

Sygn. akt I ACa 741/16

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 Pankowicz
Protokolant	:	Urszula Westfal

po rozpoznaniu w dniu 30 października 2017 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **A. C. (1)**

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

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

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 30 marca 2016 r. sygn. akt VII GC 242/13

I. zmienia zaskarżony wyrok:

1) **w punkcie 1 w ten sposób, że w miejsce kwoty 1.371.252,33 złotych zasądza kwotę 1.105.344,06 (jeden milion sto pięć tysięcy trzysta czterdzieści cztery i 6/100) złotych, ustawowe odsetki od kwoty 425.000 złotych zasądza od dnia 3 lutego 2013 roku, kwotę 101.994,06 złotych zastępuje kwotą 73.624,11 złotych zaś kwotę 641.267,68 złotych zastępuje kwotą 403.729,36 złotych i oddala powództwo w pozostałej części;**

2) **w punkcie 2 w ten sposób, że zasadzoną w nim kwotę tytułem kosztów procesu obniża od 80.367,64 złotych;**

3) w punkcie 3 w ten sposób, że nakazuje pobrać na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Białymstoku od powoda z zasądzonego na jego rzecz roszczenia kwotę 598,80 złotych, zaś od pozwanego kwotę 2.487,82 złote;

II. oddala apelację w pozostałym zakresie;

III. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 11.434,40 złotych tytułem zwrotu kosztów instancji odwoławczej;

IV. nakazuje pobrać od powoda z zasądzonego na jego rzecz roszczenia na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Białymstoku kwotę 13.301,22 złotych tytułem części nieuiszczonych kosztów sądowych za instancję odwoławczą.

(...)

Sygn. I ACa 741/16

UZASADNIENIE

Powód A. C. (1), prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...) Przedsiębiorstwo (...) A. C. (1) w B., wniósł o zasądzenie od pozwanego – (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w B. – kwoty 1.371.252,33 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwot:

- 425.000 zł od dnia 29.09.2012 r. do dnia zapłaty,
- 101.994,06 zł od dnia 19.02.2013 r. do dnia zapłaty,
- 202.990,59 zł od dnia 19.02.2013 r. do dnia zapłaty,
- 641.267,68 zł od dnia 27.02.2013 r. do dnia zapłaty,

a ponadto zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Podniósł, iż dochodzi wynagrodzenia za wykonane przez siebie roboty budowlane na podstawie umowy z dnia 24.02.2012 r., z czego kwota 641.267,68 zł stanowi wynagrodzenie z tytułu wykonania robót dodatkowych.

Pozwany w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa w całości, domagając się zasądzenia od powoda na swoją rzecz kosztów procesu wg norm przepisanych. Wskazał, iż informacje podane przez powoda w treści faktur i w jednostronnych protokołach przeczą stanowi faktycznemu i postanowieniom umowy. Podniósł, iż zakres prac objętych umową nie został przez powoda wykonany w całości, a ten zrealizowany obciążony jest wadami, przy czym suma robót niewykonanych oraz wykonanych z wadami ma wartość ok. 700.000 zł. Powołał się też na potrącenia dokonane przez siebie w dniach 16.01.2013 r. oraz 1.02.2013 r. z tytułu kary umownej naliczonej w związku z przekroczeniem umownego terminu wykonania robót, co spowodowało umorzenie należności w zakresie kwoty 425.000 zł. Odnośnie robót dodatkowych wskazał, że nie zlecał ich powodowi, ani nie ustalał wysokości wynagrodzenia. Z ostrożności procesowej wyjaśnił jednak, że mocowanie ekorastrów mieści się w przedmiocie umowy.

Wyrokiem z dnia 30.03.2016 r. Sąd Okręgowy w Białymstoku w punkcie 1 zasądził od pozwanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w B. na rzecz powoda A. C. (1) kwotę 1.371.252,33 zł wraz z ustawowymi odsetkami w stosunku rocznym od kwot:

- 425.000 zł od dnia 29.09.2012 r. do dnia 31.12.2015 r., zaś od dnia 01.01.2016 r. do dnia zapłaty z ustawowymi odsetkami za opóźnienie,

- 101.994,06 zł od dnia 19.02.2013 r. do dnia 31.12.2015 r., zaś od dnia 01.01.2016 r. do dnia zapłaty z ustawowymi odsetkami za opóźnienie,
- 202.990,59 zł od dnia 19.02.2013 r. do dnia 31.12.2015 r., zaś od dnia 01.01.2016 r. do dnia zapłaty z ustawowymi odsetkami za opóźnienie,
- 641.267,68 zł od dnia 27.02.2013 r. do dnia 31.12.2015 r., zaś od dnia 01.01.2016 r. do dnia zapłaty z ustawowymi odsetkami za opóźnienie;

w punkcie 2 zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 102.182,65 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 28.817 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, w punkcie 3 nakazał pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 3.509,37 zł tytułem pokrycia wydatków.

Powyższy wyrok został wydany w oparciu o następujące ustalenia faktyczne:

W dniu 24.02.2012 r. pomiędzy (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w B., jako zamawiającym, a A. C. (1), prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą (...) Przedsiębiorstwo (...) A. C. (1) w B., jako wykonawcą, zawarta została umowa, której przedmiotem było wykonanie inwestycji pn. „Budowa zakładu wytwarzającego lekkie kruszywa budowlane z wykorzystaniem popiołów elektrownianych” we wsi S..

Przedmiot umowy szczegółowo opisany został w § 2 umowy. Termin realizacji przedmiotu umowy strony określiły na dzień 31.10. 2012 r., przy czym prace na obiekcie miały zakończyć się w dniu 31.07.2012 r. Wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy ustalone zostało na kwotę 5.227.500 zł brutto jako wynagrodzenie ryczałtowe (§ 14 ust. 1 umowy). Zapłata za przedmiot umowy miała następować zgodnie z harmonogramem rzeczowo - finansowym stanowiącym załącznik nr 2 do umowy (§ 14 ust. 6 umowy).

W § 10 ust. 1 umowy znalazł się zapis, że umowa wykonywana będzie przy udziale jednego podwykonawcy – (...) sp. z o. o. w B. – w zakresie odbioru odpadów. Nie wykluczyła jednak udziału dalszych podwykonawców w związku z treścią § 10 ust. 3 umowy, jednak w takim wypadku wykonawca najpóźniej w terminie 7 dni przed datą powierzenia wykonywania robót podwykonawcy zobowiązany był przedłożyć zamawiającemu umowę łączącą wykonawcę z podwykonawcą (§ 10 ust. 4 umowy). W przypadku realizacji robót budowlanych przez podwykonawców wykonawca zobowiązał się do każdej faktury wraz z protokołem odbioru robót przedkładać 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 ust. 14 umowy). Wykonawca zobowiązał się też regulować podwykonawcom ich wynagrodzenie za wykonanie przez nich roboty budowlane w zakresie przedmiotu umowy najpóźniej w przeddzień złożenia faktury zamawiającemu, a następnie przed wyznaczoną datą podpisania protokołu przejęcia do eksploatacji - przedłożyć zamawiającemu dowody w postaci oświadczeń podwykonawców o dokonanej zapłacie wynagrodzeń na ich rzecz. W przeciwnym wypadku zamawiającemu przysługiwało prawo wstrzymania płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy do czasu zapłaty przez wykonawcę wszystkich należnych podwykonawcom kwot lub uregulowania tych należności z kwoty wynagrodzenia należnego wykonawcy (§ 14 ust. 15 umowy).

W § 7 ust. 13 umowy strony przewidziały, iż w przypadku wykonywania robót przez wykonawcę w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, zamawiającemu, po uprzednim wezwaniu wykonawcy do usunięcia naruszenia lub zmiany sposobu wykonywania umowy i bezskutecznym upływie terminu oznaczonego wykonawcy na to usunięcie, przysługuje prawo rozwiązania umowy bez wypowiedzenia z winy wykonawcy.

W dniu 30.08.2012 r. 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 31.07.2012 r. W protokole tym wskazano, iż stan zaangażowania robót pokrywa się z harmonogramem rzeczowo-finansowym na miesiąc lipiec 2012 r.

W dniu 25.01.2013 r. powód wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...) opiewającą na kwotę 202.990,59. Fakturą objęto roboty wynikające z protokołu częściowego odbioru robót nr 8 z dnia 25.01.2013 r. W protokole tym wskazano, iż stan zaangażowania robót pokrywa się z harmonogramem rzeczowo-finansowym na miesiąc październik 2012 r.

W piśmie datowanym na dzień 21.01.2013 r. zatytułowanym: „oświadczenie o odstąpieniu od umowy”, pozwany poinformował, 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 ust. 2 i 5. Pismo to wpłynęło do powoda w dniu 22.01.2013 r.

Pismem z dnia 22.01.2013 r., w tej samej dacie otrzymanym przez pozwanego, powód złożył pozwanemu oświadczenie o odstąpieniu od umowy w związku z niewykonaniem przez zamawiającego zobowiązania wskazanego w piśmie z dnia 18.01.2013 r., tj. dostarczenia dokumentacji technicznej w zakresie kanału technologicznego oraz dokumentacji zgodnie z § 14 ust. 7 pkt. 8 umowy.

W dniu 25.01.2013 r. powód wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...) opiewającą na kwotę 101.994,06. Fakturą objęto roboty wynikające z protokołu końcowego odbioru robót z dnia 25.01.2013 r. W protokole tym wskazano, że wykonawca odstąpił od umowy z winy inwestora w dniu 22.01.2013 r. i również za jego sprawą nie wykonał części robót, co spowodowało zmniejszenie wartości robót w zakresie i wartości wskazanej w pkt. 3 oraz 4 tego protokołu. Wykonawca zaakceptował też usterki wskazane przez inwestora i zobowiązał się do ich usunięcia w uzgodnionym wspólnie terminie i w zakresie opisanym w przedmiotowym protokole, ewentualne wstrzymanie płatności kwoty 2.000 zł netto. Powód nie dokonał jednak poprawek w wykonanych przez siebie pracach, nie został już bowiem wpuszczony przez pozwanego na teren budowy.

Z kolei w dniu 5.02.2013 r. powód wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...) opiewającą na kwotę 659.600,16 zł. Fakturą objęto roboty wynikające ze zbiorczego protokołu odbioru robót dodatkowych z dnia 5.02.2013 r.

W dniu 11.02.2013 r. 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.

Przedmiotowa inwestycja była realizowana przez powoda przy pomocy 19 podwykonawców:

1. K. G. i S. G. - wspólnicy spółki cywilnej(...) z siedzibą w B.,
2. B. B., prowadzący działalność pod nazwą (...)z siedzibą w B.,
3. A. R., prowadząca (...) z siedzibą w Ł.,
4. K. K. (1), prowadzący działalność pod nazwą (...) z siedzibą w B.,
5. E. S. prowadząca działalność pod nazwą (...)z siedzibą w B.,
6. E. K. (1), prowadząca działalność pod nazwą(...) z siedzibą w B.,
7. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w I.,
8. H. K., prowadzący działalność pod nazwą (...) z siedzibą w B.,
9. J. G., prowadzący działalność pod nazwą(...) z siedzibą w B.,
10. B. Ź., prowadzący działalność pod nazwą (...) w B.,
11. D. K., prowadzący działalność pod nazwą (...) z siedzibą w C.,

12. M. N. (1), prowadzący działalność pod nazwą (...)z siedzibą w B.,
13. (...) w S.,
14. S. H., prowadzący działalność pod nazwą (...) z siedzibą w J.,
15. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P.,
16. M. H., prowadzący działalność pod nazwą (...)z siedzibą w B.,
17. M. S. (1), prowadzący działalność pod nazwą (...)z siedzibą w Ł.,
18. Ł. S. i D. S. – wspólnicy (...) s.c. w B.,
19. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w B. (k. 730-731).

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

W tak ustalonym stanie faktycznym sprawy Sąd pierwszej instancji umowę z dnia 24.02.2012 r., zakwalifikował jako umowę o roboty budowlane, przewidzianą w art. 647 k.c. Dalej Sąd zauważył, że roszczenie objęte pozwem obejmowało kwotę 729.984,65 zł tytułem zapłaty części ryczałtowego wynagrodzenia umownego oraz sumę 641.267,68 zł tytułem wynagrodzenia za wykonanie robót dodatkowych nie objętych umową, a wykonanych przez powoda. Odwołując się do orzecznictwa Sąd podkreślił, że przy umowie o roboty budowlane możliwe jest ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego, a w takim wypadku istnieje możliwość jego podwyższenia na podstawie art. 632 § 2 k.c., stosowanego do umowy o roboty budowlane w drodze analogii. Wywiódł też, że powództwo w zakresie wynagrodzenia dodatkowego nie jest jednak żądaniem opartym o art. 632 § 2 k.c. Powództwo z art. 632 § 2 k.c. występuje bowiem w dwóch postaciach: a) o zmianę prawa – podwyższenie ryczałtu, b) o zniesienie stosunku prawnego – rozwiązanie umowy. Powód w pozwie, będąc reprezentowanym przez profesjonalnego pełnomocnika, żądania takiego nie formułował, nie powoływał się też na okoliczności stanowiące przesłanki podwyższenia ryczałtu. Tym samym, w ocenie Sądu, należało wykluczyć możliwość podwyższenia wynagrodzenia w oparciu o art. 632 § 2 k.c., tym bardziej, że strony zaprzestały współpracy.

Sąd Okręgowy zauważył, że spór w sprawie ogniskował się wokół okoliczności podnoszonych przez pozwanego, które jego zdaniem niweczyły żądanie pozwu.

Sąd pierwszej instancji zaznaczył, że należność w kwocie 425.000 zł, wynikająca z faktury VAT nr (...) z dnia 30.08.2012 r. nie była przez pozwanego kwestionowana. Wywiódł, że oświadczenie o potrąceniu ma cechy uznania długu i że to pozwanego obciążał ciężar dowodu, że odstąpił on skutecznie od umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Z tego tytułu bowiem naliczona została kara umowna (§ 15 ust. 15.1.2 umowy).

Sąd wskazał, że źródłem prawa do odstąpienia od umowy mógł być jedynie przepis ustawy (art. 491 k.c.). W sytuacji unormowanej tym przepisem odstąpienie od umowy musi być poprzedzone wyznaczeniem drugiej stronie (dłużnikowi wzajemnemu) odpowiedniego dodatkowego terminu do wykonania świadczenia z równoczesnym zagrożeniem, że w razie bezskutecznego upływu tego terminu strona będzie uprawniona do odstąpienia.

Pozwany przed dniem złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy nie wystosował do powoda pism, w których wyznaczyłby mu taki dodatkowy termin. Sąd wyjaśnił, że uprawnienie do jednostronnej rezygnacji ze zobowiązania umownego, jakie przewidziane zostało w art. 491 § 1 k.c. stanowi uprawnienie prawnokształtujące, które należy ocenić nie tylko jako uprawnienie naruszające autonomię drugiej strony stosunku prawnego, ale także jako skierowane przeciwko zasadzie pacta sunt servanda. Sąd wskazał, że ww. przepis należy interpretować ściśle i uwzględniać nie tylko interesy strony odstępującej od umowy, ale także dłużnika, aby nie prowadzić do jego nieuzasadnionego pokrzywdzenia.

W konsekwencji Sąd doszedł do wniosku, że pozwany chcąc skorzystać z instytucji uregulowanej w art. 491 k.c. powinien był wykazać, że dochował aktów staranności przepisem tym statuowanych, tak by uwzględniony został także interes dłużnika. Aktów takich pozwany nie dochował. Z tego względu oświadczenie o odstąpieniu przez niego od umowy Sąd uznał za bezskuteczne.

Sąd Okręgowy stwierdził, że oświadczenie powoda o odstąpieniu wywarło swój skutek prawny. Powód bowiem pismem z dnia 22.01.2013 r., w tej samej dacie otrzymanym przez pozwanego, złożył pozwanemu oświadczenie o odstąpieniu od umowy w związku z niewykonaniem przez zamawiającego zobowiązania wskazanego w piśmie z dnia 18.01.2013 r., tj. dostarczenia dokumentacji technicznej w zakresie kanału technologicznego oraz dokumentacji zgodnie z § 14 ust. 7 pkt. 8 umowy. W piśmie z 18.01.2013 r. określił pozwanemu termin na spełnienie świadczenia wzajemnego, jednak bez zastrzeżenia rygору odstąpienia. Wywołało to skutek prawny, bowiem według orzecznictwa nie ma przeszkód do odstąpienia bez wyznaczania terminu, w sytuacji gdy kontrahent jednoznacznie odmówił wykonania. Takie uregulowanie obowiązuje zresztą już od dnia 25.12.2014 r., gdyż według art. 492¹k.c., dodanego przez ustawę z dnia 30.05.2014 r. (Dz. U. z 2014 r. poz. 827), jeżeli strona zobowiązana do spełnienia świadczenia oświadczy, że świadczenia tego nie spełni, druga strona może odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego, także przed nadejściem oznaczonego terminu spełnienia świadczenia. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy przez pozwanego z dnia 21.01.2013 r., jak niedostarczenie dokumentacji technicznej w zakresie kanału technologicznego oraz dokumentacji, o której mowa w § 14 ust. 7 pkt. 8 umowy, Sąd Okręgowy ocenił jako jednoznaczną odmowę wykonania umowy, dającą uprawnienie powodowi do skutecznego zrealizowania prawa odstąpienia.

Sąd pierwszej instancji w świetle stanowisk stron i opinii biegłego stwierdził, że powód nie wykonał na chwilę odstąpienia całości prac objętych. Zauważył, że odstąpienie od umowy wywarło skutek prospektywny (*ex nunc*), co oznacza, iż oświadczenie powoda może być odniesione w skutkach tylko do tych prac, działań i czynności wykonawcy, które miałyby być podjęte po złożeniu oświadczenia. Nie odnosi się ono natomiast do działań wykonawcy i ich efektów w postaci konkretnych robót, które zostały przedsięwzięte i powstały przed datą złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Świadczenie wykonawcy wynikające z umowy o roboty budowlane jest bowiem podzielne (art. 379 § 2 k.c.), przy czym z uwagi na naturę świadczenia, nie jest możliwy jego zwrot. Ustanie stosunku umownego przed wykonaniem uzgodnionego w nim przedmiotu robót nie powoduje zatem, obowiązku rozliczenia stron na zasadach ogólnych przyjętych dla zobowiązań z umów wzajemnych (art. 494 § 1 k.c.). Odstąpienie przez zamawiającego od umowy bądź w inny sposób rozwiązanie stosunku umownego, skutkuje obowiązkiem zapłaty należnej wykonawcy, ustalonej w sposób wskazany w umowie, części wynagrodzenia. W przypadku ustalenia wynagrodzenia jako niezmiennego ryczałtu, część ta powinna być określona w proporcji obejmującej stosunek wartości robót wykonanych zgodnie z umową do wartości całości wynagrodzenia ryczałtowego.

Wobec powyższego Sąd pierwszej instancji stwierdził, że odstąpienie nie niweczy dotychczasowych efektów wykonanych prac, lecz powoduje ich zachowanie i obowiązek rozliczenia. Sąd zauważył, że w dniu 25.01.2013 r. powód przystąpił do sporządzenia protokołu końcowego odbioru robót, który stanowił swoiste podsumowanie i podliczenie prac dotychczas przez powoda wykonanych.

Sąd podkreślił, że odmowa odbioru robót jest uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Natomiast w sytuacji, gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 k.c.). Nie można uzależnić dokonania odbioru od wykluczenia istnienia jakiegokolwiek wady w chwili oddania przedmiotu zamówienia. Pozwany natomiast nie dokonał odbioru.

Sąd Okręgowy, przystępując do oceny stanowiska pozwanego zarzucającego wady przedmiotu umowy i formułującego żądanie obniżenia ceny o co najmniej 700.000 zł, stwierdził, że prywatna opinia rzeczoznawcy, sporządzona na zlecenie strony, stanowi stanowisko samej strony. Do takiej prywatnej opinii stosuje się art. 253 k.p.c. co dotyczy opinii

prywatnych złożonych przez obie strony postępowania: opinii M. S. (2), opinii R. S., ekspertyzy dotyczącej obliczenia mas ziemnych T. W. (1), jak i analizy K. P. oraz M. D..

Sąd Okręgowy w dalszej kolejności szczegółowo zreferował zeznania świadków T. P., K. I., P. C. (1), B. Ż., B. A., B. B., H. O., R. M. i wskazał, że ich zeznania dają obraz okoliczności pozostających w zgodności ze stanowiskiem powoda. Wobec zbieżności zeznań tych osób z przebiegiem prac Sąd Okręgowy uznał je wiarygodne.

Zeznania świadka A. K., po ich streszczeniu, Sąd ocenił jako niewiele wnoszące do sprawy, podobnie jak zeznania świadków: P. C. (2), K. P., A. B. (1), A. W., A. I. i M. S. (2) i W. S..

Sąd pierwszej instancji omówił również zeznania świadka M. N. (2) i wskazał, że przedstawiają one zupełnie inny obraz współpracy, aniżeli zeznania T. P., P. C. (1) czy K. I.. Odnośnie zeznań świadka M. L. (1) i J. B. Sąd stwierdził, że nie sposób na ich podstawie zeznań ustalić, czy i w jakim zakresie każda ze stron odpowiada za opóźnienie w inwestycji, jaki był wpływ poszczególnych ich działań czy zaniechań na konkretną ilość dni opóźnienia.

Sąd stwierdził, że weryfikacja rozbieżnych stanowisk stron wymagała dopuszczenia dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa. Wobec zarzutów strony pozwanej, Sąd Okręgowy zaznaczył, że biegły J. L. posiada niezbędną wiedzę, kwalifikacje i doświadczenie zawodowe, uprawniające do wydania opinii w sprawie. Stwierdził, że opinie biegłego J. L. mogły być przedmiotem merytorycznej oceny. Sąd podkreślił dodatkowo, że nie narusza zasady bezpośredniości przeprowadzenie oględzin przedmiotowej inwestycji w innej sprawie. Sąd zauważył, że sprawa o sygn. akt VII GC 57/13 i sprawa przedmiotowa są ze sobą powiązane gdyż, w obu powód dochodził zapłaty wynagrodzenia, tyle, że z innych faktur, w obu pozwany ponosił podobne zarzuty. Na bezpośredni związek wskazał też sam biegły, stąd Sąd Okręgowy dopuścił też dowód z opinii wydanych na potrzeby sprawy VII GC 57/13 jako dopełniających obraz całości, z tym, że tych ostatnich w charakterze dokumentów, a nie jako takich opinii.

Odwołując się do opinii biegłego sądowego Sąd zauważył, że wynika z niej, iż powód wykonał wszystkie prace, co do których był obowiązany w ramach wiążącej strony umowy, poza tymi, na które nie posiadał dokumentacji projektowej, od których odstąpił inwestor oraz tych, co do których inwestor odmówił wpuszczenia pracowników powoda na plac budowy. To ostatnie stwierdzenie dotyczy też usunięcia prac poprawkowych. Sąd zaznaczył, że analizując zakres prac faktycznie zrealizowanych oraz harmonogram rzeczowo - finansowy, stanowiący załącznik do umowy, biegły stwierdził, że nie widzi uzasadnienia dla odmowy zapłaty faktur o nr.: (...)z 30.08.2012 r., (...) z 25.01.2013 r. oraz (...) z 25.01.2013 r. Należności wynikającej z pierwszej faktury pozwany zresztą nie kwestionował, na co zwrócono uwagę wyżej, stanowiła ona bowiem przedmiot potrącenia.

Sąd pierwszej instancji zreferował opinię biegłego i wskazał na jej podstawie, że w świetle umowy obowiązywał termin odbioru prac na obiekcie - 31.07.2012 r. Bezwzględnie prace po tym czasie były wykonywane, bowiem dopiero z dniem 22.01.2013 r. strony zakończyły współpracę, przy stanie zaawansowania robót 94,24%. Doszło zatem do opóźnienia w realizacji umowy, lecz przekroczenie terminu realizacji nastąpiło z przyczyn niezależnych od powoda. W trakcie budowy mogły powstać opóźnienia spowodowane działaniami wykonawcy, czy też jego podwykonawców, jednak z zapisów dziennika budowy, protokołów narad czy też z korespondencji pomiędzy stronami, nie wynika, aby były one szczególnie podkreślane. Biegły odniósł się także do przyczyny odstąpienia od umowy przez powoda, uznając ją za uzasadnioną. Zauważył, że długotrwały brak projektu fundamentowania blokowego pod maszyny przyszłej hali produkcyjnej, spowodował cały problem z kanałem technologicznym, wykonaniem posadzki w hali, itp. Na żadnym z rysunków konstrukcyjnych nie ma nawet śladu wskazującego, gdzie poszczególne urządzenia powinny być umiejscowione. Nie bez znaczenia w tym względzie pozostawała wzajemna sprzeczność pomiędzy projektem i kosztorysem w zakresie rozrysowania ocieplenia ścian i dachu, czego inwestor najprawdopodobniej nie miał świadomości, bowiem prowadził z wykonawcą pertraktacje co do wykonania przez niego ścian i dachu w formie docieplonej i skorygowanie uzgodnionego już wynagrodzenia dla wykonawcy o wartość „oszczędności” po stronie oferenta. Dodatkowo tak ważna część projektu jak branża elektryczna została dostarczona na budowę po kilku miesiącach intensywnych prac budowlanych, skutkiem czego wykonawca wszedł na budowę ze znacznym opóźnieniem, dodatkowo z przesunięciami terminowymi co do dostarczenia transformatora. Nie bez

znaczenia pozostaje też wybór i zamówienie zbiorników gazu już po zakończeniu umownego terminu finalizacji prac (31.08.2012 r. oraz październik 2012 r.) oraz przekazanie wykonawcy dokumentacji w tym zakresie 18.11.2012 r., po wielomiesięcznej przepychance co do pojemności zbiorników. To wszystko, uzasadniało odstąpienie przez wykonawcę od umowy, zwłaszcza, że z pism wykonawcy wynikają skargi na opieszałość inwestora.

Sąd Okręgowy wskazał, że biegły dostrzegł też zasadniczy problem związany z wykonaniem badań geologicznych w 2007 r., zwłaszcza że projekt był opracowywany na podstawie aktualnej mapy sytuacyjno - wysokościowej przeznaczonej do celów projektowych, a pomiędzy obiema mapami w obrębie działki przeznaczonej pod zabudowę istnieją różnice w rzędnych wysokościowych. Za bardzo prawdopodobne, graniczące z pewnością, przyjmuje się, iż na teren objęty przedmiotową inwestycją dosypywano, czy też choćby nawiewało frakcji pylistych, określonych w pismach stron jako nasyp niebudowlany i grunt nienośny. W wyniku tego powstały kosztowne prace związane z przesunięciem, czy też wymianą mas ziemnych. W ocenie biegłego, w zakresie tym, powód wykonał roboty nieobjęte przedmiotem umowy z dnia 24.02.2012 r. stanowiące roboty dodatkowe. Tematyka przesunięć mas ziemnych, czy też ich odwozu/dowozu winna być jednoznacznie rozwiązana już w fazie zgłoszenia dokonanego przez wykonawcę dla inwestora, iż założył dziennik rejestrujący jego działania w tym zakresie na budowie. W świetle zebranego materiału dowodowego biegły nie miał wątpliwości co do tego, iż kubatura przesunięć mas ziemnych na budowie w wielkości przekraczającej te wskazane w projekcie budowlanym lub też odmiennego celu roboczego stanowi roboty dodatkowe, czego bezpośrednią przyczyną były nieaktualne badania gruntowe. Przy tym powód nie miał możliwości wykonania robót objętych umową bez wykonania tych robót dodatkowych i biegły nie widział uzasadnienia dla sugestii, że część tych prac mogłaby być zrealizowana zbędnie.

W kwestii powyższej, w związku ze zgodnym wnioskiem stron, przeprowadzony też został dowód z opinii biegłego z zakresu geodezji M. M. (1), który obliczył objętość mas ziemnych (humusu) usuniętego z obszaru inwestycji oraz powierzchnię, z jakiej go usuwano, a także odniósł się do opinii prywatnej geodety T. W. (1), nie znajdując podstaw do jej kwestionowania.

Sąd zauważył, że w oparciu o te wyliczenia oraz w oparciu o wyliczenia samego powoda, biegły sądowy z zakresu budownictwa wyliczył wartość prac dodatkowych w obu tych wariantach w opinii uzupełniającej. Wg dziennika - bilansu mas ziemnych i sporządzonego na jego podstawie wyliczenia przez powoda biegły ocenił wartość robót dodatkowych na kwotę 686.498,10 zł, zaś w oparciu o opinię biegłego geodety sporządzoną w sprawie - na sumę 753.815,09 zł. Odnośnie ekorastrów i przeprowadzonych uzupełniających oględzin w tym zakresie, wartość prac dodatkowych w tym elemencie budowy określił na kwotę 12.725,75 zł. Sąd zaznaczył, że wartość obu wariantów mieści w sobie kwotę dochodzoną pozwem przez powoda z tytułu robót dodatkowych, przy czym przyjął wartość wyliczoną na podstawie dziennika - bilansu mas ziemnych, jako udokumentowaną przez powoda.

Dodatkowo w świetle podniesionego przez pozwanego wniosku o obniżenie wynagrodzenia biegły został też zobowiązany przez Sąd do ustalenia wadliwości wykonanych przez powoda prac, a także ustalenia wynagrodzenia należnego powodowi w związku ze stwierdzoną ewentualnie wadliwością, a w tym kontekście także odniesienia się do ekspertyz sporządzonych przez M. S. (2) i G. K. (1).

Sąd Okręgowy zauważył, że biegły J. L. nie potwierdził konkluzji zawartych w ekspertyzie M. S., ponieważ jej autor pominął najważniejszy i zasadniczy dla sprawy wątek, tj. to co określała dokumentacja projektowa, będąca podstawą uzyskania przez pozwanego pozwolenia na budowę, a także pomija zupełnie stanowisko powoda, jego pisma i rysunki, a tym samym pełen materiał dowodowy. Stąd też biegły nie znalazł podstaw dla potwierdzenia wniosków płynących z tej opinii, jak też dokonanych wyliczeń w zakresie obniżenia wartości należnego wykonawcy wynagrodzenia. Odnośnie ekspertyzy G. K. biegły wskazał, że w aktach sprawy brak jest orzeczeń i wycen prac naprawczych obejmujących zakres robót sanitarnych, nie wynika z nich też, by powód był informowany o konieczności wykonania prac naprawczych, stąd też brak podstaw do podważenia zasadności i wartości prac naprawczych w tym zakresie. Nie oznacza to jednak, zdaniem Sądu pierwszej instancji, z powodów wskazanych przez biegłego, możliwości obciążenia powoda tymi kosztami. W zakresie awarii przepustnicy biegły nie potwierdził słuszności oceny technicznej autora opinii, m. in. z tej przyczyny, iż w trakcie prac naprawczych nie naruszono miejsc montażu widocznych na zdjęciu kołnierzy,

za właściwą przyczynę konieczności oczyszczenia serca i łoża przepustnicy uznając jej długotrwałe unieruchomienie. Stąd nieuznanie obciążenia powoda pracami konserwatorskimi.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że biegły w obszerny sposób odniósł się w opiniach uzupełniających do zarzutów strony pozwanej, podtrzymując niezmiennie dotychczasowe stanowisko w sprawie.

Sąd Okręgowy kierując się poziomem wiedzy biegłego, sposobem motywowania i stopniem stanowczości wyrażonych w nich wniosków, doszedł do przekonania o konieczności uznania ich za wiarygodny dowód w sprawie, przesądzający o ustaleniu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia.

Powyższe dało Sądowi asumpt do oddalenia wniosków strony pozwanej o powołanie dalszych biegłych, a także wniosku o przeprowadzenie dowodu z dotychczas nie przesłuchanych świadków oraz o przeprowadzenie wcześniej nie wnioskowanego dowodu z przesłuchania stron. Zdaniem Sądu, dalsze postępowanie dowodowe zmierzałoby jedynie do przedłużenia postępowania, było więc zbędne.

Odnosząc się do podnoszonego przez stronę pozwaną prawa wstrzymania się z obowiązkiem zapłaty umówionego wynagrodzenia w związku z nierozliczeniem się przez powoda z podwykonawcami, Sąd pierwszej instancji odwołał się do treści art. 488 § 2 k.c. i wskazał, że zgodnie z postanowieniami 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 (§ 14 ust. 15 umowy). Sąd Okręgowy zaznaczył, że wszystkie wierzytelności podwykonawców były opłacane przez powoda w terminach wynikających z wystawionych przez tych podwykonawców faktur, jak też, że celem powołanego zapisu umownego dotyczącego składania przez podwykonawców wspomnianych oświadczeń, czy też wstrzymania się przez inwestora z obowiązkiem zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, było uniknięcie przez niego odpowiedzialności z art. 647¹ § 5 k.c. Roszczenie powoda nie jest oparte na tej podstawie i okoliczność ta pozostaje bez znaczenia, zwłaszcza że do tej pory nikt z podwykonawców nie zwrócił się o zapłatę, czy to do powoda, czy pozwanego. Sąd zaznaczył, że złożone oświadczenia podwykonawców o rozliczeniu się ze stroną umowy nie dają prawa powstrzymywania się przez pozwanego ze spełnieniem świadczenia. Powoływana zaś przez niego sprawa sądowa E. K. (1), dotyczy robót dodatkowych, co nie może i nie ma wpływu na roszczenia wynikające z umów. Roszczenia podwykonawców wykonujących prace na inwestycji „Budowa zakładu wytwarzającego lekkie kruszywa budowlane z wykorzystaniem popiołów elektrowniowych” zostały zaspokojone w całości. W oświadczeniach tych podwykonawcy oświadczyli wprost, iż nie będą dochodzić od inwestora roszczeń na mocy art. 647¹ § 5 k.c. Sąd podkreślił dodatkowo, że pozwany miał świadomość posługiwania się przez powoda podwykonawcami, oraz, że inwestorowi nie przeszkadzał wcześniejszy brak oświadczeń podwykonawców i nie wstrzymywał zapłaty wynagrodzenia powodowi z tego tytułu.

Ostatecznie Sąd pierwszej instancji stwierdził, że odstąpienie pozwanego od umowy, było nieskuteczne z uwagi na niedochowanie wymogów, o których mowa w art. 491 k.c., jak również, z uwagi na brak zaistnienia po stronie powoda okoliczności opartych na § 15 ust. 1 pkt 2 umowy, tj. przyczyn leżących po stronie wykonawcy, czy to w postaci opóźnienia w wykonaniu umowy, realizowania jej przy pomocy podwykonawców, a także wad i usterek budynku. Stanowisko inwestora, który domaga się obniżenia wynagrodzenia, nie dając uprzednio powodowi możliwości usunięcia ewentualnych usterek wobec nie wpuszczenia pracowników powoda w tym celu na teren inwestycji, Sąd ocenił jako niezrozumiałe. Podkreślił, że żądanie możliwości obniżenia wynagrodzenia na podstawie art. 637 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. dochodzi do skutku, gdy zamawiający uprzednio wzywał wykonawcę do usunięcia wad i wyznaczył mu w tym celu odpowiedni termin z zagrożeniem, że po upływie wyznaczonego terminu nie przyjmie naprawy. Pozwany nie dał powodowi szansy wykonania poprawek i nie może skutecznie żądać obniżenia wynagrodzenia. Poza tym postępowanie dowodowe wykazało, że usterki miały charakter wad nieistotnych, nie uprawniały zatem do odstąpienia od umowy, a wysokości wynagrodzenia, o jakie należałoby ewentualnie obniżyć wynagrodzenie wykonawcy, pozwany nie wykazał. Sąd zwrócił uwagę też sprzeczność zawartą w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy, wyrażającą się w powołaniu jednocześnie art. 636 k.c. i art. 637 k.c., odnoszących się do prac trwających i zakończonych. Skoro na

datę składania oświadczenia powód wykonywał wciąż prace na obiekcie zastosowanie winien znaleźć art. 636 § 1 k.c., którego przesłanek jednak pozwany także nie wypełnił.

W świetle opinii biegłego i dziennika – bilans mas ziemnych Sąd pierwszej instancji wskazał, że powód wykonał prace dodatkowe w zakresie prac ziemnych i mocowania ekorastrów. Podkreślił, że założony i uzupełniany przez powoda na bieżąco dziennik - bilans mas ziemnych powód udostępnił inwestorowi w czasie wykonywania tych prac, w tym wraz z pismem z dnia 23.05.2012 r. oraz z pismem z dnia 31.05.2012 r. W związku z tym pozwany miał świadomość wykonywania przez powoda tego rodzaju prac i ich dokumentowania, mógł więc na bieżąco reagować i weryfikować wpisywane ilości, mógł wreszcie prowadzić własny rejestr w tym zakresie. Sąd zaznaczył, że rejestr ten powód prowadził we swoim interesie i w interesie pozwanego, który skorzystał z możliwości weryfikacji danych w nim zapisanych.

Sąd Okręgowy zauważył, że strony nie zawarły umowy pisemnej na prace dodatkowe, zaś § 21 ust. 4 umowy wymagał w tym względzie zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności. Odwołując się do poglądów orzecznictwa Sąd wskazał, że gdy nieważność umowy o roboty dodatkowe ze względu na niezachowanie formy, uniemożliwia zasądzenie równowartości robót dodatkowych jako wynagrodzenia, nie ma przeszkód, aby równowartość tych robót uwzględnić na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu Art. 632 § 2 k.c. nie może znaleźć zastosowania w stosunku do robót budowlanych nie objętych zakresem umowy, w tej części stron nie łączył bowiem stosunek umowny z uzgodnionym wynagrodzeniem ryczałtowym. Jeżeli przyjąć, że powód realizował roboty dodatkowe w oparciu o nieważną umowę, to nie rodziła ona roszczenia o jej wykonanie, zaś spełnione na podstawie takiej umowy świadczenie jest nienależne.

Sąd Okręgowy rozważał, czy nie istnieje inna kwalifikacja prawna, która zapewniłaby powodowi należytą ochronę prawną, zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy. Podkreślił, że w polskim prawie materialnym panuje zasada przychylności dla zbiegu roszczeń, a zatem sprawą naturalną jest możliwość rozmaitego prawnie wykorzystania tych samych faktów przez dokonanie kwalifikacji prawnej zdarzenia. Za elastycznością dokonywania tej kwalifikacji w ramach przedstawienia przez stronę faktycznej podstawy swego roszczenia procesowego i ustalonego stanu faktycznego przemawia obowiązek sądu dokonania wyboru właściwych przepisów prawa materialnego. Odwołując się do orzecznictwa Sądu Najwyższego Sąd pierwszej instancji podkreślił, że konstrukcja prawna rozstrzygnięcia należy do sądu, jak też, że poinformował strony o możliwości rozstrzygnięcia sprawy na innej podstawie prawnej niż ta, którą powołał powód i zakomunikował o możliwości rozpoznania żądania pozwu w oparciu o art. 405 k.c. umożliwiając jednocześnie wypowiedzenie się stronom co do rozważanej podstawy prawnej.

Sąd Okręgowy wywiódł, że zubożenie powoda w niniejszej sprawie polegało na nieuzyskaniu przez niego stosownego wynagrodzenia za wykonane prace. Fakt realizacji przedmiotowych robót przez powoda potwierdziło postępowanie dowodowe. Powód, wykonując je, poniósł odpowiednie koszty, których zakres przedstawił stronie pozwanej. Mamy więc do czynienia ze świadczeniem nienależnym, o którym mowa w art. 410 k.c. wobec faktu, że czynność zobowiązująca do świadczenia była nieważna (niezachowanie formy pisemnej). Sąd stwierdził, że w związku z tym nie ma też zastosowania ograniczenie wynikające z art. 411 pkt. 1 k.c., nawet przy wiedzy o braku zobowiązania.

Sąd stwierdził, że pozwany nie dysponował wzajemną wierzycelnością, którą mógł skutecznie potrącić w rozumieniu art. 498 k.c., a jego zarzuty okazały się niezasadne bądź nieudowodnione.

Sąd Okręgowy pominął dowody, co do których strony nie podtrzymały wniosku o ich przeprowadzenie. Oddalił zaś wnioski dowodowe stron, które bądź prowadziły do wydłużenia postępowania bądź były zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy: Sąd oddalił wniosek pozwanego o zobowiązanie powoda do złożenia wykazu prowadzonych budów w okresie od 24.02.2012 r. do 23.01.2013 r. jako zbędny dla rozstrzygnięcia sprawy. Z tego samego powodu oddalił wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków: E. K., A. B. (2), A. C. (2) i W. P.. Oddalił też został wniosek pozwanego o przesłuchanie podwykonawców, zgłoszonych w pkt. D, E, od G do X oraz pkt. z odpowiedzi na pozew jako zbędny dla rozstrzygnięcia sprawy i zmierzający jedynie do wydłużenia postępowania. Oddalony został też wniosek

pozwanego o dopuszczenie dowodu z zapisu video oraz 9 zdjęć z 2.03.2016 r. jako zbędny dla rozstrzygnięcia sprawy strony zaprzestały bowiem współpracy na początku 2013 r., a zdjęcia wykonano 3 lata później.

Sąd Okręgowy nie uwzględnił też wniosku strony pozwanej z rozprawy z dnia 16.03.2016 r. o wyrażenie zgody na złożenie pisma przygotowawczego, podkreślając, że po długim procesie sądowym, strona reprezentowana przez profesjonalnych pełnomocników nie może być zaskoczona zakończeniem procesu.

O odsetkach dotyczących okresu od wymagalności poszczególnych sum do dnia 31.12.2015 r. Sąd orzekł w oparciu o treść art. 481 k.c. Zauważył, że w związku z nowelizacją od dnia 1.01.2016 r. przepisów k.c. w zakresie odsetek i w związku z tym obowiązywaniem obecnie dwóch regulacji – art. 481 k.c. oraz art. 359 k.c. – różniących się stopą procentową, od dnia 1.01.2016 r. zasądzeniu podlegały odsetki ustawowe za opóźnienie. Daty wymagalności wynikają z poszczególnych faktur, których otrzymanie przez stronę pozwaną zostało potwierdzone. Terminy wymagalności odpowiadają przy tym wskazanym w § 14 ust. 8 umowy.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na mocy art. 98 k.p.c. w zw. z § 2 ust. 1 i 2 oraz § 6 pkt. 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U.2013.490 j.t.).

O pobraniu od pozwanego kwoty 3.082,49 zł Sąd rozstrzygnął o na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

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

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

1) 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 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 nierozpoznania 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 osobie inżyniera kontraktu J. K. (1) oraz innych świadków zgłoszonych w odpowiedzi na pozew i w piśmie pozwanej z dnia 08.10.2014 r. (M. K. (1), P. Ż., W. J., J. K. (2), księgowa A., J. R., S. G.) 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 nierozpoznania 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 zapisu video oraz 9 zdjęć wykonanych w dniu 02.03.2016 r. dokumentujących stan placu wokół zakładu pozwanej w S., podczas gdy dowód ten był istotny, konieczny i uzasadniony, a ponadto nie przedłużyłby postępowania w sprawie, szczególnie wobec faktu, że w ogólnym wynagrodzeniu powoda wartość robót drogowych to 2.041.800 zł, a dowód ten potwierdzał, że powód wadliwie wykonał roboty związane z podbudową pod płyty drogowe przemieszczając masy ziemne na działce przeznaczonej pod inwestycję i dodatkowo próbując w sposób nieuzasadniony obciążyć pozwaną nienależnym mu wynagrodzeniem

- co pozwana podnosiła od początku postępowania, lecz zakres wad powiększał się wraz z upływem czasu, a dowód przedłożony przez pozwaną potwierdzał tę okoliczność;

4) 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 zobowiązanie powoda do złożenia do akt sprawy wykazu prowadzonych przez (...) oraz (...) sp. z o.o. w okresie od dnia 24.02.2012 r. do dnia 22.01.2013 r. budów wraz z przyporządkowaniem im wykazu zatrudnionych na tych budowach podmiotów oraz wskazaniem budów, na jakich T. P. pełnił jakiegokolwiek funkcje w ww. czasie, podczas gdy był to dowód istotny z punktu widzenia rozpoznania istoty sprawy i konieczny dla uznania czy powód miał w ogóle realną możliwość wykonać i zrealizować zgodnie z umową budowę pozwanej;

5) 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 pismem z dnia 08.10.2014 r. wniosków pozwanej m.in. o zobowiązanie powoda do przedstawienia pełnej listy podwykonawców w obliczu zeznań świadków E. K. (1) i M. L. (1) potwierdzających istnienie innych niż uprzednio wskazani podwykonawców, o zobowiązanie powoda do złożenia do akt dokumentów dotyczących zamówienia, zakupu i dostawy węzła cieplnego oraz przedłożenia zezwoleń na transport i składowanie odpadów wytworzonych na budowie pozwanej wraz z kartami przekazania tych odpadów oraz w razie nieprzedłożenia takich dokumentów o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ochrony środowiska i gospodarki odpadami, podczas gdy były to okoliczności bardzo ważne dla rozpoznania istoty sprawy, ponieważ potwierdzały, że powód prowadził budowę niezgodnie z przepisami prawa, transportował odpady bez wymaganej zgody, korzystał z pomocy nieujawnionych dotychczas podwykonawców, z własnej winy opóźniał się z dostawą węzła cieplnego i jego montażem;

6) art. 227 k.p.c., art. 233 k.p.c., art. 235 k.p.c. oraz art. 258 k.p.c., 217 § 1 i 2 k.p.c.

poprzez brak wyciągnięcia negatywnych konsekwencji procesowych wobec powoda, który mimo zobowiązania Sądu do złożenia do akt sprawy dowodów zakupu zraszaczy, rzeczonych dokumentów nie przedłożył;

7) 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 zgłoszonego pismem z dnia 08.10.2014 r. wniosku pozwanej o zobowiązanie Starosty Powiatu B. do złożenia do akt sprawy będących w posiadaniu (...) dokumentów złożonych przez firmę (...) saka związanych z obsługą geodezyjną inwestycji w S., co miało na celu udowodnienie istotnej z punktu widzenia niecelowości obciążania pozwanej wynagrodzeniem za roboty dodatkowe w kontekście zaniedbań powoda w zakresie obsługi geodezyjnej inwestycji, niedokonania pomiaru tzw. stanu zerowego oraz skorzystanie z usług geodety już po fakcie przemieszczenia mas ziemnych;

8) 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 zgłoszonego pismem z dnia 08.10.2014 r. wniosku pozwanej o dopuszczenie dowodu z dokumentu w postaci protokołów przekazania załączników do dokumentacji postępowania w sprawie wyboru wykonawcy inwestycji oraz listy obecności z wizji lokalnej oraz zażądanie z Sądu Rejonowego w Białymstoku XII Wydział Gospodarczy KRS akt rejestrowych spółki (...) sp. z o.o. z siedzibą w B., podczas gdy dowody te potwierdzały złożenie przez powoda nieprawdziwych oświadczeń w ofercie przetargowej i jej załącznikach i braku faktycznej możliwości zrealizowania przedmiotu umowy zgodnie z jej postanowieniami oraz potwierdzały fakt, że powód był zaznajomiony z terenem budowy oraz dokumentacją projektową przed podpisaniem umowy i nie zgłaszał do owych zastrzeżeń;

9) art. 321 k.p.c. poprzez zasądzenie ponad żądanie powoda odsetek wobec braku zmiany powództwa w tym zakresie i orzeczenie odsetek za opóźnienie od kwot dochodzonych pozwem w dacie od 01.01.2016 r. (wynoszących obecnie 7%), podczas gdy powód w pozwie domagał się odsetek ustawowych, a te od dnia 01.01.2016 r. zgodnie z art. 481 § 2 k.c. powinny być oznaczane w wysokości równej sumie stopy referencyjnej Narodowego Banku Polskiego i 5,5 punktów procentowych.

10) art. 258 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków o dopuszczenie dowodu z przesłuchania właściwie wszystkich zgłoszonych przez pozwaną świadków z wyłączeniem tych, którzy pokrywali się z listą świadków wnioskowaną przez

powoda, podczas gdy tezy dowodowe do zgłoszonych wniosków dowodowych zostały przez pozwaną wyraźnie i poprawnie wskazane, co doprowadziło do naruszenia zasady równości stron w postępowaniu cywilnym;

11) 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 z dwóch poniżej wskazanych 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 zakresie dotyczącym przemieszczania mas ziemnych i wykonywania podbudowy pod płyty drogowe (informacja uzyskana od samego biegłego na rozprawie z dnia 19.02.2015 r. - zapis: lh 43 min. 23 sek. w sprawie o sygn. akt VII GC 57/13 oraz dokumenty przedłożone przez pozwaną na rozprawie z dnia 16.03.2016 r. potwierdzające brak uprawnień biegłego, jak też twierdzenia biegłego potwierdzające brak uprawnień, aby policzyć kubaturę transportowanych mas ziemnych - str. 2 opinii uzupełniającej), przez co Sąd nie ustalił tak naprawdę zasadności przemieszczania mas ziemnych, które mają obciążyć pozwaną kwotą aż 641.267,68 zł za roboty dodatkowe ani 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 (...)

i (...), 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 - szczególnie, że dopuszczenie tego dowodu było podwójnie uzasadnione z uwagi na nieprzydatność opinii biegłego geodety w sprawie, co potwierdził sam Sąd meriti nie opierając na niej rozstrzygnięcia;

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 19.02.2015 r. - zapis: 1h 43 min. 23 sek. w sprawie o sygn. akt VII GC 57/13 oraz dokumenty przedłożone przez pozwaną na rozprawie z dnia 16.03.2016 r. potwierdzające brak uprawnień biegłego, przez co nie doszło do prawidłowego ustalenia czy powód należycie wykonał umowę z dnia 24.02.2012 r. 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 22.01.2013 r.) w odniesieniu do prac związanych z wykonaniem kanału technologicznego i węzła cieplnego, a sporne okoliczności w tym zakresie nie zostały dostatecznie wyjaśnione;

12) 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;

13) art. 235 k.p.c. poprzez zaniechanie zobowiązania biegłego do przeprowadzenia oględzin w niniejszym postępowaniu i oparcie rozstrzygnięcia w oparciu o oględziny przeprowadzone innym postępowaniu (VII GC 57/13), jak też dopuszczenie dowodu z opinii wydanych na potrzeby postępowania VII GC 57/13, podczas gdy zgodnie z zasadą bezpośredniości postępowania dowodowe powinno odbywać się przed sądem orzekającym;

14) 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 i wiarygodna, podczas gdy m.in.:

- biegły sam wskazywał, że nie ma wiedzy pozwalającej mu obliczyć kubaturę transportowanych mas ziemnych, które to w głównej mierze wyczerpują prawie całość rozszczenia objętego niniejszym postępowaniem, a więc uznać należy, że nie był uprawniony do weryfikowania zasadności przemieszczania mas ziemnych wskazanych dowolnie w bilansie przez powoda i nie mógł prawidłowo obliczyć ilości tych mas;
- biegły do dziś nie ustosunkował się do zarzutów postawionych przez pozwaną, nie odniósł się do materiału fotograficznego złożonego w sprawie;
- 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 oraz w oparciu o dokumenty potwierdzające uprawnienia zawodowe uzyskane od Prezesa Sądu Okręgowego w Białymstoku przez pozwaną i przedłożone na rozprawie z dnia 16.03.2016 r. biegły nie ma uprawnień, aby opiniować drogi, instalacje, sieci gazowe oraz budowę hydrotechniczne i melioracyjne, a do szacowania wartości robót uprawniony jest jedynie w zakresie budownictwa jednorodzinnego, a zgodnie z § 12 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24.01.2005 r. 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, wentylacji mechanicznej, powierzchni i ścian zbiornika wodnego (ekorastry) oraz nieuzasadnionego przemieszczania mas ziemnych przez powoda
- 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. na przykład: § 3; § 5 pkt f, § 6 pkt 6.2, 6.6, 6.13; § 10 pkt 10.2 oraz 10.4 i 10.5 oraz § 12 pkt 12.9; § 14;
- pominął również fakt, że pracownicy powoda byli wpuszczani w czasie trwania umowy czyli do dnia 21.01.2013 r., 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 14.12.2012 r., 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 2.08.2012 r. 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 traktował bardzo wybiórczo akta sprawy, w tym przede wszystkim umowę, korespondencję stron i wpisy do dziennika budowy przytaczając w głównej mierze opinie strony powodowej i przyjmując je jako własne przy zastosowaniu tzw. techniki „podkreśleń własnych”, która stanowiła nieprofesjonalne powielanie ocen powoda w formułowaniu opinii przez biegłego,

- powielał błąd w treści swojej opinii wskazując nieprawidłowo, że umowa obejmuje wyłącznie projekt budowlany, natomiast dokumentacja postępowania nie stanowi jej elementu;
- biegły z protokołu nr (...) losowo wybrał zakres robót niewykonanych takich jak zestaw hydroforowy, posadzka i węzeł cieplny, jednocześnie nie uwzględniając następujących pozycji (o wartości 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 9250 zł,
- tynki, oblicowania, malowanie z kwotą 13 560 zł,
- podbudowy z kwotą 12260 zł,
- elementy ulic z kwotą 1140 zł,
- zieleń drogowa z kwotą 11360 zł,
- inne roboty z kwotą 54750 zł,
- instalacje wodno-kanalizacyjne z kwotą 6690 zł,
- wentylacja mechaniczna z kwotą 8380zł,
- instalacja gazowa doziemna z kwotą 32620 zł,
- przyłącze kanalizacji deszczowej z kwotą 4450 zł,
- instalacja zraszania z kwotą 4740 zł,

15)art. 227 k.p.c., art. 278 § 1 k.p.c., 217 § 1 i 2 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku dowodowego o dopuszczenie dowodu z protokołu wykonanych przez (...) badań dotyczących wadliwości podbudowy pod płyty, 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 przy jednoczesnym dwukrotnym oddaleniu wniosku pozwanej o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa drogowego i technologii robót drogowych w oparciu o badania podłoża przeprowadzone przez jeden z instytutów wskazanych przez pozwaną (wnioski dowodowe zawierając badania podłoża zostały zgłoszone przez pozwaną na rozprawie z dnia 07.10.2015 r. - załącznik do protokołu rozprawy str. 8), podczas gdy z badań przeprowadzonych przez pozwaną wynikało w sposób bezsporny, że przyczyną wadliwości robót drogowych wykonanych przez powoda, a co za tym idzie bezpośrednia przyczyna pękania płyt była wadliwie wykonana przez powoda podbudowa ze względu na fakt, iż użyty przez powoda materiał nie odpowiadał wymaganiom Specyfikacji (...) (stanowiącej załącznik nr 5.11 do umowy z dnia 24.02.2012 r. zwanej dalej ST) D.04.04.01 pkt. 2.2 i tab. I), zaś sama podbudowa jako warstwa nie odpowiadała wymaganiom wg ST D.04.04.01 wg pkt. 6, w szczególności w sytuacji, gdy masy ziemne przemieszczane przez powoda zostały wbudowane w podbudowę, a roboty drogowe stanowią prawie połowę wartości dochodzonego przez powoda w niniejszym postępowaniu roszczenia, co doprowadziło do nierozpoznania istoty sprawy;

16) 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 pozwaną zostały niewyjaśnione okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy;

17) 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) konkludentnym uznaniu, że opinia biegłego geodety jest nieprzydatna w sprawie i zamiast powołania nowego biegłego - oparciu rozstrzygnięcia w zakresie robót dodatkowych na jednostronnie i dowolnie utworzonym przez powoda dzienniku wwozu i wywozu mas ziemnych, który nie stanowi wiarygodnego dowodu w sprawie, był kwestionowany przez pozwaną i nie odpowiada rzeczywistości jako nielogiczny i niezgodny z zasadami sztuki budowlanej, ponieważ zgodnie z tym dokumentem powód zdjął ok. metra gruntu z powierzchni terenu budowy, a przywiózł ok. 1,5 metra. Było to łącznie ok. 12.600 m³ przetransportowanych mas ziemnych, czyli ok. 1.000 ciężarówek - podczas gdy zgodnie z założeniami projektu inwestycji ziemia ta bowiem w ogóle nie powinna być wywożona z działki;

b) błędnym przyjęciu, że doszło do odbioru końcowego robót, podczas gdy odbiór jakościowy w postaci podpisania (...) (§ 1 pkt. 1.17 umowy, str. 3) nie miał miejsca, natomiast jednostronny protokół końcowego odbioru robót sporządzony przez powoda nie rodził skutków prawnych jako niezgodny z postanowieniami umownymi;

c) błędnym przyjęciu, że po dacie 31.07.2012 r. r. 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, który to materiał biegły w swojej opinii całkowicie pominął, złożonej do akt sprawy wyraźnie wynika, jakie prace nie były wykonane na dzień 31.07.2012 r. i zakres tych prac był szerszy niż wskazuje biegły sądowy, np. nie były dostarczone (...), nie był skończony plac z płyt drogowych, nie było wężła ciepła, a ponadto fakt, że w okresie od 31.07.2012 r. w okresie od 31.07.2012 r. roboty były prowadzone w sposób powolny i opieszale, a dodatkowo w październiku 2012r. na budowie ze strony powoda nie pracował prawie nikt, co świadczy o nienależytym wykonywaniu umowy przez powoda;

d) zupełnym pominięciu faktu, że ustalony w umowie termin zakończenia robót na dzień 31.07.2012 r. 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 miał świadomość prowadzenia budowy przez powoda za pomocą podwykonawców jako podstawy do uznania bezskuteczności odstąpienia od umowy przez pozwanego, podczas, gdy pozwana takiej świadomości nie miała, jak nota bene wskazał Sąd Rejonowy w Białymstoku VIII Wydział Gospodarczy w sprawie VIII GC 172/14, pozwana nie miała wiedzy o podwykonawcach, co zostało jednoznacznie potwierdzone w materiale dowodowym (wszyscy robotnicy nosili stroje robocze A.), a akceptacja wyrażona już po upływie umownego terminu zakończenia robót tj. w październiku 2012 r. 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 wyciągania 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, na co wskazywały zeznania świadka E. K. (1) oraz M. L. (1), którzy na rozprawie z dnia 17.09.2014 r. wyraźnie wskazali, że na budowie znajdowali się również inni podwykonawcy niż ci, którzy znajdują się na liście wskazanej przez powoda (pismo procesowe pozwanej z wnioskami dowodowymi z

dnia 08.10.2014 r.), co miało wpływ na termin wymagalności roszczenia powoda i skutkowało nierozpoznanie istoty sprawy;

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 10.05.2013 r. (Sąd pominął też ważną okoliczność odnoszącą się do terminu realizacji zobowiązań przez powoda wobec głównego podwykonawcy, jakim stał się (...) sp. z o.o.), ponieważ wtedy powód dokonał wypłat zatrzymanego częściowo wynagrodzenia z tytułu kaucji gwarancyjnych na rzecz ostatnich podwykonawców, 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. (1) dochodzi zapłaty niezapłaconego na jej rzecz wynagrodzenia na drodze sądowej (sprawa nieprawomocna), a ponadto podwykonawca M. S. (4) nie złożył oświadczenia o wypłaceniu mu całości wynagrodzenia (sąd oddalił wniosek o przesłuchanie tego świadka), 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 17.01.2013 r. 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 19.12.2012 r.;

k) błędnym ustaleniu, w ślad za kwestionowaną przez pozwaną opinią biegłego, że prace niewykonane przez powoda stanowią jedynie 5,76% całości robót, podczas gdy z opinii prywatnych zleconych przez pozwaną R. (...) w B. wynika, że wartość robót niewykonanych wynosiła 518.542,58 zł, zaś 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 5.17.3 i 5.17.4 do Umowy), w których znajdowała się trasa kanału i nie widział potrzeby dostarczenia 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-godzinnej 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 22.01.2013 r. powód wykonał prawie wszystkie prace, podczas gdy po pierwsze datą, która powinna być brana pod uwagę w przypadku oceny opóźnienia prac powoda powinna być data 31.07.2012 r., 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) 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 31.07.2012 r. roboty nie były zakończone z winy powoda,

q) 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 r., 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 dopuścił dowody z opinii biegłych wskazywanych przez pozwaną specjalności, 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,

r) zupełnym pominięciu w uzasadnieniu wyroku faktu rażącego opóźnienia (oraz jego skutków prawnych) 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;

s) 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.,

t) 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,

u) dokonaniu błędnej oceny, iż podwykonawcy składali pozwanej oświadczenia zgodnie z wymogiem § 14 pkt. 14.15 umowy z dnia 24.02.2012 r., poprzez pominięcie skutecznie realizowanego przez powoda do dnia 11.10.2012 r. zamiaru zatajenia przed pozwaną realizacji inwestycji wyłącznie poprzez podwykonawców (wtedy wpłynęło do pozwanej pismo z listą podwykonawców realizujących prace na obiekcie);

v) 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 - szczególnie w obliczu oddalenia wniosku o przesłuchanie podwykonawców, co byłoby zgodne z zasadą bezpośredniości;

w) nieuprawnionym uznaniu za wiarygodne zeznań świadków P. C. (1) i T. P., przy jednoczesnym zaniechaniu przesłuchania świadków zgłoszonych przez pozwaną i samej pozwanej;

x) 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 zapłata wynagrodzenia na rzecz powoda do czasu zapłaty przez wykonawcę wszystkich należnych podwykonawcom kwot;

y) 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;

z) 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.

18) 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 w rzeczywistości roboty były objęte fakturami zgłoszonymi przez powoda w niniejszym postępowaniu,

19) 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 wraz z szeregiem jej uzupełnień, które wnioski są wadliwe oraz nie zasługują na uwzględnienie jako sprzeczne z zasadami sztuki z uwagi na okoliczności wskazane w zarzucie 14 apelacji,

20) art. 233 § 1 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. poprzez nie odniesienie się w sposób merytoryczny 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%) oraz do opinii inż. G. K. (3), zgodnie z którą wartość wad i prac naprawczych z branży sanitarnej i ciepłowniczej stanowi kwotę 4 353,01 zł,

21) art. 203 k.p.c., art. 193 § 2(1) k.p.c., art. 187 k.p.c., art. 355 § 1 k.p.c. poprzez nierozpoznanie wniosków zgłoszonych przez pozwaną w piśmie z dnia 19.02.2016 r. (pkt III pisma, str. 10-12) w sytuacji, gdy powód pismem z dnia 10.02.2016 r. de facto dokonał zmiany powództwa i zamiast roszczenia dotychczasowego z robót budowlanych powołał roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia oparte na zupełnie innych przesłankach i w stosunku do którego pozwanej przysuguje zupełnie inny rodzaj ochrony, czyli roszczenie oparte na innej podstawie prawnej i faktycznej, co było równoznaczne z cofnięciem pozwu w tym zakresie i zastosowanie powinien mieć art. 203 k.p.c., podczas gdy pozwana w piśmie z dnia 19.02.2016 r. nie wyraziła zgody na zmianę powództwa i cofnięcie pierwotnego pozwu i zaprzeczyła nowemu żądaniu w całości, w związku z czym Sąd I instancji powinien oddalić pierwsze powództwo, wezwać powoda do uiszczenia brakującego wpisu sądowego za nowe powództwo w odniesieniu do kwoty 641.276,68 zł, zobowiązać powoda do złożenia pisma procesowego zmieniającego powództwo wskazującego podstawę prawną i faktyczną nowego roszczenia i doręczenie odpisu pisma pozwanej oraz wyznaczyć pozwanej termin na zajęcie stanowiska w przedmiocie zmiany powództwa;

22) § 2 ust. 1, § 3 ust. 1 w zw. § 6 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. 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 cztery razy po 7.200 zł, tj. 28.800 zł tytułem zwrotu uzupełniających kosztów zastępstwa procesowego, zmierzające do nadmiernego obciążenia finansowego pozwanej, podczas gdy nie można utożsamiać stopnia zawilości sprawy ani nakładu pracy pełnomocnika procesowego powoda z czasem trwania postępowania, w sprawie został powołany tylko jeden dowód z opinii biegłego,

miały miejsce tylko 4 rozprawy przeznaczone na przesłuchanie świadków, w związku z czym uzasadnione było miarkowanie zasądzanej kwoty,

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 24.02.2012 r. zawarta pomiędzy A. C. (1) (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. (1), 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. (1) nie wykonał całości przedmiotu umowy i nie przysługuje mu z tego tytułu wynagrodzenie;

2) art. 632 § 2 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i uznanie przez Sąd I instancji, że przepis ten nie może mieć zastosowania w niniejszej sprawie w stosunku do robót dodatkowych, co prowadzi do obejścia zasad niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego, podczas gdy roboty związane z przemieszczaniem mas ziemnych były objęte zakresem umowy, w związku z czym powód nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego;

3) art. 65 § 2 k.c. i art. 353¹ k.c. poprzez ich błędną wykładnię polegającą na niewłaściwej ocenie postanowień umowy, a w szczególności treści § 2 pkt 2.1 oraz pkt 2.2. lit. B, § 4 pkt 4.5, § 7 pkt 7.2 umowy, w której powód wyraźnie zobowiązał się do nie wysuwania roszczeń o roboty dodatkowe ani o dodatkowe wynagrodzenie i potwierdził, że zapoznał się z terenem budowy w zakresie jego ukształtowania;

4) art. 411 pkt 1 k.c. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy powód z uwagi na treść podpisanej umowy wiedział, że nie był zobowiązany do świadczenia względem pozwanej w zakresie tzw. robót dodatkowych, a w związku z czym świadcząc nienależnie nie ma prawa domagać się równowartości tego świadczenia od pozwanej;

5) art. 405 k.c. w zw. z art. 647 k.c. poprzez ich łączne zastosowanie i doprowadzenie do zbiegu roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia z roszczeniem o zapłatę za wykonane roboty budowlane w ramach zawartej przez strony ważnej umowy, podczas gdy zbieg taki jest niedopuszczalny (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14.03.2008 r., IV CSK 460/07), a rzekome wzbogacenie w niniejszym przypadku znajduje oparcie w ważnej czynności prawnej, jaką jest umowa łącząca strony oraz w przepisach prawa (tj. art. 411 pkt 1 k.c.);

6) art. 6 k.c. w zw. z art. 410 § 1 k.c. oraz art. 405 k.c. poprzez ich błędną wykładnię i zasądzenie kwoty za tzw. roboty dodatkowe w oparciu jedynie o przedłożoną przez powoda fakturę, podczas gdy wartość zubożenia powoda nie jest tożsama z kwotą wynegocjowanego wynagrodzenia umownego, a powód nie wykazał jakie roboty wzbogacające pozwanego wykonał na jego rzecz i jaka jest wartość tego wzbogacenia na dzień wyrokowania;

7) art. 481 § 1 i 2 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i zasądzenie od kwot wskazanych w pozwie odsetek za opóźnienie wynoszących od dnia 01.01.2016 r. 7%, podczas gdy powód w pozwie dochodził odsetek ustawowych, które od dnia 01.01.2016 r. są równe sumie stopy referencyjnej Narodowego Banku Polskiego i 5,5 punktów procentowych. Jednakże gdy wierzytelność jest oprocentowana według stopy wyższej, wierzyciel może żądać odsetek za opóźnienie według tej wyższej stopy.

8) art. 65 § 2 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na niewłaściwej ocenie postanowień umowy, a w szczególności treści § 15 pkt 15.1.1. i nieuwzględnienie zarzutu potrącenia (oświadczenie z dnia 16.01.2013 r. i z dnia 01.02.2013 r.) kary umownej z tytułu opóźnienia, podczas gdy opóźnienie wykonawcy było bezsporne i wynosiło prawie 6 miesięcy (dokładnie ok. 23 tygodni) i rzeczywista wysokość kary umownej liczona wg stawek przyjętych w umowie, tj. 1% wynagrodzenia netto za tydzień powinna wynosić 977.500 zł (1% z 4.250.000 x 23 = 977.500), jednakże jej maksymalna wysokość zgodnie z umową nie mogła przekraczać 10% wynagrodzenia netto, tj. 425.000 zł i o taką kwotę powinno zostać obniżone roszczenie w niniejszej sprawie;

9) art. 637 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. dodatkowo poprzez ich błędną wykładnię polegającą na:

a) przyjęciu, że pozwana nieskutecznie odstąpiła od umowy i nieskutecznie wezwała powoda do usunięcia wad wyznaczając w tym celu odpowiedni termin, podczas gdy pozwana 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 17.01.2013 r. 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 19.12.2012 r. i należało je zakwalifikować jako istotne;

b) odmowie obniżenia wynagrodzenia powoda w sytuacji istnienia wad w robotach budowlanych wykonanych przez powoda;

10) art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. poprzez ich niezastosowanie w sytuacji, gdy na dzień 21.01.2013 r. 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;

11) art. 492 k.c. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy pozwana miała prawo odstąpić od umowy nawet bez wyznaczania terminu dodatkowego, gdy uprawnienie takie zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym, co miało miejsce w niniejszym przypadku;

12) 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 dnia 29.09.2012 r. od kwoty 425.000 zł oraz od dnia 19.02.2013 r. od kwoty 101.994,06 zł i od kwoty 202.990,59 zł i od dnia 27.02.2013 r. od kwoty 641.267,68 zł, tj. od dnia po upływie terminu do wezwania do zapłaty wskazanego przez powoda z jednoczesnym pominięciem zapisów umowy, a w szczególności § 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 - szczególnie wobec nie wyjaśnienia, w jakiej dacie podwykonawcy nieujawnieni przez powoda otrzymali wynagrodzenie od powoda (pozwana zgodnie z umową uprawniona była do wstrzymania się z zapłatą wynagrodzenia, co czyniło roszczenie wynikające z pozwu przedwczesnym);

13) art. 498 k.c., 499 k.c. w zw. z art. 60 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i niezasadne niedokonanie potrącenia, podczas gdy wobec spełnienia przesłanki do dokonania potrącenia zgodnie z art. 498 k.c. - pozwana złożyła skutecznie oświadczenie o potrąceniu powodowi zgodnie z art. 499 k.c. wierzytelności z tytułu kary umownej za opóźnienie z wierzytelnością powoda z tytułu wynagrodzenia, zgłosiła również zarzut potrącenia kwoty 425.000 zł tytułem kary umownej za opóźnienie (opóźnienie wykonawcy jest bezsporne w sprawie), a zatem wierzytelności umorzyły się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej;

14) 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 24.02.2012 r., a w szczególności z § I, ust. 1.17, § II ust. 12.2, ust. 12.8, ust. 12.9 wynika, że strony przyjęły konstrukcję warunkowego wstępnego odbioru do celów comiesięcznych rozliczeń z powodem;

15) art. 353¹ k.c. poprzez jego niezastosowanie i pominięcie istotnych dla sprawy zapisów umowy z dnia 24.02.2012 r. 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;

16) art. 65 § 2 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na błędnej ocenie postanowień umowy z dnia 24.02.2012 r. (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;

17) 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 (...);

18) art. 65 § 1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię przy dokonywaniu wykładni oświadczenia woli E. K. (1) prowadzącej firmę (...), 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,

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

Wskazując powyższe zarzuty strona pozwana wniosła o:

- 1) zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie powództwa w całości, ewentualnie o:
- 2) uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawie do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz
- 3) zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych.

W apelacji na podstawie art. 380 k.p.c., 382 k.p.c. w zw. z art. 241 k.p.c. zawarto wnioski o rozpoznanie przez Sąd II instancji:

- postanowień Sądu I instancji z dnia 17.09.2014 r. oddalających wnioski dowodowe pozwanej o przesłuchanie świadków (zgłoszonych w odpowiedzi na pozew na okoliczności w nich wskazane) i o zobowiązanie powoda do złożenia wykazu budów prowadzonych przez niego w okresie 24.02.2012 r. do 23.01.2013 r.,
- postanowienia Sądu I instancji z dnia 10.12.2014 r. oddalającego wnioski dowodowe zgłoszone przez pozwaną w piśmie procesowym z dnia 08.10.2014 r. na okoliczności w nim wskazane;
- postanowień Sądu I instancji z dnia 07.10.2015 r. oddalających wnioski pozwanej o dopuszczenie dowodu z opinii biegłych z zakresu budownictwa drogowego i technologii robót drogowych oraz z zakresu branży sanitarnej i ciepłownictwa i wnioski o dopuszczenie dowodu z wyników badań (...) na okoliczności w nim wskazane,
- postanowień Sądu I instancji z dnia 16.03.2016 r. oddalających wnioski pozwanej; o dopuszczenie dowodu z opinii biegłych z zakresu budownictwa i kosztorysowania, z zakresu budownictwa drogowego i technologii robót drogowych oraz z zakresu branży sanitarnej zawartych w pismach z dnia 22.12.2015 r. i piśmie z dnia 09.02.2016 r. oraz zarzutach z dnia 10.03.2016 r. i wnioski o dopuszczenie dowodu z zeznań nieprzesłuchanych świadków zgłoszonych w odpowiedzi na pozew, wniosek o dopuszczenie dowodu z przesłuchania stron oraz wnioski o dopuszczenie dowodu z zapisu wideo i 9 zdjęć złożonych w zarzutach z dnia 10.03.2016 r. oraz wniosek o przeprowadzenie tych dowodów przez Sąd II instancji na podstawie art. 382 k.p.c. i o uzupełnienie, i powtórzenie postępowania dowodowego przez przeprowadzenie następujących dowodów:

I. dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa drogowego i technologii robót drogowych wydanej w oparciu o oględziny, umowę, cały zgromadzony w aktach sprawy materiał dowodowy, a w szczególności:

1. pozwolenie na budowę wraz z załączonym do niej projektem drogowym,

2. projekt architektoniczny i projekt zagospodarowania terenu,

3. (...) - (...) stanowiącą Załącznik do Umowy z dnia 24.02.2012 r. nr 5.11 oraz akredytowane wyniki badania płyt drogowych i nawierzchni z nich wykonanych, badania podłoża (gruntu rodzimego, podbudowy - wszystkich warstw konstrukcyjnych) przeprowadzonych przez Instytut (...) (ul. (...); (...)-(...) W.) lub Instytut (...) (ul. (...); (...)-(...) W.) na okoliczność:

1) ustalenia przyczyn wadliwości nawierzchni z płyt ułożonych przez powoda:

2) wykazania czy dokumentacja (mapy projektowe) przewidziana dla realizacji inwestycji obejmującej budowę zakładu wytwarzającego lekkie kruszywa budowlane z wykorzystaniem popiołów elektrowniowych we wsi S. gmina S. (zwanej dalej „inwestycją”) była zgodna z rzeczywistym ukształtowaniem terenu, na którym powód miał prowadzić roboty oraz że na podstawie tej dokumentacji powód mógł bez dodatkowych prac polegających na przemieszczaniu mas ziemnych (wwożenie i wywożenie) wykonać roboty drogowe, do których był zobowiązany;

3) wykazania czy powód wykonał pomiary tzw. stanu zerowego, do czego był zobowiązany zgodnie z umową z dnia 24.02.2012 r. (§ 7 ust. 7.2. pkt a. oraz b. umowy- karta 1112 i 1112 verte, (...), a w szczególności: karta 1232 pkt 1.3.1, karta 1232 verte do k. 1233 pkt 1.3.2, karta 1237 pkt 5.1, karta 1241 verte pkt 5.1, karta 1242 pkt 5.2, 5.3), przez co wykonał umowę łączącą strony w sposób nienależyty w własnej winy, a co za tym idzie nie może tłumaczyć niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy błędną interpretacją danych, nieznaną terenu budowy i nie przysługuje mu z tego tytułu jakiegokolwiek dodatkowe wynagrodzenie;

4) wykazania, że powód zgodnie z umową z dnia 24.02.2012 r. był obowiązany zbadać grunt przed rozpoczęciem robót (umowa z dnia 24.02.2012 r. § 7 ust. 7.2. pkt a. oraz b. umowy- karta 1112 i 1112 verte, protokół przekazania terenu z dnia 27.02.2012), a co za tym idzie nie może tłumaczyć niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy błędną interpretacją danych, nieznaną terenu budowy i nie przysługuje mu z tego tytułu jakiegokolwiek dodatkowe wynagrodzenie;

5) wykazania, że wykonawca nie oznaczył granic terenu placu budowy;

6) wykazania, że roboty drogowe oraz przesuwanie mas ziemnych były prowadzone przez powoda w sposób wykraczający znacząco poza teren, na którym miała być prowadzona budowa inwestycji (dokumentacja fotograficzna k. 2645-2676);

7) wykazania, że powód wykonując roboty drogowe na inwestycji w S. przeprowadził szereg prac zbędnych z punktu widzenia zadania inwestycyjnego, co objęło nieuzasadnione przemieszczanie mas ziemnych, wywożenie nasypu niebudowlanego, wywożenie wału ziemnego i humusu zamiast wbudowania ich w teren;

8) wykazania, że nie zachodziła potrzeba dyslokacji ilości mas ziemnych wskazanej w prowadzonej przez powoda ewidencji wwozu i wywozu, a prawidłowe zagospodarowanie placu budowy prowadziłyby do uniknięcia konieczności zarówno wywożenia, jak i przywożenia dodatkowych mas ziemnych;

9) wykazania, że do dnia 24.04.2012 r. grunt na terenie inwestycji był wielokrotnie przemieszczany, co spowodowało wymieszanie humusu z ziemią i popiołem oraz żwirów z popiołem, co mogło spowodować utratę właściwości humusu i żwiru i skutkować decyzją wykonawcy o wywiezieniu przemieszczanych kruszyw i przywiezieniu w to miejsce nowych;

10) wykazania, że poprzez nieuzasadnione transporty mas ziemnych powód uzyskał dodatkowe korzyści majątkowe wynikające z wywieżenia kruszywa z terenu inwestycji;

11) wykazania, że powód miał możliwość wykonania robót objętych umową z dnia 24.02.2012 r. bez wykonywania robót dodatkowych związanych z wywożeniem z terenu budowy humusu, skarpy, wału ziemnego oraz wykopów, jak również przywiezieniem kruszywa;

12) ustalenia czy powód mógł wywieźć z terenu budowy, a jeżeli tak, to jaką ilość mas ziemnych i jakiego rodzaju przed dniem 25.04.2012 r., tj. w okresie przed założeniem ewidencji wwozu i wywozu mas ziemnych przez powoda;

13) wykazania, że obsługa geodezyjna wykonawcy była zobowiązana do wpisania do dziennika budowy ewentualnych stwierdzonych rozbieżności między dokumentacją a rzeczywistym ukształtowaniem terenu;

14) wykazania o ile czasu wywożenie i przywożenie mas ziemnych opóźniło realizację budowy wyłącznie z winy powoda;

15) ustalenia o ile wykonanie wykopu w północno-wschodniej części terenu inwestycji i późniejsze jego zasypywanie opóźniło wykonanie umowy;

16) wykazania, że konieczność przemieszczania mas ziemnych w ilości wskazanej z tzw. ewidencji wwozu i wywozu mas ziemnych wynikała z niewłaściwego prowadzenia budowy przez wykonawcę i nienależytego wykonywania umowy z dnia 24.02.2012 r. przez powoda z przyczyn leżących po jego stronie;

17) wykazania, że pomiar objętości tzw. nasypu niebudowlanego jest niewiarygodny, ponieważ po pierwsze geodeta W. M. nie wykonał pomiaru głębokości niecki, a po drugie pomiary powierzchni zostały wykonane już po zasypaniu niecki pozostałej po wydobyciu nasypu niebudowlanego, a być może po wydobyciu również innego rodzaju kruszywa;

18) ustalenia braku wiarygodności wpisu do dziennika budowy kierownika budowy z dnia 15.03.2012 r. (k. 2035) odnoszącego się do rozmiarów ww. niecki po wykopie nasypu niebudowlanego (25m x 20m x 3m) z uwagi na fakt, iż kierownik budowy nie przedłożył żadnych szkiców poglądowych ani nie określił sposobu pomiaru, a ponadto w dokumentacji brak potwierdzenia wielkości tego nasypu przez inwestora lub jego inspektora nadzoru oraz występuje rażąca niezgodność pomiędzy wartościami podanymi przez kierownika budowy i geodetę;

19) wykazania, że wpis inspektora nadzoru z dnia 27.03.2012 r. jednoznacznie określa, że należy wywieźć napotkany gruz i brudy (k. 2036 verte), a nie całość nasypu niebudowlanego oraz że powód wbrew nakazowi pozwanej wywiózł całość nasypu niebudowlanego;

20) wykazania, że teren nieobjęty projektem drogowym został ukształtowany niezgodnie z projektem zagospodarowania terenu;

21) wykazania, że ekspertyza przedłożona przez powoda pismem z dnia 14.08.2014 r. sporządzona przez mgr. I. T. W. (2) w konsultacji z dr. inż. A. P. jest niewiarygodna i nie może stanowić dowodu w sprawie z uwagi na fakt, że:

a) obejmuje obszar, którego powierzchnia oraz zakres robót ziemnych jest nieuzasadniony projektem i pozwoleniem na budowę;

b) w sposób nieuzasadniony zakłada wymianę gruntu (humus), co jest niezgodne z projektem drogowym, umową oraz (...), ponieważ wykonawca powinien był zebrać 15 cm humusu w miejscach wykonywania nowych nawierzchni utwardzonych, a następnie wbudować 416 m³ humusu jako przykrycie skarp i zieleńców, a pozostały humus mógł być wykorzystany na miejscu do wykonania nasypów poza powierzchniami przeznaczonymi do utwardzenia w obrębie inwestycji;

c) w sposób nieuzasadniony zakłada wymianę gruntu (nasyt niebudowlany), co jest niezgodne z projektem drogowym, umową oraz (...), ponieważ wykonawca miał usunąć jedynie napotkany gruz i brudy, a nie całość nasypu niebudowlanego;

d) dubluje roboty ziemne wykazane w dokumentacji architektonicznej, a nie uwzględnia kubatury wynikającej z warstw konstrukcyjnych posadzki hali produkcyjnej i budynku;

e) głębokość tzw. nasypu niebudowlanego została określona podstawie fotografii, tzn. na tzw. oko

22) 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;

23) czy użyte płyty drogowe spełniają postanowienia umowy w tym czy odpowiadają wymaganiom ST D. 10.03.01, a jeżeli nie, to czy i jaki ma to wpływ na jakość wykonanych robót przez powoda;

24) 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 5.11 do umowy z dnia 24.02.2012 r. zwanej dalej ST) D.04.04.01 pkt. 2.2 i tab. 1
- czy wykonana podbudowa odpowiada jako warstwa wymaganiom wg ST D. 04.04.01 wg pkt. 6 ale w szczególności:

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

- czy zachowane są minimalne wartości modułów odkształcenia mierzone płytą o średnicy 30 cm i czy wynoszą one od pierwszego obciążenia $E_j > 100$ MPa, a od drugiego obciążenia (...)

- 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 (...) $> 1,00$
- czy wtórny moduł odkształcenia na powierzchni robót ziemnych (...)
- czy wtórny moduł odkształcenia - 20 cm od powierzchni (...) > 60 MPa
- czy rzędna powierzchni robót ziemnych jest zgodna z przekrojem konstrukcyjnym nawierzchni wg pkt. 6.3.3

c) w zakresie wykonania podłoża gruntowego.

- czy wskaźnik zagęszczenia wynosi $IS > 1,00$
- czy wtórny moduł odkształcenia $E_2 > 120$ MPa

zaś w przypadku stwierdzenia wadliwości tych robót -

25) także na okoliczność ustalenia wartości robót niezbędnych do wykonania w celu uzyskania stanu zgodnego z postanowieniami umowy z dnia 24.02.2012 r., a także na podstawie:

1. Mapy projektowej zagospodarowania terenu (znajduje się w załączniku do umowy z dnia 24.02.2012 r. nr 5.5);
2. Projektu drogowego opracowanego przez mgr inż. K. P. w jednostce projektowej (...) A. B. (1), C. R., (...)-(...) B., ul. (...) (karty od (...) do (...));
3. Przedmiaru robót drogowych (karty od (...) do (...));
4. Przedmiaru robót (...) 00-001 zbiornik zasypowy (karty od 2280 do (...));
5. Przedmiaru robót (...) 00-002 hala produkcyjna (karty od (...) do (...));
6. Przedmiaru robót (...) 00-003 zaplecze techniczno-socjalne (karty od (...) do 2290);
7. Map poinwentaryzacyjnych wykonanych przez inż. W. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.U.G. i K. (...) inż. W. M., (...)-(...) C., D. (...) (w aktach sprawy);

- dokonanie analizy projektu drogowego w celu wykazania :

- 1) czy rzędne wysokościowe terenu na przekrojach poprzecznych są naniesione prawidłowo z mapy do celów projektowych?
- 2) czy prawidłowo obliczono roboty ziemne na przekrojach poprzecznych?
- 3) czy prawidłowo obliczono roboty ziemne w tabeli robót ziemnych?
- 4) czy wysokościowo roboty drogowe zostały wykonane zgodnie z projektem drogowym?

- dokonanie analizy przedmiarów robót w zakresie bilansu robót ziemnych w zakresie:

1. przedmiaru robót drogowych
2. przedmiaru robót (...) 00-001 zbiornik zasypowy
3. przedmiaru robót (...) 00-002 hala produkcyjna
4. przedmiaru robót (...) 00-003 zaplecze techniczno-socjalne
5. bilansu robót ziemnych budowy zakładu wytwarzającego lekkie kruszywo budowlane z wykorzystaniem popiołów elektrownianych, w celu wykazania :
 - 1) czy istnieją różnice w rzędnych projektowanych i powykonawczych?
 - 2) jeżeli takie różnice istnieją, to czy są dopuszczalne w świetle zawartej umowy w tym „Specyfikacji technicznej branża drogowa” (karty od (...) do (...))?
 - 3) czy były prowadzone roboty ziemne w miejscach nieobjętych projektem drogowym?
 - 4) czy zakres wykonanych robót ziemnych i ukształtowanie terenu zgadzają się z projektem drogowym i projektem zagospodarowania terenu?

5) jeżeli występują różnice pomiędzy zakresem robót wykonanych, a zakresem, który miał być wykonany (projekt drogowy, projekt zag. terenu) - podać te różnice.

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

- 1) wykazania, że powód wykonał roboty z branży sanitarnej niezgodnie z umową z dnia 24.02.2014 r. z przyczyn zależnych od powoda;
- 2) ustalenia ilości dni opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy przez powoda;
- 3) wykazania wadliwości organizacji pracy w zakresie robót sanitarnych przez powoda na budowie w S.;
- 4) niezgodnego z umową z dnia 24.02.2012 r. wykonawstwa robót sanitarnych będących jej przedmiotem i jego wpływu na zaistniałe opóźnienie;
- 5) wykazania czasu opóźnienia w dostawie węzła cieplnego;
- 6) wykazania czasu opóźnienia w dostawie zraszaczy;
- 7) wykazania czasu opóźnienia w dostawie zbiorników gazu płynnego;
- 8) wykazania czasu opóźnienia w dostawie filtra wody;
- 9) wykazania czasu opóźnienia w dostawie okapów;
- 10) ustalenia zakresu robót sanitarnych wykonanych, wykonanych wadliwie i niewykonanych przez powoda na inwestycji pozwanej do dnia 31.07.2012 r.;
- 11) wykazania, że wykonane przez powoda prace z zakresu robót sanitarnych objęte wynagrodzeniem, którego powód dochodzi w niniejszym postępowaniu, są dotknięte wadami lub/i nie zostały wykonane (opisane w ekspertyzie technicznej w zakresie jakości robót wykonanych złożonej do akt sprawy - k. 2577-2606);
- 12) ustalenia wysokości kwoty, o jaką istniejące wady zmniejszają wartość wykonanych prac sanitarnych;
- 13) ustalenia okresu opóźnienia powoda w realizacji robót sanitarnych wynikającego z braku dostaw materiałów na budowę, nieodpowiedniego skoordynowania prac 23 podwykonawców, niezapewnienia prądu i wody na terenie budowy;
- 14) wykazania, że wynagrodzenie w zakresie robót sanitarnych wynikające z faktury VAT nr (...) z dnia 25.01.2013 r. oraz faktury VAT (...) z dnia 25.01.2013 r. jest nienależne, ponieważ ww. faktury zostały wystawione bezpodstawnie;

III. dowodu z opinii innego biegłego niż biegły sądowy J. L. z zakresu budownictwa i kosztorysowania na okoliczność:

- 1) wykazania, że powód wykonał roboty niezgodnie z umową z dnia 24.02.2014 r. z przyczyn zależnych od powoda;
- 2) ustalenia ilości dni opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy przez powoda;
- 3) wykazania wadliwości organizacji pracy przez powoda na budowie w S.;
- 4) niezgodnego z umową z dnia 24.02.2012 r. wykonawstwa robót budowlanych będących jej przedmiotem i jego wpływu na zaistniałe opóźnienie;
- 5) wykazania wpływu realizacji praktycznie całego przedmiotu umowy w systemie podwykonawstwa na terminowość wykonywanych przez powoda prac, w tym na realność dotrzymania umownego terminu realizacji umowy;

- 6) wykazania obowiązku powoda wynikającego z umowy ocieplenia ścian i dachu hali;
- 7) wykazania czasu opóźnienia w dostawie węzła cieplnego;
- 8) wykazania czasu opóźnienia w dostawie zraszaczy;
- 9) wykazania czasu opóźnienia w dostawie zbiorników gazu płynnego;
- 10) wykazania czasu opóźnienia w dostawie filtra wody;
- 11) wykazania czasu opóźnienia w dostawie okapów;
- 12) wykazania czasu opóźnienia wynikającego z przeprowadzonych przez powoda prac ziemnych zbędnych z punktu widzenia przedmiotu umowy;
- 13) ustalenia zakresu robót wykonanych przez powoda na inwestycji pozwanej do dnia 31.07.2012 r.
- 14) wykazania braku związku wkroczenia ekipy elektryków na budowę w dniu 12.07.2012 r. z opóźnieniem wykonawcy, a jeżeli taki związek wystąpił, to wykazania że powód nie zakończyłby robót budowlanych objętych przedmiotem umowy do dnia 31.07.2012 r. wraz z jednoczesnym ustaleniem czasu tego opóźnienia;
- 15) wykazania, że sposób mocowania ekorastrów i ich ułożenia oraz dobór typu ekorastrów leżał po stronie powoda, ponieważ pozwana nie narzucała technologii ich układania, a wykonawca miał obowiązek ich zamocowania i ułożenia zgodnie z własną wiedzą oraz doświadczeniem, szczególnie w przypadku, gdy nie zwracał się do Inwestora z pytaniami dotyczącymi technologii montażu ekorastrów na etapie zadawania pytań przed złożeniem oferty;
- 16) wykazania, że prace związane ze związaniem ekorastrów i wykonywaniem oporów były objęte przedmiotem umowy z dnia 24.02.2012 r. oraz ustalonym w niej zryczałtowanym wynagrodzeniem i nie stanowiły robót dodatkowych;
- 17) wykazania, że wykonane przez powoda prace objęte wynagrodzeniem, którego powód dochodzi w niniejszym postępowaniu, są dotknięte wadami lub/i nie zostały wykonane (m.in. brak ocieplenia ścian budynku i hali, pękające płyty drogowe i inne opisane w ekspertyzie technicznej w zakresie jakości robót wykonanych złożonej do akt sprawy - k. 2577-2606);
- 18) ustalenia wysokości kwoty, o jaką istniejące wady zmniejszają wartość wykonanych prac;
- 19) ustalenia okresu opóźnienia powoda w realizacji robót budowlanych wynikającego z zalania budynku, braku dostaw materiałów na budowę, nieodpowiedniego skoordynowania prac 23 podwykonawców, zbędnie wykonywanych robót ziemnych, niezapewnienia prądu i wody na terenie budowy, prowadzenie robót poza terenem budowy;
- 20) wykazania braku obowiązku Inwestora dostarczenia mediów na teren budowy;
- 21) wykazania obowiązku powoda dostarczenia mediów na teren budowy samodzielnie;
- 22) wykazania, że wynagrodzenie wynikające z faktury VAT nr (...) z dnia 25.01.2013 r. oraz faktury VAT (...) z dnia 25.01.2013 r. jest nienależne, ponieważ ww. faktury zostały wystawione bezpodstawnie;
- 23) ustalenia czy na dzień 17.01.2013 r. roboty były wykonane przez powoda i w jakim zakresie.

Ponadto, pozwana podkreśliła, że nowy biegły w swojej opinii powinien w sposób jasny i klarowny wyszczególnić:

- a) wartość robót niewykonanych przez powoda ze wskazaniem, jakie to konkretnie roboty,

b) wartość robót wykonanych przez powoda wadliwie ze wskazaniem, jakie to konkretnie roboty oraz obliczeniem ich poszczególnych wartości,

c) w jaki sposób dokonał analizy, jaką metodę wyliczeń stosuje i w oparciu o jakie materiały źródłowe, cenniki,

d) jak definiuje pojęcia „wady istotnej” oraz „wady nieistotnej” dla tej konkretnej budowy z jednoczesnym zaklasyfikowaniem wszystkich wad w pracach powoda do tych kategorii i dostatecznym uzasadnieniem dokonanej klasyfikacji.

IV. dowodu z dokumentu w postaci raportu sporządzonego przez (...) z badań płyt drogowych z placu składowego zakładu produkcji (...) w S. z dnia 13.08.2015 r. 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 r przez (...) (...) S.A. w L. na okoliczność ustalenia przyczyn i zakresu wadliwości płyt i robót drogowych wykonanych przez powoda,

VI. dowodu z graficznej analizy wyników badania przekrojów konstrukcyjnych przez płyty nr 33, 175, 1929 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. zobowiązanie E. K. (1) 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.

VIII. dopuszczenie dowodu z przesłuchania świadka J. R. – współnika spółki cywilnej (...) z siedzibą w B., ul. (...), (...)-(...) B. na adres (...) s.c. z siedzibą w B., ul. (...), (...)-(...) B. 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 profesjonaliści, składając ofertę, przewidywali ewentualną konieczność wykonania robót nieobjętych przedmiotami w cenie ryczałtowej;
- w cenie ofertowej jednym ze składników kosztorysu były koszty wykonania ocieplonych ścian i dachu hali,

IX. 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 28.12.2011 oraz listy obecności na wizji lokalnej w dniu 28.12.2011 r. - 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,

X. zażądanie z Sądu Rejonowego w Białymstoku XII Wydziału Gospodarczego Krajowego Rejestru Sądowego akt rejestrowych spółki (...) sp. z o.o. z siedzibą w B. nr (...) oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących stron tych akt: I Tom karty 95-169, 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

XI. zobowiązanie Starosty Powiatu B. do złożenia do akt sprawy będących w posiadaniu (...) dokumentów złożonych przez firmę (...) (...), (...)-(...) C., związanych z obsługą geodezyjną budowy zakładu wytwarzającego lekkie kruszywa budowlane z popiołów elektrowni w S. na działkach (...), na okoliczność wykazania dat, w jakich rozpoczął i zakończył realizacją zlecenia obsługi geodezyjnej w/w inwestycji, zakresu, rodzaju i wyników wykonywanych czynności.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:

Apelację pozwanego uznać należy za częściowo uzasadnioną – w zakresie daty wymagalności kwoty 425.000 zł, żądania obniżenia wynagrodzenia za prace niewykonane – w zakresie dotyczącym węzła c.o. oraz częściowo robót dodatkowych.

W pozostałym zakresie apelacja pozwanego na uwzględnienie nie zasługiwała.

Powód w przedmiotowej sprawie, 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 wynikających z protokołów częściowego odbioru robót: nr (...) z 31.07.2012 r. ((...) z 30.08.2012 r. – w zakresie kwoty 425.000 zł) i nr (...) z 25.01.2013 r. ((...) z 25.01.2013 r.), fakturą końcową dotyczącą robót wynikających z protokołu końcowego odbioru robót z dnia 25.01.2013 r. (...) z 25.01.2013 r.) oraz fakturą nr (...) z dnia 5.02.2013 r. obejmującą roboty dodatkowe. 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 przekroczenie umownego terminu wykonania robót co spowodowało umorzenie należności w zakresie kwoty 425.000 zł;

- w zakresie robót dodatkowych – nie zlecaniem tych robót powodowi ani nie ustalaniem wysokości wynagrodzenia za nie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności 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 skoro z § 14 ust. 15 umowy wynika, że zamawiający miał prawo wstrzymać się z płatnością wynagrodzenia na rzecz wykonawcy jedynie do czasu zapłaty przez wykonawcę wynagrodzenia podwykonawcom, to fakt terminowej zapłaty tych wynagrodzeń przez wykonawcę przesądza o braku podstaw do wstrzymania się zamawiającego z zapłatą wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym sąd I instancji pozbawił znaczenia okoliczność, 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 wstrzymując się jednocześnie z płatnością faktury do czasu ich dostarczenia. Podobnie rzecz się miała jeżeli chodzi o sporne faktury (bezsporne).

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. 730-1074 akt) prowadzi do wniosku, że ostatecznie oświadczenie wpłynęło do zamawiającego dnia 30.01.2013 r. (k. 732 - (...)K. G., S. G. z siedzibą w B.). W ocenie Sądu Apelacyjnego, w powyższej sytuacji zamawiający miał prawo wstrzymać się z płatnością faktur wymagalnych przed tą datą (w przedmiotowej sprawie jest to faktura (...) z 30.08.2012 r. – w zakresie kwoty 425.000 zł) jedynie do dnia 30.01.2013 r. Uwzględniając czas niezbędny do uruchomienia płatności faktury, którą pozwany otrzymał i zaakceptował co do wysokości dużo wcześniej (7.09.2012 r. – k. 154-155 akt) przyjęć należy, iż winna ona być opłacona w ciągu 3 dni - najpóźniej w dniu 2.02.2013 r., a więc od dnia 3.02.2013 r. 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, 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 29.02.2012 r. zawarte z tym podwykonawcą, z którego wynika ostateczne rozliczenie między powodem a podwykonawcą. 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. (2) zauważyć należy, iż Ł. S. nie był podwykonawcą robót budowlanych bowiem świadczył jedynie usługi w zakresie wywozu śmieci podobnie jak M. K. (2), który jedynie wynajął powodowi podnośnik, a ponadto prace tym podnośnikiem były wykonywane już po dacie złożenia faktur – w styczniu 2013 r.

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 nieznani 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.

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. 730-1074 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 na dacie wystawienia faktur będących przedmiotem sprawy, a jeśli tak to nie dotyczy jej wymóg z § 14.14 umowy.

Podsumowując część rozważań dotyczących zarzutu pozwanego przedwczesności 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 kwoty 425.000 zł z faktury (...) z 30.08.2012 r. objętej żądaniem pozwu. Przyjmując bowiem, że pozwany miał prawo wstrzymać się z płatnością tej faktury do daty złożenia oświadczeń od podwykonawców, a ostatnie oświadczenie otrzymał 30.01.2013 r., fakturę winien opłacić w ciągu 3 dni i pozostaje w opóźnieniu od dnia 3.02.2013 r.

Kolejny zarzut, w oparciu o który pozwany domagał się oddalenia powództwa dotyczył żądania obniżenia wynagrodzenia należnego powodowi za wykonane roboty 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 19-20.12.2012 r. dokonał inwentaryzacji wad i usterek (protokół k. 2533-2576) przesyłając go wykonawcy (k. 1688). 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. 1703-1713). Zaznaczyć należy, że pierwszym i jedynym wezwaniem powoda przez pozwanego do usunięcia wad i usterek określającym termin do wykonania powyższego jest wezwanie z dnia 17.01.2013 r. (k. 1812 akt), określające termin do dnia 23.01.2013 r.

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 17.01.2013 r. nie spełnia. Co istotne, wady wskazane w protokole z k. 2533-2576 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 17.01.2013 r. oraz czy zamawiający nie stwierdził jeszcze innych wad, co nie jest wykluczonym chociażby w kontekście jego inicjatywy dowodowej w zakresie ujawniających się już w toku procesu dalszych wad zwłaszcza w zakresie płyt drogowych z podbudową.

W konkluzji stwierdzić należy, że wezwanie z dnia 17.01.2013 r. 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 określenia powodowi terminu na usunięcie wad i usterek do dnia 23.01.2013 r., już w dniu 21.01.2013 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy (k. 204 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. 1981 i 1992 – pisma powoda, przyznanie pozwanego - bezsporne).

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. 2577-2606).

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. 162) wystawiając końcową fakturę jedynie za faktycznie wykonane roboty (k. 163).

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 wypowiedział 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 przewidziano pokrycie dachu – blacha trapezowa, ściany zewnętrzne w części produkcyjnej – jednowarstwowe – blacha trapezowa. Z kolei w przedmiarze robót przewidziano ściany bez docieplenia, dach z dociepleniem. Dalej w projekcie wykonawczym zapisano: ściany i dach z blachy trapezowej (bez docieplenia). Wreszcie w opisie przedmiotu zamówienia – szczegółowe wymagania techniczne: ściany osłonowe z płyt warstwowych z rdzeniem z wełny mineralnej oraz blacha fałdowana.

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) 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. 232, 2218, 255, 675, 171).

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.259, 172, 335, 2412, 2425, 2441, 511).

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.

Bezsprzeczne natomiast było między stronami, że powód nie wykonał posadзки na hali, węzła co oraz zestawu hydroforowego. Z kolei w protokole końcowego odbioru robót (k. 162) powód uwzględnił jedynie jako prace niewykonane wyposażenie studni hydroforowych oraz posadzkę na hali, zmniejszając o koszt powyższych prac swoją należność (k. 163). Nie uwzględnił natomiast węzła c.o., którego również nie wykonał, a którego wartość biegły określił na 23.065 zł netto, co daje kwotę 28.369,95 zł brutto. Wobec bezspornego faktu, że powód węzła c.o. nie wykonał, należało więc kwotę z faktury (...) opiewającej na 101.994,06 zł obniżyć do kwoty 73.624,11 zł.

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. Ustosunkowanie się wymaga natomiast zarzut naruszenia art. 637 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zarzut powyższy jest oczywiście niezasadny. Pozwany powołuje się na protokół wad i usterek z dnia 19.12.2012 r. 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 17.01.2013 r. odnosi się do wad i usterek w tym

właśnie protokole wskazanych. Zauważyć jednak należy, iż z pism składanych przez pozwanego w toku procesu jednoznacznie wynikało, że ciągle trwa opisywanie ujawniających się wad i usterek – a więc i po dacie wezwania. 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 – 23.01.2013 r., a następnie nie czekając na jego upływ, w dniu 21.01.2013 r. odstąpił od umowy jednocześnie pozbawiając powoda dostępu do budowy i tym samym uniemożliwiając mu usunięcie we wskazanym terminie wad i usterek (przyznanie w samej apelacji – k. 4746 tiret 2). Nawet więc jeśli uzna się wezwanie z dnia 17.01.2013 r. 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. 1703-1713). 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 (k. 1637), 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 chybnym jest zarzut pominięcia przez biegłego części tych robót – z odwołaniem się do protokołu nr (...). Zauważyć należy, że pozwany domagając się obniżenia wynagrodzenia z tytułu robót nie wykonanych przez powoda wyraźnie wskazał zakres robót nie wykonanych i ich wartość odwołując się w tym względzie do złożonej do akt ekspertyzy NOT, w której to wyraźnie sprecyzowano zakres prac nie wykonanych, za które pozwany domaga się obniżenia wynagrodzenia. Porównując zestawienie prac nie wykonanych z tej ekspertyzy z zestawieniem przedstawionym w zarzucie zauważyć należy, iż prac z k. 4746 odwrot nie wskazał pozwany jako nie wykonanych przez powoda w żądaniu obniżenia wynagrodzenia.

Nie sposób też podzielić zarzutów pozwanego zawartych w punkcie I ppkt I oraz w punkcie II ppkt 15. 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 I, 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 naliczonej kary umownej za przekroczenie umownego terminu wykonania robót co spowodowało umorzenie należności w zakresie wskazanej kwoty 425.000 zł.

Na wstępie zaznaczyć należy, iż zarzut powyższy w sposób oczywisty dotyczył jedynie kwoty 425.000 zł wyszczególnionej w żądaniu pozwu jako część należności z faktury (...). Jak wynika z uzasadnienia pozwu (k. 10-11 akt), pozostała część należności ze wskazanej faktury była przedmiotem postępowania w sprawie I A Ca 614/16 – co też jest znane sądowi z urzędu. W sprawie I A Ca 614/16 powód ograniczył żądanie w zakresie wskazanej faktury o

kwotę 425.000 zł w związku z oświadczeniem pozwanego o potrąceniu kar umownych na łącznie taką właśnie kwotę, naliczonych z tytułu opóźnienia w wykonaniu robót przez powoda (oświadczenia o potrąceniu – k. 528 i 529, noty księgowe i wezwania do zapłaty – k. 1777 i 1807 akt). W niniejszej sprawie powód, kwestionując zasadność naliczenia obu kar za opóźnienie, w istocie kwestionował skuteczność dokonanego z tego tytułu potrącenia, a z kolei pozwany zwalczając żądanie pozwu w tym względzie dowodził zasadności naliczenia kar i następnie ich potrącenia.

Sąd I instancji jakkolwiek we wstępnej części uzasadnienia prawidłowo zdefiniował przedmiot sporu we wskazanym zakresie (problem skuteczności naliczenia kary umownej za przekroczenie umownego terminu wykonania robót przez powoda – k. 4717 odwrót), to jednak w swoich rozważaniach skupił się błędnie na zasadności naliczenia przez pozwanego kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanego (k. 4721-4722 akt). Zaznaczyć należy, iż ocena zasadności naliczenia przez pozwanego kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy w przedmiotowej sprawie była oczywiście niedopuszczalna, a to ze względu na to, że pozwany ową karę umowną potrącił z należności z faktury (...), pozostawiając po potrąceniu kar umownych za opóźnienie w wykonaniu robót przez pozwanego, będącej przedmiotem postępowania w sprawie I ACa 614/16.

W ocenie Sądu Apelacyjnego pomimo wskazanego uchybienia Sądu Okręgowego, dopuszczalnym było merytoryczne orzekanie przez sąd odwoławczy w zakresie żądania pozwu dotyczącego kwoty 425.000 zł z uwzględnieniem zgłoszonego przez pozwanego zarzutu potrącenia. Zauważyć bowiem należy, iż Sąd Okręgowy w toku prowadzonego postępowania zgromadził obszerny materiał dowodowy w znacznej mierze odnoszący się do problematyki opóźnienia powoda w wykonaniu robót oraz przyczyn takiego stanu rzeczy. Powyższe było także przedmiotem oceny biegłego w sporządzonej opinii, której to wnioski Sąd w tym zakresie w swoim uzasadnieniu przedstawił (k. 4728-4729), a całą opinię przyjął jako wiarygodny dowód w sprawie (k. 4731).

Oceniając zasadność zarzutu pozwanego skutecznego potrącenia kary umownej z tytułu opóźnienia powoda w wykonaniu robót objętych umową przypomnieć należy, iż zgodnie z § 15 ust. 15.1-15.1.1 umowy, kara umowna należała się zamawiającemu za opóźnienie w wykonaniu umowy. Z kolei w § 3 ust. 3.1 ppkt b umowy strony jednoznacznie określiły termin wykonania umowy – 31.10.2012 r. W takiej sytuacji to w odniesieniu do wskazanej wyżej daty wykonania umowy, a nie daty zakończenia prac (§ 3 ust. 3.1 ppkt a umowy – 31.07.2012 r.) – jak to czynił pozwany, należało oceniać czy powód opóźnił się w wykonaniu umowy.

W powyższej kwestii odwołać się należy do opinii biegłego, który jednoznacznie w swojej opinii stwierdził, że powód w terminie umownym wykonał wszystkie prace, które mógł wykonać. Sąd Apelacyjny owe stanowisko biegłego, jak i ocenę sądu I instancji wiarygodności opinii biegłego w pełni podziela. Biegły bowiem w bardzo obszernej i szczegółowej opinii przeanalizował cały proces inwestycyjny, korespondencję pomiędzy stronami, zaś swoje wnioski wysnuł 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-godzinnego wentylacji mechanicznej nie może budzić wątpliwości w świetle bardzo bogatej korespondencji między stronami w tym względzie (k. 172, 280, 298, 511, 259, 335, 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-godzinnego wentylacji mechanicznej – jako prac zależnych od tych wcześniej wymienionych (k. 1954 akt) – powód z tego właśnie powodu (braku dokumentacji umożliwiającej wykonanie wskazanych prac) od umowy odstąpił (k. 518).

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 przekonujące i logiczne, że nie mogą budzić wątpliwości co do swej trafności. Oczywiście 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-godzinnego wentylacji mechanicznej.

Konkludując, skoro bezspornym było, że pozwany oczekiwał wykonania wskazanych wyżej prac, a pozwany był gotów je wykonać, z tym, że 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-godzinnego 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 17.01.2013 r. do zakończenia prac do dnia 23.01.2013 r. 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 21.01.2013 r. 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 potrąceniu kary umownej za opóźnienie i w konsekwencji nie uwzględnienia zarzutu potrącenia kwoty 425.000 zł z tytułu naliczonej kary umownej.

I tak jeżeli chodzi o zarzuty dotyczące bezspornego nie wykonania przez powoda w terminie umownym 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, kanał technologiczny co do zasady nie był 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 co., próba cwu czy rozruch wentylacji mechanicznej było prostą konsekwencją niemożności wykonania posadzki na hali i kanału technologicznego. Powtórzyć też 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. 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 prac przez niego ostatecznie wykonanych, objętych umową. W tej mierze podkreślić 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. W trakcie budowy były też zmiany pozwolenia na budowę (k. 3077). 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 r. – po terminie w jakim umowa miała być jako całość wykonana (k. 1076-1078).

Reasumując, w ocenie Sądu Apelacyjnego zarzuty pozwanego dotyczące oceny zasadności naliczonej z tytułu opóźnienia i następnie potrąconej kary umownej, jako niezasadne na uwzględnienie nie zasługiwały.

W świetle wyżej przedstawionych rozważań, apelacja pozwanego w części dotyczącej należności z faktur: (...)z 30.08.2012 – w zakresie kwoty 425.000 zł, (...)z 25.01.2013 i (...)z dnia 25.01.2013 r. zasługiwała na uwzględnienie jedynie: w zakresie daty wymagalności należności w kwocie 425.000 zł z faktury (...)z 30.08.2012 – z uwagi na datę dostarczenia przez powoda ostatecznego oświadczenia od podwykonawcy, oraz w zakresie wysokości należności z faktury (...) z dnia 25.01.2013 r. – którą należało pomniejszyć o wartość brutto nie wykonanego węzła c.o.

Przechodząc do żądania pozwu dotyczącego robót dodatkowych zauważyć należy, iż spór w tym zakresie dotyczył robót dodatkowych związanych z mocowaniem ekorastrów oraz z robotami ziemnymi.

Sąd Apelacyjny co do zasady w pełni podziela ustalenia faktyczne i prawne Sądu Okręgowego dotyczące tak samej zasadności żądania przez powoda stosownej kwoty z tytułu wykonanych robót dodatkowych jak i podstawy prawnej takiego żądania – przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

W tej mierze, na wstępie zwrócić należy uwagę na zapis § 14 ust. 14.7 – zdanie ostatnie umowy o brzmieniu następującym: „Jeżeli w sytuacji niemożliwej do przewidzenia wcześniej, powstanie konieczność wykonania prac dodatkowych nieobjętych zamówieniem podstawowym oraz w przedmiarach prac dostarczonych przez Zamawiającego do 5.04.2012 r., zaś ich wykonanie jest niezbędne dla prawidłowej realizacji przedmiotu Umowy, Wykonawca zobowiązany jest wykonać te prace za dodatkowym wynagrodzeniem”. Zapis powyższy wyraźnie wskazuje, że strony umowy dostrzegały oczywisty fakt, iż w procesie budowlanym nie zawsze da się przewidzieć na etapie projektowania i zawierania umowy, jakie prace niezbędne będą dla wykonania przedmiotu umowy. Jednocześnie mając na względzie zapis § 7 ust. 7.2 umowy, rzeczą sądu orzekającego było ustalenie, czy wskazane przez powoda roboty dodatkowe niemożliwe były do przewidzenia wcześniej – na etapie zapoznawania się wykonawcy z terenem budowy i dokumentacją projektową.

W powyższej kwestii Sąd Okręgowy odwołał się do opinii biegłego, który w konkluzjach stwierdził, że w zakresie mocowania ekorastrów, wykonawca na etapie zapoznawania się z projektem nie był w stanie zauważyć, że z uwagi na sposób ich ułożenia, będzie potrzebne nietypowe ich mocowanie, wymagające dodatkowych prac i kosztów w stosunku do standardu w tym względzie. Biegły swoje stanowisko w tym przedmiocie przekonywująco uzasadnił, a pozwany skutecznie nie podważył trafności stwierdzeń biegłego. Podkreślić należy, iż za projekt i przedmiar odpowiada zamawiający i trudno wymagać od wykonawcy by na etapie zapoznawania się z projektem przewidywał konieczność zastosowania nietypowych rozwiązań, w sytuacji gdy projektant takowych nie wskazuje.

Mimo trafności stanowiska Sądu Okręgowego w powyższej kwestii, Sąd ten nie dostrzegł, że biegły wartość prac dodatkowych w zakresie mocowania ekorastrów określił na kwotę 12.725,75 zł brutto, podczas gdy powód w protokole odbioru robót dodatkowych ten element oszacował na kwotę 29.694,06 zł netto (k. 167) co daje kwotę 36.523,70 zł brutto. Szacunek biegłego nie był kwestionowany przez strony, a więc należało zmniejszyć kwotę należną powodowi z tytułu prac dodatkowych o kwotę 23.797,95 zł (36.523,70-12.725,75).

Jeżeli chodzi o roboty ziemne, biegły w swojej opinii w przekonywujący sposób wykazał, że na etapie sprawdzania dokumentacji projektowej jak i zapoznawania się z terenem budowy, wykonawca nie był w stanie przewidzieć wszystkiego, a zwłaszcza że na terenie budowy mogą występować grunty niebudowlane w znacznych ilościach. Jak trafnie wskazał to powód, a potwierdził biegły, dla określenia nośności gruntów miarodajne jest badanie geologiczne, a to leży po stronie inwestora a nie wykonawcy, chyba że mamy do czynienia z umową na zasadzie – zaprojektuj i wybuduj, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca. Biegły też szczegółowo wyjaśnił, skąd wynikał problem dodatkowych prac ziemnych, wskazując jednoznacznie na zaniedbania projektanta, bazującego na nieaktualnych badaniach gruntowych, które to z uwagi na specyfikę terenu budowy, położonego obok elektrociepłowni produkującej znaczne ilości popiołów, ulegających bardzo łatwemu przemieszczaniu się, były bardzo ważne dla określenia nośności gruntów, na których miał być zlokalizowany budowany zakład produkcyjny.

Reasumując, w ocenie Sądu Apelacyjnego, sąd I instancji w oparciu o szczegółową i rzetelną opinię biegłego trafnie przyjął, że wykonawca nie mógł na etapie zapoznawania się z dokumentacją projektową jak i terenem budowy, przewidzieć konieczności wykonania tak rozległych dodatkowych prac ziemnych. Wskazać też należy, że wykonawca po stwierdzeniu w toku realizacji prac, że na terenie budowy zlokalizowany jest nasyp niebudowlany, niezwłocznie poinformował o powyższym zamawiającego, jak i o zamiarze przemieszczenia go w inne miejsce na placu budowy, na co zamawiający stanowczo nie wyraził zgody (k. 2123, 2128). W świetle powyższego jak i opinii biegłego bezspornym jest też, że dla wykonania przedmiotu umowy koniecznym było usunięcie powyższego nasypu poza teren budowy i w konsekwencji powyższego ewentualne uzupełnienie brakującego gruntu, aby posadzić budowane obiekty zgodnie z projektem. Mimo, że wykonawca informował zamawiającego o konieczności dodatkowych prac ziemnych, nie objętych umową, zamawiający wykazał wyjątkową bierność, nie zajmując rzeczowego stanowiska w tym względzie i ograniczając się do zbywania wykonawcy stwierdzeniem, że nie są to prace dodatkowe (vide: korespondencja między

stronami – k. 2130, 2202, 259, 172, 422). W sytuacji gdy wykonawca miał obowiązek wykonać w określonym terminie przedmiot umowy, a zgodnie z § 14 ust. 14.7 zdanie ostatnie także niemożliwe do przewidzenia konieczne roboty dodatkowe, niezbędne dla prawidłowej realizacji przedmiotu umowy, trudno mu czynić zarzut, że owe roboty wykonał mimo braku w tym przedmiocie umowy na piśmie, czego wymagał § 21 ust. 21.4 umowy. W tym kontekście zasadnym też jest domaganie się przez wykonawcę zapłaty za wykonane roboty dodatkowe w oparciu przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. W tej mierze Sąd Okręgowy przeprowadził klarowny wywód, w pełni podzielany przez Sąd Apelacyjny.

Jeżeli z kolei chodzi o wartość wzbogacenia pozwanego z tytułu owych prac dodatkowych, to oczywiście wynika ono z oszacowania wartości tych prac, o którą to kwotę pozwany zaoszczędził sobie wydatków, tym samym wzbogacając się w takim też rozmiarze.

Przechodząc do wysokości żądania pozwu w zakresie dodatkowych robót ziemnych wskazać należy, iż powód wyliczył wartość tych prac w oparciu o bilans ziemi wywiezionej i dowiezionej z uwzględnieniem rozmiaru prac w tym zakresie przewidzianych w przedmiarze (k. 422). Jednocześnie powód w ramach dowodzenia rozmiaru dodatkowych prac ziemnych przedłożył do akt prywatną ekspertyzę geodety T. W. (k. 3492-3524), gdzie wyliczono ilość ziemi wywiezionej i dowiezionej w oparciu o dane stricte geodezyjne – mapę do celów projektowych, mapy poinwentaryzacyjne oraz pomiary wykonywane w trakcie dokonywania prac ziemnych. Poprawność wyliczeń tą metodą – w oparciu o dane geodezyjne – potwierdził też powołany w sprawie biegły geodeta inż. M. (k. 3901, 3969, 4558).

W ocenie Sądu Apelacyjnego, w świetle zaoferowanego przez samego powoda dowodu w miarę obiektywnego, bowiem bazującego nie na zapisach dziennika wywozu i dowodu ziemi prowadzonego przez samego powoda lecz na danych geodezyjnych, należało oprzeć wyliczenie wartości dodatkowych prac ziemnych właśnie o owe wyliczenie – co do poprawności potwierdzone opinią biegłego sądowego. Zaznaczyć też należy, iż zasadnym było przyjąć obliczenie nie ograniczające się do granic geodezyjnych działek, na których posadowione są obiekty bowiem jest oczywistym, że dodatkowe prace ziemne były konieczne też na trasie drogi dojazdowej oraz niemożliwym było ich ograniczenie do granic geodezyjnych działek. Aby utrzymać stabilność gruntu, niezbędnym jest przecież formowanie odpowiednich spadków terenu, a w sytuacji wykonywania wykopów czy nasypów, utrzymanie się w granicach geodezyjnych działki wymagało by wznoszenia wręcz murów oporowych, co jest oczywiście ekonomicznie nieuzasadnionym.

Bazując na ekspertyzie T. W. oraz opinii biegłego M. należało mieć na uwadze, że w swoich wyliczeniach nie uwzględniali oni, że w umowie przewidziano określony zakres prac ziemnych. W takiej sytuacji należało wyliczyć ruch mas ziemi (wywóz i dowóz) jedynie w rozmiarach przekraczających ten przewidziany umową, tak jak to uczynił powód w bilansie ziemi (k. 422). W dokumencie tym powód odjął od wywiezionej i dowiezionej ziemi (wg dziennika bilansu ziemi) ilości ziemi do wywozu i dowozu zgodnie z umową. Taki zabieg jest oczywiście konieczny bowiem powodowi należy się jedynie stosowna kwota za roboty ziemne dodatkowe, a więc przekraczające zakres przewidziany w umowie.

Z wyliczeń T. W. i biegłego M. wynika, że łącznie wywieziono 3560 m³ ziemi zaś dowieziono 5810 m³ ziemi. Po odjęciu mas ziemi do wywieżenia i dowieżenia przewidzianych w umowie (przedmiar) otrzymamy ostatecznie 1060 m³ ziemi wywiezionej oraz 5052 m³ ziemi dowiezionej.

Jeżeli chodzi o wyliczenie wartości prac ziemnych dodatkowych, zwrócić należy uwagę, że biegły w swojej opinii wyliczając wartość prac ziemnych dodatkowych w rozmiarach wskazanych przez powoda w kosztorysie, oszacował je na kwotę wyższą niż sam powód (k. 4314-4315), co wynikało z zastosowania wyższych stawek cząstkowych i narzutów niż powód. Taka metoda w ocenie Sądu Apelacyjnego nie znajduje uzasadnienia, skoro sam powód wskazuje stawki niższe. W tej sytuacji należało faktyczny rozmiar dodatkowych prac ziemnych oszacować przy uwzględnieniu niższych stawek, zastosowanych przez powoda. W tym celu wyliczono jaki procent stanowią masy ziemi wywiezione i dowiezione przez powoda wg obliczeń biegłego geodety (wyżej wskazane – po odliczeniu mas ziemi objętych umową, czyli odpowiednio 1060 m³ ziemi wywiezionej oraz 5052 m³ ziemi dowiezionej) w stosunku do mas ziemi z bilansu powoda (k. 422 – odpowiednio 1931 m³ i 7418 m³). Porównanie oby wartości wskazuje, że ziemia wywieziona wg

opinii geodety to 54,89% ziemi wskazanej przez powoda zaś ziemia dowieziona to 68,1% ziemi wskazanej przez powoda. Odnosząc powyższe proporcje do kosztorysu wykonawcy (k. 442-443) otrzymamy wartość dodatkowych prac ziemnych w kwocie 317.889,12 zł (wywóz – $128.179,78 \times 54,89\% = 70.357,88$ + dowóz – $363.482 \times 68,1\% = 247.531,24$), a więc o 173.772,66 zł mniej niż to przyjął powód, co po uwzględnieniu podatku VAT daje kwotę zawyżenia wartości robót ziemnych dodatkowych o 213.740,37 zł.

Reasumując, łącznie powód zawyżył wartość robót dodatkowych o kwotę 237.538,32 zł (213.740,37 zł za prace ziemne i 23.797,95 zł za dodatkowe prace przy mocowaniu ekorastrów). O taką też kwotę należało więc pomniejszyć należność z faktury (...) czyli do kwoty 403.729,36 zł.

Odnosząc się do zarzutów apelacji pozwanego dotyczących kwestii robót dodatkowych stwierdzić należy, iż w zakresie ekorastrów pozwany nie zdołał podważyć trafności ustaleń sądu I instancji w tym zakresie, opartych co do zasady na jednoznacznej w swej wymowie opinii biegłego. Jak wyżej wykazano, wykonawca nie był w stanie przewidzieć na etapie zapoznawania się z projektem, że będzie tu konieczne nietypowe mocowanie – czego też nie zauważył projektant.

Jeżeli chodzi o dodatkowe roboty ziemne, to nie sposób podzielić zarzutów dotyczących możliwości przewidzenia samej konieczności wykonania takich robót. W tej mierze biegły w swojej opinii w sposób logiczny wskazał na ewidentne zaniedbania projektanta, który bazował na nieaktualnych badaniach geologicznych. Jak trafnie wskazał biegły, brak było podstaw by przypisywać wykonawcy obowiązek zbadania terenu budowy w sposób umożliwiający wykrycie wszelkich „niespodzianek” jakie kryje grunt. Taki obowiązek spoczywa na projektancie a nie wykonawcy. Same strony umowy miały świadomość, że na etapie projektowania jak i następnie zawierania umowy nie sposób przewidzieć wszystkich koniecznych do wykonania umowy prac – o czym świadczy najdobitniej zapis § 14 ust. 14.7 umowy. Postawa pozwanego w zakresie dodatkowych robót ziemnych, jego milczenie w stosunku do informacji powoda o zastanym nasypie niebudowlanym, brak reakcji inspektora nadzoru inwestorskiego na wykonywanie robót ziemnych w znaczącą większym rozmiarze niż wynikający z umowy, wymownie wskazują na chęć przerzucenia ryzyka i kosztów związanych z koniecznymi, a nie możliwymi do przewidzenia na wcześniejszym etapie pracami dodatkowymi na wykonawcę.

W ocenie Sądu Apelacyjnego za zasadny należało uznać jedynie zarzut apelacji dotyczący oparcia rozstrzygnięcia w zakresie dodatkowych prac ziemnych na danych z dziennika wywozu i dowozu ziemi prowadzonego przez powoda. W sytuacji gdy sąd I instancji dysponował w miarę obiektywnym dowodem na okoliczność faktycznych przesunięć mas ziemi w postaci opinii biegłego geodety, winien na tym dowodzie się oprzeć przy braku innych bardziej obiektywnych danych. Zaznaczyć też należy, że wbrew zarzutom pozwanego, biegły geodeta wyliczając przesunięcia mas ziemi uwzględniał też wykonywane wykopy, co jednoznacznie wynika z treści opinii. Konkludując, Sąd Apelacyjny uwzględniając powyższy zarzut, dokonał stosownej korekty w zakresie kwoty jaka należy się powodowi za dodatkowe prace ziemne, opierając się o dane z opinii biegłego geodety.

Pozostałe zarzuty dotyczące dodatkowych prac zmiennych były oczywiście chybione. I tak nie sposób uznać za zasadny zarzutu pozwanego, że w istocie przemieszczane masy ziemne nie były wywożone przez powoda lecz użyte jako podbudowa pod płyty drogowe, bowiem brak jest jakichkolwiek dowodów powyższe potwierdzających. Zarzut dotyczący kwalifikacji biegłego L. do obliczania kubatury transportowanych mas ziemnych jest o tyle niezasadny, że obliczenia tego Sąd Apelacyjny dokonał posiłkując się opinią biegłego geodety.

Oczywiście chybionymi są też zarzuty dotyczące podstawy prawnej żądania powoda w zakresie robót dodatkowych. W tej mierze dywagacje pozwanego na temat konieczności zmiany powództwa w przypadku wskazania innej podstawy prawnej dochodzonego roszczenia czy też naruszenia prawa materialnego – art. 405, 410 i 411 całkowicie pomijają tak poglądy doktryny jak i utrwalone orzecznictwo Sądu Najwyższego w tym przedmiocie.

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 chybnymi 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. Zwrócić należy uwagę, że gros zarzutów w zakresie wadliwości prac wykonanych przez powoda dotyczy nawierzchni z płyt tak w zakresie samych płyt jak i podbudowy. Przypomnieć więc należy, że podwykonawca powoda – dostawca płyt, na pierwsze sygnały o pęknięciach płyt zareagował deklaracją, że jeśli pęknięcia będą się pogłębiały, to wadliwe płyty będzie wymieniał (k. 1637). Swoim stanowiskiem, a w szczególności odmową wpuszczania pracowników powoda na plac budowy począwszy od 21.01.2013 r. (bezsporne!) pozwany nie pozwolił powodowi na usunięcie wadliwych na tą datę płyt, a w toku procesu nie kierował już żadnych wezwań do powoda w ramach gwarancji, by ten usunął wady nawierzchni z płyt, uniemożliwiając tym samym powodowi ewentualne wezwanie dostawcy płyt by wymienił wadliwe.

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 posiadane 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 tą 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 wyimaginowanych błędów w opinii biegłego można wskazać zarzut, że biegły interpretował pisma wbrew ich literalnemu brzmieniu z odwołaniem do protokołu przekazania dokumentacji. 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 wynika jednoznacznie zamieszczenie stwierdzenia, na które wskazuje w opinii biegły, a którego z sobie jedynie znanych przyczyn nie dostrzega pozwany.

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, dotyczące okoliczności pozostających bez związku z przedmiotem postępowania, jak chociażby wniosek o zażądanie akt rejestrowych spółki (...), bądź też ewidentnie spóźnione. 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 swego audytu całej inwestycji – jak tego oczekiwał pozwany.

Reasumując wyżej przedstawione rozważania, apelacja pozwanego zasługiwała na częściowe uwzględnienie. I tak w zakresie daty wymagalności kwoty 425.000 zł z faktury (...), należało uwzględnić fakt, że powód ostatecznie oświadczenie od podwykonawcy dostarczył dopiero 30.01.2013 r. Doliczając 3 dni jako czas niezbędny dla uruchomienia płatności faktury przez pozwanego, pozostawał on w opóźnieniu od dnia 3.02.2013 r. Zasadnym też był zarzut błędnego oparcia

się przez Sąd Okręgowy jedynie na dzienniku wywozu i dowozu ziemi prowadzonym przez powoda, w zakresie określenia kwoty należnej powodowi za dodatkowe roboty ziemne. Przy jednoczesnym uwzględnieniu wyliczonej przez biegłego faktycznej wartości robót dodatkowych w zakresie mocowania ekorastrów, skutkowało to odpowiednim obniżeniem żądanej z tego tytułu przez powoda kwoty z faktury (...) do 403.729,36 zł. Wreszcie częściowo zasadny okazał się zarzut obniżenia należnego powodowi wynagrodzenia o wartość prac objętych umową, a nie wykonanych przez powoda – w zakresie węzła c.o., bowiem bezspornym było nie wykonanie przez powoda powyższego zakresu umowy, co nie znalazło odzwierciedlenia w wystawionej przez niego fakturze (...). W konsekwencji należało należność dochodzoną pozwem z tej faktury obniżyć o wartość nie wykonanego węzła c.o.

Konsekwencją częściowej zmiany zaskarżonego wyroku była też zmiana rozstrzygnięcia o kosztach za pierwszą instancję. Powód ostatecznie wygrał proces w 80,6%, co przy uwzględnieniu kosztów procesu poniesionych przez obie strony – przy zaakceptowaniu podwyższonej stawki wynagrodzenia pełnomocnika powoda, mając na uwadze niewątpliwie znaczny nakład jego pracy w przedmiotowej sprawie – jak też kosztów należnych Skarbowi Państwa, skutkowało stosowną zmianą zaskarżonego wyroku w punktach 2 i 3 przy zastosowaniu reguły z art. 100 k.p.c.

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 odwoławczego orzeczono na mocy art. 100 k.p.c. Powód uległ pozwanemu w postępowaniu apelacyjnym w 19,4%. Koszty procesu w instancji odwoławczej wyniosły po stronie powoda 21.600 zł, bowiem w ocenie Sądu Apelacyjnego, mając na uwadze złożony charakter sprawy, obszerność materiału dowodowego jak i czas trwania postępowania apelacyjnego, zasadnym było uwzględnić jego wnioski o ustalenie należnego mu wynagrodzenia w podwójnej stawce. Z kolei koszty poniesione przez pozwanego to wynagrodzenie pełnomocnika (sporządził i wniósł apelację jak też reprezentował pozwanego na wstępnym etapie postępowania odwoławczego) oraz uiszczona część opłaty od pozwu – łącznie 30.800 zł. Mając na uwadze wynik postępowania apelacyjnego – wygrana pozwanego w 19,4% - przy zastosowaniu zasady z art. 100 k.p.c. – zasadnym było zasądzić od pozwanego na rzecz powoda kwotę 11.434,40 zł tytułem zwrotu kosztów procesu. Stosownie do treści art. 113 ust. 1 i 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych zasadnym też było pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa, z zasądzonych na jego rzecz roszczenia, część nieuiszczonej przez pozwanego opłaty od apelacji, w zakresie w jakim apelacja pozwanego została uwzględniona.

(...)