

Sygn. akt I ACa 107/09

Sygn. akt I ACa 107/09

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 grudnia 2009 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Bogdan Świerczakowski (spr.)

Sędzia SA Roman Dzięczek

Sędzia SA Beata Kozłowska

Protokolant sekr. sąd. Ewelina Piechocińska

po rozpoznaniu w dniu 7 grudnia 2009 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w W.

przeciwko Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w W.

z udziałem interwenienta ubocznego (...) Spółka Akcyjna w W. po stronie pozwanej

o zapłatę

i z powództwa wzajemnego

Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w W.

przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w W.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda (pозwanego wzajemnego) i pozwanego (powoda wzajemnego)

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 30 grudnia 2005 r., sygn. akt XVI GC 427/01

1. zmienia zaskarżony wyrok: w punkcie II w ten sposób, że oddala powództwo wzajemne w całości i zasądza od Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w W. na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. kwotę 7.200 (siedem tysięcy dwieście) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego a nadto uchyla punkt III;

2. oddala apelację pozwanego głównego w całości;

3. znosi między stronami koszty postępowania apelacyjnego i kasacyjnego;

4. nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie z roszczenia zasądzonego na rzecz powoda w punkcie I zaskarżonego wyroku kwotę 100.000 (sto tysięcy) zł tytułem nieuiszczonej opłaty od apelacji, od której powód został zwolniony.

Sygn. akt I ACa 107/09

UZASADNIENIE

W sprawie z powództwa głównego (...) sp. z o.o. w W. przeciwko pozwanemu Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w W. z udziałem interwenienta ubocznego po stronie pozwanej (...) SA w W. o zasądzenie kwoty 30.492.674,87 zł, oraz z powództwa wzajemnego Spółdzielni Mieszkaniowej (...) przeciwko (...) sp. z o.o. w W. o zapłatę kwoty 16.600.000 zł, Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 30 grudnia 2005 r. zasądził:

I. z pozwu głównego:

1. od Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w W. na rzecz (...) Sp. z o.o. w W. kwotę 12.713.692,14 zł z ustawowymi odsetkami:

- od kwoty 908.868,70 zł od 12 września 2000 r.,
- od kwoty 187.056,01 zł od 1 grudnia 2000 r.,
- od kwoty 1.111.979,31 zł od dnia 1 grudnia 2000 r.,
- od kwoty 2.242.299,05 zł od 21 czerwca 2000 r.,
- od kwoty 1.548.162,05 zł od 21 września 2000 r.,
- od kwoty 1.859.644,00 zł od 28 września 2000 r.,
- od kwoty 1.831.072,91 zł od 18 października 2000 r.,
- od kwoty 1.123.588,19 zł od 7 grudnia 2000 r.,
- od kwoty 334.156,72 zł od 8 grudnia 2000 r.

do dnia zapłaty, oraz kwotę zł 64.400 zł tytułem kosztów procesu (w tym 4.400 zł kosztów zastępstwa procesowego);

2. oddalił powództwo w pozostałym zakresie;

II. z pozwu wzajemnego:

1. od (...) Sp. z o.o. w W. na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w W. kwotę zł 16.600.000 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 7.932.971 zł od 8 września 2000 r. i od kwoty 8.667.029 zł od 28 listopada 2005 r. do dnia zapłaty, oraz kwotę 114.400 zł tytułem kosztów procesu (w tym 14.400,99 zł kosztów zastępstwa procesowego),

2. oddalił powództwo w pozostałej części;

II. zasądził od (...) Sp. z o.o. w W. na rzecz (...) SA w W. kwotę 23.600 zł tytułem kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 4 lutego 1998 r. pomiędzy pozwanym i interwenientem została zawarta umowa o realizację inwestycji w ramach zastępstwa inwestycyjnego oraz powierniczego wykonania czynności zleconych w zakresie zawierania umów o finansowanie i przydział lokali przewidzianych do realizacji.

Stosownie do treści umowy interwenient miał między innymi zlecać wykonanie robót budowlanych, zaś pozwany - udzielać interwenientowi pełnomocnictw do działania w jego imieniu (inwestora). Rozliczenia miały być dokonywane pomiędzy pozwanym (inwestor), a interwenientem (określonym w tej umowie jako inwestor powierniczy).

W dniu 15 stycznia 1999 r. strony zawarły umowę nr (...), na podstawie której powód miał wykonać zespół budynków biurowych, usługowych, mieszkalnych i garaży podziemnych „pod klucz” wraz z infrastrukturą techniczną dla Centrum (...) w W. u zbiegu ulic (...). Zakres rzeczowy, rozwiązania techniczne oraz standard wykonania określał załącznik nr 1, a załącznik nr 2 obejmował dokumentację.

Zamawiający (interwenient) obowiązany był przekazywać sukcesywnie dokumentację techniczną. Realizacja zadania miała się rozpocząć w 30 stycznia 1999r., a zakończyć 30 stycznia 2001 r. Przy założeniu wykonania określonych obiektów ustalono wynagrodzenie umowne w kwocie 152.100.000 zł (wraz z VAT), którego wysokość miała być korygowana, od 1 stycznia 1998 r., miesięcznym wskaźnikiem inflacji ustalonym przez GUS. Rozliczenia miały być dokonywane fakturami częściowymi wystawianymi w oparciu o protokoły procentowego zaawansowania etapów robót potwierdzone przez inspektora nadzoru lub w braku potwierdzenia w oparciu o protokoły (§ 5 pkt 6), a zapłata miała nastąpić w formie przelewu z konta pozwanego (§ 5 pkt 7).

W dniu 29 lipca 1999 r. zawarty został aneks do ww. umowy, w którym ustalono m.in. :

- ponowne sporządzenie i uzgodnienie załączników (§ 1),
- wartość wykonania stanu surowego (§ 2),
- podjęcie dalszych negocjacji w celu ustalenia wysokości wynagrodzenia (§ 4),

Do aneksu dołączono 5 załączników :

- nr 1N, określający zakres rzeczowy (A- budynek mieszkalny, B – budynek mieszkalny z usługami),
- nr 2N, zawierający spis projektów i terminy dostarczenia,
- nr 3N, określający harmonogram robót,
- nr 4N, zawierający zestawienie faktur,
- nr 5N, zawierający pełnomocnictwo.

Poza aneksem nr (...) spisano aneksy ustalające wynagrodzenia za części robót : nr 2 – z 20 sierpnia 1999 r. i nr 3 – z 29 września 1999 r. oraz „uzgodnienie” z 13 stycznia 2000 r., w którym stwierdzono, że powód nie realizuje stanu wykończeniowego budynku mieszkalnego A. Spisano nadto do umowy z dnia 15 stycznia 1999 r. niedatowane porozumienie, w którym określono wysokość wynagrodzenia na 166.000.000 zł.

Strony uzgodniły zmianę wynagrodzenia za roboty dachowe, w związku ze zmianą projektu dachu. Powód zobowiązał się do przedłożenia zamiennego projektu dachu. W dniu 12 maja 2000 r. uzgodniono wykaz robót na dachu budynku - określonego jako M1. Dokumentacja techniczna była przekazywana sukcesywnie, na podstawie protokołów.

Pismami z dni : 28 października 1999 r., 15 listopada 1999 r. i z dnia 21 sierpnia 2000 r. interwenient wzywał powoda do przedstawienia propozycji cenowych dla uzgodnionych zakresów robót w związku ze zmianą programu użytkowego obiektu. Powód przedstawił ofertę cenową pismem z 30 sierpnia 2000 r. Z kolei w pismach z : 27 kwietnia 2000 r., 8 maja 2000 r. i 31 sierpnia 2000 r. interwenient wskazywał na opóźnienie robót, na co powód - pismem z dnia 6 września 2000 r. odpowiedział, że roboty przebiegają prawidłowo.

W dniu 7 września 2000 r. interwenient złożył powodowi oświadczenie o odstąpieniu od umowy i zażądał zapłaty kary umownej w wysokości 7.932.971,84 zł. Powołał się w nim na załącznik nr 3N do aneksu nr (...) i stwierdził, że roboty

w budynku mieszkalnym (M1), które miały być zakończone do 30 czerwca 2000 r. nie zostały ukończone, natomiast roboty w budynku nr II, które miały być rozpoczęte 1 lipca 2000 r., nie zostały rozpoczęte.

Powód przedstawił faktury waloryzacyjne wraz z wyliczeniem waloryzacji, szczegółowo opisane na stronach 6-8 uzasadnienia wyroku.

Zdaniem Sądu Okręgowego z pełnomocnictwa udzielonego (...) S.A. wynika, że podmiot ten działał w imieniu i na rzecz pozwanego. W ocenie Sądu umowa z dnia 15 stycznia 1999 r. została zawarta pomiędzy powodem i pozwanym, w imieniu i na rzecz którego działał interwenient, a więc pozwany - jako strona umowy - ma legitymację bierną w niniejszym procesie. Zdaniem Sądu powyższego ustalenia tego nie zmienia fakt, iż rozliczenia z tytułu umowy z dnia 15 stycznia 1999 r. były dokonywane pomiędzy powodem i interwenientem.

Wszelkie zmiany umowy wymagały formy pisemnej pod rygorem nieważności. Strony odbywały narady, uzgodnienia i negocjowały propozycje cenowe ale termin wykonania umowy nie został zmieniony i powód się z niego nie wywiązał. Monitowany o rozpoczęcie czy dalsze prowadzenie robót nie podnosił, że brak jest dokumentacji. Wobec tego należy się stronie pozwanej kara umowna w ustalonej wysokości.

Sąd I instancji stwierdził, że nie ma dokumentu ustalającego wartość wynagrodzenia po rezygnacji powoda z wykonywania robót wyliczeniowych budynku (...), wobec czego określając wartość wynagrodzenia należy odwołać się do porozumienia dodatkowego. Odsetki za opóźnienie należą się od dnia 8 września 2000r. od kwoty 7.932.971,84 zł, a od pozostałej kwoty – od daty pisma procesowego z dnia 28 listopada 2005 r.

Odnosząc się do roszczenia o zapłatę wynagrodzenia Sąd podniósł, że warunkiem jego zapłaty było złożenie protokołu. Ani pozwany ani interwenient nie zaprzeczają, że protokoły odbioru zostały przez powoda doręczone. Zapłata miała nastąpić w terminie 14 dni od wpływu faktury wobec czego Sąd przyjął za uzasadnione żądanie przez powoda odsetek za opóźnienie w zapłacie po upływie 21 dni od daty faktury.

W przedmiocie roszczenia o zapłatę wyliczonej waloryzacji robót Sąd stwierdził, że wyliczenie to nie było kwestionowane. Ponieważ w umowie nie określono terminu zapłaty faktur waloryzujących, Sąd za zasadne należało też uznać żądanie zasądzenia odsetek zgodnie z żądaniem powoda.

Sąd Okręgowy uwzględnił w części roszczenie o zwrot kaucji umownej, przy przyjęciu, że była ona przedmiotem cesji na rzecz A. K. a powód nie przedstawił, na tą kaucję, cesji zwrotnej. Przedstawił dwie cesje zwrotne dotyczące wierzytelności uprzednio cedowanych na E. K.. Sąd te cesje zwrotne uwzględnił, uznając za usprawiedliwione objęte nimi roszczenia dochodzone przez powoda w niniejszym sporze.

Apelację od wyroku wnieśli : powód, pozwany i interwenient uboczny. Apelacja interwenienta ubocznego została prawomocnie odrzucona – postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 lutego 2007 r. (k.1557).

Powód (pozwany wzajemny) zaskarżył wyrok w części tj. w punkcie I.2, w części oddalającej żądanie zapłaty kwoty 16.600.000 zł tytułem kary umownej wraz z odsetkami ustawowymi, w punkcie II.1 oraz w punkcie III.

Skarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie przepisów postępowania :

- art. 233 k.p.c. w związku z art. 278 k.p.c. – przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów poprzez zakwestionowanie twierdzeń i wniosków biegłego sądowego zawartych w sporządzonej przez niego opinii i postawienie twierdzeń i wniosków przeciwnych, stanowiące ingerencję Sądu w składającą się na elementy wiedzy specjalnej ocenę badanych okoliczności;

- art. 286 k.p.c. w związku z art. 278 k.p.c. oraz w związku z art. 227 k.p.c. poprzez niepowołanie dowodu z innego biegłego w sytuacji gdy opinia biegłego powołanego przez Sąd z urzędu nie została zaaprobowana przez Sąd;

- art. 233 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przejawiające się w naruszeniu zasad logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego poprzez uznanie, że opóźnienia w dostarczaniu dokumentacji niezbędnej do realizacji robót budowlanych nie miały wpływu na terminowość robót; oraz bezzasadnym pominięciu szeregu okoliczności;

- art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewyjaśnienie przyczyn, dla których Sąd nie podzielił stanowiska biegłego oraz niewyjaśnienie podstawy prawnej rozstrzygnięcia;

Nadto zarzucił brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego dotyczącego kwestii zasadności odstąpienia (ogół przyczyn i okoliczności, w tym m.in. zapisy umowy o przedłużeniu terminu o okres opóźnień w dostarczeniu dokumentacji, kwestia przeprojektowywania obiektu, żądanie wykonania prac nie objętych zakresem umowy w kontekście przyczyn odstąpienia podanych w piśmie z dnia 7.09.2000 r. o odstąpieniu) i uznanie, że zostało udowodnione istnienie przesłanek do złożenia przez interwenienta ubocznego działającego w imieniu i na rzecz pozwanej oświadczenia o odstąpieniu i żądania zapłaty kary umownej, jak też błędy w ustaleniach faktycznych oraz sprzeczność ustaleń faktycznych z zebrany materiał dowodowy.

Strona powoda podniosła też zarzut przedawnienia roszczenia o zapłatę kwoty 8.667,029 zł, o którą zostało rozszerzone powództwo wzajemne pismem z dnia 15 listopada 2005 r.

Na tych podstawach powód wniósł o zmianę orzeczenia w zaskarżonej części poprzez zasądzenie od pozwanej kwoty 16.600.000 zł tytułem kary umownej wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 24 stycznia 2001 r. do dnia zapłaty oraz oddalenie pozwu wzajemnego w części zasądzonej, jak również zasądzenie kosztów postępowania.

Pozwany (powód wzajemny) zaskarżył wyrok w części zasądzonej na rzecz powoda kwotę 12.713.692,14 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 12 września 2000 r. do dnia zapłaty (tj. pkt I.1 sentencji wyroku). Wniósł o jego zmianę i oddalenie powództwa głównego, względnie uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Wniósł także o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów procesu.

Zaskarżonemu wyrokowi pozwany zarzucił:

- naruszenie prawa materialnego (art. 494 k.c.) - polegające na:

1) zasądzeniu powodowi należności z tytułu wykonania robót budowlanych oraz ich waloryzacji stosownie do postanowień umowy, mimo zasadnego odstąpienia od umowy,

2) ustaleniu, że powód poniósł nakłady w trakcie realizacji umowy w dochodzonej wysokości, mimo odmiennego w tym zakresie stanowiska pozwanej i interwenienta ubocznego, opartego przede wszystkim na przeprowadzonej inwentaryzacji tychże robót,

3) ustaleniu, że powodowi przysługuje roszczenie o zwrot kaucji gwarancyjnej w sytuacji, w której Sąd ten ustalił jednocześnie, że powód nienależycie wykonał zawartą z pozwaną Spółdzielnią (za pośrednictwem inwestora powierniczego - (...) S.A.) umowę o roboty budowlane,

- naruszenie prawa procesowego (art. 230 - 233 k.p.c.) - poprzez nieuwzględnienie przedstawionych przez pozwaną i interwenienta ubocznego dowodów dotyczących inwentaryzacji robót, sporządzonej w przewidzianym umową trybie oraz zestawienia rodzajów, zakresu i wartości robót niewykonanych lub nienależycie wykonanych przez powoda.

Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 6 grudnia 2007 r. zmienił zaskarżony wyrok w pkt. II i III w ten sposób, że oddalił powództwo wzajemne w całości i oddalił apelację powoda głównego w pozostałej części oraz apelację pozwanego głównego w całości, rozstrzygając o kosztach procesu.

W uzasadnieniu Sąd Apelacyjny wskazał, że rozpoznawana sprawa ma charakter sprawy gospodarczej i toczyła się pod rządami przepisów k.p.c., w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 24 maja 2000 r. (Dz.U.Nr 48, poz.554).

Dokonał analizy stanowisk stron i przebiegu czynności procesowych podejmowanych z ich udziałem, w płaszczyźnie obowiązków procesowych stron wynikających z art. 479¹² §1 i art. 479¹⁴ § 2 k.p.c.

Sąd Apelacyjny podniósł, że w zakresie pozwu głównego powód przedstawił twierdzenia i dowody uzasadniające uwzględnienie żądań zapłaty : wynagrodzenia za roboty budowlane zgodnie z złożonymi fakturami w wysokości 3.459.600,72 zł, umownej waloryzacji wynagrodzenia w wysokości 9.254.091,42 zł oraz kwoty 1.178.982,73 zł z tytułu zatrzymanej kaucji umownej. Twierdzeniom tym nie zaprzeczył we właściwym terminie pozwany, co pozwalało uznać te fakty za przyznane przez pozwanego na podstawie art. 230 k.p.c. Twierdzenia i wnioski dowodowe złożone przez pozwanego już po wniesieniu odpowiedzi na pozew, jako spóźnione, zostały pominięte.

Sąd Apelacyjny wskazał, że żądanie zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane wynika z treści umowy i należne jest każdemu wykonawcy. Błędne było stanowisko pozwanego, że wobec odstąpienia od umowy, wykonawcy nie należy się wynagrodzenie za już wykonane, a jeszcze nie zapłacone roboty. W takiej sytuacji na zamawiającym spoczywa obowiązek zapłaty wynagrodzenia za roboty już wykonane (do chwili odstąpienia od umowy). Wynika to z ogólnej zasady wyrażonej w treści przepisu art. 647 k.p.c. oraz treści art. 642 § 2 k.c. i 654 k.c. Żądanie to byłoby zasadne także w przypadku przyjęcia stanowiska, że w razie skutecznego odstąpienia od umowy do rozliczeń stron powinien mieć zastosowanie przepis art. 494 k.c. W sytuacji bowiem, gdy jedna ze stron umowy o roboty budowlane spełnia świadczenie polegające na wykonywaniu określonych prac budowlanych, nie jest możliwy zwrot takiego świadczenia w naturze. Wobec tego zobowiązanie zwrotu w naturze przeradza się w zobowiązanie zapłaty świadczenia pieniężnego, przy czym wysokość tego świadczenia powinna być ustalona stosownie do wartości spełnionego świadczenia w naturze czyli, co do zasady, winna stanowić równowartość wykonanych robót budowlanych. Wartość tych robót może być ustalona stosownie do zasad, którymi kierowały się strony umowy o roboty budowlane. Jeżeli jednak jedna ze stron - inwestor - prezentowałaby stanowisko, że wartość tę należy ustalić stosownie np. do wartości rynkowej, powinna w procesie takie stanowisko przedstawić, a następnie uzasadnić, że wartość rynkowa odbiegałaby i w jaki sposób od wartości robót wynikającej z dotychczasowych ustaleń stron - to jest z dotychczasowej praktyki i zwyczajów. Pozwany takiego stanowiska co do wysokości wartości rynkowych robót nie przedstawił, zatem uzasadnione było poprzestanie na twierdzeniach i dowodach przedstawionych przez powoda, odwołujących się do dotychczasowej umownej praktyki stron. Dlatego za bezzasadną została uznana apelacja pozwanego.

Jako nieusprawiedliwioną ocenił Sąd Apelacyjny apelację powoda w części kwestionującej oddalenie powództwa głównego. Powód nie wykazał (we właściwym czasie) spełnienia przesłanek do naliczenia dochodzonej kary umownej

Apelacja powoda została natomiast uwzględniona jeśli chodzi o rozstrzygnięcie powództwa wzajemnego. Przyczyną odstąpienia od umowy przez pozwanego (powoda wzajemnego) była odmowa wykonania oraz niewykonanie przez powoda (pozwanego wzajemnego) robót: ściany szczytowej kotwicznej, robót „patio”, dachu budynku (...) i ścianek działowych. Powód wzajemny nie przedstawił żadnych dowodów uzasadniających powództwo wzajemne, mogących prowadzić do wykazania : rzeczywistej treści umowy, wzajemnego zakresu obowiązków stron, rzeczywistego zakresu robót budowlanych wykonanych przez wykonawcę na dzień złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy, oraz terminowości wykonania robót budowlanych zgodnie z umową. Pozwany wzajemny w swojej odpowiedzi na pozew wzajemny konsekwentnie zaprzeczał wszystkim twierdzeniom powoda wzajemnego w tym zakresie. Do ustalenia treści umowy nie wystarczy sam jej tekst i tekst tzw. aneksów. Treść ich nie jest jasna. Ciężar wykazania zakresu robót, których obowiązek wykonania spoczywał na powodzie wzajemnym. Aby ustalić rzeczywistą treść umowy - nie wystarczy zatem jej tekst, jak też treść i tekst pism stanowiących korespondencję stron - ale należy sięgnąć do źródeł osobowych, tak, aby wyjaśnić, zgodnie z regułami interpretacyjnymi zawartymi w art. 65 k.c., rzeczywisty zamiar i wolę stron. Żadna ze stron procesu w tym zakresie nie przejawiała we właściwym terminie stosownej inicjatywy dowodowej. Powód wzajemny nie złożył stosownych wniosków dowodowych ani w pozwie wzajemnym, ani na rozprawie w dniu 30 lipca 2002 r., ani w kolejnym piśmie procesowym sygnowanym datą 15 sierpnia 2002 r., jak też w piśmie procesowym z dnia 30 września 2002 r.

Ponieważ żadna ze stron nie udowodniła, z zachowaniem rygorów określonych przepisami art. 479¹² § 1 oraz art. 479¹⁴ § 2 k.p.c., prawdziwości swoich twierdzeń co do tego, czy wykonawca opóźnił się z wykonaniem umowy w sposób

uzasadniający odstąpienie od niej przez zamawiającego - stosownie do treści art. 635 k.c. - brak było podstaw do uwzględnienia powództwa wzajemnego.

Sąd Apelacyjny wyraził przy tym pogląd, że odstąpienie od umowy w okolicznościach sprawy mogło dotyczyć jedynie tej części umowy, w jakiej nie została jeszcze wykonana. Niezależnie od powyższego Sąd Apelacyjny uznał także za uzasadniony zarzut przedawnienia podniesiony przez powoda (pozwanego wzajemnego) w apelacji, w zakresie żądania powództwa wzajemnego zasądzenia dalszej kwoty ponad kwotę 7.932.971,84 zł z tytułu kary umownej. Powód wzajemny wystąpił z tym roszczeniem w piśmie procesowym z dnia 15 listopada 2005 r. Umowa faktycznie przestała być wykonywana we wrześniu 2000 r. Zatem przy przyjęciu najbardziej korzystnego dla powoda wzajemnego początku biegu terminu przedawnienia na 1 stycznia 2001 r. - termin ten upłynął po upływie 2 lat, tj. w styczniu 2003 r.

Od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie skargę kasacyjną wniósł pozwany (powód wzajemny), który zaskarżył wyrok w części obejmującej punkt pierwszy - uwzględniający apelację powoda (pozwanego wzajemnego) - oraz punkt drugi - oddalający apelację pozwanego.

Wyrokiem z dnia 5 listopada 2008 r., I CSK 198/08, Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego w punktach: I (pierwszym), II (drugim) w części oddalającej apelację pozwanego głównego, III (trzecim) i IV (czwartym) i w tym zakresie przekazał sprawę do ponownego rozpoznania, pozostawiając Sądowi Apelacyjnemu rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy wskazał, że kwalifikacja przez Sąd drugiej instancji faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy była prawidłowa. Chodzi o ustalenie treści umowy, w tym przewidzianych w niej zakresu świadczeń obu stron oraz ustalenie zakresu robót wykonanych przez powoda. Jednakże Sąd II instancji nie skonstruował podstawy faktycznej, w szczególności zaniechał szczegółowego ustalenia treści umowy łączącej strony, w tym ustalenia obowiązków umownych stron.

Zaniechał też ustalenia, czy część robót budowlanych wymienionych w oświadczeniu z dnia 7 września 2000 r. wchodziła w skład zakresu rzeczowego robót. Ocena zakresu wykonania robót przez powoda (pozwanego wzajemnego) w chwili odstąpienia od umowy przez pozwanego (powoda wzajemnego) nie była możliwa bez wcześniejszego ustalenia treści umowy łączącej strony odnośnie zakresu rzeczowego robót, jakie miał wykonać powód (pozwany wzajemnie) i przewidzianych terminów ich wykonania. Pozwany wzajemny zaprzeczył, aby część robót, które zdaniem powoda wzajemnego nie zostało wykonanych, w ogóle była objęta zakresem robót, które pozwany wzajemny miał wykonać. Tym samym pomiędzy stronami nie było sporne, że część robót, których niewykonanie było podstawą odstąpienia od umowy przez powoda wzajemnego: ściany szczelinowe i ściany stanu O oraz ścianki działowe, nie zostało wykonanych. Sporne natomiast było, czy roboty te były objęte zakresem robót, które miał wykonać powód (pozwany wzajemny). Ustalenia tego spornego ustalenia faktycznego, istotnego dla oceny skuteczności odstąpienia od umowy przez powoda wzajemnego, także zaniechał Sąd Apelacyjny.

Sąd Najwyższy zwrócił nadto uwagę na brak w motywach orzeczenia jednoznacznej oceny prawnej skutków złożenia przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu od umowy, co ma znaczenie dla rozstrzygnięcia nie tylko o powództwie wzajemnym, ale także o powództwie głównym, w tym sensie, że może mieć wpływ na podstawę prawną, w oparciu o którą należy ocenić to powództwo. Natomiast rozstrzygając o powództwie głównym w części obejmującej żądanie zwrotu kaucji oraz zapłaty kwoty tytułem waloryzacji wynagrodzenia, Sąd Apelacyjny ograniczył się jedynie do analizy stanowisk stron względem twierdzeń faktycznych dotyczących tych żądań i nie odniósł się w ogóle do podstawy prawnej uzasadniającej uwzględnienie tego żądania. Uznając, że w każdym wypadku odstąpienia od umowy o roboty budowlane przez inwestora wykonawcy należy się wynagrodzenie za roboty już wykonane Sąd Apelacyjny nie odniósł się także do kwestii podzielności świadczenia wykonawcy robót budowlanych uznając bez odniesienia się do treści art. 379 § 2 k.c. w związku z art. 647 k.c. i treści umowy łączącej strony.

Sąd Apelacyjny nie dokonał też wykładni treści umowy z dnia 15 stycznia 1999r. łączącej strony, zgodnie z regułami zawartymi w art. 65 § 2 k.c., z uwzględnieniem treści późniejszych zmian tej umowy na podstawie dowodów zaofiarowanych we właściwym czasie przez strony. Od obowiązku tego nie zwalniało Sądu to, że analiza

treści dokumentów zawierających tekst umowy i jej późniejszych zmian, budziła wątpliwości interpretacyjne. W przypadku powzięcia takich wątpliwości przez sąd dopiero na etapie postępowania odwoławczego nie było wykluczone dopuszczenie przez sąd dowodów z urzędu na podstawie art. 232 k.p.c. w celu usunięcia tych wątpliwości interpretacyjnych.

Sąd Najwyższy za zasadny uznał też zarzut naruszenia art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. na skutek uwzględnienia przez Sąd Apelacyjny podniesionego z opóźnieniem (dopiero w apelacji) przez pozwanego wzajemnego zarzutu przedawnienia roszczenia zgłoszonego w piśmie procesowym z dnia 15 listopada 2005 r., w którym powód wzajemny rozszerzył pozew wzajemny z kwoty 7.932.971 zł do kwoty 16.600.000 zł.

Sąd Najwyższy wskazał, że wobec braku ustaleń faktycznych niezbędnych do dokonania oceny prawnej skuteczności odstąpienia od umowy przez pozwanego nie sposób rozstrzygnąć na obecnym etapie postępowania, czy w sprawie będzie miał zastosowanie do rozliczeń między stronami przepis art. 494 k.c., a w konsekwencji także art. 405 k.c. w związku z art. 410 § 2 k.c., do oceny roszczeń powoda zamiast przyjętych przez Sąd Apelacyjny przepisów art. 647 k.c., art. 642 § 2 k.c. i art. 654 k.c. Zakres czasowy odstąpienia od umowy przez pozwanego (czy było ono dokonane ex tunc, czy też ex nunc) zależy od analizy treści samej umowy łączącej strony, w której można przewidzieć, że odstąpienie od umowy będzie działało tylko ex nunc. Odstąpienie od umowy może działać ze skutkiem ex nunc tylko wtedy, gdy świadczenie wykonawcy robót budowlanych ma charakter podzielny w rozumieniu art. 379 § 2 k.c., co należy ocenić przez pryzmat regulacji zawartej w art. 647 k.c. oraz treści regulacji zawartej w samej umowie. Istotne jest także samo zachowanie się strony składającej oświadczenie o odstąpieniu od umowy, a mianowicie czy wola strony dotyczyła wszystkich robót, czy tylko tej części robót, które nie zostały wykonane. Jako nieprawidłowe uznał przy tym Sąd Najwyższy stanowisko, że w każdym wypadku odstąpienia od umowy o roboty budowlane przez inwestora odstąpienie to będzie wywierało skutki ex nunc.

W toku ponownego rozpoznania sprawy strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska, z pominięciem tej części orzeczenia, która się uprawomocniła, tj. oddalającej powództwo główne ponad zasądzoną kwotę.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Powód przedstawił w pozwie szereg faktur i innych dokumentów, w tym także opinie prawne, dla wykazania istnienia dochodzonej wierzytelności. O ile pozwany chciał kwestionować zasadność roszczenia lub jego wysokość, winien w uczynić to w odpowiedzi na pozew, zgodnie z regułą wynikającą z art. 479¹⁴ k.p.c. Tymczasem w odpowiedzi na pozew znalazły się jedynie twierdzenia na temat braku legitymacji biernej Spółdzielni i zwłoki w wykonywaniu zobowiązania przez powoda co doprowadziło do złożenia przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu od umowy w dniu 7 września 2000 r., w konsekwencji czego – zdaniem pozwanego – umowna podstawa świadczenia wygasła, a powód nie udowodnił by poniósł nakłady na inwestycję w dochodzonej wysokości (k.341-344).

Zagadnienia związane z legitymacją Spółdzielni, a więc dotyczące ustalenia, że zawierając umowę z dnia 15 stycznia 1999 r., (...) S.A. działał jako pełnomocnik Spółdzielni Mieszkaniowej (...) (odpis pełnomocnictwa - k. 24) a nie w imieniu własnym, nie są sporne na obecnym etapie postępowania. Pozwany tak jak powód stoi na stanowisku, że umowa została zawarta pomiędzy stronami (wywodząc skutki z oświadczenia o odstąpieniu od niej). Sąd Apelacyjny w tym przedmiocie odwołuje się do ustaleń faktycznych i oceny prawnej dokonanej przez Sąd Okręgowy, dzieląc te ustalenia i oceny i przyjmując je za własne.

Drugi z zarzutów podniesionych w odpowiedzi na pozew kwestionuje prawo do wynagrodzenia co do zasady, nie wnikając w kwestie szczegółowe, a więc nie odnosząc się do przytoczonych przez powoda twierdzeń, faktów i dowodów w przedmiocie wysokości należności. Istnieją w tej sytuacji procesowe podstawy do poprzestania na szeroko umotywowanym wyliczeniu zaoferowanym przez powoda, z zastosowaniem art. 230 k.p.c. W szczególności przekonują argumenty dotyczące waloryzacji zaprezentowane w opinii mgr inż. A. Ż. (k.107-128), w części odwołujące się do innych umów zawieranych przez D.-B., również ustalających ceny z uwzględnieniem waloryzacji za okres poprzedzających zawarcie kontraktów (k.111-112).

W opinii tej zawarta jest informacja, że D.-B. złożył w dniu 29 grudnia 1999 r. wobec powoda oświadczenie o uchyleniu się od skutków oświadczeń dotyczących wynagrodzenia na poziomie cen z 1 stycznia 1998 r. z zaznaczeniem, iż prawidłową datą, która była przyjęta przez strony podczas negocjacji był dzień 1 stycznia 1999 r. (k.113). Mimo, że biegły odniósł się krytycznie do skuteczności tego oświadczenia (co należy traktować jako równoznaczne ze stanowiskiem strony składającej opinię), pozwany nie przedstawił w odpowiedzi na pozew jakichkolwiek twierdzeń ani dowodów na ten temat.

Zgłoszenie zarzutu dalej idącego, że wynagrodzenie nie należy się co do zasady wobec odstąpienia od umowy, nie zwalniało pozwanego od obowiązku zgłoszenia równocześnie zarzutów odnoszących się do twierdzeń i dowodów dotyczących jego wysokości. Przepis art. 479¹⁴ § 2 zdanie pierwsze k.p.c. obejmuje zakresem prekluzji wszystkie twierdzenia i zarzuty pozwanego oraz dowody na ich poparcie, niezależnie od ich znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy (por. np. wyroki Sądu Najwyższego : z dnia 29 września 2004 r., II CK 183/04, Lex nr 176092 i z dnia 27 marca 2008 r., III SK 26/07, OSNP 2009/13-14/187). Trzeba zarazem podkreślić, iż ponieważ powód w pozwie zaprezentował twierdzenia i dowody dotyczące wysokości wynagrodzenia, potrzeba ich odparcia pojawiła się już na etapie odpowiedzi na pozew, a więc nie zachodzi przypadek „późniejszego powstania potrzeby powołania twierdzeń i dowodów” w rozumieniu art. 479¹⁴ § 2 zdanie pierwsze in fine k.p.c. Poprzestając na jednej tylko, przez siebie lansowanej wersji stanu faktycznego i prawnego, zaniechał pozwany przeciwstawieniu twierdzeniom i dowodom powoda – własnych, na temat wysokości wynagrodzenia należnego według umowy. Zaniechanie to pociągnęło za sobą – zgodnie z przytoczoną regułą prekluzji – utratę prawa powoływania się na błędne (wadliwe) naliczenie zwaloryzowanego wynagrodzenia.

Reasumując, Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do zakwestionowania przyjętej przez strony w umowie i aneksie, umownej waloryzacji wynagrodzenia „korygowanej od terminu 1.01.1998r. miesięcznym wskaźnikiem inflacji dla budynków, publikowanym przez GUS...” (§ 5 umowy – k.30), następnie określonej jako „wynagrodzenie ustalone na poziomie cen z dnia 01.01.1998r. i od tego dnia podlegające kwartalnej waloryzacji (§ 2 aneksu nr (...) – k.35), co zostało potwierdzone w aneksie nr (...) z 20 sierpnia 1999 r. : „Pozostałe postanowienia umowy nr (...) i aneksu nr (...) nie ulegają zmianie” (k.345) oraz w aneksie nr (...) z dnia 29 września 1999r. : „Pozostałe postanowienia umowy nr (...) i aneksu nr (...) i aneksu nr (...) nie ulegają zmianie” (k.346).

Wysokość tegoż wynagrodzenia wynika ze złożonych faktur, w tym faktur waloryzacyjnych, opisanych w motywach zaskarżonego orzeczenia. Sąd Apelacyjny przyjmuje w tym zakresie za własną podstawę faktyczną rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego. Przede wszystkim jednak za Sądem tym ustala, że w dniu 4 lutego 1998r. pomiędzy Spółdzielnią Mieszkaniową (...) w W. jako inwestorem i (...) Sp. z o.o. w W. została zawarta umowa o realizację inwestycji w ramach zastępstwa inwestycyjnego oraz powierniczego wykonania czynności zleconych w zakresie zawierania umów o finansowanie i przydział lokali przewidzianych do realizacji.

Stosownie do treści umowy interwenient miał – w imieniu i na rzecz Spółdzielni - między innymi zlecać wykonanie robót budowlanych, zaś pozwany - udzielać interwenientowi pełnomocnictw do działania w jego imieniu (inwestora). Rozliczenia miały być dokonywane pomiędzy pozwanym (inwestor), a interwenientem (określonym w tej umowie jako inwestor powierniczy).

W dniu 15 stycznia 1999 r. strony procesu zawarły umowę nr (...), na podstawie której powód miał wykonać zespół budynków biurowych, usługowych, mieszkalnych i garaży podziemnych „pod klucz” wraz z infrastrukturą techniczną dla Centrum (...) w W. u zbiegu ulic (...). Zakres rzeczowy, rozwiązania techniczne oraz standard wykonania określał załącznik nr 1, a załącznik nr 2 obejmował dokumentację.

Zamawiający (interwenient) obowiązany był przekazywać sukcesywnie dokumentację techniczną. Realizacja zadania miała się rozpocząć w 30 stycznia 1999r., a zakończyć 30 stycznia 2001 r. Przy założeniu wykonania określonych obiektów ustalono wynagrodzenie umowne w kwocie 152.100.000 zł (wraz z VAT), którego wysokość miała być korygowana, od 1 stycznia 1998 r., miesięcznym wskaźnikiem inflacji ustalonym przez GUS. Rozliczenia miały być dokonywane fakturami częściowymi wystawianymi w oparciu o protokoły procentowego zaawansowania etapów

robót potwierdzone przez inspektora nadzoru lub w braku potwierdzenia w oparciu o protokoły (§ 5 pkt 6), a zapłata miała następować w formie przelewu z konta pozwanego (§ 5 pkt 7).

W dniu 29 lipca 1999 r. zawarty został aneks do ww. umowy, w którym ustalono m.in. :

- ponowne sporządzenie i uzgodnienie załączników (§ 1),
- wartość wykonania stanu surowego (§ 2),
- podjęcie dalszych negocjacji w celu ustalenia wysokości wynagrodzenia (§ 4),

Do aneksu dołączono 5 załączników :

- nr 1N, określający zakres rzeczowy (A- budynek mieszkalny, B – budynek mieszkalny z usługami),
- nr 2N, zawierający spis projektów i terminy dostarczenia,
- nr 3N, określający harmonogram robót,
- nr 4N, zawierający zestawienie faktur,
- nr 5N, zawierający pełnomocnictwo.

Poza aneksem nr (...) spisano aneksy ustalające wynagrodzenia za części robót : nr 2 – z 20 sierpnia 1999 r. i nr 3 – z 29 września 1999 r. oraz „uzgodnienie” z 13 stycznia 2000 r., w którym stwierdzono, że powód nie realizuje stanu wykończeniowego budynku mieszkalnego A (k.347). Spisano nadto do umowy z dnia 15 stycznia 1999 r. porozumienie, w którym określono wysokość wynagrodzenia na 166.000.000 zł. według stanu na dzień 23 lipca 1998 r. (k.246).

W pismach z dni : 27 kwietnia 2000 r., 8 maja 2000 r. i 31 sierpnia 2000 r. interwenient wskazywał na opóźnienie robót, na co powód - pismem z dnia 6 września 2000 r. odpowiedział, że roboty przebiegają prawidłowo.

W dniu 7 września 2000 r. (...) S.A. (następca prawny (...) Sp. z o.o.) złożył powodowi oświadczenie o odstąpieniu od umowy i zażądał zapłaty kary umownej w wysokości 7.932.971,84 zł. Jako przyczynę odstąpienia wskazał niedotrzymanie terminu rozpoczęcia robót budowlanych w zakresie izolacji obwodowych ścianki szczelinowej i ścian stanu „o” (z uzasadnienia pisma wynika, że chodzi o ścianki działowe), warstw dachowych patia, warstw dachowych nad budynkiem C, wyznaczonego pismem złożonym 31 sierpnia 2000 r. oraz opóźnienia w wykonaniu innych robót budowlanych, „co czyni nieprawdopodobnym ukończenie robót budowlanych w umówionym terminie”.

Wyrok Sądu Najwyższego uchylający poprzednie orzeczenie Sądu Apelacyjnego wskazał na konieczność ustalenia treści stosunku prawnego łączącego strony, bez względu na ewentualne trudności interpretacyjne, wskazując na możliwość dopuszczenia stosownego dowodu z urzędu na podstawie art. 232 k.p.c. Sąd ponownie rozpoznający apelację dostrzegł taką potrzebę, mając też na uwadze aktualność zaaprobowanych przez Sąd Najwyższy, a wyrażonych w uzasadnieniu poprzedniego orzeczenia, uwag na temat prekluzji znacznej części zgromadzonego w tej sprawie materiału dowodowego (z wyjątkiem odnoszącym się do podniesionego przez pozwanego wzajemnego zarzutu przedawnienia, również sprekludowanego, czego nie dostrzegł Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 6 grudnia 2007 r.).

Przedmiotem umowy nr (...) było, jak to już zaznaczono, wykonanie zespołu budynków biurowych, usługowych, mieszkaniowych i garaży podziemnych „pod klucz”. Zakres rzeczowy określał załącznik nr 1 (§ 1 umowy). Kolejne załączniki (nr 2 i 3) zawierały spis projektów technicznych wraz z terminem przekazania dokumentacji wykonawcy oraz harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji robót (§ 1 i 2 umowy). Poza tym miały być sporządzone jeszcze szczegółowe harmonogramy rzeczowo-finansowe wykonania robót w postaci załączników nr 3A, 3B, 3C...(§ 9 umowy).

Po zawarciu umowy doszło do częściowego przeprojektowania przedmiotu umowy tak, że w miejsce części biurowej powstała część mieszkalna (zeznania G. D. (1) – k.1975). W konsekwencji strony zawarły aneks nr (...) do umowy

(zeznania K. R. (1) – k.1978), dotyczący wykonania robót stanu surowego stanu zero i stanu surowego budynków wraz z murowanymi ścianami osłonowymi i działowymi wraz z dachem bez infrastruktury (§ 2). W aneksie tym postanowiono, że harmonogramy zostaną sporządzone i uzgodnione przez strony w oparciu o załącznik nr 3N na podstawie zatwierdzonych części dokumentacji (§ 1). Aneks kompleksowo regulował te elementy robót, które obejmował, a które zostały wyszczególnione w załączniku nr 1N jak też w harmonogramie rzeczowo-finansowym, oznaczonym jako załącznik 3N (k.38-46). Miał jeszcze powstać na podstawie tego harmonogramu kolejny, szczegółowy, ale nie został sporządzony (zeznania g. D. – k.1976). Wymaga w tym miejscu zaznaczenia, iż brak jest jakichkolwiek podstaw (umownych lub wynikających z przepisów prawa) do różnicowania znaczenia obu załączników, w szczególności do potraktowania załącznika nr 3N jako niewiążącego lub niepełnego. Za taką oceną przemawiają też zeznania K. R. (k.1979).

Odnosząc się do pozostałego zakresu robót (nie objętego załącznikiem nr 1) strony w § 4 aneksu uzgodniły, że będą prowadzić negocjacje zmierzające do ustalenia wynagrodzenia należnego za wykonanie budynków „pod klucz” wraz z infrastrukturą techniczną. Zarazem dopuszczono możliwość dalszego aneksowania etapów inwestycji lub całości (etapami lub całościowo).

Pośród robót ustalonych aneksem nr (...) nie było ścianek działowych stanu „0”. Świadczy o tym brak takiej pozycji pośród robót w części podziemnej obu budynków (str. 1 i 3 załącznika nr 1N – k.38, 40). „Ściany wewnętrzne działowe murowane” były przewidziane tylko dla kondygnacji nadziemnej – parteru (k.39,40). Okoliczności tej nie zaprzeczył zresztą ówczesny wiceprezes zarządu (...) Sp. z o.o. G. D. : „nie dopatrzyłem się ścian działowych stanu zero w tym załączniku, są jedynie ściany żelbetowe” (k.1976). Świadek ten jednocześnie twierdził, że wszystkie roboty wymienione w oświadczeniu o odstąpieniu miały być wykonane i na poparcie tej tezy przywołał treść § 2 ust. 1 aneksu (k.35). Nie można jednak opierać ustaleń co do konkretnych elementów zakresu robót na podstawie bardzo ogólnego stwierdzenia, w dodatku zawartego w paragrafie dotyczącym wysokości wynagrodzenia. Zwłaszcza w sytuacji, gdy został sporządzony dokument zakres ten uszczegółwiający. Załącznik nr 1N do aneksu nr (...) dotyczy przecież robót stanu surowego stanu zero i stanu surowego budynków wraz ze ścianami i dachem, a więc koresponduje z § 2 aneksu, konkretyzując jego znaczenie.

Z pierwotnego brzmienia umowy wynikało, że cały budynek miał być pokryty dachem. Jednakże aneks numer (...), który zmodyfikował ustalenia stron, jak to już zaznaczono, w sposób wyłączny regulował ujęte w nim roboty. Zatem określenie powierzchni dachowej jaką miał wykonać powód musi respektować dokumentację dołączoną do aneksu (obejmującego dach budynku). Z harmonogramu rzeczowo-finansowego wynika, że miał być wykonany strop nad poziomem -1 o powierzchni 7.200 m², co zostało uwidocznione w pozycji 2.8 (k.45v.). W ramach tej powierzchni znajdowała się płyta patia o powierzchni 4.800 m² (powierzchnia za świadkiem G. D. – k.1976), zamykająca stan „0”. Harmonogram nie obejmował natomiast dachu nad poziomem -1, tj. warstwy dachowej patia. Łączna powierzchnia dachu ujęta w harmonogramie wyniosła zaledwie 2.900 m² (1.500 + 1.400; pozycje : 3.35, k.43v. i 3.46, k.45v.). Termin „strop” nie może być traktowany jako równoznaczny z „dachem”. W znaczeniu budowlanym oznacza bowiem „poziomy element konstrukcyjny oddzielający poszczególne kondygnacje budynków” (Uniwersalny Słownik Języka Polskiego, t.3, Warszawa 2003, str. 1419).

Argumentacja przytoczona już w piśmie powoda z 6 września 2000 r. (k.354-355), oparta na stwierdzeniu braku przedmiotowej pozycji w harmonogramie wyczerpująco określającym zakres zmienionej części umowy, znajduje wsparcie w zeznaniach K. R. : „Nasza oferta obejmowała te wszystkie elementy o które zapytał nas inwestor, a nie wszystko co związane jest z obiektem” (k.1980), „Zamawiający nie pytał nas o wykonanie warstw dachowych patio, a zatem, o ile pamiętam i nasza oferta tej kwestii nie dotyczyła (k.1981). Samo odwołanie się przez pozwanego do pierwotnego zakresu umowy (także przez świadka G. D.) w tych okolicznościach nie przekonuje. Zakłada niekompletność harmonogramu, nie wyjaśniając dlaczego akurat dach nad patio został w nim pominięty. Trzeba zaakcentować, iż chodzi o bardzo znaczący element, choćby z punktu widzenia powierzchni, większej niż dachy budynków.

Nasuwa się jeszcze potrzeba zwrócenia uwagi na fakt, że z pisma D. B. z dnia 27 kwietnia 2000 r. wynika, iż inwestor wzywa „do wznowienia robót zgodnie z projektem technicznym oraz do zakończenia powyższych robót zgodnie z Aneks nr (...)” (k.350). Inwestor nie odwołał się do jakichkolwiek innych dokumentów czy postanowień umownych, a tylko do aneksu. W tej sytuacji mógł wykonawca wskazać w piśmie z dnia 6 września 2000 r. na aneks właśnie, oraz załącznik 1 N, tj. harmonogram rzeczowo-finansowy, jak również zwrócić uwagę na konieczność poczynienia dodatkowych ustaleń (k.354).

Załącznik 1N w częściach A i B pod pozycjami 1.1, dotyczącymi części podziemnych budynków, wymienia „Ścianę szczelinową”. W punkcie 1.9 (...) wymieniono : „Izolację powłokową z folii „benzowinyl” i „Taśmę bentonitową system (...) w zamkach i w przerwach technologicznych”. Nie da się na tej tylko podstawie wnioskować o obowiązku wykonania „izolacji obwodowych ścianki szczelinowej”. Wiarygodnie w tym kontekście brzmią zeznania świadka K. R., że ścianek szczelinowych się nie izoluje; są wykonane ze specjalnej technologii bentonitowej, która wyłącza potrzebę izolowania (k.1979). W każdym razie poczynienie odmiennego ustalenia na ten temat nie byłoby możliwe bez sięgnięcia do wiadomości specjalnych, z czego pozwany (powód wzajemny) winien zdawać sobie sprawę. Mimo to nie zaoferował stosowanego dowodu, nie tylko w odpowiedzi na pozew, ale i w pozwie wzajemnym (k.566-598). Sąd Apelacyjny ustala zatem, że umowa (zmieniona aneksem nr (...)) nie objęła wykonania „izolacji obwodowych ścianki szczelinowej”.

Wykonanie warstwy dachowej nad budynkiem C (stanowiącym część budynku (...) – nowego - zeznania G. D., k.1976) należało do obowiązków wykonawcy. Niemniej, w harmonogramie robót nie został określony termin jej wykonania (k.43v.- 44, 45v. - 46, zeznania świadka G. D.). Powód nie odmówił wykonania dachu nad budynkiem C, a tylko wskazywał na opóźnienia w dostarczeniu niezbędnej, pełnej dokumentacji oraz konieczność wykonania prac, które umożliwią wykonanie warstw dachowych (k.355). Nie ma w tej sytuacji dostatecznych podstaw by stwierdzić, iż dach ten nie zostałby wykonany w przewidzianym przez strony terminie zakończenia umowy, a nawet w terminie wskazanym jednostronnie w piśmie otrzymanym przez powoda w dniu 31 sierpnia 2000 r., tj. 30 października 2000r. (k.353). Trzeba też zaznaczyć, iż zamurowanie szachów wentylacyjnych i instalacyjnych mogło nastąpić dopiero po wykonaniu instalacji wewnętrznych (zeznania G. D. – k.1976).

Z treści oświadczenia o odstąpieniu od umowy (k.251-252) jednoznacznie wynika, że nawiązuje ono (literalnie) do instytucji przewidzianej w art. 635 k.c., a nie także (czy wyłącznie) do art. 636 k.c., jak to sugeruje strona pozwana w piśmie procesowym z dnia 21 sierpnia 2009 r. Tylko zatem w aspekcie prawdopodobieństwa niewykonania robót w czasie umówionym należało badać skutki tej czynności.

Przedstawione wyżej okoliczności faktyczne, ustalone na podstawie przytoczonych dowodów zgłoszonych przez strony we właściwym czasie (niesprekludowanych) przemawiają za uznaniem, iż oświadczenie o odstąpieniu od umowy nie wywołało określonego w nim skutku prawnego. Podane w nim okoliczności wykonawca skutecznie zakwestionował. Należało w tej sytuacji przyjąć, iż umowa nr (...) została rozwiązana per facta concludentia (art. 60 k.c.), bez skutku o jakim mowa w jej § 7 ust. 7. Nie doszło do „odstąpienia od umowy z winy wykonawcy” i dlatego pozwanemu (powodowi wzajemnemu) nie należy się kara umowna. Przy okazji, odnosząc się do stanowiska powoda Sąd Apelacyjny wyraża pogląd, iż co do zasady przedmiotowy zapis umowny nie jest sprzeczny z prawem (art. 483 § 1 k.c.). Zachodzi tu sytuacja analogiczna do zastrzeżenia kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy leasingu, w razie niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków przez korzystającego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2006 r., IV CSK 154/06, OSNC 2007/7-8/06 i argumentację zawartą w jego uzasadnieniu). Istotne jest, że nie doszło do zastrzeżenia kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania pieniężnego, czego zabrania bezwzględnie obowiązujący art. 483 k.c.

Niezależnie od powyższego zwraca uwagę fakt, że strony wprawdzie ustaliły wysokość wynagrodzenia za całość robót, ale jednocześnie przewidywały dalsze uzgodnienia, także co do zakresu robót i sporządzanie na bieżąco dokumentacji projektowej, co miało związek z przeprojektowaniem (§ 4 ust. 1 aneksu). Przewidywały także oferty cenowe ze strony wykonawcy. Określenie kary na „10 % wartości umowy” straciło więc (kwotowo) pierwotne znaczenie. Wniosek taki jest tym bardziej uprawniony w świetle uzgodnienia jakie zapadło na spotkaniu zarządów spółek : N. i D.-B. w dniu 13 stycznia 2000r. Postanowiono wówczas między innymi, że w dniu 14 stycznia 2000 r. „odbędzie się spotkanie celem

opracowania w formie pisemnej aktualnej treści łączącego strony stosunku prawnego” (k.347). Nigdy nie doszło do takiego opracowania i zarazem ustalenia ceny po zmianach umowy.

Ocenie dotyczącej skutków oświadczenia o odstąpieniu od umowy towarzyszy założenie, że pełnomocnictwo udzielone (...) Sp. z o.o. upoważniało także do dokonania tej czynności. Zważywszy na nieskuteczność odstąpienia, zbędne wydaje się szersze uzasadnianie takiego poglądu (zbieżnego ze stanowiskiem pozwanego). Wystarczy zauważyć, iż dokument pełnomocnictwa, mający oparcie w umowie z dnia 4 lutego 1998 r., obejmuje wszelkie czynności i składanie oświadczeń woli w imieniu i na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w celu realizacji umowy, a strony umowy z 4 lutego 1998 r. jednoznacznie, szeroko, interpretują to jej postanowienie i treść pełnomocnictwa.

Konstatacja na temat nieskuteczności „odstąpienia z winy wykonawcy” osłabia znaczenie ustalenia przewidywanego przez strony umowy skutku takiej czynności (ex tunc czy ex nunc) ze względu na żądanie wynagrodzenia za część umówionych robót. Niemniej, zdaniem Sądu Apelacyjnego świadczenie wykonawcy miało charakter podzielną w rozumieniu art. 379 § 2 k.c., z woli stron, które w § 7 ust. 11 umowy postanowiły, że w razie odstąpienia sporządzają protokół inwentaryzacyjny robót na dzień odstąpienia oraz sporządzają stosowne rozliczenia finansowe w terminie 21 dni zgodnie z § 5 ust. 8. Ten ostatni przepis dotyczy końcowego rozliczenia robót. A zatem strony określiły sytuację wynikłą z odstąpienia (niezależnie od przyczyny) tak samo, jak w razie dokonania końcowego odbioru robót i przekazania ich zamawiającemu. Oznacza to, że przedmiot umowy był podzielną i powodowi co do zasady należałoby się wynagrodzenie za wykonane roboty (a nie zapłata z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia) także w przypadku, gdyby odstąpienie było skuteczne, na podstawie art. 647 k.c. i 642 k.c. w zw. z art. 654 k.c.

Pozwany zarzucił niezasadne przyjęcie, iż powodowi należy się roszczenie o zwrot części kaucji gwarancyjnej (z dwóch faktur wymienionych w pozwie). Zarzut ten oparł wyłącznie na sprzeczności z ustaleniem o skutecznym odstąpieniu od umowy. Skoro niniejsze rozstrzygnięcie zapadło przy odmiennej w tym zakresie podstawie faktycznej i jej subsumpcji, to jest jasne, że wobec wygaśnięcia stosunku prawnego bez zawinienia po stronie wykonawcy istnieje podstawa do zwrotu kaucji. Co do wysokości kaucji podlegającej zwrotowi Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia i ocenę dokonaną przez Sąd I instancji.

Nie można podzielić zarzutu naruszenia prawa procesowego przez nieuwzględnienie dowodów przedstawionych przez pozwanego i interwenienta ubocznego. Sąd Okręgowy, na co zwrócił już uwagę Sąd Apelacyjny poprzednio rozpoznający sprawę, oparł ustalenia wręcz na szerszym materiale dowodowym niż było to dopuszczalne ze względu na reguły prekluzji dowodowej.

Jeśli chodzi o zapłacone przez pozwanego (powoda wzajemnego) koszty przygotowania inwestycji jako całości, to skoro pozwany twierdził, że wobec zmiany zakresu umowy powinny zostać pomniejszone, mógł wystąpić ze stosowaną akcją procesową (ewentualnie podjąć działanie o charakterze materialnoprawnym – zarzut potrącenia). Roszczenie dochodzone powództwem wzajemnym nie ma związku z tymi kosztami.

Z tych wszystkich względów Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji wyroku na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. i art. 385 k.p.c. mając na uwadze fakt, że wyrok jest już prawomocny w części oddalającej powództwo główne (powód nie wniósł skargi kasacyjnej). Orzeczenie o wzajemnym zniesieniu kosztów procesu, w tym kosztów postępowania kasacyjnego zapadło na podstawie art. 100 k.p.c., przy uwzględnieniu faktu, że powód uległ w większej części swego roszczenia (co do żądania zapłaty kwoty 16.600.000 zł tytułem kary umownej) ale w całości wygrał proces z powództwa wzajemnego. O ściągnięciu nieuiszczonej opłaty od apelacji orzeczono przy zastosowaniu art. 113 ust. 2 pkt 1 u.k.s.c.