

Sygn. akt IX Ca 517/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 listopada 2018 r.

Sąd Okręgowy w Olsztynie IX Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący:	SSO Mirosław Wieczorkiewicz (spr.)
Sędziowie:	SO Agnieszka Żegarska SO Jacek Barczewski
Protokolant:	prac. sądowy Izabela Ważyńska

po rozpoznaniu w dniu 7 listopada 2018 r. w Olsztynie na rozprawie

sprawy z powództwa T. K., R. R. i H. P.

przeciwko Państwowemu Gospodarstwu (...) z siedzibą w W.

o zapłatę

na skutek apelacji powodów od wyroku Sądu Rejonowego w Olsztynie z dnia 6 listopada 2017 r., sygn. akt X C 47/13,

I. oddala apelację;

II. zasądza od powodów na rzecz pozwanego kwotę 1.800 zł (jeden tysiąc osiemset złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu z instancją odwoławczą.

Agnieszka Żegarska Mirosław Wieczorkiewicz Jacek Barczewski

Sygn. akt IX Ca 517/18

UZASADNIENIE

Powodowie wnieśli o zasądzenie od pozwanego kwoty 23.461,33,-zł z odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz zasądzenia zwrotu kosztów procesu według norm przepisanych. W uzasadnieniu pozwu powodowie podali, że zawiązali konsorcjum, które uzyskało od pozwanego w drodze przetargu nieograniczonego zamówienie publiczne na „kształtowanie przekroju podłużnego i poprzecznego koryta rzeki K. na odcinku km 0+000-3+561, gmina B., woj. (...) - (...)”, co zostało potwierdzone stosowną umową. Za pozwanego, jako strona umowy występował zakład budżetowy – Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w O., na który scedowano uprawnienia właścicielskie Skarbu Państwa, w imieniu którego występuje Województwo (...) w zakresie wód publicznych według przepisów prawa wodnego. Umowa zasadnicza przewidywała zabezpieczenie jej należytego wykonania, a także zabezpieczenie z tytułu rękojmi, na które powodowie przekazali kwotę 23.461,33,-zł. Powodowie wyjaśnili, że w/w umowa okazała się niemożliwa do wykonania z przyczyn niezależnych od nich, tj. z powodu wysokich stanów wód względem tych,

przy których można było prowadzić roboty zgodnie z projektem, a także z powodu jednoczesnego prowadzenia prac drogowych przez innego wykonawcę. Powodowie podali również, że ostatecznie, wobec braku postępu prac, zamawiający odstąpił od umowy oraz zażądał od powodów zapłaty kary umownej. Powodowie zaznaczyli, że nie czują się odpowiedzialni za niewykonanie umowy, a w konsekwencji nieuprawnione jest obciążenie ich karą umowną. Zamawiający odmówił zwrotu wpłaconej przez powodów kwoty 23.461,33,-zł, składając oświadczenie o jej potrąceniu z naliczoną karą umowną. Powodowie wskazali, że naliczenie kary umownej jest niezasadne.

Pozwany w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa oraz zasądzenia od powodów kosztów procesu według norm przepisanych. W uzasadnieniu swojego stanowiska pozwany wskazał, że żądanie powodów zgłoszone w pozwie jest nieuzasadnione, a ponadto podniósł przy tym zarzut potrącenia. Pozwany podał, że wysokość kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy nr (...) z winy wykonawcy (powodów) wynosi 391.022,-zł. Ponadto pozwany podkreślił, że w dniu 6 grudnia 2010r. dokonał potrącenia wierzytelności z tytułu kary umownej z zabezpieczenia należnego wykonania umowy w kwocie 23.461,33,-zł, tj. do wysokości wierzytelności niższej. Pozwany również wyjaśnił, że wbrew twierdzeniom powodów, odstąpienie od umowy przez zamawiającego było spowodowane nie okolicznościami niezależnymi od powodów, ale tylko i wyłącznie zaniechaniem przez nich realizacji umowy, która mogła być zrealizowana.

Wyrokiem z dnia 6 listopada 2017r. Sąd Rejonowy w Olsztynie powództwo oddalił i zasądził od powodów solidarnie na rzecz pozwanego kwotę 2.400,-zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego oraz nakazuje ściągnąć od powodów solidarnie na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Rejonowego w Olsztynie) kwotę 1.578,06,-zł tytułem zwrotu wydatków poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa.

Sąd I instancji ustalił, że:

- w dniu 28 czerwca 2010r. pomiędzy pozwanym reprezentowanym przez dyrektora Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w O. stanowiącego samorządową jednostkę budżetową, a konsorcjum zawiązanym przez powodów: T. K., R. R. i H. P., po przeprowadzeniu przetargu przeprowadzonego w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, zawarta została umowa nr (...), zgodnie z którą powodowie zobowiązali się do wykonania robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego „Kształtowanie przekroju podłużnego i poprzecznego koryta rzeki K.” w oparciu o dokumentację projektową, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, kosztorys ofertowy i ofertę przetargową oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia;

- rozpoczęcie realizacji umowy miało nastąpić 6 lipca 2010r., zaś zakończenie do 31 października 2011r. Za wykonane prace powodowie mieli otrzymać kosztorysowe wynagrodzenie brutto w kwocie 1.955.110,84,-zł,

- w § 12 umowy strony zastrzegły sobie prawo do odstąpienia od umowy w wyszczególnionych przypadkach w formie pisemnej z podaniem uzasadnienia. Zamawiający (pozwany) mógł odstąpić od umowy m.in. w przypadku braku rozpoczęcia robót bez uzasadnionych przyczyn po upływie 14 dni od terminu wyznaczonego na rozpoczęcie realizacji umowy i nie rozpoczęcia ich pomimo dodatkowego wezwania na piśmie (§ 12 ust. 1 pkt c), a także wówczas, gdyby powodowie przerwali realizację robót z własnej winy i przerwa tym spowodowana trwałaby dłużej niż 14 dni (§ 12 ust. 1 pkt d). Na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy (powodów) zastrzeżono na rzecz pozwanego karę umowną w wysokości 20 % kosztorysowego wynagrodzenia umownego brutto (§ 10 ust. 1 pkt f),

- w § 11 umowy strony ustaliły, że zmiana postanowień umowy może nastąpić m.in. w zakresie terminu jej realizacji, jeżeli zaistniały przyczyny niezależne od działania stron, których przy zachowaniu wszelkich należytych środków nie można uniknąć, ani im zapobiec, w szczególności w przypadku wystąpienia okoliczności wynikających z tzw. siły wyższej (np. powodzi, huraganu, gwałtownych burz), uniemożliwiających realizację robót przez okres dłuższy niż 2 tygodnie. Wstrzymanie robót z tego powodu miało być potwierdzone w dzienniku budowy i zaakceptowane przez inspektora nadzoru. Strony zaznaczyły również, że wstrzymanie robót ze względu na warunki atmosferyczne typowe (właściwe) dla danej pory roku i miesiąca lub złą organizacją robót nie uzasadniają zmiany terminu umowy,

- teren i plac budowy został przekazany powodom protokołem z dnia 12 lipca 2010r. Po wytyczeniu osi trasy, pierwszy wpis kierownika budowy, którym był powód H. P., w dzienniku budowy nosi datę 24 sierpnia 2010r. Stwierdza w nim, co ponawia następnie we wpisie z dnia 31 sierpnia 2010r., że wysoki stan wody w rzece K. uniemożliwia podjęcie robót budowlanych,

- wpisem z dnia 3 września 2010r. niemożliwość prowadzenia robót związanych z „budową umocnień skarp” potwierdził inspektor nadzoru - W. K., zalecając jednocześnie „prowadzenie innych robót związanych z wywozem urobku wydobytego z dna rzeki”. Kolejnym wpisem inspektor wskazał, że podczas spotkania z udziałem wykonawcy umocnień rzeki (powodami) oraz wykonawcy robót drogowych, jakie prowadzono w najbliższym sąsiedztwie rzeki ustalono, że przebudowa drogi zostanie wstrzymana do 20 października 2010r., aby „umożliwić wykonawcy rzeki ukończenie robót umocnieniowych w km 0+300 - 0+433”. W dalszych wpisach inspektor nadzoru podnosił m. in., że na budowie nikt nie pracuje; nie są wykonywane roboty związane z pogłębianiem koryta rzek, ani roboty rozbiórkowe,

- pierwszy wpis w dzienniku budowy stwierdzający wykonywanie robót nosi datę 27 września 2010r. i został dokonany przez powoda H. P.. Dotyczył usuwania ze skarp rzeki umocnień, kołków, desek oraz załadunku „gruzu ziemi wydobytej z odmulenia w km 0+220 - 0+300.” Ostatni wpis dotyczący robót wykonywanych przez powodów został dokonany pod datą 1 października 2010r. i dotyczył „wyrywania pali” oraz awarii koparki,

- na spotkaniu w dniu 27 sierpnia 2010r. z udziałem przedstawicieli powodów w związku z realizacją robót objętych umową i innych robót przez Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w O. na wspólnym odcinku, ww. Zakład zobowiązał się do wykonania swoich robót do 30 września 2010r.,

- pismem z dnia 3 września 2010r. powodowie zwrócili się o zorganizowanie spotkania dotyczącego prowadzenia robót z uwagi na utrudnione lub niemożliwe ich wykonanie według technologii i warunków specyfikacji i projektu technicznego. W protokole z dnia 13 września 2010r., podpisanym przez powodów H. P. i T. K. oraz projektantkę S. D., zastępcę dyrektora (...), inspektora nadzoru, a także kierownika RO O., zostało wskazane, że wykonano tylko drobne prace, brak jest natomiast warunków do prowadzenia robót umocnieniowych. Wówczas zaznaczono, że powodowie nie wiedzieli, że w tym samym czasie będą wykonywane roboty drogowe, nie zgłaszali żadnych uwag do projektu i specyfikacji. Strona inwestora zaproponowała wówczas wykonanie robót na innym odcinku rzeki, na co powodowie stwierdzili, że nie ma takiej możliwości. Ostatecznie powodowie zobowiązali się do 14 września 2010r. zaproponować technologię i warunki prowadzenia robót. Taką propozycję przedstawili, przy czym zakładała ona m.in. zabezpieczenie przez pozwanego dodatkowych środków finansowych,

- w odpowiedzi pozwany wskazał m.in., że istnieje możliwość wykonywania robót przy stwierdzanym stanie wody oraz na odcinku, na którym wykonawca robót drogowych wstrzymał swoje prace do dnia 20 października 2010r. Jednocześnie wezwał powodów do natychmiastowego podjęcia działań zmierzających do realizacji robót,

- pismem z dnia 27 września 2010r. pozwany wezwał powodów do natychmiastowego wznowienia przerwanych robót wskazując, że w przypadku nie podjęcia ich w terminie 14 dni od daty otrzymania wezwania, odstąpi od umowy z winy wykonawcy i naliczy kary umowne,

- w dniu 1 października 2010r. odbyło się spotkanie stron, podczas którego powodowie przedstawili opinię eksperta dotyczącą wykonywania robót, z której wynikało m.in., że:

a/ opis do projektu budowlanego był bardzo skromny i zawierał niedomówienia, co do kwestii, które ustalił biegły podczas oględzin,

b/ pozwani przystąpili tylko do robót przygotowawczych,

c/ przeszkodami w kontynuacji robót były niespodziewanie wysokie stany wód, zaś kontynuację robót uniemożliwiły roboty drogowe innej firmy,

d/ w ocenie eksperta brak jest należytej współpracy między wykonawcą robót a inwestorem.

- pismem z dnia 2 listopada 2010r. pozwany wskazał, że przedstawiona ekspertyza nie jest wystarczająca do polubownego rozwiązania umowy, podnosząc m.in., że:

a/ dokumentacja projektowa została sporządzona prawidłowo,

b/ powodowie nie zgłaszali do niej zastrzeżeń, a zgodnie z dokumentacją przetargową byli zobowiązani do przewidywania „wszystkich okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia” oraz do bardzo szczegółowego sprawdzenia „w terenie warunków wykonania zamówienia”;

c/ powodowie nie podjęli realizacji robót mimo wstrzymania prac drogowych, - - pismem z dnia 3 listopada 2010r. pozwany odstąpił od umowy z powołaniem się na § 12 ust. 1 lit. d umowy. Wskazał w tym piśmie, że od 10 września 2010r. powodowie przerwali realizację robót z własnej winy i prace nie są prowadzone. Jednocześnie wezwał powodów do zapłaty kary umownej w kwocie 391.022,17,-zł w terminie 14 dni od otrzymania wezwania;

- w odpowiedzi z 10 listopada 2010r. powodowie wezwali pozwanego do zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

- pozwany pismem z dnia 6 grudnia 2010r. złożył oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z tytułu kary umownej z wierzytelnością powodów z tytułu zwrotu kwoty 23.461,33,-zł wpłaconej na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o której zwrot powodowie wniesli pismem z dnia 10 listopada 2010r.

- w wyniku ponownego przetargu, przetarg na wykonanie dzieła wygrała firma (...) spółka z o.o. z siedzibą w P., z którą pozwany zawarł umowę na „Kształtowanie przekroju podłużnego i poprzecznego koryta rzeki K...” w dniu 23 maja 2012r. Nowa spółka wykonała roboty na rzece K. w okresie od 23 maja 2012r. do 9 listopada 2012r., a w dniu 16 listopada 2012r. został sporządzony protokół końcowego odbioru i przekazania do eksploatacji inwestycji zleconej (...) spółce z o.o.

- prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 4 lipca 2016r. w sprawie I C 620/13 zasądzono od T. K., R. R., H. P. (powodów w niniejszej sprawie) na rzecz Skarbu Państwa kwotę 367.560,67 złotych z ustawowymi odsetkami za opóźnienie do dnia 3 grudnia 2010r. do dnia zapłaty z tytułu kary umownej wynikającej z umowy z dnia 28 czerwca 2010r.

Mając powyższe ustalenia i zaferowane dowody Sąd I instancji uznał, że powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie, albowiem pozwany podniósł skutecznie zarzut potrącenia przysługującej mu wobec powodów wierzytelności.

Sąd I instancji podał, że z dużą ostrożnością ocenił zeznania powodów, co do warunków i możliwości wykonywania umowy oraz przyczyn odstąpienia od umowy przez pozwanego, mając na uwadze, że zeznania wymienionych determinowane były interesem procesowym. Z tego też względu Sąd ten dał wiarę opisanym zeznaniom powodów tylko w takim zakresie, w jakim znajdują odzwierciedlenie w zgromadzonej dokumentacji i wnioskach z opinii biegłego.

Sąd I instancji podał, że podstawę prawną roszczenia pozwu stanowi art. 494 § 1 kc, zgodnie z którym strona, która odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy, a druga strona obowiązana jest to przyjąć. Strona, która odstępuje od umowy, może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, lecz również na zasadach ogólnych naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania.

Według tego Sądu bezsporny był charakter i treść łączącej strony umowy oraz to, że nie kwestionowano samego faktu odstąpienia od umowy dokonanego przez pozwanego, a ponadto wysokość zabezpieczenia wpłaconego przez powodów

oraz wysokość kary umownej. Wynikały powyższe okoliczności wprost z postanowień umowy, które nie były w toku postępowania kwestionowane.

Sąd Rejonowy zauważył również, że powodowie tuż przed zamknięciem rozprawy zgłosili zarzut nieważności umowy, który nie zasługiwał na uwzględnienie.

Sąd I instancji wskazał, że strony pozostawały w sporze, co do tego, czy w realiach niniejszej sprawy istniały przesłanki do odstąpienia od umowy przez pozwanego z przyczyn zależnych od powodów, a w konsekwencji do naliczenia z tego tytułu kary umownej. Rozstrzygnięcie w/w kwestii miało zasadnicze znaczenie dla oceny podniesionego przez stronę pozwaną zarzutu potrącenia.

Sąd Rejonowy odnośnie tej kwestii wskazał, że okoliczność naliczenia kar umownych była również przedmiotem – i to zasadniczym - postępowania toczącego się przed Sądem Okręgowym w Olsztynie z powództwa Skarbu Państwa-Marszałka Województwa (...) w O. przeciwko T. K., R. R., H. P. w sprawie zarejestrowanej pod sygnaturą akt I C 620/13. Skarb Państwa w opisaney sprawie wystąpił przeciwko w/w z powództwem o zapłatę kwoty 367.560,67 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 3 grudnia 2010r. tytułem kary umownej za niewywiązanie się z umowy z dnia 28.06.2010 r. Powództwo zostało uwzględnione w całości. Wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 4 lipca 2016r. zasądzono żadaną kwotę z tytułu kary umownej (jako różnicę pomiędzy pełną karą umowną, czyli 391.022,-zł, a potrąconym zabezpieczeniem, czyli 23.461,33,-zł). Wyrok uprawomocnił się z dniem 16 lutego 2017r., po oddaleniu apelacji powodów przez Sąd Apelacyjny w Białymstoku

Mając powyższe na uwadze, Sąd I instancji stwierdził, że pozwany dysponuje tytułem wykonawczym obejmującym zgłoszoną do potrącenia wierzytelność wynikającą z opisanego wyroku.

W tej sytuacji Sąd ten podał, że rozpoznając niniejszą sprawę i rozstrzygając zagadnienie zasadności naliczenia kary umownej i skuteczności złożonego przez stronę pozwaną oświadczenia o potrąceniu wierzytelności - zgodnie z treścią art. 365 § 1 kpc był związany prawomocnym orzeczeniem Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 4 lipca 2016r. wydanym w sprawie I C 620/13.

Odnośnie tej kwestii Sąd Rejonowy wskazał, że orzeczenie prawomocne wiąże nie tylko strony i sąd, który je wydał, ale także również inne sądy, dlatego w kolejnym postępowaniu, w którym pojawia się dana kwestia, nie podlega ona już ponownemu badaniu.

W tym zakresie Sąd Rejonowy podkreślił, że Sąd Okręgowy w Olsztynie w opisanym orzeczeniu rozstrzygnął kwestie zasadności roszczenia pozwanego dotyczącego kar umownych. Orzeczenie to miało zasadnicze i rozstrzygające znaczenie w niniejszej sprawie, dlatego przesądziło o skuteczności podniesionego przez pozwanego zarzutu potrącenia wierzytelności, jaka przysługuje mu wobec powodów.

Sąd I instancji zauważył jednak, że także zgromadzony w niniejszej sprawie materiał dowodowy przesądza o zasadności naliczenia przez pozwanego kary umownej.

W tym zakresie Sąd Rejonowy wskazał, że z opinii biegłego M. B. (1) wynika wniosek, że odstąpienie przez pozwanego od umowy z powodami nastąpiło z przyczyn zależnych od powodów, a w konsekwencji naliczenie kary umownej było uzasadnione.

W tej części Sąd I instancji zauważył, że z opinii biegłego wynika jednoznacznie, iż powodowie mieli możliwość wykonania robót objętych umową niezależnie od okresowych utrudnień związanych z wysokim poziomem wody oraz z prowadzonymi równoległe robotami drogowymi. Możliwe było wykonanie prac pogłębieniowych, zaś wykonanie innych prac umożliwiała zgoda wykonawcy robót drogowych. Powodowie dysponowali także możliwością odpowiedniego zorganizowania terenu robót i koniecznego transportu.

Według Sądu I instancji powodowie mogli także przystąpić do prac na innych niż pierwotnie przewidziane odcinkach rzeki, czy też zmienić harmonogram robót. Pozwany kierował do powodów tego rodzaju propozycje, zmierzające

do zrealizowania umowy, z których jednakże wymienieni nie skorzystali, domagając się wyłącznie zmiany umowy i zwiększenia przysługującego im wynagrodzenia.

Sąd Rejonowy uznał opinię za przekonującą, pełną i dał jej wiarę, ponieważ biegły sformułował swoje stanowisko po drobiazgowej analizie dostępnych materiałów dowodowych. Swoje wnioski rzeczowo i przekonująco uargumentował, wyczerpująco odnosząc się do wszystkich okoliczności podnoszonych przez pozwanych.

W konsekwencji, wnioski sformułowane przez biegłego Sądu I instancji uznał za miarodajne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Sąd Rejonowy podał, że oddalił wniosek pełnomocnika powodów złożony na rozprawie w dniu 11 września 2017r. o przywrócenie terminu do złożenia zastrzeżeń do pisemnej opinii biegłego.

W tym zakresie Sąd ten podał, że powodowie od początku rozprawy byli reprezentowani przez zawodowego pełnomocnika, któremu doręczono odpis opinii określając termin na złożenie ewentualnych zastrzeżeń. W określonym przez sąd terminie żadne zastrzeżenia nie zostały zgłoszone. Późniejsza zmiana osoby pełnomocnika powodów, według Sądu I instancji, nie stanowi przesłanki do przywrócenia terminu na składanie zastrzeżeń do opinii doręczonej prawidłowo pełnomocnikowi, który na datę doręczenia był umocowany do reprezentowania powodów. Ponadto według tego Sądu, strona powodowa składając w toku rozprawy wniosek o przywrócenie terminu (który nota bene winien zostać złożony na piśmie i winna być dokonana uchybiona czynność) pełnomocnik powodów nie uprawdopodobnił również w żaden sposób, aby do uchybienia terminu do złożenia zastrzeżeń doszło bez winy strony powodowej. Nie uprawdopodobnił również, że zachowano termin 7 dni na złożenie wniosku o przywrócenie terminu na dokonanie w/w czynności. Co więcej złożeniu wniosku o przywrócenie terminu (wadliwie, bo ustanie) nie towarzyszyło dokonanie uchybionej czynności.

Mając na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym opinię biegłego M. B. (1), Sąd Rejonowy przyjął, że powodowie nie doznali żadnych poważnych i niedających się zwalczyć przeszkód natury obiektywnej, które to uniemożliwiły im wykonanie robót objętych umową.

Zdaniem tego Sądu z analizy zgromadzonej dokumentacji wynika, że po dniu 1 października 2010r., kiedy to w dzienniku budowy odnotowano ostatni wpis dotyczący robót o charakterze porządkowym, powodowie nie wykonywali innych prac objętych umową.

W tych warunkach powyższe okoliczności, według Sądu I instancji, prowadzi do wniosku, że w dacie, w której pozwany składał oświadczenie o odstąpieniu od umowy, tj. 3 listopada 2010r., minął już 14-dniowy termin przerwy w pracach, która to przerwa - skoro nastąpiła z przyczyn zależnych od wykonawcy (powodów) - uzasadniała odstąpienie od umowy przez pozwanego.

Sąd Rejonowy także przyjął, że obowiązki stron zakresie kar umownych ukształtowano tak samo dla obu stron kontraktu (20%), dlatego nie sposób wysokości kary zastrzeżonej na rzecz pozwanego uznać za wygórowaną.

Mając na uwadze dyspozycję art. 395 § 2 kc, według Sądu I instancji, w razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za niezawartą, dlatego strony zobowiązane były zwrócić sobie to, co świadczyły.

Biorąc pod to uwagę, Sąd Rejonowy przyjął, że powodom należałby się, więc zwrot wpłaconej przez nich kwoty 23.461,33,-zł, objętej żądaniem pozwu, gdyby nie fakt, że pozwany potrącił z w/w wierzytelnością powodów - przysługującą mu wierzytelność z tytułu kary umownej.

Odnośnie tej kwestii Sąd I instancji wskazał na regulację art. 498 § 1 kc, która stanowi, że gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości

oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym.

W tej sytuacji Sąd Rejonowy przyjął, że skoro pozwanemu przysługiwało wobec powodów roszczenie o zapłatę kwoty 367.560,67,-zł tytułem kary umownej wynikającej z niewykonania zobowiązania. Pozwany dysponuje tytułem wykonawczym obejmującym zgłoszoną do potrącenia wierzytelność.

Mając powyższe na uwadze, Sąd I instancji, stosownie do art. 498 § 2 kc, że wskutek potrącenia obie wierzytelności (powodów i pozwanego) uległy umorzeniu nawzajem do wysokości wierzytelności niższej, dlatego roszczenie powodów w wyniku skutecznego podniesienia przez pozwanego zarzutu potrącenia uległo umorzeniu.

W konsekwencji Sąd Rejonowy uznał, że powództwo należało oddalić.

Na koniec Sąd I instancji podał, że nie zasługiwał na uwzględnienie podniesiony przez powodów tuż przed zamknięciem rozprawy zarzut nieważności umowy zawartej z pozwanym.

W tym zakresie Sąd ten podał, że:

- Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych, który zawarł przedmiotową umowę, jest jednostką budżetową podporządkowaną Zarządowi Województwa;

- realizuje swoje zadania w imieniu Marszałka Województwa (...), a wynikające z wykonywania przez Marszałka Województwa (...) uprawnień właścicielskich do stosunku do wód publicznych stanowiących własność Skarbu Państwa;

- Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych występuje, jako jednostka samorządu Województwa, ponieważ w kontekście uregulowań ustawy Prawo Wodne, jak również postanowień umownych określających przedmiot inwestycji i źródło finansowania, nie mogło także budzić żadnych wątpliwości, że inwestycja będąca przedmiotem umowy z dnia 28 czerwca 2010r. była inwestycją Skarbu Państwa wykonywaną w ramach zadań z zakresu administracji rządowej przez samorząd województwa i dalej przez jego jednostkę organizacyjną, tj. Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w O..

O kosztach procesu Sąd Rejonowy rozstrzygnął zgodnie z art. 98 § 1 i 2 kpc i zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, a o kosztach sądowych na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2005r., Nr 167, poz. 1398 ze zm.) w zw. z art. 98 § 1 i 2 kpc tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych poniesionych tymczasowo ze Skarbu Państwa.

Apelację od tego wyroku złożyli powodowie, którzy zaskarżyli orzeczenie w całości.

Powodowie zarzucili zaskarżonemu wyrokowi:

I. naruszeniu prawa materialnego, a w tym :

a/ art. 33 w zw. z art. 58 kc- poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji oparcie ustaleń faktycznych i prawnych na nieważnej z mocy prawa czynności prawnej - tj. umowie z dnia 28 czerwca 2010r. nr (...) zawartej we własnym imieniu z pozwanymi, a nade wszystko bez wykazania odnośnych pełnomocnictw, przez nieposiadającą osobowości prawnej jednostkę budżetową - Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w O.,

b/ art. 5 kc - poprzez jego niezastosowanie - mimo, że postawa pozwanego (zamawiającego), który świadomie nie zamieścił w dokumentacji przetargowej będącej podstawą złożenia oferty przez pozwanym informacji o wykonywaniu w tym samym miejscu i czasie robót równoległych na drodze powiatowej, których front uniemożliwił pozwanym dostęp do rzeki w sposób planowany w projekcie, a nadto pozbawił wykonawców miejsca składowania materiałów i odpadów, oraz nie godził się na proponowaną przez pozwanym, a wymuszoną okolicznościami faktycznymi sprawy (zwiększony poziom wód, stan popowodziowy w Polsce, zajęcie terenu budowy przez innego wykonawcę, itp.), zmianę technologii robót przy jednoczesnym zwiększeniu kwoty wynagrodzenia, by po odstąpieniu od umowy z

pozwanymi powierzyć wykonanie umowy innemu podmiotowi na warunkach, które proponowali pozwani, nosi znamiona nadużycia prawa podmiotowego i jest sprzeczna z zasadami współzycia społecznego,

c/ art. 6 kc - poprzez błędną jego wykładnię - polegającą m in. niewłaściwym rozłożeniu ciężaru dowodu, a w szczególności uznaniu, że powód udowodnił, że wykonawca (pозwani) przerwali wykonywanie robót z własnej winy, w związku z czym przysługiwało mu prawo do odstąpienia od umowy, o którym mowa w postanowienia § 12 ust. 1 pkt 1 lit. d) zawartej pomiędzy Stronami umowy oraz naliczenia kary umownej, której mowa w § 10 ust. 1 pkt 1 lit. f ww. umowy,

d/ art. 471 i nast. kc - poprzez błędną wykładnię - polegającą na przyjęciu, że pozwani ponoszą odpowiedzialność za nienależyte wykonywanie zwartej z zamawiającym - (...) umowy z dnia 28 czerwca 2010 r., nr (...);

e/ art. 483 § 1 kc oraz art. 484 § 1 kc - poprzez błędną ich wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że w omawianym stanie faktycznym istnieje możliwość obciążanie pozwanych karą umowną w wysokości "20% całości kosztorysowego wynagrodzenia umownego brutto przedmiotu umowy",

f/ art. 498 § 1 i 2 kc poprzez ich zastosowanie, podczas gdy w przedmiotowej sprawie nie istniały podstawy dokonywania potrąceń przez

pozwanego;

g/ art. 648 § 2 kc - poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji ustalenie odpowiedzialności pozwanych mimo wykazanych w-postępowaniu oraz de facto niekwestionowanych przez powoda wad dokumentacji, a w tym:

- nieuwzględnienia w SIWZ (specyfikacji istotnych warunków zamówienia) faktu wykonywania w obszarze inwestycji (ten sam teren) przez innego wykonawcę robót budowlanych - przebudowa drogi powiatowej w km 0+140 - 0+440, które uniemożliwiły pozwany wykonywanie przyjętego na siebie zobowiązania w sposób zgodny z umową (poprzez odcięcie od zaplecza materiałowo-sprzętowego, zajęcie terenu budowy, brak dostępu do brzegu rzeki);

- brak szczegółowego projektu wykonawczego;

- wady dokumentacji projektowej, tj. projektu budowlanego polegające m.in. na nieuwzględnieniu w projekcie konieczności wykonania rozbiórki i zagospodarowania umocnień betonowych na odcinku ok 50 mb

g/ art. 651 kc - poprzez jego niezastosowanie - tj. całkowite pominięcie taktu informowania powoda przez pozwanych o wadach dokumentacji, problemach na terenie budowy (tj. zajęcia terenu przez firmę wykonującą remont drogi powiatowej) i innych okolicznościach, które stanowiły przeszkodę dla prawidłowego wykonania robót, a w konsekwencji błędne rozłożenie ciężaru dowodu w sprawie.

i/ art. 29 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych - poprzez jego

niezastosowanie, a tym samym zbagatelizowanie faktu nie uwzględnienia przez pozwanego w dokumentacji przetargowej (SIWZ) informacji o zajęciu pasa ruchu drogowego i jego poboczy (na których planowane było składowanie materiałów- oraz przechowywanie sprzętu) przez inny,

II. naruszeniu prawa procesowego mającego wpływ na wynik sprawy, a w tym:

j/ art. 2 kpc w zw. z art. 175 ust. 1 i art. 177 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,

art. 217 § 2 w związku z art. 5, art. 227 kpc w zw. z art. 382 kpc,

art. 233 kpc (bez wskazania paragrafu),

art. 235 w zw. z art. 382 kpc,

art. 245 kpc,

art. 328 § 2 w zw. z art. 391 § 1 kpc,

art. 11 w zw. z art. 365 kpc,

art. 386 § 4 kpc,

art. 299 kpc - poprzez pominięcie dowodu z zeznań pozwanych,

art. 232 kpc po przez jego niezastosowanie, a tym samym nie doprowadzenie do wyjaśnienia okoliczności faktycznych sprawy

- zaś wszystkie łącznie poprzez nierozpoznanie istoty sprawy, nieprawidłowe gromadzenie materiału dowodowego, zamknięcie rozprawy pomimo braków materiału dowodowego (w tym w szczególności nie przeprowadzenia dowodu z zgłoszonego w pozwie dokumentu znajdującego się w aktach sprawy Sądu Rejonowego w Olsztynie, X Wydział Cywilny - sygn. akt XC 138/11, a w tym znajdującej się tam opinii biegłego sądowego W. Ż. oraz opinii prywatnej mgr inż. L. Ł. z dnia 23 października 2010r. zatytułowanej "ekspertyza techniczna" na okoliczności niezawinionego wstrzymania robót przez powodów, a tym samym wadliwości odstąpienia od umowy przez pozwanego i związanego z nią braku podstaw do obciążania pozwanych karą umowną), a nadto nie doustalonych faktach mających istotne znaczenie dla sprawy, oraz dokonanej przez Sąd analizie materiału dowodowego w sposób przekraczający granice swobodnej oceny dowodów oraz pozbawiony zasad logicznego rozumowania i dalece odbiegający od doświadczeń życia codziennego, zaś ostatecznie poprzez przyznanie nadmiernej mocy procesowej wyrokowi Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 4 lipca 2016r. (sygn. akt I C 620/13).

Mając powyższe na uwadze powodowie wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie powództwa oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powodów zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych, ewentualnie, „z ostrożności procesowej”, w przypadku uznania braku możliwości zmiany zaskarżonego wyroku, powodowie wnieśli o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi I Instancji do ponownego rozpoznania oraz rozstrzygnięcia o kosztach postępowania, w tym kosztach zastępstwa procesowego.

Powodowie złożyli również w formie cyt.: „w oparciu o postanowienia art. 382 kpc wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów pominiętych (nierozpoznanych) przez Sąd I instancji”, przy czym wniosek ten nie konkretyzuje, o jakie dowody miałyby być dopuszczone.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o oddalenie tego środka zaskarżenia oraz o zasądzenie od powodów na rzecz pozwanego kosztów procesu według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacja jest bezzasadna.

Sąd I instancji prawidłowo oraz dokładnie przeprowadził postępowanie dowodowe i orzekł na podstawie zaferowanych przez strony dowodów, dokonując trafnej ich oceny. Ocena wiarygodności i mocy dowodów została przeprowadzona w granicach przysługującej Sądowi I instancji z mocy art. 233 § 1 kpc swobody osądu.

Poczynione zostały na podstawie wszechstronnej analizy dowodów, których ocena nie wykazała błędów natury faktycznej, czy logicznej, znajdując swoje odzwierciedlenie w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia. Sąd Rejonowy wskazał, jakie fakty uznał za udowodnione, na czym oparł poszczególne ustalenia.

Sąd I instancji wskazał również wnioski, jakie wyprowadził z dokonanych ustaleń, opierając na nich swoje merytoryczne rozstrzygnięcie, co zostało zawarte w obszernych, dokładnych i logicznych wywodach uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia.

Wbrew stawianym zarzutom Sąd Rejonowy nie dopuścił się naruszenia powołanych w apelacji przepisów prawa materialnego oraz procesowego, ponieważ poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne, na podstawie, których wyciągnął właściwe wnioski, dające podstawę do podjęcia przedmiotowego rozstrzygnięcia. Ustalenia te i oceny Sąd Okręgowy przyjmuje za własne, zwracając uwagę, że nie ma wobec tego potrzeby procesowej przeprowadzania na nowo w uzasadnieniu tego orzeczenia oceny każdego ze zgromadzonych dowodów, a wystarczy odnieść się do tych ustaleń i ocen, które zostały zakwestionowane w apelacji /por. wyrok Sądu Najwyższego z 10 października 1998r., III CKN 650/98, OSNC 1999/3/60, wyrok Sądu Najwyższego z 4 kwietnia 2003r., III CKN 1217/00, niepublikowany i wyrok Sądu Najwyższego z 27 listopada 2003r., II UK 156/03, Lex nr 390069, wyrok Sądu Najwyższego z 27 kwietnia 2010r., II PK 312/09, LEX nr 602700, wyrok Sądu Najwyższego z 9 lutego 2012r., III CSK 179/11, LEX nr 1165079, uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2016r., V CNP 34/15, Legalis nr 1406416/.

Mając na uwadze konstrukcję treści apelacji oraz sformułowane zarzuty przez stronę w formie zaprezentowanej przez pełnomocnika powodów już na początku należy zauważyć, że sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiążą go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego /por. uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego 31 stycznia 2008r., III CZP 49/07, OSNC 2008/6/55/, dlatego powoływanie się w zarzutach na naruszenie prawa procesowego, ma skutek procesowy tylko do wymienionych w odwołaniu konkretnych zarzutów naruszenia procedury, z wyjątkiem powodujących nieważność postępowania.

W tej sytuacji uznać, że już sama konstrukcja apelacji i treść przedstawionych zarzutów apelacyjnych, w zakresie naruszenia procedury, co do zasady uniemożliwia kontrolę wskazanych tylko numerycznie przepisów kodeksu cywilnego bez zwięzłego przedstawienia i uzasadnienia tych zarzutów (art. 368 § 1 pkt 2 i 3 kpc).

Trudno bowiem przyjąć, że zarzuty dotyczące procedury przedstawione w apelacji powodów są uzasadnione poprzez tylko „łączone” wskazanie:

„nierozpoznanie istoty sprawy, nieprawidłowe gromadzenie materiału dowodowego, zamknięcie rozprawy pomimo braków materiału dowodowego, a nadto nie doustalonych faktach mających istotne znaczenie dla sprawy, oraz dokonanej przez Sąd analizie materiału dowodowego w sposób przekraczający granice swobodnej oceny dowodów oraz pozbawiony zasad logicznego rozumowania i dalece odbiegający od doświadczeń życia codziennego, zaś ostatecznie poprzez przyznanie nadmiernej mocy procesowej wyrokowi Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 4 lipca 2016r. (sygn. akt I C 620/13)”.

Warto również zauważyć, że porównanie treści zarzutów apelacyjnych i zawartych w skardze kasacyjnej powodów od wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku w sprawie I ACa 790/16 wskazuje, iż zostały wiernie powielone i w części odnoszą się do oceny postępowania apelacyjnego, a nie do postępowania toczącego się przed sądem I instancji (co potwierdza zacytowanie w zarzutach apelacji przepisów art. 386 § 4 kpc, art. 391 § 1 kpc, art. 382 kpc).

Odnośnie tej kwestii należy podkreślić, że w odniesieniu do środków zaskarżenia wnoszonych przez profesjonalnych pełnomocników wnioski i ich uzasadnienie powinny być jednoznacznie sformułowane, gdyż nie ma podstaw do przypisywania pismom wnoszonym przez takich pełnomocników treści wprost w nich niewyrażonych (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 2015r., IV CZ 84/14, Legalis nr 1180603).

Powyższy wywód ma znaczenie przy rozpatrywaniu następnych zarzutów powodów odnośnie naruszenia procedury cywilnej przez Sąd I instancji.

Powodowie bowiem w apelacji nie podają, jakie są inne braki materiału dowodowego, dlatego nie można uznać, za skuteczny taki zarzut z art. 217 § 2 kpc. Nie konkretyzują tego zarzutu, oprócz wskazania prywatnej ekspertyzy i opinii z innej sprawy, dlatego tak przedstawiony zarzut nie może być uznany za skutecznie wywiedziony i uargumentowany.

Natomiast art. 227 kpc nie może być przedmiotem naruszenia sądu, ponieważ nie jest on źródłem obowiązków ani uprawnień jurysdykcyjnych, lecz określa jedynie wolę ustawodawcy ograniczenia kręgu faktów, które mogą być

przedmiotem dowodu w postępowaniu cywilnym /por. wyrok Sądu Najwyższego z 25 czerwca 2008r., II UK 327/07, LEX nr 496393 i wyrok Sądu Najwyższego z 3 grudnia 2010r., I CSK 123/10, LEX nr 818557/.

Skoro przedmiotem dowodu, zgodnie z art. 227 kpc mogą być wyłącznie fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, a powodowie nie przedstawili formalnych zarzutów w zakresie wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, to tak przedstawiony zarzut nie jest skuteczny w postępowaniu apelacyjnym.

W tym miejscu trzeba podkreślić, że z uwagi na to, iż kwestia dopuszczenia dowód została przeprowadzona na rozprawie i nie były zgłaszane inne wnioski dowodowe lub zastrzeżenia w trybie art. 162 kpc, to obecnie skarżący nie mogą powoływać się na ewentualne usuwalne uchybienia procesowe sądu I instancji.

Obecnie należy wskazać, że na rozprawie 11 września 2017r. pełnomocnik powodów złożył zastrzeżenie w trybie art. 162 kpc, ale jedynie w kwestii oddalenia wniosku o przywrócenie terminu do złożenia zastrzeżeń do opinii biegłego M. B. (2) i co do oddalenia wniosku o odroczenie rozprawy.

Sam wniosek zawodowego pełnomocnika o przywrócenie ww. terminu nie był złożony na piśmie, również nie została dokonana uchybiona czynność procesowa.

Zgodnie bowiem z treścią art. 169 § 1, 2 i 3 kpc pismo z wnioskiem o przywrócenie terminu wnosi się do sądu, w którym czynność miała być dokonana, w ciągu tygodnia od czasu ustania przyczyny uchybienia terminu. W piśmie tym należy uprawdopodobnić okoliczności uzasadniające wniosek, a równocześnie z wnioskiem strona powinna dokonać czynności procesowej.

W tej sytuacji należy uznać, że były wykonane wadliwe dwie czynności procesowe strony powodowej, sama wadliwa forma co do treści i sposobu złożenia ww. wniosku oraz błędne zastrzeżenie w trybie art. 162 kpc.

W tej kwestii wypada przypomnieć, że w wypadku wadliwej decyzji procesowej strona skarżąca musi zgłosić swoje zastrzeżenia w sposób odpowiadający prawu, a zatem z przedstawieniem odpowiedniej argumentacji prawnej (wskazanie normy prawnej) zastrzeżenia w trybie art. 162 kpc, przy wpisaniu treści tegoż do protokołu rozprawy, umożliwia postawienie w apelacji ewentualnego, skutecznego zarzutu. Skuteczne sformułowanie zastrzeżenia nie może się zatem ograniczać do lakonicznego stwierdzenia polegającego na informacji, że strona procesu podnosi zastrzeżenie z art. 162 kpc. Taki sposób zwrócenia uwagi sądowi na uchybienie nie wyjaśnia na czym uchybienie polega, co uniemożliwia sądowi naprawienie uchybienia, o ile rzeczywiście zachodzi. Tylko bowiem poprzez prawidłowo umotywowane zastrzeżenie apelujący może kwestionować niezasadne w jego odczuciu oddalenie wniosku dowodowego, przeciwko któremu oponował i to w sposób pozwalający sądowi na zmianę, w toczącym się już postępowaniu, a nie w przyszłym postępowaniu odwoławczym, swojego stanowiska, co do dopuszczenia określonego dowodu na jednoznacznie określonej, istotnej dla sprawy okoliczności. Celem regulacji z art. 162 kpc jest pobudzenie inicjatywy stron w doprowadzeniu do szybkiego usunięcia dostrzeżonych przez nie naruszeń przepisów postępowania i umożliwienie sądowi niezwłocznego naprawienia błędu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2015 r., II CSK 450/14, Legalis nr 1285303 i wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 7 lipca 2016r., I ACa 106/16, Legalis nr 1556412).

Ponadto w myśl art. 380 kpc warunkiem rozpoznania niezaskarżalnych postanowień, które miały wpływ na wynik sprawy, jest zamieszczenie w środku zaskarżenia stosownego wniosku (por. Sąd Najwyższy w wyroku z 17 grudnia 2009r., V CSK 270/09, Lex nr 677901), a tego w apelacji powodów nie ma.

Tym niemniej w zakresie postanowienia dowodowego należy zauważyć, że przed zamknięciem rozprawy w dniu 23 października 2017r. Sąd Rejonowy, w obecności pełnomocników stron, w obszernym postanowieniu dopuścił dowody z dokumentów szczegółowo tam wskazanych, w tym podanej w apelacji ekspertyzy technicznej sporządzonej na zlecenie powodów ze sprawy X C 138/11 (k. 508 odw.).

Dalej warto podkreślić, że opinie opracowane na zlecenie stron (stanowiące dokument prywatny w rozumieniu art. 253 kpc) traktowane są, jako element materiału procesowego wyrażający stanowiska stron, dlatego nie mógł być naruszony przepis art. 245 kpc.

W niniejszej sprawie nie mogła być dowodem opinia W. Ż. w poprzedniej sprawie cywilnej o sygn. akt X C 138/11, gdyż sprzeciwiła się temu strona pozwana, a ponadto ta opinia uznana została w tamtym postępowaniu za wadliwą.

Ponadto należy mieć na uwadze to, że dowody, a szczególności dowód z opinii z biegłego przeprowadza się w danej sprawie z udziałem stron danego procesu, w tamtej sprawie po stronie pozwanej był inny podmiot.

Co do następnego zarzutu procedury i podanego art. 299 kpc należy zauważyć, że pełnomocnik powodów pominął, iż powodowie byli przesłuchani w charakterze strony na rozprawie w dniu 11 września 2017r. (k. 497 i następne) i wówczas ten dowód został ograniczony do przesłuchania tylko tej strony.

W tym zakresie warto zauważyć, że w niniejszej sprawie kluczowym dla wyjaśnienia sprawy były bowiem wiadomości specjalne i tym samym potrzeba przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego.

Zdaniem Sądu Okręgowego ten właśnie dowód był miarodajny dla ustalenia, czy przeszkody w realizacji zamówienia wynikające z umowy miały charakter obiektywny i w związku z tym czy faktycznie nie było możliwości wykonania zobowiązania w czasie określonym w umowie. Dlatego też, z uwagi na ową potrzebę pozyskania wiadomości specjalnych Sąd II instancji uznaje, że przeprowadzenie dowodu z przesłuchania także strony pozwanej było nieprzydatne dla wyjaśnienia sprawy.

Zauważyć też należy, że pozwany swoje stanowisko i spostrzeżenia dotyczące realizacji umowy oraz relacji z powodem dość szczegółowo przedstawił w obszernych pismach procesowych składanych w toku postępowania przed sądem I instancji.

W tych warunkach należy uznać, że chybiony był zarzut skarżących dotyczący naruszenia art. 299 kpc na skutek zaniechania przez Sąd Rejonowy przeprowadzenia dowodu z przesłuchania strony pozwanej.

Należy przy tym zauważyć, że obecny na rozprawie w dniu 11 września 2017r. pełnomocnik powodów nie złożył zastrzeżenia w trybie art. 162 kpc, dlatego nie można uznać za skutecznie obecnie podnoszenie tak wskazanej argumentacji, tym bardziej, iż zeznania stron w niniejszej sprawie miały marginalne znaczenie.

Ponadto trzeba podkreślić, że przed zamknięciem rozprawy w dniu 23 października 2017r. pełnomocnik powodów nie zgłaszał nowych wniosków dowodowych, a miał możliwość wypowiedzenia się na temat postępowania dowodowego i ostatecznie przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

W tej sytuacji przewodniczący składu orzekającego prawidłowo postąpił, ponieważ przed zamknięciem rozprawy po przeprowadzeniu dowodów udzielił głosu stronom (art. 224 kpc).

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 232 kpc należy wskazać, że przewidziane w art. 232 zdanie drugie kpc uprawnienie sądu do dopuszczenia dowodu niewskazanego przez strony ma charakter wyjątkowy, co oznacza, że nieprzeprowadzenie tego dowodu przez sąd z urzędu tylko w szczególnym wypadku może uzasadniać podstawę apelacyjną. W razie, gdy sąd z prawa wynikającego z art. 232 zdanie drugie kpc nie skorzysta, strona nie może konstruować uzasadnionego zarzutu apelacyjnego (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2018r., II CSK 108/18, Legalis nr 1793614).

Przechodząc do kolejnego zarzutu apelacji powodów trzeba zauważyć, że Sąd drugiej instancji stosownie do art. 378 § 1 i art. 382 kpc rozpoznaje sprawę w granicach zaskarżenia na podstawie materiału dowodowego zebranego w obu instancjach.

Jednak w apelacji powódowie nie zaferowali formalnie żadnych nowych wniosków i dowodów, które mogłyby być rozpoznane w trybie art. 381 kpc, zaś ich zgłoszone jest wadliwe, zarówno co do formy, jak i zawartości merytorycznej (k. 560, co było wcześniej cytowane).

W zakresie numerycznie wskazanego zarzutu procesowego art. 328 § 2 kpc (na domiar w zw. z art. 391 § 1 kpc), trudno zrozumieć intencję skarżącego, ponieważ nawet uzasadnienie apelacji nie odnosi się szerzej do tak sformułowanego zarzutu prawa procesowego, oprócz jednego zdania na stronie 6 apelacji.

Tym niemniej należy podkreślić, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 2014r., I PK 295/13, LEX nr 1483572; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 6 grudnia 2013r., I ACa 764/13, LEX nr 1416125; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2012r., IV CSK 76/12, LEX nr 1229815; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 lutego 2003 r., I CKN 65/01, Legalis numer 57266 i postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2000r., V CKN 81/00, LEX nr 533895), wytknięcie wadliwego sporządzenia uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia może okazać się zasadne tylko wówczas, gdy z powodu braku w uzasadnieniu elementów wymienionych w art. 328 § 2 kpc zaskarżone orzeczenie nie poddaje się kontroli instancyjnej.

Tymczasem w niniejszej sprawie Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, z jakich przyczyn zastosował określone przepisy prawa i w jaki sposób wpłynęły one na treść rozstrzygnięcia. Wbrew twierdzeniom skarżącego Sąd Rejonowy wskazał przy tym na podstawy faktyczne i prawne uznania zasadności naliczenia kary umownej i skuteczności złożonego przez stronę pozwaną oświadczenia o potrąceniu wierzytelności oraz związania wcześniejszym orzeczeniem sądów, co do ww. okoliczności, umotywowował również w należyty sposób, w oparciu, o jakie przesłanki przyjął bezzasadność zgłoszonego żądania, odniósł się do podnoszonych zarzutów formalnych i merytorycznych, oraz wskazał jakie dowody stanowiły podstawę rozstrzygnięcia, a zatem jakie elementy stanu faktycznego uzasadniały zastosowanie tychże przepisów, samo orzeczenie zaś poddaje się kontroli odwoławczej.

W tej sytuacji bezzasadny okazał się również wywiedziony w apelacji zarzut naruszenia przez Sąd Rejonowy przepisu art. 328 § 2 kpc.

Przechodząc do kolejnego zarzutu wskazanego w apelacji należy uznać, że także zarzut obrazy naruszenia art. 233 § 1 kpc został sformułowany wadliwie już z tego względu, że skarżący podał tylko numer normy (art. 233 nawet bez paragrafu, uzasadnienie podaje § 1), ale także nie wskazał w uzasadnieniu apelacji - podnosząc zarzut błędnej oceny dowodów - w czym ta wada miała się urzeczywistnić. Poza tym jego naruszenie nie może polegać na zaprezentowaniu przez skarżącego własnego ustalenia faktycznego i to bez wskazania konkretnych dowodów, z którego ono wynika (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2000r., I CKN 1169/99, OSNC 2000, nr 7-8, poz. 139).

Powódowie przedstawiając ww. zarzut pomijają to, że skarżący powinien wskazać, jakie konkretne dowody mające znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy sąd błędnie uznał za wiarygodne, bądź niewiarygodne i w czym przy tej ocenie przejawilo się naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów. Apelacja, co do tego zarzutu (s. 15) w żadnym miejscu tego nie przytacza. Samo wskazanie „zebranego materiału” nie daje podstawy do weryfikacji oceny dowodów (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2002r., I CKN 132/01, Lex nr 572028).

Przytoczenie teoretycznych i ogólnych, a do tego wybranych wywodów na temat art. 233 § 1 kpc nie spełnia wymogów procesowych, które mogłyby być wzięte pod uwagę, jako przekonujące faktycznie i jurydycznie argumenty wymagane w postępowaniu apelacyjnym.

Odmianą natomiast kwestią są ewentualne braki w ustaleniach faktycznych, lecz uchybienie to nie jest objęte hipotezą art. 233 § 1 kpc (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 października 2002r., I CKN 1465/00, Legalis nr 59279). Takie jednak nie były przez powodów przedstawione formalnie w zarzutach apelacyjnych.

Przechodząc najpoważniejszego zarzutu apelacyjnego, a mianowicie nieważności umowy z dnia 28 czerwca 2010r. i skutków z tego wynikających należy tę kwestię powiązać, z niewskazaniem formalnie zarzutem naruszenia art. 365 kpc, ale przytoczonym na stronie 15 apelacji.

Skarga kasacyjna wniesiona od wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 16 lutego 2017r. w sprawie I ACa 790/16, dotyczyła także zarzutu nieważności przedmiotowej umowy z 28 czerwca 2010r. łączącej strony i tego procesu oraz okoliczności uzasadniających odstąpienie od umowy i ustalenia zasadności zasądzenia kary umownej w pełnej wysokości jest między innymi brak szkody po stronie zamawiającego.

Mając na względzie wynik postępowania kasacyjnego należy wskazać, że podniesiony w ww. skardze, zarzut nieważności umowy z uwagi na podmiot zamawiającego - nie został uwzględniony i Sąd Najwyższy postanowieniem z dnia 28 marca 2018r. odmówił przyjęcia skargi kasacyjnej (IV CSK 470/17).

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu swojego orzeczenia podał, że skarga nie jest oczywiście uzasadniona i w sprawie nie zachodzi nieważność postępowania.

Takie stanowisko Sądu Najwyższego jest istotne dlatego, że powołany w skardze kasacyjnej zarzut nieważności umowy z 28 października 2010r., z uwagi na podmiot, który zawierał ten kontrakt, został wiernie powielony w apelacji w niniejszej sprawie.

W tych warunkach należy uznać, że Sąd Najwyższy nie dopatrył się nieważności postępowania, co musiałby nastąpić, gdyby zachodziły przesłanki do rozpoznania sprawy bez udziału właściwej strony pozwanej lub gdyby zasądzono świadczenie na rzecz takiego podmiotu (nieuprawnionego, bez biernej legitymacji procesowej).

Taka konkluzja jest ważna dlatego, że w postępowaniu, o którym była mowa wyżej, oba Sądy (Okręgowy i Apelacyjny) przyjęły, że w dniu 28 czerwca 2010r. powód (reprezentowany przez dyrektora Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w O., stanowiącego samorządową jednostkę budżetową) i pozwani, po rozstrzygnięciu przetargu przeprowadzonego w trybie ustawy – Prawo zamówień publicznych, zawarli umowę nr (...), zobowiązali się do wykonania robót budowlanych na zadaniu inwestycyjnym „Kształtowanie przekroju podłużnego i poprzecznego koryta rzeki K. ...”, w oparciu o dokumentację projektową, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, kosztorys ofertowy i ofertę przetargową oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Stroną tamtego postępowania był Skarb Państwa – Marszałek Województwa (...).

Sąd Najwyższy tego nie zakwestionował w postanowieniu z 28 marca 2018r. w sprawie IV CSK 470/17 pomimo podniesionego w tym zakresie zarzutu.

Ponadto, jak wskazał już to Sąd I instancji, Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych, który zawarł przedmiotową umowę, był samorządową jednostką budżetową podporządkowaną Zarządowi Województwa. Realizował (ten zakład) swoje zadania w imieniu Marszałka Województwa (...), a wynikające z wykonywania przez Marszałka Województwa (...) uprawnień właścicielskich do stosunku do wód publicznych stanowiących własność Skarbu Państwa. Co prawda w umowie nie zostało wskazane, czy podmiot ten reprezentuje Województwo, czy Skarb Państwa, jednak nie mogło ulegać żadnym wątpliwości, że Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w O. występuje jako jednostka samorządu Województwa (...). W kontekście uregulowań ustawy Prawo wodne z 2001r., jak również postanowień umownych określających przedmiot inwestycji i źródło finansowania, nie mogło także budzić żadnych wątpliwości, że inwestycja będąca przedmiotem umowy z dnia 28 czerwca 2010r. była inwestycją Skarbu Państwa wykonywaną w ramach zadań z zakresu administracji rządowej przez samorząd województwa i dalej przez jego jednostkę organizacyjną, tj. Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w O..

W tym kontekście należy zauważyć, że dyrektor wspomnianej samorządowej jednostki budżetowej posiadał umocowanie do reprezentowania Województwa (...) zarówno, co do zadań dotyczących Województwa, jak i Skarbu Państwa.

Takie ustalenia i wywody odnośnie podmiotu zostały zawarte również w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 11 czerwca 2012r., sygn. akt IX Ca 240/12, a postępowanie dotyczyło rozpoznania apelacji strony pozwanej, określonej, jako (...), co do tego samego żądania powodów zgłoszonej w Sądzie Rejonowym w Olsztynie (sygn. akt X C 138/11), jak w niniejszym postępowaniu, czyli dotyczącym zwrotu kwoty 23.461,33,-zł z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania umowy z 28 czerwca 2010r.

Wówczas Sąd odwoławczy (w sprawie IX Ca 240/12) przyjął, że nie budzi wątpliwości, iż inwestycja będąca przedmiotem umowy z dnia 28 czerwca 2010r. była inwestycją Skarbu państwa, wykonywaną w ramach zadań administracji rządowej przez samorząd województwa, czyli jego jednostkę organizacyjną, Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w O..

Sąd tamten podał również, że z treści umowy w zakresie jej przedmiotu i źródeł finansowania inwestycji prowadzić musiała do wniosku, iż przedmiotowa inwestycja była inwestycją związaną z wykonywaniem obowiązków właściciela wód, to jest Skarbu Państwa, a Skarb Państwa działał tu przez Marszałka Województwa, a dalej Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w O. (art. 11 ust. 1-3 i art. 21 ust. 1 oraz art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 18 lipca 2001r. Prawo wodne (j.t. Dz. U. 2017.1121).

Jak wynika to z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie w sprawie o sygnaturze akt IX Ca 240/12, szczegółowe umocowanie Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w O. do realizacji zadań w imieniu Skarbu Państwa odnośnie inwestycji wynikających z prawa wodnego w stosunku do wód publicznych stanowiących własność Skarbu Państwa zostało uregulowane w przepisach prawa miejscowego, czyli uchwały nr XLIII/592/06 Sejmiku Województwa (...) z dnia 25 kwietnia 2006r., zmienionej uchwałą z dnia 26 października 2010r. nr XLIV/855/10.

W tych warunkach rozstrzygnięcie podnoszonego zarzutu nieważności spornej umowy zostało wcześniej osądzone w ramach instancji odwoławczej w sprawach dotyczących tej samej umowy z udziałem powodów.

W tej sytuacji podnoszona w apelacji argumentacja odnośnie nieważności umowy z 28 czerwca 2010r. nie jest skuteczna.

Ww. Sądy uznały ważność przedmiotowej umowy, a wydane wyroki na podstawie, których rozstrzygały roszczeniach stron oraz o warunkach zawarcia i realizacji kontraktu, podstawy do odstąpienia przez zamawiającego od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy i naliczenia kary umownej z tego tytułu, o zasadności wysokości spornej kary umownej, zaś w motywach tych orzeczeń zostały przedstawione wszystkie okoliczności faktyczne i wywody prawne, co do których Sąd I instancji był związanych w rozstrzyganiu niniejszej sprawy, w ramach identycznych okoliczności sprawy pomiędzy tymi samymi stronami, odnośnie dalszej części kary umownej.

W konsekwencji należy uznać, że odmienne stanowisko powodów w tym zakresie (art. 365 kpc i ważności umowy) zawarte w apelacji nie zasługuje na uwzględnienie.

W tym zakresie należy wskazać, że prawomocność materialna wyroku pociąga za sobą prekluzję materiału procesowego, wyłączając dopuszczalność kwestionowania wyroku z powołaniem się na okoliczności faktyczne istniejące przed jego uprawomocnieniem się. Natomiast granice przedmiotowe mocy wiążącej wyroku należy określać odwołując się do art. 366 kpc; objęta jest nimi sentencja, motywy wyroku mogą zaś uzyskać pomocnicze znaczenie przy badaniu, co stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 sierpnia 2018r., I CSK 184/18, Legalis nr 1823830).

W tej sytuacji należy uznać, że niedopuszczalne jest w innej sprawie o innym (dalszym) przedmiocie dokonywanie ustaleń i ocen prawnych sprzecznych z prawomocnie osądzoną sprawą, ponieważ zachodzi związek prawomocnym orzeczeniem sądu i ustaleniami faktycznymi, które legły u jego podstaw. Rozstrzygnięcie zawarte w prawomocnym orzeczeniu stwarza stan prawny taki, jaki z niego wynika. Sądy rozpoznające między tymi samymi stronami inny spór

muszą przyjmować, że dana kwestia prawna kształtuje się tak, jak przyjęto w prawomocnym, wcześniejszym wyroku (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 31 sierpnia 2018r., ACa 249/18, Legalis nr 1829178).

Wskazane wyżej orzeczenie jest o tyle pomocne, że sprawa, której dotyczyła ww. teza odnosiła się także do kwestii ważności umowy pożyczki i związania wcześniejszym prawomocnym rozstrzygnięciem sądu.

W konsekwencji trzeba przyjąć, że powaga rzeczy osądzonej rozciąga się również na motywy wyroku w takich granicach, w jakich stanowią one konieczne uzupełnienie rozstrzygnięcia, niezbędne do określenia jego zakresu.

Oznacza to, że w sytuacji, gdy zachodzi związanie prawomocnym orzeczeniem sądu i ustaleniami faktycznymi, które legły u jego podstaw, niedopuszczalne jest w innej sprawie o innym przedmiocie dokonywanie ustaleń i ocen prawnych sprzecznych z prawomocnie osądzoną sprawą. Rozstrzygnięcie zawarte w prawomocnym orzeczeniu stwarza stan prawny taki, jaki z niego wynika. Sądy rozpoznające między tymi samymi stronami inny spór muszą przyjmować, że dana kwestia prawna kształtuje się tak, jak przyjęto w prawomocnym, wcześniejszym wyroku (cyt. za postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2018 roku, V CSK 527/17, Legalis nr 1766200).

W tych warunkach dopuszczalna jest sytuacja, zgodnie z dyspozycją art. 365 kpc, że moc wiążąca rozstrzygnięcia zawartego w treści orzeczenia aktualizuje się w innym postępowaniu niż to, w którym wydane zostało orzeczenie, wówczas gdy w tym innym postępowaniu występują te same strony (choćby w odmiennych rolach procesowych), ale inny jest przedmiot drugiego procesu. Wówczas sąd rozpoznający między tymi samymi stronami kolejną sprawę musi przyjąć, że dana kwestia prawna kształtuje się tak, jak przyjęto to wcześniej w prawomocnym wyroku. Ustalenia przedmiotowych granic mocy wiążącej prawomocnego orzeczenia dokonywać należy według reguł przyjętych w art. 366 kpc w odniesieniu do przedmiotowych granic powagi rzeczy osądzonej (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2007r., II CSK 452/06, OSNC-ZD 2008/1/20, z dnia 16 lipca 2009r., I CSK 456/08, Legalis nr 274037 i z dnia 23 sierpnia 2012r., II CSK 740/11, 544661, z dnia 14 września 2017r., V CSK 673/16, Legalis nr 1715314 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 16 września 2016r., I ACa 316/16, LEX nr 2136995).

W tej sytuacji trzeba uznać, że Sąd I instancji, wbrew stanowisku powodów, był związany ustaleniami i wnioskami dokonanymi w prawomocnym wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku w sprawie I ACa 790/16, co do warunków zawarcia i realizacji kontraktu, podstawy do odstąpienia przez zamawiającego od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy i naliczenia kary umownej z tego tytułu oraz o zasadności wysokości spornej kary umownej.

Odnosnie tych kwestii Sąd Apelacyjny w Białymstoku w uzasadnieniu wyroku z 16 lutego 2017r., sygn. akt I ACa 790/16 przyjął, że nie budzi wątpliwości to, iż za wyjątkiem drobnych prac porządkowych pozwani nie wykonali zobowiązania wynikającego z umowy zawartej przez strony. Po drugie zaś, okoliczności sprawy w sposób klarowny wskazały, że powyższe zaniechanie wynikało z intencjonalnego działania pozwanych.

Ponadto Sąd Apelacyjny zauważył, że pierwszy wpis w dzienniku budowy ze strony przedstawiciela pozwanych pojawia się w dniu 24 sierpnia 2010r., czyli w czasie około półtora miesiąca po przejściu placu budowy w dniu 12 lipca 2010r. Co więcej powyższy wpis nie wiązał się z żadnymi pracami, stanowił zaś wyłącznie stwierdzenie wysokiego stanu wód w rzece K..

Sąd Apelacyjny również wskazał, że brak dążenia do realizacji celu umowy wynikał również z tej przyczyny, iż pozwani nie byli skłonni do współpracy z powodem chociażby w zakresie wypracowania wspólnego modelu rozwiązania zaistniałych na budowie trudności.

Sąd Apelacyjny podał, że zebrany materiał dowodowy i opinia biegłego sądowego z zakresu melioracji - M. B. (1) dostarczyły jednoznacznych odpowiedzi, że utrudnienia robót budowlanych spowodowane wysokim poziomem wody utrzymywały się przez okres 20 dni w okresie od środka drugiej dekady sierpnia do początku drugiej dekady września 2010r. W pozostałym Sąd Apelacyjny, w ślad za biegłym, wskazał, że od chwili odstąpienia od umowy przez zamawiającego stany wody w rzece były w zbliżeniu takie, jak w dniu przyjmowania terenu budowy, a w miesiącu październiku musiały być nawet niższe.

Ponadto zdaniem Sądu Apelacyjnego harmonogram finansowo rzeczowy podpisany przez strony nie był przeszkodą w wykonywaniu robót na innym niż opisano odcinku, ponieważ zamawiający był skłonny do ułatwienia realizacji inwestycji w każdy dostępny sobie sposób, chociażby z tego względu, że na powyższą inwestycję pozyskał środki europejskie i wobec braku jej wykonania musiałby je zwrócić. Przeszkodą w wykonaniu robót budowlanych przez wykonawcę nie było także równoległe prowadzenie robót drogowych na powierzchni przylegającej do rzeki K. w długości ulicy (...). Na trudności związane z budową realizowaną przez wykonawcy jej kierownik wskazał dopiero w dniu 3 września 2010r., a trzeba mieć na uwadze, że powyższe roboty drogowe zostały wstrzymane przez powoda na okres 50 dni celem umożliwienia realizacji inwestycji. Ponadto jak wskazał Sąd Apelacyjny z opinii biegłego wynika, że chociaż trudności na terenie budowy były, to jednak nie uniemożliwiały one dostępu do rzeki K., a tego typu utrudnienia (kilku wykonawców na jednym placu budowy) nie są niczym nadzwyczajnym przy tego typu inwestycjach.

Mając na względzie jednoznaczność tez opinii biegłego, skutecznie niepodważonych, co do swej trafności przez pozwanych, Sąd Apelacyjny uznał, że nie było żadnych podstaw do przyjęcia, iż wykonawcy doznali poważnych i niedających się zwalczyć przeszkód natury obiektywnej, które uniemożliwiały im wykonywanie robót objętych umową.

W tej sytuacji Sąd Apelacyjny przyjął zasadność odstąpienia zamawiającego od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, co umożliwiało naliczenia kary umownej zgodnie z § 10 ust. 1 lit f) umowy łączącej strony.

Jeśli chodzi o zarzut rażącego wygórowania kary umownej (art. 484 § 2 kc) to Sąd Apelacyjny przyjął, że kara umowna w niniejszej sprawie została określona w wysokiej kwocie, ale identycznej jak kwota kary umownej w odniesieniu do okoliczności uzasadniających odstąpienie wykonawcy od umowy - na ich rzecz, dlatego była zasadnie ustalona w kontrakcie i nie jest rażąco wygórowana.

Sąd Apelacyjny przyjął również, że nie można było miarkować kary umownej, ponieważ zostało wykazane, iż szkoda po stronie zamawiającego przekracza 500.000,-zł netto.

W konsekwencji należy przyjąć, że powyższe ustalone okoliczności zawartej i realizowanej umowy nie mogły podlegać ponownej ocenie w ramach niniejszego postępowania, ponieważ ww. kwestie prawne kształtują się tak, jak przyjęto to wcześniej w prawomocnym wyroku, czyli w wyroku i motywach Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 16 lutego 2017r. w sprawie o sygnaturze akt I ACa 790/16.

Sąd Okręgowy zauważa, że wywód prawny w tym zakresie został przedstawiony wcześniej, w ramach analizy zarzutów dotyczących art. 365 i art. 366 kpc.

W konsekwencji należy uznać, że wskazane okoliczności pozwoliły na przyjęcie, iż powodowie mieli możliwość wykonywania robót objętych umową niezależnie od okresowych utrudnień związanych z wysokim poziomem wody na rzekach poddanych regulacji oraz prowadzonymi równoległe robotami drogowymi. Niewykluczone było również wykonywanie prac na innych niż pierwotnie przewidziane odcinkach rzeki, jak również dokonanie zmiany harmonogramu rzeczowego robót.

W tej sytuacji istniały podstawy do odstąpienia przez zamawiającego (pозwanego) od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy (powodów) i naliczenia kary umownej z tego tytułu w wysokości określonej w kontrakcie, czyli łącznej kwocie 391.022,-zł.

Mając to na względzie nie były zasadne zarzuty naruszenia prawa materialnego odnośnie art. 651, art. 648, art. 483, art. 484, art. 471 i art. 6 kc oraz art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie tych zarzutów przedstawionych w apelacji powodów należy jednak zauważyć, że były one sformułowane także wadliwie.

Tak wniosek wynika z tego, że apelujący formułował zarzuty naruszenia prawa materialnego i uzasadniał to naruszenie porównując własny - przez siebie ustalony - stan faktyczny z powołanymi przepisami prawnymi. Wskazuje bowiem, że

nie było podstawy do odstąpienia od spornej umowy z przyczyn leżących po stronie powodowej oraz że przedmiotowa kara umowna nie jest zasadna, a ponadto jest rażąco wygórowana. Takich ustaleń nie poczynił Sąd I instancji. Jest to zabieg niedopuszczalny i nieskuteczny. Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał, że naruszenie prawa materialnego nie może być uzasadniane błędami w zakresie ustaleń faktycznych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2010r., II CSK 352/09, Legalis numer 338396 i Małgorzata Manowska, Apelacja w postępowaniu cywilnym, Warszawa 2013, s. 97).

Odnosząc się do kolejnego zarzutu apelacji powodów, a mianowicie art. 5 kc, należy zauważyć, że w realiach niniejszej sprawy nie można uznać, aby doszło do nadużycia prawa podmiotowego strony pozwanej odnośnie charakteru łączącej strony umowy, jej przygotowania i skutków niewykonania kontraktu przez powodów oraz że następuje „aktualnie potrącenie należności z ustalonej bezprawnie kary umownej”.

W rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z obrotem związanym z zamówieniami publicznymi, a obie strony są profesjonalistami. Wyrażane zaś są poglądy, że w obrocie profesjonalnym stosownie art. 5 kc powinno być, co do zasady wyłączone lub znacznie ograniczone (por. wyrok sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 1999r., III CKN 310/98, Legalis nr 338638).

Tym niemniej ocena zasadności tego zarzutu musi nastąpić przy uwzględnieniu stanu faktycznego ustalonego w toku postępowania.

W tych warunkach Sąd Okręgowy uważa, że stosowanie art. 5 kc może wchodzić w grę w każdym wypadku, gdy w świetle oceny określonego stanu faktycznego, przy uwzględnieniu treści konkretnej normy prawnej włącznie z jej celem, można mówić o tym, iż korzystanie przez osobę zainteresowaną z przysługującego jej prawa podmiotowego pozostaje w sprzeczności z określonymi w nim zasadami; przy stosowaniu tego przepisu trzeba mieć też na względzie, że domniemywa się, iż korzystający ze swego prawa czyni to w sposób zgodny z zasadami współzycia społecznego (ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa). Dopiero istnienie szczególnych okoliczności może domniemanie to obalić i pozwolić na zakwalifikowanie określonego zachowania, jako nadużycia prawa, niezaskługującego na poparcie z punktu widzenia zasad współzycia społecznego. Ciężar wykazania tych szczególnych okoliczności spoczywa jednak na osobie (stronie procesu) powołującej się na art. 5 kc (por. wyrok Sądu Najwyższego z 9 lipca 2008r., VCSK 43/08, LEX nr 515716).

Strona powodowa nie wykazała tych szczególnych okoliczności, zaś w postępowaniu przed Sądem I instancji nie było to przedmiotem dowodzenia przez stronę powodową, dlatego nie można uznać, tego zarzutu za zasadny i skutecznie wykazany.

Przechodząc do ostatniego zarzutu prawa materialnego, a mianowicie rzekomego naruszenia normy art. 498 § 1 i 2 kc należy wskazać, że jest on również chybiony.

Aby sąd mógł uwzględnić zarzut potrącenia, musi być on skonkretyzowany. Na tym, kto powołuje się na potrącenie, ciąży obowiązek wykazania, jakie należności, w jakiej wysokości i za jakie okresy uległy potrąceniu. Strona pozwana podolała temu obowiązkowi, ponieważ pozwany przedstawił dokument, że w dniu 6 grudnia 2010r. dokonał potrącenia przysługującej zamawiającemu wierzytelności z tytułu kary umownej 391.022,-zł z wierzytelnością wykonawcy (powodów) z tytułu wpłaty zabezpieczenia w kwocie 23.461,33,-zł. Wskutek dokonanego potrącenia obie wierzytelności umarzyły się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej (art. 498 § 2 kc).

Pozwany dysponuje również tytułem wykonawczym obejmującym zgłoszoną do potrącenia wierzytelność.

W tej sytuacji roszczenie powodów, w wyniku skutecznego podniesienia przez pozwanego zarzutu potrącenia, uległo umorzeniu, dlatego powództwo zasadnie zostało oddalone.

W tych warunkach nie wiadomo, na czym miałyby polegać naruszenie prawa materialnego w zaskarżonym orzeczeniu.

Z treści tego zarzutu wynika tylko, że powodowie kwestionują podstawy istnienia wierzytelności strony pozwanej, co nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym niniejszej sprawy, co było przedmiotem wcześniejszych rozważań.

Sąd Okręgowy na skutek zmiany ustawy Prawo wodne od 1 stycznia 2018r. dokonał zmiany oznaczenia strony pozwanej.

Taka sytuacja wynika z tego, że w myśl art. 534 ust. 5 ustawy z dnia 20 lipca 2017r. Prawo wodne (Dz. U. z 2017r. poz.1566), który wszedł w życie z dniem 1 stycznia 2018r. określił, że:

„z dniem wejścia w życie ustawy Wody Polskie przystępują do toczących się postępowań sądowych i administracyjnych, w których stronami są:

- 1) Prezes Krajowego Zarządu Gospodarki Wodnej,
 - 2) dyrektorzy regionalnych zarządów gospodarki wodnej,
 - 3) marszałkowie województw,
 - 4) kierownicy wojewódzkich samorządowych jednostek organizacyjnych
- dotyczących spraw wynikających z przepisów ustawy uchylanej w art. 573."

W tej sytuacji Państwowe Gospodarstwo (...) jest państwową osobą prawną. Z tego w względu od dnia 1 stycznia 2018r. na mocy w/w ustawy zmieniła się strona postępowania, bowiem w miejsce dotychczasowej strony pozwanej Skarbu Państwa - Marszałka Województwa (...) jest Państwowe Gospodarstwo (...).

O kosztach procesu za II instancję Sąd odwoławczy orzekł na zasadzie art. 98 § 1 i 3 kpc, biorąc pod uwagę wynik postępowania apelacyjnego.

Jacek Barczewski Mirosław Wieczorkiewicz Agnieszka Żegarska