

Sygn. akt I AGa 194/18

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 marca 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Bogusław Suter
Sędziowie	:	SA Jarosław Marek Kamiński SA Beata Wojtasiak (spr.)
Protokolant	:	Małgorzata Sakowicz - Pasko

po rozpoznaniu w dniu 22 lutego 2019 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **(...) S.A. w B. w (...); (...) w W.**

przeciwko **Województwu (...) w O.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 4 lipca 2018 r. sygn. akt V GC 135/16

**I. oddala obie apelacje;**

**II. znosi między stronami koszty instancji odwoławczej.**

B. J. M. B. W.

## UZASADNIENIE

Powodowie, po ostatecznym sprecyzowaniu powództwa, pismem procesowym z dnia 20 czerwca 2018 roku, wnieśli o zasądzenie od pozwanego Województwa (...) w O. łącznej sumy 37. 255.363,10 zł , z czego na rzecz (...) SA z siedzibą w B. kwoty 21.762 535,4 zł, wraz z należnymi odsetkami : od kwoty 21.762.535,4 zł liczonymi od 31 maja 2016 roku do dnia 20 czerwca 2018 roku i od kwoty 22.353.217, 86 zł od dnia 20 czerwca 2018 roku do dnia zapłaty, zaś na rzecz (...) w W. kwoty 14. 508. 356, 70zł odsetkami od kwoty 14.508.356,70zł od dnia 31 maja 2016 roku do 20 czerwca 2018 roku i od kwoty 14.902 145 zł 24 gr liczonymi od dnia 20 czerwca 2018 roku do dnia zapłaty.

Całość żądań powodów podzielona została przez nich na 4 grupy:

1. do pierwszej grupy należały żądania dotyczące wynagrodzenia za wykonane roboty konieczne, sprowadzające się do wymiany gruntu (łącznie 5.706.650,38 zł brutto),
2. druga grupa roszczeń to dodatkowe koszty ogólne poniesione przez powodów w trakcie realizacji inwestycji od 1 lipca 2013r. do sierpnia 2014r. (łącznie 9.730.198,30 zł brutto),
3. trzecia grupa żądań to żądanie zapłaty bezzasadnie zapłaconego wynagrodzenia kar umownych naliczonych przez stronę pozwaną (łącznie 1.993.588,20 zł brutto) oraz
4. czwarta grupa to koszty związane z prowadzeniem robót bez wyłączenia ruchu (łącznie 16.872.816,51 zł brutto).

Powodowie wyjaśnili, że w niniejszej sprawie konsorcjum w skład, którego wchodzi (...) SA z siedzibą w B. oraz grupa (...) spółka z o.o. w W. wykonało na rzecz Województwa (...) roboty budowlane zgodne z umową zawartą z dnia 5 kwietnia 2012 roku, dotyczącą rozbudowy drogi wojewódzkiej (...) na odcinku E. T. P., natomiast pozwany pomimo wykonania zleconych robót oraz licznych robót dodatkowych zleczonych w trakcie wykonywania tej umowy, odmówił zapłaty należnego wynagrodzenia, jak i zapłaty innych roszczeń należnych powodom. Wartość roszczeń została pomiędzy powodami rozdzielona w proporcjach 60% i 40%, stosownie do łączącej ich umowy z dnia 16 maja 2016 roku ( k.347, 348).

Pozwane Województwo wnosilo o oddalenie powództwa.

**Wyrokiem z dnia 4 lipca 2018 r. (sprostowanym postanowieniem z dnia 8 listopada 2018r. – (...)) Sąd Okręgowy w Olsztynie zasądził od pozwanego na rzecz powodów łącznie sumę 1.943.404,97 zł, z czego na rzecz (...) S.A. w(...) kwotę 1.166.042,98 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od kwoty 269 890 zł 06 gr od dnia 1 czerwca 2016 r. do dnia zapłaty oraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 896.152,92 zł od dnia 17 grudnia 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty oraz na rzecz (...)w W. kwotę 777.361,99 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od kwoty 179 926 zł 71 gr od dnia 1 czerwca 2016 r. do dnia zapłaty a także od kwoty 597.435,28 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 17 grudnia 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty. Dalej idące powództwo Sąd oddalił i orzekł o kosztach postępowania.**

Sąd ten ustalił, że dniu 5 kwietnia 2012 roku zawarta została umowa pomiędzy Województwem (...), jako zamawiającym, a konsorcjum utworzonym przez (...) S.A. z siedzibą w (...)w M. oraz (...)w W.. Przedmiotem tejże umowy była rozbudowa drogi wojewódzkiej nr (...) na odcinku E. - T. P..

W punkcie 2 tej umowy strony przyjęły, że na pełen kontrakt składają się: umowa, szczególne warunki kontraktu, ogólne warunki kontraktu, instrukcje dla wykonawcy, specyfikacje techniczne, wykonanie odbioru robót budowlanych, dokumentacja projektowa, oferta wykonawcy, wniosek wykonawcy dopuszczenie do udziału w postępowaniu z załącznikami, gwarancja jakości oraz wykazy i wszystkie inne dokumenty stanowiące część kontraktu. W pkt. 4 strony zawarły zapis, iż zaakceptowana kwota kontraktowa stanowi kwotę brutto 66.452.943,78 zł brutto. W pkt. 5 umowy wykonawca zobowiązał się do zakończenia robót będących przedmiotem umowy w terminie do dnia 30 czerwca 2013 roku, (co z następnie zostało zmienione aneksem nr. (...) z 3 grudnia 2013r. na dzień 31.05.2014 – k.515). W pkt. 6 umowy strony ustaliły, że wykonawca zobowiązuje się niniejszym do udzielenia zamawiającemu pisemnej gwarancji jakości dla wszystkich robót na okres 60 miesięcy od dnia zakończenia czynności odbioru końcowego. W pkt. 7 strony ustaliły, że wszelkie zmiany i uzupełnienia treści kontraktu mogą być wprowadzone wyłącznie w formie aneksu podpisanego przez zamawiającego i wykonawcę pod rygorem nieważności, w granicach dopuszczalności istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w przypadkach wymienionych w pkt. 14.2 instrukcji dla wykonawców. W pkt 8 umowy strony zawarły zapis, że w sprawach nieuregulowanych postanowieniami kontraktu mają zastosowanie przepisy prawa polskiego w

szczególności kodeksu cywilnego, ustawy prawo zamówień publicznych, ustawy prawo budowlane oraz inne przepisy właściwe dla przedmiotu umowy.

Dnia 18 kwietnia 2012 roku sporządzony został protokół przekazania terenu budowy.

Z ustaleń Sądu wynikało, że wpływ na przebieg inwestycji miały problemy związane z wycinką drzew, warunki pogodowe, potrzeba usunięcia zalegających w wykopach gruntów organicznych oraz potrzeba wykonania prac dodatkowych (wykonania tymczasowych objazdów budowlanych).

W odniesieniu do sposobu rozwiązania problemu pilnej wycinki drzew i krzewów z pasa drogowego, Sąd Okręgowy ustalił, że powód pismem z dnia 23 maja 2012 roku zwrócił się do Wójta Gminy E. z prośbą o zmianę pkt 3 decyzji zezwalając na usunięcie drzew i krzewów o numerach inwentarzowych wskazanych w tym piśmie w terminie innym niż orzeczono, co zostało uwzględnione decyzją z dnia 12 lipca 2012 roku, poprzez zezwolenie na usunięcie określonych w niej drzew w terminie do 31.08.2012r. Nadto, decyzją z dnia 13 lipca 2012 roku także Burmistrz T. zmienił swoją decyzję w sprawie usunięcia drzew.

Z kolei, poczynając od dnia października 2012 roku, powód zwracał się do Inżyniera Kontraktu pismami (z dnia 2 października oraz z dnia 16 i 19 listopada 2012 roku), celem rozwiązania problemu związanego z zaleganiem w podłożu wykopów gruntów organicznych. W odpowiedzi Inżynier Kontraktu pismami z dnia 20 grudnia 2012 roku, 7 lutego 2013 i 12 marca 2013 wydał polecenia zawierające rozwiązanie problemu gruntów słabonośnych, poprzez usunięcie gruntu organicznego i zastąpieniem gruntu plastycznego materacem z kruszywa grubego. Dnia 8 sierpnia 2013 roku przeprowadzone zostały między stronami ostateczne negocjacje cenowe, przedmiotem, których było określenie cen jednostkowych za prace związane z wykonaniem wymiany gruntów organicznych oraz wzmocnieniem podłoża i zastosowaniem materaca z kruszywa łamanego - według stawek wcześniej ustalonych w protokole z dnia 5 lipca 2013 roku. W efekcie, ustalono następujące stawki: za wykonanie wykopu - 22,37 zł/m<sup>3</sup>, za wykonanie nasypu - 62,84zł/m<sup>3</sup>, za wykonanie materaca z kruszywa łamanego - 201,56 zł/ m<sup>3</sup> i 30, 22 zł/m<sup>2</sup>, za położenie geotkaniny - 8 zł 18 gr/ m<sup>2</sup> i za położenie geosiatki - 8,18 zł/ m<sup>2</sup>. Zaznaczono przy tym, że ceny jednostkowe wykonania danego rodzaju ustalone podczas negocjacji pokrywają wszelkie koszty ich wykonania i nie podlegają dalszym negocjacjom. Strony jednocześnie ustaliły terminu wykonania tych robót do dnia 4 grudnia 2013 roku, zaś dokument ten i warunki w nim zawarte zostały zatwierdzone przez pozwanego reprezentowanego przez dyrektora W. K. (1) przez zapis „zatwierdzam”. W końcowym świadectwie płatności potwierdzono wykonanie robót dodatkowych w postaci wymiany gruntów słabonośnych.

Sąd ustalił, że niesprzyjające – w ocenie powoda – od 11 marca warunki klimatyczne stanowiły podstawę pisma z dnia 26 marca 2013 roku w którym powód, działając na podstawie postanowień subklauzuli 8.4 lit. C i 20.1 wystąpił o przedłużenie czasu na ukończenie kontraktu, sygnalizując zgłoszenia roszczenia w przedmiocie dodatkowego, wynikającego stąd kosztu po jego stronie.

Kolejnym problemem, który rozwiązały strony w trakcie trwania inwestycji było wykonanie tymczasowych objazdów budowlanych obiektów mostowych wraz z dojazdami i oznakowaniem na odcinku E. –T. – P., drogi wojewódzkiej nr (...), co stało się przedmiotem umowy z dnia 18 stycznia 2013, zawartej na podstawie postępowania przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki. W umowie tej strony ustaliły wynagrodzenie brutto na poziomie 1 524 303 zł 56 gr. i określiły termin zakończenia opisanych tam robót do dnia 30 czerwca 2013 roku. Następnie termin ten był wydłużany aneksami z 26 czerwca 2013 roku i 3 grudnia 2013 roku i został ostatecznie ustalony na dzień dnia 31 maja 2014 roku.

Nadto, dnia 27 czerwca 2014 roku strony zawarły kolejną umowę na roboty dodatkowe zgodnie, w trybie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych, w której pozwany powierzył powodowi realizację zamówienia uzupełniającego obejmującą przebudowę odcinka kanalizacji sanitarnej na kilometrze 14, kolidującym z projektowaną niweletą rozbudowanej drogi wojewódzkiej nr (...). Zgodnie z paragrafem 3 tej umowy strony ustaliły wynagrodzenie na poziomie kwoty 125 607 zł wraz z podatkiem VAT. Powodowie zobowiązali się wykonać roboty objęte tą umową w terminie 2 tygodni od daty podpisania umowy .

Sąd I instancji ustalił, że przed zawarciem tej ostatniej umowy, obejmującej prace dodatkowe, powodowie – uznając, że zobowiązanie wynikające z kontraktu z dnia 5 kwietnia 2012 roku, z określonym ostatecznie terminem zakończenia na dzień 30.05.2014r. – zostały przez nich wykonane, powiadomili o tym fakcie Inżyniera kontraktu pismem z dnia 31 maja 2014 roku, domagając się wszczęcia procedury, która doprowadzi do wydania Świadczenia Przejęcia Robót. Pismem z dnia 30 czerwca 2014 roku pozwany odrzucił jednak ten wniosek, z powodu braku zakończenia prac i odbioru robót z zakresu branży telekomunikacyjnej oraz braku protokołu odbioru tych robót z gestorami sieci, braku zakończenia prac i odbioru robót w branży oświetleniowej z gestorami sieci, braku wykonania sygnalizacji świetlnej w P., braku zakończenia prac z zakresu branży drogowej, między innymi zjazdów indywidualnych, zjazdów z parkingu na cmentarz w P., braku chodnika we wskazanych kilometrach, braku szczytów skarpowych, braku wykonania drogi dojazdowej do zabudowań przy dawnej stadninie koni w miejscowości K., braku umocnienia skał geomatą antyerozywną, braku odwodnienia D. B., braku listew naprowadzających do mikrotuneli na odcinku G. i braku dokumentacji powykonawczej. Dopiero dnia 24 czerwca 2014 roku sporządzony został nadto protokół odbioru końcowego robót związanych z wykonaniem oznakowania poziomego i pionowego docelowej organizacji ruchu, przedmiotem tego odbioru były roboty związane z wykonaniem oznakowania poziomego i pionowego.

Sąd I instancji wskazał, że dnia 23 lipca 2014 roku wystawione zostało Świadczenie Przejęcia Robót, przy czym w świadectwie tym zawarto stwierdzenie, że roboty będące przedmiotem przejęcia uznaje się za zakończone na dzień 1 lipca 2014 roku. Z kolei w dniu 24 lipca 2014 roku sporządzono protokół z odbioru końcowego robót budowlanych, w którym dokonano odbioru całości robót kontraktowych. W protokole tym wskazano następujące daty dotyczące realizacji kontraktu: termin rozpoczęcia robót to 2 maja 2012 roku, termin zakończenia robót według umowy to 31 maja 2014 roku, termin zakończenia robót wg świadectwa przejęcia to 1 lipca 2014 roku, termin wystawienia świadectwa przejęcia robót to 23 lipca 2014 roku, termin zakończenia okresu gwarancyjnego dla wszystkich robót to 22 lipca 2019 roku.

W związku z wynikającym ze Świadczenia Przejęcia Robót przekroczeniem terminu wykonania zobowiązania, (...) w O., pismem z dnia 23 września 2014 roku, z powołaniem się na subklauzulę 8.7 o karach umownych, naliczył karę za okres od 1 czerwca 2014 roku do 30 czerwca 2014 roku w kwocie 1 993 588 zł 20 gr i jednocześnie na taką kwotę została wystawiona nota, nota księgową. Pozwany pismem z dnia 17 grudnia 2014 roku złożył oświadczenie o potrąceniu wierzytelności.

W następstwie tak poczynionych ustaleń faktycznych, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że żądanie powodów jest uzasadnione jedynie w nieznaczącej części.

Odnosząc się do żądania zapłaty za wykonane roboty konieczne, związane z wymianą gruntów organicznych, Sąd uznał, że bezsporny jest zarówno zakres niezbędnych robót polegających na wymianie gruntu nienośnego, jak i fakt wykonania tych robót przez powodów.

W ocenie Sadu natrafienie przez powodów w trakcie realizacji inwestycji na grunty nienośne było niewątpliwie okolicznością wyjątkową, ale jednocześnie nie wynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, który nie mógł tego przewidzieć, przy czym niewątpliwie też ta okoliczność ta zagrażała terminowej realizacji inwestycji, przez co wymagane było szybkie działanie w przedmiocie wyłonienia wykonawcy tych robót dodatkowych, a takim trybem jest przewidziana w art. 66 i 67 Prawa zamówień publicznych możliwość wyłonienia wykonawcy z wolnej ręki. Tym niemniej, negocjacji prowadzonych przez strony w przedmiocie ustalenia stawek wynagrodzenia za prace tego rodzaju, zakończonej spisaniem protokołu z dnia 8 sierpnia 2013r., Sąd nie uznał za tożsame z zawarciem umowy, podkreślając, że dla takiej umowy – pod rygorem nieważności – przepis art. 139 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych przewiduje formę pisemną.

Tym samym, podstawy prawnej dla roszczenia powoda z tego tytułu Sąd upatrywał w przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu. Sąd nie miał przy tym wątpliwości, że określając stawki wynagrodzenia w protokole z 8 sierpnia 2013 roku, strony zgodnie uznały, że odzwierciedlają one faktyczną wartość tych robót. W ślad za wyjaśnieniem pozwanego Sąd przyjął, że gdyby zastosować stawki zgodnie przyjęte przez strony w protokole z dnia 8 sierpnia 2013 roku, to kwota

należna powodom za wykonanie tych robót byłaby zwiększona o kwotę brutto 449 816 zł i 77 gr, ponad wypłaconą przez pozwanego kwotę 882 445 zł i 98 gr. Tym samym Sąd nie zaakceptował stanowiska pozwanego prezentowanego w toku procesu, iż przy określeniu wysokości wynagrodzenia stosować należało stawki zawarte w kontrakcie. Zdaniem Sądu, strona powodowa oprócz przedstawienia tezy o wielkości przysługującego ich zdaniem wynagrodzenia nie wskazała, ani rodzaju robót, za które domaga się wynagrodzenia, ani ilości tych robót, ani też nie przedstawiła zasad wyliczenia żadanego wynagrodzenia, a złożone w tym przedmiocie pismo z dnia 20 czerwca 2018 r. (k.7150 – 7153) Sąd uznał za niezrozumiałe.

W efekcie, przedmiotem zasądzenia w tej mierze stała się przyznana przez pozwanego kwota 449.816 zł 77 gr, z tym że - stosownie do treści umowy konsorcjum i żądania powodów - na rzecz (...) SA w B. przypadło 60 % tej kwoty, czyli 269 890 zł 6 gr, a na rzecz(...) 40 % tej kwoty, czyli 179 926 zł 70 gr., zaś podstawą rozstrzygnięcia był przepis art. 405 k.c.

Odnosząc się do żądania zapłaty za tzw. koszty ogólne, powstałe w okresie od 1 lipca 2013 roku do sierpnia 2014 roku, Sąd uznał je w całości za bezzasadne. Sąd nie przychylił się tym samym do stanowiska powodów, jakoby mogło być ono uzasadnione wydłużeniem okresu wykonywania robót o 11 miesięcy, w stosunku do pierwotnie zakładanego terminu. Zauważając, że - zdaniem powodów - przyczyną przedłużenia okresu realizacji kontraktu była konieczność przeprowadzenia wycinki drzew, wystąpienie nieprzewidywalnych warunków gruntowych na znacznym odcinku drogi, wykonania robót dodatkowych i wystąpienie wyjątkowo niesprzyjających warunków klimatycznych, Sąd Okręgowy uznał, że za okoliczności tego rodzaju pozwany nie może odpowiadać. W szczególności Sąd podkreślił, że procedura związana z wycinką drzew trwała niespełna dwa miesiące, natomiast problemy związane z usunięciem gruntów nienośnych spowodowały wydłużenie terminu wykonania zobowiązania określonego w kontrakcie do 31 maja 2014 roku, przy czym jeszcze dnia 27 czerwca 2014 roku strony zawarły umowę na przebudowę odcinka kanalizacji, ustalając termin jej wykonania na okres dwóch tygodni, liczony od dnia zawarcia umowy.

Zdaniem Sądu przyczyną przedłużenia kontraktu były właśnie okoliczności wskazane wyżej, to jest kwestia decyzji co do wycinki drzew, zawarcie dodatkowej umowy odnośnie robót polegających na wykonaniu objazdu, konieczność wymiany gruntu nienośnych. Jednocześnie Sąd zauważył, że strony w umowie stworzyły hierarchię ważności i pierwszeństwa poszczególnych dokumentów wchodzących w skład kontraktu (po pierwsze - umowa, po drugie - szczególne warunki kontraktu sporządzone w oparciu o przepisy polskiego prawa budowlanego oraz warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego, po trzecie - ogólne warunki kontraktu, po czwarte - pozostałe dokumenty wymienione w tej klauzuli lecz niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, Sąd przystąpił do rozstrzygnięcia roszczenia strony powodowej w zakresie tzw. kosztów ogólnych z uwzględnieniem tak właśnie ułożonych norm prawnych.

Sąd podkreślił, że zgodnie z powyższą hierarchią najważniejszym dokumentem kontraktu stała się umowa. Z kolei w pkt 7.1. ustęp 1 umowy strony przewidziały możliwość wydłużenia terminu realizacji zamówienia między innymi w przypadku wystąpienia długotrwałych, odbiegających od normy niesprzyjających warunków pogodowych, obiektywnie uniemożliwiających wykonywanie robót budowlanych, czy też wystąpienia robót dodatkowych, od wykonania których uzależnione jest wykonanie zamówienia podstawowego.

W świetle wskazanych wyżej okoliczności nie mógł, w ocenie Sądu, budzić wątpliwości fakt, że przedłużenie terminów realizacji kontraktu wynikało właśnie z okoliczności przewidzianych w umowie, w szczególności na skutek wystąpienia konieczności wykonania robót dodatkowych. Przedłużenie terminów realizacji kontraktu wynikało zatem z konieczności wykonania wymiany gruntów (do 4 grudnia 2013 roku), z faktu zawarcia dodatkowej umowy dnia 18 stycznia 2013 roku na wykonanie podjazdów z terminem wykonania do 30 czerwca 2013 roku oraz z racji niesprzyjających warunków pogodowych, co powodowie sygnalizowali pismem z dnia 26.03.2013 r. (k. 1596 akt, tom VIII). Zdaniem Sądu, przedłużenie terminu realizacji kontraktu w oparciu o okoliczności przewidziane umową i zgodne z umową nie mogło być w takiej sytuacji podstawą zarzutu obciążającego pozwanego, zgłoszonego na gruncie artykułu 471 kodeksu cywilnego i odpowiedzialności finansowej pozwanego w zakresie poniesionych przez wykonawcę dodatkowych kosztów.

Sąd pokreślił, że drugim dokumentem w ustalonej przez strony hierarchii pod względem ważności po umowie były Szczególne Warunki Kontraktu.

Analizując odszkodowawcze roszczenie strony powodowej w kontekście zapisów subklausuli 1.9, 2.4 oraz 4.12 Szczególnych Warunków Kontraktu, Sąd zauważył, że wyłączają one zastosowanie zapisów zawartych w pkt. 1.9 pkt. (b), 2.4 oraz 4.12 Ogólnych warunków kontraktu, co sprawia że wyłączona tym samym została odpowiedzialność Zamawiającego za opóźnienie w dostarczeniu rysunków (a więc także dokumentacji projektowej określającej sposób wymiany gruntu), czy też za opóźnienie w przekazaniu prawa dostępu do terenu budowy, a także za zaistnienie niekorzystnych warunków fizycznych. W ocenie Sądu, wbrew twierdzeniom powodów, prowadzi to do jednoznacznego wniosku, że w/w klauzule ogólne zgodną wolą stron zostały wyłączone, bowiem podpisy obu stron pod kontraktem zawierającym szczególne warunki kontraktu (karta 510), nie pozostawiają w tej kwestii żadnych wątpliwości. Tym samym Sąd uznał, iż wolą stron było zniesienie po stronie pozwanego finansowych konsekwencji za zdarzenia w tych klauzulach przewidzianych.

Odnosząc się do wskazywanych przez powodów klauzul 17.3 oraz 17.4 Ogólnych warunków kontraktu, jako uprawniających powodów do żądania wyrównania strat z uwagi na nieprzewidywalne siły natury, co do których nie można w racjonalny sposób oczekiwać, aby doświadczony wykonawca skutecznie je przewidział, Sąd uznał że sposób zgodzić ze stanowiskiem powodów, że występujące w polskich realiach klimatycznych ujemne temperatury w pierwszym kwartale każdego roku są zjawiskiem nieprzewidywalnym, stwierdzić wręcz należy, że są to w tym okresie zjawiska wręcz normalne. Sformułowanie takiego wniosku nie musi być poparte wiedzą specjalną, wystarczy oparcie się na zasadach doświadczenia życiowego. Z tego względu żądanie powodów Sąd uznał nieuzasadnione.

Analizując kolejne żądanie tj. żądanie zwrotu bezzasadnie naliczonej kary umownej Sąd Okręgowy poddał w pierwszej kolejności analizie zapis klauzuli 8.7, gdzie strony ustaliły, że wykonawca z uwzględnieniem subklauzuli 2.5 zapłaci zamawiającemu kary umowne a) za przekroczenie czasu na ukończenie robót w wysokości 0,1% zaakceptowanej kwoty kontraktowej określonej w subklauzuli 1.1.4.1 za każdy dzień zwłoki, wykonawca jest zobowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy zamawiający nie poniósł szkody.

Sąd stwierdził zaistnienie zwłoki po stronie powodowej. W szczególności podkreślił, że ostateczny termin zakończenia robót objętych kontraktem, a określony w aneksie numer (...) przypadł na 31 maja 2014 roku. Tego też dnia powodowie wprowadzili poinformowali pozwanego o zakończeniu robót objętych kontraktem, tym niemniej pismem z dnia 30 czerwca 2014 roku pozwany odrzucił ten wniosek, wskazując na braki w zakończeniu robót w poszczególnych branżach, w tym w branży telekomunikacyjnej, w oświetleniu drogowym, wskazano także na brak zakończenia prac w zakresie branży drogowej, a także braki dokumentacji powykonawczej, umożliwiających uzyskanie decyzji na użytkowanie oraz zgłoszenie zakończenia robót Wojewódzkiemu Inspektorowi Nadzoru Budowlanego zgodnie z zapisami klauzuli 4.1.

Sąd i instancji zauważył, że istotną cechą tego pisma było wyszczególnienie niewykonanych robót na dzień 31 maja 2014 roku, pozwalające wyciągnąć wniosek, że w dacie zakończenia realizacji kontraktu trwały jeszcze roboty drogowe. Kierując się zasadami doświadczenia życiowego, a tym samym nie widząc potrzeby korzystania z wiedzy specjalnej, Sąd stwierdził, że wymienione roboty, które pozostały do wykonania (choćby w postaci wykonania zjazdów indywidualnych do posesji, zjazdu i parkingu na cmentarz w miejscowości P., wykonaniu drogi dojazdowej do zabudowań przy dawnej stadninie koni w miejscowości K., braku zakończenia robót w poszczególnych, w wyżej wymienionych branżach oraz brak dokumentacji powykonawczej) oznaczają, że na dzień 31 maja 2014 roku prace nie zostały skończone. Sąd podkreślił, że tę tezę popiera także protokół odbioru końcowego robót związanych z wykonaniem oznakowania poziomego i pionowego o celowej organizacji ruchu z dnia 24 czerwca 2014 roku. Data odbioru tych robót jednoznacznie świadczy o tym, że roboty te były wykonywane po dacie 31 maja 2014 roku, a więc po końcowej dacie umownej realizacji kontraktu. Sąd powołał się nadto świadectwo przyjęcia robót (k. 6426), które pochodzi dopiero z 23 lipca 2014 roku, w którym stwierdzono, że roboty będące przedmiotem przejęcia uznaje się za ukończenie z dniem 1 lipca 2014 roku. Powodowie nie przedłożyli żadnych dowodów kwestionujących prawdziwość i zasadność wystawienia tego dokumentu. Podobnie, w protokole odbioru końcowego także jako datę zakończenia

robót wskazano 1 lipca 2014 roku. Treść tego protokołu podpisana została przez przedstawicieli powodów, którzy nie wnieśli też żadnych zastrzeżeń (k. 6508).

Sąd nie podzielił przy tym stanowiska powodów, jakoby zakończenie robót nastąpiło z dniem 31 maja 2014, podkreślając, że podnoszony przez powodów argument, iż tej dacie odbywał się już regularny ruch, jest bez znaczenia, skoro cała inwestycja była realizowana przy otwartym ruchu.

W konsekwencji Sąd uznał, że pozwany był uprawniony do naliczenia kary umownej w wysokości 1 993 588 zł 20 gr., nie dzieląc przy tym stanowiska powodów, że kara ta winna być obliczona według zasad zawartych w klauzuli 10.2 warunków umowy. Klauzula ta bowiem ewidentnie dotyczy odbioru jedynie części robót. Tymczasem strony w klauzuli 8.7 przewidziały możliwość naliczenia kary umownej wyłącznie od realizacji całego kontraktu, nie podzielonego na części.

Sąd Okręgowy stwierdził natomiast, że ziściły się przesłanki do miarkowania kary umownej w oparciu przepis art. 484 paragraf 2 Kodeksu cywilnego, bowiem wyliczonej przez pozwanego karze umownej w wysokości niemal 2 000 000 zł należy przypisać cechę rażącego wygórowania, a ponadto zobowiązanie było w znacznej części wykonane. Sąd zaznaczył, że znane mu jest bogate orzecznictwo Sądu Najwyższego i Sądów Apelacyjnych wskazujących na kryteria, jakimi należy kierować się korzystając z instytucji miarkowania kary umownej, miał jednak na uwadze, że instytucja kary umownej należy do praw tzw. sędziowskich, stąd też do sądu orzekającego należy wybór kryteriów, na podstawie których poddaje on kontroli wysokość kary umownej. Korzystając z tego prawa Sąd ocenił, że uzasadniona okolicznościami wysokość kary umownej winna zamykać się w tej sprawie kwotą 500 000 zł.

Uznając za właściwy taki poziom kary umownej Sąd wskazał, że kierował się przyjętymi i obliczonymi proporcjami o charakterze czasowym, rzeczowym i finansowym. Rozpatrując ten problem pod względem czasowym Sąd stwierdził, że zgodnie z umową, realizacja kontraktu obejmowała okres od 2 maja 2012, kiedy to rozpoczęto roboty do 31 maja 2014, a więc realizacja kontraktu rozłożona była na około 24 miesiące. Zakończenie robót nastąpiło z dniem 1 lipca 2014 roku, zatem zwłoka w wykonaniu zobowiązania wynosi jeden miesiąc. Jednomiesięczna zwłoka w wykonaniu tak dużego kontraktu przesądza też o tym, że zakres robót jaki nie został wykonany w tym jednym miesiącu nie mógł być znaczny. Pod względem rzeczowym zatem w zdecydowanej większości roboty budowlane wykonane zostały przez powodów do umownego terminu 31 maja 2014. Ten problem Sąd ocenił w sposób szacunkowy, kierując się doświadczeniem życiowym, nie dysponując szczegółowymi wyliczeniami procentowymi w tym zakresie. Wyliczenia takie były jednak zdaniem Sądu zbędne, bowiem o skali niewykonanych w terminie robót można wnioskować z czasu zwłoki.

Określona przez sąd wysokość kary umownej w stosunku do całego kontraktu to około 0,7 %. Jednakże, zdaniem Sądu, na wysokość tej kary spojrzeć należy z punktu widzenia jej wartości nominalnej, a nie procentowej, bowiem to ten punkt widzenia daje pełniejsze wyobrażenie o wysokości tej kary. W polskich realiach kara umowna w wysokości 500 000 złotych jest adekwatną dolegliwością finansową dla firmy budowlanej. Strona pozwana nie wykazała w tym procesie, ani nie podnosiła problemu szkody jaką ewentualnie miałby ponieść na skutek zwłoki w realizacji kontraktu. Co prawda wspominała o cofnięciu dotacji, ale ta kwestia nie została przez stronę pozwaną udokumentowana.

Uznając zatem, że oświadczenie pozwanego o potrąceniu kary umownej z wierzytelnością powodów z tytułu wynagrodzenia jest skuteczne do kwoty 500 000 zł, Sąd przyjął, że w tym zakresie żądanie powodów jest uzasadnione w kwocie 1 493 588 zł 20 gr, a kwota ta wynika z różnicy kwot 1 993 588,20 zł i 500 000 zł. Także i w tym przypadku 60 % tej sumy, to jest 896 152,90 zł przypada powodowi (...) S.A. w B., a 40 % tej kwoty 597 435 zł 20 gr drugiemu powodowi. Odsetki od tych sum sąd zasądził od dnia oświadczenia o potrąceniu.

Odnosząc się do ostatniej grupy żądań powodów, czyli kosztów związanych z prowadzeniem robót bez wyłączenia ruchu, Sąd Okręgowy, nawiązał na wstępie do warunków geograficznych, w jakich przebiega droga nr (...) będąca przedmiotem sporu. Zauważył, że w znakomitej większości swej długości droga ta przebiega przez tereny morenowe, z bardzo dużymi różnicami poziomów. Ten fakt sprawia, co szczególnie dobrze widać na mapie komunikacyjnej, że sieć dróg łączących E. z miejscowością T. jest niezwykle rzadka i droga (...) jest jedyną, jaką obie te miejscowości łączy.

Sąd podkreślił, że są to wiadomości ogólnodostępne, wynikające zarówno z obserwacji mapy drogowej, mapy fizycznej oraz z wiadomości, które można uzyskać w Internecie, po czym uznał, że te okoliczności miały istotne znaczenie w sprawie i to w takim stopniu, że gdyby w trakcie trwania robót na drodze (...) ruch miał być wyłączony, to niewątpliwie okoliczność ta byłaby uregulowana wprost w umowie, a co najmniej w szczególnych warunkach kontraktu. Zdaniem Sądu dla powodów także na etapie formułowania swojej oferty ta okoliczność była oczywista, bowiem formułując treść oferty, zwłaszcza jej finansowej strony, powodowie przedstawili zbiorcze wyliczenie kosztów objazdów. Skoro zatem strony przewidywały konieczność budowy objazdów w określonych w punktach, to oczywistym jest, że ruch na drodze (...), mimo realizacji inwestycji, miał się odbywać. Sąd odwołał się także do umowy, którą zawarli powodowie dnia 18 stycznia 2013 roku, a przedmiotem której było właśnie wykonanie dodatkowych podjazdów (k. 612 do 615 i (...) do (...)). Dla Sądu oczywistym było, że podstawą zawarcia tej umowy, a zwłaszcza potrzebą zawarcia tej umowy kierowały względy utrzymania ruchu na drodze (...). Ponownie odwołując się do zasad doświadczenia życiowego Sąd stwierdził, że realizowane obecnie liczne inwestycje drogowe niemal zawsze odbywają się przy otwartym ruchu. Sąd zauważył, że kwestia ta była przedmiotem także regulacji klauzuli 4.14 zatytułowanej Unikanie zakłóceń. Zgodnie z treścią tej klauzuli „wykonawca nie będzie zakłócał bez potrzeby i umiarkowania a) wygody publicznej, ani b) dostępu ich użytkownika oraz zajmowania wszelkich dróg i przejść niezależnie od tego, czy są one publiczne, czy w posiadaniu zamawiającego lub osób trzecich. Wykonawca ochroni zamawiającego przed wszelkimi szkodami, stratami i wydatkami łącznie z kosztami sądowymi i opłatami, wynikającymi ze zbędnego lub nadmiernego zakłócenia i powoduje mu poniesione koszty”.

Z powyższego zapisu zdaniem Sądu wynika, że Szczególne Warunki Kontraktu jako zasadę przyjęły, aby inwestycje w maksymalny sposób, jaki to będzie możliwe nie utrudniały dostępu użytkownika użytkowników i zajmowania wszelkich dróg, przy czym oceny tej nie zmienia. Odnosząc się do Harmonogramu, sporządzonego przez powodów, o którym mowa na karcie 69 akt sprawy, Sąd Okręgowy podkreślił, że jest to dokument jednostronny, tworzony przez wykonawcę robót, który zawiera jedynie wyszczególnione kolejnych etapów robót łącznie z terminami ich realizacji i który w zasadzie nie tworzy żadnych uprawnień po stronie wykonawcy. W założeniu dokument ten ma dać natomiast inwestorowi możliwość kontrolowania terminów realizacji poszczególnych etapów inwestycji, będących składnikami całego procesu inwestycyjnego.

Z tego względu Sąd nie dopatrył się w postępowaniu pozwanego żadnego zawinionego działania ani zaniechania, które spowodowałyby powstanie po stronie powodowej jakiegokolwiek szkody. Z uwagi na fakt, że żądanie powodów w tym zakresie Sąd co do zasady uznał za nieuprawnione, nie widział potrzeby odnoszenia się do kilku tysięcy dokumentów załączonych przez powodów na okoliczność tego żądania. Z tego samego względu Sąd oddalił wnioski pełnomocnika powodów o przesłuchanie wnioskowanych świadków, w szczególności tych mieszkających za granicą, mając przy tym na uwadze, że dopuszczenie tego dowodu niewątpliwie przesunęłoby termin wydania orzeczenia o kolejne lata. Zdaniem Sądu nie było też potrzeby korzystania z wiedzy specjalnej, o co wnioskowały strony, w szczególności nie było w sprawie okoliczności, dla wyjaśnienia których Sąd zmuszony byłby korzystać z biegłych, przy czym z pewnością nie były nimi okoliczności podnoszone przez strony, przy wnioskach o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłych.

W efekcie Sąd Okręgowy orzekł, jak w sentencji, wskazując, że podstawą orzeczenia o kosztach procesu jest przepis art. 100 k.p.c.

***Apelację od powyższego wyroku wniosły obie strony.***

***Pozwany zaskarżył wyrok w części, a mianowicie co do punktu 1 w zakresie kwoty 1.493,5888,20 zł (miarkowanie kary umownej), z czego względem powoda ad. 1 jest to kwota 896.152,90 zł, a względem powoda ad 2 jest to kwota 597.425,20 zł oraz co do punktu 3 wyroku. Wyrokowi zarzucił:***

***1) naruszenie przepisów prawa procesowego, a mianowicie:***

***a) § 2 pkt 7 w zw. z § 15 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych w zw. z art. 72 § 1 pkt 2 k.p.c., art. 109 § 2 k.p.c. poprzez nieprzyznanie***



*podwójnej stawki kosztów zastępstwa radcy prawnego od każdego z powodów, mimo tego, Sąd wskazał na celowość orzeczenia takiej stawki w uzasadnieniu orzeczenia,*

*2) naruszenie przepisów prawa materialnego poprzez błędną wykładnię, a mianowicie:*

*a) art. 484 § 2 k.c. poprzez przyjęcie, że zastrzeżona kara umowna w ujęciu globalnym, a nie procentowym w niniejszej sprawie jest rażąco wygórowana, kiedy to właściwa wykładnia normy tego przepisu prowadzi do wniosku, że wobec zastrzeżenia kary umownej w niskiej wysokości, której wysokość wyrażona w złotych stanowi iloczyn pomnożenia ilości dni przez okres nieterminowego wykonania zobowiązania, ta nie mogła być rażąco wygórowana, tym bardziej, że w przypadku jej zmniejszenia pozwany musiałby wydatkować kwoty z własnego budżetu, co prowadzi po jego stronie do wymiernej szkody sięgającej 90% zmniejszonej kary umownej.*

*W oparciu o powyższe zarzuty pozwany wniósł o zmianę wyroku poprzez oddalenie powództwa w zaskarżonej części, jak też o przyznanie z tytułu zastępstwa procesowego za pierwszą instancję kosztów zastępstwa radcy prawnego w podwójnej stawce wynoszące łącznie 56 600 zł w miejsce przyznanej kwoty 28 800 zł, jak też kosztów postępowania, a w tym kosztów zastępstwa radcy prawnego w podwójnej stawce za postępowanie apelacyjne.*

*Ponadto wniósł o dopuszczenie dowodu z pisma (...) z 14 września 2018 r. na okoliczność wysokości poniesionej szkody do jakiej wystąpienia dojdzie w przypadku, kiedy pozwany byłby zobowiązany do zapłaty objętych wyrokiem kwot na rzecz powodów z uwagi na to, że te byłyby wydatkowane z własnego budżetu. Złożenie tego dowodu na tym etapie postępowania uzasadnił tym, że w dacie wydawania wyroku przez Sąd pierwszej instancji opisywane oświadczenie nie istniało, a nadto ze względu na dokonane miarkowanie kary umownej przez Sąd, do czego nie powinno dojść z uwagi na brak ku temu podstaw.*

*Powodowie zaskarżyli wyrok w części tj. w punkcie 2 oraz 3 i 4.*

*Wyrokowi zarzucili:*

*a) nierozpoznanie przez Sąd Okręgowy w Olsztynie istoty sprawy, tj. naruszenie art. 2 § 1 oraz art. 316 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego, poprzez:*

*i) zaniechanie poczynienia własnych ustaleń oraz weryfikacji i odniesienia się do twierdzeń (...) S.A. oraz (...) co do ilości i rodzaju Robót Koniecznych (robót dodatkowych - wykraczających poza pierwotny zakres Kontraktu zawartego przez strony postępowania, polegających na wzmocnieniu podłoża słabonośnego oraz na wymianie gruntu organicznego i gruntów plastycznych oraz miękkoplastycznych na inny materiał), które (...) S.A. oraz (...) wykonali i za które powinni byli otrzymać wynagrodzenie ustalone w oparciu ceny uzgodnione przez strony postępowania;*

*ii) zaniechanie poczynienia własnych ustaleń oraz weryfikacji i odniesienia się do twierdzeń (...) S.A. oraz (...) co do (A) wysokości należnego (...) S.A. oraz (...) wynagrodzenia za wykonane Roboty Konieczne (roboty dodatkowe - wykraczające poza pierwotny zakres Kontraktu zawartego przez strony postępowania, polegające na wzmocnieniu podłoża słabonośnego oraz na wymianie gruntu organicznego i gruntów plastycznych oraz miękkoplastycznych na inny materiał), (B) z wykonania jakiego rodzaju oraz jakiej ilości Robót Koniecznych Powodowie wywodzą swoje żądanie, a wreszcie (C) jaka jest różnica między wynagrodzeniem, które (...) S.A. oraz (...) otrzymali od Pozwanego z tytułu realizacji Robót Koniecznych a tym, które według nich jest im należne oraz z czego wynika różnica;*

**(...)) bezkrytyczne przyjęcie stanowiska procesowego Pozwanego co do tego, ile wynosi różnica między wynagrodzeniem rzeczywiście wypłaconym (...) S.A. oraz (...)z tytułu realizacji Robót Koniecznych a wynagrodzeniem jakie (...) S.A. oraz (...) powinni byli uzyskać od Pozwanego przy ustaleniu jego wysokości w oparciu ceny uzgodnione przez strony postępowania;**

**iv) zaniechanie poczynienia własnych ustaleń oraz weryfikacji i odniesienia się do twierdzeń (...) S.A. oraz (...)co do charakteru robót pozostałych do ukończenia po dniu 31 maja 2014 roku (w szczególności kwalifikacji tych robót jako robót drobnych w rozumieniu Kontraktu), możliwości wydania Świadectwa Przejęcia w sytuacji niewykonania tych robót oraz korzystania przez Pozwanego z remontowanej drogi wojewódzkiej od dnia 31 maja 2014 roku;**

**v) zaniechanie poczynienia własnych ustaleń oraz weryfikacji i odniesienia się do twierdzeń (...) S.A. oraz (...) co do przyczyn dla których wykonanie części zleconych im robót nie było możliwe przed dniem 31 maja 2014 roku (zaniechanie zbadania, ustalenia i odniesienia się w uzasadnieniu wyroku do wpływu okoliczności wskazanych przez Powodów, w szczególności działań Pozwanego na możliwość ukończenia zleconych im robót w pierwotnie zakładanym terminie);**

**vi) zaniechanie poczynienia własnych ustaleń oraz weryfikacji i odniesienia się do twierdzeń (...) S.A. oraz (...). co do odpowiedzialności Pozwanego za niemożność zrealizowania wszystkich robót przed dniem 31 maja 2014 roku i skutków takich działań i zaniechań (w szczególności w postaci uprawnienia Powodów do przedłużenia Czasu na Ukończenie);**

**vii) błędne, nieznajdujące żadnych podstaw w stanowisku strony założenie, że podstawą żądania (...) S.A. oraz (...) o zapłatę (w zakresie dodatkowych kosztów ogólnych realizacji Kontraktu) jest teza, że samo wydłużenie czasu realizacji Kontraktu stanowiło nienależyte wykonanie umowy (przez Pozwanego) z którym Powodowie wiążą odpowiedzialność odszkodowawczą - choć nie takie było stanowisko procesowe Powodów a w efekcie zaniechanie poczynienia własnych ustaleń oraz weryfikacji i odniesienia się do twierdzeń co do odpowiedzialności odszkodowawczej Pozwanego z tytułu nienależytego wykonania Kontraktu;**

**viii) zaniechanie poczynienia własnych ustaleń oraz weryfikacji i odniesienia się do twierdzeń (...) S.A. oraz (...) - zaniechanie odniesienia się do żądania Powodów w zakresie odpowiedzialności Pozwanego (opartego na art. 471 Kodeksu cywilnego) za szkodę Powodów w postaci wzrostu kosztów ogólnych wykonania Kontraktu - pominięcie stanowiska procesowego, twierdzeń i wniosków oraz zaniechanie odniesienia się do nich w treści uzasadnienia wyroku,**

**ix) zaniechanie poczynienia własnych ustaleń oraz weryfikacji i odniesienia się do twierdzeń i żądań (...) S.A. oraz (...)dotyczących zwrotu dodatkowych kosztów ogólnych realizacji Kontraktu wynikły z konieczności ich realizacji w dłuższym terminie w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, w szczególności zaniechanie analizy żądań Powodów i weryfikacji, czy przesłanki uwzględnienia żądań, wynikające z art. 405 i następnym Kodeksu cywilnego spełniły się (w szczególności co wartości wzbogacenia (...) i zubożenia Powodów);**

**x) zaniechanie poczynienia własnych ustaleń oraz weryfikacji i odniesienia się do twierdzeń (...) S.A. oraz(...) co do (A) działań i zaniechań (...), które uniemożliwiły Powodom realizację robót w sposób określony w Kontrakcie - polegającym na całkowitym zamykaniu dla ruchu kołowego kolejnych odcinków Drogi Wojewódzkiej (nienależyte wykonanie Kontraktu przez (...)) oraz (B) szkody poniesionej przez Powodów z tego tytułu;**

**b) naruszenie przepisów postępowania - art. 227, art. 232 i art. 278 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego, poprzez oddalenie wniosków dowodowych Powodów dotyczących przeprowadzenia**

dowodów z opinii biegłych, sformułowanych w pozwie oraz w trakcie rozprawy w dniu 15 czerwca 2018 roku pomimo, że:

i) wnioski dowodowe zostały sformułowane prawidłowo;

ii) okoliczności, których dotyczyły wnioski dowodowe, były sporne między stronami, niezbędne dla oceny materialno-prawnych przesłanek roszczeń dochodzonych w postępowaniu, a ich wyjaśnienie wymagało wiadomości specjalnych;

co miało wpływ na rozstrzygnięcie;

c) naruszenie przepisów postępowania - art. 227, art. 233 i art. 278 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego, poprzez poczynienie arbitralnych, dowolnych ustaleń faktycznych, w tym wymagających dla swego ustalenia wiadomości specjalnych, pomimo nieprzeprowadzenia dowodów z opinii biegłych, w szczególności poprzez dowolne przyjęcie, że:

i) roboty budowlane, które były nieukończone przez (...) S.A. oraz (...) na dzień 31 maja 2014 roku nie stanowiły robót drobnych a ich nieukończenie uniemożliwiało wydanie Świadectwa Przejęcia z datą 31 maja 2014 roku;

ii) (...) S.A. oraz (...) byli w zwłoce z realizacją Kontraktu po dniu 31 maja 2014 roku;

(...)) (...) S.A. oraz (...) byli zobowiązani, na podstawie Kontraktu zawartego przez strony, do prowadzenia robót budowlanych przy otwartym ruchu kołowym na remontowanej drodze wojewódzkiej (ruch otwarty "połową jezdni"),

co miało wpływ na rozstrzygnięcie,

d) naruszenie art. 217 § 1, art. 227, art. 233 § 1, art. 229, art. 278 § 1 oraz art. 328 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego, poprzez zaniechanie sporządzenia uzasadnienia skarżonego wyroku w zakresie dotyczącym odmowy mocy dowodowej dokumentom przedłożonym przez (...) S.A. oraz (...) na okoliczność poniesionych przez Powodów tzw. "kosztów ogólnych" w przedłużonym ponad pierwotnie zakładany okresie realizacji Kontraktu - co miało istotny wpływ na rozstrzygnięcie;

e) naruszenie art. 217 kpc i art. 227 kpc - poprzez pominięcie dowodu z dokumentu prywatnego - analizy ekspertów opinii prywatnej z dnia 13 maja 2015 roku, sporządzonej przez A. O. (...) sp. z o.o.) - co miało istotny wpływ na rozstrzygnięcie;

f) naruszenie przepisu art. 65 § 2 Kodeksu cywilnego oraz art. 647 Kodeksu cywilnego, poprzez ich błędne zastosowanie i błędne uznanie, jakoby:

i) między stronami nie istniało wynikające z Kontraktu zobowiązanie cywilnoprawne, przedmiotem którego byłoby wykonanie przez Powodów Robót Koniecznych (robót dodatkowych - wykraczających poza pierwotny zakres Kontraktu zawartego przez strony postępowania, polegających na wzmocnieniu podłoża słabonośnego oraz na wymianie gruntu organicznego i gruntów plastycznych oraz miękkoplastycznych na inny materiał) w sytuacji w której, wykonanie tych robót zostało Powodom zlecone w trybie uregulowanym w Klauzuli 13 Warunków Kontraktu - zgodnie z tym postanowieniem strony, zgodnym zamiarem wyrażonym na piśmie, ustaliły wysokość należnego Powodom wynagrodzenia;

ii) Kontrakt łączący stron obejmował wyłączenie odpowiedzialności Pozwanego za dodatkowe koszty poniesione przez (...) S.A. oraz (...) w związku z wydłużeniem się okresu realizacji Kontraktu, działaniem sił natury, czy też nienależytym wykonywaniem Kontraktu przez Pozwanego;

*(...)) Kontrakt łączący strony nie regulował kwestii sposobu organizacji ruchu kołowego na drodze w trakcie realizacji robót przez Powodów;*

*iv) z Kontraktu łączącego strony nie wynikało uprawnienie Powodów do realizacji robót na całkowicie zamkniętych dla ruchu kołowego odcinkach drogi wojewódzkiej oraz odpowiadający temu uprawnieniu obowiązek Województwa (...) - (...)w O. udostępnienia Powodom placu budowy;*

*g) naruszenie przepisu postępowania - art. 233 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego, poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i poczynienie dowolnych, sprzecznych z materiałem dowodowym, zasadami logiki oraz doświadczenia życiowego ustaleń faktycznych, polegających w szczególności na uznaniu, że:*

*i) „ trafienie przez powodów w trakcie realizacji inwestycji na grunty nienośne było okolicznością wyjątkową, ale jednocześnie niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł przewidzieć” oraz „ wydłużenie okresu realizacji Kontraktu poprzez konieczność wymiany gruntów nienośnych było okolicznością obciążającą pozwanego” – podczas gdy zgodnie z art. 647 k.c. na pozwanych ciążył obowiązek dostarczenia powodom niewadliwej dokumentacji projektowej,*

*ii) „ skoro zatem strony przewidziały konieczność budowy objazdów określonych w punktach, oczywistym jest, na co wskazał pozwany na karcie 6290 odpowiedzi na pozew, że ruch na drodze (...) mimo realizacji inwestycji, miał być utrzymany ” - podczas gdy doświadczenie życiowe oraz zasady logiki powinny prowadzić do wniosku, że w sytuacji w której strony zakładają, że ruch kołowy będzie się odbywał poprzez objazdy, oznacza to, że droga po której ruch ten dotychczas się odbywał - będzie wyłączona dla takiego ruchu;*

*h) naruszenie art. 484 § 2 k.c. poprzez zmniejszenie kary umownej należnej (rzekomo) Województwu (...) - (...) w O. od (...) S.A. oraz (...). jedynie w części, w sytuacji, gdy w okolicznościach sprawy spełnione były wszelkie przesłanki zmniejszenia tego (nienależnego co do zasady) roszczenia w całości ("do zera").*

*Podnosząc powyższe zarzuty apelujący wnieśli o:*

*a) uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Olsztynie do ponownego rozpoznania, ewentualnie o:*

*b) zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie powództwa poprzez:*

*i) zasądzenie od Województwa (...) kwoty 37.255.363,10 złote na rzecz (...) S.A. z siedzibą w B. oraz na rzecz(...)w W.:*

*ii) zasądzenie kwoty wskazanej w punkcie 3(b)(i) powyżej wraz z należnymi odsetkami ustawowymi, liczonymi od kwoty:*

*a) 36.270.891,74 od dnia 31 maja 2016 roku do dnia 20 czerwca 2018 roku; oraz*

*b) od kwoty 37.255.363,10 złote od dnia 20 czerwca 2018 roku do dnia zapłaty;*

*(...)) o zasądzenie kwoty wskazanej w punkcie 3(b)(i) powyżej:*

*a) na rzecz (...) S.A. z siedzibą w B. kwoty 21.762.535,04 złotych wraz z należnymi odsetkami ustawowymi od kwoty:*

1) 21.762.535,04 złotych liczonymi od dnia 31 maja 2016 roku do dnia 20 czerwca 2018 roku; oraz

2) 22.353.217,86 złotych liczonymi od dnia 20 czerwca 2018 roku do dnia zapłaty;

b) na rzecz(...)w W. kwoty 14.508.356,70 złotych wraz z należnymi odsetkami ustawowymi od kwoty:

1) 14.508.256,70 złotych liczonymi od dnia 31 maja 2016 roku do dnia 20 czerwca 2018 roku; oraz

2) 14.902.145,24 złotych liczonymi od dnia 20 czerwca 2018 roku do dnia zapłaty;

Powodowie wnieśli też, na podstawie art. 380 k.p.c. o uchylenie postanowienia Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 21 czerwca 2018 roku, wydanego w tej sprawie, o oddaleniu wniosków powodów o przeprowadzenie dowodów z opinii biegłych oraz z zeznań świadków, które miało istotny wpływ na wynik sprawy.

Apelacja zawierała nadto wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z zeznań następujących osób: M. M. G., Ł. J., A. R., W. K. (2), P. G., M. K. - na okoliczności wskazane w petitum i treści pozwu, oraz na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia apelacji, a w szczególności na okoliczność :

i) ustaleń stron co do sposobu realizacji i zapłaty przez pozwanego na rzecz powodów wynagrodzenia za wykonanie (...) Koniecznych (robót dodatkowych - wykraczających poza pierwotny zakres Kontraktu zawartego przez strony postępowania, polegających na wzmocnieniu podłoża słabonośnego oraz na wymianie gruntu organicznego i gruntów plastycznych oraz miękkoplastycznych na inny materiał); rodzaju i ilości Robót Koniecznych wykonanych przez powodów, wysokości wynagrodzenia uzyskanego przez powodów od pozwanego z tego tytułu;

ii) braku woli (...) S.A. oraz (...) wyłączenia, poprzez zawarcie Kontraktu z Pozwanym, odpowiedzialności Pozwanego za skutki opóźnień w realizacji Kontraktu;

(...) treści ustaleń pomiędzy stronami dotyczących zwrotu Powodom przez Pozwanego zwiększonych kosztów realizacji Kontraktu - wynikłych z faktu wydłużenia okresu realizacji Kontraktu;

iv) braku woli (...) S.A. oraz (...)rezygnacji z prawa do realizacji robót w sposób polegający na całkowitym zamykaniu dla ruchu kołowego kolejnych odcinków Drogi Wojewódzkiej;

v) rodzaju i wysokości dodatkowych kosztów poniesionych przez (...) S.A. oraz (...)na potrzeby realizacji Kontraktu zawartego przez strony, na skutek: wydłużenia okresu realizacji Kontraktu oraz uniemożliwienia Powodom realizacji robót w sposób polegający na całkowitym zamykaniu dla ruchu kołowego kolejnych odcinków Drogi Wojewódzkiej.

Powodowie wnieśli też o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność:

a) ukończenia na dzień 31 maja 2014 roku przez (...) S.A. oraz (...)zasadniczych robót objętych zakresem Umowy z dnia 5 kwietnia 2012 roku nr (...): Rozbudowa Drogi Wojewódzkiej nr (...) na odcinku E. T.-P.;

b) braku wpływu nieukończenia prac pozostających na dzień 31 maja 2014 roku do wykonania przez (...) S.A. oraz (...)na podstawie Umowy z dnia 5 kwietnia 2012 roku nr (...)Rozbudowa Drogi Wojewódzkiej nr (...) na odcinku E. T.-P. na wykorzystanie przedmiotu tej Umowy do przeznaczonego mu celu bądź na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie tego obiektu;

**c) niezasadności odmowy przez Inżyniera wydania Świadcstwa Przejęcia wskazującego dzień 31 maja 2014 roku jako na dzień ukończenia robót;**

**d) liczby dni, o jaką działania pozwanego (w szczególności przekazanie projektu docelowej organizacji ruchu w dniu 29 maja 2014 roku) opóźniły realizację robót realizowanych przez (...) S.A. oraz (...) na podstawie Umowy z dnia 5 kwietnia 2012 roku nr (...): Rozbudowa Drogi Wojewódzkiej nr (...) na odcinku E. T.-P.;**

**e) wartości prac pozostających na dzień 31 maja 2014 roku do wykonania przez (...) S.A. oraz (...) na podstawie Umowy z dnia 5 kwietnia 2012 roku nr (...) Rozbudowa Drogi Wojewódzkiej nr (...) na odcinku E. T.-P.;**

**f) wysokości kwoty, o jaką koszty poniesione przez Powodów w związku z wykonywaniem Umowy z dnia 5 kwietnia 2012 roku nr (...) "Rozbudowa drogi Wojewódzkiej nr (...) na odcinku E. T.-P." (przy zachowaniu ruchu drogowego na remontowanej drodze) były większe od kosztów, jakie Powodowie ponieśli, gdyby wykonywali oni roboty budowlane będące przedmiotem Umowy przy zamkniętym ruchu drogowym na remontowanej drodze,**

**jak też wnioskowali też o przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w tym piśmie, na okoliczności wskazane w treści jego uzasadnienia.**

**Apelujący wnieśli również o zasądzenie od pozwanego kosztów tego postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego, w wysokości sześciokrotności stawki minimalnej na podstawie § 2 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu lub ewentualnie, w razie uchylecia skarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania o pozostawienie Sądowi Okręgowemu rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.**

**SĄD APELACYJNY USTALIŁ I ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE:**

**Obie apelacje okazały się niezasadne.**

Sąd Apelacyjny zaaprobował i uznał za własne ustalenia faktyczne Sądu I instancji, w szczególności - co do treści łączącej strony umowy oraz co do popadnięcia przez pozwanego w zwłokę w wykonaniu zobowiązania. Słuszna też okazała się ocena Sądu Okręgowego, tak co do zasadności obciążenia powodów karą umowną, jak i co do zakresu miarkowania kary oraz braku podstaw do uwzględnienia roszczeń powodów zakresie tzw. kosztów ogólnych, czy też zwrotu kosztów związanych z prowadzeniem prac drogowych, bez wyłączenia ruchu drogowego. Stanowisko Sądu Apelacyjnego jest również zbieżne ze stanowiskiem Sądu I instancji w zakresie wysokości wynagrodzenia powodów za wykonanie robót koniecznych, umową nieprzewidzianych.

W następstwie przeprowadzonej kontroli instancyjnej i ponownym rozważeniu podstaw faktycznych sporu oraz zaferowanych przez strony środków dowodowych, Sąd Apelacyjny uznał, że zarzuty obu apelacji w znakomitej większości sprowadzają się do polemicznych w swym charakterze poglądów stron, prezentowanych już na wcześniejszym etapie postępowania, bez poparcia ich argumentami, mogącymi skutecznie zakwestionować rozstrzygnięcie Sądu I instancji.

Ustosunkowując się na wstępie do najdalej idącego z zarzutów apelacji strony powodowej, tj. nierozpoznania sprawy, przypomnieć należy, że w rozumieniu przepisu art. 386 § 4 k.p.c. zachodzi ono wtedy, gdy rozstrzygnięcie Sądu pierwszej instancji nie odnosi się do tego co było przedmiotem sprawy oraz gdy sąd zaniechał zbadania materialnej podstawy żądania lub merytorycznych zarzutów strony przeciwnej (zaniechał zbadania materialnej podstawy żądania pozwu bądź merytorycznych zarzutów pozwanego). Dlatego też oceny, czy sąd rozpoznał istotę sprawy, dokonuje się

na podstawie analizy żądań pozwu i przepisów prawa materialnego, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, nie zaś na podstawie ewentualnych wad postępowania dowodowego.

Nie można w tym miejscu nie zauważyć, że zarzuty apelacji zawarte w pkt. 2, jakkolwiek rozbudowane, nawiązują do stanowiska zajętego przez Sąd Okręgowy w przedmiocie każdego z żądań z osobna (i tak zarzuty: z ppkt. 2 (a) (i), (a) (ii), (a) (iii) - dotyczą rozstrzygnięcia co do żądania wynagrodzenia za dodatkowe prace konieczne; z ppkt. 2 (a) (vi), (a) (vii), (a) (viii), (a) (x) - dotyczą rozstrzygnięcia co do żądania zapłaty tzw. kosztów ogólnych; z ppkt. 2 (a) (iv), (a) (v), (a) (vi), (a) (x) - dotyczą rozstrzygnięcia co do żądania zwrotu kary umownej oraz w ppkt. 2 (a) (x) - dotyczą rozstrzygnięcia co do żądania zapłaty odszkodowania za prace prowadzone bez wyłączenia ruchu drogowego). Okoliczność, że Sąd I instancji wypowiedział się odnośnie wszystkich ważkich kwestii żądań sprawia, że zawarty w apelacji zarzut nierozpoznania istoty sprawy jest ewidentnie chybiony. Nadto, przeprowadzona kontrola instancyjna uzasadnia uznanie, że twierdzenia skarżących, jakoby Sąd ten nie dokonał samodzielnych ustaleń, czy też dokonał niewłaściwej wykładni woli stron przy zawieraniu umowy, czy wreszcie wadliwie ocenił materiał dowodowy jest li tylko podjętą przez powodów próbą polemiki ze stanowiskiem Sądu Okręgowego. Szczegółowa analiza tych zarzutów przedstawiona zostanie przy omawianiu zasadności rozstrzygnięcia co do poszczególnych roszczeń.

Wprawdzie Sąd I instancji rzeczywiście nie uwzględnił wszystkich wniosków dowodowych, tym niemniej czynienie z tego zarzutów apelacyjnych okazało się nieuprawnione, przez co Sąd Apelacyjny nie uwzględnił wniosku powodów o uchylenie w trybie art. 380 k.p.c. decyzji odmownej Sądu Okręgowego. Również i ta kwestia wymaga omówienia w powiązaniu z oceną poszczególnych roszczeń pozwu i rozstrzygnięcia tych roszczeń przez Sąd I instancji, czemu będzie poświęcona dalsza część uzasadnienia. W tym miejscu zauważyć już jednak można, że o tym, jak niewielkie znaczenie miały w sprawie niniejszej dowody ze źródeł osobowych dobitnie zaświadcza fakt, że w zasadzie żadna ze stron nie odwołuje się (lub czyni to marginalnie) do zeznań licznych przesłuchanych świadków.

Sąd Apelacyjny oddalił zatem analogiczne wnioski zgłoszone w postępowaniu apelacyjnym (z wyłączeniem dowodu z dokumentów złożonych przez obie strony).

W szczególności, w apelacji został ponowiony wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego „z zakresu organizacji i zarządzania procesami budowlanymi” na okoliczność ustalenia ukończenia robót na dzień 31.05.2014 r., braku wpływu robót nieukończonych na wykorzystanie przedmiotu umowy przez pozwanego oraz wartości prac pozostałych do wykonania po dniu 31.05.2014 r. Wniosek ten został powiązany zatem z roszczeniem o zwrot kary umownej, przy czym przeprowadzenie tego dowodu mogłoby być przydatne tylko w sytuacji, gdyby bez wiadomości specjalnych nie było możliwe poczynienie ustaleń zbieżnych z twierdzeniem powodów, co do tego, że na dzień 31.05.2014 r. ukończyli oni gros prac. Sąd Apelacyjny podzielił jednak ocenę Sądu I instancji, że ocena tej kwestii mogła być dokonana w oparciu o materiał aktowy, jako materiał dający dostateczne wyobrażenie o stanie robót i ich znaczeniu dla pozwanego na dzień zgłoszenia przez powodów gotowości do odbioru. Z kolei wniosek o przesłuchanie świadków i przeprowadzenie dowodu z opinii na okoliczność „wysokości kwoty, o jaką koszty poniesione przez powodów przy wykonywaniu umowy były większe od kosztów, jakie powodowie ponieśli, gdyby wykonywali roboty przy zamkniętym ruchu drogowym” , wiązał się ściśle z czwartą grupą żądań pozwu i jako taki miał sens tylko w przypadku uznania tych roszczeń za zasadne. Sąd Apelacyjny, dokonując oceny zbieżnej z Sądem I instancji co do tego, że owo roszczenie odszkodowawcze powodów nie zasługiwało na uwzględnienie, nie przystąpił tym samym do weryfikacji z udziałem biegłego wyliczonej przez powodów szkody.

Podsumowując ten wątek rozważań stwierdzić należy, że zgromadzony materiał dowodowy umożliwił zarówno zbadanie istoty sprawy przez Sąd Okręgowy, jak i dokonanie kontroli instancyjnej przez Sąd Apelacyjny, co jednak wymaga szczegółowego omówienia w odniesieniu do każdego z roszczeń pozwu.

#### Ad. żądania 1

Bezspornym jest, że poczynając od dnia 2 października 2012 roku, strona powodowa zwracała się do Inżyniera z zapytaniem w sprawach technicznych, odnośnie rozwiązania problemu zalegania w podłożu wykopów gruntów organicznych na średnią głębokość około 1 m (k.1400 – 1416 oraz pisma z dnia 16 i 19 listopada 2012 roku - k. 1418 do

(...) i 428 do (...)). Bezsprzeczne jest również, że poleceniami z dnia 20 grudnia 2012 roku, 7 lutego 2013 i 12 marca 2013 Inżynier kontraktu wydał polecenia zawierające rozwiązanie problemu gruntów słabonośnych poprzez usunięcie gruntu organicznego i zastąpieniem gruntu plastycznego materacem z kruszywa grubego (k. 1457-1458, 1471- 1472, 1475 – 1478).

Wykonanie prac potwierdza Końcowe Świadczenie Płatności z dnia 28.11.2014 r., obejmujące okres rozliczeniowy od 2.05.12 r. do 30.06.14 r. (załącznik nr. 43 do pozwu - k.1281), gdzie wartość robót wprowadzonych na podstawie Poleceń Zmian ustalono na kwoty 490.715,38 zł i 396.476,13 zł ( jako kwalifikowane i niekwalifikowane płatności netto). Zawarta jest tam też adnotacja Inżyniera Kontraktu, że kwoty te należą się wykonawcy zgodnie z zapisami kontraktu.

Z akt sprawy wynika, że poczynając od kwietnia 2013 r. strony prowadziły pomiędzy sobą negocjacje odnośnie wyceny tych robót (korespondencja stron i protokoły spotkań od k. 1503 do (...)). W szczególności, w dniu 5.07.2013 r. Zamawiający przychylił się do wniosku Wykonawcy o przyjęcie cen jednostkowych uaktualnionych wg. wskaźnika kosztów przedsiębiorstwa, co miało stać się podstawą do ostatecznego rozliczenia robót dodatkowych, gdyż tak strony przyjęły na spotkaniu w dniu 8.08.2013 r. Z niewadliwych w tej mierze ustaleń Sadu I instancji wynikało, że zamawiający zatwierdził rozliczenie robót , przyjmując : za wykonanie wykopu - 22,37 zł./m<sup>3</sup> za wykonanie - nasypu 62,84zł/ m<sup>3</sup>, za wykonanie materaca z kruszywa łamanego - 201,56 zł/ m<sup>3</sup> i 30, 22 zł/ m<sup>2</sup>, za położenie geotkaniny - 8 zł 18 gr/ m<sup>2</sup> i za położenie geosiatki - 8,18 zł/ m<sup>2</sup>. Zaznaczono przy tym, że ceny jednostkowe wykonania danego rodzaju ustalone podczas negocjacji pokrywają wszelkie koszty ich wykonania i nie podlegają dalszym negocjacjom. Strony jednocześnie ustaliły termin wykonania tych robót do dnia 4 grudnia 2013 roku.

Okolicznością bezsporną było, że pozwana rozliczyła te prace ostatecznie wg. stawek kontraktowych, zasadniczo niższych, w wysokości podanej w odpowiedzi na pozew (k.6249, Tom XXXII), wypłacając z tego tytułu kwotę 882.445,98 i przyznając jednocześnie, że zastosowanie stawek z protokołu negocjacji prowadziłyby do kwoty o 449.816, 77 zł brutto wyższej. Powodowie nie zakwestionowali matematycznej prawidłowości tego wyliczenia.

Trafnie zauważył Sąd Okręgowy, że zlecenie wykonania robót koniecznych, ale powstałych w ramach realizacji całego kontraktu, mogło być zlecone w ramach zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 66 i 67 ustawy prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia i trwania umowy m.in. wtedy, gdy ze względu na wyjątkową sytuację, niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Sąd Apelacyjny podzielił ocenę, że natrafienie przez powodów w trakcie realizacji inwestycji na grunty nienośne było okolicznością wyjątkową i jednocześnie nie wynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, który też nie mógł jej przewidzieć; niewątpliwie okoliczność ta zagrażała terminowej realizacji inwestycji, zatem wymagane było działanie szybkie i podejmowanie decyzji, co do wyłonienia wykonawcy tych robót dodatkowych także w trybie szybkim, a takim trybem jest tryb wyłonienia wykonawcy z wolnej ręki. Wydaje się, że inną dopuszczalną przesłanką mogłyby też być wskazane w art. 67 ust. 1 pkt.1 ppkt. a) przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze. Nie wymaga bowiem głębszego uzasadnienia twierdzenie, że z przyczyn technicznych nie jest celowe urządzenie drogi publicznej na gruntach organicznych, a więc takich które nie gwarantują stabilności podłoża.

Tym niemniej, w warunkach sprawy niniejszej, przyjęcie należało, że finalny protokół negocjacji cen pomiędzy stronami nie stanowił jednak pisemnej umowy, a takiej właśnie formy, pod rygorem nieważności, wymaga art. 139 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych. Słusznie uznał Sąd I instancji, że strony - chcąc sfinalizować dokonane wcześniej ustalenia co do zakresu stawek wynagrodzenia za wykonanie robót dodatkowych i koniecznych - winny zawrzeć umowę w formie pisemnej, która byłaby jednocześnie źródłem zobowiązania stron w tym zakresie jak też i końcowym efektem postępowania dotyczącego wyłonienia wykonawcy w trybie wolnej ręki. Nie można nie zauważyć, że pozwany dążył do zawarcia takiej umowy, chcąc w niej jednak osobno rozliczyć (wg. cen kontraktowych, a nie stawek wynegocjowanych), wszelkie zwiększenie wielkości nasypu, wykopu, nie wynikające z wykonania materaca lub wymiany gruntu organicznego (załącznik 65 do pozwu), co jednak nie spotkało się z aprobatą powodów.



Wobec braku zawarcia umowy pomiędzy stronami, zasadne było dokonanie rozliczenia w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, jak o to zresztą alternatywnie powód wnosił w pozwie (k.33)

Ciężar dowodu w zakresie wykazania wzbogacenia po stronie pozwanej obciążał powoda. Sąd Apelacyjny podzielił ocenę Sądu I instancji co do tego, że powód obowiązkowi dowodzenia w tym zakresie w ogóle nie sprostał.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że strona powodowa w pozwie wskazywała (k.24) na stawki wynegocjowane przez strony 8.08.2013r., zaznaczając przy tym (k.25), że „wysokość wypłaconej części wynagrodzenia, choć została obliczona na podstawie rzeczywistej ilości robót wykonanych przez wykonawcę, to jednak na podstawie zaniżonych cen” i domagał się wynagrodzenia na podstawie uzgodnionych (tj. wynegocjowanych) cen jednostkowych (k.26 i 30).

Następnie w piśmie procesowym z dnia 20 czerwca 2018 roku, już po otrzymaniu odpowiedzi na pozew, powodowie zmienili swe stanowisko podnosząc (k. 7152 Tom XXXV), że właściwie pomiędzy stronami istnieje spór także, co do zakresu robót dodatkowych. W szczególności stwierdzili, że (k. 7152) „między stronami nie ma sporu co do ilości robót wykonanych przez powoda, a określonych w Końcowym Świadczeniu płatności. Między stronami istnieje jednak spor, które z robót wskazanych w tym dokumencie powinno się kwalifikować, jako roboty dodatkowe..”

Zdaniem strony powodowej, zakres wykonanych przez nią robót dodatkowych związanych z przystosowaniem i wymiana gruntów obrazować miał załącznik nr 6 do tego pisma procesowego. Zwrócić zatem należy uwagę, że w załączniku tym nie zostały zamieszczone rysunki lecz rozliczenie robót ziemnych (w tym dodatkowych), z którego wyczytać można tylko tyle (k.7187 tom XXXVI), że według powoda za ilość prac tam opisanych wynagrodzenie obliczone według stawek przez strony negocjowanych wynosiłoby 7.614.482,14 zł, zaś według stawek kontraktowych 3.334.171,86 zł, co prowadzi do różnicy w kwocie 4.280.310,30 zł, tj. odpowiadającej zgłoszonemu roszczeniu z tytułu zapłaty za prace dodatkowe. W żaden sposób załącznik ten jednak nie dowodzi, że wszystkie prace tam wyszczególnione (a nie tylko ich część) wynikały z potrzeby wykonania poleceń Inżyniera, udzielanych w zakresie rozwiązania problemu gruntów słabonośnych w pismach z 20 grudnia 2012 roku, 7 lutego 2013 i 12 marca 2013 (przy apelacji powodów owo rozliczenie zostało zamieszczone w załączniku nr 2 – k.7468). Także rysunki, o których strona powodowa wspomniała w piśmie procesowym z dnia 20 czerwca 2018 roku, a które znajdują się w załączniku 5 (k. 7185), nie obrazują bynajmniej ilości prac powodów w spornym zakresie, wskazują jedynie na okoliczność - skądinąd bezsporną- że w trakcie wykonywania umowy niewątpliwie zaistniała potrzeba wykonania dodatkowo wykopów, materaca z kruszywa i odtworzenia nasypów. Potrzeba przeprowadzenia dowodu przeciwko treści Końcowego Świadczenia Płatności i „wyłuskania” z ogółu prac wykonanych przez powodów niezbędnych robót koniecznych do wyeliminowania gruntów słabonośnych czyniła w takiej sytuacji zasadnym odwołanie się do wiadomości specjalnych, jednakże stosowny wniosek o biegłego nie został zgłoszony, zaś powodowie (w pozwie i w apelacji) wnosili o przeprowadzenie takiego dowodu jedynie w związku z 3 i 4 grupą żądań (k. 14 -15).

Dowodu tego oczywiście nie mógł też zastąpić dołączony na 4 płytach CD załącznik nr.1, zawierający operat kolaudacyjny (k. 7158). Operat ten pośród szeregu pozycji zawiera także m.in. protokoły obmiaru robót drogowych (część 9 i 10), obrazujących np. prace, prowadzone w lipcu i sierpniu 2013 r. i 2014 r., polegające na umacnianiu płytą ażurową, umacnianiu skarp kostką kamienną, ułożenie geotkaniny pod przepustami stalowymi i wykonanie materacy z pospółki w geotkaninie. Uznać jednak należało, że jest to dopiero materiał wyjściowy do ewentualnej weryfikacji przez biegłego, celem dokonania obliczeń, powiązanych ze wskazanymi wyżej trzema poleceniami Inżyniera, zwłaszcza że powód, prezentując w swoim piśmie procesowym przykładowe oszacowanie wartości robót koniecznych dla wybranych odcinków drogowych, nie zadał sobie nawet trudu wyliczenia w ten sposób należności dochodzonej pozwem.

Nie można tu nie dostrzec, że wykonywane roboty każdorazowo uzyskiwały akceptującą adnotację pozwanego, tak więc przyjąć należało, że zakres wykonanych prac dodatkowych na etapie ich wykonywania w ogóle nie był sporny i obowiązkiem powoda było wykazanie, za które z nich konkretnie, tj., za jaką część prac nie otrzymał zapłaty, przez co tym samym doszło do wzbogacenia pozwanego.

Poszukując sposobu wyliczenia zakresu wzbogacenia po stronie pozwanego, Sąd I instancji uznał, że negocjacje stron doprowadziły do miarodajnego ustalenia wartości wykonanych przez powoda prac gruntowych i trudno odmówić logiki takiemu rozumowaniu. W efekcie, Sąd ten uwzględnił zatem stanowisko powoda w przedmiocie podstawy kwotowej obliczenia wynagrodzenia, z tym zastrzeżeniem, że poprzestał – w odniesieniu do ustalenia na tej podstawie brakującej części wynagrodzenia - na wyliczeniu pozwanego, zawartemu w odpowiedzi na pozew (k.7622), a więc przedstawionemu na etapie, na którym zakres prac dodatkowych powodów objętych pierwszym żądaniem pozwu nie był sporny, a sporna była tylko stawka właściwa dla rozliczeń. Także Sąd Apelacyjny przyjął, że prace powodów, w ramach robót związanych z wyeliminowaniem gruntów słabonośnych, zostały wykonane wyłącznie w ilości uznanej przez pozwanego i opisanej w Końcowym Świadczeniu Płatności, brak jest bowiem dowodu, by ich rozmiar był większy.

Z tego względu apelacja powodów kwestionująca tę część rozstrzygnięcia nie zasługiwała na uwzględnienie.

#### Ad. żądania 2

Żądanie powoda w części obejmującej zapłatę tzw. kosztów ogólnych motywowane było wydłużeniem okresu wykonywania robót o 11 miesięcy, w stosunku do pierwotnie zakładanego terminu, z przyczyn leżących po stronie pozwanego. Nie można oczywiście zanegować tego, że powód w tym okresie ponosił – jak podawał w pozwie (k. 37) – koszty zatrudnienia personelu, wydatki materiałowe i inne. Także w zakresie tego roszczenia strona powodowa wskazywała alternatywne podstawy odpowiedzialności (art. 471 k.c. oraz klauzule 17.3 i 17.4 Ogólnych Warunków Umowy lub 405 k.c.).

Jakkolwiek słusznie podnosi strona powodowa, że opóźnienia w wykonywaniu robót, wywołane warunkami klimatycznymi obciążają w świetle umowy (tj. klauzul 17.3 i 17.4 Ogólnych warunków kontraktu Zamawiającego, to jednak chodzi tam tylko o „jakkolwiek działanie sił natury, które jest nieprzewidywalne lub takie, że od doświadczonego wykonawcy nie można było w sposób rozsądny oczekiwać zastosowania wystarczających środków ostrożności”. W ocenie Sądu Apelacyjnego, o ile strony pkt.4ppkt 7.1a umowy przewidziały możliwość wydłużenia terminu realizacji zamówienia w przypadku wystąpienia „długotrwałych, odbiegających od normy niesprzyjających warunków pogodowych, obiektywnie uniemożliwiających wykonywanie robót budowlanych” (co w istocie, jest zapisem działającym na korzyść wykonawcy), o tyle – formułując Szczególne Warunki Kontraktu – nie zmodyfikowały brzmienia subklauzuli 17.3 (...), co oznacza że odpowiedzialność zamawiającego mogą wywoływać – jak to wyżej wskazano - jedynie takie działania sił natury, które nieprzewidywalne lub uniemożliwiały zastosowanie środków ostrożności po stronie wykonawcy .

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie można z przyczyn oczywistych zgodzić się z twierdzeniem, że opady śniegu w marcu w północno wschodniej Polsce są zdarzeniem nieprzewidywalnym, którego można nie brać pod uwagę zawierając umowę, obejmującą prowadzenie prac także zimą. Okoliczność ta została prawidłowo oceniona przez Sąd I instancji. Tak więc podstawą odpowiedzialności pozwanego za ponoszone przez powodów koszty ich działalności na skutek zaistnienia złych warunków atmosferycznych nie mogą być ani klauzule 17.3 i 17.4 Ogólnych Warunków Umowy ani art. 471 k.c..

Powód, eksponując fakt, że niesprzyjające warunki klimatyczne, panujące od 11 marca 2013 r., stanowiły podstawę jego pisma z dnia 26 marca 2013 roku, zawierającego wniosek o przedłużenie czasu na ukończenie kontraktu i sygnalizującego zgłoszenie roszczenia w przedmiocie dodatkowego, wynikającego stąd kosztu po jego stronie, wydaje się nie dostrzegać, że owo roszczenie nie zostało w jakikolwiek sposób zaakceptowane przez pozwanego i nie może być tym samym wykorzystywane jako argument świadczący o woli stron co do rozliczeń w tym przedmiocie .

Na marginesie należy zauważyć, że analiza pełnej treści klauzuli 17.3 (k. 6782 tom XXXIV), opisującej tzw. zagrożenia, stanowiące ryzyko zamawiającego, prowadzi do wniosku, że jej intencją jest ochrona interesu wykonawcy jedynie w sytuacjach nadzwyczajnych (wojny, rebelie, zamieszki, nieprzewidywalne działanie sił natury), bądź leżących ewidentnie po stronie Zamawiającego, a „wywołujących stratę lub szkodę w Robotach, D. lub Dokumentach Wykonawcy”. Przyznane zostało wówczas wykonawcy zarówno roszczenie o przedłużenie czasu na ukończenie prac,

jak i roszczenie o pokrycie kosztów „naprawy tej straty lub szkody”, ale przyjęć należy, że obowiązkiem wykonawcy jest nie tylko wykazanie zaistnienia sytuacji nadzwyczajnej bądź zaistnienia przesłanek leżących po stronie Zamawiającego ale także tego, że roszczenie wykonawcy wynika z opóźnienia i/lub z naprawy szkody w zakresie (...), D. lub Dokumentów w rozumieniu Ogólnych Warunków Kontraktu.

Jak to wyżej zostało wykazane, odpowiedzialność pozwanego z racji opóźnienia w postępie prac z powodu złych warunków atmosferycznych nie jest dopuszczalna w kontekście zapisów umowy i cytowanych klauzul, natomiast odpowiedzialność odszkodowawcza za „stratę lub szkodę w Robotach, D. lub Dokumentach Wykonawcy” powiązaną ze złymi warunkami atmosferycznymi wymagałoby przyjęcia, że przez chronione (...) strony rozumiały koszty wynikające z samego faktu prowadzenia działalności przez wykonawcę w przedłużonym czasie prac.

Nie dostrzegając podstaw do takiej interpretacji, Sąd Apelacyjny wskazuje na brzmienie subklauzuli 1.1.5.2. (...), która pojęciem (...) obejmuje sprzęt wykonawcy, materiały, urządzenia i roboty tymczasowe (rozumiane z kolei w świetle subklauzuli 1.1.5.7. , jako prowadzące do tzw. robót stałych, czyli końcowego efektu, jaki wykonawca ma osiągnąć). Mając to na uwadze stwierdzić należy, że koszty zgłoszone do rozliczenia przez stronę powodową nie dotyczą (...), D. lub Dokumentów w rozumieniu Ogólnych Warunków Kontraktu, obejmują bowiem koszty zatrudnienia personelu kierowniczego, biura energii i materiałów, utrzymania zaplecza powódek, utrzymania laboratorium, sprawowania nadzoru BHP, utrzymania objazdów i organizacji ruchu, zapewnienia obsługi geodezyjnej budowy.

Dodatkowo przy tym zaznaczyć należy, że przedłożone przez stronę powodową załączniki 92 -1251 nie dowodzą też bynajmniej ani przypisania opisanych tam kosztów do tej konkretnej budowy, ani niezbędności poniesienia tych kosztów.

Kolejną i z pewnością zasadniczą, przyczyną wydłużenia prac była konieczność wykonania wymiany gruntów, ale i ta okoliczność nie uzasadniała w ocenie Sądu Apelacyjnego przyznania stronie powodowej możliwości naliczenia jakichkolwiek dodatkowych kosztów ogólnych.

Trafnie zauważył w tej mierze Sąd Okręgowy, że skoro strony w umowie stworzyły hierarchię ważności i pierwszeństwa poszczególnych dokumentów wchodzących w skład kontraktu, przypisując pierwszoplanowe znaczenie umowie i skoro w pkt. 4ppkt 7.1.1. lit. h umowy strony przewidziały możliwość wydłużenia terminu realizacji zamówienia między innymi w przypadku wystąpienia robót dodatkowych, od wykonania których uzależnione jest wykonanie zamówienia podstawowego, to zaistnienie przesłanki tego rodzaju nie może wywoływać odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego. Co więcej, skoro strony prowadziły negocjacje w zakresie cen jednostkowych robót dodatkowych – a właśnie te stawki stały się podstawą ostatecznego rozliczenia przez Sąd robót dodatkowych związanych z wymianą gruntów - to przyjęć należy, że zawierają się w nich wszelkie koszty ogólne.

Podkreślenia przy tym wymaga, że wobec wyłączenia przez strony w Szczególnych Warunkach Kontraktu zapisów zawartych w subklauzulach 1.9 pkt.(b), 2.4 oraz 4.12 Ogólnych Warunków Kontraktu, sprawia że wyłączona tym samym została odpowiedzialność Zamawiającego za ewentualne opóźnienie w dostarczeniu rysunków (a więc także dokumentacji projektowej określającej sposób wymiany gruntu, jeśli zaistniała), czy też za opóźnienie w przekazaniu prawa dostępu do terenu budowy, a także za zaistnienie niekorzystnych warunków fizycznych.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego taka wykładnia oświadczeń woli stron jest prawidłowa, zaś zawarty w apelacji zarzut naruszenia przez Sąd I instancji bezzasadny. Analizowane zapisy umowy są jasne i nie wymagają specjalnych zabiegów interpretacyjnych. Z tego punktu widzenia zbędne było – choć powodowie czynią z tego zarzut w apelacji – przesłuchanie świadka M. M. G., który - jako kluczowy członek kadry zarządczej (...) w Polsce - brał udział w większości spotkań dotyczących wydłużenia czasu inwestycji. Nie negując tego, że takie spotkania się odbywały, stwierdzić należy, że prowadzone tam rozmowy oczywiście nie mogły zmienić zapisów umowy zawartej w ramach zamówienia publicznego.

Stosownie do treści art. 353<sup>1</sup> k.c. strony mogą dowolnie ułożyć stosunek zobowiązaniowy, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, ustawie, ani zasadom współżycia społecznego. Strona powodowa nie

negowała tego, że już na etapie postępowania przetargowego miała świadomość, jakie modyfikacje względem (...) przewiduje Zamawiający w (...). Nie wytrzymuje zatem krytyki stanowisko strony powodowej zawarte w apelacji, że obecnie należy wyklądać umowę w sposób odmienny od spisanego i że „racjonalna wykładnia kontraktu powinna prowadzić do wniosku, że pozwana, przyjmując na siebie odpowiedzialność za skutki określonych zdarzeń, przyjęła na siebie odpowiedzialność za wszystkie skutki” (k. 7449). Właściwie, to powodowie, interpretując obecnie umowę wbrew jej literalnej treści i dopatrując się w tej umowie lub w art. 471 k.c. podstawy dla swego roszczenia o zapłatę tzw. kosztów ogólnych, dążą do niedopuszczalnej zmiany umowy. Z tych względów Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do przesłuchiwania świadków wskazanych w apelacji „na okoliczność braku woli powodów co do wyłączenia odpowiedzialności Pozwanego za skutki opóźnień w realizacji Kontraktu”, czy też „treści ustaleń pomiędzy stronami dotyczących zwrotu Powodom przez Pozwanego zwiększonych kosztów realizacji Kontraktu - wynikłych z faktu wydłużenia okresu realizacji Kontraktu”. Żadne ewentualne ustne ustalenia nie mogłyby mieć wpływu na jednoznaczną treść pisemnej umowy zawartej w reżimie zamówień publicznych, a strony w pkt. 7 umowy ustaliły, że wszelkie zmiany i uzupełnienia treści kontraktu mogą być wprowadzone wyłącznie w formie aneksu podpisanego przez zamawiającego i wykonawcę pod rygorem nieważności, w granicach dopuszczalności istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty.

Nie można w tym miejscu nie zauważyć, że powódki objęły swym roszczeniem z tytułu kosztów ogólnych także okres po ustalonym zakończeniu umowy, tj. po dniu 31.05.2014 r., co z przyczyn oczywistych nie może być uznane za słuszne, wobec powstania po stronie powodowej – co do zasady – obowiązku uiszczenia kar umownych za przekroczenie terminu. Co więcej, dostrzegalna jest tu wewnętrzna sprzeczność w stanowisku strony powodowej, która – z jednej strony, na użytek kwestionowania kar umownych - twierdzi, że w zasadzie wszystkie prace wykonała do dnia 31.05.2014 r., z drugiej strony – na użytek roszczenia o pokrycie kosztów ogólnych – twierdzi, że jednak prace te były prowadzone, przy czym w odniesieniu do okresu czerwiec – lipiec 2014 r. koszty swoje z tym związane określa na poziomie ok. 1.200.000 (załączniki 1006 – 1147 do pozwu), gdzie prace zaległe były oszacowane na poziomie ok. 700 000 zł brutto (tak podawał pozwany - k. 6268, wg. powódek – 4,81% lub 1,23% wartości kontraktu).

Końcowo wypada zasygnalizować, że Sąd I instancji, uwzględniając częściowo pierwsze żądanie pozwu i przyznając powodom wyliczoną kwotę za bezsporną ilość robót dodatkowych, związanych z wymianą gruntu, zastosował stawki wynegocjowane przez strony, te zaś oczywiście powinny obejmować między innymi oczywiście także koszty ogólne.

Odnosząc się natomiast do zawartego w apelacji strony powodowej twierdzenia, jakoby omawiane roszczenie powinno zostać uwzględnione ewentualnie w trybie art. 405 k.c., Sąd Apelacyjny, nie dostrzegając takiej możliwości stwierdza, że sam brak podstaw do uwzględnienia powództwa w oparciu o przepisy reżimu kontraktowego, nie prowadzi bynajmniej automatycznie do możliwości zastosowania przepisu art. 405 k.c. Powodowie nie wyjaśnili i nie udowodnili, na czym miałyby polegać wzbogacenie pozwanego na skutek prowadzenia przez nich prac w okresie dłuższym od pierwotnie zakładanego. Także więc i ta część ich powództwa została zasadnie oddalona przez Sąd I instancji, zaś apelacja powodów w tej mierze nie zasługiwała na uwzględnienie.

### Ad. 3 żądania

Dla ustalenia podstawy prawnej odpowiedzialności powódek z tytułu kar umownych rozstrzygające znaczenie miał zapis subklauzuli 8.7 Szczególnych Warunków Kontraktu, modyfikującej w tym zakresie zapisy Ogólnych Warunków Kontraktu, gdzie strony ustaliły m.in., że wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne za przekroczenie czasu na ukończenie robót w wysokości 0,1% zaakceptowanej kwoty kontraktowej określonej w subklauzuli 1.1.4.1 za każdy dzień zwłoki, przy czym wykonawca jest zobowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy zamawiający nie poniósł szkody.

Bezspornym jest, że w dniu 24 lipca 2014 r. został sporządzony między stronami protokół z odbioru końcowego robót budowlanych (k. 6508), gdzie został wpisany termin zakończenia robót wg Świadectwa Przejścia na dzień 1 lipca 2014 roku, co umożliwiło stronie pozwanej naliczenie kary umownej za okres od 1.06.2014 r. do 30.06.2014 r.

W efekcie, zbadania wymagało, czy po stronie powodowej zaistniała zwłoka w rozumieniu subklauzuli 8.7.

Przy ocenie tej kwestii należało mieć na uwadze, że pierwotny termin zakończenia umowy (30 czerwca 2013 r.) był dwukrotnie zmieniany. I tak aneksem nr. (...) z dnia 26.03.2013 r. został on przesunięty do 4.12.2013r – w trybie pkt. 4 ppkt. 7.1.lit. h. ( tj. „z powodu wystąpienia innych obiektywnych zdarzeń, mających znaczenie w sprawie”), po czym aneksem nr (...) z dnia 3.12.2013 r. został przesunięty do dnia 31.05.2014 r. – w trybie pkt. 4 ppkt. 7.1. h. umowy oraz pkt. 4 ppkt. 7.1. lit. a., (tj. z racji niesprzyjających warunków atmosferycznych). Przyjąć zatem należy, że uwzględnione tym samym zostały problemy związane z wycinką drzew, złymi warunkami atmosferycznymi w marcu 2013 r. czy potrzebą wymiany gruntów, jako zdarzeniami, które zaistniały przed grudniem 2013 r..

Stan taki oznacza, że obowiązkiem strony powodowej stało się wykazanie okoliczności zaistniałych po dniu 3.12.2013 r. (tj. dacie ostatniego aneksowania), uniemożliwiających zachowanie terminu określonego ostatecznie na dzień 31.05.2014 r. i skutkujących prowadzeniem prac jeszcze przez miesiąc po 1.06.2014 r. ale powodowie – przedkładając w załączniku 1586 do pozwu (k. 6055, Tom XXX) prywatną opinię - skupili się głównie na twierdzeniu, że w ogóle nie nastąpiło po ich stronie opóźnienie w wykonaniu takich prac, których brak uzasadniałby odmowę wydania Świadcstwa Przyjęcia na dzień 31.05.2014 r. w trybie klauzuli 10 Szczególnych Warunków Kontraktu.

Oceniając tę argumentację powodów, należy zauważyć, że niewątpliwie po stronie pozwanej istniały zastrzeżenia, co do zgłoszonej przez wykonawcę pismem z dnia 31.05.2014 r. gotowości odbioru (k. 6491, Tom XXXII). Niezwłocznie bowiem, tj. 2.06.2014 r. Inżynier Rezydent polecił przedłożenie brakującej dokumentacji odbiorowej/powykonawczej robót, w celu umożliwienia uzyskania decyzji na użytkowanie zgodnie z wymogami prawa budowlanego), po czym brak takiej dokumentacji (wymaganej zapisem subklauzuli 4.1.) uczynił także podstawą odmowy wydania Świadcstwa Przejęcia w piśmie z dnia 30.06.2014r.(k. 6498, Tom XXXII).

Bezspornym jest przy tym, że pełna dokumentacja została złożona przez stronę powodową dopiero w dniu 1.07.2014 r. (k. 6201). Strona powodowa nie przedstawiła jakiegokolwiek argumentacji umożliwiającej uznanie, że niezłożenie przez nią pełnej dokumentacji powykonawczej w dniu 31.05.2014 r. nastąpiło z przyczyn usprawiedliwionych. W efekcie musi to być postrzegane jako zwłoka w wykonaniu zobowiązania. Jakkolwiek przepis art. 59 i 59a Prawa budowlanego nie wymaga wprost przedłożenia dokumentacji powykonawczej na etapie ubiegania się przez Inwestora o pozwolenie na użytkowanie, to jednak wymóg przedłożenia tej dokumentacji pozwanemu został ekspressis verbis sformułowany w umowie. S. 4.1 (...) nakładała bowiem na Wykonawcę obowiązek dostarczenia dokumentacji powykonawczej w 3 egzemplarzach, nie później, niż 14 dni przed przejęciem robót. Ewidentnie zatem ten warunek umowy nie został przez powodów spełniony.

Nie może też być uznane za słuszne twierdzenie strony powodowej, że wszystkie prace objęte umową zostały wykonane na dzień 31.05.2014 r. Zwrócić należy uwagę, że w następstwie przedłożenia przez powodów faktury z dnia 25.06.2014 r. ze wskazanym okresem rozliczeniowym za maj 2014 r. (załącznik nr. 37 do pozwu), wystawione zostało przejściowe świadectwo płatności, (załącznik nr. 38 do pozwu), zaś porównanie wynikających z tego świadectwa danych co do wartości kontraktowej (54 026 783,56 zł) i wartości płatności z okresów rozliczeniowych do dnia 31 maja 2014 r. (43.291.857,22 zł), pokazuje kosztowe zaawansowanie budowy na poziomie 90 procent. Podkreślenia wymaga, że odmawiając wydania Świadcstwa Przejęcia, Inżynier pismem z dnia 30.06.2014 r. enumeratywnie wymienił zakres niewykonanych prac (w szczególności brak wykonania zjazdów indywidualnych do posesji, zjazdu i parkingu na cmentarz w miejscowości P., wykonania drogi dojazdowej do zabudowań przy dawnej stadninie koni w miejscowości K., brak zakończenia robót w branżach telekomunikacyjnej i oświetlenia drogowego). W odpowiedzi na stanowisko Inżyniera, powodowie pismem z dnia 1.07.2014 r. lakonicznie stwierdzili jedynie, że roboty te jednak zostały zakończone.

Nie można w tym miejscu nie zauważyć, że także prywatna opinia strony powodowej (k. 6058) zawiera stwierdzenie, iż na dzień 31.05.2014 r. ukończono roboty o wartości 95,19%, co oznacza, że ewidentnie nie wszystkie zakontraktowane prace zostały wykonane, mimo że strony różniły się pomiędzy sobą co do charakteru i znaczenia prac wykonywanych po dniu 31.05.2014 r.

Błędne jest przy tym stanowisko powodów, jakoby brzmienie S. 10.1 uzasadniało przyjęcie, że brak było przeszkód do określenia w Świadectwie Przejęcia terminu zakończenia robót na dzień 31.05.2014 r. Zgodnie z treścią tej S. „Zamawiający wystawi Wykonawcy Świadectwo Przejęcia, podając datę, z którą roboty zostały ukończone, pomijając wady oraz drobne zaległe prace, spełniające łącznie następujące warunki: (i) nie mające wpływu na użycie (...) lub O. do przeznaczonego im celu, (ii) nie mające wpływu na możliwość uzyskania pozwolenia na użytkowanie, ( (...)) których wykonanie w Ciągu Czasu na ukończenie było niezależne od Wykonawcy”.

Analizując w kontekście tego przepisu przesłanki, co do możliwości uznania za termin zakończenia prac dzień 31.05.2014 r., uznać należało, że nie zostały one spełnione. Nie negując tego, że do wykonania pozostały tylko drobne prace (co zostanie jeszcze omówione poniżej) i dostrzegając, że w zasadzie nie uniemożliwiały one ubiegania się o pozwolenie na użytkowanie (w kontekście literalnego brzmienia przepisów art. 59 i 59a Prawa Budowlanego, a zwłaszcza art. 59 ust. 3, umożliwiającego wydanie pozwolenia na użytkowanie mimo niewykonania części robót), nie można pominąć, że nie zostało w sprawie wykazane, jakoby niewykonanie zaległych prac nastąpiło z przyczyn niezawinionych przez powodów. Powodowie - przyznając, że nie wykonali części prac (np. udroźnienia zapiaszczonych przepustów, poprawy humusowania na skarpach, naprawy rozmytych skarp, usunięcia karpin, regulacji niektórych wpustów deszczowych, uzupełnienia nawierzchni na niektórych zjazdach) - nie dowiedli, by stało się tak z przyczyn innych, niż leżące po ich stronie.

Co do zasady ziściły się zatem niewątpliwie przesłanki do obciążenia powodów karą umowną.

W nawiązaniu do stanowiska strony powodowej, że zgodnie z subklauzulą 10.2 Ogólnych warunków umowy wysokość kar umownych za opóźnienie na podstawie subklauzuli 8.7 warunków umowy winna być zmniejszona z uwzględnieniem proporcji, w jakich pozostają roboty wykonane do robót niewykonanych, przywołać należy treść subklauzuli 10.2. Jej piąty akapit (k. 6762 Tom XXXIV) przewidywał, że w przypadku „wystawienia przez Inżyniera dla jakiejś części robót (innej, niż O.) Świadectwa Przejęcia, zostanie zmniejszone od tego czasu odszkodowanie umowne za opóźnienie w ukończeniu reszty robót dla reszty odcinka, w którym ta część (...) została zawarta.(...) Za jakikolwiek okres opóźnienia po dacie podanej w tym Świadectwie Przejęcia redukcja tego odszkodowania umownego będzie obliczana, jako proporcja udziału wartości tak poświadczony części w wartości (...) lub O. (zależności od przypadku)”. Zapis ten oznacza, że w przypadku wystawiania Świadectw Częściowych, a więc i odbierania robót częściami (etapami), w istocie w odniesieniu do kar umownych istotne znaczenia miałyby ustalenie opóźnienia na poszczególnych etapach i obliczanie proporcji robót wykonanych do niewykonanych.

Jednakże w warunkach przedmiotowej sprawy zadanie nie zostało podzielone na odcinki, a całe zadanie miało zostać odebrane jednym Świadectwem Przejęcia, stąd też brzmienie subklauzuli 10.2 (...) nie może być uznane za podstawę do modyfikacji sposobu naliczania kary, wynikającego z subklauzuli 8.7. Z tego względu Sąd Apelacyjny nie aprobuje poglądu strony powodowej jakoby - pomimo literalnego brzmienia klauzuli 10.2 - wydanie osobnego dokumentu przez inżyniera nie można uznać za warunek, od którego uzależnione jest zmniejszenie wysokości kary umownej i że wykładnia zakładająca taki warunek nie jest właściwa.

Przyjmując zatem, że – co do zasady – kara umowna została wyliczona przez stronę pozwaną prawidłowo, przeanalizować należało przesłanki do zmiarkowania tej kary, określone w przepisie art. 484 paragraf 2 Kodeksu cywilnego. Sąd I instancji uznał w tej mierze, że wyliczonej przez pozwanego karze umownej w wysokości niemal 2 000 000 zł należy przypisać cechę rażącego wygórowania, a ponadto uznał, że zobowiązanie było w znacznej części wykonane. Ocena Sądu Okręgowego co do tego, że wystarczająca będzie kara na poziomie 500.000 złotych, spotkała się ze sprzeciwem obu stron, przy czym pozwany domagał się zmiarkowania jej „do zera”, zaś pozwany niepomniejszania jej w jakimkolwiek zakresie.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego w przedmiotowej sprawie strona powodowa mogła skutecznie domagać się miarkowania kary umownej. Wbrew zastrzeżeniom obu stron, uznać przy tym należało, że została ona ustalona przez Sąd I instancji na odpowiednim poziomie. Ocena ta jednak wymaga dodatkowej argumentacji, albowiem nie można poprzestać na konstatacji Sądu Okręgowego, że polskich realiach kwota 500.000 złotych stanowi dostateczne obciążenie finansowe.

W nawiązaniu do stanowiska strony pozwanej, negującej możliwość miarkowania kary, stwierdzić należy w okolicznościach sprawy niniejszej przeszkodą do miarkowania kary umownej nie mógł być przyjmowany niekiedy w orzecznictwie – także tut. Sądu – pogląd, że w zasadzie taki zabieg nie powinien być stosowany w odniesieniu do kary, zastrzeżonej na wypadek zwłoki.

W literaturze rzeczywiście wskazuje się, że możliwość miarkowania kary umownej ze względu na wykonanie zobowiązania w znacznej części powinna ograniczać się do przypadków, gdy kara umowna ustalona jest w stałej wysokości bez względu na zakres uchybień dłużnika; jeżeli zaś strony w umowie zróżnicowały karę umowną w zależności od stopnia niewykonania zobowiązania lub rodzaju i wagi konkretnego uchybienia, to dłużnik nie może powoływać się na wykonanie zobowiązania w znacznej części jako na przesłankę miarkowania. Będzie tak wówczas gdy kara umowna ustalona jest w postaci stawki dziennej lub tygodniowej. (zob J. Jastrzębski: Kara umowna, Wyd. Wolters Kluwer 2006, str. 331-332 i 334-335).

Stanowisko takie zajął także Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 czerwca 2003 r., (III CKN 50/01), stwierdzając, że uprawnienie do zmniejszenia kary umownej ze względu na wykonanie zobowiązania w znacznej części odnosi się tylko do wypadku, gdy kara umowna należy się z powodu niewykonania zobowiązania, a nie nienależytego wykonania zobowiązania, w szczególności opóźnienia w jego wykonaniu (nie publ.). Nie jest to jednak jednolite stanowisko orzecznictwa, o czym świadczą przykładowo wyroki Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2002 r., V CKN 1075/00 (nie publ.), z dnia 19 kwietnia 2006 r., V CSK 34/06 (nie publ.) i z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07. W drugim z wymienionych orzeczeń Sąd Najwyższy wyraźnie stwierdził, iż nie podziela oceny, że przesłanki obniżenia kary umownej określone w art. 484 § 2 k.c. nie dotyczą w pełni kary zastrzeżonej na wypadek opóźnienia w oddaniu przez wykonawcę robót ich przedmiotu. Podkreślił, że wykonanie w uzgodnionym przez strony terminie większości robót może uzasadniać obniżenie kary, której wysokość została ustalona w odniesieniu do wartości całych robót. Podobnie w wyroku z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07, Sąd Najwyższy podkreślił, że wyrażone w wyroku z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, zapatrywanie, zgodnie z którym przesłanka miarkowania kary umownej ze względu na wykonanie zobowiązania w znacznej części nie jest w zasadzie spełniona w przypadkach zastrzeżenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu całości świadczenia, wywołuje zastrzeżenia. Od okoliczności konkretnego wypadku bowiem zależy, czy częściowe wykonanie robót budowlanych przed popadnięciem w zwłokę ma znaczenie dla wierzyciela i zaspokaja jego godny ochrony interes. Sytuacja taka może wystąpić w szczególności wtedy, gdy przedmiot umowy o roboty budowlane obejmuje wyodrębnione zespoły prac i niektóre z nich zostaną wykonane przed popadnięciem w zwłokę, pozwalając wierzycielowi na korzystanie z ich rezultatu.

Także w wyroku z dnia 26.01.2011 r. (II CSK 318/10) Sąd Najwyższy, po przeanalizowaniu rozbieżnych stanowisk judykatury, ostatecznie przyjął, że miarkowanie kary umownej zastrzeżonej na wypadek zwłoki w spełnieniu całości świadczenia jest co do zasady dopuszczalne także ze względu na wykonanie przez dłużnika zobowiązania w znacznej części – z zaznaczeniem jednak, że zmniejszenie kary z powołaniem się na tę przesłankę zależy od konkretnych okoliczności faktycznych, które pozwalają ocenić czy i ewentualnie w jakim stopniu częściowe wykonanie robót przed popadnięciem w zwłokę zaspokajało interes wierzyciela.

Analizując w tym kontekście stan faktyczny przedmiotowej sprawy, Sąd Apelacyjny doszedł do przekonania, że z całą pewnością interes strony pozwanej, rozumiany jako możliwość korzystania z przedmiotu umowy, został w zasadzie zaspokojony w dniu zgłoszenia gotowości odbioru, tj. 31.05.2014 r., zaś prace prowadzone po tej dacie nie stwarzały istotnych utrudnień w korzystaniu z drogi - z wyłączeniem może wykonywania oznakowania jezdni, ale to – jak wiadomo - zostało zlecone powodom tuż przed 31.05.2014 r. (pismem z 29.05.2014 r.) i nie było przyczyną odmowy dokonania odbioru (bezsporne). Sąd Apelacyjny – podobnie, jak Sąd I instancji – nie podzielił przy tym stanowiska strony powodowej, jakoby dla oceny tej kwestii niezbędne było odwoływanie się do wiadomości specjalnych, to zaś skutkowało oddaleniem wniosku powodów o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w postępowaniu odwoławczym.

Ze złożonych do akt sprawy Dzienników Budowy, obejmujących: przebudowę urządzeń elektroenergetycznych i oświetlenia drogowego (zał. 84 do pozwu), kanalizacji deszczowej (zał. 85 do pozwu), robót drogowych (zał. 86 do

pozwu) przebudowy sieci wodociągowych, (zał. 88 do pozwu), robót teletechnicznych (zał. 89 do pozwu), wynika, że zapisy tam zamieszczone kończą się z dniem 31.05.2014 r., a ostatnie wpisy obejmują zgłoszenie kierownika budowy i akceptację inspektora nadzoru (zob. – odpowiednio – k. 1687, 1712, 1809 – 1810, 1945 i 1976). W szczególności, skoro np. w tym ostatnim Dzienniku Budowy jest zapis z 28.05.2014 r. o potwierdzeniu zakończenia robót teletechnicznych, z 15.05.2014 r. o odebraniu oświetlenia drogowego (k. 6193), oraz z 31.05.2014 r. potwierdzeniu zakończenia robót elektroenergetycznych (k. 6193 odwr.), to nie może być uznane za przekonywujące stanowisko pozwanego, który z powołaniem się na pismo Inżyniera z dnia 30.06.2014 r., twierdził, że brak było zakończenia robót w branżach telekomunikacyjnej i oświetlenia drogowego. Nie można oczywiście zanegować – i wydaje się, że strona powodowa tego nie czyniła – że nie były natomiast dokonane odbiory przez gestorów poszczególnych sieci. Zdaniem Sądu Apelacyjnego jednak okoliczność nie wpływała na możliwość uzyskania pozwolenia na użytkowanie w świetle art. 57 Prawa budowlanego. Nie udało się natomiast powodom wykazać (a nawet wyraźnie temu nie zaprzeczyli), jakoby w umówionym terminie wykonali oni pozostałe prace, przywoływane w w/w piśmie Inżyniera, jako przeszkoda do dokonania odbioru, tj.: zjazdy indywidualne do posesji, zjazd i parking na cmentarz w miejscowości P., drogę dojazdową do zabudowań przy dawnej stadninie koni w miejscowości K.. Ponadto, okolicznością przyznaną przez powodów było, że na dzień 31 maja 2015 roku pozostawały do wykonania takie prace, jak: udroźnienie zapiaszczonych przepustów, poprawa humusowania na skarpach, naprawa rozmytych skarp, usunięcie karpin, regulacja niektórych wpustów deszczowych, uzupełnienie nawierzchni na niektórych zjazdach. Zgodzić się należy z powodami, że były to prace drobne, które nie wpływały na możliwość używania przebudowanej drogi i uzyskanie pozwolenia na jej użytkowanie.

Jeśli zważyć na powyższe oraz na fakt, że w okresie, za który pozwany naliczył karę umowną, dokonał on uroczystego otwarcia drogi (w dniu 26.06.2014 r.), uznać należało, że kara obliczona w pełnym rozmiarze była nadmiernie represyjna. Nie wydaje się przy tym przekonywująca argumentacja pozwanego (k. 6280 – 6281 Tom XXXII), że owo uroczyste otwarcie nastąpiło tylko dlatego, że zostało wcześniej zaplanowane. Trudno sobie wyobrazić sytuację, by mogło ono mieć miejsce, gdyby np. droga była ciągle w fazie budowy, bądź gdyby była nieuprzątnięta na tyle, że ruch bez utrudnień nie mógłby się na niej właściwie odbywać.

W efekcie przyjęć należało, że interes wierzyciela został zaspokojony w stopniu umożliwiającym powołanie się przez powodów na wykonanie przez nich zobowiązania w znacznej części, jako przesłankę z art. 484 par.2 prowadzącą do obniżenia kary umownej. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, kara naliczona przez pozwanego w pełnym rozmiarze została zatem zastosowana z naruszeniem jej funkcji, co pozwala uznać ją także za rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484 par.2 k.c.

W judykaturze przyjęto, że stosując instytucję miarkowania, sąd powinien mieć na względzie podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są: funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez precyzyjnego wyliczenia jej wysokości, co ułatwia realizację dochodzonego roszczenia (zob. wyrok SN z dnia 30.11.2006 r., ICSK 259/06 Lex nr. (...)). Niewątpliwie przy tym, oceny, czy dana kara jest rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 par. 2 k.c. należy dokonywać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, a zatem uwzględniając przedmiot umowy, cel kary i sposób jej ukształtowania, ale także wagę i zakres nienależytego wykonania umowy oraz charakter negatywnych skutków dla drugiej strony. Praktyka pokazuje, że kara umowna, nie będąc rażąco wygórowana w momencie jej zastrzeżenia, może się taką stać w następstwie późniejszych okoliczności.

Wątpliwości Sądu Apelacyjnego nie budzi, że samo ukształtowanie kary w umowie na poziomie 0,1% za każdy dzień zwłoki nie może być uznane za wygórowane, jeśli zważyć na stymulacyjną funkcję tej kary, niezbędną ze względu na znaczenie komunikacyjne modernizowanej drogi nr. 503. Tym niemniej, zastosowanie tej kary w sytuacji, gdy przedmiot umowy został praktycznie wykonany i zaspokajał w zasadzie interes wierzyciela, a zwłoka nie spowodowała szkody po jego stronie, naruszyło jej funkcję represyjną, czyniąc ją zbyt dotkliwą (Sąd nie oceniał przy tym funkcji kompensacyjnej kary, wobec jej zastrzeżenia także na wypadek braku szkody po stronie wierzyciela).



Odnosząc się w tym miejscu do argumentu pozwanej, jakoby redukcja kary umownej w postępowaniu sądowym miała powodować szkodę po jej stronie i nie podzielając tego stanowiska, Sąd Apelacyjny zauważa, że przyjęcie toku rozumowania pozwanego, który twierdzi, że owa redukcja oznacza w konsekwencji wydatkowanie jego własnych środków (pismo 14.09.18 r., załączone do apelacji pozwanego – k. 7397) i przez to czyni miarkowanie kary niewłaściwym, oznaczać by musiało w konsekwencji, że w zasadzie nie jest dopuszczalne miarkowanie kary umownej, zastrzeżonej przez podmiot publiczny, dysponujący środkami unijnymi. Na gruncie normatywnym brak jest podstaw do takiej interpretacji. Sądy powszechne stosując miarkowanie kary umownej z umowy o roboty budowlane de facto stwierdzają właśnie, że takie miarkowanie winno być dokonane przez samego Zamawiającego już na etapie naliczania kary umownej.

Akceptując stanowisko Sądu I instancji co do tego, że w przedmiotowej sprawie kara powinna zostać ukształtowana na poziomie 500.000 złotych, a więc jednej czwartej kary wyliczonej przez pozwanego, Sąd Apelacyjny uznał, że – z jednej strony – zachowa ona walor represyjny, ale zważył też na to, że – z drugiej strony – nie będzie ciężarem nadmiernym, zwłaszcza w obliczu wynagrodzenia uzyskanego przez powodów i że taki wymiar kary uwzględni w sposób należyty okoliczności tej sprawy.

Za sądem pierwszej instancji powtórzyć w tym miejscu należy, że instytucja miarkowania kary umownej oparta jest na uznaniu sędziowskim, uwzględniającym wszystkie aspekty sprawy. Ma to i ten skutek, że ingerencja w postępowaniu odwoławczym w wysokość ustalonej przez Sąd kary winna nastąpić w zasadzie tylko wtedy, jeśli zredukowana kara umowna pozostaje nadal zawyżona lub zaniżona w kontekście funkcji, jaką powinna spełniać. W następstwie przeprowadzonej w postępowaniu odwoławczym analizy okoliczności tej sprawy, Sąd Apelacyjny doszedł do zbieżnego z Sądem I instancji, co do wysokości należnej kary umownej.

Z tych względów zawarte w apelacji obu stron zarzuty, co do wysokości tej kary, zostały ocenione jako bezzasadne i skutkowały oddaleniem obu apelacji w trybie art. 385 k.p.c.

#### Ad. 4 żądania

Ze stanowiska powodów wynikało, że ich szkoda została obliczona metodą dyferencyjną na podstawie obliczenia różnicy między kosztami, jakie wykonawca poniósłby, gdyby zamawiający należycie wykonał umowę i przekazał teren budowy, a koszty, a kosztami rzeczywiście poniesionymi przez wykonawców.

Pomijając hipotetyczny charakter wyliczeń powodów, w pierwszej kolejności wskazać należy, że ich roszczenie o zwrot kosztów związanych z prowadzeniem robót bez wyłączenia ruchu, co do zasady nie mogło być uwzględnione, jako oparte na błędnym założeniu, że umowa takie wyłączenie przewidywała.

W szczególności nie można przyjąć, w ślad za stroną powodową, że skoro Inżynier zatwierdził, pismem z 11 września 2012 roku, harmonogram (przewidziany w subklauzuli 8.3 warunków umowy i sporządzony przez wykonawcę 22 sierpnia, wraz z uzupełnieniem z dnia 29 sierpnia, przy założeniu, że prace będą jednocześnie prowadzone na wszystkich odcinkach robót drogowych i mostowych z całkowitym wyłączeniem samochodowego ruchu lokalnego), to tym samym wyrażona została zgoda na przeprowadzenie przez wykonawcę prac przy całkowitym zamknięciu ruchu samochodowego. Stanowisko powodów opiera się w istocie na przeświadczeniu, że zamawiający był świadomy tego, że koszty przedsięwzięcia i terminowe wykonanie robót zależą od całkowitego zamknięcia ruchu samochodowego w ramach terenu budowy.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, poczynione przez powodów założenie co do znaczenia ich Harmonogramu (załącznik 1148 do pozwu) jest jednak niewłaściwe. Podzielić należało stanowisko Sądu I instancji co do tego, że harmonogram robót sporządzany przez wykonawcę jest dokumentem jednostronnym, który w nie tworzy żadnych uprawnień po stronie wykonawcy, lecz głównie ma dać inwestorowi możliwość kontrolowania terminów realizacji poszczególnych etapów inwestycji, a już z pewnością nie może korygować założeń umowy.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że strona powodowa nie odniosła się do argumentacji pozwanego, zawartej w odpowiedzi na pozew (k. 6289), że wg. dokumentacji projektowej ruch był zamknięty wyłącznie na odcinkach 3,5,6,. W przypadku odcinków 1 i 2 dopuszczalny był ruch lokalny oraz ruch pojazdów, a w przypadku odcinków 4,7,8,9, dopuszczony był ruch wszelkich pojazdów do 3,5 t. Gdyby ruch miał być wstrzymany, nie byłyby realizowane objazdy do budowanej drogi.

Trafnie przy tym wskazywał pozwany w odpowiedzi na apelację, że nadto nadrzędne na dokumentacją projektową były specyfikacje techniczne, a zgodnie ze Specyfikacją techniczną D.00.00.00. (str.17) pkt. 1.5.4. „Zabezpieczenie (...). Wykonawca jest zobowiązany do utrzymania ruchu publicznego na Terenie (...) w okresie trwania realizacji kontraktu aż do zakończenia i ostatecznego odbioru (...).(…) Koszt zabezpieczenia Terenu (...) nie podlega odrębnej zapłacie i przyjmuje się, że jest wliczony w cenę Kontraktową” . Poza tym w S. 4.13.akapit 3 (k. 495 Tom III) przewidziano, że Wykonawca jest zobowiązany do zaplanowania i realizacji robót w okresie najbardziej sprzyjającym do ich prowadzenia (wiosna, lato, jesień), tak, aby na okres ich zawieszenia (np. zima) ruch pojazdów mógł się odbywać po drodze wojewódzkiej (...), bez dalekich objazdów).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, skoro umowa zawarta pomiędzy stronami nie przewidywała zamknięcia ruchu, a dokumentacja projektowa zakładała zamknięcie wyłącznie trzech odcinków, zaś Specyfikacja Techniczna wprost nakładała na wykonawcę obowiązek utrzymania ruchu publicznego, to uzasadniony jest wniosek, że ruch na drodze miał się odbywać w trakcie robót, z tym że w okresie realizacyjnym były dopuszczone dłuższe objazdy, a w okresie wstrzymania prac ruch ten miał się odbywać po drodze (...).

Nie można tu też nie zauważyć, że każdorazowe zamknięcie drogi publicznej wymagałoby zgody Inżyniera, stosownie do subklauzuli 4.14. (k. 495 tom III), co oznacza uczynienie tej dogi – co do zasady – otwartą na czas trwania inwestycji. Za Sądem I instancji powtórzyć należy, że dla powodów na etapie zgłaszania oferty ta okoliczność musiała być oczywista, skoro przedstawili oni zbiorcze wyliczenie kosztów objazdów w określonych punktach. Dowodzi tego nadto zawarcie umowy z dnia 18 stycznia 2013 roku, przedmiotem której było właśnie wykonanie dodatkowych podjazdów (k. 612 do 615 i (...) do (...)), celem utrzymania otwartego ruchu na drodze (...).

Z tych względów Sąd Apelacyjny nie podzielił stanowiska powodów, jakoby pozwany - poprzez „wymuszenie” na wykonawcy dostosowania się do realizacji robót przy otwartym ruchu - dopuścił się nienależytego wykonania umowy w zakresie obowiązku do przekazania placu budowy i wyrządził tym samym wykonawcy szkodę, wyliczoną na kwotę 16 872 816 zł 51 gr.

Zważywszy zatem, że roszczenie powodów w omawianym zakresie było nieusprawiedliwione co do zasady, zbędne też było – wbrew zarzutom zawartym w apelacji powodów (k.7460) – przesłuchiwanie świadków i dopuszczenie dowodu z opinii biegłego „na okoliczność, wysokości kwoty, o jaką koszty poniesione przez podwodów (...) były większe od kosztów, jakie ponieśliby, gdyby wykonywali roboty budowlane przy zamkniętym ruchu drogowym”.

Aprobując z przyczyn powyżej przedstawionych rozstrzygnięcie Sądu I instancji, Sąd Apelacyjny oddalił obie apelacje na podstawie art. 385 k.p.c., znosząc pomiędzy stronami koszty postępowania odwoławczego w trybie art. 100 k.p.c.. Sąd Apelacyjny nie uwzględnił przy tym żądania strony pozwanej, zawartego w apelacji, o rozliczenie kosztów postępowania za pierwszą instancję z uwzględnieniem sześciokrotności stawki należnej radcy prawnemu. Dostrzegając wkład pracy pełnomocnika w tę sprawę, Sąd uznał, że miesił się on w standardach rzetelnego wykonywania zawodu.

B. J. M. B. W.