

Sygn. akt I ACa 614/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 października 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Bogusław Suter (spr.)
Sędziowie	:	SSA Elżbieta Bieńkowska SSA Magdalena Natalia Pankowiec
Protokolant	:	Urszula Westfal

po rozpoznaniu w dniu 30 października 2017 r. w Białymstoku

na rozprawie

1. sprawy z powództwa **A. C.**

przeciwko (...) **Spółce z o.o. w B.**

z udziałem interwenienta ubocznego (...) **S.A. w W.**

o zapłatę kwoty 253.539,00 zł (sygn. akt VII GC 57/13)

2. sprawy z powództwa **A. C.**

przeciwko (...) **Spółce z o.o. w B.**

z udziałem interwenienta ubocznego (...) **S.A. w W.**

o zapłatę kwoty 924.512,95 zł (sygn. akt VII GC 79/13)

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 1 grudnia 2015 r. sygn. akt VII GC 57/13

1. **w sprawie z powództwa A. C. przeciwko (...) Spółce z o.o. w B. o zapłatę kwoty 253.539,00 zł (sygn. akt VII GC 57/13):**

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 1 w ten sposób, że uchyla nakaz zapłaty wydany przez Sąd Okręgowy w Białymstoku w postępowaniu nakazowym w dniu 31 stycznia 2013 roku, w sprawie o sygn. akt VII GNc 44/13 w części zasądzającej ustawowe odsetki od kwoty 253.539,90 złotych za

okres od dnia 30 listopada 2012 roku do dnia 2 lutego 2013 roku i powództwo w tym zakresie oddala zaś w pozostałej części opisany wyżej nakaz zapłaty utrzymuje w mocy;

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 10.800 złotych tytułem zwrotu kosztów instancji odwoławczej.

2. w sprawie z powództwa A. C. przeciwko (...) Spółce z o.o. w B. o zapłatę kwoty 924.512,95 zł (sygn. akt VII GC 79/13):

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 1 w ten sposób, że uchyla nakaz zapłaty wydany przez Sąd Okręgowy w Białymstoku w postępowaniu nakazowym w dniu 12 lutego 2013 roku, w sprawie o sygn. akt VII GNc 63/13 w części zasądzającej ustawowe odsetki od kwoty 924.512,95 złotych za okres od dnia 29 września 2012 roku do dnia 2 lutego 2013 roku i powództwo w tym zakresie oddala zaś w pozostałej części opisany wyżej nakaz zapłaty utrzymuje w mocy;

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 10.800 złotych tytułem zwrotu kosztów instancji odwoławczej.

(...)

UZASADNIENIE

Powód A. C. wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w B. kwoty 253.539,90 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 30 listopada 2012 roku do dnia zapłaty i kosztami procesu tytułem zapłaty za wykonane roboty budowlane wynikające z faktury VAT nr (...).

Nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym z dnia 31 stycznia 2013 roku, wydanym w sprawie VII GNc 44/13, Sąd Okręgowy w Białymstoku uwzględnił żądanie pozwu w całości. Nakazał pozwanemu, aby zapłacił na rzecz powoda kwotę 253.539,90 zł wraz z ustawowymi odsetkami w stosunku rocznym od dnia 30 listopada 2012 roku do dnia zapłaty oraz kwotę 10.387 zł tytułem kosztów procesu, w tym kwotę 7.217 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego, w terminie dwóch tygodni od doręczenia nakazu, albo wniósł w tym terminie zarzuty.

W zarzutach od tego nakazu zapłaty strona pozwana podnosiła, że żądanie pozwu jest przedwczesne albowiem powód wraz z fakturą nie dostarczył oświadczeń podwykonawców dotyczących rozliczenia się z nimi przez powoda. Wskazywała nadto, iż prace objęte fakturą VAT nr (...) zostały wykonane wadliwie oraz, że powód udzielił jej zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gotówkowej w wysokości 255.000 zł.

W kolejnym pozwie A. C. wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w B. kwoty 924.512,95 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 29 września 2012 roku do dnia zapłaty i kosztami procesu tytułem zapłaty za wykonane roboty budowlane wynikające z faktury. Sprawa została zarejestrowana pod sygnaturą VII GNc 63/13.

Nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym z dnia 12 lutego 2013 roku, wydanym w sprawie VII GNc 63/13, Sąd Okręgowy w Białymstoku uwzględnił żądanie pozwu w całości. Nakazał pozwanemu aby zapłacił na rzecz powoda kwotę 924.512,95 zł wraz z ustawowymi odsetkami w stosunku rocznym od dnia 29 września 2012 roku do dnia zapłaty oraz kwotę 11.774 zł tytułem kosztów procesu, w tym kwotę 7.217 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego, w terminie dwóch tygodni od doręczenia nakazu, albo wniósł w tym terminie zarzuty.

W zarzutach od tego nakazu zapłaty strona pozwana podnosiła, że żądanie pozwu jest przedwczesne albowiem powód wraz z fakturą nie dostarczył oświadczeń podwykonawców dotyczących rozliczenia się z nimi przez powoda.

Wskazywała nadto, iż zgodnie z przyjętymi przez strony w załączniku nr 2 do umowy zapisami na koniec lipca 2012 roku zafakturowana miała być tylko kwota stanowiąca 50% kwoty 883.939,95 zł, natomiast na pozostałą część kwoty powód miał wystawić fakturę końcową. Podniosła też zarzut potrącenia kwoty 425.000 zł przysługującej jej w stosunku do powoda z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie powoda i zarzut odliczenia kwoty będącej równowartością uprawnień gwarancyjnych którą wyceniła na 8% kontraktu. Podała przy tym, że roszczenie powoda powinno zostać obniżone z powodu robót niewykonanych i robót wadliwych.

Z uwagi na zgłoszone zarzuty od nakazu zapłaty sprawa została zarejestrowana pod sygnaturą VII GC 79/13.

Zarządzeniem z dnia 19 czerwca 2013 roku, na mocy art. 219 k.p.c., sprawa VII GC 79/13 została połączona ze sprawą VII GC 57/13 celem ich łącznego prowadzenia.

Wyrokiem z dnia 1 grudnia 2015 roku Sąd Okręgowy w Białymstoku w sprawie z powództwa A. C. przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w B. o zapłatę kwoty 253.539 zł (sygn. akt VII GC 57/13) w punkcie 1 utrzymał w mocy nakaz zapłaty wydany przez Sąd Okręgowy w Białymstoku w postępowaniu nakazowym w dniu 31 stycznia 2013 roku w sprawie o sygn. akt VII GNc 44/13, w punkcie 2 zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 14.400 zł tytułem zwrotu uzupełniających kosztów zastępstwa procesowego, kwotę 4.000 zł tytułem zwrotu poniesionych wydatków oraz kwotę 8.606,77 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania zabezpieczającego; w sprawie z powództwa A. C. przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w B. o zapłatę kwoty 924.512,95 zł (sygn. akt VII GC 79/13) w punkcie 1 utrzymał w mocy nakaz zapłaty wydany przez Sąd Okręgowy w Białymstoku w postępowaniu nakazowym w dniu 12 lutego 2013 roku w sprawie o sygn. akt VII GNc 63/13; w punkcie 2 zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 14.400 zł tytułem zwrotu uzupełniających kosztów zastępstwa procesowego oraz kwotę 19.196,34 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania zabezpieczającego.

Powyższy wyrok został wydany w oparciu o następujące ustalenia faktyczne:

W dniu 24 lutego 2012 roku pomiędzy A. C. - jako wykonawcą a (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w B. - jako zamawiającym, doszło do zawarcia umowy, której przedmiotem było wykonanie inwestycji „Budowa zakładu wytwarzającego lekkie kruszywa budowlane z wykorzystaniem popiołów elektrowniowych”.

Umowa miała być wykonana do dnia 31 października 2012 roku. Prace na obiekcie miały się zakończyć w dniu 31 lipca 2012 roku. Wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie umowy ustalono na kwotę 5.227.500 zł brutto. Zapłata za przedmiot umowy miała następować zgodnie z harmonogramem rzeczowo - finansowym stanowiącym załącznik nr 2 do umowy.

Wykonawca najpóźniej w terminie 7 dni przed datą powierzenia wykonywania robót podwykonawcy zobowiązany był przedłożyć zamawiającemu umowę łączącą wykonawcę z podwykonawcą.

Strony ustaliły nadto, że w przypadku realizacji robót budowlanych przez podwykonawców wykonawca do każdej faktury wraz z protokołem odbioru robót będzie przedkładał oświadczenia podwykonawców o rozmiarach wykonanych przez nich robót, wystawionych przez nich fakturach wykonawcy oraz regulowaniu wymagalnych płatności na ich rzecz przez wykonawcę, według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do umowy (§ 14, 14.14 umowy, k. 91). Wykonawca będzie regulował podwykonawcom wszelkie ich wynagrodzenia za wykonanie przez nich wszelkich robót budowlanych w zakresie przedmiotu umowy najpóźniej w przeddzień złożenia faktury zamawiającemu, a następnie przed wyznaczoną datą podpisania protokołu przejęcia do eksploatacji - na co przedłoży zamawiającemu dowody w postaci oświadczeń podwykonawców o dokonanej zapłacie wynagrodzeń na ich rzecz. W przeciwnym wypadku zamawiający będzie miał prawo według własnego uznania do wstrzymania płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy do czasu zapłaty przez wykonawcę wszystkich należnych podwykonawcom kwot lub do uregulowania tych należności z kwoty wynagrodzenia należnego wykonawcy (§ 14, 14.15).

W dniu 30 sierpnia 2012 roku powód wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...) opiewającą na kwotę 1.349.512,95 zł. Fakturą objęto roboty wynikające z protokołu częściowego odbioru robót nr 5 z dnia 31 lipca 2012 roku. W protokole

tym wskazano, iż stan zaangażowania robót pokrywa się z harmonogramem rzeczowo-finansowym na miesiąc lipiec 2012 roku.

W dniu 22 października 2012 roku powód wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...) opiewającą na kwotę 253.539,90 zł. Fakturą objęto roboty wynikające z protokołu częściowego odbioru robót nr 7 z dnia 22 października 2012 roku. W protokole tym wskazano, iż stan zaangażowania robót pokrywa się z harmonogramem rzeczowo-finansowym na miesiąc wrzesień 2012 roku.

W dniu 22 stycznia 2013 roku pozwany przedłożył powodowi pismo nazwane „oświadczenie o odstąpieniu od umowy” w którym poinformował go, że z uwagi na opóźnienie w wykonaniu umowy, realizowanie jej przy pomocy podwykonawców, a także wady i usterki budynku odstępuje od zawartej pomiędzy stronami umowy na mocy art. 635 k.c., 636 k.c., 637 k.c. w zw. z art. 656 k.c. oraz postanowień umowy, a w szczególności jej § 10 pkt. 10.2 i 5.

W dniu 11 lutego 2013 roku pozwany złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu kwoty 425.000 zł tytułem kary umownej za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn za które ponosi odpowiedzialność wykonawca.

Inwestycja była realizowana przez powoda przy pomocy 19 podwykonawców:

1. (...) spółki cywilnej P.H.U. (...) spółka cywilna K. G., S. G. z siedzibą w B.,
2. B. B. usług (...) z siedzibą w B.,
3. A. R. (...) z siedzibą w Ł.,
4. K. K. (1) (...) z siedzibą w B.,
5. E. S. (...)z siedzibą w B.,
6. (...)z siedzibą w B.,
7. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w I.,
8. H. K.- (...) z siedzibą w B.,
9. J. G.- (...)z siedzibą w B.,
10. B. Ź. (...)w B.,
11. D. K.-(...) z siedzibą w C.,
12. M. N. (1)- (...) z siedzibą w B.,
13. (...) w S.,
14. S. H.- (...) siedzibą w J.,
15. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P.,
16. M. H. (...)(...) z siedzibą w B.,
17. M. S. (1)-(...)z siedzibą w Ł.,
18. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w B.,
19. B. A. - (...) w B..

Wszyscy ci podwykonawcy złożyli oświadczenia, z których wynika, że wykonawca uregulował im wszelkie należności wynikające z zawartych pomiędzy nim a podwykonawcami umów.

Następnie ponownie podwykonawcy złożyli oświadczenia, że otrzymali od powoda pełne wynagrodzenie z tytułu wykonanych przez nich na jego rzecz robót związanych z realizacją inwestycji „Budowa zakładu wytwarzającego lekkie kruszywa budowlane z wykorzystaniem popiołów elektrownianych”.

W tak ustalonym stanie faktycznym sprawy Sąd pierwszej instancji wskazał, że spór w sprawie sprowadzał się do rozstrzygnięcia, czy powodowi przysługuje wynagrodzenie za objęte fakturami VAT nr (...) roboty budowlane.

Odnosząc się w pierwszej mierze do zarzutu przedwczesności powództwa, Sąd zauważył, że stosownie do treści § 14, 14.14 umowy obowiązkiem powoda było przedłożenie wraz z fakturą oświadczeń podwykonawców o rozmiarach wykonanych przez nich robót, wystawionych przez nich fakturach wykonawcy oraz regulowaniu wymagalnych płatności na ich rzecz przez wykonawcę. Konsekwencją niedopełnienia tego obowiązku było prawo pozwanego do wstrzymania płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy. Prawo to zostało jednak ograniczone do czasu zapłaty przez wykonawcę wszystkich należnych podwykonawcom kwot. Wynika to z treści § 14, 14.15 umowy. W ocenie Sądu, nawet jeżeli wszystkie oświadczenia podwykonawców pozwany otrzymał w toku sprawy, to nie był on zwolniony od obowiązku zapłaty wynagrodzenia powodowi w terminach wynikających z faktur VAT, jeżeli przed dniem 29 września 2012 roku i 30 listopada 2012 roku powód zaspokoił wymagalne wierzytelności swoich podwykonawców.

Sąd stwierdził, że wszelkie wierzytelności podwykonawców były opłacane przez niego w terminach wynikających z wystawionych przez tych podwykonawców faktur. Jeżeli zatem faktura wystawiona przez podwykonawcę uprawniała powoda do jej opłacenia po dacie 29 września 2012 roku, czy 30 listopada 2012 roku, to nie można przyjąć, że prawo pozwanego do wstrzymania się z zapłatą wykonawcy wynagrodzenia można było oprzeć na niezapłaceniu tej faktury. Podobnie gdy podwykonawca, pomimo ujętego w fakturze terminu płatności dokonał jego prolongaty wykonawcy lub też z jakichkolwiek innych przyczyn wykonawca mógł wstrzymać się z płatnością faktury. To samo dotyczy sytuacji w której już po dacie 30 listopada 2012 roku podwykonawca dopiero wystawiał powodowi fakturę VAT. Dotyczy to np. rozliczeń powoda z B. A., który fakturę VAT wystawił powodowi dopiero w dniu 17 grudnia 2012 roku.

Sąd Okręgowy decydujące znaczenie dla oceny, czy pozwany mógł się wstrzymać z zapłatą wynagrodzenia wykonawcy, przypisał momentowi dokonywania przez powoda zapłaty wymagalnych zobowiązań na rzecz podwykonawców. W konsekwencji, zarzuty pozwanej odnośnie oświadczeń podwykonawców zgłoszone w piśmie z dnia 3 października 2013 roku, w tym dotyczące między innymi sporządzania części z nich przed datą faktycznej zapłaty, Sąd ocenił jako niemające znaczenia.

Sąd pierwszej instancji zwrócił uwagę, że celem zapisów umownych dotyczących składania przez podwykonawców oświadczeń, czy też wstrzymania się przez inwestora z obowiązkiem zapłaty wynagrodzenia wykonawcy było uniknięcie przez niego odpowiedzialności z art. 647¹ § 5 k.c. Wskazał, że odpowiedzialność inwestora oparta na tej podstawie ma charakter gwarancyjny i powstaje tylko w sytuacji gdy wykonawca nie zaspokoił roszczeń podwykonawcy z tytułu wynagrodzenia. Roszczenia podwykonawców wykonujących prace na inwestycji „Budowa zakładu wytwarzającego lekkie kruszywa budowlane z wykorzystaniem popiołów elektrownianych” zostały zaspokojone w całości, co wynika nie tylko z dołączonej do akt sprawy dokumentacji, ale też z dwukrotnych oświadczeń podwykonawców, którzy wprost oświadczyli, że nie będą dochodzić od inwestora roszczeń na mocy art. 647¹ § 5 k.c.

Sąd Okręgowy zauważył dalej, że ramy odpowiedzialności inwestora opartej na podstawie przepisu art. 647¹ § 5 k.c. określa umowa wykonawcy z podwykonawcą. Pozostaje to w korelacji z art. 647¹ § 2 k.c. stanowiącym, iż wynikająca z ustawy i mająca charakter gwarancyjny odpowiedzialność inwestora może mieć miejsce tylko wówczas, gdy wyraził on zgodę na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą. Zgoda inwestora na zawarcie umowy o roboty budowlane przez wykonawcę z podwykonawcą (względnie przez podwykonawcę z dalszym podwykonawcą) może być wyrażona w sposób bierny oraz w sposób czynny. Wyrażenie przez inwestora zgody w sposób bierny objawia się

brakiem zgłoszenia na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie. Do przyjęcia, że zgoda inwestora nastąpiła przez „przemilczenie” niezbędne jest przedstawienie mu umowy z podwykonawcą lub jej projektu wraz z odpowiednią częścią dokumentacji. Przedłożenie inwestorowi do akceptacji umowy (jej projektu) musi mieć charakter „kierunkowy”, tzn. nastąpić „w celu” wyrażenia zgody na jej zawarcie. Najistotniejszym warunkiem skuteczności tak wyrażonej zgody inwestora jest znajomość treści umowy zawartej między wykonawcą a podwykonawcą.

Sąd Okręgowy wywiódł, że wyrażenie zgody przez inwestora w sposób czynny nie jest objęte procedurą z art. 647 § 2 zd. 2 k.c. i może nastąpić w sposób wyraźny pisemnie bądź ustnie, albo poprzez inne zachowanie, które w sposób dostateczny ujawnia wolę inwestora (art. 60 k.c.). Może nastąpić poprzez czynności faktyczne, w sposób dorozumiany, na przykład przez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w jego dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót, oraz dokonywanie podobnych czynności. Do uznania, iż do zgody doszło, nie jest jednak wystarczające samo akceptowanie obecności podwykonawcy na terenie budowy czy naradach koordynacyjnych. Przyjmuje się bowiem, że „czynna” zgoda inwestora, wyrażona również konkludentnie, na zawarcie umowy z podwykonawcą, będzie mogła być uznana za skuteczną tylko wówczas, jeżeli ma on wiedzę o istotnych elementach tej umowy, tzn. o przedmiocie prac, jakie ma wykonać podwykonawca oraz o przysługującym mu wynagrodzeniu, bowiem te elementy kreują zakres jego solidarnej odpowiedzialności.

Sąd doszedł do wniosku, że inwestor nie wyraził zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą w sposób bierny. Nie wyraził jej także w sposób czynny pisemnie bądź ustnie. Brak jest przy tym podstaw do uznania, że doszło do wyrażenia zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą w sposób konkludentny. Pozwany mimo, że zaakceptował podwykonawców, to nie znał treści łączących ich z powodem umów, co wyłączało jego odpowiedzialność na mocy art. 647¹ § 1 k.c.

W konsekwencji zarzut przedwczesności powództwa Sąd Okręgowy ocenił jako nieuzasadniony podkreślając, że strona powodowa wykazała spłacenie ciężących na niej w stosunku podwykonawców zobowiązań, co znalazło wyraz w ich oświadczeniach oraz w zeznaniach świadków - B. B. i E. S..

Wątpliwości Sądu Okręgowego wzbudziło wyłącznie oświadczenie E. K., od którego następnie ona odstąpiła i skierowała powództwo przeciwko inwestorowi. Podstawą oddalenia powództwa w stosunku do niego miała być właśnie okoliczność, że pozwanemu nie była znana treść łączącej ją z powodem umowy, co utwierdziło Sąd w przekonaniu, że inwestor nie będzie ponosił w stosunku do podwykonawców odpowiedzialności gwarancyjnej z art. 647¹ § 5 k.c.

Wnioski dowodowe o przesłuchanie pozostałych podwykonawców Sąd pierwszej instancji oddalił z tego powodu, że okoliczności na jakie mieli zeznać świadkowie zostały przyznane w toku procesu przez powoda albo też były nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Odnosząc się do zarzutu wadliwości robót objętych fakturami dochodzonymi pozwem, Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że umowa pomiędzy stronami została zawarta w 2012 roku, w związku z czym w stosunkach pomiędzy stronami znajdował zastosowanie aktualnie już uchylony przepis art. 637 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. Przepis ten stanowi, że jeżeli dzieło ma wady, zamawiający może żądać ich usunięcia, wyznaczając w tym celu przyjmującemu zamówienie odpowiedni termin. Gdy wady usunąć się nie dadzą albo gdy z okoliczności wynika, że przyjmujący zamówienie nie zdoła ich usunąć w czasie odpowiednim, zamawiający może od umowy odstąpić, jeżeli wady są istotne; a jeżeli wady nie są istotne, zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. To samo dotyczy wypadku, gdy przyjmujący zamówienie nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

Sąd stwierdził, że w okolicznościach tej sprawy należało przeanalizować, czy pozwany żądający w tej sprawie obniżenia wynagrodzenia powoda z powodu wadliwości jego prac wezwał go do usunięcia wad wyznaczając mu w tym celu odpowiedni termin. Możliwość skorzystania z prawa do obniżenia wynagrodzenia na mocy art. 637 k.c. w zw. z art. 656

§ 1 k.c. jest bowiem uzależniona od uprzedniego wyznaczenia odpowiedniego terminu do wykonania przez wykonawcę prac naprawczych.

Sąd pierwszej instancji doszedł do wniosku, że w aktach sprawy brak jest dowodów świadczących o tym, że pozwany jest uprawniony do żądania obniżenia powodowi wynagrodzenia z powodu wadliwości jego robót. Zauważył, że w zarzutach od nakazu zapłaty w sprawie VII GC 57/13 pozwany wskazał, iż proces opisywania wad i usterek obecnie trwa. W związku z czym pozwany nie mógł wcześniej wzywać powoda do ich usunięcia skoro sam dokładanie w zarzutach od nakazu zapłaty nie potrafił sprecyzować na czym te wady polegają. Nawet jednak jeżeli to uczynił i wyznaczył mu termin na dokonanie powyższego, wezwanie to pozostawało bezskuteczne, jeżeli nie precyzowało w sposób jasny i klarowny jakie prace naprawcze mają zostać przedsięwzięte.

Ponadto, o ile możliwość żądania obniżenia wynagrodzenia na mocy art. 637 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. aktualizuje się w przypadku gdy wady nie zostaną przez wykonawcę usunięte o tyle aktualizacja ta nie następuje, gdy przyczyną braku wykonania prac naprawczych jest zachowanie samego żądającego. Sąd Okręgowy podkreślił, że na rozprawie w dniu 5 września 2013 roku reprezentant pozwanego przyznał wprost, że pozwana nie wpuszczała powoda na teren budowy celem usunięcia usterek przez powoda. W kontekście powyższego zeznania świadków H. O. i P. C., którzy twierdzili, że powód nie został wpuszczony na budowę celem usunięcia wad i że pisma z prośbą o umożliwienie naprawy pozostawały bez odpowiedzi, Sąd ocenił jako wiarygodne. Sąd pierwszej instancji doszedł do wniosku, że poprzez uniemożliwienie powodowi usunięcia usterek nie zaktualizowało się prawo pozwanego do żądania obniżenia wynagrodzenia należnego powodowi. Uznał, że ten zarzut pozwanego pozostawał bez wpływu na ocenę zasadności żądania pozwów.

Sąd Okręgowy nie negował, iż prace wykonane przez powoda zostały częściowo wykonane wadliwie. Zauważył, że wypowiadający się w tej materii biegły sądowy w wydanych w sprawie opiniach w sposób jednoznaczny stwierdził, że z tytułu wad istniejących w płytach drogowych całkowite wynagrodzenie powoda powinno zostać obniżone o 34.620 zł. Inne wady biegły sądowy ocenił na 0,24% całości wynagrodzenia. Stanowisko swoje w przedmiocie wad istniejących w robotach powoda biegły skrupulatnie argumentował zarówno w opiniach pisemnych, jak i opiniach ustnych wydawanych na rozprawie.

Za opinią biegłego sądowego Sąd zauważył, że żądanie pozwanego, aby ocieplić dach nie było zasadne. Wykonanie fundamentów leżało w gestii pozwanego w związku z czym właściwe wykonanie przez powoda podkładu gruntowego i wielowarstwowej posadzki betonowej nie było możliwe. Odnośnie kanału technologicznego stwierdził, że jego wykonanie nie leżało w zakresie obowiązków powoda, gdyż pozwany nie dostarczył mu projektu tego kanału. W rezultacie niemożliwe było wykonanie przez powoda węzła cieplnego, albowiem elementem całości części instalacyjnej był kanał technologiczny, który nie został wykonany. To zaś spowodowało, że niemożliwe było przeprowadzenie prób eksploatacyjnych, w tym 72 godzinnego rozruchu wentylacji mechanicznej. Prace elektryczne leżały poza obowiązkami powoda, a zniszczenia w obrębie tynków, robót malarskich były właśnie wywołane przeprowadzeniem prac elektrycznych.

Sąd Okręgowy podzielił opinie biegłego (pisemne i ustne) w pełnej rozciągłości. Zauważył, że są one rzeczowe i konkretne. Sąd oddalił wniosek pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego, jak też wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu drogownictwa i technologii robót drogowych oraz z zakresu sieci sanitarnych i ciepłownictwa - jako dowód pozostający bez wpływu na rozstrzygnięcie, ze względu na fakt, że pozwany nie wykazał, iż skutecznie wzywał powoda do usunięcia wad.

Podzielając wnioski biegłego Sąd Okręgowy nie obniżył jednak wynagrodzenia podnosząc, że nie zaktualizowały się przesłanki do zastosowania art. 637 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c.

Mając powyższe na uwadze, Sąd pierwszej instancji żądanie pozwów uznał za zasadne wskazując, że wszystkie roboty wynikające z umowy z dnia 24 lutego 2012 roku, zostały przez powoda wykonane.

Odnosząc się do zgłoszonego w sprawie VII GC 79/13 zarzutu potrącenia kwoty 425.000 zł, Sąd Okręgowy wskazał, że w § 15, 15.1.2 umowy strony przewidziały, że za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn, za które ponosi

odpowiedzialność wykonawcy, przysługuje zamawiającemu kara umowna w wysokości 10% wynagrodzenia netto. Sąd pierwszej instancji zauważył, że przyczyn odstąpienia od umowy pozwany upatrywał w trzech okolicznościach:

- 1) opóźnieniu wykonania prac przez powoda (art. 635 k.c. w zw. z art. 656 k.c.),
- 2) braku uzgodnienia wykonywania robót przez podwykonawców,
- 3) ujawnieniu się wad i usterek przedmiotu umowy jeszcze przed zakończeniem przedmiotu umowy (art. 637 k.c. w zw. z art. 656 k.c.).

Odnosząc się do pierwszej kwestii, Sąd zauważył, że z opinii biegłego sądowego wynika, że do czasu złożenia przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu od umowy powód wykonał wszystkie prace objęte umową, które miał wykonać i które mógł wykonać. W dacie składania przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu, opóźnienie w wykonaniu prac przez powoda nie miało miejsca, w związku z czym, pozwany nie mógł odstąpić od umowy z tej przyczyny. Sąd zauważył dodatkowo, że ostatnie wpisy w dzienniku budowy dotyczące robót wykonywanych i odbieranych pochodzą sprzed daty określonej w umowie jako termin zakończenia robót, tj. sprzed daty 31 lipca 2012 roku. Sugeruje to, że po tej dacie żadne inne prace na obiekcie nie były wykonywane.

Sąd Okręgowy doszedł do wniosku, że odstąpienie zamawiającego od umowy było wynikiem okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność i wywiódł, że jest ono bezskuteczne. Wskazał, że niewykonanie przez powoda części robót było następstwem niewykonania prac przez pozwanego. Niewykonanie węzła cieplnego było wynikiem niewykonania kanału technologicznego przez pozwanego, zaś niewykonanie posadzki efektem niewykonania fundamentów przez pozwanego. Sąd odwołał się w tej mierze do zeznań świadka T. P. i wskazał, że dezorganizacja pozwanego powodowała przestoje.

Sąd stwierdził, że niewykonanie przez powoda części robót nie było przez niego zawinione i w dacie 31 lipca 2012 roku wykonał on wszystkie prace, jakie mógł wykonać i co do których nie doznał przeszkód ze strony pozwanego.

Odnosząc się do zagadnienia braku uzgodnienia z pozwanym wykonywania robót przez podwykonawców Sąd Okręgowy zauważył, że w umowie strony przewidziały, iż w przypadku zmiany podwykonawcy bez zgody zamawiającego wyrażonej w formie pisemnej zamawiający ma prawo odstąpić od umowy z winy wykonawcy (§ 10, 10.2 umowy). Wskazał dalej, że nawet jeżeli powód wprowadzając podwykonawców na teren budowy takiej zgody pozwanego pierwotnie nie uzyskał, to ostatecznie pozwany podwykonawców tych zaakceptował. Oznacza to, zdaniem Sądu, że odstąpienie od umowy na mocy § 10, 10.2 było bezskuteczne.

Jeżeli chodzi o wady i usterki jako przyczynę odstąpienia od umowy, to Sąd pierwszej instancji odwołując się do opinii biegłego sądowego wskazał, że wady jakie istniały w przedmiocie umowy wykonanym przez powoda były wadami nieistotnymi. Pozwanemu zatem nie przysługiwało prawo odstąpienia od umowy, a wyłącznie prawo żądania obniżenia wynagrodzenia, z którego jednak nie mógł skorzystać. Sąd zaznaczył, że tylko wady istotne, przy spełnieniu innych przesłanek wynikających z art. 637 k.c. w zw. z art. 656 k.c. mogą dawać podstawę do odstąpienia od umowy.

Sąd Okręgowy zauważył, że pozwany w odstąpieniu od umowy powołał się także na przepis art. 636 k.c. w zw. z art. 656 k.c. i doszedł do wniosku, że ochrona zamawiającego na podstawie tego artykułu nie mogła się realizować, skoro jednocześnie powołał się na przepis art. 637 k.c. w zw. z art. 656 k.c. mający zastosowanie dopiero wówczas gdy roboty zostały ukończone. Zdaniem Sądu, równoczesne powołanie się przez zamawiającego na treść obu tych przepisów było niedopuszczalne.

Ostatecznie Sąd przyjął, że oświadczenie pozwanego o odstąpieniu od umowy nie było skuteczne, czego konsekwencją był brak możliwości żądania przez niego kary umownej na mocy § 15, 15.1.2 umowy i doszedł do wniosku, że zgłoszony przez niego zarzut potrącenia nie spowodował umorzenia się wzajemnych wierzytelności stron, ponieważ po stronie pozwanego wierzytelność w stosunku do powoda nie powstała, w związku z czym nie mogła ulec potrąceniu.

Jeżeli chodzi o zarzut zatrzymania przez pozwanego kwoty 255.000 zł tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, to Sąd pierwszej instancji zauważył, że w § 19, 19.1 umowy strony ustaliły, iż wykonawca w dniu podpisania niniejszej umowy wnosi zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 6% wynagrodzenia netto, o którym mowa w punkcie 14.1 umowy. Wskazał, że na skutek tego pozwany w dniu 24 lutego 2012 roku otrzymał dokument gwarancji bankowej nr (...) tytułem zabezpieczenia niewykonania lub nienależytego wykonania przez powoda przedmiotu umowy do wysokości 255.000 zł z terminem ważności do dnia 31 grudnia 2012 roku. W § 19, 19.6 umowy strony uzgodniły nadto, że jeżeli wykonawca na dwa tygodnie przed upływem terminu ważności kolejnego zabezpieczenia należytego wykonania umowy w zakresie gwarancji i rękojmi nie wniesie nowego zabezpieczenia, zamawiający będzie uprawniony do wypłaty z bieżącego zabezpieczenia kwoty równej wysokości zabezpieczenia na kolejny okres. Z takiej możliwości pozwany skorzystał i pismem z dnia 27 grudnia 2012 roku i zażądał od gwaranta zapłaty. W piśmie z dnia 4 stycznia 2013 roku powód poinformował pozwanego, że nie jest w stanie przedłożyć przedłużenia gwarancji ale pomimo tego pozwany posiada zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie gotówkowej, tj. z należnej wykonawcy zapłaty. Powód wyraził w tym piśmie zgodę, aby części należnego mu od pozwanego wynagrodzenia, tj. w kwocie 255.000 zł stanowiła zabezpieczenie należnego wykonania umowy.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że pismo powoda z dnia 4 stycznia 2013 roku, w którym wyraził on zgodę na zabezpieczenie wykonania umowy poprzez zatrzymanie z należnego mu wynagrodzenia kwoty 255.000 zł pozostawało bezskuteczne w kontekście wcześniejszego wystąpienia przez pozwanego z żądaniem zapłaty od gwaranta, o czym powód, jak twierdził nie miał w tamtej chwili wiedzy. Uzyskując bowiem kwotę 255.000 zł od ubezpieczyciela pozwany otrzymał kwotę zabezpieczenia na kolejny okres trwania umowy, co wynika wprost z § 19, 19.6 umowy. Nie było zatem potrzeby udzielania przez powoda kolejnego zabezpieczenia albowiem strony umowy zgodnie uznały, że kwotą wystarczającą do należnego wykonania umowy przez powoda będzie kwota równa 6% należnego powodowi wynagrodzenia netto. Sąd stwierdził, że przyjęcie innego stanowiska prowadziłoby do sytuacji w której powód zostałby obciążony obowiązkiem uiszczenia na rzecz powoda tytułem zabezpieczenia kwoty 12% należnego wynagrodzenia, co nie dałoby się pogodzić z treścią obowiązującego strony kontraktu.

Wobec powyższego Sąd doszedł do wniosku, że zarzut zatrzymania przez pozwanego kwoty 255.000 zł tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie mógł odnieść zamierzonego skutku i doprowadzić do uznania niezasadności żądania pozwu w sprawie VII GC 57/13.

Odnosząc się do zarzutu odliczenia kwoty będącej równowartością uprawnień gwarancyjnych, którą pozwana wyceniła na 8% kontraktu, Sąd Okręgowy zauważył, że zarzut ten został podniesiony w sprawie VII GC 79/13.

W ocenie Sądu pozwany otrzymał zabezpieczenie należytego wykonania umowy w pełnej wysokości od ubezpieczyciela. Brak jest podstawy do żądania przez niego zabezpieczenia w kwocie wyższej niż wynikająca w umowy, szczególnie, że kwota ta została jednostronnie ustalona przez pozwanego i nie ma oparcia w postanowieniach kontraktu. Co więcej, pozwany otrzymał od ubezpieczyciela zabezpieczenie w wysokości 6% wartości kontraktu, a z treści umowy wynika, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy w zakresie gwarancji i rękojmi wynosi 3% wynagrodzenia netto (§ 19, 19.4 umowy).

Sąd podkreślił, że wskazany zarzut pozwany wiązał z odstąpieniem od umowy sugerując, że z tej przyczyny nie będzie mógł skorzystać z uprawnień gwarancyjnych. Jednak odstąpienie pozwanego od umowy nie odniosło skutku prawnego. Stąd także i ten zarzut strony pozwanej Sąd ocenił jako niezasadny.

W kwestii zarzutu pozwanego, że strony w załączniku nr 2 do umowy postanowiły, iż na koniec lipca 2012 roku zafakturowana miała być tylko kwota stanowiąca 50% kwoty 883.939,95 zł Sąd pierwszej instancji zauważył, że istotnie w załączniku tym wskazano, iż „50% kwoty zostanie zafakturowane na koniec lipca 2012 roku”. Zdaniem Sądu, nawet jeżeli zapis ten rozumieć w sposób prezentowany przez pozwanego, to składając podpisy pod fakturą VAT nr (...) strony zapis ten zmodyfikowały uznając, że faktura mogła zostać wystawiona we wskazanej na niej dacie i na widniejącą na niej kwotę. Modyfikację umowy Sąd uznał za odpowiadającą zapisom umowy, które stanowią, że

zmiany umowy wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności (§ 21, 21.4). W rezultacie i ten zarzut pozwanego nie mógł doprowadzić chociażby do częściowego oddalenia powództwa.

Uzasadniając postanowienie o przedmiocie oddalenia przez Sąd pozostałych wniosków o przesłuchanie świadków Sąd wskazał, że pozwany nie wskazał jakie fakty zamierza zeznaniami tych świadków wykazać.

W konsekwencji Sąd Okręgowy utrzymał w mocy nakazy zapłaty w obu sprawach na mocy art. 496 k.p.c., podkreślając, że istniały podstawy do żądania przez powoda wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane na podstawie art. 647 k.c.

O kosztach postępowania orzekł na mocy art. 98 k.p.c. w zw. z § 2 pkt. 2 i 6 ppkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

Apelację od powyższego wyroku wniosła strona pozwana zaskarżając go w całości zarzucając:

I. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, tj.:

1) art. 236 k.p.c., art. 227 k.p.c., 217 § 1 k.p.c., art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewypowiedzenie się przez Sąd I instancji w przedmiocie oddalenia lub uwzględnienia wniosków dowodowych składanych dziesięcioma pismami procesowymi przez pozwaną w toku postępowania i nieobjętych prekluzją dowodową, a podsumowanych na żądanie Sądu pismem procesowym z dnia 6 lutego 2015 roku, gdzie pozwana wyszczególniła i poparła wszystkie wnioski dowodowe (łącznie ok. 20 wniosków dowodowych) składane w toku postępowania, jak też nie odniesienie się do tych wniosków dowodowych w uzasadnieniu wyroku, mimo iż w świetle spornych okoliczności faktycznych konieczność przeprowadzenia ww. dowodów była oczywista z punktu widzenia sprawy, co doprowadziło do wydania orzeczenia w oparciu o niekompletny materiał dowodowy, naruszenia zasady równości stron i nierozpoznanie istoty sprawy;

2) art. 227 k.p.c., art. 235 k.p.c. oraz art. 258 k.p.c., 217 § 1 i 2 k.p.c., poprzez oddalenie prawidłowo zgłoszonych wniosków pozwanej o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków w osobach wszystkich podwykonawców i de facto zastąpienie ich zeznań dokumentami, których treść była kwestionowana przez pozwaną, podczas gdy okoliczności, na które podwykonawcy zostali zgłoszeni pozostawały sporne, niedostatecznie wyjaśnione i odnosiły się zarówno do liczby podwykonawców wykonujących prace w S., zakresu wykonywanych przez nich robót, umów i sposobów rozliczeń pomiędzy podwykonawcami a powodem, sposobu realizacji umowy przez powoda, terminów płatności wynagrodzeń na rzecz każdego z podwykonawców, daty, w jakiej doszło do całkowitej zapłaty wszystkich należności z tytułu wykonywanych przez podwykonawców robót na budowie w S., a tym samym określenia terminu wymagalności roszczeń powoda dochodzonych w niniejszym postępowaniu, co doprowadziło do nierozpoznanie istoty sprawy;

3) art. 227 k.p.c., art. 235 k.p.c. oraz art. 258 k.p.c., 217 § 1 i 2 k.p.c., poprzez oddalenie prawidłowo zgłoszonych wniosków pozwanej o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków w osobach inspektorów nadzoru (!), tj. J. B., M. L. (1), M. N. (2) oraz inżyniera kontraktu J. K. na realizowanej przez powoda inwestycji i de facto zastąpienie ich zeznań dokumentami, których treść była kwestionowana przez pozwaną, podczas gdy okoliczności, na które świadkowie zostali zgłoszeni pozostawały sporne, niedostatecznie wyjaśnione i odnosiły się do sposobu realizacji umowy przez powoda, wadliwego i sprzecznego z umową wykonywania tych robót, wadliwości robót wykonanych przez powoda, niewykonania części robót, rażącego przekroczenia terminów realizacji przedmiotu umowy z winy powoda, utrudniania prac innym wykonawcom przez powoda, co doprowadziło do nierozpoznanie istoty sprawy;

4) art. 258 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków o dopuszczenie dowodu z przesłuchania właściwie wszystkich zgłoszonych przez pozwaną świadków z uwagi na fakt, iż pozwana nie wskazała, jakie fakty zamierza zeznaniami tymi wykazać, podczas gdy tezy dowodowe do zgłoszonych wniosków dowodowych zostały przez pozwaną wyraźnie i poprawnie wskazane;

5) art. 227 k.p.c., art. 278 § 1 k.p.c., 217 § 1 i 2 k.p.c. poprzez oddalenie prawidłowo zgłoszonych przez pozwaną wniosków o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego:

a) z zakresu budownictwa drogowego i technologii robót drogowych w oparciu o umowę i badania parametrów nawierzchni z płyt oraz badania podłoża przeprowadzone przez jeden renomowanych instytutów posiadających wymagane akredytacje; tj.: w Instytucie (...) (ul. (...); (...)-(...) W.) lub Instytucie (...) (ul. (...); (...)-(...) W.) w szczególności w sytuacji, gdy powołany w sprawie biegły nie posiadał wiedzy specjalistycznej w tym zakresie (informacja uzyskana od samego biegłego na rozprawie z dnia 19 lutego 2015 roku - zapis: lh 43 min. 23 sek.), przez co Sąd nie ustalił przyczyn wadliwości nawierzchni z płyt ułożonych przez powoda oraz jaki procent wszystkich robót, do których zobowiązany był powód na podstawie łączącej strony umowy stanowią prace dotknięte wadami w zakresie nawierzchni z płyt, ich ułożenia oraz wadliwego wykonania podbudowy pod płyty oraz nie ustalił czy użyte płyty drogowe spełniają postanowienia umowy, w tym czy odpowiadają wymaganiom norm (...) czy wykonanie podbudowy, robót ziemnych i podłoża gruntowego pod posadowienie płyt jest zgodne z postanowieniami umowy i w tym zakresie nie doszło do rozpoznania istoty sprawy;

b) z zakresu sieci sanitarnych i ciepłownictwa, w szczególności w sytuacji, gdy powołany w sprawie biegły nie posiadał uprawnień w tym zakresie (informacja uzyskana od samego biegłego na rozprawie z dnia 19 lutego 2015 roku - zapis: l h 43 min. 23 sek.), przez co nie doszło do prawidłowego ustalenia czy powód należycie wykonał umowę z dnia 24 lutego 2012 roku łączącą strony, w tym prace objęte Umową (w zakresie w jakim jej wykonanie było możliwe do czasu złożenia przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu od niej, tj. przed dniem 22 stycznia 2013 roku) w odniesieniu do prac związanych z wykonaniem kanału technologicznego i węzła cieplnego, a sporne okoliczności w tym zakresie nie zostały dostatecznie wyjaśnione;

6) art. 227 k.p.c., art. 278 § 1 k.p.c., 217 § 1 i 2 k.p.c. poprzez oddalenie prawidłowo zgłoszonego przez pozwaną wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego z zakresu budownictwa i kosztorysowania, podczas gdy opinia sporządzona przez biegłego J. L. była nierzetelna i nieprzydatna w sprawie, traktowała materiał dowodowy w sposób wybiórczy, pomijała istotne zapisy umowy i korespondencji stron, pomijała Dokumentację Postępowania, obfitowała w błędy merytoryczne i logiczne, nie wskazywała w sposób rzetelny wartości robót niewykonanych przez powoda i wykonanych przez powoda wadliwie, nie podawała cenników ani materiałów źródłowych, na jakich opierał się biegły, co doprowadziło do niedostatecznego wyjaśnienia okoliczności spornych i nierozpoznania istoty sprawy;

7) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie przez Sąd ustaleń sprzecznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz dowolną ocenę materiału, z przekroczeniem granic dozwolonej uznaniowości oraz brak wszechstronnego rozważenia przez Sąd zebranych w sprawie dowodów, polegające na bezzasadnym przyjęciu, że opinia biegłego sądowego wiarygodna, rzetelna i zupełna, podczas gdy m.in.:

- biegły do dziś nie ustosunkował się do zarzutów postawionych przez pozwaną, nie odniósł się do materiału fotograficznego złożonego w sprawie;
- sporządził opinię nie posiadając akt sprawy, o czym sam pisał w opinii uzupełniającej nr 1 na stronie 8 („biegły nie ma aktualnie wglądu w akta sprawy”),
- zlecił badania kontrolne betonu nieakredytowanej jednostce (...) sp. z o.o. z siedzibą w O., w związku z czym stwierdzić należy, że wyniki tych badań i wnioski, które w oparciu o nie wyprowadził biegły nie mogą być podstawą do sporządzania specjalistycznej opinii w tym zakresie i jako niewiarygodne powinny zostać wyłączone z materiału dowodowego;
- biegły nie wyjaśnił przyczyn wadliwego stanu robót drogowych wykonanych przez powoda;
- biegły nie był uprawniony do opiniowania zagadnień dotyczących budowy dróg oraz sieci sanitarnych i ciepłowniczych zgodnie z informacją uzyskaną od samego biegłego na rozprawie z dnia 19 lutego 2015 roku (zapis:

1 h 43 min. 23 sek.), a zgodnie z § 12 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 2005 roku w sprawie biegłych sądowych biegłym może być ustanowiona osoba, która posiada teoretyczne i praktyczne wiadomości specjalne w danej gałęzi nauki, techniki, sztuki, rzemiosła, natomiast biegły nie ma umiejętności praktycznych w dziedzinie sieci sanitarnych i ciepłowniczych, ani budowy dróg, a pomimo to wypowiadał się w zakresie kanału technologicznego, węzła cieplnego i wentylacji mechanicznej

- biegły pomijał istotne elementy umowy i korespondencji stron, a także ignorował rzeczywisty i chronologiczny przebieg zdarzeń - już w przywoływanych na początku definicjach nie ujął w wykazie Dokumentacji Postępowania, pominął również istotne z punktu widzenia tez dowodowych postanowienia umowy, tj. § 5 pkt. f, § 6 pkt. 6.2, 6.6, 6.13 oraz § 12 pkt. 12.9; pominął również fakt, że pracownicy powoda byli wpuszczani w czasie trwania umowy czyli do dnia 21 stycznia 2013 roku, dopiero po rozwiązaniu umowy nie byli wpuszczani na teren zakładu.
- biegły pominął ważne części umowy warunkujące odpowiedź na postawione biegłemu tezy dowodowe, tj. pominięcie § 14 pkt. 14.8 w związku z pkt. 14.15 (wymagalność płatności wynagrodzenia wykonawcy od doręczenia oświadczeń wszystkich podwykonawców);
- biegły interpretował pisma wbrew ich literalnemu brzmieniu - tak było w przypadku Protokołu z dnia 14 grudnia 2012 roku (karta 3111 lub karta 3110), gdzie wbrew pisemnemu oświadczeniu członka zarządu pozwanej o fakcie przyjęcia od powoda dokumentacji powykonawczej „bez sprawdzenia jej zawartości i akceptacji, tylko ilość”, biegły wyprowadził wniosek, że inwestor zwolnił wykonawcę z obowiązku dostarczenia dokumentacji opracowanej przez T. K. w wersji elektronicznej, co zostało podkreślone w treści opinii wytłuszczonym drukiem, a co nie odpowiada prawdzie,
- biegły nie przytaczał w opinii wpisów mających istotne znaczenie dla udzielenia odpowiedzi na pytania zadane przez sąd, na przykład: wpisów T. K. i M. L. wskazujące na błędy wykonawcze, wpisów wskazujących na zakres robót wykonywanych przez powoda po 2 sierpnia 2012 roku co wskazuje lub może wskazywać na faktyczny poziom zaangażowania robót objętych fakturami będącymi przedmiotem postępowania, wpisów dotyczących uwag inwestora i nadzoru inwestorskiego dotyczących organizacji i zakresu prac.
- biegły z protokołu nr (...) losowo wybrał zakres robót niewykonanych takich jak zestaw hydroforowy, posadzka i węzeł cieplny, jednocześnie nie uwzględniając następujących pozycji (prawie 200.000 zł na niekorzyść pozwanej):
 - lekka obudowa ścian z kwotą 31.550 zł,
 - lekka obudowa dachu z kwotą 4.135 zł,
 - dźwig osobowy z kwotą 9.250 zł,
 - tynki, oblicowania, malowanie z kwotą 13.560 zł,
 - podbudowy z kwotą 12.260 zł,
 - elementy ulic z kwotą 1.140 zł,
 - zieleń drogowa z kwotą 11.360 zł,
 - inne roboty z kwotą 54.750 zł,
 - instalacje wodno-kanalizacyjne z kwotą 6.690 zł,
 - wentylacja mechaniczna z kwotą 8.380 zł,
 - instalacja gazowa doziemna z kwotą 32.620 zł,

- przyłącze kanalizacji deszczowej z kwotą 4.450 zł,

- instalacja zraszania z kwotą 4.740 zł.

8) art. 227 k.p.c., art. 278 § 1 k.p.c. poprzez ograniczenie tezy dowodowej dowodu z opinii biegłego i wyłączenie z zakresu analizy biegłego J. L. bardzo istotnej kwestii dotyczącej sposobu wykonania przez powoda podbudowy pod płyty, podczas gdy z badań przeprowadzonych przez powoda wynikało w sposób bezspreczny, że przyczyną wadliwości robót drogowych wykonanych przez powoda, a co za tym idzie bezpośrednia przyczyna pęknięcia płyt była wadliwie wykonana przez powoda podbudowa ze względu na fakt, iż użyty przez powoda materiał nie odpowiadał wymaganiom Specyfikacji (...) (stanowiącej załącznik nr (...) do umowy z dnia 24 lutego 2012 roku zwanej dalej(...)) zaś sama podbudowa jako warstwa nie odpowiadała wymaganiom wg (...)wg pkt. 6, w szczególności w sytuacji, gdy roboty drogowe stanowią 63% wartości dochodzonego przez powoda w niniejszym postępowaniu roszczenia, co doprowadziło do nierozpoznania istoty sprawy;

9) art. 299 k.p.c. oraz art. 227 k.p.c. poprzez niedopuszczenie dowodu z przesłuchania stron podczas gdy po wyczerpaniu dopuszczonych przez sąd wniosków dowodowych zgłoszonych tylko przez powoda, a oddaleniu wszystkich wniosków dowodowych zgłoszonych przez powoda zostały niewyjaśnione okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy;

10) art. 233 § 1 i 2 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie, dokonanej wybiórczo, wbrew zasadom logiki i doświadczenia życiowego, w sposób sprzeczny z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, polegające na:

a) błędnym przyjęciu, że doszło do odbioru końcowego robót powoda, podczas gdy odbiór jakościowy w postaci podpisania (...) (§ 1 pkt. 1.17 umowy, str. 3) nie miał miejsca;

b) błędnym przyjęciu, że po dacie 31 lipca 2012 roku na obiekcie nie były wykonywane żadne prace, ponieważ powód wykonał prawie wszystkie prace, podczas gdy z materiału dowodowego znajdującego się w aktach sprawy, a w szczególności z dokumentacji fotograficznej złożonej do akt sprawy wyraźnie wynika, jakie prace nie były wykonane na dzień 31 lipca 2012 roku i zakres tych prac był szerszy niż wskazuje biegły sądowy, np. nie były dostarczone (...), nie był skończony plac z płyt drogowych, nie było węzła ciepła, który pominął materiał fotograficzny w swojej opinii, a ponadto fakt, że w okresie od 31 lipca 2012 roku w okresie od 31 lipca 2012 roku roboty były prowadzone w sposób powolny i opieszale, a dodatkowo w październiku 2012 roku na budowie ze strony powoda nie pracował prawie nikt, co świadczy o nienależyтым wykonywaniu umowy przez powoda;

c) błędnym i nieuzasadnionym przyjęciu, niemającym żadnego oparcia w aktach sprawy że pozwana uzyskała od ubezpieczyciela kwotę 255.000 zł, podczas, gdy sytuacja taka nie miała miejsca i najpewniej Sąd pomylił tę okoliczność z faktem, iż w pomiędzy powoda a ubezpieczycielem toczy się w I instancji przez Sądem Okręgowym w Gdańsku IX Wydziałem Gospodarczym o sygn. akt IX GC 30/34 postępowanie o zapłatę z tytułu gwarancji z powodu nienależytego wykonania przez powoda prac wynikających z umowy zawartej w dniu 24 lutego 2012 roku, a pozwana nie występowała do ubezpieczyciela o pokrycie zastępcze za powoda kosztów kolejnego okresu zabezpieczenia wynikającego z § 19, 19.6 umowy.

d) zupełnym pominięciu faktu, że ustalony w umowie termin zakończenia robót na dzień 31 lipca 2012 roku był dla powoda wiążący, a powód jako profesjonalista w swojej dziedzinie był obciążony powinnością starannego działania, wykonujący podobne prace od szeregu lat miał istotną - w kontekście ustalania terminu zakończenia robót, których wykonania się podjął - świadomość ich wagi i skali.

e) błędnym przyjęciu, że niewykonanie przez powoda części robót było następstwem niewykonania prac przez pozwanego, podczas gdy dokumentacja fotograficzna, jak też protokoły narad wskazują wyraźnie na winę powoda w tym zakresie;

f) błędnym przyjęciu, że pozwany podwykonawców zaakceptował jako podstawy do uznania bezskuteczności odstąpienia od umowy przez pozwanego, podczas, jak nota bene wskazał Sąd Rejonowy w Białymstoku VIII Wydział Gospodarczy w sprawie VIII GC 172/14, pozwana nie miała wiedzy o podwykonawcach, a akceptacja miała charakter jedynie formalny z uwagi na fakt, iż pozwana była zmuszona do kontynuowania prac ze względu na terminy narzucone przez instytucję unijną dotującą projekt pod groźbą zwrotu dotacji i nie miała możliwości organizowania kolejnego przetargu w celu poszukiwania nowego wykonawcy - dlatego też ostateczna akceptacja podwykonawców nie może być ona przyczyną do wyciągnięcia negatywnych skutków wobec pozwanej;

g) przyjęciu błędnej liczby podwykonawców ustalając ich liczbę na 19, podczas gdy jak udało się ustalić w toku postępowania podwykonawców było więcej (pismo procesowe pozwanej z wnioskami dowodowymi z dnia 15 października 2014 roku), co miało wpływ na termin wymagalności roszczenia powoda i skutkowało nierozpoznanie istoty spraw;

h) ustaleniu błędnego terminu wymagalności roszczenia powoda z uwagi na nie wyjaśnienie okoliczności faktycznych w sprawie odnoszących się do terminu dokonania zapłaty przez powoda wymagalnych zobowiązań wobec podwykonawców w szczególności w obliczu faktu, że sąd zastąpił zeznania świadków dokumentami, podczas gdy ze zgromadzonego w postępowaniu materiału dowodowego wynika, że ostatnie płatności na rzecz podwykonawców były przez powoda realizowane w dniu 10 maja 2013 roku, ponieważ wtedy powód dokonał wypłat zatrzymanego częściowo wynagrodzenia z tytułu kaucji gwarancyjnych na rzecz ostatnich, co potwierdza błędnie ustalony przez sąd termin wymagalności;

i) błędnym ustaleniu, że roszczenia podwykonawców wykonujących prace na inwestycji zostały zaspokojone w całości, podczas gdy E. K. dochodziła zapłaty niezapłaconego na jej rzecz wynagrodzenia na drodze sądowej, co implikuje wniosek, iż powód nie zaspokoił roszczeń podwykonawców w całości;

j) uznaniu, że pozwany nie wzywał powoda do usunięcia wad jego robót wyznaczając mu w tym celu odpowiedni termin, przez co nie jest uprawniony do żądania obniżenia wynagrodzenia, podczas gdy ze zgromadzonego w aktach sprawy materiału dowodowego wyraźnie wynika, że w momencie, gdy powód był już w ponad półrocznym opóźnieniu w realizacji umowy a ponadto nie zgłosił do tego momentu całości inwestycji do końcowego odbioru, pismem z dnia 17 stycznia 2013 roku pozwana wzywała powoda do wykonania prac oraz usunięcia wad, które były konkretnie wskazane i wyliczone w bardzo obszerny sposób w protokole wad i usterek z dnia 19 grudnia 2012 roku (załącznik do zarzutów od nakazu zapłaty);

k) błędnym ustaleniu, w ślad za kwestionowaną przez pozwaną opinią biegłego, że prace wykonane przez powoda wadliwie to stanowią jedynie 0,24% całości wynagrodzenia przysługującego powodowi, podczas gdy z opinii prywatnych zleconych przez pozwaną R. (...) w B., z których wynika, że wartość robót niewykonanych wynosiła 518.542,58 zł, wadliwych robót wynosiła 214.935,81 zł; z tym zastrzeżeniem, że ówczesna opinia nie uwzględniała wad podbudowy, a ilość popękanych płyt była o wiele mniejsza od obecnego stanu,

l) błędnym ustaleniu, że powód nie był obowiązany do wykonania ocieplenia dachu i ścian hali, podczas gdy obowiązek taki wynikał z umowy i załączników stanowiących jej integralną część, gdzie poprzez przedmiary wprowadzony został wymóg ocieplenia dachu, natomiast w Dokumentacji Postępowania wprowadzono dodatkowo wymóg ocieplenia ścian hali;

m) błędnym ustaleniu, że powód nie miał obowiązku wykonania kanału technologicznego oraz węzła cieplnego, podczas gdy z akt postępowania wynika, że na etapie postępowania przetargowego powód miał projekty instalacji sanitarnych (stanowiących Załącznik Nr(...)do Umowy), w których znajdowała się trasa kanału i nie widział potrzeby dostarczania przez Inwestora projektu kanału technologicznego, natomiast wykonanie węzła cieplnego w istocie polegało na zakupieniu kompaktowych urządzeń i ustawieniu ich w miejscu wskazanym przez pozwaną (jego wykonanie kosztuje ok. 50.000 zł), natomiast niewykonanie 72-godzinnego rozruchu wentylacji mechanicznej

wynikało z wadliwości prac w tym zakresie, ponieważ źle wyważony wirnik centrali ocierał o korpus, w związku z czym powód z ww. obowiązków się nie wywiązał;

n) błędnym ustaleniu, że zniszczenia w obrębie tynków i robót malarskich były wywołane przeprowadzeniem prac elektrycznych, podczas gdy przyczyną zniszczeń było prowadzenie budowy niezgodnie z zasadami sztuki budowlanej, czego przykładem jest sytuacja dotycząca tynkowania wymuszająca na pozwanej dodatkowe koszty i roboty w postaci tynkowania bruzd i przygotowania powierzchni malowania;

o) błędnym ustaleniu, że do czasu złożenia przez pozwaną oświadczenia o odstąpieniu od umowy, tj. do dnia 22 stycznia 2013 roku powód wykonał wszystkie prace, podczas gdy po pierwsze datą, która powinna być brana pod uwagę w przypadku oceny opóźnienia prac powoda powinna być data 31 lipca 2012 roku, z którą to prace na obiekcie powinny się zakończyć, a po drugie biegły w opinii przyznaje, że nawet w dacie odstąpienia od umowy istniały niewykonane przez powoda prace, przez co uznać należy, że pozwana skutecznie i zasadnie odstąpiła od umowy i skutecznie zgłosiła zarzut potrącenia;

p) błędnym ustaleniu, szczególnie w kontekście utraty uprawnień gwarancyjnych przez pozwaną, że umowa nadal obowiązuje i odstąpienie pozwanej od umowy nie odniosło skutku prawnego (str. 17 uzasadnienia), podczas gdy również powód złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy;

q) błędnym ustaleniu, że po dacie 31 lipca 2012 roku żadne prace na obiekcie nie były wykonywane, podczas np. tylko gdy z dokumentacji fotograficznej złożonej do akt sprawy przez pozwaną i protokołów odbioru wynika, np. na dzień 31 lipca 2012 roku prace niezrealizowane były np.: nie były dostarczone (...), nie był skończony plac z płyt drogowych, nie było wężła ciepła,

r) sprzecznym wewnątrznie w odniesieniu do ustaleń ww., lecz również rażąco błędnym ustaleniu, że opóźnienie powoda było wynikiem okoliczności, za które pozwana ponosi odpowiedzialność, podczas gdy z akt postępowania wyraźnie wynika, że na dzień 31 lipca 2012 roku roboty nie były zakończone z winy powoda,

s) błędnym ustaleniu, że pozwana nie miała podstaw do odstąpienia od umowy, podczas gdy powód naruszył umowę ukrywając przed Inwestorem podwykonawców, o których istnieniu pozwana dowiedziała się dopiero w październiku 2012 roku, tj. po umownym terminie zakończenia robót, wady i usterki w wykonanych pracach objętych fakturami zgłoszonymi w niniejszym postępowaniu były istotne, co zostałyby ustalone, gdyby Sąd zbadał wadliwie wykonaną podbudowę pod płyty skutkującą pękaniem płyt, co stanowi 63% wartości dochodzonej w niniejszym postępowaniu kwoty, a ponadto powód dopuścił się rażącego opóźnienia w wykonaniu prac, ponieważ pół roku po umownym terminie zakończenia prac roboty nie były w 100% wykonane, przez co uznać należy, że odstąpienie przez pozwaną od umowy było zasadne i skuteczne;

t) zupełnym pominięciu w uzasadnieniu wyroku faktu rażącego opóźnienia w wykonaniu robót, do których umownie był obowiązany powód, podczas gdy powód zgodnie z umową zobowiązany był zbudować zakład w okresie 6 miesięcy, a okres opóźnienia wynosił 6 miesięcy czyli tyle samo, ile strony zgodnie postanowiły przeznaczyć na budowę obiektu, będącego przedmiotem umowy, co zmienia całkowicie ocenę wagi opóźnienia i daje podstawę żeby przyjąć, że było ono rażące - równe okresowi realizacji inwestycji;

u) błędnym ustaleniu, że faktury będące przedmiotem niniejszego postępowania, tj. faktura (...) nr (...) z dnia 22 października 2012 roku oraz faktura (...) nr (...) z dnia 30 sierpnia 2012 roku zostały przez pozwaną zaakceptowane, podczas gdy zgodnie z treścią § 14 pkt. 14.4 i 14.15 umowy zawartej przez strony powód miał obowiązek działania zgodnie z procedurą przewidzianą w umowie, tzn. potwierdzić fakt zapłaty wynagrodzenia wszystkim podwykonawcom przed złożeniem faktury pozwanej zgodnie z § 12 umowy z dnia 24 lutego 2012 roku (strona 11 i 12 ww. umowy), czego nie uczynił na dzień wystawienia przedmiotowych faktur, tym samym wprowadził pozwaną w błąd, a ponadto strony ustaliły wieloetapowy proces odbioru inwestycji, który jeszcze został uszczegółowiony w „Dokumentacji postępowania”, stanowiącą załącznik nr 5 ww. umowy (tom II str. 11), a odbiór jakościowy w postaci podpisania (...) (§ 1 pkt. 1.17 umowy, str. 3) miał być poprzedzony odbiorem technicznym (§ 3 pkt

3.2 umowy, str. 4), a więc załączone przez powoda do pozwu protokoły odbioru częściowego nie dotyczyły oceny jakości wykonanych prac i ich celem było umożliwienie wystawienia częściowej faktury przez wykonawcę. Jest to także uwarunkowane tym, że przy odbiorze częściowym danego rodzaju robót, których realizacja każdego miesiąca postępowała nie było technicznej możliwości odbioru jakościowego, natomiast umowa zawarta dnia 24 lutego 2012 roku uległa rozwiązaniu przed dokonaniem odbiorów jakościowych;

v) pominięciu faktu, iż powód pomimo zobowiązania się do osobistego wykonywania robót budowlanych w złożonej ofercie przetargowej, a następnie w zawartej z pozwaną umowie - nie wykonał sam żadnego zakresu robót budowlanych na budowie zakładu pozwanej w S.,

w) dokonaniu błędnej oceny, iż powód przedstawił faktury wystawione przez podwykonawców za roboty realizowane na budowie pozwanej w S. w oparciu wyłącznie o oświadczenia samego powoda,

x) dokonaniu błędnej oceny, iż podwykonawcy składali pozwanej oświadczenia zgodnie z wymogiem § 14 pkt. 14.15 umowy z dnia 24 lutego 2012 roku, poprzez pominięcie skutecznie realizowanego przez powoda do dnia 11 października 2012 roku zamiaru zatajenia przed pozwaną realizacji inwestycji wyłącznie poprzez podwykonawców (wtedy wpłynęło do pozwanej pismo z listą podwykonawców realizujących prace na obiekcie);

y) dokonaniu ustaleń w zakresie wypłaty podwykonawcom wynagrodzeń przez powoda jedynie w oparciu o niewiarygodne dokumenty w postaci oświadczeń podwykonawców, w których potwierdzają oni, iż otrzymali należne im wynagrodzenie przed jego faktyczną wypłatą, oraz na podstawie oświadczeń podwykonawców sporządzonych w trakcie postępowania, w których celowo brak jest informacji o jakiegokolwiek dacie otrzymania przez nich całości wynagrodzenia za prace na budowie pozwanej w S., a ponadto, których treść nie odpowiada postanowieniom zawartej między stronami umowy;

z) nieuprawnionym uznaniu za wiarygodne zeznań świadków P. C. i T. P., przy jednoczesnym zaniechaniu przesłuchania inspektorów nadzoru i innych świadków zgłoszonych przez pozwaną;

aa) pominięciu dowodu z faktury nr (...) wystawionej przez podwykonawcę E. K. prowadzącą firmę (...) „ogrodnik” i całkowicie pominięciu dowodu w postaci potwierdzenia przelewu w dniu 23 grudnia 2013 roku rzecz firmy (...) „ogrodnik” - podwykonawcy powoda kwoty 8.009,94 zł tytułem wynagrodzenia wypłaconego na zasadzie odpowiedzialności solidarnej z art. 647¹ § 5 k.c. za roboty wykonane na budowie pozwanej,

bb) pominięciu dowodu z wyciągów z rachunków bankowych powoda, z których wynika, iż powód dokonywał przelewów części należności podwykonawcom jeszcze w maju 2013 roku - co wpływa na termin wymagalności roszczenia;

cc) pominięciu okoliczności, że do dziś, jak też w dacie, kiedy został złożony pozew o zapłatę powód nie dysponował oświadczeniami podwykonawcy Pana S. i Pana K. o zapłacie im należnego wynagrodzenia - podczas, gdy drugie zdanie § 14 pkt. 14.15 umowy przewiduje sankcje w przypadku niewykonania tego obowiązku przez powoda, zgodnie z którą pozwanej przysługiwało prawo wstrzymania się z zapłatą wynagrodzenia na rzecz powoda do czasu zapłaty przez wykonawcę wszystkich należnych podwykonawcom kwot;

dd) bezpodstawnym uznaniu, że jedynie powód zatrudniał na budowie pozwanej podwykonawców, podczas gdy z listy podwykonawców sporządzonej przez powoda oraz z załączonych do niej umów wynika, że do większości robót realizowanych na budowie pozwanej, powód zatrudnił podwykonawcę, którym była spółka (...), a ta z kolei zatrudniła dalszych podwykonawców (dwa kręgi podwykonawców) - związku z powyższym Sąd pominął fakt, że prawie wszystkie roboty, których dotyczyło wynagrodzenie dochodzone w procesie wykonała spółka (...) jako „główny” podwykonawca i wypłata wynagrodzenia temu podwykonawcy była kluczowa dla ustalenia daty wymagalności roszczenia powoda;

ee) bezpodstawnym uznaniu braku podstaw do uwzględnienia zarzutu pozwanej w zakresie obniżenia żądanego od niej wynagrodzenia z tytułu łączącej strony umowy, w związku z wadami prac wykonanych przez powoda.

11) art. 233 § 1 i 2 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie, dokonanej wybiórczo, wbrew zasadom logiki i doświadczenia życiowego, w sposób sprzeczny z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, polegające na nieustaleniu, jakie roboty były objęte fakturami zgłoszonymi przez powoda w niniejszym postępowaniu;

12) art. 485 § 1 pkt 1-4 oraz w § 2-3 k.p.c. oraz art. 486 § 1 k.p.c. poprzez wydanie nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym w sytuacji braku podstaw ku temu w oparciu o niepoświadczone za zgodność z oryginałem kserokopie wszystkich dowodów z dokumentów, a także niepełną umowę podpisaną przez strony z pominięciem załączników, które stanowiły jej integralną część i były istotne w aspekcie przedwczesności powództwa oraz braku jego zasadności, podczas gdy dokumenty służące udowodnieniu roszczenia powoda w postępowaniu nakazowym powinny być złożone w oryginale lub zostać uwierzytelnione przez reprezentującą stronę w sprawie pełnomocnika;

13) art. 233 § 1 i 2 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie, dokonanej wybiórczo, wbrew zasadom logiki i doświadczenia życiowego, w sposób sprzeczny z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, polegające na oparciu rozstrzygnięcia w sprawie o nierzetelną i nieprzydatną w sprawie opinię biegłego, której wnioski zostały sporządzone na podstawie badań kontrolnych przeprowadzonych przez nieakredytowaną jednostkę (...) sp. z o.o. z siedzibą w O. (na marginesie należy dodać, że pozwana zainicjowała wobec tej jednostki postępowania wyjaśniające w (...), którego wynik przedłoży do akt sprawy niezwłocznie po uzyskaniu opinii (...));

14) art. 233 § 1 i 2 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. poprzez pominięcie i nieodniesienie się do opinii rzeczoznawcy M. S. (2), z której wynika bezpośrednio jaka jest wartość robót niewykonanych przez powoda (518.542,58 zł), jaki jest koszt usunięcia wad w robotach powoda nadających się do usunięcia (182.427,17 zł + 27.973,63 zł), o ile powinno zostać obniżone powodowi wynagrodzenie za wady nienadające się do usunięcia (10%);

15) art. 217 k.p.c. poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie skutkujące dokonaniem przez Sąd ustaleń faktycznych na podstawie sprekludowanych środków dowodowych powoda, przedłożonych do akt sprawy, bez wyjaśnienia przyczyn tak późnego ich przedstawienia - dotyczy to wszystkich dowodów i twierdzeń zawartych w pozwie i zawartych w odpowiedzi na zarzuty od nakazu zapłaty złożone pół roku po wniesieniu zarzutów przez pozwaną;

16) art. 235 i 236 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. poprzez przede wszystkim brak ustalenia samodzielnie przez Sąd I instancji stanu faktycznego, niewskazanie dowodów, na jakich się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności, a ponadto przekopiowanie do uzasadnienia twierdzeń powoda zawartych w piśmie z dnia 8 sierpnia 2013 roku

17) § 2 ust. 1, § 3 ust. 1 w zw. § 6 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu poprzez zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kwoty dwa razy po 14.400 zł, tj. 28.800 zł tytułem zwrotu uzupełniających kosztów zastępstwa procesowego zmierzające do nadmiernego obciążenia finansowego pozwanej, podczas gdy obie połączone do łącznego rozpoznania sprawy miały tożsamy charakter, ich połączenie nie wpłynęło na stopień zawłości sprawy ani na zwiększenie nakładu pracy pełnomocnika procesowego powoda, obie sprawy prowadzone były w postępowaniu nakazowym w oparciu o faktury wymagającym cechującym się uproszczonym charakterem, w sprawie został powołany tylko jeden dowód z opinii biegłego, w związku z czym uzasadnione było zasądzenie odnośnie do każdego nakazu zapłaty kosztów w minimalnej wysokości wynikającej z rozporządzenia, tj. po 7.200 zł.,

II) naruszenie prawa materialnego tj.:

1) art. 210 § 1 k.s.h. w zw. z art. 58 k.c. poprzez jego niezastosowanie i błędne przyjęcie, że umowa współpracy z dnia 24 lutego 2012 roku zawarta pomiędzy A. C. (będącego jednocześnie członkiem zarządu w spółce (...) sp. z o.o. z siedzibą w B.) a (...) sp. z o.o. z siedzibą w B. reprezentowaną przez członka zarządu P. C. zgodnie z którą (...) sp. z

o.o. jako podwykonawca zobowiązał się do wykonania robót budowlanych zamiast powoda jest ważna, podczas gdy w umowie między spółką a członkiem zarządu spółki nie reprezentował pełnomocnik powołany uchwałą zgromadzenia wspólników, przez co umowa ta jest nieważna, a więc należy przyjąć, że powód A. C. nie wykonał całości przedmiotu umowy i nie przysługuje mu z tego tytułu wynagrodzenie;

2) art. 637 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. dodatkowo poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że pozwana nieskutecznie wezwała powoda do usunięcia wad wyznaczając w tym celu odpowiedni termin, podczas gdy pozwana że w momencie, gdy powód był już w ponad półrocznym opóźnieniu w realizacji umowy, a ponadto nie zgłosił do tego momentu całości inwestycji do końcowego odbioru, pismem z dnia 17 stycznia 2013 roku pozwana wzywała powoda do wykonania prac oraz usunięcia w terminie 3 dni wad, które były konkretnie wskazane i wyliczone w bardzo obszerny sposób w protokole wad i usterek z dnia 19 grudnia 2012 roku (załącznik do zarzutów od nakazu zapłaty);

3) art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. poprzez ich niezastosowanie w sytuacji, gdy na dzień 21 stycznia 2013 roku powód pozostawał w ponad półrocznym opóźnieniu w wykonaniu robót, w związku z czym pozwana mogła odstąpić od umowy nawet bez wyznaczania terminu dodatkowego do wykonania dzieła;

4) art. 65 § 2 k.c. oraz art. 359 § 1 k.c. poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że odsetki od sum żądanych przez powoda należą się kolejno od 30 listopada 2012 roku od kwoty 253.539,90 zł oraz od 29 września 2012 roku od kwoty 924.512,95 zł, tj. od dnia po upływie terminu do wezwania do zapłaty wskazanego przez powoda z jednoczesnym pominięciem zapisów umowy, a w szczególności art. art. 14 pkt. 14.15 umowy, zgodnie z którym pozwana miała prawo według własnego uznania do wstrzymania płatności wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy do czasu zapłaty przez Wykonawcę wszystkich należnych Podwykonawcom kwot lub do uregulowania tych należności z kwoty wynagrodzenia należnego Wykonawcy;

5) art. 60 k.c., 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 88 § 1 i 2 k.c. poprzez ich błędną wykładnię i uznanie za bezskuteczne pisma powoda z dnia 4 stycznia 2013 roku, w którym wyraził on zgodę na zabezpieczenie wykonania umowy poprzez zatrzymanie z należnego mu wynagrodzenia kwoty 255.000 zł wobec braku podstaw ku temu, jak też wobec niezastnienia wady oświadczenia woli powoda;

6) art. 654 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że odbiory częściowe dokonywane przez pozwaną były odbiorami jakościowymi i końcowymi, podczas gdy z treści umowy z dnia 24 lutego 2012 roku, a w szczególności z § 1 ust. 1.17, § 11 ust. 12.2, ust. 12.8, ust. 12.9 wynika, że strony przyjęły konstrukcję warunkowego wstępnego odbioru do celów co miesięcznych rozliczeń z powodem;

7) art. 353¹ k.c. poprzez jego niezastosowanie i pominięcie istotnych dla sprawy zapisów umowy z dnia 24 lutego 2012 roku w zakresie modyfikacji projektu w aspekcie ocieplenia dachu i ścian hali. Strony, korzystając z zasad określonych w powyższym przepisie dokonały nieistotnej zmiany w projekcie budynku hali uszczegółowiając rodzaj materiałów, z którego miały być wykonane;

8) art. 65 § 2 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na błędnej ocenie postanowień umowy z dnia 24 lutego 2012 roku (zwanej dalej umową), a w szczególności treści § 14 pkt 14.4 i 14.15, na skutek czego doszło do pominięcia ustalonej umową procedury potwierdzania przez wykonawcę faktu zapłaty wynagrodzenia wszystkim podwykonawcom przed złożeniem faktury pozwanej, jak również Sąd pominął przysługujące pozwanej prawo do wstrzymania płatności wynagrodzenia powodowi do czasu zapłaty przez niego wszystkich należnych podwykonawcom kwot w pełnej wysokości, co miało wpływ na wymagalność roszczenia powoda;

9) art. 65 § 2 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na niewłaściwej ocenie postanowień umowy, a w szczególności treści § 21, 21.4, co doprowadziło do błędnego i nieuzasadnionego przyjęcia, iż poprzez wystawienie faktury VAT nr (...) przez powoda strony zmodyfikowały postanowienia umowy z dnia 24 lutego 2012 roku w zakresie jej załącznika nr 2 i pominięcia faktu, iż zmiana dotyczyła treści zapisów w harmonogramie;

10) art. 65 § 2 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na niewłaściwej ocenie postanowień umowy, a w szczególności treści § 1 pkt 1.17, na skutek czego uszło uwadze Sądu, iż protokoły odbioru robót w niniejszym sporze były protokołami wstępnymi i nie są one tożsame z protokołem odbioru w postaci (...),

11) art. 65 § 1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię przy dokonywaniu wykładni oświadczenia woli pozwanej o odstąpieniu od umowy i zachowania pozwanej, która po odstąpieniu od umowy nie mogła podejmować działań zmierzających do realizacji uprawnień z rękojmi z uwagi na definitywne rozwiązanie stosunku cywilnoprawnego łączącego strony z dniem 22 stycznia 2013 roku, tym bardziej, iż takie zachowanie oznaczałoby zniweczenie skutków złożonego oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy,

12) art. 65 § 1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię przy dokonywaniu wykładni oświadczenia woli E. K. prowadzącej firmę (...) ogrodnik”, która uchyliła się od skutków prawnych złożonych wcześniej oświadczeń w przedmiocie otrzymania od powoda pełnego wynagrodzenia, z uwagi na złożenie ich w warunkach groźby zastosowanej przez powoda - co spowodowało pominięcie przez Sąd faktu, iż stanowiło to potwierdzenie faktu niezapłacenia przez powoda wynagrodzenia należnego temu podwykonawcy,

13) art. 353 § 1 k.c. i zasady swobody umów, poprzez konkludentne zakwestionowanie możliwości uregulowania przez strony w umowie wiążącej procedury zapłaty przez pozwana wynagrodzenia na rzecz powoda po całkowitym rozliczeniu się powoda z podwykonawcami.

Mając powyższe na uwadze pozwana wniosła o:

- 1) zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uchylenie nakazu zapłaty wydanego przez Sąd Okręgowy w Białymstoku w postępowaniu nakazowym w dniu 31 stycznia 2013 roku w sprawie VII GNc 44/13 wraz z ustawowymi odsetkami i oddalenie powództwa w całości oraz poprzez uchylenie nakazu zapłaty wydanego przez Sąd Okręgowy w Białymstoku w postępowaniu nakazowym w dniu 12 lutego 2013 roku w sprawie VII GNc 63/13 wraz z ustawowymi odsetkami i oddalenie powództwa w całości, lub
- 2) uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I Instancji,
- 3) zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa wg norm przepisanych.

Ponadto na podstawie art. 380 k.p.c., 382 k.p.c. w zw. z art. 241 k.p.c. wniosła o rozpoznanie przez Sąd II instancji postanowień Sądu I instancji z dnia 3 listopada 2015 roku oddalających wnioski dowodowe pozwanej o przesłuchanie świadków oraz o przeprowadzenie tego dowodu przez Sąd II instancji na podstawie art. 382 k.p.c. oraz o uzupełnienie postępowania dowodowego przez przeprowadzenie następujących dowodów:

I. dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa drogowego i technologii robót drogowych w oparciu o umowę i badania parametrów nawierzchni z płyt oraz badania podłoża przeprowadzone przez jeden z renomowanych instytutów posiadających wymagane akredytacje:, tj.: w Instytucie (...) (ul. (...); (...)-(...) W.) lub Instytucie (...) (ul. (...); (...)-(...) W.) - na okoliczność:

1. ustalenia przyczyn wadliwości nawierzchni z płyt ułożonych przez powoda;
2. ustalenia, jaki procent wszystkich robót, do których zobowiązany był powód na podstawie łączącej strony umowy stanowią prace dotknięte wadami w zakresie nawierzchni z płyt, ich ułożenia oraz wadliwego wykonania podbudowy pod płyty;
3. czy użyte płyty drogowe spełniają postanowienia umowy w tym czy odpowiadają wymaganiom norm (...) a jeżeli nie, to czy i jaki ma to wpływ na jakość wykonanych robót przez powoda;

4. czy wykonanie podbudowy, robót ziemnych i podłoża gruntowego pod posadowienie płyt jest zgodne z postanowieniami umowy (a jeżeli nie, to czy i jaki ma to wpływ na jakość wykonanych robót przez powoda) a w szczególności:

a) w zakresie wykonanej podbudowy:

- czy użyty materiał odpowiada wymaganiom Specyfikacji (...) (stanowiącej załącznik nr (...) do umowy z dnia 24 lutego 2012 roku zwanej dalej (...))

- czy wykonana podbudowa odpowiada jako warstwa wymaganiom wg (...) ale w szczególności:

- jaki jest wskaźnik odkształcenia podbudowy $I_o < 2,2$ jako stosunek wtórnego modułu odkształcenia E_2 do pierwotnego modułu odkształcenia $E_1 < 2,2$ pkt. 6.3.3

- czy zachowane są minimalne wartości modułów odkształcenia mierzone płytą o średnicy 30 cm i czy wynoszą one od pierwszego obciążenia $E_1 > 100$ MPa, a od drugiego obciążenia $E_2 > 180$ MPa,

- jaka jest rzędna wykonanej podbudowy i czy można potwierdzić prawidłowość umieszczenia podbudowy w przekroju konstrukcji nawierzchni, wg pkt. 6.4.5,

b) w zakresie wykonania robót ziemnych:

- czy materiał na nasypy odpowiada wymaganiom ST D.02.03.01 pkt. 2.2

- czy wskaźnik zagęszczenia w warstwie robót ziemnych $l_s > 1,00$

- czy wtórny moduł odkształcenia na powierzchni robót ziemnych $E_2 > 100$ MPa

- czy wtórny moduł odkształcenia - 20 cm od powierzchni robót ziemnych $E_2 > 60$ MPa

- czy rzędna powierzchni robót ziemnych jest zgodna z przekrojem konstrukcyjnym nawierzchni wg pkt. 6.3.3,

b) w zakresie wykonania podłoża gruntowego,

- czy wskaźnik zagęszczenia wynosi $l_s > 1,00$

- czy wtórny moduł odkształcenia $E_2 > 120$ MPa

zaś w przypadku stwierdzenia wadliwości tych robót - także na okoliczność ustalenia wartości robót niezbędnych do wykonania w celu uzyskania stanu zgodnego z postanowieniami umowy z dnia 24 lutego 2012 roku,

II. dowodu z opinii biegłego, który posiada specjalistyczną wiedzę z zakresu sieci sanitarnych i ciepłownictwa na okoliczność ustalenia czy:

1. powód należycie wykonał umowę z dnia 24 lutego 2012 roku łączącą strony, w tym prace objęte Umową (w zakresie w jakim jej wykonanie było możliwe do czasu złożenia przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu od niej, tj. przed dniem 22 stycznia 2013 roku) w odniesieniu do prac związanych z wykonaniem kanału technologicznego i węzła cieplnego?

2. powód był zobowiązany do wykonania kanału technologicznego?

3. na podstawie dokumentacji przekazanej przez powodową powodowi był on w stanie wykonać kanał technologiczny?

4. brak kanału technologicznego uniemożliwił powodowi wykonanie węzła cieplnego?

5. brak węzła cieplnego uniemożliwił przeprowadzenie prób funkcjonalnych ciepłej wody użytkowej?
6. powód miał możliwość przeprowadzenia 72-godzinnego rozruchu wentylacji mechanicznej, jeżeli nie to z jakiej przyczyny?
7. jaki procent wszystkich robót dotyczących kanału technologicznego i węzła cieplnego, do których wykonania zobowiązany był powód na podstawie umowy, stanowią prace niewykonane przez powoda i jaka jest ich wartość,
8. jaki jest koszt wykonania kanału technologicznego, do którego wykonania był obowiązany powód,

III. dowodu z opinii innego biegłego z zakresu budownictwa i kosztorysowania na okoliczność wadliwego i niezgodnego z umową wykonania przez powoda robót na inwestycji pozwanej, wyceny zmniejszenia ich wartości wskutek istnienia wad, złej jakości użytych materiałów oraz zastosowanej technologii, ustalenia czy na dzień 17 stycznia 2013 roku roboty były wykonane przez powoda i w jakim zakresie;

IV. dowodu z dokumentu w postaci raportu sporządzonego przez (...) z badań płyt drogowych z placu składowego zakładu produkcji (...) w S. z dnia 13 sierpnia 2015 roku na okoliczność ustalenia przyczyn i zakresu wadliwości płyt drogowych ułożonych przez powoda;

V. dowodu z dokumentów tj. wyników badań i raportów sporządzonych w okresie marzec - sierpień 2015 roku przez Laboratorium drogowe (...) S.A. w L. na okoliczność ustalenia przyczyn i zakresu wadliwości płyt i robót drogowych wykonanych przez powoda, do niniejszego pisma załączone zostają wydruki z poczty elektronicznej, po otrzymaniu oryginału dokumentu pozwana niezwłocznie złoży jego uwierzytelniony odpis do akt sprawy;

VI. dowodu z graficznej analizy wyników badania przekrojów konstrukcyjnych przez płyty nr (...) na okoliczność niezgodnego z projektem wykonania warstw podbudowy i zakresu tych odstępstw oraz ich wpływu na niszczenie betonowych płyt drogowych ułożonych przez powoda;

VII. dowodu z 13 zdjęć drogi dojazdowej do zakładu pozwanej ułożonej z płyt betonowych jako ilustracji prawdopodobnego wyglądu w niedalekiej przyszłości płyt drogowych ułożonych przez powoda na terenie inwestycji pozwanej. Przyczyną takiego stanu płyt jest niewystarczająca mrozoodporność betonu oraz wadliwa podbudowa;

VIII. dowodów z wydruków KRS spółki (...), na okoliczność wykazania nieposiadania przez spółkę oddziału w G. i nieposiadania akredytacji w zakresie przeprowadzonych badań wykonywanych na zlecenie biegłego;

IX. dopuszczenie dowodów z wydruków KRS spółki (...).B. G. wraz z wydrukiem ze strony internetowej (...) (...) na okoliczność wykazania, które podmioty grupy (...) posiadają akredytacje.

- z pisma procesowego z dnia 28 listopada 2013 roku w którym pozwana wniosła o

1) dopuszczenie dowodu z opinii sporządzonych przez G. K. w zakresie opisu problemu dotyczącego 4 szt. Studni zraszaczowych na placu manewrowym zakładu wytwarzającego lekkie kruszywo budowlane z wykorzystaniem popiołów elektrownianych w S. gm. S. dz. geod. (...)wraz z kosztorysem naprawy oraz w zakresie opisu awarii przepustnicy w komorze pomp przy zbiorniku retencyjnym na terenie zakładu na okoliczność stwierdzenia stanu faktycznego wykonanych przez powoda robót, a w szczególności rodzaju wad występujących w pracach wykonanych przez powoda na budowie zakładu wytwarzającego lekkie kruszywo budowlane z wykorzystaniem popiołów elektrownianych w S..

- z pisma procesowego z dnia 12 grudnia 2013 roku, w którym pozwana wniosła:

- 1) o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka, M. S. (2) na tezy tam wskazane;

2) o dopuszczenie dowodu z dokumentów w postaci dokumentacji uzgodnień technicznych (notatki z narad służbowych z dnia 2 sierpnia 2010 roku, z dnia 20 kwietnia 2012 roku, z dnia 3 stycznia 2013 roku oraz z dnia 10 stycznia 2013 roku) oraz opinii konstruktora dotyczącej zastosowania płyt warstwowych z rdzeniem z wełny mineralnej na połąci dachu i jako obudowy ścian z dnia 28 października 2011 roku na okoliczności wskazane w piśmie z dnia 20 listopada 2013 roku;

- pisma procesowego z dnia 18 grudnia 2013 roku, w którym pozwana wносиła o:

1) dopuszczenie dowodu z dokumentu w postaci faktury VAT nr (...) z dnia 27 listopada 2013 roku wystawionej przez (...)z siedzibą przy ul. (...) w B. wraz z dowodem jej opłacenia - na okoliczność wykazania, że powód wykonał roboty w zakresie wykonania studzienek zraszaczowych w Zakładzie w S. wadliwie, wartość robót naprawczych wyniosła 4.535,13 zł, pozwana zapłaciła(...)z siedzibą przy ul. (...) w B. wynagrodzenie wysokości 4.535,13 zł tytułem usunięcia wad w studzienkach zraszaczowych zrealizowanych przez powoda w zakresie robót w Zakładzie wytwarzania lekkiego kruszywa budowlanego w S..

- z pisma procesowego z dnia 8 stycznia 2014 roku, w którym pozwana wносиła o:

1) dopuszczenie dowodu z następujących dokumentów:

- faktury VAT nr (...) z dnia 19 grudnia 2013 roku;
- wezwania do zapłaty z dnia 19 grudnia 2013 roku;
- oświadczenia E. K. z dnia 19 grudnia 2013 roku;
- oświadczenia E. K. z dnia 19 grudnia 2013 roku;
- potwierdzenia dokonania przelewu z dnia 23 grudnia 2013 roku;

na okoliczność istnienia wady oświadczenia woli E. K. z dnia 12 października 2012 roku, istnienia wady oświadczenia woli E. K. z dnia 23 lipca 2013 roku, skutecznego uchylecia się przez E. K. od skutków prawnych oświadczeń woli z dnia 18 października 2012 roku oraz 23 lipca 2013 roku złożonych pod wpływem groźby, faktu nieuregulowania przez powoda w całości należności wynikających z faktur VAT nr (...). (...), (...), faktu nieuregulowania przez powoda należności za roboty budowlane wykonywane na budowie zakładu pozwanej w S. w okresie od czerwca do grudnia 2012 roku nieobjęte ww. fakturami VAT, wymagalności roszczenia E. K. w stosunku do pozwanej w oparciu o solidarną odpowiedzialność inwestora i generalnego wykonawcy, zapłacenia przez pozwaną w całości kwoty dochodzonej przez E. K., faktu nieprawdziwości twierdzeń powoda odnośnie do okoliczności zapłaty całości wynagrodzenia wszystkim podwykonawcom przed wniesieniem pozwu w niniejszej sprawie.

- z pisma procesowego z dnia 30 stycznia 2014 roku, w którym pozwana wносиła o (całkowicie pominięte przez Sąd I instancji):

1) dopuszczenie dowodu z następujących dokumentów:

a) faktury VAT nr (...) z dnia 23 grudnia 2013 roku wystawionej przez (...) sp. z o.o. z siedzibą w B. na okoliczność dokonania zakupu i wymiany kłapy dymowej w zakładzie wytwarzającym lekkie kruszywa budowlane z wykorzystaniem popiołów elektrownianych w S. na koszt pozwanej, zamontowania przez powoda kłapy dymowej niezgodnej z obowiązującymi przepisami przeciwpożarowymi, braku możliwości uzyskania pozwolenia na użytkowanie zakładu wytwarzającego lekkie kruszywa budowlane z wykorzystaniem popiołów elektrownianych w S. bez zdemontowania kłapy dymowej i wymiany jej na zgodną z obowiązującymi przepisami;

b) wydruku z rachunku bankowego pozwanej z dnia 2 stycznia 2014 roku na okoliczność opłacenia w dniu 30 grudnia 2013 roku przez pozwaną wymiany klapy dymowej poprzez opłatę faktury VAT nr (...) z dnia 23 grudnia 2013 roku,

- z pisma procesowego z dnia 27 marca 2014 roku, w którym pozwana wносиła o:

1) zobowiązanie powoda do złożenia do akt sprawy następujących dokumentów w oryginale:

- Nota korygująca nr (...) z dnia 7 lutego 2013 roku firmy (...),
- Nota korygująca nr (...) z dnia 11 kwietnia 2012 roku (...),
- Nota korygująca nr (...) z dnia 2 sierpnia 2013 roku firmy (...) sp. z o.o.,
- Nota korygująca nr (...) z dnia 2 sierpnia 2013 roku firmy (...) sp. z o.o.,

a następnie o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z ww. dokumentów na okoliczność wykazania ostatecznej kwoty wynagrodzenia należnego poszczególnym podwykonawcom, daty w jakiej doszło do zmiany tego wynagrodzenia oraz terminu zapłaty ustalonego po korekcie faktury.

- z pisma procesowego z dnia 14 października 2014 roku, w którym pozwana wносиła o (całkowicie pominięte przez Sąd I instancji):

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci norm branżowych: (...) otrzymanych przez pozwaną w dniu 10 października 2014 roku z archiwów(...) - sygn. (...) na okoliczność wykazania konkretnych szczególnych wymagań technicznych, jakim musiały odpowiadać płyty drogowe, które powód - zgodnie z umową miał obowiązek wbudować realizując inwestycję pn. Budowa zakładu wytwarzającego lekkie kruszywa budowlane z wykorzystaniem popiołów elektrownianych w S..

- z pisma procesowego z dnia 15 października 2014 roku, w którym pozwana wносиła o (całkowicie pominięte przez Sąd I instancji) :

1) zobowiązanie powoda do przedstawienia pisemnej informacji dotyczących imion, nazwisk i adresów zamieszkania osób, jak również nazw i siedzib firm, pod którymi osoby te prowadzą działalność gospodarczą, które w zeznaniach świadków E. K. i M. L. (1) złożonych w trakcie rozprawy w dniu 17 września 2014 roku w sprawie o sygn. akt VII GC 242/13 opisane zostały jako „B. ojciec i syn”, „dwóch B.”, (...) na okoliczność wykazania, że powód nie podał pozwanej wszystkich podwykonawców wykonujących prace budowlane na budowie zakładu pozwanej w S., nie rozliczył się z nimi za roboty budowlane i nie spełnił warunku wynikającego z umowy z dnia 24 lutego 2012 roku, uprawniającego go do wystawienia faktury i domagania się od pozwanej wypłaty wynagrodzenia. Jednocześnie po udzieleniu przez powoda powyższych informacji pozwana wноси o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania tych osób w charakterze świadków na okoliczność wykazania:

- rodzaju robót wykonywanych na budowie zakładu pozwanej w S.,
- terminu wykonywania przez nich robót na budowie zakładu pozwanej w S.,
- nie otrzymania pełnego wynagrodzenia za wykonane roboty na innych budowach oraz na budowie zakładu pozwanej w S.,
- że jako podwykonawca nie złożył oświadczenia o otrzymaniu przez niego całości wynagrodzenia za roboty zrealizowane na budowie pozwanej w S.,

- że jako podwykonawca nie wystawił na rzecz powoda rachunku ani faktury tytułem wynagrodzenia za wykonane na budowie pozwanej w S. roboty.

2) zobowiązanie E. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą (...) z siedzibą w B., ul. (...), (...)-(...) B. do złożenia do akt sprawy posiadanej dokumentacji video i fotografii wykonanej w czasie trwania budowy zakładu pozwanej w S. oraz przeprowadzenie dowodu z w/w filmów i zdjęć na okoliczność wykazania sposobu prowadzenia prac budowlanych przez powoda na przedmiotowej budowie, a w szczególności jej organizacji, postępu prac w poszczególnych miesiącach, braku zabezpieczenia budynku przed wpływem warunków atmosferycznych, faktu zalania budynku zakładu wodą deszczową i skutków tego zdarzenia w postaci zniszczeń sufitów i ścian budynku. Pozwana zastrzegła sobie prawo sprecyzowania tez dowodowych po złożeniu przedmiotowych zdjęć i filmów do akt sprawy (z treści zeznań E. K. złożonych na rozprawie w dniu 17 września 2014 roku w sprawie o sygn. akt VII GC 242/13 wynika, iż jest ona w posiadaniu zdjęć i filmów wykonywanych w czasie budowy zakładu pozwanej w S., które dokumentują istotne fakty związane z realizacją umowy łączącej strony, odnoszących się do przedmiotu sprawy).

3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z poniżej opisanych zdjęć otrzymanych w dniu 8 października 2014 roku od świadka M. L. (1) - inspektora nadzoru - na następujące okoliczności:

- zdjęcie nr 1 z dnia 9 czerwca 2012 roku - zdjęcie dokumentuje fakt, iż w dniu 9 czerwca 2012 roku powód rozpoczął prace przy budowie posadzki i kanału technologicznego, podczas gdy podnosi, że nie znał trasy przebiegu kanału technologicznego; powód zalał betonem piach w budynku hali podczas gdy zgodnie z umową obowiązany był do położenia posadzki zgodnie z projektem - co wykonał wadliwie, przez co konieczne było rozkucie betonu i dogęszczenie gruntu pod betonem;
- zdjęcie nr 2 z dnia 29 czerwca 2012 roku - stan i zaawansowanie robót drogowych wykonanych przez powoda na miesiąc przed terminem zakończenia robót;
- zdjęcie nr 3 z dnia 13 lipca 2012 roku - zaawansowanie robót drogowych na 2 tygodnie przed terminem zakończenia robót;
- zdjęcie nr 4 z dnia 27 lipca 2012 roku - niewykonanie przez powoda sufitu podwieszanego na klatce schodowej budynku mimo braku jakichkolwiek przeszkód ku temu;
- zdjęcie nr 5 i 6 z dnia 27 lipca 2012 roku - zaawansowanie robót drogowych na 4 dni przed zakończeniem robót - brak folii, brak płyt drogowych;
- zdjęcie nr 7 z dnia 28 lipca 2012 roku - brak płyt drogowych na powierzchni ok. 3500 m² na 3 dni przed zakończeniem robót mimo braku przeszkód do ich wyłożenia;
- zdjęcie nr 8, 9 i 10 z dnia 17 sierpnia 2012 roku - zaawansowanie prac drogowych ponad 2 tygodnie po terminie zakończenia prac (powód wykonał ok. 60% robót na placu);
- zdjęcie nr 11 z dnia 24 sierpnia 2012 roku - zaawansowanie robót na dzień 24 sierpnia 2012 roku, prace przy układaniu płyt drogowych na wjeździe, nadmierna eksploatacja wykonanego przejazdu (zdjęcie nr 39, 40 i 41 z dnia 8 stycznia 2013 roku) (pas ułożonych płyt pękający najszybciej, spękane ciągi komunikacyjne);
- zdjęcie nr 12 z dnia 31 sierpnia 2012 roku i nr 13 i 14 z dnia 5 września 2012 roku - brak ułożenia płyt drogowych na linii skarpy nasypu popiołów znajdującego się na fragmencie placu, który miał być zagospodarowany mimo, że pozwana podjęła decyzję zezwalającą na nieukładanie wąskiego pasa płyt na tym fragmencie placu przy samej skarpie w dniu 10 lipca 2012 roku + zdjęcie nr 8 z dnia 17 sierpnia 2012 roku świadczące o tym, że ponad miesiąc po decyzji Inwestora odnośnie wąskiego pasa płyt przy skarpie nie była gotowa połowa placu; opóźnienie prac z winy powoda; wykonywanie prac poza terenem budowy; niewykonanie przez powoda ogrodzenia siatkowego od strony hałdy;

- zdjęcie nr 15 z dnia 5 września 2012 roku - brak płyt drogowych przy budynku hali podczas gdy elektrycy zajęli wąską część niewykonanego pasa i ich prace nie kolidowały z pracami drogowymi;
- zdjęcie nr 16 z dnia 11 września 2012 roku - niewykonanie przez powoda wjazdu na plac budowy;
- zdjęcie nr 17, 18, 19 i 20 z dnia 8 lutego 2013 roku (śnieg) - niedoszczelnienie budynku przez A. (17,18), pianka uszczelniająca przygotowana do użycia (19,20) w dniu 8 lutego 2013 roku;
- zdjęcie nr 21,22 i 23 z dnia 8 lutego 2013 roku - powód wstawił za dużą i zniszczoną oraz zardzewiałą szafę sterowni dźwigu do pomieszczenia (podczas gdy zgodnie z umowa szafa miała być nowa) przez co ograniczył jego funkcjonalność;
- zdjęcie nr 24 i 25 z dnia 24 sierpnia 2012 roku - brak ocieplenia zaplecza techniczno- socjalnego od strony hali produkcyjnej; nieszczelność dachu;
- zdjęcie nr 26 z dnia 24 sierpnia 2012 roku - brak zieleni i niedokończony płot;
- zdjęcie nr 27 z dnia 24 sierpnia 2012 roku i zdjęcie nr 28 z dnia 14 września 2012 roku - niewykonanie robót wykończeniowych (sufit podwieszany w pomieszczeniu na 2 piętrze, wejście do budynku pod schodami);
- zdjęcie nr 29 z dnia 21 września 2012 roku - opóźnienie prac instalacyjnych przy studni;
- zdjęcie nr 30 i 31 z dnia 21 września 2012 roku - opóźnienie prac ziemnych (wyrównanie terenu i posianie trawy);
- zdjęcie nr 32 z dnia 28 lipca 2012 roku i zdjęcie nr 33 z dnia 17 sierpnia 2012 roku - brak przeszkód do montażu balustrady; konieczność przebudowania balustrady z uwagi na zamówienie przez powoda niewymiarowych drzwi niezgodnych z projektem;
- zdjęcie nr 34 z dnia 27 kwietnia 2012 roku i zdjęcie nr 35 z dnia 4 kwietnia 2012 roku - zła organizacja prac związanych z przemieszczaniem mas ziemnych;
- zdjęcie nr 36 i 37 z dnia 28 marca 2012 roku - zła organizacja prac związanych z przemieszczaniem mas ziemnych;
- zdjęcie nr 38 z dnia 29 czerwca 2012 roku - niepoprawne technologicznie wykonywanie robót (wykonywanie pokrycia dachu w momencie gdy jest już gotowa elewacja, wstawione okna, a w środku trwają roboty wykończeniowe po zalaniu budynku przez nieskończony dach);
- zdjęcie nr 42 z dnia 3 lipca 2012 roku - że powód nie podał pozwanej wszystkich podwykonawców wykonujących prace budowlane na budowie pozwanej w S., nie rozliczył się z nimi za roboty budowlane i nie spełnił warunku wynikającego z umowy z dnia 24 lutego 2012 roku, uprawniającego go do wystawienia faktury i domagania się od pozwanej wypłaty wynagrodzenia.

4) dopuszczenie dowodu z przesłuchania świadka J. R. - współnika spółki cywilnej (...) z siedzibą w B., ul. (...), (...)-(…) B. adres (...) s.c. z siedzibą w B., ul. (...), (...)-(…) B. w/w na okoliczność wykazania, że oferenci uczestniczący w przetargu na wykonanie inwestycji pn. „Budowa zakładu wytwarzającego lekkie kruszywo budowlane z wykorzystaniem popiołów elektrownianych w S.:

#.

- przed złożeniem ofert uzyskali od pozwanej kompletne i wyczerpujące informacje dotyczące terenu budowy,
- zostali zaznajomieni z uwarunkowaniami przyszłej inwestycji na miejscu przyszłej budowy,

- w związku z informacjami dotyczącymi statusu nieruchomości położonej na terenie składowiska odpadów w S., na której miała być prowadzona budowa i w oparciu o wizję lokalną jako profesjonalisci, składając ofertę, przewidywali ewentualną konieczność wykonania robót nieobjętych przedmiarami w cenie ryczałtowej;
- w cenie ofertowej jednym ze składników kosztorysu były koszty wykonania ocieplonych ścian i dachu hali.

5) dopuszczenie dowodu z dokumentu w postaci protokołu przekazania załączników do dokumentacji postępowania w sprawie wyboru wykonawcy inwestycji pn. „Budowa zakładu wytwarzającego lekkie kruszywo budowlane z wykorzystaniem popiołów elektrownianych” w S. z dnia 28 grudnia 2011 roku oraz listy obecności na wizji lokalnej w dniu 28 grudnia 2011 roku - które to dokumenty były w posiadaniu M. L. (1) - inspektora nadzoru, na okoliczność wykazania, że oferenci uczestniczący w przetargu na wykonanie inwestycji pn. „Budowa zakładu wytwarzającego lekkie kruszywo budowlane z wykorzystaniem popiołów elektrownianych w S.”:

- przed złożeniem ofert uzyskali od pozwanej kompletne i wyczerpujące informacje dotyczące terenu budowy,
- zostali zaznajomieni z uwarunkowaniami przyszłej inwestycji na miejscu przyszłej budowy,
- w związku z informacjami dotyczącymi statusu nieruchomości położonej na terenie składowiska odpadów w S., na której miała być prowadzona budowa i w oparciu o wizję lokalną jako profesjonalisci, składając ofertę, przewidywali ewentualną konieczność wykonania robót nieobjętych przedmiarami w cenie ryczałtowej,

6) zażądanie z Sądu Rejonowego w Białymstoku XII Wydziału Gospodarczego Krajowego Rejestru Sądowego akt rejestrowych spółki (...) sp. z o.o. z siedzibą w B. nr KRS (...) oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących stron tych akt: I tom karty

95-196, II tom karty 272-275 na okoliczność wykazania:

- daty wniesienia aportem składników majątku firmy powoda do spółki (...),
- braku faktycznej możliwości zrealizowania przedmiotu umowy przez powoda zgodnie z jej postanowieniami,
- złożenia przez powoda nieprawdziwych oświadczeń w ofercie przetargowej powoda i załącznikach,
- przeniesienia aportem do spółki (...) sp. z o. o. wraz z przedsiębiorstwem wszystkich zatrudnionych u powoda pracowników,

7) zobowiązanie Starosty Powiatu B. do złożenia do akt sprawy będących w posiadaniu Wydziału Geodezji (...) Ośrodka (...):

- dokumentów złożonych przez firmę (...) saka D. 7E, (...)-(...) C., związanych z obsługą geodezyjną budowy zakładu wytwarzającego lekkie kruszywa budowlane z popiołów elektrownianych w S. na działkach (...), na okoliczność wykazania dat, w jakich rozpoczął i zakończył realizację zlecenia obsługi geodezyjnej w/w inwestycji, zakresu, rodzaju i wyników wykonywanych czynności. Pozwana zastrzegła sobie prawo do rozszerzenia tezy dowodowej po zapoznaniu się z w/w dokumentacją;

- z pisma procesowego z dnia 31 października 2014 roku, w którym pozwana:

- 1) sprecyzowała tezy dowodowe dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa, które wskazane i szczegółowo uzasadnione są w piśmie procesowym;
- 2) wносиła o dopuszczenie dowodu z dokumentu w postaci tabeli z zestawieniem prac będących przedmiotem faktur nr (...) i nr (...) na okoliczność jakości wykonanych przez powoda robót, wadliwości wykonanych przez powoda robót, kosztów naprawy robót wadliwie wykonanych, wartości zmniejszenia poszczególnych elementów dzieła w sytuacji, gdy wady nie są usuwalne.

Ponadto, na podstawie art. 368 § 1 pkt 4 w zw. z art. 217 § 1, art. 227 i 232 k.p.c. pozwana powołała nowy dowód pismo z(...)z dnia 21 grudnia 2015 roku na okoliczność, że toczy się postępowanie wyjaśniające w odniesieniu do jednostki (...), która wykonała niemiarodajne, zdaniem pozwanej, badania w zakresie wadliwości płyt, co dyskredytuje opinię biegłego J. L. w tym zakresie i czyni ją nieprzydatną w sprawie z wnioskiem o umożliwienie złożenia do akt postępowania dokumentów zawierających wyniki postępowania kontrolnego przeprowadzonego przez (...). Pozwana wskazała, że powołanie tego dowodu przed Sądem I instancji nie było możliwe, ponieważ postępowanie kontrolne zostało wszczęte po zamknięciu rozprawy, a dokument ten pojawił się po wydaniu wyroku przez Sąd I instancji.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:

Apelację pozwanego uznać należy w przeważającej części za bezzasadną.

Istota sporu w przedmiotowej sprawie sprowadzała się do tego, że powód jako wykonawca prac budowlanych na rzecz pozwanego – inwestora, domagał się zapłaty wynagrodzenia za prace wykonane w zakresie łączącej strony umowy, objęte dwoma fakturami częściowymi dotyczącymi robót wykonanych w lipcu i wrześniu 2012 roku ((...)z 30 sierpnia 2012 roku i (...) z 22 października 2012 roku). Pozwany z kolei wnosząc o oddalenie powództwa swoje stanowisko w tym względzie uzasadniał:

- zarzutem przedwczesności żądania zapłaty z uwagi na nie dołączenie do faktur będących podstawą żądania pozwu, oświadczeń podwykonawców – stosownie do § 14.14-15 w zw. z § 14.8 umowy łączącej strony;
- zarzutem obniżenia należnego powodowi wynagrodzenia za prace objęte w/w fakturami o kwotę stanowiącą równowartość prac objętych umową, a nie wykonanych przez powoda oraz wad w pracach wykonanych;
- zarzutem potrącenia kwoty 425.000 zł z tytułu naliczonej kary umownej za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca (§ 15.1.2 umowy);
- uprawnieniem do zatrzymania kwoty 255.000 zł tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- uprawnieniem do odliczenia z należnego powodowi wynagrodzenia kwoty będącej równowartością uprawnień gwarancyjnych w wysokości równej 8% wynagrodzenia netto wykonawcy;
- zarzutem przedwczesności żądania zapłaty części wynagrodzenia za roboty do zafakturowania na koniec lipca 2012 roku, równej 50% kwoty 883.939 zł, która to część wynagrodzenia zgodnie z postanowieniami umowy miała być zafakturowania w fakturze końcowej i wypłacona po podpisaniu Protokołu przyjęcia Obiektu do eksploatacji (zapis na harmonogramie rzeczowo finansowym k. 15a).

Na wstępie zauważyć należy, iż w obu łącznie rozpoznawanych sprawach dotyczących żądania zapłaty za wskazane wyżej faktury, zostały wydane co prawda nakazy zapłaty, to jednak z uwagi na okoliczność, iż w istocie brak było przesłanek do ich wydania z uwagi na dołączenie do pozwu jedyne kserokopii dokumentów stanowiących podstawę żądania pozwów, bez ich poświadczenia za zgodność z oryginałem, brak było podstaw w toku dalszego postępowania do stosowania ograniczeń właściwych dla postępowania nakazowego – co też miał na uwadze Sąd Okręgowy nie stosując tych ograniczeń. W takiej sytuacji zarzuty apelacji w tym przedmiocie (naruszenia art. 485 i 486 k.p.c.) jakkolwiek zasadne, nie miały o tyle znaczenia, że owe naruszenia nie miały wpływu na ostateczne rozstrzygnięcie sprawy.

Przechodząc do oceny prawidłowości ustaleń faktycznych i prawnych Sądu Okręgowego w zakresie zarzutu pozwanego przedwczesności żądania zapłaty z uwagi na nie dołączenie do faktur będących podstawą żądania pozwu, oświadczeń podwykonawców stwierdzić należy, iż ustalenia te częściowo są błędne. W szczególności nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem sądu I instancji, iż decydujące znaczenie dla oceny, czy pozwany mógł się wstrzymać z zapłatą wynagrodzenia wykonawcy, należy przypisać momentowi dokonywania przez powoda zapłaty wymagalnych zobowiązań na rzecz podwykonawców, a nie temu kiedy powód dostarczył pozwanemu

oświadczenia podwykonawców, o których mowa w § 14.14 umowy. Zauważyć bowiem należy, iż zgodnie z § 14.14-15 umowy obowiązkiem wykonawcy było regulowanie podwykonawcom ich wymagalnych wynagrodzeń co wobec zamawiającego miał wykazywać dowodami w postaci oświadczeń podwykonawców o dokonanej zapłacie wynagrodzeń na ich rzecz przedkładanymi do każdej faktury. W przeciwnym wypadku – nie przedłożenia wskazanych wyżej dowodów uregulowania wynagrodzeń podwykonawcom w postaci ich oświadczeń – zamawiający miał prawo bądź wstrzymać się z płatnością wynagrodzenia na rzecz wykonawcy do czasu zapłaty przez niego wynagrodzenia podwykonawcom bądź uregulowania należności podwykonawców z kwoty wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Z przytoczonych wyżej postanowień umowy wynika jednoznacznie, że zamawiający miał prawo wstrzymać się z płatnością wynagrodzenia wykonawcy ze złożonej przez niego faktury w sytuacji gdy ten nie udowodnił oświadczeniami podwykonawców, że uregulował ich wymagalne wynagrodzenia za wykonane roboty. To właśnie owe oświadczenia stanowiły bowiem dla zamawiającego źródło wiedzy o uregulowaniu przez wykonawcę wynagrodzeń należnych podwykonawcom. Co istotne, taka też była utrwalona praktyka między stronami, co wskazuje na to, że właśnie tak strony umowy rozumiały przytoczone wyżej jej zapisy. Zwrócić bowiem należy uwagę, że w przypadku braku oświadczeń podwykonawców zamawiający wzywał wykonawcę do ich złożenia (vide wezwanie dotyczące innej faktury nie objętej pozwem – k. 524) wstrzymując się jednocześnie z płatnością faktury do czasu ich dostarczenia. Podobnie rzecz się miała jeżeli chodzi o sporne faktury (k. 540-569, 785).

Reasumując, w ocenie Sądu Apelacyjnego, zarówno wyżej przytoczone zapisy umowy jak i oparta na nich praktyka między stronami, wskazują na to, że obowiązki wykonawcy w zakresie regulowania wynagrodzenia podwykonawcom i wykazywania spełnienia powyższego obowiązku wobec zamawiającego w dacie składania mu kolejnych faktur za wykonane roboty, strony rozumiały w ten sposób, że obowiązkiem wykonawcy było załączenie do każdej składanej faktury oświadczeń podwykonawców (jeżeli zakres robót objętych fakturą był realizowany z ich udziałem) o zapłacie na ich rzecz wymagalnego wynagrodzenia przez wykonawcę, co dla zamawiającego stanowiło dowód zapłaty owych należności podwykonawcom. W przypadku braku oświadczeń zamawiający wzywał wykonawcę do ich złożenia wstrzymując się z wypłatą wynagrodzenia z danej faktury do czasu dostarczenia brakujących oświadczeń.

W świetle powyższego dla oceny daty wymagalności należności z faktur będących przedmiotem niniejszego postępowania niezbędnym było ustalenie, kiedy wykonawca złożył zamawiającemu oświadczenia od wszystkich podwykonawców potwierdzające zapłatę przez wykonawcę na ich rzecz należności wymagalnych na datę złożenia faktury – vide: zapis § 14.14 umowy.

Analiza złożonych do akt oświadczeń podwykonawców z uwzględnieniem daty ich wpływu do zamawiającego (k. 1054, 1055, 580, 583, 584, 586, 587, 588, 589, 590, 592, 593, 594, 595, 597, 1568, 1097, 602 i 604) prowadzi do wniosku, że ostatnie oświadczenie wpłynęło do zamawiającego dnia 30 stycznia 2013 r (k. 1054 - P.H.U. (...) spółka cywilna K. G., S. G. z siedzibą w B.). W ocenie Sądu Apelacyjnego, w powyższej sytuacji zamawiający miał prawo wstrzymać się z płatnością obu spornych faktur jedynie do dnia 30 stycznia 2013 roku. Uwzględniając czas niezbędny do uruchomienia płatności faktur, które pozwany otrzymał i zaakceptował co do wysokości dużo wcześniej (odpowiednio 7 września 2012 roku – k. 1525 – 8 listopada 2012 roku – k. 16 i 1307 akt) przyjąć należy, iż winny one być opłacone w ciągu 3 dni - najpóźniej w dniu 2 lutego 2013 roku, a więc od dnia 3 lutego 2013 roku pozwany pozostawał w opóźnieniu. Zaznaczyć przy tym należy, iż termin zapłaty określony w § 14.8 umowy (21 dni) dotyczył złożenia faktury, a nie ewentualnych brakujących oświadczeń podwykonawców.

Odnosząc się do zarzutów apelacji pozwanego dotyczących wskazanej wyżej kwestii oświadczeń podwykonawców i zapłaty na ich rzecz przez wykonawcę należności za wykonane roboty, przez pryzmat wymagalności należności z faktur będących przedmiotem niniejszego postępowania (punkt I ppt 2, 10g, h, i, x, y, aa, bb, cc, dd, punkt II ppt 4, 8 i 12 apelacji) na wstępie wskazać należy, iż zarzuty te dotyczą takich kwestii jak: braku oświadczeń od podwykonawców S., S. i K., faktycznej liczby podwykonawców zatrudnianych przez powoda – według skarżącego większej niż to przyznał pozwany, problemu dalszych podwykonawców, obowiązku umownego powoda wykazania fakturami zapłaty podwykonawcom należnego im wynagrodzenia, prawa pozwanego do wstrzymania się z płatnością wynagrodzenia powodowi do czasu zapłaty przez niego należności wszystkim podwykonawcom, faktycznej daty

zapłaty przez powoda wynagrodzenia należnego podwykonawcom, braku odpowiedniej formy oświadczeń w stosunku do wymogów umownych w tym względzie.

Wbrew zarzutom apelacji powód uczynił zadość obowiązkowi złożenia oświadczeń od wszystkich podwykonawców o treści odpowiadającej wymogom z § 14.14 umowy. I tak jeżeli chodzi o M. S. (1), to powód dostarczył pozwanemu porozumienie z 29 lutego 2012 roku zawarte z tym podwykonawcą, z którego wynika ostateczne rozliczenie między powodem a podwykonawcą (k. 1097). Fakt, że nie było to oświadczenie na odpowiednim druku jest nieistotny dla oceny wykonania przez powoda obowiązku z § 14.14 umowy – ważna jest treść porozumienia w kontekście celu, jakiemu miał służyć wymóg składania oświadczeń od podwykonawców – który to cel właściwie zidentyfikował ze stosowną argumentacją sąd I instancji. Z tego też względu niezasadnym jest zarzut apelacji dotyczący braku odpowiedniej formy części oświadczeń w stosunku do wymogów umownych w tym względzie – ważna bowiem jest treść złożonego oświadczenia – jeżeli spełnia ono wymogi § 14.14 umowy, to tym samym jego ewentualne braki formalne (nie taki druk jak w załączniku do umowy) są nieistotne. Zaznaczyć należy, iż oświadczenia podwykonawców wymogi § 14.14 umowy spełniają.

Odnosnie braku oświadczeń od wskazywanych przez pozwanego jako podwykonawcy Ł. S. i M. K. zauważyć należy, iż Ł. S. nie był podwykonawcą robót budowlanych bowiem świadczył jedynie usługi w zakresie wywozu śmieci (k. 601) podobnie jak M. K., który jedynie wynajął powodowi podnośnik (k. 788) a ponadto prace tym podnośnikiem były wykonywane już po dacie złożenia faktur – w styczniu 2013 roku (k. 788-789).

W apelacji pozwany zarzucił też, że powód faktycznie zatrudniał większą liczbę podwykonawców niż to ujawnił jak też jego podwykonawcy zatrudniali dalszych podwykonawców. W ocenie Sądu Apelacyjnego zarzuty powyższe są całkowicie gołosłowne i nie poparte jakimikolwiek dowodami. Na powyższe okoliczności pozwany wnosił o przesłuchanie wszystkich wskazanych przez powoda podwykonawców. Zauważyć należy, iż w istocie pozwany w ten sposób – poprzez przesłuchanie znanych mu podwykonawców powoda miał dopiero sformułować twierdzenia faktyczne o konkretnych podwykonawcach względnie dalszych podwykonawcach i ich liczbie, pracujących na rzecz powoda. W ocenie Sądu Apelacyjnego tak ukierunkowany wniosek dowodowy – na poszukiwanie faktów które będą stanowiły dopiero podstawę twierdzeń faktycznych, uznać należy za bezzasadny. Znamiennym jest że pozwany nie przedstawił żadnych dowodów, które by chociaż uprawdopodobniały fakt zatrudniania przez powoda innych jeszcze podwykonawców poza wskazanymi, względnie że prace na budowie wykonywali dalsi podwykonawcy. Również z punktu widzenia celu jakiemu miał służyć wymóg składania oświadczeń przez podwykonawców – zabezpieczenie zamawiającego przed ewentualnymi roszczeniami z ich strony – zarzuty owe wydają się być oczywiście niezasadne. Zamawiający nawet nie twierdzi, że kierują do niego żądania nieznanymi mu wcześniej podwykonawcy, a więc jedynym celem poszukiwania ewentualnych innych nieznanymi podwykonawców lub dalszych podwykonawców jest przesunięcie terminu wymagalności obu spornych faktur, co oczywiście na aprobatę zasługiwać nie może.

Nie sposób też zgodzić się z zarzutami apelacji opartymi na twierdzeniu, że z umowy miałby wynikać obowiązek powoda wykazania fakturami zapłaty podwykonawcom należnego im wynagrodzenia i prawo pozwanego do wstrzymania się z płatnością wynagrodzenia powodowi do czasu zapłaty przez niego należności wszystkim podwykonawcom.

Jak już wyżej wykazano, z § 14.15 umowy wynika co prawda obowiązek wykonawcy regulowania należności podwykonawcom, ale jednocześnie określono w jaki sposób ma on wykazywać dopełnienie tego obowiązku – przez złożenie stosownych oświadczeń przez podwykonawców, co też uczynił. Natomiast w żaden sposób nie wynika z umowy obowiązek wykonawcy wykazania fakturami, zapłaty podwykonawcom należnego im wynagrodzenia. Jeżeli chodzi z kolei o prawo wstrzymania się zamawiającego z zapłatą wynagrodzenia na rzecz wykonawcy do czasu zapłaty przez wykonawcę należności podwykonawcom, to same strony umowy w toku jej realizacji zapis ten realizowały a więc i rozumiały w ten sposób, że fakt zapłaty podwykonawcom wykonawca wykazywał składając brakujące oświadczenia, a nie faktury dowodzące zapłaty należności podwykonawcom. Co istotne sam zamawiający nigdy nie żądał od wykonawcy, w przypadku braku oświadczeń podwykonawców, przedstawienia faktur potwierdzających zapłatę na rzecz podwykonawców lecz zwywał do złożenia brakujących oświadczeń (k. 524, 540-569).

W tym kontekście oczywiście niezasadnym jest też zarzut, że ewentualne odsetki od spornych faktur należą się powodowi dopiero od faktycznej daty zapłaty przez niego wynagrodzenia należnego podwykonawcom. Zaznaczyć przy tym należy, iż złożone przez powoda umowy z podwykonawcami, faktury i dowody zapłaty (k. 801-1053 akt) potwierdzają zapłatę przez niego należności podwykonawcom. Co istotne, zapłata, w zakresie wymagalnej na datę wystawienia faktur będących przedmiotem sprawy, części tych należności, nastąpiła do tej daty. Zaznaczyć należy, iż zarzuty pozwanego o zapłacie części należności podwykonawcom w późniejszym czasie są o tyle niezasadne, że dotyczą zapłaty części wynagrodzenia podwykonawców zatrzymanego przez powoda zgodnie z postanowieniami umów z nimi jako zabezpieczenia z tytułu gwarancji. Z tego względu ta część należności podwykonawców była niewymagalna w dacie wystawienia faktur będących przedmiotem sprawy, a jeśli tak to nie dotyczy jej wymóg z § 14.14 umowy.

Podsumowując część rozważań dotyczących zarzutu pozwanego przedwcześnie żądania zapłaty z uwagi na brak oświadczeń podwykonawców w kontekście zarzutów apelacji, stwierdzić należy, iż ostatecznie apelacja w tym przedmiocie zasługiwała na uwzględnienie jedynie w zakresie określenia daty wymagalności obu faktur objętych żądaniem pozwów. Przyjmując bowiem, że pozwany miał prawo wstrzymać się z płatnością tych faktur do daty złożenia oświadczeń od podwykonawców, a ostatnie oświadczenie otrzymał 30 stycznia 2013 roku, faktury winien opłacić w ciągu 3 dni i pozostaje w opóźnieniu od dnia 3 lutego 2013 roku.

Kolejny zarzut, w oparciu o który pozwany domagał się oddalenia powództwa dotyczył żądania obniżenia wynagrodzenia należnego powodowi z tytułu dwóch faktur częściowych będących przedmiotem sprawy o kwotę stanowiącą równowartość prac objętych umową, a nie wykonanych przez powoda oraz wad w pracach wykonanych.

We wskazanym zakresie w ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne i prawne, które to sąd odwoławczy w pełni podziela i przyjmuje za własne

Odnosząc się w pierwszej kolejności do problemu wad w robotach wykonanych przez powoda zauważyć należy, iż sam powód nie kwestionował powyższego zaznaczając jednocześnie, że był gotów do usunięcia tych wad, co uniemożliwił mu pozwany. Fakt, że prace wykonane przez powoda były w określonym zakresie dotknięte wadami potwierdził też w swojej opinii biegły sądowy. Sama wadliwość prac wykonanych przez powoda nie przesądza jednak jeszcze o uprawnieniu pozwanego do żądania obniżenia należnego powodowi wynagrodzenia \ uwagi na owe wady.

Jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy, z uwagi na datę zawarcia umowy między stronami, zastosowanie do niej ma nie obowiązujący już przepis art. 637 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. Przepis art. 637 k.c. określa jakie uprawnienia przysługują zamawiającemu w sytuacji jeżeli dzieło ma wady – tak jak w sprawie niniejszej. Przepis ten wyraźnie wskazuje, że w takiej sytuacji może zamawiający żądać ich usunięcia wyznaczając przyjmującemu zamówienie odpowiedni termin. Skorzystanie z tego uprawnienia przez zamawiającego jest o tyle istotne, że wpływa na jego ewentualne dalsze uprawnienia w zależności od zachowania się przyjmującego zamówienie. Dopiero bowiem w sytuacji gdy przyjmujący zamówienie nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, ten ostatni może żądać obniżenia wynagrodzenia.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy pozwany w dniach 19 - 20 grudnia 2012 roku dokonał inwentaryzacji wad i usterek (protokół k. 450-505) przesyłając go wykonawcy. Zauważyć jednak należy, iż przesyłając ten protokół pozwany nie określił powodowi żadnego terminu do usunięcia wskazanych w protokole wad i usterek. Co istotne, powód zareagował przystępując do usuwania wad

(k. 3118-3126). Zaznaczyć należy, że pierwszym i jedynym wezwaniem powoda przez pozwanego do usunięcia wad i usterek określającym termin do wykonania powyższego jest wezwanie z dnia 17 stycznia 2013 roku (k. 3655 akt), określające termin do dnia 23 stycznia 2013 roku.

Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy, aby wezwanie do usunięcia wad było skuteczne, musi precyzyjnie i klarownie wskazywać wady jakie mają być usunięte. Tego wymogu wezwanie z dnia 17 stycznia 2013 roku nie spełnia. Co istotne, wady wskazane w protokole z k. 450-505 były sukcesywnie usuwane przez powoda w związku z czym nie jest wiadomym czy i jakie z tych wad były jeszcze nie usunięte w dacie wezwania z dnia 17 stycznia 2013 roku oraz czy

zamawiający nie stwierdził jeszcze innych wad, co nie jest wykluczonym w kontekście jego stwierdzenia w zarzutach do nakazu zapłaty, że proces opisywania wad i usterek jeszcze trwa (k. 84).

W konkluzji stwierdzić należy, że wezwanie z dnia 17 stycznia 2013 roku nie czyni zadość wymogom z art. 637 k.c., co tym samym skutkuje tym, że pozwanemu nie przysługuje prawo do żądania obniżenia wynagrodzenia z uwagi na wady prac wykonanych przez powoda. Takie stwierdzenie jest tym bardziej uzasadnione jeżeli zważyć, że pozwany mimo zakreślenia powodowi terminu na usunięcie wad i usterek do dnia 23 stycznia 2013 roku, już w dniu 21 stycznia 2013 roku złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy (k. 612 akt) zabraniając też od tego dnia wstępu pracownikom powoda na teren budowy i tym samym fizycznie uniemożliwiając im usunięcie wskazanych wad w określonym terminie (k. 1110 i 1113 – pisma powoda, k. 4166 odwrot – przyznanie pozwanego).

Żądanie obniżenia wynagrodzenia pozwany opierał też na twierdzeniu, że powód nie wykonał wszystkich prac objętych umową, precyzując swoje żądanie w tym przedmiocie w oparciu o ekspertyzę NOT (k. 636-684 akt).

W zakresie prac nie wykonanych spór dotyczył w szczególności docieplenia ścian i dachu, posadzki na hali, kanału technologicznego, węzła cieplnego, prób ciepłej wody użytkowej (cwu), rozruchu 72-godzinnej wentylacji mechanicznej. Powód nie kwestionował nie wykonania wskazanych wyżej prac z tym, że w zakresie posadzki na hali, węzła cieplnego, prób ciepłej wody użytkowej (cwu) i rozruchu 72-godzinnej wentylacji mechanicznej, nie przecząc, że były objęte one umową, wskazywał, że z przyczyn leżących po stronie pozwanego nie mógł tych prac wykonać. Wskazywał też, że w protokole końcowego odbioru robót uwzględnił prace nie wykonane a objęte umową (k. 1118) wystawiając końcową fakturę jedynie za faktycznie wykonane roboty.

Faktura końcowa za roboty objęte umową była przedmiotem postępowania w sprawie I A Ca 741/16, co jest znane z urzędu sądowi orzekającemu jak i stronom, bowiem obie sprawy były rozpoznawane przez ten sam skład orzekający w tych samych terminach. Jako że pozwany w zakresie wyżej wskazanych prac nie wykonanych przez powoda, czego ten nie kwestionował, tj. posadzki na hali, węzła cieplnego, prób ciepłej wody użytkowej (cwu) i rozruchu 72-godzinnej wentylacji mechanicznej, domagał się obniżenia wynagrodzenia także w sprawie I A Ca 741/16, sąd uznał za zasadne ostatecznego rozliczenia z tego tytułu dokonać w sprawie I A Ca 741/16 jako dotyczącej faktur końcowych wystawionych przez powoda, w których to w istocie uwzględnił on fakt m.in. nie wykonania posadzki w hali stosownie obniżając należne wynagrodzenie.

W zakresie prac nie wykonanych przez powoda, a polegających na dociepleniu ścian i dachu i wykonaniu kanału technologicznego, spór między stronami sprowadzał się do tego, czy prace w tym zakresie było objęte umową łączącą strony czy też nie.

W tej mierze wypowiadał się biegły sądowy, który w obszernej i bardzo szczegółowej opinii wyraził stanowczy pogląd, że analizując dokumentację techniczną oraz korespondencję między stronami należy uznać, że umowa łącząca strony nie obejmowała wykonania ścian i dachu hali z dociepleniem, jak też kanału technologicznego - z uwagi na brak projektu tego kanału.

W ocenie Sądu Apelacyjnego powyższe stanowisko biegłego znajduje oparcie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. I tak wskazać należy na istotne rozbieżności w dokumentacji technicznej sporządzonej i dostarczonej przez pozwanego powodowi w zakresie konstrukcji dachu i ścian hali. Oto bowiem w projekcie architektoniczno-budowlanym (k. 1951, 1970) przewidziano pokrycie dachu – blacha trapezowa, ściany zewnętrzne w części produkcyjnej – jednowarstwowe – blacha trapezowa. Z kolei w przedmiarze robót (k. 2284) przewidziano ściany bez docieplenia, dach z dociepleniem. Dalej w projekcie wykonawczym (k. 2128) zapisano: ściany i dach z blachy trapezowej (bez docieplenia). Wreszcie w opisie przedmiotu zamówienia (k. 1887) – szczegółowe wymagania techniczne: ściany osłonowe z płyt warstwowych z rdzeniem z wełny mineralnej oraz blacha fałdowana (k. 1896).

Przy takich rozbieżnościach biegły słusznie nadał priorytetowe znaczenie zapisom projektu wykonawczego, jako podstawy do wykonywania prac przez wykonawcę. Co istotne – wykonawca nie może realizować prac wbrew zapisom projektu wykonawczego. Dopiero zmiana tego projektu przez uprawnionego projektanta, ewentualnie

stosowny wpis tego projektanta w dzienniku budowy dotyczący zmiany projektu – co w zakresie docieplenia byłoby wystarczające (vide: uzasadnienie decyzji Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego – k. 4618, 4655, 4652, 4801) umożliwił by wykonawcy wykonanie prac odmiennie niż w pierwotnym projekcie wykonawczym. Znamiennym też jest i to, że to sam wykonawca w trakcie wykonywania hali zwrócił uwagę zamawiającemu na problem ewentualnego docieplenia hali, bowiem bez docieplenia będzie się skraplać para na ścianach i dachu hali. Z kolei zamawiający na tą propozycję zareagował prośbą o czas na zastanowienie – co wskazuje na to że w istocie nie był sam pewien czy hala ma być docieplona czy też nie (vide: korespondencja między stronami w tym przedmiocie – k. 1138, 1143, 3034, 3747, 1151, 2852-3).

Jeżeli chodzi o kanał technologiczny, brak również jest podstaw do kwestionowania opinii biegłego w tym zakresie. Bezsprzeczne jest, że zamawiający w dostarczonej powodowi dokumentacji projektowej nie zawarł projektu kanału technologicznego, zaznaczając jedynie jego ogólne umiejscowienie w hali. Biegły logicznie argumentował, że bez takiego projektu wykonanie kanału jest niemożliwe bowiem nie są znane jego parametry techniczne. Z kolei oczekiwania pozwanego że to pracownik powoda taki projekt wykona są oczywiście nieuzasadnione. Nie można też czynić zarzutu powodowi, że nie dostrzegł braku projektu kanału w dostarczonej dokumentacji. Zauważyć należy, iż zapisy umowy wskazywały na niekompletność dokumentacji projektowej, która miała być sukcesywnie dostarczana (§ 2.23 i 14.14.7 umowy). Stąd powód miał prawo nie przywiązać wagi do braku dokumentacji projektowej kanału uznając, że będzie ona uzupełniona w trakcie realizacji inwestycji. Oczywistym też jest, że brak projektu uniemożliwił objęcie jego wykonania ofertą powoda (brak jakichkolwiek danych do kalkulacji kosztów wykonania). Mimo licznych monitów powoda, pozwany brakującej dokumentacji dotyczącej kanału nie dostarczył uniemożliwiając wycenę tego elementu jak i jego wykonanie (k. 3481, 1181, 1152, 1217, 1232, 3589, 3653).

Reasumując, w ocenie Sądu Apelacyjnego opinia biegłego w zakresie docieplenia ścian i dachu oraz kanału technologicznego jest w pełni miarodajna i znajduje oparcie w materiale dowodowym, stąd Sąd Okręgowy zasadnie uznał, że powyższy zakres prac nie był objęty umową, a więc ich nie wykonanie przez powoda nie uzasadnia żądania obniżenia należnego mu wynagrodzenia.

Odnosząc się do zarzutów apelacji pozwanego dotyczących nie uwzględnienia jego żądania obniżenia wynagrodzenia z uwagi na wadliwość prac wykonanych przez powoda oraz nie wykonanie przez powoda wszystkich prac objętych umową zauważyć należy, że jeżeli chodzi o zarzuty dotyczące wadliwości wykonania prac przez powoda, to dla oceny ich zasadności istotne znaczenia miał fakt, że tak Sąd Okręgowy jak i Sąd Apelacyjny przyjęły, iż po stronie pozwanego nie zaktualizowała się sama możliwość żądania obniżenia wynagrodzenia na mocy art. 637 w zw. z art. 656 § 1 k.c. – co wyżej już wykazano ze stosowną argumentacją. Stąd oczywiście bezprzedmiotowym było ustosunkowywanie się do zarzutów apelacji dotyczących generalnie wadliwości prac wykonanych przez powoda, w szczególności samego występowania i zakresu tych wad czy kosztów ich usunięcia, skoro sam fakt wadliwości prac wykonanych przez powoda nie dawał podstaw do żądania obniżenia wynagrodzenia z tego tytułu. Ustosunkowania się wymaga natomiast zarzut naruszenia art. 637 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. (punkt II ppkt 2 zarzutów apelacji).

W ocenie Sądu Apelacyjnego zarzut powyższy jest oczywiście niezasadny. Pozwany powołuje się na protokół wad i usterek z dnia 19 grudnia 2012 roku argumentując, że skoro protokół ten pozwany przekazał powodowi – co wymaga podkreślenia, bez żadnego wezwania do usunięcia wad i usterek w nim wskazanych a przede wszystkim bez określenia terminu ewentualnego usunięcia tychże – to jego wezwanie z dnia 17 stycznia 2013 roku odnosi się do wad i usterek w tym właśnie protokole wskazanych. Zauważyć jednak należy, iż w zarzutach do nakazu zapłaty (k. 84) sam pozwany przyznaje, że ciągle trwa opisywanie wad i usterek – w dacie 26 lutego 2013 roku (data sporządzenia zarzutów). Nadto pomiędzy datą sporządzenia wskazanego protokołu, a wezwaniem do usunięcia wad i usterek minęły ponad trzy tygodnie, w trakcie którego to czasu powód usuwał usterki z tego protokołu. Wreszcie co najistotniejsze – pozwany wzywając powoda do usunięcia wad i usterek określił mu konkretny termin – 23 stycznia 2013 roku, a następnie nie czekając na jego wpływ, w dniu 21 stycznia 2013 roku odstąpił od umowy jednocześnie pozbawiając powoda dostępu do budowy i tym samym uniemożliwiając mu usunięcie we wskazanym terminie wad i usterek. Nawet więc jeśli uzna się wezwanie z dnia 17 stycznia 2013 roku za skuteczne, to z uwagi na uniemożliwienie uczynienia mu zadość przez powoda poprzez zamknięcie dostępu do budowy, nie sposób uznać, by można zarzucić powodowi nie usunięcie

wad w terminie wyznaczonym skutkujące możliwością żądania przez pozwanego obniżenia wynagrodzenia z uwagi na wadliwość prac wykonanych przez powoda.

Z punktu widzenia interesów powoda istotnym jest też i to, że szereg prac wykonywał on przy pomocy podwykonawców i to do nich kierował wezwania do usunięcia wad wskazanych przez pozwanego (k. 3118-3128). W takiej sytuacji uniemożliwienie mu usunięcia wad w określonym terminie, a następnie żądanie obniżenia wynagrodzenia z uwagi na nie usunięte wady mogło by go pozbawić możliwości regresowania roszczeń z tytułu wad do podwykonawców. Jest to zwłaszcza widoczne w przypadku płyt drogowych, których dostawca deklarował powodowi wymianę płyt wadliwych, a co przy postawie pozwanego stało się co do zasady niemożliwym.

Odnosząc się z kolei do zarzutów pozwanego dotyczących robót nie wykonanych przez powoda wskazać należy, że chybionym jest zarzut pominięcia przez biegłego części tych robót – z odwołaniem się do protokołu nr (...) (zarzut z punktu I ppkt 7 tiret ostatni na stronie 5707 akt). Zauważyć należy, że pozwany domagając się obniżenia wynagrodzenia z tytułu robót nie wykonanych przez powoda (k. 1855 akt) wyraźnie wskazał zakres robót nie wykonanych i ich wartość odwołując się w tym względzie do złożonej do akt ekspertyzy NOT (k. 636-684 akt), w której to wyraźnie sprecyzowano zakres prac nie wykonanych, za które pozwany domaga się obniżenia wynagrodzenia (k. 663). Porównując zestawienie z k. 663 z zestawieniem przedstawionym w zarzucie zauważyć należy, iż prac z k. 5707 odwrót nie wskazał pozwany jako nie wykonanych przez powoda w żądaniu obniżenia wynagrodzenia.

Nie sposób też podzielić zarzutów pozwanego zawartych w punkcie I ppkt m, oraz w punkcie II ppkt 7. Ten ostatni zarzut sprowadza się do tezy, że zapisami umowy dokonano modyfikacji projektu w aspekcie docieplenia dachu i ścian. Takie stanowisko jest oczywiście niezasadne bowiem modyfikacji projektu może dokonać nie inwestor w umowie z wykonawcą lecz wyłącznie projektant na życzenie inwestora – przez sporządzenie projektu zamiennego względnie wpis do dziennika budowy – przy zmianach nieistotnych (vide: wyżej powołane stanowisko Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego). Z tych samych względów nie sposób podzielić zarzutu z punktu I ppkt l, który oparty jest na podobnej tezie o możliwości zmiany projektu przez inwestora i wykonawcę w umowie bądź kosztorysanta w sporządzonym przedmiarze robót - bez udziału projektanta. Zarzut z punktu I ppkt m jest z kolei niezasadnym bowiem – jak już wyżej wykazano, bez projektu technicznego wykonanie kanału technologicznego jest niemożliwe z uwagi na brak danych o jego parametrach – na co słusznie wskazał biegły. Istotnie wykonawca braku dokumentacji projektowej w tym zakresie nie dostrzegł jednakże jego brak reakcji jest o tyle uzasadniony, że generalnie umowa przewidywała, że część dokumentacji projektowej będzie dostarczana w trakcie realizacji inwestycji – co mogło też dotyczyć projektu kanału technologicznego, zwłaszcza że na jego kształt mogły mieć wpływ parametry i rozmieszczenie maszyn i urządzeń w hali, co do których brak było przecież danych w trakcie realizacji budowy.

Kolejnym zarzutem, jakim pozwany zwalczał żądanie pozwu był zarzut potrącenia kwoty 425.000 zł z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca (§ 15.1.2 umowy).

W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy prawidłowo przyjął, iż oświadczenie pozwanego o odstąpieniu od umowy było bezskuteczne z uwagi na niezaistnienie przesłanek ku temu wskazywanych przez pozwanego i jego ustalenia w tym przedmiocie w pełni podziela przyjmując jednocześnie za własne.

W odstąpieniu od umowy (k. 612-613 akt) zamawiający jako przyczyny owego odstąpienia wskazał: naruszenie postanowień umownych w zakresie trybu zatrudniania podwykonawców, wadliwość prac wykonanych przez wykonawcę oraz rażące opóźnienie wykonawcy w realizacji inwestycji.

W zakresie naruszenia postanowień umownych dotyczących trybu zatrudniania podwykonawców zauważyć należy, iż jak to trafnie wskazał sąd I instancji, zamawiający swoimi działaniami takimi jak wzywaniu do złożenia oświadczeń od podwykonawców o uregulowaniu na ich rzecz wynagrodzenia przez wykonawcę, kierowaniu pism w tym przedmiocie do samych podwykonawców, dał jednoznacznie wyraz temu, że co do zasady akceptuje ich obecność na placu budowy. Przesądżającym w uznaniu, że fakt zatrudniania podwykonawców bez wyczerpania formalnie trybu przewidzianego w umowie, nie może stanowić podstawy odstąpienia przez zamawiającego od umowy jest jednak to, że w § 10 ust. 10.2

umowy, gdzie przewidziano prawo zamawiającego odstąpienia od umowy w przypadku zatrudniania podwykonawców przez wykonawcę bez zgody zamawiającego, nie określono terminu, w jakim zamawiający może z tego uprawnienia skorzystać. Wymóg określenia terminu, w jakim strona umowy może skorzystać z umownego prawa odstąpienia od umowy zawiera, regulujący tę kwestię art. 395 § 1 k.c.

Brak określenia terminu, o którym mowa czyni samo zastrzeżenie prawa odstąpienia od umowy nieważnym. Nawet więc jeśli przyjąć, wbrew wcześniejszemu wywodowi, że zamawiający nie zaakceptował podwykonawców, to z uwagi na nie zastrzeżenie terminu, w jakim mógłby odstąpić od umowy z uwagi na zatrudnienie podwykonawców bez jego zgody, nie mógł on skorzystać z umownego prawa odstąpienia z uwagi na nieważność tego postanowienia umowy.

Odnosząc się z kolei do kolejnej wskazywanej przez pozwanego przyczyny odstąpienia od umowy, a mianowicie wadliwości wykonanych przez powoda prac, zauważyć należy, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, mając na uwadze wezwanie pozwanego skierowane do powoda w dniu 17 stycznia 2013 roku (k. 3655 akt), w którym to wezwał powoda do usunięcia w określonym terminie wszystkich wad i usterek, jako podstawę odstąpienia od umowy z uwagi na wady i usterki można przyjąć jedynie art. 637 § 2 k.c.

Z treści wskazanego przepisu wynika jednoznacznie, że aby skorzystać z uprawnienia do odstąpienia od umowy, w nim przewidzianego, należy wezwać wykonawcę do usunięcia precyzyjnie i klarownie wskazanych wad wyznaczając mu odpowiedni termin. Jak już wyżej wskazano, przy ocenie skuteczności zarzutu pozwanego, obniżenia należnego wykonawcy wynagrodzenia z uwagi na wady i usterki prac przez niego wykonanych, wezwanie pozwanego nie czyniło zadość wymogom z art. 637 k.c., co skutkuje tym, że pozwanemu nie przysługuje prawo do odstąpienia od umowy z uwagi na nie usunięcie przez wykonawcę wad w określonym terminie. Powtórzyć też należy, że takie stwierdzenie jest tym bardziej uzasadnione jeżeli zważyć, że pozwany mimo określenia powodowi terminu na usunięcie wad i usterek do dnia 23 stycznia 2013 roku, już w dniu 21 stycznia 2013 roku złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy (k. 612 akt) zabraniając też od tego dnia wstępu pracownikom powoda na teren budowy i tym samym fizycznie uniemożliwiając im usunięcie wskazanych wad w określonym terminie (k. 1110 i 1113 – pisma powoda, k. 4166 odwrot – przyznanie pozwanego).

W oświadczeniu o odstąpieniu od umowy zamawiający powołał się też na art. 636 § 1 k.c. Sąd Apelacyjny w zakresie niemożności jednoczesnej realizacji ochrony zamawiającego na podstawie wskazanego przepisu i art. 637 k.c. podzieliła stanowisko Sądu Okręgowego, a nadto wskazuje na nie wykazanie przez pozwanego, by skierował do powoda wezwanie do zmiany sposobu wykonywania umowy wyznaczając mu w tym celu odpowiedni termin, co analogicznie jak przy regulacji z art. 637 k.c., warunkuje możliwość skorzystania z uprawnienia do odstąpienia od umowy.

Na marginesie rozważań o możliwości odstąpienia przez zamawiającego od umowy na podstawie art. 637 k.c., przywołać należy też – w pełni podzielane przez Sąd Apelacyjny – trafne stanowisko Sądu Okręgowego, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, mając na uwadze tezy opinii biegłego, nie sposób przyjąć, by pozwanemu przysługiwało ewentualnie prawo odstąpienia od umowy z uwagi na nieusuwalność wad prac wykonanych przez powoda ewentualnie nieusuwalny charakter tych wad.

Ostatnią podstawą oświadczenia o odstąpieniu od umowy wskazywaną przez pozwanego było rażące opóźnienie wykonawcy w realizacji inwestycji.

Oceniając, czy wskazana przesłanka odstąpienia od umowy zaistniała, w pierwszej kolejności przypomnieć należy, iż zgodnie z § 15 ust. 15.1-15.1.1 umowy, kary umowne od wykonawcy na rzecz zamawiającego należały się w przypadku m.in. niewykonania umowy oraz za opóźnienie w wykonaniu umowy. Z kolei w § 3 ust. 3.1 ppkt b umowy strony jednoznacznie określiły termin wykonania umowy – 31 października 2012 roku. W takiej sytuacji to w odniesieniu do wskazanej wyżej daty wykonania umowy, a nie daty zakończenia prac (§ 3 ust. 3.1 ppkt a umowy – 31 lipca 2012 roku) należało oceniać czy powód opóźnił się w wykonaniu umowy.

Sąd Okręgowy w powyższej kwestii odwołał się do opinii biegłego, który jednoznacznie w swojej opinii stwierdził, że powód w terminie umownym wykonał wszystkie prace, które mógł wykonać. Sąd Apelacyjny owe stanowisko

sądu I instancji jak i jego ocenę wiarygodności opinii biegłego w pełni podziela. Biegły bowiem w bardzo obszernej i szczegółowej opinii przeanalizował cały proces inwestycyjny, korespondencję pomiędzy stronami, zaś swoje wnioski wysnute w oparciu o powyższe przekonywująco uzasadnił. Analiza zarzutów pozwanego zgłaszanych do tejże opinii wskazuje na ich ewidentnie polemiczny charakter. Zarzucając biegłemu pominięcie części materiału dowodowego, zapisów dziennika budowy czy też części korespondencji między stronami, pozwany jednocześnie nie wskazuje precyzyjnie jakie to dokumenty, zapisy czy korespondencję biegły pominął względnie jakie znaczenie owe dokumenty, zapisy czy korespondencja miały by znacznie dla ostatecznych wniosków opinii biegłego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego najistotniejsze jednak znaczenie dla oceny terminowości wykonania prac przez powoda miało rozstrzygnięcie sporu między stronami w zakresie prac bezspornie nie wykonanych przez powoda, a więc docieplenia ścian i dachu hali, nie wykonania kanału technologicznego, posadzki w hali, węzła c.o., próby ciepłej wody użytkowej i rozruchu 72-godzinnej wentylacji mechanicznej. Jak wyżej wskazano, powyższe prace bezspornie nie zostały przez powoda wykonane.

Jak wyżej – przy rozważaniach dotyczących zarzutu pozwanego obniżenia wynagrodzenia dochodzonego przez powoda o wartość prac nie wykonanych – już wskazano, analiza dokumentacji technicznej dostarczonej powodowi przez pozwanego nie daje podstaw do przyjęcia, by umowa obejmowała docieplenie ścian i dachu oraz wykonanie kanału technologicznego. Nie wykonanie więc powyższego przez powoda w terminie umownym nie może stanowić podstawy do stwierdzenia opóźnienia w wykonaniu umowy.

Inaczej ma się rzecz jeżeli chodzi o pozostałe wyżej wskazane prace, bowiem powód nie kwestionował, że w ramach umowy miał je wykonać, jednakże twierdził, że z przyczyn leżących po stronie pozwanego nie mógł ich wykonać. Gotowość powoda do wykonania posadzki w hali, węzła c.o., próby ciepłej wody użytkowej i rozruchu 72-godzinnej wentylacji mechanicznej nie może budzić wątpliwości w świetle bardzo bogatej korespondencji między stronami w tym względzie (k. 1181, 1217, 1255, 3486, 3489, 3589, 1116-17 akt). Bezspornym też było między stronami, że po ostatecznym wezwaniu pozwanego przez powoda do dostarczenia brakującej dokumentacji umożliwiającej wykonanie kanału technologicznego (za stosowym wynagrodzeniem jako nie objętego umową) i posadzki na hali, a w konsekwencji następnie - węzła c.o., próby ciepłej wody użytkowej i rozruchu 72-godzinnej wentylacji mechanicznej – jako prac zależnych od tych wcześniej wymienionych – powód z tego właśnie powodu (braku dokumentacji umożliwiającej wykonanie wskazanych prac) od umowy odstąpił.

Kwestia niemożności wykonania przez powoda kanału technologicznego z uwagi na brak dokumentacji projektowej, którą winien dostarczyć pozwany, została już przedstawiona wyżej – w ramach rozważań dotyczących kwestii ewentualnego obniżenia wynagrodzenia o wartość prac nie wykonanych, zbędnym więc jest jej ponowne przytaczanie. Jeżeli z kolei chodzi o problem posadzki na hali, to w tej mierze jasno i jednoznacznie wypowiedział się biegły w opinii, wskazując, że przy braku danych dotyczących maszyn, jakie miały być zainstalowane na hali, ich umiejscowienia, projektu fundamentów pod owe maszyny i wreszcie projektu kanału technologicznego, nie było możliwości wykonania posadzki na hali. Biegły bardzo logicznie argumentował, że dane dotyczące maszyn – determinujące parametry fundamentów pod nie, były niezbędne. W pierwszej bowiem kolejności należy wykonać fundamenty blokowe pod maszyny – często posadowione powyżej lub poniżej posadzki na hali, następnie wykonać kanał technologiczny zapewniający doprowadzenie do owych maszyn stosownych mediów (energia elektryczna, itp.) a dopiero w dalszej kolejności posadzkę na hali. Taka kolejność prac nawet dla laika wydaje się być oczywista. Biegły wskazał też, z jakich przyczyn nie zasadnym jest wykonywanie najpierw posadzki na hali a następnie fundamentów pod maszyny i kanału technologicznego – wycinanie fragmentów posadzki aby wykonać fundamenty blokowe pod maszyny i kanał technologiczny może powodować osypywanie się gruntu spod pozostawionej części posadzki i zagrażać utratą przez nią podbudowy.

W ocenie Sądu Apelacyjnego tezy opinii biegłego we wskazanym zakresie są tak przekonywujące i logiczne, że nie mogą budzić wątpliwości co do swej trafności. Oczywistą konsekwencją niemożności wykonania posadzki na hali jak i przede wszystkim kanału technologicznego, w którym przecież miały znajdować się między innymi przewody doprowadzające

ciepłą wodę użytkową z węzła c.o. była też niemożność wykonania węzła c.o., a w dalszej kolejności – przy braku węzła c.o. - próby ciepłej wody użytkowej i rozruchu 72-godzinnej wentylacji mechanicznej.

Konkludując, skoro bezspornym było, że pozwany oczekiwał wykonania wskazanych wyżej prac, a pozwany był gotów je wykonać, z tym, z przyczyn leżących po stronie pozwanego (brak dokumentacji) nie mógł ich wykonać, to trudno uznać za zasadny zarzut, że powód z własnej winy opóźnił się z wykonaniem umowy. Powód aż do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy miał bowiem świadomość konieczności wykonania kanału technologicznego, posadzki w hali, węzła c.o., próby ciepłej wody użytkowej i rozruchu 72-godzinnej wentylacji mechanicznej. W istocie więc aż do momentu odstąpienia od umowy pozostawał w opóźnieniu w zakresie wykonania wskazanych wyżej prac – z tym że było to opóźnienie zawinione przez pozwanego. W takiej zaś sytuacji w ocenie Sądu Apelacyjnego bezprzedmiotowym jest dla oceny opóźnienia się powoda w wykonaniu umowy to czy ewentualnie niektóre prace objęte umową wykonał kilka dni po terminie wskazanym w umowie, skoro miał świadomość konieczności wykonania jeszcze prac wyżej wskazanych – po uzupełnieniu dokumentacji przez pozwanego.

Zauważyć też należy, że pewne prace na budowie z natury rzeczy wykonuje się po zakończeniu innych – np. dokumentacja. Tak więc, jeśli wykonawca ma świadomość konieczności wykonania jeszcze określonych prac typowo budowlanych (kanał technologiczny, posadzka na hali), to trudno mu czynić zarzut opóźniania się z wykonaniem innych prac o charakterze typowo kończącym proces budowlany.

W ocenie Sądu Apelacyjnego niezmiernie istotnym dla oceny zaistnienia podstawy do odstąpienia od umowy z uwagi na opóźnienie w wykonaniu umowy przez powoda z powołaniem się na art. 635 k.c. jest też i to, że pozwany wzywając powoda pismem z dnia 17 stycznia 2013 roku do zakończenia prac do dnia 23 stycznia 2013 roku dał w istocie dowód swemu przekonaniu, że w tym terminie jest możliwe wykonanie wszystkich prac. Nie czekając jednak na to, czy powód uczyni zadość owemu wezwaniu, już w dniu 21 stycznia 2013 roku złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Takie zachowanie zamawiającego jest skrajnie nielojalne wobec wykonawcy, i jako takie chociażby w świetle treści art. 5 k.c. na aprobatę nie zasługuje.

W apelacji pozwany sformułował szereg zarzutów dotyczących uznania przez sąd I instancji za nieskuteczne oświadczenia zamawiającego o odstąpieniu od umowy i w konsekwencji nie uwzględnienia zarzutu potrącenia kwoty 425.000 zł z tytułu naliczonej kary umownej.

I tak jeżeli chodzi o zarzuty dotyczące nie wykonania przez powoda kanału technologicznego i posadzki na hali, to są one oczywiście bezzasadne. Jak już wyżej wykazano, powód z przyczyn leżących wyłącznie po stronie pozwanego nie był w stanie tych prac wykonać, z tym że z uwagi na brak projektu kanału technologicznego co do zasady nie był on objęty umową stron, zaś wykonanie posadzki na hali było technicznie uzasadnione jedynie w przypadku wcześniejszego wykonania fundamentów blokowych pod maszyny i kanału technologicznego. Nie wykonanie z kolei takich prac jak węzeł c.o., próba cwu czy rozruch wentylacji mechanicznej było prostą konsekwencją niemożności wykonania posadzki na hali i kanału technologicznego. Zarzuty pozwanego w tym względzie sprowadzają się w istocie do powtórzenia jego stanowiska prezentowanego w toku całego procesu i tym samym mają charakter czysto polemiczny.

Kolejna grupa zarzutów pozwanego dotyczy problemu opóźnienia powoda w wykonaniu umowy. W tej mierze powtórzyć należy, że opóźnienia po stronie pozwanego nie można upatrywać w niewykonaniu docieplenia dachu i ścian hali, a to z uwagi na fakt, że – jak wyżej wykazano – nie było to objęte umową łączącą strony. Z kolei w zakresie takich prac jak kanał technologiczny – który powód był gotów wykonać za dodatkowym wynagrodzeniem, posadzka na hali, węzeł c.o., próba cwu i wentylacji mechanicznej, opóźnienie powoda jest oczywiste lecz – jak wykazano, z przyczyn leżących wyłącznie po stronie pozwanego. Podkreślić też należy, że jak słusznie wskazał biegły, powód w terminach umownych wykonał wszystkie te prace, które mógł wykonać, zaś ewentualne wykonanie części prac po terminie zakończenia prac na obiekcie czy też po terminie wykonania umowy było spowodowane wyłącznie określonymi zaniechaniami pozwanego. W ocenie Sądu Apelacyjnego ta teza opinii biegłego znajduje pełne oparcie w materiale dowodowym, w szczególności w korespondencji między stronami.

Zauważyć należy, że już zapisy umowy łączącej strony wskazywały na ewentualne problemy, jakie mogą wystąpić w trakcie jej realizacji. I tak z zapisów § 2 ust. 2.3 oraz § 14 ust. 14.7 umowy wynika, że na datę zawarcia umowy trwały jeszcze prace projektowe dotyczące części elementów obiektu objętych umową. To niewątpliwie rzutowało na terminowość prac. Przypomnieć tylko należy, iż gdy powód dopominał się rozpoczęcia prac elektrycznych, to pozwany informował, że trwają jeszcze prace projektowe. Z kolei jeżeli chodzi o parametry maszyn mających być zainstalowanymi na hali (problem fundamentów blokowych pod te maszyny), to jak wykazał powód, zostały one zamówione przez pozwanego dopiero w grudniu 2012 roku – po terminie w jakim umowa miała być jako całość wykonana.

Reasumując, w ocenie Sądu Apelacyjnego zarzuty pozwanego dotyczące oceny skuteczności jego oświadczenia o odstąpieniu od umowy w kontekście naliczonej z tego tytułu i następnie potrąconej kary umownej, jako niezasadne na uwzględnienie nie zasługiwały.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu pozwanego, jakim zwalczał on żądanie pozwu, a mianowicie zarzutu zatrzymania kwoty 255.000 zł tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Sąd Apelacyjny w pełni podziela w tej kwestii stanowisko Sądu Okręgowego. Bezspornym jest, że umownemu obowiązkowi zabezpieczenia należytego wykonania umowy pozwany uczynił zadość składając gwarancję bankową. Bezspornym jest też, że nie mogąc uzyskać przedłużenia tejże gwarancji powód zadeklarował pozwanemu uczynienie zadość obowiązkowi zabezpieczenia przez zgodę na zatrzymanie przez pozwanego kwoty 255.000 zł z należności przysługujących mu od pozwanego z tytułu wykonanych prac. Niemniej jednak zauważyć należy, że pozwany de facto z takiego sposobu zabezpieczenia nie skorzystał lecz skierował do gwaranta żądanie wypłacenia kwoty z udzielonej gwarancji, a postępowanie sądowe w tym przedmiocie toczy się. W takiej sytuacji Sąd Okręgowy słusznie przyjął, że zgoda powoda na zatrzymanie kwoty 255.000 zł tytułem zabezpieczenia przy wcześniejszym żądaniu pozwanego skierowanym do gwaranta czyni to oświadczenie powoda bezskutecznym. Fakt, że pozwany nie uzyskał jeszcze owej kwoty od gwaranta, bowiem sprawa o zapłatę jest jeszcze w toku jest tu bez znaczenia. W istocie pozwany artykułując w przedmiotowym postępowaniu zarzut zatrzymania kwoty 255.000 zł przy jednoczesnym podtrzymywaniu żądania jej zasądzenia od gwaranta, chce uzyskać podwójne zabezpieczenie, co nie znajduje oparcia w umowie łączącej strony. Wybór pozwanego realizacji zabezpieczenia należytego wykonania umowy w postaci skierowania żądania z tego tytułu do gwaranta jest wiążący, skoro do chwili obecnej tego żądania nie wycofał.

Zarzuty apelacji pozwanego w powyższej kwestii sprowadzają się do powtórzenia argumentacji prezentowanej w postępowaniu przed Sądem Okręgowym i opierają się na stwierdzeniu, do chwili obecnej owej kwoty 255.000 zł z tytułu gwarancji od gwaranta nie uzyskał. Zarzut powyższy jest o tyle niezasadny, że pozwany sam dokonał wyboru w jaki sposób chce zrealizować zabezpieczenie i w związku z powyższym musi ponosić konsekwencje swojego wyboru.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu pozwanego odliczenia kwoty będącej równoważnością uprawnień gwarancyjnych stwierdzić należy, że zasadniczo pozwany nie wskazał podstawy swego żądania w tej mierze. Analiza postanowień umowy w części dotyczącej zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie daje podstaw do formułowania takiego żądania przez pozwanego względem powoda. Przy braku zabezpieczenia należytego wykonania umowy w zakresie gwarancji i rękojmi ze strony wykonawcy umowa jedynie przewiduje uprawnienie zamawiającego do zatrzymania odpowiedniej części środków z zabezpieczenia należytego wykonania samej umowy (§ 19 ust. 19.5 umowy).

Pozwany swoje żądanie opiera na stwierdzeniu, że nie będzie mógł skorzystać z uprawnień gwarancyjnych z uwagi na odstąpienie od umowy. W apelacji z kolei pozwany wskazuje, że wbrew twierdzeniom Sądu I instancji nawet przy założeniu że jego oświadczenie o odstąpieniu od umowy nie odniosło skutku to także powód odstąpił od umowy. Zauważyć jednak należy, że odstąpienie powoda od umowy dotyczy w sposób oczywisty niewykonanej części umowy, tak więc w zakresie wykonanej części umowy pozwanemu przysługują uprawnienia gwarancyjne przewidziane w umowie.

Reasumując, brak jest podstaw do formułowania przez pozwanego żądania jak wyżej, zaś w apelacji nie sformułował on zarzutów, które mogłyby podważyć słuszność takiego stwierdzenia.

Ostatni zarzut jakim pozwany zwalczał żądanie pozwu był zarzut przedwczesności żądania w zakresie 50% kwoty 883.939,95 zł zafakturowanej na koniec lipca 2012 roku. W tej mierze odwoływał się on do postanowienia umowy zawartego na harmonogramie rzeczowo-finansowym stanowiącym integralną część umowy, gdzie zapisano, że 50% kwoty 883.939,50 zł przewidzianej jako należność za założony przerób na lipiec 2012 roku będzie zafakturowana na koniec lipca 2012 roku zaś 50% na podstawie faktury końcowej i wypłacona po podpisaniu Protokołu przyjęcia Obiektu do eksploatacji (k. 15-15a akt).

W odniesieniu do powyższego zauważyć należy, iż bezspornym było w przedmiotowej sprawie, że roboty wykonane w lipcu 2012 roku zostały przez powoda zafakturowane w fakturze (...) z 30 sierpnia 2012 roku w pełnej wysokości wartości tych robót, a więc bez uwzględnienia powyższego zapisu umowy (k. 1524 akt). Bezspornym też było, że tak sporządzona faktura została przez pozwanego zaakceptowana i podpisana. W ocenie Sądu Apelacyjnego w takiej sytuacji uzasadnionym jest stwierdzenie Sądu Okręgowego, że w ten sposób strony umowy w istocie dokonały jej zmiany we wskazanym zapisie o fakturowaniu robót na koniec lipca 2012 roku, przy uwzględnieniu wymogu formy pisemnej zmiany umowy pod rygorem nieważności (§ 21.21.4 umowy). Wbrew zarzutowi apelacji w tym przedmiocie, taka wykładnia postanowień umowy nie narusza art. 65 § 2 k.c., a fakt że sporny zapis znajdował się na harmonogramie a nie w umowie jest o tyle nieistotny, że w załącznikach do umowy, stanowiących integralną część umowy, wymieniono harmonogram (k. 26 odwrot). Zauważyć też należy, że pozwany przy wcześniejszej próbie modyfikacji umowy we wskazanym wyżej zakresie przez powoda sprzeciwił się (k. 2971), a więc dostrzegając ów zapis umowy i go wcześniej egzekwował. Akceptacja kolejnej faktury modyfikującej ów zapis winna więc być odczytywana jako zgoda na proponowaną zmianę.

W swojej apelacji pozwany zawarł też szereg zarzutów dotyczących pominięcia przez Sąd Okręgowy wniosków dowodowych zgłoszonych przez pozwanego z osobowych źródeł dowodowych, opinii biegłych, jak też zarzutów dotyczących biegłego opiniującego w sprawie i jego opinii, wreszcie zawarł w apelacji liczne wnioski dowodowe.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutów dotyczących biegłego opiniującego w sprawie i jego opinii, wskazać należy, że oczywiście chybionymi były wszystkie zarzuty dotyczące oceny wadliwości prac wykonanych przez powoda. Zauważyć należy, iż Sąd Apelacyjny we wcześniejszych wywodach dotyczących skuteczności żądania pozwanego obniżenia wynagrodzenia z uwagi na wady wykonawcze podzielił pogląd Sądu Okręgowego, iż co do zasady pozwany w niniejszym procesie nie może skutecznie domagać się obniżenia wynagrodzenia z tytułu ewentualnych wad prac wykonanych przez powoda, a to z uwagi na fakt, że nie uczynił zadość wymogom z art. 637 k.c. w zakresie skutecznego wezwania wykonawcy do usunięcia wskazanych wad i usterek w określonym terminie. Skoro pozwanemu co do zasady nie służy prawo żądania obniżenia wynagrodzenia z uwagi na wady, to i ustalenia biegłego w tym zakresie nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia, a zarzuty apelacji w tym względzie jako oczywiście bezprzedmiotowe, nie wymagają ustosunkowania się sądu odwoławczego.

Odnosząc się natomiast do zarzutów dotyczących samej osoby biegłego, podzielić należy stanowisko Sądu Okręgowego, że biegły wykazał posiadanie stosownych uprawnień do opiniowania w przedmiotowej sprawie. Mając na uwadze zakres opinii przez niego sporządzonej, nie sposób też uznać, by dla jej wydania konieczne były szczególne uprawnienia, nie posiadanie przez biegłego. I tak jeżeli chodzi o kanał technologiczny, zakres opinii biegłego dotyczył spraw stricte ogólnobudowlanych – możliwości wykonania takiego kanału w części konstrukcji budowlanej bez projektu. W zakresie węzła c.o., prób cwu i wentylacji mechanicznej również opinia biegłego nie dotyczyła takich kwestii, które by uzasadniały potrzebę powoływania biegłego z zakresu sieci sanitarnych i ciepłownictwa. Ewentualne uprawnienie biegłego do oceny wadliwości nawierzchni z płyt, w sytuacji nie przysługiwania pozwanemu uprawnienia do żądania obniżenia wynagrodzenia z uwagi na tę wadliwość, czyni oczywiście niezasadnymi zarzuty w tym przedmiocie.

Odnosząc się do zarzutów apelacji dotyczących ustaleń opinii biegłego w zakresie zaistnienia opóźnienia w wykonaniu prac przez powoda i ewentualnych przyczyn takiego opóźnienia, Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku, że opinia biegłego w tym zakresie znajduje pełne oparcie w zgromadzonym materiale dowodowym – czemu dał już wyraz w wyżej zaprezentowanych wywodach, zaś zarzuty pozwanego są wynikiem jedynie innego poglądu skarżącego i mają stricte

charakter polemiczny. Jako przykład doszukiwania się przez skarżącego wymaganych błędów w opinii biegłego można wskazać zarzut, że biegły interpretował pisma wbrew ich literalnemu brzmieniu z odwołaniem do protokołu z k. 3111 akt. Według skarżącego z treści tego protokołu nie wynika, by – jak to twierdzi biegły, inwestor zwolnił wykonawcę z obowiązku dostarczenia dokumentacji opracowanej przez T. K. w wersji elektronicznej. Z kolei z literalnego brzmienia owego protokołu (k. 3111 akt) wynika jednoznacznie zamieszczenie stwierdzenia, na które wskazuje w opinii biegły, a którego z sobie jedynie znanych przyczyn nie dostrzega pozwany (k. 3111 – ostatni akapit pisma zatytułowany (...)).

Jeżeli chodzi o zarzuty apelacji dotyczące pominięcia wniosków dowodowych zgłoszonych przez pozwanego, wskazać należy, iż znakomita ich większość dotyczyła okoliczności nieistotnych dla rozstrzygnięcia. Chodzi tu o dowody mające na celu wykazania wadliwości prac wykonanych przez powoda (k. 76, 1845). Jak już wyżej wykazano, ta okoliczność nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, stąd Sąd Okręgowy zasadnie owe wnioski dowodowe pominął, słusznie też wskazując na braki proceduralne tych wniosków. Z kolei jeżeli chodzi o ustalenia w zakresie terminowości wykonania prac przez powoda oraz zakresu prac objętych umową, w tej mierze decydujące znaczenie miały dokumenty oraz wiedza specjalna biegłego, a nie ewentualne zeznania świadków. W ocenie Sądu Apelacyjnego zgromadzony na powyższą okoliczność materiał dowodowy w oparciu o powyższe źródła dowodowe był w pełni wystarczający by orzekać merytorycznie w powyższej kwestii zaś inicjatywa dowodowa pozwanego miała jedynie na celu zbędne przewlekanie postępowania.

W świetle wcześniej zaprezentowanego stanowiska Sądu Apelacyjnego w zakresie obowiązków wykonawcy wynikających z § 14 ust. 1414-15 umowy, za oczywiście chybione należy uznać zarzuty pozwanego dotyczące oddalenia jego wniosków dowodowych o słuchanie w charakterze świadków wszystkich podwykonawców powoda. Jak już wcześniej wykazano, powód wywiązał się z obowiązku dostarczenia oświadczeń od podwykonawców stosownie do postanowień umowy, a w tej sytuacji ewentualne przesłuchiwanie wszystkich podwykonawców było oczywiście niecelowe.

W apelacji poza zarzutami skarżący zawarł też liczne wnioski dowodowe.

Zdecydowana większość zgłoszonych wniosków dowodowych dotyczy wadliwości prac wykonanych przez powoda tak w zakresie budynków, jak i nawierzchni z płyt. Wnioski te są oczywiście chybione. Przypomnieć należy, że Sąd Apelacyjny podzielił pogląd Sądu Okręgowego, iż pozwanemu nie przysługuje uprawnienie do żądania obniżenia wynagrodzenia z tytułu wadliwości prac wykonanych przez powoda. W takiej zaś sytuacji bezprzedmiotowym jest przeprowadzanie jakichkolwiek dowodów na powyższą okoliczność.

Jeżeli chodzi o dowody mające na celu wykazanie zakresu prac, jakie winien wykonać powód zgodnie z umową oraz terminowości wykonania prac przez powoda, w ocenie Sądu Apelacyjnego skarżący skutecznie nie podważył wiarygodności, trafności i przydatności opinii biegłego L. dla ustalenia powyższego, ograniczając się do polemiki z tezami tej opinii opartymi nie tyle o fakty lecz o osobisty pogląd skarżącego na poszczególne sporne kwestie. Zarzuty pozwanego do opinii biegłego zgłaszane tak w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, jak i w apelacji sprowadzają się do prostego negowania twierdzeń biegłego z odwołaniem się do poglądów pozwanego jako mających trafność twierdzeń biegłego podważać, co czyni owe zarzuty oczywiście bezzasadnymi. W konsekwencji uznać więc należy, że brak jest uzasadnionych podstaw do uwzględnienia wskazanych wniosków dowodowych.

Brak też było podstaw do uwzględnienia wszystkich wniosków dowodowych zmierzających do wykazania faktycznej liczby podwykonawców powoda oraz faktycznych dat uiszczenia przez powoda wynagrodzenia należnego podwykonawcom.

Zgodnie z umową jedynym obowiązkiem, jakiemu miał uczynić zadość powód aby uzyskać zapłatę z tytułu wystawionej faktury częściowej, w związku z zatrudnianiem podwykonawców, było dołączenie oświadczeń owych podwykonawców o zapłacie należnego im wynagrodzenia. Nie było natomiast obowiązkiem powoda jako wykonawcy wykazanie innymi dowodami, że owej zapłaty dokonał i w jakiej dacie. W takiej sytuacji wnioski dowodowe pozwanego zmierzające w istocie do ustalania okoliczności obojętnych z punktu widzenia przedmiotu niniejszego procesu, uznać należy za

oczywiście chybione. Z kolei jeżeli chodzi o wnioski zmierzające do wykazania, że powód nie wskazał wszystkich podwykonawców, to zauważyć należy, że pozwany nie przedstawił nawet twierdzeń faktycznych o ewentualnych podwykonawcach nie wskazanych przez powoda, jak też żadnych dowodów chociażby uprawdopodobniających tezę pozwanego, że byli jeszcze inni nie wskazani przez powoda podwykonawcy.

Jako oczywiście chybione i mające na celu jedynie nieuzasadnione przedłużanie postępowania uznać należy pozostałe wnioski dowodowe pozwanego, wyżej nie wyszczególnione, jako dotyczące okoliczności pozostających bez związku z przedmiotem postępowania, jak chociażby wniosek o zażądanie akt rejestrowych spółki (...), bądź też ewidentnie spóźnione jak zdjęcia placu budowy z 2012 roku wykonane przez M. L. (1). Podkreślić należy, iż przedmiotem niniejszego postępowania było konkretne roszczenie zgłoszone przez powoda i to przez pryzmat owego roszczenia oraz zarzutów pozwanego – na wstępie rozważań Sądu Apelacyjnego przypomnianych – należało oceniać ewentualną przydatność dowodów zgłaszanych przez pozwanego. Nie było natomiast przedmiotem niniejszego postępowania dokonanie swoistego audytu całej inwestycji – jak tego oczekiwał pozwany.

Reasumując wyżej przedstawione rozważania, apelacja pozwanego zasługiwała na uwzględnienie jedynie w zakresie daty wymagalności obu faktur, a to z uwagi na fakt, że powód ostatecznie oświadczenie od podwykonawcy dostarczył dopiero 30 stycznia 2013 roku. Doliczając 3 dni jako czas niezbędny dla uruchomienia płatności faktur przez pozwanego, pozostawał on w opóźnieniu od dnia 3 lutego 2013 roku.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na mocy art. 386 § 1 k.p.c. w części reformatoryjnej.

W pozostałym zakresie apelacja pozwanego jako niezasadna podlegała oddaleniu na mocy art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania orzeczono na mocy art. 100 zdanie drugie k.p.c., mając na uwadze, że powód uległ pozwanemu w postępowaniu apelacyjnym w minimalnej części swego żądania.

Z uwagi na fakt połączenia w trybie art. 219 k.p.c. w przedmiotowym postępowaniu dwóch spraw do łącznego rozpoznania, koniecznym było orzeczenie w każdej z połączonych spraw odrębnie, w tym i w zakresie kosztów postępowania, bowiem mimo połączenia obie sprawy zachowują swoją odrębność.

(...)