

Sygn. akt I ACa 13/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 stycznia 2017 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Halina Zarzeczna
Sędziowie:	SA Tomasz Żelazowski SA Krzysztof Górski
Protokolant:	sekr. sądowy Emilia Startek

po rozpoznaniu w dniu 21 grudnia 2016 roku na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w S.

przeciwko B. D.

o zapłatę

oraz z powództwa wzajemnego B. D.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością spółce komandytowej w S.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki i pozwanej wzajemnej

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 15 września 2014 r., sygn. akt VIII GC 102/13

I. w sprawie z powództwa głównego:

1. oddala apelację;

2. zasądza od powódki (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w S. na rzecz pozwanego B. D. kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym;

3. nakazuje ściągnąć od powódki (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w S. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Apelacyjnego w Szczecinie kwotę 2.072,40 zł (dwa tysiące siedemdziesiąt dwa złote i czterdzieści groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych;

II. w sprawie z powództwa wzajemnego:

- 1. zmienia pkt. III i V zaskarżonego wyroku w ten sposób, że oddala powództwo wzajemne oraz rozstrzyga, że koszty procesu ponosi powód wzajemny B. D. pozostawiając ich szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu w Sądzie Okręgowym w Szczecinie;**
- 2. zasądza od powoda wzajemnego B. D. na rzecz pozwanej wzajemnej (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w S. kwotę 12.000 zł (dwanaście tysięcy złotych) tytułem kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym;**
- 3. nakazuje pobrać od powoda wzajemnego B. D. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Apelacyjnego w Szczecinie kwotę 2.072,40 zł (dwa tysiące siedemdziesiąt dwa złote i czterdzieści groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.**

Tomasz Żelazowski Halina Zarzeczna Krzysztof Górski

Sygn. akt I ACa 13/15

UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 14 lutego 2013 r. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w S. wniosła o zasądzenie od pozwanego B. D. kwoty 522.814 tysięcy złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 28 września 2012 r. oraz o zasądzenie na jej rzecz od pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu wskazała, że w dniu 10 sierpnia 2012 r. zawarła z pozwanym umowę o roboty budowlane. Zawarcie umowy było skutkiem zapytania ofertowego, w wyniku którego pozwany zaoferował najniższą cenę za wykonanie budowy, określając wynagrodzenie na kwotę 3.527.000 złotych netto, podczas gdy druga w kolejności oferta opiewała na kwotę 5.750.000 zł netto. Powódka wskazała, że pozwany prowadził z nią negocjacje dotyczące kwoty wynagrodzenia, skutkiem czego, nie chcąc przedłużyć podpisania umowy, zgodziła się na podwyższenie wynagrodzenia do kwoty 4.250.520,33 zł netto, a negocjacje w tym zakresie ostatecznie zakończyły się w dniu 10 sierpnia 2012. Zaznaczyła, że w dniu 9 sierpnia 2012 r. przekazała pozwanemu kompletną dokumentację techniczną. Przedmiotem umowy było wykonanie hali produkcyjnej z częścią biurową, a pozwany zobowiązał się także do uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie budynku. Umowa formułowała także warunki umownego prawa odstąpienia oraz zawierała postanowienia dotyczące zapłaty kar umownych. Powódka zaznaczyła, że w dniu 13 sierpnia 2012 r. pozwany zwrócił się do niej o uzupełnienie rysunków brakujących w dokumentacji, dotyczących elementów powtarzalnych. Wskazała, że w trakcie spotkania w dniu 28 sierpnia 2012 r. wykonawca domagał się zmiany umowy w zakresie robót dodatkowych przyznając, iż zapomniał ująć w swojej ofercie wyceny fasady hali. Podkreśliła, że fasada w tym projekcie została ujęta. Dodała, że w dniu 30 sierpnia 2012 r. pozwany przedstawił aneks do umowy, w którym zaproponował podniesienie wynagrodzenia o kwotę wynikającą z konieczności wykonania fasady i elewacji. W trakcie spotkania w dniu 31 sierpnia 2012 r. powódka nie wyraziła zgody na zmianę umowy i wezwała pozwaną do odbioru placu budowy w dniu 3 września 2012 r. Powódka zaznaczyła, że w wyznaczonym terminie wykonawca się nie stawił. Dodała, że w trakcie spotkania w dniu 5 września 2012 r. pozwany oświadczył, że nie zrealizuje umowy za wynagrodzeniem w niej wskazanym. Podniosła, że w dniu 11 września 2012 r. wezwała pozwanego do przystąpienia do wykonywania umowy do dnia 13 września 2012 r., wyznaczając kolejny termin przekazania placu budowy. W dniu 13 września 2012 r. pozwany stawił się na placu budowy, jednakże odmówił jego przejęcia z uwagi na to, że w domu stojącym na terenie umowy przebywały osoby trzecie, które strzegły posesji. Wskazała, że w dniu 14 września 2012 r. wystosowała do pozwanego wezwanie do odebrania placu budowy w terminie 7 dni, a nadto zobowiązała go do przedstawienia w terminie 7 dni pod rygorem odstąpienia od umowy, polisy ubezpieczeniowej, gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej oraz oświadczenia o wykonaniu umowy na warunkach w niej określonych. W odpowiedzi na wezwanie pozwana w dniu 20 września 2012 r. wskazała, że w przypadku braku porozumienia co do wynagrodzenia za realizację fasady odstąpi od umowy. Powódka zaznaczyła, że pozwany nie przedstawił polisy dotyczącej wszystkich ryzyk oraz przesłał jedynie dwie strony z polisy odpowiedzialności cywilnej. Dodała, że

wykonawca nie wykonał ciężących na nim obowiązków, w związku z czym pismem z dnia 24 września 2012 r. odstąpił od umowy, żądając jednocześnie zapłaty kary umownej w wysokości 522.814 zł w terminie 3 dni roboczych. Wskazała, że w odpowiedzi na oświadczenie wykonawcy sformułował własne oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Powódka zaznaczyła, że odstąpienie przez nią od umowy było zasadne w świetle art. 656 k.c., 635 k.c., 636 k.c. i § 8 ustęp 1 umowy, a podstawową przyczyną odstąpienia była odmowa wykonania umowy przez pozwanego. Podniosła, że wyrażona przez pozwanego w piśmie z dnia 20 września 2012 r. gotowość do odbioru terenu budowy miała charakter pozorny. Zaznaczyła, że niewykonanie przez pozwanego dodatkowych obowiązków, związanych z przedstawieniem dokumentów ubezpieczeniowych, dawało podstawę do odstąpienia od umowy zgodnie z art. 491 § 1 k.c. oraz § 8 ust. 1 punkt b) umowy. Podkreśliła, że wysokość kary umownej wynika z § 9 ustępu 2 umowy.

W odpowiedzi na pozew z dnia 25 marca 2013 r. pozwany wniósł o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powódki na swoją rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych. Nadto wniósł pozew wzajemny w którym domagał się zasądzenia od pozwanej wzajemnej na swoją rzecz kwoty 552.814 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 8 października 2012 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenia od pozwanej wzajemnej na swoją rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu B. D. wskazał, że dla celów przygotowania oferty powódka dostarczyła mu w czerwcu 2012 r. zapytanie ofertowe oraz projekt budowlany. Zaznaczył, że z opisu wynikało, że ofertę należy sporządzić w oparciu o otrzymaną dokumentację oraz na podstawie kosztorysów ofertowych, w których podano, że konstrukcja naziemna hali ma być wykonana w stanie surowym zamkniętym. Podkreślił, że stan surowy zamknięty budynku oznacza wykonanie murów, stropów, schodów, więźby dachowej, dachu, rynien oraz drzwi i okien, natomiast elementy takie jak elewacje i fasady należą do robót wykończeniowych i nie muszą być wykonane w tym samym terminie co budowa budynku głównego. Dodał, że doręczony mu projekt budowlany z lutego 2012 r. z opisem technicznym nie przewidywał realizacji ścian osłonowych, o których stanowił projekt budowlany doręczony mu 13 sierpnia 2012 r., już po podpisaniu umowy na realizację inwestycji. Wskazał, że w konsekwencji dokonał kalkulacji ceny ofertowej nie uwzględniając ścian osłonowych i elementów wykończenia zewnętrznego. Podkreślił, że przekazany na płycie CD opis projektu w programie (...) dotyczył stanu surowego hali i budynków. Wskazał, że jego żądanie podwyższenia wynagrodzenia umownego w zamian za realizację elementów dodatkowych nie mogło stanowić podstawy odstąpienia przez powódkę od umowy. Zdaniem pozwanego podstawy takiej nie dawał również § 8 ust. 1 a) umowy, bowiem jako datę rozpoczęcia rozumieć należy datę przekazania placu budowy, a zatem prawo odstąpienia przysługiwałoby powódce dopiero wtedy, gdyby wykonawca nie podjął żadnych czynności w terminie 10 dni od dnia przekazania placu budowy. Podniósł, że skoro plac budowy nie został mu przekazany, termin ten nie rozpoczął biegu. Dodał, że nadto powódka nie dopełniła warunku wezwania wykonawcy do usunięcia zaniechań z zastrzeżeniem 7-dmno dniowego terminu na ich usunięcie. Zaznaczył, że pierwotnie planowana data przekazania placu budowy (tj. 3.09.2012 r.) została przesunięta na dzień 13.09.2012 r. Wskazał, iż mimo przybycia tego dnia na plac budowy, zjawiała się na nim ze strony powódki osoba nieznaną, nieupoważnioną do przekazania placu i niedysponującą dziennikiem budowy. Nadto plac ten zajęty był przez zamieszkujące tam osoby, które wykonywały na nim prace budowlane. Dodał, że wraz z pismem z dnia 20 września 2012 r. przekazał powódce polisę OC na kwotę 1 mln złotych i poinformował, że polisa od ryzyk budowlanych była w trakcie realizacji, a także wskazał, aby do czasu dostarczenia gwarancji powódka utworzyła kwotę kaucji, zgodnie z § 6 umowy. Podniósł, że żądanie wykonania fasady budynku stanowiło jednostronną zmianę warunków umowy przez powódkę, rozszerzającą jej zakres. Zaznaczył, że mimo wezwania powódki w trybie art. 6491 § 1 k.c., nie dostarczyła ona gwarancji zapłaty. Wskazał, że odstąpienie powódki od umowy nastąpiło niejako w odpowiedzi na żądanie dostarczenia gwarancji zapłaty za roboty budowlane, a więc było sprzeczne z art. 58 § 1 i 2 k.c., gdyż miało na celu obejście prawa i godziło w zasady współżycia społecznego. Zaznaczył, że jedynym celem powódki było naliczenie wykonawcy wysokiej kary umownej. W konsekwencji wskazał, że sam odstąpił od przedmiotowej umowy, z uwagi na działanie powódki wprowadzające w błąd (art. 84 § 2 k.c.) i naliczył karę umowną z tytułu odstąpienia, wzywając do jej zapłaty w terminie 7 dni. Podniósł, że jego żądanie znajduje oparcie w § 8 ust. 3 i 4 umowy. Pozwany zaprzeczył wiarygodności płyty CD dołączonej przez powódkę do pozwu. Wskazał, że chociaż powódka twierdzi, że dostarczyła kompletną dokumentację techniczną, to sama zgodziła się podnieść wynagrodzenie pozwanego. Dodał, że powoływanie się przez powódkę na art. 635 k.c. jest bezpodstawne, bowiem pozwany nie mógł przystąpić do

realizacji budowy, ze względu na nieprzekazanie placu budowy, a opóźnienie rozpoczęcia prac o 3 tygodnie nie byłoby znaczące dla terminu realizacji przedmiotu umowy. Z ostrożności procesowej pozwany podniósł zarzut miarkowania kary umownej, z uwagi na jej rażące wygórowanie. Wskazał, że owe 10 % stanowi stopę zysku, jaką zakładały strony. Dodał, że powódka nie wykazała, aby z tytułu odstąpienia od umowy poniosła jakąkolwiek szkodę.

W odpowiedzi na pozew wzajemny, pozwana wzajemna wniosła o oddalenie powództwa wzajemnego oraz zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwana wzajemna wskazała, że skoro powód wzajemny nie zapoznał się z materiałami dołączonymi na płycie CD do zapytania ofertowego, świadczy to o braku profesjonalizmu z jego strony, a zatem to on musi ponosić odpowiedzialność za niewłaściwą wycenę robót. Podtrzymała twierdzenie, jakoby całkowita dokumentacja projektowa została przekazana wykonawcy już w dniu 9 sierpnia 2012 r., a więc jeszcze przed podpisaniem umowy. Podkreśliła, że wykonawca w dniu 13 września 2012 r. bezpodstawnie odmówił przejścia placu budowy. Dodała, że odstąpienie od umowy przez wykonawcę było nieskuteczne, z uwagi na niespełnienie się jakichkolwiek przesłanek odstąpienia oraz z uwagi na wcześniejsze skuteczne odstąpienie przez inwestora. Z ostrożności procesowej podniosła zarzut miarkowania kary umownej wskazując, że wykonawca nie podjął żadnych czynności związanych z wykonaniem umowy, a więc nie poniósł żadnej szkody. Nadto zaznaczyła, że przeciwko takiemu rozwiązaniu przemawiają zasady współzycia społecznego, bowiem wykonawca nie może odnosić korzyści w związku z niedoszacowaniem ceny ofertowej na skutek własnego niedbalstwa. Podniosła, że z kolei po jej stronie powstała szkoda, wynikająca z konieczności zlecenia prac po wyższej cenie innemu wykonawcy.

W wyroku z dnia 15 września 2014 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie oddalił powództwo główne, rozstrzygnął, że koszty procesu z powództwa głównego w całości ponosi powódka i pozostawia szczegółowe ich wyliczenie referendarzowi sądowemu po uprawomocnieniu się orzeczenia, zasądził od pozwanej wzajemnej (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w S. na rzecz powoda wzajemnego B. D. kwotę 150 000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 8 października 2012 roku, oddalił powództwo wzajemne w pozostałej części, rozstrzygnął, że koszty procesu z powództwa wzajemnego ponosi w 72% powód wzajemny, a w 28% pozwana wzajemna i pozostawia ich szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu po uprawomocnieniu się orzeczenia.

Sąd I instancji ustalił, że (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w S. jest przedsiębiorcą. Przedsiębiorcą jest także B. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...), w zakresie robót budowlanych związanych ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieszkalnych.

(...) sp. z o.o. sp. k. przygotowywała się do inwestycji w postaci budowy hali produkcyjnej wraz z częścią biurową w D., przy ul. (...). W tym celu 15 lipca 2011 r. uzyskano decyzję o warunkach zabudowy a w lutym 2012 r. został sporządzony przez architekta M. O. projekt budowlany. Uzgodnione zostały także warunki techniczne przyłączenia do sieci wodociągowej, kanalizacyjnej, gazowniczej i energetycznej. Inwestor uzyskał także zgodę na użytkowanie terenu celem budowy dojazdu do drogi publicznej. W dniu 19 kwietnia 2012 r. uzyskano decyzję o pozwoleniu na budowę.

W maju 2012 r. w wyniku zmiany pozwolenia na budowę został sporządzony uzupełniony – zmieniony projekt budowlany inwestycji. W czerwcu 2012 r. został opracowany projekt wykonawczy inwestycji.

(...) sp. z o. o. sp. k. sporządziła zapytanie ofertowe na wybór generalnego wykonawcy celem realizacji inwestycji „Budowa hali produkcyjnej na działce (...) przy ul. (...) w D.. Zapytanie zostało przygotowane przez inżyniera kontraktu, spółkę (...) spółkę z o.o., w imieniu której działał S. C.. Zgodnie z pkt VII podpunktem 2 zapytania ofertowego oferta powinna być sporządzona na podstawie opracowanych przez generalnych wykonawców kosztorysów ofertowych, w oparciu o załączoną dokumentację projektową oraz wizję lokalną. W kosztorysach miała być zawarta, zarówno w odniesieniu do części produkcyjnej hali jak i do części socjalno – biurowej hali, część obejmująca konstrukcję nadziemną w stanie surowym zamkniętym (pkt 4 ppkt 3.3 i pkt 5 ppkt 4.3). Do zapytania ofertowego załączona była płyta CD z dokumentacją projektową, zawierająca projekty budowlane z lutego i maja 2012 r. W opisie technicznym projektu budowlanego w branży konstrukcyjnej wskazano, iż ściany kondygnacji mają być murowane z bloczków wapienno – piaskowych. Projekt budowlany i wykonawczy przewidywały wykonanie robót budowlanych

w zakresie fasady i elewacji budynku, jednakże nie zawierały zbiorczego zestawienia elementów fasady szklanej w ścianach, na których przewidziano ich zamontowanie, zestawienia powierzchni ścian przewidzianych do obłożenia profilami szklanymi, zbiorczego zestawienia żaluzji przeszkleń w ścianach elewacji frontowej, zestawienia powierzchni żaluzji stałych, zestawienia powierzchni żaluzji ruchomych. Elementów tych nie było również w zapytaniu ofertowym ani w części kosztorysowej. W dniu 10 lipca 2012 r. zapytanie ofertowe zostało uzupełnione o projekt wykonawczy branży konstrukcyjnej.

W dniu 23 lipca 2012 r. w odpowiedzi na ofertę B. D. zaoferował cenę netto 3.527.000 zł. B. D. z pomocą D. S. przygotował ofertę, mimo iż nie był w stanie zapoznać się z całością materiałów zamieszczonych na płycie CD, bowiem część z plików miała rozszerzenie, którego nie byli oni w stanie odczytać.

Oferta zaproponowana przez B. D. okazała się najtańsza.

Strony prowadziły negocjacje co do przedstawionej oferty i ostatecznego kształtu umowy. Zmieniły m. in. postanowienia umowy dotyczące rozliczeń za instalację klimatyzacji. W dniu 10 sierpnia 2012 r. B. D. przesłał zamawiającemu uaktualniony harmonogram i ofertę. Wartość netto wynagrodzenia zgodnie z nową ofertą wynieść miała 4.299,520,33 zł. W dniu 10 sierpnia 2012 r. (...) spółka z o.o. spółka komandytowa zawarła z B. D. umowę o roboty budowlane. Zgodnie z § 1 ust. 3 umowy B. D., jako wykonawca, zobowiązał się do wykonania kompleksowych robót budowlanych, których zakres i standard, zgodnie z § 1 ust. 4 umowy, określały: dokumentacja techniczna stanowiąca załącznik nr 3 do umowy, a w szczególności: projekt budowlany stanowiący załącznik do decyzji o pozwoleniu na budowę, projekt budowlany stanowiący załącznik do wniosku o decyzję o pozwoleniu na budowę w odniesieniu do którego toczyło się postępowanie o zatwierdzenie projektu i wydanie pozwolenia na budowę (przy czym zamawiający zobowiązał się przekazać wykonawcy ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę do dnia 10 września 2012 r.) oraz projekt wykonawczy, a także różne dokumenty nie załączone, lecz powszechnie dostępne, inne dokumenty mogące mieć wpływ na prawidłowe stosowanie materiałów i wyrobów oraz jakość robót budowlanych oraz oferta wykonawcy wraz z protokołami negocjacji, zawarte w załączniku nr 6 do umowy. W umowie postanowiono, że w jej zakres wchodzi także wszelkie prace, które nie zostały wymienione w posianych dokumentach, a są konieczne do prawidłowego i terminowego wykonania przedmiotu umowy. Wykonawca, w § 2 ust. 1 pkt 1.25 zobowiązał się do uzyskania na rzecz zamawiającego ostatecznej i bezwarunkowej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu. Z kolei w § 3 pkt 1 zamawiający zobowiązał się do wprowadzenia wykonawcy na plac budowy w terminie do 7 dni od daty podpisania umowy. W § 4 ust. 1 pkt 1 umowy strony ustaliły termin rozpoczęcia robót budowlanych na dzień 13 września 2012 r. określając go sformułowaniem „Data Rozpoczęcia”. Jednocześnie w ust. 4 pkt 1 lit. a) strony zastrzegły, że data Końcowego Odbioru Robót może ulec opóźnieniu gdy Data Rozpoczęcia opóźni się z winy zamawiającego. W § 5 pkt 1 umowy strony postanowiły, iż wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy przysługiwać będzie wynagrodzenie ryczałtowe netto w kwocie 4.250.520,33 zł. Zgodnie z § 6 ust. 1 umowy strony zastrzegły, iż: Wykonawca przekaze zamawiającemu w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy jako zabezpieczenie należytego i terminowego wykonania umowy gwarancję bankową lub ubezpieczeniową, opiewającą na 5 % wartości wynagrodzenia z terminem ważności dłuższym o 30 dni niż Data Końcowego Odbioru Robót. (...) W przypadku niedostarczenia w określonym powyżej terminie Zabezpieczenia Należytego i Terminowego Wykonania, Zamawiający ma prawo tworzyć kaucję w wysokości 5 % wartości Wynagrodzenia przez potrącenie 5% wartość netto faktur częściowych Wykonawcy. Zgodnie z § 8 ust. 1 umowy Zamawiający może odstąpić od niniejszej Umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku: a) nie przystąpienia przez Wykonawcę do realizacji obowiązków objętych Umową w ciągu 10 dni od Daty Rozpoczęcia; b) naruszenia przez Wykonawcę obowiązków objętych Umową; Wykonanie prawa odstąpienia od Umowy może nastąpić wyłącznie w przypadku wcześniejszego pisemnego wezwania Wykonawcy do usunięcia zaniechań i określenia 7 dniowego terminu dodatkowego umożliwiającego ich usunięcie. Zgodnie z § 8 ust. 3 Wykonawca może odstąpić od niniejszej Umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku rażącego naruszenia przez Zamawiającego jego obowiązków objętych Umową. Wykonanie prawa odstąpienia od Umowy może nastąpić wyłącznie w przypadku wcześniejszego pisemnego wezwania Zamawiającego do usunięcia zaniechań i określenia 7 dniowego terminu dodatkowego umożliwiającego ich usunięcie. W § 9 ust. 1 umowy strony postanowiły, że: W wypadku odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn powstałych z winy Zamawiającego,

Zamawiający zapłaci Wykonawcy tą część Wynagrodzenia, jaka należna jest za odebrane Roboty Budowlane i dostawy wykonane do dnia odstąpienia od Umowy oraz karę umowną w wysokości 10 % łącznej wartości Wynagrodzenia pomniejszonego o tą część Wynagrodzenia, jaka należna jest za odebrane Roboty Budowlane i dostawy wykonane do dnia odstąpienia od umowy. W pkt 2 strony przewidziały analogiczne uprawnienie po stronie Zamawiającego, aktualizujące się w przypadku odstąpienia przez niego od umowy z przyczyn powstałych z winy Wykonawcy. Zgodnie z § 12 obowiązek ubezpieczenia Robót Budowlanych spoczywał na Wykonawcy, a zgodnie z § 13 umowy, miał on obowiązek ubezpieczenia swojej działalności związanej z budową od odpowiedzialności cywilnej na kwotę nie mniejszą niż 1.000.000 zł oraz wszystkich ryzyk budowlanych na kwotę nie mniejszą od wartości Wynagrodzenia na okres realizacji umowy oraz do przedłożenia kopii polisy zamawiającemu w terminie 14 dni od daty zawarcia umowy.

W dniu 13 sierpnia 2012 r. nastąpiło przekazanie B. D. dokumentacji w postaci kompletnego projektu wykonawczego. Dokumentacja została podstemplowana przez pracowniczkę wykonawcy R. N. (1) za pomocą datownika i pieczętki firmowej. Tego samego dnia B. D. poinformował zamawiającego, że podczas przeglądu dokumentów zauważono brak kilku rysunków. Przedmiotowe rysunki zostały przesłane wykonawcy drogą elektroniczną w dniu 22 sierpnia 2012 r. W toku spotkania w dniu 28 sierpnia 2012 r. strony uzgodniły, iż wykonawca przygotowuje aneks do umowy, w którym zawrze propozycje dotyczące sposobu rozliczenia prac dodatkowych. Aneks miał zostać przygotowany do dnia 30 sierpnia 2012 r. i tego dnia został przesłany do zamawiającego. W piśmie wystosowanym w dniu 30 sierpnia przez wykonawcę do zamawiającego wskazano, iż § 4 punkt 3 harmonogramu rzeczowo – finansowego, jako załącznik numer 4 do umowy został opracowany i dostarczony przez zamawiającego i nie zawierał pozycji fasady i elewacji całego obiektu, o wartości 620.000 zł. W toku spotkania w dniu 31 sierpnia 2012 r. wykonawca przedstawił żądanie zmiany formuły rozliczenia wynagrodzenia na powykonawcze, natomiast zamawiający wskazał na treść wiążącej strony umowy i zobowiązał wykonawcę do przejścia placu budowy w dniu 3 września 2012 r. o godz. 10:00. W dniu 3 września 2012 r. wykonawca nie pojawił się na placu budowy w celu jego przejścia. W dniu 4 września 2012 r. B. D. zwrócił się do zamawiającego z prośbą o pilne wyznaczenie spotkania. W dniu 6 września przedstawiciel zamawiającego – spółka (...) sp. z o.o. odpowiedziała na pismo wykonawcy z dnia 30 sierpnia 2012 r. W piśmie wskazała, że w załącznik nr 4 do umowy zawiera wszystkie podstawowe elementy rozliczenia określone jako rodzaje robót, w tym również fasadę i elewację w rozdziale 4 poz. 3.3. i rozdziale 5 poz. 3. W dniu 11 września 2012 r. zamawiający wezwał wykonawcę do natychmiastowego przystąpienia przez niego do realizacji obowiązków objętych umową, nie później niż do dnia 13 września 2012 r. Zaznaczył, iż w przypadku nieprzystąpienia przez B. D. do realizacji umowy we wskazanym terminie, zamawiający od umowy odstąpi. W dniu 13 września 2012 r. B. D. stawiał się na placu budowy. Ze strony zamawiającego na placu budowy był w tym czasie S. C., który nie dysponował pisemnym upoważnieniem do przekazania placu budowy. W budynku umiejscowionym na placu budowy znajdowała się w tym czasie grupa osób zamieszkujących w nim. B. D. odmówił przejścia placu budowy z uwagi na nieprzedstawienie przez S. C. stosownego upoważnienia oraz z uwagi na fakt zamieszkiwania osób trzecich w domu umiejscowionym na placu budowy. W piśmie z dnia 14 września 2012 r. zamawiający wezwał wykonawcę do rozpoczęcia wykonania umowy najpóźniej do dnia 21 września 2012 r. pod rygorem odstąpienia od niej. Jednocześnie zażądał od wykonawcy, aby ten przed przystąpieniem do rozpoczęcia realizacji robót budowlanych doręczył polisę ubezpieczeniową oraz gwarancję bankową. Zażądał również złożenia oświadczenia o przystąpieniu do wykonywania umowy na warunkach w niej określonych. B. D. potwierdził otrzymanie pisma. Mailem z dnia 19 września 2012 r. wykonawca przesłał do zamawiającego skan wypełnionego wniosku z dnia 18 września 2012 r. o ubezpieczenie z tytułu ryzyk budowlanych. W piśmie z dnia 20 września 2012 r. wykonawca zadeklarował gotowość przejścia placu budowy w dniu 21 września 2012 r. Jednocześnie wraz z pismem przedłożył polisę ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej na kwotę 1.000.000 zł i zadeklarował gotowość przedstawienia niebawem, z uwagi na przedłużające się procedury, polisy z tytułu ryzyk budowlanych. Wskazał, że tabela ryczałtowa sporządzona przez zamawiającego nie zawiera pozycji fasada, a stan surowy zamknięty oznacza iż budynek posiada ściany nośne, wymurowane kominy, stropy, schody wewnętrzne, więźbę i pokrycie dachu oraz okna i drzwi zewnętrzne. Zaznaczył, że fasada nie została wyceniona ze względu na wprowadzenie go w błąd przez zamawiającego. Zażądał uzgodnienia w terminie 7 dni ceny za wykonanie fasady obiektu nie objętej ryczałtem, z zagrożeniem, że w przypadku braku porozumienia odstąpi od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, w związku z wprowadzeniem go w błąd co do zakresu robót objętych umową. W piśmie z dnia 20 września 2012 r. (...) sp. z o.o. sp. k. wskazał, iż nie otrzymał kompletnej polisy ubezpieczenia o.c. oraz polisy

ubezpieczenia ryzyk budowlanych. Zaznaczył, że zakres prac określonych przez zamawiającego jako fasada określają rysunki zawarte w załączniku do umowy oraz opis zamówienia w formacie (...) w pkt 9.2.2. projektu wykonawczego architektura. Podkreślił, że dokumentacja to została przekazana wykonawcy w formie elektronicznej wraz z ofertą a w formie papierowej w dniu 9 sierpnia 2012 r. Zaznaczył, że nie zawarł żadnego porozumienia odnośnie zmiany wynagrodzenia za roboty budowlane. Odebranie pisma potwierdziła D. S..

W piśmie z dnia 24 września 2012 r. (...) sp. z o.o. sp. k. złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 10 sierpnia 2012 r. Jako podstawę odstąpienia wskazano niewywiązanie się zamawiającego z następujących obowiązków:

- przystąpienia do realizacji obowiązków objętych umową w szczególności obowiązku przejęcia placu budowy i rozpoczęcia prowadzenia robót budowlanych,
- przekazania zabezpieczenia należytego i terminowego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej,
- przedłożenia kopii polisy dotyczącej odpowiedzialności cywilnej z tytułu działalności związanej z wykonaniem umowy oraz ubezpieczeniem wszystkich ryzyk,

Nadto zamawiający zaznaczył, że oświadczenie wykonawcy o zamierzonym odstąpieniu od umowy w przypadku braku podwyższenia wynagrodzenia umownego, wyraża jego wolę odmowy wykonania zobowiązania, co dodatkowo uzasadniać miało oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Wskazał, że oświadczenie znajduje oparcie w treści art. 635 k.c., 636 k.c. w zw. z art. 656 k.c. oraz w § 8 ust. 1 umowy. Jednocześnie zamawiający wezwał wykonawcę do zapłaty, na podstawie § 9 ust. 2 umowy, kary umownej w wysokości 522.814 złotych w terminie trzech dni roboczych od dnia doręczenia oświadczenia. Oświadczenie dotarło do wykonawcy w dniu 24 września 2012 r.

W piśmie z dnia 25 września 2012 r. skierowanym do (...) sp. z o.o. sp. k. B. D. oświadczył, że dokonane przez zamawiającego odstąpienie od umowy jest niezasadne, gdyż nieprzekazanie placu budowy wykonawcy nastąpiło z winy zamawiającego, nieprzekazanie zabezpieczenia realizacji umowy nie uprawniało do odstąpienia od umowy, a nadto polisa odpowiedzialności cywilnej została przekazana. Zaznaczył również, że ubezpieczenie od ryzyk budowlanych jest niezbędne dopiero w momencie realizacji robót i zostanie wkrótce dostarczone. Wskazał, że w dacie podpisania umowy brak było w aktach dokumentacji technicznej z której by wynikało, iż przedmiotem umowy jest także wykonanie fasady budynku. Zaznaczył, że rysunki dotyczące fasady, zostały mu przekazane w dniu 13 sierpnia 2012 r., tj. po podpisaniu umowy. Zaznaczył, że został wprowadzony celowo w błąd co do zakresu umowy, w związku z czym od umowy odstępuje z uwagi na fakt, że wykonanie fasady narażałoby go na rażącą stratę. Jednocześnie wykonawca wskazał, iż nalicza karę umowną w wysokości 522.814 zł za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od zamawiającego i wzywa do jej zapłaty w terminie 7 dni od daty otrzymania pisma. Pismo zostało nadane do spółki (...) sp. z o.o. sp. k. 26 września 2012 r. listem poleconym.

W dniu 25 września 2012 r. (...) sp. z o.o. sp. k. zawarła z firmą (...) spółką z .o.o. z siedzibą w S. umowę o roboty budowlane, na realizację inwestycji w postaci hali produkcyjnej z częścią biurową przy ul. (...) w D. Strony ustaliły wynagrodzenie na kwotę 5.447.000 zł netto.

Tego samego dnia B. D. zawarł z (...) S.A. umowę ubezpieczenia ryzyk budowlanych przy budowie hali produkcyjnej przy ul. (...) w Dobrej (...).

W dniu 8 października 2012 r. (...) sp. z o.o. sp. k. wezwała B. D. do zapłaty kwoty 522.814 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 28 września 2012 r. z tytułu kary umownej wynikającej z odstąpienia od umowy z jego winy.

W piśmie z dnia 15 października 2012 r. B. D. odmówił zapłaty i sam wezwał do uiszczenia kwot z tytułu kary umownej.

Wartość prac obejmujących wykonanie elewacji hali wyniosłaby netto kwotę 630.900 zł, natomiast brutto kwotę 776.007,00 zł.

W ocenie Sądu Okręgowego powództwo główne okazało się niezasadne, natomiast powództwo wzajemne podlegało uwzględnieniu, jednakże nie w pełnej wysokości.

Sąd wskazał, że w sprawie nie było sporu co do tego, że podstawą stosunku zobowiązaniowego łączącego strony była umowa o roboty budowlane, zawarta w dniu 10 sierpnia 2012 r. Zatem zastosowanie znajdowały postanowienia tej umowy, przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące umów o roboty budowlane (art. 647 k.p.c.), a także regulujące możliwość odstąpienia od umowy oraz kar umownych (w szczególności, z uwagi na zgłoszone przez strony zarzuty, w zakresie ich miarkowania).

Zgromadzone w sprawie dowody i stanowiska stron dają podstawy do ustalenia spójnego stanu faktycznego sprawy, który w przeważającym zakresie nie był między stronami sporny. Strony inaczej odczytywały intencje swoich działań czy określały powody dla których podejmowały konkretne zachowania, jednakże sam przekaz okoliczności faktycznych przez nie podawany był co do zasady zgodny. Główna oś sporu między stronami, wynikała z różnej interpretacji przez nie treści zapytania ofertowego i załączonych do niego projektów, a nie z kwestionowania twierdzeń dotyczących stanu faktycznego sprawy. Najważniejsza różnica w stanowiskach stron co do kwestii ustaleń faktycznych zarysowała się natomiast na tle określenia terminu odbioru przez wykonawcę pełnego projektu budowlanego i wykonawczego w wersji papierowej. O ile strona powodowa twierdziła, że nastąpiło to w dniu 9 sierpnia 2012 r., popierając tę tezę załączonym do akt i datowanym na ten dzień protokołem odbioru dokumentacji projektowej i zeznaniami S. C., o tyle pozwany podkreślał, że dokonał odbioru dokumentacji dopiero w dniu 13 sierpnia 2012 r. Sąd dał wiarę w tym zakresie wersji prezentowanej przez pozwanego. S. C. bowiem nie wskazał wprost z pamięci daty przekazania dokumentacji projektowej, lecz powołał się w tym zakresie na protokół odbioru zamieszczony w aktach sprawy. Tym samym jego zeznania opierają się na tym dokumencie. Tymczasem pozwany, oraz jego świadek – R. N. (1) przekonująco wskazali, dlaczego dokumenty odebrali dopiero w dniu 13 sierpnia 2012 r. zaznaczając, że w dniu podpisania umowy (tj. w dniu 10 sierpnia 2012 r.) nie były one jeszcze w pełni gotowe, a dni 11 i 12 sierpnia roku 2012 były dniami weekendowymi. Nadto wersja przedstawiona przez pozwanego znajduje potwierdzenie w fakcie ostemplowania dokumentacji projektowej datownikiem z datą „13 sierpnia”. Jej wiarygodność potwierdza również to, że także w dniu 13 sierpnia 2012 r. pozwany sporządził pismo, w którym zwrócił się do strony powodowej z prośbą o uzupełnienie dokumentacji w zakresie 3 brakujących rysunków projektowych. Pozostaje to w zgodzie z wersją przedstawioną przez R. N. (1), że w dniu odbioru dokumentacji dokonała ona jej przeglądu i spostrzegła brak owych trzech elementów. Zdaniem Sądu fakt uwidocznienia na protokołach przekazania dokumentacji technicznej daty „9 sierpnia 2012 r.” mógł wynikać np. z pierwotnie planowanego terminu przekazania tej dokumentacji, które to przekazanie następnie nie doszło do skutku.

Sąd nie dał natomiast wiary pozwanemu w zakresie w jakim ten kwestionował złożenie przez siebie podpisu pod dokumentem z dnia 14 września 2012 r., w którym (...) sp. z o.o. sp. k. zażądał od niego podjęcia realizacji robót budowlanych, pod rygorem odstąpienia od umowy. Na dokumencie tym widnieje podpis pozwanego przy czym sam pozwany potwierdził jego autentyczność. Nadto, mimo że dokument składa się z dwóch części (dwóch stron), to właśnie na stronie opatrzonej podpisem zostało zawarte oświadczenie o zagrożeniu odstąpieniem od umowy. Tym samym brak było podstaw do kwestionowania wiarygodności przedmiotowego dokumentu.

Pozostałe zgromadzone w sprawie materiały oraz zeznania przesłuchanych świadków i stron Sąd uznał za wiarygodne. Zdaniem Sądu wiarygodna i rzetelna jest także przedstawiona w sprawie przez biegłego opinia, wraz z opinią uzupełniającą. Biegły jest specjalistą w swej dziedzinie, dysponuje wiedzą fachową i posiada uprawnienia branżowe, a tezy wysnute w opinii zostały przez niego szczegółowo uargumentowane i przekonująco wyjaśnione. Biegły odniósł się także do zarzutów do opinii zgłoszonych przez powódkę. Wskazał, że na podstawie przedstawionych projektów można było przypuszczać, że panele miały stanowić okładzinę, nie zaś samodzielną ścianę mocowaną do konstrukcji. Podkreślił, że pozwany nie mógłby na podstawie przedstawionych przez powódkę pierwotnie materiałów, określić dokładnej ilości elementów niezbędnych do założenia paneli, gdyż nie ma uprawnień projektowych. Zaznaczył, że w szczególności harmonogram rzeczowo – finansowy, przygotowany przez powódkę nie zawierał informacji w zakresie elewacji bądź fasady. Biegły zatem odniósł się do wszystkich kwestii istotnych w sprawie, a jego opinia jest pełna.

W okolicznościach sprawy oceniając rzetelność przedstawionej opinii biegłego należało przede wszystkim podkreślić, iż biegły nie twierdził, aby w załączonych do zapytania ofertowego projektach nie znajdowały się rozwiązania konstrukcyjne w zakresie fasady i elewacji budynku. Wskazywał jednak, że w kontekście załączonego harmonogramu finansowego, rozwiązania te były dalece niewystarczające, albowiem ich lakoniczność sugerowała raczej, że stanowią one przedmiot osobnego zamówienia. Z tej perspektywy biegły podkreślał niekompletność zapytania ofertowego i niemożność ustosunkowania się pozwanego do przedmiotowych elementów bez szczegółowych założeń co do nich.

W ocenie Sądu wniosek strony powodowej o przeprowadzenie kolejnego dowodu z opinii biegłego, był niezasadny w świetle art. 286 k.p.c. i podlegał oddaleniu. Sąd zaznaczył, że powódka złożyła w niniejszej sprawie również opinię prywatną, która zgodnie ze stanowiskiem utrwalonym w orzecznictwie i doktrynie, może być traktowana jedynie jako rozwinięcie podnoszonych przez nią twierdzeń, a nie jako dowód z opinii biegłego. W szczególności nie ma takiego obowiązku, gdy powołany przez stronę dla uzasadnienia wniosku zarzut niekompetencji biegłego wywodzony jest z faktu, że stanowisko biegłego jest inne niż stanowisko eksperta powołanego przez stronę dla wydania opinii pozasądowej a pozostałe zarzuty nie znajdują potwierdzenia lub dotyczą okoliczności nieistotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Za niezasadne Sąd uznał argumenty strony powodowej, iż biegły nie zna zawartości projektu, skoro w przedstawionej przez niego opinii szczegółowo opisano każdy element projektu, jaki strony załączyły do akt sprawy. Wbrew twierdzeniom powódki biegły wskazał technologię, w jakiej wykonane miały być ściany hali, jednakże podkreślił, że uszczegółowienie (i tak jego zdaniem niewystarczające) tej technologii nastąpiło dopiero w uzupełnionym projekcie wykonawczym, który nie został przekazany oferentom wraz z zapytaniem ofertowym. Nadto biegły przekonująco wyjaśnił, że dla prawidłowego wyliczenia ilości materiałów (i wartości prac) niezbędnych do wykonania paneli, z uwagi na braki projektowe, niezbędne było posiadanie uprawnień projektowych. Tym samym strona nie wykazała, aby przedłożona w sprawie opinia miała być wadliwa, a zatem wniosek o powołanie kolejnego biegłego w sprawie należało oddalić.

Sąd oddalił wniosek strony pozwanej, o ponowne przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka M. O., na okoliczność treści przygotowanego przez niego projektu. Świadek już raz w tym zakresie zeznawał, nadto treść projektu była dostępna stronom i Sądowi wprost, wobec tego dowód z przesłuchania świadka był na tę okoliczność zbędny. Sąd wskazał, że ewentualna interpretacja projektu może nastąpić tylko poprzez przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego i taki też dowód został następnie przeprowadzony.

Przeprowadzone przez biegłego analizy pozwalają na sformułowanie wniosku, iż na gruncie informacji, jakie powódka przesłała pozwanemu wraz z zapytaniem ofertowym, niemożliwe było ustosunkowanie się do zapytania zgodnie z oczekiwaniami strony powodowej. Faktem jest, że trudno uznać, aby w ramach pracy nad przygotowaniem oferty pozwany wykazał się rzetelnością i profesjonalizmem, skoro mimo deklarowanej przez niego niemożności otwarcia wszystkich przesłanych mu w ramach zapytania ofertowego plików, zdecydował się przedstawić ofertę. W takiej sytuacji trudno zakładać, że dysponował on pełną wiedzą o zakresie zamówienia. Jednakże, jak zaznaczył biegły, w sprawie już samo zamówienie ofertowe zostało przygotowane błędnie i uniemożliwiło właściwe oszacowanie oferty. Po pierwsze bowiem jak zaznaczono, zamówienie podawało pozycje kosztorysowe bez uwzględnienia (wyszczególniania) w postaci odrębnej pozycji prac dotyczących fasady i elewacji. Praktyka funkcjonowania firm działających w branży budowlanej, na co wskazywał biegły, prowadzi do skupienia uwagi wykonawcy właśnie na kwestiach kosztorysowych – w oparciu o ten dokument oferent jest bowiem obowiązany przygotować ofertę i przedstawić konkurencyjne wynagrodzenie za świadczone usługi. Brak tak ważnych elementów, jakimi są fasady i elewacje w zapytaniu ofertowym i w części kosztorysowej powoduje, że oferent pomija te elementy w swojej ofercie uznając, iż nie stanowią one przedmiotu zamówienia. W zapytaniu ofertowym wystosowanym przez powódkę wskazano jedynie, że wycenie mają podlegać roboty nadziemne hali produkcyjnej i części biurowej w stanie surowym zamkniętym. Słusznie zaznaczał biegły, że stan surowy nie obejmuje elementów wykończeniowych, a za takie elementy należałoby uznać kwestie związane z montowaniem paneli na ścianach hali. Nadto wyliczona ostatecznie wartość tych prac (opiewających na kwotę 776.007 zł brutto zgodnie z wyliczeniem przedstawionym przez biegłego) w stosunku do wartości prac obejmujących wykończenie hali w stanie surowym zamkniętym (tj. w stosunku do podanej w ofercie kwoty 1.925.000 zł) dowodzi, że z ekonomicznego punktu widzenia była to pozycja bardzo istotna. Po drugie, na co także wskazywał

biegły w opinii, choć przedstawione pozwanemu wraz z zapytaniem ofertowym projekty zawierały elementy rozwiązań dotyczących montażu paneli, to zostały one opisane w sposób fragmentaryczny, ogólny i niewystarczający. Biegły zaznaczył, że projekt wykonawczy, dostarczony pozwanemu, nie zawierał zestawienia ilości elementów i powierzchni obłożenia ścian profilami szklanymi (...) oraz żaluzji stałych i ruchomych. Podkreślił, że pozwany sam nie byłby w stanie, w oparciu o dostarczone mu przez powoda dokumenty, określić materiałów niezbędnych dla wykonania przedmiotowych elewacji – a w konsekwencji nie byłby również w stanie oszacować ich kosztów. Przy tym materiały dostarczone pozwanemu były rozbieżne. O ile elementy zawierające panele pojawiały się w opisowej części projektu w branży architektura, o tyle w branży konstrukcyjnej projekt przewidywał, iż ściany kondygnacji mają być murowane z bloczków wapienno – piaskowych. Projekt był więc niespójny.

Sąd podkreślił, że w procesie obejmującym zawarcie umowy w drodze składania ofert, odpowiednie przygotowanie zapytania ofertowego jest kluczowe dla zdefiniowania zarówno zakresu pożądaných robót budowlanych, jak i zakresu wzajemnych praw i zobowiązań stron przyszej umowy. Tymczasem w niniejszej sprawie, z uwagi na podniesione wyżej kwestie, zapytanie ofertowe nie mogło być uznane za należyście przygotowane. Sąd dodał, że zgodnie z art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy – Prawo budowlane, do obowiązków inwestora należy zorganizowanie procesu budowy, z uwzględnieniem zawartych w przepisach zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, a w szczególności zapewnienie opracowania projektu budowlanego i, stosownie do potrzeb, innych projektów. Projekt budowlany obejmuje natomiast nie tylko część graficzną, ale i opisową, zadaniem inwestora jest więc zapewnić spójność obu części projektu. Przesłanie natomiast do kontrahenta niedokładnego zapytania ofertowego, zawierającego nieprecyzyjny kosztorys oraz niespójny i niepełny projekt, musi obciążać wysyłającego zamówienie. Oferent bowiem, nie ma żadnego obowiązku dokonywania kontroli czy też nawet poprawiania otrzymanego projektu. Należało zatem uznać, że powódka nienależyście wywiązała się ze swojego obowiązku właściwego przygotowania zapytania ofertowego i odpowiedniego określenia przedmiotu planowanych robót budowlanych.

Odnosząc do przesłanego przez powódkę zapytania ofertowego zasady dotyczące wykładni treści oświadczeń woli należałoby uznać, że zastosowanie kombinowanej metody wykładni treści tej czynności prowadzi do wniosku, iż za wiążącą należy uznać tę treść, którą z zapytania wyinterpretował pozwany. Skoro bowiem subiektywnie strony na podstawie zapytania ofertowego odmiennie określały zakres zleczanych robót budowlanych, trzeba uznać, że wiążący jest taki zakres, który można ustalić na podstawie reguł obiektywnych. Reguły te, z uwagi na przedstawione przez biegłego zwyczaje panujące w branży budowniczej, nakazywały przyjąć, że wynikający z zapytania ofertowego przedmiot umowy nie zawierał obowiązku realizacji fasady i elewacji obu części hal.

Sąd zaznaczył, że nie ma racji powódka podnosząc, iż na fakt ujęcia w przedmiocie robót budowlanych fasady i elewacji budynku wskazuje to, że pozwany zobowiązał się do kompleksowej realizacji robót wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Po pierwsze bowiem w zapytaniu ofertowym tego rodzaju obowiązek się nie znalazł, a jest tam mowa jedynie o realizacji całości inwestycji budowlanej, co musi być odczytywane w kontekście przedstawionego zakresu robót, a nie w kontekście jakichkolwiek formalnoprawnych obowiązków, których wykonania miałby się podjąć pozwany (przy czym należy przypomnieć, że sam zakres robót został określony nieprecyzyjnie). Po drugie, choć obowiązek uzyskania pozwolenia na użytkowanie pojawił się w zawartej przez strony umowie, to sam w sobie nie oznacza on przecież rozszerzenia zakresu robót w stosunku do umówionego przez strony. Trudno przyjąć, aby w dniu podpisania umowy, tylko z tego jednego sformułowania pozwany mógł wywodzić, że rozszerzony został tym samym zakres robót, których wykonania miał się podjąć (rozszerzony w stosunku do tego zakresu, który pozwany wyinterpretował ze złożonego zapytania ofertowego). Zdaniem Sądu jest oczywiste, że pozwany działał wówczas w dobrej wierze, w zaufaniu do powódki, będąc przekonany iż zlecone zamówienie nie obejmuje elementów wykończenia budynków. Przy tym trzeba zaznaczyć, że powódka nie wykazała, mimo możliwości skorzystania w tym zakresie z opinii biegłego, aby brak wykończenia zewnętrznego budynku uniemożliwił uzyskanie przez pozwanego pozwolenia na jego użytkowanie, a zatem nie można przesądzać, czy wykonanie umowy jedynie w zakresie o którym wiedział pozwany, uniemożliwiłoby mu uzyskanie takiego pozwolenia.

Powyższe stwierdzenia mają ogromne znaczenie w kontekście daty, w jakiej pozwany otrzymał pełny projekt zarówno budowlany jak i wykonawczy, w postaci papierowej dokumentacji projektowej. Sąd przyjął bowiem, że podtrzymanie

przez powoda w przekazanej dokumentacji projektowej rozwiązań dotyczących fasady i elewacji zamierzonego budynku, z uwagi na treść zawartej przez strony umowy, musiało dla pozwanego stanowić ostateczny sygnał, iż elementy te również mieszczą się w zakresie zleconych robót budowlanych, tym bardziej, że jak ustalił biegły, projekty te zostały technicznie rozwinięte w zakresie wykonawstwa i instalacji elewacji w stosunku do tych projektów, jakie pierwotnie przedstawiono pozwanemu. W umowie stron postanowiono natomiast, że zakres i standard robót jest wyznaczony przez dokumentację techniczną załączoną do umowy. Z tego punktu widzenia nie można by twierdzić, że mimo otrzymania tej dokumentacji pozwany nadal pozostawał w błędzie co do zakresu zleconych robót. Problem w niniejszej sprawie polegał jednak na tym, że zgodnie z poczynionymi ustaleniami pozwany otrzymał przedmiotową dokumentację nie przed, lecz po podpisaniu umowy, tj. dopiero w dniu 13 sierpnia 2012 r. W momencie zawierania umowy zatem, B. D. pozostawał w przekonaniu, że w zakres robót nie wchodzi realizacja fasady i elewacji.

W tym kontekście nie mogą dziwić dalsze starania pozwanego, mające na celu renegezację warunków umowy i podwyższenie należnego wynagrodzenia. Pozwany szacował rentowność swojej inwestycji na kwotę równą ok. 400 – 500 tys zł (jak sam podał zeznając), a zatem konieczność wykonania nieprzewidzianych wcześniej prac prowadziłaby do tego, że sama inwestycja oznaczałaby dla niego stratę. W tych okolicznościach zajęcie przez powódkę szywnego stanowiska, wyłączającego możliwość negocjacji cenowych warunków umowy, stanowiło naruszenie zasad uczciwości kupieckiej i lojalności w stosunkach z kontrahentami tym bardziej, że pozwany zgłaszał powódce przyczyny, dla których pragnie renegecować umowę i przytaczał argumenty jakie za tym miały przemawiać.

Nakreślenie powyższych okoliczności pozwala na analizę skuteczności złożonych w sprawie przez strony oświadczeń woli o odstąpieniu od umowy. Sąd zaznaczył, że strony w § 8 ust. 1 umowy zastrzegły wymogi formalne dotyczące złożenia przedmiotowych oświadczeń, a więc skuteczność takiego oświadczenia wymagała zachowania wskazanych w tym § wymogów. Jedynie w przypadku, gdyby oświadczenie o odstąpieniu od umowy znajdowało podstawę prawną w przepisach Kodeksu cywilnego, wówczas zachowanie wymogów formalnych wskazanych umową nie byłoby dla stron wiążące.

Zdaniem Sądu nie ma racji pozwany wskazując, że powódka nie dopełniła formalnych rygorów złożenia przez nią oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Strona bowiem już w piśmie z dnia 14 września 2012 r. wezwała B. D., do rozpoczęcia robót budowlanych, przedstawienia polisy ubezpieczeniowej oraz gwarancji bankowej w terminie 7 dni od otrzymania pisma, pod rygorem odstąpienia od umowy. Odstąpienie zatem, dokonane pismem z dnia 24 stycznia 2012 r., było formalnie prawidłowe. Istotne jednak pozostawało to, czy faktycznie zaistniały przesłanki do odstąpienia w tym dniu od umowy.

Zdaniem Sądu oświadczenie o odstąpieniu od umowy przez powódkę było nieskuteczne. Powódka w odstąpieniu od umowy powołała się, jako na podstawy odstąpienia, na art. 635 k.c., 636 k.c. w zw. z art. 656 oraz § 8 ust. 1 umowy. Zebrany materiał dowodowy w sprawie nie potwierdza, aby w sprawie zaktualizowały się przesłanki wskazane w art. 635 k.c. (który to przepis, na podstawie art. 656 k.c., znajduje zastosowanie także do robót budowlanych). Bezsprzecznie pozwany opóźnił się z rozpoczęciem wykonania zleconych robót budowlanych (opóźnienie bowiem jest kategorią z zakresu faktów, niezależną od istnienia bądź braku po stronie pozwanego winy), jednakże powód nie wykazał, aby opóźnienie było tak dalekie, żeby nie mogło doprowadzić do ukończenia robót w czasie umówionym. Powódka powołując się na tę podstawę odstąpienia od umowy winna w toku procesu wykazać jej zasadność, albowiem zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktów spoczywa na tym, kto z danego faktu wywodzi skutki prawne. Mimo przeprowadzenia w sprawie dowodu z opinii biegłego powódka nie wносиła o zadanie biegłemu stosownego pytania w tym zakresie. Jednocześnie pozwany zaprzeczył, aby zaistniałe opóźnienie uniemożliwiło terminowe wykonanie robót budowlanych. Również w ocenie Sądu, skoro opóźnienie wyniosło jedynie 3 tygodnie (od 3.09 tj. od terminu przekazania placu budowy do 24.09 tj. do momentu złożenia oświadczenia), to można zasadnie twierdzić, że przy tak łagodnej zimie jaka wystąpiła na przełomie roku 2012 i 2013 (co jest faktem notoryjnym), mogło zostać nadrobione do dnia 3.05.2013 r. tj. do dnia umownego zakończenia robót budowlanych.

Nie znajdują uzasadnienia również dalsze, przywołane przez stronę powodową podstawy odstąpienia od umowy. Trzeba zaznaczyć, że § 8 ust. 1 umowy stron, sankcjonuje zarówno brak przystąpienia do realizacji umowy, jak i

naruszenie przez wykonawcę obowiązków objętych umową, zawiera więc niejako podstawy odstąpienia, wskazane w art. 636 k.c., a zatem przywoływanie tego przepisu jest zbędne. Zdaniem Sądu pozwany nie dopuścił się jednak takich zachowań, które uzasadniałyby możliwość skorzystania z dyspozycji § 8 ust. 1 umowy przez zamawiającego. Odnosząc się do podnoszonej przez powoda kwestii niedostarczenia gwarancji bankowej Sąd wskazał, że sama umowa stron w § 6 ust. 1 przewidywała osobną sankcję za tego typu uchybienie. Skoro więc strony przewidziały szczegółowy sposób reagowania na tego typu zachowanie ze strony pozwanego, to nie można w tym zakresie odwoływać się do ogólnego unormowania wskazanego w § 8 ust. 1 umowy. Przesłanie niekompletnej polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej i nieprzedstawienie polisy ubezpieczenia od ryzyk budowlanych, również nie mogą stanowić wystarczających podstaw do odstąpienia od umowy. Jak wynika z akt sprawy, pozwany zawarł umowę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej i przesłał ją zamawiającemu, zatem brak w tej przesyłce jednej strony polisy nie może być poczytywany za niewykonanie zobowiązania. Podobnie pozwany przesłał zamawiającemu, na jego żądanie, złożony w zakładzie ubezpieczeń wniosek o zawarcie umowy ubezpieczenia od ryzyk budowlanych. Mając na uwadze fakt, iż do dnia zawarcia tej drugiej umowy ubezpieczenia, nie doszło do przekazania pozwanemu placu budowy (a wręcz powódka złożyła już w tym czasie swoje oświadczenie o odstąpieniu od umowy łączącej strony), trudno przyjąć, że opóźnienie się pozwanego ze złożeniem stosownego dokumentu mogło dawać podstawę do odstąpienia do umowy.

Odstąpienie nie mogło również skutecznie opierać się o dwie – dalsze podnoszone przez powódkę podstawy, tj. o brak przejęcia placu budowy oraz wolę odmowy wykonania zobowiązania. § 8 ust. 1 lit. a umowy przewidywał, że możliwe jest odstąpienie od niej, w przypadku nie przystąpienia przez Wykonawcę do realizacji obowiązków objętych umową w ciągu 10 dni od Daty Rozpoczęcia. Jako Datę Rozpoczęcia strony przewidziały 3 września 2012 r. W sprawie jest oczywiste, że rozpoczęcie wykonywania umowy mogło nastąpić dopiero po przekazaniu placu budowy oraz że przekazanie to ostatecznie nie nastąpiło. Jednakże, dla oceny uprawnienia do odstąpienia od umowy trzeba uwzględnić również przyczyny, dla jakich nie doszło do przystąpienia do realizacji robót. Zgodnie z poczynionymi ustaleniami w sprawie, na przełomie sierpnia i września trwały jeszcze rozmowy stron, w zakresie możliwej zmiany postanowień umowy i ewentualnego podwyższenia wynagrodzenia pozwanego. Z tego powodu pozwany nie odebrał placu budowy w dniu 3 września 2012 r. Ostatecznie jednak w dniu 13 września 2012 r. (tj. w ostatnim dniu terminu, w którym przystąpienie do realizacji umowy pozbawiało zamawiającego prawa do odstąpienia od umowy) pozwany stawiał się na placu budowy z zamiarem jego odbioru. Tymczasem jak wynika z zeznań zarówno pozwanego, jak i powoda oraz zawnioskowanych przez niego świadków, w tym dniu na placu budowy zamieszkiwały jakieś osoby, które – jak twierdziła powódka, miały się z niego wynieść dopiero po przejęciu placu przez pozwanego. Jednakże zgodnie z art. 652 k.c. Jeżeli wykonawca przejął protokolarnie od inwestora teren budowy, ponosi on aż do chwili oddania obiektu odpowiedzialność na zasadach ogólnych za szkody wynikłe na tym terenie. Przejęcie zatem placu budowy tego dnia przez wykonawcę (pozwanego) prowadziłoby do wzięcia przez niego odpowiedzialności za zamieszkujące na nim osoby. Nie może zatem dziwić, że pozwany w tych okolicznościach odmówił przejęcia placu. Do obowiązków inwestora bowiem należy udostępnienie wykonawcy placu budowy w takim stanie, aby mógł on natychmiast podjąć zamierzone przez siebie roboty, a z pewnością sytuacja taka nie występuje, gdy na placu zamieszkują osoby trzecie. Trudno także zgodzić się z twierdzeniami powódki, iż fakt przebywania tych osób na placu był uzgodniony z pozwanym i miały się one stamtąd wyprowadzić zaraz po tym, jak plac zostanie przez niego przejęty. W sprawie, poza zeznaniami prezesa powódki i jej świadków brak jakichkolwiek dowodów potwierdzających istnienie tego rodzaju rzekomej umowy pomiędzy stronami, a przy tym zaprzeczył temu sam pozwany. Nadto nie jest zrozumiałe, dlaczego owe osoby miałyby się wyprowadzić z placu dopiero po jego przejęciu przez pozwanego, a nie przed, skoro termin przejęcia był między stronami uzgodniony. Przy tym trzeba zaznaczyć, że skoro owe osoby trzecie zamieszkiwały na placu budowy także w dniu 13 września 2012 r., to znaczy, że zamieszkiwały na nim również wcześniej (tak też wynika z przesłuchania prezesa zarządu powódki), co prowadzi do wniosku, że powódka przez cały ten czas nie była gotowa wywiązać się z ciążącego na niej zobowiązania do wydania placu budowy. Na marginesie jedynie należy tylko zaznaczyć, że zgodnie z § 3 pkt 1 umowy, powódka miała wydać pozwanemu plac budowy w terminie 7 dni od podpisania umowy, sama więc się ze swoich obowiązków nie wywiązała. Nie ma więc podstaw do przyjęcia, iż zaktualizowała się wskazana w § 8 ust. 1 lit. a) umowy przesłanka do odstąpienia od niej.

Brak jest także podstaw do stwierdzenia, że na dzień złożenia przez powódkę oświadczenia o odstąpieniu od umowy było pewne, że pozwany nie przystąpi do jej wykonania, gdyż ujawnił on wolę jej niewykonania. Powódka w tym zakresie powołuje się na szereg okoliczności (patrz k. 20), jednakże żadna z nich, zdaniem Sądu, nie może świadczyć o wyrażeniu przez pozwanego tego rodzaju stanowczego stanowiska. Fakt, iż wystosował on do powódki pismo, w którym zażądał podwyższenia wynagrodzenia pod rygorem odstąpienia od umowy może być poczytywany za odmowę jej realizacji na takiej samej zasadzie, na jakiej można by uznać za przejaw tego rodzaju woli, oświadczenia o zagrożeniu odstąpieniem od umowy, składane przez powódkę. Skoro, jak ustalono, zniżenie ofertowego wynagrodzenia przez pozwanego nastąpiło z przyczyn pozostających po stronie powódki, miał on prawo domagać się jego podwyższenia. Nadto na wolę pozwanego co do kontynuacji umowy wskazuje choćby fakt, iż mimo napiętej między stronami sytuacji zawarł on wymagane umowy ubezpieczenia robót. Poza tym, wbrew stanowisku powódki, sama wola nierealizowania zobowiązania nie może stanowić wystarczającego powodu dla odstąpienia od umowy, Kodeks cywilny nie przewiduje bowiem tego rodzaju samodzielnej przesłanki odstąpienia, a przy tym jak wyżej wskazano, art. 635 k.c. (na który powołuje się powódka w tym kontekście) nie może w niniejszej sprawie znaleźć zastosowania.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że oświadczenie powódki o odstąpieniu od umowy było w niniejszej sprawie bezskuteczne, albowiem nie znajdowało oparcia w ustawowej, ani w umownej przesłance prawa odstąpienia. Zatem żądanie pozwu zapłaty przez pozwanego kary umownej, jako oparte na założeniu skutecznego skorzystania z prawa odstąpienia, było bezzasadne, a powództwo musiało podlegać oddaleniu.

Tak też Sąd orzekł w pkt I sentencji wyroku.

Nadto w pkt II sentencji wyroku Sąd orzekł o zasadzie ponoszenia przez strony kosztów postępowania w sprawie z powództwa głównego zgodnie z art. 98 § 1 k.p.c., przyjmując, że strona przegrywająca jest zobowiązana do zwrotu kosztów procesu wygrywającemu i pozostawiając szczegółowe rozliczenie tych kosztów referendarzowi sądowemu (art. 108 § 1 zd. 2 k.p.c.).

Z uwagi na wytoczenie przez pozwanego w sprawie powództwa wzajemnego, należało zbadać, czy złożone przez niego w sprawie oświadczenie o odstąpieniu od umowy znajdowało podstawę prawną. Pozwany (powód wzajemny) w piśmie z dnia 25 września 2012 r. podkreślił, że odstępuje od umowy z uwagi na wprowadzenie go w błąd co do zakresu umowy. Sąd podkreślił, że zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące umów o roboty budowlane nie stanowią wyczerpującej regulacji tego zagadnienia, a posiłkowo w tym zakresie można stosować przepisy umowy o dzieło. Zgodnie z art. 640 k.c. Jeżeli do wykonania dzieła potrzebne jest współdziałanie zamawiającego, a tego współdziałania brak, przyjmujący zamówienie może wyznaczyć zamawiającemu odpowiedni termin z zagrożeniem, iż po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. W niniejszej sprawie nie ulega wątpliwości, że dla wykonania dzieła w postaci przedmiotowych robót budowlanych, konieczne było współdziałanie zamawiającego w zakresie ustalenia właściwego wynagrodzenia, obejmującego wynagrodzenie za budowę elewacji i fasady budynku. Brak bowiem wyceny tych elementów robót budowlanych wynikał z niewłaściwego przygotowania przez zamawiającego oferty, a zatem pozostaje zawiniony z jego strony. Tym samym słusznie pozwany (powód wzajemny) w piśmie z dnia 20 września 2012 r. wzywał powódkę (pозwaną wzajemną) do uzgodnienia ceny za wykonanie fasady obiektu nie objętej wynagrodzeniem. Brak współdziałania ze strony powódki (pозwanej wzajemnej), przeciwnie, podjęcie przez nią zachowań celem odstąpienia od zawartej umowy, uprawniało pozwanego (powoda wzajemnego) do skorzystania z dyspozycji art. 640 k.c. i dokonania skutecznego odstąpienia od umowy. Trzeba zaznaczyć, że zdaniem Sądu powódka (pозwana wzajemna) w istocie nie zamierzała reagować na uwagi zgłaszane ze strony wykonawcy, lecz zmierzała już tylko do likwidacji wiążącego go z nim węzła obligacyjnego. Wskazuje na to przede wszystkim fakt, iż już w dniu 25 września 2012 r. (a więc dzień po złożeniu przez nią oświadczenia o odstąpieniu od umowy) zawarła z inną firmą umowę o roboty budowlane w zakresie budowy przedmiotowej hali produkcyjnej.

Tym samym odstąpienie przez pozwanego (powoda wzajemnego) od umowy z powódką (pозwaną wzajemną) należało uznać za skuteczne. W konsekwencji musiało to prowadzić do rozważenia zasadności naliczonej przez pozwanego (powoda wzajemnego) kary umownej i zasadności zgłoszonego przez niego powództwa.

Zgodnie z § 9 ust. 1 umowy W wypadku odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn powstałych z winy Zamawiającego, Zamawiający zapłaci Wykonawcy tą część Wynagrodzenia, jaka należna jest za odebrane Roboty Budowlane i dostawy wykonane do dnia odstąpienia od Umowy oraz karę umowną w wysokości 10 % łącznej wartości Wynagrodzenia pomniejszonego o tą część Wynagrodzenia, jaka należna jest za odebrane Roboty Budowlane i dostawy wykonane do dnia odstąpienia od umowy. Wartość wynagrodzenia umownego wynosił netto kwotę 4.250.520,33 zł, co daje kwotę brutto 5.228.140 zł. 10 % z tej kwoty daje wartość 522.814 złotych. Odstąpienie od umowy przez pozwanego (powoda wzajemnego – wykonawcę), nastąpiło z winy powódki (pозwanej wzajemnej – zamawiającego), a zatem zamawiający był zobowiązany do zapłaty kary umownej z tego tytułu.

Sąd jednak zaznaczył, że zamawiający zgłosił w niniejszej sprawie zarzut miarkowania kary umownej. Zgodnie z art. 484 § 2 k.c. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Pozwana wzajemna wskazywała, że wykonawca nie podjął żadnych czynności związanych z wykonaniem umowy, nie poniósł więc żadnej szkody. Nadto zaznaczyła, że zasądzeniu kary umownej na rzecz powoda wzajemnego sprzeciwiałyby się zasady współżycia społecznego, bowiem nie może on odnosić korzyści w związku z niedoszacowaniem oferty na skutek własnego niedbalstwa. W sprawie nie mogła mieć zastosowania pierwsza ze wskazanych podstaw do miarkowania kary umownej, albowiem zobowiązanie nie zostało wykonane w żadnej części (tj. chodzi o zobowiązanie do zapłaty kwoty wynagrodzenia, z tytułu którego to zobowiązania powódka – pozwana wzajemna była dłużnikiem). Jednakże zdaniem Sądu zachodziły podstawy do miarkowania kary umownej z tytułu jej rażącego wygórowania. Po pierwsze bowiem, choć twierdzenie powódki (pозwanej wzajemnej) o nieponiesieniu przez pozwanego (powoda wzajemnego) żadnej szkody jest twierdzeniem na wyrost, to pozwany (powód wzajemny) wysokości tej szkody w żaden sposób nie udowodnił. Wprawdzie bezsprzecznie poniósł on koszty związane z koniecznością wykupienia polis ubezpieczeniowych, jednakże nie przedstawił żadnych dokumentów z których by wynikało, że niezrealizowanie zobowiązania dla powódki (pозwanej wzajemnej) uniemożliwiło mu zawarcie innych umów z innymi zamawiającymi. Pozwany (powód wzajemny) nie przedstawił żadnych innych dokumentów które by wskazywały, iż w związku z realizacją zamówienia poniósł straty majątkowe. Od momentu podpisania umowy (tj. od dnia 10 sierpnia 2012 r.) do dnia odstąpienia przez pozwanego (powoda wzajemnego) od umowy (tj. do dnia 25 września 2012 r.), upłynęło zaledwie 1,5 miesiąca. O ile można założyć, że w tym terminie pozwany (powód wzajemny) licząc na realizację zobowiązania nie mógł zawierać umów z innymi kontrahentami, to termin ten nie jest tak długi, aby móc wywołać u pozwanego (powoda wzajemnego) szkodę w dużych rozmiarach. Nadto już 25 września 2012 r. pozwany miał pewność, że zobowiązania realizować nie będzie (skoro sam złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy) już zatem w tym momencie mógł przystąpić do negocjacji z innymi podmiotami celem zapewnienia sobie zleceń na dalsze okresy czasu, a do ich realizacji, realnie licząc, mógł przystąpić jeszcze przed zimą 2012/2013 r. (skoro do grudnia pozostawał jeszcze okres ponad 2 miesięczny). Przy tym w istocie w sprawie nie doszło do rozpoczęcia robót przez pozwanego (powoda wzajemnego), a zatem nie zainwestował on żadnych środków w zakup materiałów, wynajem sprzętu bądź wynagrodzenia pracowników, a przynajmniej nie przedstawił dowodów na tego rodzaju zaangażowanie środków. Po drugie natomiast trzeba mieć na uwadze to, iż pozwany (powód wzajemny) w niniejszej sprawie sam również uczestniczył w postępowaniu ofertowym bez dołożenia należytej staranności i w sposób nie w pełni profesjonalny. Skoro jak sam przyznawał, nie był w stanie otworzyć wszystkich plików na płycie CD przekazanej mu przez zamawiającego, tym samym winien był z większą ostrożnością podchodzić do całej procedury. Chociaż, jak zaznaczył biegły, niekompletność zamówienia ofertowego i tak prowadziłyby zapewne do nieprawidłowego zdefiniowania zakresu przedstawionej oferty, to jednak wzmoczona staranność ze strony wykonawcy mogłaby spowodować, że błąd zostałby wcześniej zidentyfikowany, a strony wyjaśniłyby sporne kwestie na wcześniejszym etapie współpracy, bez konieczności rezygnacji ze współdziałania przy realizacji robót. W konsekwencji Sąd uznał, że zasadnym będzie obniżenie kary umownej do 150.000 zł, która to kwota stanowi ok. 28 % pierwotnie zastrzeżonej kary umownej i 2,8% umówionego wynagrodzenia stron brutto. Kwota ta nie może jawić się jako zbyt niska gdy się uwzględni, że za wykonanie inwestycji (w terminie 8

miesiący) powód wzajemny liczył na zysk w wysokości 400.000 do 500.000 zł. Kwota kary umownej to 37,5 % - 30 % oczekiwanego zysku, co jest stawką wysoką, gdy się uwzględni, że czas jaki powód wzajemny „stracił” na niezrealizowanej inwestycji wynosił jedynie ok. 1,5 miesiąca.

Sąd orzekł o odsetkach zgodnie z art. 481 § 1 i 2 k.c. W piśmie z dnia 25 września 2012 r. powód wzajemny wezwał pozwaną wzajemną do zapłaty kwoty kary umownej w terminie 7 dni od daty otrzymania pisma. Pismo zostało nadane dnia 26 września 2012 r. i chociaż brak jest w materiale dowodowym daty odbioru pisma, można rozsądnie założyć, że najpóźniej w dniu 30 września 2012 r. dotarło do adresata. Tym samym od dnia 8 października 2012 r. pozwana wzajemna pozostawała w zwłoce z zapłatą przedmiotowej kwoty, a zatem od tego dnia należą się powodowi wzajemnemu odsetki.

Sąd orzekł o kosztach postępowania zgodnie z art. 100 k.p.c., tj. nakazał stosunkowe ich rozdzielenie z uwagi na fakt, iż żądanie powoda wzajemnego zostało uwzględnione jedynie w 28%. Jednocześnie na podstawie art. 108 § 1 zd. 2 k.p.c. pozostawił szczegółowe rozliczenie tych kosztów referendarzowi sądowemu.

Apelację od powyższego wyroku złożyła powódka – pozwana wzajemna zaskarżając go w zakresie powództwa głównego (punkty I i II wyroku) i w zakresie powództwa wzajemnego (punkt III i V wyroku) zarzucając:

- niewyjaśnienie wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy,
- naruszenie art. 217 § 3 k.p.c. oraz art. 286 k.p.c. poprzez odmowę przeprowadzenia dowodu z dodatkowej opinii biegłych, mimo, że opinia biegłego J. W. została sporządzona z pominięciem treści projektu budowlano - wykonawczego oraz z tego powodu, że biegły (a za nim Sąd) błędnie przyjął, że wybudowanie paneli na ścianach oznacza prace wykończeniowe, które nie były zawarte w zapytaniu ofertowym,
- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny dowodu - umowy o roboty budowlane zawartej pomiędzy stronami w dniu 10.08.2012r. w sposób sprzeczny z ustawą Pr. budowlane, logiką oraz doświadczeniem życiowym, co doprowadziło Sąd do wniosku, że kompleksowe wykonanie przedmiotu zamówienia nie obejmuje wykonania ścian budynku,
- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez pominięcie treści pisma pozwanego z dnia 20.09.2012r. i uznanie, że przyczyna wypowiedzenia umowy w trybie natychmiastowym przez powoda nie była uzasadniona.
- naruszenie prawa materialnego - art. 635 k.c. - poprzez błędną jego wykładnię polegającą na przyjęciu, że inwestor - strona umowy o roboty budowlane nie może odstąpić od umowy, mimo, że wykonawca oświadcza, że nie wykona prac objętych umową o roboty budowlane.

Na podstawie powyższych zarzutów skarżąca wniosła o zmianę wyroku w zaskarżonej części i o zasądzenie od pozwanego B. D. na rzecz powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej kwoty 522.814 PLN wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 28.09.2012 r. oraz o oddalenie powództwa wzajemnego w całości. Powódka – pozwana wzajemna wniosła również o dopuszczenie dowodu z dodatkowej opinii biegłego z zakresu architektury oraz o przeprowadzenie eksperymentu w postaci otwarcia plików na płytach cd znajdujących się w aktach sprawy w celu wykazania, że biegły swoją opinię sformułował bez szczegółowego zapoznania się z dokumentacją znajdującą się na płytach. Skarżąca wniosła także o zasądzenie na jej rzecz od pozwanego – powoda wzajemnego kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu wskazała, że oś sporu między "tronami stanowi interpretacja zapytania ofertowego oraz załączonych do niego projektów (str. 10 uzasadnienia). Spór ten dotyczy okoliczności, czy zapytanie ofertowe oraz załączony do niego projekt przewidywały konieczność wykonania ścian w budynku. Na okoliczność tę został powołany dowód z opinii biegłego. W sprawie biegły wypowiedział się dwukrotnie, najpierw pisemnie, a po zarzutach powoda - ustnie na rozprawie w dniu 1 września 2014r. Biegły w swojej opinii stwierdził, że „na podstawie udostępnionej dokumentacji

nie istniała możliwość dokonania wyceny tych prac, szczególnie, że istniały brała w projekcie wykonawczym oraz błędy w ilościach np. paneli (...) montowanych w ścianach" oraz, że projekt dostarczony przy ofercie Pozwanemu (Powodowi wzajemnemu) [pisownia oryginalna] nie był tożsamy z projektem przedstawionym przy pozwie przez Powoda (Pozwanego wzajemnego)". Opierając się na powyższych twierdzeniach, Sąd Okręgowy w Szczecinie doszedł do wniosku, że pozwany nie mógł obliczyć wartości rozwiązań w zakresie fasady i elewacji budynku „bez szczegółowych założeń co do nich'1" (str. 11 uzasadnienia), a tym samym, że pozwany nie był zobowiązany do wykonania fasady i elewacji.

Zdaniem apelującej opinia biegłego stwierdzające powyższe wnioski została sporządzona nierzetelnie, a biegły nie przeanalizował akt sprawy przy jej sporządzaniu, a przede wszystkim projektu budowlanego przedstawionego pozwanemu. Biegły i Sąd Okręgowy, nie zrozumieli technologii budowy ścian z płyt warstwowych i skonstatowali, że stan surowy nie obejmuje elementów wykończeniowych, a za takie elementy należałoby uznać kwestie związane z montowaniem paneli na ścianach hali" (str. 13 uzasadnienia). Twierdzenie to jest wewnętrznie sprzeczne i świadczy o całkowitej niewiedzy biegłego. Panele w technologii (...) tworzą ścianę, nie stanowią zaś jej wykończenia. Biegły na rozprawie nie był w stanie wskazać, którą dokładnie część projektu analizował oraz potwierdził, że nie analizował zawartości płyt CD złożonych w sprawie. Tymczasem na płytach CD znajdują się szczegółowe rozwiązania architektoniczne w zakresie fasady. Rozwiązania te znajdują się na płycie CD - koperta strona akt sprawy nr 63, na której znajdują się między innymi pliki w folderze PW. Biegły opisując w opinii tę płytę (strona 16 i 17) zrobił to wybiórczo. Opisał bowiem zawartość katalogu PB, natomiast pominął zupełnie zawartość katalogu PW, w którym znajduje się kolejny folder - architektura, zaś w tym folderze znajdują się rysunki pod nazwą „rozwinęcia ścian" rysunek nr 14, rysunek nr 15 i rysunek nr 16. Gdyby biegły zechciał otworzyć te pliki i porównać je z projektem podpisanym przez pozwanego w dniu 13.08.2012 r., to okaże się, że nie ma żadnych różnic. Biegły jednak nie otworzył tych plików, albo z premedytacją nie opisał ich w treści opinii. Gdyby było inaczej, biegły wypisałby także rysunki znajdujące się w katalogach. Oznacza to, że biegły nie przejrzał zasadniczych dokumentów dla wydania opinii, a jego wnioski są błędne. Już to samo w sobie eliminuje jakąkolwiek wartość dowodową tej opinii, nie są to jednak wszystkie zarzuty, o czym niżej. Prawidłowe sformułowanie opinii wymaga nie tylko otwarcia folderu, ale także wydrukowania pliku zawartego w tym folderze. Dopiero wydrukowany dokument może pozwolić na ocenę stopnia szczegółowości rozwiązań architektonicznych. Dla każdego zajmującego się budownictwem lub projektowaniem oczywistym jest, że stopień szczegółowości dokumentów elektronicznych jest mniejszy od dokumentów drukowanych. Z kolei format pliku .dwg umożliwia dokonywanie obliczeń i przesuwanie poszczególnych elementów. Na rysunkach tych widać też poszczególne panele, więc nie ma problemu z obliczeniem ich liczby. Ponadto dla obliczenia powierzchni tych paneli wystarczająca jest znajomość wzoru na pole prostokąta ($a \times b$, gdzie a = długość jednego boku, b = długość bolcu prostopadłego). Stąd zdanie Sądu Okręgowego, że pozwany sam nie byłby w stanie określić materiałów niezbędnych do wykonania inwestycji (str. 13 uzasadnienia) jest błędne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym i praktyką budowlaną. Ponadto nie było żadnych przeszkód, aby pozwany dobrał sobie kogoś z wykształceniem architektonicznym do sporządzenia oferty, skoro miał problemy z kalkulacją wynagrodzenia.

Biegły nie potrafił także wytłumaczyć, w jaki sposób obliczył wartość fasady, skoro jego zdaniem fasady tej na podstawie dokumentacji nie dało się obliczyć. Biegły nie był w stanie udzielić odpowiedzi na pytanie, jaki projekt przyjął do analizy i jako podstawę swoich twierdzeń: projekt z zapytania ofertowego, czy projekt przekazany pozwanemu w dniu 13.08.2014r., a jeśli projekt przekazany później, to gdzie tkwiły różnice w zakresie ścian pomiędzy jednym, a drugim projektem. Tymczasem odpowiedź na to pytanie ma znaczenie kluczowe dla sprawy, ponieważ obliczenie wartości fasady na podstawie projektu ofertowego wyklucza a limine twierdzenie, że pozwany nie mógł obliczyć wartości fasady. Opinia - mimo pozorowanej obszerności - nie zawiera wskazania konkretnych dokumentów, rysunków, na których oparł się biegły przy jej sporządzaniu. Taka opinia jest nieweryfikowalna i pozwala biegłemu na wygłaszanie sądów ex cathedra. Polemika z biegłym na rozprawie ograniczyła się tego, że biegły podtrzymał swoje stanowisko bez wskazywania na rysunki, przede wszystkim bez znajomości całości projektu. Biegły opierał się wybiórczo na kilku rysunkach wydrukowanych stanowiących pojedyncze elementy projektu, a nie na kompleksowym projekcie nagranych na płycie cd. Dopiero płyta zawiera cały projekt. Wreszcie, biegły uchylił się od odpowiedzi, jak obliczył wartość fasady, a w szczególności, czy obliczenie to polegało na pomnożeniu powierzchni jednego panelu

przez liczbę, która łącznie daje całą powierzchnię ściany. Te braki dyskwalifikują opinię biegłego jako miarodajny dowód w sprawie i powodują konieczność sporządzenia kolejnej opinii - zgodnie z art. 286 k.p.c. - ponieważ zachodzi potrzeba uzyskania wiadomości specjalnych, bo te uzyskane do tej pory są niekompletne i powierzchowne. Odmowa przeprowadzenia dowodu narusza więc art. 217 § 3 k.p.c, gdyż zachodzi potrzeba wyjaśnienia okoliczności wskazanych apelacji.

Kuriozalne - stanowiące na zupełny brak wiedzy - jest także twierdzenie biegłego - bezkrytycznie powtórzone przez Sąd Okręgowy - że „o ile elementy zawierające panele pojawiały się w opisowej części projektu w branży architektura, o tyle w branży konstrukcyjnej projekt przewidywał, iż ściany kondygnacji mają być murowane z bloczków

wapienno -piaskowych. Projekt był więc niespójny". Oczywiście jest, że bloczki wapienno - piaskowe przewidziane były do stawiania ścian wewnętrznych w środku budynku, a nie dotyczyły ścian zewnętrznych. Tylko ta pomyłka dyskwalifikuje całkowicie opinię biegłego.

W sprawie odmowy przeprowadzenia dalszego dowodu z opinii biegłego powód zgłosił zastrzeżenie na rozprawie w trybie art. 162 k.p.c.

Zdaniem skarżącej ocena dowodu w postaci umowy o roboty budowlane zawartej pomiędzy stronami przekracza granice swobodnej oceny dowodów. Sprowadza się do konkluzji, że zawarcie w umowie o roboty budowlane postanowienia o uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie samo w sobie nie przesądza jeszcze o tym, że przedmiotem umowy był budynek razem z fasadą, którą Sąd Okręgowy traktuje z uporem jako element wykończenia budynku. Zdaniem Sądu, skoro „powódka nie wykazała, mimo możliwości skorzystania w tym zakresie z opinii biegłego, aby brak wykończenia zewnętrznego budynku uniemożliwił uzyskanie przez pozwanego pozwolenia na użytkowanie, a zatem nie można przesądzać, czy wykonanie umowy jedynie w zakresie, o którym wiedział pozwany, uniemożliwiłoby mu uzyskanie takiego pozwolenia". Co do opinii biegłego, to Sądowi Okręgowemu umknął fakt, że powód w piśmie procesowym z dnia 12.06.2014 r. zadał biegłemu pytanie nr 9 o treści: „czy brak obłożenia panelami (...) umożliwiłyby powodowi uzyskanie pozwolenia na użytkowanie przedmiotowego użytku?" Wystarczyło to pytanie zadać biegłemu, ale Sąd Okręgowy tego zaniechał, a wytyka rzekomy brak inicjatywy dowodowej powodowi. To Sąd Okręgowy uniemożliwił zadanie tego pytania, co spowodowało zastrzeżenie w trybie art. 162 k.p.c. Nawet jednak przy braku opinii biegłego, pozwany podpisując umowę, której przedmiotem jest kompleksowe wykonanie inwestycji oraz uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, musiał mieć świadomość, że budynek bez ścian nie uzyska pozwolenia na użytkowanie. Wyjaśnienie w tym zakresie powód przedstawił na stronach 4-7 opinii dra inż. M. F.. Sąd w żaden sposób nie odniósł się do tej opinii, poprzestając na ogólnikowym stwierdzeniu, że opinia ta jest wyrazem stanowiska strony i nie ma waloru opinii (str. 11-12 uzasadnienia), czego powód nigdy nie kwestionował. W załączonej opinii przedstawiony jest jednak wywód wraz z przytoczeniem przepisów prawa, z którego wynika, że budynek bez ścian nie uzyskałby pozwolenia na użytkowanie. Brak odniesienia się Sądu Okręgowego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. Nie wiadomo dlaczego Sąd nie odniósł się do twierdzeń powoda w tym zakresie. Zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego, nie odbiera się budynków i nie przystępuje do ich użytkowania, jeżeli nie mają one ścian. Kolejnym uchybieniem zasady swobodnej oceny dowodów jest ocena umowy bez analizy pozostałych dokumentów przetargowych. Zgodnie z załączonym zapytaniem ofertowym (załącznik do pozwu) przesłanym pozwanemu, „Przedmiotem postępowania przetargowego jest wybór generalnego wykonawcy w celu realizacji hali produkcyjnej z zapleczem socjalno - biurowym wraz z infrastrukturą towarzyszącą, zagospodarowania jego otoczenia. Obowiązkiem Generalnego Wykonawcy będzie realizacja całości inwestycji budowlanej pod nadzorem inżyniera kontraktu - spółki (...)". Przyjęcie, że wykonawca nie interesuje się tym, w jaki sposób wykonane będą ściany, nie składa zapytań w tym zakresie do zamawiającego, narusza zasady doświadczenia życiowego w sposób jaskrawy. Nikt rozsądny, kto podejmuje się wykonania inwestycji przemysłowej w sposób kompleksowy, nie zakłada, że będzie ona budowana bez ścian. Inna interpretacja jest po prostu absurdalna. Tymczasem Sąd Okręgowy w swoim wyroku taką możliwość dopuszcza, co świadczy o jaskrawej naiwności lub braku znajomości realiów inwestycyjnych w stopniu podstawowym. Dla każdego, kto przyjmuje zlecenie oczywiście jest, że w razie wątpliwości co do zakresu robót, zadaje inwestorowi pytanie. Inne zachowanie świadczy tylko o braku profesjonalizmu.

Wreszcie ocena zapytania ofertowego - jako nieprecyzyjnego, „niekompletnego”, „lakonicznego” i „dalece niewystarczającego” (str. 11 uzasadnienia) - sąd pominął pozycję „naziemie”, w której zawarty miał być koszt ścian (punkt 5.4.3. konstrukcja naziemia – stan surowy zamknięty). Po pierwsze stan surowy zamknięty oznacza, że budynek musi mieć ściany - to notorium - mimo braku definicji legalnej. Ponadto w pozycji tej występuje słowo „naziemie”, które oznacza wszystko to, co zgodnie z jego etymologią wystaje ponad ziemię danego budynku. W tym zakresie pomocne są definicje kondygnacji podziemnej i naziemnej zawarte w § 3 punkty 17 i 18 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.04.2002r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki techniczne oraz ich usytuowanie. (Dz. U nr 75 poz. 690 z 2002r. ze zm.). Zgodnie z tymi przepisami, przez kondygnację podziemną należy rozumieć kondygnację zagłębioną ze wszystkich stron budynku, co najmniej do połowy jej wysokości w świetle poniżej poziomu przylegającego do niego terenu, a także każdą usytuowaną pod nią kondygnację. Przez kondygnację naziemną zaś - każdą kondygnację niebędącą kondygnacją podziemną. Nie wiadomo, jak świetle powyższego (określenie „naziemie” oraz stan „surowy zamknięty”) precyzyjniej określić potrzebę wybudowania ścian? Jak w ocenie Sądu Okręgowego winno brzmieć zapytanie ofertowe, aby uniknąć wątpliwości. Tym bardziej, że nawet systematyka tego zapytania wskazuje, że chodzi o ściany. Wystarczy prześledzić specyfikację robót z punktu 5) hala - cz. socjalno-biurowa:

- najpierw wykonuje się roboty ziemne,
- potem fundamenty,
- następnie konstrukcja

i w takiej kolejności zostały rozpisane pozycje w zapytaniu przetargowym. Przyjęcie, że zapytanie ofertowe było nieprecyzyjne jest więc nieuzasadnione. Biorąc powyższe pod uwagę nie można przyjąć za Sądem Okręgowym, że „w momencie zawierania umowy zatem, B. D. pozostawał w przekonaniu, że w zakres robót nie wchodzi realizacja fasady i elewacji” (str. 14 uzasadnienia). W dalszej kolejności należy więc uznać, że odstąpienie od umowy przez powoda z tego powodu, że pozwany nie przystąpił do wykonywania umowy było w pełni skuteczne. Tłumaczenie przez Sąd Okręgowy, że pismo pozwanego z żądaniem dodatkowego wynagrodzenia i powstrzymanie się od wykonywania prac do czasu zaoferowania przez powoda wyższego wynagrodzenia nie stanowiło woli odmowy wykonania prac jest nieuzasadnione. W tym zakresie Sąd pomija pismo pozwanego z dnia 20.09.2012 r., z którego jasno wynika, że nie przystąpi on do wykonywania prac w związku z oprowadzeniem go w błąd co do zakresu robót, który to błąd stanowi rażącą stratę dla Wykonawcy”. W piśmie tym pozwany zastosował klasyczny szantaż: albo powód podwyższy wynagrodzenie, albo pozwany nie będzie wykonywał robót, do których zobowiązał się na podstawie ważnie podpisanej umowy. W konsekwencji wypowiedzenie pozwanego było nieskuteczne. Po pierwsze najpierw od umowy odstąpił powód, a po drugie, nie było przesłanek do odstąpienia. Rozważania Sądu Okręgowego na temat art. 635 k.c. są zdaniem powódki – pozwanej wzajemnie błędne. Sąd ten bowiem przyjął, że nie mógł zastosować art. 635 k.c. ponieważ powód nie wykazał, aby opóźnienie w pracach budowlanych pozwanego było tak duże, że nie było prawdopodobne, aby zostały ukończone w umówionym terminie. Tymczasem, jak już wskazano, pozwany z góry oświadczył, że prac budowlanych bez dodatkowego wynagrodzenia wykonywać nie będzie. Gdyby przyjąć tok myślenia Sądu Okręgowego, to inwestor musiałby czekać przez okres niezbędny do uznania, że zakończenie prac nie jest możliwe w umówionym terminie i dopiero wtedy odstąpić od umowy. Nie można zapominać, że poza dosłowną literą prawa jest jej sens. Ratio est anima legis. Skoro wykonawca zapowiedział, że nie wykona prac bez podwyższonego wynagrodzenia, to inwestor miał prawo odstąpić od umowy, bowiem art. 635 k.c. trzeba wyklądać w ten sposób, że skoro można odstąpić od umowy na wypadek opóźnienia, to tym bardziej wtedy, jeśli wykonawca z góry oświadcza, że nie wykona żadnych prac. Oczywiście jest, że jeżeli wykonawca odmawia wykonania dzieła, to dzieło to ani nie zostanie rozpoczęte, ani nie zostanie zakończone w terminie. Wykładnia art. 635 k.c. zaproponowana przez Sąd Okręgowy kłóci się ze zdrowym rozsądkiem i zasadą racjonalnego prowadzenia przedsiębiorstwa.

Pozwany – powód wzajemny w piśmie procesowym z dnia 19 listopada 2014 r. stanowiącym odpowiedź na apelację pozwany – powód wzajemny wniósł o jej oddalenie oraz zasądzenie na jego rzecz od powódki – pozwanej wzajemnej kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Wstępnie zaznaczenia wymaga, że Sąd I instancji w zasadniczej części w sposób prawidłowy zgromadził w sprawie materiał dowodowy, w dalszej kolejności w tym zakresie dokonał jego niewadliwej oceny i w konsekwencji ustalił stan faktyczny odpowiadający treści zaoferowanych przez strony dowodów. Tym samym Sąd Apelacyjny przyjął go za własny. W sytuacji bowiem, gdy sąd odwoławczy orzeka na podstawie materiału zgromadzonego w postępowaniu w pierwszej instancji nie musi powtarzać dokonanych ustaleń, gdyż wystarczy stwierdzenie, że przyjmuje je za własne (por. np. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 1935 r., C III 680/34. Zb. Urz. 1936, poz. 379, z dnia 14 lutego 1938 r., C II 21172/37 Przegląd Sądowy 1938, poz. 380 i z dnia 10 listopada 1998 r., III CKN 792/98, OSNC 1999, nr 4, poz. 83). Zmiana podstawy faktycznej rozstrzygnięcia sprowadzała się wyłącznie do ustalenia, że strony uzgodniły, że na placu budowy znajdują się osoby trzecie, które zostaną stamtąd usunięte z chwilą przekazania placu budowy wykonawcy, co szczegółowo, z odwołaniem do dowodów stanowiących podstawę tego rodzaju ustaleń zaprezentowane zostanie w dalszej części uzasadnienia.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że jak jednolicie wskazuje się w judykaturze, obowiązek rozpoznania sprawy w granicach apelacji (art. 378 § 1 k.p.c.), oznacza związanie sądu odwoławczego zarzutami prawa procesowego (tak Sąd Najwyższy min. w uchwale z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07), za wyjątkiem oczywiście tego rodzaju naruszeń, które skutkują nieważnością postępowania. Sąd Apelacyjny nie dostrzegł ich wystąpienia w niniejszej sprawie.

W pierwszej kolejności odnieść się należało do zawartych w apelacji zarzutów dotyczących naruszenia przez Sąd I instancji przepisów art. 217 § 3 k.p.c. oraz art. 286 k.p.c. wiązanych z brakiem przeprowadzenia dowodu z dodatkowej opinii biegłego sądowego, pomimo, że sporządzona opinia nie uwzględniała treści projektu budowlano - wykonawczego, co w konsekwencji prowadziło do wadliwego utożsamiania paneli w systemie (...) z pracami wykończeniowymi.

Nie ulega wątpliwości, że w sytuacji, gdy zachodzi potrzeba wyjaśnienia okoliczności sprawy wymagających wiadomości specjalnych, sąd powinien dopuścić dowód z opinii biegłego na podstawie właściwych przepisów kodeksu postępowania cywilnego (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 12 kwietnia 2002 r., I CKN 92/00, LEX nr 53932, z dnia 8 listopada 1988 r., II CR 312/88, niepubl., i z dnia 11 czerwca 1974 r., II CR 260/74, LEX nr 8940). Jest to jedyna droga ich pozyskania. Dowód z opinii biegłego nie może być zastąpiony inną czynnością dowodową, np. przesłuchaniem świadka lub eksperymentem sądowym bez udziału biegłego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 marca 2010 r., sygn. akt IV CSK 388/09, LEX nr 1111021, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 2011 r., sygn. akt II UK 339/10, LEX nr 898704). Wprawdzie sąd nie jest związany opinią biegłych i ocenia ją na podstawie art. 233 k.p.c., jednakże swoistość tej oceny polega na tym, że nie chodzi tu o kwestię wiarygodności, lecz o pozytywne lub negatywne uznanie wartości rozumowania zawartego w opinii i uzasadnieniu (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 12 maja 2009 r., sygn. akt III AUa 270/09, OSAB 2010/1/58-64). Z jednej więc strony, konieczna jest kontrola z punktu widzenia zasad logicznego rozumowania i źródeł poznania, z drugiej - istotną rolę odgrywa stopień zaufania do wiedzy reprezentowanej przez biegłego. Sąd może oceniać opinię biegłego pod względem fachowości, rzetelności czy logiczności. Może pomijać oczywiste pomyłki czy błędy rachunkowe. Opinia biegłego podlega także ocenie z uwzględnieniem kryteriów oceny tego rodzaju dowodu, takich jak poziom wiedzy biegłego, podstawy teoretyczne opinii sposób motywowania sformułowanego stanowiska, stopień stanowczości wyrażonych w niej ocen, zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2009 r., sygn. akt II CSK 642/08, LEX nr 511998).

Jednocześnie potrzeba przeprowadzenia dowodu z dodatkowej opinii biegłych istnieje w sytuacji, gdy pierwotna opinia budzi istotne i nie dające się usunąć wątpliwości, gdy w sprawie wydane zostały opinie o sprzecznej

treści, gdy takie opinie nie są zgodne w zasadniczych kwestiach, gdy zawierają luki, są niekompletne, gdy nie odpowiadają postawionej tezie, gdy są niejasne, czy też nienależycie uzasadnione. Tym samym nie jest w tym względzie rozstrzygający wniosek strony, lecz zawarte w tym wniosku konkretne uwagi i argumenty podważające miarodajność dotychczasowej opinii lub co najmniej miarodajność tę poddające w wątpliwość (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 2011 r., sygn. akt II UK 346/10, LEX nr 898705, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2011 r., sygn. akt II UK 160/10, LEX nr 786386, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 lipca 2010 r., sygn. akt II CSK 119/10, LEX nr 603161).

W okolicznościach niniejszej sprawy rację ma skarżąca wskazując, że zarówno pisemna opinia biegłego J. W. z dnia 26 maja 2014 r. (karty 481 – 525 akt), jak i jego ustna uzupełniająca opinia złożona na rozprawie w dniu 1 września 2014 r. (karty 575 – 580 akt) nie została w sposób należyty umotywowana, a nadto nie zawierała odniesienia do całości materiału dowodowego, w szczególności w zakresie przedstawionych przez obie strony dwóch wersji projektu. Przede wszystkim biegły najwyraźniej w swoich wywodach skupił się na kwestiach związanych z rozwiązaniami dotyczącymi elementów szklanych oraz aluminiowych. Podkreślał brak w zapytaniu ofertowym punktu dotyczącego elewacji, w tym fasad szklanych i żaluzji, podkreślał, że z zapytania nie wynika jednoznacznie, że oferta musi zawierać systemową fasadę szklaną, stałe i ruchome żaluzje przeciwsłoneczne. Równie natomiast istotne dla rozstrzygnięcia sprawy i niewątpliwie wpływające w zasadniczym stopniu na wartość prac zleconych pozwanemu – powodowi wzajemnemu były kwestie związane z technologią wykonania ścian budynków odnoszone do systemu płyt warstwowych, uszczegółowionych jako system (...). Analiza obu opinii wskazuje, że te zagadnienia nie zostały przez biegłego rozwinięte. Co więcej nie ulega wątpliwości, że biegły w każdym z tych wypadków posługiwał się pojęciami dotyczącymi wykonania elewacji, co nie odpowiada wskazanemu wyżej systemowi, którego istota sprowadza się do tego, że płyta warstwowa stanowi gotową ścianę, a więc nie jest wyłącznie elementem elewacji, choć oczywiście taką w sobie zawiera. Biegły wskazując na niezgodność projektów przedstawionych pozwanemu – powodowi wzajemnemu odnosił się natomiast właśnie do elewacji, a nie do samej technologii wykonania ścian. Wskazywał, że nawet zamieszczenie rozwiązań w tym zakresie w projekcie nie oznacza, że wykonawca ma ją wykonać (w kontekście postanowień projektu co do wykonania budynku w stanie surowym zamkniętym). Biegły podnosił, że na podstawie projektu nie istniała możliwość dokonania wyceny, szczególnie, że istniały braki w projekcie wykonawczym oraz błędy w ilościach np. paneli (...). Co istotne, przedstawiając powyższe wywody wprost wskazywał na montowanie tych paneli na ścianach, a więc w zupełnie innej technologii. Do elewacji biegły też odnosił ocenę projektu z lutego 2012 r. (część opisowa). Wreszcie do wykonania elewacji odnosił kwestie braku zawarcia w projekcie budowlanym zamiennym oraz w projekcie budowlanym wykonawczym w branży architektonicznej jakichkolwiek zestawień obejmujących powierzchnie (elementy fasadowych profili szklanych, żaluzji ruchomych i stałych). W trakcie ustnych wyjaśnień biegły wprost oświadczył, że panele (...) miały stanowić okładzinę, a nie samą ścianę, choć w innym miejscu po zadaniu pytań przez strony podniósł, że według projektu budowlanego i wykonawczego te panele są już ścianą zewnętrzną, ale też dodał, że ani projekt budowlany, ani wykonawczy dostarczony do opracowania oferty nie zawiera rozwiązań technicznych dotyczących paneli. Rację miała też skarżąca zarzucając, że biegły nie przedstawił w formie wydruków poszczególnych rysunków projektowych, a nadto nie odniósł się do wszystkich rysunków, które znalazły się na płytach CD. Sąd I instancji, co wynika jednoznacznie z pisemnych motywów rozstrzygnięcia, również za biegłym odnosił się do kwestii okładzin, do elewacji, nie natomiast do podnoszonej przez powódkę i pozwaną wzajemną konsekwentnie w toku całego procesu kwestii wykonania ścian nie w formie murowanej z obłożeniem płytami, a w formie płyt warstwowych. Wszystkie powyższe okoliczności uzasadniały uzupełnienia materiału dowodowego już na etapie postępowania apelacyjnego. Stąd też dopuszczony został najpierw dowód z dodatkowej opinii biegłego J. W., a następnie dowód z pisemnej opinii kolejnego biegłego sądowego oraz jego ustnych wyjaśnień do tej opinii.

Istota niniejszej sprawy sprowadzała się do oceny skuteczności złożenia przez każdą ze stron oświadczeń o odstąpieniu od łączącej je umowy z dnia 10 sierpnia 2012 r. oraz oceny, czy przysługiwały im w związku z tym uprawnienia do naliczenia kar umownych.

Przed przystąpieniem do omówienia tej kwestii podkreślenia wymaga, że Sąd I instancji poczynił prawidłowe ustalenia odnośnie kwestii związanej z datą otrzymania przez pozwanego – powoda wzajemnego zarówno projektu budowlanego, jak i wykonawczego w wersji papierowej. Niewątpliwie nie jest możliwe odnoszenie tej daty do treści

przedstawionego przez powódkę – pozwaną wzajemną protokołu odbioru dokumentacji z dnia 9 sierpnia 2012 r. Rzeczywiście z zestawienia zeznań powoda, zeznań świadka R. N. (1) oraz widniejących na dokumentacji pieczęci wynika jednoznacznie, że datą faktycznego przekazania tej dokumentacji był dzień 13 sierpnia 2012 r. Prawdłowo też Sąd w tym względzie odwołał się do pisma pozwanego – powoda wzajemnego z dnia 13 sierpnia 2012 r., w którym zwracał się do powodowej spółki o przesłanie brakujących w dokumentacji rysunków. Dowody te pozwalają na uznanie, że dokumentacja przesłana została we wskazanym wyżej dniu, wtedy też została przejrzana przez świadka, w konsekwencji czego wystosowane zostało wspomniane pismo. Należy przy tym zaznaczyć, że ustaleń tych skarżąca w apelacji już nie kwestionowała. Miały one natomiast istotne znaczenie dla oceny zachowań stron w toku realizacji umowy i w konsekwencji złożenia oświadczeń w przedmiocie odstąpienia od umowy.

Powódka - pozwana wzajemna złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy w piśmie z dnia 24 września 2012 r. wskazując cztery jego przyczyny, z których najistotniejsza odnosiła się do opóźnienia w wykonaniu prac w stopniu uniemożliwiającym ich dokończenie w terminie umówionym (odnośnie pozostałych przesłanek skarżący nie zakwestionował ustaleń Sądu I instancji). Dotyczyła ona więc niewątpliwie treści przepisu art. 635 k.c., zgodnie z którym jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła. Z treści § 4 umowy wynika, że rozpoczęcie robót nastąpić miało w dniu 3 września 2012 r., natomiast zakończenie do dnia 3 maja 2013 r. Uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie i końcowy odbiór robót miał natomiast nastąpić do dnia 3 czerwca 2013 r. W okolicznościach niniejszej sprawy poza sporem pozostaje okoliczność, że pozwany – powód wzajemny w ogóle do wykonywania robót nie przystąpił. W orzecznictwie wskazuje się jednolicie, że odstąpienie od umowy na podstawie art. 635 k.c., inaczej niż odstąpienie na podstawie art. 491 § 1 k.c., nie wymaga traktowania zaniechania wykonania w ustalonym terminie czynności przyjmującego zamówienie jako zwłoki (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 23 kwietnia 2008 r., V ACa 130/08, OSA 2008, z. 3, poz. 2, wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 12 maja 2016 r., sygn. akt I ACa 116/16, LEX nr 2061983, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 18 października 2013 r., sygn. akt I ACa 569/13, LEX nr 1383439, wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 26 lipca 2013 r., sygn. akt I ACa 277/13, POSAG 2013/4/59-85, wyrok Sadu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 4 grudnia 2015 r., sygn. akt I ACa 699/15, LEX nr 1950408). Zamawiający więc może odstąpić od umowy nawet w wypadku, gdy przyjmującemu zamówienie nie można postawić zarzutu naruszenia należytej staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Przepis art. 635 k.c. nie uzależnia bowiem możliwości skorzystania przez zamawiającego z tego prawa od braku winy po stronie zamawiającego. Także zresztą w przypadku, gdy po obu stronach procesu inwestycyjnego występują jako współprzyczyny opóźnienia okoliczności leżące po każdej ze stron nie ma podstaw do wyłączenia stosowania omawianej regulacji. Oznacza to, że w świetle art. 635 k.c. codo zasady nie są istotne przyczyny, dla których wykonawca opóźnia się z wykonaniem przedmiotu umowy, w tym w szczególności, czy są konsekwencją okoliczności przez niego zawinionych. W doktrynie wyrażane są poglądy wskazujące na wyłączenie dopuszczalności skorzystania z uprawnienia z art. 635 k.c. w jednej tylko sytuacji, a mianowicie gdy wyłączną przyczyną zaistnienia opóźnienia w wykonaniu dzieła jest zawinione działanie bądź zaniechanie po stronie zamawiającego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2006 r., sygn. akt I CSK 129/2006, LEX nr 395223). Jeżeli bowiem przyjmujący zamówienie nie spełnia świadczenia z powodu braku potrzebnego do wykonania dzieła współdziałania zamawiającego, to nie zachodzi przesłanka, opóźnienia się przyjmującego zamówienie, warunkująca prawo zamawiającego do odstąpienia od umowy. Taka jednak sytuacja nie zaistniała w niniejszej sprawie, o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia. Jak z powyższego wynika uregulowanie zawarte w art. 635 k.c. ma charakter szczególny w stosunku do ogólnych unormowań dotyczących skutków niewykonania umów wzajemnych. Z omawianego przepisu wynika przy tym, że zamawiający nie musi wyznaczać drugiej stronie odpowiedniego terminu do wykonania koniecznych czynności, z zastrzeżeniem, że po jego bezskutecznym upływie będzie mógł od umowy odstąpić.

Ciężar dowodu zaistnienia wskazanych okoliczności z art. 635 k.c. spoczywa oczywiście na zamawiającym (art. 6 k.c.). W niniejszej sprawie poza sporem pozostawała okoliczność, że pozwany – powód wzajemny w ogóle nie przystąpił do wykonania prac objętych umową stron. Co więcej, złożył wprost oświadczenie, że prac nie wykona. Okoliczność ta wynika jednoznacznie z treści pisma pozwanego - powoda wzajemnego z dnia 20 września 2012 r., na co słusznie

zwróciła uwagę skarżąca. Treść tego pisma musi być rozpatrywana z uwzględnieniem całego ciągu wydarzeń oraz relacji stron poprzedzających jego sporządzenie. Nie ulega wątpliwości, że osią sporu stron nie była kwestia wydania placu budowy, nie była kwestia uzyskania przez wykonawcę polisy ubezpieczeniowej, czy też gwarancji. Spór bowiem koncentrował się na zagadnieniu dotyczącym zakresu prac, który wynika z dokumentacji w kontekście oczywiście wysokości ustalonego w umowie wynagrodzenia. Pozwany - powód wzajemny domagał się renegotjacji warunków umowy w tym zakresie. Od tego uzależniał przystąpienie do prac. Z notatki służbowej z dnia 28 sierpnia 2012 r. (karty 84 – 85 akt) wynika, że proponował podpisanie aneksu do umowy obejmującego prace dodatkowe. W mailu z dnia 30 sierpnia 2012 r. (karty 86 – 90 akt) przesłał jego projekt wraz z zastrzeżeniami. Z protokołu ze spotkania w dniu 31 sierpnia 2012 r. (karta 91 akt) wynika, że wykonawca podtrzymał swoje oczekiwania co do formuły rozliczeń, natomiast zamawiający wyraził wolę zachowania dotychczasowych postanowień umownych wyznaczając przy tym termin przekazania placu budowy na dzień 3 września 2012 r., co ostatecznie nie nastąpiło. W mailu z dnia 4 września 2012 r. (karta 93 akt) pozwany – powód wzajemny zwrócił się do zamawiającego o pilne wyznaczenie spotkania. W piśmie z dnia 6 września 2012 r. (karty 94 – 95 akt) zamawiający odniósł się do przesłanych mu zastrzeżeń wykonawcy. W dniu 5 września 2012 r. odbyło się kolejne spotkanie stron, a następnie pozwany – powód wzajemny w piśmie z dnia 6 września 2012 r. (karta 96 akt) domagał się przedstawienia na piśmie oświadczenia przedstawiciela zamawiającego złożonego na tym spotkaniu co do odstąpienia od umowy wobec braku akceptacji propozycji wykonawcy zawartych w piśmie z dnia 30 sierpnia 2012 r. W piśmie z dnia 11 września 2012 r. (karta 97 akt) powódka – pozwana wzajemna wezwała wykonawcę do natychmiastowego przystąpienia do wykonywania prac, nie później jednak niż do dnia 13 września 2012 r. wskazując, że po bezskutecznym upływie tego terminu od umowy odstąpi.

W piśmie z dnia 14 września 2012 r. (karty 100 – 101 akt) zamawiający ponownie wezwał wykonawcę do przystąpienia do wykonania prac wskazując na brak jakichkolwiek czynności zmierzających do realizacji umowy oraz na formułowanie coraz to nowych żądań finansowych i próbę wymuszenia zmiany zasad rozliczeń. Jednocześnie wyznaczył kolejny termin do przystąpienia do wykonywania prac (21 września 2012r.) pod rygorem odstąpienia od umowy. To w efekcie takiego ciągu zdarzeń pozwany – powód wzajemny wystosował pismo z dnia 20 września 2012 r. Złożył w nim stanowcze oświadczenie, że bez pozytywnego rozstrzygnięcia kwestii zakresu prac, a przede wszystkim kwestii finansowych przedmiotu zamówienia nie będzie realizował. Wprost wskazał, że w przypadku braku porozumienia odnośnie ceny, przy czym rozumianego jako podwyższenie wynagrodzenia o prace, których nie uwzględnił w złożonej ofercie, od umowy odstąpi. Tym samym niewątpliwie nie zamierzał w ogóle wykonywać prac objętych umową. Świadczy o tym wypowiedź dotycząca zniweczenia łączącego strony węzła obligacyjnego. Uzasadnione jest więc ustalenie, że bez zrealizowania postulatu odnośnie wysokości wynagrodzenia pozwany – powód wzajemny do prac by nie przystąpił. W tym kontekście nie mogą zostać uznane za rozstrzygające przywołane przez Sąd I instancji okoliczności dotyczące podejmowania przez pozwanego – powoda wzajemnego czynności związanych z uzyskaniem polisy ubezpieczeniowej czy gwarancji. Nie ulega wątpliwości, że bez zmiany wynagrodzenia umowa nie byłaby kontynuowana, o czym zresztą świadczy późniejsze zachowanie pozwanego – powoda wzajemnego, który wobec sprzeciwu powódki – pozwanej wzajemnej złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Sąd Apelacyjny w pełni podziela wyrażony w apelacji pogląd, zgodnie z którym w takiej sytuacji również spełniona została przesłanka stosowania art. 635 k.c. Nie sposób bowiem uznać, zakładając racjonalność ustawodawcy, że dla możliwości odstąpienia od umowy konieczne byłoby oczekiwanie przez zamawiającego na taki moment, gdy stopień opóźnienia wykonawcy (tutaj brak przystąpienia do realizacji umowy) jest tak duży, że uzasadnia przyjęcie, iż nie będzie możliwe i dopiero skorzystać z ustawowego uprawnienia w sytuacji, w której od samego początku wiadomym jest, że wykonawca w ogóle do realizacji umowy nie przystąpi. Naruszałoby to nie tylko zasady zdrowego rozsądku, ale także uzasadniony interes jednej ze stron umowy, czy wreszcie sens całej regulacji. W tym też kontekście, wbrew stanowisku Sądu I instancji, nie istniała potrzeba przeprowadzania dowodu z opinii biegłego, podobnie jak bez znaczenia pozostała okoliczność, że do momentu złożenia oświadczenia o odstąpieniu do umowy upłynęły tylko trzy tygodnie, natomiast zima na przełomie 2012 i 2013 r. miała łagodny charakter.

Sąd Apelacyjny nie podziela również poczynionych w sprawie ustaleń w zakresie przekazania placu budowy. Jak już wyżej wskazano, nie ta okoliczność była istotna w relacjach stron i to nie z nią faktycznie wiązano odmowę przystąpienia do wykonywania prac i w dalszej kolejności oświadczenia o odstąpieniu od umowy, choć oczywiście

pozwany – powód wzajemny na tę okoliczność również się powoływał. W tym więc sensie była ona bez znaczenia, albowiem nawet natychmiastowe przekazanie placu budowy wobec stanowisk obu stron odnośnie zakresu prac objętych umową nie prowadziłyby do rozpoczęcia prac. Nie ulega wątpliwości i była to okoliczność bezsporna, że na placu budowy zamieszkiwały osoby trzecie. Na spotkaniu w dniu 31 sierpnia 2012 r. zamawiający, jak wyżej wskazano, wyznaczył wykonawcy termin przekazania placu budowy na dzień 3 września 2012 r. poprzedzony wezwaniem do jego przejścia. Pozwany – powód wzajemny na wyznaczonym spotkaniu się nie pojawił, co wynika z treści protokołu spotkania z tego dnia (karta 92 akt).

W piśmie z dnia 11 września 2012 r. (karta 97 akt) powódka – pozwana wzajemna wyznaczyła wykonawcy ostateczny termin przekazania placu budowy na dzień 13 września 2012 r. Z protokołu spotkania w dniu 13 września 2012 r. (karty 98 – 99 akt) wynika, że wykonawca odmówił przejścia placu budowy z uwagi na obecność osób trzecich wykorzystujących stojący na placu murowany budynek. Należy jednak zaznaczyć, że w protokole tym znalazł się zapis, pozwany – powód wzajemny był o tym wcześniej informowany i strony ustaliły, że na pierwsze żądanie wykonawcy budynek zostanie opróżniony i wykorzystany przez pozwanego na biuro. Zapisy te znalazły potwierdzenie w zeznaniach świadków strony powodowej i pozwanej wzajemnej. Całkowicie niezrozumiałe jest przy tym stanowisko Sądu, który wskazał, że „poza zeznaniami prezesa powódki oraz jego świadków brak jakichkolwiek dowodów potwierdzających istnienie tego rodzaju rzekomej umowy między stronami”. Po pierwsze bowiem nie jest jasne, czy Sąd tym zeznaniom ostatecznie dał wiarę, a jeśli nie, to z jakich przyczyn, a po drugie trudno uznać, że nie zostały w tym zakresie przedstawione jakiegokolwiek dowody, skoro sam Sąd na nie wskazał, a znajdują one potwierdzenie w przedstawionym wyżej protokole. Należy przy tym zaznaczyć, że znalazł się w nim zapis, zgodnie z którym pozwany – powód wzajemny wskazał na pierwszy możliwy termin przejścia placu budowy - dzień 17 września 2012 r. Jak z powyższego wynika, niezależnie od kwestii obecności osób trzecich na placu budowy, wykonawca i tak nie miał zamiaru w tym dniu dokonać przejścia placu budowy, skoro według jego oświadczeń będzie to możliwe dopiero w dniu 17 września 2012 r. To, że kwestia obecności osób trzecich po pierwsze objęta była porozumieniem stron, a po drugie nie stanowiła rzeczywistej przyczyny braku podjęcia prac przez pozwanego – powoda wzajemnego świadczy jego pismo z dnia 20 września 2012 r. (karta 102 akt), w którym sam wskazał, pomimo obecności osób trzecich, że plac budowy może zostać przejety w dniu 21 września 2012 r. Tutaj też wykonawca odnosił się wyłącznie do kwestii finansowych nie wspominając o jakichkolwiek przeszkodach w przejściu placu budowy. Istotna jest wreszcie okoliczność, że jako podstawą odstąpienia od umowy (pismo z dnia 25 września 2012 r. – karty 373 – 374 akt) pozwany – powód wzajemny uczynił wyłącznie okoliczność dotyczącą celowego wprowadzenia go w błąd, nie natomiast braku przekazania placu budowy.

W konsekwencji więc uznać należało, że powódka - pozwana wzajemna skutecznie od umowy z dnia 10 sierpnia 2012 r. odstąpiła. Zresztą nawet przyjęcie, że w okolicznościach rozpatrywanego przypadku nie zostały spełnione przesłanki stosowania art. 635 k.c. nie uzasadniało uznania, że do zniweczenia węzła obligacyjnego nie doszło, co z kolei uzasadniałoby późniejsze złożenie takiego oświadczenia przez pozwanego – powoda wzajemnego. Podkreśla się w orzecznictwie, że jeżeli zamawiający odstępuje od umowy w sytuacji, gdy opóźnienie jest wynikiem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność, to odstąpienie na podstawie art. 635 k.c. jest bezskuteczne i w tej sytuacji należy je traktować, jako odstąpienie na podstawie art. 644 k.c. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2001 r., sygn. akt II CKN 365/00 - OSNC 2001/10/154). Konsekwencją tego jest, że wykonawca zachowuje prawo do wynagrodzenia (stosownie pomniejszonego). Zastrzeżenie kary umownej "w miejsce" wynagrodzenia mogłoby zostać uznane za dopuszczalne, jeżeli przyjąć, że art. 644 k.c. w tym zakresie ma charakter dyspozytywny, więc strony mogą w umowie odmiennie unormować skutki odstąpienia i np. zamiast wynagrodzenia przewidzieć karę umowną za odstąpienie (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt I ACa 75/13, LEX nr 1314854). Jak więc z powyższego wynika, pozwany – powód wzajemny nie mógł skutecznie od umowy odstąpić składając w tym przedmiocie późniejsze oświadczenie. Nie mogło ono wywrzeć jakiegokolwiek skutku z tej przyczyny, że wcześniej skutek taki wiązać należało z oświadczeniem pozwanej – powódki wzajemnej zawartym w piśmie z dnia 24 września 2012 r. To ono spowodowało wygaśnięcie umowy niezależnie od tego, czy jego podstawy upatrywać w treści art. 635 k.c., czy też art. 644 k.c. (choć Sąd Apelacyjny uznał, że zaistniały w okolicznościach niniejszej sprawy przesłanki stosowania pierwszej z tych regulacji). W tych okolicznościach tylko marginalnie podnieść należy

odnośnie kwestii skuteczności odstąpienia od umowy przez pozwanego – powoda wzajemnego, że przepis art. 656 § 1 k.c. określa w sposób enumeratywny zamknięty przedmiotowy zakres dopuszczalnego odpowiedniego stosowania przepisów poświęconych umowie o dzieło do stosunku prawnego zawiązanego w wyniku zawarcia umowy o roboty budowlane. Na jego podstawie dopuszczalne jest zatem odpowiednie stosowanie tylko następujących przepisów, regulujących umowę o dzieło, do umowy o roboty budowlane: art. 635 k.c., art. 636 § 1 i § 2 k.c., art. 638 k.c. i art. 644 k.c. Ten taksatywnie przedmiotowo określony zakres dopuszczalnego odpowiedniego stosowania wymienionych przepisów o umowie o dzieło oznacza, że nie może być mowy o luce w prawie, bowiem taka właśnie była wola ustawodawcy, której nie można naruszać ani korygować drogą rozszerzającej wykładni, ze szkodą dla spójności całego systemu prawnego. Przepis art. 656 § 1 k.c. jest bowiem przepisem szczególnym i dlatego nie może być rozszerzająco interpretowany (zob. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 11.I.2002 r. III CZP 63/01, OSNC 2002/9/106; wyrok Sądu Najwyższego z 19.XII.2002 r. II CKN 1334/00 - niepubl.; wyrok Sądu Najwyższego z 7.VI.2001 r. III CKN 324/00 - niepubl.; wyrok Sądu Najwyższego z 20.XI.1998 r. III CKN 913/97 - niepubl.; wyrok Sądu Najwyższego z 5.VI.1998 r. III CKN 534/97 - niepubl.; wyrok Sądu Najwyższego z 6.V.2004 r., II CK 315/03, OSP 2005/5/60). Za rozszerzeniem tego katalogu nie przemawia argument o luce w prawie, sugerujący odpowiednio stosować art. 640 k.c. do umowy o roboty budowlane i przyznaniem przyjmującemu zamówienie wykonawcy uprawnienia do odstąpienia od umowy z przyczyn niewspółdziałania zamawiającego przy wykonywaniu umowy (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. akt I ACa 472/13, LEX nr 1353800). Niezależnie od powyższego wskazać należy, że na tle stosowania art. 640 k.c. w orzecznictwie podnosi się, iż o tym, czy i w jakim zakresie obowiązek współdziałania obciąża zamawiającego, decyduje bądź właściwość wykonywanego dzieła (bez współdziałania zamawiającego wykonanie dzieła nie jest w ogóle możliwe), bądź też treść umowy. W innych natomiast wypadkach, chociażby nawet za współdziałaniem przemawiał interes przyjmującego zamówienie, nie może on żądać współdziałania od zamawiającego. Współdziałanie stron umowy o dzieło w praktyce z reguły polega na dokonywaniu czynności faktycznych lub prawnych, koniecznych z punktu widzenia procesu wytwarzania dzieła (np. dostarczenie planów, materiałów, udzielenie wskazówek), bądź też na umożliwieniu przyjmującemu zamówienie wykonania zdjęć, wpuszczeniu na teren budowy, udostępnieniu pomieszczeń itp. (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 1999 r., II CKN 426/98, OSNC 2000/2/32). Brak potrzebnego współdziałania zamawiającego nie może natomiast polegać na odmowie przez zamawiającego zawarcia aneksu do umowy, w którym czy to rozszerzony zostanie zakres przedmiotu zamówienia, czy też ustalone zostanie nowe, wyższe wynagrodzenie, a taka sytuacja zaistniała w niniejszej sprawie.

Brak złożenia skutecznego oświadczenia o odstąpieniu od umowy przez pozwanego wzajemnego uniemożliwiło mu więc naliczenie z tego tytułu kar umownych.

Kara umowna jest instytucją kodeksową uregulowaną w art. 483 i 484 k.c. Zastrzeżona przez strony w umowie kara umowna stanowi odzwierciedlenie regulacji art. 483 § 1 k.c. dopuszczającej możliwość zastrzeżenia w umowie swoistej sankcji cywilnoprawnej, zryczałtowanej postaci odszkodowania, jako formy naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Stanowi ona surogat odszkodowania mającego kompensować negatywną dla wierzyciela konsekwencję wynikającą z niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania i jako taka z woli stron zostaje powiązana z określoną postacią nienależytego wykonania zobowiązania bądź jako następstwo niewykonania zobowiązania. W obecnym orzecznictwie, jak i doktrynie powszechny jest pogląd łączący istotę kary umownej z odpowiedzialnością *ex contractu*. Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej określonej w art. 483 § 1 k.c. pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c. i nast.), co wynika tak z celu kary umownej, jak i umiejscowienia przepisów jej dotyczących w kodeksie cywilnym wśród przepisów działu stanowiącego o skutkach niewykonania zobowiązania. Kara umowna należy się wtedy, gdy poza przesłankami wymienionymi w art. 483 k.c. zostały spełnione przesłanki odpowiedzialności *ex contractu* (z wyłączeniem wykazywania szkody – uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., sygn. akt III CZP 61/83, OSNC 2004, Nr 5, poz. 69). Dłużnik może zatem uwolnić się od zapłaty kary umownej na ogólnych zasadach wykazując, że wskazywana przez wierzyciela przyczyna niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie uzasadnia jego odpowiedzialności, brak zawinienia po swojej stronie. Dla skuteczności żądania kary umownej nie jest wystarczające

tylko samo odstąpienie od umowy przez zamawiającego - gdy to na gruncie regulacji art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. może nastąpić w przypadku wystąpienia po stronie wykonawcy samego opóźnienia - niezależnie od tego czy nosi ono znamiona winy, czy wynika z okoliczności za które w myśl ogólnych przepisów odpowiada wykonawca, przy czym skuteczność odstąpienia od umowy uwarunkowana jest nieistnieniem prawa wstrzymania się ze świadczeniem po stronie wykonawcy. Dla kreowania roszczeń odszkodowawczych związanych z odstąpieniem od umowy opartym na regulacji art. 635 k.c. tak na zasadach ogólnych, jak i z tytułu kary umownej będącej surogatem odszkodowania, w szczególności zważywszy na treść zastrzeżenia umownego w tym przedmiocie, niezbędne jest wystąpienie zawinienia po stronie wykonawcy.

Strony w § 9 pkt. 1 i 2 umowy z dnia 10 sierpnia 2012 r. przewidziały dla każdej z nich uprawnienie do naliczenia takich kar w sytuacji odstąpienia od umowy w wysokości 10% łącznej wartości wynagrodzenia. Co najistotniejsze, w każdym przypadku strony przewidziały, że odstąpienie musi nastąpić z winy strony przeciwnej (odpowiednio wykonawcy lub zamawiającego). Tak więc umowny sposób ukształtowania kary umownej nie odbiegał od wzorca ustawowego. Oznacza to, że spełnione musiały zostać łącznie dwie przesłanki. Po pierwsze musiały zaistnieć tego rodzaju okoliczności, które uzasadniały odstąpienie od umowy. Po drugie musiało ono nastąpić z przyczyn leżących po stronie przeciwnej w stosunku do strony odstępującej od umowy. Jak już wyżej zasygnalizowano, nie sposób poczynić tego rodzaju ustaleń. Analizując zgromadzony materiał dowodowy dojść bowiem należy do wniosku, że nie zaistniała sytuacja, w której wyłączną winę za niewykonanie umowy ponosi jedna strona umowy. Ustalenie to determinuje z jednej strony uznanie, że powódka – pozwana wzajemna mogła odstąpić od umowy na podstawie art. 635 k.c., a z drugiej strony, że nie ziszcili się po żadnej ze stron wskazane wyżej przesłanki naliczenia kar umownych. Pozwany – powód wzajemny w ogóle nie mógł odstąpić od umowy, albowiem wcześniej skutecznie uczyniła to powódka – pozwana wzajemna. Ta natomiast wprawdzie od umowy odstąpiła, jednakże nie mogła naliczyć kar umownych, albowiem okoliczności, które to spowodowały nie leżały wyłącznie po stronie wykonawcy. Zresztą ta uwaga odnosi się również do pozwanego – powoda wzajemnego. Kwestia przyczyn odstąpienia od umowy wiązała się z oceną, czy dostarczona pozwanemu – powodowi wzajemnemu dokumentacja przetargowa, a w szczególności projekty po pierwsze pozwalały na złożenie precyzyjnej oferty, a z drugiej strony, czy dokumentacja projektowa, którą dysponował na etapie rozstrzygnięcia przetargu i podpisywania umowy była tożsama z dokumentacją, którą otrzymał w dniu 13 sierpnia 2012 r. Należy przy tym zaznaczyć, wobec skoncentrowania się stron na etapie postępowania apelacyjnego wyłącznie na zagadnieniach związanych z zastosowaniem systemu (...), że przedmiotem oceny w tym względzie winna być cała dokumentacja, a więc również w części dotyczącej zastosowania elementów szklanych oraz aluminiowych.

Zgromadzone w sprawie dowody, w tym w szczególności opinie obu powołanych biegłych sądowych z zakresu budownictwa pozwalają na ocenę, że po pierwsze przesłane pozwanemu – powodowi wzajemnemu projekty zarówno w części papierowej, jak i elektronicznej były nieprecyzyjne, pozwalające na różną interpretację kwestii wykonania ścian, a po drugie, że wersja papierowa projektu przesłana pozwanemu – powodowi wzajemnemu była odmienna od tej, którą dysponował sporządzając swoją ofertę. W tym miejscu zaznaczenia wymaga, że wbrew stanowisku pozwanego – powoda wzajemnego, zostały mu dostarczone i to przed podpisaniem umowy elektroniczne wersje projektu budowlanego oraz wykonawczego. Okoliczność ta jednoznacznie wynika z treści zapytania ofertowego (karty 56 – 60 akt). W liście załączników wymieniono w nim płytę CD z dokumentacją projektową PB, PW (z brakiem rozwiązania ryglówki), wizualizacje, PW wodociągu w ul. (...). Powódka – pozwana wzajemna dołączyła do pozwu książkę nadawczą, z której zapisu zamieszczonego pod pozycją 7 dane adresowe pozwanego – powoda wzajemnego oraz sposób dostarczenia przesyłki (karty 61 – 62 akt). Do pozwu dołączona została również sama płyta. Z kolei z treści pisma powódki – pozwanej wzajemnej z dnia 10 lipca 2012 r. (karta 64 akt) wynika, że w uzupełnieniu dokumentacji technicznej przekazano kompletny projekt wykonawczy branży konstrukcyjnej, a załącznik do tego pisma stanowiła kolejna płyta CD, która została dołączona do akt. Ponownie też skarżąca przedstawiła książkę nadawczą z oznaczeniem danych pozwanego – powoda wzajemnego (karty 65 – 66 akt). Podkreślenia wymaga, że na etapie przed zawarciem umowy B. D. nie zgłaszał jakichkolwiek zastrzeżeń co do przesyłanej mu korespondencji, a przede wszystkim odnośnie tego, że jest ona niekompletna, nie zawiera załączników w niej wymienionych, a już w szczególności płyt CD. W świetle tych dowodów zupełnie pozbawione podstaw były jego zarzuty dotyczące przedstawienia przez skarżącą płyt CD o innej treści, niż te, które otrzymał. Powódka – Pozwana wzajemna, co oczywiste, nie dysponowała płytami przesłanymi

pozwanemu – powodowi wzajemnemu na etapie postępowania przetargowego. Stąd logiczne było posłużenie się płytami przesłanymi innemu uczestnikowi tego postępowania, tym bardziej, że dokumentacja ta była tożsama dla wszystkich oferentów. Jednocześnie pozwany – powód wzajemny podnosząc tego rodzaju twierdzenia nie naprowadził jakichkolwiek dowodów pozwalających na zweryfikowanie jego stanowiska. W szczególności, co byłoby najprostsze, nie przedstawił płyt, które w trakcie przetargu otrzymał. Pozwoliłyby one na ocenę, jakie konkretnie materiały w zakresie dokumentacji projektowej otrzymał. Pozwany – powód wzajemny nie przedstawił przy tym okoliczności, z których wynikałoby, że nie mógł ich przedstawić w toku całego postępowania sądowego. Stąd też podniesiony zarzut uznać należało za złożony wyłącznie na potrzeby procesu. W związku z powyższym Sąd oparł się na danych zawartych na tych płytach. Niezasadny przy tym okazał się podniesiony już na etapie postępowania apelacyjnego zarzut dotyczący dokonania zmian na płycie oznaczonej jako załącznik do pozwu „iii”. Rzeczywiście, na płycie tej pojawiły się katalogi opatrzone datą 24 stycznia 2016 r. W tym okresie akta znajdowały się u biegłego sporządzającego opinię. Z pisemnej opinii biegłego z zakresu informatyki R. N. (2) z dnia 6 września 2016 r. (karty 872 -879 akt) oraz z ustnych wyjaśnień tego biegłego złożonych na rozprawie w dniu 21 grudnia 2016 r. wynika, że na płycie znajdują się zapisy dwóch sesji – pierwszej z 9 lipca 2012 r. oraz drugiej z dnia 24 stycznia 2016 r. Co najistotniejsze biegły wskazał, że w obu sesjach nie ma plików, które różniłyby się zawartością pomiędzy sobą. Prosto rzecz ujmując na płycie znalazły się dwa dokładnie takie same zapisy. Tym samym brak podstaw do sformułowania wniosków dotyczących sfałszowania dowodu. Biegły przy tym nie był w stanie określić jednoznacznie zdarzenia, w trakcie którego do takiego ponownego zapisu doszło (np. drukowanie, sporządzanie kopii). Nie miało to jednak jakiegokolwiek znaczenia dla oceny wiarygodności dowodu.

Wracając do kwestii tożsamości przesłanych pozwanemu – powodowi wzajemnemu projektów oraz ich czytelności wskazać należy w pierwszym rzędzie, że jak słusznie podnosił, projekty w warstwie opisowej przesłane przed zawarciem umowy oraz w dniu 13 sierpnia 2012 r. różniły się zdecydowanie i to w zakresie wykonania ścian.

W zapytaniu ofertowym (karty 56 – 60 i 293 - 297 akt) w pkt. III wskazano, że przedmiotem postępowania jest wybór Generalnego Wykonawcy w celu realizacji budowy hali produkcyjnej z zapleczem socjalno – biurowym wraz z infrastrukturą towarzyszącą, zagospodarowania jego otoczenia. Obowiązkiem Generalnego Wykonawcy będzie realizacja całości inwestycji budowlanej pod nadzorem Inżyniera kontraktu – Spółki (...). W pkt. VII.2 sformułowano jednoznaczne wymaganie, by oferta sporządzona została na podstawie opracowanych przez Generalnych wykonawców kosztorysów ofertowych w oparciu o załączoną dokumentację projektową oraz wizję lokalną w terenie. Kosztorysy ofertowe powinny składać się z następujących części:

- pkt. 4 – hala cz. produkcyjna: pkt. 3.3 – konstrukcja nadziemna (stan surowy zamknięty),

pkt. 3.4 posadzka przemysłowa, pkt. 3.5 roboty

wykończenia;

- pkt. 5 – hala cz. socjalno – biurowa: pkt. 4.3 konstrukcja nadziemna (stan surowy

zamknięty),

pkt. 4.4 roboty wykończenia;

Jednocześnie w projekcie budowlanym z lutego 2012 r. (karty 298 – 323 akt) dostarczonym pozwanemu – powodowi wzajemnemu na etapie postępowania przetargowego odnośnie ścian znalazły się następujące zapisy:

- pkt. 5.2 – ściany kondygnacji murowane z bloczków wapienno – piaskowych 15 Mpa;

- pkt. 7.0 – stropy i ściany należy betonować odcinkami nie dłuższymi, niż 15 metrów;

Jak z powyższego wynika nie znalazły się w tej części projektu jakiegokolwiek zapisy dotyczące czy to wykonania ścian z płyt warstwowych, a już w szczególności z płyt typu (...), czy też ścian wykonanych z paneli szklanych, czy aluminiowych (żaluzji). Co więcej, sugerowały one zupełnie inną technologię wykonania ścian, a mianowicie w formie

murowanej, ewentualnie betonowej. Dokładnie takie same zapisy znalazły się w projekcie budowlanym z maja 2012 r. (karty 185 – 190 i 324 – 345 akt) także przesłanym pozwanemu – powodowi wzajemnemu przed podpisaniem umowy. W pkt. 5.2 wskazano – ściany kondygnacji murowane z bloczków wapienno – piaskowych 15 Mpa, a w pkt. 7.0 – stropy i ściany należy betonować odcinkami nie dłuższymi, niż 15 metrów. Także więc w tym przypadku brak było danych dotyczących wspomnianych wyżej rozwiązań w zakresie ścian. Uwzględnić przy tym należy również treść zasadniczego dla sporządzenia oferty dokumentu w postaci harmonogramu rzeczowo – finansowy (załącznik nr 4, karty 48 i 355 akt). To bowiem jego postanowienia miały stanowić podstawę sporządzonej wyceny ofertowej przedmiotu przyszłej umowy. Podkreślali to zresztą obaj biegli wskazując na znaczenie właśnie tego elementu dokumentacji projektowej dla formułowania treści oferty, a także wskazując na podstawowe znaczenie dokumentacji projektowej w wersji papierowej, a nie elektronicznej. W harmonogramie natomiast znalazły się następujące zapisy:

- pkt. 3.3 – hala cz. produkcyjna - konstrukcja nadziemna (stan surowy zamknięty), ściany zewnętrzne osłonowe, ściany działowe wewnętrzne, podkładki pod posadzki, konstrukcja stalowa: kratownica, słupy, poszycie z blach trapezowych na k. stalowej, pokrycie dachu z ociepleniem, stolarka otworowa;

- pkt. 5.3 – hala cz. biurowa - konstrukcja nadziemna (stan surowy zamknięty), ściany zewnętrzne, ściany wewnętrzne działowe, strop, konstrukcja stalowa, ocieplenie i pokrycie, poszycie dachu z blach, stolarka otworowa.

Zestawienie tych dokumentów niewątpliwie nie pozwala, co ponownie podkreślili obaj biegli, na jednoznaczne ustalenie, że przedmiotem wykonania winny być ściany w technologiach innych, niż murowane. Należy zwrócić uwagę, że złożone przez pozwanego – powoda wzajemnego oferty przetargowe z dnia 23 lipca 2012 r. (karty 54 – 55 i 68 – 69 akt), a także mail z dnia 10 sierpnia 2012 r. (karty 76 – 78 akt) odpowiadają w pełni poszczególnym zapisom harmonogramu stanowiąc dokładne powtórzenie jego poszczególnych punktów ze wskazaniem proponowanych kwot.

Zupełnie odmienna jest natomiast treść części opisowej projektów przesłanych pozwanemu – powodowi wzajemnemu w dniu 13 sierpnia 2012 r. W projekcie budowlanym z lutego 2012 r. (karty 125 – 138 akt) znalazły się bowiem następujące zapisy:

- pkt. 9.2 - „ściany”;

- pkt. 9.2.1. - ściany nośne - ściany kondygnacji murowane z bloczków wapienno pisakowych;

- pkt. 9.2.2. – ściany osłonowe – ściany zewnętrzne budynku zaprojektowano w lekkiej konstrukcji z płyt warstwowych w układzie poziomym i pionowym np. (...), w rejonie łącznika, od strony hali i części biurowej zastosowano jako okładzinę ściany panele szklane (...) (ewentualnie (...)), podwójne szklenie, pionowy układ;

- pkt. 9.2.3. – ściany działowe – ściany działowe murowane 12 cm z cegły S., część ścian wykonane będzie jako gipsowo – kartonowe;

- pkt. 9.6.2. - izolacja termiczna – ściany zewnętrzne – płyta warstwowa 10 cm;

- pkt. 9.7.1. - elementy wykończeniowe zewnętrzne – z płyt warstwowych w układzie pionowym i poziomym, np. (...) gr. 10 cm, kolor (...) i kolor biały RAL 9010 – patrz rysunki elewacji., w rejonie łącznika od strony hali i części biurowej zastosowano jako okładzinę ściany panele szklane typu (...), ewentualnie (...), podwójne szklenie, pionowy układ (karta 133 akt) oraz w rejonie łącznika od strony hali części biurowej zastosowano jako okładzinę ściany panele szklane (...), podwójne szklenie, pionowy układ (karta 134 akt), na elewacji frontowej żaluzja stała aluminiowa np. (...), kolor srebrny RAL 9006, żaluzje ruchome np. (...), kolor zbliżony do RAL 7016. Ponadto w części graficznej jest oznaczone w materiale elewacyjnym szkło profilowe np. (...), podwójne szklenie, pionowy układ profili w poz. 4, żaluzje stałe aluminiowe np. (...), kolor srebrny RAL 9006 pod poz. 5 oraz żaluzje np. (...), kolor grafitowy RAL 7016.

Jak z powyższego wynika, w tym przypadku nastąpiła zasadnicza zmiana w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie wykonawstwa ścian. Oprócz bowiem zapisów dotyczących samego w sobie ich wybudowania (stan surowy zamknięty) pojawiły się zapisy dotyczące zastosowania płyt warstwowych i to w konkretnej technologii, zastosowanie paneli

szklanych, czy żaluzji aluminiowych, a także sprecyzowanie dotyczące sposobu wykonania ścian działowych. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że bezprzedmiotowa jest ta część apelacji, która odnosi się do rozumienia pojęcia „stan surowy zamknięty”. Okoliczność ta jednoznacznie wynika zarówno z treści projektów i to niezależnie od wersji, jak i z harmonogramu rzeczowo finansowego oraz złożonej oferty. Tego rodzaju twierdzeń nie podnosił również pozwany – powód wzajemny. Istota sprawy odnosiła się nie do tego, czy ściany mają w ogóle być wykonane, ale do tego w jakiej ma to nastąpić technologii, tj. czy w formie murowanej, czy też z płyt warstwowych, elementów szklanych i aluminiowych. Podniesienie tego rodzaju argumentacji jest o tyle zasadne, że Sąd I instancji rzeczywiście odnosił się do kwestii uzyskania pozwolenia na użytkowanie w kontekście zakresu prac objętych umową.

Wracając do rozbieżności w poszczególnych wersjach projektu wskazać należy również, że projekt wykonawczy z czerwca 2012 r. dostarczony pozwanemu – powodowi wzajemnemu w dniu 13 sierpnia 2012 r. (karty 245 – 266 akt) zawierał dokładnie takie same postanowienia jak w przedstawionym wyżej projekcie budowlanym z zachowaniem zresztą dokładnie takiej samej numeracji. Dodania wymaga, że w projektach tych, a konkretnie w ich warstwie rysunkowej znalazły się rozwiązania dotyczące płyt warstwowych (...). W ocenie biegłych niejednoznaczna w zestawieniu z częścią opisową projektu była również część rysunkowa zawarta na przesłanych pozwanemu – powodowi wzajemnemu płytach CD. W tym zakresie opinie sporządzone przez obu biegłych tak na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego, jak i przed Sądem Apelacyjnym uzupełniają się wzajemnie. O ile bowiem biegły J. W. skoncentrował się na kwestiach związanych z zastosowaniem elementów szklanych i aluminiowych (stąd zasadne okazały się zawarte w apelacji zarzuty do sporządzonej opinii), o tyle biegły A. A. odniósł się przede wszystkim do zagadnienia dotyczącego zastosowania płyt warstwowych.

Biegły Sądowy J. W. w pisemnej opinii z dnia 26 maja 2014 r. (karty 481 – 525 akt) wskazał, że projekt wykonawczy przesłany pozwanemu – powodowi wzajemnemu na płytach CD nie stanowił tożsamego projektu z wysłanym z zapytaniem ofertowym, a zmiana nie dotyczyła zakresu inwestycji, co nie nałożyło na oferentów jednoznacznie obowiązku zastosowania rozwiązań przekazanych zawartych w tymże załączniku. W zapytaniu określony został sposób sporządzenia kosztorysu ofertowego, a zakres robót wskazany na kartach 57 i 58 akt. W zestawieniu tym nie ujęto robót elewacyjnych, fasady szklanej, oblicowania ścian panelami szklanymi oraz żaluzji zewnętrznych (strona 13 opinii). Projekt budowlany przedłożony przez powódkę – pozwaną wzajemną (z 13 sierpnia 2012 r.) jest odmienny od zamiennego projektu budowlanego przedłożonego przez pozwanego – powoda wzajemnego. W pierwszym projekcie w rejonie łącznika od strony hali i części biurowej zastosowano jako okładzinę ściany panele szklane typu (...), ewentualnie (...), podwójne szklenie, pionowy układ (karta 133 akt) oraz w rejonie łącznika od strony hali części biurowej zastosowano jako okładzinę ściany panele szklane (...), podwójne szklenie, pionowy układ (karta 134 akt), na elewacji frontowej żaluzja stała aluminiowa np. (...), kolor srebrny RAL 9006, żaluzje ruchome np. (...), kolor zbliżony do RAL 7016, ponadto w części graficznej jest oznaczone w materiale elewacyjnym szkło profilowe np. (...), podwójne szklenie, pionowy układ profili w poz. 4, żaluzje stałe aluminiowe np. (...), kolor srebrny RAL 9006 pod poz. 5 oraz żaluzje np. (...), kolor grafitowy RAL 7016. Podobnie jest w projekcie wykonawczym wysłanym 13 sierpnia 2012 r. Biegły dodał, że nigdzie nie ma zestawienia tych elementów. Wskazał, że projekt uniemożliwiał zamówienie profili szklanych oraz żaluzji stałych i ruchomych, a projekty nie były kompletne. Co istotne, w ocenie biegłego brak zbiorczych zestawień uprawdopodobniał, że elementy te nie są przedmiotem zamówienia, szczególnie że nie były one jednoznacznie sprecyzowane, czy wręcz ujęte w zapytaniu ofertowym. Jak dodał, w praktyce budowlanej jest oczywistym, że nie ujęcie tak ważnego elementu jakim są fasady i elewacje w zapytaniu ofertowym oraz brak ich w części ekonomicznej (kosztorysowej) powoduje, że oferent pomija te elementy w swojej ofercie uznając, że nie stanowią one przedmiotu zamówienia. Ponieważ w zapytaniu ofertowym powódka – pozwana wzajemna nie wskazała jednoznacznie, że w wycenie należy ująć szkło profilowane na elewacjach oraz żaluzje, to pozwany nie miał obowiązku wyceniać tych elementów, pomimo, że w projekcie budowlanym one występują, zapytanie ofertowe nie musi obejmować tych elementów. W zapytaniu ofertowym powódki, do którego został załączony projekt z lutego 2012 r. (część opisowa) brak jest punktu dotyczącego elewacji, w tym fasad szklanych i żaluzji. Nie wynika z niego jednoznacznie, że oferta musi zawierać systemową fasadę szklaną, stałe i ruchome żaluzje przeciwsłoneczne. Co więcej lakoniczne zapisy projektów nie określają żadnych parametrów technicznych i powierzchniowych elementów okładziny ściany panelami szklanymi i montażu żaluzji stałych i ruchomych. Biegły

dodał, że żaden z projektów w części graficznej nie zawierał zestawień i wykazów tych elementów. Nastąpiło to dopiero w projekcie z 13 sierpnia 2010 r. Biegły skonkludował, że zapis o stanie surowym zamkniętym nie wskazuje, że obejmuje elementy wykończenia zewnętrznego z elewacją i szklana fasadą systemową z żaluzjami zewnętrznymi, a na płytach CD przewidziane było zastosowanie szklanej fasady systemowej jako elementu elewacji. Podobne stanowisko wyraził biegły w ustnej uzupełniającej opinii złożonej na rozprawie w dniu 1 września 2014 r. (karty 575 – 580 akt). Dodał przy tym, że w projektach pojawiają się terminy dotyczące okładziny ścian, czy ich obłożenia. Pojęcia te zresztą dotyczyły nie tylko paneli szklanych, czy też elementów aluminiowych, ale także paneli (...). Panele natomiast mogą być okładziną lub przy innym typie mogą być samą ścianą, ale projekt tego nie precyzował. Co istotne ani projekt budowlany, ani wykonawczy dostarczony do opracowania oferty nie zawierał rozwiązań technicznych dotyczących paneli. Biegły podkreślił, że harmonogram do umowy nie ujmuje elewacji, dotyczy tylko stanu surowego zamkniętego, nie ma tam paneli i elementów szklanych. Podobne stanowisko zaprezentował biegły również w ustnych wyjaśnieniach do sporządzonej opinii złożonych już na etapie postępowania apelacyjnego na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2015 r. (karty 632 – 634 akt). Ponownie podkreślił posłużenie się w projektach pojęciem obłożenia ścian, co w sensie technicznym oznacza, że panele nie tworzą ściany.

Odnosnie systemu (...) biegły wskazał, że pojęcie to się w projektach znajdujących się na płytach CD w części graficznej, podobnie, jak w części opisowej, ale zestawienie poszczególnych zapisów, czy elementów dokumentacji nie jest jednoznaczne, wskazał na posługiwanie się zarówno pojęciem paneli, jak i płyt warstwowych. Tożsame wnioski wynikają z opinii sporządzonych biegłego A. A.. W pisemnej opinii z września 2015 r. (karty 674 – 685 akt) biegły podniósł, że prezentacja projektu na płytkach jest nieczytelna. W projekcie nie było opisu elementów konstrukcyjnych ścian, ani ich znaczenia ogólnobudowlanego i konstrukcyjnego. Ponadto zapis o podwójnym obłożeniu ścian panelami szklanymi jest nieprawdziwy – panele te stanowią wprost ścianę zewnętrzną. W ustnych wyjaśnieniach złożonych na rozprawie w dniu 17 grudnia 2015 r. (728 – 731 akt) oraz na rozprawach w dniach 21 kwietnia 2016 r. (karty 813 – 817 akt), 17 maja 2016 r. (karty 839 – 840 akt) biegły w pierwszej kolejności jednoznacznie wskazał, że z części opisowej projektów przesłanych pozwanej – powodowi wzajemnemu na etapie postępowania przetargowego nie sposób wywnioskować, że ściany miały być wykonane z płyt warstwowych podkreślając przy tym zmianę opisu w projektach przekazanych w dniu 13 sierpnia 2012 r. W dalszej kolejności biegły wskazał, że zapisy projektów są mylące, nieprecyzyjne, chociażby w części zawierającej zapis „ściany kondygnacji”, który nie został w żaden sposób doprecyzowany. Biegły wskazał, także po odtworzeniu zapisów na płytach CD, że pojawiają się tam zarówno zapisy, jak i rysunki dotyczące płyt warstwowych, jednakże sposób ich zaprezentowania nie pozwalał na jednoznaczną interpretację. Dodał, że w takiej sytuacji już tylko same dokonanie wyliczenia ofertowego było możliwe, ale olbrzymie utrudnienia, wymaga mrówczej pracy, by znaleźć stosowne rozwiązania tym bardziej, że nie było wersji papierowej. Dopiero w nowym projekcie (z 13 sierpnia 2012 r.) nastąpiło doprecyzowanie tych kwestii. W legendzie nie było użytego nazewnictwa do płyt osłonowych, były one zaznaczone graficznie, ale nie było oznaczenia (...) i dopiero w projekcie z 13 sierpnia 2012 r. się ono pojawiło. Biegły dodał, że same zastosowanie ryglówki wskazuje na zastosowaną technologię, co z kolei nie przystaje do części opisowej projektów i treści harmonogramu stanowiącego podstawę formułowania oferty. Biegły zresztą odnosząc się do warstwy rysunkowej zawartej na płytach CD wskazał, że ujęte w nich elementy podwaliny mogą wskazywać zarówno na technologię wykonania ścian z płyt warstwowych, jak i murowanych, co w połączeniu z częścią opisową budzi wątpliwość. Do podobnych wniosków biegły doszedł na podstawie analizy rysunków znajdujących na kartach 343, 344 i 345 akt. Zresztą już sam fakt trudności w odczytaniu projektu przez biegłego, pomimo znajdowania się w nim zapisów i rysunków dotyczących płyt warstwowych wskazuje, że projekt nie był jednoznaczny, jasny, klarowny, a nawet przynajmniej częściowo sprzeczny w zestawieniu z częścią opisową rzeczywiście sprawiło problemy z właściwym jego odczytaniem.

Reasumując więc uznać należało, że odstąpienie od umowy przez zamawiającego, choć skuteczne, nie uzasadniało skorzystania przez powódkę – pozwaną wzajemną z uprawnienia do naliczenia kar umownych. Nie sposób bowiem uznać, że nastąpiło wyłącznie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Stwierdzić jednak należy z całą stanowczością, że podobne stanowisko odnieść należy do zachowania się pozwanego – powoda wzajemnego.

Poza sporem bowiem pozostawała okoliczność, że składają swoją ofertę oparli się właściwie wyłącznie na części opisowej projektu oraz harmonogramie rzeczowo – finansowym. Z powodu trudności technicznych nie zapoznał się bowiem z projektami znajdującymi się na płytach CD. Tego rodzaju zachowanie uznać należy za całkowicie nieprofesjonalne, za nie mieszczące się w mierniku staranności właściwej dla profesjonalnych uczestników obrotu gospodarczego. Trudno bowiem zaakceptować sytuację, w której pozwany – powód wzajemny składa swoją ofertę nie zaznajamiając się z projektem, na podstawie, którego prace ma wykonać i to przy uwzględnieniu, że podstawą jej formułowania miała stanowić właśnie dokumentacja projektowa. Co więcej bez jej znajomości pozwany – powód wzajemny podpisał umowę zobowiązując się wykonać prace wyszczególnione w dokumentacji. Postawa więc wykonawcy wykluczała możliwość stosownej reakcji na etapie postępowania przetargowego, uniemożliwiała wychwycenie ewentualnych nieścisłości, uniemożliwiała sformułowanie stosownych pytań kierowanych do zamawiającego, uniemożliwiała w ogóle szczegółowe zapoznanie się nie tylko z zakresem prac objętych umową, ale także zastosowanymi technologiami itd. Inaczej rzecz ujmując, pozwany – powód wzajemny złożył ofertę nie mając pełnej świadomości, jak kształtować się będzie jego świadczenie. Oczywiście w orzecznictwie wskazuje się, że wynikający z art. 651 k.c. obowiązek wykonawcy niezwłocznego zawiadomienia inwestora o tym, że dostarczona dokumentacja, teren budowy, maszyny, lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót dotyczą każdego momentu w trakcie realizacji robót, w którym wykonawca dowiedział się o konkretnych nieprawidłowościach. Przepis ten zaś nie może być odczytywany w sposób nakładający na wykonawcę obowiązek dokonywania w momencie przystąpienia do przetargu, czy podpisywania umowy, szczegółowego merytorycznego sprawdzenia przedstawionego mu projektu, wymagającego specjalistycznych obliczeń, wiedzy z zakresu projektowania, w celu wykrycia ewentualnych wad. Do obowiązków wykonawcy nie należy bowiem specjalistyczne badanie projektu, a jedynie musi on umieć odczytać projekt i realizować inwestycje zgodnie z jego założeniami oraz zasadami sztuki budowlanej (wyrok Sądu Najwyższego z 27 marca 2009 r., sygn. akt III CKN CZ9/98 - OSNC 2000, Nr 9, poz. 173, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 20 września 2012 r., sygn. akt V ACa 286/12, LEX nr 1223191). Nie oznacza to jednak, że oferent w ogóle nie musi zapoznawać się z projektem, w szczególności, gdy jednym z warunków postępowania przetargowego było zaznajomienie się z dokumentacją projektową, a ponadto niejasności, czy wręcz sprzeczności w dokumentacji były tak istotne. Tak więc nawet, gdyby założyć, że pozwany – powód wzajemny skutecznie od umowy odstąpił, nie zaistniały przesłanki do naliczenia kar umownych.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, apelację powódki – pozwanej wzajemnej w sprawie z powództwa głównego należało oddalić jako bezzasadną na podstawie art. 385 k.p.c., natomiast w sprawie z powództwa wzajemnego należało ją uwzględnić w całości, a tym samym zmienić zaskarżony wyrok na podstawie art. 386 § 1 k.p.c.

Podstawę rozstrzygnięcia o kosztach procesu zarówno w postępowaniu przed Sądem I instancji, jak i w postępowaniu apelacyjnym stanowiły przepisy art. 108 k.p.c. i art. 98 § 1. Zgodnie z pierwszym z nich, sąd rozstrzyga o kosztach w każdym orzeczeniu kończącym sprawę w instancji. Jednocześnie art. 98 § 1 k.p.c. stanowi, że strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu).

Jak wyżej wskazano w sprawie z powództwa głównego apelacja powódki – pozwanej wzajemnej podlegała oddaleniu w całości, co oznacza, że powinna ona zwrócić pozwanemu – powodowi wzajemnemu poniesione przez niego koszty, na które składało się wyłącznie wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 5.400 zł ustalone na podstawie § 6 pkt. 7 i § 12 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1349 z późniejszymi zmianami). Ponadto na etapie postępowania apelacyjnego poniesione zostały koszty związane ze sporządzaniem opinii przez biegłych sądowych w łącznej wysokości 4.144,80 zł. Uwzględniając, że wymagające wiedzy specjalnej okoliczności ustalone przy pomocy biegłych dotyczyły w równiej mierze powództwa głównego i wzajemnego uzasadnione było przyjęcie, że w każdej z tych spraw winny zostać uwzględnione w częściach równych. Stąd też w oparciu o przepis art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych należało je ściągnąć od powódki – pozwanej wzajemnej jako przegrywającej sprawę w kwocie 2.072,40 zł.

W sprawie z powództwa wzajemnego, wobec zmiany wyroku Sądu I instancji i oddalenia powództwa wzajemnego w całości należało uznać powódkę - pozwaną wzajemną za wygrywającą sprawę w całości. Tym samym pozwany - powód wzajemny winien jej zwrócić poniesione koszty. Na podstawie art. 108 § 1 zd. drugie k.p.c. Sąd rozstrzygając o samej zasadzie poniesienia kosztów pozostawił ich szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu.

Odnosnie kosztów postępowania apelacyjnego uznać należało, że powódka, pozwana wzajemna wygrała w całości sprawę wywołaną swoją apelacją, a tym samym pozwany – powód wzajemny winien jej zwrócić poniesione koszty, na które składała się opłata od apelacji w kwocie 7.500 zł, oraz wynagrodzenie pełnomocnika zarówno w sprawie wywołanej samą apelacją, jak i wniesionym zażaleniem w kwotach odpowiednio 2.700 zł i 1.800 zł ustalone na podstawie § 6 pkt. 6 i § 12 ust. 1 pkt. 2 oraz § 12 ust. 2 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1349 z późniejszymi zmianami). Nieuiszczone koszty sądowe (połowa wydatków związanych z przeprowadzeniem dowodów z opinii biegłych w kwocie 2.072,40 zł) zgodnie z treścią art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych należało ściągnąć od pozwanego powoda wzajemnego jako przegrywającego sprawę.

SSA T. Żelazowski SSA H. Zarzeczna SSA K. Górski