

Sygn. akt V AGa 49/20

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 lutego 2021 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Anna Daniszewska (spr.)
Sędziowie:	SA Anna Strugała SA Barbara Rączka-Sekścińska
Protokolant:	stażysta Kamila Szymankiewicz

po rozpoznaniu w dniu 14 stycznia 2021 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa W. C. (pozwanego wzajemnego)

przeciwko Gminie (...) (powódce wzajemnej)

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej (powódki wzajemnej)

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 27 stycznia 2020 r., sygn. akt IX GC 11/17

uchyla zaskarżony wyrok w punktach I (pierwszym), III (trzecim), IV (czwartym) i V (piątym) i w tym zakresie przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Gdańsku, pozostawiając temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

SSA Barbara Rączka – Sekścińska SSA Anna Daniszewska SSA Anna Strugała

Na oryginale właściwe podpisy.

Sygn. akt V AGa 49/20

UZASADNIENIE

Powód W. C. wniósł o zasądzenie od pozwanej Gminy (...) na swoją rzecz kwoty 1.111.215,83 zł wraz z należnymi odsetkami za opóźnienie w transakcjach handlowych oraz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwana wniosła odpowiedź na pozew wraz z pozwem wzajemnym. Domagała się oddalenia powództwa w całości oraz zasądzenia od powoda na swoją rzecz kosztów procesu według norm przepisanych. Ponadto w powództwie

wzajemnym wnosila o zasądzenie od powoda (pozwanego wzajemnego) na rzecz pozwanej (powódki wzajemnej) kwoty 209.455,90 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 30 lipca 2015 r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie od powoda (pozwanego wzajemnego) na rzecz pozwanej (powódki wzajemnej) kosztów procesu według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2017 r. pełnomocnik pozwanej sprostował punkt 5 odpowiedzi na pozew w ten sposób, że wnosil o zasądzenie od kwoty wskazanej w tym punkcie odsetek za opóźnienie w transakcjach handlowych zamiast odsetek ustawowych za opóźnienie.

Wyrokiem z dnia 27 stycznia 2020 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku:

I. zasądził od pozwanej Gminy (...) na rzecz powoda W. C. kwotę 902.140,88 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie w transakcjach handlowych od dnia 29 lipca 2016 r. do dnia zapłaty,

II. w pozostałym zakresie powództwo oddalił,

III. oddalił w całości powództwo wzajemne,

IV. zasądził od pozwanej (powódki wzajemnej) Gminy (...) na rzecz powoda (pozwanego wzajemnego) W. C. kwotę 49.473,18 zł tytułem zwrotu kosztów sądowych i kwotę 17.496 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego,

V. nakazał ściągnąć od pozwanej (powódki wzajemnej) Gminy (...) na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Gdańsku kwotę 2.059,08 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

Swoje rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach i rozważaniach:

W dniu 26 marca 2015 r. powód W. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma (...) zawarł z pozwaną Gminą (...) umowę nr (...). Przedmiotem powyższej umowy było wykonanie zadania inwestycyjnego współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz (...) w ramach PROW na lata 2007-2013. Działanie Podstawowe Usługi dla Gospodarki i Ludności Wiejskiej pod nazwą „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej w miejscowości S. - etap I.” Szczegółowy opis przedmiotu umowy określały: SIWZ, dokumentacja projektowa, przedmiar robót oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych.

Powód (wykonawca) zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy - od dnia podpisania umowy do dnia 14 czerwca 2015 r. Powód oświadczył, że zapoznał się z warunkami realizacji przedmiotu umowy, określonymi w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, przedmiarem robót oraz SIWZ i przyjął zamówienie do realizacji bez zastrzeżeń. Powód zobowiązał się wykonać przedmiot umowy z materiałów własnych, które miały odpowiadać wymogom określonym w art. 10 ustawy prawo budowane i przedmiarze robót.

Powód miał powierzyć podwykonawcom następujący zakres robót stanowiący przedmiot umowy: wykonanie przewiertów i przecisków z rur stalowych, wykonanie częściowo kanalizacji sanitarnej.

Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, zgodnie z SIWZ oraz ofertą powoda, ustalono w formie ryczałtu na kwotę brutto 1.984.994,26 zł w tym podatek VAT 23 %.

Powód miał zapłacić pozwanej kary umowne za między innymi - zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 1,2 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki; odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie powoda w wysokości 20 % wynagrodzenia umownego brutto. Pozwana mogła potrącić należne jej kary umowne z wynagrodzenia należnego powodowi za wykonanie przedmiotu umowy.

Podstawę zawarcia rzeczowej umowy stanowiła oferta złożona przez powoda jako wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego.

Rozpoznanie geologiczne dla przedmiotowego projektu, zakwalifikowane jako opinia geotechniczna pn. „badania geotechniczne podłoża gruntowego dla projektu sieci kanalizacji sanitarnej i wodociągu w S.”, wykonano w grudniu 2013 roku, a jego autorami są inż. W. Ł. oraz mgr inż. P. S., wykonało je przedsiębiorstwo (...) z R.. Projekt rozbudowy sieci kanalizacyjnej i wodociągowej w S. p.n. „Sieć kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej, sieć wodociągowa, odcinki sieci do granicy działek oraz przepompownie ścieków w miejscowości S.” został opracowany przez (...), a którego autorami są mgr inż. K. Ł., mgr inż. A. Ł., inż. M. G. oraz mgr inż. P. K., sporządzono w październiku 2014 roku.

W dniu 26 marca 2015 r. przekazano powodowi dokumentację techniczną dotyczącą budowy sieci kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej w S. etap I, a mianowicie: Projekt budowlany z pieczętkami Starostwa Powiatowego, Projekt wykonawczy, Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Dziennik Budowy nr (...) z dnia 23 marca 2015 r., ostateczną decyzję pozwolenia na budowę nr (...) z dnia 14 stycznia 2015 r., Wykaz właścicieli.

W dniu 2 kwietnia 2015 r. nastąpiło przekazanie przez pozwaną wykonawcy (powodowi) terenu przedmiotowej budowy.

W dniu 22 maja 2015 r. pozwana zawarła z Samorządem Województwa (...) umowę o przyznanie pomocy nr (...) w ramach działania: „Podstawowe usługi dla gospodarki i ludności wiejskiej” objętego (...) na lata 2007-2013. Na podstawie tej umowy pozwanej jako beneficjentowi została przyznana, na podstawie złożonego wniosku o przyznanie pomocy oraz na warunkach określonych w umowie, pomoc w wysokości 687.326 zł. Beneficjent zobowiązał się do realizacji operacji pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości S.-etap I”.

Pismem z dnia 29 czerwca 2015 r. pozwana poinformowała Samorząd Województwa (...), że w związku z problemami wynikłymi na etapie realizacji ww. operacji, została zmuszona do odstąpienia od ww. umowy, z uwagi na to że wykonawca (powód) nie wywiązał się w umownym terminie z wykonaniem całego zakresu inwestycji. Podnosiła pozwana, że w związku z powyższym została zmuszona do rezygnacji z przyznanego dofinansowania i realizacji zadania w ramach własnych środków finansowych.

Umowa z dnia 22 maja 2015 r. została rozwiązana przez strony w dniu 29 czerwca 2015 r.

W dniu 3 kwietnia 2015 r. powód złożył pozwanej wnioski o zatwierdzenie przez inspektora nadzoru materiałów, które miały być zakupione celem realizacji umowy - zwane dalej: wnioski materiałowe. Materiały na kanalizację sanitarną grawitacyjną oraz wodociągi nie zostały zaakceptowane. W dniu 10 kwietnia 2015 r. ponownie złożono wnioski materiałowe na kanalizację sanitarną grawitacyjną oraz wodociągi, które również nie zostały uwzględnione. Wnioski materiałowe zostały zaakceptowane przez projektanta (co do kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej oraz wodociągów) w dniu 13 kwietnia 2015 r., a przez inspektora nadzoru w dniu 15 lipca 2015 r. Pozwana zwracała powodowi uwagę co do braku spełnienia wymogów formalnych przez wnioski materiałowe.

Pismem z dnia 20 maja 2015 r. powód zgłosił pozwanej brak możliwości ustawienia studni betonowej (...) o głębokości 4.80 m ze względu na zbyt małą odległość od istniejącej studni telekomunikacyjnej oraz różnicę wysokości posadowienia tej studni w stosunku do projektowanej studni kanalizacji sanitarnej.

W odpowiedzi na powyższe pismo pozwana pismem z dnia 22 maja 2015 r. wskazała, że projekt dopuszcza zmianę nieistotną poprzez zastosowanie studni (...) (zgodnej z Projektem Budowlanym).

Pismem z dnia 26 maja 2015 r. powód zgłosił pozwanej, że ze względu na istniejące obustronne ogrodzenie, brak jest możliwości wykonania przecisków ze studni (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...). W odpowiedzi na powyższe pismo pozwana wskazała, że nie wyraża zgody na wykonanie odcinków sieci metodą wykopu otwartego (co proponował powód) - roboty miały być wykonane zgodnie z projektem budowlanym i pozwoleniem na budowę tj. metodą bezwykopową.

Pismem z dnia 29 maja 2015 r. powód zawiadomił pozwaną, że wykonanie sieci zgodnie z żądaniem pozwanej zmusza powoda do zajęcia prywatnych posesji.

Właściciele działek nie wyrazili zgody na wykonanie wykopu na ich nieruchomościach w celu wykonania przecisku przez drogę. W konsekwencji, powód wezwał pozwaną do zapewnienia odpowiedniego placu budowy, gdyż uniemożliwia to prowadzenie dalszych prac. Powód sygnalizował, że ww. okoliczność spowoduje wydłużenie umownego terminu zakończenia zadania.

W dniu 8 czerwca 2015 r. odbyła się narada koordynacyjna dotycząca realizacji przedmiotowego zadania inwestycyjnego.

Powód pismem z dnia 12 czerwca 2015 r. złożył do Starostwa Powiatowego w L. wniosek o zgodę na zmianę przebiegu kanalizacji sanitarnej pod drogą powiatową (...) w S.. Decyzją z dnia 18 czerwca 2015 r. Zarząd Dróg Powiatowych uwzględnił ww. wniosek.

Ostatecznie powód wykonał większość robót metodą wykopu otwartego, a tam gdzie było to możliwe wykonał przeciski.

Pismem z dnia 11 czerwca 2015 r. powód poinformował pozwaną, o braku możliwości wykonania przecisków pod jezdnią na odcinku (...). W odpowiedzi na powyższe pozwana w piśmie z dnia 15 czerwca 2015 r. podtrzymała dotychczasowe stanowisko, podnosząc iż zaprojektowana kanalizacja sanitarna jest zgodna z przepisami oraz uzgodnieniami z (...).

W dniu 30 czerwca 2015 r. rozpoczęto pompowanie wód gruntowych na odcinku (...). Poprzez wpis do dziennika budowy powód zgłosił w dniu 7 lipca 2015 r. brak możliwości obniżenia wody gruntowej w celu wykonania odcinka (...).

W dniu 9 lipca 2015 r. zakończono odwadnianie wykopu pod studnię (...). Powód prosił o przedstawienie innego sposobu odwodnienia wykopu w celu dokończenia odcinka i ustawienia tłoczni (...).

Pismem z dnia 15 lipca 2015 r. powód poinformował pozwaną, że od dnia 30 czerwca 2015 r. do 7 lipca 2015 r. wykonano pompowanie igłofiltrami w celu wykonania wykopu pod studnię (...), niemniej jednak mimo ciągłej pracy dwóch zestawów pomp oraz 40 igłofiltrów zwierciadło wody udało się obniżyć do poziomu 4,5 m poniżej terenu (co nie wystarczyło). W projekcie odwiert w otworze nr (...) został wykonany do głębokości 7 m, posadowienie tłoczni (...) wymagało wykonania wykopu na głębokości co najmniej 7,46 m. Powód zasugerował pozwanej zmianę projektu oraz umiejscowienie tłoczni w innym miejscu.

Powód pismem z dnia 17 lipca 2015 r. prosił o wyznaczenie spotkania Kierownika z Inspektorem Nadzoru dnia 20 lipca 2015 r. celem omówienia sposobu odwodnienia wykopów w obrębie tłoczni (...), do spotkania ostatecznie nie doszło.

W sprawie tłoczni (...) odbyły się trzy spotkania w siedzibie pozwanej w dniach 22, 23 i 30 lipca 2015 r.

Podczas spotkania w dniu 22 lipca 2015 r. kierownik budowy stwierdził, że nie ma możliwości odwodnienia wykopów w celu posadowienia tłoczni (...) oraz odcinka (...) do (...) z uwagi na warunki gruntowe - brak możliwości obniżenia poziomu wody gruntowej do żądanego poziomu. Inspektor nadzoru podnosił, że powód nie przedstawił żadnych odwiertów, opinii, badań geologicznych, ekspertyz potwierdzających brak możliwości posadowienia korpusu (...) metodami ogólnie dostępnymi na rynku.

Na naradzie w dniu 30 lipca 2015 r. projektanci zaproponowali opracowanie zmiany technologii posadowienia zbiornika tłoczni (...) na metodę studniową i przedstawienie w terminie 10 dni dokumentacji wykonawczej, co ustalono w związku z tym, że powód stwierdził, iż niemożliwe jest wykonanie tłoczni metodą określoną w projekcie. Kierownik budowy uznał, że istnieje możliwość wykonania (posadowienia) tłoczni (...) metodą studniarską, po wcześniejszym wybiciu dna zbiornika, a betonowanie odbywać się miało w wodzie.

W dniu 24 lipca 2015 r. powód mając na uwadze nieściskości w budowie geologicznej z opinią geologiczną wykonał dodatkowy odwiert w sąsiedztwie tłoczni (...). W opisie wykonanego odwiertu stwierdzono, że obniżenie wody, które zostałyby wykonane nawet na ściankach szczelnych może spowodować zagrożenie mienia i życia, a nawet

katastrofę budowlaną, wobec czego prosił o powołanie rzeczoznawcy budowlanego celem określenia zagrożenia podczas ewentualnego prowadzenia prac.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2015 r. powód poinformował pozwaną, że w toku wykonywania zleconych prac ustalono, iż dokumentacja projektowa, na podstawie której realizowane były roboty zawierała wady i błędy, uniemożliwiające wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z zawartą umową. W konsekwencji powód zlecił wykonanie ekspertyzy technicznej i opinii hydrologicznej (i doręczył je pozwanej) i wezwał pozwaną do niezwłocznego podjęcia działań zmierzających do zmiany projektu oraz pozwolenia na budowę w taki sposób, aby było możliwe zrealizowanie inwestycji i dostarczenie tych dokumentów wykonawcy. Poinformował nadto, że do czasu usunięcia stwierdzonych błędów i wad nie jest możliwe kontynuowanie realizacji zleconych prac.

W sierpniu 2015 roku mgr P. N. sporządził opinię dotyczącą możliwości odwodnienia wykopu do posadowienia tłoczni ścieków w m. S., gmina (...).

W dniu 19 sierpnia 2015 r. inż. K. L. opracował ekspertyzę techniczną dotyczącą zagrożenia dla budynku kotłowni przy budowie kanalizacji sanitarnej i tłoczni ścieków w S..

W związku z przedłożonymi przez wykonawcę ekspertyzami technicznymi, pozwana zwołała naradę odnośnie posadowienia tłoczni (...).

Powód pismem z dnia 7 września 2015 r. wyraził zgodę na rozwiązanie przedmiotowej umowy za porozumieniem stron. Rozliczenie wykonanych robót oraz naliczenie ewentualnych kar umownych miało pozostać do negocjacji.

Pismem z dnia 14 września 2015 r. pozwana na podstawie art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. odstąpiła od umowy z uwagi na niewykonanie przez powoda przedmiotu umowy. Ponadto na podstawie § 10 ust. 1 pkt. 1 umowy nr (...) pozwana naliczyła karę umowną z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy za okres od dnia 15 czerwca 2015 r. do dnia 15 lipca 2015 r. w wysokości 714.597,93 zł ($1,2\% \times 1.984.994,26 \text{ zł} \times 30 \text{ dni zwłoki}$). Na podstawie zaś § 10 ust. 1 pkt. 3 umowy nr (...) pozwana naliczyła karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie powoda w wysokości 396.998,85 zł ($20\% \times 1.984.994,26 \text{ zł}$). W oparciu o § 10 ust. 5 umowy nr (...) pozwana zsumowała ww. naliczone kary i obciążyła powoda ich łącznym wymiarem 1.111.596,78 zł. Jednocześnie pozwana wezwała powoda do niezwłocznej zapłaty przedmiotowej kwoty. Pozwana wezwała powoda także do natychmiastowego zaprzestania prac związanych z powyższą umową oraz opuszczenia terenu budowy po uprzednim uporządkowaniu i przekazaniu Gminie (...).

W odpowiedzi na powyższe pismo, powód pismem z dnia 18 września 2015 r. wskazał, że przedmiotowe odstąpienie od umowy jest bezskuteczne, jako oparte na nieprawdziwej podstawie. Opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy wynikało wyłącznie z winy powoda, zaś przyczyna opóźnienia wynikała wyłącznie z winy pozwanej - jako brak możliwości wykonania odcinka (...) do (...) ze względu na błędy projektowe zawarte w projekcie budowlanym. Co prawda powód zawarł w tym piśmie również oświadczenie o odstąpieniu od umowy, niemniej jednak ze względu na wcześniej złożone oświadczenie o odstąpieniu przez pozwaną, było ono bezskuteczne. Tak samo jak wezwanie do współdziałania datowane na 10 września 2015 r.

W dniu 31 maja 2016 r. doszło do odbioru wykonanych robót na zadaniu inwestycyjnym - „Budowa kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej w S. - etap I”. Wartość wykonanych robót ustalono na 1.635.973,73 zł, z czego do zapłaty pozostała kwota 902.140,88 zł.

Powód wystawił pozwanej w dniu 28 czerwca 2016 r. - fakturę VAT nr (...) na kwotę 902.140,88 zł tytułem budowy sieci kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej w S..

W dniu 13 czerwca 2016 r. powód wystawił pozwanej notę księgową nr (...), na mocy której obciążył pozwaną zapłatą kwoty 209.074,95 zł tytułem odszkodowania w wysokości niezyskanego wynagrodzenia wynikającego z umowy nr

(...) z dnia 26 marca 2015 r., pomniejszonego o oszczędności należne w związku z odstąpieniem od powyższej umowy przez powoda z winy pozwanej.

Pozwana pismem z dnia 17 czerwca 2016 r. w związku z doręczeniem powyższej noty księgowej poprosiła o pisemne wyjaśnienie czego ona dotyczy, na jakiej podstawie została wystawiona i w jaki sposób została wyliczona kwota 209.074,95 zł figurująca w notcie księgowej.

W piśmie z dnia 28 czerwca 2016 r. powód wyjaśnił, że przesłana nota dotyczyła odszkodowania w wysokości nieuzyskanego wynagrodzenia wynikającego z umowy z dnia 26 marca 2015 r. pomniejszonego o oszczędności, należne w związku z odstąpieniem od powyższej umowy przez wykonawcę z winy zamawiającego.

W większości materiały przedstawione z zestawienia (zawartego w piśmie z dnia 28 czerwca 2016 r.) mogły być wykorzystane w ramach innych inwestycji realizowanych przez powoda albo z powodzeniem zbyte. W wykazie zamieszczono standardowe oraz typowe i powszechnie stosowane przy realizacji instalacji sanitarnych materiały budowlane. Jedynie w przypadku elementów tłoczni wystąpiłyby trudności do wbudowania ich na innej budowie ze względu na specjalistyczny charakter - urządzenie wymaga odpowiednich warunków i parametrów.

Pozwana odesłała powyższą notę księgową, gdyż jej zdaniem była ona bezpodstawna.

W dniu 8 lipca 2016 r. pozwana wystawiła na rzecz powoda (i mu ją przesłała) notę księgową nr (...), w której obciążyla powoda zapłatą kwoty 1.111.596,78 zł tytułem kar umownych na podstawie § 10 ust. 1 pkt. 1 umowy nr (...) z dnia 26 marca 2015 r. w wysokości 714.597,93 zł ($1,20\% \times 1.984.994,26 \text{ zł} \times 30 \text{ dni zwłoki}$) oraz kar umownych na podstawie § 10 ust. 1 pkt. 3 umowy nr (...) z dnia 26 marca 2015 r. w wysokości 396.998,85 zł ($20\% \times 1.984.994,26 \text{ zł}$). Powód odesłał tę notę księgową pozwanej, bez księgowania, wskazując na brak podstawy faktycznej i prawnej do jej wystawienia.

Pismem z dnia 8 lipca 2016 r. pozwana dokonała potrącenia swoich zobowiązań wobec powoda tytułem płatności za fakturę VAT nr (...) z dnia 28 czerwca 2016 r. na kwotę 902.140,88 zł z jego należnościami wynikającymi z faktury VAT nr (...) z dnia 8 lipca 2016 r. na kwotę 1.111.596,78 zł. Po dokonaniu potrącenia do zapłaty na rzecz pozwanej pozostała kwota 209.455,90 zł.

Pismem z 12 sierpnia 2016 r. powód wezwał pozwaną do zapłaty kwoty 1.111.215,83 zł tytułem nieuregulowanej faktury VAT nr (...) z 28 czerwca 2016 r. w kwocie 902.140,88 zł oraz noty księgowej nr (...) z dnia 13 czerwca 2016 r. w kwocie 209.074,95 zł.

W odpowiedzi na to pismo, pozwana pismem z dnia 1 września 2016 r. poinformowała, że zgłoszona należność w kwocie 902.140,88 zł została w całości rozliczona poprzez jej potrącenie pismem z dnia 8 lipca 2016 r. z należnością pozwanej w wysokości 1.111.596,78 zł z tytułu kar umownych wynikających z noty księgowej nr (...) z dnia 8 lipca 2016 r. wskutek czego wierzytelność powoda uległa umorzeniu w całości, a do zapłaty na rzecz pozwanej pozostała jeszcze kwota 209.455,90 zł.

Dnia 17 listopada 2016 r. nastąpił odbiór wykonanych przez Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. sp. k. robót - budowy odcinka kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej w S. wraz z tłocznią (...).

Podczas spotkania na budowie w dniu 24 kwietnia 2015 r. (gdzie obecne były strony) pozwana wyrażała swoje zaniepokojenie postępowaniem prac w stosunku do przedłożonego harmonogramu prac oraz oczekiwała na pilne przybycie osób odpowiedzialnych za realizację. Na naradzie w dniu 7 maja 2015 r. pozwana nadal wyrażała zaniepokojenie postępowaniem prac, zaś powód zobowiązał się do terminowego zakończenia robót poprzez wprowadzenie podwykonawcy.

E-mailem z dnia 28 maja 2015 r. przedstawiciel powoda przesłał uaktualniony harmonogram i przerób za miesiąc kwiecień.

W dniu 16 czerwca 2015 r., 6 lipca 2015 r., 15 lipca 2015 r. pozwana przeprowadziła kontrolę inwestycji, w ramach której stwierdzono, że nadal trwają roboty budowlane przy budowie sieci kanalizacji sanitarnej i wodociągowej oraz brak montażu zbiorników tłoczni oraz automatyki.

W dniu 23 czerwca 2015 r. pozwana odstąpiła od czynności odbioru końcowego z uwagi na to, że budowa nie była zakończona, a prace budowlane nadal trwały.

W dniu 13 stycznia 2016 r. rozcięto rurociąg kanalizacji sanitarnej tłocznej, podczas kamerowania pozwana stwierdziła zastosowanie właściwych elementów służących zmianie kierunku przepływu ścieków.

Część sieci kanalizacji w tym przedmiotowa studnia (...) jest położona w dolinie rzeki, gdzie występuje wysoki poziom wód gruntowych.

Opinia geologiczna, w oparciu o którą sporządzono projekt wykonawczy była wadliwa. Kardynalnym błędem wykonawców badań podłoża stanowiło zaprojektowanie głębokości studni przepompowni (...) na 7,5 m p.p.t., gdyż nie wiadomo w czym posadowiona jest studnia; zasady prac geologicznych wymagają sprawdzenia budowy geologicznej ok 3 m poniżej poziomu posadowienia. Co najmniej w miejscu projektowanej przepompowni (...) warunki geologiczne były mało korzystne, co nie zostało w opinii geotechnicznej właściwie zaakcentowane. Opinię geotechniczną wykonano z naruszeniem sztuki geologicznej i prawa geologicznego. Badania geologiczne pod tą inwestycje powinny być wykonane w pełnym zakresie jako badania geologiczno-inżynierskie z uzupełnieniem o rozpoznanie hydrogeologiczne. Projekt wykonawczy został sporządzony schematycznie i nie uwzględniał specyfiki budowy geologicznej miejscowości. Rozwiązania technologiczne zawarte w projekcie nie zostały dostosowane do specyfiki geologicznej podłoża, pomimo tego, iż opinia geotechniczna zawierała wystarczające dane ku temu, by właściwie dopracować technologię prac.

Zaproponowana w projekcie wykonawczym technologia wykonania pompowni (...) nie odpowiadała warunkom miejscowym. Wykonanie odcinka sieci kanalizacyjnej w sąsiedztwie pompowni (...) było możliwe wyłącznie tą samą metodą, jaką wykonano by pompownię, gdyż rozdzielenie wykonania obu tych fragmentów sieci było niemożliwe. Przyjęcie metody pompowania warstwy wodonośnej i przeprowadzanie prac na sucho umożliwiło takie wykonanie.

Z uwagi na wysoki poziom wód podziemnych oraz połączenie hydrauliczne warstw wodonośnych z Rowem (...) istniały dwie możliwości wykonania przepompowni:

- wykonanie obniżenia zwierciadła wód podziemnych i wykonanie pompowni w suchym wykopie umocnionymi szalunkami (tak zwana metoda na sucho) - wymaga ona sporządzenia projektu prac geologicznych, zatwierdzenia w odpowiednich służbach geologicznych, sporządzenia operatu wodnoprawego na pobór wód z warstwy wodonośnej i zrzut ich, wykonania prac odwodnieniowych, likwidacji studni odwodnieniowych i sporządzenia oraz zatwierdzenia dokumentacji powykonawczej w służbach geologicznych;

- posadowienie korpusu pompowni jako studni zapuszczanej, z późniejszym wykonaniem szczelnego korka w dnie metodą betonowania podwodnego (tak zwana metoda studniarska) - nie wymaga ona obrotu dokumentów, ale jest trudniejsza w realizacji z uwagi na zachowanie pionowości posadowienia studni oraz nie daje pełnej gwarancji szczelności dna studni betonowanej pod wodą.

Posadowienie obiektu wykonano przez odwodnienie zespołem studzien i pompownię posadowiono na sucho. Powód obrał do wykonania pompowni (...) najrozsądniejszą metodę, możliwą w warunkach geologicznych panujących w miejscu inwestycji.

Wszelkie trudności wykonawcze wynikały z niedopracowanego projektu, który wykonano na podstawie błędnych przesłanek (opinii geotechnicznej) ale i nieuwzględnienia tego, co w nich zostało zawarte.

Istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu okoliczności faktyczne Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o zaferowane przez strony dokumenty prywatne, których wiarygodność nie była kwestionowana przez stronę przeciwną ani też nie budziła zastrzeżeń tego Sądu. W szczególności Sąd I instancji oparł się na: umowie nr (...) z dnia 26 marca 2015 r. wraz całą dokumentacją przetargową (SIWZ, Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, oferty), licznej korespondencji pisemnej (jak i korespondencji mailowej) prowadzonej między stronami, w tym w szczególności oświadczeniach o odstąpieniu od umowy zarówno sporządzonych przez powoda jak i pozwaną, dokumentach rozliczeniowych (fakturach Vat, notach odsetkowych), dziennikach budowy, protokołach odbioru, notatkach z narad i spotkań. Sąd Okręgowy zaznaczył przy tym, że strona przeciwna nie podważała wiarygodności i prawdziwości powyższych dowodów dokumentowych, jak i wynikających z nich okoliczności, dlatego też Sąd ten dowody te uznał za w pełni wiarygodne. Dokumentom tym jako dokumentom prywatnym Sąd I instancji przypisał walor wiarygodności co do tego, iż osoba która je podpisała złożyła oświadczenie zawarte w jego treści. Oceniając wartość dowodów przedłożonych w toku postępowania Sąd Okręgowy podniósł, iż podlegała ona ocenie zgodnie z obowiązującą w postępowaniu cywilnym zasadą rozkładu ciężaru dowodu. Przeprowadzenie wskazanych dowodów nie doprowadziło do ujawnienia rozbieżności i sprzeczności odnośnie do faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy

Sąd I instancji podał, że pominął jako pozostające bez wpływu dla rozstrzygnięcia poświadczenia wystawione przez Gminę (...) (k. 761-764). To, że dany kontrahent powoda rekomenduje jego usługi, podnosząc, iż stanowi on kompetentną i fachową jednostkę do realizacji prac budowlanych nie świadczy jeszcze o tym, aby kontrakt objęty przedmiotem pozwu strona powodowa zrealizowała należycie. Powyższe pisma, jako dokumenty prywatne, objęte pozostawały jedynie domniemaniem, że osoba podpisująca się pod tym dokumentem złożyła oświadczenie zawarte w jego treści, niemniej jednak co istotne nie dowodzi on materialnej prawdziwości zawartego w nim oświadczenia.

Sąd Okręgowy na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2017 r. oddalił wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z dokumentów przedłożonych na tej rozprawie na podstawie art. 227 k.p.c. Fragmentaryczna dokumentacja zdjęciowa nie stanowi dowodu na to, że należycie wykonywano prace. Ponadto, to że powód prawidłowo realizował prace na innych inwestycjach nie oznacza, iż w przypadku robót objętych przedmiotem pozwu wykonywał je właściwie i terminowo.

Sąd I instancji potraktował natomiast prywatną opinię P. N. oraz ekspertyzę K. L. jako wyjaśnienie stanowiska procesowego strony powodowej bez wartości dowodowej. Opinia prywatna przeprowadzona na zlecenie strony nie ma waloru dowodu z opinii biegłego sądowego, o którym stanowi się w art. 278 k.p.c., który to dowód wyłącznie może stanowić podstawę ustaleń faktycznych w sprawie wymagającej wiadomości specjalnych. Jeżeli strona dołącza do pisma procesowego ekspertyzę pozasądową i powołuje się na zawarte w niej twierdzenia i wnioski, ekspertyzę tę należy traktować jako część argumentacji faktycznej i prawnej przytaczanej przez stronę. Powyższe rozważania odnoszą się również do zeznań powyższych opiniujących, które Sąd Okręgowy uznał za wiarygodne w zakresie, w jakim pokrywały się z treścią opinii biegłego sądowego. Mając jednak na względzie, iż biegły sądowy J. C. w opinii głównej przychylił się w całości do stanowiska powyższych specjalistów oraz ich krytycznych uwag o dokumentacji projektowej i opinii geologicznej, Sąd I instancji również oparł się na ich wnioskach.

Sąd Okręgowy jedynie uzupełniająco oparł się na zeznaniach świadków przesłuchanych w sprawie, a mianowicie M. K. (pracownik powoda), K. J. (kierownik budowy), R. B. (inspektor nadzoru z ramienia pozwanej), A. K. (pracownik pozwanej), K. Ł. (projektant sieci wodociągowej), A. Ł. (projektant sieci wodociągowej), P. N. (autor opinii prywatnej), K. L. (autor ekspertyzy), G. M. (pracownik pozwanej), Z. Ż. (pracownik pozwanej), M. W. (pracownik pozwanej) uznając je za wiarygodne w zakresie, w jakim pozostawały one spójne i zgodne z ustalonym stanem faktycznym oraz znajdowały potwierdzenie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. Z uwagi na miejsce zatrudnienia i sprawowane funkcje w zasadzie potwierdzali oni wersję stanu faktycznego popieraną przez powoda, bądź pozwaną, i tak pracownicy powoda M. K., K. J. zeznawali, że prac nie wykonywano terminowo z uwagi na błędy w dokumentacji projektowej, a pracownicy pozwanej R. B., A. K., G. M. podnosili, iż przyczyną opóźnień powoda był brak wystarczającego sprzętu i doświadczenia. W konsekwencji Sąd I instancji z ostrożnością odniósł się do ich zeznań, które nie pochodziły od osób obiektywnych, niezaangażowanych w spór. Sąd Okręgowy podniósł przy tym, że z uwagi

na to, iż istota sporu sprowadzała się do tego czy projekt wykonawczy zawierał błędy uniemożliwiające realizację na jego podstawie prac budowlanych, co wymagało posłużenia się wiadomościami specjalnymi, Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego, który wypowiedział się w tej kwestii i stanowił jedyne wiarygodne źródło wiedzy w tym przedmiocie. Sąd I instancji miał też na względzie, iż K. Ł. i A. Ł. byli autorami dokumentacji projektowej, trudno zatem było oczekiwać od nich, aby mogli oni w sposób obiektywny i krytyczny odnieść się do wyników swojej pracy - projektu. Sąd Okręgowy zatem z dużą rezerwą podszedł do ich twierdzeń, iż wykonawca prowadził prace dowolnie, bez oparcia w projekcie.

Sąd I instancji wskazał, że postanowieniem z dnia 1 lutego 2018 r. dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu geologii, hydrologii, inżynierii środowiska i budownictwa wodnego J. C. na okoliczność - czy powód mógł wykonać sieć kanalizacyjną i wodociągową zgodnie z projektem budowlanym przekazanym przez pozwaną, w tym czy było możliwe wykonanie zgodnie z projektem tłoczni oznaczonej „(...)” w dokumentacji projektowej, a także czy prace te mogły zostać wykonane w terminach przewidzianych umową, a jeżeli nie, to jakie były tego przyczyny; wysokości niezyskanego przez powoda wynagrodzenia, w wyniku odstąpienia od umowy, pomniejszonego o oszczędności w związku z niewykonaniem części robót. Postanowieniem z dnia 4 czerwca 2019 r. dopuścił zaś dowód z opinii z zakresu budownictwa, kosztorysowania i wyceny robót budowlanych T. R. na okoliczność wysokości niezyskanego przez powoda wynagrodzenia, w wyniku odstąpienia od umowy, pomniejszonego o oszczędności w związku z niewykonaniem części robót.

Niniejsze opinie, w ocenie Sądu Okręgowego, zostały sporządzone przez specjalistów legitymujących się odpowiednią wiedzą i kwalifikacjami niezbędnym dla oceny przedstawionego w nich zagadnienia. W przekonaniu tego Sądu sporządzone przez poszczególnych biegłych opinie były kompletne, sporządzone zgodnie z wymaganiami formalnymi i w zakresie określonym postanowieniem.

Sąd Okręgowy zważył, iż mimo tego, że pozwana kwestionowała treść opinii biegłego sądowego J. C., a nawet złożyła wniosek o wyłączenie ww. opiniującego, to jednak zarzuty strony pozwanej nie zdołały skutecznie podważyć jej treści.

W ocenie Sądu I instancji powództwo zasługiwało na uwzględnienie w części.

Przedmiotowym pozwem powód dochodził od pozwanej zapłaty kwoty 1.111.215,83 zł wraz z należnymi odsetkami za opóźnienie w transakcjach handlowych. Na powyższą sumę pieniężną składało się roszczenie w wysokości 902.140,88 zł tytułem pozostałego do zapłaty wynagrodzenia należnego powodowi za wykonane przez niego prace objęte umową nr (...) z dnia 26 marca 2015 r. oraz roszczenie w wysokości 209.074,95 zł tytułem odszkodowania w postaci utraconego wynagrodzenia pomniejszonego o poczynione oszczędności w związku z faktem, że powód nie dokończył robót budowlanych. Pozwana oparła swoją obronę (w odniesieniu do żądania co do kwoty 902.140,88 zł) na zarzucie potrącenia, w konsekwencji którego wierzytelność powoda w wysokości 902.140,88 zł - jej zdaniem - uległa umorzeniu w całości. Pozwana bowiem przedstawiła do potrącenia swoją wierzytelność w kwocie 1.111.596,78 zł, udokumentowaną notą księgową nr (...) z dnia 8 lipca 2016 r., tytułem kar umownych na podstawie § 10 ust. 1 pkt. 1 umowy nr (...) z dnia 26 marca 2015 r. w wysokości 714.597,93 zł ($1,2\% \times 1.984.994,26 \text{ zł} \times 30 \text{ dni zwłoki}$) oraz kar umownych na podstawie § 10 ust. 1 pkt. 3 umowy nr (...) z dnia 26 marca 2015 r. w wysokości 396.998,85 zł ($20\% \times 1.984.994,26 \text{ zł}$).

Chociaż, jak zauważył Sąd Okręgowy, należność dochodzona przez powoda pozwem (w zakresie kwoty 902.140,88 zł) stanowiła równowartość przysługującego mu wynagrodzenia za zrealizowane przez niego na rzecz pozwanej prace budowlane, to jednak, wobec podnoszonego przez pozwaną zarzutu potrącenia, spór a co za tym idzie postępowanie dowodowe rozciągnęło się także na okoliczności związane z zasadnością naliczenia powodowi przez pozwaną kar umownych.

Kwalifikacja prawna umowy łączącej strony nr (...) z dnia 26 marca 2015 r. jako umowy o roboty budowlane nie była między stronami sporna jak również nie budziła wątpliwości Sądu I instancji. Powód zobowiązał się bowiem na mocy przedmiotowej umowy do realizacji zamierzenia budowlanego znacznych rozmiarów - budowy sieci kanalizacji sanitarnej i wodociągowej w S., zgodnie z ofertą, przepisami, zasadami wiedzy technicznej. Pozwana zaś jako inwestor

zobligowana była przede wszystkim do zapłaty umówionego wynagrodzenia ryczałtowego, przekazania placu budowy, przekazania projektu budowlanego.

Pozwana zaprzeczała, aby powód pismem z 8 września 2015 r. odstąpił od umowy nr (...), w szczególności kwestionowała fakt doręczenia jej korespondencji zawierającej powyższe oświadczenie, podnosząc, iż nie zostało ono skutecznie doręczone. Sąd Okręgowy przychylił się do twierdzeń pozwanej, iż powód nie odstąpił od umowy na mocy oświadczenia zawartego w ww. piśmie. Strona powodowa nie wykazała bowiem, stosownie do obowiązującej reguły ciężaru dowodu określonej w art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c., aby przesłała pozwanej oświadczenie o odstąpieniu w taki sposób, aby mogła się ona zapoznać z jego treścią, w szczególności nie zaofiarowała w tym zakresie żadnego środka dowodowego - potwierdzenia nadania, potwierdzenia odbioru. Poza tym, zdaniem Sądu I instancji, złożenie takiego oświadczenia w dniu 8 września 2015 r. pozostawało w sprzeczności z pozostałym materiałem dowodowym (a przede wszystkim później złożonym wezwaniem do współdziałania datowanym na 10 września 2015 r. i oświadczeniem o odstąpieniu od umowy zawartym w piśmie z dnia 18 września 2015 r.), a wyjaśnienia powoda w tej kwestii wydawały się mało przekonujące.

Według Sądu Okręgowego, trudno uznać aby w dniu 8 września 2015 r. powód zdecydował się na odstąpienie od umowy, skoro podczas spotkania odbytego w tym samym dniu strony uzgodniły, że powód miał przedstawić swoje ostateczne stanowisko w formie pisemnej do dnia 11 września 2010 r., a więc kwestia zakończenia stosunku umownego oraz wzajemnych rozliczeń pozostawała otwarta. Sąd I instancji przyjął zatem, iż węzeł obligacyjny wiążący strony wygasł na mocy oświadczenia pozwanej o odstąpieniu od umowy z dnia 14 września 2015 r. złożonego na podstawie art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c.

Zgodnie bowiem z art. 635 k.c. (który poprzez odesłanie zawarte w art. 656 § 1 k.c. znajduje zastosowanie również do umów o roboty budowlane), jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła. Przepis ten nie wymaga, aby zaniechanie wykonania w ustalonym terminie czynności przyjmującego zamówienie było kwalifikowane w kategoriach zwłoki. Zamawiający może z niego skorzystać nawet wtedy, gdy nie da się przyjmującemu zamówienie postawić zarzutu naruszenia należytej staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 635 k.c. red. Gniewek 2019, wyd. 9/Zagrobelny). Jednocześnie judykatura opowiada się za stanowiskiem, że odstąpienie od umowy o dzieło na podstawie art. 635 k.c. możliwe jest także po upływie terminu do wykonania dzieła (wyrok SN z 12 stycznia 2012 r., IV CSK 182/11, OSNC 2012, Nr 7-8, poz. 90; wyrok SN z 21 marca 2013 r., III CSK 216/12, Legalis; odmiennie SN w wyroku z 21 stycznia 2004 r., IV CK 356/02, Legalis; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 14 sierpnia 2013 r., VI ACa 37/13, Legalis). Jak zważył Sąd Okręgowy, skoro określony umownie termin wykonania przedmiotu umowy ustalono na 14 czerwca 2015 r. to nie ulega wątpliwości, iż na dzień 14 września 2015 r. powód pozostawał w znacznym opóźnieniu, a bez znaczenia dla zastosowania przepisu art. 635 k.c. pozostawała kwestia przyczyn opóźnienia.

Sąd I instancji przychylił się nadto do poglądu, iż zastrzeżone w umowie kary umowne, należne w przypadku odstąpienia od umowy oraz za zwłokę, mogą być ze sobą kumulowane. Uznać należało, iż tego rodzaju kary mogą być dochodzone łącznie wówczas, gdy wynika to wyraźnie z treści umowy. Dopuszczalność dochodzenia kar umownych zastrzeżonych na wypadek zwłoki lub opóźnienia w razie odstąpienia od umowy musi jednak zakładać, że wolą stron było, aby kary te utrzymały się także po odstąpieniu od umowy. W takim przypadku należałoby, zdaniem Sądu Okręgowego, przyjąć, że przekształcają się one, z chwilą odstąpienia od umowy, w karę umowną za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania, jeżeli jednocześnie w umowie nie przewidziano odrębnej kary umownej z tego tytułu (uchwała SN - Izba Cywilna z dnia 18 lipca 2012 r. III CZP 39/12). W konsekwencji Sąd ten stwierdził, iż pozwana mogłaby domagać się łącznie należności tytułem kary umownej za zwłokę oraz za odstąpienie od umowy z przyczyn zawinionych przez powoda.

Przechodząc do omówienia zgłoszonego przez pozwaną zarzutu potrącenia, Sąd I instancji wskazał, że nie znalazł podstaw aby uznać go za usprawiedliwiony. Oczekiwany przez pozwaną skutek prawny złożonego oświadczenia o potrąceniu w postaci uchylenia wzajemnych wierzytelności stron do wysokości mniejszej z nich zależał od zasadności

obciążenia powoda naliczoną karą umowa tytułem opóźnienia za wykonanie prac budowlanych. Sąd Okręgowy zwrócił przy tym uwagę, że przesłanką żądania kary umownej jest jej wcześniejsze, ważne i skuteczne zastrzeżenie. Z art. 483 § 1 k.c. wynika bowiem, że kara umowna, stanowi zastrzeżenie, wedle którego naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej.

Nie budziło wątpliwości Sądu I instancji, iż źródłem zastrzeżenia kary umownej w okolicznościach niniejszej sprawy był § 10 ust. 1 pkt 1 umowy nr (...) z dnia 26 marca 2015 r., zgodnie z którym powód miał zapłacić pozwanej karę umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 1,2 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki oraz § 10 ust. 1 pkt 3 rzeczony umowy, w myśl którego powód zobowiązany był do zapłaty kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie powoda w wysokości 20 % wynagrodzenia umownego brutto.

Jak zważył Sąd Okręgowy przesłankami żądania kary umownej oprócz istnienia postanowienia umownego, jest jednak również niewykonanie zobowiązania, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej są określane przez pryzmat ogólnych zasad kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej, przy czym stosownie do art. 484 § 1 k.c. kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Z przepisu art. 471 k.c. wynika natomiast domniemanie, iż nie wykonując lub nienależycie wykonując zobowiązanie, dłużnik działa w sposób zawiniony. Oznacza to, że również w przypadku dochodzenia przez wierzyciela odszkodowania z powołaniem się na kary umowne, dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli wykaże, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 25 czerwca 2015 r., I ACa 453/15).

W przekonaniu Sądu I instancji okolicznością w zasadzie bezsporną pozostawało w sprawie, iż powód uchybił terminowi wykonania robót budowlanych oznaczonemu w umowie na dzień 14 czerwca 2015 r. Pozwana wyliczyła karę umowną za okres 30 dni zwłoki, tj. od dnia 15 czerwca 2015 r. do dnia 15 lipca 2015 r. (data otrzymania przez pozwaną pisma powoda informującego o problemach z posadowieniem tłoczni (...)). Ponadto poza sporem pozostawało, iż na datę końcową wyliczenia powyższych należności (tj. 15 lipca 2015 r.) powód nadal nie wykonał przedmiotu umowy. Niemniej jednak Sąd Okręgowy uznał, że wyniki przeprowadzonego postępowania dowodowego wskazują, iż nieterminowe wykonanie prac budowlanych przez powoda objętych rzeczoną umową nastąpiło z przyczyn przez niego niezawinionych. W świetle treści opinii biegłego nie ulega wątpliwości, iż realizacja planowanego zamierzenia budowlanego napotkała przeszkody czyniące niemożliwym terminowe zakończenie inwestycji, które w przeważającym zakresie skupiały się na wykopie studni (...) oraz stanowiły konsekwencje błędów projektowych. Jeżeli zatem wykonanie sieci kanalizacyjnej i wodociągowej zgodnie z projektem budowlanym przekazany przez pozwaną nie było w ogóle możliwe, to nie ulega wątpliwości, iż zachowanie terminów umownych przez wykonawcę do realizacji prac na podstawie niedopracowanego projektu okazało się niewykonalne.

Sąd I instancji przypomniał przy tym, że biegły krytycznie wypowiedział się co do treści opinii geologicznej wskazując, iż nie poświęcono należytej uwagi warunkom geologicznym panującym na miejscu projektowanej przepompowni. Autorzy tej opinii zbagatelizowali fakt występowania wód gruntowych w podłożu, a badania na jakich się oparli wykonano w niepełnym zakresie. Stanowczo biegły stwierdził, iż opinię geologiczną opracowano schematycznie, bez uwzględnienia zasad sztuki geologicznej. Powyższe prowadziło do tego, iż jej wyniki dotknięte były błędami. Podobne zastrzeżenia biegły miał do opracowanego na zlecenie pozwanej projektu wykonawczego, zarzucając iż był on nazbyt ogólnikowy, uproszczony. Nie brał pod uwagę warunków geologicznych, co w kontekście umiejscowienia inwestycji stanowiło znaczne uchybienie. Rozwiązania i metody pracy nałożone w projekcie na wykonawców nie zostały dostosowane do specyfiki geologicznej podłoża. W szczególności technologia wykonania pompowni (...) nie odpowiadała warunkom miejscowym. Biegły podkreślał, że zalecenia co do wykonawstwa umieszczone w dokumentacji projektowej były enigmatyczne i niedostosowane do warunków miejscowych. Projektanci pominęli fakt zanurzenia przedmiotowej pompowni w wodach podziemnych, nie zaoferowali sposobu odwodnienia wykopów,

studzienek czy pompowni. Zalecili nieodpowiednie środki i metody do zastanego podłoża - stosowanie standardowych szalunków stosowanych do wykopów na gruntach suchych.

Co prawda pozwana wywiodła zastrzeżenia do przedmiotowej opinii, jednak nie zdołały one, według Sądu Okręgowego, skutecznie podważyć jej treści. Strona pozwana podnosiła, że przedmiotowa opinia została sporządzona przez osobę nieposiadającą uprawnień budowlanych, nie pełniącą samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, a w konsekwencji - jako pochodząca od osoby nieuprawnionej - nie mogła stanowić podstawy orzekania. W tym względzie Sąd I instancji wskazał, że chociaż przedmiotem analizy biegłego był projekt budowlany, to niemniej jednak odnosił się on do specyficznego obiektu liniowego - sieci kanalizacyjnej i wodociągowej, gdzie kwestią determinującą zasadniczy kształt projektu był rodzaj podłoża. Biegły, według Sądu Okręgowego, zgodnie ze swoją specjalnością i fachową wiedzą sprawdzał jedynie poprawność merytoryczną powyższego opracowania w zakresie geologii stosowanej i już w tym aspekcie wyłapał pewne nieścisłości i błędy, rzutujące na wnioski końcowe. Zdobycie wiadomości specjalnych wymaga odpowiedniego wykształcenia z danej dziedziny albo wykonywania danego zawodu i uzyskania w nim znacznego doświadczenia. Wiadomości specjalne mogą wynikać zarówno z przygotowania teoretycznego, jak i wykonywania w danej dziedzinie pracy i nabycia dzięki temu umiejętności oceny zagadnień, które jej dotyczą (zob. J. T., Rola biegłego, s. 12). W konsekwencji biegły nie musi legitymować się formalnymi uprawnieniami czy wykształceniem, aby wypowiedzieć się co do kwestii, co do której dysponuje odpowiednią wiedzą i doświadczeniem nawet bez formalnych kwalifikacji. Zdaniem Sądu I instancji, opiniujący nie musi zatem legitymować się formalnymi uprawnieniami w sytuacji kiedy jego wiedza i doświadczenie są wystarczające dla wypowiedzenia się co do okoliczności objętych tezą dowodową.

Biegły mając na względzie zarzut podniesiony przez pozwaną dotyczący zmiany technologii posadowienia zbiornika tłoczni (...) na metodę studniarską podkreślał, iż chociaż należy ocenić to pozytywnie, to jednak było to działanie spóźnione. Powód nie mógł samowolnie zmieniać projektu (czy to wykonawczego czy budowlanego), bez zgody projektantów. Biegły statuował więc winę za ewentualne uchybienia terminowi realizacji przedmiotu umowy na projektantach. Strona pozwana stała zaś na stanowisku, że zmiana technologii posadowienia zbiornika tłoczni (...) na metodę studniarską wynikała z tego, iż powód miał nie radzić sobie z wykonaniem prac, dlatego zaproponowano technologię tańszą i prostszą. Wobec oczywistych i obiektywnych zalet tej metody niezrozumiałym - w ocenie Sądu Okręgowego - był jednak brak jej zastosowania w pierwotnym projekcie. Ponadto biegły zwrócił uwagę również na pojawiające się w toku prowadzenia przez powoda prac budowlanych różne inne problemy związane z niedopracowaniem projektu - między innymi brak poinformowania właścicieli nieruchomości przez których miał przebiegać przekop i uzyskania od nich zgody na tym etapie, co biegły zakwalifikował jako błąd kardynalny. Biegły sygnalizował również, że odwodnienie poprzez montaż ścianek nie stanowiło wystarczającego i adekwatnego rozwiązania, gdyż nie była ona absolutnie szczelna i wymagała odwodnienia; służyła jedynie stabilizacji gruntu i zatrzymaniu wody w kierunku prostopadłym do niej.

Sąd I instancji podał, że oddalił wniosek o wyłączenie biegłego sądowego w oparciu o art. 281 k.p.c. w zw. z art. 49 k.p.c. Chociaż nie można pominąć, iż biegły w pewnych fragmentach opinii wypowiadał się w sposób nazbyt egzaltowany, wybiegając poza przedmiot opinii, to jednak nie można stwierdzić aby stanowiło to przejaw braku obiektywizmu. Stanowcze i niejednokrotnie ostre twierdzenia opiniującego odnosiły się do poglądów przedstawionych przez stronę pozwaną, nie do ataków personalnych na pozwaną i jej pełnomocnika procesowego. W ocenie Sądu Okręgowego, niezależnie od formy jaką przybrała opinia biegłego i wplątanych do niej wtrąceń nie wystąpiły w sprawie okoliczności rzutujące na jego bezstronność. Biegły nie kierował bowiem pod adresem pozwanej spółki i jej pełnomocnika nacechowanych negatywnie i emocjonalnie uwag, a wszelkie jego wypowiedzi mieściły się w obowiązujących granicach, nie były niekulturalne czy aroganckie.

Jak zauważył Sąd I instancji, biegły w ustnych wyjaśnieniach do opinii podtrzymał pierwotną i uzupełniającą opinię pisemną. Stwierdził, iż niedopracowanie projektu i jego słaba jakość przełożyły się negatywnie na wykonywanie prac budowlanych w oparciu o jego treść. Z uwagi na umiejscowienie przedmiotowej studni na niesprzyjającym podłożu, również prace z nią związane stanowiły kwestię problematyczną i prowadziły do pewnych komplikacji. Niemniej jednak jak wskazał, zastane tam warunki gruntowe nie były czymś nadzwyczajnym mając na względzie, iż powyższy

obszar znajdował się w odległości 30-35 m od rzeki. Oczywistym było, iż na poziomie wykopu studni (5 metrów głębokości) występowała woda. Projektanci zaś w dokumentacji projektowej pominęli powyższy fakt i nie poświęcili kwestii odwodnienia należytej uwagi. Warunki i parametry podłoża były standardowe dla wykonania odwodnienia gruntów. Autorzy projektu nie zajmowali się w swoim opracowaniu kwestią odwodnienia. Biegły podkreślał, iż w dokumentacji projektowej brak było choćby wzmianki o potrzebie odwodnienia. Projektanci dysponując badaniami geologicznymi (które również nie były poprawne) nie zwrócili zaś uwagi, iż poziom wody obejmował 7,5 m (podczas gdy faktycznie było go nawet więcej).

Sąd Okręgowy zważył, że realizacja prac budowlanych jest procesem dynamicznym. Dlatego też często zachodzi konieczność wykonania pewnych uszczegółowień projektu budowlanego, co jednak nie jest czymś nietypowym. Poprawa i uzupełnienie niedopracowanego i wadliwego projektu budowlanego może nastąpić poprzez nadzór autorski, niemniej materiał dowodowy zebrany w sprawie zaprzeczał temu, aby był on sprawowany przez projektantów na tej inwestycji. Pozwana niejednokrotnie, po wyraźnej sygnalizacji przez powoda przeszkód w realizacji prac związanych z błędami projektowymi, nie podejmowała szybkiej reakcji, jakiej należałoby oczekiwać, ale zwlekała z ostateczną decyzją - jak miało to miejsce przy wykonaniu przecisku.

Zdaniem Sądu I instancji z zebranego materiału dowodowego wynika, że w dniu 26 maja 2015 r. (k. 43) powód zgłosił pozwanej obiektywną niemożność wykonania przecisków z wymienionych tam studni, wobec czego koniecznym pozostawało wykonanie odcinków sieci metodą wykopu otwartego, na co jednak pozwana nie wyraziła zgody. Postulowany przez pozwaną dotychczasowy sposób budowy wymagał zajęcia prywatnych posesji, co według Sądu Okręgowego dowodziło temu, iż wykonanie prac według projektu nie było możliwe, a sama dokumentacja projektowa była niepełna. Co istotne, podczas opracowywania projektu jego autorzy nie poinformowali właścicieli działek, które według niego należało wykorzystać do wykonania wykopu o konieczności wstępu na ich nieruchomości i prowadzenia tam prac budowlanych. Projektanci nie uzyskali zgody na wejście na teren osób trzecich ani nie podjęli w tym zakresie żadnych czynności, chociaż to na nich spoczywał obowiązek w tym zakresie. Biegły negatywnie wypowiedział się co do braku takiego uzgodnienia, co stanowiło rażące zaniedbanie projektantów. W konsekwencji prace na tym terenie uległy zawieszeniu do czasu wyrażenia wspólnego stanowiska co do tej przeszkody. Ostatecznie pozwana zaakceptowała pierwotną koncepcję powoda zawartą w piśmie z dnia 26 maja 2015 r. co do zmiany sposobu wykonywania prac (finalnie uzależniając zgodę od zezwolenia na zmianę przebiegu kanalizacji sanitarnej pod drogą powiatową nr (...)). W konsekwencji należało uznać, że gdyby pozwana w odpowiedzi na pismo z dnia 26 maja 2015 r. od razu zaaprobowała zawnioskowane przez powoda zmiany sposobu wykonania projektu, to powód mógłby już od tego dnia rozpocząć powyższe prace, czym nie naraziłby się na opóźnienia i przestoje w realizacji robót. Sąd I instancji przyjął zatem za powodem, iż powód nie ze swojej winy nie mógł wykonywać prac budowlanych w okresie od 26 maja 2015 r. do 18 czerwca 2015 r. (23 dni).

Sąd Okręgowy przychylił się również do twierdzeń powoda, iż to pozwana ponosiła odpowiedzialność za przestój w pracach - trwający od 20 do 22 maja 2015 r. - związanych z posadowieniem studni (...), która w projekcie została umiejscowiona w zbyt małej odległości od istniejącej studni telekomunikacyjnej. Projektant wyraził zgodę na nieistotną zmianę projektu poprzez wykorzystanie innego modelu studni o mniejszej średnicy. W ocenie Sądu I instancji, nielogiczne i chybione pozostawały zarzuty pozwanej, iż powyższa modyfikacja projektu wiązała się z tym, że powód nie radził sobie z przeprowadzeniem tych prac, bowiem takiego wniosku nie można wyprowadzić z pisma pozwanej z dnia 22 maja 2015 r., w którym podano, iż zmiana nieistotna projektu wynikała z niewielkiej odległości studni betonowej (...) od studni telekomunikacyjnej, a nie okoliczności leżących po stronie powoda.

Na marginesie Sąd Okręgowy zasygnalizował, że powód nie zdołał wykazać, aby rozpoczęcie przez niego prac dopiero od 13 kwietnia 2015 r. (a więc dopiero po zaakceptowaniu wniosków materiałowych) nastąpiło z przyczyn za które pozwana ponosiła odpowiedzialność. Z korespondencji e-mailowej wynikało bowiem, zdaniem Sądu I instancji, iż przedłożone przez powoda wnioski, nie spełniały wymagań formalnych, były niekompletne, co również znalazło potwierdzenie we wpisach w dzienniku budowy. Chociaż powód zaprzeczał, aby były one niekompletne i podpisane przez osobę uprawnioną, to niemniej jednak zgodnie z zasadą winy domniemanej (art. 471 k.c.) na stronie powodowej spoczywał ciężar wykazania okoliczności świadczących o braku zawinienia w uchybieniu terminowi, w

tym podnoszonym okolicznościom, iż opóźnienie w rozpoczęciu prac, związane z brakiem akceptacji poprawnych wniosków materiałowych i opieszałością pozwanej, obciążało stronę pozwaną. Okoliczności faktyczne i ciąg zdarzeń w procesie akceptacji wniosków materiałowych podnoszone przez powoda w piśmie procesowym z dnia 26 maja 2017 r. nie znalazły - według Sądu Okręgowego - potwierdzenia w zebranym materiale dowodowym, w szczególności zeznaniach świadków.

Wobec kategoriycznych wniosków opinii biegłego co do wadliwości projektu budowlanego, bez większego znaczenia pozostawały natomiast, w ocenie Sądu I instancji, zarzuty pozwanej odnoszące się do niewystarczającego zaangażowania osobowego i sprzętowego. Jeśli bowiem wykonanie prac na podstawie projektu dostarczonego przez powoda nie było obiektywnie możliwe, to również nawet przy znacznej ilości ludzi i sprzętu wykluczona była terminowa realizacja przedmiotu umowy (tym bardziej, iż pozwana nie zdołała tego udowodnić). Ponadto wykonanie przez Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. sp. k. przedmiotu umowy w oparciu o dokumentację projektową dostarczoną przez zamawiającego nie zmieniło faktu, iż wykonanie prac w oparciu o ten projekt nie było możliwe. To, że prace zostały ostatecznie wykonane nie świadczyło jeszcze, zdaniem Sądu Okręgowego, o prawidłowości projektu, nie wiadomo bowiem jak przebiegały prace ze strony tego wykonawcy, czy wystąpiły jakieś przestoje, przeszkody w realizacji prac.

Reasumując, Sąd I instancji, w oparciu o wnioski poczynione przez biegłego sądowego, doszedł do konstatacji, iż z uwagi na niedopracowanie dokumentacji projektowej, jej niską jakość, niedostosowanie do warunków geologicznych terminowa realizacja przedmiotu umowy, na podstawie właśnie takiego projektu była wykluczona. Charakter i ciężar tych nieprawidłowości czynił niemożliwym realizację prac budowlanych w oparciu o taki projekt. Wszelkie niedogodności oraz przestoje jakie napotykał wykonawca przy wykonaniu prac stanowiły bezpośrednią konsekwencję kardynalnych niedostatków projektu, które nie były usuwane w trybie nadzoru autorskiego przez projektanta.

W konsekwencji Sąd Okręgowy zważył, iż nie można zarzucać powodowi zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, a zatem naliczenie przez pozwaną kary umownej na gruncie § 10 ust. 1 pkt umowy z dnia 26 marca 2015 r. nie było uprawnione i skuteczne. Skoro Sąd I instancji nie dopatrzył się po stronie powoda zawinionego opóźnienia w realizacji prac budowlanych to również nie można uznać, iż odstąpienie od umowy przez pozwaną nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Chociaż, jak już wyżej wskazywano, Sąd Okręgowy uznał, że pozwana skutecznie odstąpiła od przedmiotowej umowy na mocy oświadczenia z dnia 14 września 2015 r. w oparciu o art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c., to nie było to równoznaczne z zakończeniem stosunku zobowiązaniowego z powodu niewykonania umowy w terminie z przyczyn za które ponosił odpowiedzialność powód jako wykonawca, gdyż w art. 635 k.c. mowa o opóźnieniu, a nie zwłoce. Niemniej jednak dla zastosowania kary umownej koniecznym jest - zawinione działanie dłużnika. Pozwanej na mocy ww. zapisu umownego przysługiwałoby uprawnienie do obciążenia powoda karą umowną w przypadku, kiedy pozwana skutecznie złoży oświadczenie o odstąpieniu umowy (czym zakończy stosunek umowny) z powodu przyczyn, za które powód ponosi odpowiedzialność. Skoro poza sporem było, iż pozwana odstąpiła od umowy z powodu rzekomej zwłoki powoda (niewykonania umowy w terminie) to przyjęcie przez Sąd I instancji, iż opóźnienie powoda nie miało charakteru kwalifikowanego czyniło bezskutecznym naliczenie przez pozwaną kary umownej również na mocy § 10 ust. 2 pkt 3 rzeczonyj umowy.

Ponadto Sąd Okręgowy wskazał, że opowiada się za stanowiskiem wyrażonym w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 2018 r. (V CSK 640/17), w myśl którego w klauzuli umownej konstytuującej karę umowną należy podać jej maksymalną wysokość w przypadku takiego ukształtowania kar umownych gdzie za każde jednostkowe naruszenie bądź dzień zwłoki wyznaczano odrębną jej wysokość. Naliczanie kar umownych za każdy dzień zwłoki powinno mieć swój z góry określony, znany dłużnikowi wcześniej, limit tzn. że kary umownej nie można naliczać w ten sposób bez końca. Bezspornie bowiem w profesjonalnym obrocie gospodarczym kontrahentowi przystępującemu do umowy powinien być znany górny pułap należności, jaką zobowiązany byłby on zapłacić tytułem kar umownych, biorąc pod uwagę zasadę lojalności stron. Jako nie do zaakceptowania przedstawiała się, zdaniem Sądu I instancji, sytuacja kiedy strona transakcji zaskakiwana jest w toku realizacji umowy wysokością kar umownych, które rosną wraz z natężeniem jednostkowych uchybień, przekraczając wartość przedmiotu umowy (co ma miejsce również w niniejszej sprawie).

Wynagrodzenie umowne należne powodowi tytułem umowy nr (...) wynosiło 1.984.994,26 zł, zaś naliczona kara umowna tytułem zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy wyniosła 714.597,93 zł.

Reasumując, Sąd Okręgowy doszedł do konstatacji, iż biorąc pod uwagę realia niniejszej sprawy, należało przyjąć, że niedookreślone postanowienie umowne przewidujące obciążenie powoda karą umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki w wysokości 1,2 % wynagrodzenia umownego brutto, bez jego ograniczenia do maksymalnego limitu należy uznać za bezwzględnie nieważne jako przekraczające granice swobodnego kształtowania stosunków cywilnoprawnych (art. 58 k.c. w zw. z 353 k.c.).

Sąd I instancji uznał zatem za zasadne roszczenie powoda w zakresie kwoty 902.140,88 zł tytułem wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, udokumentowane fakturą Vat nr (...), wobec nieskuteczności podniesionego przez pozwaną zarzuty potrącenia ww. wierzytelności. Sąd ten przyjął, iż złożenie przez pozwaną oświadczenia o kompensacie (potrąceniu) stanowiło tak zwane niewłaściwe uznanie długu. Poprzez bowiem stosowne oświadczenie w tym przedmiocie, pozwana przyznała, że zobowiązana jest do świadczenia pieniężnego i nie zamierza uchylić się od wypłacenia stosownej kwoty. Uznanie niewłaściwe długu może też bowiem polegać na złożeniu wierzycielowi oświadczenia o potrąceniu wierzytelności. Obejmuje ono nie tylko oświadczenie woli o chęci dokonania umorzenia własnej wierzytelności, ale także oświadczenie wiedzy, że istnieje wierzytelność kontrahenta, z którą potrącenie może być dokonane (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 5 września 2014 r., sygn. akt I ACa 882/14). Złożenie oświadczenia woli o potrąceniu w toku przedmiotowego postępowania stanowiło zatem czynność oznaczającą uznanie roszczenia przez pozwaną, co miało znaczenie dowodowe w niniejszej sprawie. Sąd Okręgowy zaaprobował przy tym wyrażony w judykaturze pogląd, że uznanie długu ma jedynie znaczenie dowodowe w sferze procesu cywilnego w tym sensie, że wierzyciel przedstawiający dowód uznania długu przez dłużnika nie musi wykazywać w inny sposób istnienia swej wierzytelności, natomiast to dłużnika obciąża wówczas powinność wykazania, że uznana wierzytelność w rzeczywistości nie istnieje lub istnieje, ale w mniejszym wymiarze, (tak w wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 14 stycznia 2015 r., I ACa 386/14). Tym samym, według Sądu I instancji, pozwana wyraziła w ten sposób pośrednio przekonanie o istnieniu swojego zobowiązania, gdyż z oświadczenia z dnia 14 maja 2015 r. można odczytać przejaw akceptacji zobowiązania pozwanej względem powoda, skoro przeciwstawiała mu własne roszczenia. Nie było to przy tym tylko ewentualne potrącenie wzajemnej wierzytelności, które nie mogłoby być podstawą przyjęcia, że doszło do uznania powództwa (por. wyrok SN z 9 listopada 2011 r., sygn. akt II CSK 70/11). W świetle powyższego Sąd Okręgowy przyjął, iż roszczenie powoda w tej części pozostawało usprawiedliwione w swojej zasadzie i wysokości oraz zasługiwało na uwzględnienie.

Sąd I instancji nie przychylił się jednak do roszczenia odszkodowawczego powoda tytułem niezyskanego wynagrodzenia pomniejszonego o oszczędności, które wynikały z braku konieczności dokończenia robót budowlanych. W ocenie powoda, ze względu na nieprzedłożenie przez pozwaną prawidłowego projektu, który umożliwiałby dokończenie robót budowlanych, powód został zmuszony odstąpić od umowy.

Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z art. 471 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Przesłankami odpowiedzialności kontraktowej w ogólności są: niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, będące następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność; szkoda po stronie wierzyciela oraz związek przyczynowy między zdarzeniem w postaci niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania a szkodą, które muszą wystąpić kumulatywnie - brak którejkolwiek z nich niweczy odpowiedzialność na zasadzie art. 471 k.c. Zgodnie z zasadami rozkładu ciężaru dowodu, na wierzycielu spoczywa dowód niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika, szkody wynikającej z tego faktu oraz związku przyczynowego między oboma zdarzeniami. Z tego też względu na wierzycielu ciąży dowód co do tego, że zobowiązanie dłużnika w danej sytuacji istniało, a także co do jego treści. Artykuł 471 k.c. zmienia rozkład ciężaru dowodu w stosunku do reguł ogólnych, gdyż to na dłużniku chcącym się zwolnić z odpowiedzialności spoczywa ciężar dowodu co do tego, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikało z okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (zob. wyrok SN z 24 czerwca 2013 r., II PK 344/12, Legalis; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 14 września 2012 r., I ACa

572/12, Legalis; uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 27 marca 2013 r., I ACa 35/13, Legalis; K. Zagrobelny, w: Gniewek, Machnikowski, Komentarz, 2016, art. 471, Nb 12; F. Zoll, w: System PrPryw, t. 6, 2014, s. 1125, Nb 154; por. też wyrok SN z 5 grudnia 2008 r., III CSK 211/08, Legalis).

W ocenie Sądu I instancji, powód nie zdołał skutecznie wykazać faktu wystąpienia szkody jak również jej wysokości. W piśmie skierowanym do pozwanej datowanym na 28 czerwca 2016 r. (k. 513) powód sprecyzował, iż na poniesioną przez niego szkodę majątkową składała się równowartość za materiały zakupione i niemożliwe do wbudowania za niewykonany zakres oraz zysk utracony z tytułu niewykonania tego zakresu. Przedstawił w tym piśmie wyliczenie poszczególnych prac.

Sąd Okręgowy przeprowadził dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa, kosztorysowania i wyceny robót budowlanych na okoliczność wysokości niezyskanego przez powoda wynagrodzenia, w wyniku odstąpienia od umowy, pomniejszonego o oszczędności w związku z niewykonaniem części robót. W świetle ustaleń poczynionych przez biegłego (do których żadna ze stron nie zgłaszała zastrzeżeń), Sąd ten zważył, że w większości materiały przedstawione z zestawienia (zawartego w piśmie z dnia 28 czerwca 2016 r.) mogły być wykorzystane w ramach innych inwestycji realizowanych przez powoda albo z powodzeniem zbyte. W wykazie zamieszczono standardowe oraz typowe i powszechnie stosowane przy realizacji instalacji sanitarnych materiały budowlane. Tym samym w odniesieniu do tych towarów nie można uznać, aby stanowiły one przedmiot szkody - uszczerbku majątkowego po stronie powoda - skoro wciąż może on zagospodarować je przy innych zamierzeniach budowlanych ze względu na ich szerokie zastosowanie. Nie sposób, zdaniem Sądu I instancji, było stwierdzić, iż w tym zakresie zaistniała różnica między obecnym jego stanem majątkowym a tym stanem, który zaistniałby, gdyby nie nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę (por. np. orzeczenie SN z 11 lipca 1957 r., II CR 304/57, OSN 1958, Nr 3, poz. 76 oraz wyrok SN z 22 listopada 1963 r., III PO 31/63, OSNCP 1964, Nr 7-8, poz. 128), skoro nadal może je użytkować w prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej lub je sprzedać.

Jak zważył Sąd I instancji, biegły stwierdził, iż jedynie w przypadku elementów tłoczni wystąpiłaby trudności do wbudowania ich na innej budowie ze względu na specjalistyczny charakter - urządzenie wymaga odpowiednich warunków i parametrów. W związku z powyższym jego zagospodarowanie przy innej budowie byłoby znacznie utrudnione, a wręcz niemożliwe. Z związku z niskim prawdopodobieństwem jego powtórnego wykorzystania, Sąd Okręgowy stwierdził, iż w realiach przedmiotowej sprawy konieczność nabycia powyższego sprzętu można zakwalifikować jako szkodę. Takie urządzenie skonstruowane indywidualnie do konkretnego rozwiązania projektowego byłoby zbędne dla kolejnych przedsięwzięć. Powód, zdaniem Sądu I instancji, nie udowodnił jednak aby faktycznie nabył takie elementy tłoczni. Nie przedstawił przede wszystkim faktur źródłowych dokumentujących fakt zakupu zamówionego urządzenia, wykorzystanego na użytek tej inwestycji. Nie zaoferował powód w tym zakresie jakiegokolwiek środka dowodowego. Nie wiadomo zatem, czy faktycznie taki sprzęt zakupił, skoro nie wykazał jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej w tym przedmiocie, a roszczenie udokumentował jedynie pismem z dnia 28 czerwca 2016 r. oraz dokumentami rozliczeniowymi - notą księgową i fakturą, które stanowiły jedynie dowód tego, że powód obciążył pozwaną zapłatą powyższej kwoty 209.074,95 zł tytułem odszkodowania w wysokości niezyskanego wynagrodzenia, a nie świadczyły o zasadności i wysokości takiego roszczenia.

Sąd Okręgowy nie znalazł również podstaw do uwzględnienia podniesionych przez pozwaną z ostrożności procesowej zarzutów potrącenia przysługującej jej względem powoda wierzytelności z tytułu kar umownych za dalszy okres zwłoki w wykonaniu przedmiotu rzeczonyj umowy tj. od dnia 16 lipca 2015 r. do 15 września 2015 r. (1.453.015,80 zł) oraz należności z tytułu odszkodowania za szkodę polegającą na utracie przez pozwaną pomocy finansowej (687.326 zł). Sąd I instancji uznał, że w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, nie pozostawia wątpliwości, iż powód nie ponosił winy w braku realizacji przedmiotu umowy w terminie również po dniu 16 lipca 2015 r. Skoro wyniki przeprowadzonego postępowania dowodowego zaprzeczały, aby realizacja przedmiotu umowy była możliwa według projektu przekazanego przez pozwaną, to tym bardziej - według Sądu Okręgowego - nie można zarzucić powodowi w takiej sytuacji winy w opóźnieniu. W dniu 15 lipca 2015 r. powód zgłosił pozwanej trudności z odwodnieniem obszaru w okolicach tłoczni i zasugerował zmianę projektu, co w ocenie biegłego było słusznym rozwiązaniem. Metoda studniarska zaproponowana w trakcie inwestycji stanowiła bowiem jedną ze słuszniejszych metod - nie wymagającą

odwodnienia. Przy czym biegły również akcentował, iż podana w projekcie wykonawczym technologia wykonania pompowni (...) nie była właściwa w występujących warunkach geologicznych. Wykonawca nie miał możliwości prowadzenia robót w zakresie odcinka (...) oraz posadowienia tłoczni (...), gdyż rozwiązania przyjęte w projekcie były błędne i uniemożliwiały realizację przedmiotu umowy. Powód do czasu naniesienia stosownych zmian w projekcie został zmuszony wstrzymać się z robotami na tym odcinku. Dopiero w dniu 30 lipca 2015 r. projektanci przyjęli zmianę technologii, a zatem dopiero od tego dnia możliwa była realizacja tych prac. Ponadto, jak wywołała pozwana na początku września 2015 roku strony nadal prowadziły rozmowy w przedmiocie zakończenia umowy oraz wzajemnych rozliczeń.

Odnosząc się do zarzutu potrącenia roszczenia odszkodowawczego przysługującego pozwanej tytułem utraty pomocy finansowej, Sąd I instancji również uznał go za chybiony. Do opóźnień powoda doszło z przyczyn za które nie ponosił on odpowiedzialności, a które co więcej obciążały pozwaną (projekt wykonawczy słabej jakości). Tym samym Sąd Okręgowy stwierdził, iż z uwagi na brak jednej z łącznych przesłanek odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 k.c.) - zawinienia powoda - badanie dalszych warunków określonych w art. 471 k.c. było bezprzedmiotowe.

Sąd I instancji wskazał, że zgodnie z art. 498 k.c. dla wywołania skutku potrącenia konieczne jest jednoczesne zaistnienie przesłanek - wzajemność wierzytelności, jednorodność wierzytelności, ich wymagalność oraz zaskarżalność. Przez wymagalność wierzytelności rozumie się stan, w którym wierzyciel ma prawną możliwość żądania zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności, a dłużnik jest obowiązany spełnić świadczenie. Jest to stan potencjalny, o charakterze obiektywnym, którego początek następuje od chwili, w której wierzytelność zostaje uaktywniona. Wówczas też następuje początek biegu przedawnienia i dopuszczalności potrącenia (wyrok SN z 18 stycznia 2008 r., V CSK 367/07, LEX nr 371387). Jak zaznaczył Sąd Okręgowy, na ogół wymagalność powstaje z chwilą nadejścia terminu spełnienia świadczenia, który może być określony w ustawie bądź oznaczony przez czynność prawną albo wynikać z właściwości zobowiązania. Jeżeli termin spełnienia świadczenia nie został oznaczony, powinno być ono spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania zobowiązania (art. 455 k.c.), chyba że przepis szczególny stanowi inaczej.

Nie ulegało zdaniem Sądu I instancji wątpliwości, iż zobowiązania pozwanej stanowiące przedmiot potrącenia ewentualnego stanowią zobowiązania bezterminowe, dla których ustalenie stanu wymagalności określono w art. 455 k.c. W świetle powyższego przepisu koniecznym jest zatem uprzednie wezwanie dłużnika do spełniania świadczenia pieniężnego. W zebranych materiale dowodowym brak jest wezwania powoda do zapłaty którejkolwiek z kwot objętych oświadczeniem o potrąceniu (podniesionym w odpowiedzi na pozew), zaś oświadczenie o potrąceniu złożone w chwili, gdy wierzytelności będące przedmiotem potrącenia nie były jeszcze wymagalne lub nie spełniały innych warunków potrącenia, należy uznać za nieważne i nieulegające konwalidacji wskutek późniejszego uzyskania przez nie cech potrącalności. Aby oświadczenie o potrąceniu wywołało w ogóle skutki, w tym miało moc wsteczną przewidzianą w art. 499 k.c., muszą być najpierw spełnione przesłanki z art. 498 § 1 k.p.c., co nie nastąpiło. Sąd Okręgowy uznał zatem, iż w przedmiotowej sprawie nie zaktualizowała się także przesłanka wymagalności wierzytelności.

Sąd I instancji wskazał dalej, że pozwana w odpowiedzi na pozew wytoczyła powództwo wzajemne, w którym dochodziła od powoda (pozwanego wzajemnego) na swoją rzecz kwoty 209.455,90 zł tytułem należności pozwanej jaka pozostała po dokonaniu przez nią potrącenia wierzytelności tytułem kar umownych określonych pismem z dnia 8 lipca 2015 r. (1.111.596,78 zł) z wierzytelnością powoda tytułem wynagrodzenia umownego stwierdzoną fakturą nr (...) (902.140,88 zł): 1.111.596,78 zł - 902.140,88 zł. W konsekwencji złożenia oświadczenia o potrąceniu wierzytelność w mniejszej wysokości miała ulec umorzeniu w całości (należność powoda), zaś wierzytelność w wyższej wysokości miała ulec umorzeniu do wysokości wzajemnej należności (wierzytelność powoda). Wobec jednak uznania przez Sąd Okręgowy, iż wierzytelność przedstawiona przez pozwaną do potrącenia nie istniała (w związku z brakiem zawinienia powoda, pozwanej nie przysługiwało roszczenie tytułem kary umownej w oparciu o § 10 ust. 2 pkt 1 i § 10 ust. 2 pkt 3 umowy) potrącenie nie mogło wyrzucić oczekiwanego przez pozwaną skutku prawnego w postaci umorzenia wzajemnych wierzytelności stron do wysokości mniejszej z nich.

Wobec powyższego, uznając powództwo główne za zasadne w części (w odniesieniu do roszczenia w wysokości 902.140,88 zł), Sąd I instancji orzekł jak w punkcie I i II wyroku na mocy art. 647 k.c. z zw. art. 484 k.c., 498 k.c. a contrario oraz art. 471 k.c. W przedmiocie zasądzonych odsetek Sąd Okręgowy kierował się brzmieniem art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 7 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych z dnia 8 marca 2013 r. (tj. z dnia 13 grudnia 2018 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 118)).

Odnosnie roszczenia odsetkowego, Sąd I instancji orzekł zgodnie z żądaniem pozwu, bowiem powód prawidłowo naliczył odsetki ustawowe za opóźnienie w transakcjach handlowych, z uwzględnieniem terminu płatności oznaczonego w fakturze nr (...) z dnia 28 czerwca 2016 r. (k. 841).

W punkcie III sentencji wyroku, Sąd Okręgowy oddalił natomiast powództwo wzajemne w całości na mocy art. 484 k.c. w zw. z art. 498 k.c.

Sąd I instancji orzekł o kosztach procesu w punkcie IV i V sentencji wyroku na mocy art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. zw. z art. 100 k.p.c. zgodnie z zasadą stosunkowego rozdzielenia kosztów.

Apelację od tego wyroku wywiodła pozwana, zaskarżając go w części:

1. zasądzającej kwotę 902.140,88 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie w transakcjach handlowych od tej kwoty - pkt I wyroku;
2. oddalającej w całości powództwo wzajemne - pkt III wyroku;
3. orzekającej o kosztach procesu, w tym kosztach zastępstwa procesowego - pkt IV wyroku;
4. nakazującej ściąganie od pozwanej (powódki wzajemnej) na rzecz Skarbu Państwa kwoty 2.059,08 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych - pkt V wyroku.

Skarżąca zarzuciła wyrokowi:

I. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, to jest:

1. art. 281 § 1 i 2 k.p.c. w związku z art. 49 § 1 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku pozwanej o wyłączenie biegłego sądowego J. C. i niedostrzeżenie przesłanki braku obiektywizmu tegoż biegłego, objawiające się w uznaniu, że nazbyt egzaltowane wypowiedzi biegłego wybiegały poza przedmiot sporządzonej przez niego opinii i nie były kierowane pod adresem pozwanej i jej pełnomocnika, a nadto nie były niekulturalne czy aroganckie, podczas gdy treść opinii uzupełniającej biegłego sporządzonej w listopadzie 2018 roku zawiera bardzo liczne niemerytoryczne uwagi o silnym zabarwieniu emocjonalnym w postaci negatywnych ocen kierowanych pod adresem pełnomocnika strony pozwanej i sprowadza się do personalnego ataku wymierzonego w jego osobę, co jednoznacznie wskazuje na brak obiektywizmu tego biegłego w stosunku do strony pozwanej oraz istnienie uzasadnionych wątpliwości co do jego bezstronności, a nadto wyraźnie osłabia gwarancję strony do bezstronnego i sprawiedliwego procesu oraz godzi w powagę wymiaru sprawiedliwości, czego konsekwencją winno być wyłączenie biegłego na wniosek strony pozwanej zgłoszony w piśmie z dnia 24 grudnia 2018 r.;
2. art. 227 k.p.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 235² § 2 k.p.c. a contrario w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 286 k.p.c. poprzez nierozpoznanie złożonego - na wypadek nieuwzględnienia wniosku pozwanej o wyłączenie biegłego J. C. - w piśmie pozwanej z dnia 24 grudnia 2018 r., wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego z zakresu geologii i hydrologii, jak również zawartego w tymże piśmie wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków G. F. oraz M. K. (1), co doprowadziło do nieustalenia istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy faktów, tj. sposobu i okoliczności wykonania sieci wodociągowej i kanalizacyjnej oraz posadowienia tłoczni (...) przez Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w R., czego konsekwencją było oparcie rozstrzygnięcia wyłącznie na wadliwej opinii biegłego J. C. i przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów poprzez nieuzasadnione przyjęcie,

wbrew zasadom logiki i doświadczenia życiowego, braku możliwości wykonania umowy przez powoda na podstawie pierwotnego projektu budowlanego, podczas gdy roboty budowlane zostały ostatecznie zrealizowane przez innego wykonawcę na podstawie pierwotnej dokumentacji projektowej;

3. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej a nie swobodnej oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie, polegającej na pełnym pominięciu dla oceny zaistnienia zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy przez powoda, stanowiącej podstawę do odstąpienia od umowy i naliczenia z tego tytułu kar umownych, faktu zawinonego opóźnienia powoda w realizacji robót w okresie od dnia przekazania powodowi terenu budowy, tj. od dnia 2 kwietnia 2015 r. do dnia 26 maja 2015 r., tj. do dnia zgłoszenia pozwanej niemożności wykonania przecisków z wymienionych tam studni, czego konsekwencją było błędne przyjęcie przez Sąd I instancji, że wyłączną winę w niewykonaniu przedmiotu umowy ponosi pozwana, gdy tymczasem umowa mogła zostać z powodzeniem wykonana, gdyby powód przystąpił od razu po jej podpisaniu do wykonania prac objętych kwestionowaną dokumentacją projektową, zgłosił ewentualne zastrzeżenia do tejsze, co umożliwiłoby projektantowi wprowadzenie ewentualnych korekt;

4. art. 227 k.p.c. w zw. z art. 235⁽²⁾ § 2 k.p.c. a contrario poprzez nierozpoznanie złożonego w piśmie strony pozwanej z dnia 7 września 2017 r. wniosku o zażądanie od Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. pisemnej informacji w zakresie określonym w tymże piśmie oraz niepodjęcie decyzji procesowej w przedmiocie dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z żądanego dokumentu, co doprowadziło do pominięcia istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności w postaci braku konsultacji powoda z podwykonawcą możliwości wykonania na podstawie pierwotnej dokumentacji projektowej przecisków z rur stalowych pod drogą powiatową ze studni (...), (...), (...), (...) i (...) oraz niestwierdzenia przez ww. wykonawcę niemożności wykonania tychże przecisków na podstawie projektu, pomimo że powód zgodnie z treścią § 6 ust. 3 umowy (...) winien powierzyć tę część robót podwykonawcy, którym w świetle oferty powoda miał być podmiot wyspecjalizowany w tego rodzaju pracach, tj. Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w B.;

5. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wyprowadzenie z materiału dowodowego, tj. notatki z kamerowania kanalizacji tłocznej z dnia 14 stycznia 2016 r. (k. 602-604), wniosku z niej niewynikającego, że pozwana podczas kamerowania stwierdziła zastosowanie właściwych elementów służących zmianie kierunku przepływu ścieków, podczas gdy z treści rzeczonego dokumentu jednoznacznie wynika, iż powód nie zastosował łuków segmentowych, lecz zwykle kolana elektrooporowe, które w znacznym stopniu wpływają na zwiększenie oporów przepływu ścieków i stwarzają zagrożenie zacopowania całego przewodu tłoczego, a nadto pozwana wykryła zaklinowany kamień wraz z korkiem służącym do zabezpieczenia rur w transporcie dławiący przepływ cieczy podczas próbnych rozruchów przepompowni, co dobitnie świadczy o tym, że powód niedbale realizował roboty budowlane i nie posiadał niezbędnego doświadczenia oraz wystarczających umiejętności warunkujących prawidłowe wykonanie przedmiotu zawartej umowy;

6. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 231 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i tym samym arbitralne uznanie za nieustalony faktu wezwania powoda przez pozwaną do zapłaty odszkodowania za szkodę w postaci utraty przez pozwaną pomocy finansowej z Samorządu Województwa (...), stanowiących przedmiot potrącenia ewentualnego, mimo istnienia ku temu dostatecznej podstawy w zebranych materiale dowodowym w postaci pisma pozwanej z dnia 14 września 2015 r., zawierającego odstąpienie od umowy wraz z naliczeniem i wezwaniem do niezwłocznej zapłaty kar umownych oraz zapłaty odszkodowania za szkodę w postaci utraty pomocy finansowej;

II. a w konsekwencji zaistniałych uchybień procesowych, także naruszenie prawa materialnego, mianowicie:

1. art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 353¹ § 1 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i nieuzasadnione przyjęcie, że zastrzeżenie umowne dotyczące zapłaty kary umownej przez powoda jest bezwzględnie nieważne, podczas gdy to same strony, jako podmioty działające w profesjonalnym obrocie gospodarczym, ustaliły jego treść w ramach zasady swobody umów, a cel tego postanowienia nie pozostaje w sprzeczności z właściwościami (naturą) stosunku prawnego, ustawą ani zasadami współżycia społecznego;

2. art. 455 k.c. w zw. z art. 498 § 1 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na wadliwym przyjęciu, że wierzytelności pozwanej z tytułu odszkodowania za szkodę w postaci utraty przez niego pomocy finansowej, stanowiące przedmiot potrącenia ewentualnego, z uwagi na wcześniejszy brak wezwania powoda do ich zapłaty nie przeszły w stan wymagalności, wobec czego oświadczenie o potrąceniu należy uznać za nieważne i nieulegające konwalidacji wskutek późniejszego uzyskania przez nie cech potrącalności, podczas gdy pozwana pismem z dnia 14 września 2015 r., zawierającym odstąpienie od umowy wraz z naliczeniem i wezwaniem do niezwłocznej zapłaty kar umownych, wezwała powoda również do niezwłocznej zapłaty kwoty 687.326 zł tytułem odszkodowania za szkodę w postaci utraty pomocy finansowej z Samorządu Województwa (...) na sfinansowanie zadania stanowiącego przedmiot umowy (...) z dnia 26 marca 2015r., co jednoznacznie prowadzi do wniosku, że wspomniane wierzytelności były wymagalne w chwili zgłoszenia przez pozwaną zarzutu potrącenia ewentualnego.

W oparciu o te zarzuty skarżąca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości, zasądzenie od powoda (pozwanego wzajemnego) W. C. na rzecz pozwanej (powódki wzajemnej) Gminy (...) kwoty 209.455,90 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie w transakcjach handlowych od dnia 30 lipca 2016 r. do dnia zapłaty, zasądzenie od powoda (pozwanego wzajemnego) W. C. na rzecz pozwanej (powódki wzajemnej) Gminy (...) kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych oraz nakazanie ściągnięcia od powoda (pozwanego wzajemnego) W. C. na rzecz Skarbu Państwa nieuiszczonych dotychczas kosztów sądowych, ewentualnie uchylenie wyroku w zaskarżonym zakresie i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Ponadto na zasadzie art. 380 k.p.c. skarżąca wniosła o rozpoznanie przez Sąd II instancji postanowienia Sądu I instancji z dnia 11 kwietnia 2019 r. w przedmiocie oddalenia wniosku strony pozwanej o wyłączenie biegłego sądowego J. C. oraz zmianę tegoż postanowienia poprzez wyłączenie wspomnianego biegłego, a nadto dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego sądowego z zakresu geologii, hydrologii i budownictwa w celu wyjaśnienia w oparciu o posiadane wiadomości specjalne, czy powód mógł wykonać sieć kanalizacyjną i wodociągową zgodnie z projektem budowlanym przekazanym przez pozwaną, w tym czy było możliwe wykonanie zgodnie z projektem tłoczni oznaczonej „(...)”, a także czy prace te mogły zostać wykonane w terminach przewidzianych umową, a jeżeli nie, to jakie były tego przyczyny oraz w jakim terminie prace te mogłyby zostać wykonane, gdyby powód nie opóźnił się z rozpoczęciem robót. Skarżąca wniosła także o uzupełnienie postępowania dowodowego w sposób szczegółowo opisany w treści apelacji.

Powód wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie od pozwanej na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanej zasługiwała na uwzględnienie w zakresie, w jakim skutkowałą uchyleniem zaskarżonego wyroku i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji.

W przekonaniu Sądu Apelacyjnego zaskarżone orzeczenie w przedmiocie wzajemnych roszczeń stron zostało podjęte w warunkach nieprzeprowadzenia postępowania dowodowego mogącego wyjaśnić zasadność takich żądań.

Kluczowym dla sprawy pozostawało ustalenie, czy możliwym było wykonanie przez powoda łączącej strony umowy na podstawie pierwotnego projektu budowlanego, co miało znaczenie dla ustalenia przyczyn opóźnienia wykonania tej umowy przez powoda a przez to oceny zasadności roszczeń zgłaszanych przez pozwaną, w tym możliwości naliczenia przez nią kar umownych oraz możliwości dokonania ich potrącenia z dochodzonym przez powoda roszczeniem z tytułu faktury VAT nr (...) z dnia 28 czerwca 2016 r.

Wprawdzie Sąd Okręgowy dopuścił i przeprowadził w sprawie dowód z opinii biegłego J. C. na okoliczność, czy powód mógł wykonać sieć kanalizacyjną i wodociągową zgodnie z projektem budowlanym przekazanym przez pozwaną, w oparciu o który Sąd ten poczynił następnie ustalenia faktyczne stanowiące podstawę zapadłego rozstrzygnięcia, słusznie podnosiła jednak skarżąca, że zachodziły podstawy do wyłączenia tego biegłego. W konsekwencji tak zebrany

materiał dowodowy należy uznać za nieprzydatny dla rozstrzygnięcia, jako zebrany z naruszeniem procesowych zasad gromadzenia dowodów i ich oceny. Tym samym, poczynione na podstawie opinii biegłego J. C. ustalenia i wnioski - mające kluczowe znaczenie dla sprawy - nie mają odniesienia w prawidłowo przeprowadzonych dowodach.

W toku postępowania, po złożeniu przez tego biegłego opinii uzupełniającej, pozwana złożyła wniosek o jego wyłączenie, który został jednak oddalony przez Sąd I instancji. Tymczasem w sytuacji, gdy od dokonanej przez biegłego oceny prawidłowości projektu budowlanego zależał wynik sprawy, Sąd powinien był wnikliwie rozważyć zarzuty strony pozwanej co do braku obiektywizmu tego biegłego.

Zgodnie bowiem z art. 49 k.p.c., stosowanym do biegłego odpowiednio poprzez odesłanie z art. 281 k.p.c., biegły powinien być wyłączony od wydania opinii, jeżeli istnieje okoliczność tego rodzaju, że mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności biegłego w danej sprawie. Biegły może podlegać wyłączeniu także w przypadku zgłoszenia wniosku w tym przedmiocie już po rozpoczęciu przez biegłego czynności, przy czym stosownie do art. 281 zdanie drugie k.p.c. na stronie spoczywa wówczas obowiązek uprawdopodobnienia, że przyczyna wyłączenia powstała później lub że przedtem nie była znana stronie.

Biegły sądowy z racji wykonywanych zadań jest osobą, która musi być wiarygodna i pozostawać poza jakimkolwiek podejrzeniem co do zdolności zachowania bezstronności w procesie opiniowania. Chodzi bowiem o dobro wymiaru sprawiedliwości, które kształtują nie tylko czynności podejmowane przez sędziego i strony procesu, ale również organy pomocnicze, a takim jest biegły sądowy, którego aktywność procesowa wynikająca z posiadanej wiedzy specjalistycznej przesądza często o ostatecznym wyniku sporu. Zatem, jeżeli powstanie usprawiedliwiona wątpliwość co do bezstronności biegłego, powinien on zostać wyłączony od udziału w sprawie i wydania opinii mającej znaczenie dla rozstrzygnięcia. Przy czym, **wystarczy jakakolwiek okoliczność, która może stać się uzasadnioną przyczyną wątpliwości, choćby u strony zgłaszającej wniosek o wyłączenie** (tak: wyrok SN z 21 czerwca 2012 r., III CSK 279/11, LEX nr 1228591).

Taką okolicznością może zaś być emocjonalny stosunek biegłego do strony lub jej pełnomocnika, manifestowany w pisemnej lub ustnej odpowiedzi na merytoryczne pytania i zarzuty stawiane wcześniej sporządzonej opinii, nawet jeśli biegły uznaje je za bezzasadne. Obowiązkiem biegłego jest udzielenie kompetentnych, rzeczowych i bezstronnych wyjaśnień co do treści wydanej w sprawie opinii, bez uciekania się do złośliwych, osobistych odniesień do strony i eksponowania braków jej wiedzy z zakresu reprezentowanej przez autora opinii dziedziny. (tak: wyrok SN z 26 września 2017 r., II UK 422/16, LEX nr 2397607, jak również: SN w postanowieniu z 7 października 2020 r., II UK 308/19, LEX nr 3073106). Tak jak sąd odwoławczy, odnosząc się do zarzutów apelacyjnych, nie może w stosunku do osób uczestniczących w postępowaniu wyrażać opinii pozamerytorycznych ani formułować swych ocen w niekulturalny, a tym bardziej arogancki sposób, również biegły sądowy nie powinien w tekście opinii zamieszczać uwag niemerytorycznych ani wyrażać swych ocen w nieodpowiedniej formie. Jest on powoływany przez sąd ze względu na swą wiedzę specjalną w danej dziedzinie potrzebną do rozstrzygnięcia sprawy, a takie uwagi i oceny zawsze obniżają wartość opinii biegłego oraz godzą w powagę wymiaru sprawiedliwości. (tak: wyrok SN z 14 lutego 2013 r., II CSK 371/12, LEX nr 1314385).

W kontekście powyższego należy uznać, że treść uzupełniającej opinii biegłego J. C. z listopada 2018 r., dawała podstawy do powzięcia uzasadnionych wątpliwości co do jego bezstronności w sprawie, a przez to uzasadniała uwzględnienie wniosku strony pozwanej o wyłączenie tegoż biegłego. Sąd Okręgowy nie dokonał jednak prawidłowej oceny wskazywanych przez pozwaną okoliczności uzasadniających taki wniosek. Świadczy o tym choćby argumentacja uzasadnienia zaskarżonego wyroku dotycząca tej kwestii, sprowadzająca się do umniejszania negatywnego wydźwięku zawartych przez biegłego w sporządzonej przez niego pisemnej opinii uzupełniającej niemerytorycznych uwag pod adresem pełnomocnika pozwanej. Sąd I instancji choć dostrzegł, że biegły „w pewnych fragmentach opinii wypowiadał się w sposób nazbyt egzaltowany, wybiegając poza przedmiot opinii”, to jednak nie stwierdził aby stanowiło to przejaw braku obiektywizmu, uznając, że „biegły nie kierował bowiem pod adresem pozwanej spółki i jej pełnomocnika nacechowanych negatywnie i emocjonalnie uwag, a wszelkie jego wypowiedzi mieściły się w obowiązujących granicach, nie były niekulturalne czy aroganckie”.

Wbrew wyrażonemu przez Sąd I instancji zapatrywaniu, podzielić należało jednak stanowisko pozwanej, że wypowiedzi biegłego w tym względzie nie tylko były zupełnie niepotrzebne, ale też cechowały się silnym zabarwieniem emocjonalnym i były najdelikatniej ujmując co najmniej niekulturalne, jeśli nie aroganckie, a przez to nie mieściły się w dopuszczalnych granicach. Trafnie podnosiła pozwana, że biegły sądowy potraktował zarzuty do opinii jako ataki personalne, odbierał je osobiście, czuł się obrażany, jak również czynił pełnomocnikowi pozwanej uwagi względem możliwości popełnienia przez niego przestępstwa fałszowania dowodów. Okoliczności te nie mogą zostać pominięte i bagatelizowane przy ocenie istnienia okoliczności uzasadniających wnioski o wyłączenie tego biegłego. Tym bardziej w sytuacji, w której w dniu 19 lutego 2019 r. – a więc przed rozpoznaniem wniosku o wyłączenie biegłego oraz przed złożeniem przez biegłego wyjaśnień na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2019 r. - biegły ten złożył, jak się wydaje bez żadnego uzasadnienia w zaistniałych okolicznościach sprawy, pismo zatytułowane „Skarga na pełnomocnika strony” dotyczące pełnomocnika pozwanej.

Niewątpliwie, wypowiedzi biegłego, zawarte zarówno w opinii uzupełniającej, jak i ww. piśmie, stanowiły o prezentowaniu przez biegłego jaskrawo negatywnego, emocjonalnego stosunku względem pełnomocnika pozwanej, co w sposób oczywisty przemawia za zaistnieniem w sprawie okoliczności wywołujących usprawiedliwione wątpliwości co do bezstronności biegłego przy wydawaniu opinii. Ich istnienie jest wystarczającym powodem dla uwzględnienia wniosku o wyłączenie, czego jednak Sąd Okręgowy nie uczynił.

Podsumowując, biegły J. C. podlegał z mocy art. 49 k.p.c. w zw. z art. 281 k.p.c. wyłączeniu od opiniowania w tej sprawie. Skoro Sąd Okręgowy ocenił tę kwestię inaczej, materiał dowodowy w postaci opinii biegłego J. C. nie może być podstawą ustaleń procesowych. Opinia biegłego, który został w sprawie po złożeniu opinii wyłączony, powinna zostać uznana za niebyłą na wzór dowodów przeprowadzonych w postępowaniu następnie zniesionym (tak: wyrok SN z dnia 27 maja 1976 r., I PR 64/76, LEX nr 7830; a także: wyrok SN z 14 listopada 2017 r., II UK 523/16, LEX nr 2427164). Tym samym brak jest ustaleń mogących posłużyć ocenie zasadności roszczeń stron i w tym zakresie należy przeprowadzić postępowanie dowodowe w całości.

Za powyższym przemawia również okoliczność, że Sąd Okręgowy nie rozpoznał złożonego - na wypadek nieuwzględnienia wniosku pozwanej o wyłączenie biegłego J. C. – w piśmie strony pozwanej z dnia 24 grudnia 2018 r., wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego z zakresu geologii i hydrologii, jak również zawartego w tymże piśmie wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków G. F. oraz M. K. (1), na co trafnie wskazywano w apelacji. Dowody te zostały przy tym zawnioskowane dla wykazania okoliczności, które jak to przedstawiano powyżej miały kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia w sprawie, wobec czego brak rozpoznania zgłoszonych w tym zakresie wniosków stanowił uchybienie mające wpływ na wynik sprawy.

Wobec powyższego nie zachodziła potrzeba ustosunkowania się do dalszych zarzutów apelacji związanych z kwestią możliwości wykonania przez powoda łączącej strony umowy na podstawie pierwotnego projektu budowlanego i ewentualnego stwierdzenia zawinienia powoda w opóźnieniu w wykonaniu tej umowy.

Odniesienia wymagały jednak te twierdzenia apelacji, które choć niezwiązane bezpośrednio z uprzednio wskazywanymi okolicznościami, to w zależności od poczynionych w ich zakresie ustaleń, mogą mieć znaczenie przy ponownym rozpoznaniu sprawy.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, nietrafne pozostawało stanowisko Sądu I instancji w zakresie uznania, że zawarty w umowie łączącej strony zapis dotyczący zapłaty kary umownej tytułem zwłoki powoda pozostawał bezwzględnie nieważny. Przede wszystkim Sąd Okręgowy odwołał się w tym względzie do orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 2018 r. (V CSK 640/17), w którego treści brak jest przywoływanych przez Sąd I instancji wskazań, w myśl których w klauzuli umownej konstytuującej karę umowną należy podać jej maksymalną wysokość w przypadku takiego ukształtowania kar umownych, gdzie za każde jednostkowe naruszenie bądź dzień zwłoki wyznaczano odrębną jej wysokość. Co prawda w orzecznictwie zostało wyrażone stanowisko, zgodnie z którym w umowie należy wskazać karę umowną kwotowo, bądź też wskazać podstawy do definitywnego określenia jej wysokości (zob. m.in. wyroku SN z dnia 22 października 2015 w sprawie IV CSK 687/14), nie zyskało ono jednak dotąd jednolitej akceptacji także w

judykaturze Sądu Najwyższego. Choćby w wyroku z dnia 28 czerwca 2017 r. (IV CSK 525/16, LEX nr 2361212) Sąd Najwyższy uznał, że w świetle art. 483 § 1 k.c. strony mogą w umowie określić karę umowną także pośrednio przez wskazanie kryteriów jej naliczania w sposób pozwalający uznać jej ustalenie za dokonane i zamknięte (zob. SN w wyroku z 2 czerwca 2016 r., I CSK 506/15, LEX nr 2076680).

Co istotne orzeczenie w sprawie IV CSK 525/16 zapadło w stanie faktycznym – w zakresie treści klauzuli umownej konstytuującej karę umowną za zwłokę – zbliżonym do okoliczności niniejszej sprawy, wykonawca zobowiązany był bowiem do zapłaty zmawiającemu kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5% wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki liczony od terminu wykonania umowy. Sąd Najwyższy nie zakwestionował tej klauzuli, zauważając jedynie, że „oczywiście, można wyobrazić sobie sytuację, gdy wierzyciel przez wielokrotne wzywianie dłużnika do wykonania zobowiązania zmierza do przedłużenia stanu nienależytego wykonania zobowiązania, a tym samym i zwiększenia kwoty kary umownej z tego tytułu, jednakże wówczas wyjściem z tego jest instytucja miarkowania naliczonej kary umownej (art. 484 § 2 k.c.), albo wykazanie przez dłużnika, że w istocie stan nienależytego wykonania umowy przekształcił się w stan jej niewykonania w dacie wcześniejszej, tj. gdy na podstawie okoliczności faktycznych konkretnej sprawy wierzyciel mógł uznać, że dłużnik nie wykona zobowiązania.” Podkreślić należy również, iż orzecznictwo Sądu Najwyższego nie wyklucza co do zasady możliwości dochodzenia kary umownej zastrzeżonej za nieterminowe wykonanie zobowiązania, także w sytuacji, gdy doszło do niewykonania umowy w następstwie odstąpienia od umowy (por. wyroki SN z dnia 5 października 2006 r., IV CSK 157/06, z dnia 20 października 2006 r., IV CSK 154/06 117 i z dnia 2 października 2007, II CNP 101/07 nie publ.).

Wydaje się przy tym, że wyrażane w judykaturze zapatrywanie dotyczące nieważności zastrzeżenia kary umownej, odnosi się do przypadków, w których zachodzi niemożność precyzyjnego określenia stanu praw i obowiązków stron w przypadku aktualizacji roszczenia o zapłatę kary umownej. Tymczasem w przekonaniu Sądu Apelacyjnego na gruncie niniejszej sprawy nie zachodzą wątpliwości stanowiące podstawę formułowania poglądów co do niedookreślenia umowy mającego skutkować sprzecznością zastrzeżenia kary umownej z ustawą. W umowie określono bowiem czynniki będące podstawą wyliczenia kary umownej i nie był one między stronami sporne. Końcowy moment determinujący naliczanie kary (powiązany z ustaniem stanu zwłoki) został określony w momencie zawierania umowy. Ustanie tego stanu następuje zaś w wyniku określonych zdarzeń prawnych (spełnienia świadczenia ale też np. odstąpienia od umowy). Sam stan zwłoki jest zaś determinowany przez okoliczności leżące po stronie dłużnika (a więc zależny od dłużnika). Trudno w tym wypadku mówić o niemożności precyzyjnego określenia stanu praw i obowiązków stron w przypadku aktualizacji kary umownej (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 10 grudnia 2018 r., I AGa 202/18, LEX nr 2668144).

Za cytowanym już wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2017 r. dostrzec należy natomiast, że sama instytucja kary umownej zawiera w swojej konstrukcji mechanizm miarkowania (art. 484 § 2 k.c.) pozwalający na ewentualne korygowanie skutków jej zastrzeżenia w przypadku jej rażącego wygórowania. Zatem dla zapewnienia odpowiedniej ochrony słuszych interesów strony zobowiązanej do zapłaty kary umownej za wystarczające w okolicznościach niniejszej sprawy należy uznać możliwość sędziowskiej ingerencji w treść zobowiązania stosownie do reguł art. 484 § 2 k.c.

Zasadne pozostawały również wywody apelacji co do tego, że błędnie Sąd I instancji uznał, jakoby wierzytelności pozwanej z tytułu odszkodowania za szkodę w postaci utraty przez nią pomocy finansowej nie przeszły w stan wymagalności, a przez to nie mogły stanowić przedmiotu ewentualnego potrącenia. Słusznie podnosiła skarżąca, iż w piśmie z dnia 14 września 2015 r., zawierającym odstąpienie od umowy wraz z naliczeniem i wezwaniem do niezwłocznej zapłaty kar umownych, pozwana wezwała powoda również do zapłaty kwoty 687.326 zł tytułem odszkodowania za szkodę w postaci utraty pomocy finansowej z Samorządu Województwa (...) na sfinansowanie zadania stanowiącego przedmiot umowy (...) z dnia 26 marca 2015 r. Zauważyć należy, co uszło uwadze Sąd Okręgowy, że w piśmie tym pozwana wskazała powodowi, że „wskutek niewykonania przez Pana przedmiotu umowy (...) z dnia 26.03.2015 r. w umownym terminie do dnia 14.06.2015 r., Gmina (...) utraciła w całości dofinansowanie z Województwa (...) w kwocie 687.326 zł, z którego miał być współfinansowany przedmiot ww. umowy. W ten sposób doszło zatem do wyrządzenia Gminie (...) szkody majątkowej we wskazanej wyżej wysokości. Tym samym, zawarte w

punkcie 4. niniejszego pisma wezwanie do zapłaty naliczonych kar umownych w zakresie, w którym pokrywają się z należnym Gminie (...) odszkodowaniem z tytułu opisanej powyżej szkody majątkowej, należy traktować również jako wezwanie do niezwłocznej zapłaty odszkodowania w wysokości utraconego przez Gminę (...) dofinansowania.

W przekonaniu Sądu Apelacyjnego takie sformułowanie tego pisma jest wystarczające do uznania, że pozwana skutecznie wezwała powoda do zapłaty przedmiotowej wierzytelności. Niewątpliwym w sprawie pozostawało natomiast, że ww. pismo zostało skutecznie doręczone powodowi. Z tego względu, w ocenie Sądu Apelacyjnego, należało uznać ww. wierzytelność za wymagalną, w konsekwencji czego nie było przeszkód, aby stała się ona przedmiotem potrącenia.

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny uchylił zaskarżony wyrok w zakresie rozstrzygnięcia podjętego w punktach I, III, IV i V wyroku i w tym zakresie przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego (art. 386 § 4 k.p.c. i art. 108 § 2 k.p.c.).

SSA Barbara Rączka – Sekścińska SSA Anna Daniszewska SSA Anna Strugała