

Sygn. akt V AGa 9/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 marca 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Zofia Kołaczyk
Sędziowie:	SA Grzegorz Stojek SA Olga Gornowicz-Owczarek (spr.)
Protokolant:	Anna Fic

po rozpoznaniu w dniu 20 lutego 2019 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w J. przeciwko (...) Spółki Akcyjnej w T.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 5 listopada 2014 r., sygn. akt XIV GC 191/12,

I. uchyla zaskarżony wyrok w części zasądzonej kwotę 707.117,21 (siedemset siedem tysięcy sto siedemnaście 21/100) złotych (punkt 1) wraz z odsetkami od niej (punkt 1 tiret drugie) i w tym zakresie postępowanie umarza;

II. zmienia zaskarżony wyrok:

1. w punkcie 1 w ten sposób, że zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 10.900.114,55 (dziesięć milionów dziewięćset tysięcy sto czternaście 55/100) złotych wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od kwot:

- 1.902.401,25 złotych od dnia 30 czerwca 2009 r.,
- 3.622.053,72 złotych od dnia 3 sierpnia 2009 r.,
- 4.056.645,18 złotych od dnia 24 sierpnia 2009 r.,
- 1.319.014,40 złotych od dnia 24 lipca 2009 r.,

i w pozostałej części powództwo oddala;

2. w punkcie 3 w ten sposób, że zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 63.424,42 (sześćdziesiąt trzy tysiące czterysta dwadzieścia cztery 42/100) złote tytułem kosztów procesu;

III. oddala apelację w pozostałej części;

IV. zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 7.976 (siedem tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt sześć) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego;

V. nakazuje pobrać od powódki na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Apelacyjnego w Katowicach) kwotę 1.796,80 (jeden tysiąc siedemset dziewięćdziesiąt sześć 80/100) złotych tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych;

VI. nakazuje pobrać od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Apelacyjnego w Katowicach) kwotę 13.176,59 (trzynaście tysięcy sto siedemdziesiąt sześć 59/100) złotych tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

SSA Grzegorz Stojek	SSA Zofia Kołaczyk	SSA Olga Gornowicz-Owczarek
---------------------	--------------------	-----------------------------

Sygn. akt V AGa 9/18

UZASADNIENIE

Powódka Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w J. po ostatecznym określeniu żądania domagała się zasądzenia na jej rzecz od pozwanej (...) Spółka Akcyjnej w T. kwoty 16.917.355,21 zł obejmującej wartość roszezeń wynikających z umowy o generalne wykonawstwo budowy fabryki estrów metylowych zawartej przez strony w dniu 11 września 2008 r. oraz skapitalizowane odsetki w wysokości 433.519,20 zł wraz ustawowymi odsetkami od tej należności, a także zwrotu kosztów procesu.

Pozwana w odpowiedzi na pozew wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powódki na jej rzecz kosztów procesu.

Wyrokiem z dnia 4 sierpnia 2011 r. Sąd Okręgowy w Katowicach zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 707.117,21 zł z ustawowymi odsetkami i kosztami postępowania, w pozostałej części powództwo oddalił.

Sąd Okręgowy ustalił, iż pozwana była investorem fabryki estrów metylowych olejów roślinnych. W dniu 11 września 2009 r. pozwana zawarła z powódką umowę nr (...) o generalne wykonawstwo tej inwestycji. W pkt 2 umowy określającym jej przedmiot powódka zobowiązała się wybudować w ciągu 9 miesięcy fabrykę zdolną do rozruchu i produkcji, a pozwana zobowiązała się odebrać wykonany obiekt budowlany i zapłacić powodowi wynagrodzenie w wysokości określonej w umowie. Obowiązek wykonania przez powódkę fabryki zdolnej do rozruchu i produkcji został wyartykułowany w pkt 2.1, pkt 2.2.2.1, pkt 2.2.3.1 i w pkt 2.4 umowy. Umowa nie obejmowała dostaw dla części produkcyjnej fabryki z wyłączeniem montażu i robót budowlanych oraz innych, które zostały wymienione w umowie (pkt 2,3,1).

W pkt 2.9 umowy powódka złożyła oświadczenie, iż przed zawarciem umowy zapoznała się z wszelką dokumentacją dostępną na dzień podpisania umowy dotyczącą wykonania robót i dostaw, z terenem na którym ma być wybudowana fabryka, a także, iż ma wiedzę na temat wszelkich okoliczności związanych w jakikolwiek sposób z wykonaniem umowy przez generalnego wykonawcę i w związku z tym zrzekła się wobec inwestora podnoszenia jakichkolwiek zarzutów i/ lub roszezeń z tytułu braków tychże informacji.

W pkt 3.1 i pkt 3.2 umowy strony ustaliły, że za wykonanie przedmiotu umowy pozwana zapłaci powodowi wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 40.000.000 zł netto. Na podstawie pkt 4.1.1 umowy pozwana zobowiązana była zapłacić powodce w terminie 30 dni od daty podpisania umowy zaliczkę na poczet wynagrodzenia w wysokości 10% wartości netto umowy pod warunkiem przekazania przez powoda gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej zwrotu całkowitej kwoty zaliczki na rzecz inwestora.

W pkt 4.2.1. i pkt 4.3.1 umowy strony uzgodniły, że zapłata wynagrodzenia będzie następowała na podstawie faktur częściowych wystawianych przez powódkę na podstawie protokołów miesięcznego zaawansowania robót i dostaw zatwierdzonych przez inwestora (pkt 4.2.2 i pkt 4.3.3 umowy). Na podstawie pkt 13.1 umowy inwestor uprawniony był do zatrzymania każdorazowo 10% kwoty netto wynikającej z protokołów miesięcznego zaawansowania robót i dostaw. W pkt 15 umowy strony ustanowiły odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przez zapłatę kary umownej w wypadkach i wysokości określonych w podpunktach do tego postanowienia umowy.

W § 19 umowy strony ustaliły, że jeżeli generalny wykonawca będzie wykonywał przedmiot umowy w sposób wadliwy lub istotnie sprzeczny z umową inwestor może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin nie krótszy niż 14 dni, a po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu inwestor może odstąpić od umowy (pkt 19.1). W razie odstąpienia od umowy przez inwestora powódka zobowiązana była do sporządzenia inwentaryzacji robót przy udziale inwestora i przekazania inwestorowi planu budowy w terminie 7 dni od pisemnego powiadomienia go o odstąpieniu od umowy oraz do zapłaty kary umownej w wysokości 10% wynagrodzenia netto (pkt 19.2).

W pkt 21.5 strony postanowiły, że umowa nr (...) uchyła wszystkie dotychczasowe porozumienia i ustalenia stron dotyczące przedmiotu umowy. Umowa zawierała 8 załączników, w tym załącznik nr 3 Harmonogram budowy. Termin wykonania przedmiotu umowy przypadał na dzień 11 czerwca 2009 r.

Pismem z dnia 3 czerwca 2009 r. pozwana powołując się na pkt 19.1 umowy wezwała powódkę do wykonania fabryki zgodnie z umową w związku z wykonywaniem przedmiotu umowy w sposób wadliwy oraz istotnie sprzeczny z jej postanowieniami polegający na znacznym opóźnieniu w wykonaniu poszczególnych elementów fabryki, a przede wszystkim na odmowie wykonania niektórych jej elementów wyszczególnionych w wezwaniu. W piśmie tym pozwana podała, że niewykonanie wymienionych elementów będzie skutkowało brakiem możliwości uruchomienia fabryki, co będzie jednoznaczne z niewykonaniem przedmiotu umowy, czyli fabryki zdolnej do rozruchu i produkcji oraz wyznaczyła powodowi 14.dniowy termin do wykonania robót pod rygorem odstąpienia od umowy. Wezwanie doręczone zostało powodowi w dniu 10 sierpnia 2009 r., co wynika z adnotacji zamieszczonej na piśmie.

W odpowiedzi na wezwanie do wykonania przedmiotu umowy pełnomocnik powódki w piśmie do pełnomocnika pozwanej z dnia 16 czerwca 2009 r., twierdząc, że powódka realizuje umowę zgodnie z jej postanowieniami i wolą stron na etapie zawierania umowy, oświadczył zdecydowanie, że budynek wytwórni azotu nie był nawet przedmiotem zapytania ofertowego, a pozostałe roboty wymienione w wezwaniu miały być realizowane w tzw. etapie II. W piśmie tym podane zostało, że przedmiotem umowy są roboty budowlane wydzielone do tzw. etapu I inwestycji, ujęte i wyspecyfikowane w Harmonogramie budowy stanowiącym załącznik nr 3 do umowy. Ponieważ powódka odmówiła wykonania elementów fabryki wyszczególnionych w wezwaniu do wykonania przedmiotu umowy, pozwana pismem z dnia 25 czerwca 2009 r. złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr (...) o generalne wykonawstwo budowy fabryki estrów metylowych olejów roślinnych z dnia 11 września 2008 r. z uwagi na to, że wykonanie przez powódkę robót budowlanych w uznanym przez niego zakresie nie doprowadzi do wybudowania fabryki zdolnej do rozruchu i produkcji zgodnie z pkt 2.1 umowy. W piśmie tym pozwana powołując się na pkt 19.2 umowy wezwała jednocześnie powódkę do sporządzenia inwentaryzacji robót przy udziale inwestora, przekazania inwestorowi placu budowy i zapłaty kary umownej w wysokości 4.000.000 zł w terminie 7 dni od otrzymania pisma.

Powódka nie przystąpiła do inwentaryzacji wykonanych robót. Na rozprawie w dniu 21 lipca 2011 r. prezes zarządu powodowej spółki zeznał, że inwentaryzację stanowił protokół miesięcznego zaawansowania robót zakończonych w

miesiącu czerwcu 2009 r., ponieważ powódka po odstąpieniu od umowy przez pozwaną nie wykonywała już żadnych robót.

W dniu 27 czerwca 2009 r. pozwana powołała komisję inwentaryzacyjną i zespół spisowy celem rozliczenia się z powódką.

Pismem z dnia 3 lipca 2009 r. pełnomocnik pozwanej wezwał powódkę do przekazania inwestorowi wyników inwentaryzacji celem ich weryfikacji, przekazania placu budowy i wydania dokumentacji stanowiącej własność inwestora informując powódkę jednocześnie, że w przypadku odmowy lub niepodjęcia wymienionych działań przyjmie jako podstawę rozliczenia wynik inwentaryzacji dokonanej we własnym zakresie. Następnie pozwana przesłała powódce protokół wraz z jego załącznikami przedstawiający wyniki inwentaryzacji dokonanej komisyjnie przez inwestora oraz stan rozliczenia finansowego pomiędzy stronami celem dokonania końcowego rozliczenia umowy nr (...). Według rozliczenia dokonanego przez pozwaną opartego na wynikach inwentaryzacji wartość robót i dostaw zrealizowanych przez powoda wynosiła 21.606.787,21 zł, a po uwzględnieniu kwot zapłacony na podstawie faktur wystawionych przez powódkę (18.859.754,72 zł) i częściowo rozliczonej zaliczki wartość robót wykonanych, ale nie zafakturowanych wyniosła kwotę 707.117,21 zł netto.

Powódka nie wniosła żadnych zastrzeżeń ani uwag do dokumentacji inwentaryzacyjnej sporządzonej przez inwestora, którą pozwana przesłała powodowi w dniu 5 sierpnia 2009 r.

Sąd Okręgowy zaznaczył, że powódka domagała się zasądzenia od pozwanej inwestora po ostatecznym określeniu żądania kwoty 18.483.836,01 zł, która obejmowała:

1) kwotę 1.902.401,45 zł z faktury nr (...)r. z dnia 8 czerwca 2009 r., stanowiącą resztę należności za roboty budowlane wykonane w maju 2009 r. wynikającą z pomniejszenia zafakturowanej kwoty 3.799.817,29 zł o kwotę 1.447.408,72 zł z tytułu nierozliczonej zaliczki uiszczony przez pozwaną oraz korekty faktury;

1) kwotę 5.136.016,27 zł z faktury nr (...) z dnia 10 lipca 2009 r. z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane w czerwcu 2009 r., według protokołu miesięcznego zaawansowania robót i dostaw Nr (...) z dnia 30 czerwca 2009 r., po skorygowaniu zafakturowanej należności;

2) kwotę 17.212,98 zł wynikającą z faktury nr (...) z dnia 12 sierpnia 2009 r. obejmującą wartość elementów na placu budowy według protokołu z dnia 30 czerwca 2009 r., po korekcie faktury;

3) kwotę 52.545,73 zł wynikającą z faktury nr (...) z dnia 12 sierpnia 2009 r., obejmującą wartość elementów składowanych poza placem budowy według protokołu z dnia 30 czerwca 2009 r.;

4) kwotę 4.000.000 zł objętą notą obciążeniową nr (...) z dnia 10 sierpnia 2009 r. z tytułu kary umownej według pkt 15.1.4 umowy nr (...) za niewypełnienie obowiązków inwestora w aspekcie pkt 7.1 oraz 7.7 umowy;

5) kwotę 4.056.645,18 zł według noty obciążeniowej nr (...) z dnia 12 sierpnia 2009 r. tytułem wynagrodzenia obliczonego na podstawie art. 639 k.c. zw. z art. 5 ust.3 ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane;

7) kwotę 1.319.014,40 zł z tytułu zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy zatrzymanego przez pozwaną z faktur nr: (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...) (10%), po korekcie;

7) kwotę 433.519,20 zł z tytułu odsetek skapitalizowanych w toku postępowania; pierwotnie powódka żądała odsetek w wysokości 437.140,98 zł, a ostatecznie w związku z korektą faktur wystawionych pozwanej, w tym faktur nieobjętych pozwem, domagała się zasądzenia odsetek w kwocie 433.519,20 zł.

Wskazując na zajęte przez pozwaną stanowisko Sąd Okręgowy podał, że nie kwestionowała ona wysokości wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane w maju 2009 r. Podniosła natomiast, że wiarygodność ta wynikająca

z faktury nr (...) w kwocie 3.799.617,29 zł uległa umorzeniu na skutek potrącenia przez pozwaną wierzytelności wzajemnej wobec powódki w wysokości 4.000.000 zł z tytułu kary umownej należnej pozwanej na podstawie pkt 19.2.3 umowy nr (...) za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie powódki. Twierdziła, że wierzytelność pozwanej z tytułu kary umownej była wymagalna, ponieważ pozwana pismem z dnia 9 czerwca 2009 r. wezwała powódkę do zmiany sposobu wykonania umowy poprzez wykonanie wyszczególnionych w tym wezwaniu robót i dostaw, a ponieważ powódka odmówiła wykonania elementów fabryki, które uznała za nieobjęte zakresem umowy, pozwana pismem z dnia 25 sierpnia 2009 r. odstąpiła od umowy. W piśmie tym pozwana wezwała powódkę do zapłaty kary umownej w terminie określonym w umowie, a następnie pismem z dnia 7 lipca 2009 r., doręczonym powodowi w dniu 13 lipca 2009 r., złożyła oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z tytułu kary umownej z wierzytelnością powódki z faktury nr (...) z dnia 8 czerwca 2009 r. w wysokości 3.799.617,29 zł.

Odnośnie zapłaty wynagrodzenia z faktury nr (...) za roboty wykonane w czerwcu 2009 r. pozwana twierdziła, że nie na skutek odstąpienia przez pozwaną od umowy powódka zobowiązana była dokonać inwentaryzacji robót, czego nie wykonała. W wyniku jej inwentaryzacji robót wykonanych przez powódkę łączna wartość robót obliczona została na kwotę 21.606.787,21 zł, z czego kwota 707.712,21 zł netto dotychczas nie została zapłacona powódce.

Według pozwanej, roszczenie powódki o zapłatę wartości elementów objętych fakturami nr (...) były bezpodstawne, ponieważ strony nie łączyła umowa sprzedaży, dlatego pozwana zwróciła powódce te faktury wyrażając jednocześnie gotowość ich odkupienia po dostarczeniu ich dokumentacji, weryfikacji ich zgodności z dokumentacją projektową i uzgodnieniu ceny. Powódka nigdy jednak nie wyraziła woli zawarcia z pozwaną umowy sprzedaży mającej za przedmiot te elementy i swobodnie nimi dysponował wystawiając liczne faktury korygujące.

Zdaniem pozwanej, roszczenie powódki o zapłatę kwoty 4.000.000 zł z tytułu kary umownej jest nieuzasadnione, ponieważ nie zaistniały przewidziane w umowie okoliczności uprawniające powódkę do żądania zapłaty kary umownej, a pozwana nie ponosi winy za opóźnienie w wykonaniu robót przez powódkę, a ponadto w chwili zgłoszenia żądania z tytułu kary umownej (10 sierpnia 2009 r.) umowa stanowiąca podstawę tego żądania już nie obowiązywała.

Żądanie zapłaty kwoty 4.056.645,18 zł, oparte na treści art. 639 k.c. oraz art. 5 ust.3 ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji, zapłaty uznano za nieuzasadnione, ponieważ płatność wynagrodzenia powódki była wystarczająco zabezpieczona, gdyż zapłata za roboty wykonane przez powódkę była dokonywana bezpośrednio przez bank finansujący realizację inwestycji. W dodatku powódka nie tylko nie była gotowa wykonać prac objętych umową nr (...), ale nawet jednoznacznie stwierdziła, że prac tych nie ma zamiaru wykonywać.

Pozwana przyznała, że zgodnie z umową zatrzymała z wynagrodzenia powoda 10% zafakturowanych należności i zarzuciła, że roszczenie o zapłatę powyższej kwoty jest nieuzasadnione, ponieważ umowa nr (...) wygasła ze skutkiem na przyszłość, a wobec tego pozwanej przysługują nadal roszczenia z tytułu rękojmi i gwarancji oraz nienależytego wykonania umowy w zakresie prac faktycznie wykonanych przez powódkę, a poza tym żądanie to jest przedwczesne, gdyż ocena należytego wykonania prac i rozliczenie zatrzymanych kwot będzie możliwe dopiero po przeprowadzeniu rozruchu technologicznego fabryki.

W toku postępowania pozwana uznała, że w związku z zakończeniem budowy fabryki przez inną firmę odpadła podstawa dalszego zatrzymywania 10% z wynagrodzenia powoda, w związku z czym przysługującą powódce wierzytelność w kwocie 1.708.523,80 zł potrąciła z wierzytelnością wzajemną z tytułu nierozliczonej zaliczki w wysokości 2.391.303,36 zł, przez co wierzytelność powódki uległa umorzeniu.

Natomiast roszczenie w zakresie skapitalizowanych odsetek pozwana uznała za nieuzasadnione wobec całkowitej bezpodstawności roszczeń, od których powódka naliczyła odsetki.

Przy tak dokonanych ustaleniach Sąd Okręgowy stwierdził, że do zawarcia umowy doszło w wyniku zapytania ofertowego pozwanej i wyboru przez pozwaną oferty złożonej przez powódkę. W wyniku negocjacji strony ustaliły w umowie, że jej przedmiotem jest wykonanie przez powódkę fabryki zdolnej do rozruchu i produkcji poprzez

kompletne wykonanie prac budowlano-montażowych za wynagrodzeniem w wysokości 40.000.000 zł i uchyliły wszystkie dotychczasowe porozumienia i ustalenia dotyczące przedmiotu umowy.

Sąd Okręgowy stwierdził, iż nie istniały wątpliwości, że na podstawie umowy nr (...) powódka zobowiązana była wykonać fabrykę zdolną do rozruchu i produkcji. Wbrew twierdzeniu powódki, z umowy nie wynika, aby przedmiot umowy składał się z etapu I i etapu II, a sama umowa obejmowała jedynie roboty objęte etapem I. Nie wynika to także z załącznika nr 3 do umowy, na który się powoływała. Twierdzeniu powódki przeczy także treść umowy, którą powódka zawarła z (...)M. S. (2), z której także wynikało, że wybudowana fabryka miała być zdolna do rozruchu i produkcji.

W sytuacji, gdy powódka odmówiła wykonania niektórych elementów fabryki, bez których fabryka byłaby niezdolna do funkcjonowania zgodnie z przeznaczeniem, odstąpienie od umowy przez pozwaną Sąd Okręgowy uznał za uzasadnione w treści art. 636 k.c., zwłaszcza, że w dacie odstąpienia określony w umowie termin jej realizacji już upłynął.

Stanowisko powódki, iż oświadczenie pozwanej o odstąpieniu od umowy dokonane na podstawie pkt 19.1 umowy jest nieważne z mocy prawa, ponieważ przesłanką skuteczności zastrzeżenia prawa odstąpienia od umowy jest ograniczenie tego prawa terminem końcowym, a tego w umowie nie było, Sąd Okręgowy nie uwzględnił i wskazał, że przepis art. 395 k.c. nie ma w tym wypadku zastosowania. Istotą umownego prawa odstąpienia uregulowanego w tym przepisie jest możliwość odstąpienia od umowy w określonym czasie bez konieczności wystąpienia i w konsekwencji wskazania jakiegokolwiek przyczyny oraz bez konieczności uzasadniania decyzji w tym przedmiocie. Pozwana skorzystała natomiast z ustawowego prawa do odstąpienia od umowy wynikającego z art. 636 k.c., którego treść została powielona w pkt. 19.1 umowy. Ustawowe odstąpienie od umowy nie jest obwarowane żadnym terminem natomiast warunkiem koniecznym jest, aby zaistniały przesłanki określone w tym przepisie. Wyznaczenie powódce przez pozwaną terminu do wykonywania umowy zgodnie z jej postanowieniami i odmowa wykonania przez powódkę niektórych elementów fabryki daje podstawę do przyjęcia, że odstąpienie od umowy przez pozwaną było skuteczne, w następstwie czego umowa wygasła.

Wskutek odstąpienia od umowy, zaistniała konieczność rozliczenia się przez strony. Ponieważ strony ustaliły tryb postępowania na wypadek odstąpienia od umowy (wspólna inwentaryzacja robót), powódka zobowiązana była dostosować się do tego trybu, a to w szczególności celem zabezpieczenia swoich własnych interesów gospodarczych. W związku z tym, że powódka nie przeprowadziła inwentaryzacji wykonanych robót przy udziale pozwanej, ani też nie wzięła udziału w inwentaryzacji przeprowadzonej przez pozwaną, Sąd Okręgowy oparł się na wynikach inwentaryzacji dokonanej komisyjnie przez pozwaną, uznając jej wyniki za wiarygodne, zwłaszcza, że stanowiły one podstawę do zawarcia umowy przez pozwaną z nową firmą, która miała zakończyć roboty za powódkę. Pozwana wykazała, że wykonane roboty zinwentaryzowała komisyjnie. Ponieważ wynagrodzenie za wykonanie robót zostało ustalone przez strony w wysokości ryczałtowej, Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że pozwana prawidłowo, w jedynie możliwy sposób, ustaliła wartość robót wykonanych przez powódkę, przyjmując za podstawę ustalenia procent wykonanych robót oraz odpowiadający mu procent wynagrodzenia umownego. Powódka z własnej woli nie wzięła udziału w inwentaryzacji robót, tym samym pozbawiła się możliwości skutecznego podważenia wyników inwentaryzacji przeprowadzonej przez pozwaną komisyjnie, ponieważ nie legitymowała się dokumentem, który posiadałby równorzędną moc dowodową. Mając na uwadze, że w miesiącu czerwcu umowa zawarta przez strony wygasła, tym samym odpadła podstawa do sporządzenia protokołu wewnętrznego zaawansowania robót.

Dalej Sąd Okręgowy przyjął, że odstąpienie od umowy przez zamawiającego kształtuje między stronami nowy stan prawny. Stronom nie przysługują roszczenia, które wynikały z umowy. W wyniku wykonania prawa odstąpienia wygasają również stosunki prawne akcesoryjne (obowiązek świadczenia kary umownej). Sytuację prawną stron normuje w takim wypadku art. 494 k.c. Na podstawie powyższego przepisu, pozwana zobowiązana jest zwrócić powódce wartość robót przez nią wykonanych, ale może też żądać zwrotu tego, co świadczyła, a także naprawienia szkody, wynikłej z niewykonania zobowiązania. Uproszczoną formę odszkodowania stanowi kara umowna za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie powódki. Zgodnie z wolą stron wyrażoną w umowie, postanowienie umowy dotyczące kary umownej za odstąpienie miało bowiem działać po wygaśnięciu umowy. W świetle art. 494 k.c. Sąd Okręgowy uznał jednak żądanie pozwu za uzasadnione jedynie co do kwoty 707.117,21 zł.

W odniesieniu do pozostałych żądań Sąd Okręgowy stwierdził, że :

1) roszczenie o zapłatę kwoty 1.902.401,45 zł z faktury nr (...) wygasło na skutek potrącenia przez pozwaną przed wszczęciem procesu wierzytelności wzajemnej z tytułu kary umownej za dostąpienie od umowy;

1) roszczenie w wysokości 5.136.016, 27 zł z faktury nr (...) nie było zasadne, ponieważ faktura ta została wystawiona bezpodstawnie; wobec wygaśnięcia umowy powódce należy się tytułem ostatecznego rozliczenia kwota odpowiadająca wartości zinventaryzowanych robót, tj. 707.117,21 zł;

2) roszczenie o zapłatę kwoty 17.212,98 zł z faktury nr (...) oraz roszczenie o zapłatę kwoty 52.547,73 zł z faktury nr (...) było bezpodstawne, ponieważ powódka nie udowodniła, aby po wygaśnięciu umowy, elementy objęte tymi fakturami sprzedała (wydała) pozwanej;

3) roszczenie o zapłatę kary umownej w kwocie 4.000.000 zł za niewypełnienie obowiązków inwestora wygasło na skutek wygaśnięcia umowy podstawowej, w której kara ta została zastrzeżona, w związku z czym odpadła potrzeba badania zasadności obciążenia pozwanej tą karą przez powódkę;

4) roszczenie o zapłatę kwoty 4.056,645,18 zł było bezpodstawne, skoro powódka odmówiła wykonania niektórych elementów fabryki, co stanowiło podstawę skutecznego odstąpienia od umowy przez pozwaną;

5) roszczenie o zapłatę kwoty 1.319.014,40 zł z tytułu zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy zatrzymanego przez pozwaną było zasadne w dacie wniesienia pozwu, lecz skutek potrącenia przez pozwaną w toku postępowania wierzytelności wzajemnej z tytułu nierozliczonej zaliczki (pismem z dnia 30 listopada 2010 r.) wierzytelności stron umorzyły się nawzajem na podstawie art. 498 § 2 k.c.; objęta potrąceniem wierzytelność pozwanej z tytułu nierozliczonej zaliczki nie była sporna ponieważ wcześniej, pismem z dnia 10 lipca 2009 r., została objęta potrąceniem dokonany przez powódkę z wierzytelnością z faktury nr (...); w dacie potrącenia, tj. w dniu 10 lipca 2009 r. wierzytelność powódki objęta tą fakturą jednak już nie istniała, ponieważ pismem z dnia 7 lipca 2009 r. została potrącona przez powódkę z wierzytelnością wzajemną z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy;

7) roszczenie zapłaty kwoty 433.519,20 zł z tytułu odsetek zostało zgłoszone dopiero w toku postępowania, co w związku z art. 479⁴ § 2 k.p.c. było niedopuszczalne.

W ocenie Sądu Okręgowego, powódka nie podjęła żadnych działań w celu zabezpieczenia swoich roszczeń wynikających z umowy zawartej przez strony. Powołane przez nią dowody z zeznań świadków, a także z opinii biegłego, miały być przeprowadzone w znacznej mierze na okoliczności dotyczące negocjacji związanych z zawarciem i realizacją umowy, które wobec odstąpienia od umowy przez pozwaną nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Z uwagi na rozmiar inwestycji i wielość podwykonawców dowodzenie przez powódkę swoich racji zeznaniami świadków było w tym wypadku nierealne.

Wobec tego Sąd Okręgowy na podstawie art. 494 k.c. zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 707.117,21 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie w zapłacie licząc od upływu 7 dni od daty doręczenia pozwanej pozwu wraz z załącznikami (art. 481 § 1 w zw. z art. 455 k.c.), a w pozostałej części powództwo zostało oddalone jako nieuzasadnione.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na zasadzie art. 100 k.p.c. W wyniku rozliczenia kosztów pozwanej, która przegrała proces w stosunkowo nieznaczącej części, należy się od powódki kwota 9.263 zł, którą to kwotę zasądzono od powódki na rzecz pozwanej.

Apelację od powyższego wyroku w części oddalającej powództwo o zapłatę kwoty 16.210.238 zł z ustawowymi odsetkami oraz w części orzekającej o kosztach postępowania wniosła powódka. Apelująca powódka wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w części poprzez zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki kwoty 16.210.238 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwot i dat wskazanych w pozwie oraz zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa prawnego w I instancji w wysokości 28.000 zł i 34 zł tytułem opłaty skarbowej

za pełnomocnictwa. Ewentualnie powódka wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w części, tj. w pkt 2 i 3, i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji w związku z nierozpoznanie przez sąd I instancji istoty sprawy (art. 386 § 4 k.p.c.).

W odpowiedzi na apelację pozwana wniosła o jej oddalenie i zwrot kosztów postępowania apelacyjnego.

Pozwana wniosła natomiast zażalenie na orzeczenie o kosztach postępowania zawarte w zaskarżonym wyroku zarzucając naruszenie art. 100 w zw. z art. 203 k.p.c. polegające na pominięciu przy uwzględnianiu kosztów zasądzonych od powódki na rzecz pozwanej w zakresie, w jakim powódka cofnęła pozew i uznanie w tej części pozwana za stronę przegrywającą. Pozwana domagała się w zażaleniu zmiany zaskarżonego orzeczenia i zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania w łącznej wysokości 12.389 zł oraz kosztów postępowania zażaleniowego.

W odpowiedzi na zażalenie powódka wniosła o jego oddalenie i zwrot kosztów postępowania zażaleniowego.

Wyrokiem z dnia 25 kwietnia 2015 r. Sąd Apelacyjny w Katowicach uchylił zaskarżony wyrok w części oddalającej powództwo o zapłatę kwoty 16.210.238 złotych z ustawowymi odsetkami (pkt 2) oraz w części orzekającej o kosztach procesu (pkt 3) i w tym zakresie sprawę przekazał Sądowi Okręgowemu w Katowicach do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny doszedł do wniosku, że Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sprawy i pominął wiele zarzutów mających istotne znaczenie, a także przeprowadził postępowanie dowodowe w tak ograniczonym zakresie, że poczynione przez niego ustalenia faktyczne nie dają możliwości rozstrzygnięcia sprawy.

Strona powodowa w pozwie domagała się zasądzenia siedmiu należności na łączną kwotę 19.911.465,21 zł z ustawowymi odsetkami od poszczególnych kwot. W toku postępowania powódka ograniczyła żądanie pozwu poprzez pomniejszanie poszczególnych częściowych należności (k. 1033, t. VI akt) oraz zażądała zasądzenie skapitalizowanych odsetek w łącznej wysokości 437.140,98 zł wraz z odsetkami od nich. Łączna kwota żądań zamknęła się w 16.920.976,99 zł. Następnie powódka skorygowała wyliczone należności odsetkowe do sumy 433.519,20 zł (k. 2848, t. XV akt), co oznaczało podtrzymanie powództwa w wysokości 16.917.355,21 zł z ustawowymi odsetkami od poszczególnych kwot. Sąd Okręgowy prawomocnym orzeczeniem w punkcie 1 wyroku zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 707.117,21 zł, a powódka jako wartość zaskarżenia wskazała należność w wysokości 16.210.238 zł.

Treść zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego wskazuje, że Sąd ten, poza uwzględnieniem części należności, oddalił powództwo w pozostałym zakresie, również w części, w której powódka cofnęła pozew wraz ze zrzeczeniem się roszczenia, a pozwana na takie cofnięcie dodatkowo wyraziła zgodę. Bez względu jednak na fakt, że Sąd Okręgowy oddalając w tej części powództwo dopuścił się naruszenia art. 355 w zw. z art. 203 k.p.c., należało podkreślić, że orzeczenie Sądu Okręgowego w tym zakresie nie zostało zaskarżone przez żadną ze stron. Przedmiotem postępowania w dalszym ciągu pozostają zatem tylko należności składające się na łączną kwotę 16.210.238 zł, a są to kwoty:

1. 1.902.401,45 zł;
2. 5.136.016,27 zł;
3. 17.212,98 zł;
4. 52.545,73 zł;
5. 4.000.000 zł;
6. 4.056.645,18 zł;
7. 1.319.014,40 zł;

8. 433.519,20 zł.

Wobec braku zaskarżenia części orzeczenia oddalającego żądanie pozwu w zakresie, w którym powódka ograniczyła roszczenie, zarzuty apelacji związane z brakiem umorzenia postępowania z tego powodu pozostają bezprzedmiotowe.

Odnosząc się do kwestii związanej ze sformułowaniem roszczenia o zapłatę skapitalizowanych odsetek, które to roszczenie Sąd Okręgowy oddalił, Sąd Apelacyjny doszedł do wniosku, że żądanie powódki o zapłatę skapitalizowanych odsetek w wysokości 433.519,20 zł w części stanowi nowe roszczenie, które nie może być przedmiotem niniejszego postępowania ze względu na zakaz wynikający z art. 479⁴ § 2 k.p.c. (obecnie już nie obowiązujący), a ta część powinna zostać określona przez Sąd pierwszej instancji, w pozostałym zakresie żądanie nie narusza powyższego zakazu i może zostać merytorycznie rozpoznane.

Sąd Apelacyjny stwierdził, że nie doszło w niniejszym sprawie do uznania powództwa nawet w części w rozumieniu art. 213 § 2 k.p.c. „Uznanie powództwa to czynność procesowa rezygnacji pozwanego z obrony, czyli akt jego dyspozycyjności, w którym nie tylko uznaje samo żądanie powoda, ale i to, że uzasadniają go przytoczone przez powoda okoliczności faktyczne i godzi się na wydanie wyroku uwzględniającego to żądanie.” (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 2011 r., sygn. akt II CSK 70/11). Strona pozwana w odpowiedzi na pozew złożyła wniosek o oddalenie żądań pozwu w całości, co świadczy o braku jej zgody na uwzględnienie powództwa i wydanie wyroku korzystnego dla powódki chociaż w części. Można natomiast uznać, iż w treści uzasadnienia odpowiedzi na pozew pozwana przyznała okoliczności braku zapłaty części wynagrodzenia za wykonane prace, które to wynagrodzenie wyliczyła samodzielnie. O takim przyznaniu faktu sama powódka pisze w treści apelacji, niezasadnie powołując się jednak na konsekwentne związanie takim uznaniem zgodnie z art. 213 § 2 k.p.c., zamiast powołaniu się na art. 229 k.p.c.

Sąd Apelacyjny zgodził się z apelującą powódką, iż mimo, że pozwana przyznała, że kwota należna powódce z tytułu wykonanych przez nią robót budowlanych wynosiła 862.682,99 zł brutto, Sąd Okręgowy pominął tą okoliczność uwzględniając żądanie pozwu do przyznanej kwoty netto, nie uzasadniając, z jakich przyczyn część wynagrodzenia stanowiąca zobowiązanie podatkowe nie jest należna wykonawcy. Oddalając tę część wynagrodzenia Sąd Okręgowy nie podał żadnego uzasadnienia, stąd wystąpiła konieczność rozważenia tej kwestii przy ponownym rozstrzygnięciu sporu.

Sąd Apelacyjny uznał, że Sąd Okręgowy nie dopuścił się naruszenia art. 479¹⁴ § 2 i 4 k.p.c. poprzez uwzględnienie zarzutu potrącenia złożonego w piśmie pozwanej z dnia 30 listopada 2010 r. Oczywistym jest, iż samo oświadczenie o potrąceniu jako czynność materialnoprawna nie podlega żadnym ograniczeniom czasowym o charakterze procesowym. Zatem pozwana nie była zobowiązana do zgłoszenia takiego zarzutu w stosunku do jednej z wierzytelności zgłoszonej w pozwie, a mianowicie do żądania zwrotu zatrzymanej kaucji gwarancyjnej, tym bardziej, iż utrzymywała, że jej zdaniem, wierzytelność ta nie była w chwili składania pisma procesowego wymagalna. Jej stanowisko zmieniło się w toku postępowania i rezygnując z zarzutu braku wymagalności, pozwana złożyła oświadczenie, o jakim mowa w art. 498 k.c. Oświadczenie takie zostało złożone poza procesem poprzez przesłanie oświadczenia woli pismem z dnia 30 listopada 2010 r. Dokument ten został powołany jako dowód w terminie dwutygodniowym, jaki ustanawia art. 479¹⁴ § 2 k.p.c., od dnia, w którym powołanie tego dowodu było możliwe, czyli od daty złożenia takiego oświadczenia. Oczywistym jest, że w odpowiedzi na pozew dowód ten nie mógł zostać powołany jako nieistniejący w tym czasie. Nie sposób zatem mówić ani o spóźnionym zarzucie, ani spóźnionym dowodzie, choć słusznie znowu powódka zarzuca, że samo istnienie wierzytelności pozwanej zgłoszonej do potrącenia nie zostało w ogóle zbadane przez Sąd Okręgowy, który w tym zakresie nawet nie przeprowadził postępowania dowodowego. Powołanie się na wcześniejsze potrącenie kwoty zaliczki przez powódkę nie może zostać uwzględnione bez wcześniejszego zbadania wysokości wynagrodzenia należnego powódce, tym bardziej, iż nawet w rozliczeniu pozwanej pojawiła się pozycja obniżająca to wynagrodzenie o wypłacone wcześniej zaliczki. Kwestia ta zatem wymagała precyzyjnego rozstrzygnięcia na podstawie zaferowanych przez strony dowodów, co nie nastąpiło w żadnej mierze.

Podzielono natomiast należało zarzuty powódki skierowane do przeprowadzonego przez Sąd Okręgowy postępowania dowodowego oraz art. 328 § 2 k.p.c., które w efekcie jego pominięcia doprowadziło do poczynienia szcątkowych ustaleń faktycznych będących podstawą lakonicznych wniosków o braku zasadności poszczególnych roszczeń powódki. Faktem jest, iż Sąd Okręgowy pominął tak znaczną część materiału dowodowego, że pozwala to na stwierdzenie, iż pominął istotę sprawy. Ogólnikowe stwierdzenie, że znaczna część dowodów powódki zmierzała do wykazania treści negocjacji, która nie miała znaczenia dla sprawy, stoi w sprzeczności z obowiązkiem wyjaśnienia przyczyn pominięcia konkretnych dowodów wynikającym z art. 328 § 2 k.p.c. Nie do zaakceptowania i nie mające oparcia w żadnej zasadzie obowiązującej w procedurze cywilnej jest nadto stanowisko Sądu Okręgowego, że zeznania świadków nie są przydatne do wykazywania argumentów powódki ze względu na wielkość inwestycji. Sąd Okręgowy nie zakwestionował, że świadkowie ci (nie wskazując nawet konkretnie, o których chodzi) mieli przekazać informacje istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, ale zniwelował ich przydatność z powodu zakresu żądań powódki, co należało uznać za niedopuszczalne.

Sąd Okręgowy dopuścił w poczet dowodów jedynie dziesięć dokumentów spośród kilkudziesięciu przedstawionych przez strony, i to w dodatku jedynie dowodów wnioskowanych przez pozwaną, nie wyjaśniając, z jakich względów dowody powódki nie zasługiwały na uwzględnienie. To nie pozwoliło na skonfrontowanie dopuszczonych dowodów przedłożonych przez pozwaną i w konsekwencji pozbawiło powódkę możliwości dowodzenia swych racji. Jednocześnie Sąd Okręgowy uznał, że powódka nie wykazała części swoich roszczeń, co, przy bezzasadnym pominięciu jej materiału dowodowego, należy uznać za błędny wniosek.

Sąd drugiej instancji zaznaczył, że źródłem wszystkich roszczeń powódki była umowa o roboty budowlane z dnia 11 września 2009 r. Zasadnicze znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy miała kwestia zakresu tej umowy, która była sporna między stronami. Ze stanowiska obu stron wynikało, że zawarcie umowy poprzedzały negocjacje, w tym w zakresie prac, które mają zostać wykonane, a w konsekwencji wysokość wynagrodzenia ryczałtowego. Strony w swoich pismach procesowych wielokrotnie toczyły spór, które prace miały zostać objęte umową, a które faktycznie wyłączono. Powódka powoływała się na treść korespondencji toczonyj przez strony i rozmów poszczególnych pracowników. Jej zdaniem, rozmowy te miały prowadzić do wyłączenia niektórych robót do, jak nazwała to powódka, II etapu. W konsekwencji ustalenia mniejszego zakresu robót było obniżenie wynagrodzenia powódki w stosunku do pierwotnie proponowanego. Pozwana w zasadzie przyznawała fakt prowadzenia negocjacji odnośnie zakresu robót, nadal utrzymywała jednak, że wyłączeniu podlegały jedynie prace, które nie wpływały na możliwość rozruchu nowo budowanego przedsiębiorstwa. Stąd powołanie się przez Sąd Okręgowy jedynie na użycie sformułowania w piśmie o „wybudowaniu fabryki zdolnej do rozruchu i produkcji” nie mogło przesądzać o zakresie robót zleconych przez powódkę. Poza oceną Sądu pierwszej instancji pozostały argumenty podnoszone przez powódkę o zawężeniu robót w stosunku do pierwotnie wycenianych poprzez załącznik do umowy i zawarcie w jej treści konieczności jego doprecyzowania. Już z samych stanowisk stron wynika, że prowadzone rozmowy skutkowały ograniczeniem prac powódki, wobec czego dyskredytowanie tych negocjacji jest sprzeczne z istotą sprawy. Tym samym należy zgodzić się z zarzutem apelacji, że Sąd Okręgowy naruszył art. 65 § 2 k.c. pomijając całkowicie przy ustaleniu treści umowy wolę samych stron, a poprzestając wyłącznie na ogólnikowym zapisie umowy.

Spór co do zakresu prac spowodował złożenie przez pozwaną oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Skuteczność tego odstąpienia była jednak zależna od ustalenia, czy faktycznie powódka wykonywała prace niezgodnie ze zleceniem, a konkretnie, czy jej odmowa wykonania robót powołanych przez pozwaną w wezwaniu była uzasadniona czy też nie. Zależnie od przyjęcia stanowiska w zakresie skuteczności odstąpienia od umowy zasadne staną się wierzytelności jednej lub drugiej strony, oparte w znacznej mierze o okoliczność prawidłowości wykonywania umowy przez powódkę. Wynika z tego, że zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy będzie miało ustalenie zakresu robót zleconych powódce, a właściwie, czy zażądane w wezwaniu pozwanej roboty wchodziły w zakres obowiązków powódki. Kwestia ta została oceniona przez Sąd Okręgowy lakonicznie, pomijając całkowicie argumenty powódki i jej materiał dowodowy w sposób nieuzasadniony.

Podkreślono również, że istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu ma także kwestia skutku oświadczenia pozwanej o odstąpieniu od umowy (ex nunc czy ex tunc). W orzecznictwie przyjmuje się bowiem, iż skorzystanie z ustawowego odstąpienia od umowy o roboty budowlane nie zawsze rodzi skutki określone w art. 395 § 2 k.c., a to zależne jest od określenia, czy świadczenie niepieniężne wykonawcy ma charakter podzielny czy też nie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2009 r., sygn. akt III CSK 337/08). Zgodnie z art. 491 § 2 zdanie pierwsze k.c., jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a jedna ze stron dopuszcza się zwłoki tylko co do części świadczenia, uprawnienie do odstąpienia od umowy przysługujące drugiej stronie ogranicza się, według jej wyboru, albo do tej części, albo do całej reszty nie spełnionego świadczenia. O tym, czy świadczenie niepieniężne wykonawcy jest podzielne czy też nie decydują przede wszystkim postanowienia umowy interpretowane zgodnie z art. 65 § 2 k.c.

Sąd Okręgowy w kwestii skutku odstąpienia od umowy zajął wewnętrznie sprzeczne stanowisko. Przyjmując bowiem za pewnik, bez badania treści umowy, że wskutek odstąpienia powstała sytuacja, jak gdyby umowa stron nigdy nie została zawarta i zasądając część należności na podstawie art. 494 k.c., jednocześnie zaakceptował stanowisko pozwanej, iż powódce należy się procentowa część wynagrodzenia za wykonane prace do dnia rozwiązania umowy. W przypadku bowiem, gdy odstąpienie ma skutek wsteczny, nie może być mowy o wypłacie wynagrodzenia, a sposób wyliczenia wartości prac wykonanych przez przedsiębiorcę budowlanego ma charakter abstrakcyjny i niezależny od umówionego wynagrodzenia. W przypadku natomiast, gdy rozwiązanie umowy następuje na przyszłość, za dotychczas wykonane prace należy się wykonawcy wynagrodzenie w wysokości adekwatnej do określonego w umowie, bądź to na podstawie kosztorysu, bądź ryczałtu. Ta wewnętrzna sprzeczność ma swoje źródło w pominięciu postępowania dowodowego w tym zakresie, mimo podnoszenia tych argumentów przez stronę pozwaną w pismach procesowych, i w efekcie na pominięciu rozważań prawnych w tym zakresie. Przyjęcie konkretnej koncepcji będzie też miało zasadnicze znaczenie dla oceny żądań związanych z zapłatą kar umownych.

Za błędne uznano zarzuty apelacji o braku zastosowania art. 395 k.c. Słusznie bowiem Sąd Okręgowy uznał, że pozwana faktycznie powoływała się na ustawowe prawo odstąpienia od umowy, nie przesądzając w tym miejscu, czy skutecznie. W powołanym zapisie umowy nie zawarto tzw. umownego prawa odstąpienia w rozumieniu art. 395 § 1 k.c. Nie ma jednak przeszkód, jak chciałaby dowodzić powódka, aby strony antycypowały uregulowanie ustawowego odstąpienia od umowy, dodatkowo precyzując warunki takiego odstąpienia nie uregulowane przepisem bezwzględnie obowiązującym. Kwestia jednak, czy zachodziły warunki ustawowego odstąpienia od umowy, z mocy której normy prawnej oraz z jakim skutkiem, wymaga wprawdzie dokonania ustaleń faktycznych w ich istotnym zakresie, czego w niniejszej sprawie nie uczyniono.

Słusznie podniosła powódka, iż Sąd Okręgowy całkowicie pominął okoliczność faktyczną, na którą powoływała się powódka o konieczności udzielenia przez pozwanego inwestora gwarancji, o jakich mowa w ustawie o gwarancji zapłaty za roboty budowlane. Brak ustaleń faktycznych w tym zakresie, a nawet przeprowadzenia postępowania dowodowego również świadczy o braku rozpoznania istoty sprawy.

Powyższe okoliczności spowodowały, iż Sąd Apelacyjny stanął na stanowisku, że Sąd Okręgowy nie rozstrzygnął istoty sprawy, a postępowanie dowodowe powinno zostać przeprowadzone niemal w całości. Przeprowadzenie bowiem dowodów w tak ograniczonym zakresie, w jakim uczynił to Sąd Okręgowy narusza normę art. 227 k.p.c. Wobec tego Sąd Apelacyjny w części zaskarżonej uchylił wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania na podstawie art. 386 § 4 k.p.c.

Jednocześnie wskutek uchylenie rozstrzygnięcia merytorycznego, uchyleniu podlegało orzeczenie o kosztach postępowania pierwszoinstancyjnego, które będzie uzależnione od treści tego pierwszego. Stąd również wskutek zażalenia pozwanej orzeczenie to podlegało uchyleniu w myśl art. 386 § 4 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c.

Przy ponownym badaniu sprawy Sąd Apelacyjny polecił poczynić wprawdzie ustalenia faktyczne w kierunku wskazanym w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia, przy czym za niezbędne uznał przeprowadzenie postępowania dowodowego na okoliczności związane przede wszystkim z treścią umowy i skutecznością obu odstąpień od umowy. Dalszy tok

postępowania będzie uzależniony od powyższego ustalenia. Za niezbędne także uznał określenie skutku odstąpienia od umowy, jeżeli do niej doszło i w konsekwencji wybór sposobu rozliczenia.

Po ponownym przeprowadzeniu postępowania przez Sąd pierwszej instancji Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 5 listopada 2014 r.:

1) zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 12.414 077,30 zł z ustawowymi odsetkami:

- od kwoty 1.902.401,45 zł od dnia 30 czerwca 2009 r. do dnia zapłaty

- od kwoty 5.136.016,27 zł od dnia 3 sierpnia 2009 r. do dnia zapłaty,

- od kwoty 4.056.645,18 zł od dnia 24 sierpnia 2009 r. do dnia zapłaty

- od kwoty 1.319.014,40 zł od dnia 24 lipca 2009 r. do dnia zapłaty;

2) w pozostałej części powództwo oddalił;

3) zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 76.264,42 zł tytułem kosztów procesu.

Sąd Okręgowy oparł się na następujących ustaleniach faktycznych:

Pismem z dnia 9 czerwca 2009 r. pozwana wezwała powódkę do zmiany sposobu wykonania umowy poprzez odpowiednio wykonanie robót lub dostaw w następującym zakresie:

- budynku wytwórni azotu,

- przyłącza wodociągowego,

- kanalizacji zgodnie z dokumentacją projektową,

- sieci wody pitnej i przeciwpożarowej,

- orurowania poza terenem podstawowej instalacji technologicznej,

- wszystkich tac obiektu nr 5,

- nalewu estrów metylowych do cystern kolejowych,

- branży elektrycznej oraz branży automatyki i sterowania

w terminie 14 dni pod rygorem odstąpienia od umowy.

Czynności, których wykonania zażądała pozwana w wezwaniu do wykonania w wezwaniu z dnia 9 czerwca 2009 r., nie wchodziły w zakres przedmiotu umowy lub były wykonywane. I tak, budynek wytwórni azotu nie stanowił przedmiotu umowy. Przyłącze wodociągowe nie stanowiło przedmiotu umowy. Kanalizacja nie stanowiła przedmiotu umowy, podobnie, jak sieć wody pitnej i przeciwpożarowa, zostały wyłączone przez pozwaną. Orurowanie poza terenem instalacji technologicznej było przez powódkę wykonywane. Tace obiektu nr 5 były przez powódkę wykonywane. Nalew estrów metylowych do cystern kolejowych nie stanowił przedmiotu umowy. Branża elektryczna oraz branża automatyki sterowania nie stanowiły przedmiotu umowy. W związku z powyższym brak było podstaw do odstąpienia od umowy przez pozwaną.

Powódce przysługiwało roszczenie o zwrot kwoty zatrzymanej na podstawie punktu 13.1 umowy w wysokości 1.708.523,80 zł. Pozwana przyznała istnienie tego roszczenia.

Wartość nierozliczonej zaliczki z tytułu umowy z dnia 11 września 2008 r. nr (...) wynosiła 1.960.084,92 zł.

Powódka na podstawie łączącej strony umowy wystawiła faktury: nr (...) na kwotę 483.530,43 zł, nr (...) na kwotę 2.423.567,09 zł, nr (...) na kwotę 3.796.384,41 zł, nr (...) na kwotę 2.930.705,84 zł, nr (...) na kwotę 1.625.856,91 zł, nr (...) na kwotę 3.215.399,55 zł, nr (...) na kwotę 4.733.839,24 zł, nr (...) na kwotę 6.295.292,48 zł, nr (...) na kwotę 3.799.617,29 zł.

Pismem z dnia 2 września 2009 r. powódka podtrzymała żądanie zapłaty kwoty 1.708.523,80 zł z tytułu zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zatrzymanego na podstawie faktur VAT o numerach (...). Stwierdziła, iż z uwagi na fakt, iż umowa nie przewiduje rozliczeń stron na wypadek zakończenia umowy w związku z nieprzedłożeniem przez inwestora gwarancji zapłaty, generalny wykonawca ma prawo żądać zwrotu udzielonego zabezpieczenia.

Powódka wystosował do pozwanej notę obciążeniową, w której obciążyła ją kwotą 4.000.000 zł tytułem kary umownej według punktu 15.1.4 za niewypełnienie obowiązków inwestora w aspekcie punktu 7.1 oraz 7.7 umowy.

Powódka obciążyła pozwaną kwotą 4.056.645,18 zł tytułem wynagrodzenia obliczonego na podstawie art. 639 kodeksu cywilnego w związku z art. 5 ust. 3 ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane.

Wyliczenie wynagrodzenia z faktury nr (...) oraz wyliczenie wynagrodzenia żądanego przez powódki na podstawie art. 639 k.c. zostało dokonane prawidłowo.

Powódka była uprawniona do żądania od pozwanej gwarancji zapłaty za roboty budowlane i takiej gwarancji zażądała, pozwana jednakże nie uzyskała gwarancji, choć próbowała ją uzyskać, zarówno poprzez brokera ubezpieczeniowego, jak i bank. Pozyskiwaniem przez pozwaną gwarancji zapłaty za roboty budowlane zajmował się C. E., który jest dyrektorem oddziału firmy, mającej pełnomocnictwo na obsługę ubezpieczeniową pozwanej. Zarząd pozwanej wystąpił do tej firmy jako do brokera o znalezienie firmy, mogącej udzielić gwarancji zapłaty za roboty budowlane. Złożył on zapytania do towarzystw ubezpieczeniowych w tej sprawie i otrzymał odmowę udzielenia gwarancji. Brokerowi zależało na uzyskaniu gwarancji, bowiem przysługiwała mu prowizja.

Powódka w okresie od marca do sierpnia 2008 r. trzykrotnie składała ofertę dotyczącą wykonania robót. Zadanie inwestycyjne zostało podzielone na dwa etapy. Różnica między wartością oferty a wartością uzgodnioną wynikała z wyłączenia niektórych prac zaproponowanych pierwotnie w ofercie powódki. Pewne prace zostały wyłączone z uwagi na brak środków na ich sfinansowanie. Pozwana permanentnie opóźniała się z udostępnianiem powódce dokumentacji technicznej na budowę. Nie było kompletnej dokumentacji do czasu zaprzestania wykonywania robót przez powódkę. Odstąpienie od umowy przez pozwaną nie znajdowało podstaw w jej treści. Pozwana nie chciała, żeby bank się dowiedział, że są wyłączenia z umowy. J. I. prosiła, aby nie pisać o etapie drugim, bo bank czyta korespondencję i ma tego nie wiedzieć. Zapis umowy zawartej przez strony był związany z umową kredytową, zawartą przez pozwaną. Wspólna inwentaryzacja nie została wykonana po odstąpieniu od umowy, bowiem pozwana stała na stanowisku, że będzie akceptowała tylko roboty wykonane w 100%, nie akceptując robót wykonanych w 99% i nie akceptując zakupów, które były na placu budowy lub poza placem, przeznaczonych dla tej inwestycji.

Powódka na budowie mogła mieć problemy z dotrzymaniem terminu z uwagi na istotne problemy z bieżącą dokumentacją. Była ona dostarczana z opóźnieniem i to znacznym. Do momentu zejścia z budowy powódka nie otrzymał pełnej dokumentacji.

W negocjacjach poprzedzających podpisanie umowy uczestniczyli m.in. K. I. i J. I.. Dokumentacja projektowa zawierała więcej urządzeń czy obiektów, ale część z nich została wyłączona na podstawie poczynionych uzgodnień. Pierwotnie negocjacje dotyczyły całego zakresu objętego pracami projektowymi. Poważne oferty złożyły cztery firmy. Z dwoma firmami, wyłonionymi w toku negocjacji, był negocjowany okrojony zakres, podpisana umowa dotyczyła okrojonego zakresu. Przykładowo została wyłączona przewidziana w pierwotnym zakresie kotłownia, zbiorniki kwasu fosforowego i ługu sodowego. Doprowadzenie pary nie wchodziło w zakres umowy, choć para jest nieodzowna do pracy

fabryki, podobnie jak kwas fosforowy i ług sodowy. Powód złożył ofertę, a później nastąpiły różnego rodzaju korekty, były wyłączenia i stąd różnica cenowa między pierwszą ofertą a skorygowanymi ofertami. Nie było wykluczone, że powód w przyszłości wykona to, co zostało wyłączone z zakresu umowy.

O tym, że odbywały się rozmowy na temat etapowości budowy wiedział też G. D., będący prezesem firmy (...), który miał zastrzeżenia co do umowy w czasie, gdy konkurował z powódką o zdobycie kontraktu. Zakład miał być wybudowany w wersji minimum.

Pozwana poprosiła powódkę, aby w umowie zapisać, iż jest to umowa „pod klucz”, a faktyczny zakres umowy miał określać załącznik nr 3. Powódce wyjaśniono, że inwestor musi otrzymać kredyt, dlatego w umowie musi być zapisane, że jest to umowa „pod klucz”. Przyczyną zażądania przez powódkę gwarancji zapłaty było wykreślanie wykonanych przez nią robót w protokołach oraz opóźnienia w płatnościach. Termin przedstawienia gwarancji został przez powódkę na prośbę pozwanej przedłużony, ale przed jego upływem pozwana złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy, które powódka uznała za nieskuteczne. Generalnie nie było zastrzeżeń co do jakości wykonanych prac, a w każdym razie nie mogło to być przyczyną wypowiedzenia umowy.

W tych okolicznościach Sąd Okręgowy uznał, że roszczenia powódki zasługują na uwzględnienie znacznej części.

Sąd Okręgowy odmówił wiarygodności zeznaniom świadków K. I., J. I., T. F. oraz pozwanej w zakresie, w jakim wynika z nich, jakoby powódka, zgodnie z umową stron, była obowiązana do wykonania robót wymienionych w wezwaniu pozwanego z dnia 9 czerwca 2009 r., ze względu na ich sprzeczność w zarówno z zeznaniami świadków A. E. i A. S., jak również przesłuchaniem powódki, opinią biegłego, wydrukiem maila J. I., Załącznikiem nr 2 Wykaz urządzeń, obiektów i usług wyłączonych z dostaw oferenta. Ponadto Sąd Okręgowy ustalił, iż wezwanie to miało miejsce w toku powziętej przez powódkę procedury wzywającej pozwaną do złożenia gwarancji zapłaty. Zdaniem Sądu Okręgowego, wezwanie to miało na celu bezpodstawne doporowadzenie do odstąpienia od umowy przed upływem wyznaczonego terminu do złożenia gwarancji zapłaty. Gwarancja taka nie została bowiem złożona, gdyż powódka jej nie mogła uzyskać, a wobec tego próbowała uwolnić się od skutków prawnych związanych z niewykonaniem obowiązku i powstania po stronie powódki roszczenia z art. 639 k.c. Prawo powódki do żądania takiej gwarancji przyznała J. I., wynika ono jednak przede wszystkim z obowiązującego w dacie żądania art. 4 ust. 1 ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane, nie było ono uzależnione od powstania opóźnienia w zapłacie, czy wątpliwości co do wypłacalności, miało charakter bezwzględny, stąd wbrew zarzutowi pozwanej zażądanie takiej gwarancji przez powódkę nie może zostać uznane za nadużycie prawa.

Z kolei o rozmowach na temat etapowości budowy zeznawał świadek G. D.. Stąd stanowisko pozwanej, jakoby część robót nie została przeniesiona do tzw. drugiego etapu, jest niewiarygodne. Za takim uznaniem przemawia też ustalenie, iż wezwanie do wykonania robót dotyczyło także robót wykonywanych przez powódkę.

Konsekwencją ustalenia, iż powódka nie była obowiązana do wykonania robót wymienionych w wezwaniu albo roboty te wykonywała, jest bezskuteczność oświadczenia pozwanej o odstąpieniu od umowy. Dalszą konsekwencją jest uprawnienie powódki do żądania wynagrodzenia na podstawie art. 639 k.c., skoro to pozwana bezspornie uniemożliwiła mu dalsze wykonywanie umowy, na skutek bezpodstawnego i bezskutecznego odstąpienia od tejże umowy.

Wynagrodzenie z faktury nr (...) z dnia 8 czerwca 2009 r. zostało w istocie uznane przez pozwaną, skoro bezspornie pismem z dnia 7 lipca 2009 r. próbowała ona potrącić karę umowną, która miała jej przysługiwać, z wierzytelnością z tejże faktury. Wszak potrącić można jedynie wierzytelności istniejące i wymagalne. Skoro zatem pozwana w istocie uznała wierzytelność z tytułu wynagrodzenia objętą tą fakturą, weryfikacja prawidłowości jej określenia przez biegłego była zbędna, sama zaś wierzytelność nie uległa umorzeniu na skutek potrącenia w związku z faktem, iż pozwanej nie przysługiwała wierzytelność z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie powódki. Jak bowiem ustalono, przyczyny takie nie zachodziły, a oświadczenie o odstąpieniu było bezskuteczne.

W związku z powyższym Sąd Okręgowy zasądził wynagrodzenie stwierdzone tą fakturą wraz z odsetkami ustawowymi od kwoty 1.902.401,45 zł od dnia 30 czerwca 2009 r. zgodnie z żądaniem powódki ostatecznie sprecyzowanym w piśmie procesowym z dnia 20 sierpnia 2014 r. Sąd Okręgowy nie znalazł natomiast podstaw do zasądzenia odsetek od kwot przewyższających tę kwotę do dat doręczenia pozwanej faktur korygujących.

Sąd Okręgowy uwzględnił również powództwo o zapłatę kwoty 5.136.016 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 3 sierpnia 2009 r. powołując się na ocenę biegłego prawidłowości jej naliczenia. Co do odsetek od kwoty przewyższającej wyżej wymienioną, powołał się na rozważania przytoczone w związku oceną roszczenia z faktury nr (...).

Sąd Okręgowy zasądził kwotę 4.056.645,18 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 24 sierpnia 2009 r. podnosząc, że należność ta została pozytywnie zweryfikowana przez biegłego i znajdowała oparcie w art. 639 kodeksu cywilnego w związku z art. 5 ust. 3 ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane.

Stwierdził również, że to powódkę obciąża zarówno wykazanie powództwa co do zasady, jak i co do wysokości. Stąd nawet ewentualne uznanie opinii biegłego dotyczącej wysokości roszczenia za niezaskługującą na uznanie jej za podstawę wyrokowania oznaczałoby ewentualnie, iż powódka nie wykazała swojego roszczenia co do wysokości, przynajmniej w zakresie objętym opinią. Uznanie natomiast opinii biegłego, dotyczącej określenia, czy czynności, których wykonania zażądała pozwana w wezwaniu poprzedzającym złożone przez nią oświadczenie o odstąpieniu od umowy wchodziły w zakres umowy stron, za niezaskługującą na uwzględnienie, oznaczałoby, iż powódka nie wykazała swojego roszczenia co do zasady co najmniej w takim zakresie, w jakim jest ono oparte o art. 639 k.c. Stąd nawet w przypadku nieuznania opinii biegłego za podstawę rozstrzygnięcia sporu brak byłoby podstaw do uwzględnienia wniosku pozwanej o dopuszczenie dowodu z opinii kolejnego biegłego. Dlatego Sąd Okręgowy takiego dowodu nie dopuścił.

Oparcie wyroku na treści art. 639 k.c. spowodowało także zbędność rozważań co do kwestii skutku odstąpienia od umowy przez pozwaną, gdyż odstąpienie to zostało uznane za bezskuteczne, a żądanie powódki w części uwzględnionej znajduje oparcie przede wszystkim w treści art. 639 k.c., nie zaś art. 494 k.c., czy też art. 395 k.c.

W ocenie Sądu Okręgowego, zasądzenie w całości dochodzonego przez powódkę wynagrodzenia wraz z roszczeniami wynikającymi z art. 639 k.c. czyniło zbędnym rozważania co do różnicy między kwotą brutto należną powodowi a kwotą netto, przyznaną mu po pierwszym rozpoznaniu sprawy przez Sąd Okręgowy. Z uwagi na sprecyzowanie roszczenia przez stronę powodową przy ponownym rozpoznaniu sprawy w ten sposób, że nie domagała się ona odsetek stanowiących nowe roszczenie, niedopuszczalnych w świetle zakazu z art. 479⁴ § 2 k.p.c., zbędne stały się także rozważania co do określenia tych odsetek.

Sąd Okręgowy zasądził kwotę 1.319.014,40 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 24 lipca 2009 r. uznając, iż powódce przysługuje roszczenie o zwrot kwoty stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy, którego zasadność pozwana w toku sporu przestała kwestionować. Co do ustawowych odsetek od kwot przewyższających tę sumę Sąd okręgowy powołał się na swoje rozważania poczynione przy omawianiu zasadności należności z faktury nr (...).

W piśmie z dnia 30 listopada 2010 r. tym pozwana usiłowała potrącić przysługującą powodowi wierzytelność wówczas w wysokości 1.708.523,80 zł z tytułu zwrotu kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy z wierzytelnością mającą przysługiwać pozwanej z tytułu zwrotu nierozliczonej części zaliczki udzielonej powodowi w wysokości 2.391.303,36 zł. Sąd okręgowy wyraził pogląd, że już samo przedstawienie wierzytelności do potrącenia w toku postępowania, z uwagi na mający w niniejszej sprawie zastosowanie art. 479¹⁴ § 4 k.p.c., jest kontrowersyjne co do dopuszczalności. Abstrahując jednakże od tych rozważań zważył, iż pozwana w odpowiedzi na pozew kwestionowała wierzytelność powódki z tytułu zwrotu kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Tym samym, zakładając dopuszczalność zgłoszenia zarzutu potrącenia zważył, iż jednocześnie ze zgłoszeniem tego zarzutu, a najpóźniej w terminie dwutygodniowym od oświadczenia o potrąceniu - stosownie do treści art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. - pozwany obowiązany był do udowodnienia istnienia wierzytelności przedstawionej do potrącenia i jej wysokości. Ciężarowi dowodu w tym zakresie pozwana nie podołała. Do pisma procesowego z dnia 8 grudnia 2010 r. dołączyła bowiem

jedynie – obok wspomnianego oświadczenia o potrąceniu – wyciąg z pocztowej książki nadawczej. W piśmie procesowym z dnia 8 grudnia 2010 r. nie powołała też jakichkolwiek niedołączonych do pisma dowodów, które wykazywałyby istnienie i wysokość jego wzajemnej wierzytelności, nie uczyniła tego też w terminie dwutygodniowym od złożenia oświadczenia o potrąceniu. Powołanie dowodów w tym zakresie było też potrzebne z tej przyczyny, iż już w pozwie powódka wskazała inną wysokość zaliczki, zgodnie ze złożonymi oświadczeniami z dnia 10 lipca 2009 r. i 17 lipca 2009 r., jeszcze przed wniesieniem pozwu. W oświadczeniach tych została określona wysokość nierozliczonej zaliczki.

Jednocześnie, mimo nieskuteczności odstąpienia od umowy, pozwana, nie dopuszczając powódki do dalszego wykonywania wynikających z niej robót, nie mogła zachować wynikającego z umowy roszczenia o zabezpieczenie należytego jej wykonania. Skoro nie oczekiwała od pozwanej wykonania umowy, nie zdecydowała się też na wystąpienie do sądu o upoważnienie do wykonania czynności na koszt powódki (art. 480 § 1 k.c.), zatrzymanie kwoty zabezpieczenia było bezzasadne oraz sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa. Sąd zasadność zasądzenia odsetek za opóźnienie w spełnieniu świadczenia polegającego na zwrocie tej kwoty.

Za bezzasadne natomiast uznano roszczenie powódki o zapłatę kwoty 17.212,98 zł wynikającej z faktury nr (...) z dnia 12 sierpnia 2009 r., obejmującej wartość elementów na placu budowy, i o zapłatę kwoty 52.545,73 zł wynikającej z faktury nr (...) z dnia 12 sierpnia 2009 r., obejmującej wartość elementów składowanych poza placem budowy. Skoro strony bezspornie nie zawarły w tym zakresie umowy sprzedaży, powódce nie przysługuje roszczenie o zapłatę ceny. Oczywiście, przysługuje jej roszczenie o wydanie rzeczy, stanowiących jej własność, stosownie do treści art. 222 § 1 k.c., takiego żądania w niniejszym procesie powódka jednakże nie zgłosiła. Nie wykazała także przesłanek, z powodu których przysługiwałoby jej inne roszczenie niż windykacyjne z tytułu rzeczy składowanych na czy też poza placem budowy.

Sąd Okręgowy nie dopatrył się także podstaw do zasądzenia od pozwanej kary umownej w wysokości 4.000.000 zł, żądanej zgodnie z notą obciążeniową nr (...). Kara umowna została naliczona przez powódkę z powołaniem się na punkt 15.1.4 za niewypełnienie przez pozwaną obowiązków w aspekcie punktu 7.1 oraz 7.7 umowy. Bezsporne jest, iż punkt 15.1.4.1 łączącej strony umowy z dnia 11 września 2008 r. przewiduje karę umowną dla powódki za zwłokę w przekazaniu terenu budowy lub umówionej jego części lub uniemożliwienie rozpoczęcia lub spowodowanie przerwy lub opóźnienia w wykonywaniu zobowiązań wykonawcy z innych przyczyn, pod warunkiem, iż są to przyczyny zawinione przez pozwaną, w wysokości 0,1% wartości wynagrodzenia powódki za każdy tydzień zwłoki dla pierwszych pięciu tygodni zwłoki lub przerwy, w wysokości 0,5% wartości wynagrodzenia powódki za każdy pełny tydzień zwłoki powyżej pierwszych pięciu tygodni zwłoki lub przerwy z tym, że łączna wysokość kar nie może przekroczyć 10% wartości wynagrodzenia. Bezsporne jest, iż w punkcie 7.1 umowy pozwana zobowiązała się do dostarczenia danych, dokumentów i opracowań, określonych w załączniku nr 6, w terminach w nim określonych. Bezsporne jest wreszcie istnienie po stronie powodowej wynikającego z punktu 7.4 umowy obowiązku zawiadomienia pozwanej, jeżeli dane dostarczone przez nią będą niewystarczające do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy – pod rygorem utraty prawa zgłaszania jakichkolwiek zastrzeżeń w terminie późniejszym. Z kolei postępowanie dowodowe wykazało znaczne opóźnienie pozwanej w przekazywaniu dokumentacji, a nawet fakt, iż nie została ona dostarczona w całości do czasu zakończenia wykonywania umowy przez powódkę. Niemniej jednak kara umowna, żądana przez powódkę, została uznana za bezzasadną. Zgodnie z art. 483 § 1 k.c., można zastrzec w umowie, iż naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Z zestawienia dwóch powołanych przepisów w sposób oczywisty wynika, z jednej strony, iż kara taka należy się wierzycielowi bez względu na wysokość poniesionej szkody, z drugiej zaś strony, iż brak poniesienia jakiegokolwiek szkody wyklucza możliwość domagania się kary umownej. Z uwagi jednak na odmienne i dominujące w orzecznictwie stanowisko Sądu Najwyższego, dotyczące wykładni art. 484 § 1 k.c. w oderwaniu od treści art. 483 § 1 k.c., odmowa zasądzenia kary umownej z powołaniem na treść wyżej wymienionych przepisów byłaby niewystraszająca. Według Sądu Okręgowego, orzecznictwo Sądu Najwyższego, z uwagi na autorytet tego Sądu, jest powszechnie stosowane w orzecznictwie sądów powszechnych

mimo braku ku temu formalnych podstaw, jak obowiązujące niegdyś wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej. Zważył, że powódka nie wykazała faktu poniesienia jakiegokolwiek szkody z tytułu niedostarczenia mu przez pozwaną wymaganej dokumentacji. W oderwaniu od kwestii wyżej powołanej wykładni przepisów dotyczących kary umownej wskazał, iż jej wyliczenie w nocie obciążeniowej nr (...) nie zostało uzasadnione w sposób umożliwiający pozytywną weryfikację roszczenia powódki w tym zakresie. I tak, powódka wskazała w nocie, iż „do wyliczenia kary przyjmujemy 24 tygodnie”. Nie podała jednak, dlaczego przyjęła akurat taki okres, nie podała dat początkowych ani końcowych tego okresu. Powołanie się przez powódkę na punkt 7.1 umowy wskazuje, iż kara umowna została naliczona w związku z niedostarczeniem wymaganej dokumentacji. Z dokonanych przez Sąd Okręgowy ustaleń wynikało co prawda, iż pozwana nie dostarczyła całości wymaganej dokumentacji do czasu zejścia powódki z budowy, nie wynika jednakże jednoznacznie, z dostarczeniem jakiej dokumentacji i w jakich konkretnie terminach pozwana w zwłoce pozostawała. Sąd Okręgowy uznał to za lakoniczne określenie przesłanek naliczenia kary umownej w nocie obciążeniowej, co pozostawiło otwartą kwestię okresu, za który kara umowna została naliczona. Powódka naliczyła po prostu maksymalną karę, jakiej – stosownie do treści punktu 15.1.4.1 w związku punktem 3.1 umowy - mogła żądać, a to kwotę 4.000.000 zł. Tak naliczona kara umowna świadczy o dostosowaniu długości okresu, za który jest żądana, do możliwej maksymalnej jej wysokości, co już samo w sobie zdecydowanie ogranicza wiarygodność twierdzenia powódki, iż istniały podstawy do takiego naliczenia. Powyższe czyniło, w ocenie Sądu, jej roszczenie w zasadzie nieweryfikowalnym, a w konsekwencji – nieudowodnionym. Dodał też, iż naliczenie kary, mimo nieponiesienia szkody z uwagi na nienależyte wykonanie umowy przez pozwaną w tym zakresie, byłoby niewątpliwie sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa do naliczenia takiej kary. Tym samym oddalenie roszczenia w tym zakresie znajduje uzasadnienie także w treści art. 5 k.c.

Podstawę rozstrzygnięcia zawartego w punkcie 1 wyroku stanowił art. 647 k.c. i art. 639 k.c., zaś co do odsetek – art. 481 § 1 i § 2 k.c.

O kosztach Sąd Okręgowy orzekł po myśli art. 100 k.p.c., stosunkowo je rozdzielając, przy uwzględnieniu, że powódka wygrała w 65,9%, ponosząc koszty w łącznej wysokości 131.687,75 zł, zaś pozwana wygrała w 34,1%, ponosząc koszty w wysokości 30.844 zł.

Apelację od powyższego wyroku w części zasądzonej i orzekającej o kosztach procesu (pkt 1 i 3) wniosła strona pozwana, która domagała się uchylecia zaskarżonego wyroku i umorzenia postępowania w części dotkniętej nieważnością, w pozostałej zaś części zmiany wyroku poprzez oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje.

Pozwana zarzuciła:

I. nieważność na podstawie art. 379 pkt 3 k.p.c. w zakresie orzeczenia zasądzonego kwotę

707.117,21 zł wraz z ustawowymi odsetkami od tej kwoty od 3 sierpnia 2009 r. do dnia zapłaty tytułem wynagrodzenia za wykonane przez powoda roboty budowlane, jako że roszczenie co do tej kwoty zostało już osądzone prawomocnym w tym zakresie wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 4 sierpnia 2011 r. (sygn. XIV GC 222/ 09/10);

II. naruszenie przepisów prawa procesowego, to jest:

1. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów poprzez:

a) ustalenie, że nie stanowiły przedmiotu umowy: budynek wytwórni azotu, kanalizacja, przyłącze wodociągowe, sieć wody pitnej i przeciwpożarowej, nalew estrów metylowych do cystern kolejowych w całości, prace w zakresie branży elektrycznej oraz branży automatyki i sterowania na skutek:

I. sprzecznej z zasadami logiki oceny opinii biegłego A. K. z 28.05.2013 r. wraz z jego opinią dodatkową z 14.07.2014 r., podczas gdy opinia ta jest wewnętrznie sprzeczna, nie zawiera uzasadnienia zawartych w niej wniosków, biegły

ani w opinii uzupełniającej ani też na posiedzeniu Sądu, składając wyjaśnienia, nie ustosunkował się do zastrzeżeń pozwanego i nie wyjaśnił wątpliwości związanych z opinią, a ponadto teza dowodowa została biegłemu zakreślona w sposób niedopuszczalny;

II. sprzecznej z zasadami logicznego myślenia oraz doświadczenia życiowego oceny zeznań świadków A. E. i A. S. oraz powoda, podczas gdy świadek A. E. zeznała, że nie brała udziału w negocjacjach poprzedzających umowę, a wiedzę o ich treści została jej przekazana przez powódkę, natomiast świadek A. S. zeznał jedynie o wyłączeniu z oferty systemu sterowania fabryką oraz systemu operacyjnego dla składu celnego, a ponadto, iż nie uczestniczył w negocjacjach powódki z pozwaną;

III. sprzecznej z zasadami logiki oceny wydruku maila J. I. z 14 sierpnia 2008 r., podczas gdy nie zawiera on tych elementów, które Sąd uznał za wyłączone z przedmiotu, umowy, a w zakresie należni estrów w jego treści wskazano jedynie na wyłączenie 2 z 4 sztuk;

IV. sprzecznej z zasadami logiki oceny Załącznika nr 2 „Wykaz urządzeń, obiektów i usług wyłączonych z dostaw oferenta”, podczas gdy w załączniku tym brak któregokolwiek z tych elementów’;

V. sprzecznej z zasadami logiki oraz doświadczenia życiowego oceny wiarygodności zeznań świadków K. I., J. I., T. F. oraz pozwanej i uznania ich za niewiarygodne, ze względu na ich sprzeczność, zdaniem Sądu, z zeznaniami świadków A. E., A. S., powoda, wydrukiem maila J. I. oraz załącznikiem nr 2 do Umowy, podczas gdy zeznania te są w całości spójne, nie tylko ze sobą, ale również z treścią umowy, jej załączników, jak również wydrukiem maila, natomiast zeznania świadka A. E. w tym zakresie obejmują jedynie wiadomości zasłyszane od powódki, zaś zeznania świadka A. S. obejmują jedynie niewielką część przedmiotu umowy, a jego wiedza stanowiła w większości również wiedzę zasłyszaną od powódki;

VI. dokonania niepełnej oceny materiału dowodowego, a w szczególności pominięcia treści łączącej strony umowy, zeznań świadka G. D., umowy z 15.09.2008 r. łączącej powoda z podwykonawcą - spółką Przedsiębiorstwo Usług Budowlanych (...) sp.j. M. B. (1), M. S. (1), umowy łączącej powoda z jego podwykonawcą - M. S. (2) z 1.10.2008 r., umowy łączącej powoda z jego podwykonawcą - spółką Przedsiębiorstwo (...) sp.j. z 26.02.2009 r., podczas gdy wszystkie te umowy jednoznacznie potwierdzają, że powód miał świadomość, że jest zobowiązany do wykonania robót i dostaw skutkujących powstaniem zdolnej do rozruchu fabryki, a bezspornym w sprawie było, że bez tych elementów rozruch fabryki nie był możliwy;

b) ustalenie, że wyliczenie wynagrodzenia z faktury nr (...) obejmującej wynagrodzenia powódki za prace wykonane w miesiącu czerwcu 2009 r. oraz wyliczenie wynagrodzenia żądanego przez powódkę na podstawie art. 639 k.c. zostało wykonane prawidłowo na podstawie opinii biegłego, na skutek sprzecznej z zasadami logicznego myślenia oceny tej opinii, podczas gdy została ona sporządzona w sposób rażąco wadliwy, bez wykorzystania wiadomości specjalnych, a weryfikacja spornych kwot wymagała wiadomości specjalnych, o których mowa w art. 278 § 1 k.p.c.;

c) ustalenie, że pozwana nie chciała, aby bank, który udzielił pozwanej kredytu, dowiedział się o wyłączeniach z przedmiotu umowy, wobec czego w umowie nie zawarto postanowień dotyczących drugiego etapu inwestycji, a faktyczny zakres przedmiotu umowy miał określać jej załącznik nr 3 - na skutek sprzecznej z zasadami logiki oraz doświadczenia życiowego oceny zeznań świadków A. E. i A. S. oraz powoda, podczas gdy świadek A. E. zeznała, że nie brała udziału w negocjacjach poprzedzających umowę, a wiedzę o ich treści została jej przekazana przez powódkę, a z zeznań świadka A. S. takie fakty nie wynikają;

d) ustalenie, że pozwana w swojej inwentaryzacji akceptowała wyłącznie elementy wykonane w 100% na skutek niepełnej oceny materiału dowodowego, a w szczególności pominięcia treści inwentaryzacji pozwanej, zeznań świadków T. F., A. Z. oraz R. R.;

e) ustalenie, że pozwana opóźniła się w płatnościach na rzecz powódki, na skutek niepełnej oceny materiału dowodowego, a w szczególności pominięcia wystawionych przez powódkę faktur oraz dowodów zapłaty przez pozwaną za te faktury;

f) ustalenie, że pozwana nie mogła uzyskać gwarancji zapłaty za roboty budowlane – na skutek niepełnej analizy materiału dowodowego i pominięcia złożonego przez pozwanego w banku finansującym inwestycję wniosku o udzielenie gwarancji z dnia 22 maja 2009 r.;

g) ustalenie, że wezwanie do wykonania umowy z 9 czerwca 2009 r. zostało złożone w celu odstąpienia od umowy przed upływem terminu do złożenia gwarancji zapłaty, podczas gdy obejmowało ono elementy wchodzące w zakres przedmiotu umowy, których wykonania powódka odmawiała i jego celem było skłonienie powódki do należytego wykonania umowy;

h) ustalenie, że pozwana nie udowodniła istnienia i wysokości wierzytelności przedstawionej do potrącenia i jednocześnie ustalenie, że wysokość wierzytelności pozwanej co najmniej w kwocie równej wierzytelności powódki była bezsporna już przed złożeniem zarzutu potrącenia; w tym zakresie uzasadnienie skarżonego wyroku jest wewnętrznie sprzeczne, co skutkowało nieuwzględnieniem zarzutu potrącenia zgłoszonego przez pozwaną i naruszeniem również art. 229 k.p.c.;

2. art. 236 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez nakazanie biegłemu w postanowieniu dowodowym z dnia 7 marca 2013 r. dotyczącym opinii w zakresie przedmiotu łączącej strony umowy dokonania wykładni oświadczeń woli zamiast oznaczenia faktu podlegającego stwierdzeniu;

3. art. 217 § 2 k.p.c. (w brzmieniu przed zmianą wprowadzoną ustawą Dz.U. z 2011 r., nr 233, poz. 1381) i art. 227 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. oraz art. 286 k.p.c. poprzez:

a) niedopuszczenie wnioskowanego przez pozwaną dowodu z opinii innego biegłego, podczas gdy opinie biegłego A. K. były wewnętrznie sprzeczne, nie zawierają uzasadnienia zawartych w nich wniosków i zostały sporządzone bez wykorzystania jakichkolwiek wiadomości specjalnych, a biegły zarówno w opinii uzupełniającej, pomimo zobowiązania przez Sąd, jak również w trakcie ustnych wyjaśnień, nie ustosunkował się do zarzutów pozwanej oraz nie wyjaśnił związanych z opiniami wątpliwości;

b) niedopuszczenie wnioskowanego przez pozwaną dowodu z opinii biegłego na okoliczność prawidłowości przeprowadzonej przez pozwaną inwentaryzacji oraz dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwu na okoliczność wysokości ewentualnego wynagrodzenia powódki za niewykonaną część umowy, z odliczeniem tego, co powódka zaoszczędziła z powodu niewykonania przedmiotu umowy, jak również dowodu z opinii biegłego na okoliczność tego, czy bez wykonania elementów, których wykonania w ramach umowy powódka odmawiała i objętych wezwaniem pozwanej z 9 czerwca 2009 r., przy zastosowaniu nakazanych przez pozwaną rozwiązań, możliwy byłby rozruch i eksploatacja fabryki;

4. art. 321 § 1 k.p.c. poprzez orzekanie ponad żądanie i zasądzenie na rzecz powoda kwoty 4.056.645,18 zł z odsetkami na podstawie art. 639 k.c. wobec uniemożliwienia powodowi dalszego wykonywania umowy na skutek bezpodstawnego i bezskutecznego odstąpienia od tej umowy przez pozwaną, podczas gdy powódka żądała wynagrodzenia na podstawie art. 639 k.c. wobec nieprzedstawienia przez pozwaną gwarancji zapłaty za roboty budowlane, a zatem na zupełnie innej podstawie faktycznej;

5. art. 386 § 6 k.p.c. poprzez niewykonanie wskazań Sądu Apelacyjnego wydanych w tej sprawie w zakresie oceny skutku odstąpienia od umowy, jak również oceny żądania powódki w zakresie odsetek;

6. art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak precyzyjnego wskazania leżących u podstaw rozstrzygnięcia faktów co do zakresu konkretnych elementów, które były objęte wezwaniem pozwanej z 9 czerwca 2009 r., a które Sąd uznał za wyłączone

z przedmiotu umowy oraz brak wskazania, na jakich dowodach Sąd oparł się ustalając wyłączenie każdego z tych elementów oraz brak jasnego wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa;

przy czym uchybienia te miały istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, gdyż skutkowały przyjęciem, że pozwana w wezwaniu z dnia 9 czerwca 2009 r. żądała wykonania elementów będących poza zakresem łączącej strony umowy i w rezultacie uznaniem bezskuteczności odstąpienia przez pozwaną od tej umowy oraz ustaleniem prawidłowości wyliczenia powódki w zakresie wynagrodzenia za wykonane roboty oraz wynagrodzenia żądanego przez powódkę na podstawie art. 639 k.c.;

III. naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest:

1. art. 65 k.c. przy ustalaniu treści łączącej strony stosunku prawnego polegające na:

- mylnym zrozumieniu treści zastosowanego przepisu wyrażającym się w pominięciu analizy treści umowy, jej kontekstu językowego i sytuacyjnego (okoliczności złożenia oświadczenia woli) oraz celu umowy, w zakresie konieczności wykonania przez powódkę robót objętych wezwaniem pozwanej z dnia 9 czerwca 2009 r., i w konsekwencji niewłaściwym zastosowaniu tego przepisu poprzez poprzestanie na uznaniu, że wyłącznie zamiar jednej strony (ustalony w oparciu o zeznania powódki i świadków zawnioskowanych przez powódkę oraz wybrane dokumenty) jest wystarczający dla przesądzenia o interpretacji treści zawartej przez strony umowy;

2. art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 636 § 1 k.c. poprzez ich niezastosowanie i uznanie bezskuteczności odstąpienia pozwanej od umowy, podczas gdy pozwana zasadnie wezwała powódkę do wykonania prac określonych w tym wezwaniu, a powódka odmówiła ich wykonania, co skutkowało nieuwzględnieniem potrącenia przez pozwaną kary umownej za odstąpienie w kwocie 4.000.000 zł z wynagrodzeniem powoda objętym fakturą nr (...);

3. art. 639 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. - poprzez ich zastosowanie i zasądzenie na rzecz powoda kwoty 4.056.645,18 zł z odsetkami na podstawie art. 639 k.c. wobec

uniemożliwienia powódce dalszego wykonywania umowy na skutek

bezpodstawnego i bezskutecznego odstąpienia od tej umowy przez pozwaną, podczas gdy art. 639 k.c. nie ma zastosowania do umowy o roboty budowlane, gdyż art. 656 § 1 k.c. nie stanowi odesłania do niego; ewentualnie art. 5 k.c. w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 9 lipca 2003 roku o gwarancji zapłaty za roboty budowlane poprzez ich niezastosowanie do oceny, czy żądanie przez powódkę gwarancji zapłaty za roboty budowlane stanowi nadużycie prawa;

4. art. 5 k.c. oraz art. 639 k.c. w zw. z art. 5 ust. 3 ustawy z dnia 9 lipca 2003 roku o gwarancji zapłaty za roboty budowlane poprzez ich niewłaściwe zastosowanie przy ustaleniu, że zaistniała przeszkoda w wykonywaniu robót budowlanych przez powódkę z przyczyn dotyczących pozwanej, polegająca na braku wystarczającej gwarancji zapłaty;

5. art. 647 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że powodowi należy się wynagrodzenie zgodnie z wystawionymi fakturami na podstawie protokołów zaawansowania robót sporządzanych przez powódkę w trakcie wykonywania prac, podczas gdy protokoły te nie obrazowały rzeczywiście wykonanego zakresu prac;

6. art. 498 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na nieuznaniu zgłoszonego przez pozwaną zarzutu potrącenia, podczas gdy spełnione zostały wszystkie wymienione w tym przepisie przesłanki.

IV. sprzeczność istotnych ustaleń faktycznych z treścią zebranego materiału dowodowego poprzez błędne ustalenie, że pozwana wyłączyła prace objęte jego wezwaniem z 9 czerwca 2009 r. z zakresu przedmiotowego umowy, podczas gdy zgromadzone dowody nie dają żadnych podstaw do takiego ustalenia.

W odpowiedzi na apelację powódka wniosła o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja strony pozwanej odniosła jedynie częściowy skutek.

Sąd Apelacyjny uznał bowiem, że zasadnie argumentowała skarżąca, iż sporządzone w toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji opinie biegłego A. K. zarówno odnośnie zakresu zleconych robót budowlanych, jak i wynagrodzenia powodowego wykonawcy opartego o art. 639 k.c., były lakoniczne, nie usuwały wątpliwości, nie zawierały zrozumiałego wyjaśnienia wyciągniętych wniosków, w pewnym zakresie sprowadzały się wyłącznie do matematycznego zsumowania poszczególnych pozycji, a ostatecznie biegły odmówił ustnych odpowiedzi na nadal podnoszone zastrzeżenia strony pozwanej. Oparcie rozstrzygnięcia o tak nieweryfikowalne opinie naruszało zasady swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1 k.p.c.) i mogło prowadzić do wadliwego rozstrzygnięcia. Wobec tego Sąd Apelacyjny postanowił ponowić dowód z opinii biegłego specjalisty z zakresu budownictwa:

- na okoliczność ustalenia, czy strony umowy wyłączyły z zakresu robót budowlanych prace określone w wezwaniu pozwanej z dnia 9 czerwca 2009 r. lub prace te były faktycznie realizowane, biorąc szczególnie pod uwagę treść ofert składanych przez powódkę, załączniki do umowy, e-mail pozwanej z dnia 14 sierpnia 2008 r., harmonogram rzeczowo-finansowy z dnia 30 października 2008 r. w porównaniu do projektu budowlanego;

- celem uzyskania odpowiedzi, czy wskutek wyłączenia części robot budowlanych było możliwe wybudowanie fabryki zdolnej do produkcji oraz, czy wyłączenia te miały jedynie charakter obniżenia potencjału fabryki (postanowienie z dnia 4 lutego 2016 r. – k. 4466).

Materiał dowodowy został również uzupełniony o dokumentację budowlaną, jaką strony złożyły do sprawy w oddzielnych skoroszytach, a które zostały pominięte przez Sąd Okręgowy (k. 4908). Dokumenty te stały się podstawą do wydania kolejnej opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność ustalenia:

- czy zakres robót budowlanych wraz z użytymi materiałami do ich wykonania ujęty w protokołach miesięcznego zaawansowania robót (sporządzanych w okresie od września 2008 r. do czerwca 2009 r.) znajduje potwierdzenie w dokumentacji źródłowej złożonej przez powódkę;

- w jakim zakresie inwentaryzacja (obmiar robót) sporządzona przez pozwaną odpowiada tej dokumentacji źródłowej i protokołom miesięcznego zaawansowania robót, czy inwentaryzacja zawiera również prace nie ujęte w protokołach miesięcznego zaawansowania robót, czy też pomija część robót, które w protokołach miesięcznego zaawansowania robót zostały wyszczególnione.

Ponadto w toku postępowania apelacyjnego obie strony procesu składały wnioski o przeprowadzenie dowodów z ponownego przesłuchania świadków M. S. (2), A. E. (pismo powódki z dnia 2 listopada 2015 r. – k. 4251), J. I. (pismo pozwanej z dnia 18 listopada 2015 r. – k. 4282) i dokumentów, które były już składane do akt (pismo powódki z dnia 2 listopada 2015 r. – k. 4251; pismo pozwanej z dnia 18 listopada 2015 r. – k. 4282; pismo powódki z dnia 18 stycznia 2016 r. – k. 4308). Wnioski te zostały oddalone na rozprawie w dniu 13 września 2017 r. (k. 4896), gdyż świadkowie byli już słuchani na okoliczności, które strony zamierzały wykazywać, a dokumenty były już przedmiotem postępowania dowodowego.

Na zarządzenie Sądu Apelacyjnego powódka przedstawiła zestawienia wartości wystawionych przez nią faktur za cały okres wykonywania umowy, z rozbiciem na poszczególne faktury oraz uwzględnieniem dokonywanych korekt, ale z pominięciem zatrzymanych kwot tytułem zabezpieczenia prawidłowego wykonania umowy; dowodów wpłat z tytułu wynagrodzenia za wykonywaną; wysokości otrzymanej zaliczki na wynagrodzenie w kwocie brutto i netto; sposobu rozliczenia pozostałej do zwrotu zaliczki; sposobu i podstaw korekt żądań z faktur nr (...) za prace wykonane w maju i czerwcu 2009 r.; sposobu wyliczenia zatrzymanych kwot tytułem gwarancji prawidłowego wykonania umowy z rozbiciem na poszczególne faktury (zarządzenie -k. 4300; pismo powódki z dnia 18 stycznia 2016 r. – k. 4308). Z zestawień tych wynika, iż powódka wystawiła faktury (po korektach) na łączną kwotę netto 19.426.044,30 zł (brutto 23.699.774,07 zł). Pozwana dokonała wpłat w wysokości 22.380.759,67 zł brutto. Tytułem gwarancji właściwego

wykonania umowy z faktur zapłaconych przez pozwaną zatrzymano i nie zwrócono dotąd kwotę 1.708.523,80 zł. W toku postępowania sądowego powódka ograniczała swoje żądania wystawiając stosowne faktury korygujące, co miało związek ze zwrotem nabytych już przez nią materiałów do budowy realizowanej dla pozwanej lub ich odsprzedaży innym podmiotom. Z tego powodu z faktury nr (...) z 10 lipca 2009 r. odliczono należność w wysokości 1.159.276,21 zł brutto.

W konsekwencji uzupełnienia postępowania dowodowego Sąd Apelacyjny orzekał na podstawie dowodów zgromadzonych w obu instancjach i stwierdził, że poczynione dotychczas ustalenia faktyczne przez Sądy pierwszej instancji są prawidłowe, choć wymagały uzupełnienia, o czym będzie mowa przy rozszkazywaniu o poszczególnych żądaniach powódki.

Nieskuteczny był zarzut apelacji o naruszeniu przez Sąd Okręgowy art. 328 § 2 k.p.c.

Cytowany powyżej przepis określa, jakie elementy sąd jest zobowiązany ująć w uzasadnieniu wyroku. Powinno ono zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, a mianowicie: ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. Braki te mogą dotyczyć zarówno podstawy faktycznej, jak i prawnej. Niedostatecznie jasno ustalony stan faktyczny może uniemożliwiać dokonanie oceny wyводу, który doprowadził do wydania orzeczenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 2011 r., sygn. akt II UK 346/10), a tym samym uzasadniać zarzut naruszenia prawa materialnego, gdyż o jego prawidłowym zastosowaniu można mówić dopiero wówczas, gdy ustalenia stanowiące podstawę zaskarżonego wyroku pozwalają na ocenę tego zastosowania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 2004 r., sygn. akt V CK 92/04). Wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku polega natomiast na wskazaniu nie tylko przepisów prawa, ale także na wyjaśnieniu, w jaki sposób wpływają one na treść rozstrzygnięcia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2011 r., sygn. akt I CSK 581/10). W orzecznictwie wyraźnie wskazuje się, iż zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. powinien być uznany za uzasadniony jedynie w przypadkach wyjątkowych, kiedy treść uzasadnienia całkowicie uniemożliwia sądowi drugiej instancji dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania orzeczenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt I UK 325/10). Ponieważ kwestie, które apelująca uznała za niewystarczająco uzasadnione (zakres zleconych powódce robót), podlegały na nowo badaniu w postępowaniu apelacyjnym, wraz z dopuszczeniem dowodu z opinii innego biegłego, nie można uznać, że braki w postawie faktycznej uzasadnienia Sądu Okręgowego doprowadziły do całkowitej niemożności oceny wyводу Sądu Okręgowego.

Zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy miało określenie treści umowy stron, a zwłaszcza zakresu prac, jakich powódka podjęła się wykonania za wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 40.000.000 zł netto. Żądania powódki, jakie pozostały do rozważenia, dotyczą wypłaty wynagrodzenia za wykonane prace, a mianowicie części wynagrodzenia za roboty wykonane w maju 2009 r. (faktura nr (...)), reszty wynagrodzenia za roboty wykonane w czerwcu 2009 r. do momentu rozwiązania umowy (faktura nr (...)), wynagrodzenia za gotowość do wykonania pozostałych robót (art. 639 k.c.) i zwrotu zatrzymanych tytułem należytego wykonania umowy kwot z wynagrodzenia.

Interpretację treści umowy stron o roboty budowlane (art. 647 k.c.) należało dokonać poprzez pryzmat przesłanek art. 65 k.c.

Według art. 65 § 2 k.c. w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

W judykaturze wyraźnie nadaje się pierwszeństwo tzw. kombinowanej metodzie wykładni oświadczeń woli. Metoda sprowadza się do takiego ustalenia znaczenia oświadczenia woli, które rzeczywiście nadały mu obie strony w chwili jego złożenia (subiektywny wzorzec wykładni). To, jak strony, składając oświadczenie woli, rozumiały je można wykazywać zarówno za pomocą dowodu z przesłuchania stron, jak i innych środków dowodowych. Dla ustalenia, jak strony rzeczywiście pojmowały oświadczenie woli w chwili jego złożenia może mieć znaczenie także ich postępowanie po złożeniu oświadczenia, np. sposób wykonania umowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 1998 r., sygn. akt I PKN 532/97). Prowadzeniu wszelkich dowodów w celu ustalenia, jak strony rzeczywiście rozumiały pisemne

oświadczenie woli nie stoi na przeszkodzie norma art. 247 k.p.c. Dowody zgłaszane w tym wypadku nie są bowiem skierowane przeciwko osnowie lub ponad osnowę dokumentu, a jedynie służą jej ustaleniu w drodze wykładni (por. orzeczenia Sądu Najwyższego: z dnia 18 września 1951 r., sygn. akt C 112/51 i z dnia 4 lipca 1975 r., sygn. akt III CRN 160/75, z dnia 23 października 2015 r., sygn. akt V CSK 83/15).

Jeżeli okaże się, że strony różnie rozumiały treść złożonego oświadczenia woli, to za prawnie wiążące - zgodnie z kombinowaną metodą wykładni - należy uznać znaczenie oświadczenia woli ustalone według wzorca obiektywnego. W tej fazie wykładni potrzeba ochrony adresata oświadczenia woli, przemawia za tym, aby było to znaczenie oświadczenia, które jest dostępne adresatowi przy założeniu - jak określa się w doktrynie i judykaturze (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r., sygn. akt III CZP 66/95) - starannych z jego strony zabiegów interpretacyjnych. Na ochronę zasługuje bowiem tylko takie zaufanie adresata do znaczenia oświadczenia woli, które jest wynikiem jego starannych zabiegów interpretacyjnych. Potwierdza to nakaz zawarty w art. 65 § 1 k.c., aby oświadczenia woli tłumaczyć tak, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współzycia społecznego i ustalone zwyczaje.

Nie została zaakceptowana argumentacja pozwanej, iż decydujące znaczenie przy interpretacji umowy odnoszącej się zakresu robót, jakie powódka zobowiązała się wykonać, ma używane w umowie sformułowanie o wybudowaniu „fabryki zdolnej do produkcji”. Materiał dowodowy niewątpliwie potwierdził bowiem, że pierwotnie zaprojektowana budowa fabryki została podzielona na etapy. Jeszcze przed zawarciem umowy strona pozwana w mailu z dnia 14 sierpnia 2008 r. wydzieliła roboty, które nie zostały objęte zleceniem dla powódki i przesunięte do wykonania w II etapie (k. 488 akt). Podział ten pojawiał się również wielokrotnie w kolejnej wymienianej pomiędzy stronami korespondencji, w tym zwłaszcza w informacjach udzielanych przez pozwaną (maile z dnia 14.10.2008 r., 9.09.2008 r., 19.09.2008 r. – k. 475-480 akt; pismo pozwanej z 6.10.2008 r. – k. 474 akt; mail pozwanej z 19.09.2008 r. – k. 1142) i to w okresie, kiedy strony nie popadły jeszcze w spór, jakie prace zostały ostatecznie objęte umową. Podział budowy na etapy był wymuszony potrzebą dostosowania zakresu robót do budżetu inwestora (zeznania świadka projektanta A. Z. – k. 2851 akt). Zamiar podziału prac potwierdził również świadek G. D., który obok powódki składał swoją ofertę (k. 3381 – 3382). Mniej więcej od początku 2009 roku w stanowiskach stron w tej kwestii zaczęły pojawiać się różnice. Powódka zwracała się do pozwanej o uszczegółowienie wyłączeń poprzez podział dokumentacji technicznej na część zleconą w umowie i poza umową (pismo powódki z 10 marca 2009 r. – k. 581 akt). Zwracała uwagę, że część tych wyłączeń są dla niej jasne ze względu na opis (jako przykład wskazała sporny obecnie obiekt nr 18), jednak część wymaga współpracy inwestora i projektanta (jako przykład wskazano sporne obecnie prace polegające na orurowaniu). Wcześniejsze wnioski powódki zgłaszane na naradach roboczych nie przyniosły rezultatu. Już w maju 2009 r. powódka pisemnie oponowała przeciwko przerzucaniu na nią części prac i negowaniu podziału budowy fabryki na etapy (pismo powódki z 18 maja 2009 r. – k. 469 akt) i stwierdziła, że zgodnie z informacją uzyskaną od J. I. przedstawiciela banku finansującego inwestorowi budowę sięgają po korespondencję stron, w związku z czym pozwana prosiła, aby nie używać nomenklatury I i II etapu. To na ten fakt powódka powoływała się w powstałym później między stronami sporze, który się obecnie rozstrzygany. Okoliczność ta potwierdzona została w zeznaniach świadka M. S. (2) (k. 2586). Z umowy kredytowej pozwanej wynika, że koszty projektu w postaci budowy i uruchomienia zakładu produkcji estrów metylowych z oleju rzepakowego oraz innych olejów roślinnych, do stosowania m.in. jako dodatki do paliwa samochodowego oraz zakład produkcji gliceryny o jakości farmaceutycznej z oleju roślinnego, o łącznej powierzchni użytkowej około 1.479 m⁽²⁾, zostały ocenione na kwotę blisko 90 mln zł netto (umowa kredytowa wraz z aneksem – k. 1158 – 1234), przy czym budżet projektu przewidywał wartość robót budowlano-inwestycyjnych generalnego wykonawcy na cenę 35.790.100 zł (załącznik nr 4 do umowy kredytowej – k. 1231).

Pierwsze zapytanie ofertowe pozwanej zostało sporządzone w dniu 8 lutego 2008 r. (k. 974 – 1015). Zapytanie pozwanej dotyczyło budowy Fabryki (...). W załączniku nr 2 do tej oferty pozwana wyłączyła część robót określonych w projekcie (urządzenia, obiekty i usługi). Powódka złożyła w odpowiedzi swoją ofertę w dniu 25 lutego 2008 r. (k. 946 zakres przedmiotowy oferty powódki wskazywał załącznik nr 9.3.) Wartość robót powódka wyliczyła na sumę 60.203.199 zł netto, dodatkowo też wskazała, że żąda wynagrodzenia za koordynację budowy i nadzór inwestorski w

wysokości 1.250.000 zł netto. Pozwana zmierzała do obniżenia kosztów budowy, co miało nastąpić poprzez wyłączenie z zakresu zlecenia kolejnych robót i dostaw.

Kolejną ofertę powódka złożyła w dniu 13 marca 2008 r. (k. 931 i n.). Zaproponowana wysokość wynagrodzenia za prace budowlane wynosiła 57.681.108 zł netto, a za nadzór inwestorski 1.250.000 zł.

Pismem z dnia 28 maja 2008 r. (k. 1717 – 1719) powódka dokonała rewizji oferty poprzez przedstawienie propozycji wykonania konkretnych robót budowlano – montażowych za wynagrodzeniem 52.250.268 zł.

Kolejną ofertę powódka złożyła w piśmie datowanym na dzień 8 sierpnia 2008 r. (k. 918 – 930). Zaproponowana wysokość wynagrodzenia za prace budowlane wynosiła 39.650.000 zł netto, a za nadzór inwestorski 1.250.000 zł.

Pozwana postanowiła zrezygnować z realizacji niektórych elementów fabryki pierwotnie przewidzianych, część z nich ograniczyła, a część prac przesuwała do tzw. II etapu, choć formalnie nie było mowy o podziale budowy fabryki na etapy. Strona powodowa twierdziła, że brak podziału na etapy budowy miało związek z finansowaniem budowy ze środków kredytu bankowego, a instytucja finansowa była skłonna do przydzielenia kredytu jedynie na kompleksową budowę zakładu produkcyjnego – „fabryki zdolnej do produkcji” (dowód: mail pozwanej z dnia 14 sierpnia 2008 r. – k. 910, świadek M. S. (2) – k. 2586, świadek A. Z. – k. 2848, zeznania przedstawiciela powódki G. Ż. - k. 2869, zeznania świadka A. E. – k. 2697). W mailu z dnia 14 sierpnia 2008 r. przedstawiciel pozwanej świadek J. I. wskazała, iż przesyła „tabelkę z elementami inwestycji, które przechodzą do II etapu inwestycji, ewentualnie będą realizowane przez (...)”.

Umowa stron została zawarta w dniu 11 września 2008 r. Strony ustaliły, że powódka wykona fabrykę zdolną do rozruchu. Umowa bliżej nie określała, jakie ostatecznie roboty i dostawy ma wykonać powódka. Jedynie zakres prac, jaki został opisany i to dość ogólnikowo, zestawiono w załączniku nr 3 określanym jako Harmonogram budowy. Załącznik nr 3 do umowy wyznaczał przebieg realizacji poszczególnych etapów robót i dostaw (pkt 10.1 umowy).

Pozwana domaga się interpretacji umowy wyłącznie poprzez pryzmat zapisów o wybudowaniu fabryki zdolnej do rozruchu i gdzie powołano się na pełny projekt budowlany oraz projekty wykonawcze (k. 4630), choć wiadomo, że części dokumentacji jeszcze nie było w chwili zawierania umowy.

Tego samego dnia strony ustaliły, że do końca września 2008 r. wspólnie z projektantem i dostawcą systemu sterowania nadrzędnego sporządzą szczegółowy harmonogram rzeczowo finansowy oraz wykaz dokumentacji budowlanej (dowód: porozumienie z dnia 11 września 2008 r.). Jednak do sporządzenia takiego dokumentu nie doszło. Ostatecznie to powódka wykonała szczegółowy harmonogram i przekazała go pozwanej na przełomie października i listopada 2008 r. Na podstawie tego dokumentu dokonywano miesięcznych rozliczeń robot wykonanych przez powódkę. Pozwana wprawdzie w toku postępowania utrzymywała, że żadnego ze sporządzonych przez powódkę harmonogramu nie respektowała, jednak przyznała, że harmonogram ten przedłożyła bankowi kredytującemu inwestycję (k. 1092).

Harmonogram (załącznik nr 3 do umowy) na zlecenie pozwanej sporządził projektant świadek A. Z.. Jego zakres zmierzał do dopasowania zakresu prac do budżetu pozwanej. Harmonogram nie był kompletny w stosunku do projektu (zeznania świadka A. Z. – k. 2851 akt).

Przy zawieraniu umowy strony zawarły oddzielne porozumienie, w którym zobowiązały się do uzgodnienia szczegółowego harmonogramu rzeczowo-finansowego (czyli załącznika nr 3) do dnia 30 września 2008 r., co świadczy o tym, że miały świadomość, iż zakres robót określonych samą umową i sporządzonego na jej potrzeby załącznika nr 3 nie był wystarczający do precyzyjnego rozdzielenia prac na prace z umowy i poza umową (porozumienie – k. 849). Powódka przygotowała taki harmonogram, do którego pozwana zgłosiła zarzuty (mail pozwanej z dnia 3 października 2008 r. – k. 1147 – 1152). Zarzuty te jednak ograniczały się do czasowego rozplanowania poszczególnych robót. Następnie powódka przestawiła harmonogram po poprawkach w dniu 30 października 2008 r., który pozwana odebrała w dniu 3 listopada 2008 r. (harmonogram z dnia 30 października 2008 r. – k. 630). W procesie pozwana wprawdzie twierdziła, że tego harmonogramu również nie zaakceptowała, ale nie wykazała, aby po jej otrzymaniu

jakiegokolwiek zarzuty zgłaszała, jak to miało miejsce w poprzednim wypadku. Pozwana powołała się jedynie na swoje pismo z dnia 21 maja 2009 r. (k. 1245 akt), które zostało już skonstruowane po powstaniu konfliktu stron co do zakresu umowy. Co więcej, w piśmie z dnia 6 lipca 2009 r. pozwana powołuje się na harmonogram rzeczowo-finansowy z dnia 30 września 2008 r. jako jedyny oficjalny dokument obowiązujący strony, podpisany i przedstawiony kredytodawcy pozwanej (k. pismo z dnia 6 lipca 2009 r. – k. 1270 – 1274). Stanowisko pozwanej było zatem w tej materii całkowicie niespójne.

Już w piśmie z dnia 23 kwietnia 2009 r. (k. 550-552) powódka wskazała zakres robót wyłączonych z I etapu robót i przeniesionych do II etapu. Wartość prac przydzielonych do II etapu wynosiła 13.500.268 netto. Powódka zwracała się do pozwanej o wykonane wydzielenia zakresów dokumentacji technicznej każdego z etapów już w piśmie z dnia 10 marca 2009 r. (k. 581).

Z tych samych względów nie sposób przyjąć, iż powódka zobowiązała się do realizacji budowy w pełnym zakresie opisanym w projekcie budowlanym (czyli „fabrykę zdolną do rozruchu”), gdyż zapis taki został przetransponowany do umów z jej podwykonawcami. Powódka przyjęła tożsamą terminologię, jednak decydujące znaczenie miała tu wola stron, a nie zapis umowy. Natomiast świadek G. D., na zeznania którego pozwana powołuje się w apelacji, stwierdził wprost, że pozwana zmierzała do etapowości prac, na co jego firma, która składała oferty pozwanej jednocześnie z powódką, wyraźnie się nie zgadzała (k. 3381).

Podobnie nieprzekonywującym argumentem jest przewidziana w umowie konieczność uczestnictwa powódki w rozruchu technologicznym i mechanicznym fabryki. Udział w tych czynnościach nie oznaczał bowiem obowiązek postawienia fabryki w stanie kompletnym, aby rozruch taki przeprowadzić. Klóci się zresztą z tym twierdzeniem okoliczność bezsporna w toku postępowania, że technologia systemu nadrzędnego miała być dostarczona przez inny podmiot niż powódkę, a bez tego systemu rozruch, o jakim mowa byłby niemożliwy.

Z początkiem 2009 r. pozwana zaczęła się domagać od powódki wykonywania prac, które zostały przesunięte do wykonania do II etapu i nie były ostatecznie przedmiotem ofertowania powódki. Odbyło się kilka spotkań, a także wymieniano korespondencję, jednak strony do doszło do porozumienia.

Wobec powstania u powódki wątpliwości co do sytuacji finansowej pozwanej, powódka pismem z dnia 6 maja 2009 r. wezwała pozwaną do przedłożenia gwarancji zapłaty, powołując się na uprawnienie wynikające z ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane, do wysokości kwoty stanowiącej wynagrodzenie netto powódki pozostającej do zapłaty, jednak już pismem z dnia 11 maja 2009 r. powódka powiększyła tą kwotę o podatek vat i zażądała gwarancji na kwotę równą reszcie umówionego wynagrodzenia. Ostateczny termin wyznaczony pozwanej do przekazania dokumentu został określony na 6 lipca 2009 r. Pozwana starała się uzyskać gwarancję ubezpieczeniową, jednak bez pozytywnego rezultatu. Ubezpieczyciele odmawiali, a (...) S.A. twierdziło, że firma pozwanej jest za młoda (dowód: zeznania świadka C. E. – k. 3500).

Pismem z dnia 9 czerwca 2009 r. pozwana wezwała powódkę do wykonania robót lub dostaw w następującym zakresie:

- budynku wytwórni azotu (obiekt nr 18) – Dokumentacja architektoniczno-konstrukcyjna/Architektura, tom 3, rew. 2,
- przyłącza wodociągowego - Dokumentacja branży instalacyjnej, Tom 2, Zeszyt 1,
- kanalizacji zgodnie z dokumentacją projektową, również poza terenem podstawowej instalacji technologicznej – Dokumentacja branży instalacyjnej Tom 2, zeszyt 2,
- sieci wody pitnej i p.poż zgodnie z dokumentacją projektową, również poza terenem podstawowej instalacji technologicznej – Dokumentacja branży instalacyjnej Tom 1, zeszyt 1,
- orurowania poza terenem podstawowej instalacji technologicznej – Dokumentacja mechaniczna Karta projektu (...),

- wszystkich tac obiektu nr 5 – Dokumentacja architektoniczno- konstrukcyjna/ Konstrukcje Tom 9,
 - nalewu estrów metylowych do cystern kolejowych (2 ramiona nalewczcze wraz z opomiarowaniem i infrastrukturą, obiekt nr 16) – Dokumentacja architektoniczno-konstrukcyjna/Architektura, tom 5, Dokumentacja architektoniczno-konstrukcyjna/ Konstrukcje, Tom 5, Zeszyt 1,2,1,
 - branży elektrycznej oraz branży automatyki i sterowania w zakresie zgodnym z przekazaną dokumentacją Instalacji elektrycznej, Tom 3, Instalacje off – site, karta projektu(...) Instalacje off – site, Karta projektu(...) oraz rewizja(...)
- w terminie 14 dni pod rygorem odstąpienia od umowy (k. 452).

Powódka sporządziła protokół nr (...) obejmujący roboty wykonane w maju 2009 r. Protokół ten został potwierdzony przez inspektorów nadzoru w dniu 3 czerwca 2009 r. i w takiej formie przekazany pozwanej. W dniu 8 czerwca 2009 r. pozwana zwróciła powódce ten protokół, jednak część prac zostało wykreślonych i z podpisami inspektorów, ale z datą 29 maja 2009 r.

Pismem z dnia 25 czerwca 2009 r. pozwana odstąpiła od umowy z powódkę powołując się postanowienie umowne pkt 19.1 (k. 420). Stwierdziła, że skoro powódka odmówiła wykonania prac opisanych w piśmie z dnia 9 czerwca 2009 r., to jednocześnie odmówiła wykonania przedmiotu umowy, którym było wybudowanie fabryki zdolnej do rozruchu, a to uzasadniało odstąpienie od umowy.

Jednocześnie powódka w piśmie z dnia 7 lipca 2009 r. oświadczyła, że ponieważ pozwana nie przedstawiła gwarancji zapłaty powódce umowa nie może być nadal wykonywana i powódka przystąpiła do rozliczenia budowy (k. 174).

Powódka wystawiła fakturę nr (...) za prace wykonane w maju 2009 r. na kwotę 3.799.617,29 zł (k. 164). Pismem z dnia 7 lipca 2009 r. pozwana złożyła oświadczenie o potrąceniu z tą wierzytelnością naliczonej powódce kary umownej w wysokości 4.000.000 zł za odstąpienie od umowy (k. 172). Powódka nie godziła się ze stanowiskiem pozwanej, iż przysługuje jej wierzytelność z tytułu kar umownych i pismem z dnia 17 lipca 2009 r. potrąciła z wynagrodzenia za prace wykonane w maju 2009 r. część zaliczki, jaką przy zawieraniu umowy wpłaciła pozwana, do wysokości 1.447.406,72 zł (po korekcie w stosunku do pisma z dnia 10 lipca 2009 r.), a której zwrotu pozwana domagała się pismem z dnia 7 lipca 2009 r.

W dniu 10 lipca 2009 r. powódka wystawiła fakturę nr (...) za roboty wykonane w czerwcu 2009 r. (k. 122) na kwotę 6.295.292,48 zł, według protokołu nr (...). Pismem z dnia 17 lipca 2009 r. potrąciła z wynagrodzenia za prace wykonane w czerwcu 2009 r. pozostałą część zaliczki, jaką przy zawieraniu umowy wpłaciła pozwana, do wysokości 512.678,20 zł.

Notą obciążeniową z dnia 12 sierpnia 2009 r. powódka naliczyła wysokość swojego wynagrodzenia, jakie by uzyskała, jeśli wykonałaby zobowiązanie zgodnie z jego treścią (k. 112, 113). Ponieważ powódka była gotowa wykonać swoje zobowiązanie niepieniężne, lecz doznała przeszkody leżącej po stronie pozwanej, to powołując się na uprawnienia wynikające z art. 639 k.c. w zw. z art. 5 ust. 3 ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane, zażądała zapłaty kwoty 4.056.645,18 zł do dnia 21 sierpnia 2009 r.

Aby rozstrzygnąć kwestię, czy powódka odmówiła wykonania robót budowlanych, do wykonania których była zobowiązana umową, Sąd Apelacyjny dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa.

Zgodzić się należy z pozwaną, że ustalenie treści umowy łączącej strony opierać powinno się na wykładni oświadczeń woli, zgodnie z dyrektywami art. 65 § 2 k.c. Dokonanie tej wykładni wchodzi w kognicję sądu rozstrzygającego sprawę. Niemniej jednak również i przy interpretacji oświadczeń woli stron może być niezbędne sięgnięcie do wiedzy specjalisty w danej dziedzinie, jeśli oświadczenia te odnoszą się również do technicznej sfery wykonania zobowiązania, co do której nie jest wystarczająca wiedza powszechna. Strony zawarły umowę w wyniku składanych w formie pisemnej różnego rodzaju dokumentów: ofert, maili, pism, harmonogramów, projektów. Wykładnia treści umowy wymagała dokonania oceny nie tylko samego dokumentu umowy, w której przedmiot został określony bardzo

ogólnikowo, ale także pozostałych dokumentów zawierających dane techniczne tak, aby ich wolę określić w sposób najbardziej precyzyjny. Wiele z wymienionych między stronami dokumentów przed zawarciem ostatecznej umowy stanowi dokumentację techniczną, inne są wprawdzie pismami samych stron, jednak zawierają sformułowania i odwołania do technologii budowy fabryki. Aby rozumieć w sposób prawidłowy przekaz każdej ze stron konieczne stało się wyjaśnienie określeń używanych przez strony. Podkreślić należy, że zmiana zakresu wykonywanych przez powódkę prac przy budowie przedsiębiorstwa w stosunku do pierwotnie złożonej przez powódkę oferty kompleksowego jego stworzenia, odbywała się wyłącznie w formie pisemnej. Najistotniejsze zatem stało się ustalenie, jak adresat konkretnego pisma powinien odczytać intencje nadawcy. Ponieważ korespondencja odbywała się pomiędzy specjalistami w danej dziedzinie technicznej, której Sąd nie posiada, przy wykładni woli stron Sąd musiał zasięgnąć opinii biegłego, który intencje stron pomógł odczytać w sposób taki, jaki powinien to czynić adresat cechujący się określoną wiedzą i umiejętnościami. Temu celowi służyło zlecenie biegłemu określenia, czy kolejna wymiana pism między stronami zmierzała do wyłączenia tych prac, których pozwana w piśmie z dnia 9 czerwca 2009 r. domagała się wykonania, ewentualnie, czy domagała się wykonania robót, które, jak mogło wynikać z dokumentacji powykonawczej, były faktycznie wykonywane.

Po wydaniu opinii strona pozwana dwukrotnie złożyła wniosek o wyłączenie biegłego M. B. (2) powołując się na jego brak wiedzy z dziedziny budownictwa przemysłowego, przy czym nieposiadanie wiedzy „wydawał się” pozwanej wynikać z treści opinii, z wyniku której skarżąca była niezadowolona. Pierwotny wniosek skarżącej został oddalony (k. 4757), a kolejny odrzucony (k. 4887). Przepis art. 281 k.p.c. przewiduje, że wniosek o wyłączenie powinien być złożony przed ukończeniem czynności przez biegłego, a po rozpoczęciu przez niego czynności tylko wtedy, gdy przyczyna stała się wiadoma stronie później. Podstawy są tożsame z podstawami wyłączenia sędziego. Specjalizacja biegłego M. B. (2) dotyczy budownictwa ogólnego, fizyki budynków i budowli, badania stanu technicznego budynków i budowli, podziału budynków, kosztorysowania, działalności inwestycyjnej w budownictwie, ustalania stanu technicznego budynków, pośrednictwa w obrocie nieruchomościami. Przedmiot zleconej mu opinii mieścił się zatem w jego kompetencjach. Z zakresem specjalizacji biegłego strona mogła zapoznać się przed wydawaniem opinii, te zarzuty były zatem spóźnione w stosunku do art. 281 k.p.c. Niezadowolenie natomiast strony z wniosków opinii lub jej argumentacji nie świadczy o braku odpowiedniej wiedzy. Pozwana wyraziła również wątpliwości co do bezstronności biegłego ze względu na wywody przekraczające, jej zdaniem, zakres opinii. Kwestia jednak, czy biegły przekroczył zakres powierzonego mu zadania, należy do sądu, który w takim przypadku powinien pominąć zbędne uwagi i dokonać samodzielnej oceny prawnej wniosków i argumentacji ściśle technicznej.

Z opinii biegłego M. B. (2) wynika, iż wszystkie prace, jakich wykonania domagała się pozwana w piśmie z dnia 9 czerwca 2009 r. były bądź wyłączone z umowy decyzją pozwanej, bądź były w trakcie realizacji (k. 4503 i n. oraz k. 4769 i n.).

1. Budynek wytwórni azotu

Według biegłego budynek ten został wyłączony w załączniku nr 2 do zapytania ofertowego (k. 2231), w którym wyłączono z ofertowania pewien zakres prac; wymieniona tam została wytwórnia azotu, w tym budynek azotu (zakres wyłączenia opisano jako: wykaz obiektów, urządzeń i usług). Została zatem tym samym wyłączona całość, zarówno technologia, jak i budynek. Budynek nie został też ujęty w kosztorysie ofertowym (k. 890-896) ani w harmonogramie rzeczowo – finansowym (k. 4268-4273). Pismem z dnia 28 kwietnia 2009 r. (k. 548) powódka złożyła odrębną ofertę pozwanej na wykonanie wytwórni azotu. Na zarzuty strony pozwanej biegły wyjaśnił (k. 4769), iż w załączniku nr 9.2 do oferty z dnia 8 sierpnia 2008 r. oraz w załączniku nr 9.3 do oferty z dnia 13 marca 2008 r., do czego odwoływała się skarżąca, nie są wymienione elementy budynku wytwórni azotu, ale dotyczą robót elektrycznych, a nie budowlanych, co zostało wskazane w załączniku nr 2 do umowy (k. 886). Frazeologicznie nie można z góry przesądzać, czy dany element związany jest z lokalizacją w obiekcie czy też nie. Rozdzielnia wytwórni azotu to urządzenie z zabezpieczeniami przeciwnapięciowymi. To projekt powinien określić, gdzie zostanie umieszczona, a w dacie podpisania umowy strony nie dysponowały odpowiednią dokumentacją. Potwierdza, że wyłączono „obiekty” i odwołując się do prawa budowlanego oraz do doświadczenia zawodowego przychylił się do rozumowania, że budynek to też obiekt budowlany. Dodać też należy, że biegły nawet nie twierdził, iż budynek ten został wyłączony w treści

maila z dnia 14 sierpnia 2008 r. Za stanowiskiem pozwanej nie przemawia również okoliczność, że budynek wytwórni azotu został ujęty w ofercie z dnia 25 lutego 2008 r., gdyż, jak już podkreślano, była pierwotna oferta, nie przyjęta przez pozwaną, a następnie dokonywano wyłączeń kolejnych robót budowlanych. Załącznik nr 6 do umowy zawiera wprawdzie wykaz dokumentacji przekazywanej powódce przez pozwaną, w tym dotyczącej obiektów kubatorowych niskich, a wśród nich wymieniono obiekt nr 18, dokumentacja miała być przekazana w terminie 10 dni, nie wiadomo, czy ostatecznie została przekazana i czy był w niej zaprojektowany budynek. Dodać też należy, iż świadek A. Z. (projektant) potwierdził, iż pozwana zwracała się do różnych firm w sprawie oferty wykonania wytwórni azotu, gdyż roboty te nie były w zakresie generalnego wykonawcy (k. 2850 akt), co tym bardziej potwierdza, iż była świadoma, że obiekt ten nie został zlecony do wykonania powódce. Taką ofertę złożyła również powódka pismem z dnia 28 kwietnia 2009 r. (k. 548), która to oferta została tego samego dnia odebrana przez stronę pozwaną.

2. System sterowania nadrzędnego (w wezwaniu napisano: „branży elektrycznej oraz branży automatyki i sterowania w zakresie zgodnym z przekazaną dokumentacją instalacji elektrycznej”)

Powódka wyłączyła ten system ze swojej oferty w załączniku nr 3 (k. 890). Nie ma wpisów w dzienniku budowy potwierdzających, aby powódka wykonywała prace w tym zakresie. Podczas ofertowania nie było projektu wykonawczego AKP. Wyłączono też systemy rozliczeń materiałowych i organizacji i rozliczeń celnych. Powódka w załączniku nr 3 do umowy nie wykazała tych prac. W odpowiedzi na zarzuty skarżącej, biegły potwierdził (k. 4780), co podawała pozwana, że system sterowania automatyki przemysłowej składa się z trzech warstw: sterowania bezpośredniego, sterowania operacyjnego, sterowania nadrzędnego, choć za AKPiA uznaje wszystkie te elementy, nie tylko pierwsze dwa. System w całości został wyłączony w załączniku nr 2 do zapytania ofertowego z dnia 8 lutego 2008 r., jednak w części dokumentacji dotyczącej instalacji elektrycznych zawarto prace związane z realizacją dostaw i montażu aparatury kontrolno – pomiarowej i automatyki dla obiektów poza główną linią technologiczną. Te prace powódka miała wykonać i wykonywała. Dokumentację w zakresie AKPiA powódka otrzymała w marcu 2009 r. i to jako projekt wstępny, w kwietniu 2009 r. dostarczono jej rewizję tego projektu, do którego powódka zgłosiła uwagi. W ofertach powódki z dnia 25 lutego 2008 r. i 8 sierpnia 2008 r. ujęto automatykę (sterowanie i okablowanie) oraz montaż – posadowienie, kutwienie, zespolenie i połączenie elementów linii produkcyjnej. Prace te nie dotyczą dostawy lub montażu systemu sterowania nadrzędnego, a dotyczą montażu linii technologicznej i dostawy AKP, które to roboty powódka wykonywała. Wszystkie dokumenty techniczne zawarte w aktach sprawy przeczyły temu, że w tabeli 9.3D oferty z dnia 3 marca 2008 r. dotyczą montażu systemu sterowania nadrzędnego. Montaż takiego systemu polega na wdrożeniu programu komputerowego. Pozwana nadal kwestionowała te wnioski biegłego, a źródłem jej niezgody było twierdzenie, iż AKPiA nie jest częścią systemu sterowania nadrzędnego. Zwrócić jednak należy uwagę, że rozumowanie przedstawione przez biegłego było prezentowane również przez powódkę w toku postępowania, z czego należy wnioskować, iż decyzje pozwanej o zakresie wyłączeń pojmowała jako adresat oświadczenia woli w ten sam sposób jak specjalista z dziedziny budownictwa ogólnego, jakim był biegły.

Kwalifikacja techniczna systemu AKPiA jako część systemu sterowania nadrzędnego bądź jako element oddzielny jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Zarówno biegły, jak i pozwana wyróżniają trzy poziomy systemu sterowania, różnie je zresztą nazywając. Nie ma też wątpliwości, że wykonawstwo część tego ogólnego systemu, określanego jako AKPiA, powierzono powódce, a część, zwanego systemem sterowania nadrzędnego, miał wykonać podmiot trzeci, co było jasne od początku negocjacji stron, gdyż już w pierwszej ofercie powódki te prace były wyłączone. Istotne pozostaje, czy zakres wykonania systemu sterowania określony w wezwaniu pozwanej z dnia 9 czerwca 2009 r. był objęty umową stron czy też wyłączony. Biegły, po dokonaniu analizy akt oraz zarzutów pozwanej, nie pozostawił żadnej wątpliwości, iż powódka wykonywała tę część prac, której jej zlecono, a zadanie, którego wykonywania domagała się pozwana w wezwaniu nie został powierzony powódce umową.

Biegły potwierdził też, że w marcu 2009 r. powódka otrzymała dokumentację techniczną części systemu sterowania, gdyż w części dokumentacji dotyczącej instalacji elektrycznych zawarto prace związane z realizacją dostaw i montażu aparatury kontrolno – pomiarowej i automatyki dla obiektów poza główną linią technologiczną. Te prace powódka miała wykonać i wykonywała.

Późniejsze pisma powódki, na które powołuje się pozwana, z dnia 10 marca 2009 r., 18 marca 2009 r., 28 kwietnia 2009 r., 14 maja 2009 r. tylko potwierdzają jednolite stanowisko powódki w tym zakresie. Powódka wykonywała część przyjętych do realizacji prac, stanowczo odmawiając wykonania pozostałych. Biegły natomiast nie miał odnosić się do pism procesowych, bo te nie stanowią materiału dowodowego, ale zawierają jedynie stanowiska stron. W kolejnych zarzutach pozwana nadal utrzymywała, że powódka była zobowiązana do wykonania instalacji określonych projektem nr (...), co biegły wykluczył, ale nie wskazuje, z czego takie zobowiązanie miałyby wynikać. Biegły nie twierdził bowiem, że powódka miała wykonać cały zakres określany mianem AKPiA, ale aparaturę kontrolno – pomiarową i automatyki dla obiektów poza główną linią technologiczną. Utrzymywanie zatem, że w zakresie systemu AKPiA wchodzi także inne zadania nie wpływa na prawidłowość wniosków biegłego.

3. Orurowanie poza terenem podstawowej instalacji technologicznej

Biegły stwierdził, że prace te zostały ujęte w harmonogramie rzeczowo-finansowym z dnia 30 września 2008 r., a z protokołów zaawansowania robót wynika, że prace były realizowane. Pozwana uważała jednak, że zakres wykonanych prac na dzień sporządzenia wezwania z dnia 9 czerwca 2009 r. był rażąco niski, za co obwiniała powódkę. Biegły ocenił jednak, że przyczyny opóźnień leżały po stronie powodowej lub były niezależne od nich i wynikały z warunków pogodowych. Potwierdza to pośrednio pismo powódki z dnia 18 maja 2009 r., w którym zaznacza, że do tego dnia pozwana nie dostarczyła dokumentacji wykonawczej (pismo – k. 469-473). Kwestia przyczyn ewentualnych opóźnień pozostaje jednak bez znaczenia, gdyż nie one były powodem odstąpienia od umowy przez pozwaną.

4. Przyłącza wodociągowe

Biegły wnioskował, iż przyłącze wodociągowe nie było przedmiotem ofertowania. Do jego wykonania zawsze niezbędne jest wykonanie oddzielnego projektu technicznego. Do akt sprawy takiego projektu nie przedłożono, powódce zatem takiego projektu nie udostępniono. W toku realizacji robót powódka przedstawiła pozwanej oddzielną ofertę na wykonanie przyłącza w piśmie z dnia 28 kwietnia 2009 r. (k.547). W odpowiedzi na zarzuty skarżącej, biegły podał, że w aktach brak warunków technicznych wykonania przyłącza. Istotne było, iż w projekcie zagospodarowania terenu opisano, że przyłącze będzie stanowiło odrębne opracowanie. Pozwolenie na budowę (k. 906), którego integralną częścią jest projekt budowlany, nie obejmowało budowy przyłącza wodociągowego. Do dnia podpisania umowy nie istniała dokumentacja przyłącza wodociągowego. W załączniku nr 6 do umowy wyszczególniono sieci branży instalacyjnej (k. 903), jednakże nie wspomniano nic na temat przyłączy. Wykonawca (powódka) nie miała więc możliwości wyceny przyłącza. Wszystkie oferty składane przez powódkę świadczą o tym, że przyłącze wodociągowe nigdy nie było przedmiotem wyceny. Z załącznika nr 6 do umowy wynika, że powódka otrzymała wyłącznie dokumentację projektu budowlanego. Choć można przyjąć, że nie zawsze trzeba wykonać oddzielnie projekt wykonawczy, bo zależy to od tego, co zlecono projektantowi (czyli, czy projektant od razu zrobi w dokumentacji ten projekt, czy też potem będzie zrobiony oddzielnie), jednak to na pozwanej ciążył obowiązek wykazania, że wykonanie takiego projektu technicznego, na podstawie którego mogło zostać udzielone pozwolenie na budowę, zostało faktycznie zlecone projektantowi. Rzeczoznawca wykonujący opinię na zlecenie pozwanej dochodzi do odwrotnego wniosku, jednak założeniem jego rozumowania jest przyjęcie, iż powódka miała wykonać wszystkie prace zmierzające do wybudowania fabryki zdolnej do rozruchu, co nie było wystarczającym wyróżnikiem zakresu powierzonych powódce prac. Dodatkowo zauważyć należy, iż świadek A. Z. (projektant) potwierdził, iż pozwana zwracała się do różnych firm w sprawie oferty wykonania przyłącza wodociągowego, gdyż roboty te nie były w zakresie generalnego wykonawcy (k. 2850 akt).

5. Kanalizacja

Biegły wnioskował, iż kanalizacja była w trakcie realizacji, o czym świadczyły wpisy w dzienniku budowy (k. 2122). Z wpisu inspektora nadzoru z dnia 25 czerwca 2009 r. nie wynikało, aby występowały jakieś opóźnienia w realizacji.

Pozwana podnosiła, że biegły nie wyjaśnił, jaki zakres robiono, a do jakiego wezwano w piśmie z dnia 9 czerwca 2009 r. Według pozwanej, w piśmie jest precyzyjnie określony zakres. W rzeczywistości w piśmie wezwano do wykonania

„kanalizacji zgodnie z dokumentacją projektową, również poza terenem podstawowej instalacji technologicznej”. W uzupełnieniu biegły wyjaśnił, iż w pozwoleniu na budowę z dnia 17 lipca 2013 r. wyróżniono dwa obszary dróg, które bezpośrednio się ze sobą nie łączą. Jeden to obszar dróg przyległy bezpośrednio do głównych budynków fabrycznych i im towarzyszącym oznaczonych numerami 1-5 (obszar główny). Drugi obszar to teren położony przy istniejących silosach magazynu ziarna (oznaczenie S na projekcie zagospodarowania terenu). Teren ten przylegał bezpośrednio do projektowanych obiektów oznaczonych numerami 14-19 (teren pomocniczy). W obszarze głównym prace drogowe nie były wyłączone i powódka wykonywała tą sieć.

Spór stron w zasadzie sprowadzał się do wyjaśnienia, czy wyłączenie z zadania powódki wykonania dróg wokół silosów w mailu pozwanej z dnia 14 sierpnia 2008 r. powodowało, że jednocześnie wyłączono wykonanie kanalizacji sanitarnej. Biegły odpowiedział na to pytanie pozytywnie dochodząc do wniosku, iż w takiej sytuacji wykonanie kanalizacji sanitarnej stało się praktycznie niemożliwe, gdyż wykonanie kanalizacji zmusza wykonawcę do wykonania drogi na nowo, a te były wyłączone przez pozwaną. Opierając się na danych technicznych określonych w harmonogramie rzeczowo – finansowym z dnia 30 października 2008 r. oraz protokołach miesięcznego stanu zaawansowania robót i dostaw biegły stwierdził, iż ilość ujętych dróg i sieci z nimi związanych wynika, że prace były wyceniane i realizowane przez powódkę tylko w obszarze głównym. W załączniku nr 3 pod pozycjami 28, 30, 33 i 34 przedstawiona jest kanalizacja wokół nowobudowanych budynków fabrycznych. Wyłączenie w mailu z dnia 14 sierpnia 2008 r. dróg obok silosów świadczyło o wyłączeniu także wykonawstwa kanalizacji w tym rejonie, nie ma bowiem możliwości technicznych wykonania infrastruktury liniowej bez naruszenia konstrukcji korpusu drogi. W opinii biegłego, nie można domagać się realizacji infrastruktury podziemnej ulokowanej w drodze, a jednocześnie utrzymywać, że nawierzchnia samej drogi nie podlega jakimkolwiek robotom.

Biegły definiował pojęcie drogi według ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych i wywodził z tego wniosek, że integralnym elementem drogi jest towarzysząca jej infrastruktura, więc wyłączenie drogi powoduje wyłączenie sieci kanalizacyjnej w jej obrębie (art. 4 zawiera słowniczek, który definiuje drogę jako budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym). Pozwana negowała, iż drogi, o których mowa są drogami publicznymi i odwoływała się do rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie z dnia 2 marca 1999 r. (Dz.U. Nr 43, poz. 430; tekst jednolity z dnia 23 grudnia 2015 r. Dz.U. z 2016 r. poz. 124). Jej zdaniem, przepisy te dowodzą (z powołaniem na § 140), iż infrastruktura kanalizacyjna niezwiązana bezpośrednio z drogą nie wchodziła w zakres definicji drogi. Pozwana jednak pomija, że wskazany akt prawny wydany jest na podstawie prawa budowlanego i w § 3 pkt 1 odwołuje się wprost do definicji drogi publicznej.

Zgłaszając kolejne zastrzeżenia pozwana w końcu podniosła, że nie wiadomo, jak biegły ustalił, że tam były jakieś drogi. Jednak w wypowiedzi rzeczoznawcy K. M., na którą powołuje się pozwana jako uzupełnienie argumentacji procesowej, zostało potwierdzone, że „w momencie rozpoczęcia inwestycji „drogi obok silosów” były terenem z niewielkimi fragmentami zniszczonej nawierzchni asfaltowej” (k. 4855). Powódka także twierdziła, iż drogi były wokół istniejących silosów magazynowych, bo to był teren funkcjonującego zakładu. Pozwana przekazała jej w trakcie negocjacji, że istniejące drogi i sieć są jeszcze w dobrym stanie, więc będzie je wykorzystywać.

Nie ma też sprzeczności w rozumowaniu biegłego wynikającego z przyjęcia, iż do wyłączenia drogi przy silosach wraz z kanalizacją doszło dopiero mailem pozwanej z dnia 14 sierpnia 2008 r., a jednocześnie przyznanie, że w ofercie powódki z 8 sierpnia 2008 r. już tego zakresu robót nie ujęto. Z treści pism procesowych powódki składanych w toku postępowania wynika, że choć faktycznie oferta nosi datę 8 sierpnia 2008 r., to w rzeczywistości była poprawiana później, już z uwzględnieniem wyłączeń, jakie wskazane zostały w mailu.

Nawet, jeśli w tym przypadku drogi wokół silosów nie posiadały statusu drogi publicznej, to za uzasadnione należy uznać powszechne posługiwanie się w stosunkach między przedsiębiorstwami budowlanymi pojęciem drogi sformułowanym przez prawo o drogach publicznych, co z pewnością ułatwia komunikację i zrozumienie intencji. Istotne w tej sprawie pozostaje to, jak odbiorca oświadczenia skonstruowanego w mailu z dnia 14 sierpnia 2008

r. powinien odczytać wolę nadawcy. Użycie zatem w pisemnym zapisie sformułowania o wyłączeniu „drogi obok silosów” adresat mógł odczytać jako wyjęcie spod realizacji nie tylko nawierzchni drogowej, ale także infrastruktury jej towarzyszącej. Potwierdza to ostatecznie ujęcie przez powódkę w harmonogramie rzeczowo – finansowym z dnia 30 października 2008 r. oraz protokołach miesięcznego stanu zaawansowania robót i dostaw ilości dróg i sieci z nimi związanych tylko w obszarze głównym.

6. sieć wody pitnej i instalacja przeciwpożarowe

Biegły stwierdził, iż prace te zostały ujęte w harmonogramie rzeczowo-finansowym z dnia 30 września 2008 r., a z protokołów zaawansowania robót wynika, że prace były realizowane.

Pozwana wytknęła jednak, że biegły nie wyjaśnił, jakie roboty były w tym zakresie przez powódkę wykonywane, a o jakie prace pozwana wzywała powódkę do wykonania. Wbrew jednak, co twierdzi pozwana, zakres tych prac w wezwaniu nie był precyzyjnie określony. Opisano go jako: „sieć wody pitnej i p.poż zgodnie z dokumentacją projektową, również poza terenem podstawowej instalacji technologicznej”, co należy odczytać, że pozwana domagała się wykonania tej sieci również poza terenem głównym, czyli obok silosów.

W uzupełnieniu biegły wyjaśnił, iż w pozwoleniu na budowę z dnia 17 lipca 2013 r. wyróżniono dwa obszary dróg, które bezpośrednio się ze sobą nie łączą. Jeden to obszar dróg przyległy bezpośrednio do głównych budynków fabrycznych i im towarzyszącym oznaczonych numerami 1-5 (obszar główny). Drugi obszar to teren położony przy istniejących silosach magazynu ziarna (oznaczenie S na projekcie zagospodarowania terenu). Teren ten przylegał bezpośrednio do projektowanych obiektów oznaczonych numerami 14-19 (teren pomocniczy). W obszarze głównym prace drogowe nie były wyłączone i powódka wykonywała tę sieć. Natomiast poza tym terenem drogi, a tym samym i infrastruktura, zostały wyłączone mailem pozwanej z dnia 14 sierpnia 2008 r.

Również w tym przypadku biegły posiłkował się definicją drogi w znaczeniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, a pozwana odwoływała się do rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie z dnia 2 marca 1999 r. (Dz.U. Nr 43, poz. 430; tekst jednolity z dnia 23 grudnia 2015 r. Dz.U. z 2016 r. poz. 124). Uwagi zatem poczynione przy okazji omówienia zakresu zleconych prac kanalizacyjnych należy odnieść bezpośrednio do sieci wody pitnej i instalacji przeciwpożarowej.

Zauważyć też należy, że powódka składała pismem z dnia 28 kwietnia 2009 r. swoją ofertę na wykonanie przyłącza wodociągowego (k. 547), które to pismo tego samego dnia zostało odebrane przez pozwaną, co świadczy o tym, że uznawała, iż zakres ten nie wchodził w zakres umowy.

Pozwana zgłasza również uwagi o braku wyjaśnienia przez biegłego stopnia zaawansowania robót wykonywanych przez powódkę. Zarzut ten jednak jest nieuzasadniony. Sąd nie zlecił biegłemu dokonywania oceny, czy i w jakim stopniu dochodziło do opóźnień w wykonywaniu prac, gdyż to nie było ostatecznie powodem wypowiedzenia umowy przez pozwaną. W piśmie z dnia 25 czerwca 2009 r. (k. 420) pozwana wyraźnie wskazała, że przyczyną złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy była odmowa wykonania robót budowlanych, do wykonania których pozwana wzywała powódkę pismem z dnia 9 czerwca.

7. Tace obiektu nr 5

Biegły stwierdził, że taca zbiorników obiektu nr 5 była w trakcie realizacji, co potwierdzały wpisy w dzienniku budowy i protokół zaawansowania rzeczowo-finansowego (k. 2116). Taca nr 5 według planu zagospodarowania terenu była tylko jedna.

Pozwana przyznała, że tace były realizowane, jednak nie wszystkie zostały w pełni wykonane, a powódka zaprzestała ich realizacji, więc wezwanie było uzasadnione. Powódka twierdziła, że prace te wykonywała do chwili aż odmówiono jej wstępu na plac budowy. Biegły wprawdzie ocenił, że opóźnienia w wykonaniu tej części robót było spowodowane

działaniem pozwanej i warunków pogodowych, a pozwana temu stanowczo przeczyła, jednak kwestia ta nie ma istotnego znaczenia dla sprawy, gdyż opóźnienie nie było powodem wypowiedzenia umowy przez pozwaną. W piśmie z dnia 25 czerwca 2009 r. (k. 420) pozwana wyraźnie wskazała, że przyczyną złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy była odmowa wykonania robót budowlanych, do wykonania których pozwana wezwała powódkę pismem z dnia 9 czerwca.

Już po uzupełnieniu opinii biegłego pozwana wywiodła, iż w rzeczywistości tac było pięć, a nie jedna. Zarzut ten był nie tylko spóźniony, ale też wobec przyznania faktu wykonywania tych robót przez obie strony, a sprzeczności jedynie co do przyczyn opóźnienia, pozostawał bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

8. Nalew estrów metylowych do cystern kolejowych (dwa ramiona nalewcze wraz z opomiarowaniem i infrastrukturą)

Biegły stwierdził, że nalew został wyłączony z zakresu prac powódki mailem z dnia 14 sierpnia 2008 r., gdzie wskazano na wyłączenie - PZT 16 II etap nalewaki, bez wskazania, że dwa nalewaki (k. 910).

Pozwana podniosła jednak, że na stanowisko nalewcze składały się: nalewaki, pompy, SKID pomiarowy, wiata; wyłączenie w mailu 2 sztuk stanowisk odnosiło się do pozostałych elementów, które miały być wyłączone tylko do tych dwóch stanowisk. Powódka jednak utrzymywała, że treść maila wskazywała na wyłączenie całego obiektu nr 16, skoro wyłączono fundamenty, konstrukcje wsporcze, dach i resztę, to nie da się zamontować w ogóle żadnego ramienia nalewaka.

Odnosząc się do tej argumentacji stron biegły wskazał, iż z dokumentacji architektoniczno – konstrukcyjnej wynika, że obiekt nr 16 – stacja załadunku cystern kolejowych zaprojektowano jako wiatę o konstrukcji stalowej, posadowionej na fundamencie żelbetowym. Nie było możliwości wybudowania obiektu jako częściowego. Technicznie nie istnieje możliwość zamontowania technologii nalewu do cystern kolejowych bez konstrukcji wsporczej, a taką rolę pełniła wiata posadowiona na fundamencie żelbetowym o konstrukcji stalowej z podestami do obsługi nalewaków oraz schodami komunikacyjnymi. Zapis w mailu pozwanej z dnia 14 sierpnia 2008 r. przenosi cały obiekt nr 16 do realizacji w drugim etapie. Powódka nie ujęła tego obiektu w załączniku nr 3 do umowy, w harmonogramie rzeczowo – finansowym z dnia 30 września 2008 r., nie występuje też w protokołach stanu zaawansowania rzeczowo – finansowego stanowiących załącznik do faktur.

Pozwana nadal utrzymywała, że stanowisk miało być cztery, pozwana chciała wyłączyć tylko dwa, a wobec tego można było dwa wykonać, bo tak ostatecznie zrobiono, na co przedstawiła zdjęcia obecnie istniejącego obiektu.

Porównując te twierdzenia strony pozwanej i biegłego ze schematem czterech stanowisk rozładunku estrów (k.4836) i zdjęciami (k. 4831-4835) można stwierdzić, z czego wynika różnica zdań. Pozwana za stanowiska uznaje poszczególne miejsca do rozlewu estrów, w których zamontowane są nalewaki. Wszystkie te stanowiska są na jednej konstrukcji wsporczej, która, jak wskazał biegły, należy posadowić na fundamencie żelbetowym, zakryć wiatą i wyposażyć w podesty i schody. Przy każdym nalewaku jest zamontowana pompa i układ pomiarowy (SKID). Zadaszona konstrukcja wsporcza (wiata) jest jedna, a na konstrukcji umieszczone cztery stanowiska nalewcze. Aby wykonać tylko dwa stanowiska nalewcze, niezbędne byłoby wykonanie całej wiaty, czyli zadaszonej konstrukcji wsporczej wyposażonej w podesty i schody. Biegły uznał zatem, że stanowisko do rozładunku estrów jest tylko jedno jako konstrukcyjna całość, ale na konstrukcji można umieścić do czterech nalewaków. Wyłączenie w pozycji nr 10 maila pozwanej z dnia 14 sierpnia 2008 r. konstrukcji wiaty spowodowało, że nie było możliwości ustawienia dwóch nalewaków wraz oprzyrządowaniem (pompy, układ pomiarowy), gdyż nie byłoby ich na czym usadowić. Założyć natomiast można, jak wskazuje pozwana, że aby ustawić tylko dwa ramiona nalewcze można wykonać jedynie część wiaty, wystarczającej do ich zamontowania. Jednak to niewątpliwie wymagałoby zmiany projektu oraz wyraźnego wskazania zakresu wyłączenia. Tymczasem treść maila w pozycji 10 wyklucza wykonanie wiaty w ogóle, bez wskazania, że ma ona zostać wykonana tylko na określonej przestrzeni i której. Nie chodzi tu bowiem o hipotetyczne rozważania, jak można było rozwikłać problem zmniejszenia ilości ramion nalewczych, ale jak intencję strony pozwanej należało odczytać w chwili prowadzenia pisemnych negocjacji.

W ocenie biegłego, brak przyłącza wodociągowego, orurowania poza terenem podstawowej instalacji technologicznej, tac obiektu nr 5, nalewu estrów metylowych system sterowania nadrzędnego, nie pozwala na funkcjonowanie fabryki. Brak wytwórni azotu stwarzał niebezpieczeństwo zniszczenia wyrobu gotowego, jednak nie uniemożliwił pracy zakładu. Fabryka mogła również działać w oparciu o istniejącą sieć kanalizacyjną. W zakładzie istniał również dostęp do wody pitnej. W konsekwencji wnioskował, że wyłączenia części prac ujętych w projekcie powodowało, że nie dało się wybudować fabryki zdolnej do rozruchu. Już bowiem stwierdzenie, że jeden z wyłączonych elementów uniemożliwił funkcjonowanie zakładu jest wystarczające do uznania, że nie mogła w wyniku prac zleconych powódce powstać fabryka zdolna do rozruchu. Bez znaczenia zatem pozostaje kwestia, czy biegły ocenił pozostałe wyłączone z prac elementy. Błędnie natomiast argumentuje pozwana, że wyłączenie tej części zadania, które zostało powierzone (...) nie powinno być brane pod uwagę w tej ocenie. Oczywistym bowiem jest, że planowana fabryka nie mogła działać bez systemu sterowania nadrzędnego (bez względu na to, jaką definicję tego systemu przyjmujemy). Skoro powódce nie zlecono wykonania tego systemu, można logicznie przyjąć, że nie zlecono jej wykonania fabryki zdolnej do rozruchu. Oczywiście, że celem pozwanej było stworzenie zakładu zdolnego do produkcji, nie oznacza to jednak, że całość prac, które temu celowi miały służyć, zostały zlecone powódce. Sama pozwana wskazując na poszczególne wyłączenia, tylko w niektórych przypadkach opisywała je jako zlikwidowane. W znacznej części pozwana podtrzymywała zamiar ich wykonania, ale na dalszym etapie prac (określając je jako II etap) i niekoniecznie we współpracy z powódką.

To, że powódka nie miała wykonać wszystkich robót, które pozwoliłyby na otwarcie fabryki zdolnej produkcji wynika pośrednio z zeznań świadka K. I. (k. 3372 – 3375). Przyznał bowiem, że doprowadzenie pary do zakładu, wykonanie zbiorników kwasu fosforowego i ługu sodowego nie zostały zlecone powódce, gdyż pozwana zamierzała wykorzystać w tym względzie moce produkcyjne zakładu funkcjonującego obok (...) Jednak jednocześnie uznał, że elementy te były niezbędne dla potrzeb procesu technologicznego. Wnioskować z tego należy, że pozwana wprawdzie zamierzała wybudować fabrykę zdolną do produkcji (co jest oczywiście w świetle zasad logiki i racjonalności), ale nie oznaczało to, że wszystkie prace, które do tego zmierzały, zostały zlecone stronie powodowej.

Biegły w opinii uzupełniającej nie ustosunkowywał się natomiast do zapisów umownych wskazujących na zobowiązanie się powódki do wybudowania fabryki zdolnej do rozruchu, gdyż Sąd Apelacyjny zwracając się o wydanie dodatkowej opinii ten zakres zarzutów pozwanej wyłączył. Interpretacja umowy nie należy bowiem do biegłego, a do organu rozstrzygającego spór, co zresztą pozwana w zarzutach do opinii podnosiła. Ocena ta wchodzi w ramy art. 65 § 2 k.c., a wnioski biegłego mają być jedynie pomocne do prawidłowego, ze względów technicznych, odczytania intencji stron. Treść samej umowy nie zawiera żadnych zapisów, które by precyzyjnie wymieniały prace, jakie zlecono powódce, stąd powstała potrzeba sięgnięcia do pozostałej dokumentacji złożonej do akt, która została wytworzona przez strony w czasie negocjacji i zawierania umowy. Tylko w zakresie tej dodatkowej dokumentacji Sądowi niezbędna była opinia specjalisty.

Wobec powyższego Sąd Apelacyjny uznał, że mimo wadliwości opinii biegłego sporządzonej w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji ponownie rozpoznającego sprawę, ostateczny wniosek sprowadzający się do twierdzenia, że w piśmie z dnia 9 czerwca 2008 r. pozwana wezwała powódkę do wykonania robót budowlanych, które nie wchodziły w zakres umowy stron bądź były wykonywane. Opinia biegłego dopuszczona na etapie postępowania apelacyjnego jest w tym względzie stanowcza, logicznie skonstruowana, a podnoszone argumenty przeciwne nie zasługiwały na uwzględnienie. Skoro powódka odmówiła wykonania tylko tych robót, które pozostawały poza zakresem umowy stron, to oświadczenie pozwanej z dnia 25 czerwca 2009 r. o odstąpieniu od umowy z tego powodu było bezpodstawne i bezskuteczne, i to bez względu na to, czy podstaw prawnych będziemy poszukiwać w zapisach umownych czy regulacjach ustawowych. W odpowiedzi na to pismo powódka uznała oświadczenie o wypowiedzeniu za bezzasadne i zażądała dopuszczenia do wykonywania dalszych prac (pismo powódki z dnia 26 czerwca 2009 r. – k. 416). Stronie pozwanej nie mogły tym samym przysługiwać roszczenia z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (pkt 19 umowy).

Tym samym otwarta pozostaje kwestia oświadczenia powódki z dnia 7 lipca 2009 r. (k. 174). Powódka podała, iż wyznaczyła pozwanemu inwestorowi termin do przedłożenia gwarancji zapłaty na dzień 6 lipca 2009 r. (termin ten

był przedłużany na prośbę pozwanej). Powołując się przepis art. 5 ust. 3 ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane, uznała brak przedłożenia gwarancji za przeszkodę w wykonywaniu dalszych robót. Tym samym pismem zgłoszono roszczenie o zapłatę reszty wynagrodzenia oparte o art. 639 k.c. Wprawdzie w oświadczeniu powódki brak jest wprost odwołania się do instytucji odstąpienia od umowy, to jednak z pewnością treść pisma zmierzała do rozwiązania umowy z powodu zaistnienia przeszkody do jej dalszego wykonywania. Zachowanie powódki znajdowało podstawę prawną w obowiązującej w tamtym czasie ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane.

Ustawa miała zastosowanie do umów których przedmiotem jest wykonywanie robót budowlanych w rozumieniu przepisów prawa budowlanego (art. 1). Umowa stron z dnia 11 września 2008 r. niewątpliwie była umową o roboty budowlane zarówno w rozumieniu kodeksu cywilnego (art. 647 k.c.), jak i ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane (art. 1 i 3). Wykonawca robót budowlanych mógł w każdym czasie żądać od zamawiającego gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia, wynikającego z umowy oraz ze zleceń dodatkowych (art. 4). Gwarancja była udzielana w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty za wykonanie robót budowlanych. Gwarancją zapłaty mogła być gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, a także akredytywa bankowa lub poręczenie banku udzielone wykonawcy robót budowlanych na zlecenie zamawiającego wykonanie tych robót (art. 2). Jeśli wykonawca nie uzyskał wystarczającej gwarancji zapłaty w odpowiednim, wyznaczonym przez siebie terminie, uprawniony był do wstrzymania się od wykonania robót i oddania obiektu zamawiającemu (art. 5 ust. 1). Po wyznaczeniu dodatkowego terminu do udzielenia gwarancji zapłaty i jego bezskutecznym upływie wykonawca uprawniony był do odstąpienia od umowy z winy zamawiającego (art. 5 ust. 2). Brak wystarczającej gwarancji zapłaty stanowił przeszkodę w wykonywaniu robót budowlanych z przyczyn dotyczących zamawiającego i uprawniał wykonawcę do żądania wynagrodzenia na podstawie art. 639 k.c. (art. 5 ust. 3). Ustawa obowiązywała do 2010 r.

W wyroku z dnia 27 listopada 2006 r. Trybunał Konstytucyjny w sprawie o sygn. akt K 47/04 stwierdził, że:

1. Art. 1-3, art. 4 ust. 1-3, art. 5 ust. 3 oraz art. 6-8 ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Dz. U. Nr 180, poz. 1758) są zgodne z art. 2 i art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz nie są niezgodne z art. 22 Konstytucji;

2. Art. 4 ust. 4 ustawy powołanej w punkcie 1 jest niezgodny z art. 2 Konstytucji przez to, że różnicuje wysokość kosztów udzielonych gwarancji ponoszonych przez wykonawcę i zamawiającego;

3. Art. 5 ust. 1 i 2 ustawy powołanej w punkcie 1 jest niezgodny z art. 2 Konstytucji.

Przepisy zakwestionowanych skutecznie art. 4 ust. 4 i art. 5 ust. 1 i 2 ustawy straciły moc obowiązującą z dniem 30 czerwca 2007 r.

W odniesieniu do art. 5 ustawy o gwarancjach zapłaty za roboty budowlane, do którego to przepisu odwołał się powód, Trybunał Konstytucyjny stwierdził:

„Z punktu widzenia zasad przyzwoitej legislacji wątpliwości konstytucyjne budzi treść art. 5 ust. 1 i 2 ustawy gwarancyjnej, w którym ustawodawca uzależnił kontynuowanie robót i oddanie zamawiającemu obiektu przez wykonawcę od uzyskania w "odpowiednim" wyznaczonym przezeń terminie (względnie w jakimś terminie dodatkowym - ust. 1 i 2) "wystarczającej" (ust. 1 i 3) gwarancji zapłaty. O ile ustawa dokładnie określa maksymalną kwotę gwarancji (do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia), o tyle nie precyzuje w żaden sposób choćby jej kwoty minimalnej, przez co określenie braku "wystarczającej gwarancji" staje się całkowicie niejasne. Pozostaje ono zależne od woli wykonawcy (dobrej lub złej), gdy tymczasem ustawodawca restrykcyjnie określił skutki udzielenia gwarancji "niewystarczającej", [stanowiąc, że jest ona przesłanką żądania wynagrodzenia na podstawie art. 639 k.c.] traktując, poprzez odesłanie do art. 639 k.c., fakt udzielenia "niewystarczającej" gwarancji na równi (co do skutków) z przeszkodą powstałą "z przyczyn dotyczących zamawiającego" i uniemożliwiającą wykonawcy wykonywanie prac mimo jego gotowości w tym zakresie (art. 639 k.c.). W przepisie brak również bliższych wskazań pozwalających na ustalenie, jaki wyznaczany przez wykonawcę termin musi być uznany za "odpowiedni". Wprawdzie

określenie "odpowiedni termin" jest stosowane w kodeksie cywilnym (np. art. 491 § 1 k.c.) i nie budzi tam wątpliwości, jednakże ze względu na naturę umowy o roboty budowlane, a zwłaszcza niejednokrotnie wysoki koszt inwestycji, wydaje się, że pewne bliższe wskazówki wiążące długość terminu z wysokością sumy ewentualnej gwarancji byłyby wskazane. Pozwoliłoby to zapobiec wyznaczaniu terminów nierealnych czy też określonych w złej wierze przez wykonawcę dążącego do uwolnienia się od umowy. W związku z tym Trybunał Konstytucyjny uznaje za niezgodne z art. 2 Konstytucji te postanowienia art. 5 ust. 1 i 2 ustawy gwarancyjnej, które w sposób nieprecyzyjny określają wysokość i terminy uzyskania gwarancji ("wystarczająca gwarancja", "odpowiedni, wyznaczony przez siebie termin", "dodatkowy termin"). Unormowanie to może być nadużywane i godzić w uzasadnione interesy zamawiających. Ustawodawca najwyraźniej nie wziął pod uwagę faktu, że oprócz niesolidnych zamawiających w obrocie występują również niesolidni wykonawcy, a konstrukcja przepisu wręcz zachęca do "uwalniania się" - na koszt zamawiających - od umów, których wykonawca z jakichś powodów nie chce albo nie może należycie wykonać (bo np. otrzymał inne bardziej intratne zlecenie albo zorientował się, że zaproponowane niskie wynagrodzenie, dzięki któremu wygrał przetarg, nie zapewni mu zadowalającego zysku). Zgodnie z art. 5 ust. 1 i 2 możliwe jest na przykład następujące działanie nierzetelnego wykonawcy: 20 grudnia żąda on gwarancji zapłaty, wyznaczając "odpowiedni" termin na 30 grudnia. 31 grudnia wyznacza na piśmie, "dodatkowy" termin - 3 stycznia roku następnego, a w razie nieustanowienia przez zamawiającego "wystarczającej" gwarancji (w zasadzie niemożliwego w okresie świąteczno-noworocznym), 4 stycznia schodzi z placu budowy, żądając wynagrodzenia w trybie określonym w ust. 3 (analogiczne możliwości oferują tzw. długie weekendy).

Skoro art. 5 ust. 1 i 2 nie spełnia podstawowego wymogu określoności, Trybunał Konstytucyjny uznaje go za niezgodny z art. 2 Konstytucji. Jednocześnie nadmieniam, że art. 5 ust. 3 ustawy gwarancyjnej, choć stosuje to samo niejasne pojęcie "wystarczającej gwarancji", zostanie - w wypadku należytej interwencji ustawodawcy w treść ustępów poprzedzających - "sanowany". Trybunał Konstytucyjny wskazuje, że zarzut, iż stosowanie art. 639 k.c. prowadzi do konieczności zapłaty za budowę, mimo jej niewykonania, wynika z niedokładnej lektury tego przepisu kodeksu cywilnego, który - w zdaniu 2 - wyraźnie stanowi, że "zamawiający może odliczyć to, co przyjmujący zamówienie zaoszczędził z powodu niewykonania robót". Jeśli więc wykonawca nie kupił materiałów, nie wprowadził maszyn na budowę i nie pracował, to nie należy mu się wynagrodzenie (jeśli jednak zaangażował się i swych pracowników, a gwarancji w wyznaczonym terminie nie otrzymał, to może odstąpić od umowy i żądać zapłaty)."

Jak wynika z uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego, na decyzję o niezgodności z konstytucyjnym porządkiem prawnym przepisów art. 5 ust. 1 i ust. 2 wpłynęły niedookreślone sformułowania: „wystarczająca gwarancja”, „odpowiedni, wyznaczony przez siebie termin”, „dodatkowy termin”. I choć ostatecznie ust. 3 art. 5 został uznany za zgodny z Konstytucją, to jednak widziano potrzebę sprecyzowania, co oznacza wystarczająca gwarancja. Do momentu uchylecia ustawy kwestia ta jednak nie została rozwiązana przez ustawodawcę, a po utracie mocy obowiązującej ust. 1 i 2 art. 5 ustawy powstała w części wezwania przez wykonawcę inwestora do przedłożenia wystarczającej gwarancji i możliwości odstąpienia od umowy potrzeba sięgania do przepisów cywilnych i charakterze ogólnym.

W niniejszej sprawie nie budziły sprzeciwu pozwanej działającego jako zamawiający (inwestor) termin wyznaczony przez powódkę do przedłożenia gwarancji. Powódka uwzględniała kolejne wnioski pozwanej o przedłużenie terminu – pierwsze żądanie powódki wystosowano pismem z dnia 6 maja 2009 r. (k. 404), a ostateczny termin przedłużono do 6 lipca 2009 r.

Również kwota, jaka ostatecznie miała być objęta gwarancją zapłaty odpowiadała pozostałemu do zapłaty wynagrodzeniu ryczałtowemu brutto. W piśmie z dnia 29 maja 2009 r. (k. 379) powódka wezwała do przedłożenia gwarancji zapłaty na kwotę 28.914.933,30 zł, co nie zostało ostatecznie w tamtym czasie przez pozwaną zakwestionowane. Pozwana starała się bowiem uzyskać tę gwarancję, ale bez powodzenia.

Zatem te elementy instytucji udzielenia gwarancji zapłaty, które stały się powodem zakwestionowania konstytucyjności rozwiązań ustawowych, nie mogły decydować o skuteczności postawionego przez powódkę żądania.

Pozwana podnosiła jednak, że powódka zbędnie, a wręcz z nadużyciem prawa, wystąpiła z żądaniem przedłożenia gwarancji zapłaty. Zbędności tej pozwana upatrywała w fakcie, iż powódce były na bieżąco płacone należności z kredytu bankowego na ten cel udzielonego i nie istniały obawy co do niewypłacalności pozwanej. Powódka jednak uznała, że w trakcie wykonywania robót i zgłaszanych żądań pozwanej do wykonania w ramach umówionego wynagrodzenia ryczałtowego robót nie objętych tą umową, a także informacji uzyskiwanych z trzeciej ręki, konieczne było sięgnięcie po instytucję gwarantującą jej uzyskanie wynagrodzenia.

Zwrócić należy szczególną uwagę, że ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane nie uzależniała prawa do żądania przez wykonawcę od zamawiającego gwarancji zapłaty od żadnych warunków. Wręcz przeciwnie, dawała możliwość wystąpienia z takim żądaniem „w każdym czasie”, a wykonawca miał w ten sposób uzyskać „zabezpieczenie terminowej zapłaty za wykonanie robót budowlanych”. W tej sytuacji bez znaczenia pozostają motywy zgłoszenia żądania przedstawienia gwarancji zapłaty przez powódkę.

Nie można też przyjąć, że żądanie to stanowiło nadużycie prawa (art. 5 k.c.). Skoro ustawodawca uznał, że wykonawca ma prawo do takiego zabezpieczenia terminowej zapłaty za wykonanie robót budowlanych, to nie można mu obecnie zarzucać, że z prawa swojego skorzystał. Pozwana musiałaby wykazać powstanie wyjątkowo szczególnej sytuacji, która uzasadniałaby przyjęcie, iż wystąpienie z żądaniem przewidzianym prawem stało w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego lub społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa. Powódka tymczasem zmierzała do zapewnienia, iż otrzyma o czasie należne jej wynagrodzenie, co świadczy o tym, iż jej cel był zgodny z celem ustawy. Sam fakt, że wynagrodzenie to było wypłacane z kredytu bankowego, nie nadaje zachowaniu powódki cech sprzeczności z zasadami współzycia społecznego. Istotnie już w tym okresie (początek maja 2009 r.) pomiędzy stronami zaczęło dochodzić do rozdzwiewu co do zakresu robót, jakie powódka miała dochodzić. Wpłata rat kredytowych niewątpliwie była zależna również od stanowiska inwestora, który mógł przeczyć zasadności żądań zapłaty określonego wynagrodzenia powódki, do czego zresztą ostatecznie doszło. Pozwana nie podała, a tym bardziej nie wykazała, takich okoliczności, które zasługiwałyby na negatywną ocenę żądania powódki.

Wobec utraty mocy obowiązującej art. 5 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane, przepis nie mógł stać się podstawą do odstąpienia od umowy. W realiach niniejszej sprawy powódka dostosowała się jedynie do obowiązującego nadal art. 5 ust. 3 ustawy i uznała, że brak gwarancji zapłaty stanowił przeszkodę w wykonaniu robót budowlanych z przyczyn dotyczących zamawiającego. Ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane przewidywała jednocześnie, że wykonanie uprawnień w niej przewidzianych nie narusza przepisów kodeksu cywilnego o wykonaniu zobowiązań i skutkach ich niewykonania (art. 6). W grę mogą zatem zachodzić przepisy kodeksu cywilnego lub w miejsce norm dyspozytywnych postanowienia umowy. Nie ulega wątpliwości, iż uznanie, że umowa nie może być nadal wykonywana stanowi oświadczenie zmierzające do unicestwienia umowy, co można powiązać z oświadczeniem o odstąpieniu od umowy, również zgodnie z regulami określonymi w art. 491 k.c. Strony jednak mogą umownie zmodyfikować zasady odstąpienia od umowy, co miało miejsce w tym przypadku. Zasady takie zapisano w pkt 19 umowy. Zgodnie z postanowieniem pkt 19.3 generalny wykonawca mógł odstąpić do umowy, gdy inwestor naruszy istotne jej postanowienia. Natomiast w myśl art. 56 k.c. czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współzycia społecznego i z ustalonych zwyczajów. W zakres obowiązków pozwanej wchodziło również zatem udzielenie gwarancji zapłaty, jeśli wykonawca z takim żądaniem wystąpi.

Skutki odstąpienia od umowy strony określiły w pkt 19.7 umowy. Zobowiązały się do ustalenia wartości faktycznie wykonanych robót, dostaw i innych zobowiązań związanych bezpośrednio z realizacją umowy, i rozliczenia ich z uwzględnieniem faktycznie dokonanych płatności oraz faktycznie wykonanych, zatwierdzonych i odebranych prac. Z postanowień umowy i zachowania stron po rozwiązaniu stosunku prawnego należy wnioskować, że obie strony uznawały, że rozwiązanie to ma skutek na przyszłość, a dotychczas wykonane prace należy rozliczyć według zasad umownych. Tym samym nie będzie miał zastosowania art. 474 k.c.

Możliwość odstąpienia od umowy w części jest związana z podzielnością świadczenia (art. 491 § 2 k.c.). Zasadniczo należy opowiedzieć się przeciwko podzielności świadczenia niepieniężnego wykonywanego w ramach umowy o

roboty budowlane. Nie można jednak wykluczyć przypadków, że również w ramach tej umowy tak skonstruowano zobowiązanie niepieniężne, że jego przedmiot jest dostarczany partiami, przy czym każda z partii ma funkcjonalne znaczenie, poza tworzeniem funkcjonalnej całości wszystkich wykonywanych elementów. Możliwość podzielności robot budowlanych mogą przede wszystkim przewidzieć same strony. Orzecznictwo dopuszcza możliwość odstąpienia od umowy o roboty budowlane ze skutkiem *ex nunc*, co ma związek z przyjęciem koncepcji podzielności świadczenia wykonawcy budowlanego, zwłaszcza w kontekście woli stron (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2008 r., sygn. akt V CSK 182/08; z dnia 9 września 2011 r., sygn. akt I CSK 696/10; z dnia 20 kwietnia 2006 r., sygn. akt III CSK 11/06, z dnia 4 czerwca 2009 r., sygn. akt III CSK 337/08). O akceptacji podzielności świadczenia niepieniężnego powódka świadczy choćby fakt, że jeszcze przed zawianiem stosunku prawnego pozwana wydzielala część robót do tzw. etapu II lub dopuszczała możliwość wykonania niektórych prac przez inny podmiot. Po zakończeniu współpracy, choć strony były w sporze co do tego, jakie prace i o jakiej wartości powódka wykonała, to jednak jednolicie przyjmowały, że rozliczenie robót wykonanych do tego momentu powinny zostać rozliczone według zasad określonych w umowie. Taką intencję należy też wyczytać z pkt 19.7 umowy.

Powódce przysługiwało wobec tego wynagrodzenie za wykonane do końca czerwca 2009 r. roboty budowlane na podstawie art. 647 k.c.

Jak wiadomo, strony nie podeszły do wspólnej inwentaryzacji robót. Powódka uznała, że protokół miesięcznego zaawansowania robót z czerwca 2009 r., który obejmował również wartość prac w sposób narastający, był wystarczającym dokumentem zestawiającym rodzaj i wartość wykonanych przez nią prac. Pozwana natomiast sporządziła własny protokół inwentaryzacyjny, gdyż zawiadomiona powódka o terminie przeglądu robót nie stawiła się. Oba te dokumenty znacznie się różniły co do wartości wykonanych przez powódkę prac.

Świadek M. S. (2) w ramach samodzielnie prowadzonej działalności gospodarczej brał udział na zlecenie powódki w zawieraniu umowy i jej wykonywaniu. Potwierdził, że co miesiąc sporządzano protokoły z postępu robót i dostaw, które jednocześnie były podstawą do wystawienia faktury częściowej przez wykonawcę. Protokół był odzwierciedleniem zakresu rzeczowego określonego w załączniku nr 3 do umowy i powstawał sukcesywnie na przestrzeni miesiąca po odbiorach poszczególnych prac i akceptacji konkretnych dostaw, które były potwierdzane przez inspektorów nadzoru branżowego. Do protokołu dołączano tzw. dokumenty źródłowe: protokoły odbioru robót ulegających zakryciu, protokoły dostaw, atesty, próby, badania, szkice geodezyjne. Oględzin dokonywali inspektorzy robót branżowych i wyrywkowo świadek T. F. jako kierownik do spraw inwestycji. Do kwietnia żaden z protokołów nie został zakwestionowany przez inwestora. Dopiero na koniec tego miesiąca przedstawiciel inwestora T. F. dokonał skreśleń niektórych pozycji w protokołach. To samo się wydarzyło w maju. Powódka dostosowała się wtedy do korekty pozwanej mimo, iż uważała, że te skreślenia się niezasadne. Stąd protokół rozliczeniowy za czerwiec obejmuje prace wykonane w czerwcu i poprzednio wykreślone przez inwestora.

Funkcję administratora projektu po stronie generalnego wykonawcy pełniła świadek A. E., z racji czego świadek zajmowała się pełną dokumentacją związaną z realizacją umowy i brała udział we wszystkich radach budowy. Świadek też przekazała komplet miesięcznej dokumentacji postępu robót i dostaw, które na końcu zawsze potwierdzała w imieniu inwestora świadek J. I.. Tak było też z protokołem z czerwca 2009 r., który został odebrany i podpisany w tym samym miejscu, co zwykle. J. I. utrzymywała, że potwierdziła tylko odbiór dokumentu.

Parę dni po złożeniu przez pozwaną pisma o odstąpieniu od umowy odbyło się spotkanie przedstawicieli obu stron. Po stronie inwestora wystąpili: prezes D., J. I., K. I., T. F. i inspektorzy nadzoru robót branżowych. Po strony wykonawcy wystąpili: prezes G. Ż., T. S. i A. E.. Podczas omawiania sposobu wykonania inwentaryzacji prezes pozwanej oświadczył, iż zakwalifikowane zostaną tylko te elementy wykonane w 100%, pozostałe zostaną opisane jako: o. Wobec tego wykonawca sporządził swoje zestawienie wykonanych robót na podstawie Planu Zapewnienia Jakości, które były zatwierdzane przez inspektorów nadzoru.

Kierownik działu inwestycji pozwanej T. F. brał udział w weryfikacji postępu prac wykonawcy, które służyły do sporządzania protokołów odbioru. Dokonał skreśleń w protokołach za miesiące kwiecień i maj 2009 r., gdyż uznał,

że wykonawca wskazał w nich za duży procent zaawansowania robót. W późniejszym czasie skreślone prace zostały wykonane, ale nie w 100%. Przyznał świadek jednak, że wykreślone prace zostały wcześniej zaakceptowane przez branżowych inspektorów nadzoru, co pozostaje w zgodzie z zeznaniami świadka pełniącego funkcję inspektora nadzoru budowlano-instalacyjno-sanitarnego L. K. zatrudnionego w firmie (...) (k. 2747 – 2748 akt), świadka inspektora nadzoru Z. C. zatrudnionego w firmie (...) (k. 2748 – 2751). Świadkowie ci nie brali natomiast udziału w inwentaryzacji sporządzanej przez pozwaną. Jednak świadek Z. C. zapoznał się z protokołem końcowym pozwanej i potwierdził, że ujęte w niej zostały roboty, które zostały zakończone, natomiast roboty wykonane częściowo zostały opisane jako: o.

Świadek T. F. brał udział w inwentaryzacji robót wykonanych przez powódkę. Według świadka podstawą dokonania tej inwentaryzacji był zatwierdzony projekt budowlany i stan faktyczny, a jego efektem szacunkowe wyliczenie procentowego wykonania robót. Część prac została sfotografowana, jednak zdjęcia te nie zostały dołączone do pisma powódki z dnia 7 lipca 2009 r. z wynikami inwentaryzacji (k. 1281 i n. akt). Świadek nie stwierdził wprawdzie jednoznacznie, że w inwentaryzacji ujęto jedynie te elementy, które wykonano w 100%, i oświadczył, że uwzględniono wszystkie roboty wykonane, jednak już na pytania strony powodowej o poszczególne elementy świadek zeznawał, że nie pamięta, a w stosunku do robót branży elektrycznej wprost podał, iż nie uczestniczył w inwentaryzacji tych prac. Zeznania te nabrały zatem charakteru ogólnikowego i mało wiarygodnego.

Projektant świadek A. Z. (k. 2848 – 2852) nie był członkiem komisji inwentaryzacyjnej wykonywanej przez pozwaną, ale jedynie nadzorował pracę tej komisji i uczestniczył w analizie dokumentu inwentaryzacji. Według niego inwentaryzacja objęła tylko roboty budowlane, pominięto roboty przygotowawcze, bez których budowa nie może być rozpoczęta. Przedstawiciel każdej branży robił inwentaryzację poszczególnych robót i to było porównywane do projektu. Sporządzano też inwentaryzację zdjęciową.

Udział w inwentaryzacji brał świadek R. R. – projektant w branży mechanicznej. Komisja, w której uczestniczył spisywała zakres wykonanych prac bardzo szczegółowo, ale nie dokonywała wyceny wykonanych robót (k. 2852 – 2854).

Zwrócić też należy uwagę, że projektanci z firmy (...) sporządzili uwagi do harmonogramu rzeczowego budowy sporządzonego na dzień 6 maja 2009 r. (k. 1420). W uwagach tych nie podnosili, iż powódka nie wykonuje w ogóle części zleconych prac (przykładowo w ogóle nie ma odniesienia do obiektu nr 18) bądź też nie stwierdzano, że harmonogram zawiera prace, które faktycznie nie były wykonane. Jedyne zastrzeżenia odnosiły się do opóźnień w realizacji zadań i przyczyn tych opóźnień.

Wobec rozbieżności stanowisk Sąd Apelacyjny uzupełnił postępowanie dowodowe na wniosek stron poprzez przeprowadzenie dowodu z opinii biegłych na okoliczność ustalenia:

- czy zakres budowlanych wraz z użytymi materiałami do ich wykonania ujęty w protokołach miesięcznego zaawansowania robót (sporządzanych za okres od września 2008 r. do czerwca 2009 r.) znajduje potwierdzenie w dokumentacji źródłowej złożonej przez powódkę w skoroszytach 1-5;

- w jakim zakresie inwentaryzacja (obmiar robót) sporządzona przez pozwaną i zawarte w skoroszytach 15-16 odpowiada tej dokumentacji źródłowej i protokołom miesięcznego zaawansowania robót, czy inwentaryzacja zawiera również prace nie ujęte w protokołach miesięcznego zaawansowania robót, czy też pomija część robót, które w protokołach miesięcznego zaawansowania robót zostały wyszczególnione.

Biegli mieli dokonać oceny również na podstawie dokumentacji, która została przedłożona do akt w toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji, ale nie była przedmiotem oceny na tym etapie postępowania przez biegłego. Biegli zapoznali się z aktami sprawy, dokumentacją źródłową (skoroszyty 1-5), dokumentacją techniczną (skoroszyty 6-14), inwentaryzacją (obmiarem robót) sporządzoną przez pozwaną (skoroszyty 15-16), czyli z pełnym zakresem materiału dowodowego zebranego w sprawie.

W odpowiedzi biegli na podstawie analizy i otrzymanych wyników stwierdzili, iż zakres robót wraz z użytymi materiałami do ich wykonania ujęty w protokołach miesięcznego zaawansowania robót (sporządzanych za okres od września 2008 r. do czerwca 2009 r.) znajduje potwierdzenie w dokumentacji źródłowej złożonej przez powódkę w skoroszytach 1-5 w wartości 27.400.601,95 zł netto, co stanowi 93,12 % wartości, na którą opiewały protokoły, czyli 29.424.998,50 zł netto. Wartość robót określona na podstawie inwentaryzacji pozwanej, tj. 21.754.754,54 zł netto, w odniesieniu do wartości określonej na podstawie dokumentacji źródłowej złożonej przez powódkę, tj. 27.400.601,95 zł netto jest niższa o 5.645.847,41 zł netto, w tym wartość robót nie ujętych w protokołach miesięcznego zaawansowania robót, a ujętych w inwentaryzacji pozwanej wynosi 2.930.233,96 zł netto oraz wartość robót pominiętych w inwentaryzacji pozwanej, a wyszczególnionych w protokołach miesięcznego zaawansowania robót wynosiła 8.576.081,37 zł netto. Wartość robót określona na podstawie inwentaryzacji pozwanej, tj. 21.754.754,54 zł netto, w odniesieniu do wartości określonej na podstawie protokołów miesięcznego zaawansowania robót za okres od września 2008 r. do czerwca 2009 r., tj. 29.424.998,50 zł netto, jest niższa o 7.670.243,96 zł netto, w tym wartość robót nie ujętych w protokołach miesięcznego zaawansowania robót, a ujętych w inwentaryzacji pozwanej wynosi 2.137.302,51 zł netto oraz wartość robót pominiętych w inwentaryzacji pozwanej, a wyszczególnionych w protokołach miesięcznego zaawansowania robót wynosi 7.670.243,96 zł netto.

Na podstawie opinii biegłych Sąd Apelacyjny przyjął, iż powódka wykazała, że w ramach umowy wykonała prace budowlane wraz z dostawą materiałów w kwocie 33.428.734,38 zł brutto (27.400.601,95 zł netto i 22% podatku od towarów i usług).

Powódka domagała się również zapłaty części wynagrodzenia, które zostało zatrzymane przez pozwaną tytułem prawidłowego wykonania umowy (zwyczajowo określone kaucją). Kwota ta pierwotnie wynosiła 1.708.523,80 zł, a na skutek ograniczenia żądania pozwu, co miało związek ze sprzedażą części materiałów, które miały posłużyć do budowy fabryki, ostatecznie powódka żądała 1.319.014,40 zł. Wysokość pierwotnie określonej tej części wynagrodzenia - 1.708.523,80 zł nie była kwestionowana przez pozwaną. Powódka wezwała pozwaną do zwrotu zatrzymanej części wynagrodzenia pismem z dnia 7 lipca 2009 r. (k. 171) w terminie trzech dni. Jednak pozwana w toku procesu złożyła oświadczenie o potrąceniu tej należności przysługującej powódce z należnością, która miała przysługiwać pozwanej z tytułu nierozliczonej części zaliczki na wynagrodzenie wpłaconej przy zawarciu umowy. Oświadczenie o potrąceniu zostało złożone w piśmie z dnia 30 listopada 2010 r.

(k. 2737). Oświadczenie to jednak nie odniosło skutku umorzenia należności powódki

(art. 499 k.c.), gdyż owa zaliczka otrzymana przez powódkę po zawarciu umowy w wysokości 4.000.000 zł netto została już rozliczona w całości bądź to w ramach miesięcznych rozliczeń stron za wykonane umowy, bądź to wcześniejszym oświadczeniem powódki. Oświadczenie powódki o potrąceniu pozostałej do rozliczenia części zaliczki na wynagrodzenie w wysokości 1.960.084,92 zł nastąpiło bowiem pismem z dnia 17 lipca 2009 r. (k. 168). Powódka w ten sposób pomniejszyła wysokość wynagrodzeń nieuwiszczonych przez powódkę za miesiące maj i czerwiec 2009 r., i tak z faktury nr (...) odjęła kwotę 1.447.406,72 zł, a z faktury nr (...) odjęła kwotę 512.678,20 zł. Oświadczenie powódki o potrąceniu z dnia 17 lipca 2009 r. spowodowało umorzenie wierzytelności pozwanej z tytułu zwrotu nierozliczonej części zaliczki na wynagrodzenie z chwilą dojścia do adresata. Pismo to zostało odebrane przez J. I. w dniu 27 lipca 2009 r. (k. 170). Spełnione zostały bowiem wszystkie przesłanki art. 498 i art. 499 k.c. Późniejsze zatem oświadczenie o potrąceniu pozwanej nie mogło odnieść zamierzonego skutku, bo zgłoszona do potrącenia wierzytelność pozwanej już nie istniała. Powódka natomiast, wobec swojego oświadczenia, wystąpiła z pozwem o zapłaty już pomniejszych należności z faktur nr (...)

i nr (...).

Żądanie zapłaty kwoty 1.319.014,40 zł stanowi w rzeczywistości żądanie zapłaty części wynagrodzenia za prace wykonane w ramach umowy z dnia 11 września 2008 r.

Strony umowy mogą postanowić, iż podwykonawca będzie zobowiązany do wpłacenia kaucji tytułem dobrego wykonania umowy. Kaucja taka często otrzymuje nazwę kaucji gwarancyjnej. Możliwe też jest, że strony postanowią, iż zlecający prace będzie zatrzymywał część wynagrodzenia należnego wykonawcy, które zostanie wypłacone dopiero

w momencie stwierdzenia niewadliwego wykonania prac. Zabezpieczenia tego typu są często stosowane w umowach o roboty budowlane, jednakże jego charakter prawny zawsze musi być oceniany poprzez pryzmat postanowień umownych - czy strony chciały nadać zabezpieczeniu charakter kaucji gwarancyjnej, czy też jako zabezpieczenie miało służyć zatrzymane wynagrodzenie wykonawcy, który godził się na wypłacenie tej jego części w innym terminie niż określony w umowie, a także zgadzał się, by inwestor przeznaczył je na pokrycie wierzytelności z tytułu roszczeń z rękojmi. Fakt, że oba zabezpieczenia pełnią taką samą funkcję, nie oznacza, że jest tożsamy ich charakter prawny.

Kaucja gwarancyjna nie posiada swojej definicji ustawowej. Jednak orzecznictwo wypracowało istotne elementy tej umowy. Przyjmuje się, że umowa kaucji gwarancyjnej jest umową kauzalną (prawną przyczyną przysporzenia jest zabezpieczenie wierzytelności) i realną, w której kaucjodawca przekazuje określoną ilość pieniędzy, a kaucjobiorca może z nich korzystać i zobowiązuje się do ich zwrotu. Nosi zatem cechy depozytu nieprawidłowego. Następuje przeniesienie własności przedmiotu kaucji, które jest połączone z władztwem, czyli konieczne jest przeniesienie posiadania rzeczy. Kaucja ma również charakter akcesoryjny, jest ściśle bowiem związana ze stosunkiem prawnym, który zabezpiecza.

Zabezpieczenie roszczeń gwarancyjnych może nastąpić także w inny sposób, poprzez zatrzymanie części wynagrodzenia należnego wykonawcy. W sytuacji takiej strony umowy nie ustanawiają obowiązku zapłacenia kaucji gwarancyjnej, ale postanawiają, że określona część wynagrodzenia zostanie zatrzymana przez zleceniodawcę robót do określonego momentu związanego z realizacją zadań, których prawidłowość wykonania została w ten sposób zabezpieczona. Zatrzymywana kwota nie traci swojego charakteru wynagrodzenia, zostaje jedynie przesunięty wola stron termin jej wymagalności. Nie dochodzi wtedy do wydania określonej kwoty, ale do odroczenia terminu jej zapłaty.

W umowie stron postanowiono, że tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy pozwana będzie zatrzymywała każdorazowo 10% kwoty netto wynikające z protokołów miesięcznego zaawansowania (pkt 13.1 umowy). Kwota, która w tych protokołach była wskazywana, stanowiła wynagrodzenie naliczane narastająco z biegiem realizacji inwestycji. Stąd należy uznać, że także kwota 1.319.014,40 zł stanowiła element wynagrodzenia powódki.

Jak powyżej wskazano, należne powódce wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane wraz z materiałami do tego użytymi wyniosło 33.428.734,38 zł brutto. Żądanie tej wysokości wynagrodzenia znajdowało uzasadnienie w art. 647 k.c. i treści umowy. Z tak ustalonego wynagrodzenia należy jednak odliczyć sumy, jakie powódka już otrzymała bądź, jakie uznano w toku postępowania za nienależne. Kierując się danymi, jakie wskazała powódka w piśmie procesowym z dnia 18 stycznia 2016 r. (k. 4308) oraz tokiem postępowania należy odliczyć od wartości należnego wynagrodzenia:

- kwotę 22.380.759,67 zł brutto pozwana zapłaciła w trakcie realizacji umowy;
- kwotę 707.117,21 zł zasądził w niniejszej sprawie Sąd Okręgowy w Katowicach prawomocnym w tej części wyrokiem z dnia 4 sierpnia 2011 r.;
- o kwotę 449.809,12 zł brutto powódka ograniczyła żądanie wynikające z faktury nr (...) z powodu odsprzedaży część materiałów zakupionych na potrzeby realizacji spornej inwestycji;
- o kwotę 1.159.276,21 zł brutto powódka ograniczyła żądanie wynikające z faktury nr (...) z powodu odsprzedaży część materiałów zakupionych na potrzeby realizacji spornej inwestycji;
- o kwotę 389.509,40 zł brutto powódka ograniczyła żądanie o zwrot zatrzymanego wynagrodzenia tytułem należytego wykonania umowy z powodu odsprzedaży część materiałów zakupionych na potrzeby realizacji spornej inwestycji;
- kwotę 1.498.793,18 zł brutto w części prawomocnie oddalono zaskarżonym wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach, a w części powódka ograniczyła żądanie pozwu (faktury nr (...)),

czyli łącznie kwotę 26.585.264,79 zł.

Skoro powódce przysługiwało wynagrodzenie w wysokości 33.428.734,38 zł brutto, to po odliczeniu powyższych kwot w łącznej wysokości 26.585.264,79 zł brutto, nadal powódka powinna otrzymać z tego tytułu 6.843.469,59 zł brutto.

Natomiast zasądzona przez Sąd Okręgowy kwota tytułem wynagrodzenia wyniosła 8.357.432,12 zł brutto (1.902.401,45 zł – faktura nr (...) + 5.136.016,27 zł – faktura nr (...) + 1.319.014,40 zł – zatrzymane wynagrodzenie tytułem należytego wykonania umowy). Słusznie podniosła pozwana w apelacji, iż Sąd Okręgowy całkowicie pominął fakt, iż w sprawie zapadł już wcześniej wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach w dniu 4 sierpnia 2011r., który to wyrok w części się uprawomocnił. Mianowicie Sąd Okręgowy zasądził na rzecz powódki od pozwanej kwotę 707.117,21 zł z ustawowymi odsetkami właśnie z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane dochodzonego z faktury nr (...). W tej części zatem sprawa została już prawomocnie osądzona na korzyść powódki. Zasadzając pełną dochodzoną kwotę z faktury nr (...) Sąd Okręgowy orzekł ponad żądanie pozwu (art. 321 k.p.c.). Wobec tego zaskarżony wyrok należało uchylić w zakresie kwoty 707.117,21 zł z ustawowymi odsetkami od niej i umorzyć postępowanie w myśl art. 386 § 3 k.p.c.

Po odjęciu od dochodzonej po ograniczeniu należności z faktury nr (...) - 5.136.016,27 zł zasądzonej już prawomocnie kwoty 707.117,21 zł, żądanie powódki z tego tytułu wynosiło 4.428.899,08 zł. Łącznie zatem powódka dochodziła z tytułu wynagrodzenia 7.650.314,93 zł (1.902.401,45 zł – faktura nr (...) + 4.428.899,08 zł – faktura nr (...) + 1.319.014,40 zł – zatrzymane wynagrodzenie tytułem należytego wykonania umowy), czyli o 806.845,34 zł więcej niż ustalone w toku postępowania przysługujące jej jeszcze wynagrodzenie za wykonane roboty i materiały. O tę należność trzeba było obniżyć żądanie odnoszące się do zapłaty wynagrodzenia należnego za prace wykonane w czerwcu 2009 r. Prace te kończyły współpracę stron. W związku z tym pozwana była zobowiązana do ostatecznego rozliczenia się z powodowym wykonawcą i wypłatą mu wynagrodzenia odpowiadającego jego pracy. Protokół miesięcznego zaawansowania robót z maja 2009 r. był zaakceptowany przez pozwaną, nie było też sporu co do kwoty zatrzymanego do dnia rozwiązania umowy stron wynagrodzenia tytułem należytego wykonania robót.

Wobec tego powódce należało zasądzić:

- kwotę 1.902.401,25 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 30 czerwca 2009 r.;
- kwotę 3.622.053,72 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 3 sierpnia 2009r.;
- kwotę 1.319.014,40 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 24 lipca 2009r.

W tym kierunku zostało zmienione rozstrzygnięcie zawarte w pkt 1 zaskarżonego wyroku na podstawie art. 386 § 1 k.p.c.

Powódka dochodziła jeszcze roszczenia opartego o art. 639 k.c. Jak już wywodzono uprawnienie do żądania tego wynagrodzenia związane było z uprawnieniem, jakie nadała powodowemu wykonawcy ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (art. 5 ust. 3).

Zgodnie z art. 639 k.c. zamawiający nie może odmówić zapłaty wynagrodzenia mimo niewykonania dzieła, jeżeli przyjmujący zamówienie był gotów je wykonać, lecz doznał przeszkody z przyczyn dotyczących zamawiającego. Zastosowanie tego przepisu wymaga ustalenia, że po pierwsze dzieło nie zostało wykonane, po drugie przyjmujący zamówienie był gotów je wykonać, po trzecie doznał przeszkody z przyczyn dotyczących zamawiającego. Gdyby poczynione w sprawie ustalenia uzasadniały tezę, że przesłanki te zostały spełnione, to pozwana jako zamawiająca mogła odliczyć, to co powódka oszczędziła z powodu niewykonania dzieła. Dodać należy, że oszczędnością w rozumieniu omawianego przepisu nie jest samo zaoszczędzenie czasu wykonawcy i jego osobistego trudu. Pojęcie "oszczędności" nie może być utożsamiane z "obniżoną wartością dzieła za wady i niedoróbki". Będą to natomiast np. niezakupione materiały i inne koszty które przyjmujący zamówienie poniósłby, gdyby dzieło zostało wykonane (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 czerwca 2004 r., sygn. akt V CSK 587/03).

Roszczenie wywodzone z przepisu art. 639 k.c. nie ma charakteru odszkodowawczego, lecz stanowi należne przyjmującemu zamówienie wynagrodzenie pomniejszone jedynie o kwotę, którą oszczędził z powodu niewykonania dzieła, mimo że był gotów je wykonać, lecz doznał przeszkody z przyczyn dotyczących zamawiającego. Za przyczyny dotyczące zamawiającego należy uznać wszelkie przyczyny leżące po jego stronie - także niezawinione, które udaremniły wykonanie dzieła (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2013 r., sygn. akt ICSK 704/12; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 1990 r., sygn. akt II CR 184/90).

Nie ulega wątpliwości, że roboty zlecone powódce przez pozwaną umową z dnia 11 września 2008 r. nie zostało wykonane w całości. Powódka była gotowa je wykonać, a nawet wzywała pozwaną o dopuszczenie jej do placu budowy. Pozwana jednak złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy, jak się okazało bezzasadnie, i przystąpiła do czynności inwentaryzacyjnych. Przeszkodą w wykonaniu robót budowlanych z przyczyn dotyczących pozwanej stanowił już sam brak przedłożenia gwarancji zapłaty (art. 5 ust. 3 ustawy z dnia z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane). W takiej sytuacji należy uznać, że zaszły przesłanki z art. 639 k.c. do wystąpienia przez powódkę wobec pozwanej o zapłatę pozostałej części wynagrodzenia mimo niewykonania w całości robót budowlanych.

Pełne wynagrodzenie powódki wynosiło 41.445.943 netto (40.000.000 zł – wynagrodzenie ryczałtowe; 1.445.943 zł – wynagrodzenie za roboty dodatkowe), brutto była to zatem kwota 50.564.050,46 zł (22% podatku od towarów i usług to 9.118.107,46 zł). Powódce należy się wynagrodzenie za gotowość do wykonania robót w wartości brutto, gdyż płatność tak wyliczonej kwoty wynikała z umowy stron (pkt 3.1 i 3.2 umowy z dnia 11 września 2008 r.). Ustalono również, że z tytułu wykonanych prac powódce należne było z tej kwoty wynagrodzenie w wysokości 33.428.734,38 zł brutto. Dochodzona zatem kwota 4.056.645,18 zł brutto mieściła się nadal w granicach umówionego wynagrodzenia.

W myśl art. 639 k.c. zamawiający może odliczyć z wynagrodzenia wykonawcy to, co przyjmujący zamówienie oszczędził z powodu niewykonania dzieła. Wynika z tego zatem w sposób jasny, że to na zamawiającym ciąży obowiązek dowodu rodzaju oszczędności i ich wartości (art. 6 k.c.). Pozwana temu obowiązkowi w postępowaniu sądowym nie sprostała.

Roszczenie z art. 639 k.c. powódka pierwotnie zgłosiła w piśmie z dnia 7 lipca 2009 r. (k. 174), jednak w nim nie zawarła jeszcze wyliczenia żądanego wynagrodzenia za gotowość do wykonania pozostałej części zleconych jej robót. Wyliczenia takiego dokonała dopiero w nocy obciążeniowej nr (...) (k. 112-113). Powódka samodzielnie odliczyła koszty budowy, jakie zaoszczędziła dzieląc je na kategorie: wynagrodzenie podwykonawców, robociznę i sprzęt, zakupy i pozostałe usługi, i wezwała pozwaną do zapłaty kwoty 4.056.645,18 zł do dnia 21 sierpnia 2009 r. Pozwana dopiero w odpowiedzi na pozew zakwestionowała tę wysokość i złożyła wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność wysokości wynagrodzenia powódki za niewykonaną część umowy z odliczeniem tego, co powódka zaoszczędziła z powodu niewykonania umowy (k. 1117). W piśmie procesowym z dnia 21 grudnia 2009 r. powódka wyjaśniła dodatkowo, że oszczędności w postaci wynagrodzeń podwykonawców zostały wyliczone na podstawie wartości konkretnych umów, rozbiła wyliczenia robocizny i sprzętu na dalsze podkategorie: średnie wynagrodzenie, delegacje, noclegi, dźwigi, ciągnik oraz wymieniła konkretnie pozostałe zakupy i usługi, których na skutek wstrzymania wykonania prac nie zostały nabyte (k. 1657-1658) oraz dołączyła do pisma dokumenty – np. umowy najmu. W odpowiedzi na to rozliczenie pozwana podtrzymała jedynie zarzut niewykazania wysokości wynagrodzenia.

Ponieważ jednak ciężar dowodu wartości oszczędności spoczywał na pozwanej nie można stwierdzić, że żądanie powódki pozostaje bezzasadne. Powołanie się lakonicznie na opinię biegłego, który wartość wynagrodzenia za gotowość wykonania robót i skalę oszczędności, jest tu dalece niewystarczające, nie wiadomo bowiem, jakiego rodzaju oszczędności biegły miałby wyliczać.

Do czynienia ustaleń w zakresie, w jakim pozwana zgłosiła zarzut potrącenia, opinia biegłego mogłaby być przydatna tylko w razie zaistnienia konieczności wyjaśnienia wątpliwości natury technicznej, a nie dowodowej. Trzeba mocno zaakcentować, że opinia biegłego nie może stanowić podstawy ustalenia okoliczności będących przedmiotem oceny biegłych. Ustalenie stanu faktycznego należy bowiem do sądu orzekającego, który czyni to na podstawie zaoferowanego mu materiału dowodowego, a biegli powinni udzielić odpowiedzi na konkretne pytania dostosowane

do stanu faktycznego sprawy. Celem dowodu z opinii biegłego sądowego nie jest poszukiwanie okoliczności faktycznych mających znaczenie w sprawie, lecz wyjaśnianie wątpliwości wymagających wiadomości specjalnych z uwagi na konkretne twierdzenia stron. Rolą biegłego jest jedynie wsparcie sądu wiedzą specjalną w zakresie możliwości poczynienia w sprawie istotnych okoliczności, a nie zastąpienie strony we wskazaniu i dowodzeniu faktów, z których strona wyciąga korzystne dla niej skutki prawne. Biegły mógłby bowiem oceniać tylko to, co zostało mu przedstawione. Dopuszczenie dowodu w stanie sprawy, który faktycznie wystąpił, prowadziło do sytuacji, którą pozwana w apelacji mocno krytykuje, a mianowicie, biegły A. K. ograniczył się do matematycznego zsumowania wskazanych przez powódkę wartości. To pozwana powinna wskazać, jakie wartości przyjęte przez powódkę są nieadekwatne do realiów prowadzonych w tamtym czasie inwestycji albo, jakie oszczędności zostały przez powódkę pominięte. Pozwana nie wykazała w tym zakresie żadnej inicjatywy dowodowej. W efekcie nie sposób podzielić zarzutu naruszenia przez Sąd pierwszej instancji art. 278 k.p.c.

Łącznie zatem powódce przysługiwała należność w kwocie 10.900.114,55 zł.

Ponieważ zmianie uległo rozstrzygnięcie o wysokości żądanych należności należało dostosować orzeczenie o kosztach procesu zawarte w zaskarżonym wyroku do ostatecznego wyniku zgodnie z zasadą stosunkowego podziału kosztów określoną art. 100 k.p.c. Powódka wystąpiła z żądaniem zapłaty 19.911.465,21 zł, z czego uwzględniono jej roszczenia do kwoty 11.607.231,76 zł (10.900.114,55 zł + 707.117,21 zł), czyli w 58%. Powódka poniosła koszty postępowania pierwszoinstancyjnego i apelacyjnego w łącznej wysokości 131.687,75 zł, a pozwana 30.844 zł. Łącznie koszty te wyniosły 162.531,75 zł. Pozwana powinna ponieść 58% z kwoty 162.531,75 zł, czyli 94.268,42 zł, a poniosła 30.844 zł. W rozliczeniu pozwana została zobowiązana do zwrotu powódce kwoty 63.424,42 zł. Zmiana pkt 3 zaskarżonego wyroku nastąpiła w myśl art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c.

W pozostałej części apelacja pozwanej została oddalona na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego również orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. stosując zasadę stosunkowego podziału kosztów. Poniesione przez powódkę koszty tego postępowania wyniosły 26.600 zł (wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w czterokrotności stawki minimalnej wynoszącej 5.400 zł – 21.600 zł; zaliczka na opinię biegłego – 5.000 zł). Poniesione przez pozwaną koszty tego postępowania wyniosły 128.600 zł (opłata sądowa od apelacji – 100.000 zł; wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w czterokrotności stawki minimalnej wynoszącej 5.400 zł – 21.600 zł; zaliczka na opinię biegłego – 7.000 zł). Łącznie koszty wyniosły 155.200 zł.

Wartość przedmiotu zaskarżenia wynosiła 12.414.077,30 zł, w stosunku do sumy 10.900.114,55 zł pozwaną należy uznać za przegrywającą. Oznacza to, że pozwana przegrała apelację w 88 % i powinna pokryć koszty tego postępowania w wysokości 136.576 zł. Powódce nadal zatem należy się zwrot kosztów w kwocie 7.976 zł.

W postępowaniu apelacyjnym koszty opinii biegłych częściowo zostały pokryte przez Skarb Państwa. Łączna wysokość tych kosztów wyniosła 14.973,39 zł. Z kwoty tej powódka powinna zwrócić 12%, czyli kwotę 1.796,80 zł, a pozwana powinna zwrócić 88%, czyli kwotę 13.176,59 zł. W takich też wysokościach nakazano pobrać należności od każdej ze stron na rzecz Skarbu Państwa na podstawie art. 113 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

SSA Grzegorz Stojek SSA Zofia Kołaczyk SSA Olga Gornowicz-Owczarek