

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 kwietnia 2021 r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu, I Wydział Cywilny i Własności Intelektualnej w składzie:

Przewodniczący:	Sędzia Andrzej Daczyński
Sędziowie:	Jacek Nowicki Bogdan Wysocki (spr.)
Protokolant:	st.sekr.sąd. Kinga Kwiatkowska

po rozpoznaniu w dniu 17 marca 2021 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł.**

przeciwko **1. Galeria (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w P.**

2. Galeria (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.

o zapłatę

na skutek apelacji obu pozwanych

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 1 lipca 2019 r.,

uzupełnionego wyrokiem z dnia 7 października 2019 r., sygn. akt IX GC 924/13

1. zmienia zaskarżony wyrok:

a) **w punkcie I. w ten tylko sposób, że zasądzoną od pozwanych na rzecz powoda należność obniża do kwoty 3.152.580,24 zł (trzy miliony sto pięćdziesiąt dwa tysiące pięćset osiemdziesiąt złotych dwadzieścia cztery grosze), w tym:**

- 2.519.242,65 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 8 czerwca 2013 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty,

- 633.337,59 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 30 maja 2013 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty,

a w pozostałej części powództwo oddala;

b) **w punkcie III. w ten sposób, że koszty procesu rozdziela między stronami stosunkowo, obciążając nimi powoda w 35% a pozwanych w 65%, pozostawiając ich szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu;**

2. **w pozostałej części obie apelacje oddala;**

3. **koszty postępowania apelacyjnego rozdziela między stronami stosunkowo, obciążając nimi powoda w 46,36% a pozwanych w 53,64%, pozostawiając ich szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu w sądzie pierwszej instancji.**

Jacek Nowicki Andrzej Daczyński Bogdan Wysocki

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 19 sierpnia 2013 r. **powód (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł.** (wówczas z siedzibą w P.) wniósł o zasądzenie solidarnie od **pozwanych Galeria (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w P. i Galeria (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.** kwoty 9.007.610,68 zł wraz z odsetkami ustawowymi: od kwoty 3.236.893,65 zł od dnia 30 maja 2013 r. do dnia zapłaty; od kwoty 5.686.817,86 zł od dnia 08 czerwca 2013 r. do dnia zapłaty; od kwoty 83.899,17 zł od dnia 19 sierpnia 2013 r. do dnia zapłaty. Nadto powód wniósł o zasądzenie solidarnie od pozwanych kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 28.800 zł.

Pozwani złożyli odpowiedź na pozew, w której wnieśli o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanych zwrotu kosztów procesu. Pozwani podnieśli zarzut nieistnienia zobowiązania, a w przypadku jego nieuwzględnienia zgłosili zarzut potrącenia kwoty 3.082.477,31 zł wraz z zarzutem nieistnienia zobowiązania co do kwoty 5.925.133,37 zł.

Wyrokiem z dnia 1 lipca 2019 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu zasądził od pozwanych ad. 1 i ad. 2 solidarnie na rzecz powoda kwotę 5.877.417,51 zł wraz z ustawowymi odsetkami: od kwoty 3.236.893,65 zł od dnia 30 maja 2013 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 01 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty; od kwoty 2.556.624,69 zł od dnia 08 czerwca 2013 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 01 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty; od kwoty 83.899,17 zł od dnia 19 sierpnia 2013 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 01 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty (pkt I); umorzył postępowanie w pozostałej części (pkt II); kosztami postępowania obciążył pozwanych ad. 1 i ad. 2 i z tego tytułu zasądził od pozwanych ad. 1 i ad. 2 solidarnie na rzecz powoda kwotę 128.215,73 zł (pkt III).

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia i wnioski.

02 kwietnia 2012 r. pozwany ad 1 Galeria (...) Sp. z o.o. sp. k. jako inwestor zawarł z powodem (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. (wówczas z siedzibą w P.) jako wykonawcą umowę nr (...) o wykonanie robót budowlanych. Na mocy tej umowy powód zobowiązał się do wykonania budynku galerii handlowej w S. w ramach inwestycji „Galeria (...) przy skrzyżowaniu ul. (...)” wraz z infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu. Roboty miały być realizowane przez powoda zgodnie ze standardami określonymi w projekcie, ze szczególnym uwzględnieniem standardów jakości wykonania, obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych, zasad sztuki budowlanej, standardów współczesnej wiedzy technicznej, a także przy użyciu odpowiedniego sprzętu, urządzeń i materiałów (ust. 1 pkt 3, ust. 2 pkt 2.1., 2.3., ust. 5 pkt 5.1.3., 5.1.4.). Sprowadzało się to do wykonania na rzecz inwestora robót budowlanych oraz innych świadczeń wskazanych w umowie, obejmujących:

1. wybudowanie obiektu w ramach generalnego wykonawstwa z wykorzystaniem materiałów i urządzeń zakupionych oraz dostarczonych przez wykonawcę zgodnie ze specyfikacją zakresu robót, wyposażenia i zamienników szczegółowo

określonych w załączniku nr 10 do umowy (z uwzględnieniem wymienionych w nim wyłączeń, do których wykonania wykonawca nie został zobowiązany),

2. opracowania i dostarczenia inwestorowi dokumentacji projektowej stanowiącej element projektu (w zakresie ustalonym przez strony w załączniku nr 11 do umowy), a także przekazania i dostarczenia inwestorowi kompletnej dokumentacji powykonawczej obiektu,

3. uzyskania na rzecz inwestora (na swój koszt) pozwolenia na użytkowanie obiektu oraz wszelkich innych zezwoleń, które warunkują możliwość przystąpienia do użytkowania obiektu w zakresie robót objętych umową, (przy czym powód nie został zobowiązany do uzyskania tego typu decyzji w odniesieniu do tych części obiektu, które miały zostać wykończone przez inne podmioty niż wykonawca i jego podwykonawcy) - ust. 1 pkt 2, 3, 4, ust. 2 pkt 2.2.

Poza umową zakres wszystkich robót regulowały załączniki nr 1-15 oraz projekt, na który składała się dokumentacja projektowa wraz z wszelkimi pozostałymi dokumentami i informacjami dotyczącymi realizacji obiektu, w szczególności projekt budowlany, na podstawie którego inwestor uzyskał pozwolenie na budowę oraz opracowana na jego podstawie, i dla jego uszczegółowienia lub modyfikacji, pozostała dokumentacja projektowa oraz techniczna, opracowana zarówno przed datą zawarcia umowy jak i w trakcie jej realizacji (ust. 1 pkt 9). Istotnym elementem umowy był załącznik nr 11, w którym strony uregulowały kwestie zatwierdzania i koordynacji międzybranżowej, a także zakres realizacji projektów wykonawczych. Wskazano w nim podmioty odpowiedzialne za dany rodzaj i zakres prac oraz datę przekazania dokumentacji.

Wspomniane wyłączenia określone w załączniku nr 10 do umowy obejmowały w szczególności stację transformatorową wraz z przyłączami, a także cały zakres I i II piętra - pomieszczenia niewykończone, bez ścian działowych i robót wykończeniowych (m.in. malowanie, płytki, tynki, czy sufity podwieszane, jakiegokolwiek instalacje sanitarne, elektryczne, niskoprądowe, wentylacja i klimatyzacja). W tym aspekcie miały być wykonane jedynie posadzki zakończone szlichtą oraz podejścia wod.-kan. w pomieszczeniach sanitarnych według projektu budowlanego. Robotami wykończeniowymi nie zostały objęte tory bowlingowe, sala zabaw, lokale nr (...).

Według załącznika nr 10 w pomieszczeniu nr 35, które zostało przeznaczone dla najemcy supermarketu (...) ściany miały zostać przygotowane pod prace malarskie najemcy, podciągi i słupy w obrębie lokalu miały zostać przygotowane pod prace wykończeniowe najemcy, a konstrukcja dachu miała być przygotowana pod zamontowanie sufitów podwieszanych. Szczegółowo o standardzie technicznym przedmiotu najmu przeznaczonego pod supermarket (...) w dniu jego wydania oraz pracach najemcy traktował załącznik nr 14 do umowy (ust. 6 pkt 6.2.). Przywołany załącznik wskazywał, że podkonstrukcję stalową pod montaż sufitów podwieszanych (konstrukcja pośrednia) i innych instalacji w przedmiocie najmu przygotowuje wynajmujący, o ile zajdzie taka konieczność (części II pkt 3).

W ust. 7 pkt 7.1. i 7.2. umowy strony ustaliły, że za wykonanie galerii handlowej powodowi przysługiwać będzie wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym w wysokości 25.036.261,70 zł netto (30.794.601,89 zł brutto). Z kolei w punkcie następnym, tj. 7.3. zawarto klauzulę dotyczącą ewentualnych korekt projektu budowlanego oraz rozwiązań wynikających z projektów wykonawczych (uszczegóławiających projekt budowlany). Wykluczono nią jakiegokolwiek roszczenia wykonawcy związane z błędnym skalkulowaniem wynagrodzenia. Podstawą przyjęcia takiej klauzuli było założenie, że wykonawca w oparciu o projekt budowlany oraz załącznik nr 10, opracował wycenę robót i innych świadczeń, a także uwzględnił, że projekt może wymagać korekt oraz opracowania dokumentacji powykonawczej i okoliczności te uwzględnił w ryczałtowym wynagrodzeniu. Tak określone wynagrodzenie nie miało podlegać podwyższeniu. Wyjątkiem w tym zakresie miało być zlecenie prac dodatkowych, a także konieczność zawarcia umowy z podwykonawcą nominowanym przez inwestora. W przypadku konieczności przeprowadzenia prac dodatkowych, które nie zostały przewidziane w umowie, strony miały ustalić odrębne wynagrodzenie za te prace oraz termin ich wykonania w pisemnym aneksie. Podobnie w sytuacji zwiększenia zakresu prac o roboty dodatkowe zleczone przez inwestora. W każdym przypadku zmiany wymagały pisemnego zlecenia inwestora, które dla swej ważności musiało zostać wystawione przez osoby upoważnione do zaciągania zobowiązań finansowych w imieniu inwestora (ust. 7 pkt 7.4., 7.6., 7.7.).

Wykonane przez (...) Sp. z o.o. roboty miały być rozliczane w okresach rozliczeniowych obejmujących miesiące kalendarzowe, w oparciu o wskazania zawarte w tabeli rozliczeniowej, harmonogramie rzeczowo-finansowym (załącznik nr 3B) oraz faktyczny stan zaawansowania prac. Podstawą wystawienia faktury i zapłaty za wykonane roboty miał być podpisany przez strony protokół częściowego odbioru robót (w zakresie płatności częściowych) oraz protokół odbioru końcowego w odniesieniu do płatności końcowej uprzednio zweryfikowany i zaakceptowany przez inspektora nadzoru (ust. 9).

Pod warunkiem protokolarnego przekazania placu budowy roboty budowlane miały rozpocząć się w dniu 02 kwietnia 2012 r. i trwać 273 dni, tj. do dnia 31 grudnia 2012 r. Terminy cząstkowe miały zostać ujęte w harmonogramie opracowanym przez wykonawcę (załącznik nr 2 do umowy). Strony przewidziały sytuacje, w których terminy realizacji mogły ulec wydłużeniu. Chodziło o wstrzymanie robót z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, wykonanie robót dodatkowych, opóźnienie inwestora w płatności faktur przekraczające 21 dni oraz wystąpienie siły wyższej. Wykonawca nie miał odpowiadać za opóźnienia w wydaniu prawomocnej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, jak też uzyskanie wszelkich innych decyzji, pozwoleń, opinii i zgód, pod warunkiem, że opóźnienie to nie będzie wynikiem działań lub zaniedbań wykonawcy (ust. 10, ust. 1 pkt 5, 6, 7, 8).

Umożliwiono powodowi realizację robót przy pomocy podwykonawców, pod warunkiem ich zaakceptowania przez inwestora. Inwestorowi przekazano również uprawnienie do żądania udostępnienia aktualnej listy podwykonawców wraz ze wskazaniem zakresu powierzonych im elementów robót, stanu zaawansowania zleconych im prac oraz stanu rozliczeń (ust. 3).

W ust. 11 umowy strony przewidziały kary umowne oraz odszkodowanie przenoszące wysokość kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań umownych. Kara umowna za opóźnienie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w dotrzymaniu terminu zakończenia robót wynosiła 0,04% wartości wynagrodzenia netto za każdy dzień opóźnienia, jednak nie więcej niż 4% wartości wynagrodzenia netto. Tak samo określono wysokość kary umownej za opóźnienie wykonawcy w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi (liczonej od dnia wyznaczonego na zakończenie usunięcia wad). Za odstąpienie od umowy przez inwestora z winy wykonawcy kara umowna wynosić miała 10% wartości wynagrodzenia netto. Inwestor miał zapłacić wykonawcy kary umowne w przypadku zwłoki w dokonaniu odbioru częściowego lub końcowego robót w wysokości 0,05% wartości wynagrodzenia netto, nie więcej jednak niż 2% wartości tego wynagrodzenia. Przy tym strony zastrzegły sobie prawo do dochodzenia zapłaty odszkodowania przewyższającego ustalone kary umowne do pełnej wysokości poniesionej szkody. Strony postanowiły również, że odstąpienie od umowy nie wyłącza roszczeń stron o zapłatę kar umownych, które stały się wymagalne przed datą odstąpienia, jak i zastrzeżonych na okoliczność odstąpienia.

Kwestię odstąpienia od umowy strony uregulowały szczegółowo w ust. 12 i 13 umowy. Inwestor mógł odstąpić od umowy w sytuacji:

- pozostawania wykonawcy w opóźnieniu z rozpoczęciem lub w zwłoce w zakończeniu robót o co najmniej 14 dni w stosunku do terminów określonych w harmonogramie robót i w przypadku faktycznego zaprzestania prac przez wykonawcę z jego winy i to przez okres dłuższy niż 14 dni, pod warunkiem bezskutecznego upływu terminu wyznaczonego wykonawcy na rozpoczęcie lub zakończenie prac (minimum 14 dni),
- nienależytego lub sprzecznego z umową wykonywania umowy przez wykonawcę, pod warunkiem bezskutecznego upływu terminu wyznaczonego wykonawcy na zmianę sposobu wykonania (minimum 14 dni),
- wystąpi przyczyna rozwiązania wykonawcy, bądź zostanie on postawiony w stan likwidacji lub rozwiązania,
- wykonawca stanie się niewypłacalny, zawrze układ z wierzycielami lub zgodzi się wykonywać umowę pod nadzorem wierzycieli,

- zwołania zgromadzenia wspólników wykonawcy celem podjęcia uchwały o rozwiązaniu spółki lub przeniesieniu jej siedziby za granicę,
- nastąpi zdarzenie o podobnym charakterze jak wyżej.
- dojdzie do utraty finansowania inwestycji przez inwestora.

Odstąpienie od umowy przez wykonawcę mogło wynikać z zaistnienia następujących okoliczności:

- postawienia inwestora lub jego komplementariusza w stan likwidacji lub rozwiązania,
- zawarcia układu z wierzycielami przez inwestora lub jego komplementariusza, bądź wyrażenia przez nich zgody na wykonywanie umowy pod nadzorem wierzycieli,
- wyznaczenia dla inwestora lub jego komplementariusza administratora, kuratora, zarządcy przymusowego lub likwidatora,
- podjęcia przez wspólników spółki inwestora uchwały o rozwiązaniu spółki lub wystąpienia zdarzenia podobnego jak wyżej.

Oświadczenie o odstąpieniu od umowy wymagało dla swej ważności formy pisemnej. W terminie 3 dni od dnia odstąpienia od umowy strony przystąpić miały do inwentaryzacji robót w celu określenia stanu ich zaawansowania i jakości oraz wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu ich wykonania, które miało zostać ustalone w oparciu o ceny jednostkowe zawarte w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Czynności te miały zostać stwierdzone stosownym protokołem inwentaryzacji, w którym miały zostać uwzględnione również materiały i urządzenia nabyte przez wykonawcę przed dniem odstąpienia od umowy, które inwestor zobowiązany będzie nabyć za opłatą. Protokół ten stanowić miał podstawę wystawienia faktury VAT płatnej w ciągu 30 dni od dnia jej dostarczenia inwestorowi. Wykonawca otrzymał uprawnienie do samodzielnego przeprowadzenia inwentaryzacji i wystawienia faktury VAT w przypadku nieprzystąpienia inwestora do czynności inwentaryzacyjnych.

Wszelkie zmiany i uzupełnienia umowy wymagały obustronnej zgody stron oraz formy pisemnej pod rygorem nieważności (ust. 16 pkt 16.2.).

Obiekt realizowany był w oparciu o decyzję Starosty (...) nr (...) z dnia 30 czerwca 2011 r., która została wydana na rzecz P. J.. Następnie pozwolenie to, zgodnie z umową stron, zostało przeniesione na rzecz Galerii (...) Sp. z o.o. Sp. k. (decyzja nr (...) z dnia 27 marca 2012r.). Finansowanie inwestycji zapewniał kredyt pozyskany przez pozwanego ad 1 w banku (...).

Przekazanie placu budowy nastąpiło z dwutygodniowym opóźnieniem w dniu 16 kwietnia 2012 r. W toku prowadzenia prac między stronami zaczął narastać konflikt. Osiływał on wokół robót dodatkowych oraz zamiennych, terminu przekazania lokalu najemcy supermarketowi (...), a także poprawności i terminowości w wykonywaniu robót. Powód wielokrotnie zgłaszał pozwanemu ad 1 konieczność przeprowadzenia robót dodatkowych. Inwestor nie zgadzał się z tymi żądaniem stając na stanowisku, że wszelkie roboty konieczne do wykonania zostały objęte umową stron. W konsekwencji w czasie realizowania inwestycji strony nie zawarły pisemnych aneksów do umowy, które regulowałyby tą kwestię.

W istocie w trakcie realizowania inwestycji pojawił się szereg prac zamiennych, a także koniecznym okazało się wykonanie pewnych robót dodatkowych. Wiązało się to z koniecznością opracowywania stosownej dokumentacji projektowej, a następnie powykonawczej i uzyskaniem stosownego pozwolenia zamiennego na budowę. W konsekwencji zaczęły pojawiać się pierwsze odstępstwa od przyjętego przez strony harmonogramu.

W projekcie budowlanym przewidziano doziemną sieć kanalizacji sanitarnej, doziemną sieć kanalizacji technologicznej, doziemną sieć kanalizacji deszczowej oraz doziemną sieć wodociągową. W projekcie budowlanym

przewidziano również wykonanie zbiorników przeciwpożarowych (1. Zasilanie instalacji tryskaczowej $V. = 300 \text{ m}^3$; 2. Do zewnętrznego gaszenia pożaru $V. = 200 \text{ m}^3$) oraz retencyjnego na deszczówkę $V. = 150 \text{ m}^3$ z przepompownią. Doszło do istotnych zmian, modyfikacji i uszczegółowienia rozwiązań instalacji. Zrezygnowano z jednego zbiornika p.poż wprowadzając większe średnice rur. W przypadku drugiego zbiornika p.poż wprowadzono zmianę ze zbiornika żelbetowego na zbiornik stalowy $V.=200 \text{ m}^3$. Podobnie zbiornik retencyjny zmniejszono do $V. = 74 \text{ m}^3$ i zaprojektowano jako stalowy. W projekcie wykonawczym uwzględniono również dwa separatory tłuszczu związane z siecią kanalizacji technologicznej. Wprowadzone zmiany w zakresie rozwiązań zbiorników pociągnęły zmiany w zakresie sieci związanych. Nie doszło jednak do zaprojektowania nowych elementów, których nie przewidziano w projekcie budowlanym, w szczególności elementów posiadających nowe funkcje, czy obsługujących nowe obiekty. Zmiany, które wprowadzono stanowiły bowiem modyfikację projektu budowlanego (zamiast trzech zbiorników wykonano dwa o znacznie mniejszej objętości).

Pomimo, że w załączniku nr 10 do umowy cały zakres I i II piętra dla powierzchni „open space” został wyłączony, to wykonanie instalacji hydrantowej zarówno na I jak i II piętrze było niezbędne z uwagi na konieczność uzyskania przez wykonawcę na rzecz inwestora pozwolenia na użytkowanie oraz wszelkich niezbędnych innych zezwoleń.

Lokale najemców nie były objęte pracami wykończeniowymi, ale doprowadzono do nich instalację wod.-kan. Elementy instalacji sanitarnych wynikały pośrednio z projektu budowlanego i załącznika nr 10 do umowy, przy czym poprzez projekt wykonawczy zostały uszczegółowione i w pewnym stopniu zmodyfikowane, co spowodowało różnice w zakresie rzeczowym i ilościowym wykonanych prac w stosunku do wynikających z projektu budowlanego.

W projekcie budowlanym instalacja c.o. wodna była przewidziana jedynie dla pomieszczeń socjalnych supermarketu (...). Wprowadzono jednak zmianę polegającą na zastosowaniu grzejników wodnych w tych pomieszczeniach sanitarnych, w których pierwotnie przewidziano grzejniki elektryczne wykonane w systemie (...). Wraz z ich zastosowaniem niezbędne było wykonanie instalacji zasilającej grzejniki wodne. Spowodowało to zwiększenie zakresu robót w odniesieniu do tych elementów instalacji. Potrzeba wykonania prac w związku z instalacją grzejników wodnych i doprowadzeniem instalacji wynikała z projektu budowlanego, zawartej umowy, w tym załącznika nr 10, gdzie zasygnalizowano te zmiany.

Korektę stanowiła wymiana rooftopu o wydajności wynikającej z podanych w załączniku nr 14 parametrów o symbolu (...) na dostarczony przez pozwanego rooftop o symbolu (...) marki L., którego cechowała większa wydajność.

W trakcie prac wystąpił projekt zamienny dla kanalizacji sanitarnej. Konsekwencją tego było wykonanie przez powoda przewiertów przez przegrody poziome (strop). Nie stanowiło to jednak żadnej okoliczności specjalnej czy dodatkowej i było konsekwencją korekty projektu budowlanego.

Z uwagi na wprowadzenie na etapie projektów wykonawczych zmian w zakresie instalacji klimatyzacyjno-wentylacyjnych zaszła konieczność wybudowania i wyposażenia dodatkowego pomieszczenia maszynowni o pow. $75,22 \text{ m}^2$. Na etapie zawierania umowy wynikało to pośrednio z załącznika nr 10, w którym odnotowana została konieczność wprowadzenia zmian w tej instalacji. Dotyczy to także wyposażenia instalacyjnego elektrycznego maszynowni, wykonania rur przepustowych monitoringu, zasilania pomp ciepła na częściach wspólnych oraz linii zasilającej.

Na etapie realizacji inwestycji doszło do okoliczności usunięcia fragmentu wykonanego stropu żelbetowego nad II kondygnacją. Powód usunął fragment stropu między osiami 10-11 oraz H-K (nadciąg na drugim piętrze). Technologia usunięcia fragmentu stropu została opracowana przez głównego projektanta i miała charakter korekty w stosunku do projektu budowlanego. Z uwagi na to usunięcie fragmentu stropu nie było pracą dodatkową.

Zgodnie z projektem w częściach wspólnych zastosowano płytki podłogowe, zmieniono jedynie ich rodzaj.

W miejscach pierwotnie przeznaczonych w projekcie budowlanym na trawniki na etapie podpisywania umowy utworzono miejsca postojowe z zastosowaniem kratki trawnikowej (G. S.). Wykonano zaś zamiennie nawierzchnię utwardzoną z zastosowaniem płyt ażurowych wydzielonych poprzez zastosowanie krawężników betonowych. Przyjęte rozwiązanie nie wynikało z projektu budowlanego, załącznika nr 10, ani też z projektu wykonawczego. Niemniej wykonanie prac związanych z większą liczbą miejsc postojowych zlokalizowanych na trawnikach nie stanowiło roboty dodatkowej.

Z uwagi na zlecenia projektanta konstrukcji powód wykonał otwór w stropie pomiędzy I i II kondygnacją. W późniejszym okresie, ze względu na konieczność uzyskania odporności pożarowej, otwór ten musiał zostać zamknięty poprzez wykonanie przegrody poziomej o klasie EI 120. Zarówno wykonanie otworu, jak i jego późniejsze zamknięcie miało charakter korekty rozwiązania projektowego i nie stanowiło roboty dodatkowej.

Kolejną korektą było wykonanie dodatkowych drzwi zewnętrznych na III piętrze prowadzących z klatki schodowej na dach i zlokalizowanych w osiach 1-4/D-J. Nie występowały one w projekcie budowlanym, ale zostały ujęte w projekcie wykonawczym.

Elewacja została zaprojektowana w systemie elewacji wentylowanych. Dokładniej w odniesieniu do części jednokondygnacyjnej przewidziana została elewacja boniowana z elementami płytki klinkierowej do 100 m², a co do pozostałej części elewacja boniowana. Nie wskazano przy tym żadnego rozwiązania technologiczno-materiałowego. Te założenia są zbieżne z zastosowanym rozwiązaniem (projekt budowlany zamienny z dnia 12 listopada 2012 r.). Prace w zakresie elewacji nie stanowiły roboty dodatkowej.

Pierwotnie działaniem systemu (...) zostało objęte II piętro budynku i znajdujące się tam lokale. Zrezygnowano jednak z tego systemu na rzecz pomp ciepła zlokalizowanych w lokalach najemców. W przeciwieństwie do konieczności zmiany wieży chłodniczej na II piętrze, która współpracuje z pompami ciepła, ich montaż stanowił roboty dodatkowe. Podobnie jak wymiana pompy ciepła w lokalu kwaciarni oraz montaż dodatkowej pompy ciepła w lokalu banku.

Do prac dodatkowych wykonanych przez powoda należy również wybudowanie myjni samochodowej (obiektu nieprzewidzianego zarówno w projekcie budowlanym, jak i umowie) wraz z instalacjami sanitarną oraz gazową doziemną prowadzącymi do miejsca lokalizacji myjni, a także montaż zestawu gniazd podłogowych w lokalu najemcy.

W projekcie budowlanym przewidziano sufity podwieszane na konstrukcjach stalowych z wypełnieniem z płyt z wełny szklanej, pełne z płyt gipsowo-kartonowych oraz ażurowe. Wskazano przy tym, że szczegółowy dobór sufitów podwieszanych nastąpi na etapie projektów wykonawczych w połączeniu z aranżacją poszczególnych wnętrz. Pozwany dokonał zmiany rozwiązania na sufit rastrowy, który odpowiada sufitowi podwieszonemu z wypełnieniem ażurowym. Zmiana ta była konsekwencją zaistnienia innej zmiany związanej z instalacją p.poż. Wykonanie sufitu rastrowego nie stanowiło roboty dodatkowej. Niemniej z uwagi na przeprojektowanie konstrukcji dachu zmianie uległo wykonanie podkonstrukcji pod sufity podwieszane. Dlatego też sam montaż sufitów podwieszanych stanowił pracę dodatkowo wykonaną przez powoda.

Powód nie był zobowiązany do wykonania systemu (...). Elementami w tym zakresie zbliżonymi do systemu (...) było wykonanie systemu (...) oraz (...), a także systemu monitorującego systemy bezpieczeństwa.

W pozostałym zakresie wykonane przez powoda prace wynikały z zawartej umowy, choć ich znakomita część nie wynikała w sposób bezpośredni z projektu budowlanego oraz załącznika nr 10 do umowy. Większość prac stanowiła konsekwencję zmian uwzględnionych w załączniku nr 10, co do których na etapie podpisywania umowy nie występowały jeszcze opracowania projektowe, które w wystarczającym stopniu pozwalałyby rozeznaczyć zakres rzeczowo-ilościowy.

W grudniu 2012 r. między wykonawcą a inwestorem powstał również spór w zakresie zatwierdzania wykonanych robót, a także zapłaty za roboty dodatkowe. Działający z ramienia inwestora inspektorzy nadzoru odmawiali zatwierdzenia stopnia zaawansowania robót.

Dlatego też powód pismem z dnia 04 stycznia 2013 r., powołując się na art. 649¹ § 1 i 2 k.c., zwrócił się do Galerii (...) Sp. z o.o. Sp. k. oraz przedstawiciela komplementariusza pozwanej spółki (...) z wnioskiem o udzielenie przez pozwaną spółkę ad 1 na rzecz (...) Sp. z o.o. gwarancji zapłaty za roboty wykonywane na podstawie umowy o roboty budowlane nr (...) w terminie 45 dni liczonym od dnia doręczenia wezwania. Powód sprecyzował przy tym, że gwarancja winna zabezpieczać niezapłaconą do dnia sporządzenia pisma część wynagrodzenia za realizację prac z zakresu podstawowego umowy w kwocie 8.497.201,08 zł (bez robót dodatkowych). Wniosek powoda został odebrany przez pozwanego w dniu 07 stycznia 2013 r.

W odpowiedzi pozwany poinformował powoda, że przedmiotowy wniosek jest niezrozumiały, albowiem systematycznie strony rozliczały wykonane i zatwierdzone prace, a co za tym idzie dokonywane były stosowne płatności przez inwestora.

W dniu 18 stycznia 2013 r. pozwany wezwał wykonawcę do zintensyfikowania prac i ukończenia przedmiotu umowy do dnia 14 lutego 2013 r. informując, że w wypadku niewywiązania się z żądania określonego w wezwaniu, pozwany odstąpi od umowy o roboty budowlane z winy wykonawcy.

W odpowiedzi powód pismem z dnia 21 stycznia 2013 r. zawiadomił pozwanego ad 1, że podtrzymuje wniosek o przedłożenie gwarancji zapłaty. Dodatkowo wskazał, że wniosek ten uzasadniony jest faktem odmowy potwierdzenia faktycznego zaawansowania robót na dzień 31 grudnia 2012 r. i znacznego obniżenia przerobów wskazanych do rozliczenia, a także brakiem ustaleń w zakresie wynagrodzenia należnego (...) Sp. z o.o. za roboty dodatkowe.

W międzyczasie strony dokonywały rozliczeń za wykonane roboty budowlane. Ich podstawą były faktury VAT wystawiane przez powoda na podstawie protokołów obmiarowych. Łącznie tytułem wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane pozwany zapłacił na rzecz powoda kwotę 24.595.574,10 zł. W tym zawiera się kwota 823.579,64 zł wynikająca z wystawionej w dniu 18 stycznia 2013 r. faktury VAT nr (...), którą pozwany uregulował na początku lutego 2013 r.

Pozwany nie uregulował jedynie faktury VAT nr (...) z dnia 14 stycznia 2013 r. na kwotę 3.206.292,66 zł z terminem płatności wyznaczonym na dzień 13 lutego 2013 r.

W dniu 20 lutego 2013 r. powód poinformował pisemnie pozwanego, że rozważa możliwość wstrzymania realizacji wszystkich niewykonanych jeszcze robót do czasu spisania aneksów dotyczących robót dodatkowych, bądź odstąpienia od umowy. Poza kwestią prac dodatkowych powód sygnalizował, że nie otrzymał płatności za fakturę VAT nr (...) z dnia 14 stycznia 2013r., nie zatwierdzono faktycznego stopnia zaawansowania robót i ich wartości od grudnia 2012r., kierowane są wobec niego wnioski w zakresie kar umownych za działania inwestora wobec najemców, a gwarancja zapłaty nie została udzielona.

Następnie w odniesieniu do faktury VAT nr (...) powód wystawił fakturę korygującą nr (...)/01/02/2013, w której ustalił wartość wynagrodzenia na kwotę 0 zł.

Pozwany nie podjął żadnych kroków w celu pozyskania gwarancji zapłaty, w związku z czym nie przedłożył jej wykonawcy w określonym terminie. W konsekwencji powód pismem datowanym na dzień 22 lutego 2013 r. złożył pozwanemu oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr (...) z winy inwestora. Jako podstawę odstąpienia od umowy wykonawca powołał brak przedłożenia przez inwestora w wymaganym terminie gwarancji zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane. Jednocześnie (...) wezwał pozwanego do przystąpienia w dniu 27 lutego 2013 r. do inwentaryzacji wykonanych robót budowlanych. Po złożeniu oświadczenia o odstąpieniu od umowy powód zszedł z placu budowy. Pismo to zostało doręczone P. J. w dniu 22 lutego 2013 r. Jego odbiór P. J. potwierdził na kserokopii pisma.

W reakcji na odstąpienie od umowy pozwany ad 1 pismem z dnia 24 lutego 2013 r. złożył powodowi oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr (...) z przyczyn, za które odpowiadać miał wykonawca. Uzasadniając podstawę odstąpienia od umowy pozwany wskazał, że mimo upływu terminu wykonania przedmiotu umowy oraz wskazanych w wezwaniach terminów do ukończenia przedmiotu umowy, przedmiot umowy nie został wykonany. Jednocześnie pozwany podał, że oświadczenie generalnego wykonawcy z dnia 22 lutego 2013 r. o odstąpieniu od umowy „z przyczyn oczywistych” nie wywołało zamierzonego skutku prawnego. Dodatkowo tego samego dnia pozwany wezwał powoda do zapłaty kary umownej w kwocie 2.503.626,17 zł naliczonej w związku z jego odstąpieniem od umowy.

W piśmie z dnia 25 lutego 2013 r. (...) poinformował inwestora, że złożone przez niego oświadczenie o odstąpieniu od umowy uznał za bezskuteczne, z uwagi na wcześniejsze skuteczne odstąpienie od umowy przez (...), a także z powodu niewystąpienia jakichkolwiek przesłanek umownych lub ustawowych do odstąpienia od umowy przez inwestora.

Pismem z dnia 25 marca 2013 r. (...) Sp. z o.o. wezwał inwestora do zakończenia inwentaryzacji i sporządzenia protokołu odbioru robót wyznaczając w tym celu termin spotkania na dzień 04 kwietnia 2013 r. godz. 11:00. Inwestor na początku kwietnia 2013 r. zmienił termin sporządzenia protokołu na dzień 11 kwietnia 2013 r. godz. 11:00. i wezwał (...) do stawiennictwa w wyznaczonym dniu na placu budowy.

W międzyczasie na potrzeby inwentaryzacji robót powód zlecił wykonanie opinii technicznej z zakresu robót budowlano-montażowych, zaś pozwany w zakresie instalacji wentylacyjno-klimatyzacyjnych.

Ostatecznie doszło do spotkania przedstawicieli komisji odbiorowej obu stron, jednak z uwagi na zaistniały między stronami spór, przedstawiciele inwestora nie podpisali protokołu inwentaryzacji robót. Uczynili to jedynie przedstawiciele powoda w dniu 18 kwietnia 2013 r.

Na podstawie wyżej wskazanego protokołu powód w dniu 25 kwietnia 2013 r. wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 6.199.027,79 zł z terminem płatności wyznaczonym na dzień 30 kwietnia 2013 r. Tak określone wynagrodzenie stanowiło zapłatę za roboty objęte protokołem sporządzonym po odstąpieniu od umowy, a także prace, za które wcześniej wystawiono fakturę VAT nr (...). Nadto powód w dniu 29 kwietnia 2013 r. wystawił fakturę VAT nr (...) za roboty dodatkowe na kwotę 3.150.451,71 zł, z terminem płatności do dnia 29 maja 2013 r.

Pozwany zakwestionował zasadność wystawienia faktury za roboty dodatkowe podnosząc, że wynagrodzenie powoda ustalone w umowie miało charakter ryczałtowy, a także wskazując, że strony nigdy nie ustaliły warunków wykonania ewentualnych prac dodatkowych (brak aneksów do umowy). Jednocześnie pozwany zakwestionował w całości treść protokołu inwentaryzacji robót z dnia 18 kwietnia 2013r. uznając go za dokument jednostronny i sporządzony bez jego udziału.

Powód nie zgodził się ze stanowiskiem pozwanego i uznał, że ten uchyla się od obowiązku zapłaty.

Następnie w dniu 10 kwietnia 2013 r. powód wystosował do pozwanego wezwanie do zapłaty w terminie 2 dni wynagrodzenia w wysokości 6.199.027,79 zł w związku z odstąpieniem przez wykonawcę od umowy nr (...).

Od maja 2013 r. inwestor zaczął składać powodowi oświadczenia o potrąceniu przysługujących mu wierzytelności z wynagrodzeniem powoda. Łącznie do końca kwietnia 2014 r. złożył ich osiemnaście, z czego oświadczenia o numerach 1 - 15 dotyczyły potrącenia przez inwestora równowartości świadczenia spełnionego przez niego jako dłużnika solidarnego (art. 647¹ k.p.c.) na rzecz podwykonawców powoda, którym ten nie zapłacił wynagrodzenia. Oświadczenia nr 17 i 18 dotyczyły potrącenia kwot wypłaconych dwóm podwykonawcom powoda z tytułu poręczenia udzielonego przez inwestora za dług spółki (...) Sp. z o.o.

W oświadczeniu o potrąceniu nr 16 z dnia 31 października 2013 r. inwestor wskazał, że przysługuje mu względem powoda wymagalna wierzytelność w łącznej kwocie 2.722.093,28 zł z tytułu kary umownej naliczonej po odstąpieniu przez niego od umowy (należność główna wraz z naliczonymi odsetkami ustawowymi). Podał również, że uznaje wierzytelność powoda z tytułu wynagrodzenia (6.199.027,79 zł) do kwoty 480.752,64 zł. Następnie oświadczył, że

dokonyje potrącenia przysługującej mu wierzytelności w postaci kary umownej z wierzytelnością powoda z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace budowlane.

Powód, jeszcze przed wytoczeniem powództwa o zapłatę przed sądem, uwzględnił pierwsze dwa potrącenia na łączną kwotę 512.209,93 zł. Co do dalszych oświadczeń o numerach 3-15 oraz 17-18 powód przychylił się do nich już w trakcie postępowania sądowego, co przełożyło się na cofnięcie w części powództwa w sprawie, tj. o kwotę 3.130.193,17 zł.

Powód nie uznał natomiast potrącenia nr 16 dotyczącego kary umownej uznając, że zostało ono naliczone bezpodstawnie, już po skutecznym odstąpieniu przez powoda od umowy.

Powód nie wykonał zleconych robót w całości. Z protokołu inwentaryzacji wynika, że:

1. wykonano większość prac z zakresu branży budowlanej za wyjątkiem:

a) posiania trawy na pow. 943,05 m²,

b) nasadzenia 20 sztuk drzew,

c) wykonania ścianek działowych pomiędzy lokalami (...) w łącznej ilości 105,18 m², natomiast wykonano dodatkową przegrodę w lokalu apteki o pow. 48,23 m²,

d) wykonania jastrychu gr. 7 cm pod torami bowlingowymi na I piętrze o pow. 360,898 m²,

e) wykonania elewacji kompozytowej pod otwór technologiczny dla dostawy torów bowlingowych o pow. 25,6 m²,

2. wykonano większość prac z zakresu branży sanitarnej za wyjątkiem:

a) izolacji rur na dachu od zasilania central (...), (...) i (...) w łącznej ilości 20 mb o średnicach 80 mm, łącznej ilości 26 mb o średnicach 50 mm oraz 8 mb o średnicach 32 mm,

b) dokończenia izolacji kanałów wentylacyjnych wełną o gr. 8 cm wraz z obróbką blacharską na dachu dla centrali wentylacyjnej (...) w ilości 44 m²,

c) zamontowania czerpni i wyrzutni central (...) oraz (...),

d) zamontowania liczników wody dla najemców w ilości 64 sztuk,

e) montażu skrzynki na zaworze M. (...),

3. wykonano większość prac z zakresu branży elektrycznej za wyjątkiem:

a) dostawy i montażu liczników energii elektrycznej w lokalach najemców w ilości 32 szt.,

b) prowadzenia kabli na dachu w izolacji pod płaszczem ochronnym.

Oprócz wymienionych w inwentaryzacji prac niewykonanych, wystąpiły jeszcze inne, których powód nie zakończył lub nie wykonał. Dotyczy to braku:

a) zabezpieczeń p.poż. dylatacji konstrukcyjnych stropu oraz dylatacji pomiędzy szachtem wentylacyjnym a lokalem nr (...),

b) zabezpieczeń słupów oświetleniowych na parkingu,

c) pełnej ochrony p.poż przy bramach p.poż. na poziomie parteru (niewykonanie zabezpieczeń podkonstrukcji stalowej bram),

d) ścieżek i pomostów technicznych na dachu oraz podestów przy centralach wentylacyjnych umożliwiających serwisowanie.

e) wykonania szeregu pomniejszych prac związanych choćby z oznaczeniem/opisaniem instalacji i urządzeń.

f) syfonów w układzie odprowadzania skroplin central (...) oraz termometru w układzie zasilania wymiennika centrali(...) (nie nastąpiło ostateczne uruchomienie instalacji).

W zakresie instalacji wentylacyjno-klimatyzacyjnej doszło również do:

a) korozji konstrukcji wsporczych central wentylacyjnych (...)

b) wadliwego montażu tłumików na sztywno, które nie spełniają swojej funkcji,

c) niezakończenia prac w zakresie instalacji (brak obróbki spawów, braki w izolacji, brak w opisie i oznaczeniu elementów instalacji, braki w zabezpieczeniach antykorozyjnych, prowizoryczne wykończenie kanału oddymiającego).

W odniesieniu do instalacji elektrycznej nie doszło do zakończenia wszystkich procesów związanych z jej wykonaniem. Świadczy o tym stosowanie tymczasowych i nieuporządkowanych połączeń w rozdzielnicach czy na dachu, brak sprawdzenia połączeń zwodów pionowych instalacji odgromowej czy pozostawienie ostrych krawędzi koryt instalacyjnych, a także brak opisu i dokumentacji elementów instalacji.

Z uwagi na zejście z placu budowy powód nie dokonał rewizji stosownych wykończeń, obróbek i pokrycia papowego dachu. Nadto nie uprzątnął powierzchni na których wykonywane były prace (w szczególności powierzchni dachu i parkingu) i nie zlikwidował zarysowań obróbek blacharskich. Pozostawił wykwyty, spękania i odspojenia okładzin na elewacji. Wszystko to stanowi wady, które wymagają naprawy. Powód nie usunął także innych mniejszych lub większych niedoskonałości, które winny zostać objęte pracami zakończeniowymi. Dokładniej w zakresie branży ogólnobudowlanej odnotowano następujące wady:

- niedostateczne zamocowanie obróbek dekarских murków attykowych na dachu, nieszczelność obróbki i zarysowania powierzchni blach,
- pogorszoną jakość ułożonego pokrycia,
- wykwyty na spoinie elewacji z płytek (część parterowa), miejscowe odspojenia płytek oraz spękania przebiegające w spoinie,
- dziury występujące w przykryciu strefy dostaw supermarketu (...),
- zastosowanie płyt (...) w miejscach dla których wymagana jest odporność ogniowa, pozostawienie płyt (...) w dylatacjach.

Z kolei w zakresie branży sanitarnej odnotowano korozję konstrukcji wsporczych central wentylacyjnych (...) oraz montaż tłumików na sztywno.

Uwzględniając powyższe wartość nierealizowanych przez powoda prac budowlanych wyniosła 236.703,79 zł netto. Z kolei wartość prac budowlanych wykonanych przez powoda kształtuje się na poziomie 25.383.882,67 zł netto.

Szacunkowy koszt prac dodatkowych wykonanych przez powoda wyniósł 514.908,61 zł. Dodatkowo koszt wykonania sufitu podwieszanego w lokalu zajmowanym przez sklep (...) wyniósł 97.209,42 zł. Z kolei szacunkowy koszt usunięcia wymienionych wyżej wad wyniósł 35.488,33 zł netto. Uwzględniając zatem wynagrodzenie ryczałtowe

(25.036.261,70 zł), wartość prac budowlanych niewykonanych, wartość prac budowlanych dodatkowych oraz koszt usunięcia wymienionych wad wartość prac budowlanych wykonanych przez powoda w związku z umową wyniosła 25.278.978,19 zł netto.

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego Sąd doszedł do wniosku, że powództwo w wysokości pozostałej po częściowym cofnięciu pozwu należało uwzględnić w całości.

Pierwotnie powód domagał się zasądzenia na swoją rzecz kwoty 9.007.610,68 zł wraz z odsetkami ustawowymi na tle rozliczenia za wykonane przez powoda prace budowlane na podstawie umowy z dnia 02 kwietnia 2012 r. Na tak określone żądanie składała się kwota należności głównej w wysokości 5.686.817,86 zł, wynagrodzenia za wykonane roboty dodatkowe i zamienne w kwocie 3.236.893,65 zł, a także skapitalizowane odsetki wynoszące 83.899,17 zł.

Z uwagi na przebieg postępowania, mianowicie na wartość prac niedokończonych przez powoda oraz kosztów usunięcia robót wadliwych wyliczonych przez biegłego sądowego M. G. (1), a także z uwagi na uwzględnienie złożonych przez pozwanego ad 1 w toku procesu oświadczeń o potrąceniu powód cofnął w części powództwo, tj. co do kwoty 3.130.193,17 zł w zakresie należności głównej. W konsekwencji przedmiotem rozstrzygnięcia stało się roszczenie powoda obejmuje żądanie zasądzenia solidarnie od pozwanych kwoty 5.877.417,51 zł wraz z odsetkami ustawowymi: od kwoty 3.236.893,65 zł od dnia 30 maja 2013 r. do dnia zapłaty; od kwoty 2.556.624,69 zł od dnia 08 czerwca 2013 r. do dnia zapłaty; od kwoty 83.899,17 zł od dnia 19 sierpnia 2013r. do dnia zapłaty.

Powód dochodził od pozwanego powyższych należności tytułem zapłaty pełnego wynagrodzenia za prace budowlane wykonane w ramach umowy nr (...), którą strony zawarły w dniu 02 kwietnia 2012 r. Powód wyjaśnił, że w dniu 22 lutego 2013 r. odstąpił od tej umowy z winy inwestora powołując się na niezyskanie przez niego gwarancji zapłaty w wyznaczonym terminie (uprawnienie do żądania gwarancji zapłaty za roboty budowlane powód wywiódł z art. 649⁴ § 1 k.c.). Skutkiem odstąpienia przez powoda od umowy z winy pozwanego ad 1 było powstanie po jego stronie uprawnienia do żądania zapłaty wynagrodzenia przewidzianego umową, mimo niewykonania w całości przedmiotu umowy na podstawie art. 649⁴ § 3 k.c., ponieważ był gotów wykonać roboty budowlane w całości, lecz doznał przeszkody z przyczyn dotyczących inwestora.

W sprawie bezspornym było, że strony zawarły umowę, na mocy której powód jako generalny wykonawca zobowiązał się względem pozwanego ad 1 jako inwestora do kompleksowego wybudowania galerii handlowej o nazwie Galeria (...) za wynagrodzeniem ryczałtowym określonym na kwotę 25.036.261,70 zł netto. Strony były zgodne także co do tego, że w trakcie realizacji inwestycji pozwany ad 1 wypłacił na rzecz powoda wynagrodzenie w wysokości 24.595.574,10 zł, a także przyznały, że jeszcze przed wytoczeniem powództwa dokonały wzajemnych rozliczeń w związku z czym zobowiązanie pozwanego względem powoda umniejszyło się o 512.209,03 zł (potrącenia nr 1 i 2). Żadna ze stron nie kwestionowała, że powód ostatecznie nie wykonał całości prac objętych umową i doszło do wcześniejszego zakończenia ich współpracy.

Pozwani kwestionując zasadność roszczenia powoda podnieśli, że jest ono nienależne, bowiem powód nie wywiązał się z warunków umowy i nie wykonał w całości przedmiotu umowy, zaś roboty, które zrealizował zostały wykonane nieterminowo i nienależycie. W dalszej kolejności pozwani wskazali, że w związku z przedmiotową inwestycją po ich stronie powstał szereg wierzytelności wobec powoda, w tym roszczenie w wysokości 2.722.093,28 zł z tytułu kary umownej naliczonej powodowi w związku z odstąpieniem od umowy przez pozwanego ad 1 z winy powoda jako wykonawcy. W związku z powyższym wynagrodzenie powoda winno zostać odpowiednio umniejszone. Z uwagi zaś na treść art. 649⁴ § 3 k.c. pozwani kategorycznie zakwestionowali okoliczność gotowości powoda do zrealizowania umowy w całości, a także podali, że z powodu niewykonania pełnego zakresu robót budowlanych po stronie powoda powstały oszczędności na co najmniej 3.100.000 zł.

Z uwagi na stanowiska stron dla rozstrzygnięcia sporu kluczowym było rozstrzygnięcie kwestii skuteczności odstąpienia przez powoda od umowy oświadczeniem z dnia 22 lutego 2013 r. z powołaniem się na niezyskanie w wyznaczonym terminie gwarancji zapłaty.

Na gruncie ustalonego stanu faktycznego i relacji stron Sąd uznał, że odstąpienie od umowy dokonane przez powoda było skuteczne w świetle art. 649³ § 1 k.c. i art. 649⁴ § 1 k.c.

W stanie faktycznym sprawy bezspornym było, że w oparciu o wyżej przywołaną normę prawną powód pismem z dnia 04 stycznia 2013r., doręczonym pozwanemu w dniu 07 stycznia 2013 r., zwrócił się do inwestora o przedłożenie gwarancji zapłaty w terminie 45 dni. Mimo to gwarancja ta nie została przedłożona wykonawcy, a inwestor nie podjął żadnych starań, by ją uzyskać. To zaś w ocenie Sądu było wystarczającą przesłanką odstąpienia przez powoda od umowy z winy inwestora. Przekonanie pozwanego, że powód nie miał podstaw do żądania przedłożenia gwarancji zapłaty, albowiem wynagrodzenie za wykonane przez niego roboty budowlane było regulowane przez inwestora w terminie nie zwalniało pozwanego z obowiązku przedłożenia gwarancji zapłaty. Podobnie fakt, że powód posiadał szczegółowe wiadomości o źródle finansowania inwestycji, w związku z czym miał świadomość, że pozyskany przez inwestora kredyt ma zostać przeznaczony na zapłatę wynagrodzenia.

Jedyną przesłanką żądania ustanowienia gwarancji zapłaty jest istnienie ważnego zobowiązania między wykonawcą i inwestorem, w ramach którego wykonawcy przysługuje roszczenie (także niewymagalne lub przyszłe) o wynagrodzenie za prace kontraktowe (K. Zagrobelny, [w:] Jacek Gołaczyński, Piotr Machnikowski, Natalia Adamczyk (red.), Współczesne problemy prawa prywatnego: księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka, Warszawa 2010, s. 697-698).

Żądanie może obejmować ustanowienie gwarancji zapłaty do pełnej wysokości wynagrodzenia uzgodnionego przez strony w umowie. Nie jest konieczne wystąpienie opóźnienia lub zwłoki inwestora z zapłatą wynagrodzenia, stanu zagrożenia jego niewypłacalnością lub innych okoliczności podważających jego wiarygodność płatniczą (P. Drapała, Komentarz do art. 649(3) Kodeksu Cywilnego, Lex 2013). Zaznaczyć przy tym trzeba, że nie budziła wątpliwości wskazana w wezwaniu wysokość żądanej gwarancji, albowiem na dzień wystosowania wezwania stanowiła różnicę między wysokością wynagrodzenia ustalonego w umowie, a zapłaconego już przez inwestora. Późniejsze zaś uiszczenie kolejnych transzy wynagrodzenia przez pozwanego powodowało częściową redukcję uprawnienia do żądania ustanowienia gwarancji zapłaty. Bezsprzecznie jednak pozwany nie przedłożył gwarancji w żadnej wysokości. (...) sp. z o.o. nie doliczył do kwoty wskazanej w wezwaniu wynagrodzenia za roboty dodatkowe, co do których strony pozostawały w sporze. Przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało, że bezpośrednio przed zażądaniem przez wykonawcę przedłożenia gwarancji zapłaty między stronami powstał spór co do zaakceptowania wielkości przerobów wykonanych robót, a także uzgodnień co do robót dodatkowych, wobec czego nie sposób uznać, aby żądanie to zostało wystosowane bezpodstawnie. Co prawda w chwili skierowania wezwania pozwany nie był w opóźnieniu w zapłacie wynagrodzenia, jednakże w określonym 45 - dniowym terminie do jej złożenia w takim opóźnieniu się znalazł, albowiem nie uregulował w terminie należności z faktury VAT nr (...), której termin płatności upływał z dniem 13 lutego 2013 r. Wprawdzie, w terminie późniejszym powód wystawił fakturę korygującą do tej faktury, którą wartość wynagrodzenia umniejszył do zera, jednakże następnie wynagrodzenie za roboty ujęte w fakturze (...) uwzględnił w fakturze VAT nr (...), która w tej części została przez pozwanego zapłacona. Powyższe pozwala uznać, że przynajmniej z punktu widzenia powoda na dzień 14 lutego 2013 r. pozwany pozostawał w stosunku do niego w opóźnieniu w płatności wynagrodzenia umownego.

Z uwagi na nieprzedłożenie gwarancji zapłaty w określonym terminie wykonawcy przysługiwało uprawnienie do odstąpienia od umowy o roboty budowlane i to z winy inwestora. Takie oświadczenie powód złożył pozwanemu w dniu 22 lutego 2013 r. W ocenie Sądu oświadczenie to wywołało skutek w postaci rozwiązania umowy stron. Przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało nadto, że oświadczenie to zostało złożone w formie pisemnej w dniu 22 lutego 2013 r. na ręce członka zarządu komplementariusza pozwanej spółki (...), bowiem jak wynika z poświadczonej za zgodność z oryginałem kserokopii pisma z dnia 22 lutego 2013r., pismo zawierające oświadczenie woli wykonawcy o odstąpieniu od umowy z uwagi na nieprzedłożenie gwarancji zapłaty zostało doręczone członkowi zarządu komplementariusza pozwanej spółki (...), który okoliczność odbioru pisma potwierdził na jego kserokopii poprzez dokonanie adnotacji „otrzymałem 22.02.2013”. Taka ocena znajduje oparcie w art. 61 § 1 k.c., w myśl którego oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła

zapoznać się z jego treścią. Jest także zgodne z art. 78 § 1 zd. 1 k.c., który stanowi, że do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.

Wykonanie uprawnienia do odstąpienia od umowy o roboty budowlane z uwagi na brak ustanowienia gwarancji zapłaty w wyznaczonym terminie powoduje skutek na dzień odstąpienia (*ex nunc*), a zatem ustawodawca wprowadził tu rozwiązanie odmienne od skutku wstecznego (*ex tunc*), jaki wiąże się z odstąpieniem na podstawie art. 491 k.c. Odstąpienie to powoduje zatem ustanie praw i obowiązków obu stron w zakresie niewykonanej jeszcze części stosunku obligacyjnego. Nie wpływa ono natomiast na świadczenia, które zostały spełnione lub powinny zostać spełnione przez strony do chwili odstąpienia. Strony co do zasady nie są zobowiązane do zwrotu spełnionych uprzednio świadczeń (skutek na przyszłość), niemniej podmiot odstępujący jest uprawniony do żądania naprawienia szkody powstałej wskutek przedwczesnego zakończenia stosunku kontraktowego (P. Drapała, Komentarz do art. 649(4) Kodeksu cywilnego, Lex 2013, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 04 kwietnia 2016r., sygn. VI ACa 36/15, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 10 grudnia 2015r., sygn. I ACa 800/15).

Zatem umowa stron uległa rozwiązaniu w dniu 22 lutego 2013 r. W konsekwencji oświadczenie pozwanego o odstąpieniu od umowy złożone później nie wywołało skutków prawnych i zbędnym stało się badanie przyczyn zaistnienia podstaw do tego odstąpienia od umowy. Co za tym idzie roszczenia pozwanego ad 1 wobec powoda formułowane na tym tle są całkowicie bezzasadne. Chodzi tu o żądanie zapłaty kary umownej, którą pozwany ad 1 wyliczył na kwotę 2.722.093,28 zł, a w konsekwencji również o oświadczenie pozwanego ad 1 o potrąceniu tej kary umownej z wynagrodzenia należnego powodowi. Pozwanemu ad 1 nigdy nie przysługiwała wierzytelność w tej kwocie nadająca się do potrącenia. Pozwany bowiem nie mógł obciążyć powoda karą umowną za odstąpienie od umowy, skoro wcześniej to powód skutecznie złożył pozwanemu oświadczenie o odstąpieniu od umowy.

Z uwagi na skuteczne odstąpienie od umowy przez powoda należało strony rozliczyć za roboty główne, a także za roboty dodatkowe.

Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności z opinii biegłego sądowego M. G. (1), wynika, że powód wykonał większość prac podstawowych objętych umową, a nadto zrealizował duży zakres prac zamiennych i dodatkowych. W trakcie budowy obiektu galerii pozwany ad 1 zapłacił na rzecz powoda wynagrodzenie w wysokości 24.595.574,10 zł brutto. Następnie, już po zakończeniu współpracy, ale przed wytoczeniem niniejszego powództwa, strony dokonały potrącenia wzajemnych wierzytelności w wyniku czego zobowiązanie pozwanego uległo umniejszeniu o 512.209,03 zł. Zatem z wynagrodzenia umownego określonego przez strony na poziomie 30.794.601,89 zł do uregulowania pozostała kwota 5.686.817,86 zł za roboty główne.

Z opinii biegłego sądowego M. G. (1) wynika również, że wartość prac wykonanych przez powoda wyniosła 25.278.978,19 zł netto oraz, że w trakcie realizacji inwestycji powód zrealizował szereg robót dodatkowych i zamiennych. W tym powód wykonał sufit podwieszany w lokalu zajmowanym przez sklep (...), czego w ocenie Sądu nie obejmowała umowa stron, a koszt tych prac zgodnie z wyceną biegłego wyniósł 97.209,42 zł. Choć w pozostałym zakresie wykonane przez powoda prace wynikały z zawartej umowy, to ich znakomita część nie wynikała w sposób bezpośredni z projektu budowlanego oraz załącznika nr 10 do umowy, a na etapie podpisywania umowy nie występowały jeszcze opracowania projektowe, które w wystarczającym stopniu pozwalałyby rozeznaczyć zakres rzeczowo - ilościowy. Dlatego też sporna inwestycja była obciążona dużym ryzykiem wykonawcy, który przystał na wynagrodzenie ryczałtowe, mimo takiego stanu rzeczy.

Mając na uwadze wnioski i szacunkowe wyliczenia zaprezentowane przez biegłego sądowego w opiniach, a także uwzględniając potrącenia wzajemnych wierzytelności dokonane przez strony w toku procesu, powód w piśmie procesowym z dnia 26 listopada 2018r. cofnął powództwo w zakresie kwoty 3.130.193,17 zł, w tym o wartość robót niedokończonych wyliczoną przez biegłego na kwotę 236.703,79 zł, a także o szacunkową wartość robót wykonanych przez powoda wadliwie, czyli o kwotę 35.488,33 zł. W konsekwencji kwota należności za prace główne została ograniczona przez powoda do kwoty 2.556.624,69 zł. W pozostałym zakresie powód domagał się wynagrodzenia za prace dodatkowe na poziomie 3.236.893,65 zł, czyli tak jak w pozwie. Takie stanowisko powoda, znajdujące

uzasadnienie w opiniach biegłego G., zasługiwało na uwzględnienie. Dodać również należy, że pozwani, zgodnie z art. 203 § 1 k.p.c., wyrazili zgodę na cofnięcie powództwa.

Powołując się na art. 649⁴ § 3 k.c. pozwani stali na stanowisku, że z powodu niewykonania robót budowlanych w całości po stronie powoda powstały oszczędności na co najmniej 3.100.000 zł. Również w tej kwestii wypowiedział się biegły sądowy. Biegły wyjaśnił, że w załączniku do umowy nr (...) powód w tabeli rozliczeniowej wymienił i wycenił zasadnicze elementy podjętego zakresu robót składające się na obiekt, zaś oszczędnościami są te świadczenia, które nie zostały w niej wymienione, a co do realizacji których zobligowany był powód. W związku z tym powód nie mógł osiągnąć oszczędności nie realizując prac czy ich części, które zostały wymienione w tabeli rozliczeniowej. Podobnie nie stanowiło oszczędności wykonanie zamiennie określonego elementu prac. Uwzględniając to biegły wskazał, że powód mógł ewentualnie osiągnąć oszczędności poprzez zaniechanie opracowania dokumentacji, rezygnację z podjęcia się uzyskania w imieniu pozwanego pozwolenia na użytkowanie obiektu oraz zaniechanie świadczeń gwarancyjnych, a w szczególności brak udzielenia gwarancji ubezpieczeniowej na kwotę 300.000 zł. W odniesieniu zaś do wymienionych świadczeń nie istnieje metodologia pozwalająca na określenie ich wartości. Mając na uwadze przytoczone stanowisko biegłego Sąd przyjął, że po stronie powoda nie powstały oszczędności z tytułu niewykonania robót budowlanych, na jakie powoływali się pozwani i kwestia ta nie mogła mieć znaczenia dla ewentualnego umniejszenia należnego powodowi wynagrodzenia.

Za całkowicie bezzasadnie i nieudowodnione Sąd uznał twierdzenia pozwanych o powstaniu po ich stronie wierzytelności względem powoda o charakterze odszkodowawczym, obejmujących równowartość strat poniesionych przez pozwanego ad. 1 w związku ze zwłoką powoda w realizacji umowy oraz wierzytelności o zadośćuczynienie z tytułu strat wizerunkowych, związanych z niedotrzymaniem terminu otwarcia obiektu. Istnienie tych wierzytelności, niedookreślonych co do kwoty, nie zostało wykazane. Pozwani stanowisko w tym zakresie sformułowali w oparciu o twierdzenie, że to pozwany ad. 1 (a nie powód) od umowy skutecznie odstąpił. Jak wskazano jednak wyżej, skuteczne odstąpienie od umowy nastąpiło na skutek oświadczenia powoda w związku z nieprzedstawieniem na żądanie powoda gwarancji zapłaty przez inwestora. Nadto nieterminowe przekazanie placu budowy powodowi musiało wpłynąć negatywnie na ostateczny termin realizacji inwestycji. W tym stanie rzeczy wspomniane wierzytelności pozwanych nie mogły powstać.

Mając to wszystko na uwadze za chybione należało również uznać twierdzenie pozwanych, że skorzystanie przez powoda z możliwości żądania ustanowienia gwarancji zapłaty za roboty budowlane i odstąpienie od umowy stanowiło nadużycie prawa w rozumieniu art. 5 k.c. Strony są przedsiębiorcami. Powód jako przedsiębiorca realizował swoje ustawowe uprawnienie do żądania gwarancji zapłaty i wobec nieprzedstawienia jej przez pozwanego ad. 1 powód zrealizował ustawowe uprawnienie do odstąpienia od umowy. Sąd nie dopatruje się w tym działaniu powoda jakiegokolwiek naruszenia prawa, która to sytuacja mogłaby stanowić podstawę dla ochrony wynikającej z art. 5 k.c.

Na aprobatę zasługiwało także wyliczenie wysokości skapitalizowanych odsetek zaprezentowane przez powoda w pozwie. Na skutek wzajemnych potrąceń wierzytelności wynagrodzenie powoda objęte fakturą VAT nr (...) zostało uregulowane przez pozwanego ad. 1 w zakresie kwoty 512.209,03 zł. Nastąpiło to w dniu 07 czerwca 2013 r. na skutek złożenia powodowi przez pozwanego oświadczenia o potrąceniu. Tymczasem termin płatności wymienionej faktury upływał w dniu 30 kwietnia 2013 r. Zatem zgodnie z art. 482 § 1 k.c. powodowi przysługiwało uprawnienie do naliczenia odsetek ustawowych za opóźnienie w płatności kwoty 512.209,03 zł za okres od dnia 01 maja 2013 r. do dnia 07 czerwca 2013 r. Sąd też skapitalizowane odsetki wyniosły 83.899,17 zł.

Odnosząc się szczegółowo do kwestii potrąceń Sąd wskazał, że od maja 2013 r. inwestor zaczął składać powodowi oświadczenia o potrąceniu przysługujących mu wierzytelności z wynagrodzeniem powoda. Łącznie do końca kwietnia 2014 r. złożył ich osiemnaście, z czego oświadczenia o numerach (...) dotyczyły potrącenia przez inwestora równowartości świadczenia spełnionego przez niego jako dłużnika solidarnego (art. 647⁽¹⁾ k.p.c.) na rzecz podwykonawców powoda, którym ten nie zapłacił wynagrodzenia. Oświadczenia nr (...) dotyczyły potrącenia kwot

wypłaconych dwóm podwykonawcom powoda z tytułu poręczenia udzielonego przez inwestora za dług spółki (...) Sp. z o.o.

W oświadczeniu o potrąceniu nr (...) z dnia 31 października 2013 r. inwestor wskazał, że przysługuje mu względem powoda wymagalna wierzytelność w łącznej kwocie 2.722.093,28 zł z tytułu kary umownej naliczonej po odstąpieniu przez niego od umowy (należność główna wraz z naliczonymi odsetkami ustawowymi). Podał również, że uznaje wierzytelność powoda z tytułu wynagrodzenia (6.199.027,79 zł) do kwoty 480.752,64 zł. Następnie oświadczył, że dokonuje potrącenia przysługującej mu wierzytelności w postaci kary umownej z wierzytelnością powoda z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace budowlane.

Powód, jeszcze przed wytoczeniem powództwa o zapłatę przed sądem, uwzględnił pierwsze dwa potrącenia na łączną kwotę 512.209,93 zł. Co do dalszych oświadczeń o numerach (...) powód przychylił się do nich już w trakcie postępowania sądowego i w piśmie procesowym z dnia 26 listopada 2018r. cofnął częściowo pozew w zakresie kwoty 3.130.193,17 zł, wnosząc o zasądzenie: kwoty 3.236.893,65 zł z tytułu wynagrodzenia za roboty dodatkowe, kwoty 2.556.624,69 zł z tytułu wynagrodzenia za roboty główne (od pierwotnie dochodzonej należności za roboty główne powód odjął kwotę 3.130.193,17 zł z tytułu uwzględnionej wzajemnej wierzytelności inwestora, objętej potrąceniem) oraz kwotę 83.899,17 zł z tytułu odsetek.

Powód nie uznał natomiast potrącenia nr (...) dotyczącego kary umownej uznając, że zostało ono naliczone bezpodstawnie, już po skutecznym odstąpieniu przez powoda od umowy. Jak wskazano wyżej, to stanowisko powoda Sąd podzielił. Pozwany bowiem nie miał podstaw, by obciążyć powoda karą umowną za odstąpienie od umowy, skoro wcześniej, jak wywiedziono wyżej, to powód skutecznie złożył pozwanemu oświadczenie o odstąpieniu od umowy.

Zatem żądanie powoda okazało się zasadne w całości. Powód wykazał bowiem, że przysługuje mu względem pozwanych wymagalna wierzytelność o zapłatę wynagrodzenia za część wykonanych prac w łącznej kwocie 5.877.417,51 zł, na którą składa się wynagrodzenie za roboty główne w kwocie 2.556.624,69 zł, wynagrodzenie za roboty dodatkowe w kwocie 3.236.893,65 zł, a także skapitalizowane odsetki w wysokości 83.899,17 zł. W rezultacie Sąd zasądził od pozwanego żadaną kwotę.

Z uwagi zaś na częściowe cofnięcie powództwa co do kwoty 3.130.193,17 zł, dokonane w trakcie procesu, Sąd umorzył postępowanie co do tej kwoty na podstawie art. 355 w zw. z art. 203 § 1 k.p.c.

O odsetkach Sąd orzekł na podstawie art. 481 § 1 k.c., który stanowi, że jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. W fakturze VAT nr (...) z dnia 29 kwietnia 2013 r. termin zapłaty należności za roboty dodatkowe określono na dzień 29 maja 2013 r. Począwszy zatem od dnia następnego, tj. 30 maja 2013r. pozwani pozostawali wobec powoda w zwłoce z uregulowaniem tej należności. Natomiast odsetki od należności za roboty główne należą się od dnia następnego po złożeniu powodowi przez pozwanego pierwszych dwóch oświadczeń o potrąceniu, na skutek których wynagrodzenie powoda zostało uregulowane do kwoty 512.209,03 zł, tj. od dnia 08 czerwca 2013r.

Zgodnie zaś z art. 482 § 1 k.c. odsetki od zaległych odsetek zostały naliczone od chwili wytoczenia o nie powództwa, a zatem od dnia 19 sierpnia 2013 r.

Pozwany ad. 2 jako komplementariusz pozwanego ad 1 z mocy art. 31 § 1 ksh w związku z art. 103 ksh także ponosi odpowiedzialność względem powoda jako wierzyciela bez ograniczenia, całym swoim majątkiem, solidarnie ze spółką (pozwanym ad 1), w sposób subsydiarny. Przepisy o spółce komandytowej nie wprowadzają żadnych modyfikacji, gdy chodzi o odpowiedzialność komplementariusza, to odpowiada on wobec spółki subsydiarnie oraz solidarnie ze spółką i pozostałymi wspólnikami spółki komandytowej. Odpowiedzialność komplementariusza powstaje więc dopiero, gdy egzekucja z majątku spółki okaże się bezskuteczna (art. 31 § 1 w zw. z art. 103 § 1 ksh) (tak: komentarz do art. 103 ksh, red. Jara 2019, wyd. 22/T. Szczurowski, System Legis).

Odpowiedzialność zatem pozwanego ad. 2 zmaterializuje się więc dopiero w momencie stwierdzenia i wykazania bezskuteczności egzekucji wobec pozwanego ad. 1. Kwestia ta będzie podlegała badaniu w trybie art. 786 § 1 k.p.c.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. oraz art. 100 k.p.c., obciążając nimi pozwanych jako stronę przegrywającą proces w całości.

Wyrokiem z dnia 7 października 2019 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu uzupełnił wyrok z dnia 1 lipca 2019 r., wydany przez Sąd Okręgowy w Poznaniu w ten sposób, że w sentencji wyroku dodał pkt IV o treści: „Zastrzega pozwanemu ad. 2 prawo powoływania się w toku postępowania egzekucyjnego na ograniczenie jego odpowiedzialności w zakresie roszczeń ujętych w pkt I i III wyroku do czasu stwierdzenia bezskuteczności egzekucji wobec pozwanego ad. 1.”

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 1 lipca 2019 r. uzupełnionego wyrokiem z dnia 7 października 2019 r. złożył pozwany ad. 1 - Galeria (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, zaskarżył go w części, tj. w pkt I oraz pkt III wyroku, w zakresie w jakim Sąd I Instancji zasądził na rzecz powoda od pozwanego ad. 1 (solidarnie z pozwany ad. 2):

I. kwotę 5.877.417,51 zł wraz z ustawowymi odsetkami:

- od kwoty 3.236.893,65 zł od dnia 30.05.2013 r. do dnia 31.12.2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1.01.2016 r. do dnia zapłaty;
- od kwoty 2.556.624,69 zł od dnia 8.06.2013 r. do dnia 31.12.2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1.01.2016 r. do dnia zapłaty;
- od kwoty 83.899,17 zł od dnia 19.08.2013 r. do dnia 31.12.2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1.01.2016 r. do dnia zapłaty;

oraz

II. kwotę 128.215,73 zł tytułem kosztów postępowania.

Pozwany ad. 1 wniósł o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji wraz z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania drugoinstancyjnego; względnie zmianę wyroku poprzez:

1. oddalenie powództwa co do kwoty 5.877.417,51 zł wraz z ustawowymi odsetkami:

- od kwoty 3.236.893,65 zł od dnia 30.5.2013 r. do dnia 31.12.2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1.1.2016 r. do dnia zapłaty;
- od kwoty 2.556.624,69 zł od dnia 8.6.2013 r. do dnia 31.12.2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1.1.2016 r. do dnia zapłaty;
- od kwoty 83.899,17 zł od dnia 19.8.2013 r. do dnia 31.12.2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1.1.2016 r. do dnia zapłaty;

2. zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego ad. 1 kosztów postępowania przed Sądem I instancji wg norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego;

oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego ad. 1 kosztów postępowania przed Sądem II instancji wg norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Pozwany ad. 1 zarzucał orzeczeniu:

- brak wskazania w uzasadnieniu wyroku podstawy faktycznej i prawnej;
- pominięcie przez Sąd I Instancji faktu dokonania przez pozwanego ad. 1 wpłaty do komornika kwoty 123.815,35 zł
- błędne ustalenia Sądu I Instancji w zakresie istnienia wierzytelności powoda o zapłatę skapitalizowanych odsetek ustawowych za opóźnienie
- błędne ustalenia Sądu I Instancji dotyczące rzekomych „robót dodatkowych”,
- błędne ustalenia faktyczne Sądu I Instancji: prace niewykonane przez powoda oraz prace wykonane wadliwie
- błędne pominięcie zarzutów nadużycia przez powoda prawa (art. 5 k.c.)
- błędne nieuwzględnienie przez Sąd I Instancji zarzutu pozwanych: potrącenia kary umownej z umowy.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 1 lipca 2019 r. uzupełnionego wyrokiem z dnia 7 października 2019 r. złożył także pozwany ad. 2 Galeria (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zaskarżył go w części, tj. w pkt I oraz pkt III wyroku, w zakresie w jakim Sąd I Instancji zasądził na rzecz powoda od pozwanego ad. 1 (solidarnie z pozwanym ad. 1):

I. kwotę 5.877.417,51 zł wraz z ustawowymi odsetkami:

- od kwoty 3.236.893,65 zł od dnia 30.05.2013 r. do dnia 31.12.2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1.01.2016 r. do dnia zapłaty;
- od kwoty 2.556.624,69 zł od dnia 8.06.2013 r. do dnia 31.12.2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1.01.2016 r. do dnia zapłaty;
- od kwoty 83.899,17 zł od dnia 19.08.2013 r. do dnia 31.12.2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1.01.2016 r. do dnia zapłaty;

oraz

II. kwotę 128.215,73 zł tytułem kosztów postępowania.

Pozwany ad. 2 wniósł o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji wraz z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania drugoinstancyjnego; względnie zmianę wyroku poprzez:

1. oddalenie powództwa co do kwoty 5.877.417,51 zł wraz z ustawowymi odsetkami:

- od kwoty 3.236.893,65 zł od dnia 30.05.2013 r. do dnia 31.12.2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1.01.2016r. do dnia zapłaty;
- od kwoty 2.556.624,69 zł od dnia 8.06.2013 r. do dnia 31.12.2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1.01.2016 r. do dnia zapłaty;
- od kwoty 83.899,17 zł od dnia 19.08.2013 r. do dnia 31.12.2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1.01.2016 r. do dnia zapłaty;

2. zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego ad. 1 kosztów postępowania przed Sądem I instancji wg norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego;

oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego ad. 2 kosztów postępowania przed Sądem II instancji wg norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Pozwany ad. 2 zarzucał wyrokowi:

- brak wskazania w uzasadnieniu wyroku podstawy faktycznej i prawnej;
- pominięcie przez Sąd I Instancji faktu dokonania przez pozwanego ad. 1 wpłaty do komornika kwoty 123.815,35 zł,
- błędne ustalenia Sądu I Instancji w zakresie istnienia wierzytelności powoda o zapłatę skapitalizowanych odsetek ustawowych za opóźnienie,
- błędne ustalenia Sądu I Instancji dotyczące rzekomych „robót dodatkowych”,
- błędne ustalenia faktyczne Sądu I Instancji: prace niewykonane przez powoda oraz prace wykonane wadliwie,
- błędne pominięcie zarzutów nadużycia przez powoda prawa (art. 5 k.c.)
- błędne nieuwzględnienie przez Sąd I Instancji zarzutu pozwanych: potrącenia kary umownej z umowy.

Powód wniósł o oddalenie apelacji pozwanego ad. 1 i pozwanego ad. 2 jako bezzasadnych, zasądzenie od pozwanych na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Z uwagi na niezwykle rozbudowaną oraz mało przejrzystą formułę obu środków zaskarżenia ocena zasadności zarzutów i wniosków apelacji musi zostać przedstawiona w sposób syntetyczny.

Z natury rzeczy nie ma też potrzeby osobnego odnoszenia się do poszczególnych apelacji, bowiem podnoszone w nich zarzuty i wnioski są tożsame.

W pierwszej kolejności podzielić należy zarzut apelacji, iż pisemne uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie spełnia podstawowych wymogów przepisu art. 328 § 2 kpc (w brzmieniu obowiązującym w dacie wyrokowania).

Nie sposób bowiem z niego odczytać, jakie rozważania oraz wyliczenia doprowadziły sąd orzekający do zasądzenia na rzecz powoda konkretnych należności.

Co więcej, wysokość uwzględnionych w punkcie I. wyroku kwot pieniężnych pozostaje w ewidentnej sprzeczności z ustaleniami faktycznymi sądu, związanymi z poszczególnymi roszczeniami powództwa.

W istocie zatem rację mają apelujący, iż sąd I instancji nie rozpoznał istoty sprawy.

Niemniej, mając na uwadze dotychczasową długotrwałość procesu oraz treść zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w ocenie sądu odwoławczego możliwe i konieczne jest wydanie merytorycznego rozstrzygnięcia na etapie postępowania apelacyjnego.

Jest to tym bardziej dopuszczalne, że istotne ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego, dotyczące treści łączącego strony stosunku zobowiązaniowego oraz przebiegu procesu budowlanego, w tym dokonywanych w jego toku przez strony czynności faktycznych i prawnych, nie budzą zasadniczych wątpliwości.

Stąd ustalenia te, z ewentualnymi wyjątkami, o których będzie mowa dalej, nie budzą wątpliwości i dlatego Sąd Apelacyjny przyjmuje je za podstawę własnego rozstrzygnięcia.

Istotne ustalenia faktyczne sądu I instancji nie zostały też skutecznie podważone w apelacjach, w ramach podniesionych tam zarzutów o charakterze procesowym.

Generalnie, sprowadzają się one do kontestowania przeprowadzonej przez sąd oceny mocy i wiarygodności poszczególnych dowodów oraz forsowania własnej, korzystnej dla pozwanych wersji stanu faktycznego, opartej na konkurencyjnej ocenie materiału dowodowego.

Nie jest to jednak wystarczające dla skutecznego postawienia zarzutów „błędnych ustaleń faktycznych”, „sprzeczności ustaleń faktycznych z treścią materiału dowodowego”, czy też naruszenia art. 233 § 1 kpc.

W świetle ugruntowanego stanowiska judykatury do naruszenia tego przepisu mogłoby dojść tylko wówczas, gdyby skarżący wykazał uchybienie podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów, tj. zasadom logicznego myślenia, doświadczenia życiowego i właściwego kojarzenia faktów (tak m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 grudnia 2005 r. w spr. III CK 314/05, LEX nr 172176).

Podobnie, zarzut błędnych ustaleń faktycznych nie może polegać jedynie na zaprezentowaniu przez skarżącego stanu faktycznego, ustalonego przez niego na podstawie własnej oceny dowodów, choćby ocena ta również była logiczna i zgodna z doświadczeniem życiowym (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2005 r. w spr. IV CK 387/04, LEX nr 177263).

Jeżeli bowiem z materiału dowodowego sąd wyprowadził, jak w rozpoznawanej sprawie, wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to taka ocena sądu nie narusza prawa do swobodnej oceny dowodów, choćby w równym stopniu, na podstawie tego samego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne (zob. np.. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2005r w spr. IV CK 122/05, LEX nr 187124).

Przede wszystkim nie ma uzasadnionych podstaw do podważania konkluzji wydanej w sprawie opinii biegłego M. G. (1).

Opinię tą, wraz z opiniami uzupełniającymi prawidłowo sąd I instancji uznał za pełnowartościowy materiał dowodowy, mogący stanowić podstawę do istotnych dla sprawy ustaleń faktycznych.

Biegły w sposób rzeczowy odniósł się też do zgłaszanych przez obie strony zastrzeżeń do opinii podstawowej.

Powtarzane na obecnym etapie postępowania zarzuty w stosunku do przedmiotowej opinii nacechowane są subiektywizmem i nie uwzględniają uwarunkowań, w jakich doszło do jej opracowywania.

Należy uwzględnić, że swoich szacunków i ocen biegły dokonywał po upływie ponad pięciu lat użytkowania obiektu i to w sytuacji, gdy między stronami nie doszło do formalnego obustronnego odbioru wykonanych przez powoda robót.

Siłą rzeczy biegły musiał zatem bazować na dostępnym materiale dowodowym, przede wszystkim w postaci dokumentacji odzwierciedlającej przebieg procesu budowlanego.

W związku z tym bezzasadny był wniosek pozwanych o powołanie w sprawie innego biegłego.

Zgodnie z art. 286 kpc sąd może - w razie potrzeby - zażądać dodatkowej opinii od tych samych lub innych biegłych. W świetle tego unormowania, sąd ma obowiązek dopuszczenia dowodu z opinii dalszych biegłych, jeżeli zachodzi taka potrzeba, a więc w szczególności wtedy, gdy przeprowadzona już opinia zawiera istotne luki, jest nieprzekonująca, niekompletna, pomija lub wadliwie przedstawia istotne okoliczności, nie odpowiada na postawione tezy dowodowe, jest niejasna, nienależyte uzasadniona lub nieweryfikowalna.

Tego rodzaju wad nie ma opinia biegłego M. G..

W judykaturze utrwalil się natomiast pogląd, iż sąd nie jest zobowiązany dopuścić dowód z opinii kolejnego biegłego, czy też opinii instytutu tylko z tej przyczyny, że dotychczasowa opinia była dla strony niekorzystna (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 14 marca 2007 r., I CSK 465/06, OSP 2008, nr 11, poz.123; z dnia 27 lipca 2010 r., II CSK 119/10, nie publ. i z dnia 20 marca 2014 r., II CSK 296/13, nie publ.).

Przechodząc natomiast do pozostałych zarzutów apelacji, w pierwszej kolejności podzielić należy stanowisko sądu I instancji, zgodnie z którym powód jako wykonawca skutecznie odstąpił od łączącej strony umowy na podstawie oświadczenia z dnia 22 lutego 2013 r., korzystając z ustawowego uprawnienia, o jakim mowa w art. 649⁴ § 1 kc.

Poza sporem jest bowiem, że inwestor nie udzielił wykonawcy w wyznaczonym terminie gwarancji zapłaty, o jakiej mowa w art. 649³ kc, do czego został wezwany pismem z dnia 4 stycznia 2013 r., ani nawet nie podjął działań w celu jej załatwienia.

Nie ma przy tym podstaw do przyjęcia, aby działania powoda, związane z żądaniem udzielenia gwarancji, a następnie odstąpieniem od umowy, nie wywołały skutków prawnych z uwagi na to, że stanowiły nadużycie prawa lub były sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 5 kc).

Nie może podważyć takiej oceny argumentacja apelacji odwołująca się do spekulatywnych rozważań związanych z personalnymi powiązaniem właścicielskimi między różnymi podmiotami czy też rzekomymi niegodnymi ochrony pobudkami po stronie wykonawcy składającego wniosek o gwarancję.

Pozostają one bez istotnego związku ze sprawą i zdają się świadczyć o niewłaściwym rozumieniu uprawnienia wykonawcy, o jakim mowa w przepisach art. 649¹ kc – (...) kc.

Przyjmuje się, że prawo wykonawcy do żądania gwarancji zapłaty ma, ze swej istoty, charakter bezwarunkowy, co oznacza, że nie może być wyłączone czy ograniczone między stronami umowy o roboty budowlane (art. 649² kc).

Tymczasem z wywodów pozwanych, prezentowanych w toku procesu i powielanych w apelacjach, zdaje się wynikać, iż naruszenie zasad współżycia społecznego lub nadużycia prawa upatrują oni w tym, że powód wystąpił o gwarancję, mimo posiadania wiedzy, że inwestor, z uwagi na swoją sytuację majątkową, w tym przyjęty sposób finansowania inwestycji, nie będzie w stanie takiej gwarancji uzyskać na rynku usług finansowych.

Oznaczałoby to, że, zdaniem skarżących, prawo powoda do żądania gwarancji zostało z góry wyłączone, co byłoby, z przyczyn, o których mowa wyżej, niedopuszczalne.

Nie można także byłoby uznać za nadużycie prawa okoliczności, iż członkowie zarządu powoda, wnosząc o udzielenie gwarancji, kierowali się przede wszystkim interesem kierowanej przez siebie spółki, a nie kontrahenta.

Przeciwnie, takie zachowanie stanowiło wypełnienie obowiązków, o jakich mowa w art. 293 § 2 ksh.

Niezależnie od tego strona powodowa w sposób logiczny i przekonujący uzasadniła przyczyny, dla których wniosła o udzielenie gwarancji.

Poza sporem było, że na końcowym etapie prac przedstawiciele inwestora przestali akceptować znaczną część przedstawianych do odbioru robót.

Powód mógł zatem obiektywnie obawiać się, że pozwany, wykorzystując okoliczność, że inwestycja jest w zasadzie ukończona, zacznie szukać pretekstów do uchylenia się od zapłaty części wynagrodzenia (właśnie w związku z tego rodzaju praktykami wprowadzono do systemu prawnego instytucję gwarancji zapłaty).

Tego rodzaju motywacja po stronie powoda jako podstawa skierowania żądania udzielenia gwarancji wynika także z zeznań świadków E. R. oraz Ł. P..

W tym stanie rzeczy zbędne było prowadzenie dowodów na okoliczności dotyczące negocjacji prowadzonych przed zawarciem umowy z udziałem innych podmiotów, kwestii związanych z finansowaniem inwestycji itp.

Wymaga podkreślenia, że w obecnym stanie prawnym każdy inwestor musi liczyć się z koniecznością udzielenia wykonawcy gwarancji zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane i w związku z tym powinien posiadać w rezerwie mechanizm pozwalający wywiązać się z tego obowiązku.

W konsekwencji nie doszło do skutecznego odstąpienia od umowy przez pozwanego na podstawie oświadczenia z dnia 24 lutego 2013 r.

Z kolei jeżeli chodzi o rozliczenie prac zasadniczych, będących przedmiotem umowy o roboty budowlane, to miarodajne są w tym zakresie wnioski opinii biegłego M. G..

Wynika z nich, że z całego zakresu robót, objętych postanowieniami umowy powód nie wykonał prac o wartości netto **236.703,79 zł**.

Z opinii tej wynika także, co uznane zostało przez powoda, że wartość wykonanych prac ulega obniżeniu o kwotę **35.488,33 zł** netto z tytułu kosztów usunięcia stwierdzonych usterek.

Łącznie obniża to należne powodowi wynagrodzenie netto, przewidziane w umowie na kwotę 25.036.261,70 zł, o kwotę 272.192,12 zł (235.703,79 zł + 35.488,33 zł), czyli do kwoty **24.764.069,58 zł** (25.036.261,70 zł – 272.192,12 zł).

Oznacza to, że z tytułu wykonania umowy powodowi należała się kwota **30.459.805,58 zł** brutto (24.764.069,58 zł + VAT).

Od tej należności w pierwszej kolejności należało odliczyć bezspornie uiszczoną przed procesem tytułem wynagrodzenia kwotę **24.595.574,10 zł**.

Niesporne było, że przed procesem pozwany potrącił skutecznie wzajemne wierzytelności w wysokości **512.209,33 zł**.

Dalej, odliczeniu podlegała równowartość wzajemnych wierzytelności pozwanego inwestora, umorzonych na skutek potrąceń, zawartych w oświadczeniach o potrąceniach, oznaczonych nr(...)na łączną kwotę **2.708.963,55 zł**.

Wreszcie, zgodzić należy się ze skarżącymi, że sąd I instancji bezzasadnie nie uwzględnił na rzecz inwestora jako części zapłaconego powodowi wynagrodzenia kwoty **123.815,35 zł**, uiszczonej do rąk komornika w toku postępowania egzekucyjnego prowadzonego przeciwko powodowi przez jego wierzycieli.

Wbrew zarzutom powoda, pozwani wykazali w sposób niezbity nie tylko, że doszło do zajęcia wierzytelności z tytułu wynagrodzenia należnego powodowi na w/w kwotę, ale też, że należność w tej wysokości przekazali na konto bankowe organu egzekucyjnego (por. zajęcia wierzytelności k. 3128 – 3129 oraz potwierdzenia przelewów bankowych (k. 3130 – 3131).

Zaspokojenie w ten sposób wierzyciela powoda było równoznaczne z zapłatą należnego mu wynagrodzenia za roboty budowlane.

Powód nie twierdził przy tym, aby przysługiwały mu w stosunku do pozwanego inwestora inne wierzytelności, które mogłyby podlegać zajęciu.

Ostatecznie zatem od należnego powodowi wynagrodzenia podlegała odliczeniu na rzecz pozwanego kwota **27.940.562,33 zł** (24.595.574,10 zł + 512.209,93 zł + 2.708.963,55 zł + 123.815,35 zł).

Oznacza to, że po stronie pozwanego z omawianego tytułu pozostało jeszcze do zapłaty, i podlegało zasądzeniu na rzecz powoda, świadczenie z tytułu wynagrodzenia umownego w wysokości **2.519.242,65 zł** (30.459.805,58 zł – 27.940.562,33 zł).

W opóźnieniu z zapłatą tej należności, uzasadniającym prawo żądania przez powoda odsetek ustawowych oraz odsetek ustawowych za opóźnienie (art. 481 kc), pozwany pozostaje co najmniej od dnia 8 czerwca 2013 r., skoro termin

zapłaty obejmującej ją faktury nr (...) upływał, przyjmując, że w sprawie miały zastosowanie terminy z pkt. (...) – w dniu 30 maja 2013 r.

Podzielić także należy zarzut apelacji, iż prac polegających na wykonaniu podkonstrukcji do sufitu podwieszanego w lokalu przeznaczonym dla najemcy sieci (...), wycenionych przez biegłego na kwotę 97.209,42 zł, nie można uznać za roboty dodatkowe, nie objęte przedmiotem umowy.

Co prawda, rzeczywiście z treści załącznika nr (...) do umowy, określającego m.in. zakres obciążających powoda prac wykończeniowych wynikało, że do obowiązków wykonawcy nie należało wykonanie takiego elementu, bowiem przewidziano tam montaż sufitu w bezpośrednim połączeniu z dachem (k.133).

Niemniej, z kolei w załączniku nr (...), stanowiącym także integralny element umowy, a określającym wymagania dla lokalu mającego być przedmiotem najmu przez wymienioną sieć sklepów wskazano, że wykonana zostanie podkonstrukcja stalowa pod montaż sufitów podwieszanych (konstrukcja pośrednia między dachem a sufitem), o ile zajdzie taka konieczność.

Strony przewidziały możliwość powstania kolizji między tak określonymi zakresami obowiązków powoda i rozstrzygnęły ją wprost w zapisie pkt. (...), przesądzając, że w takim przypadku wykonawcę obowiązywać będą ustalenia zawarte w załączniku nr (...), określającego standardy wymagane przez sieć (...).

Z wyjaśnień biegłego wynika przy tym (opinia uzupełniająca k. 4239), że tego rodzaju konstrukcja dachu zawsze występuje w obiektach obejmowanych przez tą sieć handlową.

Niezależnie od tego, niezrozumiałe jest stanowisko sądu I instancji, jakoby powód wykonał sufit podwieszany, bowiem takich twierdzeń strona powodowa nie podnosiła i tego rodzaju roboty nie były przedmiotem żądań powództwa.

Natomiast nie może budzić wątpliwości, że pozostałe prace, wykonane przez powoda, a wskazane w opinii biegłego jako roboty dodatkowe (montaż pomp ciepła w lokalach najemców, w tym wymiana pomp ciepła, wykonanie instalacji gazowej doziemnej do miejsca lokalizacji myjni, wykonanie instalacji sanitarnych doprowadzonych do myjni oraz montaż zestawu gniazd podłogowych w lokalu najemcy) o łącznej wartości netto 514.908,61zł, a brutto **633.337,59 zł** (514.908,61 zł + VAT) nie były objęte umową o roboty budowlane.

Zostało to w sposób przekonujący wyjaśnione przez biegłego M. G., którego argumentację Sąd Apelacyjny przyjmuje jako integralną część niniejszego uzasadnienia.

W szczególności w załączniku nr(...) wyłączono *expressis verbis* (rubryka Klimatyzacja i wentylacja) obowiązek wykonawcy montażu pomp ciepła w lokalach najemców.

Sąd Okręgowy nie wskazał podstawy prawnej uwzględnienia dochodzonych z tego tytułu przez powoda roszczeń.

Nie może ulegać wątpliwości, że prace te wykonane zostały za zgodą obu stron, czy też wręcz, jak twierdzi powód, na polecenie inwestora.

Trudno byłoby sobie wyobrazić, aby powód bez wiedzy i zgody inwestora wykonywał dodatkowe roboty o znacznej wartości.

Przez same tego rodzaju uzgodnienia nie doszło jednak do zmiany umowy o roboty budowlane, bowiem nie została dochowana w tym zakresie forma pisemna, zastrzeżona przez strony pod rygorem nieważności (pkt. 16.2 umowy, art. 76 zd. 1 kc).

Niemniej powód w ten sposób wykonał na rzecz inwestora określone usługi (roboty) budowlane, które w innym przypadku pozwany musiałyby zlecić innym podmiotom i ponieść z tego tytułu koszty wynikające z opinii biegłego.

W ten sposób pozwany uzyskał nienależne świadczenie kosztem majątku powoda o wartości **633.337,59 zł**.

Podstawę roszczeń powoda o zapłatę równowartości wykonanych dodatkowo (poza umową) prac stanowią zatem przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, w szczególności art. 410 kc w zw. z art. 405 kc (condictio sine causa, por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 marca 2017 r. w sprawie V CSK 351/16, LEX nr 2278328 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2018 r. w sprawie II CSK 261/18, LEX nr 2570515).

Dla takiej oceny nie ma przy tym istotnego znaczenia, że strony w umowie o roboty budowlane ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2014 r. w sprawie I CSK 568/13, LEX nr 1541043).

Dodać należy, że w świetle przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tekst jedn. Dz.U.2020.106) nie ma podstaw do uznania, że tego rodzaju usługi zwolnione byłyby od podatku VAT (por. art. 8 ust. 1 pkt. 1 tej ustawy).

W opóźnieniu z zapłatą wymienionej należności pozwany pozostaje od dnia 30 maja 2013 r., czyli od dnia następnego po upływie terminu wyznaczonego w fakturze nr (...), obejmującej te należności (art. 455 kc).

Od tego dnia powód może domagać się zapłaty odsetek ustawowych oraz odsetek ustawowych za opóźnienie od wymienionej należności (art. 481 kc).

Bezzasadne także było roszczenie pozwu o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 83.899,17 zł z tytułu odsetek ustawowych za opóźnienie od kwoty 512.209,03 zł za okres od dnia 1 maja do dnia 7 czerwca 2013 r.

W tym zakresie sąd I instancji w ogóle nie odniósł się do zarzutów obronnych pozwanych, bezkrytycznie akceptując twierdzenia pozwu.

Tymczasem przede wszystkim rację mieli pozwani podnosząc, że roszczenie o zapłatę wynagrodzenia, ujęte w fakturze nr (...), w której zawarta była, jak twierdzi powód, także kwota 512.209,03 zł, nie stało się wymagalne z dniem 30 kwietnia 2013 r.

Zgodnie bowiem z postanowieniami pkt. 13.6 oraz pkt. 13.7 umowy o roboty budowlane w przypadku odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron wynagrodzenie za dotychczas wykonane i zinwentaryzowane prace będzie płatne po upływie 30 dni od dostarczenia inwestorowi faktury VAT, obejmującej należne powodowi świadczenie.

Nie ma przy tym jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, jak zdaje się sugerować strona powodowa, aby zapisy te nie miały obowiązywać w przypadku odstąpienia od umowy przez wykonawcę na podstawie upoważnienia ustawowego z art. 649⁴ §1 kc.

W związku z tym należy zauważyć, że fakturę obejmującą m.in. należność w wysokości 512.209,03 zł, dostarczono pozwanemu w dniu 30 kwietnia 2013 r. (k. 191-193).

Oznacza to, że objęte nią świadczenia stały się wymagalne dopiero z dniem 31 maja 2013 r.

Z kolei pozwani wykazali, że przed tym terminem doszło do umorzenia wymienionej należności powoda z tytułu wynagrodzenia przez potrącenie jej z wzajemnymi, niespornymi należnościami inwestora, objętymi wezwaniami do zapłaty z dnia 7 maja 2013 r. oraz oświadczeniami o potrąceniu nr 1 i nr 2 z dnia 10 maja 2013 r. (zob. dokumenty w folderze oznaczonym nr 33 na nośniku CD dołączonym do odpowiedzi na pozew).

Nie ulega wątpliwości, że w dacie składania oświadczeń o potrąceniu wymienione tam wierzytelności wzajemne pozwanego inwestora były już wymagalne.

W poprzedzających je wezwaniach do zapłaty z dnia 7 maja 2013 r., doręczonych powodowi w dniu 9 maja 2013 r. wezwano do zapłaty „niezwłocznie”.

Należy przyjąć, że w takim razie, zważywszy na konieczność podjęcia odpowiednich działań organizacyjnych, zapłata powinna nastąpić w terminie trzech dni, czyli najpóźniej do dnia 12 maja 2013 r.

Tymczasem oświadczenia o potrąceniu zostały złożone na ręce powoda w dniu 14 maja 2013 r.

Dla skuteczności potrąceń bez znaczenia natomiast było, że wskazano w nich należności powoda ujęte w fakturze, która została następnie anulowana.

Poza sporem było bowiem że chodziło o wzajemne wierzytelności powoda z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace, które następnie zostały ujęte w fakturze nr (...).

Skuteczności dokonanych w ten sposób potrąceń nie podważa okoliczność, iż w chwili ich dokonywania wierzytelności powoda były jeszcze niewymagalne.

Chociaż z treści art. 498 k.c. możnaby wnosić, że przesłanka wymagalności odnosi się do obu wierzytelności, to powszechnie przyjmuje się, że tylko wierzytelność potrącającego, czyli strony aktywnej, powinna być wymagalna. Ograniczenie warunku wymagalności tylko do wierzytelności strony aktywnej znajduje uzasadnienie w samej konstrukcji potrącenia. Potrącenie jest bowiem równoznaczne z przymusowym zaspokojeniem wierzytelności przysługującej osobie, która składa oświadczenie woli, a egzekucja wierzytelności niewymagalnej nie może być prowadzona. Dokonując potrącenia strona płaci równocześnie swój dług, a skoro według art. 457 k.c. termin spełnienia świadczenia w razie wątpliwości poczytuje się za zastrzeżony na korzyść dłużnika, to co do zasady nie ma przeszkód, by zobowiązany spłacił dług przed terminem. Dlatego potrącenie z wierzytelnością jeszcze niewymagalną jest dopuszczalne, wystarczy by wobec potrącającego istniała oraz by świadczenie mogło być spełnione. Dłużnik nie może więc sprzeciwić się ściąganiu wymagalnego długu powołując się na to, że jego wierzytelność wzajemna wobec wierzyciela egzekwującego jest jeszcze niewymagalna (por. np. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 12 października 2005r w spr. III CK 90/05, LEX nr 187036 oraz z dnia 5 marca 2019 r. w spr. II CSK 41/18, LEX nr 2629855, a także: T. Wiśniewski, w: Komentarz do kodeksu cywilnego pod red. G. Bieńka, Księga trzecia, Zobowiązania, Wyd. Prawnicze LexisNexis, Wyd. 6, W-wa 2005, tom 1, str. 618, K. Zawada, w: Kodeks cywilny, Komentarz pod red. K. Pietrzykowskiego, Wyd. C.H. Beck, wyd. 5, W-wa 2009, Tom II, str. 112 itp.).

Nie ma podstaw do przyjęcia, że do zobowiązania dłużnika (inwestora) umowy o roboty budowlane nie mogłaby znajdować zastosowania reguła wyrażona w przepisie art. 457 kc.

Oznacza to, że wierzytelność powoda o zapłatę kwoty 512.209,03 zł, z której wywodził on swoje roszczenia odsetkowe, uległa skutecznemu umorzeniu przez potrącenie z dniem 14 maja 2013 r. (art. 498 § 2 kc), zanim jeszcze stała się wymagalna.

Pozwani nie mogli zatem popaść w opóźnienie w jej zapłacie, skutkującym obowiązkiem zapłaty odsetek na podstawie art. 481 kc.

W konsekwencji roszczenia powództwa ostatecznie, z przyczyn, o których była mowa wyżej, były uzasadnione jedynie do łącznej kwoty **3.152.580,24 zł**, w tym 2.519.242,65 zł z odsetkami za opóźnienie od dnia 8 czerwca 2013 r. a 633.337,59 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 30 maja 2013 r..

W pozostałym natomiast zakresie roszczenia pozwu jako bezzasadne podlegały oddaleniu.

Skutkuje to zmianą zaskarżonego wyroku w omówionym wyżej kierunku.

Pociąga to także za sobą zmianę zawartego tam rozstrzygnięcia o kosztach procesu, które w tej sytuacji podlegają rozdzieleniu między stronami, proporcjonalnie do wyniku sporu (art. 100 zd. 1 kpc).

Należy przy tym uwzględnić, że w zakresie, w jakim powód cofnął pozew co do kwoty 2.708.963,55 zł musi on być uznany za stronę wygrywającą proces.

Cofnięcie to wynikało bowiem z dokonania przez pozwanego potrąceń na taką kwotę, ujętych w oświadczeniach oznaczonych numerami(...)

Potrącenia te, równoznaczne ze spełnieniem w tej części roszczeń powództwa, zostały jednak dokonane już po wniesieniu pozwu, co oznacza, że koszty procesu, poniesione przez powoda w celu dochodzenia tych roszczeń były konieczne w rozumieniu przepisu art. 98 kpc (por. np. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 20 sierpnia 1979r w spr. I CZ 92/79, LEX nr 8188 oraz z dnia 6 listopada 1984r w spr. IV CZ 196/84, LEX nr 8642, zob. też Kodeks postępowania cywilnego, Komentarz pod red. T. Szanciło, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2019, Tom I, str. 388).

Oznacza to, że powoda należy uznać za wygrywającego spór co do kwoty 5.861.543,79 zł (3.152.580,24 zł + 2.708.963,55 zł), a więc w około 65% (5.861.543,79zł / 9.007.610,68 zł).

Szczegółowe wyliczenie tych kosztów pozostawiono referendarzowi sądowemu (art. 108 § 1 zd. 2 kpc).

Z tych przyczyn na podstawie art. 386 § 1 kpc oraz powołanych wyżej przepisów prawa materialnego i procesowego Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie 1 sentencji wyroku.

Dalej idące zarzuty i wnioski apelacji okazały się natomiast bezzasadne.

I tak, jak już wyżej wskazano, nieskuteczne okazało się złożone przez inwestora oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 24 lutego 2013 r.

W konsekwencji pozwany nie mógł powoda obciążyć karami umownymi na podstawie pkt. 11.2.3. umowy o roboty budowlane.

Potrącenie takich kar, zawarte w oświadczeniu o potrąceniu nr (...) z dnia 31 października 2013 r. nie wywołało zatem skutków, o jakich mowa w art. 498 § 2 kc.

Nie było także uzasadnionych podstaw do dalszego obniżania należnego powodowi wynagrodzenia umownego z tytułu rzekomo niewykonanych prac objętych przedmiotem umowy.

W tym zakresie, jak już powiedziano, za miarodajne należy przyjąć wnioski opinii biegłego M. G..

Wymaga podkreślenia, że odstąpienie od umowy o roboty budowlane na podstawie art. 649¹ § 1 kc wywołuje skutki na przyszłość (ex nunc).

Oznacza to, że co do wykonanych dotychczas prac obowiązują ogólne reguły związane z wykonaniem umowy o roboty budowlane.

Strony umowy powinny zatem przystąpić do odbioru, o jakim mowa w art. 647 kc a inwestor na jego podstawie ma obowiązek zapłacić wykonawcy wynagrodzenie za wykonane prace.

Realizują się także w tym momencie uprawnienia i obowiązki stron wynikające z przepisów o rękojmi za wady oddawanej części obiektu.

Tymczasem, jak wynika z postępowania dowodowego, pozwany nie przystąpił do odbioru po odstąpieniu przez powoda od umowy.

Skutkowało to wykonaniem przez powoda jednostronnej inwentaryzacji, a biegły mógł w swojej opinii opierać się jedynie na tym dokumencie oraz innej dokumentacji budowlanej.

Dodać należy, że z faktu nieprzystąpienia do formalnego odbioru wykonanych robót pozwani nie mogą obecnie wyprowadzać korzystnych dla siebie skutków prawnych czy też działających na ich rzecz domniemań faktycznych.

Analogicznie ocenić należy zarzuty nieuwzględnienia innych jeszcze, niż uznał to biegły w swojej opinii, rzekomych wad wykonanych robót.

Niezależnie od tego słusznie podnosił powód (pismo z dnia 26 listopada 2018 r.), że w przypadku stwierdzenia przy odbiorze hipotetycznych wad inwestorowi w pierwszej kolejności służyłyby uprawnienia z rękojmi, o jakich mowa w art. 637 kc w zw. z art. 656 kc (w brzmieniu obowiązującym do dnia 24 grudnia 2014 r., por art. 51 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta, ob. tekst jedn. Dz.U.2020.827).

Tymczasem pozwani nie powoływali się, że po dokonaniu faktycznego odbioru obiektu inwestor wykonywał uprawnienia z rękojmi, w tym z zachowaniem wymaganych procedur i terminów (por. d. art. 638 kc w zw. z art. 563 kc i art. 568 kc).

Również w toku niniejszego postępowania pozwani nie powoływali się, przynajmniej w sposób czytelny, na zarzuty z rękojmi (d. art. 568 § 3 kc), w szczególności przez skorzystanie z uprawnienia, o jakim mowa w d. art. 637 § 2 in fine kc.

Musiąoby to bowiem polegać na wskazaniu konkretnej wady, udowodnieniu, że została ona zgłoszona wykonawcy z zachowaniem ustawowego terminu, a także zgłoszenia skonkretyzowanego, także co do wysokości, żądania obniżenia wynagrodzenia z tytułu takiej wady.

Dodać należy także, że pozwani nie zgłosili w toku procesu do potrącenia hipotetycznych roszczeń odszkodowawczych z tytułu ewentualnych kosztów usuwania rzekomych wad.

Z tych przyczyn na podstawie art. 385 kpc Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie 2 sentencji wyroku.

O zasadach ponoszenia przez strony kosztów postępowania apelacyjnego orzeczono w punkcie 3 wyroku na podstawie art. 100 zd. 1 kpc w zw. z art. 391 kpc, proporcjonalnie do wyników tego postępowania, przy założeniu, że wnioski obu apelacji uwzględniono w około 46,36 % (2.724.837,27 zł / 5.877.417,51 zł).

Szczegółowe wyliczenie tych kosztów pozostawiono referendarzowi sądowemu w sądzie pierwszej instancji (art. 108 § 1 zd. 2 kpc).

Jacek Nowicki Andrzej Daczyński Bogdan Wysocki