

Sygn. akt I ACa 790/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 lutego 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Dariusz Małkiński
Sędziowie	:	SA Elżbieta Borowska SA Bogusław Suter (spr.)
Protokolant	:	Sylwia Radek-Łuksza

po rozpoznaniu w dniu 16 lutego 2017 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **Skarbu Państwa - (...)**

przeciwko **T. K., R. R. i H. P.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanych

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 4 lipca 2016 r. sygn. akt I C 620/13

I. **oddala apelację;**

II. **zasądza od pozwanych solidarnie na rzecz powoda 10.800 zł tytułem zwrotu kosztów procesu za instancję odwoławczą.**

(...)

UZASADNIENIE

Powód Skarb Państwa – (...)w O. wniósł o zasądzenie na jego rzecz solidarnie od pozwanych T. K., R. R. i H. P. kwoty 367.560,67 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 3 grudnia 2010 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie solidarnie od pozwanych kosztów procesu według norm przepisanych wraz z kosztami zastępstwa procesowego.

Pozwani T. K., R. R. i H. P. wnieśli o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego. Z ostrożności procesowej wnieśli o miarkowanie kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie.

Wyrokiem z dnia 4 lipca 2016 r. Sąd Okręgowy w Olsztynie zasądził od pozwanych solidarnie na rzecz powoda kwotę 367.560,67 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 3 grudnia 2010 r. do dnia zapłaty (pkt I.) i kwotę 7.200 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt II.), nakazał także ściągnąć od pozwanych solidarnie na rzecz Skarbu Państwa (Sąd Okręgowy w Olsztynie) kwotę 24.586,21 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych (pkt III.).

Orzeczenie to zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne.

W dniu 28 czerwca 2010 r. powód (reprezentowany przez dyrektora (...) w O., stanowiącego samorządową jednostkę budżetową) i pozwani, po rozstrzygnięciu przetargu przeprowadzonego w trybie ustawy – Prawo zamówień publicznych, zawarli umowę nr (...), zgodnie z którą pozwani zobowiązali się do wykonania robót budowlanych polegających na zadaniu inwestycyjnym „Kształtowanie przekroju podłużnego i poprzecznego koryta rzeki K. ...”, w oparciu o dokumentację projektową, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, kosztorys ofertowy i ofertę przetargową oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia. Rozpoczęcie realizacji umowy miało nastąpić 6 lipca 2010 r., zaś zakończenie w terminie do 31 października 2011 r. Za wykonane roboty pozwani mieli otrzymać kosztorysowe wynagrodzenie brutto w kwocie 1.955 110,84 zł.

W § 12 umowy strony zastrzegły prawo do odstąpienia od umowy w wyszczególnionych przypadkach, w formie pisemnej z podaniem uzasadnienia. Powód mógł odstąpić od umowy m.in. w przypadku braku rozpoczęcia robót bez uzasadnionych przyczyn po upływie 14 dni od terminu wyznaczonego na rozpoczęcie realizacji umowy i nie rozpoczęcia ich pomimo dodatkowego wezwania na piśmie (§ 12 ust. 1 pkt c), a także wówczas, gdyby pozwani przerwali realizację robót z własnej winy i przerwa tym spowodowana trwałaby dłużej niż 14 dni (§ 12 ust. 1 pkt d). Na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od pozwanych zastrzeżono na rzecz powoda karę umowną w wysokości 20 % kosztorysowego wynagrodzenia umownego brutto (§ 10 ust. 1 pkt f). W § 11 umowy strony ustaliły, że zmiana postanowień umowy może nastąpić m.in. w zakresie terminu jej realizacji, jeżeli zaistniały przyczyny niezależne od działania stron, których przy zachowaniu wszelkich należytych środków nie można uniknąć, ani im zapobiec, w szczególności w przypadku wystąpienia okoliczności wynikających z tzw. siły wyższej (np. powodzi, huraganu, gwałtownych burz), uniemożliwiających realizację robót przez okres dłuższy niż 2 tygodnie. Wstrzymanie robót z tego powodu miało być potwierdzone w dzienniku budowy i zaakceptowane przez inspektora nadzoru. Strony zaznaczyły również, że wstrzymanie robót ze względu na warunki atmosferyczne typowe (właściwe) dla danej pory roku i miesiąca lub złą organizację robót nie uzasadniają zmiany terminu umowy.

Teren i plac budowy został przekazany za protokołem z dnia 12 lipca 2010 r.

Po wytyczeniu osi trasy, w dniu 24 sierpnia 2010 r. dokonano pierwszego wpisu w dzienniku budowy. Jego autorem był kierownik budowy, pozwany H. P., który wskazał, że wysoki stan wody w rzece K. uniemożliwia podjęcie robót budowlanych. Powyższe stwierdzenie zostało ponowione we wpisie z dnia 31 sierpnia 2010 r.

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

Pierwszy wpis w dzienniku budowy stwierdzający wykonywanie robót nosi datę 27 września 2010 r. i został dokonany przez pozwanego H. P., a dotyczył usuwania ze skarp rzeki umocnień, kołków, desek oraz załadunku „gruzu ziemi wydobytej z odmulenia w km 0+220 – 0+300.”

Ostatni wpis dotyczący robót wykonywanych przez pozwanych został dokonany pod datą 1 października 2010 r. i dotyczył „wyrywania pali” oraz awarii koparki.

Zanim doszło do wykonywania robót, w dniu 27 sierpnia 2010 r. na spotkaniu z udziałem przedstawicieli pozwanych w związku z realizacją robót objętych umową i innych robót przez (...) w O. na wspólnym odcinku, (...) zobowiązał się do wykonania swoich robót do 30 września 2010 r.

Następnie, pismem z dnia 3 września 2010 r. pozwani zwrócili się o zorganizowanie spotkania dotyczącego prowadzenia robót z uwagi na utrudnione lub niemożliwe ich wykonanie według technologii i warunków specyfikacji i projektu technicznego. W protokole z dnia 13 września 2010 r., podpisanym przez pozwanych H. P. i T. K. oraz projektantkę S. D., zastępcę dyrektora (...), inspektora nadzoru, a także kierownika (...), wskazano, że wykonano tylko drobne prace, brak jest natomiast warunków do prowadzenia robót umocnieniowych. Zaznaczono, że pozwani nie wiedzieli, że w tym samym czasie będą wykonywane roboty drogowe, nie zgłaszali żadnych uwag do projektu i specyfikacji, zaproponowano wykonanie innego odcinka, na co pozwani stwierdzili, że nie ma takich możliwości. Ostatecznie pozwani zobowiązali się do 14 września 2010 r. zaproponować technologię i warunki prowadzenia robót.

Powyzszą propozycję przedstawili, przy czym zakładała ona m.in. zabezpieczenie przez powoda dodatkowych środków finansowych. W odpowiedzi powód nie zgodził się z uwagami pozwanych, wskazując m.in., że istnieje możliwość wykonywania robót przy stwierdzanym stanie wody oraz na odcinku, na którym wykonawca robót drogowych wstrzymał swoje prace do 20 października 2010 r. Jednocześnie wezwał pozwanych do natychmiastowego podjęcia działań zmierzających do realizacji robót (k. 71-72). Pismem z tego samego dnia pozwani zwrócili się o odstąpienie od umowy z przyczyn niezależnych od wykonawcy, powołując się na niemożliwość prowadzenia robót w sposób zgodny z technologią zawartą w projekcie przy faktycznym poziomie wody i prowadzonych jednocześnie pracach drogowych.

Pismem z dnia 27 września 2010 r. powód wezwał pozwanych do natychmiastowego wznowienia przerwanych robót, wskazując, że w przypadku niepodjęcia ich w terminie 14 dni od daty otrzymania wezwania, odstąpi od umowy z winy wykonawcy i naliczy kary umowne.

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

- opis do projektu budowlanego był bardzo skromny i zawierał niedomówienia co do kwestii, które ustalił biegły podczas oględzin;
- pozwani przystąpili tylko do robót przygotowawczych;
- przeszkodami w kontynuacji robót były niespodziewanie wysokie stany wód, zaś kontynuację robót uniemożliwiły roboty drogowe innej firmy;
- w ocenie eksperta brak jest należytej współpracy między wykonawcą robót a inwestorem.

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

- dokumentacja projektowa została sporządzona prawidłowo,
- pozwani nie zgłaszali do niej zastrzeżeń, a zgodnie z dokumentacją przetargową byli zobowiązani do przewidzenia „wszystkich okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia” oraz do bardzo szczegółowego sprawdzenia „w terenie warunków wykonania zamówienia”;
- pozwani nie podjęli realizacji robót mimo wstrzymania prac drogowych.

Następnie, pismem z dnia 3 listopada 2010 r. powód odstąpił od umowy, z powołaniem na § 12 ust. 1 lit. d umowy, wskazując, że od 10 września 2010 r. pozwani przerwali realizację robót z własnej winy i prace nie są prowadzone. Jednocześnie wezwał do zapłaty kary umownej w kwocie 391.022,17 zł w terminie 14 dni od otrzymania wezwania.

W odpowiedzi z dnia 10 listopada 2010 r. pozwani wezwali powoda do zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, na co powód, pismem z dnia 6 grudnia 2010 r. złożył oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z tytułu kary umownej z wierzytelnością pozwanych z tytułu zwrotu kwoty 23.461,33 zł wpłaconej na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o której zwrot pozwani wniesli pismem z 10 listopada 2010 r. (k. 21).

Aktualnie, przed Sądem Rejonowym w Olsztynie toczy się postępowanie z powództwa T. K., R. R. i H. P. przeciwko powodowi o zwrot kwoty 23.461,33 zł, potrąconej w ich ocenie w sposób bezpodstawny z nienależną karą umowną.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd wskazał, że w niniejszej sprawie poza sporem pozostawał charakter i treść umowy łączącej strony, okoliczność jej rozwiązania wskutek odstąpienia powoda oraz sposób obliczenia kary umownej z tego tytułu (jako 20% wynagrodzenie umownego brutto), której to kary - po pomniejszeniu o dokonane potrącenie - w niniejszym procesie dochodził powód. Spór pomiędzy powodem a pozwanymi dotyczył natomiast tego, czy były podstawy do odstąpienia przez powoda od umowy z przyczyn zależnych od pozwanych i naliczenia kary umownej z tego tytułu. Pozwani podnosili bowiem, że niewykonywanie robót objętych umową wynikało z przyczyn od nich niezależnych (wysokie stany wody uniemożliwiające prowadzenie jakichkolwiek robót, roboty drogowe uniemożliwiające im dostęp do budowy, zły opis warunków zamówienia), w związku z czym naliczenie kary umownej nie było uzasadnione.

W tym kontekście Sąd uznał, że w świetle pomiarów dokonanych przez biegłego z zakresu melioracji i dokonanej przez niego analizy, pozwani mieli możliwość wykonywania robót objętych umową niezależnie od okresowych utrudnień związanych z wysokim poziomem wody na rzekach poddanych regulacji oraz prowadzonymi równoległe robotami drogowymi. Możliwe było wykonanie prac pogłębieniowych, zaś wykonywanie innych umożliwiała zgoda wykonawcy robót drogowych na ich wstrzymanie, co pozwalało na odpowiednie zorganizowanie terenu robót i koniecznego transportu. O ile zatem pozwani byliby przygotowani do podjęcia swoich robót istniały realne możliwości ich rozpoczęcia.

Sąd uznał też, że pozwani mieli możliwość wykonywania prac na innych niż pierwotnie przewidziano odcinkach rzeki, jak również mogli dokonać zmiany harmonogramu rzeczowego robót. Wskazał, że przedstawiciele powoda składali propozycje w tym zakresie, których pozwani jednak nie akceptowali, domagając się w istocie zmiany umowy i zwiększenia finansowania, czyli de facto podwyższenia wynagrodzenia.

Sąd zauważył, że pierwszy wpis w dzienniku budowy ze strony przedstawiciela pozwanych pojawia się dopiero półtora miesiąca po przejściu placu budowy i nie wiąże się z żadnymi pracami. Tłumacząc tak długi okres braku czynności pozwani wskazywali na konieczność oczekiwania na materiały i sprzęt potrzebny do prac. Sąd uznał jednak, że pozwani nie byli przygotowani do rozpoczęcia robót w terminie wynikającym z umowy. Sąd wskazał także, że zamiast podjąć prace pozwani proponowali, aby powód opracował inne rozwiązania techniczne, względnie zgodził się na odstąpienie od umowy z przyczyn niezależnych od stron.

W tym stanie rzeczy Sąd doszedł do wniosku, że nie było żadnych podstaw do przyjęcia, że pozwani doznali poważnych i nie dających się zwalczyć przeszkód natury obiektywnej, które uniemożliwiały im wykonywanie robót objętych umową. Uznał też, że powód miał podstawy do odstąpienia od umowy i naliczenia kary umownej zgodnie z § 10 ust. 1 lit f) umowy, a jego zachowanie w tym względzie znajdowało podstawy faktyczne i prawne (art. 483 - 484 k.c.).

W kontekście zarzutu pozwanych o rażącym wygórowaniu kary umownej, Sąd wskazał, że na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie powoda zastrzeżono pozwanym prawo do żądania kary umownej w identycznej wysokości, jak zastrzeżona dla powoda na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od pozwanych (20%). Sąd uznał, że skoro obowiązki stron w tym zakresie ukształtowano tak samo, trudno wysokość kary zastrzeżoną dla powoda uznać za wygórowaną.

Sąd zaznaczył również, że umowa stron nie została wykonana przez pozwanych w zasadzie w żadnym zakresie poza drobnymi pracami porządkowymi. Wskazał przy tym, że wykonanie prac stanowiących przedmiot umowy stron znacznie się opóźniło, a ostatecznie powód musiał je zlecić innemu podmiotowi, płacąc cenę wyższą o ok. 500.000 zł.

Sąd uznał także, że zarzuty pozwanych dotyczące braku współpracy ze strony powoda w realizacji inwestycji są niezasadne, gdyż pozwany przedstawiano propozycje zmiany harmonogramu prac, jednak nie podjęli oni wezwania w tym zakresie.

W tym stanie rzeczy Sąd nie dopatrył się podstaw do zamiarkowania kary umownej, której wysokość nie rekompensuje powodowi większych kosztów wykonania prac oraz ich opóźnienia.

Z tych przyczyn, na podstawie art. 484 § 1 k.c., Sąd uwzględnił roszczenie pozwu w całości wraz z odsetkami za opóźnienie liczonymi od dnia 3 grudnia 2010 r. do dnia zapłaty. Z uwagi na to że, odpowiedź na wezwanie do zapłaty kary umownej pozwani sformułowali w dniu 10 listopada 2010 r., co oznaczało, że w tej dacie otrzymali wezwanie do jej zapłaty, zakreślające 14 –dniowy termin w tym celu. Sąd uznał, że po upływie tego terminu, najpóźniej z dniem 25 listopada 2010 r. pozwani znajdowali się w opóźnieniu w jej zapłacie, które zgodnie z art. 481 § 1 i 2 k.c. upoważniało powoda do żądania odsetek ustawowych.

Wskazaną kwotę zasądono solidarnie od wszystkich pozwanych, których solidarna odpowiedzialność za to zobowiązanie wynikała w ocenie Sądu z art. 141 w zw. z art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy – t. jedn. Dz. U. 2010.113.759). Sąd uznał, że poza sporem było to, że pozwani przyjęli określone w umowie zamówienie wspólnie, wygrywając przetarg zorganizowany przez powoda w trybie przepisów powołanej ustawy.

O kosztach Sąd orzekł zgodnie z art. 98 k.p.c. w zw. z art. 105 § 2 k.p.c. wskazując, że współuczestnicy sporu odpowiadający solidarnie i przegrywający sprawę są zobowiązani do solidarnego zwrotu kosztów procesu na rzecz strony wygrywającej. Z tego względu na rzecz powoda zasądził od pozwanych solidarnie kwotę – obejmującą wynagrodzenie pełnomocnika powoda w stawce minimalnej wynikającej z § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2013 r., poz. 490), jako obowiązującej w sprawie niniejszej z mocy § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. 2015.1804).

Na tej samej zasadzie, zgodnie z art. 98 k.p.c. w zw. z art. 113 ust. 1 u.k.s.c., od pozwanych nakazano ściągnąć nieuiszczone koszty sądowe w zakresie opłaty, od poniesienia której strona powodowa była zwolniona oraz wydatków na opinie biegłego poczynionych z rachunku Sądu Okręgowego w Olsztynie. Sąd sprecyzował, że opłata od pozwu wynosiła 18.379 zł, zaś wydatki na opinie 6.207,21 zł, i z tego względu pozwanych obciążono łączną kwotą 24.586,21 zł tytułem zwrotu kosztów.

Apelację od tego wyroku złożyli pozwani, zaskarżając go w całości. Sądowi Okręgowemu zarzucili naruszenie:

1. art. 483 § 1 k.c. i art. 484 § 1 k.c. poprzez ich zastosowanie wobec błędnego przyjęcia, że pozwani zobowiązani są do zapłaty kary umownej w pełnej wysokości przewidzianej umową z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy;
2. art. 484 § 2 k.c. – w sytuacji gdyby Sąd II instancji podzielił stanowisko Sądu I instancji co do zastosowania art. 483 § 1 k.c. i art. 484 § 1 k.c. – poprzez niezastosowanie instytucji miarkowania kary umownej wobec jej rażącego wygórowania w okolicznościach stanu faktycznego niniejszej sprawy, tj. że powód w znacznej mierze przyczynił się do niewykonania w dużej części umowy przez pozwanych.
3. art. 316 § 1 k.p.c. poprzez wydanie wyroku z pominięciem stanu rzeczy istniejącego w chwili zamknięcia rozprawy, tj. mimo zarządzenia przeprowadzenia dowodu z akt sprawy X C 138/11 przed Sądem Rejonowym w Olsztynie, gdyż Sąd przeprowadził dowód – wbrew wnioskowi pozwanych zawartemu w odpowiedzi na pozew – tylko z niektórych

kart tych akt, pomijając szereg dowodów mających istotne znaczenie dla ustalenia stanu faktycznego i rozstrzygnięcia w sprawie, jak np. dowody z dokumentów potwierdzających poniesienie przez pozwanych wydatków celem wykonania umowy – sprzęt i materiały, zatrudnienie przez nich pracowników, zaciągnięcie kredytu bankowego, dwie opinie biegłych – jedna prywatna, druga zlecona przez Sąd.

4. art. 299 k.p.c. poprzez zaniechanie dowodu z przesłuchania stron, a w szczególności pozwanych, którzy jako osoby fizyczne bezpośrednio uczestniczyli w zdarzeniach związanych z wykonywaniem i rozwiązywaniem umowy, w sytuacji, gdy Sąd dopuścił dowód ze świadków strony powodowej mających kluczowe znaczenie dla ustalenia stanu faktycznego, a przez to pozbawił pozwanych prawa do obrony, poprzez nierówne traktowanie stron (nieważność postępowania na podstawie art. 379 pkt 5 k.p.c.)

5. art. 292 k.p.c. poprzez nie odniesienie się (nawet nie oddalenie) do wniosku pozwanych o przeprowadzenie dowodu z oględzin w sytuacji, gdy biegły powołany w sprawie z jednej strony twierdzi, że nie da się obecnie odtworzyć stanu rzeczy z 2010 r., kiedy doszło do zdarzeń objętych postępowaniem, a z drugiej strony ten sam biegły formułuje opinię nie korzystając z dokumentującego ówczesne zdarzenia materiału zdjęciowego i filmowego, jednocześnie przyznając pozwany, że projekt budowlany nie był zadowalający i przyznaje, że w obrębie miejsca prowadzenia robót drogowych zajęta została przestrzeń niezbędna pozwany do prowadzenia prac przy użyciu ciężkiego sprzętu oraz dla składowania urobku.

W związku z powyższym, pozwani wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie powództwa oraz o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego za obie instancje. Ewentualnie wnieśli o uchylenie tego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja jest bezzasadna.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego, jako że znajdują one oparcie w zebranych w sprawie materiale dowodowym, a nadto nie były kwestionowane we wniesionym środku odwoławczym. Za trafne należy też uznać rozważania prawne zaprezentowane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, w związku z tym Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne.

Przechodząc w pierwszej kolejności do zarzutów apelacji odnoszących się do prawa materialnego jako bezzasadny należy ocenić zarzut naruszenia art. 483 § 1 k.c. i art. 484 § 1 k.c. poprzez uznanie, że pozwani praktycznie nie wykonali umowy o roboty budowlane i ponoszą za to odpowiedzialność.

Po pierwsze w ocenie Sądu Apelacyjnego nie budzi wątpliwości to, że za wyjątkiem drobnych prac porządkowych pozwani nie wykonali zobowiązania wynikającego z umowy zawartej przez strony. Po drugie zaś, okoliczności niniejszej sprawy w sposób klarowny wskazują, że powyższe zaniechanie wynikało z intencjonalnego działania pozwanych. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy, pierwszy wpis w dzienniku budowy ze strony przedstawiciela pozwanych pojawia się w dniu 24 sierpnia 2010 r. czyli w czasie około półtora miesiąca po przejęciu placu budowy w dniu 12 lipca 2010 r. Co więcej powyższy wpis nie wiąże się z żadnymi pracami, stanowi zaś wyłącznie stwierdzenie wysokiego stanu wód w rzece K.. W późniejszym zaś okresie pozwani kwestionowali albo przyjęte w projekcie rozwiązania technologiczne wnosząc przy tym o ich zmianę, co wiązałoby się także ze wzrostem kosztów powoda w porównaniu z wysokością zobowiązania określonego w umowie albo wskazywali na niemożność podjęcia prac na planowanym odcinku według harmonogramu robót z uwagi na warunki atmosferyczne i wynikający z nich wzrost poziomu wód w rzece K. albo z uwagi na prowadzone w tym samym czasie roboty drogowe na powierzchni przylegającej do rzeki K. w długości ulicy (...). Wskazać też należy, że brak dążenia do realizacji celu umowy wynikał również z tej przyczyny, że pozwani nie byli skłonni do współpracy z powodem chociażby w zakresie wypracowania wspólnego modelu rozwiązania zaistniałych na budowie trudności.

Z uwagi na charakter niniejszej sprawy kwestia ewentualnego ustalenia czy utrudnienia, które pojawiły się na terenie budowy miały tak jak twierdzą pozwani charakter obiektywny i rzeczywiście uniemożliwiły pozwany wykonanie robót wymagała więc wiadomości specjalnych. W ocenie Sądu Apelacyjnego opinia biegłego sądowego z zakresu melioracji – M. B. dostarcza w tym zakresie jednoznacznych odpowiedzi. Biegły w sposób niezwykle szczegółowy, klarowny i rzetelny odniósł się w swojej opinii do wszystkich kwestii istotnych dla oceny, czy pozwani mogli wykonać umowę. Biegły w szczególności wskazał, że utrudnienia robót budowlanych spowodowane wysokim poziomem wody utrzymywały się przez okres 20 dni w okresie od środka drugiej dekady sierpnia do początku drugiej dekady września 2010 r. W pozostałym zaś zakresie biegły wskazał, że od chwili odstąpienia od umowy przez (...) w O. stany wody w rzece były w zbliżeniu takie jak w dniu przyjmowania terenu budowy, a w miesiącu październiku musiały być nawet niższe (k. 265). Jedyną przeszkodą w wykonywaniu robót na innym niż opisano odcinku był harmonogram finansowo rzeczowy podpisany przez strony. Podkreślić jednak należy, że w kontekście twierdzeń powoda, który był skłonny do ułatwienia realizacji inwestycji w każdy dostępny sobie sposób, chociażby z tego względu że na powyższą inwestycję pozyskał środki europejskie i wobec braku jej wykonania musiałby je zwrócić, nie była to przeszkoda o charakterze definitywnym.

Przeszkodą w wykonaniu robót budowlanych przez pozwanych nie było także równoległe prowadzenie robót drogowych na powierzchni przylegającej do rzeki K. w długości ulicy (...). Na trudności związane z budową realizowaną przez pozwanych jej kierownik wskazał dopiero w dniu 3 września 2010 r., a trzeba mieć na uwadze, że powyższe roboty drogowe zostały wstrzymane przez powoda na okres 50 dni celem umożliwienia realizacji inwestycji. Ponadto jak podkreślił biegły w opinii, choć trudności na terenie budowy były, to jednak nie uniemożliwiały one dostępu do rzeki K., a tego typu utrudnienia (kilku wykonawców na jednym placu budowy) nie są niczym nadzwyczajnym przy tego typu inwestycjach.

Mając na względzie jednoznaczność tez opinii biegłego, skutecznie nie podważonych co do swej trafności przez pozwanych, Sąd Apelacyjny uznał, że Sąd Okręgowy prawidłowo doszedł do wniosku, iż nie było żadnych podstaw do przyjęcia, że pozwani doznali poważnych i nie dających się zważyć przeszkód natury obiektywnej, które uniemożliwiały im wykonywanie robót objętych umową.

Najjaskrawszym przejawem braku powyższych przeszkód jest w ocenie Sądu Apelacyjnego okoliczność, że nowy wykonawca przedmiotowej inwestycji wyłoniony w ponownym przetargu – (...) sp. z o.o. dysponował okresem krótszym i wykonał powyższe zobowiązanie w terminie niespełna 6 miesięcy (termin realizacji umowy: 30 maja 2012 r. – 30 listopada 2012 r., k. 568), podczas gdy pozwani nie byli w stanie zrealizować inwestycji w okresie ponad 15 miesięcy (termin realizacji umowy: 6 lipca 2010 r. – 21 października 2011 r., k. 10). Wskazać przy tym należy, że (...) sp. z o.o. był obowiązany wykonać tę samą inwestycję co pozwani nie tylko w terminie krótszym, ale także w warunkach pogodowych znacznie bardziej niekorzystnych, o czym niewątpliwie świadczy potrzeba podpisania protokołu konieczności z dnia 5 czerwca 2012 r. Ponadto – jak wskazał na rozprawie apelacyjnej pełnomocnik powoda – nie miał ten wykonawca, w przeciwieństwie do pozwanych, dostępu do rzeki na odcinku przebiegu drogi przebudowywanej w okresie realizacji umowy przez pozwanych z uwagi na zakończenie przebudowy drogi wraz z chodnikami co wyklucza prowadzenie prac nad korytem rzeki po tej jej stronie. Co istotne, nowy wykonawca ostatecznie zmienił sposób wykonania umowy (przegrody na rzece) na sugerowany wcześniej przez pozwanych ale nie żądał z tego tytułu dodatkowego wynagrodzenia, a ponadto owa zmiana wynikała z wyjątkowo niekorzystnych warunków pogodowych – nawalnic i gwałtownych opadów (vide: protokół konieczności), co nie miało miejsca w przypadku pozwanych. W tym kontekście wyrażana przez pozwanych wola rozwiązania umowy już w pierwszych miesiącach jej realizacji, gdy zgodnie z umową pozostawał jeszcze blisko rok na jej wykonanie, niewątpliwie uprawdopodobnia twierdzenia powoda, iż pozwani w istocie po przystąpieniu do umowy doszli do wniosku, że nie doszacowali kosztów i zaniżyli cenę w postępowaniu przetargowym i z tego powodu dążyli do jej rozwiązania, a nie z uwagi na rzekome przeszkody w jej realizacji.

Jeśli chodzi o zarzut rażącego wygórowania kary umownej (art. 484 § 2 k.c.) to wskazać trzeba, że kara umowna w niniejszej sprawie została określona w wysokiej kwocie, słusznie jednak zwrócił uwagę Sąd Okręgowy, że identyczna

kwota kary umownej została także określona w umowie w odniesieniu do okoliczności uzasadniających odstąpienie pozwanym od umowy – na ich rzecz. Co więcej, podkreślenia wymaga, że jedną z przesłanek do miarkowania kary umownej jest między innymi brak szkody po stronie zamawiającego. W niniejszej sprawie zostało zaś wykazane, że szkoda po stronie zamawiającego przekracza 500.000 zł netto. Zapis umowy wskazuje zaś, że strony uzgodniły, iż zastrzeżona kara umowna ma charakter zaliczalny, a więc powodowi przysługuje co do zasady roszczenie odszkodowawcze na zasadach ogólnych w zakresie poniesionej szkody nie znajdującej pokrycia w karze umownej, co w ocenie Sądu Apelacyjnego również podważa zasadność ewentualnego miarkowania kary umownej.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 316 § 1 k.p.c. na skutek nieprzeprowadzenia dowodu z akt sprawy sygn. X C 138/11 rozpoznawanej przez Sąd Rejonowy w Olsztynie wskazać należy, że zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Sądu Najwyższego wyłączona jest możliwość zaliczenia w poczet materiału dowodowego sprawy dowodów zgromadzonych w innej sprawie w sposób całościowy. Dopuszczalne zaś jest zaliczenie poszczególnych, ściśle określonych dokumentów mających stanowić podstawę ustaleń, albowiem przy takim trybie postępowania strony mają możliwość ustosunkowania się do ich treści i zgłoszenia stosownych wniosków (por. wyrok SN z dnia 28 marca 2006 r., sygn. akt I UK 213/05, opubl.; wyrok SN z dnia 14 stycznia 1997 r., sygn. akt I CKN 42/96, opubl. OSNC 1997, Nr 5, poz. 62; wyrok SN z dnia 27 stycznia 1999 r., sygn. akt II CKN 798/97, opubl.; wyrok SN z dnia 15 kwietnia 2005 r., sygn. akt I CK 653/04, opubl.; wyrok SN z dnia 20 lipca 2007 r., sygn. akt I CSK 134/07, opubl.). Wskazać przy tym należy, że teza dowodowa określona w odpowiedzi na pozew nie została sformułowana w sposób prawidłowy, gdyż zbyt ogólnie sprecyzowano okoliczność jego przeprowadzenia.

W ocenie Sądu Apelacyjnego chybiony był także zarzut skarżących dotyczący naruszenia art. 299 k.p.c. na skutek zaniechania przez Sąd Okręgowy przeprowadzenia dowodu z przesłuchania stron. W niniejszej sprawie kluczowym dla wyjaśnienia sprawy były bowiem wiadomości specjalne i tym samym przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Zdaniem Sądu Apelacyjnego ten właśnie dowód był miarodajny dla ustalenia czy przeszkody w realizacji zamówienia wynikającego z umowy miały charakter obiektywny i w związku z tym czy faktycznie nie było możliwości wykonania zobowiązania w czasie określonym w umowie. Dlatego też, z uwagi na ową potrzebę pozyskania wiadomości specjalnych Sąd Apelacyjny uznał, że przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron było nieprzydatne dla wyjaśnienia sprawy. Zauważyć też należy, iż pozwani swoje stanowisko i spostrzeżenia dotyczące realizacji umowy i relacji z powodem dość szczegółowo przedstawili w obszernych pismach procesowych składanych w toku postępowania przed sądem I instancji.

W tym miejscu podkreślić też należy, iż strona skarżąca nie wносиła o przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego, a sam Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do kwestionowania sporządzonej w sprawie opinii w zakresie jej rzetelności i przydatności dla rozstrzygnięcia.

Odnosząc się natomiast do sformułowanego w powiązaniu z zarzutem nie przeprowadzenia dowodu z przesłuchania stron – zarzutu nieważności postępowania (art. 379 k.p.c.) wskazać trzeba, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, gdzie pozwani byli reprezentowani przez profesjonalnego pełnomocnika i przeprowadzono szereg dowodów, nie sposób z faktu nie przeprowadzenia dowodu z przesłuchania stron wyprowadzać zarzutu nieważności postępowania. Ponadto zwrócić należy uwagę, iż mimo oddalenia przez Sąd Okręgowy wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron pozwani nie zgłosili zastrzeżenia do protokołu w trybie art. 162 k.p.c., chociaż byli reprezentowani przez profesjonalnego pełnomocnika.

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 292 k.p.c. związany z nieuwzględnieniem wniosku pozwanym o przeprowadzenie dowodu z oględzin to, analogicznie jak w przypadku wniosku o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron, wskazać należy, że powyższy dowód nie byłby przydatny do wyjaśnienia sprawy. Podkreślić również trzeba, że biegły celem sporządzenia opinii dwukrotnie przeprowadził wielogodzinne oględziny, a wnioski z nich wynikające utrwalił w tej opinii w sposób rzetelny. Dlatego też, Sąd Apelacyjny nie dostrzegł celu jakiemu miałyby służyć przeprowadzenie kolejnych oględzin, tym bardziej, że z uwagi na upływ czasu oraz prace wykonane przez (...) sp. z o.o. miejsce realizacji zobowiązania pozwanym uległo radykalnej zmianie.

Na marginesie zaakcentować też należy, że pozwani nie sprecyzowali w żaden sposób okoliczności na jaką miałyby być przeprowadzony ten dowód. Odwołanie się do istniejących ich zdaniem sprzeczności w opinii biegłego jest bowiem w istocie wyrażeniem ich poglądu wobec przeprowadzonego uprzedniego dowodu. Z uwagi na błędnie sformułowaną tezę dowodową, Sąd Apelacyjny nie miał więc możliwości ustalenia ewentualnej okoliczności uzasadniającej konieczność przeprowadzenia dowodu z oględzin. Dlatego też, powyższy zarzut również nie zasługiwał na uwzględnienie.

Mając to wszystko na uwadze, Sąd Apelacyjny na zasadzie art. 385 k.p.c. oddalił apelację jako niezasadną.

O kosztach postępowania odwoławczego rozstrzygnął na zasadzie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. oraz na podstawie § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z dnia 5 listopada 2015 r.).

(...)