

Sygn. akt I ACa 687/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 lipca 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

| | |
|------------------------|---|
| Przewodniczący: | SSA Józef Wąsik |
| Sędziowie: | SSA Sławomir Jamróg (spr.) SSO del. Krzysztof Hejosz |
| Protokolant: | st.sekr.sądowy Urszula Kłosińska |

po rozpoznaniu w dniu 30 lipca 2014 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w R.

przeciwko J. K., K. Ś. (1)

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanych

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 4 grudnia 2013 r. sygn. akt IX GC 730/11

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od pozwanych solidarnie na rzecz strony powodowej kwotę 5400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt I ACa 687/14

UZASADNIENIE

Strona powodowa Przedsiębiorstwo Produkcyjno – (...) „ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą w R. wniosła o zasądzenie solidarnie od pozwanych :J. K. i K. Ś. (1) na jej rzecz kwoty 472.492,79 zł z ustawowymi odsetkami od poszczególnych przywołanych w pozwie kwot za wskazane okresy . W uzasadnieniu podała , że zawarła w dniu 22 listopada 2010r. z pozwanymi umowę nr (...) na dostawę i montaż instalacji , klimatyzacji , ciepła technologicznego , wody lodowej i instalacji oddymiającej w ramach budowy Centrum Handlowego (...) w N.. Roboty zostały przez powoda wykonane , odebrane przez pozwanych .

Kwota dochodzona pozwem uwzględniała dokonane wpłaty częściowe pozwanych oraz kompensatę wzajemnej należności.

Nakazem zapłaty z dnia 4 listopada 2011r. sygn. akt IX GNc 852/11 wydanym w postępowaniu upominawczym Sąd Okręgowy w Krakowie uwzględnił żądanie w całości .

W sprzeciwie od nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym pozwani wnieśli o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów .

Podnieśli zarzut :

- 1/ nie wykazania wysokości roszczenia ,
- 2/ niewskazanie wymagalności roszczenia,
- 3/nieprawidłowego wskazanie okresów naliczenia odsetek .

Ponadto pozwani podnieśli, że złożyli oświadczenie o potrąceniu wierzytelności dochodzonej pozwem z wierzytelnością z tytułu kary umownej wynikającej z niewykonania umowy .

Zdaniem pozwanej powód nie wykonał:

- układów recyrkulacji powietrza wentylacyjnego w ciach komunikacyjnych z udziałem świeżego powietrza na poziomie 20% . Tymczasem wymiana jest na poziomie 100% co prowadzi do ponoszenia przez właściciela galerii strat w związku ze zwiększonym poborem energii elektrycznej ,

- agregatów przy centrali G-6 ,

Ponadto zdaniem pozwanych prace wykonano niewłaściwie :

- ulokowano armaturę regulacyjną nagrzewnic przy centralach wentylacyjnych , - niezgodnie z dokumentacją zainstalowano agregaty chłodnicze i wykonano wentylację komór trafo i rozdzieli ,

- w korytarzu przy komorach T. zamontowano trzy urządzenia klimatyzacyjne typu S. zamiast wentylatora nawiewnego co zwiększa pobór energii ,

- błędnie wykonano dokumentację powykonawczą.

- wadliwie wykonano układy regulacyjno- pompowe central wentylacyjnych , umieszczając je w nieprawidłowym miejscu ;

- zamontowano agregaty chłodnicze firmy (...) zamiast przewidzianych w projekcie firmy (...) które różnią się co do ich funkcjonalności i przydatności dla instalacji pozwanych , szczególności brak możliwości współdziałania z systemem zarządzania wentylacja (...),

- układ klimatyzacyjny nie zapewnia odpowiednich warunków temperaturowych,

- wbrew projektowi zamontowano klimakonwektory firmy (...) w miejsce A. , które również nie mogą się komunikować z instalacją (...) na co pozwany nie wyrażał zgody ,

- nieprawidłowo wykonano układ rur co uniemożliwia odpowietrzanie i powoduje zasyfonowanie układu,

- dokumentacja powykonawcza była niezgodna z umową .

Wysokość kary umownej pozwani określili na kwotę 2.707.731,18 zł stanowiąca 5% wartości przedmiotu umowy (tj z 2344357,86zł) za okres od 7 kwietnia 2011r. do 23 listopada 2011r. (11721,78zł za każdy dzień) . Oświadczenie o potrąceniu zgłoszono w piśmie z dnia 29 listopada 2011 roku do wysokości roszczenia dochodzonego przez powoda tj . do kwoty 532.758,45 zł jak też ponowiono w sprzeciwie.

Ponadto pozwani przedstawili do potrącenia odszkodowanie za złe wykonawstwo, gdyż właściciel obiektu spółka (...) obciążyła pozwanych kosztami w kwocie 38.102,40 zł , którą pozwani zapłacili i dlatego przysługuje im regres do powodów .

Łącznie do potrącenia pozwani przedstawili więc kwotę 2.745.833,58 zł

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 4 grudnia 2013r. IX GC 730/11 Sąd Okręgowy w Krakowie zasądził od pozwanych solidarnie na rzecz strony powodowej kwotę 466644,14zł z ustawowymi odsetkami od dnia 27 października 2011r. do dnia zapłaty, oddalając powództwo w pozostałej części. Sąd zasądził też kwotę 30842zł tytułem kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy ustalił ,że :

Pozwani prowadzą działalność pod firmą (...), (...) S.C. w N.. Byli wykonawcą robót dla Inwestora (...) sp. z o.o. sp.k., w której obaj pozwani mają udziały. Strony prowadziły negocjacje . Ustalenia zapadłe w wyniku uzgodnień przybrały formę pisemnego protokołu. Powód zobowiązał się do przedstawienia do dnia 14 października 2010 roku oferty w zakresie doprowadzenia ciepła technologicznego do central klimakonwektorów , dostarczenia klimakonwektorów / miał przedstawić ich dobór /; projekt układu wody lodowej; wykonania instalacji wodno-kanalizacyjnej , węży sanitarne odprowadzenia skroplin od urządzeń , oraz miał przedstawić alternatywę projektu na rooftopach dla części wspólnych dla pasaży - najemców, kina , (...), (...)

W oparciu o negocjacje i na podstawie projektu budowlanego instalacji wentylacji i klimatyzacji, wody lodowej i ciepła technologicznego opracowanego w tym zakresie przez inż., M. O. powód opracował i przedstawił inwestorowi ofertę nr (...) z dnia 14.10.2010 r. zawierającą dwie wersje I wersja -obejmowała instalację z odzyskiem ciepła , II wersja - instalację z recyrkulacją. Oferta została sporządzona stosownie do obowiązujących przepisów w zakresie wykonania instalacji w tego typu obiektach tj. rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 06.11.2008 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu Budowlanego (Dz.U.Nr 75,poz.690 z późn.zm.) a w szczególności z § 151 ust. 1 który stanowi „ w instalacjach wentylacji mechanicznej ogólnej nawiewno-wywiewnej lub klimatyzacji komfortowej o wydajności 2000 m(3)/h więcej należy stosować urządzenie do odzyskiwania ciepła z powietrza wywiewnego o skuteczności co najmniej 50% lub recyrkulację. Pozwani po otrzymaniu powyższej oferty i zapoznaniu się z jej treścią wybrali do realizacji wariant I- czyli instalację z odzyskiem ciepła . W oparciu o powyższy wybór i w oparciu o projekt budowlany otrzymany od inwestora oraz dokumentację projektową którego autorem w części instalacyjnej był M. O. (2) , później inspektor nadzoru na budowie w tym zakresie , zostały ustalone warunki umowy i na tej podstawie powód realizował roboty budowlane. W dniu 22 listopada 2011 roku strony ostatecznie zawarły umowę na podstawie której powód przyjął do wykonania dostawę i montaż instalacji i montaż instalacji, klimatyzacji, ciepła technologicznego, wody lodowej i instalacji oddymiającej w ramach budowy Centrum Handlowego (...) w N.. Ustalono termin zakończenia robot na dzień 10 marca 2011 r.(§ 5 pkt. 1 ppkt.b), po czym aneksem Nr (...) z dnia 09 marca.2011 r. przesunięty został termin zakończenia montażu instalacji wentylacji na dzień 17 marca 2011 r., oraz przesunięty został termin zakończenia montażu fan-coili, uruchomienie instalacji oraz wykonania pomiarów i regulacji na dzień 07 kwietnia 2011 r. Aneksem nr (...) z dnia 21 marca 2011 roku strony ustaliły ,że zachodzi konieczność wykonania robót dodatkowych i zamiennych o wartości netto 195.982,00 zł i o tę wartość zwiększono wynagrodzenie powoda . Powód przystąpił do wykonywania robót . Koordynatorem robót ze strony pozwanych został P. S. , którego traktowano zgodnie także jako inspektora nadzoru całej inwestycji , a którego decyzji w trakcie wykonywania robót pozwani nigdy nie kwestionowali . Na wewnętrzne potrzeby powód zlecił M. O. wykonanie projektu wykonawczego , który tenże projekt sporządził wprowadzając dwie zasadnicze zmiany w stosunku do projektu budowlanego : zastosował recyrkulację z udziałem 20% świeżego powietrza w pasażach komunikacyjnych oraz zastosował mechaniczną wentylację nawiewną do pomieszczenia z komorami

transformatorowymi . Powód realizując umowę, nie wykonał tych rozwiązań uznając, że wykraczają one poza zakres projektu budowlanego, który stanowił zakres zawartej umowy. W efekcie końcowym, już po zakończeniu prac, z uwagi na przegrzewanie się transformatorów i stanowcze żądanie pozwanych, powód wykonał mechaniczną wentylację nawiewną do pomieszczenia z transformatorami. Natomiast instalacja recyrkulacji z 20-to% udziałem świeżego powietrza w pasażach komunikacyjnych nie została wykonana z racji tego ,że projekt budowlany nie zawierał 20 % recyrkulacji powietrza wentylacyjnego w pasażach handlowych . Armatura regulacyjna została zamontowana z odstępstwem od projektu ale w uzgodnieniu z inspektorem nadzoru jak i pozwany -poniżej połąci dachu aby w 100 % zabezpieczyć pompy, zawory i siłowniki przed działaniem ujemnych warunków atmosferycznych. Roboty w takim zakresie odebrał bez zastrzeżeń przedstawiciel inwestora kierownik robót M. Z. oraz inspektor nadzoru M. O. Sąd Okręgowy nadto ustalił , że zgodnie z projektem budowlanym (dział -instalacje freonowe) powód zobowiązany był do zamontowania urządzeń chłodniczych pracujących na czynniku 407 C . Nastąpiła jednak zmiana producenta agregatu (z producenta C. na producenta (...)). Potrzeba taka wynikała z faktu, że zaproponowane przez projektanta agregaty producenta C. nie były produkowane w wersji z czynnikiem (...). Stąd też zastosowano urządzenia firmy (...) które zapewniały projektowaną moc chłodniczą przy współczynniku zużycia energii urządzeń ogólnie stosowanych na rynku. Decyzję została podjęta po konsultacji z dystrybutorem agregatów firmy (...), że tego typu agregaty są stosowane do współpracy z centralami wentylacyjnymi . Sterowanie ich odbywa się ze sterownika central wentylacyjnych. W zakresie braku agregatu chłodniczego przy centrali (...), który przewidywała dokumentacja w końcowej fazie realizacji inwestor po konsultacji z biurem projektów i inspektorem nadzoru podjął decyzję demontażu agregatu który następnie został zdeponowany u inwestora, o czym zawiadomiono powoda . Strona powodowa wykonała dodatkowy układ(...)bez dodatkowej zapłaty.

Sąd Okręgowy ustalił też, że powód zakupił i zamontował klimakonwektory na podstawie odrębnego zlecenia inwestora (gdzie ilość jak i typy były przedmiotem odrębnych negocjacji). W fazie wstępnej miały to być klimakonwektory kasetonowe firmy (...) wyposażone w standardowe termostaty naścienne oraz komplet zaworów regulacyjnych. Wskazany producent nie mógł spełnić oczekiwań terminowych inwestora dlatego w drodze wspólnych uzgodnień (inwestora, pozwanych i powoda) zamówienie zostało złożone w firmie (...) o takich samych parametrach technicznych i wyposażeniu jak w A. . Zmiana ta nie miała wpływu na komunikację z systemem (...). Późniejsze podnoszone przez pozwanego wadliwe działanie klimakonwektorów wynikało z błędów eksploatacyjnych po stronie użytkownika. Użytkownik zmienił sam nastawy na pompie tłoczącej czynnik grzewczy. Podawana ilość była zbyt mała w stosunku do wymaganej. W protokole z dnia 10 lutego 2012 roku wskazano ,że pompa pracowała na nastawie 3 a winna na nastawie 9 .

Komunikacja (...) jest zależna od sterownika do klimakonwektorów a zgodnie ze zleceniem pozwanych z dnia 18 lutego 2011 r., pozwani zlecieli powodowi zakup klimakonwertorów ze standardowym termostatem ściennym. Zamontowane klimakonwektory, które nie były przedmiotem wykonawstwa powoda mogą pracować w systemie (...) pod warunkiem dodania do nich sterowników z systememowymi kartami sieciowymi i wykonania instalacji elektronicznej. Wentylacja T. , (...), (...) została zwentylowana zgodnie z ustaleniami z inwestorem i pozwany, którzy zrezygnowali z instalacji nawiewnej przechodzącej przez obszar (...) do H16,0 i NO,O do W24,0. W miejsce tych układów zaprojektowano napływ grawitacyjny powietrza z garażu oraz dochładzanie powietrza za pomocą trzech klimatyzatorów. Zostały one zamontowane ze względu na zmiany inwestora który zrezygnował z kanału doprowadzającego powietrze zewnętrzne do przedsiönka T.. Wynikało to z adaptacji pomieszczeń w osiach (...) do H16,0 i WO2,O do W24,O na powierzchnie handlowe. Na tym obszarze strona powodowa wykonała dodatkowy układ (...)bez dodatkowej zapłaty. Zakres montażu klimakonwektorów był przedmiotem odrębnych zleceń przez najemców, w tym przez pozwanych. Powód nie decydował czy urządzenia w postaci klimakonwektorów , grzejników czy nagrzewnic będą zamontowane w tych lokalach bo pozostawało to w gestii najemców . Dlatego też na poziomie -1 zostały zamontowane zamiast klimakonwektorów , urządzenia grzewczo – wentylacyjne V.. (...) zostały odebrane protokołami odbioru , które podpisał pozwany J. K. a jakoś ich wykonania oceniono jako dobrą . Powód usunął zgodnie z żądaniem pozwanego „szpilki” w garażu. Strony ustaliły wysokość wynagrodzenia z tytułu zakresu przedmiotowego w/w umowy na kwotę netto 1.710.000,00 zł. (jeden milion siedemset dziesięć tysięcy złotych) § 6 pkt. 1 umowy. Do wynagrodzenia wykonawca doliczał podatek VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami (§ 6

pkt.2 umowy).Aneksm Nr (...) z dnia 21.03. (...). strony zgodnie ustaliły, że w związku z koniecznością wykonania robót dodatkowych i zamiennych zmieniają wartość robót określonych umową z kwoty 1.710.000 zł. netto o kwotę 195.982 zł czyli do kwoty 1.905.982 zł. Do wynagrodzenia wykonawca doliczał podatek VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami (§ 6 pkt.2 umowy).

Rozliczenia pomiędzy stronami za wykonanie poszczególnych etapów robót miały odbywać się na podstawie faktur częściowych wystawianych na koniec miesiąca wg. procentowego zaawansowania tych robót, po ich odbiorze udokumentowanym podpisem przez strony protokołem odbioru częściowego płatnych w terminie 30 dni, licząc od daty otrzymania faktury przez zamawiającego, przelewem na konto wykonawcy (§ 7 pkt.1,3 umowy). Przy zachowaniu tej procedury powód wystawił faktury częściowe :

(...)z dnia 28 lutego 2011 r. na kwotę brutto 1.057.800,00 zł., którą dostarczono pozwanym 28 lutego 2011 roku wraz z protokołem odbioru podpisanym przez inspektora nadzoru , kierownika budowy ,wykonawcę . Pozwany dokonał wpłat z tytułu tej faktury w dniach : 6 kwietnia 2011 r. - na kwotę 180.000 zł., 22 kwietnia 2011 r. - na kwotę 100.000 zł., 17 maja 2011 r. - na kwotę 200.000 zł, 1 sierpnia 2011r. na kwotę - 200.000 zł., 19 września 2011 r. - na kwotę 100.000 zł, 30 września 2011r na kwotę 100.00 zł, z adnotacjami na każdym przelewie o zaliczeniu tych kwot na fakturę (...)z dnia 28 lutego 2011 r. - opiewającą na kwotę brutto 1.057.800 zł. Różnica jaka pozostała z tej faktury do zapłaty wynosi 81.533,13 zł. Ponadto strona powodowa wystawiła faktury :

- (...)/11/04/1 z dnia 28 kwietnia 2011 r. na kwotę brutto 123.000,00 zł,
- (...) dnia 28 kwietnia 2011r. na kwotę brutto 1.567,02zł,
- (...) 11/04/13 z dnia 28 kwietnia 2001 r. na kwotę brutto 4.491,96 zł ,
- (...) 11/04/12 z dnia 28 kwietnia 2001 r. na kwotę brutto 4.491,96zł ,
- (...) z dnia 28 kwietnia 2001r. na kwotę brutto 4.629,72 zł,
- (...) 11/04/10 z dnia 28 kwietnia 2001 r. na kwotę brutto 5.848,65 zł ,
- (...) 11/04/ 9 z dnia 28 kwietnia 2001 r. na kwotę brutto 6.067,59 zł,
- (...) 11/04/ 8 z dnia 28 kwietnia 2001 r. na kwotę brutto 5.848,65 zł,
- (...) 11/04/ 7 z dnia 28 kwietnia 2001 r. na kwotę brutto 6.067,59 zł,
- (...) 11/04/ 6 z dnia 28 kwietnia 2001 r. na kwotę brutto 6.067,59 zł ,
- (...) 11/04/ 5 z dnia 28 kwietnia 2001 r. na kwotę brutto 2.462,46 zł,
- (...) 11/04/ 4 z dnia 28 kwietnia 2001r. na kwotę brutto 5.848,65 zł ,
- (...) 11/04/2 z dnia 28 kwietnia 2001r. na kwotę brutto 4.491,96 zł,
- (...) 11/04/ 1 z dnia 28 kwietnia 2001 r. na kwotę brutto 11.697,30 zł,
- (...) /1 1/04/ 9 z dnia 28 kwietnia 2001 r. na kwotę brutto 4.491,96 zł,
- (...) /1 1/04/ 8 z dnia 28 kwietnia 2001r. na kwotę brutto 4.491,96 zł,
- (...) /1/04/ 7 z dnia 28 kwietnia 2001 r. na kwotę brutto 31.401,90zł,
- (...) /1 1/04/ 6 z dnia 28 kwietnia 2001 r. na kwotę brutto 4.491,96 zł,

- (...) /l 1/04/ 5 z dnia 28 kwietnia 2001 r. na kwotę brutto 4.491,96 zł ,

- (...) /l 1/04/ 4 z dnia 28 kwietnia 2001 r. na kwotę brutto 4.491,96 zł,

- (...) /l 1/04/ 3 z dnia 28 kwietnia 2001 r. na kwotę brutto 4.491,96 zł.

Prace dotyczące tych faktur zostały odebrana przez pozwanego J. K. lub innego przedstawiciela pozwanych. Żaden z przywołanych protokółów odbioru nie zawierał adnotacji o złej jakości robot czy nieprawidłowościach w robotach . Komisyjnie określano ,że roboty zostały wykonane dobrze. Stosownie do postanowień umowy pozwany winien dokonać zapłaty w terminach określonych w § 7 pkt.1.3 umowy.

Z uwagi na fakt ,że pozwany nie dokonał zapłaty w ustalonym terminie powód wysłał pisemnie - listem upominawczym - ostateczne wezwanie do zapłaty zakreślając ostateczny termin do dokonania zapłaty do dnia 04 lipca 2011 r.

Pozwani dokonali wpłat zaliczonych na fakturę(...)z dnia 28 lutego 2011 r. - opiewającą na kwotę brutto 1.057.800 zł. Różnica jaka pozostała z tej faktury do zapłaty wynosi 81.533,13 zł. Kwota z tej faktury została pomniejszona również o kaucję w wysokości 86.000 zł zgodnie z § (...)umowy.

Strona pozwana w dniu 7 lipca 2011r. wystawiła fakturę nr (...), obciążając powoda kwotą brutto 18.754,87 zł. z tytułu partycypacji powoda w kosztach budowy oraz udziału w kosztach ubezpieczenia zgodnie § 6 pkt.3 umowy. Powód skompensował tę kwotę z fakturami nr (...) na kwotę 4.920 zł., (...) - na kwotę 3568 zł., zaś pozostałą kwotę tj. 10.266,87 zł. skompensował powód z różnicą jaka pozostała pozwanemu do zapłaty z faktury(...)z dnia 28 lutego 2011r.

W dniu 4 sierpnia 2011 roku komisja z udziałem pozwanego J. K., kierownika kontraktu P. S., W. K., A. G. (1) stwierdziła, że instalacja wentylacji , klimatyzacji wraz z CT,WL,i oddymiania na budynku została wykonana w terminie umownym zgodnie z dokumentacją oraz zmianami wprowadzonymi i zaakceptowanymi w trakcie realizacji przez pozwanych dalej ,że została uruchomiona i nadaje się do eksploatacji . W dniu 25 sierpnia 2011 r. powód wystawił fakturę VAT nr (...)- końcową na kwotę brutto 61.500 zł; która nie została podpisana przez pozwanego i była przesłana pocztą w dniu 29 sierpnia 2011 . Pozwani oświadczyli ,że odmówili zapłaty bo roboty w takim zakresie nie zostały wykonane .

W ocenie Sądu Okręgowego brak jest bowiem podstaw, aby kwestionować prawdziwość dowodów z dokumentów. Przy ustalaniu stanu faktycznego sprawy Sąd posłużył się także osobowymi środkami dowodowymi . Oceniając dowody Sąd Okręgowy uznał , że ogólnikowe , rwane zeznania świadka M. O. nie dają możliwości pełnej oceny inwestycji w odniesieniu do przyjętych zobowiązań stron . Świadek U. nie brał udziału w realizacji inwestycji i nie znał warunków określonych umową stron. Jego zeznania dotyczą jednostkowych wadliwości działania klimatyzacji jednakże nie wskazują co było ich przyczyną. Zdaniem Sądu zeznania tych świadków nie zasługują na wiarę w zakresie wskazywania przyczyn wadliwości klimakonwektorów . Wadliwe działanie klimakonwektorów wynikało bowiem z błędów eksploatacyjnych użytkownika. Sąd Okręgowy uznał za wiarygodne zeznania S.C. , że zakup klimakonwektorów nastąpił na podstawie odrębnego zlecenia od inwestora. Przed złożeniem zlecenia przeprowadzono rozmowy z inwestorem na których ustalono rodzaj klimakonwektorów i ilość. Za wiarygodne również uznano zeznania A. G. (1) koordynatora robót , że zarzuty pozwanych do wadliwości robót pojawiły się z chwilą rozpoczęcia sprawy w sądzie.

Oceniając zeznania pozwanych dotyczące niewykonania umowy sąd uznał je za pozbawione obiektywizmu i nie prawdziwe .

Zdaniem sądu pierwszej instancji wiarygodna była natomiast opinia biegłego , który miał odpowiednie kwalifikacje do jej wydania. Zdaniem sądu opinia biegłego jest rzetelna, pełna, jasna i zawiera odniesienie do całości materiału dowodowego w zakresie tezy dowodowej. Za niezasadne Sąd Okręgowy uznał zarzuty do opinii odnośnie nieprawdziwości ustaleń biegłego w zestawieniu z przedłożonymi przez pozwanych informacji z Instytutu (...) co do odczytu temperatury w N. w dniu 8 lipca 2013 roku o godz. 9-13 , czy oświadczenia z dnia28 listopada 2013 roku

pracowników sklepu 50 Style . Biegły przeprowadzał oględziny w zakresie w jakim pozwani mu to umożliwili i jasno określił swoje wnioski jak też ustosunkował się w sposób przekonujący do zarzutów co wykluczało konieczność dopuszczenia dowodu z kolejnej opinii.

W tym stanie faktycznym Sąd pierwszej instancji wskazał, że strony wiązała umowa o roboty budowlane o której mowa w art. 647 i nast. k.c. Roboty budowlane miały według umowy doprowadzić do wykonania przewidzianego w niej obiektu. Powód przyjął do wykonania dostawę i montaż instalacji, montaż instalacji klimatyzacji, ciepła technologicznego, wody lodowej i instalacji oddymiającej w ramach budowy Centrum Handlowego (...) w N.. Roboty te należy identyfikować z robotami budowlanymi w rozumieniu art. 647 k.c. Obiekt budowlany należy realizować zgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym będącym podstawą uzyskanego pozwolenia na roboty. Projekty wykonawcze są tworzone na potrzeby wykonawcy i nie mogą w sposób istotny od biegać od zatwierdzonego projektu budowlanego. Wykonawca w toku realizacji może dokonywać odstępstw pod warunkiem zgody projektanta, inwestora z tym, że odstępstwa te nie mogą diametralnie zmieniać projektu budowlanego. W przypadku spornej inwestycji zmiany wystąpiły za zgodą projektanta O., który jednocześnie był inspektorem nadzoru co do tych robót. Ani on ani Inwestor dokonanych zmian nie kwestionowali na dzień ich wykonywania czy odbioru a wręcz odwrotnie stwierdzali w protokołach odbioru, że w tym zakresie roboty wykonano „dobrze”. O. któremu powód zlecił wykonanie projektu wykonawczego, wprowadził tam dwie zasadnicze zmiany w stosunku do projektu budowlanego : zastosował recyrkulację z udziałem 20% świeżego powietrza w pasażach komunikacyjnych oraz zastosował mechaniczną wentylację nawiewną do pomieszczenia z komorami transformatorowymi. Powód realizując umowę, nie wykonał tych rozwiązań uznając, że wykraczają one poza zakres projektu budowlanego, który stanowił zakres zawartej umowy. W efekcie końcowym, już po zakończeniu prac, z uwagi na przegrzewanie się transformatorów i stanowcze żądanie pozwanych, powód wykonał mechaniczną wentylację nawiewną do pomieszczenia z transformatorami. Natomiast instalacja recyrkulacji z 20-to% udziałem świeżego powietrza w pasażach komunikacyjnych nie została wykonana z racji tego ,że projekt budowlany nie zawierał 20 % recyrkulacji powietrza wentylacyjnego w pasażach handlowych .

Również armatura regulacyjna została zamontowana z odstępstwem od projektu ale w uzgodnieniu z inspektorem nadzoru jak i pozwanymi -poniżej połąci dachu aby w 100 % zabezpieczyć pompy ,zawory i siłowniki przed działaniem ujemnych warunków atmosferycznych. Roboty w takim zakresie odebrał bez zastrzeżeń przedstawiciel inwestora kierownik robót M. Z. oraz M. O. . Skoro więc pozwani jak i inwestor z ramienia którego działał inspektor nadzoru wyrazili zgodę na wykonanie z odstępstwem od dokumentacji, to brak jest podstaw do przyjęcia, że wykonanie umowy przez powódkę jest następstwem nienależytego wykonania zobowiązań.

To samo dotyczy zmiany producenta agregatu (z producenta C. na producenta(...)). Potrzeba taka wynikała z faktu, że zaproponowane przez projektanta agregaty producenta C. nie były produkowane w wersji z czynnikiem (...) freon . Stąd też zastosowano urządzenia firmy (...) które zapewniały projektowaną moc chłodniczą przy współczynniku zużycia energii urządzeń ogólnie stosowanych na rynku. Decyzję została podjęta po konsultacji z dystrybutorem agregatów firmy (...), że tego typu agregaty są stosowane do współpracy z centralami wentylacyjnymi. Sterowanie ich odbywa się ze sterownika central wentylacyjnych . W zakresie braku agregatu chłodniczego przy centrali (...) , który przewidywała dokumentacja w końcowej fazie realizacji inwestor po konsultacji z biurem projektów i inspektorem nadzoru podjął decyzję demontażu agregatu który następnie został zdeponowany u inwestora, o czym zawiadomiono powoda. Strona powodowa wykonała dodatkowy układ (...) bez dodatkowej zapłaty. Nie można więc mówić o nieprawidłowym wykonaniu zobowiązania. Podobnie jeżeli chodzi o wentylację T., (...), (...) która została zwentylowana zgodnie z ustaleniami z inwestorem i pozwanymi, którzy zrezygnowali z instalacji nawiewnej przechodzącej przez obszar (...) do H16,o i NO,O do W24,o. W miejsce tych układów zaprojektowano napływ grawitacyjny powietrza z garażu oraz dochładzanie powietrza za pomocą trzech klimatyzatorów. Zostały one zamontowane ze względu na zmiany inwestora który zrezygnował z kanału doprowadzającego powietrze zewnętrzne do przedsionka T.. Wynikało to z adaptacji pomieszczeń w osiach (...) do H16,o i WO2,O do W24,O na powierzchnie handlowe. Na tym obszarze strona powodowa wykonała dodatkowy układ(...)bez dodatkowej zapłaty./ dowód uwierzytelniona kserokopia projektu z dnia 25.11.2010 r. /.

Powód zakupił i zamontował klimakonwektory na podstawie odrębnego zlecenia inwestora (gdzie ilość jak i typy były przedmiotem odrębnych negocjacji). W fazie wstępnej miały to być klimakonwektory kasetonowe firmy (...) wyposażone w standardowe termostaty naścienne oraz komplet zaworów regulacyjnych. Wskazany producent nie mógł spełnić oczekiwań terminowych inwestora dlatego w drodze wspólnych uzgodnień (inwestora, pozwanych i powoda) zamówienie zostało złożone w firmie (...) o takich samych parametrach technicznych i wyposażeniu jak w A.. Zmiana ta nie miała wpływu na komunikację z systemem (...). Późniejsze podnoszone przez pozwanego wadliwe działanie klimakonwektorów wynikało z błędów eksploatacyjnych po stronie użytkownika. Użytkownik zmienił sam nastawy na pompie tłoczącej czynnik grzewczy. Podawana ilość była zbyt mała w stosunku do wymaganej . W protokole z dnia 10 lutego 2012 roku wskazano ,że pompa pracowała na nastawie 3 a winna na nastawie 9 . czyli wszystko wynikało z nieumiejętnej obsługi .

Co do komunikacji (...) to jest ona zależna od sterownika do klimakonwektorów a zgodnie ze zleceniem pozwanych z dnia 18.02.2011 r., pozwani zlecieli powodowi zakup klimakonwektorów ze standardowym termostatem ściennym. Zamontowane klimakonwektory mogą pracować w systemie (...) . Same klimakonwektory nie były przedmiotem wykonawstwa powoda, pod warunkiem dodania do nich sterowników z systemowymi kartami sieciowymi i wykonania instalacji elektronicznej .

Zakres montażu instalacji był przedmiotem odrębnych zleceń przez najemców , w tym przez pozwanych. Powód nie decydował czy urządzenia w postaci klimakonwektorów , grzejników czy nagrzewnic będą zamontowane w tych lokalach bo pozostawało to w gestii najemców. Dlatego też na poziomie -1 zostały zamontowane zamiast klimakonwektorów urządzenia grzewczo – wentylacyjne V., Te instalacje zostały odebrane protokołami odbioru , które podpisał pozwany J. K. a jakoś ich wykonania oceniono jako dobrą. Reasumując zdaniem sądu powód wykonał roboty budowlane w zakresie podstawowym i dodatkowym wynikające z umowy oraz z uzgodnień zamiennych między stronami w toku ich wykonywania Sąd wskazał , że nie jest zasadny zarzut nieprawidłowego wykonania umowy. Niezależnie od tego Sąd Okręgowy wskazał, że w sytuacji , gdy przed odebraniem robót budowlanych inwestor stwierdzi wadliwe ich wykonanie to służy mu uprawnienie do żądania od wykonawcy zmiany sposobu wykonania robót w wyznaczonym terminie zgodnie z art. 636 § 1 k.c. Niewykonanie powyższego żądania i wykonywanie w dalszym ciągu robót w sposób wadliwy oznacza, iż wykonawca wykonuje swoje zobowiązanie w sposób nienależyty a inwestorowi służą uprawnienia szczególnie przewidziane w art. 636 § 1 kc tj. uprawnienie do odstąpienia od umowy lub uprawnienie powierzenia poprawienia lub dalszego wykonania robót innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy. Przyznanie takich szczególnych uprawnień inwestorowi w sytuacji wadliwego lub sprzecznego z umową wykonania robót budowlanych oznacza, iż nie mają do tej sytuacji zastosowania przepisy ogólne o skutkach niewykonania zobowiązania, w tym art. 480 § 1 k.c. W toku wykonywania robót pozwani ani razu nie zarzucili ,że powód roboty wykonuje źle. Wszelkie zarzuty pojawiły się w chwili kiedy pozwani otrzymali nakaz zapłaty w dniu 16 listopada 2011 roku . O niewykonaniu zobowiązania z umowy o roboty budowlane można mówić wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót lub odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość. Zdaniem sądu w sprawie taka sytuacja nie występuje. Poza tym nawet ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 k.c, a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 k.c. Istnienie obowiązku zapłaty za roboty wykonane przez powoda wynika z umowy , protokołów odbioru i faktur. W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał roszczenie za zasadne z wyjątkiem faktury VAT (...) z dnia 28 kwietnia 2011 roku na kwotę 5.848,65 zł która nie została przedłożona pozwany. Płatność regulował par .7 umowy stanowiąc ,że będzie ono płatne na podstawie faktur wystawianych na koniec miesiąca wg. procentowego zaawansowania tych robót po ich odbiorze udokumentowanym podpisanym przez strony protokołem odbioru częściowego oraz faktury końcowej wystawionej po zakończeniu realizacji przedmiotu umowy i podpisaniu przez strony końcowego przedmiotu umowy . Przed wystawieniem faktury powód miał obowiązek uzyskać od zamawiającego zatwierdzenie zaawansowania wykonania przedmiotu umowy . Bezsporne jest ,że takiego zatwierdzenia nie uzyskał . Na równi z tym dokumentem należy traktować jednak protokół częściowy , który był odbiorem procentowego zaawansowania robót. Nie zostało natomiast wykazane aby pozwani doręczyli faktury nr (...) z dnia 28 kwietnia 2011 roku na kwotę 123 tysiące złotych , nr nr (...) z dnia 28 kwietnia 2011 roku na kwotę

107.274,45 złotych; nr (...)z dnia 25 sierpnia 2011 roku w datach wskazywanych w pozwie . Nadawca ma możliwość przeprowadzenia dowodu na fakt pozytywny dotyczący doręczenia przesyłki poleconej w określonej dacie, może bowiem zwrócić się do operatora publicznego o udostępnienie informacji lub o doręczenie zwrotnego potwierdzenia odbioru. Wobec braku dowodu w tym zakresie sąd pierwszej instancji zasądził odsetki od roszczenia głównego od dnia 27 października 2011 roku .

Ostatecznie zdaniem sądu stosownie do postanowień umowy oraz art.647 k.c. pozwani winni dokonać solidarnie zapłaty na rzecz powoda kwoty 466.644,14 zł

Zdaniem Sądu Okręgowego zarzut potrącenia jest bezzasadny skoro :

- roboty wykonano zgodnie z dokumentacją oraz zmianami wprowadzonymi i zaakceptowanymi w trakcie realizacji przez pozwanych;
- zostały wykonane w terminie umownym;
- została uruchomiona/ instalacja i nadaje się do eksploatacji.

Brak też było podstaw do obciążenia powoda kwotą 38.102,40 zł z tytułu odszkodowania za koszty poniesione w zużyciu przez inwestora nadmiernej ilości energii ze względu na wadliwość instalacji wykonanej przez powoda . Sąd odwołał się w tym zakresie do ustaleń i rozważań uznając , że nie wykazano wskazanej wadliwości robót i braku podstaw do przypisania powodowi odpowiedzialności za ewentualny zwiększony pobór energii. Jako podstawę rozstrzygnięcia o kosztach procesu Sąd powołał art. 98 § 1 i § 3 k.p.c, Na koszty procesu złożyły się koszty opłaty od pozwu oraz koszty zastępstwa procesowego – 3.600 złotych wraz z opłatą skarbową za pełnomocnictwo – 17 złotych.

Apelację od tego wyroku wnieśli pozwani J. K. i K. Ś. (1) zaskarżając wyrok w całości ,zarzucając:

1. błędne ustalenia faktyczne, polegające na:

- a. błędnym ustaleniu, że warunki łączącej strony umowy zostały oparte o treść oferty nr (...) z dnia 14.10.2010 r., podczas gdy częścią umowy jest treść innej oferty - nr (...) z 28.10.2010 r. - co z kolei wpłynęło na dalsze błędne ustalenia, jakoby pozwani mieli wybrać warianty nią wskazane oraz błędną ocenę zeznań świadków i stron, a także ocenę opinii biegłego,
- b. błędnym ustaleniu, że pozwani wybrali w oparciu o w/w ofertę nr (...) z dnia 14 października 2010 r. wariant z odzyskiem ciepła ,
- c. błędnym ustaleniu, jakoby recyrkulacja powietrza w ciągach komunikacyjnych galerii handlowej na poziomie 20% była zawarta jedynie w "wewnętrznych" dokumentach powódki i nie była objęta wolą stron zawierających umowę,
- d. błędnym ustaleniu, że odstępstwo od projektu w zakresie miejsca zamontowania armatury regulacyjnej zostało zaakceptowane świadomie przez pozwanych,
- e. błędnym ustaleniu, że sterowanie agregatami C. zamontowanymi przez powódkę w miejsce agregatów McQuay odbywa się ze sterownika central wentylacyjnych ,
- f. błędnym ustaleniu, jakoby agregat chłodniczy przy centrali (...) był zdemontowany na polecenie inwestora i u niego zdeponowany ,
- g. błędnym ustaleniu, że zmiana przewidzianych pierwotnie klimakonwektorów A. na klimakonwektory L. nie miała wpływu na komunikację z systemem (...),
- h. błędnym ustaleniu, że to pozwani i inwestor mieli zrezygnować z instalacji nawiewnej stacji T. i kanału nawiewnego ,

1. błędnym ustaleniu, że wadliwe działanie klimakonwektorów wynikało z błędów eksploatacyjnych użytkownika który sam miał zmienić nastawy w pompie tłoczącej czynnik grzewczy, oparcie tego ustalenia na dokumentach, podczas gdy w opisie stanu faktycznego powołane dokumenty jako dowody tej okoliczności (w szczególności aby nastawy zmieniali pozwani lub inwestor) nie potwierdzają,

j. brak ustaleń co do braku instalacji klimatyzacyjnej w pomieszczeniu zlokalizowanym na poziomie -1 - pomimo że była to kwestia milcząco przyznana przez powódkę i dotycząca nie wykonania umowy w ogóle w tym zakresie,

k. nieuzasadnione pominięcie w ustaleniach faktycznych treści projektu wykonawczego i dokumentacji powykonawczej, podczas gdy pierwszy dokument wskazywał na przedmiot umowy który miał być wykazany, został dopuszczony jako dowód i zgodnie z nim biegły miał dokonać ustaleń,

l. brak ustaleń w zakresie błędów w dokumentacji powykonawczej, podczas gdy przekazanie pozwanym dokumentacji powykonawczej w 3 egzemplarzach było obowiązkiem umownym (§ 2 ust. 4 lit. d) umowy z dnia 22.11.2010 r.), a błędy w tym zakresie potwierdzono notatką z dnia 27.11.2011 r. i w zasadzie były pomiędzy stronami bezsporne,

m. brak ustaleń co do nieprawidłowości działania układów (...),

2. naruszenie przepisów prawa procesowego, polegające na:

a. naruszeniu art. 227 k.p.c., art. 233 § 1 k.p.c., art. 316 § 1 k.p.c. oraz art. 328 § 2 k.p.c. - poprzez poczynienie ustaleń, jakoby pozwani mieli wybrać wariant instalacji z odzyskiem ciepła w oderwaniu od materiału dowodowego i istniejącego stanu faktycznego, a także nie wskazanie w uzasadnieniu wyroku na jakich dowodach oparto

to ustalenie,

b. naruszeniu art. 233 § 1 k.p.c., art. 316 § 1 k.p.c. oraz art. 328 § 2 k.p.c.

- poprzez niewskazanie na której konkretnie "dokumentacji projektowej" Sąd Okręgowy oparł swój wniosek, jakoby wymóg 20% recyrkulacji powietrza nie był

objęty konsensem stron,

c. naruszeniu art. 233 § 1 k.p.c. i art. 316 § 1 k.p.c. - poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, sprzecznego z doświadczeniem życiowym i logiką, polegającym na:

pominięciu w ustaleniach faktycznych dowodów w postaci:

1. notatki z dnia 27 listopada 2011 r. (załączona do sprzeciwu) - potwierdzającej wszystkie zastrzeżenia pozwanych wysuwanych w stosunku do wykonawstwa powódki i w której powódka przyjęła na siebie konkretne obowiązki, a zamiast których wykonania złożyła pozew,

2. protokołu dnia 24 listopada 2011 r. (załącznik do sprzeciwu) wskazującego na przyczynę nieprawidłowego działania klimakonwektorów w postaci nieprawidłowego układu rur powodującego ich zasyfonowanie, uniemożliwiającego odpowietrzenie systemu i konieczność założenia odpowietrzników automatycznych,

3. projektu wykonawczego (załącznik do sprzeciwu), w szczególności opisu w zakresie pasażów komunikacyjnych, w którym określono udział świeżego powietrza na 20%,

4. oceny technicznej stanu instalacji wentylacji, klimatyzacji, ogrzewania oraz oddymiania garażu w CH G. w N. - październik 2011

(załączona do sprzeciwu),

5. pisma pozwanych do powódki z dnia 23 listopada 2011 r. (załącznik do sprzeciwu),
6. pisma inwestora do powódki z dnia 3 czerwca 2011 r. (załącznik do sprzeciwu),
7. opinii inż. M. O. z dnia 16 listopada 2011 r. w sprawie różnicy kosztów pracy klimatyzatorów i układów central bez recyrkulacji (załącznik do sprzeciwu),
8. pisma (...) Sp. z o.o. sp. k. z dnia 16 listopada 2011 r. skierowane do pozwanych
9. noty obciążeniowej nr (...)z dnia 16 listopada 2011 r.
10. potwierdzenia realizacji przelewu na kwotę 38.102,40zł z dnia 28 listopada 2011 r. (załącznik do sprzeciwu),
11. pisma (...) K. z dnia 16 listopada 2011 r. (załącznik do sprzeciwu),
12. oferty nr (...) (załącznik do sprzeciwu),
13. pisma z dnia 23 listopada 2011 r. z dowodem nadania i odbioru przesyłką (...), dwoma dowodami przesłania faksem do powódki oraz potwierdzeniem odczytu wiadomości poczty elektronicznej, do której pismo było załączone (załącznik do sprzeciwu),
14. pisma powódki z dnia 4 listopada 2011 r. (załącznik do sprzeciwu),
15. protokołu z dnia 24 listopada 2011 L (załącznik do sprzeciwu),
16. wydruku emaili z dnia 24i25 listopada 2011 r (załącznik do sprzeciwu),
17. wydruku e-mailapozwanejzdnia30 listopada 2011r. (załącznik do sprzeciwu),
18. pisma inż. M. O. z dnia 30 listopada 2011r .
19. pisma powódki z dnia 29 listopada 2011 (załącznik do pisma procesowego pozwanych z dnia 14.12.2011 r.),
20. wydruku wiadomości z poczty elektronicznej z dnia 30 listopada 2011 r. od A. G. (1) - Wiceprezesa Zarządu powodowej spółki do D. D. CH G.,
21. wydruku wiadomości z poczty elektronicznej z dnia 2 grudnia 2011 r. od A. G. (1) - Wiceprezesa Zarządu powodowej spółki do D. D. CH G.(załącznik do pisma procesowego pozwanych z dnia 14 grudnia 2011 r.),
22. pisma zamawiającego do powodowej spółki z dnia 2 grudnia 2011 r. (załącznik do pisma procesowego pozwanych z dnia 14 grudnia 2011 r.),
23. wydruku wiadomości z poczty elektronicznej z dnia 12 grudnia 2011 r. od A. G. (1) - Wiceprezesa Zarządu powodowej spółki do D. D. CH G. (załącznik do pisma procesowego pozwanych z dnia 14 grudnia 2011 r.),
24. pisma (...) K. sp. z o.o. z dnia 12 grudnia 2011 r. (załącznik do pisma procesowego pozwanych z dnia 28.12.2011 r.),
25. wydruku wiadomości e-mail z dnia 19 grudnia 2011r. (załącznik do pisma procesowego pozwanych z dnia 28.12.2011 r.),
26. pisma pełnomocnika pozwanych z dnia 19 grudnia 2011r. (załącznik do pisma procesowego pozwanych z dnia 28 grudnia 2011 r.),

27. pisma pozwanych do (...) z dnia 29 grudnia 2011 r. z załącznikiem (załącznik do pisma procesowego pozwanych z dnia 12 stycznia 2012 r.),

28. pisma (...) z dnia 5 stycznia 2012 r. (załącznik do pisma procesowego pozwanych z dnia 12 stycznia 2012r.

29. wydruku wiadomości z poczty elektronicznej z dnia 29 grudnia 2011 r. od A. G. (1) z powodowej spółki do D. D. CH G. (załącznik do pisma procesowego pozwanych z dnia 12 stycznia 2012r.),

30. pisma powodowej spółki z dnia 5 stycznia 2012r. (załącznik do pisma procesowego pozwanych z dnia 12 stycznia 2012 r.),

31. wydruku wiadomości z poczty elektronicznej z 8 lutego 2012r. od D. D. CH G. do A. G. (1) i P. K. z powodowej spółki (załącznik do pisma procesowego pozwanych z dnia 17 lutego 2012 r.),

32. protokołu z przeglądu systemu ogrzewania w budynku CH G. z dnia 8 lutego 2012 r.,

33. fotografii załączonych do pisma procesowego pozwanych z dnia 17 lutego 2012r.

34. z wydruków z automatycznego systemu p.poż.(załącznik do pisma procesowego pozwanych z dnia 17 lutego 2012 r.),

35. audytu budowy z dnia 19 marca 2012 r. przeprowadzonego przez (...) sp. z o.o. (załącznik do pisma procesowego pozwanych z dnia 27 marca 2012 r.),

36. pisma (...) Bank S.A. do D. D. Centrum Handlowego

G. z dnia 23 marca 2012 r. (załącznik do pisma procesowego pozwanych z dnia 6.4.2012 r.),

37. pisma M. P. do Zarządu CH G. Sp. z o.o. sp. k. z dnia 13 grudnia 2011 r. (załącznik do pisma procesowego pozwanych z dnia 6 kwietnia 2012 r.),

38. oferty (...) S.A. z dnia 3 lutego 2012 r. (załącznik do pisma procesowego pozwanych z dnia 6 lutego 2012 r.),

39. oferty (...) K. z dnia 31 stycznia 2012 r.

40. wydruku wiadomości elektronicznej z 3 lutego 2012 r.

ii. błędnym przyjęciu, że pozwani odebrali całość robót, skoro Sąd Okręgowy sam stwierdził , że końcowy protokół został sporządzony jednostronnie przez stronę powodową (k. 246),

(...). nieuzasadnioną odmowę uznania wiarygodności zeznań świadka M. O., jakoby były one "ogólnikowe", "rwane" (sąd nie wyjaśnił na czym miałyby to polegać), podczas gdy zeznania te są precyzyjne w zakresie spraw którymi świadek się zajmował i mają swoje odbicie w treści przeoczonej przez Sąd Okręgowy notatki z dnia 27 października 2011 r. oraz dokumentacji wykonawczej;

iv. nieuzasadnione pominięcie zeznań D. U. (1) - skoro nie zeznawał on na okoliczność treści umowy, ale świadek zeznał obszernie na temat skutków niewykonania umowy przez powódkę w praktyce i miał bardzo szczegółową wiedzę w tym zakresie,

v. uznanie za wiarygodne zeznań świadka S. C. podczas gdy jest to pracownik strony powodowej - co z natury rzeczy nakazuje traktować jego zeznania ostrożnie - i który zeznając na temat jednej z kluczowych kwestii stwierdził, że zmiana klimakonwektorów została zrealizowana przy pełnej świadomości inwestora który na to wyraził zgodę, ale zapytany skąd wywodzi swój wniosek, nie umiał wskazać źródła wiedzy na temat wiedzy i zgody inwestora, co czyni jego zeznania, co najmniej w tym zakresie, bezwartościowymi,

vi. uznanie wiarygodności zeznań świadka S. C., A. G. i zeznającego w charakterze strony W. (...) - zgodnie zeznających że zarzuty pozwanych i

inwestora pojawiły się dopiero po wniesieniu sprawy do sądu, podczas gdy strona powodowa uczestniczyła w spotkaniu i sporządziła wspólnie z pozwanymi notatkę z

dnia 27.11.2011 L, w której wymieniono szczegółowo zastrzeżenia pozwanych i inwestora do wykonawstwa robót, a świadek G. przyznał, że w spotkaniu zakończonym spisaniem notatki uczestniczył (protokół rozprawy z dnia 12 grudnia 2012r., ponadto świadek G. zeznał jakoby poprawiono dokumentację powykonawczą - co nie ma pokrycia w żadnych innych dowodach i nawet powódka tego nie twierdziła

vii. niezasadne odmówienie przymiotu wiarygodności zeznaniom pozwanego J., K., ze wskazaniem że podpisał protokół odbioru celem oddania obiektu do użytku, przy czym zarzut ten przeciwko zeznaniom jest urwany, a w dodatku Sąd Okręgowy zdaje się nie zauważać różnicy pomiędzy spełnieniem minimum przewidzianego

przepisami prawa powszechnie obowiązującego pozwalającego na odebrani obiektu (czego dotyczył ten odbiór) a wykonaniem warunków umowy (czego powódka nie uczyniła i co stało się przyczyną odmowy podpisania odbioru końcowego zgodnie z procedurą przewidzianą umową i jednostronnego odbioru" dokonanego przez powódkę),

viii niezasadne odmówienie przymiotu wiarygodności zeznaniom pozwanego K. Ś. ze wskazaniem na jego zeznania co do opóźnienia w robotach, skoro zeznania te

mają swe potwierdzenie w dokumentach w postaci aneksu przedłużającego termin wykonania umowy i protokołu przedłożonego przez powódkę wraz z pozwem, wskazującego datę 25 sierpnia 2011r., podczas gdy termin wykonania ustalony aneksem wskazywał na kwiecień 2011r., częściowe niewykonanie umowy potwierdza także notatka z dnia 27 listopada 2011r,

ix. uznanie za miarodajne protokołu nr (...) z dnia 28 kwietnia 2011r. załączonego do faktury VAT nr (...) z dnia 28 kwietnia 2011r. na kwotę 107.274,45 zł, który nie został podpisany przez zamawiającego, tym bardziej, że wiarygodność i podstawa do wystawienia tego protokołu i faktury jest wątpliwa, skoro dotyczy tego samego okresu, został wystawiony w tym samym dniu i nosi taki sam numer co protokół załączony do faktury nr VAT nr (...) a powódka po podniesieniu tego zarzutu przez pozwanych nie wyjaśniła przyczyny zdublowania danych,

x. niezasadne uznanie za wiarygodną opinię biegłego, podczas gdy treść opinii nie odpowiada na postawione w odezwie pytania, nie wyjaśnia sposobu wyprowadzenia konkluzji, została przygotowana bez przeprowadzenia wizji lokalnej, a wiarygodność biegłego została skutecznie podważona,

d. naruszenie art. 479¹² § 2 i 4 k.p.c., zgodnie z którymi powód powinien dołączyć do pozwu odpis reklamacji lub wezwania do dobrowolnego spełnienia żądania wraz z dowodem doręczenia albo wysłania go pozwanemu przesyłką poleconą oraz odpisy pism świadczących o próbie wyjaśnienia spornych kwestii w drodze rokowań. Pisma te powinny być skierowane do tego samego podmiotu, co strona pozwana. Jednak powódka załączyła uwierzytelnioną kopię jednego wezwania do zapłaty wraz z dowodem nadania pisma przesyłką poleconą, jednakże wezwanie to nie było skierowane do żadnego z podmiotów będących stroną pozwaną - co było warunkiem formalnym złożenia pozwu.

Zaniechanie to powinno skutkować nałożeniem na stronę powodową obowiązku zwrotu kosztów stronie przeciwnej w myśl § 4, zwłaszcza w realiach niniejszej sprawy,

e. naruszeniu art. 6 k.c. w zw. z art. 479¹² § 1 k.p.c. - poprzez zasądzenie dochodzonego roszczenia w sytuacji gdy strona powodowa nie wykazała twierdzeniami i wnioskami dowodowymi zawartymi w pozwie spełnienia umownych przesłanek powstania dochodzonego roszczenia,

f. naruszeniu art. 479¹² § 1 k.p.c. - poprzez uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów zgłoszonych w niedatowanym piśmie powódki doręczonym pełnomocnikowi pozwanych w dniu 23 stycznia 2012 r.,

g. naruszeniu art. 236 k.p.c. w zw. z art. 292 k.p.c. - poprzez nierozpoznanie, wniosku dowodowego o dokonanie wizji lokalnej (zgłoszonego pismem z dnia 6 lutego 2012 r., który to wniosek stał się tym bardziej uzasadniony wobec nieprzeprowadzenia wizji przez biegłego,

h. naruszeniu art. 236 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. i art. 278 k.p.c, - poprzez oddalenie wniosków o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego w zakresie tezy dowodowej nieuwzględnionej postanowieniem z dnia 16 stycznia 2013 r. oraz opinii innego biegłego zgłoszonego w zarzutach do opinii biegłego z dnia 2 września 2013 r., a także wniosku dot. opinii biegłego mającego ustalić wysokość szkody pozwanych związanej z wyższymi kosztami eksploatacji instalacji wskutek braku założonej recykulacji powietrza, (zastrzeżenia do protokołów rozpraw w tym względzie zostały zgłoszone w trybie art. 162 k.p.c. do protokołów w/w rozpraw),

i. naruszenie art. 230 k.p.c. poprzez niewywieczenie z milczenia strony powodowej pozytywnego ustalenia w zakresie nie wykonania instalacji klimatyzacyjnej pomieszczeniu na poziomie -1, co zarzucali pozwani,

3. naruszenie przepisów prawa materialnego, polegające na:

a. naruszeniu art. 647 k.c. w zw. z art. 353¹ kc. poprzez zasądzenie wynagrodzenia:

- za roboty nie wykonane, bądź wykonane niezgodnie z projektem,

- za roboty których zatwierdzenia zaawansowania realizacji pozwani odmówili, a co było umowną przesłanką powstania roszczenia o wynagrodzenie,

- za roboty objęte fakturami których oryginały nie zostały doręczone pozwany, a co było umowną przesłanką powstania roszczenia o wynagrodzenie, powódka nie reklamowała doręczenia przedmiotowych faktur,

b. art. 498 i art. 499k.c.. - poprzez nieoddalenie powództwa w sytuacji, gdy nawet gdyby roszczenie pozwanych istniało, to wygasło wskutek dokonanego ewentualnego oświadczenia o potrąceniu wierzytelności, a z ostrożności procesowej ponowione w postaci zarzutu potrącenia zgłoszonego w sprzeciwie od nakazu zapłaty,

c. art. 483 k.c. i art. 484 k.c. - poprzez nieuwzględnienie potrąconego roszczenia z tytułu kary umownej za zwłokę w dokonaniu przez stronę powodową prac mających doprowadzić przedmiot urnowy do stanu zgodnego z urnową - niezależnie od tego, czy obowiązek świadczenia powódki którego dotyczyła zwłoka istniała w ramach

wykonania urnowy czy usuwania usterek,

d. naruszenie art. 76 k.c. - poprzez przyjęcie za wiążące zmiany urnowy w zakresie jej wykonania przez powódkę dokonane rzekomo w formie ustnej - podczas gdy zgodnie z § 14 ust. 1 urnowy, jej zmiana wymagała formy pisemnej pod rygorem

nieważności.

Strona pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od strony powodowej solidarnie na rzecz pozwanych kosztów procesu wg norm przepisanych w postępowaniu przed Sądami obu instancji, w tym trzykrotności stawki minimalnej kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu przed Sądem I Instancji,

ewentualnie - uchylenie w całości zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I Instancji przy uwzględnieniu kosztów postępowania apelacyjnego.

Strona powodowa wniosła o oddalenie apelacji i o zasądzenie kosztów.

Rozpoznając apelację Sąd Apelacyjny uznał za własne ustalenia dotyczące zrealizowania przez stronę powodową instalacji z uwzględnieniem wskazanych zmian zaakceptowanych przez stronę powodową. W szczególności Sąd Apelacyjny podziela ustalenie, że instalacja recyrkulacji z 20-to% udziałem świeżego powietrza w pasażach komunikacyjnych nie została wykonana z racji tego, że projekt budowlany nie zawierał 20 % recyrkulacji powietrza wentylacyjnego w pasażach handlowych. Taki sposób wykonania został zaakceptowany przez stronę pozwaną, która w protokołami częściowymi dołączonymi do faktur k- 30-93, protokołami z marca 2011r. k-256-263 k-261, a przede wszystkim protokołem odbioru technicznego instalacji wentylacji i klimatyzacji wraz z CT, WL i oddymiania na budynku z dnia 4 sierpnia 2011r. k-279 potwierdziła zarówno zaakceptowanie zmian dokonanych w trakcie realizacji jak i dochowanie terminu wykonania umowy. Zarzut błędnych ustaleń faktycznych nie jest zasadny. Wskazać należy, że przedmiotem postępowania dowodowego są fakty istotne dla rozstrzygnięcia (art. 227 k.c.). Istotne dla sprawy było ustalenie czy strona powodowa w terminie spełniła świadczenie i czy niewykonanie instalacji recyrkulacji z 20-to% udziałem świeżego powietrza w pasażach komunikacyjnych stanowiło nienależyte wykonanie umowy i czy ta ewentualna wadliwość uzasadniała obciążenie głównego wykonawcy przez inwestora kwotą odszkodowania co w konsekwencji miało uzasadniać odpowiedzialność odszkodowawczą strony powodowej. Nieodniesienie się więc do części dowodów przedstawionych przez stronę pozwaną, które wskazywały na wadliwą pracę instalacji wentylacyjno-klimatyzacyjnej ujawnioną podczas eksploatacji już po oddaniu centrum handlowego do użytkowania nie miało znaczenia jeżeli dowody te wskazywały tylko na możliwość wykonywania uprawnień z rękojmi czy gwarancji. Dla oceny wykonania umowy słusznie Sąd Okręgowy odwołał się do treści art. 647k.c. zgodnie z którym: „przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Biorąc pod uwagę, że strona powodowa była tylko podwykonawcą części inwestycji w postaci centrum handlowego i realizowała część procesu budowlanego regulowanego prawem budowlanym, należy zgodzić się z przyjętą kwalifikacją stosunku łączącego strony jako umowy o roboty budowlane a nie umowy o dzieło. Był to bowiem wycinek całego procesu inwestycyjnego dotyczącego centrum handlowego i to realizowany także przez innych uczestników tego procesu. Potwierdza to uzupełniająca opinia biegłego, która wskazuje, że brak możliwości przewentylowania komór wynika z braku otworów w drzwiach i ścianach, których nie wykonywał powód. Strona powodowa nie mogła więc realizować przedmiotu umowy sprzecznie z projektem stanowiącym podstawę do wydania pozwolenia na budowę, a ten nie przewidywał recyrkulacji z udziałem 20% świeżego powietrza w pasażach komunikacyjnych oraz zastosowania mechanicznej wentylacji nawiewną do pomieszczenia z komorami transformatorowymi. Do tego projektu budowlanego odwoływał się Sąd Okręgowy. Niewątpliwie projekt wykonawczy i powykonawczy został wykonany na zlecenie powoda. Projekt wykonawczy stanowi uszczegółowienie rozwiązań zawartych w projekcie budowlanym co wynika z § 5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (tekst jedn. Dz.u. 2013r. poz.1129 dotyczącego zamówień publicznych). To uszczegółowienie ma być tylko niezbędne dla przygotowania oferty i realizacji robót, nie może natomiast naruszać założeń projektu budowlanego. Nawet jeżeli zgodnie z tym projektem strony początkowo zakładały rozwiązanie z cyrkulacją powietrza to ostatecznie pozwana zaakceptowała sposób wykonania umowy zgodny z projektem budowlanym i potwierdziła zgodność wykonania umowy zarówno na etapie wykonania częściowego jak i na etapie oddania obiektu do użytkowania. Natomiast ewentualna wadliwość dokumentacji powykonawczej nie wpływa w sposób istotny na zdatność do użytku instalacji wentylacyjno-klimatyzacyjnej i może stanowić przedmiot roszczeń wynikających z wad przedmiotu umowy. Ta wadliwość nie ma jednak wpływu na naliczenie kar umownych z tytułu niewykonania umowy jak też nie miała wpływu na szkodę, która stanowiła podstawę oświadczenia o potrąceniu. Rację ma strona pozwana wskazująca, że elementem umowy stron stanowiła oferta nr (...) z dnia 28 października 2010 k- 24-26 stanowiąca załącznik do umowy nr(...) k-18-23. Powołanie przez Sąd Okręgowy w uzasadnieniu wyroku wcześniejszej oferty nr (...) nie stanowiło jednak pominięcia oferty stanowiącej załącznik do umowy lecz stanowiło wykazanie procesu uzgodnień,

które dopiero stanowiły podstawę zawarcia umowy. Oferta nr (...) nie wpływa zresztą na treść ustalenia zakresu umowy, gdyż z niej nie wynika szczegółowo sposób rozwiązania cyrkulacji powietrza. Strony zawarły umowę na dostawę i montaż instalacji, klimatyzacji, ciepła technologicznego, wody lodowej i instalacji oddymiającej w ramach budowy Centrum Handlowego (...) w N.. Jakkolwiek zamówienie z dnia 9 marca 2011 na klimakonwektory dokonane przez pozwanych do powoda k-266 nie określało marki sprzętu to jednak nawet twierdzenia strony powodowej potwierdzają, że elementem umowy był także dobór i montaż klimakonwektorów, które miały współpracować z wykonywaną instalacją, jakkolwiek sam zakup klimakonwektorów w pasażach handlowych nie był objęty umową. Stron powodowa zrealizowała przedmiot umowy, z tym iż dokonała modyfikacji wyboru klimakonwektorów co jednak zostało zaakceptowane przez pozwanych i inwestora. Zamontowanie innych klimakonwektorów nie można oceniać w kategorii niewykonania przedmiotu umowy lecz ewentualnie nienależytego wykonania umowy, jeżeli sposób ich działania wskazuje na nieosiągnięcie wymaganych parametrów właściwych dla prawidłowego funkcjonowania całej instalacji. Protokoły z marca 2011r. potwierdzają także montaż klimakonwektorów w galerii k-259. Strona pozwana musiała mieć więc świadomość jakie agregaty są montowane i nie zgłaszała żadnych zastrzeżeń ani roszczeń zmierzających do zmiany sposobu wykonania zobowiązania. Cała instalacja została podłączona i uruchomiona. Wprawdzie nie został podpisany przez pozwanych protokół odbioru końcowego jednakże gotowość odbioru strona powodowa musiała zgłosić skoro doszło do sporządzenia powołanego wyżej protokołu odbioru technicznego z dnia 4 sierpnia 2011r. k-279. Następnie obiekt oddano do użytkowania i przekazano inwestorowi. Strona pozwana czyni zarzut niewykonania umowy w sytuacji, gdy sama względem inwestora uznała wykonanie procesu budowlanego. Fakt oddania instalacji potwierdza także opinia biegłego stwierdzająca wykonanie i działanie instalacji. Nie są zasadne zarzuty do tej opinii. Biegły niewątpliwie był w galerii i dokonał oględzin a fakt, że nie oglądał wszystkich pomieszczeń nie wpływa na ocenę oddania przedmiotu umowy. Dokonane przez biegłego oględziny były wystarczające dla oceny funkcjonowania układu. Różne warunki mogą prowadzić do różnych wyników odczytów, stąd Sąd Okręgowy miał podstawy do przyjęcia, że weryfikacji działania klimatyzacji dokonano w dzień ciepły. Wskazuje na to także protokół z dnia 10 lutego 2012 podpisany przez przedstawiciela CH G., z którego wynika, że układ pracował wadliwie, jednakże wskazuje także, że wysterowano pompę zasilającą obieg klimakonwektorów osiągając przepływ nominalny zgodny z projektem instalacji ogrzewania i klimatyzacji co potwierdza wnioski wypływające z opinii biegłego. Działanie układu klimatyzacji jest obiektywnie stwierdzalne wewnątrz budynku niezależnie od temperatury zewnętrznej obiektywnie układ klimatyzacji w budynku centrum handlowego i nie trzeba oglądać każdego odbiornika by stwierdzić, że instalacja istnieje i pracuje co świadczy, że przedmiot umowy został zrealizowany. Nawet z zeznań świadka M. O. (2) k-450-452 wynika, że odbiór końcowy obiektu miał miejsce na przełomie lutego i marca. Świadek ten sam stwierdził, że po odbiorze inwestor miał zastrzeżenia do pracy instalacji a po uwagach powodowa spółka usuwała usterki. W ten sposób świadek ten pośrednio wskazywał na wykonanie przedmiotu umowy jakkolwiek nie był on wiarygodny co do zakresu umowy. Słusznie Sąd Okręgowy ocenił jego zeznania jako chwiejne skoro świadek ten z jednej strony mówił o odbiorze końcowym z drugiej strony uznawał, że doszło do nieakceptowanych odstępstw od projektu. Świadek ten jednak również podpisywał protokoły odbioru wskazującego na prawidłowy sposób wykonania umowy. Zgodnie z umową z dnia 22 listopada 2010r. obowiązkiem strony pozwanej było przystąpienie do czynności odbioru. Umowa ta wprawdzie przewidywała możliwość niepodpisania protokołu końcowego jednakże wskazywała na konieczność stwierdzenia istotnej wadliwości wpływającej na ocenę, że nie doszło do realizacji umowy. Mogło to być podstawą do naliczenia kar umownych. Strona pozwana jednak nie przystąpiła do takiego odbioru lecz przez sporządzenie protokołów częściowych i protokołu z dnia 4 sierpnia 2011r. potwierdziła wykonanie umowy i oddała obiekt inwestorowi. Zastrzeżenia do wykonania umowy podniosła dopiero po przystąpieniu strony powodowej do realizacji roszczenia o wynagrodzenie. Niewykonanie zobowiązania z umowy o roboty budowlane występuje, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest na tyle, że uchybia przepisom budowlanym, uniemożliwia ona w ogóle przydatność czy przewidywane umową wykorzystanie rezultatu robót. Sąd Okręgowy dokonał swobodnej oceny dowodów i prawidłowo ustalił, że taka wada w tym przypadku nie wystąpiła. Sąd ten ustalił prawidłowo także, że doszło do zaakceptowanych zmian w sposobie wykonania zobowiązania, w tym w odniesieniu do montażu klimakonwektorów i rozwiązań także na poziomie – 1, w związku ze zmianami wykorzystania powierzchni na cele handlowe. Ocena ta nie była dowolna i nielogiczna skoro miała oparcie w zeznaniach części świadków i w protokołach podpisywanych przez pozwanego J. K. i inspektora nadzoru lub kierownika robót wskazujących na wykonanie prac w sposób dobry. Protokół z dnia 4 sierpnia 2011r jednoznacznie potwierdzał akceptację zmian następujących w trakcie

realizacji zobowiązania. Pozwani w apelacji powołali w zasadzie wszystkie zgłaszane przez siebie w postępowaniu dowody jednakże nie wskazują przyczyn naruszenia zasad doświadczenia życiowego czy zasad logiki przy dokonaniu konkretnych ustaleń, co nie jest wystarczające dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c., szczególnie w sytuacji, gdy sąd czyni ustalenia w oparciu o jedną z grup przeciwstawnych dowodów (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 października 2003. sygn. akt IV CK 293/02 Lex nr 602280). To, że Sąd Okręgowy uznał, że wskazane protokoły w powiązaniu z zeznaniami świadka C. i G. oraz z opinią biegłych są bardziej wiarygodne od dowodów powołanych w apelacji (w tym z zeznań świadka U. czy (...)) nie oznacza ani pominięcia dowodów ani też nie stanowi naruszenia treści art. 233k.p.c. To, że świadkowie C. i G. są pracownikami strony powodowej nie oznacza automatycznie braku ich wiarygodności. Zeznania tych świadków powiązane jako spójne z grupą dowodów wskazujących na odebranie przedmiotu umowy i potwierdzających prawidłowe i terminowe wykonanie instalacji. Nie narusza ani zasad logiki ani zasad doświadczenia życiowego ocena niewiarygodności kategoriycznych stwierdzeń świadka U., że miała być wykonana zgodnie z projektem recyrkulacja 20 % powietrza świeżego a 80 % recyklowanego skoro nie był on ani uczestnikiem negocjacji ani też uczestnikiem odbioru częściowego. Nawet jednak gdyby umowa zakładała taką recyrkulację, to z uwagi , że takie rozwiązanie nie było przewidziane w projekcie budowlanym i z uwagi na akceptację zmian względem projekty wykonawczego przy wykonaniu co stwierdza jasno protokół z dnia 4 sierpnia 2011r. , nie można przyjąć by ta zmiana stanowiła nienależyte wykonanie umowy, a tym bardziej przesądzała o niekompletności oddanego przedmiotu umowy. Protokół ten ma formę pisemną , taką samą formę ma aneks Nr (...) z dnia 21.03.2011 r. który potwierdza wykonanie umów zamiennych, stąd nawet przy założeniu , że doszło do zmiany umowy w zakresie recyrkulacji i tak nieadekwatne byłoby powołanie zarzutu naruszenia art. 76 k.c. Nie narusza też zasad swobodnej oceny dowodów uznanie za niewiarygodnych zeznań pozwanych, które nie są spójne wewnętrznie i sprzeczne z protokołami potwierdzonymi także przez pozwanego J. K.. Nie narusza ponadto zasad oceny dowodów uznanie za niewiarygodnych zeznań świadka O. skoro świadek ten potwierdzał w protokołach przez niego podpisanych prawidłowe wykonanie umowy. Ponadto należy zwrócić uwagę , że dowody z zeznań świadków -osób pracujących w galerii czy też z dokumentów mających wskazywać na wadliwą pracę układu nie przesądzają, że przedmiot umowy nie został zrealizowany lecz, że pracuje on w sposób nieprawidłowy. Notatka służbowa z dnia 27 października 2011r. k-112 wskazuje wprawdzie na wady w funkcjonowaniu instalacji jednakże z treści jej wynika , że sporządzono ją po półrocznym użytkowaniu instalacji a więc twierdzenia pozwu o wykonaniu instalacji i odbiorze są jak najbardziej prawidłowe. Także z maila D. U. (2) k-183 do firmy (...) z dnia 24 listopada 2011r. wynika , że doszło do awarii systemu co z logicznego punktu widzenia oznacza , że mail ten dotyczył układu istniejącego i wykorzystywanego. W aspekcie stwierdzenia przez biegłego, że wskazywana wadliwość miała charakter usterek nie można przyjąć, że powołane w apelacji dowody wskazujące na wadliwe działanie układu i usuwanie ich przez stronę pozwaną obalają wiarygodność dowodów wskazujących na wykonanie zobowiązania w terminie.

Pozwani nie wykazali by montaż innych klimakonwektorów w sposób istotny wpływał na typowe wykorzystanie efektu robót. Prawidłowe ustalenia Sądu Okręgowego wskazują, że montowane miały te same parametry techniczne co wcześniej zakładane. Nie wykazano, by klimakonwektory , które akceptowano na etapie negocjacji były możliwe do zamontowania i na pewno lepiej współpracowały z urządzeniami sterującymi. Pismo (...) K. z dnia grudnia 2011r. wskazuje, k-284 że jednostki (...) mogą współpracować z centralami jednakże wymaga to przystosowania do współpracy poprzez instalację sterowania do automatyki. Niezależnie od zaakceptowania zmian w doborze klimakonwektorów poprzez zaakcentowanie montażu, nie jest wiadome jak ta zmiana ma wpływać na całość wartości prac. Nie wykazano by zmiana ta w istotny sposób wpływała na wartość wykonanej instalacji jako części obiektu. Co więcej nie wykazano jak ta zmiana wpływała na ogólne koszty całego układu tym bardziej, że za klimakonwektory montowane w galerii płacili dzierżawcy. Jak wyżej wskazano zeznania świadka U. nie były wiarygodne a opinia biegłego wskazująca na prawidłowe działanie układu zaprzecza by zainstalowany układ w istotny sposób obniżał wartość umówionego rezultatu robót wykonanych przez stronę powodową a tym bardziej wartość handlową obiektu lub jego części. Opinia prywatna inż. M. O. z dnia 16listopada 2011r. nie stanowi adekwatnego dowodu tym bardziej, że inż. O. sam potwierdzał w marcu 2011r. prawidłowy sposób wykonywania umowy a następnie próbował negocjować skutki dokonanego odbioru i to po skierowaniu roszczeń o zapłatę wynagrodzenia. Nie jest też zasadny zarzut o braku podstaw do wystawienia niepodpisanej faktury VAT (...) z dnia 28 kwietnia 2011r k-37 na roboty dodatkowe na kwotę netto 87215zł i brutto 107274,45zł . Do tej faktury dołączony jest protokół odbioru nr (...) z dnia 28 kwietnia 2011r.

k-38-39 podpisany przez P. S. , którego uprawnienia do odbioru nie budziły wątpliwości- podpisywał on także inne protokoły stanowiące podstawę wystawienia faktur, których pozwana nie kwestionowała. Mimo zbieżności numeracji protokół ten co do przedmiotu nie jest tożsamy z protokołem nr (...) z dnia 28 kwietnia 2011k-68, podpisanym przez J. K. na kwotę netto 9510zł i brutto 11697,30 zł za instalację wentylacji i klimatyzacji w obszarze (...)(...), który stanowił podstawę wystawienia innej faktury VAT (...) z dnia 28 kwietnia 2011r k-67. Oba te protokoły dotyczą różnych zakresów robót i ich wiarygodność nie budzi wątpliwości. Nie wiadomo co miałyby stwierdzić naocznie sądowa skoro poza sporem jest , że w systemie nie pracują urządzenie C. i nie ma wskazanej przez pozwaną cyrkulacji. Dowody inne zaś jednoznacznie wykazują , że układ jest , pracuje i jest wykorzystywany. Sąd Apelacyjny podziela stanowisko wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że nie doszło do nieprawidłowego wykonania umowy z zastrzeżeniem, że określenie to podziela tylko w takim zakresie w jakim wpływa to na ocenę oddania robót w terminie zgodnie z umową. Sąd drugiej instancji uznaje bowiem, że wykazano , że występowały skoki temperatury i przecieki, które były zgłaszane i usuwane przez stronę powodową uznaje też, że była za wysoka temperatura w komorach trafo co spowodowało konieczność poprawy poprzez mechaniczną wentylację nawiewną. Na wadliwą pracę układu wskazuje m.in. pismo M. P. , który podawał jako jedną (lecz nie jedyną) przyczynę rozwiązania umowy: zły sposób działania klimatyzacji i wskazują zeznania świadków M. K. k-17 akt V Cps 25/12 A. K. k18 akt V Cps 25/12 i J. M. k-19 akt V Cps 25/12, w tym dotyczące wzrostu temperatury w komorach trafo co spowodowało działanie powoda zmierzające do wyeliminowania wadliwości układu wentylacyjno-klimatyzacyjnego. Przyczyny tych wadliwości były różne i nie dają się usprawiedliwić tylko nieprawidłową eksploatacją. Nie były to jednak wady tego rodzaju , które pozwalałyby na przyjęcie, że nie zrealizowano przedmiotu umowy w terminie. Kary umowne z tytułu nienaprawienia wad w terminie nie były przedmiotem potrącenia , nie podnoszono także roszczeń z tytułu rękojmi . Powołane wyżej dowody wskazują na wykonanie przedmiotu umowy. Opinia biegłego była jasna i zupełna. Niezadowolone strony pozwanej z wniosków tej opinii nie uzasadniało dopuszczenia dowodu z opinii kolejnej na te same okoliczności. Nie było konieczności dopuszczenia dowodu z innej opinii na okoliczność szkody pozwanych związanej z wyższymi kosztami eksploatacji instalacji wskutek braku założonej recyrkulacji powietrza. Jak wyżej bowiem wskazano brak recyrkulacji powietrza świeżego 20 % nie stanowił nienależytego wykonania umowy, stąd ewentualne ustalenie wysokości kosztów związanych z tym systemem wymiany powietrza nie miało znaczenia dla rozstrzygnięcia. Sąd Okręgowy oddalając więc wnioski dowodowe w tym przedmiocie nie naruszył art. 236 k.p.c. w zw. z art. art. 292 k.p.c. 227 k.p.c. i 278 k.p.c. Uznanie, że doszło do oddania przewidzianego w umowie obiektu oznacza podstawę do żądania wynagrodzenia. Strona pozwana była świadoma wykonania umowy i wystawienia faktur, które w części były podpisywane przez przedstawiciela pozwanych. Było także ekspediowane wezwanie do zapłaty. To , że faktycznie faktury nie doszły do strony pozwanej co przyjął Sąd Okręgowy nie może wpłynąć na przyjęcie braku podstaw zapłaty lecz stanowiło podstawę do częściowego oddalenia roszczenia odsetkowego. Ustalenie terminowego wykonania instalacji powoduje brak wykazania przesłanek naliczenia kary umownej za niedotrzymanie terminu realizacji przedmiotu umowy. Zarzut więc naruszenia art. 483 k.c. i art. 484 k.c. a w konsekwencji art. 498 k.c. i art. 499 k.c. nie może być uwzględniony. Wbrew stanowisku apelującego istotna jest różnica pomiędzy niewykonaniem a nienależytym wykonaniem umowy. Ocena podstaw do naliczenia kary umownej nie może być oderwana od stanowiska strony pozwanej powołującej się na konkretne oświadczenie o potrąceniu. Strona pozwana dokonała potrącenia kary umownej za niewykonanie umowy w terminie uznając, że braki błędy wykonawcze powoda powodują ,że instalacja nie nadaje się do użytku. Nie była to kara umowna za nieusunięcie usterek w terminie. Sposób naliczenia kary umownej i termin określony w oświadczeniu tj 5% wartości przedmiotu umowy (tj z 2344357,86zł) za okres od 7 kwietnia 2011r. do 23 listopada 2011r. oraz data oświadczenia nie pozwala zresztą na nawiązanie do podstaw naliczenia kar umownych związanych z nieterminowym usuwaniem usterek. Strona pozwana nie dokonywała też innych potrąceń z tytułu wiarygodności za szkody za nienależyte wykonanie zobowiązania za wyjątkiem omówionej wcześniej szkody związanej z zapłatą na rzecz inwestora kwoty za zwiększony pobór energii w związku z brakiem wymiany powietrza. W związku z tym , że uznano, że brak dwudziestoprocentowej recyrkulacji nie stanowił nienależytego zobowiązania to brak było podstaw do obciążenia strony powodowej kwotą jaką strona pozwana została obciążona przez inwestora. Nie są także zasadne inne zarzuty zawarte w środku odwoławczym. Istotne dla postępowania twierdzenia i wnioski dowodowe strona powodowa zgłosiła już w pozwie i w piśmie złożonym w odpowiedzi na sprzeciw 2011r. Dalsze pisma składano wobec twierdzeń zawartych w pismach pozwanych z dnia 14 grudnia 2011r., 28 grudnia 2012r. , 6 lutego 2012r , 17 lutego 2012r . Nie można od powoda wymagać by mógł on przewidzieć wszystkie zarzuty i twierdzenia pozwanych (por. wyrok Sądu Najwyższego z

dnia 12 stycznia 2012r. IV CSK 182/11 Biul. SN 2012/3/12). Fakt niedołączenia do pozwu odpisu reklamacji nie miał żadnego wpływu na rozstrzygnięcie tym bardziej , że wezwanie do zapłaty było składane. Nie można więc podzielić zarzutu naruszenia art. 479⁽⁽¹²⁾⁾k.p.c. który miał zastosowanie w sprawie z uwagi na datę wszycia postępowania. Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny oddalił apelację na podstawie art. 385 k.c. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98§1 i2 k.p.c. w zw. z art. 391 §1 k.p.c. przy zastosowaniu §2 i §6 pkt 7 oraz §13.1 pkt2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (tekst jedn. Dz. U. 2013r. poz. 461).