

Sygn. akt VI Ga 128/13

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 stycznia 2014 r.

Sąd Okręgowy w Koszalinie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSO Marek Ciszewski (spr.)
Sędziowie:	del.SR Renata Grześkowiak SO Małgorzata Lubelska
Protokolant:	st.sekr.sądowy Bogumiła Krzywiżniak

po rozpoznaniu w dniu 08 stycznia 2014 r. w Koszalinie

na rozprawie sprawy

z powództwa:	(...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Spółka Spółki komandytowej w K.
przeciwko :	(...) L. N.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Rejonowego w Koszalinie

z dnia 30 września 2013 r. w sprawie V GC 909/11

1. zmienia zaskarżony wyrok w obu punktach w ten sposób, że nadaje im następujące brzmienie:

I. zasądza od pozwanego (...) w L. (N.) na rzecz powoda (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Spółka spółki komandytowej w K. kwotę 35.000 zł / trzydzieści pięć tysięcy/ z ustawowymi odsetkami za okres od dnia 5 kwietnia 2011r. do dnia zapłaty;

a w pozostałej części powództwo oddala;

II. zasądza od pozwanego (...)w L. (N.) na rzecz powoda (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Spółka spółki komandytowej w K. kwotę 5113,61 /pięć tysięcy sto trzydzieści złotych 61/100/ zł tytułem zwrotu kosztów procesu;

2. oddala apelację w pozostałym zakresie;

3. zasądza od pozwanego (...)w L. (N.) na rzecz powoda (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Spółka spółki komandytowej w K. kwotę 106,50 /sto sześć złotych 50/100/ zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

UZASADNIENIE

Powód (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Spółka spółki komandytowej w K. domagał się zasądzenia od pozwanego (...)w L. (N.) kwoty 51.000 zł z ustawowymi odsetkami i kosztami procesu, na którą złożyła się kwota 16.000 zł tytułem kary umownej w związku odstąpieniem od umowy wyburzenia komina oraz kwota 35.000 zł tytułem odszkodowania przenoszącego wysokość kary umownej.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa zarzucając, iż zlecenie wyburzenia „komina żelbetowego wraz z wymurówką” nie było zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy wrażliwym się istnieniem wewnętrznej rury żelbetonowej ze zbrojeniem zamiast zewnętrznej rury zbudowanej wewnątrz z cegły szamotowej. Okoliczności tej nie można było stwierdzić przed rozpoczęciem robót wyburzeniowych. W ocenie pozwanego, w zaistniałej sytuacji nie mogło dojść do skutecznego związania umowa stron, gdyż jej zawarcie miało miejsce w warunkach dyssensu ukrytego polegającego na tym, że przedmiot umowy był przez strony spory rozumiany od początku w sposób całkowicie odmienny, co skutkowało brakiem konsensu. Z tego powodu żądanie kary umownej i odszkodowania nie miało podstawy prawnej. Nadto pozwany, w charakterze zarzutu ewentualnego, powołał się na błąd w oświadczeniach woli złożonych przy zawarciu umowy z powodem.

Sąd Rejonowy w Koszalinie ustalił, iż strony wiązała umowa zawarta w dniu 10 stycznia 2011r., której przedmiotem było „kontrolowane częściowe wyburzenie komina żelbetowego” za cenę 160.000 zł (netto). Jej integralną częścią był protokół negocjacji z dnia 20 grudnia 2010r. W umowie zawarte zostało zgodne oświadczenie, że „wszystkie dokumenty związane z przedmiotem umowy zostały dokładnie przeczytane i zrozumiane przez wykonawcę i przez inwestora. Wykonawca zaś nie może się powołać na fakt, że nie otrzymał jakichkolwiek dokumentów, ich części lub pojedynczych stron”. Dalej Sąd Rejonowy wskazał, iż elementem procedury negocjacyjnej były zdjęcia komina wykonane przez powoda (po zaniechaniu wyburzenia przez poprzedniego wykonawcę) oraz mailowa informacja przekazana pozwanemu.

Sąd I instancji ustalił, iż pozwany sporządził ofertę, w której zaoferował wyburzenie trzonu żelbetowego komina wraz z wymurówką, w sposób kontrolowany od 65m do 00m oraz do wyburzenia otworu u podstawy komina o wysokości i szerokości 2m, za 178.000 zł (netto). Zaproponowany sposób wyburzenia miał polegać na instalacji osłon i rusztowania ochronnego przy zewnętrznej krawędzi komina oraz kontrolowane wyburzenie przy pomocy zamontowanej na wylocie komina koparki hydraulicznej z urządzeniem do kucia. Powód miał udostępnić pozwanemu energię elektryczną, sprężone powietrze, wodę oraz uzyskać pozwolenie na rozbiórkę komina. Sąd Rejonowy wskazał, iż negocjacje spotkanie stron, do którego doszło w dniu 20 grudnia 2010r. w K., doprowadziło do uzgodnień sposobu wyburzenia komina wraz z wymurówką poprzez instalację osłon i rusztowania ochronnego przy zewnętrznej krawędzi komina oraz zamontowania koparki hydraulicznej z urządzeniem do kucia na wylocie komina. Kontrolowane wyburzenie miało dotyczyć od 65m do 0m komina jak też wyburzenia otworu oraz usunięcia i wywiezienia gruzu. Uzgodniono „cenę ryczałtową, w kwocie 160.000 zł (netto) pod warunkiem, iż prace będą „wolne od wad, wykonane w pełni, w ustalonych terminach, zgodnie z umową, dokumentacją techniczną, zasadami sztuki budowlanej, przepisami”. Strony przewidziały też możliwość ewentualnego zwiększenia wynagrodzenia w przypadku wystąpienia określonych sytuacji w umowie. Protokół zawierał termin wykonania prac (od 17 stycznia do 28 lutego 2011r.). Ponadto pozwany oświadczył w nim również, iż „zapoznał się z dokumentacją projektową i innymi dokumentami

stanowiącymi podstawę wykonania prac objętych protokołem i nie zgłasza do niej żadnych zastrzeżeń lub pytań, oraz potwierdza, iż ustalony w niniejszym protokole termin realizacji jest realny, możliwy do dotrzymania przez wykonawcę, a realizacja prac nie wymaga dodatkowych robót nie uwzględnionych w otrzymanej dokumentacji”. Powód zastrzegł sobie prawo do odstąpienia od umowy w całości lub w części, gdyby ”pozwany opóźnił się tak dalece, że dotrzymanie uzgodnionych terminów nie będzie możliwe”. W przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od jednej ze stron, przewidziano karę umowną „w wysokości 10% kwoty netto ogólnej wartości umowy ... uwzględniając rozliczenie wynikające ze stopnia zaawansowania dotychczas wykonanych robót „z zastrzeżeniem, że zapłata kar umownych nie wyklucza dalej idących roszczeń odszkodowawczych”. Zgodnie z postanowieniami umowy zawartej w dniu 10 stycznia 2011r. uzgodnienia protokołu stały się jej częścią składową.

Dalej Sąd Rejonowy wskazał, iż już po zawarciu umowy (10.01.11r.) - reprezentant pozwanego J. M. i zajmujący się inwestycją pracownik pozwanego wykonawca G. K. (1) dokonali zewnętrznych oględzin komina, ograniczając je do dolnej jego części i wykonali własną dokumentację zdjęciową. Pozwany, jako wykonawca wszedł na budowę w dniu 25 stycznia 2011r. Prace wyburzeniowe rozpoczął w dniu 28 stycznia 2011r. Sąd Rejonowy ustalił, iż przyjęty ostatecznie przez pozwanego sposób wyburzenia polegał na kruszeniu komina od góry przy pomocy posadowionego u podstaw komina - dźwigu, na którego wysięgniku zainstalowano hydrauliczną szczękę kruszącą. Już w trakcie kruszenia górnej części komina powstawały problemy, gdyż cylindryczny przekrój komina przy braku możliwości obracania się szczęk na wysięgniku, uniemożliwiał kruszenie ściany komina pod kątem. Dźwig nie był wyposażony w urządzenia umożliwiające operatorowi ogląd dokonywanych na takiej wysokości czynności kruszenia. Naprowadzenie operatora odbywało się poprzez dwie inne osoby z zewnątrz. Po wykruszeniu betonu wystające pręty zbrojeniowe odcinane były następnie palnikiem przez pracowników podnoszonych do góry na wysięgniku.

Po rozebraniu fragmentu górnej części komina (od 4 -7m), w dniu 29 stycznia 2011r., kierownik budowy pozwanego i wykonawca stwierdzili istnienie wewnątrz komina drugiej jego warstwy w postaci zbrojonej rury żelbetonowych. Struktura komina stała się przedmiotem korespondencji i uzgodnień stron. Ostatecznie na spotkaniu w dniu 2 lutego 2011r. uzgodniono, że powód na własny koszt wynajmie i dostarczy większe szczęki o rozwarciu 1110 mm wykona konieczny do nich osprzęt, a pozwana od 3 lutego 2011r. podejmie prace w ramach dotychczas uzgodnionej kwoty wynagrodzenia.

Dalej Sąd I instancji wskazał, iż rozwiązanie to jednak nie przyniosło oczekiwanych rezultatów z uwagi na „nie przystosowanie koparki do tak dużego narzędzia tnącego”. Sprowadzenie zaś większego agregatu generowałoby dalsze koszty. W dniu 4 lutego 2011r., pozwany poinformował, że w związku z ”odmienną substancją budowlaną rozbieranego komina” uzależnia podjęcie prac od zapłaty wynagrodzenia według stawki dziennej w kwocie 11.900 zł oraz od dostarczenia przez powoda na czas rozbiórki i na jego koszt ”większych szczytocy wyburzeniowych z odpowiednią koparką albo agregatem hydraulicznym”. Powód nie zgodził się z takim stanowiskiem odwołując się do uzgodnień z dnia 2 lutego 2011r. Nie przyniosło rozwiązania sporu również spotkanie w dniu 8 lutego 2011r., po którym pozwany definitywnie zszedł z budowy. Na wniosek powoda z 16 lutego 2011r. o wznowienie robót, pozwany – pismem z dnia 21 lutego 2011r. - zażądał wynagrodzenia za dotychczas wykonane prace w łącznej kwocie 144,131,33 zł. Ostatecznie pozwany - w piśmie z dnia 1 marca 2011r. – sformułował brzegowe warunki wznowienia robót w granicach umówionej ceny ryczałtowej prac, uzależniając to od dostarczenia przez powoda i na jego koszt, „dźwigu teleskopowego na okres 8-miu dni wraz z odpowiednimi cęgami rozbiórkowymi i koparką posiadającą odpowiednią instalację hydrauliki siłowej i dodatkowo koparkę wyposażoną w głęboką łyżkę umożliwiającą załadunek powstałego gruzu na okres 13 dni”.

Powód nie przyjął tych warunków i wezwał pozwanego, by wykonał pracę w całości zgodnie z umową z dnia 10 stycznia 2011r. w terminie do dnia 20 marca 2011r., pod rygorem odstąpienia od umowy i powierzenia wyburzenia komina osobie trzeciej i obciążenia pozwanego kosztami. Pozwany odpowiedział wystawieniem faktury z dnia 11.03.2011r. na kwotę 144,131,33 zł za wykonane dotychczas prace.

W dniu 28 marca 2011r. powód odstąpił od umowy i obciążył pozwanego karą umowną w kwocie 16.000 zł oraz kwotą 35.000 zł tytułem odszkodowania stanowiącego różnicę pomiędzy poniesionymi kosztami wyburzenia a

wynagrodzeniem określonym w umowie z pozwanym. W celu zaś wyburzenia komina powód zawarł umowę z innym wykonawcą K. D., który wykonał roboty w okresie 18 kwiecień – 4 maja 2011r. za kwotę 195.000 zł.

Po dokonaniu powyższych ustaleń Sąd Rejonowy uznał żądanie powoda za zasadne. Zdaniem Sądu, pozwany z faktu stwierdzenia w trakcie robót wyburzeniowych komina żelbetowego istnienia wewnątrz komina drugiej samonośnej jego warstwy w postaci zbrojonej rury żelbetonowej – uczynił zarzut procesowy - polegający na twierdzeniu, iż wiążąca strony umowa z dnia 10 stycznia 2011r. w ogóle nie została zawarta, z uwagi wystąpienie dyssensu ukrytego polegającego na złożeniu przez strony oświadczeń woli o niezgodnej treści. Pozwany niezgodności tej upatrywał w przypisaniu powodowi woli wyburzenia komina o dwóch trzonach żelbetowych mimo, iż taki wniosek nie wynikał z treści podpisanych dokumentów, a pozwanemu – pozostawanie w uzasadnionym przekonaniu, iż podejmuje się wyburzenia komina z jednym trzonem żelbetonowym, w sytuacji gdy zbadanie wnętrza komina okazało się technicznie niemożliwe.

W ocenie jednak Sądu, wbrew twierdzeniom strony pozwanej, w sprawie nie zachodził dyssens ukryty. Przeciwnie, strony zawierając umowę, osiągnęły konsensus w zakresie zamiaru i celu umowy, wyrażającego się zobowiązaniem się pozwanego do osiągnięcia konkretnego rezultatu w postaci wyburzenia komina żelbetowego własnym sprzętem, w określonym terminie, za ustalonym wynagrodzeniem, a jedynym problemem ponoszonym przez pozwanego, po stwierdzeniu istnienia drugiej warstwy komina, była kwestia kosztów wynikająca z potrzeby zastosowania mocniejszych urządzeń kruszących.

Wnioski powyższe wynikała zdaniem Sądu z: dokumentacji zgromadzonej przy zawarciu umowy, okoliczności towarzyszących składanym oświadczeniom woli oraz zachowaniu stron w trakcie wykonywania umowy.

W ocenie Sądu I instancji, treść e-maila powoda, oferta pozwanego, protokół negocjacji, zamówienie i umowa jednoznacznie wskazywały, iż zgodnym celem umowy stron było wyburzenie komina żelbetowego wraz z wymurówką o konkretnych parametrach technicznych za pomocą urządzenia hydraulicznego za uzgodnioną kwotę i w określony przez pozwanego sposób. Negocjacje prowadzili i protokół negocjacyjny podpisali upoważnieni pracownicy stron - Z. B. specjalista ds. inwestycji powoda i G. K. (1) specjalista ds. inwestycji pozwanego. Umowę podpisali reprezentanci stron. Podstawą do złożenia oświadczenia woli przez pozwanego były zdjęcia komina wykonane przez powoda. Nie było sporne, że składanemu oświadczeniu woli nie towarzyszyło wcześniejsze zbadanie stanu komina przez pozwanego.

Sąd Rejonowy dalej wskazał, iż nie nastąpiła żadna zmiana oferty pozwanego, co do sposobu burzenia komina. Gdyby bowiem było tak, jak twierdził reprezentant pozwanego, że już po pierwszym obejrzeniu komina, stwierdził, że wyburzenie w dotychczas proponowanej formie nie jest możliwe ze względu na stan techniczny, to okoliczności te powinny były znaleźć odzwierciedlenie w protokole. Tymczasem w dokumencie z negocjacji strony zgodnie ustaliły sposób zburzenia komina, zgodnie z dotychczasową propozycją pozwanego za umówioną cenę ryczałtową.

Sąd Rejonowy wskazał, iż zarzut strony pozwanej, iż w fazie negocjacji nie otrzymała dokumentów budowy komina zawierających informacje o jego podwójnej strukturze, nie miał przełożenia na relacje stron w kontekście dyssensu. Reprezentant strony pozwanej J. M. złożył ofertę na podstawie samych zdjęć komina. Umowa zawierała oświadczenie pozwanego, że „zapoznał się z dokumentacją projektową i innymi dokumentami stanowiącymi podstawę do wykonania prac objętych protokołem i nie zgłasza do niej żadnych zastrzeżeń lub pytań”. Do pozwu dołączony został dokument w postaci e-maila powoda do pozwanego, zawierający podstawowe informacje o konstrukcji i danych technicznych komina. Powyższe okoliczności, zdaniem Sądu, przekonywały, że dane i informacje zawarte w powołanych dokumentach były wystarczające dla samego pozwanego. Ponadto świadek G. K. przygotowujący od strony technicznej realizację tej inwestycji dla pozwanego, uznał uzyskaną mailowo od powoda specyfikację komina za wystarczającą. Brak aktywności w zakresie zbadania komina uzasadniał złym stanem drabinek i galerii oraz względami bezpieczeństwa. Sąd Rejonowy podkreślił, iż ocena wierzchołka komina, wyłącznie z ziemi, nie mogła być wystarczającą podstawą do żadnego z proponowanych rozwiązań wyburzeniowych. Nie podjęto próby oględzin komina od wewnątrz przed rozpoczęciem robót, Nie pobrano również próbek ściany wewnętrznej.

Dalej Sąd Rejonowy powołał się na opinię biegłego sądowego, zdaniem którego brak szczegółowego opisu wszystkich elementów komina był wyrazem niepełnego przygotowania inwestycji, niezależnie od tego, że przedstawione przez powoda dane były wystarczające dla uzyskania pozwolenia na rozbiórkę. O tym, że zawarte w powołanych wyżej dokumentach informacje były wystarczające dla rozpoczęcia tego rodzaju prac przekonywała przedstawiona w opinii ekspertyza budowlana A. W. (1) z roku 2010r., będącą podstawą uzyskania pozwolenia na rozbiórkę. Projektując sposób rozbiórki, inżynier za punkt wyjścia przyjął dane, które w jego ocenie miały podstawowe znaczenie dla przyszłego wykonawcy dokonującego rozbiórki komina od góry, w sposób mechaniczny, za pomocą ciężkiego sprzętu budowlanego (dźwig, urządzenie do cięcia żelbetu). Opracowanie zawierało dane co do wysokości komina (65 m), jego wewnętrznej (3 m) i zewnętrznej (4 m) szerokości oraz grubość ściany cylindrycznej (0,5 m) i rodzaj materiału, z którego był wykonany płaszcz zewnętrzny komina.

Powyższe ustalenia, zdaniem Sądu, nie potwierdziły stanowiska strony pozwanej, iż „odkrycie istnienia drugiej rury” było dowodem na „rozbieżną wolę co do treści rzeczywistych oświadczeń woli odnoszących się do istotnych elementów budowy komina...”.

W dalszej argumentacji, Sąd Rejonowy powołał się przede wszystkim na opinię biegłego R., z której wynikało, iż komin był jeden. Nie składał się z dwóch żelbetowych kominów, gdyż była to jedna funkcjonalna całość służąca do przeprowadzania spalin z kotłowni zakładu produkcyjnego, zbudowana w technologii podwójnego ślizgu. Zewnętrzny żelbetowy trzon stanowił rodzaj płaszcza i był konstrukcją nośną dla wewnętrznego koncentrycznego, samonośnego przewodu spalinowego, oddzielonego od trzonu zewnętrznego pustką powietrzną. Oba trzony różnił rodzaj zastosowanego betonu; trzon zewnętrzny zbudowany był z betonu min. B 25, a wewnętrzny z betonu ognioodpornego. Z ustaleń biegłego wynikało także, iż tego rodzaju konstrukcja była szczególną. Przeciwnie - była to konstrukcja „typowa i standardowa realizowana przez okres kilkudziesięciu lat na terenie Polski”. W tej sytuacji wykonawca niemiecki, profesjonalnie zajmujący się tego rodzaju działalnością od 27 lat, w tym również na terenie naszego kraju, winien posiadać wiedzę, iż takie rozwiązania są spotykane. Opinia biegłego, którą sąd, w tym zakresie podzielił, nie potwierdziła oceny, że konstrukcja komina była nietypowa.

Strona pozwana upatrywała powodów dyssensu (poza brakiem należytej dokumentacji) w jego złym stanie technicznym, uniemożliwiającym uzyskanie pełnej wiedzy o konstrukcji komina. Ten stan komina został potwierdzony w materiałach sprawy. Sąd I instancji wskazał jednak, iż chociaż stan techniczny komina i posadowienia drugiej warstwy komina w środkowej jego części było trudne do stwierdzenia to jednak nie niemożliwe, przy zachowaniu należytej staranności. Ograniczenie się wyłącznie do oglądu zewnętrznego komina i to w jego dolnej części, brak jakiegokolwiek aktywności w zakresie dokładnej oceny stopnia ryzyka podejmowanej inwestycji, przyjęcie a priori przez reprezentanta pozwanego że „komin posiada jeden trzon” wyłącznie na podstawie fotografii, zdaniem Sądu nie świadczyło o dochowaniu należytych standardów w stosunkach tego rodzaju.

Ocenę tę, zdaniem Sądu I instancji, potwierdziło zachowanie pozwanego już w trakcie realizacji inwestycji. Strony czuły się związane zawartą umową w ich aktywność koncertowała się na rozwiązaniu sytuacji wynikłej z zastosowania sprzętu nieadekwatnego do potrzeb. W tym zakresie Sąd powołał się na zeznania J. M. i pogląd wyrażony przez biegłego R., że pozwany nie miał wprawdzie szczegółowych danych o rzeczywistej konstrukcji komina, ale posiadał dane, z których jednoznacznie wynikała grubość komina. Jeśli wykonawca miał dane o grubości ściany, to winien był przygotować szczeki o takiej rozwartości i sile by skruszyć taką grubość ściany.

Sporządzone przez strony - bezpośrednio po przerwaniu prac przez pozwanego na skutek „trudnej do przezwyciężenia przeszkody” dokumenty, w postaci notatek i korespondencji (k.52 – 57), jak również zeznania uczestników spotkań i rozmów, nie potwierdziły sugerowanej okoliczności, iż strony w związku z brakiem umowy podjęły, dopiero na tym etapie wykonywania prac, negocjacje w celu jej zawarcia i uzgodnienia przedmiotu umowy obejmującego wyburzenie komina o dwóch żelbetowych trzonach za wynagrodzeniem odpowiadającym zakresowi prac. Ustalenia skonfliktowanych już wówczas stron, zdaniem Sądu, koncentrowały się bowiem jedynie na określeniu warunków wznowienia prac przez pozwanego, w ramach łączącej strony umowy, w celu szybkiego i skutecznego ich zakończenia. Taki cel porozumienia potwierdzili bezpośrednio zainteresowani i uczestnicy tego spotkania. Pozwany rozwiązanie

problemu widział w obciążeniu powoda kosztami szcegł o większej rozwartości oraz wynajęcia i sprowadzenia również na jego koszt agregatu hydraulicznego lub koparki na czas trwania rozbiórki, względnie zmiany zasad rozliczenia i uwzględnienie dodatkowych kosztów, jakie będzie musiał ponieść w związku z potrzebą sprowadzenia większej koparki wraz z pracownikami obsługi i kosztami paliwa. Oznaczało to próbę przerzucenia obowiązków w zakresie dostarczenia sprzętu i kosztów z tym związanych, w całości na powoda. Również zwiększenie wynagrodzenia było możliwe, lecz obwarowane zostało w umowie wszczęciem odpowiedniej procedury w ramach robót dodatkowych. Pozwany takich prób nie podjął.

Reasumując, Sąd Rejonowy uznał, iż strony wiązała umowa z dnia 10 stycznia 2011r., z której pozwany się nie wywiązał z przyczyn leżących po jego stronie. Uzasadnione więc były żądania strony powodowe sformułowane w dniu 28 marca 2011r., gdy powód odstąpił od umowy, obciążając pozwanego karą umowną w kwocie 16.000 zł oraz kwotą 35.000 zł tytułem różnicy poniesionych kosztów wyburzenia między wynagrodzeniem określonym w umowie z pozwanym, a wynagrodzeniem zapłaconym innemu wykonawcy. Żądanie zapłaty kary umownej znajdowało podstawę w umowie. W przypadku odstąpienia od umowy strony umówiły się o karę umowną „w wysokości 10% kwoty netto ogólnej wartości umowy ... uwzględniając rozliczenie wynikające ze stopnia zaawansowania dotychczas wykonanych robót, z zastrzeżeniem, że „zapłata kar umownych nie wyklucza dalej idących roszczeń odszkodowawczych”. Równowartość 10% netto umówionego wynagrodzenia (160.000 zł) stanowi kwota 16.000 zł.

Z ostrożności procesowej pozwany zarzucił, iż nie zaszyły merytoryczne przesłanki do odstąpienia od umowy oraz, że wysokość kary umownej nie uwzględnia wartości wykonanych robót. Pozwany wycenił wyburzenie 8 m komina na kwotę 144.131,33 zł.

W ocenie Sądu istniały podstawy do odstąpienia od umowy. Zarzut pozwanego, iż w wysokości kary umownej należałoby uwzględnić koszty z tytułu wykonanych robót, wymagał ich wykazania, gdyż zgodnie z ogólną regułą dowodzenia (art. 6 k.c.) to na nim spoczywał ciężar dowodu. Sąd wskazał, iż wprawdzie pozwany przedłożył fakturę na określoną kwotę, lecz jej wysokość została zakwestionowana przez stronę powodową podnoszącą, iż nie odzwierciedla ona rzeczywistych kosztów, zarzucającą niewspółmierność żadanego wynagrodzenia w stosunku do wynagrodzenia, o które umówiły się strony za całkowite wyburzenie komina. Kwestie te nie zostały przez pozwanego wykazane żadnym środkiem dowodowym. Z tych powodów zasądając wysokość kary umownej, Sąd zarzutu pozwanego nie uwzględnił.

W ocenie Sądu uzasadnione było również żądanie odszkodowawcze powoda. Znajdowało podstawę w umowie stron dopuszczającej dochodzenie, obok kar umownych, dalej idących roszczeń odszkodowawczych. Powód podnosił, iż koszty te zostały rzeczywiście poniesione. W celu wyburzenia komina powód zawarł umowę z K. D. , który wykonał roboty w okresie 18 kwiecień – 4 maja 2011r. za kwotę 195.000 zł. Należność została zapłacona. Pozwany, oprócz zarzutów nieistnienia zobowiązania, jak w przypadku żądania zapłaty kary umownej, podnosił nadto zawyżenie wynagrodzenia wykonawcy, twierdząc, iż pozwany wyburzył już 8 mb komina. Jego zdaniem wysokość wynagrodzenia powinna być równa temu, o które umówiły się strony sporu.

Biegły R. w swojej opinii twierdził, że w sytuacji, gdy strony umówią się o wynagrodzenie ryczałtowe, to rzeczywisty rozmiar prac wykonanych nie ma wpływu na określoną w umowie wysokość wynagrodzenia. Biegły nie był w stanie tego weryfikować. Odniósł się natomiast do ofert składanych powodowi. Większość oferentów proponowała metodę strzałową, która była dużo tańsza, lecz niedopuszczalna ze względu na warunki. Oferujący rozebranie komina przez wyburzenie proponowali ryczałt w granicach 177.610 – 530.000 zł netto. Biorąc pod uwagę przyjętą ofertę K. D. za 195000 zł netto za 17 dni pracy (11.470 zł dziennie) biegły uznał, że nie można ją było uznać za zawyżoną. Ocenę tę Sąd Rejonowy podzielił.

Zdaniem również Sądu I instancji, na żadnym etapie wiązania stron, zarzut dyssensu, ani błędu, nie był podnoszony. Nie wynikał również z żadnych okoliczności towarzyszących zawieraniu i realizacji umowy. Argumenty te Sąd uznał jako podniesione wyłącznie na potrzeby procesu. W tej sprawie istniał konsensus stron i umowa została zawarta. Powołanie się pozwanego na błąd było bezprzedmiotowe. Nie zachodziło bowiem mylne wyobrażenie pozwanego o rzeczywistym stanie rzeczy, ani błąd co do treści czynności prawnej. Dane techniczne i technologiczne jakie otrzymał

od powoda nie były nieprawdziwe, lecz niepełne a ocena sytuacji mieściła się w ryzyku zawodowym przedsiębiorcy i umiejętności wyboru urządzeń do wyburzenia komina.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i wnioski Sąd Rejonowy w Koszalinie w dniu 30.09.2012r. wydał wyrok, w którym w:

1. zasądził od pozwanego (...)w L. (N.) na rzecz powoda (...) spółka z ograniczona odpowiedzialnością w K. kwotę 51.000,00 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 5 kwietnia 2011r. do dnia zapłaty,
2. zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 12.393,38 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Apelację od powyższego orzeczenia złożyła pozwana, zaskarżając wyrok w całości. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucono:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia polegający na uznaniu, iż:
 - a) w sprawie nie doszło do dyssensu przy zawieraniu umowy między stronami,
 - b) w sprawie nie doszło do wprowadzenia pozwanej w błąd (w rozumieniu art. 84 k.c.),
 - c) pozwana nie dochowała należytej staranności przy ocenie inwestycji przy zawieraniu umowy z powódką,
2. naruszenie prawa materialnego poprzez błędną interpretację art. 84 k.c. wskutek przyjęcia, iż w sprawie nie doszło do złożenia oświadczenia woli obciążonego błędem oraz skutecznego uchylenia się od tego oświadczenia woli przez pozwaną,
3. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wydanie zaskarżonego wyroku z przekroczeniem granic swobodnej oceny dowodów i niedokonaniem ich właściwej oceny, w szczególności pominięcie zeznań świadków G. K., A. W. (2), T. H., J.M.przytoczonych dalej w uzasadnieniu, a także oparcie się na nierzetelnej opinii biegłego S. R. oraz jego zeznaniach uzupełniających dokonanych z rażącym przekroczeniem tez dowodowych.

Ponadto apelujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dodatkowej opinii biegłego w zakresie tez dowodowych:

- a) czy konstrukcja budowy wolnostojącego komina w K. była typową czy wyjątkową (niestandardową) dla tego typu obiektów,
- b) dokonanie weryfikacji wyceny kosztów rozbiórki komina przez wykonawcę K. D. (D.) któremu powód powierzył tę czynności po odmowie wykonania rozbiórki przez pozwanego,

W uzasadnieniu wskazano, iż w niniejszej sprawie doszło do złożenia zawarcia umowy pod wpływem błędu (ewentualnie dyssensu) oraz do skutecznego uchylenia się od skutków prawnych tego oświadczenia woli przez pozwaną. Wszystkie przesłanki wymagane przepisami kodeksu cywilnego zostały w tej mierze wypełnione. Zdaniem apelującego, zarzut błędu czy dyssensu nie musi dla swej skuteczności być podnoszony na żadnym z etapów wiązania stron (tzn. zawierania umowy). Przepisy Kodeksu cywilnego nie nakazują powołania się na błąd / dyssens w trakcie procesu wiązania stron, gdyż przeczyłoby to sensowi uprawnienia powołania się na błąd, a jedynie zmuszają do powołania się na wadę oświadczenia woli w określonym terminie, który w niniejszej sprawie został przez pozwaną zachowany. Wedle apelującego, również twierdzenie Sądu I instancji, iż zarzut „nie wynikał z żadnych okoliczności towarzyszących zawieraniu i realizacji umowy” nie odpowiada prawdzie. Zarzuty dyssensu / błędu zostały powołane przez pozwaną bezpośrednio w związku z okolicznościami towarzyszącymi zawieraniu i realizacji umowy. Bezsporny i ustalony przez Sąd I instancji był fakt, iż komin zawierał drugi, wewnętrzny żelbetowy trzon, co do istnienia którego żadna ze stron nie posiadała wiedzy, a z dokumentacji towarzyszącej zawarciu umowy wynikało jednoznacznie, iż komin nie posiadał wewnętrznego trzonu żelbetowego, a jedynie wymurówkę. Takie określenie przedmiotu umowy wynikało bezpośrednio: z treści „Protokołu negocjacji z wykonawcą” będącego częścią umowy; z treści wiadomości email z dnia 23.11.2010 r. kierowanego przez powódkę do pozwanej, na podstawie której pozwana przedstawiła

powódce ofertę; z treści projektu rozbiórki komina dostarczonego przez powódkę pozwanej oraz z treści materiałów Starostwa Powiatowego w B. Wydział Budownictwa, zawierających opracowanie stanu komina dokonane przez dr hab. inż. prof. nadz. W. G.. Wbrew stanowisku Sądu I instancji wynikało więc z powyższego jasno, że pozwana została wprowadzona w błąd (względnie doszło do dyssensu), co do budowy komina już w trakcie zawierania umowy i stan ten trwał do momentu faktycznego odkrycia wewnętrznego trzonu żelbetowego, którego istnieniu przeczyła zarówno dokumentacja techniczna, jak i dane uzyskane od powoda. Ponadto Sąd I instancji błędnie przyjął, iż z zeznań świadków wykonujących prace nie wynikało, by stwierdzona konstrukcja komina była dla nich czymś wyjątkowym i nieznanym, a pominął odmienne w tym względzie zeznania świadka G. K..

Apelujący odniósł się również do stwierdzeń Sądu I instancji dotyczących rzekomego niezachowania przez pozwaną należytej staranności przy ocenie ryzyka podjęcia się wyburzenia komina. Sąd I instancji stanął na stanowisku, iż stwierdzenie okoliczności istnienia wewnętrznego trzonu żelbetowego było dla pozwanej trudne, ale nie niemożliwe, przy zachowaniu należytej staranności. Według apelującego, powyższa teza Sądu I instancji została przyjęta przez Sąd bez odwołania się w jakikolwiek sposób do materiału dowodowego zebranego w sprawie, a w szczególności zeznań świadka A. W. (1), G. K. (2), czy J. M.. W ocenie pozwanej, komin podlegał oględzinom w taki sposób, na ile pozwalał na to jego stan techniczny (ryzyko zawalenia, zasypanie od wewnątrz, brak części drabinek i galerii, skorodowanie istniejących drabinek i galerii). Pozwana nie mogła przeprowadzić oględzin od góry, gdyż groziło to katastrofa budowlana i narażałoby życie pracowników pozwanej. Pozwana działała w oparciu o dokumentację przedstawioną przez powódkę oraz zapewnienia powódki o zgodności tej dokumentacji ze stanem rzeczywistym. Nie miała więc żadnych podstaw, by wątpić w przedstawioną dokumentację czy też dokonywać nadzwyczajnych starań, prowadzonych z narażeniem życia i zdrowia pracowników, w zagrożeniu katastrofą budowlana, by dokumentację zweryfikować. Dodatkowo wskazano, iż sposób budowy komina, wewnętrzny żelbetowy trzon nie zaczynał się od samego dołu komina (a dopiero od mniej więcej 10 metrów od ziemi, stojąc na cokole) oraz nie kończył się na samej górze komina (a mniej więcej na 7 metrów przed jego górnym wylotem). Nawet więc gdyby udało się wejść do komina od dołu, zdaniem apelującej, nie doszłoby do wykrycia wewnętrznego żelbetowego trzonu, gdyż zaczynał się on dopiero kilka metrów od poziomu gruntu. Weryfikacja stanu rzeczywistego okazała się możliwa dopiero w trakcie wykonywania robót, tzn. po dostarczeniu i użyciu przez pozwaną dźwigu służącego do rozbiórki. W ocenie pozwanej powyższe działania pozwanej w zupełności wypełniły przesłanki dołożenia należytej profesjonalnej staranności przez pozwaną.

Ponadto Sąd I instancji błędnie sprowadził problem do zakresu rozwartości szczęk kruszących, podczas gdy w rzeczywistości problem wynikał z rodzaju materiału użytego do budowy wewnętrznego trzonu, a mianowicie żelbetonu, materiału o znacznie większej wytrzymałości niż cegła szamotowa, mająca pierwotnie stanowić wnętrze komina. Jak pokazał zaś materiał dowodowy, nawet zastosowanie większych szczęk kruszących nie doprowadziło do poprawy sytuacji - problemem był agregat doprowadzający moc do szczęk. Jego moc była wystarczająca do kruszenia betonowego trzonu zewnętrznego i wewnętrznej wykładziny (zużyta wykładzina z cegły szamotowej kruszy się pod samym ciężarem szczęk), zbyt mała jednak do kruszenia dwóch betonowych trzonów. Teza zatem Sądu I instancji musiała powstać z pełnym pominięciem zeznań świadków, szczególnie zeznań kierownika budowy A. W. (1).

Apelująca odnosiła się również do wniosków poczynionych przez biegłego sądowego w sporządzonej na potrzeby postępowania opinii sądowej, w zakresie powszechności budowy tego rodzaju kominów na terenie Polski. Biegły w oparciu o tę tezę stwierdził, iż nie można traktować takich kominów jako nietypowych. Zdaniem pozwanej przyjęcie, iż liczba kilkuset kominów na terenie całej Polski oznacza ich powszechność, było niezasadne. Sam biegły przyznał jednak w zeznaniach uzupełniających, że pozwana mogła nie spotkać się z taką budową komina. Ponadto biegły potwierdził, iż nie było możliwości rozeznania, co do budowy z dokumentacji, a wręcz, że dokumentacja (w tym projekt wyburzenia, a także opracowanie prof. G.) wskazywały mylnie na inną budowę komina.

Zdaniem apelującej, wbrew przyjęciu Sądu I instancji, biegły nie dokonał weryfikacji wyceny kosztów rozbiórki komina przez wykonawcę, któremu powód powierzył te czynności, po odmowie wykonania rozbiórki przez pozwanego. Strona pozwana zarzuciła również biegłemu brak rzetelności w dokonaniu wyliczenia dziennych stawek wynagrodzenia, co wynikało choćby z porównania wynagrodzeń pozwanej i (...) na podstawie danych przyjętych w sposób dowolny.

Biegły ponadto przeczył sam sobie: stwierdzał, iż nie posiada możliwości weryfikacji ceny ryczałtowej i kosztów, po czym jednak dokonywał tej weryfikacji i stwierdzał, że danej oferty nie można uznać za zawyżoną. W ocenie również apelującej, biegły winien był oszacować czas i środki konieczne do wyburzenia komina, następnie porównać czas i środki użyte przez pozwanego oraz przez (...) do wykonania zadania. Dopiero po dokonaniu tego typu porównania biegły miałby podstawę do odniesienia się do kosztów wynagrodzenia poniesionego na rzecz (...) przez powódkę. W tym zakresie opinia biegłego wymagała uzupełnienia, co mimo wniosku pozwanej nie zostało dokonane. W tym zakresie Sąd I instancji oparł wyrokowanie na nieprawidłowej, niepełnej opinii biegłego.

Podnosząc powyższe zarzuty apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powódki na rzecz pozwanej zwrotu kosztów postępowania za obie instancje ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na apelację pozwanego, powód wniósł o jej oddalenie i zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Powód wskazał, iż apelacja ma charakter czysto polemiczny i nie jest zasadna. Wbrew twierdzeniom apelacji, Sąd I instancji nie dopuścił się naruszenia przepisów prawa w niej wskazanych oraz prawidłowo ocenił materiał dowodowy zgromadzony w sprawie.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego prowadziła do częściowej zmiany zaskarżonego wyroku .

Na wstępie wskazać należy, co ma istotne znaczenie dla przedmiotowej sprawy, że w obecnie obowiązującej procedurze cywilnej, sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji, nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiąże go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego; w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania (uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów z dnia 31 stycznia 2008 r., o sygn. akt III CZP 49/07 , Lex nr 341125). W niniejszej sprawie nie zachodziły podstawy do stwierdzenia nieważności postępowania, zaś zgłoszone przez stronę apelującą zarzuty dotyczące naruszenia przepisów postępowania nie zasługiwały na uwzględnienie. W szczególności Sąd Okręgowy podzielił w całości poczynione przez Sąd Rejonowy ustalenia faktyczne, które były wynikiem poprawnej oceny, należycie zgromadzonego, materiału procesowego. Dokonana przez Sąd Rejonowy ocena w żaden sposób nie uchybia treści art. 233 § 1 kpc, a wyprowadzone na jej podstawie ustalenia faktyczne zasługiwały na akceptację. Uzasadnienie do ich zmiany lub uzupełnienia Sąd Okręgowy nie znalazł, W tej sytuacji Sąd Okręgowy przyjmuje poczynione w I instancji ustalenia za własne, bez konieczności ich powtarzania.

Fundamentalnym dla ostatecznego rozstrzygnięcia zagadnieniem była ocena zarzutów pozwanego, co do związania stron ważnym zobowiązaniem. Naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania, jak również ustalonej między stronami kary umownej, można dochodzić bowiem tylko wówczas, gdy strony łączył umowny stosunek zobowiązaniowy, czyli wtedy, gdy istniała ważna umowa. Instytucje te nie znajdują natomiast zastosowania w wypadku niedojścia do skutku umowy lub zawarcia umowy nieważnej, a naprawienia szkody powstałej w takich okolicznościach lub innego roszczenia można wówczas poszukiwać w oparciu o podstawy pozostające w ramach innych reżimów odpowiedzialności (wyrok SN z 15 listopada 2001 r., III CKN 506/00, LEX nr 53103).

Wedle stanowiska strony pozwanej, o jej odpowiedzialności kontraktowej nie może być mowy, gdyż skutek rozbieżności w oświadczeniach woli stron /dyspens ukryty/, nie doszło wcale do zawarcia umowy, ze względu na brak uzgodnienia woli stron. W charakterze zarzutu ewentualnego pozwany podnosił skuteczne uchylenie się konsekwencji oświadczenia złożonego pod wpływem błędu. Trzeba przy tym zauważyć, że w samej apelacji pozwany, jak się wydaje, dokonał pewnego przewartościowania tych argumentów, wysuwając na plan pierwszy wykazywanie błędu.

Jednakże rozważania tej części stanowiska Sądu Okręgowego należy rozpocząć od kwestii dyspensu, a to ze względu na głębsze skutki tej wadliwości dla istnienia stosunku prawnego zaistniałego między stronami. Różnica pomiędzy

powoływany przez stronę pozwaną instytucjami procesowymi jest o tyle ważna, że inne są konsekwencje złożenia wadliwego oświadczenia woli obciążonego błędem, a inne braku konsensu. W pierwszym przypadku dochodzi do zawarcia umowy, a strona, która działała pod wpływem błędu, może jedynie uchylić się od oświadczenia złożonego pod wpływem błędu. Jeśli tego nie zrobi, umowa pozostanie ważna. W przypadku umów odpłatnych możliwość ta będzie ograniczona do sytuacji, w których błąd wywołany został przez drugą stronę (podstęp), a także tych, gdy druga strona wiedziała o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć. Kolejnym ograniczeniem jest wymóg istotności błędu. Natomiast w przypadku dyssensu w ogóle nie dochodzi do zawarcia umowy, ze względu na brak zaistnienia podstawowego warunku, jakim jest złożenie zgodnych oświadczeń woli. Wykluczona jest tym samym konieczność unieważniania umowy, do której nigdy nie doszło.

Pod pojęciem dyssensu w literaturze prawniczej rozumie się sytuację, w której brakuje zgodności oświadczeń woli. Może mieć on postać dyssensu jawnego albo ukrytego. Ten pierwszy ma miejsce wówczas, gdy strony mają świadomość tego, że pomiędzy ich oświadczeniami woli istnieje niezgodność, objawiająca się np. w chęci odmiennego ukształtowania wzajemnych obowiązków. Może jednak zdarzyć się również tak, że strony nie są świadome różnic pomiędzy składanymi przez siebie oświadczeniami woli; następuje wtedy ukryte nieporozumienie /dyssens ukryty zob. E.Wójtowicz - Zawieranie umów między przedsiębiorcami; Oficyna 2010/. Dyssens polega jednak na tym, że strony w trakcie zawierania umowy składają oświadczenia woli niezgodne, co do istotnych postanowień umowy. Brak zgodności co do niektórych, nieistotnych kwestii nie będzie jeszcze oznaczać dyssensu.

Sąd Okręgowy podziela pogląd Sądu Rejonowego, że w sprawie pozwany nie wykazał zasadniczego dla stwierdzenia dyssensu kryterium – wystąpienia rozbieżności między oświadczeniami stron w zakresie przedmiotowo lub podmiotowo istotnych elementów umowy. Stosunek prawny pomiędzy stronami należało kwalifikować jako umowę o dzieło /art. 627 i nast. k.c./ skoro przedmiotem świadczenia strony pozwanej miał stanowić konkretny rezultat w postaci rozebrania obiektu budowlanego. W umowie ten przedmiot został określony jako „kontrolowane wyburzenie komina żelbetowego za wynagrodzeniem 160.000 zł netto”. Dla stwierdzenia wystąpienia dyssensu ukrytego konieczne było wykazanie, że mimo pozornie zgodnych oświadczeń, każda ze stron obejmowała zamiarem inny przedmiot realizacji, a rozbieżność dotyczy istotnych jego elementów. Jednakże w przedmiotowej sprawie pozwany takich okoliczności nawet nie usiłował wykazywać, a realizację obciążającego go obowiązku procesowego ograniczył wyłącznie do twierdzeń o własnym przekonaniu, co do odmienności faktycznej konstrukcji komina w porównaniu z własnym w tym zakresie wyobrażeniem. Pozwany nie podnosił, że wedle rozumienia powoda przedmiotem umowy było wyburzenie komina składającego się z dwóch trzonów żelbetowych, a pozwanego z pojedynczego trzonu żelbetowego i wewnętrznej wymurówki ceglanej. Słusznie Sąd Rejonowy wskazał, że w sprawie zostało wykazane jedynie to, że pozwany nie miał pełnej wiedzy /w dodatku z przyczyn głównie przez samego siebie zawinionych, o czym w dalszej części uzasadnienia/, co do konstrukcyjnej budowy komina, a taki stan rzeczy, wyrażający się niepełną wiedzą strony, co do niektórych elementów dzieła, nie daje podstaw do przyjęcia wystąpienia dyssensu, skutkującego niedojściem do skutku umowy.

Sąd Okręgowy wskazuje, że w postępowaniu pozwany nie udowodnił również tezy, jakoby rozbieżność pomiędzy zakładaną konstrukcją komina, mającego składać się z pojedynczego trzonu żelbetowego z wymurówką z cegły, a budową faktycznie stwierdzoną /na pewnym odcinku podwójny trzon żelbetowy/ była na tyle istotna w aspekcie realizacji świadczenia, by można byłoby uznać za inny przedmiot. W ocenie Sądu, zważywszy w szczególności na specjalistyczny charakter tych okoliczności, zaferowany przez pozwanego, dla wykazania podstaw podniesionego zarzutu, materiał dowodowy należało uznać za dalece niewystarczający. Ustalenie czy wspomniana rozbieżność była na tyle istotna, że nakazywała inną ocenę przedmiotu świadczenia, ze względu na fakt, że rozstrzygnięcie tej kwestii przekracza możliwości percepcyjne i wiedzę przeciętnego człowieka, wymagało dowodu z opinii biegłego. Tymczasem dla udowodnienia istotnych okoliczności powód zaferował dowody w postaci dokumentów i zeznań świadków, zaangażowanych w procesie realizacji prac. Natomiast zakres opinii biegłego został ograniczony wyłącznie do wyjaśnienia: „czy konstrukcja budowy wolnostojącego komina w K. była typową czy wyjątkową (niestandardową) dla tego typu obiektów”, która to okoliczność mogła mieć znaczenie dla oceny dołożenia przez pozwanego należytej staranności w procesie zawierania umowy, nie zaś dla potwierdzenia wystąpienia rozbieżności w treści złożonych przez

strony oświadczeń woli. Jak wcześniej wskazano, ustalenie tych okoliczności, koniecznych dla ewentualnego ustalenia okoliczności wskazywanych przez stronę pozwaną, wymagała analizy wiadomości specjalnych, których zapewnienie w procesie cywilnym zastrzeżone zostało dla biegłych (lub instytutu) powołanych przez sąd w sposób uregulowany w art. 278 i nast. k.p.c. Inicjatywy dowodowej w tym kierunku pozwany jednak nie wykazał.

Z powyższych względów Sąd Okręgowy uznał, że zarzut niedojścia do skutku umowy pomiędzy stronami nie znalazł potwierdzenia w materiale dowodowym. Bez znaczenia jest przy tym, zawarta w apelacji, szeroka polemika pozwanego z argumentami Sądu Rejonowego, która w gruncie rzeczy nie dotyczy okoliczności istotnych. I tak w szczególności faktycznie, nie stanowi warunku powoływania się na dyssens /czy też błąd/ podnoszenie tych okoliczności w trakcie negocjowania przez strony warunków wykonania umowy, ale też nie w takim znaczeniu Sąd Rejonowy argument ten przywołał. Chodziło bowiem wyłącznie, o ocenę wiarygodności twierdzeń stron o faktach w kontekście okoliczności, jakie były przez strony podnoszone przed procesem. Nie polega również na prawdzie twierdzenie, jakoby z dokumentów sporządzonych przy zawarciu umowy oraz zeznań świadków miało jednoznacznie wynikać, że przedmiotem umowy miała być rozbiórka komina o jednym trzonie żelbetowym z wewnętrzną wymurówką szamotową. Żaden z tych dokumentów wprawdzie nie mówi o podwójnym trzonie żelbetowym, ale też nie daje podstaw do wykluczenia takiej możliwości. Takie stwierdzenie faktycznie znajduje się jedynie w załączonym do apelacji opracowaniu, którego autorem jest prof. W. G.. Rzecz jednak w tym, że pozwany nie wykazał ani zasadności, ani dopuszczalności prowadzenia dowodu z tego dokumentu /przedstawionego nadto jedynie we fragmencie/. Według normy art. 479¹⁴ § 2 kpc /w brzmieniu obowiązującym do dnia 3 maja 2012r./, w przypadku niezłączenia do odpowiedzi na pozew materiału procesowego, regułą jest jego prekluzja, czyli utrata możliwości późniejszego wykorzystania, zaś zachowanie takiej możliwości jedynie wyjątkiem, dopuszczalnym w ściśle określonych przypadkach /gdy powołanie w odpowiedzi na pozew nie było możliwe, albo że potrzeba powołania wynikała później/. Konieczność stosowania do przedmiotowej sprawy przepisów kodeksu postępowania cywilnego dotyczących spraw gospodarczych wynika z faktu, że pozew został wniesiony w dniu 22 sierpnia 2011r., a zatem przed wejściem w życie nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, co uzasadnia rozpoznanie jej według przepisów dotychczasowych /art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 września 2011 r./. Pozwany natomiast, załączając wskazany dokument do apelacji nie sformułował nawet wniosku dowodowego sugerując, jakoby był on już przedmiotem dowodu w I instancji, co jednak nie znajduje potwierdzenia w materiałach sprawy. Dokument ten jedynie został powołany w opinii biegłego sądowego, co jednak nie daje podstaw, w świetle zasad postępowania dowodowego, do samoistnego potraktowania go jako elementu materiału procesowego sprawy. W konsekwencji omawiany dokument nie mógł mieć znaczenia dla ustalenia istotnych okoliczności sprawy. Zamykając tę kwestię, tylko jedynie na marginesie można zauważyć, że w piśmie z 15 maja 2013r. pozwany przyznał, że w momencie zawierania umowy, jak też przystąpienia do prac, ocena autorstwa prof. W. G. nie była mu znana, gdyż powódka jej stronie pozwanej nie przedstawiła. Zatem zawarte tam stwierdzenia nie mogły wpłynąć na motywację decyzyjną strony przy zawarciu umowy. W tej sytuacji, już jedynie na marginesie należy zauważyć, że wskazany dokument nie dotyczył okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia.

W zasadzie wszystkie argumenty, przemawiające przeciwko ustaleniu zaistnienia dyssensu w złożonych przez strony oświadczeniach, odnoszą się również do podnoszonego w charakterze ewentualnego zarzutu działania pozwanego pod wpływem błędu oraz uchylenia się od skutków złożonego oświadczenia. Artykuł 84 k.c. określa dwie pozytywne przesłanki prawne błędu: Musi on dotyczyć treści czynności prawnej oraz musi mieć charakter istotny. Błąd odnosi się do treści czynności prawnej wówczas, gdy jest z nią ściśle powiązany, to znaczy któregośkolwiek elementu składającego się na jej treść. Natomiast istotność błędu wynika z odwołania się do przypuszczenia, że w określonej sytuacji strona, oceniająca sprawę rozsądnie i nie działająca w błędnym przekonaniu, nie złożyłaby określonego oświadczenia woli. Ponadto, jeżeli oświadczenie woli zostało złożone innej osobie, uchylenie się od skutków prawnych dopuszczalne jest jedynie wówczas, gdy błąd został przez tę osobę wywołany, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć.

Jak wcześniej zostało wyczerpująco omówione w odniesieniu do instytucji dyssensu, pozwany, mimo obszerności prezentowanych w pismach procesowych stanowisk i wielości argumentów, nie wykazał okoliczności pozwalających

na ustalenie, że ewentualna rozbieżność pomiędzy jego domniemanym wyobrażeniem, co do konstrukcyjnej budowy komina, a stanem faktycznym miała znaczenie istotne, w przypadku błędu w takim znaczeniu, że oceniając sprawę rozsądnie i nie działając w błędnym przekonaniu, nie złożyłaby określonego oświadczenia woli. Same w tym względzie twierdzenia strony, jak też dowody w postaci zeznań świadków pracowników strony pozwanej, nie są w tym względzie wystarczającym dowodem.

Co zaś się tyczy wywołania błędu przez powoda, jak też twierdzenia, że strona powodowa wiedziała o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć to trzeba podkreślić, że w tym zakresie powód nie przedstawił jakichkolwiek dowodów. Z faktu, że komin pozostawał na terenie zakładu pozwanego wcale nie wynika domniemanie znajomości szczegółów budowy specjalistycznego obiektu. Pozwanemu zostały przedstawione informacje, konieczne dla podjęcia decyzji w przedmiocie realizacji zadania. Nie sposób jest doszukać się w czynnościach powoda przejawów działania podstępного, lub nawet takich okoliczności, które uzasadniałyby zarzucalność nieuprzedzenia o błędzie pozwanego.

Wręcz przeciwnie, można zakładać, że to na żądanie powoda w protokole z dnia 20.12.2010r. pozwany złożył oświadczenie, iż „zapoznał się z dokumentacją projektową i innymi dokumentami stanowiącymi podstawę wykonania prac objętych protokołem i nie zgłasza do niej żadnych zastrzeżeń lub pytań, oraz potwierdza, iż ustalony w niniejszym protokole termin realizacji jest realny, możliwy do dotrzymania przez wykonawcę, a realizacja prac nie wymaga dodatkowych robót nieuwzględnionych w otrzymanej dokumentacji”. Natomiast trzeba wskazać, że to pozwany jest przedsiębiorcom specjalizującym się również w dziedzinie przedmiotowych robót, od którego można i należy oczekiwać podwyższonego poziomu staranności. Faktycznie jednak, co słusznie wytknął Sąd Rejonowy, pozwany, poza dokonaniem oględzin, nie podjął żadnych czynności w kierunku zbadania przedmiotu rozbiórki, ani co do jego budowy, ani też w zakresie rzeczywistego stanu. W świetle wskazanego wcześniej oświadczenia pozwanego, złożonego do protokołu negocjacji, jak też stanowiska biegłego sądowego, zupełnie nieprzekonujące są zawarte w apelacji argumenty, jakoby zbadanie konstrukcji komina, ze względu na jego stan techniczny nie było możliwe. Takie stanowisko faktycznie wynika z zeznań przesłuchanych w charakterze świadków pracowników pozwanego oraz świadka A. W. (2), które jednak nie mogą stanowić wystarczającego materiału dla ustalenia okoliczności zgodnie z oczekiwaniami strony pozwanej. Przede wszystkim trzeba wskazać, że z zeznań świadków wcale nie wynika bezwzględna niemożność przeprowadzenia badań komina, ale brak dla wykonania tej czynności dostatecznych warunków, w szczególności związanych z koniecznością poniesienia określonych kosztów /usunięcia gruzu, utrudniającego dostęp do dolnej części komina, sprzętu do wykonania sprawdzenia od góry/. Takie jednak przeszkody, w sytuacji, gdy dane przedstawione przez zleceniodawcę nie były wyczerpujące, a od rodzaju konstrukcji komina uzależniony był sposób wykonania prac i wysokość koniecznych do poniesienia kosztów, zaś wykonawcą rozbiórki był profesjonalny przedsiębiorca, nie mogły decydować o odstąpieniu od dokonania szczegółowych ustaleń. Tym bardziej też musi wręcz budzić zdumienie złożenie, w sytuacji niemożności /subiektywnej/ pełnych oględzin, zapewnienia o braku jakichkolwiek ograniczeń, co do możliwości przeprowadzenia prac. Wreszcie podkreślić należy, że według opinii biegłego S. R. istniała możliwość, przy dołożeniu należytej zapobiegliwości, dokonania badań komina /choćby przy użyciu kamery/ bez narażania pracowników na niebezpieczeństwo. Wszystkie te okoliczności uzasadniają aprobatę dla ustalenia poczynionego przez Sąd Rejonowy ustalenia o nienależytym przygotowaniu robót przez pozwanego, czego złożenie oświadczenia, o którym była mowa na wstępie rozważań tego wątku jest dobitnym dowodem.

W konsekwencji powyższych rozważań przyjąć należało, że nie zaistniały warunki dla uchylecia się pozwanego od oświadczenia woli na podstawie przepisów o błędzie ani też dla stwierdzenia wystąpienia dyssensu ukrytego, co oznacza, że strony związane były stosunkiem zobowiązaniowym wobec czego zwłoka pozwanego w realizacji zobowiązania i niepodjęcie robót mimo wezwania uprawniały powoda do odstąpienia od umowy.

Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do przeprowadzenia dowodów wnioskowanych przez stronę pozwaną w apelacji, a zmierzających w istocie do dopuszczenia dowodu z kolejnej opinii biegłego w zakresie tych samych okoliczności, które stanowiły przedmiot opracowania biegłego S. R.. Wnioski te podlegały pominięciu na podstawie art. 381 kpc, o czym Sąd Okręgowy orzekł na rozprawie w dniu 8 stycznia 2014r. Trzeba bowiem zwrócić uwagę, że wnioski o dowód z kolejnej opinii biegłego w postępowaniu w I instancji nie zostały zgłoszone. Wręcz przeciwnie, na rozprawie

w dniu 17 września 2013r. pełnomocnik pozwanego wyraźnie oświadczył, że sąd przeprowadził wszystkie zgłoszone przez niego dowody i dalszych nie zgłasza. W takiej sytuacji nie podlegał uwzględnieniu jako spóźniony, zgłoszony w apelacji wniosek w tym przedmiocie. Sąd Okręgowy podziela przy tym pogląd wyrażany w orzecznictwie, zgodnie z którym użyte w art. 381 k.p.c. pojęcie wynikłej później "potrzeby powołania się na nowe fakty i dowody" nie może być pojmowane w ten sposób, że "potrzeba" ich powołania może wynikać jedynie z tego, iż rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji jest dla strony niekorzystne, gdyż takie rozumienie art. 381 k.p.c. przekreślałoby jego sens i rację istnienia (zob.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 1999 r., I PKN 640/98, OSNAPiUS 2000, nr 10, poz. 389; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2002 r., V CKN 1269/00, LEX nr 569112).

Również w konsekwencji powyższego, ale także wobec braku jakichkolwiek dalszych dowodów, brak było podstaw do uznania zasadności zarzutu strony pozwanej, odnoszącego się do wysokości ustalonego odszkodowania w kwocie, na tej podstawie, że wypłacone następnemu wykonawcy rozbiórki komina wynagrodzenie było zawyżone. Trzeba wskazać, że takiego zawyżenia, w odniesieniu do stawek funkcjonujących na rynku nie stwierdził biegły S. R.. Zgodzić się należało z poglądem biegłego, że pilność potrzeby wykonania rozbiórki komina, który strona pozwana pozostawiła bez zabezpieczenia, mogła uzasadniać akceptację oferty wyższego wynagrodzenia, które jednocześnie nie może być uznane, za rażąco wysokie w aspekcie zgłoszenia przez pozwanego wobec powoda żądania zapłaty kosztorysowego wynagrodzenia, za rozebranie 8 m komina, na kwotę ponad 144 tys. zł.

Zarzut zawyżenia odszkodowania skutkował jednak zamianę zaskarżonego wyroku zupełnie innych względów, nie podnoszonych przez stronę, a które sąd odwoławczy jest zobowiązany uwzględnić z urzędu, w razie stwierdzenia naruszenia prawa materialnego. Otóż należy zauważyć, że przedmiotem roszczenia powoda było żądanie zapłaty kary umownej w związku z odstąpieniem przez zamawiającego od umowy oraz roszczenie odszkodowawcze z tytułu niewykonania zobowiązania.

W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 1987 r., III CZP 82/86 (OSNCP 1987, nr 12, poz. 189), przesądzono, że w klauzulach umownych przewidujących karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy nie chodzi o sankcję finansową wobec dłużnika z umowy wzajemnej za samo skorzystanie przez stronę przeciwną z uprawnienia do odstąpienia od umowy, lecz o karę w znaczeniu art. 483 § 1 k.c., której celem jest naprawienie szkody spowodowanej przez dłużnika niewykonaniem zobowiązania wynikającego z umowy, od której odstąpiono. W uzasadnieniu wyroku z dnia 7 lutego 2007 r., III CSK 288/06 (OSP 2009, nr 4, poz. 39), Sąd Najwyższy wyjaśnił, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy należy traktować jako formę uproszczenia redakcji warunków umowy, która pozwala na przyjęcie przez strony, że wypadki niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, które uprawniają stronę do odstąpienia od umowy, stanowią jednocześnie podstawę do domagania się zapłaty kary umownej.

Powyzsze rozważania prowadzą w konsekwencji do wniosku, że skoro kara umowna w związku z odstąpieniem od umowy w istocie stanowi sankcję za niewykonanie zobowiązania, to taka kara podlega zaliczeniu na poczet odszkodowania, należnego z tych samych przyczyn. Art. 484 § 1 zd. 2 kc wyraźnie wskazuje na możliwość dochodzenia jedynie odszkodowania „przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary”.

Również poglądy doktryny i orzecznictwa w tym przedmiocie są zgodne, że w przypadku zastrzeżenia dopuszczalności odszkodowania przy uzgodnieniu kary umownej, kara ta ma charakter zaliczalny, co oznacza, iż musi być ona zaliczona na poczet odszkodowania i zasądzeniu może podlegać tylko odszkodowanie w kwocie przewyższającej karę umowną (zob. wyrok SA w Katowicach z dnia 25 maja 2006 r., I ACa 1229/05, LEX nr 217193; T. Wiśniewski (w:) Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, wyd. LexisNexis; K. Zagrobelny E. Gniewek, Kodeks cywilny. Komentarz, 2008r.). W takim przypadku wierzyciel nie musi wykazać wysokości szkody w związku z dochodzoną karą umowną, a jedynie co do odszkodowania uzupełniającego.

Sporna jest natomiast możliwość zastrzeżenia przez strony kary kumulatywnej, czyli dającej wierzycielowi możliwość dochodzenia, niezależnie od wysokości kary umownej, również odszkodowania na zasadach ogólnych. Jednakże nawet dopuszczając taką możliwość należałoby wykazać, że strony umówiły się w ten sposób. Tymczasem pkt 14.4 protokołu,

stanowiącego postanowienie umowy stron, stanowił, że zapłata kary umownej nie wyklucza dochodzenia dalej idących roszczeń odszkodowawczych, co wskazuje na ustalenie wyraźne zbieżne z regulacją art. 484 § 1 zd. 2 kc.

Reasumując zatem przyjąć należało, że należna powodowi kara umowna w kwocie 16 000 zł podlegała zaliczeniu na poczet odszkodowania za niewykonanie zobowiązania, a to oznaczało dopuszczalność uwzględnienia roszczenia do wysokości wykazanego odszkodowania tj. do kwoty 35000 zł.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i wnioski, zaskarżony wyrok podlegał zmianie w zakresie wskazanym w punkcie 1. wyroku Sądu Okręgowego /art. 386 § 1 kpc/.

W związku ze zmianą rozstrzygnięcia w zakresie istoty, odpowiedniej do wyniku sporu modyfikacji, stosownie do art. 100 kpc i art. 108 § 1 kpc, podlegało orzeczenie o kosztach procesu za I instancję. Roszczenie zostało uwzględnione w zakresie 69 %. Koszty powoda wyniosły: 12393,38 zł /opłata sądowa 2550 zł, koszty zastępstwa prawnego - 7200 zł, opłata skarbową od pełnomocnictwa 17 zł, koszty dojazdu na rozprawę – 1604 zł; wydatki na tłumaczenie dokumentów 1022,38 zł; pozwanego 501 zł / koszty zastępstwa prawnego 7200 zł, opłata skarbową od pełnomocnictwa 17 zł, koszty dojazdu na rozprawę – 1304 zł; wydatki na tłumaczenie dokumentów 1349,84 zł, koszty opinii biegłego - 1218,92/. Rozliczenie poniesionych przez strony kosztów w aspekcie stopnia uwzględnienia ich żądań uzasadniało zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 5113,61 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

W pozostałej części, apelacja jako bezzasadna podlegała oddaleniu /art. 385 kpc/.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 100 kpc i art. 108 § 1 kpc stosunkowo je rozdzielając mając na uwadze stopień uwzględnienia stanowisk każdej ze stron w postępowaniu apelacyjnym i poniesione przez nie koszty procesu. Koszty powoda w tej fazie postępowania wyniosły: 1800 zł /koszty zastępstwa prawnego ustalone na podstawie § 6 pkt 6 w zw. § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu /; pozwanego 4350 zł /opłata od apelacji - 2550 zł, koszty zastępstwa prawnego ustalone na podstawie § 6 pkt 6 w zw. § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu/, zaś apelacja została uwzględniona w zakresie 69 % wartości zaskarżenia. Rozliczenie powyższe uzasadniało zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 106,50 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.