Świadkowie ci zgodnie wskazali, że główną przyczyną odstąpienia przez pozwanego od umowy były opóźnienia w realizacji przez powodów zleconych im prac budowlanych oraz że dokumentacja projektowa były dostępna już na etapie postępowania przetargowego, wówczas powodowie nie zgłaszali uwag do projektu budowlanego.

Świadek M. J., inspektor nadzoru do spraw elektrycznych stwierdził, że współpraca z powodami w kwestii odbioru prac w zakresie elektryki była prowadzona w sposób wystarczający, choć w sposób nie w pełni profesjonalny. Świadek słyszał o opóźnieniach w odbiorze instalacji sanitarnych i budowlanych, które wynikały z pracy ekipy budowlanej, a nie instalacji elektrycznej. Wskazał, że zgłaszane do projektanta uwagi odnośnie dokumentacji projektowej były podnoszone już na etapie postępowania przetargowego i na tym też etapie uwagi te były weryfikowane i uwzględniane.

Świadek potwierdził, że prace budowlane w ramach pierwszego etapu inwestycji, z uwagi na opóźnienia pracy nie zostały dokończone.

I. Ł., inspektor nadzoru do spraw instalacji sanitarnych wprost wskazała, że powodowie nie dotrzymywali terminów zleconych im do wykonania prac sanitarnych oraz, że wszelkie uwagi projektowe, o ile były zgłaszane przez powodów, były następnie wdrażane przez projektanta.

Z kolei świadek T. S. (1), inspektor nadzoru konstrukcji budowlanej podkreślił, że współpraca z powodami, zwłaszcza w zakresie nadzoru budowlanego układała się w sposób trudny. Na terenie budowy brakowało należytego nadzoru, już na wstępnym etapie prac, z uwagi na nieprofesjonalny, niekompetentny i zmienny personel oraz wyjątkowo częstą nieobecność kierownika budowy # osoby decyzyjnej, wiadomym było, że pierwszy etap inwestycji nie zostanie oddany w zakładanym pierwotnie terminie. Inspektor wskazał, że wykonywana przez pracowników powodów praca nie była wykonywana zgodnie ze sztuką budowlaną, z normami, z wytycznymi producentów i dostawców. Nie były przestrzegane też przepisy bhp, np. zbyt wysoce obciążano stropy, co doprowadziło do ich spękań. Wykonawca nie zgłaszał wniosku o wykonanie dodatkowych robót budowlanych, a jednocześnie nie dokończył, objętych umową, robót budowlanych. Świadek wskazał, że projekt dostarczony przez pozwanego był sporządzony w sposób na tyle wystarczający, że nie wymagał on uzupełnienia czy nanoszenia poprawek.

Sąd Okręgowy uznał zeznania wskazanych świadków za wiarygodne, gdyż były one spójne, logiczne i zgodne z materiałem dowodowym, a także z przedstawionymi w sprawie dokumentami.

Za niewiarygodne Sąd Okręgowy uznał zeznania świadków Z. K., D. P., G. S., T. S. (2), T. M. oraz K. S.. W ocenie Sądu zeznania tych świadków były tendencyjne, stronnicze, wprost stanowiły odzwierciedlenie argumentacji zawartej w treści pozwu i pism procesowych powodów. Nie bez znaczenia dla oceny wiarygodności przez Sąd złożonych przez świadków zeznań była również okoliczność pozostawiania tych świadków w stosunkach zawodowym z powodem. Za niewiarygodne Sąd Okręgowy uznał również zeznania W. Ż. # właściciela przedsiębiorstwa wchodzącego w skład powodowego konsorcjum.

Sąd Okręgowy oparł się w głównej mierze na złożonej do akt sprawy dokumentacji dotyczącej wykonywania przedmiotowych prac. Sąd dał wiarę złożonym dokumentom w zakresie tego, co zostało w nich zaświadczone, z uwagi na fakt, że wszystkie dokumenty zostały sporządzone z należyłą starannością, a ich treść nie budziła żadnych wątpliwości.

Sąd Okręgowy wskazał, że roszczenie powodów nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i 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.

Sąd Okręgowy wskazał, że terminu zakończenia prac wynikającego z umowy stron nie dotrzymano, bowiem powodowie nie wywiązali się z nałożonych na nich warunków umowy. Wykonawcy, wbrew zawartym w umowie oświadczeniom, nie dysponowali wystarczającymi środkami finansowymi, umiejętnościami technicznymi i doświadczeniem, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także maszynami i wyposażeniem niezbędnym do realizacji przedmiotu umowy. W istocie nie znali warunków pracy związanych z miejscem i sposobem wykonywania prac oraz nie przewidzieli trudności, jakie mogą wynikać w ich realizacji. Z tego tytułu nie mieli prawa dochodzić od inwestora dodatkowego wynagrodzenia, czy powoływać się na te okoliczności jako przyczyny przekraczania określonych w łączącej strony umowy terminów. Wykonawcy zobowiązali się do ponoszenia odpowiedzialności za szkody i zaniedbania powstałe z przyczyn przez nich zawinionych, a także za majątek własny oraz inwestora znajdujący się w obiekcie i na terenie objętym przedmiotem umowy, zapewnienia właściwej realizacji robót zgodnie z projektem budowlanym, z projektami wykonawczymi, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót,

treścią zawartą między stronami umowy, w tym zatwierdzonym harmonogramem rzeczowo-finansowym realizacji umowy, przepisami ustawy Prawo budowlane i aktami wykonawczymi do tej ustawy, a także z obowiązującymi przepisami, wiedzą techniczną, sztuką budowlaną oraz wymaganiami wynikającymi z obowiązujących norm i aprobat technicznych oraz aktualnych warunków wykonania i odbioru robót (...). Ponadto wykonawcy zobowiązani byli do przestrzegania przepisów BHP i p. poż., ponoszenia odpowiedzialności za szkody i następstwa nieszczęśliwych wypadków dotyczących pracowników i osób trzecich, powstałych w związku z prowadzonymi robotami budowlano-instalacyjnymi. Wykonawcy zobowiązani byli także do niezwłocznego poinformowania o zaistnieniu każdego takiego zdarzenia osoby odpowiedzialnej za nadzór nad wykonaniem zamówienia.

W ocenie Sądu Okręgowego przyczynami opóźnienia w realizacji umowy była zła organizacja pracy powodów, brak doświadczenia, wiedzy, profesjonalizmu powodów, brak adekwatnego i koniecznego do przedmiotowej inwestycji zasobu kadrowego oraz zaangażowania kierownika budowy, brak bezpośredniego nadzoru kadry kierowniczej nad wykonywanymi robotami, słabe tempo robót, niewystarczająca liczba wykwalifikowanych pracowników, dysponowanie personelem nieposiadającym odpowiednich kwalifikacji, niezgłaszanie robót do odbioru, w tym robót zanikowych, wbudowanie materiałów innych niż wskazane w projekcie, brak właściwej koordynacji robót, brak przestrzegania przepisów prawa i przepisów bhp, co skutkowało szeregiem błędów popełnianych przez personel powodów, a przede wszystkim doprowadziło do nieterminowej realizacji prac. Wykonanie umowy przerosło możliwości i umiejętności powodów.

Zdaniem Sądu Okręgowego, w związku z opóźnieniem w realizacji prac oraz brakiem realizacji drugiego etapu inwestycji, pozwany skutecznie odstąpił od umowy (§ 11 pkt. 2 umowy) oraz zasadnie zażądał od powodów zapłaty kary umownej w wysokości 1.120.511,77 zł. Sąd podkreślił, że w razie opieszałości oraz niestarannego działania wykonawcy inwestor może bez wyznaczenia terminu dodatkowego odstąpić od umowy jeszcze przed upływem terminu do wykonania budynku na podstawie art. 656 w związku z art. 635 k.c.

Wedle Sądu kwota kary umownej została określona zgodnie z łączącymi strony postanowieniami umowy. W przypadku opóźnień w wykonaniu przedmiotu umowy w stosunku do terminów określonych w treści umowy kara umowna stanowiła 0,2% wartości umowy brutto za każdy dzień opóźnienia (§9 ust. 1 pkt. 1). $5.835.997,67 \times 0,2\% = 11.671,99 \text{ zł} \times 46 \text{ dni opóźnienia} = 536.912,00 \text{ zł}$. Z kolei z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn za które odpowiadają powodowie, pozwany miał prawo zażądać od powodów zapłaty kary umownej w wysokości 10% wartości wynagrodzenia brutto określonego w treści umowy (§9 ust. 2), a $5.835.997,67 \times 10\% = 583.599,77 \text{ zł}$. Jednocześnie pozwany uprawniony był do potrącenia naliczonych kar umownych z wynagrodzenia powodów, co też uczynił (§9 ust. 4).

W ocenie Sądu Okręgowego wbrew twierdzeniom powodów wyjaśnienia związane z dokumentacją w zakresie jednych prac nie umożliwiły wykonania innych prac i nie miały wpływu na realizację umowy. Inspektorzy nadzoru na bieżąco informowali oraz wskazywali powodom na ich uchybienia, jednakże powodowie mimo wezwań nie przedstawili żadnego programu naprawczego celem dochowania wskazanych w umowie i harmonogramie prac terminów. Uwadze Sądu Okręgowego nie umknęła okoliczność, że zgodnie z postanowieniami łączącej strony umowy powodowie oświadczyli, że zapoznali się z dokumentacją projektową i nie wnieśli do niej żadnych uwag. Tym samym za bezpodstawne należało uznać twierdzenia powodów, jakoby opóźnienia w realizacji prac były wynikiem niekompletności dokumentacji projektowej, takie zastrzeżenie przed przystąpieniem do prac nie zostało przez powodów zgłoszone. Dokumentacja projektowa została udostępniona wykonawcom już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i przed upływem terminu składania ofert na wykonanie przedmiotowej inwestycji. Wykonawcy mieli wiedzę o dokumentacji, możliwość i obowiązek zapoznania się z nią jeszcze przed upływem terminu składania ofert. Powodowie musieli zapoznać się z dokumentacją, aby móc prawidłowo przygotować ofertę i określić jej cenę. Prace bez uwag odnośnie projektu, rozpoczęły się w terminie wskazanym w treści umowy.

Odnosząc się z kolei do kwestii poczynionych przez powodów dodatkowych prac budowlanych, Sąd Okręgowy uznał że wynagrodzenie za prace zawierało się w kwocie ryczałtu określonego przez strony w treści umowy. Sąd w tym

zakresie podzielił argumentację pozwanego, który wskazał, że dla prac dodatkowych sporządzony powinien zostać protokół koniecznościowy, akceptowany przez inwestora nadzoru, co w niniejszym przypadku nie miało miejsca. Wykonanie prac w zakresie demontażu azbestu, robót tynkarskich, robót sanitarnych, elektrycznych, podparcie stropu konstrukcją stalową, montaż przewodów uziemiających i wyrównawczych do podłączenia kaloryferów, wykonanie konstrukcji stalowej, było objęte przedmiotem umowy i powinno być wykonywane w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. Ewentualna różnica w wydatkach z tytułu realizacji prac dodatkowych mogła zostać rozliczona jedynie w ramach kompensaty z tytułu niewykonanych przez powodów zleconych prac. Prace te nie zostały zgłoszone do odbioru i nie zostały odebrane przez inspektorów nadzoru. Z kolei przedstawiony przez powodów kosztorys miał jedynie charakter informacyjny i zarówno przez pozwanego jak i inspektorów nadzorów, nie mógł stanowić podstawy do wypłacenia na rzecz powodów dodatkowego wynagrodzenia, nie objętego ryczałtem.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 100 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wnieśli powodowie i zaskarżając go w całości, zarzucili naruszenie:

1. art. 491 §1 k.c. poprzez jego niezastosowanie w stanie faktycznym sprawy i uznanie odstąpienia od umowy przez pozwanego za prawidłowe, kiedy z okoliczności sprawy wynikało bezspornie, iż pozwany nie wypełnił przesłanek dających mu prawo do odstąpienia od umowy na wskazanej podstawie, z powodu prawdopodobieństwa niezakończenia prac przez powodów w terminie;

2. art. 65 k.c. poprzez nieprawidłową wykładnię oświadczenia woli stron, tj. błędną wykładnię treści § 11 ustęp (w istocie punkt) 1 umowy nr (...) łączącej strony w procesie analizy prawidłowości odstąpienia przez pozwanego od umowy, kiedy prawidłowym w stanie faktycznym sprawy było uznanie, iż odstąpienie od umowy przez zamawiającego na tej podstawie jest możliwe wyłącznie w sytuacji wystąpienia okoliczności pozbawiających inwestycję znaczenia dla interesu publicznego, którą to okolicznością nie jest prawdopodobieństwo niezakończenia prac przez powodów w terminie;

3. art. 65 k.c. poprzez nieprawidłową wykładnię oświadczenia woli stron, tj. błędną wykładnię § 11 ustęp (w istocie punkt) 2 umowy nr (...) łączącej strony w procesie analizy prawidłowości odstąpienia przez pozwanego od umowy, poprzez uznanie iż ustęp 2 (faktycznie punkt 2) stanowi odrębną podstawę odstąpienia od umowy, kiedy prawidłowym w stanie faktycznym sprawy było uznanie, iż norma ta daje pozwanemu prawo do naliczenia kar umownych oraz dochodzenia odszkodowania w razie odstąpienia od umowy, nie określając podstaw odstąpienia;

4. art. 233 §1 k.p.c., mających wpływ na wynik procesu, poprzez błędną, sprzeczną z zasadami logiki i doświadczenia życiowego ocenę materiału dowodowego, to jest:

- zeznań świadków Z. K., D. P., G. S., T. S. (2), T. M. oraz K. S. polegających na uznaniu ich za niewiarygodne poprzez ocenienie ich jako: tendencyjne, stronnicze, wprost stanowiące odzwierciedlenie argumentacji zawartej w treści pozwu i pismach procesowych powodów, kiedy zasady doświadczenia życiowego i logiki nakazywały uznać je za wiarygodne, bowiem w toku procesu nie wykazano żadnej cechy pozbawiającej ich wiarygodności, przy jednoczesnym uznaniu za wiarygodne zeznań świadków powołanych przez stronę pozwaną, które wykazywały identyczne cechy jak zeznania świadków w/w;
- zeznań świadków Z. K., D. P., G. S., T. S. (2), T. M. oraz K. S. polegających na uznaniu ich za niewiarygodne, z uwagi na pozostawanie tych osób w stosunku zawodowym z powodem, kiedy okoliczność ta nie może stanowić kryterium oceny wiarygodności zeznań, w sytuacji, gdy taki stosunek nie istnieje w dacie składania zeznań i przy jednoczesnym uznaniu, iż pomimo istnienia stosunku zawodowego pomiędzy świadkami powołanymi przez stronę pozwaną a pozwanym zeznania tych świadków są wiarygodne;

5. art. 299 w związku z art. 233 §1 k.p.c., mających wpływ na wynik postępowania, wyjaśnień strony # W. Ż. polegających na uznaniu ich za niewiarygodne, kiedy przeprowadzone postępowanie nie dało podstaw do uznania ich za takie, a dowody wcześniej przeprowadzone potwierdzały treść udzielonych przez stronę zeznań;

6. art. 233 w związku z art. 227 k.p.c., a w konsekwencji błąd w ustaleniach faktycznych polegający na stwierdzeniu, że powodowie nie wnosili uwag do dokumentacji projektowej, kiedy wedle zeznań świadków uznanych przez Sąd za wiarygodne uwagi do projektu były wprowadzone przez pozwanego na podstawie wniosku powodów;

7. art. 227 k.p.c. poprzez pominięcie istotnej dla wyjaśnienia sprawy okoliczności co do tego, jak długi okres czasu upływał od momentu zgłoszenia uwag przez stronę powodową do momentu ich wdrożenia przez pozwanego, co miało wpływ na wynik postępowania, bowiem pozwoliłoby na ustalenie braku winy strony powodowej w niewykonaniu prac w terminie;

8. art. 227 k.p.c., poprzez pominięcie istotnej dla wyjaśnienia sprawy okoliczności w postaci czasu, jaki niezbędny był na wykonanie prac nieobjętych umową a niezbędnych do wykonania w procesie budowlanym, co miało wpływ na wynik postępowania, bowiem pozwoliło by na ustalenie braku winy strony powodowej w niewykonaniu prac w terminie;

9. art. 228 w związku z 231 i 227 k.p.c., a w konsekwencji błąd w ustaleniach faktycznych polegający na uznaniu, iż strona powodowa miała możliwość pełnego zapoznania się ze stanem budynku, kiedy prawidłowym było przyjęcie powszechnie wiadomej okoliczności, iż w momencie trwania postępowania przetargowego szpital funkcjonował na normalnych zasadach, co miało wpływ na wynik postępowania, bowiem pozwoliłoby na ustalenie konieczności wykonywania prac nieobjętych umową i zmian w projekcie, a to z kolei wykazałoby brak winy strony powodowej w niewykonaniu prac w terminie;

10. z ostrożności procesowej, w razie uznania argumentacji powyższej za niewystarczającą dla uznania, iż do przekroczenia terminu nie doszło w winy strony powodowej i odstąpienie przez pozwanego było prawidłowe, naruszenie prawa materialnego, tj. naruszenie art. 499 k.c., poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na uznaniu, iż pozwany złożył oświadczenie o potrąceniu i doszło do umorzenia wzajemnych wierzytelności do wysokości wierzytelności mniejszej, kiedy właściwym było uznanie, iż pozwany nigdy nie złożył oświadczenia o potrąceniu, co w konsekwencji doprowadzić winno do zasądzenia solidarnie na rzecz powodów żądanej przez nich kwoty.

Powodowie zgłosili nowy dowód w postaci odpisów referencji otrzymanych przez przedsiębiorstwa powodów oraz wnieśli o dopuszczenie wskazanych dowodów w postępowaniu prowadzonym przed sądem II instancji.

W konkluzji skarżący wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie powództwa oraz zasądzenie na ich rzecz kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje. Nadto z ostrożności procesowej w razie uznania przez Sąd rozpatrujący niniejszą apelację, iż Sąd pierwszej instancji nie rozpoznał istoty sprawy, na podstawie art. 386 §4 k.p.c. wnieśli o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpatrzenia z pozostawieniem temu sądowi rozstrzygnięcia o kosztach procesu, w tym kosztach zastępstwa procesowego, za drugą instancję, o których zasądzenie niniejszym wnieśli.

W odpowiedzi na apelację powodów, pozwany wniósł o oddalenie apelacji powodów oraz zasądzenie od powodów solidarnie na rzecz pozwanego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja zasługuje na częściowe uwzględnienie, aczkolwiek z innych przyczyn niż w niej wskazane. Generalnie ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego są niewadliwe i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne.

Zarzut naruszenia art. 491 § 1 k.c. jest chybiony. Istotnie w oświadczeniu pozwanego o odstąpieniu od umowy wskazana została ta podstawa prawna, ale łącznie z § 11 pkt 2 umowy stron, a z uzasadnienia oświadczenia o odstąpieniu od umowy jednoznacznie wynika, że jego przyczyną było nieterminowe jej wykonywanie przez wykonawcę i niedotrzymanie terminu zakończenia prac pierwszego etapu robót. Zdaniem Sądu Apelacyjnego przy wykładni oświadczenia woli decydujący jest zamiar składającego oświadczenie.

Ustawowe prawo odstąpienia przewiduje nie tylko art. 491 § 1 k.c., lecz w odniesieniu do robót budowlanych także art. 635 k.c. w związku z art. 656 k.c., mający charakter *lex specialis* w stosunku do art. 491 k.c. Zgodnie z jego treścią jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła. Wprawdzie pozwany przywołał w odstąpieniu od umowy normę art. 491 § 1 k.c., nie zaś art. 635 k.c., to jednak uzasadnienie odstąpienia wskazuje, że w istocie podstawą prawną tego oświadczenia był art. 635 k.c., a nawet w końcowej części przytoczył część tej normy prawnej. Podkreślić należy, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy nie musi zawierać podstawy prawnej, wystarczająca jest podstawa faktyczna. W związku z powyższym wiązanie bezskuteczności odstąpienia od umowy wyłącznie z faktem wymienienia w nim art. 491 § 1 k.c. jako jego podstawy prawnej jest nieuprawnione. W świetle art. 635 k.c. w związku z art. 656 k.c. dla odstąpienia od umowy o roboty budowlane w następstwie opóźnienia wykonawcy nie jest potrzebne uprzednie wyznaczenie przez inwestora dodatkowego terminu.

Nadto zauważyć trzeba, że sam wykonawca proponował przesunięcie terminu zakończenia pierwszego etapu budowy na koniec stycznia 2012 r. i bezspornie terminu tego również nie dochował.

Niesporne jest przy tym, że pozwany nie dochował przewidzianego w umowie terminu zakończenia pierwszego etapu robót – z samego protokołu odbioru robót wynika, że stopień ich zaawansowania uzasadniał wnioski o niemożności wykonania ich w terminie, a wedle stanowiska inspektora nadzoru wynosił ok. 60 % w zakresie pierwszego etapu, co do którego termin zakończenia prac już upłynął w dacie odstąpienia od umowy. Zatem nie budzi wątpliwości, iż w dacie złożenia tego oświadczenia przez pozwanego podstawa odstąpienia od umowy wymieniona w art. 635 k.c. istniała.

Nietrafnie skarżący zarzucił naruszenie art. 65 k.c. Z mocy § 11 pkt 1 umowy stron zamawiający ma prawo odstąpić od umowy w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Zgodzić się należy z apelującym, że taka przesłanka nie zaistniała w niniejszej sprawie, ponieważ opóźnienie w realizacji umowy nie niweczy istnienia interesu publicznego w realizacji umowy, jakim było przystosowanie szpitala publicznego do potrzeb pacjentów. Jednak podstawą odstąpienia od umowy nie był ten zapis, bowiem sama strona pozwana odwołała się do treści § 11 pkt 2 umowy, w myśl którego zamawiający ma prawo odstąpić od umowy w przypadku niewykonania umowy lub rażącego naruszenia postanowień umowy przez Wykonawcę – odstąpienie od umowy nie powoduje utraty możliwości dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania i kar umownych. Nie ma racji skarżący, wywodząc, że zapis ten nie stanowi o uprawnieniu inwestora do odstąpienia od umowy, a wyłącznie upoważnia go do naliczania kar umownych i dochodzenia odszkodowania w przypadku odstąpienia od umowy z winy wykonawcy. Taka interpretacja jest sprzeczna z literalnym brzmieniem postanowienia umowy, które wprost formułuje przesłanki odstąpienia od umowy. W orzecznictwie utrwalone jest stanowisko, że przesłanką umownego zastrzeżenia odstąpienia od umowy jest określenie terminu, w którym może to nastąpić, co stosuje się do każdego wypadku takiego zastrzeżenia (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2004 r., II CK 261/03, LEX nr 174165). Brak stosownej wzmianki w umowie wyklucza możliwość przyjęcia, że strony zastrzegły umowne prawo odstąpienia (por. też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2013 r., IV CSK 668/12, LEX nr 1365727). W § 11 pkt 2 umowy brak jest terminu do złożenia oświadczenia o odstąpieniu, stąd nie kreuje on możliwości umownego odstąpienia od umowy, a odwołuje się jedynie do ustawowego prawa odstąpienia.

Zatem z uwagi na brak zastrzeżenia terminu na złożenie oświadczenia o odstąpieniu zapis § 11 pkt 2 umowy nie może być traktowany jako umowne prawo odstąpienia od umowy (w przeciwieństwie do § 11 pkt 1 umowy, gdzie takowy termin został wprowadzony), a stanowi natomiast potwierdzenie istnienia ustawowego prawa do odstąpienia od umowy wynikającego z art. 494 § 1 k.c. i art. 635 k.c. w związku z art. 656 k.c.

Zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. jest częściowo usprawiedliwiony, jednak zdaniem Sądu Apelacyjnego skarżący nie wykazał, by powyższe naruszenie miało wpływ na treść rozstrzygnięcia. Istotnie wedle Sądu Okręgowego zeznania świadków strony powodowej nie zasługują na danie wiary m. in. ze względu na pozostawanie ich w stosunku zawodowym z powodami. Tymczasem sama ta okoliczność nie jest wystarczająca do zdezawuowania

zeznań świadków, natomiast niewątpliwie powoduje konieczność zachowania wzmożonej ostrożności przy ich ocenie. Nadto nie wszyscy świadkowie strony powodowej nadal są przez nią zatrudnieni, co wprost wynika z ich zeznań, po drugie zaś część świadków strony pozwanej jest jej pracownikami i tej kwestii Sąd Okręgowy ani nie uwypuklał, ani uczynił przesłanką wniosków co do ich wiarygodności. Nadto analiza ustaleń faktycznych wskazuje jednoznacznie, że wbrew zaprezentowanej ocenie zeznań tych świadków Sąd I instancji poczynił na ich podstawie część ustaleń faktycznych. Mianowicie przyjął, że powodowie informowali pozwanego, iż opóźnienia w wykonaniu zleconych prac wynikają przede wszystkim z ujawnionych błędów projektowych takich jak: złe przyjęcie grubości poszczególnych warstw # poziom posadzki wchodził w światło windy, błędnego zaprojektowania nowych warstw posadzkowych, czy ujawnionych kolizji z projektowanymi trasami c.o. i wody, że prace demontażowe i montażowe zostały opóźnione przez wystąpienie na budowie azbestu, a prace pionów wodno # kanalizacyjnych przez niesprawne, stare zawory, wreszcie, że powodowie sygnalizowali pozwanemu, iż same rozwiązania projektowe są dostarczane z ponad tygodniowym opóźnieniem. Nadto na podstawie zeznań świadków strony powodowej Sąd Okręgowy ustalił, że powodowie wykonali także dodatkowe, nieobjęte przedmiotem umowy prace takie jak: wykonanie dodatkowego metrażu tynku, uzupełnienie przebiccia w stropie, czy deskowanie konstrukcji. Jednocześnie określił te zeznania jako tendencyjne i niewiarygodne, przy czym szerzej powyższego nie uzasadnił. W efekcie stanowisko Sądu I instancji jest wewnętrznie sprzeczne.

Analiza tych zeznań nie pozwala na podzielenie tak kategorycznej oceny, jak Sądu I instancji. Świadkowie zgłoszeni przez stronę pozwaną konkretnie i rzeczowo przedstawili przebieg wykonywania prac i brak jest podstaw, by odmówić im wiary z tego tylko względu, że byli bądź nadal są zawodowo związani ze apelowanymi.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego ich zeznania pozwalają na ustalenie, że na budowie pojawiło się szereg trudności, związanych z wadami projektu oraz koniecznością wykonywania prac dodatkowych, które opóźniały proces realizacji umowy, jak również, że reakcja projektanta na zgłaszane uwagi nie następowała natychmiastowo, a zdarzało się, że po ponad tygodniu. Tak samo ocenić należy zeznania powoda W. Ż., uznając w tym zakresie za zasadny zarzut apelacji dotyczący naruszenia prawa procesowego w odniesieniu do tego dowodu.

Jednak akceptacja twierdzeń świadków oraz powoda W. Ż. w tej mierze nie skutkuje wnioskiem o wadliwość zaskarżonego wyroku. Jakkolwiek bowiem w świetle zeznań świadków strony powodowej oraz W. Ż. w charakterze strony obraz przebiegu prac jawi się jako powikłany powyżej opisanymi problemami, to nie sposób na ich podstawie jednoznacznie ocenić zakresu ewentualnego opóźnienia spowodowanego przez te trudności. Informacji na ten temat nie dostarczają wpisy do dziennika budowy, z których wynika wniosek odmienny – o chaosie na budowie z uwagi na nieodpowiednią organizację prac ze strony wykonawcy, braku należytego nadzoru nad pracownikami, niewpisywaniu danych na temat prac zanikowych, zbyt małej liczbie pracowników w stosunku do potrzeb. Również notatki z porad koordynacyjnych nie dają podstaw do przyjęcia, że to błędy projektowe, zwłoka ze strony projektanta w ich usunięciu oraz konieczność wykonywania nieprzewidzianych przez wykonawcę robót dodatkowych spowodowała niedotrzymanie przez wykonawcę terminu zakończenia pierwszego etapu prac.

Zauważyć należy, że powodowie, składając ofertę, winni byli tak skalkulować termin zakończenia prac, by uwzględnić w nim również w świetle doświadczenia życiowego i zawodowego prawdopodobieństwo wystąpienia zdarzeń nieprzewidzianych w postaci konieczności zmian projektowych czy wykonania prac dodatkowych. Jedynie tak duża ich skala, że wykraczałaby poza normalne ryzyko kontraktowe, uzasadniałaby przyjęcie, że opóźnienie w wykonaniu prac było spowodowane okolicznościami niezależnymi po stronie wykonawcy.

Ponieważ w odpowiedzi na żądanie zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane, strona pozwana podniosła zarzut niewykonania zobowiązania w terminie, odwołać się trzeba do brzmienia art. 471 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Niewykonanie zobowiązania w terminie przez wykonawcę jest bezsporne, zaś powyższa norma prawna kreuje domniemanie, że jest ono następstwem okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność. Zatem na powodach spoczywał ciężar dowodu okoliczności przeciwnej po myśli art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c. W ocenie Sądu Apelacyjnego

dowody osobowe wymienionego domniemania nie wzruszyły. Takim dowodem mógłby być dowód z opinii biegłego na okoliczność, co było przyczyną opóźnienia prac, ale powodowie wnioski w tej mierze cofnęli.

Po zmianie kodeksu postępowania cywilnego, dokonanej ustawą z dnia 1 marca 1996 r. (Dz.U. Nr 43, poz. 189 ze zm.), przewidziana w art. 232 k.p.c. możliwość dopuszczenia przez sąd dowodu niewskazanego przez strony oznacza uprawnienie, a nie obowiązek sądu. Nieprzeprowadzenie przez sąd dowodu z urzędu nie jest zatem uchybieniem (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 1998 r., III CKN 384/98, „Radca Prawny” 1999/2/83, por. też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 1998 r., II CKN 656/97, OSNC 1998/12/208).

Zmiana k.p.c. polegała m. in. na tym, że generalnie zdjęła z sądu obowiązek prowadzenia postępowania dowodowego z urzędu. Gospodarzami postępowania stały się strony i do nich należy inicjatywa dowodowa. Może ona być uzupełniana przez sąd w szczególnych przypadkach, np. gdy strona jest wyjątkowo nieporadna (por.: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 1996 r., I CKU 45/96, OSNC 1997/6 – 7/76, z dnia 7 lipca 1999 r., II CKN 417/98, „Prok. i Pr.” – dodatek 1999/11 – 12/35 i z dnia 12 grudnia 2000 r., V CKN 175/2000, OSP 2001/7 – 8/116 oraz uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 2000 r., III CZP 4/2000, OSNC 2000/11/195). Bez wątpliwości sytuacja powodów, zastępowanych przez profesjonalnego pełnomocnika procesowego, do takich się nie zalicza.

Dlatego też nie było żadnych podstaw do uczynienia przez Sąd Okręgowy wyłomu w zasadzie kontradiktoryjności poprzez poszukiwanie i przeprowadzanie dowodów mających wykazać zasadność stanowiska powodów, np. w zakresie opinii biegłego sądowego – zwłaszcza wobec cofnięcia przez nich wniosku dowodowego w tej mierze.

Nie można podzielić zarzutu naruszenia art. 233 k.c. w związku z art. 227 k.p.c. i w konsekwencji błędu w ustaleniach faktycznych poprzez stwierdzenie, że powodowie nie wnosili uwag do dokumentacji projektowej. Takie sformułowanie znalazło się w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku, ale odnosiło się do etapu przed rozpoczęciem prac. Niewątpliwie w ich toku skarżący zgłaszali zastrzeżenia do dokumentacji projektowej, co Sąd Okręgowy wskazał w uzasadnieniu wyroku. Istotna dla rozstrzygnięcia jest natomiast okoliczność, że powodowie zdecydowali się na zawarcie umowy na podstawie owej dokumentacji, choć z uwagi na profesjonalny charakter swojej działalności winni byli liczyć się z możliwością wystąpienia już w toku prac budowlanych dodatkowych problemów związanych z wiekiem budynku i technologią użytą przy jego wznoszeniu oraz dynamiką procesu budowlanego. Skoro mimo to zdecydowali się na podjęcie zobowiązania, nie mogą obecnie wywodzić dla siebie korzystnych skutków prawnych z tego tylko względu, że takie trudności się pojawiły.

Istotnie Sąd I instancji nie ustalił, jak długi okres upływał od zgłoszenia przez wykonawcę uwag do projektu do ich wdrożenia przez pozwanego, ale nie pozwala to na skuteczne podniesienie zarzutu naruszenia art. 227 k.p.c. Przede wszystkim wykazanie powyższej okoliczności należało do powodów po myśli art. 6 k.c. Nadto jakkolwiek z zaferowanych przez nich wniosków dowodowych wynikało, że niekiedy trwało to tydzień i dłużej, to z drugiej strony pozwany przedstawił dowody wskazujące, że uwagi te zgłaszane były z opóźnieniem, a wreszcie nie zostało udowodnione, czy i na ile potrzeba zmian projektowych uniemożliwiała prowadzenie jakichkolwiek prac i na ile opóźniła ich zakończenie. W tym zakresie inicjatywa dowodowa również należała do powodów i ponownie przypomnieć trzeba, że – będąc reprezentowani przez zawodowego pełnomocnika procesowego – cofnęli wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na tę okoliczność.

Chybiony jest zarzut naruszenia art. 228 k.p.c. w związku z art. 231 i 227 k.p.c., a w konsekwencji błąd w ustaleniach faktycznych poprzez uznanie, że strona powodowa miała możliwość zapoznania się ze stanem budynku. Kwestia czy i w jakim zakresie przed sporządzeniem dokumentacji projektowej przeprowadzono odkrywki w budynku jest sporna, niemniej skoro powodowie zapoznali się z ową dokumentacją i nie zgłaszali żadnych uwag, uznać należy, że uważali wiedzę na temat budynku za wystarczającą. Argument związany z odkryciem w murach azbestu oraz wiekiem obiektu jest obosieczny – skoro projektant, a w konsekwencji pozwany, winien był się liczyć z jego istnieniem z uwagi na wiek budynku, to również wykonawca mógł go przewidzieć. Niezależnie od powyższego, skoro powodowie nie wykazali, czy i na ile ujawniony następnie ten stan wpłynął na niemożność zachowania terminu umownego, nawet ewentualne uchybienie wymienionym normom prawnym nie miało wpływu na treść rozstrzygnięcia.

Nie zasługuje na akceptację zarzut naruszenia art. 499 k.c., aczkolwiek przyznać trzeba, że Sąd I instancji odniósł się do kwestii potrącenia niezwykle lakonicznie, nie wskazując w istocie, kiedy do niego doszło. Nie ma też racji strona pozwana, twierdząc, że sam fakt potrącenia wierzytelności nie był przez powodów kwestionowany – przeciwnie już w pierwszym piśmie procesowym po wniesieniu sprzeciwu od nakazu zapłaty, zawierającym stanowisko procesowe, powodowie zanegowali dokonanie potrącenia przez pozwanego. Jednak w ocenie Sądu Apelacyjnego oświadczenie o potrąceniu zostało przez pozwanego złożone, choć wywołało jedynie częściowy skutek. Przypomnieć trzeba, że dla skuteczności potrącenia w rozumieniu art. 499 k.c. nie jest wymagane zachowanie określonej formy oświadczenia o potrąceniu. Istotne jest, by zostały w nim określone wzajemne wierzytelności stron podlegające potrąceniu i by spełniały one warunki określone w art. 498 k.c. Analizując przebieg zdarzeń, stwierdzić należy, że już w samej umowie pozwany zapowiedział możliwość dokonania potrącenia kar umownych z wynagrodzenia wykonawcy (§ 9 ust. 4 umowy). Następnie po złożeniu faktury przez powodów poinformował ich pismem z dnia 11 kwietnia 2012 r. o zamiarze potrącenia kar umownych z wynagrodzenia powodów za grudzień 2011 r. Nie jest sporne, że owo wynagrodzenie objęte było fakturą będącą przedmiotem sporu w niniejszej sprawie. Następnie pozwany wystosował do powodów notę obciążeniową konkretyzującą wysokość kar umownych, którą otrzymali oni w dniu 5 czerwca 2012r. Wprawdzie w owej nocie brak było odniesienia do wierzytelności strony powodowej, jednak kierując się dyrektywami wykładni oświadczeń woli zawartymi w art. 65 § 1 k.c., uznać trzeba, że z tą datą doszło do potrącenia wzajemnych wierzytelności stron. W świetle treści umowy i pisma pozwanego z dnia 11 kwietnia 2012 r. strona powodowa nie mogła mieć wątpliwości co do woli potrącenia przez zamawiającego, jak również tego, z jaką jej wierzytelnością pozwany dokonuje potrącenia oraz co do rodzaju wierzytelności, którą zgłosił on do potrącenia. Nota obciążeniowa skonkretyzowała ją co do wysokości, a także co do rodzaju kar umownych z uwagi na fakt, że umowa stron przewidywała trzy rodzaje kar umownych – za opóźnienie w wykonaniu umowy, za opóźnienie w usunięciu wad i usterek oraz za odstąpienie od umowy. Koresponduje to z zeznaniami W. Ż., który potwierdził, że w dalszych relacjach z pozwanym odmawiano zapłaty konsorcjum, powołując się na potrącenie kar umownych.

Nadto odwołać się należy do stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w wyroku z dnia 22 stycznia 2015 r., III CNP 7/14 (LEX nr 1640245), zgodnie z którym potrącenie jest czynnością materialnoprawną; dokonuje się przez oświadczenie złożone drugiej stronie i wywołuje skutek w postaci wzajemnego umorzenia się wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej (art. 498 § 2 k.c., art. 499 k.c.). W razie podniesienia w procesie zarzutu potrącenia, podlega on badaniu pod kątem istnienia przesłanek z art. 498 § 1 k.c. Oświadczenie dla swej ważności nie wymaga określonej formy, może być złożone w postaci pisma procesowego z tym, że musi pochodzić od uprawnionej strony i wyrażać wolę ukształtowania stosunków prawnych w sposób przewidziany w art. 498 § 2 k.c. Podniesienie zarzutu potrącenia w odpowiedzi na pozew jest równoznaczne ze złożeniem oświadczenia o potrąceniu, jeżeli takie oświadczenie nie zostało wcześniej złożone. Również w przypadku zastępowania strony przez pełnomocnika procesowego założenie celowego działania mocodawcy w kierunku wygrania procesu pozwała przyjąć, że zakresem umocowania strona objęła także złożenie w jej imieniu określonego oświadczenia woli, jeżeli jest to niezbędne w ramach obrony jej praw w procesie.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwany powołał się na potrącenie kar umownych w kwocie wynikającej z noty obciążeniowej. Gdyby więc nawet uznać, że nie doszło do potrącenia wcześniej, to nastąpiłoby ono w oświadczeniu zawartym w sprzeciwie. Jednak zdaniem Sądu Apelacyjnego przebieg zdarzeń wskazuje, iż po uprzednim zawiadomieniu powodów o zamiarze potrącenia pozwany dokonał go, przesyłając notę obciążeniową – ze skutkiem na dzień 5 czerwca 2012 r.

Nie można jednak podzielić poglądu pozwanego, że następstwem oświadczenia o potrąceniu było umorzenie w całości wierzytelności powodów dochodzonej w niniejszej sprawie. Zauważyć bowiem należy, że pozwany oświadczył o potrąceniu zarówno kary za opóźnienie w wykonaniu umowy zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 1 umowy w kwocie 536.912 zł, jak i kary umownej w związku z odstąpieniem od umowy zgodnie z § 9 ust. 2 umowy w kwocie 583.599,77 zł.

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w uchwale z dnia 18 lipca 2012 r., III CZP 39/12 (OSNC 2013/2/17, Prok.i Pr.-wkl. 2013/6/50), zgodnie z którym roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub

opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy.

Już w uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 1984 r., III CZP 70/83 (OSNCP 1984, nr 8, poz. 131) wskazano, że kara umowna za nienależyte wykonanie zobowiązania należy się wierzycielowi w razie jej zastrzeżenia, gdy świadczenie zostało wprawdzie spełnione przez dłużnika, ale w sposób nienależyty, tzn. gdy zaistniała rozbieżność między zakresem zaspokojenia wierzyciela przewidzianym w treści zobowiązania a zaspokojeniem uzyskanym w rzeczywistości. Rozbieżność ta może dotyczyć takich elementów należytego wykonania zobowiązania, jak termin świadczenia, wykonawcy świadczenia, miejsca świadczenia lub jakości świadczenia. Obowiązek zapłaty kary umownej za niewykonanie zobowiązania powstaje, gdy zobowiązanie nie zostało wykonane, a zatem gdy dłużnik nie spełnił świadczenia, które zgodnie z treścią zobowiązania należało się wierzycielowi. Uwzględniając to założenie, przyjęto w powołanej uchwale, że nie może być kumulowana kara umowna przewidziana za nienależyte wykonanie zobowiązania, np. kara umowna za zwłokę w wykonaniu zobowiązania i kara umowna za niewykonanie zobowiązania. Nie można bowiem jednocześnie spełnić wymagań, od których naliczenie tych kar jest uzależnione, tj. wykonać, choćby w sposób nienależyty, i nie wykonać tego samego zobowiązania. Wierzyciel nie może zażądać zapłaty obu wymienionych kar umownych, gdyż wzajemnie się one wykluczają. Jest to logiczne, skoro bowiem zobowiązanie nie zostało wykonane, nie mogła nastąpić zwłoka w jego wykonaniu, gdyż byłaby to *contradictio in adiecto*.

Stanowisko wyrażone w tej uchwale zostało również zaakceptowane w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 2011 r., I CSK 315/10 (OSNC-ZD 2011, nr D, poz. 85), w którym przyjęto, że kara umowna za nienależyte wykonanie zobowiązania należy się wierzycielowi w razie jej zastrzeżenia, gdy świadczenie zostało wprawdzie spełnione przez dłużnika, ale w sposób nienależyty, tzn. gdy zaistniała rozbieżność między zakresem zaspokojenia wierzyciela przewidzianym w treści zobowiązania a zaspokojeniem uzyskanym w rzeczywistości. Obowiązek zapłaty kary umownej zastrzeżonej za niewykonanie zobowiązania powstaje, gdy zobowiązanie nie zostało wykonane, a zatem gdy dłużnik nie spełnił świadczenia, które zgodnie z treścią zobowiązania należy się wierzycielowi, przy czym nastąpiło to z powodu okoliczności, za które dłużnik odpowiada. Spełnienie jedynie części świadczenia - jak to miało miejsce w wymienionej sprawie - jest równoznaczne z niespełnieniem świadczenia, a tym samym z niewykonaniem zobowiązania. Z tego względu nie jest możliwe kumulowanie kary umownej przewidzianej za nienależyte wykonanie zobowiązania, np. wykonanie ze zwłoką, z karą umowną za niewykonanie tego samego zobowiązania.

Ustawodawca w sposób jednoznaczny w art. 494 k.c. przesądził, że skutek odstąpienia od umowy - na podstawie upoważnienia ustawowego, jak również umownego (art. 492 k.c.) - powstaje stan, który należy zakwalifikować jako niewykonanie zobowiązania, skoro strona odstępująca od umowy może dochodzić naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. Z tego względu, że odstąpienie od umowy powoduje przekształcenie się stanu zwłoki lub opóźnienia w stan niewykonania zobowiązania, strona może dochodzić kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy, tj. kary przewidzianej na wypadek niewykonania zobowiązania z wyłączeniem możliwości równoczesnego dochodzenia kary umownej zastrzeżonej z tytułu zwłoki lub opóźnienia jako jednej z postaci nienależytego wykonania zobowiązania.

Konsekwencją przyjęcia stanowiska, że zakresy pojęć nienależytego wykonania zobowiązania oraz niewykonania zobowiązania nie są tożsame, jest również konieczność rozróżnienia odpowiedzialności za szkodę spowodowaną nienależytym wykonaniem zobowiązania oraz za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania. W razie odstąpienia od umowy wchodzi w rachubę odpowiedzialność za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania, która pochłania odpowiedzialność za szkodę, wcześniej doznaną, z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, które miało miejsce przed odstąpieniem od umowy.

Kara umowna stanowi swego rodzaju surogat odszkodowania. W uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03 (OSNC 2004, nr 5, poz. 69), mającej moc zasady prawnej, wyjaśniono, że pogląd, iż kara umowna jest tzw. surogatem odszkodowania, nie oznacza bynajmniej tego, że kara umowna ma „zastąpić” jedynie odszkodowanie w związku z powstającą po stronie wierzyciela szkodą majątkową. Sformułowanie „surogat odszkodowania” należy rozumieć w tym sensie, że strony przy zawarciu umowy określają

z góry wysokość należnego wierzycielowi odszkodowania na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika i odszkodowanie (kara umowna) kompensuje wszystkie negatywne dla wierzyciela konsekwencje wynikające ze stanu naruszenia zobowiązania. Uwzględniając to oraz treść art. 494 k.c., można wyprowadzić wniosek, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy ma rekompensować szkodę wierzyciela - w szerszym ujęciu, niż szkodę majątkową wynikającą z art. 361 § 2 k.c. - spowodowaną niewykonaniem zobowiązania wynikającego z umowy, od której odstąpiono. W uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 1987 r., III CZP 82/86 (OSNC 1987/12/189), na tle odstąpienia od umowy na podstawie art. 560 § 2 k.c., przyjęto, że gdy kupujący odstępuje od umowy z powodu wady rzeczy sprzedanej (art. 560 § 2 k.c.), jego uprawnienia określone w art. 494 k.c. obejmują również roszczenie o naprawienie szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania w granicach dodatniego interesu umowy, co obejmuje roszczenie o pełne naprawienie wszelkiej szkody.

Podstawą przyjęcia w umowie określonych co do wysokości kar umownych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest zawsze pewna kalkulacja przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką poniesie strona w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Zakres szkody spowodowanej niewykonaniem zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy jest specyficzny. Na jej rozmiar wpływa szkoda doznana na skutek określonego przejawu nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika w okresie poprzedzającym odstąpienie od umowy, jak również wszelkie koszty, jakie poniosła strona w związku z koniecznością odstąpienia od niej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2002 r., I CKN 486/00, OSP 2003/3/36). Z drugiej strony, w razie odstąpienia od umowy, strona wykonująca to uprawnienie będzie zwolniona z obowiązku świadczenia wzajemnego, co powinno być uwzględnione przy określaniu wysokości doznanej przez nią szkody, zgodnie z zasadą *compensatio lucri cum damno* (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 1956 r., I CR 1505/54, OSN 1958/1/11).

Jeżeli więc w umowie przewidziano odrębną karę umowną w związku z odstąpieniem od umowy, to należy przyjąć, że tak określona kara miała rekompensować szkodę - w przewidywanym przez strony rozmiarze - jakiej dozna strona na skutek niewykonania zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy. Podstawą zastrzeżenia tej kary, co do wysokości, była określona kalkulacja hipotetycznej i specyficznej szkody, jaką poniesienie strona w związku z niewykonaniem zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy. Wniosek ten jest tym bardziej uzasadniony, że strony, zastrzegając karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy, mogą zróżnicować jej wysokość w zależności od przyczyn, które były przyczyną złożenia przez jedną z nich oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Jeżeli więc strony umowy wzajemnej przewidziały karę umowną w związku z odstąpieniem od umowy, nie różnicując jej wysokości w zależności od przyczyn, które spowodowały skorzystanie z tego uprawnienia prawokształtującego, należy przyjąć, że kara ta miała rekompensować całą szkodę, jakiej dozna strona na skutek niewykonania zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2012 r., V CSK 260/11, G.Prawna 2012/101/1).

Przyjętemu stanowisku o niedopuszczalności łącznego dochodzenia kary umownej zastrzeżonej na wypadek opóźnienia lub zwłoki w wykonaniu zobowiązania oraz kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy nie przeczą orzeczenia Sądu Najwyższego, w których przyjęto możliwość dochodzenia kar umownych zastrzeżonych na wypadek zwłoki lub opóźnienia w wykonaniu zobowiązania także po odstąpieniu od umowy (por. wyroki z dnia 29 czerwca 2005 r., V CSK 105/05, niepubl., z dnia 5 października 2006 r., IV CSK 157/06, OSNC 2007/7-8/114, z dnia 20 października 2006 r., IV CSK 154/06, OSNC 2007/7-8/117, z dnia 2 października 2007 r., II CNP 101/07, LEX nr 490505 oraz z dnia 25 marca 2011 r., IV CSK 401/10, LEX nr 1108517). W sprawach tych nie wystąpiło zagadnienie równoczesnego dochodzenia takich kar oraz kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy, a problem sprowadzał się do rozstrzygnięcia możliwości dochodzenia kar umownych zastrzeżonych za nieterminowe wykonanie zobowiązania także po odstąpieniu od umowy, przy założeniu, że na skutek odstąpienia od umowy następują skutki *ex tunc* polegające na zniesieniu stosunku obligacyjnego, a w konsekwencji, zgodnie z przyjmowaną w nauce prawa zasadą *accessorium sequitur principale*, powinno upaść również akcesoryjne względem zobowiązania główne postanowienie umowne dotyczące kary umownej.

Nawet jednak przy założeniu, iż wskutek odstąpienia od umowy w sytuacjach objętych hipotezą art. 494 k.c. następuje - na podstawie analogicznie stosowanego art. 395 § 2 zdanie pierwsze k.c. - zniweczenie ex tunc węzła obligacyjnego wynikającego z umowy, utrzymują się, przełamując zasadę akcesoryjności, postanowienia umowne dotyczące kar umownych, przewidziane przez strony właśnie na wypadek odstąpienia od umowy, gdy zgodnie z art. 494 k.c. aktualizuje się odpowiedzialność jednej ze stron umowy za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania.

Zarzut w tej mierze nie został wprawdzie podniesiony w apelacji, jednak sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiąże go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego; w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania (tak: uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego - zasada prawna z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008/6/55, Prok.i Pr.-wkł. 2009/6/60, Biul.SN 2008/1/13, Wspólnota 2008/7/44).

Sąd Okręgowy, uwzględniając potrącenie w całości, naruszył tym samym przepis art. 484 § 1 k.c. oraz art. 498 § 1 k.c., co obligowało Sąd Apelacyjny do zmiany wyroku poprzez przyjęcie skuteczności potrącenia jedynie w zakresie kary umownej za odstąpienie od umowy czyli do kwoty 583.599,77 zł. Oznacza to, że wierzytelność powodów nie umorzyła się w zakresie kwoty 342.604,62 zł z odsetkami. Przypomnieć przy tym trzeba, że pozwany nie kwestionował wartości prac wykonanych przez pozwanych, a objętych fakturą złożoną przy pozwie, jak również terminu jej płatności określonego w niej na dzień 9 lutego 2012 r. Również złożenie przez niego oświadczenia o potrąceniu wierzytelności powodów wynikającej z tej faktury z wierzytelnością pozwanego wskazuje na przyznanie przez pozwanego istnienia tej pierwszej tak co do zasady, jak i co do wysokości.

Zatem powodom należało się wynagrodzenie w tej kwocie po myśli art. 647 k.c. za prace już wykonane wraz z odsetkami od dnia 13 lutego 2012 r., wskazanymi w pozwie – zgodnie z art. 455 k.c. i art. 481 § 1 k.c.

Powodowie domagali się zasądzenia wynagrodzenia solidarnie na ich rzecz.

Zgodnie z art. 369 k.c. zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej. Próżno jednak szukać w Kodeksie cywilnym podstawy solidarności czynnej powodów. Nie stanowi o niej ani umowa o roboty budowlane stron, ani umowa konsorcjum. Odwołać się więc należy do stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w wyroku z dnia 7 listopada 2014 r., IV CSK 95/14 (Biul.SN 2015/1/10-11, G.Prawna 2014/219/4, LEX nr 1554593), zgodnie z którym kwestię legitymacji czynnej konsorcjantów w związku z utworzeniem konsorcjum wykonawczego i zawarciem umowy o zamówienie publiczne determinuje status konsorcjum jako jednolitego (łączonego) podmiotu uprawnień i obowiązków wynikających z tej umowy. Status taki może przesądzać nie tylko o łącznej czynnej legitymacji konsorcjantów w sprawie przeciwko zamawiającemu o zwrot zatrzymanego wadium, ale także o takiej ich legitymacji w zakresie wynagrodzenia w związku z wykonaniem robót budowlanych przez jednego z konsorcjantów. Przedsiębiorstwo może w sporze z inwestorem reprezentować tylko całe konsorcjum, w skład którego wchodzi, a nie wyłącznie siebie. Dlatego jej samodzielne żądanie zapłaty za wykonane prace nie może być uwzględnione.

Przyjmując zatem legitymację łączną obu powodów, należało zasądzić na ich rzecz jedną kwotę.

Powyzsza zmiana wyroku w części merytorycznej skutkowałą zmianą rozstrzygnięcia o kosztach procesu w trybie art. 100 k.p.c. Powodowie wygrali proces w 37 %, zatem winni pokryć koszty procesu w 63 %. Całość kosztów procesu to kwota 60.762 zł (46.311 zł – opłata od pozwu, 7.200 zł x 2 – wynagrodzenia pełnomocników procesowych obu stron obliczone zgodnie z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu, 17 zł x 3 – opłaty skarbowe od pełnomocnictw pełnomocników obu stron). Powodowie zapłacili 53.545 zł (opłata od pozwu, wynagrodzenie ich pełnomocnika procesowego wraz z opłatami skarbowymi), a powinni 38.280,06 zł. Pozwany winien im zwrócić kwotę 15.264,94 zł.

Z tych względów Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji wyroku na mocy art. 386 § 1 k.p.c. i art. 385 k.p.c. oraz art. 100 k.p.c. i art. 98 § 3 k.p.c. w związku z art. 108 § 1 k.p.c. Całość kosztów postępowania apelacyjnego to 57.111 zł (46.311

zł – opłata od apelacji, 5.400 zł x 2 – wynagrodzenia pełnomocników procesowych obu stron obliczone zgodnie z § 6 pkt 7 w związku z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu). Powodowie winni ponieść 63 % tych kosztów, czyli 35.979,93 zł, a zapłacili 51.711 zł. Różnicę w wysokości 15.731,07 zł winien zwrócić im pozwany.