

Sygn. akt I ACa 353/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 listopada 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

(...) SA L. M.

Sędziowie SA Alicja Myszkowska (spr.)

del. SO Bożena Rządzińska

Protokolant sekretarz sądowy Lidia Milczarek

po rozpoznaniu w dniu 8 listopada 2016 r. w Łodzi na rozprawie
połączonych spraw:

I. z powództwa **Teatru Wielkiego w Ł.**

przeciwko **(...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł.**

o zapłatę 3.502.069,72 zł

na skutek apelacji Teatru Wielkiego w Ł. od punktu I wyroku Sądu Okręgowego
w Ł. z dnia 11 grudnia 2015 r. sygn. akt I C 683/10

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od Teatru Wielkiego w Ł. na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym;**

II. z powództwa **(...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł.**

przeciwko **Teatrowi Wielkiemu w Ł.**

o zapłatę 452.200,57 zł

na skutek apelacji obu stron od punktu II wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 11 grudnia 2015 r. sygn. akt I C 683/10

1. **oddala obie apelacje;**

2. **znosi wzajemnie między stronami koszty zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym;**

III. z powództwa **(...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł.**

przeciwko **Teatrowi Wielkiemu w Ł.**

o zapłatę 371.239 zł

na skutek apelacji **Teatru Wielkiego w Ł.** od punktu III wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 11 grudnia 2015 r. sygn. akt I C 683/10

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od Teatru Wielkiego w Ł. na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

Sygn. akt I ACa 353/16

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 11 grudnia 2015 r. Sąd Okręgowy w Łodzi oddalił powództwo Teatru Wielkiego w Ł. przeciwko (...) spółce z o.o.

w Ł. o zapłatę kwoty 3.502.069,72 zł, zasądzając od powoda na rzecz pozwanego kwotę 10.640,32 zł tytułem zwrotu kosztów procesu oraz nie obciążając powoda nieuiszczonymi kosztami sądowymi (pkt I); w sprawie z powództwa (...) spółki z o.o. w Ł. przeciwko Teatrowi Wielkiemu w Ł. o zapłatę kwoty 452.200,57 zł zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 78.863,59 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 21 grudnia 2009 r. do dnia zapłaty, oddalając powództwo w pozostałej części oraz zasądzając od powoda na rzecz pozwanego kwotę 1.444,06 zł tytułem zwrotu części kosztów procesu

(pkt II); w sprawie z powództwa (...) spółki z o.o. w Ł. przeciwko Teatrowi Wielkiemu w Ł. o zapłatę kwoty 371.239 zł zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 371.239 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 12 marca 2010 r. do dnia zapłaty oraz kwotę 29.202,27 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt III).

Powyższe rozstrzygnięcie zostało wydane na podstawie ustaleń, które Sąd Apelacyjny w całości podzielił i przyjął za własne. Z ustaleń tych wynikało,

że mocą umowy z dnia 26 lutego 2007 r. nr ZP/333/03/07 zawartą pomiędzy Teatrem Wielkim w Ł. jako zamawiającym a (...) sp. z o.o. z siedzibą

w Ł. jako wykonawcą, zamawiający powierzył wykonawcy do wykonania zadanie inwestycyjne pod nazwą „Modernizacja systemu grzewczego na terenie Teatru Wielkiego w Ł. – wykonanie wewnętrznej instalacji wentylacji mechanicznej”.

Do podstawowych obowiązków wykonawcy należało m.in.:

- Protokolarne przejęcie od zamawiającego i odpowiednie zabezpieczenie terenu budowy wraz ze znajdującymi się na nim obiektami budowlanymi i urządzeniami technicznymi oraz ubezpieczenie placu budowy,
- Prowadzenie dokumentacji budowy,
- Zorganizowanie budowy i kierowanie budową obiektu budowlanego w sposób zgodny z projektem, pozwoleniem na budowę oraz ze złożoną ofertą, przepisami techniczno - budowlanymi oraz przepisami bezpieczeństwa i higieny,
- Przestrzeganie przepisów p.poż., bhp i innych przepisów prawa obowiązujących w budownictwie,
- Utrzymanie na bieżąco ładu i porządku na terenie budowy po zakończeniu robót,

Do obowiązków zamawiającego należało m.in.:

- Zatwierdzenie protokołów odbioru wykonanych elementów robót,

- Zapewnienie nadzoru inwestorskiego,
- Odbiór przedmiotu umowy po jego wykonaniu,
- Zapłata wynagrodzenia za wykonany przedmiot umowy.

Wynagrodzenie za należyte wykonanie przedmiotu zamówienia określono na kwotę 9.020.708,17 zł brutto.

Cena ryczałtowa miała obejmować wynagrodzenie za wszystkie obowiązki wykonawcy, niezbędne dla zrealizowania przedmiotu umowy określonego w dokumentacji projektowo - kosztorysowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, a znajdującego odzwierciedlenie w kosztorysie ofertowym.

Zamawiający miał prawo korekty wartości ryczałtowej przedmiotu umowy w przypadku ograniczenia lub rezygnacji z umownego zakresu robót.

W przypadku zaistnienia sytuacji powodującej wprowadzenie w trakcie realizacji zamówienia robót lub materiałów zamiennych w stosunku do określonych w kosztorysie ofertowym – zamiennie zakresy robót lub materiały miały być ustalone przed ich realizacją w zatwierdzonym przez zamawiającego protokole konieczności, a ich wartość określona w oparciu o sporządzony przez wykonawcę kosztorys szczegółowy (§ 4).

Strony postanowiły, że z czynności odbioru będzie spisany protokół zawierający wszelkie ustalenia dokonane w toku odbioru, jak też terminy wyznaczone na usunięcie stwierdzonych w tej dacie wad (§ 6).

Strony ustaliły nadto, że będą naliczały kary umowne za: niedotrzymanie terminu odbioru końcowego robót z winy wykonawcy w wysokości 0,2% wartości brutto określonej w § 4 umowy dla całości robót – za każdy dzień zwłoki; zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi – w wysokości 0,2% wartości brutto określonej w § 4 umowy – za każdy dzień zwłoki w usunięciu wady.

W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przez wykonawcę z jego winy zobowiązania będącego przedmiotem umowy, mocą umowy był on zobowiązany do pokrycia wynikłej szkody w pełnej wysokości, bez względu na wartość zastrzeżonych kar umownych.

Strony uzgodniły, że w przypadku realizowania umowy niezgodnie z warunkami technicznymi wykonania i odbioru robót, tj. nie dającym gwarancji na terminowe zakończenie robót, zamawiający dopuszcza możliwość rozwiązania niniejszej umowy w trybie natychmiastowym z winy wykonawcy (§ 7).

Wykonawca udzielił zamawiającemu gwarancji na zakres robót wykonanych na podstawie umowy na okres 36 miesięcy. Okres rękojmi na zakres robót wykonanych na podstawie umowy ustalono na okres 3 miesięcy od dnia zakończenia okresu gwarancji. Okres gwarancji i rękojmi obejmował usunięcie lub naprawę na koszt własny wszelkich ujawnionych usterek oraz naprawę lub wymianę na koszt własny uszkodzonych urządzeń (§ 9).

Tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy wykonawca złożył zabezpieczenie w wysokości 5% wartości brutto umowy, tj. kwotę 451.035,41 zł.

Z powyższej kwoty zamawiający miał zwolnić 70% w terminie 30 dni po uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie/odbioru końcowego przedmiotu umowy. Pozostałe 30% zostanie zatrzymane przez zamawiającego tytułem kaucji gwarancyjnej na okres gwarancji i rękojmi, o której mowa w § 9 i zwolnione w terminie 14 dni po upływie okresu rękojmi (§ 10).

Powyższą umowę zawarto w wyniku przeprowadzonego uprzednio przetargu publicznego. Podstawą oferty był kosztorys przedłożony przez inwestora. Jeszcze na etapie przetargu powstał zamienny kosztorys. Dokumentacja projektowa służąca realizacji robót obejmowała bowiem większy zakres prac aniżeli ten objęty przetargiem. Na etapie wykonawstwa miały być uzgadniane ewentualne zmiany. W trakcie przygotowywania przetargu następowała zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Aneks nr (...) z dnia 1 września 2008 r. do powyższej umowy strony zgodnie postanowiły przedłużyć termin zakończenia robót (termin odbioru końcowego robót) z dnia 31 sierpnia 2008 r. do dnia 22 listopada 2008 r. Jednocześnie zastrzeżono, że niedotrzymanie przez wykonawcę, z jego winy, terminu zakończenia robót ustalonego na dzień 22 listopada 2008 r. będzie skutkowało obowiązkiem zapłaty przez wykonawcę kary umownej w wysokości określonej w § 7 umowy za każdy dzień zwłoki, liczonej od dnia 21 października 2008 r. W związku ze zmianą terminu zakończenia robót, zmienił się harmonogram finansowo - rzeczowy.

Wykonawca przedłużył okres zabezpieczenia należytego wykonania umowy do dnia 30 grudnia 2008 r.

Aneks nie uchybiał art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (§ 5).

Projekt modernizacji polegał na zdemontowaniu wszystkich urządzeń z lat 60-tych i 95% instalacji kanałowej i zastąpienie urządzeniami nowymi.

Teatr Wielki w Ł. jest budynkiem zabytkowym. Koniecznym była dokładna analiza otrzymanej dokumentacji ze stanem faktycznym. Teatr zlecił wykonanie takiej dokumentacji pracowni projektowej, która opracowała projekt. Dokumentacja ta była jednym z elementów potrzebnych do podpisania umowy i przeprowadzenia przetargu. Wykonawca znalazł tę dokumentację przed podpisaniem umowy. Na jej podstawie sporządzono ofertę.

Wykonawca z dniem 20 lipca 2007 r. zgłosił gotowość przystąpienia do wykonania robót budowlanych w pomieszczeniu wentylatorni północnej Teatru Wielkiego. Po wejściu na budowę okazało się, że przewidywany do realizacji zakres robót koniecznych do wykonania nie wyczerpywał całego zakresu robót budowlanych dotyczących m.in. posadzek, tynków, przemurowań i malowania przewidzianych w kosztorysie ofertowym wykonawcy. Uzgodniono, że wykonawca przystąpi do realizacji bez konieczności uzgodnienia na danym etapie czy wykonywane w wentylatorni północnej prace zostały przewidziane w przedmiarach inwestorskich.

Uzgodniono, że roboty budowlane wykonywane na obiekcie będą obmiarowywane powykonawczo.

Przed przekroczeniem zakresów przewidzianych do realizacji w przedmiarach inwestorskich miał zostać sporządzony protokół konieczności wykonania robót dodatkowych (zamiennych). Wykonawca przy udziale inwestora miał dokonać obmiarów tych robót oraz przedłożyć kosztorys wykonawczy do akceptacji inwestora.

Pierwszym etapem prac były roboty demontażowe w podziemiach teatru. Po demontażu przygotowywano pomieszczenia by móc wykonać planowane modernizacje. Najpierw należało wykonać roboty zewnętrzne. Technologia wymagała usunięcia kanałów gruzów przez otwór wykuty w ścianie zewnętrznej od strony budynku sądu. Dopóki nie zostały wykonane wykopy od strony zewnętrznej nie można było niczego demontować. Po wykonaniu otworu montażowego można było zrobić prace demontażowe. Prace wykonawcy były wstrzymywane ze względu na hałas oraz zapach, które przeszkadzały podczas pracy teatru.

W trakcie prac odnotowano wielokrotnie kolizję z istniejącymi instalacjami nie uwzględnionymi w projekcie, które można było w projekcie przewidzieć oraz z tymi, których nie można było przewidzieć, bo były ukryte w ścianach. (...) powinny być jednak widoczne w dokumentacji archiwalnej.

Były jeszcze kolizje w ramach koordynacji prac z R. - B.. Spółka (...) robiła ciągi wentylacyjne na przygotowanej uprzednio trasie, gdzie wykonano otwory montażowe w ścianach. Po dwóch dniach okazało się, że w tych otworach wykonana jest instalacja przeciwpożarowa. Uniemożliwiało to położenie kanałów wentylacyjnych oraz wydłużyło prace.

W salach ćwiczeń baletu instalacje wykonano zgodnie z projektem - wentylacja była poprowadzona częściowo w świetle okien. Inwestor zażądał zmiany już po wykonaniu robót. Zażądał kanałów okrągłych o większej estetyce. Lokalizacja miała być przesunięta tak, aby był dostęp do okien. Proces uzgadniania kanałów wentylacyjnych w salach baletowych był długotrwały. Wdrożenie ostatecznego projektu zajęło 6 tygodni. Prace te nie były objęte kontraktem.

Po dostarczeniu dokumentacji zamiennych okazywało się, że dostarczone uprzednio materiały nie nadają się do wykorzystania. Tak było w przypadku kanałów wentylacyjnych, które są robione na wymiar. Nowe elementy wymagają ponownego obmiaru, zamówienia i realizacji. Stare elementy były odkładane na plac przy budynku technicznym.

Kłapy wentylacyjne były montowane do kanałów nowych. Trzeba było zamówić łączniki. Projekt kończył się na klapie i napisane było, aby podpiąć się do istniejących kanałów, lecz kłapy do nich nie pasowały. Po wykonaniu kłap inspektor sprawdzał prawidłowość wykonania, co warunkowało wykonanie obudowy z materiałów ognioodpornych.

(...) projektowa opracowując projekt modernizacji nieprawidłowo zinwentaryzowała kominy, nie przewidziała podlewek na urządzenia klimatyzacyjne, części rurociągów nie dało się przeprowadzić tak, jak w projekcie ze względu na brak technicznych możliwości, występowały kolizje z ustawieniem kanałów, projekt nie przewidywał zespołów pompowych do chłodni.

Protokołem konieczności z dnia 3 września 2007 r. stwierdzono, że przewidziane w projekcie kanały wyrzutowe prowadzone istniejącymi kanałami dymowymi nie mieszczą się w nich. Zaistniała konieczność rozdziału powietrza wyrzucanego na dwa układy. Stwierdzono konieczność zmian w projekcie i przebudowy instalacji w obrębie magazynu okotarowań. Konieczność wprowadzenia ww. zmian w istotny sposób rzutowała na przewidywany termin ich wykonania. Powyższe zmiany nie wpłynęły na globalną wartość kontraktu.

Protokołem konieczności z dnia 11 września 2007 r. stwierdzono, że w wentylarni głównej występują kolizje istniejących tras rurociągów wody pitnej i przeciwpożarowych z wykonywaną instalacją wentylacji. Usuwanie kolizji wymagało przeróbek kształtek wentylacyjnych i doróbek nowych. Rozwiązanie kolizji zlecono projektantowi. W tym zakresie prace wstrzymano. Uzgodniono, że zmiany nie będą miały wpływu na globalną wartość kontraktu.

W dniu 15 września 2007 r. w protokole konieczności stwierdzono występowanie kolizji wentylacji w korytarzu obok bufetu i sali prób orkiestry z linami wodociągowymi kurtyny ogniowej sceny oraz z instalacją tryskaczową realizowaną przez firmę (...) w ramach kontraktu (...) (Zintegrowany Program Operacyjny Rozwoju Regionalnego) w obrębie korytarza oraz pomieszczeń przyległych do magazynu okotarowań. Stwierdzono, że kolizje te wymagają zmian projektowych, których dokona projektant.

Powstała konieczność przerwania montażu sufitów podwieszanych w szatni orkiestry i zdemontowania istniejącego stelażu drewnianego.

Stwierdzono, że powyższe zmiany wpływają na termin realizacji robót, lecz nie wpływają na ogólną wartość kontraktu.

Protokołem konieczności z dnia 19 września 2007 r. stwierdzono, że konieczna jest zmiana projektowanej trasy i zwiększenie ilości rurociągów ciepła technologicznego, rekuperacji, wody ziemniczej oraz przełożenia instalacji przeciwpożarowej. Według projektu ww. instalacje prowadzone byłyby przez pomieszczenie napędów sceny, czego nie dopuszczają przepisy. Zmiany miały być dokonane zgodnie z rozwiązaniami przekazanymi przez projektantów.

Zastrzeżono, że powyższe roboty mają wpływ na zmianę terminu wykonania robót z uwagi na konieczność kompletacji materiałów. Zmiany nie wpływały jednak na globalną wartość kontraktu.

W związku z licznymi kolizjami instalacji ciepła technologicznego i wody ziemniczej z instalacjami wody gospodarczej oraz p.poż., jak również koniecznością zmiany usytuowania rozdzielaczy zasilających ww. instalacje, w pomieszczeniu wentylatorni głównej, wystąpiła konieczność zmiany przebiegu ich tras stwierdzona protokołem konieczności z dnia 10 października 2007 r. Rozwiązanie kolizji zlecono pracowni projektowej.

Zastrzeżono, że powyższe zmiany mogą wpłynąć na końcowy termin realizacji, nie będą jednak miały wpływu na wartość globalną kontraktu.

W protokole konieczności z dnia 23 października 2007 r. ujęto zakres prac, których rozliczenie zostanie dokonane na zasadzie skompensowania kosztów robót przewidzianych w projekcie, od których odstępuje się, z kosztami robót wymienionych w protokole konieczności.

Wśród wymienionych robót uwzględniono konieczność zdemontowania rurociągu recyrkulacji od poziomu dn 32 IV sala 405 do poziomu wentylatorni północnej. W miejsce zamontowanej zgodnie z projektem dn 32 należało zamontować dn 80. W tym zakresie uzgodniono, że demontaże i montaż dn 80 wykona zewnętrzna firma wykonawcza na koszt projektantów.

Protokołem konieczności z dnia 15 listopada 2007 r. stwierdzono konieczność wykonania robót wykraczających poza zakresy obmiarów ujętych w kosztorysie ofertowym w wentylatorni głównej i północnej obejmujące wyburzenie ścian i położenie tynków, wykonanie posadzek na całej powierzchni.

Roboty zobowiązała się wykonać spółka (...) z zastrzeżeniem, że mogą wpłynąć na końcowy termin zakończenia prac. Jednocześnie uzgodniono, że roboty nie mają wpływu na wartość globalną kontraktu.

W ramach realizacji projektu nie wykonano dokumentacji powykonawczej m.in. na instalację zamienną do instalacji wody lodowej. Decyzja zapadła bez udziału przedstawicieli spółki (...). Na zalecenie inwestora wykonano część kanałów wentylacyjnych.

Braki kanałów wentylacyjnych wynikały zarówno ze zmian dokumentacji projektowej, jak i braku materiałów. Harmonogram dostarczania kanałów opracowany był przed podpisaniem umowy i nie nawiązywał do dokumentacji projektowej. Harmonogramów było kilka.

W protokole konieczności z dnia 14 stycznia 2008 r. stwierdzono, że w kosztorysie przedmiarowym inwestora nie ujęto części instalacji ciepła technologicznego (wody grzewczej) wykonanego z rur stalowych czarnych. Wykonawca opracowując kosztorys ofertowy nie uwzględnił kosztów instalacji ciepła technologicznego z rur stalowych czarnych. Zaistniała konieczność zabezpieczenia ciepła dla potrzeb powietrza wentylacyjnego, tym samym zwiększył się zakres prac dotyczących instalacji ciepła technologicznego do pełnego zakresu przewidzianego w projekcie kosztem ograniczenia prac dotyczących instalacji wody ziemniczej w zakresie, który nie jest konieczny do realizacji na ówczesnym etapie zakładającym rozruch jedynie wentylacji mechanicznej.

Z kosztorysu ofertowego wykonawcy w zakresie instalacji wody ziębniczej usunięto pozycje o łącznej wartości 185.734,03 zł. Zamiennie spółka (...) przedstawiła kosztorys ofertowy na wykonanie instalacji wody grzewczej na kwotę 185.839,84 zł. Przyjęto do rozliczenia kwotę ryczałtową w wysokości 185.734,03 zł.

W toku dalszych prac w odpowiedzi na pisma (...) sp. z o.o. z dnia 11 i 14 marca 2008 r. w sprawie udostępnienia pomieszczeń zasczenia, po sprecyzowaniu, że wymienione prace wymagają łącznego czasu pracy wynoszącego min. 5 tygodni, zamawiający - Teatr Wielki w Ł. - stwierdził, że w okresie od złożenia przez wykonawcę pism do 12 maja 2008 r. nie widzi możliwości udostępnienia wymienionych pomieszczeń z następujących powodów: od połowy marca trwają próby i spektakle do 4 maja 2008 r. włącznie, co wiąże się z ciągłymi pracami w wymienionych pomieszczeniach (garderoby, pracownie); usunięcie przeszkód w postaci wyposażenia pomieszczeń oraz zabezpieczenie elementów stałych może nastąpić najwcześniej 12 maja 2008 r.

Stwierdzono, że termin wykonania robót przez spółkę (...), wyznaczony na 30 kwietnia 2008 r., jest niewykonalny.

Zastrzeżono, że możliwość prowadzenia prac w maju 2008 r. przez spółkę (...) musi być uzgodniona z firmą (...) - wykonawcą projektu unijnego, który obligatoryjnie musi być zakończony do końca maja 2008 r.

W protokole konieczności z dnia 18 sierpnia 2008 r. stwierdzono, że podczas demontażu istniejących kanałów wentylacyjnych okazało się, że znaczna część dotychczasowej instalacji elektrycznej była położona pod tynkami i na tych kanałach. Po zdemontowaniu instalacja luźno zwisała, nosiła ślady wyraźnego zniszczenia - kruszyła się. Stwierdzono, że istniejąca instalacja elektryczna nie nadaje się nie tylko do ponownego montażu, ale i do dalszej eksploatacji. Niezbędne było wykonanie nowej instalacji elektrycznej.

W związku z brakiem odpowiedniej dokumentacji technicznej sytuacja ta była niemożliwa do przewidzenia. Dodatkowo nowe kanały miały zostać przykryte płytami kartonowo - gipsowymi.

Inwestor po analizie kolizji stwierdził, że należy wykonać w całości nową instalację elektryczną na drugim piętrze. Te okoliczności spowodowały wstrzymanie prowadzonych prac podstawowych. Wykonawca wniósł o przesunięcie terminu zakończenia robót na 22 listopada 2008 r.

Przedstawiciel spółki (...) zapewnił jednocześnie, że posiada pełne rozeznanie w zakresie przebiegu pozostałych do wykonania prac oraz dał pełną gwarancję zakończenia prac oraz dokonania odbiorów technicznych i przekazania obiektu do eksploatacji we wnioskowanym terminie.

Kosztorys prac nie przewidywał zajęcia pasa drogowego. Przed rozpoczęciem prac pracownik spółki (...) uzyskał informację, że Teatr ma działkę w obrębie ulic, krawężników wraz z chodnikami otaczającymi budynek. W trakcie prac okazało się jednak, że działka Teatru jest w obrębie budynku. Roboty nie mogły być kontynuowane. Powyższe wywołało potrzebę przygotowania projektu organizacji ruchu od strony budynku sądu oraz od ul. (...) oraz potrzebę uzyskania pozwolenia. Zajęło to ok. 3 - 4 tygodni w okresie letnim, przewidzianym na wykonanie prac.

Zestawienie robót wykreślonych z zakresu zadania inwestycyjnego zleconego umową Nr (...) spółce (...) potwierdzone dwustronnie zawierało: roboty budowlane w budynku technicznym (notatka z dnia 26 lipca 2007 r.) na kwotę 66.003,76 zł, roboty elektryczne (notatka z dnia 26 lipca 2007 r.) na kwotę 105.064,10 zł oraz rurociągi miedziane (protokół konieczności z dnia 14 stycznia 2008 r.) na kwotę 77.283,50 zł. Łączna wartość robót wykreślonych wynosiła 248.351,36 zł netto.

W budynku technicznym inwestor zrezygnował z wykonania robót rozbiórkowych objętych kosztorysem ofertowym w pozycjach od 165 do 171

i poz. 199, w zakresie robót elektrycznych inwestor zrezygnował z robót oznaczonych pod poz. 565, 567, 568. Ustalono wartość prac objętych rezygnacją na kwotę 181.756 zł netto.

W trakcie realizacji prac inspektor nadzoru nie podejmował wiążących decyzji. Zgłaszane problemy przyjmował do wiadomości i zlecał ich rozwiązanie pracowni projektowej.

Pierwotny projekt był wielokrotnie zmieniany. Powstawały także projekty zamienne projektów już zmienionych.

Biuro projektów działało na zlecenie Teatru Wielkiego w ramach nadzoru autorskiego. Przyczyną opóźnień prac wykonywanych przez spółkę (...) były częściowo zmiany w rozwiązaniach projektowych. W przypadku wystąpienia kolizji lub błędów projektowych biuro projektów miało je usunąć. Dokumentacja projektowa zawierała sporo błędów, ok. 29 - 32 dokumentacji wymagało poprawy. Uwzględniając te okoliczności inwestor przesunął termin zakończenia robót.

Także dobór urządzeń wykorzystywanych na terenie inwestycji odbywał się pomiędzy pracownią projektową a dostawcą urządzeń. Odbywały się spotkania z firmami zewnętrznymi m.in. S. w przedmiocie nieprawidłowych wymiarów dostarczonego towaru. Urządzenia stały na terenie wykonawcy i inwestora, nie można było ich zainstalować.

Po rozpoczęciu robót zmienił się kierownik budowy. Po ok. 2 miesiącach w jego miejsce zatrudniono inną osobę. Łącznie było 4 kierowników budowy.

Równoległe z pracami spółki (...) na terenie Teatru Wielkiego w Ł. prace wykonywała firma (...) z siedzibą w Ł. na podstawie odrębnego kontraktu. W zakresie prac R. - B. leżały prace ogólnobudowlane oraz instalacja przeciwpożarowa. Był to niezamierzony zbieg terminów.

Spółka (...) nie miała dostępu do dokumentacji R. - B. przed rozpoczęciem przez nich prac.

Prace spółki (...) były na bieżąco koordynowane z pracami firmy (...). M.in. R. - B. miał usunąć rury, w których miejsce spółka (...) miała wykonywać swoje prace w kanale wentylacyjnym. Firma (...) wcześniej niż pozwany weszła na teren inwestycji i formalnie zakończyła prace w czerwcu 2008 r. Faktycznie, po tej dacie firma (...) nadal wykonywała prace, które były niezbędne do zakończenia prac przez T.. R. - B. odpowiedzialny był za zainstalowanie elektrycznego systemu sterowania klap odpowiedzialnych za wydmuchiwanie powietrza. W części klap były zainstalowane te systemy, ale zacięły się. Powodem było przekoszenie kanałów, niezaczepianie się samoczynnie, nie zazębianie się mechanizmu albo wady przepustnicy bądź wady montażu.

W końcowym etapie prac Teatr uniemożliwił wykonanie tzw. rozruchu klap wentylacyjnych. Problem z rozruchem dotyczył braku automatyki, za którą odpowiedzialna była firma (...). Zamontowane klapy pożarowe były zablokowane gwoździem w stanie otwartym. Pracownicy spółki (...) nie chcieli tego uruchamiać w obawie przed zagrożeniem przeciwpożarowym. Na prośbę przedstawicieli Teatru uruchomiono proces rozruchu. Rozruchu nie można było jednak dokończyć m.in. z powodu trwających ćwiczeń na sali baletowej. Także pracownicy teatru dysponowali pilotami do klimatyzacji i dowolnie nimi operowali.

W czasie rozruchów w wentylatorni północnej zaczęły występować tzw. cofki w kanałach. Było to spowodowane niedrożnością kominów wyrzutowych. Spółka (...) podłączyła kanały do kominów według projektu. Teatr zamówił firmę, która zlokalizowała zator na wysokości 10 metrów. Następnie rozkuto kanał i uzyskano drożność. Prace trwały ponad dwa tygodnie. Dopiero po uzyskaniu drożności możliwe było wykonanie pomiarów instalacji a w efekcie ich odbiór. Jeżeli projektant wykorzystał komin do celów realizacji projektu, to musiał być przekonany, że komin do tego się nadaje. Niedrożność komina jest zatem uchybieniem projektanta

Projekt przewidywał za małe zabezpieczenia elektryczne. Jednoczesne uruchomienie wszystkich central powodowało ich automatyczne wyłączenie się. Wymiana została dokonana w 2 - 3 tygodnie.

Zbiornik glikolu był zamontowany w wentylatorni północnej wraz z węzłem tak, aby było dojście do zbiornika z każdej strony. Inspektor nadzoru stwierdził, że jest to niezgodne z projektem, co było prawdą, lecz innej możliwości montażu nie było. Ostatecznie zbiornik pozostał w tym samym miejscu.

Spółka (...) usuwała na bieżąco zgłaszane usterki.

Inspektor nadzoru bezpieczeństwa pożarowego nie miał zastrzeżeń do instalacji wentylacyjnych wykonanych przez spółkę (...). Były przypadki, że wprowadzone ciągi wentylacyjne wchodziły w kolizję z instalacją sygnalizacji pożarowej bądź dźwiękowego systemu ostrzegawczego. Wówczas wykonawcy powoływali się na uzgodnienia z działem inwestycji i zgodę na taką działalność. Rzeczywiście zgoda była wyrażona.

W dniu 14 maja 2009 r. spisano protokół odbioru końcowego w zakresie wykonania instalacji wody ziębniczej i grzewczej. Protokół zawierał wykaz uwag i usterek oraz 1-miesięczny termin na ich usunięcie.

W dniu 20 maja 2009 r. podpisano protokół odbioru końcowego części robót budowlano - instalacyjnych inwestycji w zakresie wykonania kanałów wentylacyjnych w budynku głównym Teatru. Protokół zawierał szereg uwag i usterek dotyczących wykonanych prac. Na usunięcie usterek wyznaczono 1-miesięczny termin liczony od dnia odbioru.

Także w dniu 20 maja 2009 r. sporządzono protokół odbioru końcowego części robót w zakresie architektury i konstrukcji w budynku głównym teatru. Również w tej części wykazano szereg usterek i uwag. Wyznaczono 1-miesięczny termin na ich usunięcie.

W dniu 27 maja 2009 r. dokonano odbioru końcowego robót budowlano -instalacyjnych inwestycji, z którego spisano protokół dotyczący budynku głównego oraz budynku technicznego Teatru Wielkiego w Ł..

Protokół zawierał wykaz uwag i usterek wykonanych robót oraz uwagi wykonawcy robót, inspektorów nadzoru do wykonawcy robót, a nadto uwagi inspektorów nadzoru do wykonawcy dokumentacji projektowej.

W dniu 3 czerwca 2009 r. została przekazana dokumentacja projektowa powykonawcza inwestycji. Stwierdzone usterki wykonawca robót miał usunąć do 30 czerwca 2009 r.

Spółka (...) z wykonanych prac podstawowych wystawiła fakturę VAT nr (...) na kwotę 29.530,59 zł, fakturę VAT nr (...) na kwotę 18.666 zł oraz fakturę VAT Nr (...) na kwotę 404.003,98 zł.

Spółka (...) z wykonanych prac dodatkowych i zamiennych wystawiła fakturę VAT Nr (...) z dnia 3 marca 2010 r. na kwotę 371.239,08 zł. Jako ostateczny termin płatności ustalono 11 marca 2010 r.

W dniu 13 października 2009 r. Teatr Wielki w Ł. wystawił notę księgową nr (...) na kwotę 3.502.069,72 zł. Kwota obciążenia stanowiła karę umowną naliczoną na podstawie umowy Nr (...) z dnia 26 lutego 2007 r. i aneksu nr (...) z dnia 1 września 2008 r. przedłużającego termin realizacji zadania inwestycyjnego z dnia 31 sierpnia 2008 r. do dnia 22 listopada 2008 r. (końcowy odbiór robót) oraz Protokołu z dnia 27 maja 2009 r. uznającego ostateczne zakończenie zadania inwestycyjnego, choć z wymienionymi w nim zastrzeżeniami.

Zwłoka w wykonaniu umowy liczona jest od dnia 21 października 2008 r. do dnia 26 maja 2009 r. (moment końcowego podpisania protokołu odbioru robót), łącznie 218 dni.

Do wyliczenia kar przyjęto zgodnie z umową wynagrodzenie brutto minus roboty wyjęte.

W dniu 5 listopada 2009 r. Teatr Wielki w Ł. wezwał spółkę (...) do zapłaty kwoty 3.502.069,72 zł z tytułu kar umownych naliczanych zgodnie z umową Nr (...) z dnia 26 lutego 2007 r. wg noty księgowej (...) z dnia 13 października 2009 r. Wyznaczono 30-dniowy termin zapłaty.

Przyczyny opóźnień w realizacji umowy były następujące:

1. Niestarannie opracowana umowa. Nie uwzględniono w niej takich problemów, które miały wpływ na terminowość realizacji:

- brak w umowie informacji o konieczności wykonywania prac przy jednoczesnej pracy teatru,
- brak informacji o jednoczesnej obecności na placu budowy różnych wykonawców,
- przystąpiono do realizacji modernizacji wentylacji w oparciu o projekt wykonany jednostadiowo,
- nie wykonano projektu koordynującego działalność wykonawców i uwzględniło jednoczesną pracę teatru i nie sporządzono projektu wykonawczego w którym szereg problemów mogło być rozwiązanych,
- nie korzystano w pełni z działania projektantów na budowie przy doraźnym wprowadzaniu zmian w formie zapisów w dzienniku budowy bez długotrwałego przeprojektowania w jednostce projektowej,
- w wyniku niedostatecznej kontroli ze strony projektantów i inspektorów nadzoru inwestorskiego dopuszczono do licznych zmian wprowadzanych przez inwestora oraz pomyłek i korekt co miało wpływ na terminy zakończenia prac;

2. brak właściwej dokumentacji wykonawczej i koordynacyjnej, nieprofesjonalne przygotowanie inwestycji ze strony Teatru Wielkiego;

3. niezgranie pracy wszystkich wykonawców oraz działalności artystycznej Teatru w trakcie prac.

Po sierpniu 2008 r. projektanci wykonali siedem zmian projektowych. Projekt koordynacyjny nie jest związany z procedurami przetargowymi. Autorzy projektu budowlanego powinni posiadać niezbędne informacje co do ilości i zakresu prac innych wykonawców, z którymi mieli wspólnie wchodzić na plac budowy. Potrzebna jest koordynacja branż i terminów.

Projekt budowlany jest niezbędny dla uzyskania zezwolenia na budowę i zawiera wszystkie niezbędne rozwiązania branżowe, lecz nie nadaje się do realizacji na budowie. Do tego niezbędne są branżowe projekty wykonawcze. Projekt koordynacyjny nieobjęty przez przepisy szczególne jest opracowaniem wspomagającym, a w przypadku działania na obiekcie kilku różnych firm -wykonawców, jest wręcz niezbędny.

Podstawą realizacji po uzyskaniu pozwolenia na budowę na podstawie projektu budowlanego jest posiadanie projektów wykonawczych wraz z kosztorysami i przedmiarami inwestorskimi. Czym innym jest projekt realizacyjno - wykonawczy, a czym innym projekt powykonawczy. Inwestycja nie zawierała projektu realizacyjno - wykonawczego. Dokumentacja posiada cechy projektu wykonawczego, ale w pełni nią nie jest.

Niewniesienie uwag do projektu przez wykonawcę stanowi jego niedopatrzanie, jednak może to dotyczyć jedynie dostępnych dla wykonawcy akt i rozmów przeprowadzanych z inwestorem.

Dokumentacja inwestycji zawiera głównie rzuty budowlane z naniesionymi elementami wentylacji. Rysunki w bardzo skomplikowanej technice graficznej zawierające głównie rzuty przebiegu instalacji z naniesioną na nie bardzo szczegółową specyfikacją są dość trudne, a miejscami wręcz niemożliwe do odczytania i interpretacji.

W dokumentacji brak szczegółów kolizji, przejść przez przegrody, wzajemnego położenia kanałów w płaszczyźnie pionowej.

I. jednokreskowe nieopisane: wymiary kanałów, elementów wentylacyjnych, kształtek, kratek.

Brak opisów technicznych tak istotnych dla projektów wykonawczych dotyczących szczegółów istoty rozwiązania wentylacji, jak i szczegółów technologicznych.

Projekt nazwany "montażowym" jest zbiorem wytycznych dla sporządzenia rysunków roboczych oraz określenia ewentualnych kosztów przedsięwzięcia dla procesu kontraktowego.

Ogólnie projekt nie zawiera domiarów kanałów i elementów wentylacyjnych do stałych fragmentów obiektu (ściany, stropy, otwory, elementy zbrojeń itp.).

Realizacja takiej dokumentacji wymaga od wykonawcy ogromnej wiedzy oraz wyobraźni technicznej i pozostawia bardzo dużo swobody realizacyjnej wykonawcy, co nie jest właściwe.

Wykonanie zakresu umowy przez spółkę (...) na podstawie omawianej dokumentacji świadczy o dobrym przygotowaniu wykonawcy do realizacji tej umowy.

Dokumentacja dotycząca projektu zawierała 32 pozycje określające zmiany projektowe. Zmiany dotyczą poprawek projektowych np. schematów aksonometrycznych, jak i projektów zamiennych, np. zmiana kanału R9 oraz projektów dodatkowych, np. przekroje dodatkowe wentylatorowni na poziomie 6. Przy realizacji obiektów wielkokubaturowych w szerokim zakresie instalacji zmiany projektowe są zawsze i są nieuniknione.

Liczne błędy wykonawcze w przypadku robót takich, jak wykonywane na terenie Teatru Wielkiego są normą. W końcu procesu inwestycyjnego były to błędy porządkowe lub kosmetyczne. Błędów można było uniknąć przy właściwej organizacji pracy i działalności służby ze strony wykonawcy oraz ze strony inwestora.

Protokół z adnotacją o istniejących usterkach wyklucza traktowanie protokołu jako protokołu odbiorczego.

W przypadku stwierdzenia usterek spisywany powinien być protokół z zastrzeżeniem, kiedy usterki mają być usunięte albo obie strony powinny umówić się, że najpierw będą usunięte usterki, a później będzie spisany protokół.

Dobór urządzeń i ich usytuowanie nie może być przedmiotem weryfikacji przez wykonawcę. Projektant odpowiada za zaprojektowanie instalacji, która spełnia oczekiwania inwestora. Błędy lub nieścisłości w dokumentacji projektowej świadczą o braku pełnego rozpoznania obiektu lub projektant nie zrozumiał potrzeb i możliwości inwestora. Błędów nie wychwyciła zewnętrzna jednostka sprawdzająca projekt.

Na ocenę wykonania inwestycji przez spółkę (...) wpływał fakt niewykonania w terminie wszystkich prac przez R. - B.. Prace wykonywane przez spółkę (...) wymagały drobiazgowego zharmonizowania możliwości wykonywania ich na terenie Teatru Wielkiego z odpowiednim przygotowaniem logistycznym.

Spółka (...) miała wykonać ściśle określony zakres prac modernizacyjnych i każda nieprzewidziana kolizja powodowała konieczność korekty ułożenia kanałów.

Opieszałość innej firmy budowlanej powodowała, że prace spółki

T. nie mogły być realizowane wg zamierzonego tempa modernizacji systemu grzewczego budynku Teatru. Jedną z przyczyn słabego przygotowania dokumentacji przetargowej było przygotowanie jej bez szczegółowych rozwiązań usytuowania przebiegu tras kanałów (odpowiednich domiarów w stosunku do istniejących ścian).

Spółka (...) nie miała wpływu na powstanie kolizji, które wychodziły w trakcie układania tras kanałów, gdyż pracownia projektowa rozdzieliła opracowanie dokumentacji technicznej na dwa oddzielne tematy (na instalację przeciwpożarową i na instalację wentylacji mechanicznej).

Po 1 września 2008 r. przyczyny opóźnienia zawinione przez inwestora polegały na:

- opieszałości w podejmowaniu decyzji oraz podjęcia decyzji, co do terminu rozpoczęcia modernizacji instalacji elektrycznej (o ok. 2 miesiące - od sierpnia 2008 r. do października 2008 r.),
- konieczności wykonania instalacji elektrycznej przed ułożeniem swoich kanałów wentylacyjnych,
- monitorowaniu konieczności podjęcia decyzji dotyczącej wytypowania okien do zamurowania,
- niezamontowaniu dwóch wentylatorów wyciągowych oraz niedziałających dwóch wyciągów.

Nie było możliwości wykonania prac przez spółkę (...) do 22 listopada 2008 r., gdyż trwały w tym czasie prace związane z montażem kanałów oraz nie wykonano jeszcze rozruchu central.

Spółka (...) w protokołach konieczności zgłosiła konieczność wykonania następujących prac dodatkowych:

- wykonanie robót budowlanych w wentylatorni północnej oraz odbudowa pomieszczenia indywidualnych prób orkiestry w wentylatorni głównej,
- dwukrotne przesunięcie rurociągu p.poż. i wody bytowej,
- wykopanie kanału półprzełazowego między wentylatornią główną i północną,
- poszerzenie drogi ewakuacyjnej na III poziomie,
- wykonanie fundamentów pod centralę w wentylatorni głównej,
- zdemontowanie grzejników w komorze kurzowej wentylatorni głównej,
- wykonanie barierek na dachu,
- usunięcie kolizji z instalacją elektryczną (dwa etapy),
- wyburzenie ściany w wentylatorni głównej,
- wykonanie instalacji napełniania i spustu zładów rekuperacyjnych (2 szt.) oraz montaż zespołów pompowych wraz ze zbiornikiem zabezpieczającym dla dwóch układów rekuperacyjnych,
- częściowa izolacja kanałów, które zainstalowano ze względu na zmiany w dokumentacji.

Wymienione prace nie były objęte zakresem opracowania przez projektantów opracowujących dokumentację przetargową. Konieczność wykonania robót dodatkowych wynikała z braku uszczegółowienia tras kanałów w postaci rozrysowania kanałów z pełnym domiarem usytuowania ich w stosunku do istniejących ścian oraz kolizji z inną instalacją prowadzoną

w obiekcie (instalacją przeciwpożarową). Prace dodatkowe i zamienne wskazane przez T. zostały wykonane.

Spółka (...) po zapoznaniu się z dokumentacją projektową zgłosiła nieścisłości w dokumentacji przetargowej, która została poprawiona przez pracownię projektową.

Na roboty zamienne składały się:

- uaktualnienia do projektu (14 szt.) - 79.237,67 zł,
- kanały niezamontowane do złomowania - 87.240,17 zł.

Zakres cenowy robót dodatkowych przedstawiał się następująco:

- roboty budowlane w wentylatorni północnej - 28.889,85 zł,
- dwukrotne przesunięcie rurociągu p.poż. i wody gospodarczej - 16.324,71 zł,
- kanał wentylacyjny pomiędzy wentylatornią główną a północną - 17.200,34 zł,
- poszerzenie drogi ewakuacyjnej na III poziomie - 6.286,24 zł,
- fundament pod centralę w wentylatorni głównej - 37.231,33 zł,
- demontaż grzejników w wentylatorni głównej w komorze kurzowej - 1.076,28 zł,
- barierka na dachu - 7.772,25 zł,
- wyburzenie ścian w wentylatorni głównej i północnej 34.624,26 zł,
- demontaż i montaż sufitów podwieszonych w szatni orkiestry - 11.147,30 zł,
- powiększenie komory kurzowej (wyrzut) - 1.035,69 zł,
- konstrukcja pod centralę nad otworami - 2.680,23 zł,
- obudowy kanałów w salach baletowych - 91.345,23 zł,
- izolacja wody lodowej w sali 402 - 434,45 zł,
- obudowa pomieszczenia w wentylatorni głównej - 6.722,51 zł,
- demontaż sufitu podwieszanego w korytarzach II piętra - 3.775,78 zł,
- instalacja klap p.poż. - 41.330,75 zł,
- zamiana ciepła techn. z miedzi na stal - 24.409,43 zł,
- zajęcie pasa ruchu - 15.300 zł,
- przebicie kanału wylotowego - 1.037 zł,
- układ rekuperacji S. - 5.780,02 zł.

Łącznie 354.403,80 zł.

Prace dodatkowe wskazane w pkt 1-17, 19-22 znajdujące się w dokumentacji spółki (...) były wykonane, lecz nie były potwierdzone przez inż. A..

Wartość prac dodatkowych wynosiła łącznie 505.581,59 zł, zaś przemnożona przez współczynnik korekcyjny 0.8 dała kwotę 413.189,29 zł.

Różnica w wartości prac wykonanych a ujętych w kosztorysie ofertowym wynosiła 63.390,14 zł.

Cena ryczałtowa za wykonanie robót sporządzana jest na podstawie dokumentacji projektowej. W początkowym etapie realizacji zamówienia dokumentacja projektowa w znacznej części nie nadawała się do realizacji zamówienia.

Argumentem usprawiedliwiającym przesunięcie terminu wykonania pełnego pomiaru było:

- niedrożność głównego komina,
- wstrzymanie połączenia kanałów,
- wstrzymanie połączenia kanałów w wentylatorni głównej ze względu na brak drogi ewakuacyjnej z rejonu central wentylacyjnych do klatki schodowej w kierunku wyjścia z budynku,
- brak ciepła technologicznego z węzłów cieplnych i instalacja wyłączała się ze względu na zbyt niską temperaturę tłoczonego powietrza,
- dostarczenie 3 czerwca 2009 r. dokumentacji zamiennej.

Powyższe czynniki spowodowały brak możliwości zakończenia prac do 22 listopada 2008 r.

Inwestycja była źle przygotowana również ze strony inwestora. To nie wykonawca powinien czekać na decyzje inwestora, ale inwestor powinien dostosować się do wymogów i potrzeb realizacji prac.

Od chwili wejścia na budowę wykonawca nie miał pełnego frontu robót. Czekał albo na odpowiedź projektanta albo na skończenie prac przez innego głównego wykonawcę (R. – B.).

Na dzień 22 listopada 2008 r. firma (...) nie wykonała w całości instalacji przeciwpożarowej, aby można było podpiąć do niej tzw. klapy pożarowe.

Teatr Wielki uznał wartość wynagrodzenia należnego spółce (...) z tytułu wykonanych robót na łączną kwotę 308.000 zł. Kwota obejmowała: roboty budowlane dodatkowe - 111.000 zł, roboty montażowe zamienne - 107.000 zł oraz niewykorzystane kanały stal. - 90.000 zł.

Jednocześnie wskazano, że ww. prace bilansują się kwotami za prace wstrzymane lub zbędne, tj.: zestawienie wstrzymanych prac wykonanych przez T. - 207.000 zł, wstrzymanie prac rozbiórkowych w budynku technicznym - 50.000 zł oraz oszczędności wynikające z ułożenia kabla - 58.000 zł. Łącznie 315.000 zł.

W związku z powyższym rozliczeniem Teatr Wielki poinformował spółkę (...), że nie zalega względem wykonawcy z żadnymi płatnościami.

Teatr Wielki w Ł. z faktury VAT nr (...) wystawionej przez spółkę (...) w dniu 29 maja 2009 r. zatrzymał kwotę 101.015,38 zł tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy w okresie gwarancji. Z kwoty tej w dniu 5 grudnia 2012 r. zwrócił pozwanemu kwotę 61.015,32 zł. Do rozliczenia pozostała kwota 40.000 zł.

Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do uwzględnienia powództwa Teatru Wielkiego w Ł. przeciwko (...) spółce z o.o. o zapłatę kary umownej.

W tym zakresie Sąd Okręgowy wskazał, że łącząca strony umowa przewidywała możliwość naliczenia kary umownej w sytuacji zawinionej przez wykonawcę niedotrzymania terminu zakończenia robót, której nie stwierdził. Nie budziło

wątpliwości Sądu Okręgowego, że pozwany nie wykonał w terminie prac wynikających z umowy. Stał jednak na stanowisku, że opóźnienie pozwanego w wykonaniu zamówienia było spowodowane niestarannie opracowaną umową, w której nie uwzględniono informacji o konieczności wykonywania prac przy jednoczesnej pracy Teatru, o jednoczesnej obecności na placu budowy różnych wykonawców (firma (...)), o przystąpieniu do realizacji modernizacji wentylacji w oparciu o niekompletną i nierzetelną dokumentację projektową (projekt jednostadiowy), o braku projektu wykonawczego, a także wprowadzaniem doraźnych zmian bez długotrwałego przeprojektowania oraz dokonywaniem licznych zmian przez inwestora, które zawierały pomyłki wymagając dalszej korekty (po 1 września 2008 r., tj. po dacie, w której wyznaczono ostateczny termin odbioru robót, projekt modernizacji zmieniano aż siedmiokrotnie; na przestrzeni 6 miesięcy sporządzono, podpisano i przyjęto dziewięć protokołów konieczności, które z założenia stosowane być miały w sytuacjach wyjątkowych). Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na to, że pozwany zgłaszał zastrzeżenia do projektu i informował o możliwości wydłużenia terminu zakończenia robót w związku z koniecznością wykonania robót nieprzewidzianych w pierwotnym projekcie.

Zdaniem Sądu Okręgowego pozwany nie miał wpływu na powstanie kolizji, które pojawiały się w trakcie układania tras kanałów, co zgodnie potwierdzili wydający w sprawie biegli specjaliści, a ujawnionych błędów można było uniknąć przy właściwej organizacji pracy i działalności służby zarówno ze strony inwestora - Teatru Wielkiego, jak i wykonawcy – spółki (...). Sąd Okręgowy zaznaczył również, że to projektant odpowiada za zaprojektowanie instalacji zgodnej z oczekiwaniami inwestora, który winien znać je szczegółowo, skoro sam powoływał się na zażytkowy charakter budynku teatru. Wreszcie Sąd Okręgowy podniósł, że przedstawiciele Teatru Wielkiego zwlekali z podejmowaniem decyzji, inspektorzy wyręczał się pracownią projektową, przekazując jej gros spraw wymagających niemalże natychmiastowego działania, co dodatkowo wydłużyło prace spółki (...). Sama zaś opieszałość spółki (...) powodowała, że pozwany nie mógł realizować prac według zamierzonego tempa (okoliczność wywiązania się z umowy w terminie przez tę spółkę nie oznaczała zakończenia robót, które trwały nadal po czerwcu 2008 r., kiedy usuwano usterki).

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł w ramach tego powództwa na podstawie art. 98 k.p.c., zaś z zastosowaniem art. 102 k.p.c. nie obciążył powoda nieuiszczonymi kosztami sądowymi od rozszerzonego powództwa.

Sąd Okręgowy uwzględnił w całości powództwo spółki (...) przeciwko Teatrowi Wielkiemu w Ł. o zapłatę kwoty 371.239 zł z tytułu prac dodatkowych. Za bezsporną uznał bowiem konieczność wykonania nie przewidzianych pierwotnie robót, jak też okoliczność nie zawarcia przez strony pisemnej umowy obejmującej tego rodzaju roboty. W ocenie Sądu Okręgowego brak umowy nie przekreślał zasadności powództwa, która wynikała z przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Za udowodnioną Sąd Okręgowy uznał okoliczność ustnego zlecenia stronie powodowej przez pracowników strony pozwanej, inspektora nadzoru oraz przedstawicieli inwestora wykonania dodatkowych prac, a nadto ich akceptowania, zwłaszcza że były to prace niezbędne do prawidłowego wykonania umowy (żaden z biegłych nie miał wątpliwości co do wykonania tych prac, a bogata korespondencja pomiędzy stronami oraz dokumentacja techniczna świadczyły o ich wykonaniu i ustalaniu ich zakresu).

Sąd Okręgowy w celu precyzyjnego ustalenia przebiegu realizacji inwestycji dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa ogólnego - szacowania nieruchomości oraz biegłego specjalisty w zakresie instalacji sanitarnych, wodociągowo - kanalizacyjnych, wentylacji i ogrzewnictwa, którzy jednoznacznie przesądzi, że sporządzony przez pozwanego projekt modernizacji był w swojej treści niespójny. W ocenie biegłych zakres czynności określonych w przedmiarze robót nie odpowiadał faktycznemu zakresowi robót, jakie należało wykonać w ramach projektu na terenie Teatru Wielkiego w Ł.. Przyczyną niewłaściwej wyceny tych prac była niekompletna dokumentacja przetargowa, nie zawierająca programu prac, szczegółowych obmiarów, rysunków, nie uwzględniająca potrzeby synchronizacji prac z innymi wykonawcami. Biegli stwierdzili również, że dla kompleksowego wykonania instalacji

wentylacji mechanicznej prace dodatkowe oraz zamienne były niezbędne. Konieczność wykonania robót dodatkowych wynikała z braku uszczegółowienia tras kanałów w postaci rozrysowania kanałów z pełnym domiarem usytuowania ich w stosunku do istniejących ścian oraz kolizji z inną instalacją prowadzoną w obiekcie (instalacją przeciwpożarową). Dla prawidłowego wykonania prac winien być sporządzony projekt wykonawczy, zawierający m.in. program prac, obmiary i rysunki techniczne. Tymczasem projekt, którym dysponował wykonawca cech tych nie nosił.

Ze względu na to, że należne powodowi wynagrodzenie przekraczało 400.000 zł Sąd Okręgowy zasądził dochodzoną pozwem kwotę w pełnej wysokości, orzekając o odsetkach na podstawie art. 481 k.c., zaś o kosztach procesu po myśli art. 98 k.p.c.

Powództwo spółki (...) przeciwko Teatrowi Wielkiemu o zapłatę kwoty 452.200,57 zł Sąd Okręgowy uznał za częściowo zasadne. W szczególności przychylił się do żądania wynikającego z faktury nr (...) z dnia 31 marca 2008 r., stwierdzając że pozwany nienależnie potrącił kwotę 29.530,59 zł przy zapłacie za materiały jako karę umowną. Nie było bowiem podstawy faktycznej i prawnej do takiego potrącenia. Po drugie Sąd Okręgowy przychylił się do części żądania zapłaty kwoty 18.666 zł z faktury VAT nr (...) z dnia 10 lutego 2009 r. za zajęcie pasa drogowego na Placu (...). Kierując się opiniami biegłego Z. M., z których wynikało, że inwestor powinien poinformować wykonawcę o statusie spornego terenu, natomiast wykonawca powinien problem rozpoznać i podjąć właściwe kroki, Sąd Okręgowy stwierdził, że obie strony nie dołożyły należytej staranności co do możliwych do przewidzenia kosztów zajęcia pasa, wobec czego koszty te powinny obciążać strony po połowie. Skutkiem powyższego było uwzględnienie omawianego żądania wyłącznie do kwoty 9.333 zł. Sąd Okręgowy uwzględnił również powództwo w zakresie kwoty 40.000 zł, jaką Teatr Wielki powinien zwrócić po upływie okresu gwarancji.

Oddaleniu podlegało natomiast żądanie dotyczące zasądzenia kwoty 61.015,32 zł, gdyż Teatr Wielki wykazał, że kwota ta została zwrócona w dniu 5 grudnia 2012 r., a także żądanie zapłaty części wynagrodzenia ryczałtowego, które Teatr Wielki zasadnie pomniejszył o kwotę 302.988,60 zł za roboty niewykonane, udokumentowane w notatce z 26 lipca 2007 r. oraz w protokole konieczności z 14 stycznia 2008 r. Zważywszy na pismo z 19 grudnia 2008 r., w którym T. przyznał, że roboty wyjęte mają łącznie wartość netto 248.849,50 zł (brutto 306.084,89 zł) Sąd Okręgowy ocenił stanowisko powoda jako niespójne, a w konsekwencji nieudowodnione.

O odsetkach od zasądzonej kwoty Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 481 k.c., zaś o kosztach procesu na podstawie art. 100 § 1 k.p.c.

Apelacje od wyroku Sądu Okręgowego wywiody obie strony.

Teatr Wielki w Ł. zaskarżył wyrok w części obejmującej rozstrzygnięcie zawarte w pkt. I. 1 i 2; pkt. II. 1 ponad kwotę 40.000 zł. i pkt. 3, a także w pkt. III., podnosząc następujące zarzuty:

1. naruszenia prawa materialnego, tj.:

- art. 471 k.c. w zw. z art. 355 § 2 k.c. poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że pozwany nie ponosi żadnej odpowiedzialności za zwłokę w wykonaniu robót oraz, że dołożył należytej staranności przy uwzględnieniu zawodowego charakteru jego działalności zarówno przy badaniu dokumentacji przetargowej i składaniu oferty oraz wykonaniu robót,

- art. 647 k.c. poprzez uznanie, że pozwany prawidłowo wykonał obowiązki określone umową, a jego działania w toku całego procesu inwestycyjnego były zgodne z zasadami wiedzy i normami prawa budowlanego oraz, że w żadnej mierze nie jest odpowiedzialny za niedotrzymanie terminu wykonania robót,

- art. 484 § 2 k.c. poprzez nie zastosowanie instytucji miarkowania kar w sytuacji, gdy biegły Z. M. w swojej opinii przyjął, że do opóźnienia w zakończeniu robót przyczynili się po równo wykonawca, inwestor i biuro projektowe,

- art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez przyjęcie, że powód jako jednostka podlegająca dyscyplinie finansów publicznych winien wykazać za ile dni zwłoki dochodzi kar umownych, tj. samodzielnie dokonać miarkowania kar, gdy w świetle tej ustawy niedochodzenie należnej kary umownej przez podmioty odpowiedzialne, objęte zakresem przedmiotowej ustawy, stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych,

- art. 54 i 55 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane poprzez przyjęcie, że po dniu 28 czerwca 2008 r. pozwany nie miał pełnego frontu robót, bo czekał na zakończenie prac przez R. - B. w sytuacji, gdy firma ta zakończyła swoje prace z tym dniem, co potwierdził Państwowy Inspektor Nadzoru Budowlanego Ł.,

- art. 405 i następne k.c. poprzez przyjęcie, że powód jest bezpodstawnie wzbogacony z tytułu wykonania przez pozwanego prac dodatkowych i zamiennych w sytuacji, gdy pozwany zapłacił całość wynagrodzenia za wykonane prace.

2. naruszenia przepisów postępowania, tj.:

- art. 244 k.p.c. wskutek braku uznania dowodu z dokumentu urzędowego organu władzy państwowej - Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Ł. o zakończeniu z dniem 28 czerwca 2008 r. robót przez firmę (...) i przyjęcia, że pozwany doznał przeszkody w terminowym zakończeniu prac z powodu jednoczesnej pracy dwóch firm również po 1 września 2008 r.,

- art. 233 § 1 k.p.c. wskutek:

- uznania dowodu z przesłuchania strony pozwanej za wiarygodny, natomiast dowodu z opinii biegłego za niewiarygodny w części, w której pozwany twierdził, że nie ponosi żadnej winy za przedłużenie terminu realizacji robót, a biegły uznał, że każda ze stron procesu inwestycyjnego przyczyniła się po równo do zwłoki (inwestor, wykonawca i biuro projektowe),

- uznania dowodu z przesłuchania strony pozwanej za wiarygodny, natomiast dowodu z dokumentów - kopii pierwszych stron projektów wykonanych przez LS Plan - za niewiarygodny w części, w której pozwany twierdził, że po 1 września 2008 r. było siedem zmian do projektu, a przedstawił jedynie dowód na 2 zmiany projektowe w zakresie spraw drobnych nie mających wpływu na przedłużenie terminu realizacji robót,

- art. 217 § 3 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c., art. 278 k.p.c. oraz art. 286 k.p.c. poprzez uznanie za przydatną dla celów rozstrzygnięcia sprawy opinii biegłego K. W. mimo, że opinia nie spełniała kryteriów fachowości i nie dała odpowiedzi na tezy dowodowe określone postanowieniami sądu, a w konsekwencji poprzez oddalenie postanowieniem wydanym na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2015 r. wniosku strony powodowej o powołanie innego biegłego w dziedzinie budownictwa i szacowania robót celem ustalenia czy pozwany wykonał roboty dodatkowe, jeżeli tak to o jakiej wartości.

W konkluzji Teatr Wielki w Ł. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w sposób szczegółowo zaprezentowany w postulatach apelacji.

(...) sp. z o.o. w Ł. zaskarżyła natomiast wyrok Sądu Okręgowego

w części oddalającej powództwo do kwoty 329.489,90 zł i rozstrzygającej

o kosztach procesu (pkt. II. 2 i 3), zarzucając naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. przez przeoczenie w rozumowaniu - wbrew dokonany ustaleniom faktycznym - że w miejsce robót budowlanych, z których inwestor zrezygnował, zamówił on u wykonawcy inne prace o określonej wartości, co miało wpływ na wynik sprawy.

W następstwie powyższego zarzutu spółka (...) wniosła o zmianę wyroku w zaskarżonej części przez zasądzenie od Teatru Wielkiego w Ł. na jej rzecz kwoty 329.489,90 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 21 grudnia 2009 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie kosztów procesu za I instancję według norm przepisanych.

Każdy ze skarżących wniósł o oddalenie apelacji przeciwnika i zwrot kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Żadna z wywiedzionych apelacji nie dostarczyła podstaw do dokonania oczekiwanej przez każdego ze skarżących korekty zawartego w zaskarżonym wyroku rozstrzygnięcia.

Dominująca część apelacji Teatru Wielkiego w Ł. została odniesiona do oceny powództwa wytoczonego przeciwko spółce (...) o zapłatę kary umownej i oddalonego przez Sąd Okręgowy z uwagi na brak spełnienia przesłanek warunkujących nałożenie na wykonawcę zadania inwestycyjnego objętego umową z dnia 26 lutego 2007 r. tego rodzaju kary. Zgodnie z treścią umowy, a ściślej aneksu nr (...) z dnia 1 września 2008 r. niedotrzymanie przez wykonawcę terminu zakończenia robót ustalonego na dzień 22 listopada 2008 r. miało skutkować obowiązkiem zapłaty przez wykonawcę kary umownej w wysokości określonej w § 7 umowy za każdy dzień zwłoki, przy czym kara miała być naliczana od dnia 21 października 2008 r. a uchybienie terminu musiało być zawinione przez wykonawcę. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wbrew twierdzeniom Teatru Wielkiego nie potwierdzał dopuszczenia się zwłoki, a więc zawinionego opóźnienia w wykonaniu umowy przez spółkę (...), sama zaś apelacja nie zawierała zarzutów ukierunkowanych na zakwestionowanie najważniejszych ustaleń faktycznych będących tłem przedmiotowej oceny. Skarżący ograniczył się jedynie do przywołania stwierdzenia zawartego w ustnej opinii uzupełniającej biegłego Z. M. z dnia 29 marca 2012 r., że „ciąża zawinienia każdej ze stron, czyli wykonawcy, projektanta i inwestora w spowodowaniu opóźnienia jest procentowo równy”, a także do treści dokumentu Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Ł. o zakończeniu z dniem 28 czerwca 2008 r. robót przez firmę (...).

Teatr Wielki w Ł. istotnie dochodził zapłaty kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu robót za okres od dnia 21 października 2008 r., w myśl uprawnień przyznanych aneksem nr (...) z dnia 1 września 2008 r. Umowa nie przewidywała bowiem możliwości dochodzenia kary za nieterminowe wykonanie robót przez wykonawcę do momentu podpisania tego aneksu. Treść żądania pozwu przywołana przez Sąd Okręgowy w pisemnych motywach wydanego wyroku wyraźnie wskazywała powyższy termin. Tym samym dla rozpatrzenia przesłanki winy wykonawcy za opóźnienie w zakończeniu robót wystarczające było uwzględnienie ram wyznaczonych zakresem żądania pozwu. Sąd Okręgowy niewątpliwie wykroczył poza te ramy i dokonał analizy przyczyn niezachowania określonego przez strony terminu wykonania umowy z uwzględnieniem wszystkich etapów jej realizacji.

Zważywszy na to, że od momentu podpisania umowy (26 lutego 2007 r.) do dnia 21 października 2008 r., od którego Teatr Wielki naliczał karę za opóźnienie upłynęło ponad 1,5 roku, można było zgodzić się ze skarżącym, że wykonawca zdołał zapoznać się z warunkami, w jakich będzie pracował, a w szczególności dowiedzieć się, że będzie to praca w czynnym obiekcie i w obecności innych wykonawców (R. – B.). Nie oznacza to jednak, że wykonawca zdołał przewidzieć zmiany tych warunków, których zaistnienie z przyczyn od niego niezależnych potwierdziły wyniki przeprowadzonego postępowania dowodowego.

Utrudnieniem dla wykonawcy przez cały czas prowadzenia robót

była niestarannie opracowana umowa oraz brak właściwej dokumentacji wykonawczej i koordynacyjnej, co było niezbędne w sytuacji jednoczesnej obecności na tym samym terenie innych wykonawców oraz nieprzerwanej na czas robót pracy Teatru Wielkiego. Dokumentacja inwestycji zawierała głównie rzuty budowlane z naniesionymi elementami wentylacji. Rysunki wykonano

w bardzo skomplikowanej technice graficznej i były miejscami niemożliwe do odczytania i interpretacji. W dokumentacji zabrakło szczegółów kolizji, przejść przez przegrody, opisu wzajemnego położenia kanałów w płaszczyźnie pionowej. Nie było opisów technicznych, istotnych dla projektów wykonawczych dotyczących szczegółów istoty rozwiązania wentylacji, jak i szczegółów technologicznych. Projekt nie zawierał domiarów kanałów i elementów wentylacyjnych do stałych fragmentów obiektu. Ogólnie inwestycja nie

zawierała projektu realizacyjno – wykonawczego, a dokumentacja posiadała cechy projektu wykonawczego, w pełni nią nie będąc. Realizacja takiej dokumentacji wymagała od wykonawcy ogromnej wiedzy oraz wyobraźni technicznej i pozostawiała bardzo dużo swobody realizacyjnej wykonawcy, co nie było właściwe. Powyższe wnioski zaprezentowane w opiniach biegłego Z. M. nie spotkały się nawet z próbą ich podważenia (brak stosownych zarzutów w apelacji Teatru Wielkiego).

Poczynione w sprawie ustalenia faktyczne wskazywały na dokonywanie licznych zmian projektu z inicjatywy inwestora/zamawiającego. Zmiany

te każdorazowo pociągały za sobą działania projektantów i zahamowanie tempa prac wykonawcy, który czekał na projekt uwzględniający nowe rozwiązania. Wprowadzaniu tych zmian towarzyszyły pomyłki, które wymuszały dalsze korekty, a w konsekwencji przesunięcie terminu zakończenia robót. Dokumentacja zawierała 32 pozycje określające zmiany projektowe, przy czym po sierpniu 2008 r. projektanci wykonali siedem takich zmian. Skarżący nie zdołał wykazać, że w tym czasie dokonano jedynie dwóch zmian, małoistotnych z punktu widzenia tempa prac. Powołując się na złożone przez spółkę (...) dokumenty obrazujące tylko dwie zmiany skarżący pominął zestawienie wszystkich dokumentów dotyczących zmian, do którego pozwany nawiązał w odpowiedzi na pozew i które zostały udostępnione biegłemu. Zmiany te z całą pewnością nie były zawinione przez wykonawcę. Twierdzenie zaś, że nie miały one wpływu na termin zakończenia prac objętych umową, było gołosłowne.

Wbrew zapatrywaniom apelującego wprowadzane na etapie realizacji umowy zmiany projektowe nie były jedyną przeszkodą dla dochowania określonego dla wykonawcy terminu zakończenia robót. Skarżący zdaje się nie dostrzegać, że stan faktyczny sprawy obejmuje ustalenia wprost odnoszące

się do istniejących po dniu 1 września 2008 r. przyczyn zawinionej przez inwestora opóźnienia, na które wskazał w swej opinii biegły K. W.. Brak jakiegokolwiek zarzutu skierowanego do tych ustaleń wykluczał ich podważenie i pominięcie.

Teatr Wielki nie kwestionował konieczności współdziałania wykonawcy

z firmą (...). Wychodził natomiast z założenia, że R. – B. zakończyła swą pracę w obiekcie z dniem 26 czerwca 2008 r., wobec (...) spółka (...) nie mogła usprawiedliwiać opóźnień własnych robót tempem prac tamtego wykonawcy. W zakresie prac R. - B. leżały prace ogólnobudowlane oraz instalacja przeciwpożarowa. R. - B. miała usunąć rury, w których miejsce spółka (...) miała wykonywać swoje prace

w kanale wentylacyjnym. R. - B. była odpowiedzialna za zainstalowanie elektrycznego systemu sterowania klap wentylacyjnych. Po dniu 26 czerwca 2008 r. R. - B. nadal wykonywała prace, które były niezbędne do zakończenia prac przez spółkę (...). Okoliczność formalnego zaprzestania robót przez R. – B., wynikająca z dokumentu przedstawionego i powołanego w apelacji przez Teatr Wielki, została uwzględniona przez Sąd Okręgowy. Dokument ten potwierdza jednak tylko przyjęcie przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Ł. zawiadomienia od inwestora o zakończeniu robót budowlanych przez R. – B. z dniem 28 czerwca

2008 r. i nie dowodzi w żaden sposób zaprzestania faktycznego wykonywania prac, które jak zeznał G. K. oraz K. Ś. trwały nadal po tej dacie do 2009 r., a nawet do 2010 r. (k. 678, 244). Ze względu na to, że G. K. pełnił funkcję dyrektora do spraw inwestycyjnych Teatru Wielkiego niezrozumiałe jest negocjowanie przez apelującego okoliczności, którą w toku postępowania przyznał przez swojego reprezentanta. W konsekwencji chybione były twierdzenia skarżącego, że spółka (...) po dniu 28 czerwca 2008 r. miała pełen front robót i nie musiała czekać na zakończenie prac przez R. – B. (przepisy

art. 54 i 55 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, powołane za podstawę wadliwości ustaleń przeciwnych do twierdzeń Teatru Wielkiego w tym zakresie, nie przystawały do istoty opartego na nich zarzutu).

W sytuacji, gdy ustalone okoliczności sprawy wskazywały na to, że

R. - B. nie wykonała na dzień 22 listopada 2008 r. w całości instalacji przeciwpożarowej, aby można było podpiąć do niej tzw. kłapy pożarowe, a Teatr uniemożliwił wykonanie tzw. rozruchu kłap wentylacyjnych z uwagi na brak automatyki, za którą odpowiedzialna była firma (...), nie było podstaw do przypisania spółce (...) jakiegokolwiek zawinienia w niemożności zachowania terminu wykonania umowy.

Reasumując, zaoferowany przez strony materiał dowodowy nie wspierał stanowiska Teatru Wielkiego o dopuszczeniu się przez wykonawcę zwłoki uprawniającej do naliczenia kary umownej. Odwoływanie się do opinii biegłego Z. M. i zawartego w niej stwierdzenia o równym rozkładzie ciężaru zawinienia między wykonawcą, projektantem i inwestorem nie było wystarczające, zwłaszcza że stwierdzenie to nie było kategoryczne i pozostawało w sprzeczności z dalszymi uwagami, jakie poczynił biegły, odnosząc dominujący ciężar winy do projektanta i inwestora. Przede wszystkim jednak skarżący winien mieć na uwadze, że ocena zachowania wykonawcy w kontekście przypisywanej mu winy należała do sądu, nie zaś do biegłego. Wykluczenie zasady odpowiedzialności wykonawcy za niedotrzymanie terminu wykonania robót oznaczało brak możliwości zasądzenia jakiegokolwiek kary umownej. Z tej przyczyny pozbawione znaczenia były uwagi Sądu Okręgowego, z których Teatr Wielki uczynił źródło jednego z zarzutów, że powód powinien wykazać za ile dni zwłoki dochodził kary umownej (będący podstawą omawianego zarzutu art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie znajdował w sprawie zastosowania, nie był zastosowany przez Sąd Okręgowy i mijał się z istotą wywiezionego z niego zarzutu).

Skarżący podnosząc zarzut naruszenia art. 484 § 2 k.c. wskutek nie zastosowania instytucji miarkowania kary ujawnił całkowite niezrozumienie wyrażonej w tym przepisie instytucji. Miarkowanie kary umownej oznacza bowiem w razie zaistnienia opisanych w nim warunków możliwość odpowiedniego zmniejszenia kary. Co więcej, skarżącemu umknęło, że jest to instytucja służąca ochronie dłużnika, nie zaś wierzyciela, który nie jest w stanie zrealizować przy jej zastosowaniu żadnego interesu.

Zważywszy na to, że podstawą faktyczną żądania pozwu była okoliczność niezachowania ustalonego przez strony terminu zakończenia robót, a Teatr Wielki nie dochodził zapłaty kary umownej z powodu nienależytego wykonania umowy (wydaje się nawet, że umowa nie dawała podstaw do dochodzenia kary w tej sytuacji), bezprzedmiotowe było podnoszenie zarzutu dotyczącego niezachowania należytej staranności przez wykonawcę, czy podejmowania działań wbrew normom prawa budowlanego. Nie zmienia to jednak faktu, że tego rodzaju zarzut pozostawał w sprzeczności z nadal aktualną oceną biegłego Z. M., który stwierdził, że wykonanie zakresu umowy przez spółkę (...) na podstawie zawierającej liczne uchybienia dokumentacji świadczyło o dobrym przygotowaniu wykonawcy do realizacji umowy.

W dalszej części apelacji Teatr Wielki zmierzał do podważenia rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego obciążającego go obowiązkiem zapłaty kwoty 371.239 zł należnej wykonawcy z tytułu prac dodatkowych i zamiennych.

Zgodzić się należało ze skarżącym, że Sąd Okręgowy nie musiał upatrywać podstaw jego odpowiedzialności w przepisach dotyczących bezpodstawnego wzbogacenia, skoro strony w niniejszej sprawie łączył stosunek umowny wynikający z umowy o roboty budowlane. Jego treść mogła zostać ustalona na podstawie różnych dokumentów, także wskazujących na zakres prac zamiennych i dodatkowych. W zasadzie co do wszystkich tych zmian następowała wymiana korespondencji lub były przedkładane przez Teatr Wielki projekty robót dodatkowych albo zamiennych, które spotykały się z akceptacją spółki (...) w formie notatek, protokołów z udziałem stron i innych podobnych dokumentów. Brak pisemności umowy nie oznaczałby zresztą, że stosunku umownego między stronami nie było, a rozpatrzenie odpowiedzialności pozwanego mogłoby nastąpić wyłącznie z perspektywy przepisów ustawy.

Sąd Okręgowy nie analizował przesłanki wzbogacenia, o jakiej mowa w art. 405 k.c. Kierując się wynikami przeprowadzonego postępowania dowodowego, a zwłaszcza treścią opinii biegłych Z. M.

i K. W. ustalił rodzaj, zakres i wartość prac dodatkowych

i zamiennych, a wobec wykazania okoliczności ich wykonania przychylił się do żądań spółki (...). Teatr Wielki nie uznawał swojego obowiązku zapłaty

za tego rodzaju roboty, stwierdzając że nie zawarto umowy o wykonanie

robót dodatkowych, a roboty zamienne nie były potwierdzone protokołem konieczności. Stanowisko to nie znajdowało jednak potwierdzenia w świetle zgromadzonego materiału dowodowego. Obaj biegli wypowiadali się na podstawie dokumentów i kosztorysów znajdujących się w aktach sprawy, przez co nie do zaakceptowania jest twierdzenie, że przyjęli jedynie głoślowe oświadczenie spółki (...) o ich wykonaniu. G. K. w swych zeznaniach oświadczył zresztą, że „Prace dodatkowe zostały wykonane. Nie kwestionujemy ich zakresu. Uważamy, że zostały objęte umową” (k. 134).

Ustalenie przez biegłego K. W. wartości prac dodatkowych

w oparciu o znajdujące się w aktach dokumenty przy jednoczesnym przesądzeniu kwestii wykonania tych prac stanowiło o wartości dowodowej wydanej przez niego opinii i bezzasadności wniosku Teatru Wielkiego

o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego w dziedzinie budownictwa

i szacowania robót. Wniosek ten zmierzał wyłącznie do przedłużenia postępowania, stanowiąc wyraz niezadowolenia pozwanego z dotychczasowego jego przebiegu i trafnie został oddalony.

Zważywszy na to, że łączna wartość prac dodatkowych i zamiennych przekraczała zakres żądań pozwu z tytułu ich wykonania, w pełni zasadne

było uwzględnienie powództwa, tym bardziej, że Teatr Wielki nie wykazał uregulowania tej należności przed procesem bądź w toku procesu.

Apelacja Teatru Wielkiego nie zawierała zarzutów odnoszących się do rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego o żądaniu zasądzenia na rzecz wykonawcy kwoty 452.200,57 zł. Niemniej zawierała postulat zmiany wyroku w tej części poprzez oddalenie powództwa ponad kwotę 40.000 zł. Co za tym idzie skarżący dał wyraz braku zgody na obciążenie go zapłatą kwoty 29.530,59 zł za montaż central grzewczych oraz kwoty 9.333 zł stanowiącej połowę należności za zajęcie pasa drogowego. Nie dostarczył jednak podstaw do uchylenia nałożonego na niego obowiązku w tym zakresie.

Skarżący nie wykazał, by przysługiwała mu wierzytelność wzajemna pozwalająca na dokonanie potrącenia kwoty 29.530,59 zł. Wierzytelność ta nie mogła wynikać z naliczonej przez Teatr Wielki kary umownej, która z przyczyn szczegółowo omówionych we wstępie rozważań była bezpodstawną, ani z faktu obciążenia Teatru przez Ekofundusz karą za opóźnienie w realizacji montażu central wentylacyjnych finansowanych przez tę instytucję, którego przyczyną skarżący przypisywał spółce (...) nie mając ku temu dowodów.

Wbrew ocenie skarżącego wykonawca przedstawił dowód na okoliczność poniesienia kosztów zajęcia pasa drogowego. Była nim faktura VAT nr (...) z dnia 10 lutego 2009 r., opiewająca na kwotę 18.666 zł (k. 189 akt II C 280/10). Uzasadnił również prawidłowość obciążenia Teatru połową tej kwoty.

Z poczynionych w sprawie ustaleń wynikało bowiem, że zamawiający nie udzielił wykonawcy dostatecznych informacji o usytuowaniu działki wokół obiektu, której zajęcie było niezbędne dla możliwości prowadzenia robót. Dopiero w trakcie prac okazało się, że działka Teatru jest w obrysie budynku,

a kontynuowanie robót będzie się wiązało z koniecznością przygotowania projektu organizacji ruchu od strony budynku sądu i ul. (...) oraz potrzebą uzyskania pozwolenia. Nie zmienia to jednak faktu, że sam wykonawca powinien dokonać należytego rozeznania, wobec czego mógł uzyskać zwrot tylko połowy poniesionych z tego tytułu kosztów.

Apelacja wywiedziona przez spółkę (...), podobnie jak apelacja Teatru Wielkiego pozbawiona była argumentów wpływających na treść zaskarżonego wyroku. Została odniesiona do rozstrzygnięcia w przedmiocie powództwa o zapłatę kwoty 452.200,57 zł oraz skoncentrowana wyłącznie wokół jednego zarzutu, którego podstawę stanowił art. 328 § 2 k.p.c. określający rygory towarzyszące sporządzaniu uzasadnienia wyroku. Skarżący stawiając tego rodzaju zarzut nie dążył w istocie do wykazania, że konstrukcja i forma uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego była wadliwa

z perspektywy wymogów art. 328 § 2 k.p.c., a przez to miała wpływ na treść zawartego w nim rozstrzygnięcia w stopniu uzasadniającym jego wzruszenie. Nie podnosił również, że nie miał możliwości powołania innych podstaw apelacyjnych, podczas gdy wydawały się one konieczne w obliczu postulatu zmiany zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie na jego rzecz dalszej kwoty

329.489,90 zł w powiązaniu z okolicznością wykonania w miejsce robót budowlanych, z których inwestor zrezygnował, innych prac o zbliżonej wartości.

Z zaprezentowanych w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego ustaleń faktycznych wynikało, że zamawiający miał prawo korekty wartości ryczałtowej przedmiotu umowy w przypadku ograniczenia lub rezygnacji z umownego zakresu robót. Z kosztorysu ofertowego wykonawcy w zakresie instalacji wody ziemniczej usunięto pozycje o łącznej wartości 185.734,03 zł. Zamiennie spółka (...) przedstawiła kosztorys ofertowy na wykonanie instalacji wody grzewczej na kwotę 185.839,84 zł. Przyjęto do rozliczenia kwotę ryczałtową w wysokości 185.734,03 zł. Nie jest to jednak kwota, która oddawałaby wartość zgłoszonego

w apelacji wykonawcy żądania.

Z drugiej strony wartość oddalanej części powództwa opiewała na kwotę 373.336,98 zł, na którą składała się kwota 61.015,32 zł (zwrócona wykonawcy w toku procesu, a przez to nie podlegająca zasądzeniu) oraz kwota 302.988,60 zł równoważna uznanej przez wykonawcę (pismo z dnia 19 grudnia 2008 r.) wartości robót, z których Teatr Wielki zrezygnował pomniejszając należne wykonawcy wynagrodzenie. Nie sposób zatem przyjąć, że powództwo w tej części zostało wadliwie oddalone, uprawniając wykonawcę do uzyskania dochodzonej obecnie zapłaty.

Apelacja sprowadzała się do nowych wyliczeń wartości prac dodatkowych i zamiennych, przy czym wyliczenia te i w konsekwencji żądania apelacji jako podstawę przyjmowały dowolnie ustaloną kwotę, która znacznie wykraczała ponad żądanie zgłoszone z tego tytułu w toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji.

Z tych wszystkich względów Sąd Apelacyjny z zastosowaniem

art. 385 k.p.c. oddalił apelacje obu stron, orzekając o kosztach postępowania apelacyjnego indywidualnie dla rozstrzygnięcia o każdym z powództw. Podstawę orzeczenia w tym przedmiocie w zakresie rozstrzygnięć skarżonych wyłącznie przez Teatr Wielki stanowił art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 7 w zw. z § 13 ust. 1 pkt 2 in principio rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U.2013.461 j.t.). W zakresie rozstrzygnięcia zaskarżonego przez obie strony

o kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł natomiast na podstawie art. 100 zd. 1 k.p.c., wzajemnie znosząc je między stronami.