

Sygnatura akt I AGa 178/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 grudnia 2018 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Agnieszka Bednarek-Moraś

Sędziowie: SSA Tomasz Żelazowski

SSO (del.) Leon Miroszewski (sprawozdawca)

Protokolant: starszy sekretarz sądowy Karolina Ernest

po rozpoznaniu w dniu 27 listopada 2018 roku w Szczecinie

na rozprawie

sprawy z powództwa G. (...) spółki z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w S.

przeciwko M. S. (1)

o zapłatę

na skutek apelacji powódki oraz pozwanej od wyroku Sądu Okręgowego

w Szczecinie z dnia 20 lutego 2018 roku, sygnatura akt VIII GC 441/14

I. zmienia zaskarżony wyrok w punktach I. i III. w ten sposób, że:

1) zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 680.084,94 (sześćset osiemdziesiąt tysięcy osiemdziesiąt cztery 94/100) złotych z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od kwot: 106.494,63 złotych od dnia 15 lipca 2014 roku, 7.661,88 złotych od dnia 28 sierpnia 2014 roku, 565.928,43 złotych od dnia 24 kwietnia 2014 roku;

2) oddala powództwo w pozostałej części;

3) ustala stosunkowe rozdzielanie pomiędzy stronami kosztów procesu oraz obowiązku pokrycia kosztów sądowych Skarbowi Państwa przyjmując, że powódka wygrała sprawę w 85%, a pozwana w 15%, pozostawiając szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu;

II. oddala apelację pozwanej w pozostałej części;

III. oddala apelację powódki;

IV. zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 3.240,00 (trzy tysiące dwieście czterdzieści) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Tomasz Żelazowski Agnieszka Bednarek-Moraś Leon Miroszewski

UZASADNIENIE

Powódka (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. wniosła 28 sierpnia 2014 r. pozew przeciwko M. S. (1) o zapłatę kwoty 106.494,63 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 15 lipca 2014 r. oraz o zapłatę kwoty 7.661,88 zł z tytułu skapitalizowanych do dnia 14 lipca 2014 r. odsetek, liczonych od kwoty żądania pozwu, wraz z dalszymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu. Strona powodowa dochodzone roszczenie opierała na umowie sprzedaży materiałów budowlanych, za które wystawiła następujące faktury VAT: nr (...) z 13.11.2013 r. na kwotę 13.543,53 zł płatną do 20.11.2013 r., nr (...) z 28.11.2013 r. na kwotę 4.551,00 zł płatną do 28.12.2013 r., nr (...) z 20.11.2013 r. na kwotę 88.400,10 zł płatną do 29.12.2013 r., jak również domagała się zasądzenia na jej rzecz kosztów postępowania.

Referendarz sądowy w Sądzie Okręgowym w Szczecinie w dniu 4 września 2014 r. w sprawie VIII GNc 390/14 wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym uwzględniając w całości powództwo.

Pozwana wniosła sprzeciw od nakazu zapłaty domagając się oddalenia powództwa w całości oraz zasądzenia na jej rzecz kosztów procesu. Uzasadniając swoje stanowisko -zmierzające do wykazania bezpodstawności żądania powódki o zapłatę ceny sprzedaży objętych żądaniem pozwu materiałów budowlanych - pozwana wskazała, że realizowała dla powódki umowę o roboty budowlane. Wszystkie zarzuty podniesione w sprzeciwie pozwana sformułowała na tle umowy o roboty budowlane. Po pierwsze wskazała, że nabyte od powódki materiały budowlane zostały zużyte na wykonanie hali produkcyjno-magazynowej objętej umową o roboty budowlane, w związku z czym według pozwanej doszło do bezpodstawnego wzbogacenia powódki. Nadto podniosła, iż powódka nie uwzględniła, że pozwana wykonała szereg prac dodatkowych, znacznie (o co najmniej 617.733 zł) przewyższających ustaloną ryczałtowo kwotę wynagrodzenia z tytułu umowy o roboty budowlane (tj. 2.999.962,20 zł netto). Pozwana zarzuciła także powódce naruszenie zakazu anatocyzmu poprzez naliczenie odsetek od odsetek za okres od 20 listopada 2013 r. do 14 lipca 2014r.

Ostatecznie precyzując swoje stanowisko powódka w piśmie procesowym z 18 stycznia 2016 r., wykonując zobowiązanie Sądu, sprecyzowała ostatecznie w sposób jednoznaczny żądanie rozszerzonego pozwu wskazując w szczególności, że: kwoty 602.610,42 zł domaga się jako zwrotu uiszczonych już na rzecz pozwanej wynagrodzenia z tytułu umowy o roboty budowlane w związku z odstąpieniem od umowy, kwota ta w stosunku do uiszczonych wynagrodzenia w kwocie 3.002.499 zł ma się odwrotnie do wartości robót, które pozwana wykonała przed odstąpieniem od umowy przez powódkę, a wykonała zdaniem powódki 79% ogółu robót; niewykonane zostały zatem według powódki prace o wartości 21% ogółu prac - a zatem o wartości 630.524,79 zł, przy czym powódka dochodzi w niniejszym procesie tylko części tego roszczenia, wyrażonej kwotą 602.610,42 zł; kwoty 84.406,43 zł domaga się ostatecznie jako kwoty odszkodowania z tytułu faktycznie poniesionych kosztów usuwania wad robót wykonanych przez pozwaną - bowiem stanęła na stanowisku, że w takiej wysokości realnie poniosła koszty usunięcia wad (a kwota ta obejmuje faktycznie poniesione koszty materiałów i wykonania prac naprawczych wynikające z załączonych do pisma procesowego z 7 stycznia 2015 r. faktur VAT na łączną kwotę 84.406,43 zł).

Wyrokiem Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 20 lutego 2018 r., VIII GC 441/14, zasądzono od pozwanej na rzecz powódki kwotę 716.766,93 zł z następującymi odsetkami: - od kwoty 106.494,63 zł od dnia 15 lipca 2014 r., od kwoty 7.661,88 zł od dnia 28 sierpnia 2014 r., od kwoty 602.610,42 zł od dnia 24 kwietnia 2014 r., w wysokości odsetek ustawowych do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz odsetek ustawowych za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty (pkt I). Powództwo w pozostałym zakresie oddalono (pkt II). Rozstrzygnięcie o kosztach procesu oraz kosztach sądowych należnych Skarbowi Państwa z zastosowaniem zasady odpowiedzialności za wynik sprawy i pozostawia referendarzowi sądowemu ich szczegółowe wyliczenie i stosunkowe rozdzielenie, przy założeniu, że powódka wygrała proces w 90% (pkt III).

Sąd Okręgowy ustalił, że powódka zawarła z pozwaną, jako wykonawcą, umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było wybudowanie hali produkcyjno-magazynowej przy ul. (...) w D., zgodnie z dokumentacją techniczną stanowiącą część umowy oraz ze szczegółowym zakresem robót określonym w załączniku nr 2 do umowy (§ 1). W umowie wskazano też, że wykonanie wszystkich prac wyszczególnionych w załączniku nr 2 jest konieczne do prawidłowego wybudowania przedmiotu umowy, a całe wynagrodzenie za nie określone zostało ryczałtowo w § 10 umowy. Nadto strony zastrzegły, że możliwe jest rozszerzenie zakresu umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności na zasadach określonych w § 12 umowy. Pozwana jako wykonawca oświadczyła także, że zapoznała się z kompletną dokumentacją oraz zakresem prac, a także znane jej jest miejsce realizacji inwestycji oraz zapoznała się z placem budowy i nie wnosi do nich żadnych uwag, jak również, że otrzymała od inwestora odpowiedzi na zapytania mogące mieć wpływ na ryzyko i okoliczności realizacji przedmiotu umowy oraz że nie będzie rościła w przyszłości żadnych pretensji z tego tytułu wobec inwestora. W § 3 umowy wskazano, że pozwana ma zapewnić w całości i dostarczyć materiały niezbędne do wykonania całości przedmiotu umowy, jak również w § 4 wskazano, że urządzenia i narzędzia do wykonania całości przedmiotu umowy ma dostarczyć wykonawca. Termin wykonania przedmiotu umowy został określony w § 8 ust. 3 na dzień 30 czerwca 2013 r., zaś terminy realizacji poszczególnych etapów budowy i ich zakres określał załącznik nr 2 do umowy. Strony wyłączyły przy tym swoją odpowiedzialność za niewykonanie umowy spowodowane działaniem siły wyższej (§

8 ust. 5 i 6). Wynagrodzenie wykonawcy za zrealizowanie przedmiotu umowy określono w § 10 wskazując w ust. 1, że wynosi ono 2.999.962,60 zł zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik nr 2 do umowy, kwota ta jest kwotą netto (ust. 2), a nadto wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy - obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy i w wynagrodzeniu tym zawarte są również wszelkie koszty materiałów budowlanych, narzędzi i urządzeń, niezbędnych do wykonania całości prac budowlanych objętych umową, wynikających z wymogów sztuki budowlanej i przepisów prawa (ust. 3), jak również jest niezmiennie przez cały okres realizacji inwestycji, o ile umowa nie określa odstępstw od tej reguły. W § 10 ust. 5 wskazano, że rozliczenie za wykonane prace następować ma na podstawie faktur wystawianych za wykonany etap robót w oparciu o podpisane protokoły odbioru technicznego robót zgodnie z faktycznym stanem zaawansowania,

ponadto protokolarny odbiór miał nastąpić bez usterek (ust. 6). Stosownie do ust. 7 całkowite rozliczenie miało nastąpić po podpisaniu protokołu odbioru końcowego. W przypadku zaś stwierdzenia usterek wykonawca nie mógł wystawić faktury VAT do czasu ich usunięcia (ust. 8), pod rygorem ich usunięcia przez inwestora na koszt i ryzyko wykonawcy (ust. 9). Zapłata

za wykonanie robót miała natomiast nastąpić w terminie 30 dni od dnia doręczenia inwestorowi prawidłowo wystawionej faktury wraz z dokumentacją odbiorową (ust. 11). Ponadto strony ustaliły, że wykonawca może wystawiać faktury na zaliczki na poczet zakupu materiałów, wynajęcia sprzętu itp. Zapłata za nie miała następować w terminie 3 dni

robotycznych od dnia doręczenia takiej faktury inwestorowi - po zapłaceniu zaliczki zaś wykonawca miał w terminie 7 dni wystawić fakturę sprzedaży i doręczyć ją inwestorowi (ust. 12). W § 12 umowy strony określiły z kolei zasady dokonywania zmian w zakresie prac budowlanych będących przedmiotem umowy, i tak w ust. 2 wskazały, że zmiany zakresu prac budowlanych wykraczające poza zakres umowy jak i prace dodatkowe oraz zamienne wymagają pisemnego zlecenia inwestora, przy czym na zapytanie inwestora wykonawca ma

w terminie 14 dni złożyć ofertę cenową (ust. 3). Zgodnie z ust. 5 roboty, które wykonawca wykona bez zlecenia lub samowolnie, odbiegając od postanowień umowy, miały nie być wynagradzane, zaś rozliczenie za zleczone prace dodatkowe i zamienne miało nastąpić na zasadach i według cen wcześniej uzgodnionych z wykonawcą przed przystąpieniem do ich wykonywania. W § 14 umowy wykonawca udzielił inwestorowi gwarancji, przy czym w ust.

5 wskazano, że niezależnie od uprawnień przysługujących na podstawie umowy oraz uprawnień z gwarancji, inwestor może wykonywać alternatywne uprawnienia z tytułu rękojmi za wady przedmiotu umowy.

W § 16 strony określiły zasady odstąpienia od umowy przez inwestora. Zgodnie z ust.

2 inwestorowi przyznano uprawnienie do odstąpienia od umowy w przypadku: odmowy realizacji przedmiotu umowy przez wykonawcę bez podania i istnienia obiektywnych przyczyn tej odmowy (lit. a), nieprzyjęcia protokolarnego

terenu budowy (lit. b), stosowania przez wykonawcę metod działania, które mogłyby ujemnie wpłynąć na dobre imię inwestora (lit. c), dokonania przeniesienia praw i obowiązków wynikających z umowy przez wykonawcę na rzecz innych osób trzecich bez zgody inwestora wyrażonej w formie pisemnej pod rygorem nieważności (lit. d), utraty przez wykonawcę uprawnień niezbędnych do wykonywania umowy (lit. e), innych istotnych naruszeń umowy, a w szczególności

opóźnienia w płatnościach przez wykonawcę na rzecz podwykonawców, realizacji przedmiotu umowy w stanie wskazującym na spożycie alkoholu lub innych środków odurzających (lit. f). Nadto zgodnie z ust. 3 jeżeli wykonawca opóźnił się z rozpoczęciem lub wykończeniem przedmiotu umowy tak dalece, że nie jest prawdopodobne, iż zdoła go wykonać w umówionym terminie, inwestor mógł bez wyznaczenia dodatkowego terminu odstąpić od umowy, jeszcze przed upływem terminu wykonania umowy. Zgodnie zaś z ust.

4 - jeżeli wykonawca wykonywał przedmiot umowy w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, to inwestor mógł wezwać go do zmiany sposobu wykonania umowy i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Wezwanie to nie wymagało formy pisemnej, a po jego bezskutecznym upływie inwestor mógł odstąpić od umowy lub powierzyć dalsze wykonanie przedmiotu umowy innej osobie na koszt i ryzyko wykonawcy, zaś wykonawcy miało wówczas nie przysługiwać wynagrodzenie za wykonaną pracę, a już wypłacone wynagrodzenie miało podlegać zwrotowi inwestorowi bezzwłocznie po wezwaniu do dokonania tej czynności. W ust. 5 wskazano natomiast, że dopóki przedmiot umowy nie został ukończony, to inwestor może w każdej chwili odstąpić od umowy płacąc wykonawcy wynagrodzenie, o którym mowa w § 10, w części odpowiedniej w stosunku do realizacji przedmiotu umowy. Stosownie zaś do ust. 7 odstąpienie od umowy powinno być nastąpić w formie pisemnej pod rygorem nieważności, niezwłocznie po powzięciu wiadomości o zaistnieniu okoliczności uzasadniających odstąpienie.

Zgodnie z § 18 umowy wszelkie jej zmiany i uzupełnienia wymagały zgodnego wyrażenia woli stron w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Termin wykonania przedmiotu umowy został następnie aneksem nr (...) z dnia 16 września 2013 r. do umowy o roboty budowlane z dnia 28 sierpnia 2012 r. przedłużony z dnia 30 czerwca 2013 r. na dzień 15 stycznia 2014 r.

Dalej Sąd Okręgowy ustalił, że wszystkie czynności związane z realizacją prac budowlanych, zakupami materiałów, kontaktami ze inwestorem podejmowali pełnomocnicy pozwanej: M. S. (2) i R. S. (1).

Realizacja robót nie była dokumentowana w typowy sposób dla tego rodzaju inwestycji, tj. strony nie stosowały harmonogramu rzeczowo-finansowego inwestycji, nie prowadzono fakturowania narastająco od początku budowy, przez co ani inwestor, ani wykonawca nie mieli możliwości bieżącego śledzenia postępów wykonywania umowy i dokonywania płatności adekwatnie do postępów robót. Strony nie przestrzegały też określonych umową zasad odbioru robót (§ 9 umowy), płatności i zasad usuwania usterek i wad (§ 10 umowy), a także wykonywania i płatności za roboty zlecone dodatkowo (§12 umowy). Poszczególne etapy robót nie były zgłaszane do odbioru przez wykonawcę ani odbierane przez inwestora.

W toku realizacji umowy o roboty budowlane z 28 sierpnia 2012 roku pozwana wpłacała na rzecz pozwanej zaliczki na poczet przyszłego wynagrodzenia za wykonanie umowy, na podstawie wystawianych przez pozwaną zaliczkowych faktur VAT, stosownie do § 10 ust. 12 umowy. Pozwana w sumie wystawiła osiem faktur zaliczkowych o nr: (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...). Kwoty z pierwszych dwóch faktur pozwana zapłaciła jednorazowo, pozostałe faktury opłacała w dwóch częściach, osobno płacąc kwotę netto, osobno kwotę podatku VAT. Wyплаты zostały dokonane w okresie od 8 października 2012 r. do 11 września 2013 r. w łącznej kwocie 3.693.073,77 zł brutto (3.002.499 zł netto).

W okresie, w którym realizowana była budowa hali produkcyjno-magazynowej w D., pełnomocnicy pozwanej R. S. (1) i M. S. (2) ustnie umówili się z prezesem zarządu spółki (...) M. W. (1), że niektóre materiały budowlane i wykończeniowe, które zgodnie z umową miała obowiązek zakupić pozwana, zostaną zakupione przez nią od powódki, która z racji kontaktów handlowych z przedsiębiorcami zajmującymi się sprzedażą materiałów budowlanych mogła korzystać z rabatów handlowych i zakupywać te materiały po cenach niższych. Rozwiązanie

to było korzystne dla pozwanej, bowiem zmniejszało jej koszty budowy przy wynagrodzeniu za roboty budowlane ustalonym ryczałtowo.

Początkowo pozwana regularnie płaciła za kupowane materiały budowlane i wykończeniowe, a w szczególności: - 4 marca 2013 r. kwotę 45.318,74 zł, zgodnie z fakturą nr (...) za "kotłownię wraz z osprzętem", - 10 lipca 2013 r. kwotę 53.468,10 zł, zgodnie z fakturą nr (...). Powódka wystawiła za kolejne zakupione materiały budowlane i wykończeniowe trzy faktury VAT: nr (...), nr (...) i nr FV- (...), a następnie za armaturę sanitarną i neutralizator skroplin (...), fakturę nr (...) na kwotę 13.543,53 zł brutto (11.011 zł netto), płatną do dnia 20 listopada 2013 r.; fakturę nr (...), tj. kotłownię wraz z osprzętem, fakturę nr (...) na kwotę 4.551 zł brutto (3.700 zł netto), płatną do dnia 28 grudnia 2013 r., faktury nr (...), nr FV- (...), nr (...) i nr (...), tj. urządzenia klimatyzacyjne LG, żaluzje przeciwsłoneczne i grzejniki z przyłączami, fakturę nr (...) na kwotę 88.400,10 zł brutto (71.870 zł netto), płatną do dnia 29 grudnia 2013 r.

Wystawiając faktury VAT powódka naliczała „niewielką marżę”. Ceny wskazane w fakturach wystawianych pozwanej obejmowały bowiem koszty transportu tych materiałów. Materiały wydawał magazynier powódki M. P. (1), a ze strony pozwanej odbierał je

M. S. (2). W każdej fakturze wskazano datę zakończenia dostawy, które dla poszczególnych faktur przedstawiały się następująco: dla faktury (...):13 listopada 2013, dla faktury (...):28 listopada 2013 r., dla faktury (...): 29 listopada 2013 r.

Faktury o numerach (...) zostały podpisane (w sposób nieczytelny) przez M. S. (2), faktura nr (...) nie zawiera podpisu osoby uprawnionej do odbioru w imieniu kupującego, jednakże została doręczona M. S. (2) w obecności M. W. (1). Pozwana nie zapłaciła należności z tytułu ceny sprzedaży z trzech faktur VAT o numerach (...), bowiem pomiędzy stronami pojawił się konflikt na tle rozliczania i finansowania kosztów budowy. Powódka skierowała do pozwanej datowane na 3 lutego 2014 r. wezwanie do zapłaty, w

którym domagała się zapłaty w terminie do dnia 10 lutego 2014 r. w sumie kwoty 106.494,63 zł, w tym: należności głównej z faktur nr (...), a także odsetek z art. 481 k.c., które wynosiły w sumie 1.555,21 zł i obejmowały 75 dni opóźnienia w zapłacie faktury nr (...) dni opóźnienia w zapłacie faktury nr (...) dni opóźnienia w zapłacie faktury nr (...). Wezwanie doręczono pozwanej listem

poleconym dnia 5 lutego 2014 r. Odpowiadając na to wezwanie pełnomocnik pozwanej stwierdził, że brak jest podstaw do zapłaty należności wskazanych w fakturach, w szczególności zaś z ostatniej faktury (tj. nr (...)), co do centrali klimatyzacyjnej, gdyż nie było jej w projekcie stanowiącym załącznik do umowy o roboty budowlane. Dodał, że armatura wymieniona w pierwszej fakturze (tj. nr (...)) tylko częściowo znajdowała się na placu budowy, co miało przesądzać o braku podstaw do obciążenia pozwanej obowiązkiem zapłaty, zaś co do materiałów wskazanych w drugiej fakturze (tj. nr (...)) podniósł, że materiały te nie zostały wykorzystane w toku realizacji inwestycji.

W listopadzie i grudniu 2013 r., a więc jeszcze przed upływem terminów płatności z faktur VAT nr (...), między stronami powstał spór na tle finansowania robót realizowanych na podstawie umowy o roboty budowlane, zawartej dnia

28 sierpnia 2012 r., bowiem pozwana uważała realizowane roboty za dodatkowe i domagała się za nie dalszego wynagrodzenia, zaś według powódki roboty te mieściły się w zakresie objętym wynagrodzeniem ryczałtowym. Ponadto - w piśmie z 4 grudnia 2013 r. - wobec niezadowalającego tempa realizacji robót budowlanych powódka domagała się od pozwanej przedstawienia w formie pisemnej inwentaryzacji aktualnego stanu budowy.

Co do dalszej korespondencji pomiędzy stronami ustalił Sąd Okręgowy, że pozwana w kolejnych pismach datowanych na 20 grudnia 2013 r. i 31 grudnia 2013 r. wskazywała na realizację wielu prac, które nie były w ogóle uwzględnione w umowie i przedstawiła zestawienie poniesionych przez siebie kosztów związanych z wykonaniem robót według umowy, zestawienie prac wykonanych i zestawienie prac częściowo wykonanych nieobjętych umową, a zamówionych przez inwestora, prace wykonane dodatkowo z uwagi na wady projektowe, poza projektem i umową, z uwagi na zmianę funkcji użytkowej hali. W piśmie z dnia 31 grudnia 2013 r. pełnomocnik

pozwanej podniósł, że kwoty zaliczek objętych umową, dotychczas zapłacone przez powódkę zostały przeznaczone m.in. na wyszczególnione w piśmie prace dodatkowe, a więc aktualna sytuacja rozliczenia inwestycji z uwzględnieniem wykonanych prac dodatkowych, nieobjętych umową, uniemożliwia pozwanej dokończenie inwestycji, toteż zachodzi potrzeba sporządzenia aneksu do umowy gwarantującego zakończenie całej inwestycji. Pismem z dnia 8 stycznia 2014 r. powódka wezwała pozwaną do bezzwłocznego - w terminie do dnia 12 stycznia 2014 r. - zakończenia prac dotyczących układania polbruku oraz ogrodzenia działki, na której realizowana jest inwestycja, co uzasadniła prognozami pogody o nadchodzących mrozach. W piśmie zaznaczono, że niewykonanie polecenia skutkować będzie zatrudnieniem firmy zewnętrznej na wykonanie ww. czynności na koszt generalnego wykonawcy. W piśmie z dnia 10 stycznia 2014 r. (doręczonym 14 stycznia 2014 r.), powódka wskazała, że pozwana jest w zwłoce z wykonaniem umowy o roboty budowlane z 28 sierpnia 2012 r. co do robót wskazanych w załączniku nr 2 do umowy pod pozycjami: 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18, 19, w związku zaś z tym, że zgodnie z aneksami do umowy o roboty budowlane jej przedmiot miał zostać wykonany do dnia 15 stycznia 2014 r., a brak jest widoków na ich ukończenie w terminie, wyznaczyła pozwanej dodatkowy termin do dnia 20 stycznia 2014 r. na wykonanie przedmiotu umowy, pod rygorem odstąpienia od umowy co do niewykonanych robót. Jednocześnie wskazała na ryczałtowy charakter umówionego wynagrodzenia, jak również na to, że w ramach budowy nie wykonywano prac dodatkowych, lecz co najwyżej zamiennie, za które zapłata ujęta jest w wynagrodzeniu ryczałtowym.

Co do określenia zakresu wykonanych przez pozwaną robót Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 16 stycznia 2014 r. przedstawiciele stron stawili się na placu budowy - w związku z upływem 15 stycznia 2014 r. terminu zakończenia robót określonego aneksem z 16 września 2013 r. do umowy o roboty budowlane z 28 sierpnia 2012 r. - w celu ustalenia stanu zaawansowania robót określonych w załączniku nr 2 do umowy według stanu na dzień 16 stycznia 2014 r. Z czynności tej został sporządzony protokół, który podpisali: M. W. (1) i A. W. (1) z ramienia powódki oraz M. S. (2) i R. S. (2) (kierownik budowy) z ramienia pozwanej, a także M. W. (2) (inspektor nadzoru inwestorskiego). W protokole tym wskazano, że co do prac ziemnych (pkt 1) pozostało do wykonania obsypanie budynku po zakończeniu prac; w zakresie podkładów pod posadzki i konstrukcji żelbetowej (pkt 6) płyta żelbetowa na hali została wykonana ale nie została odebrana; w przypadku konstrukcji żelbetowej (pkt 8) stropy żelbetowe zostały zamienione na strop strunowy; w przypadku robót wykończeniowych (pkt 10) co do tynków brak jest gładzi, sufity eco-phone nie zostały wykonane, podobnie jak elewacja kasetonowa, elewacja z płytek klinkierowych i przegrody wewnątrz hali, obudowa ścian płytami warstwowymi co prawda została wykonana, ale brak zakończenia ścian, a co do świetlików i obróbek blacharskich wykonano tylko obróbki w hali; co do zagospodarowania terenu (pkt 12) wskazano, że niewykonane zostało ogrodzenie zewnętrzne z bramą wjazdową, w zakresie polbruku nie wykonano wjazdu i obejścia do biura, podobnie w przypadku obrzeży; co do zewnętrznych instalacji sanitarnych (pkt. 13) w zakresie kanalizacji deszczowej nie wykonano odwodnienia liniowego; co do wewnętrznej instalacji sanitarnej (pkt 14) instalację c.o. wykonano bez grzejników - wpięcia do instalacji; niewykonana została kotłownia (pkt 15); podobnie jak wentylacja (pkt 16), co do instalacji elektrycznej (pkt 17) w zakresie instalacji zewnętrznej nie zostało wykonane oświetlenie zewnętrzne, a instalacja wewnętrzna została niewykonana w całości; co do instalacji przeciwpożarowej (pkt 18) również jej nie wykonano; podobnie jak klimatyzacji (pkt 19); a także w zakresie obsługi geodezyjnej (pkt 20) nie wykonano geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej. W § 2 protokołu wskazano, że roboty wymienione w punktach 10, 12, 13, 15, 16 i 19 nie zostały wykonane w terminie, a ponadto wskazano, że brak jest protokołów odbioru na wykonane prace.

Pismem z dnia 21 stycznia 2014 r. doręczonym pełnomocnikowi pozwanej 22 stycznia 2014 r. - pełnomocnik powódki oświadczył, że w związku z nieterminowym wykonaniem umowy o roboty budowlane z dnia 28 sierpnia 2012 r. oraz w związku z bezskutecznym upływem dodatkowego terminu wyznaczonego w piśmie z dnia 10 stycznia 2014 r. powódka odstępuje od umowy o roboty budowlane z dnia 28 sierpnia 2012 r. w części obejmującej niezrealizowane prace dotyczące wykonania kotłowni, tj. opisane w pozycji nr 41 załącznik nr 2 do umowy. Jako podstawę odstąpienia podał art. 491 § 1 k.c., stwierdzając, że pozwana miała wykonać umowę w terminie do dnia 15 stycznia 2014 r., w tym

roboty dotyczące kotłowni, lecz tego nie uczyniła, mimo wezwania z 10 stycznia 2014 r. i licznych ustnych ponagień. W piśmie tym także stwierdzono, że zwłoka pozwanej w wykonaniu prac w zakresie kotłowni naraża powódkę na duże straty finansowe, bowiem cały budynek nie ma ogrzewania, co może spowodować zniszczenie wielu jego elementów z uwagi na niskie temperatury, toteż sytuacja ta zmusza powódkę do podjęcia niezwłocznie działań zmierzających do wykonania prac dotyczących kotłowni przez innego wykonawcę. Nadto powódka skierowała do pozwanej pismo datowane na 3 lutego 2014 r. (doręczone 5 lutego 2014 r.), w którym - w związku z opóźnieniem realizacji robót - wezwiała do zrealizowania przedmiotu umowy o roboty budowlane w zakresie dotychczas niewykonanym w terminie do dnia 10 lutego 2014 r., pod rygorem odstąpienia od umowy w części dotyczącej niewykonanych robót. Kolejnym pismem, z dnia 12 lutego 2014 r. (doręczonym pozwanej 14 lutego 2014 r.) powódka oświadczyła, że odstępuje na podstawie art. 491 § 1 k.c. od umowy o roboty budowlane z dnia 28 sierpnia 2012 r. w części dotyczącej niezrealizowanych prac. Nadto pismem z 14 lutego 2014 r. (doręczonym 19 lutego 2014 r.) powódka odniosła się do pisma pozwanej z 13 lutego 2014 r. informując, że inwentaryzacja wykonanych robót zostanie przeprowadzona z udziałem bezstronnego biegłego sądowego. Pozwana twierdziła w powołanym piśmie z dnia 13 lutego 2014 roku, że sporządzenie szczegółowej inwentaryzacji jest korzystne dla obu stron.

Pismem z 13 lutego 2014 r. powódka wniosła do Sądu Rejonowego Szczecin - Prawobrzeże i Zachód o zabezpieczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa. Postanowieniem z 7 marca 2014 r. w sprawie I Co 51/14 Sąd Rejonowy uwzględnił wniosek w zakresie ustalenia prac niewykonanych przez pozwaną, natomiast oddalił wniosek o przeprowadzenie w trybie zabezpieczenia dowodu opinii biegłego na okoliczność zakresu wad objętych wadami, wobec braku przytoczeń na temat wad w piśmie inicjujących postępowania o zabezpieczenie dowodu. Opinia została zlecona stałemu biegłemu sądowemu z zakresu budownictwa A. M..

Jeszcze przed terminem oględzin wyznaczonym przez biegłego na dzień 24 marca 2014 r., ponowionych w dniu 4 kwietnia 2014 r., powódka zleciła dokończenie robót w zakresie kotłowni oraz dokończenia ogrodzenia placu budowy innym wykonawcom. Działania te były konieczne ze względu na potrzebę uniknięcia szkód związanych z warunkami atmosferycznymi (niskie temperatury), o czym powódka sygnalizowała pozwanej w pismach z 8 stycznia 2014 r. i 21 stycznia 2014 r. Prace w obrębie kotłowni dokończył J. A. (1), prowadzący przedsiębiorstwo pod firmą (...). Rozpoczął on swoje prace jeszcze przed przystąpieniem do oględzin przez biegłego sądowego A. M..

Po odstąpieniu od umowy o roboty budowlane z dnia 28 sierpnia 2012 r. powódce ofertę przejęcia realizacji budowy hali w D. złożył 31 marca 2014 r. M.

D., prowadzący przedsiębiorstwo pod firmą (...), dotyczącą wykonania określonych robót w terminie dwóch do trzech miesięcy za wynagrodzenie ryczałtowe netto w kwocie 50.000 zł, płatne pierwszego dnia każdego miesiąca, przy czym pierwsza faktura miała być powiększona o kwotę 21.500 zł netto na wynagrodzenie podwykonawcy instalacji elektrycznej.

Po dokonaniu oględzin w datach wskazanych wyżej biegły sądowy w sporządzonej pisemnej opinii dokonał określenia ówczesnie aktualnego stanu zaawansowania budowy hali produkcyjno-magazynowej wraz z częścią biurową i zagospodarowaniem terenu na nieruchomości przy ul. (...) w D. i sporządził szczegółową inwentaryzację wykonanych robót. Opinia obejmuje część opisową oraz część obejmującą dokumentacją fotograficzną. Stwierdził, że roboty określone w załączniku nr 2 do umowy o roboty

budowlane z dnia 28 sierpnia 2012 r., zostały wykonane na dzień oględzin przeprowadzonych przez biegłego sądowego w następujących procentach zaawansowania, odpowiadających wartościom tych robót netto: poz. 3 - roboty ziemne - 55.203,25 zł - wykonane w całości; poz.

5 - podkłady betonowe pod płytę fundamentową - 16.260,16 zł - wykonane w całości, poz. 6 - izolacja pozioma ławy fundamentowej - 24.308,94 zł - wykonane w całości, poz. 11 - fundamenty - 196.758,54 zł - wykonane w całości, poz. 13 - izolacja pionowa i pozioma fundamentów - 18.235,77 zł - wykonane w całości, poz. 22 - podkłady pod posadzki, konstrukcja żelbetowa - 321.788,62 zł wykonane w całości, poz. 24 - ściany konstrukcyjne i działowe - 97.199,19 zł - wykonane w 95%, poz. 28 - konstrukcja żelbetowa - 117.317,07 zł - wykonane w całości, poz. 29 - konstrukcja stalowa profilowa - 454.796,75 zł - wykonane w całości, poz. 37 - roboty wykończeniowe - 446.991,87 zł - wykonane w 65%, poz. 38 - zagospodarowanie terenu - 182.357,72 zł - wykonane w 95%, poz. 39 - zewnętrzne instalacje sanitarne -

163.216,26 zł - wykonane w całości, poz. 40 - instalacje co. i wodno-kanalizacyjne - 91.707,32 zł - wykonane w całości, poz. 41 - kotłownia - 141.628,02 zł - wykonane w 85%, poz.

42 - wentylacja - 210.813,04 zł - wykonane w 37%, poz. 43 - instalacje elektryczno-energetyczne - 196.211,38 zł - wykonane w 90%, poz. 44 - instalacje p.poz. - 51.292,68 zł - wykonane w 80%, poz. 45 - klimatyzacja 79.837,40 zł - wykonane w 25%, poz. 46 - obsługa geodezyjna - 66.097,57 zł - wykonane w 40%, poz. 50 - stolarka okienna-drzwiowa zewnętrzna - 78.943,09 zł - wykonane w całości. Ogółem wartość wszystkich objętych umową prac wynosiła 2.999.962,60

zł netto, podczas gdy na dzień oględzin dokonanych przez biegłego zrealizowane były roboty o wartości umownej 2.436.570,57 zł netto, a szacunkowe zaawansowanie robót wynosiło 81,22%.

Pismem datowanym na 25 marca 2015 r. powódka wezwała pozwaną do zapłaty w terminie do dnia 31 marca 2015 r. kwoty 84.406,43 zł z tytułu obniżenia wynagrodzenia za wadliwie wykonanie przedmiotu umowy o roboty budowlane z dnia 28 sierpnia 2012 r., twierdząc, że poniosła w tym zakresie koszty ich usunięcia. Nie wskazała, o jakie wady chodzi.

Pismem datowanym na 16 kwietnia 2014 r. (doręczonym 17 kwietnia 2014 r.) powódka przedstawiła pozwanej ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty kwoty 1.939.777,50 zł tytułem zwrotu nienależnego świadczenia, otrzymanego na podstawie faktur zaliczkowych

nr (...), nr (...) i nr (...), zakreślając termin na dzień 23 kwietnia 2014 r.,

pod rygorem skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego. Sporządzony został niepodpisany oraz nieopatrzony datą „wykaz wad i usterek stwierdzonych po wymówieniu umowy o wykonanie robót budowlanych z dnia 20.08.2012 r.”, w którym wskazano, że wady wykonanych przez pozwaną robót budowlanych dotyczą: elewacji części biurowej, która została wykonana niezgodnie ze sztuką budowlaną (pkt 1), okładziny ścian hali magazynowej, które ułożone są niezgodnie ze sztuką budowlaną a mostki termiczne

powodują wywiewanie ogrzanego powietrza (pkt 2), wadliwie wykonano i ułożono płyty dachowe oraz obróbki blacharskie powierzchni dachowej (pkt 3), posadzka chemioodporna

w części magazynowej wykonana została wadliwie i zatarta nierównomiernie na całości powierzchni (pkt 4), rozdzielnia główna kotłowni została umiejscowiona niezgodnie z projektem (pkt 5), instalacje sanitarne były niedrożne, w związku z czym istniała konieczność skucia części posadzek i płytek w sanitariatach w celu udroźnienia (pkt 6), niewykonanie uszczelnień p.poz. w ścianie między częścią biurową, a częścią magazynową, bądź ich wykonanie bez odpowiednich uprawnień (pkt 7), wadliwe i niezgodne z projektem pod względem jakości wykonanie ścian działowych w części biurowej (pkt 8), wykonanie niezgodnie ze sztuką budowlaną tynków gipsowych, zakwestionowane pod kątem jakości wykonania (pkt 9), zakwestionowano pod względem jakości prac okładziny ścienne i podłogowe z płytek ceramicznych (pkt 10). W zestawieniu tym wskazano też, że usunięcie wad wymienionych w punktach od 2 do 4 jest niemożliwe z uwagi na bieżącą działalność powódki. Sporządzono także niepodpisany oraz nieopatrzony datą wykaz zatytułowany "Podliczanie kosztów poniesionych w celu usunięcia usterek i wad", na kwotę łączną 84.406,43 zł.

Wśród faktur wymienionych w wykazie znajdują się m.in. faktury za usługi, wystawione przez następujących wykonawców: faktura wystawiona przez A. W. (1) za prace budowlane wraz z materiałem wg załącznika, w którym wymieniono: robocizna - listwy przypodłogowe, robocizna - płyty gipsowe ozdobne, polbruk - materiał, polbruk - robocizna, malowanie klatki schodowej + obróbki, piasek i cement, uporządkowanie działki, sufity podwieszane; faktura wystawiona przez M. D. ((...))

za uszczelnienie pokrycia dachowego; faktura wystawiona przez rzeczoznawcę ds. zabezpieczeń przeciwpożarowych R. N. za konsultacje w zakresie korekty projektu hali; faktura wystawiona przez M. P. (2) (Zakład (...)) za malowanie proszkowe, faktura wystawiona przez (...) s.c. za usługę cięcia blachy, faktura wystawiona przez (...) sp. z o.o. w K. (obróbka SPEC).

Ponadto wśród faktur wymienionych w wykazie znajdują się faktury wystawione przez C. L. ((...)) za sprzedaż spółce (...) materiałów budowlanych oraz sprzętu (piła tarczowa do aluminium, tarcza do cięcia stali, rękawice, nożyce do prętów) oraz faktury wystawione za sprzedaż spółce (...) materiałów budowlanych przez następujące podmioty: (...)

SA w K., (...) Polska w W., (...) spółka S.A. w S., (...) sp. z o.o. w K. (w tym faktura korygująca, z której wynika zwrot na rzecz powódki kwoty 531,86 zł), (...) spółkę jawną B., K., (...) s.c. w S., (...) sp. z o.o. w D., (...) sp. z o.o., (...) M. M. (3), (...) E. S., (...) sp. z o.o. w S., W. P. (...)).

Co do zakresu, który został wskazany przez powódkę jako roboty wykonane wadliwie Sąd Okręgowy, posługując się opinią biegłego, stwierdził, że obecnie nie ma możliwości ustalenia, czy faktury VAT przedstawione przez powódkę zostały wystawione w związku z usuwaniem wad wykonawstwa pozwanej, nie ma też możliwości stwierdzenia, czy prace wykonane przez pozwaną do dnia zejścia przez nią z placu budowy zostały dotknięte wadami wymienionymi w „wykazie wad i usterek stwierdzonych po wymówieniu umowy o wykonanie robót budowlanych z dnia 20.08.2012 r.” (w szczególności nie da się przyporządkować poszczególnych faktur do punktów tego zestawienia). Na dzień dzisiejszy można stwierdzić istnienie wady obiektu budowlanego w postaci możliwych do zaobserwowania kamerą termowizyjną mostków termicznych w konstrukcji płyt elewacyjnych.

Co do zakresu podnoszonego przez pozwaną Sąd Okręgowy stwierdził, że zostały sporządzone nieopatrzone żadną datą: dokument zatytułowany "roboty budowlane

wykonane, a nie ujęte w projekcie", których wartość netto wynosiła 617.733 zł, w

szczególności: odwodnienie liniowe, dostawę i montaż osadnika i separatora, dostawę i

montaż rurociągu ściekowego od odwodnienia liniowego do studzienki zewnętrznej, wykonanie konstrukcji wsporczej pod centrale wentylacyjne, wykonanie konstrukcji ściany działowej na hali o wysokości ponad 6 metrów bieżących z wymianami mocowania do stalowych wiązarów dachowych, wentylacji na hali - przerobienia wentylacji według projektu zamiennego dostarczonego przez inwestora; dokument zatytułowany "prace i roboty budowlane, niezlecone przez inwestora a wykonane przez wykonawcę w uzgodnieniu z inwestorem, na jego zlecenie, wynikające z funkcji i przeznaczenia obiektu", których wartość netto oceniała na 251.351 zł, a które obejmowały: studnię głębinową z przyłączem do hali, zmianę konstrukcji stolarki okiennej z PVC na aluminium ciepłe, rozdzielenie funkcji kotłowni na dwóch użytkowników, okładziny ceramiczne podłóg parteru i piętra, okładziny

ceramiczne schodów, podestu i spocznika, montaż pustaków szklanych, okładziny

ceramiczne ścian i podłóg w kotłowni, przebudowę stelaży pod muszle WC wraz z

podejściem wodno-kanalizacyjnym, wykonanie przegród dźwiękochłonnych w budynku socjalnym na piętrze, wykonanie instalacji audiowizualnej w sali konferencyjnej na piętrze budynku socjalnego, wykonanie instalacji odgromowej na obiekcie hali wraz z budynkiem socjalno-administracyjnym, wykonanie instalacji pod oświetlenie zewnętrzne budynku socjalnego, wykonanie ścianki p.poż. na klatce schodowej ponad otworem piętra z płyty gipsowo-kartonowej przeciwpożarowej, zalanie betonem i zabudowę wanień żelbetowych na hali, zmianę długości przesł bramy wjazdowej, przebudowanie otworów okiennych piętra, przebudowę, zmianę konstrukcji nośnej elewacji kasetonowej; dokument zatytułowany

"roboty i prace budowlane wykonane z powodu wad projektowych", o wartości 259.077 zł, na które składały się: zmiana konstrukcji stóp fundamentowych z trapezowych na płaskie, przebudowa z prefabrykowanych wiązarów dachowych z blachownicami z wymianą śrub o podwyższonej wytrzymałości i dodatkowe wzmocnienia dźwigarów przy słupach blachami oraz montaż mocowań na liny naciągowe konstrukcji i montaż lin do konstrukcji, dźwigary, śruby, blachownice mocujące słupy oraz wewnętrzne spinające dźwigar, mocowania pod olinowanie, liny wraz z szklami i śrubami rzymskimi, wykonanie rdzeni żelbetowych ściany szczytowej celem wykonania nadproży okiennych na pierwszym piętrze budynku socjalnego, wykonanie wzmocnienia podpory spocznika klatki schodowej i podciąg słupów, podniesienie ścianki oporowej na całej długości posesji przy placu manewrowym.

W świetle powyższych ustaleń faktycznych oraz w odwołaniu do normy art. 535 k.c., art. 481 k.c., art. 494 k.c., art. 471 k.c. Sąd Okręgowy stwierdził, że żądanie powódki okazało

się częściowo uzasadnione. Sąd I instancji wyjaśnił jednocześnie, że strony zawarły będącą podstawą roszczeń powódki umowę w dniu 28 sierpnia 2012 r., toteż zastosowanie w sprawie znajdują więc przepisy kodeksu cywilnego obowiązujące w tej dacie.

W zakresie roszczenia dotyczącego ceny za sprzedane pozwanej przez powódkę materiały budowlane (żądanie zasądzenia kwoty 106.494,63 złotych) Sąd Okręgowy wskazał na podstawę prawną w postaci art. 535 k.c., natomiast co do odsetek od kwoty ceny, skapitalizowanych i doliczonych do żądania, wskazał na art. 481 § 1 k.c. Sąd ten stwierdził, że pomiędzy stronami zostały zawarte ustnie umowy sprzedaży rzeczy wymienionych w fakturach VAT nr (...), zaś powódka wydała materiały wymienione w tych fakturach, co wynikało z zeznań świadków i strony powodowej. Dwie z tych faktur zostały podpisane przez pełnomocnika pozwanej, a nadto o sprzedaży świadczą inne fakty, co pozwoliło na zastosowanie art. 231 k.p.c., a więc faktury uprzedniego zakupu tych materiałów przez powódkę oraz operacje na rachunku powódki, wskazujące na zapłatę za te materiały.

W sprawie roszczenia obejmującego żądanie zwrotu nienależnego świadczenia w postaci zaliczek, za niewykonane roboty, Sąd Okręgowy wskazał na przepis art. 494 § 1 k.c.

Za niesporne Sąd ten uznał, że doszło do odstąpienia od umowy łączącej strony przez powódkę na podstawie art. 491 § 1 k.c. Zauważył nadto, że łącząca strony umowa przyznawała powódce (inwestorowi) w § 16 prawo do odstąpienia od umowy, w okolicznościach opisanych w ustępach 2, 3, 4 oraz w terminie określonym w ust. 5, w którym wskazano, że: „dopóki przedmiot umowy nie został ukończony, to inwestor może w każdej chwili odstąpić od umowy płacąc wykonawcy wynagrodzenie, o którym mowa w § 10 w części odpowiedniej w stosunku do realizacji przedmiotu umowy”. Sąd ten dodał, że umowa przewidywała dwojakiemu rodzaju tryb płatności wynagrodzenia pozwanej jako generalnego wykonawcy: po pierwsze rozliczenie za wykonane prace następować mogło na podstawie faktur wystawianych za wykonany etap robót w oparciu o protokoły odbioru technicznego robót zgodnie z faktycznym stanem zaawansowania, a rozliczenie końcowe w tym przypadku miało nastąpić po podpisaniu protokołu odbioru końcowego (§10 ustęp 5-7); po drugie pozwana jako wykonawca mogła wystawiać faktury zaliczkowe na poczet zakupu materiałów, wynajęcia sprzętu itp., zapłata za nie ze strony powódki zgodnie z umową miała następować w terminie 3 dni roboczych od doręczenia takiej faktury inwestorowi, po zapłaceniu zaliczki wykonawca miał zaś w terminie 7 dni wystawić fakturę i doręczyć ją inwestorowi (§ 10 ust. 12).

W ocenie Sądu Okręgowego, przy takiej redakcji umowy, o ile strony zastosowałyby pierwszy opisany wyżej tryb płatności - tj. płatność na podstawie częściowych protokołów odbioru robót, ewentualne odstąpienie od umowy przez inwestora (czy to w oparciu o podstawę ustawową, czy podstawę umowną) nastąpiłoby ze skutkiem ex nunc, co oznacza utrzymanie umowy w części już wykonanej, a w konsekwencji obowiązek inwestora zapłaty wykonawcy wynagrodzenia za roboty już wykonane i odebrane w oparciu o protokoły odbiorów przed odstąpieniem od umowy. Następnie Sąd Okręgowy stwierdził, że o ile strony zastosowałyby tryb płatności na podstawie faktur zaliczkowych, to ewentualne odstąpienie

od umowy przez inwestora (czy to w oparciu o podstawę ustawową, czy podstawę umowną) również nastąpiłoby ze skutkiem ex nunc, o czym świadczy redakcja § 16 ust. 5, co także oznacza utrzymanie umowy w części już wykonanej oraz obowiązek zapłaty wynagrodzenia

za roboty już wykonane, ale jeszcze nie opłacone w drodze zaliczek, co zgodnie z umową miało nastąpić „w części odpowiedniej w stosunku do realizacji przedmiotu umowy”. Sąd I instancji jednocześnie zwrócił uwagę, że w § 16 ust. 4 wskazano wprost - co istotne na gruncie tej sprawy, zapis ten odnosi się bowiem wprost do roszczenia powódki - już wypłacone wynagrodzenie miało podlegać zwrotowi inwestorowi bezzwłocznie po wezwaniu do dokonania tej czynności. Zdaniem Sądu Okręgowego ta druga sytuacja faktyczna wystąpiła w rozpoznawanej sprawie - powódka odstąpiła od umowy jedynie w części dotyczącej niezrealizowanych prac, co wprost wskazała w treści swoich oświadczeń o odstąpieniu (a więc odstąpiła od umowy ze skutkiem ex nunc), w oparciu o art. 491 § 1 k.c.

Sąd I instancji w tym miejscu zasygnalizował, że okoliczności faktyczne sprawy uzasadniały również odstąpienie umowne bez wyznaczania dodatkowego terminu na podstawie § 16 ust. 3 umowy, którego treść jest w istocie powtórzeniem art. 635 k.c. z zastosowaniem terminologii właściwej dla umowy o roboty budowlane. Okoliczności

faktyczne sprawy uzasadniały również odstąpienie ze skutkiem natychmiastowym, bez wyznaczania dodatkowego terminu, na podstawie art. 635 k.c. w zw. z art. 656 k.c. Sąd orzekający wyjaśnił, że regulacja art. 491 § 1 k.c., którą powódka w oświadczeniu o

odstąpieniu powołała za podstawę prawną, jako przesłanki skutecznego odstąpienia od umowy wskazuje zwłokę dłużnika oraz wyznaczenie przez wierzyciela odpowiedniego dodatkowego terminu do wykonania świadczenia. Zdaniem tego Sądu przesłankami odstąpienia przez powódkę od umowy w niniejszej sprawie było z jednej strony pozostawanie przez pozwaną w zwłoce ze spełnieniem świadczenia wzajemnego - tj. wykonaniem robót budowlanych na podstawie umowy z dnia 28 sierpnia 2012 r., których termin strony aneksem nr (...) przedłużyły do dnia 15 stycznia 2014 r. - z drugiej zaś wyznaczenie pozwanej przez powódkę odpowiedniego terminu, pod rygorem odstąpienia od umowy w razie jego bezskutecznego upływu.

Sąd Okręgowy zaznaczył, że z materiału dowodowego (m.in. protokołu z dnia 16 stycznia 2014 r. oraz opinii biegłego sporządzonej w trybie zabezpieczenia w sprawie I Co 51/14) wynika, że rzeczywiście pozwana była w zwłoce ze spełnieniem świadczenia - wykonaniem robót objętych umową z dnia 28 sierpnia 2012 r. (w sprawie brak bowiem było jakichkolwiek dowodów powodujących jej ekskulpację), kwestią wymagającą rozważenia

było więc ustalenie, czy powódka wyznaczyła pozwanej odpowiedni termin na spełnienie świadczenia, co do którego pozwana była w zwłoce. Dostrzeżono, że powódka wezwaniem z wyznaczeniem dodatkowego terminu skierowała do pozwanej dwukrotnie, dwukrotnie składała też oświadczenie o odstąpieniu od umowy, za pierwszym razem w zakresie niezrealizowanych prac w kotłowni, za drugim razem co do wszystkich niezrealizowanych prac. Po raz pierwszy powódka skierowała do pozwanej wezwanie do realizacji robót z wyznaczeniem dodatkowego terminu pismem z dnia 10 stycznia 2014 r. wskazując, że w jej ocenie aktualny stan zaawansowania robót nie rokuje szansy na ich ukończenie w terminie i

w związku z tym wezwała pozwaną do wykonania umowy w terminie do dnia 20 stycznia 2014 r., pod rygorem odstąpienia od umowy (wezwanie to zostało doręczone pełnomocnikowi pozwanej dnia 14 stycznia 2014 r.). Sąd ten zauważył, że spór pomiędzy stronami co do zaawansowania robót narastał już od grudnia 2013 r., kiedy to powódka domagała się szczegółowego wykazania przez pozwaną jakie jest zaawansowanie robót, a tym samym jakie są szanse na ukończenie ich w umówionym na mocy aneksu nr (...) terminie. Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że powódka знаła stanowisko pozwanej, która z kolei wprost przyznawała, że nie jest możliwe ukończenie inwestycji w terminie, co wiązała z aktualną sytuacją rozliczenia inwestycji (pозwana uważała bowiem, że powódka winna zapłacić na jej rzecz kolejne kwoty tytułem zaliczek, ponieważ dotychczas uiszczone zaliczki zostały przeznaczone na wyszczególnione przez pozwaną prace dodatkowe, tym samym bez zaliczek pozwana nie jest w stanie samodzielnie finansować budowy - co wyraziła pozwana w piśmie z 31 grudnia 2013 r.). Sąd ten dostrzegł, że po raz drugi powódka wezwała do ukończenia robót z wyznaczeniem terminu pismem z dnia 3 lutego 2014 r. (doręczonym 5 lutego 2014 r.), wyznaczając termin do 10 lutego 2014 r., a następnie po raz drugi pismem z dnia 12 lutego 2014 r. (a doręczonym 14 lutego 2014 r.), złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy w zakresie dotychczas niezrealizowanym.

Zdaniem Sądu Okręgowego za skuteczne należy uznać odstąpienie od umowy, dokonane pismem z dnia 12 lutego 2014 r. (tj. w części dotyczącej wszystkich niewykonanych robót), bowiem wyznaczony termin pismem z dnia 3 lutego 2014 roku był terminem odpowiednim, jako składała się nań suma wyznaczanych terminów, od pierwszego z nich, tj. od terminu wyznaczonego pismem z dnia 10 stycznia 2014 r. Zauważył, że już w okresie od września 2013 r. (tj. od zawarcia aneksu nr (...) do umowy o roboty budowlane) pozwana winna podjąć starania o jak najsprawniejsze zrealizowanie umowy, bowiem termin ten został przez strony ustanowiony dlatego, że pozwana uchybiła terminowi zakończenia robót, pierwotnie wyznaczonemu na dzień 30 czerwca 2013 r., ta zaś okoliczność zdaje się również przemawiać za uznaniem, że także termin wyznaczony przed odstąpieniem od umowy w zakresie kotłowni był terminem odpowiednim, tym bardziej, że pozwana w istocie uchylała się przed przedstawieniem powódce rzeczywistego zaawansowania robót (w grudniu 2013 r.).

Przy ocenie okoliczności dotyczących wyznaczeniu przez powódkę odpowiedniego terminu za istotne Sąd Okręgowy uznał też to, że powódka zdawała sobie sprawę, że przeszkodą w kontynuowaniu robót przez pozwaną jest utrata możliwości finansowania

robót przez pozwaną, o czym pozwana wprost informowała, przy czym pozwana nie widziała innej możliwości rozwiązania tego problemu, niż dodatkowe finansowanie ze strony powódki, na co z kolei powódka nie wyrażała zgody. Sąd ten stwierdził, że w takiej sytuacji nawet wyznaczenie bardziej odległego terminu nie umożliwi pozwanej ukończenia prac. Również z tego względu termin wyznaczony przez powódkę (na który składa się suma dwóch terminów) Sąd Okręgowy uznał za odpowiedni.

W związku z powyższym Sąd Okręgowy uznał, że zastosowanie znajduje przepis art. 494 § 1 k.c., w oparciu o który powódka może domagać się „zwrotu tego, co już świadczyła”. Sąd ten ponownie podkreślił, że powódka odstąpiła od umowy w części dotyczącej robót niezrealizowanych, może domagać się więc zwrotu zaliczek uiszczonych na poczet właśnie robót niezrealizowanych przez pozwaną.

Co do wysokości roszczenia powódki z tytułu zwrotu zapłaty wobec niezrealizowania części robót Sąd Okręgowy powołał się na matematyczne wyliczenie różnicy pomiędzy wynagrodzeniem należnym pozwanej za roboty, które wykonała zgodnie z umową, a kwotą, którą powódka faktycznie uiszczała na jej rzecz w postaci zaliczek na poczet wynagrodzenia. Sąd Okręgowy kwoty te określił brutto i wskazał, że uiszczone zaliczki stanowią 3.693.073,77 zł. Podkreślił, że bez znaczenia dla wyliczenia wysokości rozważanego w tym miejscu roszczenia powódki pozostaje fakt wykonania bądź też niewykonania przez pozwaną robót

dotychczasowych. Nie budzi bowiem wątpliwości, że powódka uiszczala zaliczki na poczet robót podstawowych z umowy o roboty budowlane z dnia 28 sierpnia 2012 r., w oparciu o wystawione przez pozwaną faktury zaliczkowe, na podstawie § 10 ust. 12 umowy. Wskazał,

że uiszczonych przez powódkę zaliczek pozwana nie mogła zarachować na poczet innych swoich wierzytelności, w szczególności na poczet wierzytelności z tytułu ewentualnych robót dodatkowych. Podniósł, że tym samym - o ile po stronie pozwanej w ogóle powstały

roszczenia z tytułu robót dodatkowych - może ona dochodzić ich w osobnym procesie od powódki, nie może natomiast w niniejszym procesie podnosić, że kwoty wpłacone przez powódkę jako zaliczki w istocie nie są zaliczkami podlegającymi zwrotowi po odstąpieniu od umowy przez powódkę, miałyby być bowiem przez pozwaną zaliczone na poczet wynagrodzenia za roboty dodatkowe.

W celu ustalenia jaka część robót została przez powódkę wykonana (i o jakiej wartości) Sąd Okręgowy posłużył się opiniami biegłych, najpierw wcześniejszą opinią w sprawie I Co 51/14 w trybie zabezpieczenia dowodu (połączonej z oględzinami), w której dokonano szacunkowego obliczenia, jaka procentowo część robót została przez pozwaną wykonana w odniesieniu do każdej pozycji załącznika nr 2 do umowy, który to załącznik określał zakres robót do wykonania w poszczególnych etapach z podaniem ustalonej przez strony ryczałtowej wartości robót dla każdego etapu. Zwrócono uwagę, że biegły ustalił przy tym szacunkowy procent zaawansowania robót dla każdego etapu, ustalił również zaawansowanie robót

ogółem wskazując, że pozwana wykonała 81,22% robót objętych umową, ponadto wyliczył,

że za wykonaną część robót przysługuje pozwanej wynagrodzenie w wysokości 2.436.570,57 zł netto (co daje 2.996.981,80 zł brutto). W ocenie Sądu Okręgowego kwota żądania powódki

o zwrot nadpłaconych zaliczek wyraża się w związku z tym w różnicy między kwotą uiszczonych przez nią zaliczek na poczet wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie umowy

o roboty budowlane z dnia 28 sierpnia 2012 r., a kwotą należnego pozwanej na podstawie umowy wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, zgodnie z następującym

obliczeniem: $3.693.073,77 - 2.996.981,80 = 696.091,96$ zł. Sąd wskazał, że powódka domagała

się z tego tytułu kwoty 602.610,42 zł, zgodnie z art. 321 § 1 k.p.c. roszczenie należało więc uwzględnić do tej właśnie wysokości.

Niezależnie od przedstawionych wyżej rozważań Sąd Okręgowy wskazał, że w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy, o ile oświadczenie powódki o odstąpieniu od umowy byłoby nieskuteczne, żądanie powódki mogłoby być uwzględnione do kwoty 602.610,42 zł na podstawie art. 410 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c., spełnione zostałyby bowiem przesłanki zwrotu świadczenia nienależnego. Zdaniem tego Sądu w takiej sytuacji przyjąć należałoby, że do rozwiązania umowy doszło na skutek zgodnego oświadczenia woli obu stron (pозwana na obecnym etapie nie neguje bowiem tego, że umowa nie wiąże stron, tym samym została rozwiązana). Natomiast w związku z tym, że powódka uiściła pozwanej kwotę zaliczek w wysokości przekraczającej wartość zrealizowanych przez pozwaną robót, to należy przyjąć, że w tym zakresie w ocenie Sądu meriti świadczenie powódki było świadczeniem nienależnym, ponieważ podstawa świadczenia - istniejąca w dacie, w której powódka świadczenie spełniała - odpadła.

O odsetkach od kwoty 602.610,42 zł orzeczono na podstawie art. 481 § 1 k.c. przy zastosowaniu art. 455 k.c. i przyjęciu, że powódka wezwała pozwaną do zwrotu nadpłaconych zaliczek pismem z dnia 16 kwietnia 2014 roku z terminem zapłaty do dnia 23 kwietnia 2014 roku, a więc odsetki należą się powódce od dnia następnego.

Sąd zwrócił uwagę, że ostatnim z dochodzonych roszczeń było roszczenie o zapłatę kwoty 84.406,43 zł, które powódka ostatecznie sprecyzowała pismem procesowym z 18 stycznia 2016 r. jako roszczenie odszkodowawcze z tytułu nienależytego wykonania umowy przez pozwaną (k. 1029 i kolejne). Sąd Okręgowy uznał, że roszczenie o zapłatę kwoty

84.406,43 zł dotyczy odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy w części, w jakiej umowa ta została przez pozwaną wykonana. Sąd ten jednocześnie miał na względzie, że nienależyte wykonanie umowy przez pozwaną powódka wiąże z wadliwym wykonaniem robót budowlanych podkreślając, że w takim przypadku inwestor może realizować swoje uprawnienia z rękojmi za wady fizyczne budynku lub dochodzić roszczenia odszkodowawczego w oparciu o przepisy regulujące odpowiedzialność kontraktową, tj. w oparciu o art. 471 k.c. Sąd I instancji uznał, że powódka wybrała ostatecznie tryb odszkodowawczy uznając, że szkoda polega na poniesieniu przez nią dodatkowych kosztów związanych ze zleceniem poprawienia wadliwych robót innemu wykonawcy (powódka w swoich twierdzeniach nie wskazała nazwy tego podmiotu) oraz kosztów materiałów niezbędnych do wykonania prac naprawczych. Koszty te zostały wyliczone na podstawie załączonych do odpowiedzi na sprzeciw faktur VAT, których zsumowanie zawiera wykaz zatytułowany „Podliczanie kosztów poniesionych w celu usunięcia usterek i wad” [k. 768]. Z kolei „wykaz wad i usterek”, jakie powódka zarzuca pozwanej, w liczbie 10, jest załącznikiem do pisma procesowego z 18 stycznia 2016 r. [k.751-752]. Sąd Okręgowy podkreślił, że szkoda, jakiej naprawienia domaga się powódka, wyrażać się ma w realnych kosztach poniesionych przez powódkę w celu usunięcia wad wykonanych robót (w taki sposób szkoda została

opisana przez powódkę, tak rozumianą szkodę powódka udowadnia w niniejszym procesie co do wysokości, składając faktury VAT za materiały i wykonawstwo, na łączną - zdaniem powódki - kwotę 84.406,43 zł). Wskazał, że konsekwencją powyższego stanowiska powódki są dwa założenia:

- po pierwsze szkoda powódki wyraża się kwotą realnie poniesionych przez nią wydatków (co dokumentują faktury VAT objęte wykazem na kwotę 84.406,43 zł), nie jest to natomiast szkoda rozumiana czy to jako koszt hipotetycznej naprawy wad już usuniętych, czy to jako koszt hipotetycznej naprawy wad istniejących obecnie, tj. nieusuniętych,

- po drugie wady, z których wystąpieniem powódka wiąże obowiązek odszkodowawczy, zostały przez powódkę - wg jej twierdzeń - usunięte, do czego zostały wykorzystane materiały z tych faktur oraz poniesione koszty robocizny z tych faktur.

Sąd Okręgowy wskazał, że budowa prowadzona była z pominięciem wszelkich procedur zmierzających do dokumentowania jej poszczególnych etapów. Strony nie dokonywały odbiorów robót częściowych (pозwana ich nie zgłaszała, a powódka ich nie odbierała), brak jest więc protokołów potwierdzających odbiór robót częściowych, nie ma dokumentacji - pochodzącej chociażby od inspektora nadzoru - która wskazywałaby na jakość robót w poszczególnych

etapach. Finansowanie budowy odbywało się na zasadzie zaliczek wypłacanych bez odbiorów uprzednio wykonanych robót.

Dalej Sąd Okręgowy stwierdził, że pozwana nie dokończyła budowy, a rozwiązanie stosunku umownego nastąpiło w toku budowy, przy zawansowaniu całości robót na poziomie 81,22%, tymczasem w przypadku robót budowlanych można mówić o wadach tylko wobec robót zakończonych i przedstawionych do odbioru (także w przypadku przedstawienia do odbioru etapu robót). Zdaniem Sądu Okręgowego w praktyce dopiero wówczas - po przedstawieniu robót do odbioru przez wykonawcę - inwestor dokonuje oceny wykonanej pracy, m.in. pod kątem istnienia wad. W sytuacji gdy roboty są nieskończone i niezgłoszone do odbioru (a więc gdy oceniany jest stan budowy w toku) dla postronnego obserwatora roboty zawsze będą dotknięte wadami, ponieważ wykonawca nie wykonał jeszcze szeregu prac, czy to związanych z głównym zakresem wykonawstwa, czy to wykończeniowych. Dlatego też w przypadku, gdy roboty budowlane zostały przerwane, a nie zgłoszono żadnego ich etapu do odbioru, ich stan – w ocenie Sądu I instancji- należy ocenić jako „roboty niedokończone”, a brak wykończenia nie może być uznany za wadę w rozumieniu wskazanym przez powódkę. Sąd Okręgowy zaznaczył, że prace wykończeniowe zostałyby przecież wykonane, gdyby do rozwiązania stosunku umownego nie doszło. W ocenie tego Sądu nie sposób przyjąć, że „niewykończenie” (np. brak zabezpieczeń przed wilgocią elewacji budynku, niewykończone obróbki blacharskie, niewykończone listwami przypodłogowymi posadzki, brak ostatniej warstwy posadzki, niedrożność urządzeń sanitarnych, niepomalowane ściany) stanowi wadę w opisanym rozumieniu. Zdaniem Sądu wszystkie wymienione braki w sposób naturalny występują kiedy budowa trwa, a więc jest realizowana przez wykonawcę. Jeżeli prace budowlane nagle zostaną przerwane, w sposób oczywisty roboty budowlane będą dotknięte tymi brakami, nie można jednak uznać ich za wady, skoro wynikają one ze zwykłego toku robót i stanu budowy w momencie przerwania, dlatego też w opinii Sądu orzekającego za wady mogą być uznane wyłącznie braki i usterki stwierdzone wyłącznie w robotach przedstawionych przez wykonawcę do odbioru jako zakończone.

Sąd Okręgowy skonstatował, że w opisanej sytuacji powódka nie może domagać się jako odszkodowania kosztów usunięcia usterek polegających na niezabezpieczeniu hali przed wilgocią czy też niewykończeniu posadzek, dachu, czy innych elementów, jak również braku malowania ścian, skoro budowa została przerwana nagle. Zwrócono uwagę, że powyższa kwestia była również przedmiotem rozważań biegłego przedstawionych w ostatniej opinii uzupełniającej z października 2017 r., gdzie biegły kwestie te poddał szczegółowej analizie.

Następną okolicznością, którą podkreślił Sąd, jest to, że powódka - jak sama twierdzi - wady wykonawstwa pozwanej po części usunęła, a objęte żądaniem odszkodowanie wyraża się właśnie kwotą kosztów usuwania tych wad (żądaniem nie są natomiast objęte koszty usuwania wad nadal istniejących, o ile przyjąć oczywiście, że wady te istnieją). Dostrzeżono, że po zejściu z budowy przez pozwaną powódka powierzyła roboty innym wykonawcom, którzy wykończyli roboty niedokończone przez pozwaną, przy czym o ile roboty pozwanej w ocenie nowego wykonawcy byłyby wykonywane nieprawidłowo bądź w technologii w ocenionej przez nowego wykonawcę za nieprawidłową (niezgodnie ze sztuką budowlaną), nowy wykonawca mógłby demontować prace pozwanej i wykonywać je w technologii uważanej przez niego za prawidłową. Obecny stan budowy jest więc taki, że nieprawidłowości popełnione przez pozwaną zostały usunięte przez nowych wykonawców, a jeżeli obiekt budowlany nadal dotknięty jest wadami, pojawia się pytanie, czy są to wady związane z wykonawstwem pozwanej, czy z wykonawstwem jej następców, a więc podmiotów, którym powódka zleciła kończenie prac przerwanych przez pozwaną.

Sąd I instancji podkreślił jednak, że fakt obecnie występujących wad hali (o ile takie istnieją), jest o tyle bez znaczenia dla rozstrzygnięcia, że powódka nie domaga się kosztów usunięcia nadal istniejących wad (ani nie zgłasza żadnego roszczenia związanego z obecnie istniejącymi wadami), żądanie odszkodowawcze powódki ogranicza się bowiem do zwrotu realnie poniesionych kosztów usuwania wad, udokumentowanych złożonymi przez

powódkę fakturami VAT.

Każdy z istotnych dla rozstrzygnięcia faktów, powołanych na wstępie (a więc to, czy niedokończone przez pozwaną roboty dotknięte były 10 wadami wymienionymi w „wykazie wad i usterek” oraz to, czy kwoty z faktur VAT z wykazu opiewającego na łączną kwotę 84.406,43 zł, zostały przez powódkę realnie poniesione w celu usuwania tych właśnie wad) zdaniem Sądu Okręgowego wymaga wiadomości specjalnych. Sąd ten wyjaśnił, że stwierdzenie istnienia 10 wad w obecnym stanie rzeczy może nastąpić wyłącznie w oparciu o dokumentację zawartą w aktach sprawy, obrazującą stan rzeczy na dzień opuszczenia

budowy przez pozwaną, nie może być natomiast stwierdzona przez oględziny obecnego stanu hali (z uwagi na dokończenie budowy przez Innych wykonawców oraz usunięcia przez nich wskazywanych przez powódkę wad). Sąd zaznaczył, że jedyną osobą, która poddała oględzinom stan budowy wkrótce po jej opuszczeniu przez pozwaną, był biegły sądowy A. M., który wykonał opinię w trybie zabezpieczenia dowodu, jest on więc jedyną osobą, która mogła wykonać opinię sądową opierając się nie tylko o materiały zgromadzone w opinii wykonanej w celu zabezpieczenia dowodu, ale także w oparciu o osobiście przeprowadzone oględziny.

Odnosząc się do kwestii prawnych związanych z ustalaniem wysokości odszkodowania, którego powódka dochodzi w kwocie realnie poniesionych w celu usuwania wad wydatków Sąd Okręgowy wskazał, że taka realnie poniesiona kwota (oczywiście przy założeniu, że istniały wady wykonawstwa pozwanej) mogłaby być uznana za szkodę powódki, o ile nie odbiegałaby rażąco od cen usuwania wad obowiązujących na lokalnym rynku. W sytuacji, gdy poszkodowany sam podjął działania zmierzające do odtworzenia istniejącego stanu rzeczy (jak w niniejszej sprawie), ustalając wysokość odszkodowania uwzględnia się poniesione przez niego wydatki, jeśli mieszczą się one w granicach cen obowiązujących na lokalnym rynku, przy czym chodzi o rynek lokalny dla poszkodowanego. Sąd Okręgowy wskazał, że jedynie w sytuacji, gdy poszkodowany nie podjął działań zmierzających do odtworzenia wcześniej istniejącego stanu rzeczy, należy brać pod uwagę hipotetyczne nakłady, jakie przy uwzględnieniu przeciętnych cen mogą okazać się niezbędne

do naprawienia szkody. W ocenie tego Sądu ta ostatnia sytuacja nie miała miejsca w niniejszej sprawie. Sąd ten wskazał, że gdyby jednak faktycznie poniesione przez powódkę wydatki rażąco przewyższały ceny obowiązujące na lokalnym rynku, wówczas odszkodowanie winno być obniżone do kwoty wyliczonej wg średnich cen obowiązujących na danym rynku.

W dalszej kolejności Sąd I instancji zwrócił uwagę, że powódka złożyła wniosek, aby powołany ten sam biegły sądowy w trybie zabezpieczenia dokonał oględzin placu budowy

po odstąpieniu od umowy przez powódkę. Podkreślono, że opinia biegłego wykonana w trybie zabezpieczenia została poprzedzona kilkukrotnymi oględzinami i dokładną inwentaryzacją wykonanych robót. Zaznaczono, że dokonanie ustaleń, czy roboty zostały wykonane z wadami, wymaga wiadomości specjalnych, tym samym zdaniem Sądu nie można było przeprowadzić dowodu z zeznań świadków bądź z przesłuchania stron w celu wykazania, czy roboty były wadliwe. Biegły A. M. wykonał opinię w lipcu 2016

r., w treści tej opinii wskazał że opierał się na aktach sprawy i wizji lokalnej dokonanej w dniach 31 marca 2014 r. i 4 kwietnia 2014 r. celem wydania opinii w trybie zabezpieczenia w sprawie I Co 51/14. W opinii tej biegły odniósł się kolejno do każdej wady wskazanej przez powódkę w „wykazie wad i usterek”. Biegły podkreślał, że obecnie brak jest możliwości potwierdzenia występowania większości wad z uwagi na to, że zostały one - jak twierdzi powódka - usunięte. Biegły poszukiwał zapisów w dzienniku budowy, które mogłyby potwierdzić istnienie wad oraz w innej dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy

(dziennik budowy - karta 279-304 akt I Co 51/14). Biegły podkreślił, że wskazane przez powódkę wady nie zostały dostrzeżone przez inspektora nadzoru i potwierdzone wpisami w dzienniku budowy. Analiza dokumentacji pozwoliła biegłemu na stwierdzenie, że strony w procesie inwestycyjnym nie stosowały nawet standardowych dokumentów oraz standardowych rozliczeń, które pozwoliłyby obu stronom na śledzenie (monitorowanie) na bieżąco tempa robót i postępu, nie przestrzegały reguł dotyczących odbiorów i zasad

usuwania wad i usterek (§ 10 umowy). Wszystkie te uchybienia dotyczące prowadzenia procesu inwestycyjnego, a także fakt, że ewentualne wady - o ile takowe istniały - zostały już przez powódkę usunięte, doprowadziły biegłego do konkluzji, że nie jest możliwe stwierdzenie istnienia wad, na które powołuje się powódka w „wykazie wad i usterek”. Mimo tego biegły dla każdej z 10 wad wymienionych w „wykazie wad i usterek” podał w opinii z lipca 2016 r. hipotetyczny koszt usunięcia wad, tj. koszt rynkowy, jaki należałoby ponieść, gdyby faktycznie dana wada wystąpiła.

Zdaniem Sądu Okręgowego o tym, że biegły nie stwierdził istnienia wad, a podał jedynie koszt hipotetyczny ich usunięcia, wyraźnie świadczy doprecyzowanie dokonane przez biegłego w treści opinii uzupełniającej z lutego 2017 r. (por. k. 1167 - cyt. „nigdzie biegły nie podał, że fizycznie stwierdził istnienie wady a wyciągnięte wnioski i sporządzone kosztorysy oparte są rzecz jasna na założeniach hipotetycznych”). Dostrzeżono, iż w tej uzupełniającej opinii biegły wskazał, że obecnie nie jest możliwe stwierdzenie, czy takie wady istniały, ponieważ powódka wykonywała później roboty zmierzające do usunięcia tych wad, natomiast strony nie zadbały o należyte prowadzenie dokumentacji, która jest na tyle uboga, że na jej podstawie nie można stwierdzić istnienia wad. W kolejnej pisemnej opinii uzupełniającej z października 2017 r. biegły kolejno odniósł się do każdej z 10 wad potwierdzając, że kosztorysy biegłego załączone do pierwszej pisemnej opinii są jedynie hipotetycznym kosztem usunięcia hipotetycznie założonych wad. Wnioski biegłego przedstawione w tej opinii uzupełniającej są bardziej szczegółowe niż w opiniach poprzednich, biegły poddał bowiem ocenie również wyniki badania kamerą termowizyjną, które powódka załączyła do pisma procesowego z 3 kwietnia 2017 r. (o czym niżej).

Tak wyliczone przez biegłego koszty usunięcia wad, a więc hipotetyczne koszty usunięcia wad (naprawienia szkody in abstracto) byłyby zdaniem Sądu Okręgowego przydatne dla rozstrzygnięcia o tyle tylko, że możliwe byłoby porównanie, czy rzeczywiście poniesione przez powódkę koszty usunięcia wad (dochodzone przez powódkę wg faktur VAT obrazujących realne wydatki) nie odbiegają od stawek rynkowych (por. wyżej przedstawione rozważania na tle art. 363 § 1 k.c.). Tak więc w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, w tym opinię biegłego sądowego, nie było możliwe potwierdzenie, że na dzień odstąpienia od umowy roboty budowlane pozwanej dotknięte były 10 wadami wymienionymi przez powódkę (abstrahując w tym miejscu od rozważań przedstawionych na wstępie, zgodnie z którymi w ogóle nie można mówić o wadach robót niedokończonych, niezgłoszonych do odbioru i nieodebranych).

W ocenie Sądu Okręgowego nieudowodnione zostało, że kwoty z przedstawionych przez powódkę faktur, wymienionych w wykazie opiewającym na kwotę 84.406,43 zł, stanowią koszty realnie poniesione przez powódkę właśnie w celu usuwania wad wykonawstwa pozwanej, a nie np. w celu dokończenia budowy. Sąd ten podkreślił brak jakichkolwiek twierdzeń, które powódka powinna przedstawić zgłaszając roszczenie procesowe (a więc powinna przedstawić w piśmie rozszerzającym żądanie). Tymczasem powódka poza ogólnym stwierdzeniem, że poniosła koszty usuwania wad w wysokości 84.406,43 zł, nie podała żadnych twierdzeń zmierzających do wskazania, jacy wykonawcy usuwali wady (tym samym które z załączonych faktur VAT dotyczą wad), ani twierdzeń zmierzających do wskazania, że poszczególne materiały zakupione w oparciu o załączone faktury VAT posłużyły właśnie do usuwania wad. Sąd podkreślił, że brak tych twierdzeń nie pozwala przyporządkować danej faktury do danej wady, a dopiero takie twierdzenia - których obowiązek przedstawienia spoczywał na powódce - byłyby dla Sądu (oraz powołanego przez Sąd biegłego) podstawą do dalszych rozważań zmierzających do ustalenia, czy w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy faktycznie dana faktura stanowi koszt usunięcia danej wady. Już brak tych twierdzeń czyni przeprowadzenie takich rozważań niemożliwym, a w konsekwencji powództwo o zapłatę kwoty 84.406,43 zł nieuzasadnionym.

Sąd Okręgowy dodał, że obowiązku przedstawienia twierdzeń nie można „obejść” powołując dowody z zeznań świadków czy stron, którzy mieliby przedstawić istotne dla sprawy okoliczności. Zaakcentowano, iż powódka składając pozew powinna przede

wszystkim przedstawić twierdzenia uzasadniające jej roszczenie, a następnie dowody potwierdzające prawdziwość tych twierdzeń, które zostałyby przez Sąd przeprowadzone, o ile strona pozwana zaprzeczyłaby tym twierdzeniom. W związku z tym, że powódka nie przedstawiła twierdzeń, które pozwoliłyby przyporządkować daną fakturę do danej wady, pozwana nie miała możliwości wypowiedzenia się do tych twierdzeń, a Sąd nie miał możliwości oceny tak dochodzonego roszczenia.

Wracając do opinii biegłego Sąd I instancji wskazał, że w opinii uzupełniającej z października 2017 r. biegły bardziej szczegółowo odniósł się do możliwości ustalenia, czy w oparciu o złożone przez powódkę faktury VAT możliwe jest potwierdzenie, że faktury obejmujące zakup materiałów i usługi związane z wykonywaniem robót dokumentują wydatki realnie poniesione w celu usunięcia wad wskazywanych przez powódkę. Analizując materiał dowodowy biegły wskazał, że nie można wnioskować nawet o tym, że faktury przedstawione przez powódkę obrazują wydatki związane z pracami dotyczącymi tej inwestycji. Biegły podkreślił, że nie znalazł ani jednego dokumentu, który mógłby potwierdzić, że wyszczególniony w fakturach materiał został wbudowany, albo że roboty budowlane czy też usługa zostały celowo wykonane na będącej przedmiotem sporu budowie

(a nie w innym miejscu). Na fakturach brak dekretacji księgowych, faktury nie są opisane, a przede wszystkim brak jest odbiorów robót. Wskazał dalej Sąd Okręgowy, że powódka nie przedstawiła przedmiarów robót z wyszczególnionymi ich rodzajami i lokalizacją, z których mogłyby wynikać miejsce wbudowania materiałów i ich ilość (biegły podkreślił że nie ma

innej metody potwierdzenia wbudowania na tej konkretnej inwestycji zakupionych ilości materiałów). Biegły wielokrotnie podkreślał brak profesjonalnego dokumentowania przez inwestora (powódkę) robót oraz dokonywania procedur przez stwierdzanie wad. Biegły podkreślił, że w istocie przeprowadzenie obecnie wizji lokalnej - której oczekuje powódka - miałoby nie tyle stwierdzić istnienie wad, co miałyby zastąpić niedokonane przez powódkę (czy też działającego z jej ramienia inspektora nadzoru) czynności odbiorowe, podczas

których stwierdza się występowanie wad i usterek. Biegły podkreślił również w opinii uzupełniającej z października 2017 r. - odnosząc się do uwag strony powodowej - że nigdzie

nie twierdził, iż konieczne jest obecnie przeprowadzenie wizji lokalnej, opinia bowiem miała odnosić się do prac, które zostały wykonane na dzień zejścia przez pozwaną z budowy (a więc w istocie na dzień wykonania oględzin przez biegłego w ramach opinii wykonanej w trybie zabezpieczenia). Odnosząc się do poszczególnych wad wskazywanych przez powódkę biegły w opinii uzupełniającej z października 2017 r. zmodyfikował swoje stanowisko o tyle, że uznał, iż badanie kamerą termowizyjną pozwala stwierdzić istnienie mostków termicznych w konstrukcji płyt elewacyjnych, wskazał również, że ustalenie sposobu ich usunięcia wad

będzie wiązało się z demontażem elementów ściennych hali i ponownym montażem. Istnienie tej wady nie zostało jednak przez biegłego powiązane z wadliwym wykonawstwem pozwanej.

Sąd Okręgowy wskazał, że istotne na gruncie żądania zgłoszonego przez powódkę w tej sprawie, istnienie w obecnym stanie rzeczy tej wady (mostki termiczne w konstrukcji płyt elewacyjnych) nie ma żadnego znaczenia dla oceny żądania powódki o zapłatę kwoty

84.406,43 zł. Zdaniem Sądu powódka nie przedstawiła żadnych twierdzeń co do tego, które z faktur objętych wykazem opiewającym na kwotę 84.406,43 zł zmierzały do usunięcia tej wady. Poza tym Sąd wskazał, że gdyby którakolwiek z faktur obejmowała wydatki poniesione w

tym celu, to obecnie wada w postaci mostków termicznych nie występowałaby. Tym samym Sąd Okręgowy skonstatował, że nawet gdyby przyjąć, że pozwana wadliwie wykonała roboty budowlane, przez co powstały wskazane przez biegłego mostki termiczne, to i tak nie daje to podstaw do zasądzenia na rzecz powódki zwrotu wydatków poniesionych w ramach którejkolwiek z faktur VAT objętych wykazem opiewającym na kwotę 84.406,43 zł.

Zdaniem Sądu Okręgowego identyczne wnioski należy odnieść do każdej kolejnej omówionej przez biegłego wady.

Mając na uwadze powyższe - ostatecznie - Sąd uznał, że nie ma podstaw aby uwzględnić roszczenie odszkodowawcze powódki o zapłatę zwrotu wydatków poniesionych przez powódkę na opłacenie faktur wymienionych w zestawieniu

opiewającym na kwotę 84.406,43 zł. Tym samym powództwo w zakresie żądania o zapłatę kwoty 84.406,43 zł podlegało oddaleniu.

Co do oceny dowodów Sąd Okręgowy stwierdził, że ustalając stan faktyczny oparł się na dowodach z dokumentów oraz z opinii biegłego A. M. (zarówno opinii wykonanej w trybie zabezpieczenia dowodu, poprzedzonej dwukrotnymi oględzinami dokonanyymi przez biegłego, jak i trzech opinii pisemnych złożonych w niniejszej sprawie). Sąd ten zaznaczył, że autentyczność przedłożonych dokumentów nie była przy tym kwestionowana przez strony.

Wątpliwości Sądu Okręgowy nie budził sposób wyliczeń dokonanych przez biegłego. Do uwag strony pozwanej dotyczących metodologii oraz sposobu szacunkowego procentowego wyliczenia stopnia zaawansowania robót biegły odniósł się w opinii uzupełniającej z lutego 2017 r. wyjaśniając opinię w tym zakresie.

Sąd I instancji wskazał, że dowód z opinii biegłego został również dopuszczony w zakresie zmierzającym do wykazania zasadności roszczenia powódki o zapłatę odszkodowania wyrażającego się zwrotem wydatków związanych z opłaceniem faktur objętych wykazem opiewającym na kwotę 84.406,43 zł. Zdaniem Sądu również w tym zakresie trzy pisemne opinie biegłego, złożone w niniejszym procesie należy uznać za dowody wiarygodne. Jednocześnie Sąd Okręgowy uwzględnił, że biegły nie był w stanie definitywnie potwierdzić istnienia wad w wykonawstwie pozwanej na dzień odstąpienia od umowy, a także nie był w stanie potwierdzić, że złożone przez powódkę faktury zostały w rzeczywistości wykorzystane do usunięcia wskazywanych przez powódkę wad. W ocenie Sądu Okręgowego wnioski i wyjaśnienia biegłego są w tym względzie należyście umotywowane i rzeczowe. Sąd ten dodał, że nie było podstaw do zlecenia biegłemu kolejnych oględzin obiektu budowlanego. Zwrócono uwagę, że biegły sam wskazywał w ostatniej opinii uzupełniającej, że przeprowadzenie oględzin nie przyczyni się do udzielenia odpowiedzi w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia. Powódka nie domagała się żadnego odszkodowania związanego z obecnie istniejącymi wadami, a jedynie zwrotu wydatków objętych wykazem opiewającym na kwotę 84.406,43 zł, a więc zwrotu kwot wydatkowanych na usunięcie wad, które nie są obecnie możliwe do stwierdzenia.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 108 § 1 zdanie drugie k.p.c. rozstrzygając, że mają zostać one poniesione przez strony zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik sprawy, przy założeniu, że powódka wygrała sprawę w 90%, zaś ich szczegółowe wyliczenie (w tym wyliczenie kosztów należnych Skarbowi Państwa) i stosunkowe rozdzielenie między stronami pozostawiono referendarzowi sądowemu po uprawomocnieniu się wyroku.

Apelację od powyższego wyroku wniosła powódka, zaskarżając orzeczenie w części co do oddalanej kwoty 84.406,43 zł. Jednocześnie, zaskarżonemu rozstrzygnięciu zarzucono naruszenie:

1. art. 471 k.c. poprzez przyjęcie, że w niniejszej sprawie nie zachodziły podstawy do zasądzenia na rzecz powódki żądanej kwoty tytułem odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy w sytuacji, gdy z okoliczności sprawy wynika, że wystąpiły kumulatywnie wszystkie przesłanki odpowiedzialności kontraktowej;
2. art. 471 k.c. w zw. z art. 647 k.c. poprzez przyjęcie, że w przypadku robót budowlanych o wadach można mówić jedynie wobec robót zakończonych i przedstawionych do odbioru podczas, gdy brak jest podstaw do uznania, iż jedynie zakończone prace mogą być wadliwe, a dokonanie odbioru uzasadnia jedynie domniemanie, iż zostały one wykonane prawidłowo (lub są one dotknięte wadami), które to domniemanie może zostać obalone przez wykazanie, że roboty zostały wykonane nienależyście;
3. art. 6 k.c. w zw. z art. 3 k.p.c. i art. 232 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez przyjęcie, że powódka nie wykazała, że pozwana wadliwie wykonała umowę o roboty budowlane oraz że koszty wynikające z przedłożonych przez nią faktur VAT zostały przez powódkę poniesione w celu usunięcia wskazanych przez nią wad w sytuacji, gdy na podstawie zgromadzonego w aktach sprawy materiału dowodowego

możliwym jest ustalenie, czy wady te wystąpiły oraz czy powódka poniosła wskazywane przez nią koszty w celu ich usunięcia tj. czy przedłożone przez nią faktury VAT dotyczą przedmiotowych wad;

4. art. 227 k.p.c. w zw. z art. 162 k.p.c. poprzez pominięcie wniosku powódki o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków: A. W. (1), D. J., R. S. (2), M. W. (2), A. Z., M. D., J. A. (2), B. P., J. K., R. C., A. W. (2), R. M., P. K. oraz wyjaśnień w charakterze strony M. W. (1) z powodu uznania, że niedopuszczalne jest zastępowanie przez powódkę zeznaniami świadków i przesłuchaniem strony braku twierdzeń zmierzających do wykazania, że koszty wskazane przez powódkę zostały w rzeczywistości poniesione na usunięcie wad oraz z uwagi na brak możliwości przeprowadzenia dowodu z przesłuchania świadków oraz wyjaśnień strony na okoliczności faktyczne wymagające wiedzy specjalnej, podczas gdy powódka w składanych przez nią pismach procesowych podnosiła twierdzenia uzasadniające dochodzone przez nią roszczenie, a wymienieni świadkowie oraz strona mieli zostać przesłuchani na okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy i niewymagające wiadomości specjalnych, w tym na okoliczność dokończenia przez powódkę przedmiotu umowy oraz usunięcia wad budynku we własnym zakresie i na własny koszt, wysokości kosztów poniesionych przez powódkę w celu dokończenia budynku i usunięcia wad;

5. art. 227 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c., 284 k.p.c., art. 286 k.p.c. oraz 292 k.p.c. poprzez brak zobowiązania biegłego do sporządzenia opinii uzupełniającej i przeprowadzenia oględzin budynku stanowiącego przedmiot opinii w celu ustalenia istnienia wad wykonanych przez pozwaną robót i ustalenia czy wady powstały na skutek prowadzonych przez pozwaną prac oraz w celu ustalenia czy materiały oraz prace wyszczególnione w złożonych powódkę dokumentach były materiałami i pracami koniecznymi do wbudowania celem usunięcia wad robót wykonanych przez pozwaną, podczas gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego (w szczególności opinii biegłego sporządzonej w trybie zabezpieczenia) wynikało, że możliwym jest ustalenie istnienia wad oraz ustalenie czy koszty poniesione przez powódkę były konieczne w celu ich usunięcia, przy czym powyższe mogło zostać potwierdzone przez przeprowadzenie ponownych oględzin budynku będącego przedmiotem umowy, natomiast biegły nie odpowiedział w swojej opinii na przedmiotowe pytania, które były objęte tezą dowodową zawartą we wniosku dowodowym powódki oraz postanowieniu Sądu, a stwierdzenie ww. okoliczności wymagało wiadomości specjalnych;

6. art. 322 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie i oddalenie powództwa w zaskarżonym zakresie pomimo uznania przez Sąd, iż ściśle udowodnienie wysokości żądania było w sprawie niemożliwe z uwagi na powyższe rozstrzygnięcie, winno zapaść w oparciu o powołany wyżej przepis oraz wyrażoną w nim zasadę ustalania wysokości odszkodowania według oceny Sądu;

7. art. 187 § 1 pkt 2 k.p.c. w zw. z art. 126 § 1 pkt 3 k.p.c. i 210 § 1 k.p.c. poprzez uznanie, iż powódka nie przytoczyła twierdzeń uzasadniających swoje roszczenie w sytuacji, gdy powódka podniosła szereg twierdzeń o okolicznościach faktycznych będących podstawą dochodzonej w pozwie kwoty w tym wskazała, że pozwana wykonała prace w sposób wadliwy i przedstawiła wykaz ww. wad oraz podniosła, iż wady te usunęła na własny koszt, a także w treści pism procesowych wielokrotnie wskazywała, które z faktur dotyczą usuniętych przez nią wad. Przy czym rozważania Sądu w przedmiotowym zakresie są sprzeczne, bowiem w uzasadnieniu Sąd jednocześnie wskazuje, że powódka sprostowała ostatecznie obowiązkowi dokładnego określenia żądania i przytoczenia okoliczności faktycznych je uzasadniających (str. 24 uzasadnienia – przy czym fragment ten dotyczy wszystkich roszczeń powódki), z drugiej zaś strony podnosi, że powódka nie przytoczyła twierdzeń uzasadniających roszczenia (str. 36 uzasadnienia);

8. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny materiału dowodowego, brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, dokonanie oceny dowodów w sposób sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego oraz logicznego rozumowania, poprzez:

- przyjęcie, iż obecnie nie jest możliwe stwierdzenie czy wady wskazane przez

powódkę istniały oraz czy ich powstanie spowodowane było nieprawidłowym wykonywaniem prac przez pozwaną z uwagi na fakt, iż wady te zostały usunięte przez powódkę, a w aktach sprawy brak jest dowodów na podstawie, których możliwe

byłoby poczynienie powyższych ustaleń w tym brak jest protokołów odbioru robót częściowych oraz dokumentów pochodzących od inspektora nadzoru inwestorskiego podczas gdy na podstawie zgromadzonego w aktach sprawy materiału dowodowego wynika, iż w niniejszej sprawie przeprowadzony został dowód w trybie zabezpieczenia czy postaci opinii biegłego sądowego (opinia została sporządzona przez tego samego biegłego, który sporządził następnie opinie w trakcie postępowania rozpoznawczego) w związku z którą to biegły dokonał dwukrotnych oględzin wykonanych robót i wykonał szczegółową ich inwentaryzację oraz dokumentację fotograficzną (znajdującą się w aktach sprawy) na podstawie, których można było ustalić istnienie wad,

- przyjęcie, że nie jest możliwe ustalenie czy koszty poniesione przez powódkę były kosztami uzasadnionymi i koniecznymi w celu usunięcia wad, podczas gdy kwoty wskazane w opinii biegłego sądowego dotyczące hipotetycznych kosztów usunięcia wad pokrywają się z kosztami wyliczonymi na podstawie faktur przedłożonych przez powódkę,

- uznanie, iż prace wskazane przez powódkę jako wadliwie wykonane były w istocie nieukończone co stoi w sprzeczności z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym oraz innymi ustaleniami faktycznymi Sądu, bowiem zgodnie z zestawieniem sporządzonym przez biegłego, a które to Sąd uznał za wiarygodne czyniąc na jego podstawie ustalenia w przedmiocie roszczenia powódki o zwrot nadpłaconych zaliczek (strona 13 i 14 uzasadnienia), prace które dotknięte są wadami zostały wykonane w całości (np. instalacja sanitarna), zatem nie można uznać ich za niezakończone,

- uznanie, że powódka nie wykazała, aby żądane przez nią koszty zostały faktycznie poniesione w związku z usunięciem wskazanych przez nią wad, podczas gdy powódka przedstawiła szereg faktur dokumentujących poniesione przez nią koszty oraz powołała dowód z opinii biegłego oraz zeznań świadków i wyjaśnień powódki w celu wykazania, iż powódka wady usunęła, a koszty przez nią wskazane zostały faktycznie poniesione w celu ich usunięcia a także, że przedłożone przez powódkę Faktury VAT można powiązać ze wskazanymi przez powódkę pracami,

- błędną ocenę opinii sporządzonych przez biegłego sądowego i przyjęcie ich za podstawę zaskarżonego orzeczenia, podczas gdy wnioski sformułowane przez biegłego obarczone są wadami, wynikłymi na skutek oparcia się podczas ich formułowania jedynie na wybranych dokumentach znajdujących się w aktach sprawy bez przeprowadzenia ponownych oględzin budynku i uwzględnienia dwukrotnych oględzin wykonanych w ramach przeprowadzenia dowodu w trybie zabezpieczenia i dokumentacji fotograficznej wykonanej w związku z powyższym oraz wobec okoliczności, iż biegły nie odpowiedział w sporządzonych przez siebie opiniach na pytania objęte teza dowodową zawartą we wniosku dowodowym powódki oraz postanowieniem Sądu, co w oczywisty sposób podważa wnioski wypływające z opinii, jakoby niemożliwym było stwierdzenie istnienia wad oraz kosztów koniecznych w celu ich usunięcia.

Wskazując na powyższe zarzuty powódka wniosła o zmianę przedmiotowego wyroku w części co do punktu II i III wyroku, poprzez zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki kwoty 84.406,43 zł z odsetkami od dnia 1 kwietnia 2015 r. w wysokości odsetek ustawowych

do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz odsetek ustawowych za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r

do dnia zapłaty. Nadto wniesiono o zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki zwrotu

kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwana odpowiadając na apelację powódki wniosła o jej oddalenie w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Apelację od powyższego wyroku wniosła także pozwana, zaskarżając orzeczenie w całości. Jednocześnie, zaskarżonemu rozstrzygnięciu zarzucono:

- błędne przyjęcie, iż powodowej spółce należy się zwrot 21% umówionego wynagrodzenia z tytułu niezrealizowania umowy o wybudowanie hali produkcyjno- magazynowej w D. w sytuacji, gdy pozwana domagała się wynagrodzenia za wykonanie szeregu prac dodatkowych i zamiennych, które zwiększyły w sposób znaczny wartość całej inwestycji- co doprowadziło do wyczerpania ryczałtowo ustalonego wynagrodzenia, a nadto powołany biegły nie dokonał finansowego, a tylko rzeczowego rozliczenia prac nieukończonych,

- nietrafne pominięcie przed zamknięciem rozprawy zgłoszonych przez pozwaną dowodów z przesłuchania świadków na okoliczność wykonania prac dodatkowych oraz z opinii biegłego na okoliczność wartości tych prac, które to dowody zostały wskazane w sprzeciwie od nakazu zapłaty z 26 września 2014, a miały ogromne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy również w zakresie żądania zwrotu części otrzymanego przez pozwaną ryczałtowego wynagrodzenia.

Uwzględniając powyższe pozwana wniosła o zmianę wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powódki na rzecz pozwanej kosztów zastępstwa adwokackiego przed Sądem Okręgowym. Nadto domagała się zasądzenia od powódki na

rzecz pozwanej kosztów postępowania odwoławczego z uwzględnieniem kosztów zastępstwa

adwokackiego.

Powódka odpowiadając na apelację pozwanej wniosła o jej oddalenie w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanej skutkowałą wydaniem przez Sąd odwoławczy orzeczenia zmieniającego wyrok w zakresie zasądzenia na rzecz powódki, jedynie w niewielkim zakresie, i to z przyczyn zasadniczo odmiennych aniżeli podnoszone w apelacji. Z kolei apelacja powódki okazała się bezzasadna w całości.

Wstępnie zaznaczenia wymaga, że obowiązek rozpoznania sprawy w granicach apelacji (art. 378 § 1 k.p.c.), oznacza związanie sądu odwoławczego zarzutami prawa procesowego (tak Sąd Najwyższy m.in. w uchwale składu 7 sędziów z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008, nr 6, poz. 55), za wyjątkiem oczywiście tego rodzaju naruszeń, które skutkują nieważnością postępowania. Sąd Apelacyjny nie dostrzegł ich wystąpienia w niniejszej sprawie.

Wobec tego, nawiązując też do zarzutów apelacji, w pierwszej kolejności rozważyć należy poruszane przez strony kwestie dotyczące poprawności postępowania dowodowego, dopiero bowiem przesądzenie poprawności procesu stosowania prawa w tej płaszczyźnie (i przyjęcia za prawidłowe ustaleń faktycznych) oraz ich ewentualne skorygowanie lub uzupełnienie dokonanych ustaleń faktycznych, pozwala na ocenę zastosowania prawa materialnego.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutów niezasadnego oddalenia wniosków dowodowych. W kontekście powyższego zauważenia wymaga, że na rozprawie w dniu 6 lutego 2018 r. Sąd Okręgowy bezsprzecznie pominął wnioski dowodowe stron, natomiast zastrzeżenie wobec tej decyzji, w trybie art. 162 k.p.c., wniosła jedynie strona powodowa.

Zgodnie z treścią art. 162 k.p.c. strony mogą w toku posiedzenia, a jeżeli nie były obecne, na najbliższym posiedzeniu, zwrócić uwagę sądu na uchybienia przepisom postępowania, wnosząc o wpisanie zastrzeżenia do protokołu. Stronie, która zastrzeżenia nie zgłosiła, nie przysługuje prawo powoływania się na takie uchybienia w dalszym toku

postępowania, chyba że chodzi o przepisy postępowania, których naruszenie sąd powinien wziąć pod rozwagę z urzędu, albo że strona uprawdopodobni, iż nie zgłosiła zastrzeżeń bez swojej winy. Prekluzja przewidziana w art. 162 k.p.c. obejmuje swym zakresem wszystkie uchybienia procesowe, w tym i te które miały wpływ na wynik sprawy, również w zakresie postępowania dowodowego, gdy naruszenie przepisów postępowania znalazło wyraz w wydanym w tej materii postanowieniu (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 maja 2010 roku, sygnatura akt V ACa 597/09). Zaznaczenia przy tym wymaga, że odmowa przeprowadzenia dowodu nawet z naruszeniem art. 217 § 2 k.p.c. nie jest uchybieniem przepisom postępowania, których naruszenie Sąd powinien wziąć pod uwagę z urzędu. Możliwość zgłoszenia zastrzeżeń do czynności sądu w trybie przewidzianym w art. 162 k.p.c. obejmuje również postanowienia, które mogą być zmienione lub uchylone stosownie do okoliczności, w tym m.in. postanowienia o odmowie przeprowadzenia dowodu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2010 roku, II PK 127/09). Celem regulacji zawartej w art. 162 k.p.c. jest m.in. zapobieganie nielojalności procesowej przez zobligowanie stron do zwracania na bieżąco uwagi sądu na uchybienia procesowe w celu ich niezwłocznego wyeliminowania i niedopuszczenie do celowego tolerowania przez strony takich uchybień z zamiarem późniejszego wykorzystania ich w środkach odwoławczych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 roku, V CSK 234/09).

W rozpoznawanej sprawie, jak wyżej wskazano, tego rodzaju sytuacja – w odniesieniu do strony pozwanej - nie zaistniała. Analiza treści protokołu rozprawy z dnia 6 lutego 2018 r. prowadzi do wniosku, że pomimo wydania stosownego postanowienia w przedmiocie oddalenia wniosków dowodowych pozwanej zastrzeżenie, o którym mowa, nie zostało złożone. W konsekwencji pozwana utraciła prawo powoływania się na ewentualne uchybienia Sądu na dalszym etapie postępowania.

Odmienne sytuacja kształtuje się w odniesieniu do powódki, która skutecznie podniosła zastrzeżenie w trybie art. 162 k.p.c. Jednocześnie powódka podniosła zarzut naruszenia art. 227 k.p.c. (popierany w apelacji) poprzez pominięcie wniosków o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków oraz z przesłuchania M. W. (1) (w charakterze strony) na okoliczność dokończenia przez powódkę przedmiotu umowy oraz usunięcia wad budynku we własnym zakresie i na własny koszt, wysokości kosztów poniesionych przez powódkę w celu dokończenia budynku i usunięcia wad.

Odnosząc się do tego należy zauważyć, że zgodnie z treścią art. 227 k.p.c. przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. Z kolei w myśl art. 217

§ 2 (obecnie 217 § 3 k.p.c.) sąd pomija twierdzenia i dowody, jeżeli są powoływane jedynie dla zwłoki lub okoliczności sporne zostały już dostatecznie wyjaśnione. W świetle przytoczonych regulacji przyjąć należy, że powoływanie dowodów dla zwłoki ma miejsce zarówno wówczas, gdy okoliczności sprawy dla wykazania których zostały powołane, są już dostatecznie wyjaśnione, jak również wtedy, gdy nie mogą one wyjaśnić spornych okoliczności, bowiem dotyczą faktów bez istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2001 roku, III CKN 1393/00). Sąd kierując się normą art. 227 k.p.c. ma obowiązek dokonywania selekcji dowodów, także pod względem ich

dopuszczalności i mocy dowodowej, aby postępowanie dowodowe służyło wyjaśnieniu i ustaleniu jedynie tych faktów, które mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Powódka domagała się przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków w celu wykazania wadliwości przeprowadzonych robót przez pozwaną. Potwierdzenie wadliwości

co do zasady wymaga wiedzy specjalnej, oczywiście przy założeniu, że sporządzenie opinii w okolicznościach konkretnej sprawy jest możliwe.

Skarżąca nie zauważa, że czym innym jest ustalenie zakresu prac wykonanych przez pozwaną oraz kolejnego wykonawcę, a czym innym pozostaje ustalenie prawidłowości tychże prac. O ile poczynienie ustaleń objętych pierwszym zagadnieniem mogłoby nastąpić w

oparciu o zeznania świadków, to dla rozstrzygnięcia zagadnienia drugiego, jako

wymagającego wiadomości specjalnych, koniecznym było dopuszczenie dowodu z opinii biegłego (art. 278 k.p.c.).

Wspomnieć w tym miejscu należy, że Sąd Okręgowy

postanowieniem z dnia 18 marca 2016 r. dopuścił dowód z opinii biegłego celem ustalenia, czy prace budowlane wykonane przez pozwaną były dotknięte wadami, jednak z uwagi na wadliwie sporządzaną dokumentację budowlaną i zakończenie procesu inwestycyjnego niemożliwym stało się ustalenie powyższego, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia.

W kontekście omawianego zarzutu zaznaczenia wymaga także, że zarówno w doktrynie prawa jak i orzecznictwie Sądu Najwyższego zgodnie przyjmuje się, że dowód z opinii biegłego nie może być zastąpiony zeznaniami świadków, o ile bowiem świadek ma zakomunikować swoje spostrzeżenia dotyczące okoliczności faktycznych, o tyle biegły ma poddać te okoliczności ocenie fachowej z wykorzystaniem wiedzy specjalnej w określonej dziedzinie. Nie jest przy tym zasadny argument skarżącej, że zawnioskowani przez nią świadkowie, jako specjaliści, mieli niezbędną wiedzę i kompetencje do oceny prawidłowości wykonanych prac przez pozwaną. Rolą świadka, nawet jeśli posiada wiadomości specjalne, jest w świetle obecnej procedury cywilnej wyłącznie przedstawienie informacji o faktach, a nie własnych opinii co do problemów pozostających domeną opinii biegłego. Nawet zatem, kiedy świadek dysponuje wiedzą fachową, jego zeznania pozostają informacją o faktach spostrzeżonych i ocenionych jedynie przez świadka, natomiast prawidłowość i zasadność tych ocen, należących do wiadomości specjalnych, wymaga już udziału biegłego, aby mogła być przyjęta przez Sąd za wiążący element ustaleń faktycznych (por. wyrok SN z 29.02.2008 r., V CSK 457/07).

Nie można również pominąć, że ustawodawca zakazuje łączenia tych dwóch ról procesowych, co znajduje wyraz w nałożonym na biegłego obowiązku zachowania bezstronności (art. 281 k.p.c., art. 282 § 1 k.p.c.), której od świadków się nie wymaga. Tym samym przedstawione w apelacji wnioski co do charakteru usterek i przyczyn ich powstania, jakie skarżąca chciała oprzeć na zeznaniach zawnioskowanych przez nią świadków, nie mogłyby być wzięte pod uwagę w inny sposób, niż jako uzupełnienie stanowiska powódki w zakresie zgłoszonego roszczenia.

Powyższe zdawała się rozumieć sama powódka skoro złożyła wniosek o zabezpieczenie dowodu z opinii biegłego także na okoliczność wad robót wykonanych przez pozwaną. Powódka słusznie uznała, że przeprowadzenie dowodu w trybie zabezpieczenia, także na okoliczność wad robót pozwanej, jest niezbędne dla zachowania zdolności dowodzenia faktów uzasadniających roszczenie powódki, także w tym zakresie. Innymi

słowy musiało być jasne dla powódki, że nieprzeprowadzenie wnioskowanego dowodu w trybie zabezpieczenia zniweczy jej możliwości dowodzenia, że roboty pozwanej były dotknięte wadami, oraz wykazania kosztów ich usunięcia. Zabezpieczenie dowodu jest czynnością sądową, której dokonanie jest niezbędne do uzyskania ustaleń, których późniejsze dokonanie – bez tego dowodu – będzie niemożliwe, choćby wnioskowane w późniejszym czasie dowody były dopuszczalne. Dopuszczalność dowodów po prostu nie szłaby w parze z ich jakąkolwiek mocą dowodową.

Do takiego zniweczenia możliwości dowodowych na okoliczność wad robót pozwanej zgodnie z żądaniem powódki doszło, przy czym stało się tak jedynie z przyczyn leżących po jej stronie. Sąd Rejonowy rozpoznający wniosek powódki o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w trybie zabezpieczenia dowodu oddalił ten wniosek właśnie w zakresie ustalenia, czy prace pozwanej były dotknięte wadami. Oddalenie to nastąpiło nie dlatego, że wniosek dowodowy był co do tej okoliczności niedopuszczalny lub że dowód był niepotrzebny, albo nie było potrzeby jego zabezpieczenia, lecz z tej przyczyny, że powódka nie przedstawiła twierdzeń o faktach, których sprawdzeniu – w zakresie wad robót pozwanej – dowód ten miałby służyć. Sąd Rejonowy rozpoznający wzmiankowany wniosek powódki stwierdził w postanowieniu dowodowym, że wobec braku przytoczeń powódki w zakresie podstawy faktycznej jej przyszłego roszczenia w omawianym zakresie dowód ten w istocie miałby służyć ustaleniu faktów, których powódka nie przytoczyła, tymczasem postępowanie dowodowe nie ma służyć stronie do uzyskania faktów, z których strona mogłaby skorzystać, ale których ta strona nie podnosi, choć mogłaby przedstawić, lecz do sprawdzenia prawdziwości podnoszonych faktów. Gdyby przeprowadzony dowód miał prowadzić do ustaleń faktycznych nie objętych podstawą faktyczną stanowiska procesowego strony, to byłby niczym innym, niż rozszerzeniem jej twierdzeń o faktach. Strona powodowa tej decyzji sądowej nie podważyła.

W tym miejscu warto zatrzymać się jeszcze na kwestii zakresu postępowania dowodowego, przede wszystkim w kontekście twierdzeń strony oraz przedstawionych przez nią dowodów, których z uwagi na specyfikę okoliczności podlegających ustaleniu, należało

od niej wymagać. Co do twierdzeń i znaczenia obowiązku ich przytoczenia, należy powołać

się na przepis art. 232 k.c. (zdanie pierwsze), w którym wskazano na obowiązek wskazania przez stronę dowodów dla stwierdzenia faktów, z których strona ta wywodzi skutki prawne. Brzmienie to ewidentnie wskazuje na obowiązek najpierw przytoczenia tych faktów, a następnie wskazania dowodów, które mogłyby te fakty potwierdzić.

Wnioskowane dowody

nie mają służyć poszukiwaniu faktów, których strona nie przytoczyła, lecz sprawdzeniu, czy fakty, z których strona wywodzi skutki prawne oraz które są istotne, miały miejsce.

W powołanym już wyżej wniosku o zabezpieczenie dowodu z opinii biegłego

powódka w zakresie twierdzeń o wadach robót pozwanych ograniczyła się do twierdzenia o istnieniu wad robót powódki, nie podając faktów, które wskazywałyby na ich wyspecyfikowanie, nie mówiąc o podaniu okoliczności powstania wad. Powołane w tym wniosku dokumenty w ogóle nie stanowią o konkretnych wadach robót pozwanej, zaś w dzienniku budowy jest jeden protokół wskazujący ogólnikowo na konieczność naprawy elewacji, przy czym nie z powodu wadliwości jej wykonania, lecz z powodu jej

niezakończenia, a zatem niezabezpieczenia przed skutkami pogodowymi. Podzielić zatem należy pogląd wyrażony przez Sąd Rejonowy Szczecin-Prawobrzeże i zachód w Szczecinie w uzasadnieniu postanowienia z dnia 7 marca 2014 r., iż wniosek ten wykraczał poza ramy instytucji przewidzianej w przepisie art. 310 k.p.c. Powódka oczekując ustalenia okoliczności faktycznych, których przytoczenie było jej obowiązkiem procesowym wyraźnie zmierzała do uzyskania informacji o zakresie przysługującej jej roszczeń i ich wartości.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, nawiązując też do obowiązku zachowania przez stronę możliwości dowodzenia, że w okolicznościach niniejszej sprawy, z uwagi na specyfikę umowy pomiędzy stronami i procesu jej realizacji, powódka powinna zapewnić udokumentowanie wad, których istnienie obecnie podnosi, a więc po pierwsze poprzez protokolarne odbiory tych robót, za które wszak dokonywała zapłaty, a o których twierdzi, że są dotknięte wadami, po drugie, poprzez zapewnienie nadzoru nad tymi robotami w aspekcie dokumentacyjnym (dopilnowanie stwierdzania wad w treści dziennika budowy),

a skoro tych czynności w istocie zabrakło (poza ogólnikową wzmianką o wadach elewacji wykonanej przez pozwaną, choć przede wszystkim na skutek jej niedokończenia, a nie wadliwego wykonywania), to choćby poprzez przeprowadzenie inwentaryzacji wykonanych robót, na co przecież pozwana wyrażała zgodę i do czego dążyła. To powódka zaniechała przeprowadzenia tejże inwentaryzacji, przez co nie tylko doprowadziła do utraty możliwości dowodzenia, ale i do niewykazania tego, że o wadach w ich konkretnym wymiarze zawiadomiła pozwaną, a tym samym dała możliwość zajęcia stanowiska w tej kwestii. Zastąpienie tych zaniechań dowodowych zeznaniami świadków mogłoby prowadzić jedynie do wyrażenia stanowiska powódki o faktach, bez jakiegokolwiek możliwości, wobec wskazanych uwarunkowań, ich weryfikacji. Mówiąc obrazowo, przy założeniu, że wnioskowani przez powódkę świadkowie potwierdziliby istnienie wadliwości, które zostały powołane przez powódkę poprzez przedstawienie niepodpisanego zestawienia, bez

wskazania daty jego sporządzenia, załączonego do pisma procesowego z dnia 18 stycznia 2016 roku (blisko 2 lata po odstąpieniu od umowy pomiędzy stronami), to przy wskazanych wyżej uwarunkowaniach można byłoby te zeznania traktować jedynie jako wyraz stanowiska powódki, a nie jako podstawę ustaleń co do istnienia roszczenia odszkodowawczego o zwrot kosztów usunięcia wad. Trzeba zauważyć, że szacowanie tych kosztów, przy hipotetycznym założeniu, że wady wskazane we wzmiankowanym zestawieniu istniały, zostało dokonane poprzez dowód z opinii biegłego, natomiast dowód ten dał też podstawę do przyjęcia, że istnienie wad robót powódki nie może być w zaistniałych (wskazanych wyżej) uwarunkowaniach potwierdzone jakimikolwiek obecnie już dowodami.

Zaniechania dokumentacyjne dotyczą w niniejszej sprawie obu stron, a więc i skutkują koniecznością przyjęcia, że nie zostały wykazane twierdzenia o faktach wskazanych jako istotne zarówno przez powódkę, jak i przez pozwaną. Jeśli chodzi o powódkę, to nie jest możliwe wykazanie, że roboty pozwanej były nie tylko niedokończone (co akurat zostało

wykazane i czemu służył dowód z opinii biegłego, przeprowadzony w trybie zabezpieczenia dowodu, a następnie uzupełniany), a więc miały braki w zakresie realizacji przedmiotu umowy (co również w podany wyżej sposób zostało potwierdzone), ale też wadliwe były te, które zostały wykonane (czego powódka nie wykazała, bowiem zaniechaniem przedstawienia w odpowiednim czasie twierdzeń i dowodów, których przeprowadzenie było niezbędne do zachowania możliwości dowodzenia, doprowadziła do zniweczenia tych możliwości). Z kolei pozwana, poprzez zaniechanie zgłoszenia powódce robót, które uważała za dodatkowe, przeprowadzenia czynności udokumentowania tych robót, utraciła możliwość wykazania, że wykonała roboty wykraczające poza zakres objęty umówionym ryczałtem.

W toku realizacji umowy stron o roboty budowlane pozwana nie dążyła do uzyskania protokolarnego potwierdzenia, że niektóre z jej robót są robotami dodatkowymi, a więc nie objętymi przedmiotem umowy, którego dotyczyło umówione wynagrodzenie ryczałtowe

(choć dość rzetelnie odnotowywała w dzienniku budowy przebieg procesu realizacji inwestycji, wskazując na poszczególne jej etapy i opisując wykonywane prace), zaś powódka nie przeprowadzała odbiorów tych prac, co po pierwsze pozwalałoby stwierdzić ich zaawansowanie i przedmiot, a po drugie pozwalałoby ocenić, czy prace te są dotknięte wadami. Zaniechania stron w tych obszarach skutkowało niewykazaniem twierdzeń: powódki - o istnieniu wad w robotach pozwanej; pozwanej - o wykonaniu robót dodatkowych, nieobjętych przedmiotem umowy.

Z powyższych względów należało uznać za uzasadnione stanowisko Sądu Okręgowego o braku podstaw do ponownego przesłuchania świadków zawnioskowanych przez powódkę oraz M. W. (1) w charakterze strony. Jednocześnie warto zauważyć, że strona powodowa formułując zarzuty dotyczące bezzasadnego jej zdaniem pominięcia tych dowodów w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, nie domagała się ich przeprowadzenia w postępowaniu apelacyjnym.

Druga część zarzutów dotyczących wadliwości postępowania dowodowego, przeprowadzonego przez Sąd Okręgowy dotyczyła błędnej oceny dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa, a także niedopuszczenia dowodu z opinii uzupełniającej. Przypomnieć należy, że dowód z opinii biegłego służy zasięgnięciu wiadomości specjalnych, a więc przekraczających swym zakresem zasób wiedzy powszechnej.

Dowód ten, podobnie jak inne, podlega ocenie na podstawie art. 233 § 1 k.p.c., przy czym z uwagi na jego swoistość uwzględnić należy szczególne kryteria jego oceny. Opinia biegłego nie może więc podlegać ocenie Sądu w warstwie dotyczącej przedstawionych poglądów naukowych lub dotyczących wiedzy specjalistycznej, nawet jeśli członkowie składu orzekającego taką wiedzę posiadają. Ocenie podlega wyłącznie zgodność z materiałem procesowym przyjętych założeń faktycznych, podstawy metodologiczne, transparentność, kompletność i spójność wyводу i wreszcie zgodność wniosków opinii z zasadami logiki, wiedzy powszechnej i doświadczenia życiowego. Sfera dotycząca wiadomości specjalnych w rozumieniu normy art. 278 k.p.c. oceniana jest w sposób uwzględniający specyfikę (opisaną wyżej szczególną rolę w procesie dowodzenia) dowodu z opinii biegłego. Zaznaczenia zatem wymaga, że żadnych tego rodzaju argumentów, zarówno w apelacji strony powodowej, jak i pozwanej, nie przedstawiono. Już tylko z tego względu zarzuty nie mogły prowadzić do wzruszenia zaskarżonego wyroku.

Uwagi skarżących dotyczące dowodu z opinii biegłego stanowią w swojej istocie powtórzenie zarzutów formułowanych przed Sądem I instancji. Pomijają przy tym, że Sąd Okręgowy przeprowadził szerokie postępowanie dowodowe zmierzające do wyjaśnienia zarzutów stron i uzupełnienia w tym zakresie opinii przez biegłego. Sąd I instancji umożliwił stronom wyjaśnienie ich wątpliwości poprzez przeprowadzenie dowodu z dwóch uzupełniających opinii, co należy uznać za wystarczające dla wyjaśnienia istotnych okoliczności rozpoznawanej sprawy. Nie można przy tym pomijać oceny samego biegłego co do istnienia możliwości dokonania dalszych ustaleń w obecnych uwarunkowaniach faktycznych, polegających nie tylko na zaniechaniach

dokumentacyjnych, o których mowa wyżej, ale i na zmianie stanu obiektu na skutek kolejnych prac innych wykonawców.

Zaznaczenia wymaga więc także i to, że w ramach wyżej wymienionych czynności biegły odniósł się do zarzutów obu stron procesu, w tym dotyczących podstaw ustalenia szacunkowego procentu zaawansowania robót budowlano-montażowych, czego zdaje się nie zauważa strona pozwana. Biegły wskazał, że ustalenia poczynił na podstawie dostępnych dokumentów, wielkości kwotowych określonych przez strony w załączniku nr 2 do umowy z dnia 28 sierpnia 2012 r. oraz wykorzystując swoje wieloletnie doświadczenie zawodowe.

Co zaś się tyczy rzekomej wadliwości wyliczeń poczynionych na użytek opinii (a dotyczących wyliczenia wartości prac, które faktycznie zostały wykonane przez pozwaną) dostrzec należy, że biegły przyznał, że każde wyniki szacunkowe (a takich dokonano na potrzeby niniejszego procesu) mogą być przez strony kwestionowane. Jednocześnie, zaznaczył, że jedyną skuteczną metodą precyzyjnego matematycznego ustalenia zaawansowania robót budowlano-montażowych jest wykonanie na podstawie projektu budowlanego wykonawczego kosztorysów inwestorskich, czego strony nie wykonały na etapie przygotowania inwestycji do realizacji. Skoro zatem brak możliwości poczynienia jednoznacznych wniosków wynika wyłącznie z zaniechań, których strony dopuściły się jeszcze na etapie wykonywania inwestycji, to omawiane zarzuty uznać należy za irracjonalne i oderwane od realiów rozpoznawanej sprawy.

Odnosząc się do zarzutów (głównie strony pozwanej) co do niekompletności opinii należy stwierdzić, że skarżącej umyka także, iż opinia sądowa z dnia 23 lipca 2016 r. zawiera ustalenie stanu zaawansowania robót z podziałem na etapy jak w umowie z dnia 28 sierpnia 2012 r., zatem zarzuty odnoszące się do niewyjaśnienia tychże okoliczności przez biegłego są co najmniej niezrozumiałe. Nadto, w opinii uzupełniającej z dnia 22 lutego 2017 r. biegły sądowy przyznał, że nie określił stanu finansowego zaawansowania robót, jednakże określony szacunkowy stan zaawansowania robot odnosi się również do tych wartości.

Wbrew odmiennej konstatacji powódki w opiniach wyjaśniono również kwestie związane z ustaleniem wad w pracach wykonanych przez pozwaną – oczywiście w zakresie w jakim okoliczności rozpoznawanej sprawy pozwalały na taką ocenę. Zauważyć należy, iż biegły sądowy bezsprzecznie odniósł się odrębnie do każdej wady wskazanej przez powódkę, jednocześnie wyjaśniając jakie istnieją możliwości ustalenia fizycznego wystąpienia wady. Wskazał także hipotetyczną wartość usunięcia określonej wady. Zaznaczenia jednocześnie wymaga, że wobec zakończenia inwestycji (i rzekomego usunięcia wad przed kolejnym wykonawcą) oraz braku dokumentacji inwestycyjnej nie jest możliwe ustalenie wystąpienia wad. Podzielić należy zapatrywanie biegłego sądowego, w całości zaaprobowane przez Sąd Okręgowy, że powódka nie zachowała należytej staranności w celu udokumentowania wystąpienia wad, a następnie ich usunięcia. Tym samym nie było możliwości poczynienia kategoriycznych ocen w spornym zakresie. Co istotne biegły sądowy usiłował znaleźć podstawy ustalenia wystąpienia i usunięcia wad, co wynika wprost z treści sporządzonych opinii, zaś niemożliwość takich ustaleń wyjaśnił, co również należy traktować w kategoriach przedstawienia wiadomości specjalnych.

Wskazać również należy, że dokonanie przez biegłego sądowego ponownych oględzin nieruchomości nie mogłoby wpłynąć na treść sporządzonych opinii, albowiem - jak twierdzi powódka - wady w pracach pozwanej zostały usunięte przez kolejnego wykonawcę. Jak już była mowa, zaniebdania formalne stron nie mogą być, niejako, naprawiane dowodem z opinii biegłego sądowego. Wobec zatem braku fizycznej możliwości odtworzenia stanu budowy na dzień rozwiązania łączącej strony umowy biegły oparł się na rzetelnej i kompleksowej analizie zgromadzonej w aktach sprawy materiału procesowego, a także opinii sporządzonej w dniu 8 maja 2014 r. Marginalnie wspomnieć należy, że zastosowanie metody ujawniania wad i następnie ich usuwania, bez informowania o tym stron procesu inwestycyjnego, do czego w istocie dążyła powódka, mogłoby prowadzić do jej powszechnego używania przez inwestorów w celu uniknięcia zapłaty za wykonane przez wykonawców roboty.

W efekcie stwierdzić należy, że opinia biegłego zawiera spójne, logicznie i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego i wiedzy technicznej wywody i wnioski oparte o całokształt materiału procesowego, zaś kompetencje i kwalifikacje biegłego jeśli chodzi o dziedzinę z perspektywy której oceniał materiał procesowy także nie budzą żadnych wątpliwości.

Podnieść wreszcie należy, że kwestię żądania przeprowadzenia dodatkowej opinii biegłego reguluje przepis art. 286 k.p.c., zgodnie z którym jej potrzeba musi wynikać z niekompletności, niejasności lub nieprzydatności opinii. Trzeba zauważyć, że opinie biegłego były kilkakrotnie uzupełniane, w odniesieniu do kompleksowych stanowisk stron, toteż kolejne czynności byłyby jedynie powieleniem już dokonanych. Sąd nie ma obowiązku dopuszczania dowodu z uzupełniającej opinii biegłego, czy też dowodu z opinii innego biegłego z tego tylko powodu, że opinia ta jest niekorzystna dla strony, czy też z powodu jej niezgody z wnioskami opinii.

W tym świetle jako bezzasadny ocenić należało wniosek pozwanej (zgłoszony zarówno w postępowaniu rozpoznawczym, jak i odwoławczym) o ponowne dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa. Wniosek ten motywowany był wyłącznie, jak już wskazano, niezadowoleniem z treści przeprowadzonej w rozpoznawanej opinii. Pozwana nie podważała w swoim wystąpieniu ani kwalifikacji biegłego ani też podstaw czy poprawności wnioskowania.

W dalszej kolejności zauważyć należy, że powódka zarzuca Sądowi Okręgowemu naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, jednakże zasadniczo nie wskazuje, których konkretnie dowodów to dotyczy. Tym samym już tylko z tego względu stanowisko apelującej nie poddaje się jakiegokolwiek analizie Sądu Apelacyjnego. Nie sposób zweryfikować zarzutu, który nie został skonkretyzowany, ani osadzony w realiach konkretnej sprawy, nie został też odniesiony do przeprowadzonego postępowania dowodowego.

Bez względu na powyższe zaznaczyć należy, że skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania, że sąd wywodząc wnioski

faktyczne z przeprowadzonych dowodów, uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego. Za naruszające normę art. 233 § 1 k.p.c. uznać należy też dokonanie oceny niekompletnej (a więc niewszechstronnej – pomijającej istotne dla poczynienia prawidłowych ustaleń fragmenty materiału procesowego). Dla skuteczności zarzutu

naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. konieczne jest wskazanie przyczyn dyskwalifikujących rozumowanie sądu. W szczególności skarżący powinien wskazać, w jaki sposób sąd naruszył opisane kryteria przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając, względnie wskazać jakie dowody wskazujące na fakty istotne dla rozstrzygnięcia zostały przez Sąd pominięte.

Odnosząc powyższe do realiów niniejszej sprawy analizowany zarzut powódki uznać należało za sformułowany w sposób oczywiście nieodpowiadający przedstawionym wyżej wymogom. W istocie rzeczy poprzestała ona na gołosłownym, ogólnym, zaprzeczeniu oceny materiału procesowego przedstawionej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, nie poddając krytycznej analizie stanowiska Sądu I instancji z punktu widzenia zasad logiki i

doświadczenia życiowego. Polemika z jej stanowiskiem jest w istocie niemożliwa: z jednej strony skarżąca nie powołała konkretnych przeprowadzonych dowodów, które jej wersję mogłyby racjonalizować, z drugiej zaś w ogóle nie odniosła się w sposób wystarczający do

tych dowodów, w oparciu o które Sąd Okręgowy dokonał istotnych dla rozstrzygnięcia

sprawy ustaleń. Tym samym skoro powódka nie wskazała, w czym upatruje uchybień Sądu

w zakresie dokonanej oceny dowodów, na czym polegała wadliwość stanowiska zaprezentowanego w uzasadnieniu, które z powyższych reguł rządzących tą oceną zostały naruszone, to także z tego powodu jej zarzuty naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie poddają się pozytywnej weryfikacji.

W konsekwencji apelacja strony powodowej nie mogła prowadzić do podważenia ustaleń Sądu Okręgowego. W rzeczywistości zarzut błędnych ustaleń faktycznych jest w stosunku do nich wyłącznie polemiczny, będący wyrazem bardzo subiektywnej oceny wyselekcjonowanej przez skarżącego części zebranego i przeprowadzonego w sprawie materiału dowodowego.

Nie jest też tak – w kontekście twierdzenia powódki o wadliwości robót pozwanej – że ustalenie takie wyprowadzić można z faktów wystawienia faktur VAT przez innych wykonawców. Abstrahując od niekonkretności co do zakresu prac objętych tymi fakturami, zauważyć należy, iż przyjęcie wniosku powódki prowadziłoby do zastosowania w sprawie domniemania faktycznego, co nie jest jednak w niniejszych okolicznościach możliwe. Domniemanie faktyczne nie powinno być stosowane wtedy, gdy wynik rozumowania, na którym jest oparte, jest w dużym stopniu niepewny (a taka sytuacja ma miejsce w rozpoznawanej sprawie), a jednocześnie istniała (choćby już obecnie zniweczona) obiektywna możliwość, nie wiążąca się z nadmiernymi trudnościami, wykazania spornego faktu przez stronę środkami dowodowymi. W związku z powyższym powódka musi godzić się z tym, że skoro procesem cywilnym rządzi reguła dowodzenia okoliczności faktycznych mających znaczenie dla rozstrzygnięcia to nie może swoich żądań pozostawiać w sferze niczym niewykazanych, a przy tym niekonkretnych twierdzeń. Warto również nadmienić, że faktury VAT, na które powołuje się strona powodowa, zostały sporządzone w drugiej połowie 2014 r., a zatem po upływie 6 miesięcy od chwili odstąpienia od umowy. W ocenie Sądu odwoławczego także ów wpływ czasu właściwie niweczy możliwość przyjęcia twierdzeń powódki. Należy mieć także na względzie, że powódka nie była w stanie jednoznacznie wskazać daty, w której wykryła wady w pracach wykonanych przez pozwaną (podczas rozprawy apelacyjnej, na pytanie Sądu, nie wskazano ani autora zostawienia powołanego przez powódkę w piśmie z dnia 18 stycznia 2016 roku, ani daty jego sporządzenia).

Następnie zaznaczyć należy, że twierdzeniom powódki o wadliwości prac wykonanych przez pozwaną sprzeciwia się także treść protokołu z dnia 16 stycznia 2014 r. W protokole tym nie stwierdzono jakichkolwiek wad, zaś po dacie sporządzenia rzeczonego dokumentu pozwana nie prowadziła już robót budowlanych. Należy także powtórzyć, że nie została dokonana inwentaryzacja wykonanych robót po odstąpieniu od umowy przez powódkę, nie sposób zatem czynić jakichkolwiek ustaleń faktycznych dotyczących nieprawidłowości w wykonaniu prac przez pozwaną. Bezspornie sporządzenie protokołu inwentaryzacji prowadziłoby nie tylko do wskazania ilości wykonanych robót budowlanych, ale przede wszystkim ich oceny w aspekcie zgodności z dokumentacją projektową oraz sztuką budowlaną.

Uwzględniając powyższe Sąd Apelacyjny podzielił zapatrywanie Sądu Okręgowego o braku podstaw do ustalenia w niniejszym procesie, że prace wykonane przez pozwaną były wadliwe. Podkreślić w tym miejscu należy, że Sąd odwoławczy, będący jednocześnie Sądem merytorycznym, zobowiązany do oceny zasadności powództwa w oparciu o zgłoszoną przez stronę podstawę prawną, a mianowicie przepis art. 471 k.c., musiał uwzględnić, że odpowiedzialność dłużnika w świetle tej regulacji została ukształtowana na zasadzie winy i uzależniona jest od wystąpienia przesłanek odpowiedzialności: 1) szkody, którą poniósł wierzyciel, 2) niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania na skutek okoliczności, za które dłużnik z mocy umowy lub ustawy ponosi odpowiedzialność, oraz 3) związku przyczynowego między faktem nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania a szkodą. Wymagane jest ponadto, aby niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Dodatkowo z art. 647 k.c. wprost wynika, że roboty winny być wykonane zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej.

Zważywszy zatem, że odpowiedzialność odszkodowawcza wymaga kumulatywnego spełnienia wszystkich przedstawionych powyżej przesłanek, już tylko brak wykazania nienależytego wykonania kontraktu łączącego strony przez pozwaną (brak wykazania wad w pracach wykonanych przez pozwaną), przesądza o bezzasadności żądania powódki.

Sąd odwoławczy dostrzega jednocześnie, że strona powodowa odwoływała się do normy art. 322 k.p.c. Przepis ten stanowi wyjątkowy instrument procesowy mający usuwać ujemne skutki braku dowodów w zakresie wysokości żądania. Stanowi pewne złagodzenie skutków przewidzianych w art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne. Norma z art. 322 k.p.c. znajduje zatem zastosowanie wówczas, gdy ściśle udowodnienie wysokości szkody jest obiektywnie niemożliwe. Ciężar wywiedzenia

tej okoliczności (jej uzasadnienia) spoczywa na stronie obciążonej procesowym obowiązkiem wykazania wysokości szkody (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 7 czerwca 2013 r., I ACa 1445/12).

Wyjątkowy charakter art. 322 k.p.c. nie pozwala na dokonywanie rozszerzającej wykładni tej normy. W efekcie z uprawnienia zawartego w art. 322 k.p.c. sąd może dopiero skorzystać wówczas, gdy po wyczerpaniu wszystkich dostępnych stosownie do okoliczności dowodów okaże się, że ścisłe udowodnienie żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione. Stosowanie tej normy nie może być spowodowane beczynnością strony nie przejawiającej inicjatywy dowodowej i prowadzić do uchylenia się przez stronę od obowiązku przedstawienia dowodów, który na niej spoczywa. Jak już była mowa, powódka doprowadziła do zniweczenia możliwości dowodzenia w zakresie wadliwości robót pozwanej, choć możliwości takie w odpowiednim czasie istniały, toteż nie ma podstaw do zastosowania przepisu art. 322 k.p.c.

Przechodząc do oceny zasadności roszczenia z tytułu zwrotu wynagrodzenia za prace niewykonane przez pozwaną należy zauważyć, że ustalenie w tym zakresie nie było zasadniczo kwestionowane na etapie postępowania apelacyjnego. Strona pozwana podnosiła jedynie, że wykonała prace dodatkowe i w jej ocenie winno dojść do potrącenia należności powódki z wartością dodatkowo wykonanych prac w łącznej kwocie 617.733 zł.

Nie przesądzając kwestii zasadności wyводу dotyczącego wykonania prac dodatkowych, oraz pomijając ocenę co do skuteczności przedstawienia tej wierzytelności do potrącenia, należy zauważyć, że istnienie robót dodatkowych nie zostało przez pozwaną wykazane, o czym była mowa wyżej, w kontekście zaniechań dokumentacyjnych obciążających także stronę pozwaną, w świetle treści umowy stron, określającej przedmiot robót pozwanej oraz zastrzeżenie procedury ustalenia robót dodatkowych (§ 12 umowy stron).

Wysokość roszczenia w zakresie wartości niewykonanych prac przez pozwaną w stosunku do kwoty wypłaconej przez powódkę podlega korekcie wyłącznie z tego względu, że Sąd Okręgowy, mimo braku żądania powódki, określił te kwoty wartościami brutto, a więc obejmującymi podatek VAT. Należało przyjąć, że wysokość należności z tego tytułu należy określić wartością netto, w stosunku do wynagrodzenia netto wypłaconego przez powódkę, a więc rozstrzygnąć zgodnie z żądaniem powódki w niniejszej sprawie. Powódka wypłaciła pozwanej kwotę 3.002.499 złotych netto, natomiast wartość robót wykonanych przez powódkę wyniosła 2.436.570,57 złotych netto (w tym zakresie należało za Sądem Okręgowym posłużyć się ustaleniami dokonanymi co do zakresu robót pozwanej na podstawie opinii biegłego), toteż do zasądzenia z tego tytułu pozostawała kwota 565.928,43 złotych. Tylko zatem w tym zakresie należało dokonać zmiany wyroku Sądu I instancji na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. co do zasądzenia określonego w punkcie I. zaskarżonego wyroku. Dalej idącą apelację pozwanej oraz apelację powódki należało oddalić na podstawie art. 385 k.p.c.

Konsekwencją zmiany zaskarżonego wyroku co do istoty sporu, stanowiła konieczność jego reformacji także w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach. Zważywszy na to, że w stosunku do wartości przedmiotu sporu strony utrzymały się ze swoimi stanowiskami procesowymi w proporcji: powódka – 85 %, pozwana – 15 %, w takim też zakresie każda z nich była uprawniona do domagania się od strony przeciwnej poniesionych przez siebie kosztów procesu, podstawę orzekania o których stanowił art. 100 k.p.c. i zasada ich stosunkowego rozdzielenia. Ostateczne rozliczenie wysokości tych kosztów zostało pozostawione referendarzowi sądowemu w oparciu o art. 108 § 1 k.p.c.

Odnosząc się natomiast do kosztów postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny uznał, że w postępowaniu apelacyjnym w sprawie wywołanej swoją apelacją pozwana przegrała w

95 %, natomiast powódka w zakresie swojej apelacji przegrała w 100 %. Pozwana przegrała postępowanie wywołane swoją apelacją w 95 %, w takim też zakresie wygrała powódka. Pozwana została zwolniona z opłaty od apelacji, natomiast winna zwrócić powódce koszty postępowania apelacyjnego według stosunkowego rozliczenia, na które złożyło się wynagrodzenie pełnomocników ustalone w oparciu o § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust.1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych. Uwzględniając wynik postępowania apelacyjnego, wywołany apelacją pozwanej, przyjęć należy, iż koszty obciążające stronę powodową wyniosły 7.695 zł (8.100 zł x 95%), zaś stronę pozwaną 405 zł (8.100 zł x 5%). Dokonując zatem stosunkowego rozdzielenia kosztów przyjęć należało, że pozwana winna zwrócić powódce kwotę 7.290 zł (7.695 zł – 405 zł). Natomiast powódka przegrała postępowanie wywołane swoją apelacją w całości, winna zatem zwrócić pozwanej koszty postępowania apelacyjnego tożsame z kosztami zastępstwa procesowego, ustalone w oparciu o § 2 pkt 6 w zw. z § 10 ust.1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (4.050 zł). Tym samym Sąd Apelacyjny stosując normę art. 100 zd. 1 k.p.c. uznał, że pozwana winna zwrócić powódce kwotę 3240 zł (7.290 zł – 4050 zł).

Tomasz Żelazowski Agnieszka Bednarek-Moraś Leon Miroszewski