

*Sygn. akt VII AGa 778/18*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 8 stycznia 2018 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:*

*Przewodniczący: SSA Marcin Łochowski*

*SA Jan Szachulowicz (spr.)*

*Sędziowie: SO del. Dorota Wybraniec*

*Protokolant: sekr. sądowy Izabela Nowak*

*po rozpoznaniu w dniu 8 stycznia 2018 r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. w G.*

*przeciwko (...) sp. z o.o. - S. sp. k. w W.*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji pozwanego*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 17 marca 2016 r., sygn. akt XX GC 218/12*

*uchyla zaskarżony wyrok w całości i przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.*

Sygn. akt: VIIA Ga 778/18

## UZASADNIENIE

Powód - (...) sp. z o.o. w G. wniósł o zasądzenie od pozwanego kwoty 205 902 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 22 października 2011 r. do dnia zapłaty tytułem wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane oraz zasądzenie kosztów procesu.

W dniu 27 lutego 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie wydał w sprawie nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym.

Pozwany - (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S. sp. k. w W. wniósł sprzeciw od nakazu zapłaty, w którym wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu, nadto zgłosił zarzut potrącenia kwoty 258 300 zł z tytułu kary umownej w związku z odstąpieniem od umowy.

Wyrokiem z dnia 17 marca 2016 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 205 902 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 22 października 2011 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty oraz orzekł o kosztach procesu w ten sposób, że obciążył nimi pozwanego, pozostawiając szczegółowe ich wyliczenie referendarzowi sądowemu. Orzeczenie to oparte zostało na następujących ustaleniach i rozważaniach.

W dniu 24 maja 2011 r. powód jako wykonawca zawarł z pozwanym jako inwestorem umowę o roboty budowlane nr 9/Q- (...). Przedmiotem umowy była rozbiórka budynku położonego przy ul. (...) w S. oraz wybudowanie stanu „0” (surowego) garażu nowego budynku. Termin wykonania robót określono na 23 tygodnie od daty rozpoczęcia robót (do końca października 2011 r., nie później niż do 4 listopada 2011 r.) Przy podpisywaniu umowy wykonawcy przekazana została dokumentacja projektowa dotycząca inwestycji, w tym projekt budowlany. Projekt stanowiący załącznik do umowy miał podlegać zmianom z uwagi na przewidywaną zmianę technologii robót fundamentowych. Prace miały być wykonane zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym, który miał polegać na podziale zasadniczych etapów prac ustalonych przy zawarciu umowy w dokumencie zatytułowanym „propozycja harmonogramu płatności”, na bardziej szczegółowe pozycje. Harmonogram nie został sporządzony, tak jak szczegółowy harmonogram rzeczowo-finansowy.

Strony postanowiły w § 20 umowy, że inwestorowi przysługuje prawo do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie generalnego wykonawcy, w przypadku gdy generalny wykonawca pozostaje w zwłoce w wykonaniu przedmiotu umowy przez okres dłuższy niż 30 dni w stosunku do harmonogramu rzeczowo-finansowego, generalny wykonawca wykonuje roboty budowlane niezgodnie z umową, dokumentacją projektową lub zasadami wiedzy technicznej i nie przystąpił do właściwego ich wykonania mimo wezwania Inwestora.

W § 21 ust. 1 pkt 1 umowy strony postanowiły, że wykonawca zapłacił inwestorowi kary umowne w przypadku odstąpienia do umowy przez inwestora z przyczyn leżących po stronie wykonawcy na dowolnym etapie realizacji przedmiotu umowy, w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto za przedmiot umowy.

Wykonawca został wprowadzony na teren budowy w dniu 30 maja 2011 r. Na skutek negocjacji stron zmieniono projektowany sposób zabezpieczenia wykopu, co miało wpływ na prace rozbiórkowe.

Projekt budowlany nie był zupełny, albowiem nie dokonano oceny ryzyka związanego z wykonywanymi pracami rozbiórkowymi oraz nie przygotowano planów pozwalających uniknąć ewentualnych zniszczeń. Brak było stosownej dokumentacji pozwalającej ocenić oddziaływanie inwestycji na nieruchomości sąsiednie. Powstała zatem konieczność wykonania dodatkowych prac zabezpieczających, co miało znaczenie dla przedłużenia wykonywania prac rozbiórkowych.

Rozbiórka prowadzona była w trudnych warunkach z uwagi na położenie budynku w środku miasta S. i sezon letni. Były skargi od mieszkańców z uwagi na hałasy i pył. Mieszkańcom zależało na tym, aby odstąpić od rozbiórki. Nie było placu na składowanie gruzu z uwagi na ścisłą zabudowę, były trudności z wywozem gruzu. Prowadzenie prac wymagało uzgodnień ze sąsiadującą Spółdzielnią w kwestii wynagrodzenia za przejazd. Nie można było używać ciężkiego sprzętu.

Z. D. (1) i M. D. (1) dokonali wizji lokalnej nieruchomości w dniach 21 maja 2011 r. i 1 czerwca 2011 r. Stwierdzono, że stan budynku przyległego jest bardzo zły i nie gwarantuje bezpiecznego użytkowania w czasie realizacji umowy bez wykonania koniecznych prac mających na celu zabezpieczenie i wzmocnienie konstrukcji tej nieruchomości. Rozpoczęcie zaś robót rozbiórkowych bez dokonania odpowiedniego zabezpieczenia mogłoby doprowadzić do katastrofy budowlanej - zawalenia się sąsiedniego budynku.

Ujawniły się utrudnienia w opracowaniu ekspertyzy dotyczącej oddziaływania na budynki sąsiednie, albowiem były problemy z wejściem do lokali położonych w budynkach obok placu budowy. Niektórzy mieszkańcy tych lokali byli nieobecni.

Inspektor nadzoru z dniem 8 czerwca 2011 r. wstrzymał roboty budowlane z uwagi na zagrożenie spowodowane stanem nieruchomości sąsiedniej. Przerwa trwała przez okres ośmiu tygodni.

Inspektor nadzoru J. S. (1) wpisem do dziennika budowy z dnia 8 czerwca 2011 r. zarzucił wykonawcy, że w niewłaściwy sposób prowadzi prace. Wskazał na następujące uchybienia:

- składowanie na stropach gruzu w ilości przekraczającej jego nośność,

- brak zabezpieczenia budynku przed dostępem osób postronnych,
- zastrzeżenia dotyczące planu (...) i Ochrony (...) (plan (...)),
- nieusunięcie bankomatu.

W dniu 10 czerwca 2011 r. wykonane zostały ogrodzenie placu budowy i daszek zabezpieczający oraz rozmieszczone zostały punkty do pomiaru osiadania budynku.

W dniu 13 czerwca 2011 r. inspektor nadzoru potwierdził wykonanie ogrodzenia placu budowy. Zgłosił niedostateczne zabezpieczenie wejścia do budynku sąsiedniego oraz nieusunięcie bankomatu, wady plany (...) oraz umieszczenia punktów osiadania.

W dniu 14 czerwca 2011 r. dokonano dalszego zabezpieczenia wejścia do budynku, prawidłowego umieszczenia punktów pomiarowych, przedstawiono plan (...) ze znakiem graficznym.

W dniu 21 czerwca 2011 r. wykonawca zgłosił wykonanie wszelkich zaleceń inspektora nadzoru oraz gotowość do wznowienia robót. Inspektor nadzoru w odpowiedzi zakwestionował prawidłowość planu (...) oraz brak inwentaryzacji budynków sąsiednich.

W dniu 29 czerwca 2011 r. inwestor zarzucił:

- brak inwentaryzacji zabudowy sąsiedniej oraz monitoringu ew. pomieszczeń przyległych budynków,
- niezgodność robót rozbiórkowych z przepisami BHP, stwarzającą zagrożenie dla pracowników i personelu inwestora,
- niewłaściwe zabezpieczenie placu budowy,
- prowadzenie robót rozbiórkowych niezgodnie z planem rozbiórek,
- niewłaściwy plan (...).

Wskazano także na warunki uniemożliwiające, zdaniem inwestora, ponowne podjęcie robót, jak:

- sporządzenie inwentaryzacji stanu technicznego co najmniej lokali bezpośrednio przylegających do inwestycji,
- uruchomienie monitoringu geodezyjnego,
- sporządzanie projektu zabezpieczeń nieruchomości sąsiednich,
- wykonanie zabezpieczeń budynku sąsiedniego,
- zabezpieczenie placu budowy.

Sporządzenie projektu zabezpieczeń jak i wykonanie zabezpieczeń budynku sąsiedniego było robotami dodatkowymi.

W dniu 6 lipca 2011 r. inspektor nadzoru wskazał na kolejne zaniedbania dotyczące bezpieczeństwa na terenie budynku. W dniu 25 lipca 2011 r. inwestor skierował do wykonawcy i innych uczestników procesu budowlanego projekt wzmocnienia ścian z prośbą o ustosunkowanie się. W dniu 27 lipca 2011 r. inwestor zatwierdził ofertę torkretowania ściany budynku sąsiedniego przedstawioną przez (...) sp. z o.o. w G..

W dniu 25 lipca 2011 r. doszło do wznowienia robót rozbiórkowych. Roboty musiały być wykonywane równolegle z pracami dodatkowymi - wzmocnieniem konstrukcji nieruchomości sąsiedniej poprzez ich klamrowanie i torkretowanie. W toku prac rozbiórkowych odkrywano kolejne kondygnacje budynku sąsiedniego, które następnie były wzmocniane. Powodowało to opóźnienie w wykonaniu przedmiotu robót.

Zgoda na torkretowanie została udzielona w dniu 2 sierpnia 2011 r. Roboty odebrano w dniu 4 sierpnia 2011 r. Dalsza rozbiórka tej strony budynku możliwa była po 7 dniach i dlatego przystąpiono do rozbiórek z drugiej strony budynku.

Strony podjęły rozmowy w kwestii harmonogramu naprawczego, celem ustalenia nowych terminów wykonania prac, w tym ustalono, że do dnia 31 grudnia 2011 r. nastąpi ostateczne wykonanie przedmiotu umowy. Strony nie zawarły aneksu do umowy.

W dniu 17 sierpnia 2011 r. inspektor nadzoru wskazał na niedochowanie zaleceń dr W. co do zabezpieczeń ściany nieruchomości. W dniu 19 sierpnia 2011 r. dr W. ocenił jakość prac związanych z zabezpieczeniem nieruchomości sąsiedniej jako dobrą.

Równoległe z prowadzeniem prac rozbiórkowych trwało przygotowywanie dokumentacji projektowej dotyczącej zmiany technologii prowadzenia robót zabezpieczających i stabilizujących fundamenty.

Uzgodnienia dotyczące spraw projektowych zakończyły się pod koniec lipca 2011 r. Z początkiem sierpnia projektant budynku przystąpił do opracowywania dokumentacji projektowej zamienniej w celu uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę.

W trakcie robót rozbiórkowych okazało się, że skarbiec jest bardzo silnie zazbrojony, a fundamenty grubsze niż w dokumentacji projektowej. Nie było zgody, aby do rozbiórki stosować sprzęt ciężki, z tego względu wydajność prac była niska.

Wykonawca zwracał się do inwestora o podpisanie aneksu do umowy z uwagi na wystąpienie takich okoliczności jak brak sprawdzenia oddziaływania budowli na sąsiednie budynki, konieczność wstrzymania robót na ok. 8 tygodni, roboty dodatkowe, bardzo silnie zazbrojony skarbiec, zazbrojona i grubsza płyta fundamentowa.

W dzienniku budowy wpisywane były zalecenia, które były ponawiane, albowiem wykonawca nie stosował się do nich w pełni, m.in. nie przedstawił pełnego planu (...), nie wykonywał zaleceń pokontrolnych. Wykonawca był ponaglany na naradach oraz upominany za używanie ciężkiego sprzętu. Inwestor wzywał wielokrotnie wykonawcę do przedstawienia szczegółowego harmonogramu robót, projektu organizacji placu budowy, przedstawienia poprawionego planu (...).

Strony w § 11 ust. 2 umowy ustaliły sposób bieżących rozliczeń oparty o comiesięczne protokoły zaawansowania robót, sporządzane na 25 dzień każdego kolejnego miesiąca. Protokoły wykonawcy miały podlegać weryfikacji przez inspektora nadzoru.

(...) Bank (...) S.A. zawarł w dniu 17 sierpnia 2011 r. z inwestorem umowę kredytową na finansowanie prac budowlanych oraz innych kosztów związanych z realizacją zabudowy mieszkaniowo-użytkowej na nieruchomości położonej w S. przy ul. (...). W tym samym dniu została zawarta przez (...) Bank (...) S.A. z inwestorem umowa przelewu praw na zabezpieczenie, jako jeden z dokumentów zabezpieczeń kredytu. W trakcie trwania zabezpieczenia nie wystąpił (...) umowy kredytowej, w związku z czym, wobec spłaty kredytu w dniu 30 września 2015 r., wygasła umowa przelewu praw na zabezpieczenie.

W dniu 23 września 2011 r. wykonawca zgłosił gotowość do sporządzenia protokołu zaawansowania robót wg stanu na dzień 25 września 2011 r. Inspektor nadzoru nie stawił się na odbiór. Wykonawca sporządził jednostronnie protokół zaawansowania robót. Protokół został po tym zaakceptowany przez inspektora nadzoru oraz kierownika projektu M. W. (1), w dniu 15 października 2011 r. Na tej podstawie wykonawca obciążył inwestora w dniu 1 października 2011 r. fakturą Vat nr (...) na kwotę wynikającą z protokołu – 167 400 zł netto (205 092 zł brutto). Faktura została doręczona inwestorowi w dniu 18 października 2011 r. wraz ze zweryfikowanym protokołem zaawansowania robót.

Pismem z dnia 25 października 2011 r. inwestor wezwał do działań naprawczych oraz przyspieszenia prac. Wyzaczył ostateczne terminy na usunięcie nieprawidłowości, najpóźniej do dnia 26 października 2011 r.

Pismem z dnia 25 października 2011 r. inwestor wskazał, iż pomimo wielokrotnych wezwań do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy stwierdza, iż (...) sp. z o.o. w dalszym ciągu jest w zwłoce w wykonaniu umowy oraz wykonuje roboty budowlane niezgodnie z umową. Wskazał, iż nie zostały wykonane roboty rozbiórkowe, na które ustalono czas 8 tygodni od udzielenia zlecenia, podczas gdy upłynęło już 5 miesięcy. W tym czasie wykonawca powinien zakończyć całość robót, czyli oprócz rozbiórek wykonać obudowę wykopu w postaci pali i korka oraz stan „0” budynku garażu podziemnego w technologii białej wanny. Wskazano na kilkukrotne wyznaczanie terminów dodatkowych na usunięcie nieprawidłowości. Wezwano wykonawcę do niezwłocznego przystąpienia do realizacji robót palowych, przedstawienia wiarygodnego harmonogramu naprawczego gwarantującego zakończenie robót w terminie do 31 grudnia 2011 r. oraz usunięcie wszystkich nieprawidłowości potwierdzonych wpisami do Dziennika Budowy, podnoszonych na naradach koordynacyjnych i zapisanych w notatkach w terminie do końca października 2011 r., m.in.

- otwarcie frontu robót dla Hydrotechniki poprzez wykucie starej płyty dennej - pozostało do wykucia 80 % oraz ok. 20 % ścian piwnicy,
- przedstawienie projektu wykonawczego podziemia poprzez udzielenie zleceń konstruktorowi p. R., firmie (...),
- przedstawienie projektu organizacji ruchu na czas budowy,
- uzyskanie zezwolenia (...) na wywóz urobku z pali ul. (...) niezbędne do prowadzenia robót ziemnych,
- uregulowanie i dalsze niepogarszanie stosunków z sąsiadami poprzez:
- zabezpieczenie w sposób trwały obrysu garażu obiektu T. celem minimalizacji niebezpieczeństwa spękań stropu do ruchu ciężarowego,
- podparcie sklepień w piwnicach,
- trwałe zabezpieczenie zieleni i klimatyzatorów,
- bieżące sprzątanie terenów przyległych do placu budowy,
- protokolarne przekazanie zlikwidowanych przyłączy, w tym głowicy (...),
- przedstawienie dokumentów utylizacji,
- przedstawienie zaktualizowanego planu (...),
- zaprzestanie wykonywania robót przy użyciu niedozwolonego sprzętu.

Wskazano, iż w przypadku dalszego ignorowania wezwań oraz niewywiązywania się ze wskazanych obowiązków inwestor skorzysta z prawa odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy i odstąpi od umowy oraz potrąci karę umowną.

Z dniem 3 listopada 2011 r. wykonawca przystąpił do robót palowych.

Inwestor pismem z dnia 3 listopada 2011 r. oświadczył, że odstępuje od umowy z dnia 24 maja 2011 r. z uwagi na przesłanki wymienione w § 20 ust. 1 pkt 3 i 4 umowy, w szczególności nieprzystąpienie do właściwego wykonania robót budowlanych, mimo wezwania zawartego w piśmie z dnia 25 października 2011 r. Ponadto wskazał, iż z uwagi na zakres robót wykonanych na dzień 2 listopada 2011 r. oraz dotychczasowy sposób ich prowadzenia nie jest prawdopodobne, iż wykonawca wykona powierzone roboty nawet w dodatkowych terminie, tj. do 31 grudnia 2011 r.

W tym czasie etap prac rozbiórkowych nie został zakończony. Nie została rozebrana do końca płyta budynku ani ściany piwnic, nie była rozebrana płyta fundamentowa oraz zabezpieczony wykop. Płyta fundamentowa została pozostawiona w uwagi na konieczność ustawienia na niej palownicy.

Pismem z dnia 9 listopada 2011 r. inwestor wezwał do zapłaty kary umownej w kwocie 258 300 zł z tytułu odstąpienia od umowy z winy wykonawcy, stosowanie do § 21 ust. 1 pkt 1 umowy.

Wykonawca oświadczył, iż nie zaistniały przesłanki uzasadniające odstąpienie. Wskazał, iż roboty były wykonywane terminowo i poprawnie biorąc pod uwagę nieprzewidziane przeszkody i utrudnienia, o których inwestor był informowany na bieżąco. Wskazał, iż pismo z dnia 25 października 2011 r. zostało doręczone w dniu 3 listopada 2011 r., po wręczeniu odstąpienia od umowy. Nie było zatem żadnych możliwości naprawienia „rzekomych” uchybień, a cała sytuacja wskazuje na manipulację i zamiar zerwania umowy z przerzuceniem odpowiedzialności na wykonawcę i nie zapłacenia należnego wynagrodzenia.

Pismem z dnia 22 listopada 2011 r., doręczonym wykonawcy w dniu 20 listopada 2011 r., inwestor oświadczył, iż dokonuje potrącenia wierzytelności wynikającej z faktur Vat z wierzytelnością wynikającą z kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn dotyczących wykonawcy.

Pismem z dnia 29 listopada 2011 r. wykonawca wezwał inwestora do zapłaty faktury (...), w terminie do dnia 7 grudnia 2011 r. Pismem z dnia 9 grudnia 2011 r. wykonawca wezwał inwestora do zapłaty kwoty 205 902 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 22 października 2011 r. do dnia zapłaty z tytułu wykonania robót budowlanych - faktura Vat nr (...). Inwestor, pismem z dnia 20 grudnia 2011 r., odmówił zapłaty z uwagi na potrącenie wierzytelności.

Powyższy stan faktyczny ustalony został na podstawie dokumentów oraz ich odpisów, których wiarygodności i mocy dowodowej nie kwestionowała żadna ze stron, a Sąd Okręgowy nie znalazł ku temu podstaw z urzędu. Postawą dla ustalenia stanu faktycznego stanowiły także zeznania słuchanych w sprawie świadków oraz reprezentanta powoda.

Za wykazane Sąd Okręgowy uznał, że projekt budowany nie był zupełny, albowiem nie dokonano oceny ryzyka związanego z wykonywanymi pracami rozbiórkowymi oraz nie przygotowano planów pozwalających uniknąć ewentualnych zniszczeń. Nadto wynikała konieczność wykonania dodatkowych prac zabezpieczających, co miało znaczenie dla przedłużenia wykonywania prac rozbiórkowych. W tym zakresie za wiarygodne uznał zeznania Z. D. (1) oraz M. D. (1), którzy byli osobami nie związanymi z żadną ze stron procesu. Zeznawali stanowczo i konsekwentnie opierając się na swojej fachowej wiedzy oraz doświadczeniu zawodowym. Wskazali wprost, że w tym zakresie były braki projektowe, co nie mogło obciążać wykonawcy.

Sąd Okręgowy nie dał wiary zeznaniom świadków, którzy zeznawali w sposób odmienny, albowiem osoby te wykazywały zaangażowanie w sprawę działając podczas wykonywania umowy na zlecenie inwestora. Na tej także podstawie przyjął, iż wykonawca nie ponosił odpowiedzialności za ujawnione konieczne prace, jak zabezpieczenie budynku sąsiedniego torkretem i klamrami oraz czas do tego konieczny.

Wykazane zostało także, iż budowa co do zasady była trudna, prowadzona w szczególnych warunkach, uciążliwych dla wykonawcy z uwagi na położenie w ścisłej zabudowie, w środku miasta, bez dostępu do drogi, bezpośrednio przy reprezentacyjnej ulicy, co powodowało niezadowolone mieszkańców oraz inne komplikacje, jak ze składowaniem i wywozem gruzu. Ujawniono także wyjątkowo grube fundamenty oraz zbrojenie skarbcza, co przy zakazie używania ciężkiego sprzętu miało wpływ na koszt oraz czas wykonania umowy. Uznać należało, iż zmiana technologii zabezpieczenia wykopu miała także wpływ na termin wykonania umowy oraz pozwalała na pozostawienie części płyty fundamentowej w celu ustawienia na niej palownicy.

Przyjąć należało na podstawie tak wpisów w dzienniku budowy, dokumentów, jak i zeznań świadków, że wykonawca nie przedstawił pełnego planu (...), nie wykonywał zaleceń pokontrolnych w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy.

W ocenie Sądu Okręgowego, roszczenie powoda było uzasadnione. Bezsporne było, że strony zawarły umowę o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 i nast. k.c. Nie ulegało także kwestii, że przedmiot umowy, stwierdzony protokołem zaawansowania robót za miesiąc wrzesień 2011 r. oraz udokumentowany fakturą Vat został wykonany. Nadto pozwany uznał roszczenie powoda w sposób niewłaściwy, albowiem oświadczył, że dokonał potrącenia wierzytelności, co uzasadnia przyjęcie, iż przyznał jego istnienie i wymagalność.

Powód zarzucał, że pozwany nie ma legitymacji do odstąpienia od umowy i potrącenia kar umownych z uwagi na zawartą umowę przelewu na zabezpieczenie, jaka została zawarta z (...) SA w dniu 17 sierpnia 2011 r. Na podstawie zeznań świadków oraz treści dokumentów przyjąć należało, iż zgodnie ze zgodnym zamiarem obu stron i celem umowy nie było przejęcie od pozwanej praw i obowiązków wynikających z umowy w momencie podpisania umowy przelewu, lecz stworzenie na rzecz baku uprawnienia do przejęcia praw pozwanej z chwilą naruszenia przez inwestora umowy kredytu. Naruszenie umowy kredytu nie wystąpiło, kredyt został spłacony. W tych warunkach Sąd Okręgowy uznał, że legitymacja pozwanego do zgłoszenia zarzutu potrącenia została wykazana.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że na pozwanym ciążył obowiązek wykazania, że dochodzona pozwem wierzytelność wygasła na skutek potrącenia (art. 6 k.c.). Zgłaszający zarzut potrącenia w procesie ma obowiązek określić swoją wierzytelność, wykazać jej istnienie i w kategorięczny sposób wyrazić wolę potrącenia w celu wzajemnego umorzenia skonkretyzowanych wierzytelności (art. 499 w zw. z art. 498 § 1 i 2 k.c.).

Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na art. 395 § 1 i 2 k.c., zgodnie z którym można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. W razie wykonania prawa odstąpienia, umowa uważana jest za niezawartą. To, co strony już świadczyły, ulega zwrotowi w stanie niezmienionym, chyba że zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu. Za świadczone usługi oraz za korzystanie z rzeczy należy się drugiej stronie odpowiednie wynagrodzenie. Z kolei zgodnie z art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 636 § 1 k.c., jeżeli przyjmujący dzieło wykonywa je w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może odstąpić od umowy. Zamawiającemu przysługuje w okresie wykonywania dzieła prawo kontroli nad sposobem jego wykonania przez przyjmującego zamówienie. W razie wadliwego albo sprzecznego z umową wykonywania dzieła, jeżeli nie doszło jeszcze do jego odbioru, zamawiający może wezwać przyjmującego zamówienie do zmiany sposobu wykonania umowy i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Wskazane uprawnienie powstaje w sytuacji, gdy na podstawie postanowień umowy lub ogólnych reguł wynikających z Kodeksu cywilnego zamawiający będzie w stanie wykazać wadliwe albo sprzeczne z umową wykonywanie dzieła. Im większe prawdopodobieństwo powstania nieodwracalnych konsekwencji nieprzezwyciężenia zasad należytego wykonywania dzieła przez wykonawcę, tym termin wyznaczony zgodnie z art. 636 § 1 zdanie pierwsze k.c. powinien być krótszy. Wezwanie powinno wskazywać, jakie działania wykonawcy zamawiający uznaje za wadliwe lub sprzeczne z umową i jakiej zmiany (działań lub zaniechań) oczekuje. Celem wezwania jest doprowadzenie do stanu prawidłowej realizacji obowiązków umownych. Wyznaczony przez inwestora termin powinien być odpowiedni do okoliczności, w których dzieło jest wykonywane oraz uwzględnić czas niezbędny dla wdrożenia przez wykonawcę odpowiedniej zmiany dotychczasowego sposobu wykonywania przedmiotu umowy. Dokonanie prawidłowego wezwania determinuje skuteczność korzystania przez zamawiającego z dalszych uprawnień.

W okolicznościach niniejszej sprawy Sąd Okręgowy uznał, że wyznaczony wezwaniem z dnia 25 października 2011 r. termin na wykonanie obowiązków oraz przedstawienie i uzyskanie szeregu zezwoleń - dokumentów do końca października 2011 r. nie był realny. Nie był to bowiem termin pozwalający wykonawcy na zastosowanie się do wskazanych w piśmie wskazówek. Celem wezwania z ww. przepisu jest umożliwienie wykonawcy podjęcia czynności naprawczych w celu kontynuowania wykonywania umowy. Już w dniu 3 listopada 2011 r. pozwany złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy, co uzasadnia przyjęcie, iż wyznaczenie terminu było czynnością pozorną, mającą jedynie uzasadnić odstąpienie od umowy.

Zdaniem Sądu Okręgowego, nie sposób uznać, iż zaszyły umowne przesłanki odstąpienia od umowy. Nie ulegało kwestii, iż nie został przedstawiony przez wykonawcę harmonogram rzeczowo-finansowy. Pozwany nie wykazał, iż powód pozostawał w zwłoce w wykonaniu przedmiotu umowy przez okres dłuższy niż 30 dni w stosunku do terminu wskazanego w harmonogramie, a wykazane zostały okoliczności, które miały wpływ na termin wykonania umowy, jak przestój trwający ok. 8 tygodni, roboty dodatkowe, zmiany dotyczące technologii zabezpieczenia wykopu oraz stabilizacji fundamentów. Uwzględnić także należy, iż inwestor o przeszkodach w wykonaniu przedmiotu umowy wiedział, skoro strony miały zawrzeć aneks w przedmiocie ustalenia terminu zakończenia robót na dzień 31 grudnia 2011 r. Nie zostało również wykazane, iż wykonawca nie przystąpił do właściwego wykonania, mimo wezwania.

Sąd Okręgowy wskazał na art. 635 k.c., zgodnie z którym, jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła. Odstąpienie od umowy na tej podstawie, inaczej niż odstąpienie na podstawie art. 491 § 1 k.c., nie wymaga traktowania zaniechania wykonania w ustalonym terminie czynności przyjmującego zamówienie jako zwłoki. Zamawiający może odstąpić od umowy o dzieło nawet w wypadku, gdy przyjmującemu zamówienie nie można postawić zarzutu naruszenia należytej staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Ciężar dowodu zaistnienia wskazanych okoliczności z art. 635 k.c. spoczywa na zamawiającym (art. 6 k.c.). W okolicznościach niniejszej sprawy nie mogło ulegać kwestii, iż umowny termin wykonania przedmiotu umowy nie mógł zostać dochowany, albowiem upływał z dniem 4 października 2011 r., zaś stosowny aneks w zakresie przedłużenia terminu umowy nie został zawarty. Aby jednak obciążyć powoda karą umowną za odstąpienie, zgodnie z § 21 umowy, istotne było wykazanie, iż do odstąpienia doszło z przyczyn leżących po jego stronie. Wykazane natomiast zostało w sprawie, iż organizacja i prowadzenie prac objętych umową było znacznie utrudnione. W tym miejscu aktualne pozostają uwagi poczynione powyżej, w zakresie okoliczności niezależnych od wykonawcy, a mających wpływ na terminowe wykonanie umowy, jak przestój trwający ok. 8 tygodni, roboty dodatkowe, zmiany technologii zabezpieczenia wykopu oraz stabilizacji fundamentów oraz technologia prowadzonych prac, tj. bez użycia sprzętu ciężkiego. Wszystkie te okoliczności wskazują, że do opóźnień doszło nie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Mając powyższe na względzie Sąd Okręgowy uznał, że roszczenie przedstawione do potrącenia nie jest zasadne, a roszczenie powoda wynikające z faktury Vat nr (...) z dnia 29 października 2011 r. zostało wykazane tak co do wysokości, jak i zasady, co uzasadniało orzeczenie jak w punkcie I sentencji wyroku. O odsetkach Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 481 k.c. (uznając, że doręczona faktura spełniała przesłanki wezwania do zapłaty), a o kosztach postępowania na podstawie art. 98 k.p.c. i art. 108 § 2 k.p.c.

Wyrok Sądu Okręgowego pozwany zaskarżył apelacją w całości zarzucając:

1. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. polegające na braku wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego w kierunku ustalenia przesłanek odstąpienia przez pozwaną od łączącej strony umowy, przewidzianych w § 20 ust. 1 pkt 3 i 4 umowy oraz w § 20 ust. 3 umowy i w art. 635 k.c., w szczególności w zakresie ustalenia:
  - a) obowiązków powódki, posiadanej przez powódkę przed podpisaniem umowy wiedzy o okolicznościach powołanych jak przyczyny opóźnienia robót oraz możliwości przewidzenia tych okoliczności,
  - b) rzeczywistych parametrów płyty fundamentowej i ścian skarbcza w porównaniu z parametrami wskazanymi w dokumentacji projektowej i w inwentaryzacji obiektu,
  - c) faktycznego czasu wykonywania prac zabezpieczających sąsiedni budynek (torkretowanie, klamrowanie) i ich wpływu na opóźnienie robót,
  - d) umownych terminów zakończenia robót rozbiórkowych, palowania, instalowania korka, zakończenia całości zleconych powódce robót, przekroczenia terminów i braku możliwości dotrzymania terminu zakończenia robót,



e) istnienia w dacie skierowania do powódki wezwania z dnia 25 października 2011 r. wskazywanych powódce wielokrotnie nieprawidłowości w zakresie planu (...), organizacji budowy, bezpieczeństwa budowy,

f) daty otrzymania przez powódkę wezwania z dnia 25 października 2011 r.,

g) możliwości wykonania przez powódkę wezwania z dnia 25 października 2011 r. w terminie w nim wskazanym (tj. do końca października 2011r.),

h) braku przystąpienia do wykonania przez powódkę wezwania z dnia 25 października 2011 r.,

przy czym w zakresie punktów od 1a) do 1c) zarzut ten wynika m.in. z:

i) pominięcia dowodu z umowy o roboty budowlane w zakresie jej zapisów zawartych w §§ 1.3, 2.5, 2.8, 3.2-3, 5.1-4, 5.8-12, 5.22, 5.26-28, 6.1-5, 8.2-5, 9.3-5, 10.1, 15.1-4, 23.1-2, a w szczególności zapisu zawartego w § 7.1, z którego wynika, że powód został zobowiązany do prawidłowego przygotowania wykonania umowy - z uwzględnieniem rozpoznania ryzyk związanych z przyczynami późniejszych opóźnień oraz potwierdził wykonanie obowiązku rozpoznania faktycznego („oglądu”) i rozpoznania na podstawie dostępnych dokumentów terenu budowy - w szczególności w zakresie istnienia urządzeń podziemnych,

ii) pominięcia dowodu z dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr 3 do umowy o roboty budowlane i załącznika nr 18 do sprzeciwu w zakresie zapisów wymienionych na str. 2-5 załącznika pozwanego do protokołu rozprawy z 3 marca 2016 r., zawartych w projekcie rozbiórki na bliżej określonych stronach, w zał. nr 2 do projektu - w informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia przygotowanej przez projektanta w celu sporządzenia na jej podstawie przez kierownika budowy planu (...) (zgodnie z art. 21 lit. „a” pkt 1,3 i 4 ustawy - Prawo budowlane) - z których wynika, że projekt ten zawierał wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego i terminowego przygotowania, zorganizowania i wykonania prac przez powoda, powód na jego podstawie wiedział o wszystkich istotnych uwarunkowaniach, ryzykach i trudnościach dotyczących przedmiotowej inwestycji, w tym o zagrożeniach dla zabudowy sąsiedniej, grubości płyty fundamentowej, zakazie używania ciężkiego sprzętu, trudnościach wynikających z lokalizacji inwestycji w zabudowie plombowej i powód był w związku z tym zobowiązany do odpowiedniego przygotowania i organizacji robót oraz budowy, do wykonania konkretnych czynności rozpoznawczych, zapobiegawczych i organizacyjnych, których nie wykonał (nie wykonał przed przystąpieniem do robót szczegółowej inwentaryzacji zabudowy sąsiedniej ani badań potrzebnych do znajomości konstrukcji i urządzeń samego rozbieranego obiektu, nie opracował szczegółowej metodologii wykonywania prac pod kątem wskazanych w projekcie zagrożeń i wymogów, nie przygotował odpowiedniego planu (...), nie zorganizował w odpowiedni sposób budowy - w tym transportu materiałów i odpadów itp.),

(...) pominięcia treści przedstawionej powodowi podczas procedury przetargowej inwentaryzacji obiektu (zał. nr 17 do sprzeciwu), w której znajdowały się rysunki piwnic, z których wynikało wyraźnie (rzut piwnic i przekrój A-A budynku), że wewnątrz piwnic znajdowało się pomieszczenie specjalne posiadające mury o dużej grubości (52 cm),

iv) pominięcia treści załączonego do pozwu dokumentu „Zapis negocjacji z Wykonawcą”, datowanego 27 kwietnia 2011 r. (przed podpisaniem umowy), w szczególności zapisów mówiących o ważkości wykonania przez powoda inwentaryzacji zabudowy sąsiadującej i wskazujących na to, że sposób zabezpieczenia wykopu będzie zaprojektowany w kierunku korka i pali,

v) pominięcia treści protokołu wprowadzenia powódki na budowę datowanego 30 maja 2011 r. (zał. nr 6 do pozwu), w szczególności zapisów zawartych punktach 1,2,3,4,5,7 tego protokołu,

vi) pominięcia treści korespondencji elektronicznej (e-maile z 10 oraz z 11 maja 2011 r.) z uwagami stron do projektu umowy, w której reprezentujący powoda K. W. zapewnia, że to powód, przy pomocy specjalistycznej firmy podwykonawczej wykona dokumentację na zabezpieczenie podłoża metodą palowania i korka betonowego, co będzie skutkowało zmianą pozwolenia na budowę,

vii) pominięcia treści ekspertyzy technicznej nr 17/Z/2011 r. (wykonanej przez inż. D.) w zakresie zapisów, z których wynika, że zlecona ona została przez powoda w dniu 20 maja 2011 r., tj. jeszcze przed zawarciem umowy, a wizje lokalne zabudowań sąsiednich służące sporządzeniu tej ekspertyzy przeprowadzone były m. in. 21 maja 2011 r. (jeszcze przed zawarciem umowy),

viii) pominięcia treści wpisów do dziennika budowy w datach 30 maja 2011 r. oraz 8 czerwca 2011 r. (zał. nr 10 do pozwu), które potwierdzają, że powód zlecił wykonanie tej ekspertyzy w dniu 20 maja 2011 r., tj. jeszcze przed podpisaniem umowy,

ix) pominięcia załączonego do pozwu pisma K. W. z dnia 6 czerwca 2011 r., z którego wynika, że to on zlecił wykonanie ww. ekspertyzy przed rozpoczęciem robót (a mimo to twierdził potem, że w chwili podpisania umowy powód nie mógł znać i nie miał obowiązku zapoznawać się ze stanem zabudowy sąsiedniej, gdyż zabezpieczeniem budynków sąsiednich miał się zajmować inwestor),

x) pominięcia załączonego do pozwu pisma K. W. z dnia 27 czerwca 2011 r., w którym autor stwierdza, że wobec braku zgody inż. Z. D. (1) na dalszą współpracę zaproponował on (K. W., czyli powód) wykonanie projektu zabezpieczenia zabudowy sąsiedniej inżynierowi Z. W., co przeczy tezom dotyczącym braku wcześniejszego przyjęcia przez powoda odpowiedzialności za zabezpieczenie zabudowy sąsiedniej,

xi) pominięcia treści załączonej do pozwu korespondencji elektronicznej M. W. (1) i K. W. z dnia 2 sierpnia 2011 r., w której K. W. stwierdza, że proponowana przez niego technologia posadowienia budynku na palisadzie z pali i korka była przewidziana w jego ofercie, konsultowana z projektantem i konstruktorem i uwzględniona w umowie - patrz „Propozycja harmonogramu płatności” (zał. nr 1 do sprzeciwu),

xii) pominięcia dokumentacji fotograficznej budowy załączonej do sprzeciwu wskazującej m. in. na rzeczywistą grubość zbrojonej płyty fundamentowej, nie przekraczającą wskazanej w pkt. 2.3 projektu rozbiórki grubości zbrojonej płyty ok. 50 cm + warstwa chudego betonu (zdjęcie na str. 26 dokumentacji z okresu 4-10 listopada 2011 r. stanowiącej załącznik nr 14 do sprzeciwu),

xiii) pominięcia treści odrębnej notatki z narady koordynacyjnej stanowiącej załącznik nr 33 do sprzeciwu, gdzie w pkt 4 odnotowano, że zamierzona grubość wycinanych elementów płyty nie przekracza 40 cm,

xiv) pominięcia zapisów pod datą 28 września 2011 r. w załączonym do pozwu dzienniku budowy, z których wynika, że zmierzona grubość samej płyty wynosi 46 cm, grubość znajdującej się pod nią izolacji wynosi 1cm, a grubość znajdującego się pod nią chudego betonu wynosi 16 cm - czyli parametry płyty są zgodne z zapisem w pkt 2.3 projektu rozbiórki mówiącym o grubości zbrojonej płyty ok. 50 cm + warstwa chudego betonu,

xv) pominięcia złożonego na ostatniej rozprawie protokołu odbioru robót zabezpieczających sąsiedni budynek (torkretowanie, klamrowanie), stwierdzającego ich odebranie w dniu 5 sierpnia 2011 r. oraz zapisów dziennika budowy wskazujących na datę rozpoczęcia tych prac - 27 lipca 2011 r. - data złożenia ekspertyzy dotyczącej sposobu wykonania tych prac oraz z wcześniejszych wpisów w dzienniku budowy, z których łącznie wynika, że przed 27 lipca 2011 r. powód kontynuował prace rozbiórkowe, a czas wykonywania prac zabezpieczających polegających na torkretowaniu i klamrowaniu ściany sąsiedniego budynku nie przekroczył 9 dni,

xvi) pominięcia zeznań świadka Z. D. (1) z rozprawy 20 maja 2014 r. w zakresie, w którym świadek zeznał, że wykonanie ekspertyzy budynków sąsiednich zlecił mu przed rozpoczęciem prac rozbiórkowych K. W. i że co do zasady praktykowane jest czasem powierzenie wykonania inwentaryzacji zabudowy sąsiedniej wykonawcy,

xvii) pominięcia zeznań świadka J. S. (1) z rozprawy 26 sierpnia 2014 r. w części dotyczącej zakresu obowiązków powoda (w szczególności obowiązku sporządzenia inwentaryzacji zabudowy sąsiedniej, zobowiązania się powoda do wykonania dokumentacji zamiennego zabezpieczenia wykopu po rozbiórce), możliwości objerzenia i zbadania przez powoda budynku podlegającego rozbiórce, uzyskania przez powoda wiedzy o trudnościach budowy przed

zawarciem przez strony umowy w oparciu o dostarczone mu dokumenty, w tym inwentaryzację (w szczególności wg świadka dotyczyło to wiedzy o istnieniu skarbcza i jego parametrach), braku należytego przygotowania powoda do realizacji umowy (braku opracowania szczegółowej metodologii prac, braku opracowania pełnego planu (...), braku opracowania szczegółowego harmonogramu prac), nieprawidłowości w realizacji przez powoda robót, czasu wykonywania poszczególnych czynności i okresów trwania przeszkód powodujących opóźnienia, zaleceń i wezwań kierowanych do powoda, braku reakcji powoda, przekroczenia terminów umownych,

xviii) pominięcia zeznań świadka E. D. z rozprawy z dnia 10 lutego 2015 r. w części dotyczącej zawartości dokumentacji przetargowej, negocjacji prowadzonych z powodem przed zawarciem umowy, zaproponowania przez powoda innego niż zaprojektowany sposobu zabezpieczenia wykopu, nieprawidłowości i zaniedbań powoda przy wykonywaniu jego obowiązków, braku dotrzymania przez powoda terminów umownych i braku perspektyw na dotrzymanie dalszych takich terminów, udostępnienia powodowi przed zawarciem umowy obiektu w celu dokonania wizji oraz udostępnienia mu wówczas inwentaryzacji obiektu, wyglądu i możliwości stwierdzenia parametrów pomieszczeń piwnic, umożliwienia powodowi zbadania obiektu, w tym dokonania pomiarów i odkrywek, uprzedzenia powoda o konieczności zabezpieczenia zabudowy sąsiedniej przed oddziaływaniem inwestycji oraz o potrzebie wykonania w tym celu przez powoda inwentaryzacji zabudowy sąsiedniej i pozyskania odpowiednich ekspertyz, ustalonych terminów umownych wykonania prac, nieprawidłowości zaistniałych po stronie powoda,

xix) pominięcia zeznań J. K. (1) z rozprawy 10 lutego 2015 r. w części dotyczącej zaproponowania przez powoda innego sposobu zabezpieczenia wykopu po rozbiórce budynku, braku przygotowania powoda do realizacji umowy, zakresu obowiązków powoda i wskazywania powodowi przez pozwanego czynności koniecznych do wykonania, w tym wzywania powoda przez pozwanego do wykonania inwentaryzacji zabudowy sąsiedniej przewidzianej już w projekcie rozbiórki, braku bezpiecznego prowadzenia budowy przez powoda i wstrzymania budowy z tego powodu, nawarstwiających się nieprawidłowości w realizacji przez powoda umowy, braku podpisania przez powoda aneksu do umowy, ustalonych terminów wykonania prac, ich przekroczenia, stanu budowy w konkretnych okresach, wezwań kierowanych przez pozwanego do powoda,

xx) pominięcia zeznań G. Z. z rozprawy 10 lutego 2015 r. w części dotyczącej przebiegu negocjacji przeprowadzonych pomiędzy stronami przed zawarciem umowy, dokumentacji i wiedzy udostępnionej wówczas powodowi, umożliwienia powodowi zbadania obiektu i przyszłego terenu budowy, rozkładu obowiązków dotyczących bezpieczeństwa budowy oraz zabezpieczenia zabudowań sąsiednich, braku wywiązania się powoda z obowiązku przygotowania i dostarczenia pozwanemu szczegółowego harmonogramu prac oraz szczegółowej metodologii wykonywania robót rozbiórkowych, uchylania się powoda od wykonywania zaleceń z porad koordynacyjnych, w tym np. dotyczących zabezpieczenia roślinności, wykonania pełnego planu (...), podejmowanych prób uzgodnienia terminów naprawczych, niepodpisania aneksu do umowy przez powoda, braku zakończenia etapu robót rozbiórkowych w momencie odstąpienia od umowy, długości okresów opóźnień spowodowanych przez powoda,

xxi) pominięcia zeznań M. W. (1) z rozprawy 29 września 2015 r. w części dotyczącej odpowiedzialności powoda za powstanie opóźnień i występowanie nieprawidłowości na budowie, doręczenia drogą mailową powodowi pisma z dnia 25 października 2011 r. (ostatnie wezwanie do usunięcia nieprawidłowości), długości okresu zwłoki, niedotrzymywania przez powoda terminów umownych oraz terminów proponowanych jako naprawcze, zakresu obowiązków powoda, w szczególności dotyczących wykonania inwentaryzacji zabudowy sąsiedniej, wykonywania przez powoda prac rozbiórkowych niezgodnie z projektem rozbiórki (używanie sprzętu ciężkiego), niewykonania przez powoda obowiązków w zakresie sporządzenia i dostarczenia szczegółowego harmonogramu robót, projektu organizacji placu budowy, pełnego planu (...), inwentaryzacji zabudowy sąsiedniej, ekspertyzy dotyczącej sposobu zabezpieczenia zabudowy sąsiedniej, zaproponowania przez K. W. zmiany sposobu zabezpieczenia wykopu na etapie negocjowania umowy pomiędzy stronami i podjęcia już wówczas decyzji o tej zmianie, oczekiwania od powoda szczegółowego projektu nowego sposobu zabezpieczenia wykopu i zlecenia przez powoda wykonania tego projektu firmie (...), okoliczności, że brak tego projektu nie był powodem zwłoki, za którą naliczono powodowi kary umowne, niewykonywania przez powoda ustaleń z porad koordynacyjnych,

przy czym pominięcie ww. dowodów skutkowało:

- brakiem prawidłowych ustaleń dotyczących zaproponowania przez powoda i podjęcia przez strony decyzji o zmianie projektu zabezpieczenia wykopu i robót fundamentowych jeszcze przed zawarciem przez strony umowy, a zatem w okolicznościach, które powód sam spowodował, a także mógł i powinien był je uwzględnić przystępując do zawarcia i realizacji umowy,

- brakiem ustalenia, że to powód był odpowiedzialny za sporządzenie szczegółowego harmonogramu rzeczowo-finansowego i ponosi odpowiedzialność za wystąpienie przeszkód związanych z brakiem tego dokumentu (zgodnie z pkt 7 protokołu wprowadzenia na budowę - zał. nr 6 do sprzeciwu),

- błędnym przyjęciem, że zmiana projektowanego sposobu zabezpieczenia wykopu i robót fundamentowych stanowiła przeszkodę, której powód nie mógł być przewidzieć,

- błędną - pozbawioną faktycznych, a także prawnych podstaw oceną projektu budowlanego jako niekompletnego, pozbawionego pewnych elementów, Sąd bowiem w tym zakresie nie oparł się ani na faktach, ani na przepisach prawa budowlanego (regulujących obowiązkową zawartość projektu budowlanego), ani na treści umowy określającej zakres obowiązków stron, lecz wyłącznie na w pełni dowolnych ocenach przejętych od powoda oraz od tych świadków, którzy nie uczestniczyli przy negocjowaniu i zawieraniu umowy pomiędzy stronami i nie mogli stwierdzić, jak strony podzieliły się obowiązkami dotyczącymi zabezpieczenia zabudowań sąsiednich przed oddziaływaniem inwestycji, a jednocześnie mając obowiązek zeznawania tylko odnośnie faktów nie byli uprawnieni do proponowania subiektywnych ocen dotyczących kompletności czy też prawidłowości projektu budowlanego,

- błędnym ustaleniem okresu opóźnienia prac z powodu konieczności wykonania prac zabezpieczających zabudowę sąsiednią,

- sprzecznością ustaleń dotyczących powszechnie znanych warunków usytuowania budynku w zwartej zabudowie miejskiej przy deptaku, związanych ze zwartą zabudową trudności transportowych (dowóz materiałów, wywóz odpadów z budowy) oraz ustaleń w zakresie daty dokonania wizji lokalnej i stwierdzenia stanu zagrożenia dla zabudowy sąsiedniej przez zatrudnionych przez powoda ekspertów- inżynierów D. (21 maja 2011 r., przed podpisaniem umowy) - z oceną wskazującą na brak po stronie powoda możliwości przewidzenia tych trudności przed podpisaniem umowy, w szczególności możliwości przewidzenia potrzeby zabezpieczenia zabudowy sąsiedniej w dacie podpisania umowy (24 maja 2011 r.),

- błędnym ustaleniem, że parametry skarbca były inne niż przewidywano w dokumentacji projektowej,

- przyjęciem przez Sąd błędnej konkluzji, że „do opóźnień doszło nie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” i że nie dawało to podstaw do obciążenia powoda karą umowną przewidzianą w § 21 ust. 1 pkt. 1 umowy,

przy czym w zakresie punktu 1d) zarzut ten wynika m.in. z:

xxii) pominięcia treści dokumentu „Propozycja harmonogramu płatności” (zał. nr. 1 do sprzeciwu), gdzie określono terminy wykonania robót rozbiórkowych (8 tygodni od zawarcia umowy), palowania (12 tygodni od zawarcia umowy) oraz korka (16 tygodni od zawarcia umowy, tj. do 14 września 2011 r.),

xxiii) pominięcia zapisów umowy dotyczących ostatecznego terminu wykonania wszystkich zleconych powodowi robót, tj. stanu „0” (faza I) - 23 tygodnie od wejścia w życie umowy, tj. do końca października 2011 r. lub najpóźniej do dnia 4 listopada 2011 r. (§ 8 ust. 4, § 24 ust. 1 umowy, protokół wprowadzenia na budowę z 30 maja 2011 r. ),

xxiv) błędnego przyjęcia, że niesporządzenie przez powoda szczegółowego harmonogramu rzeczowo-finansowego skutkowało brakiem zakreślenia terminu wykonania tych robót,

xxv) pominięcia dokumentów i zeznań, w których jest mowa o proponowanych przez powoda, a następnie niedotrzymanych (przekroczonych o ponad 30 dni) terminach naprawczych wykonania robót (przykładowo - notatka z narady koordynacyjnej 3 sierpnia 2011 r. - zał. nr 3 do sprzeciwu, notatka z narady koordynacyjnej 17 sierpnia 2011 r. - zał. nr 5 do sprzeciwu, notatka z narady koordynacyjnej z 28 września 2011r. - zał. nr 6 do sprzeciwu, harmonogram naprawczy z 17 sierpnia 2011 r. - zał. nr 7 do sprzeciwu, odrębna notatka - zał. nr 8 do sprzeciwu, podpisany jednostronnie przez pozwanego (powód odmówił podpisu) projekt aneksu - zał. nr 9 do sprzeciwu, oświadczenie prezesa powoda zawarte w protokole stanu zaawansowania robót 2 listopada 2011 r. - zał. nr 15 do sprzeciwu, korespondujące z tymi dokumentami zeznania świadków -J. S., J. K., M. W.),

przy czym pominięcie ww. dowodów skutkowało:

- błędnym przyjęciem, że niesporządzenie przez powoda szczegółowego harmonogramu rzeczowo-finansowego wskazuje na brak ustalenia w ogóle terminu wykonania robót,

- błędnym przyjęciem, że pozwany nie udowodnił, jakie były ustalenia stron odnośnie terminów wykonania robót, a przez to nie udowodnił okresu zwłoki powoda w wykonaniu robót rozbiórkowych, palowania, wykonaniu korka, braku możliwości dotrzymania ostatecznego terminu (a także terminów proponowanych naprawczo) do wykonania całości wszystkich prac składających się na stan „0”, a przez to nie udowodnił wystąpienia umownej przesłanki odstąpienia od umowy (§ 20 ust. 1 pkt 3) lub ustawowej przesłanki odstąpienia od umowy (art. 635 k.c. w zw. z § 20 ust. 3 ostatnie zdanie),

- pominięciem okoliczności, że okres opóźnienia robót nawet przy uwzględnieniu na korzyść powoda opóźnień spowodowanych koniecznością zabezpieczenia zabudowy sąsiedniej (wykonanie ekspertyzy - wyboru sposobu zabezpieczenia, wykonanie zabezpieczenia) nadal przekraczał 30 dni, co pozwany dokładnie wyjaśnił w sprzeciwie na podstawie konkretnych dat i obliczeń, przywołując na te okoliczności konkretne, ale pominięte przez Sąd dowody,

przy czym w zakresie punktów od 1e) do 1h) zarzut ten wynika m.in. z:

xxvi) pominięcia treści zaleceń pokontrolnych (...) z 4 listopada 2011 r. (zał. nr 42 do sprzeciwu), z których wynika, że do czasu ich wydania powód nie zapewnił opracowania aktualnego planu (...), prawidłowego zorganizowania zaplecza terenu budowy, prawidłowego opracowania tras ruchu i stref bezpieczeństwa na budowie,

xxvii) pominięcia treści notatki z narady koordynacyjnej (zał. nr 33 do sprzeciwu), z której wynika, że powód w dalszym ciągu nie wykonał ww. zaleceń pokontrolnych (...),

xxviii) pominięcia treści zapisów pod poz. 5.10.11 protokołu z dnia 2 listopada 2011 r. (zał. nr 15 do sprzeciwu), z których wynika, że powód na dzień 2 listopada 2011 r. nadal nie wykonał ww. zaleceń dotyczących uzupełnienia planu (...) i prawidłowego opracowania organizacji ruchu budowy oraz nie zinwentaryzował, zgodnie z wcześniejszymi wezwaniami zawartymi w pismach i na naradach, zieleni od strony budynku T.,

xxix) pominięcia treści inwentaryzacji fotograficznej z okresu 4-10 listopada 2011 r. (zał. nr 14 do sprzeciwu), która potwierdza brak wykonania wcześniejszych wezwań i zaleceń (wg stanu istniejącego tuż po odstąpieniu od umowy) - brak wykonania do dnia odstąpienia od umowy wszystkich czynności wskazanych we wcześniejszych wezwaniach i zaleceniach nie był zresztą przez powódkę kwestionowany,

xxx) pominięcia treści notatek z narad koordynacyjnych datowanych przed 25 października 2011 r. oraz pisma pozwanego z dnia 20 października 2011 r., z których wynika, że pozwany wskazywał powodowi konkretne nieprawidłowości i wzywał do podjęcia konkretnych czynności naprawczych (m. in. dotyczących opracowania i dostarczenia projektu organizacji budowy i organizacji ruchu, uzupełnienia planu (...), trwałego zabezpieczenia stropu garażu podziemnego /strefa bezpieczeństwa uniemożliwiająca ruch pojazdów po stropie garażu podziemnego należącego do nieruchomości sąsiedniej - T./, zabezpieczenia urządzeń i zieleni na terenie zajmowanym przez powoda,

a należącym do ww. nieruchomości) jeszcze przed skierowaniem do niego pisma z 25 października 2011 r., zatem pismo z 25 października 2011r. po raz kolejny wzywało powoda do tych działań i wskazywało kolejny termin,

xxxi) pominięcia treści e-maila z 25 października 2011 r. (zał. nr 13 do pozwu) oraz treści zeznań J. K. i J. W., z których wynika, że załączone do tego e-maila pismo z dnia 25 października 2011 r. powód otrzymał w dniu 25 października 2011 r. pocztą elektroniczną,

przy czym pominięcie ww. dowodów skutkowało:

- brakiem uwzględnienia okoliczności doręczenia powodowi pisma z dnia 25 października 2011 r. drogą mailową (Sąd ustalił jedynie, że powódka twierdziła, iż pismo to zostało jej doręczone pocztą po wręczeniu odstąpienia od umowy),

- błędnym ustaleniem, jakoby termin wyznaczony w piśmie z 25 października 2011 r. nie był realny, a wezwanie to miało charakter pozorny - przy pominięciu tego, że pismo to nie było pierwszym, lecz kolejnym pismem wskazującym powodowi te same uchybienia, odwoływało się w tym zakresie do wcześniejszych wezwań i zaleceń i wyznaczało nie pierwszy, lecz kolejny termin do usunięcia tych uchybień,

- błędnym przyjęciem, że pozwany nie wykazał, aby powód nie zastosował się do wezwania z 25 października 2011 r.,

- sprzecznością pomiędzy ustaleniami dotyczącymi istnienia obciążających powoda uchybień (brak przedstawienia pełnego planu (...), brak wykonania zaleceń pokontrolnych w zakresie bhp - vide str. 10 uzasadnienia), a ustaleniem braku podstaw do odstąpienia pozwanej od umowy;

2. ponadto strona apelująca zarzuciła naruszenie przepisów prawa materialnego poprzez:

a) brak zastosowania art. 354 § 1 k.c. w zw. z art. 355 § 2 k.c. i uwzględnienia zawartych w tych przepisach zasad ogólnych dotyczących sposobu wykonania zobowiązania przez powoda i znaczenia, przy ocenie staranności, zawodowego charakteru działalności powoda - skutkujące brakiem ustaleń dotyczących m. in. możliwości i powinności przewidzienia przez powoda przeszkód występujących później w trakcie realizacji umowy,

b) brak zastosowania art. 635 k.c. w zw. z § 20 ust. 3 zdanie ostatnie umowy („niezależnie od umownego prawa odstąpienia od umowy każda ze stron zachowuje prawo do odstąpienia od umowy na zasadach kodeksu cywilnego”) - pomimo powołania w umowie również ogólnych (kodeksowych) przesłanek odstąpienia od umowy i powołania w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy przesłanki odpowiadającej przepisowi art. 635 k.c. (z uzasadnienia wyroku wydaje się wynikać, że Sąd w zasadzie ograniczył się do rozpoznania przesłanek odstąpienia z § 20 ust. 1 pkt 3 umowy oraz tylko teoretycznego rozważenia treści i znaczenia przepisu art. 635 k.c.),

c) brak zastosowania art. 353<sup>1</sup> k.c. – jeśliby rozumieć uzasadnienie wyroku w ten sposób, że Sąd kategorycznie uznaje, że odpowiedzialność za przygotowanie inwestycji pod kątem zabezpieczenia zabudowy sąsiedniej, opracowania dokładnej metodologii prac, rozpoznania warunków i utrudnień itp. może obciążać wyłącznie inwestora, niezależnie od umownych ustaleń stron (zarzut ten postawiono z ostrożności procesowej z uwagi na niejednoznaczne uzasadnienie wyroku);

3. dodatkowo strona apelująca ewentualnie zarzuciła nierozpoznanie istoty sprawy, z uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie wynika bowiem jednoznacznie, czy Sąd w ogóle rozpoznał sprawę we właściwym zakresie, czy też jedynie dopuścił się uchybień.

Opierając się na powyższych zarzutach pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa i zasądzenie od powódki kosztów postępowania w pierwszej instancji oraz o zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd pierwszej instancji z pozostawieniem mu rozstrzygnięcia o kosztach za obie instancje.

Powód wniósł o oddalenie apelacji oraz o zasądzenie kosztów za drugą instancję.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje.

Apelacja jest uzasadniona o ile prowadzi do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania, ponieważ Sąd ten nie rozpoznał istoty sprawy.

Roboty budowlane, których dotyczy niniejszy spór miały skomplikowany przebieg, a w związku z nimi doszło do licznych pojedynczych zdarzeń i stworzenia całego szeregu dokumentów. Te pojedyncze zdarzenia i dokumenty dotyczyły zawilego procesu rozbiórki budynku położonego wewnątrz dużego miasta, przy czym w miejscu tego budynku miał powstać nowy obiekt. Prowadzone roboty miały także wpływ na nieruchomości sąsiednie oraz podmioty nie biorące udziału w tym postępowaniu. Łącznie na okoliczności związane z niniejszym sporem składały się więc bardzo liczne, podnoszone przez strony fakty proste i złożone, związki przyczynowo - skutkowe zachodzące pomiędzy tymi faktami, liczne twierdzenia i zaprzeczenia, dotyczące tak drobnych elementów i pojedynczych zdarzeń jak i ich łącznej wymowy, przyczyn i skutków, a wszystkie z nich miały składać się na rację po stronie powodowej albo pozwanej, częściową oraz łączną. Stosownie do tego stanu rzeczy strony postępowania złożyły bardzo wiele dowodów - z dokumentów oraz z osobowych źródeł dowodowych.

Mimo poważnych rozmiarów materiału przedstawionego przez strony, nie tylko w sensie fizycznym ale przede wszystkim w sensie nagromadzenia spornych zagadnień i faktów, Sąd Okręgowy odniósł się jedynie do niewielu kwestii i to jedynie fragmentarycznie, pozostawiając poza zakresem swego zainteresowania wyżej opisany splot zdarzeń, twierdzeń, zaprzeczeń, istnienia lub nieistnienia stosunków wynikania, a także pozostawiając, jako niezbadanych, wiele dowodów, mimo ich formalnego dopuszczenia. Jednym z tego wyrazów jest zresztą obszerność zarzutów apelacyjnych, obejmujących swoim zakresem materiał pominięty oraz twierdzenia i stanowiska, do weryfikowania których Sąd Okręgowy nie przystąpił.

Do wielu dowodów Sąd Okręgowy w ogóle się nie odniósł i tym samym nie miał sposobności, by roztrząsać względy, jakie według stron z tych dowodów wynikają. Tytułem przykładu wskazać można na notatki, projekty, dokumentację fotograficzną, korespondencję elektroniczną i inne. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku nie można znaleźć żadnego stanowiska w tym zakresie, a przecież strony, w tym w szczególności strona apelująca, do treści tych dokumentów przywiązywały określone wnioski, oceny i skutki, w tym także skutki mające znaczenie prawne, które według stron determinowałyby wynik sprawy. Gdy chodzi o podstawowy dokument - umowę, z której powód wywodzi swe roszczenie, Sąd pierwszej instancji nie dokonał analizy jej wielu postanowień, ograniczając się jedynie do tych, które traktują o odstąpieniu od umowy, karze umownej i podstawie wystawiania comiesięcznej faktury, a przecież strony, zwłaszcza strona apelująca, z poszczególnych postanowień umownych wywodziły istotne dla rozstrzygnięcia stanowiska.

W sprawie tej zeznania złożyło dwudziestu trzech świadków. Co do kilku z nich Sąd Okręgowy w ogóle nie wspomniał o ich zeznaniach, nie wyjaśniając jednak przyczyn tego pominięcia. Co do kilkunastu z nich Sąd Okręgowy wskazał jedynie ich dane personalne jako źródło ustaleń faktycznych, nie omawiając w ogóle ich zeznań, w szczególności nie wyjaśniając wcale, dlaczego uważa te zeznania za wiarygodne i mogące stanowić źródło poczynionych ustaleń.

Sąd Okręgowy bliżej ocenił jedynie zeznania dwóch świadków (Z. D. i M. D.), z tym że fragmentarycznie tylko, przy czym czerpiąc z ich zeznań oparł się nie tylko na zeznanych faktach, ale również na ocenach ferowanych przez tych świadków. Jakkolwiek, zdaniem Sądu Apelacyjnego, dopuszczalne jest odbieranie od świadków zeznań co do prezentowanych przez nich ocen określonych zdarzeń, to jednak podzielenie tych ocen przez Sąd wymaga dogłębnego wyjaśnienia, zwłaszcza gdy dochodzi do kolizji tych ocen z twierdzeniami strony, tak jak to miało miejsce w tym przypadku. Wyjaśnienie to powinno uwzględniać skonfrontowanie ocen wynikających z zeznań świadków z odmiennymi ocenami strony pozwanej, a zwłaszcza z dowodami zgłoszonymi przez pozwanego, świadczącymi według pozwanego za ocenami przeciwnymi. Jak jednak wspomniano to już powyżej, Sąd Okręgowy dowodów tych nie brał wcale pod uwagę, nie odniósł się do nich i pożądanego wyjaśnienia, popartego analizą obszernego materiału dowodowego, nie przedstawił.

Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że swe ustalenia faktyczne Sąd Okręgowy oparł również na zeznaniach złożonych przez przedstawicieli stron. W uzasadnieniu tym nie można jednak znaleźć wyводу wskazującego, dlaczego zeznania te były wiarygodne i w konsekwencji mogły stanowić źródło ustaleń.

Stanowisko Sądu Okręgowego dotknięte jest także pewną sprzecznością. Z jednej bowiem strony Sąd ten dostrzegł określone przejawy nienależytego wykonywania umowy przez powoda, z drugiej jednak strony Sąd ten nie wyjaśnił, z jakich powodów do okoliczności tych nie przywiązał negatywnych dla powoda skutków.

Ustalenia stanu faktycznego Sąd Okręgowy w istotnej części przedstawił w sposób wadliwy. Otóż w uzasadnieniu wyroku zrelacjonowano między innymi pewne zdarzenia, negatywne z punktu widzenia realizacji umowy łączącej strony, bez jednak ustosunkowania się, kto i dlaczego ponosi za to odpowiedzialność. Przedstawiano też pewne fakty związane z działaniami powoda lub ich brakiem, np. dokonywanie wpisów w dzienniku budowy, wstrzymywanie czynności, dokonywanie zgłoszenia, formułowanie zarzutów, czy kierowanie pism o określonej treści, bez przedstawienia w dalszej części wyводу konkluzji co do ich zasadności. Sąd Okręgowy przedstawił więc pewne fakty, twierdzenia i zjawiska, bez jednak ich oceny oraz bez wskazania rzeczywistego stanu rzeczy w zakresie objętym tymi okolicznościami.

Sąd Okręgowy nie roztrząsał wielu istotnych okoliczności, do których nawiązują obszerne zarzuty apelacyjne. Nie odniósł się między innymi również do tych twierdzeń i dowodów, które miały świadczyć o tym, że powód już w okresie poprzedzającym zawarcie umowy z pozwanym był świadomy ryzyka związanego z robotami, których się podjął, znał potencjalne trudności, które mogłyby wpływać na sposób i terminowość wykonywania robót, wiedział o tych parametrach i czynnikach, które później złożyły się na przestoje i opóźnienia a w chwili zawierania umowy przyjął na siebie określone obowiązki związane z tymi elementami.

Sąd Apelacyjny oczywiście nie wypowiada się co do ostatecznej racji po którejkolwiek ze stron tego sporu. Wynik postępowania na obecnym etapie nie da się wskazać i nie jest znany, jednak jego ustalenie wynika zbadania argumentów i dowodów zaoferowanych przez strony, a następnie poddania ich analizie prawnej, czego w postępowaniu przez Sądem pierwszej instancji zabrakło.

Zjawisko objęte kodeksowym terminem „nierozpoznania istoty sprawy” może ujawniać się w różnych postaciach. Należą do nich także sytuacje, gdy wydano wyrok bez zbadania merytorycznych zarzutów pozwanego, gdy nie wyjaśniono i pozostawiono poza oceną okoliczności faktyczne stanowiące przesłanki zastosowania prawa materialnego, czy też gdy uzasadnienie wyroku sporządzone zostało na tyle wadliwie, że brak jest możliwości prawidłowego dokonania kontroli instancyjnej albo zastosowano prawo materialne do niejasno ustalonego stanu faktycznego. Te różne podstawy urzeczywistniły się w niniejszej sprawie, na co nałożyły się poważne braki i błędy w ocenie materiału dowodowego. Sąd Okręgowy stworzył więc w istocie jedynie pozór rozpoznania istoty sprawy, pozbawiając strony prawa do rozpoznania sprawy w dwóch pełnych instancjach.

Wobec tych wszystkich względów należało orzec jak w sentencji na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. i art. 108 § 2 k.p.c.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Okręgowy będzie miał na uwadze wyżej przedstawione już oceny i wskazania, mając na względzie, że wpadkowe zagadnienie związane z cesją dokonaną pomiędzy pozwanym a (...) SA zostało już wyjaśnione z właściwą konkluzją. Sąd pierwszej instancji podejmie nadto ponowną próbę skłonienia stron do ugodowego zakończenia sporu. Niezależnie bowiem od nakazu ustawowego (art. 10 k.p.c.) oraz nieskutecznej próby zawarcia ugody mającej miejsce w drugiej instancji, wskazać należy, że w postępowaniu odwoławczym strony wykazały pozytywne nastawienie do takiej możliwości.