

Sygn. akt I ACa 205/17

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 czerwca 2017 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

SSA Krzysztof Górski (przewodniczący, sprawozdawca)

SSA Artur Kowalewski

SSA Tomasz Żelazowski

Protokolant: starszy sekretarz sądowy Piotr Tarnowski

po rozpoznaniu w dniu 31 maja 2017 roku na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa (...) spółki jawnej w Ś.

przeciwko Gminie T., Gminie R. i Powiatowi (...)

o zapłatę

na skutek apelacji powódki oraz pozwanych od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 27 maja 2016 roku, sygn. akt VIII GC 156/12;

1. zmienia zaskarżony wyrok w następujących punktach, w ten sposób, że nadaje im treść:

II. zasądza od pozwanych Gminy T. i Powiatu (...) solidarnie na rzecz powódki (...)spółki jawnej w Ś. kwotę 177.302,10 zł (stu siedemdziesięciu siedmiu tysięcy trzystu dwóch złotych dziesięciu groszy) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 27 grudnia 2011 roku, oddalając powództwo wobec tych pozwanych w pozostałym zakresie;

III. zasądza od pozwanych Gminy T. i Powiatu (...) solidarnie na rzecz powódki kwotę 5.171,90 zł (pięciu tysięcy stu siedemdziesięciu jeden złotych, dziewięćdziesięciu groszy) tytułem kosztów procesu;

IV. nakazuje pobrać od pozwanych Gminy T. i Powiatu (...) solidarnie na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Szczecinie kwotę 52.148,25 zł (pięćdziesięciu dwóch tysięcy stu czterdziestu ośmiu złotych, dwudziestu pięciu groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych;

V. nakazuje ściągnąć z roszczenia zasądzonego w punkcie I. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Szczecinie kwotę 22.349,26 zł (dwudziestu dwóch tysięcy trzystu czterdziestu dziewięciu złotych dwudziestu sześciu groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych;

VII. zasądza od pozwanych Gminy R. i Powiatu (...) na rzecz powódki kwotę 9.604,43 zł (dziewięciu tysięcy sześciuset czterech złotych czterdziestu trzech groszy) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 27 grudnia 2011 r. oddalając powództwo wobec tych pozwanych w pozostałym zakresie;

VIII. zasądza od pozwanych Gminy R. i Powiatu (...) solidarnie na rzecz powódki kwotę 2.132 zł (dwóch tysięcy stu trzydziestu dwóch złotych) tytułem kosztów procesu;

IX. nakazuje pobrać od pozwanych Gminy R. i Powiatu (...) na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Szczecinie kwotę 1.746,75 zł (jednego tysiąca siedmiuset czterdziestu sześciu złotych, siedemdziesięciu pięciu groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych;

X. nakazuje ściągnąć z roszczenia zasądzonego w punkcie VI. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Szczecinie kwotę 521,75 zł (pięciuset dwudziestu jeden złotych siedemdziesięciu pięciu groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

2. oddala apelację powódki w pozostałym zakresie;

3. oddala apelacje pozwanych;

4. zasądza od pozwanych Gminy T. i Powiatu (...) solidarnie na rzecz powódki kwotę 10.152 zł (dziesięć tysięcy stu pięćdziesięciu dwóch złotych) tytułem kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym;

5. zasądza od pozwanych Gminy R. i Powiatu (...) solidarnie na rzecz powódki kwotę 5400 zł (pięć tysięcy czterystu złotych) tytułem kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.

Artur Kowalewski Krzysztof Górski Tomasz Żelazowski

Sygn. akt I ACa 205/17

## UZASADNIENIE

Powód (...)Spółka Jawna z siedzibą w Ś. wytoczył powództwo:

- o zasądzenie solidarnie od pozwanych Gminy T. i Powiatu (...) kwoty 1.475.001,5 złotych wraz z odsetkami ustawowymi od kwoty 1.297.699,40 złotych od dnia 27 grudnia 2011 roku oraz od kwoty 177.302,10 złotych od dnia 20 lutego 2012 roku,

- o zasądzenie solidarnie od pozwanych Gminy R. i Powiatu (...) kwoty 30.420,04 złotych wraz z odsetkami ustawowymi od kwoty 20.815,61 złotych od dnia 27 grudnia 2011 roku oraz od kwoty 9.604,43 złotych od dnia 20 lutego 2012 roku.

W uzasadnianiu powód wskazał, że w dniu 11 marca 2011 roku zawarł umowy o roboty budowlane, przy czym umowę nr (...) z Powiatem (...) i Gminą R., a umowę nr (...) z Powiatem (...) i Gminą T., w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powiat (...) występował w obu umowach jako lider, a gminy jako zamawiający. Przedmiotem powyższych umów była budowa przez powoda jako wykonawcę ścieżki rowerowej wraz z infrastrukturą na trasie P. – M.. W umowie zawartej z Powiatem (...) i Gminą R. ustalono wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 96.084,29 złotych, a w umowie zawartej z Powiatem (...) i Gminą T. wynagrodzenie ryczałtowe na kwotę 1.773.021,03 złote. Powód nie mógł rozpocząć prowadzenia robót ponieważ w dniu 29 kwietnia 2011 roku pozwani poinformowali, iż zmieniona zostanie dokumentacja projektowa w zakresie podstawowych parametrów technicznych ścieżki rowerowej. Dopiero w dniu 1 lipca 2011 roku pozwani przekazali powodowi projekty budowlane i wykonawcze z naniesionymi zmianami. W dniu 5 lipca 2011 roku inspektor nadzoru wpisem do dziennika budowy zezwolił na rozpoczęcie prac. Powód nie mógł zatem rozpocząć prac przez 116 dni z przyczyn leżących po stronie pozwanych. Także po rozpoczęciu prac pozwani nie wywiązywali się z ciężących na nich obowiązków, co skutkowało wydłużeniem terminu wykonania prac. Pozwani nie dokonywali odbiorów częściowych i płatności częściowych, inspektor nadzoru odmawiał dokonania odbioru prac zanikających i podlegających zakryciu oraz antydatował wpisy w dzienniku budowy oraz nadmiernie zwlekał z zatwierdzeniem dokumentów warunkujących wbudowanie materiałów budowlanych; zamawiający nie wskazał parametrów ani cech technicznych urządzeń, jakie miały być zamontowane w miejscach wypoczynku, w uzgodnionych terminach nie przekazał dokumentacji budowlanej zamienną w związku z wprowadzonymi zmianami

w stosunku do pierwotnej dokumentacji, nie zrealizował zobowiązania do dokonania czynności formalno-prawnych zmierzających do przebudowy infrastruktury sanitarnej i telekomunikacyjnej.

Powód podniósł ponadto, że w czasie wykonywania prac doszło do przedłużenia terminu z powodu niesprzyjających warunków atmosferycznych.

Pismem z dnia 23 listopada 2011 roku pozwani odstąpili od zawartych z powodem umów z jego winy, co w ocenie powoda było bezskuteczne, skoro mogło nastąpić jedynie w przypadku zwłoki wykonawcy czyli zawinionego przez niego przekroczenia wykonania przedmiotu umowy. W związku z uznaniem złożonych oświadczeń za nieważne powód wezwał pozwanych do zmiany sposobu realizacji umowy, a wobec braku reakcji pismami z dnia 7 grudnia 2011 roku odstąpił od obu umów.

Powód dochodzi od pozwanych wynagrodzenia za wykonane prace oraz kar umownych, przy czym od Powiatu (...) i Gminy T. kary umownej w wysokości 177.302,10 złotych oraz od Powiatu (...) i Gminy R. kary umownej w wysokości 9.604,43 złote.

W odpowiedzi na pozew pozwana Gmina T. wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na jej rzecz kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa procesowego wg norm przepisanych lub według spisu kosztów jeżeli zostanie złożony.

Pozwana podniosła zarzut potrącenia przysługującej jej wobec powoda wierzytelności w kwocie 1.275.025,38 złotych z tytułu kary umownej z § 14 ust. 1 akapit pierwszy pkt 1 umowy nr (...) za 29 dni opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy, liczone od dnia 25 października 2011 roku do dnia odstąpienia przez pozwanych od umowy tj. 23 listopada 2011 roku w kwocie 1.028.352,18 złotych (obliczonej jako 29 dni x 2% x 1.773.021,03 złotych) oraz z tytułu odszkodowania z tytułu kosztów usunięcia wad przedmiotu umowy wykonanego na dzień 1 grudnia 2011 roku w kwocie 246.673,20 złotych.

Pozwana przyznała, że w trakcie realizacji zleconych powodowi prac miały miejsce zmiany w zakresie projektu, jednakże nie miały one wpływu na termin wykonania prac albowiem były dostarczane powodowi w terminie umożliwiającym wykonanie umowy w sposób należyty. Dodatkowo strony przedłużyły termin wykonania umowy do dnia 25 października 2011, czyli o okres dłuższy niż ten, który upłynął od dnia wydania placu budowy do dnia, w którym możliwe było rozpoczęcia prac. Powód był informowany o sposobach rozwiązania zgłaszanych przez niego problemów, przy czym dotyczyły one jedynie przebudowy drobnych elementów infrastruktury, a powód nie był zobowiązany do dokonywania przebudowy infrastruktury sanitarnej czy telekomunikacyjnej. Ponadto w przypadku oczekiwania na decyzje zamawiającego powód mógł realizować prace w innej części.

Pozwana podniosła także, że podejmowała kilkakrotne próby dokonania odbioru częściowego, do których ostatecznie nie dochodziło z winy powoda, który przedstawiał do odbioru niekompletne elementy ścieżek, które nie nadawały się do odbioru. Proces budowlany był prowadzony przez powoda w sposób nienależyty, niezgodny ze sztuką budowlaną, a proces inwestycyjny i front robót były nienależycie zaplanowane i zorganizowane. W szczególności powód rozkopując pobocze pozbawił drogę wykonaną z kostki brukowej oparcia, nienależycie ułożył kostkę polbrukową, nie zabezpieczył prowadzonych robót, wykonał podkład z niewłaściwego kruszywa pod kostką polbrukową, na ścieżce żwirowej dokonał ułożenia geowłókniny bezpośrednio na glebie bez podkładu, na odcinku biegnącym wzdłuż poniemieckiej drogi nie oczyścił drogi do jej krawędzi przed wymalowaniem znaków poziomych, w sposób nienależyty wykonał odwodnienie drogi. Pozwana zarzuciła, że powód prowadził pracę nie dysponując odpowiednimi siłami i środkami do wykonania przedmiotu umowy.

Pozwana zaprzeczyła twierdzeniom powoda co do tego, że na opóźnienie miały wpływ warunki atmosferyczne.

Zarzuciła także, że powód wykonał umowę w sposób nienależyty, albowiem zgodnie z SSTWiORG będąc zobowiązany dokonywać badań w zakresie jakości i parametrów materiałów w laboratorium zatwierdzonym przez zamawiającego, takich badań nie dostarczał; badania dostarczył dopiero na wyraźne żądanie zamawiającego. Jednocześnie wskazała,

że strony dokonały modyfikacji art. 654 k.c. w ten sposób, że zgodnie z postanowieniami SSTWiORB (pkt 8.4 w zw. z pkt 8.3) odbiór częściowy mógł zostać dokonany jedynie gdy przedmiot odbioru spełniał wymagania określone w SSTWiORB i odnoszące się do odbioru końcowego.

Pozwana stwierdziła, że na dzień 1 grudnia 2011r. wartość prac wykonanych przez powoda wyniosła 624.311 zł. Koszt usunięcia stwierdzonych wad pozwana oszacowała na kwotę 246.673 zł. Pozwana naliczyła w związku z opóźnieniem wykonania umowy karę umowną za zwłokę wynoszącą 29 dni w kwocie 1.028.352,18 zł.

Powyższe kwoty pozwana reprezentowana przez Powiat (...) potrąciła pismem z dnia 5 sierpnia 2012 roku w wierzytelnością powoda, w związku z czym obecnie powód jest dłużnikiem pozwanej do kwoty 650.713,67zł.

Pozwana podniosła z ostrożności procesowej zarzut odnośnie braku przesłanek w zakresie stosowania art. 640 k.c. z uwagi na fakt, iż pomimo braku współdziałania ze strony zamawiającego powód mógł wykonać prace. Ponadto prace wykonane przez powoda nie przedstawiają, zdaniem pozwanej, wartości wskazanej w pozwie, zaś wynagrodzenie powoda winno ulec zmniejszeniu o kwotę, którą powód zaoszczędził przez to, że nie wykonał prac w całości (k. 666-676).

W odpowiedzi na pozew pozwani Powiat (...) i Gmina R. wnieśli o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powoda na rzecz każdego z pozwanych kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W pierwszym rzędzie kolejności podniesiono zarzut braku legitymacji biernej Powiatu (...). Powiat (...) przy zawieraniu umów występował bowiem jedynie jako pełnomocnik obu gmin na podstawie upoważnienia zawartego w § 3 ust. 1 lit f i ust. 2 lit f umowy partnerskiej z dnia 26 lutego 2010 roku, nie jest zatem stroną umowy o roboty budowlane. Zgodnie z treścią umowy partnerskiej to pozwane gminy – partnerzy są zobowiązane do współfinansowania kosztów realizacji zadania dotyczącego budowy ścieżki rowerowej. Natomiast Powiat (...) był odpowiedzialny jedynie za ogólnie pojętą reprezentację partnerstwa i koordynowanie jego działań, co wynika z treści § 3 umowy partnerskiej.

Niezależnie od podniesionego zarzutu pozwani wskazali, iż nie ma podstaw do odpowiedzialności solidarnej, albowiem ani ustawa, ani treść zawartych umów nie kreują po ich stronie solidarności biernej.

W uzasadnieniu pozwani zaprzeczyli twierdzeniom powoda w zakresie leżących po ich stronie przeszkód do terminowego wykonania zawartej przez strony umowy. Pozwani wskazali, że strony dopuściły możliwość dokonywania odbiorów częściowych, ale na zasadach określonych w pkt 8.3 SSTWiORB, zgodnie z którymi powód zobowiązany był przy odbiorze do przedłożenia odpowiednich dokumentów.

Podnieśli, że powód realizował umowy w sposób nieprawidłowy, o czym świadczy użycie niewłaściwego kruszywa i brak wymaganych badań co do użytych środków, nie stosował się do wytycznych i zaleceń inspektora nadzoru, nie dostarczał dokumentów odbiorowych. Wykonywane przez powoda prace dotknięte były wadami uniemożliwiającymi ich odbiór przez zamawiającego. Natomiast odnośnie umowy nr (...) powód nie wykonał w zasadzie żadnych prac poprzestając jedynie na wymalowaniu linii segregacyjnych.

Pozwani przyznali, że w trakcie wykonywania prac doszło do zmiany dokumentacji projektowej, a jej zaakceptowanie przez projektanta nastąpiło w dniu 11 maja 2011r., ale okoliczność ta została uwzględniona poprzez przesunięcie terminu wykonania umowy do dnia 25 października 2011r. W ocenie pozwanych nie było z jej strony przeszkód do terminowego wykonania przez powoda prac. W szczególności za takie przeszkody nie mogą zostać uznane okoliczności wskazane w pismach powoda z dnia 8 listopada 2011r., jako że powód mógł realizować prace w innej części zadania. Odnosząc się do zarzutu niedokonywania odbiorów, pozwani podnieśli, iż dokonanie odbioru nie było możliwe z uwagi na wadliwość prac i braki w dokumentacji odbiorowej.

W związku z upływem terminu do wykonania prac i nieprzedłożenia przez powoda dokumentacji odbiorowej pozwani odstąpili od umowy i naliczyli karę umowną w kwocie 1.028.352,18 zł za 29 dni zwłoki liczonej od dnia 26 października 2011r. do 23 listopada 2011r. tj. do dnia odstąpienia od umowy.

W wyniku sporządzenia inwentaryzacji pozwana ustaliła wartość prac powoda wykonywanych na podstawie umowy nr (...) na kwotę 624.311,71 zł, natomiast koszt usunięcia wad w wykonywanych przez powoda pracach na podstawie umowy nr (...) na kwotę 354,70 zł, następnie złożyła oświadczenie powodowi o potrąceniu wzajemnych wierzytelności(k.766 – 784).

Pismem procesowym z dnia 19 listopada 2013 roku (k. 1520) powód sprecyzował żądanie pozwu wskazując, że na dochodzone roszczenie składa się :

wobec Gminy T. i Powiatu (...)

- kwota 1.033.895,54 zł – tytułem wynagrodzenia za prace wykonane na podstawie umowy z dnia 11 marca 2011r. nr (...) w zakresie wykonania ścieżki rowerowej o konstrukcji z kostki betonowej o długości 2,763 km,

- kwota 263.803,87 zł - tytułem wynagrodzenia za prace wykonane na podstawie umowy z dnia 11 marca 2011r. nr (...) w zakresie wykonania ścieżki rowerowej o konstrukcji żwirowej na odcinku 2,1 km i wykonania oznakowania poziomego na nawierzchni z płyt o długości 5,380 km

- kwota 177.302,10 zł – tytułem kary umownej za odstąpienie o umowy z dnia 11 marca 2011r. nr 10/ZP/AiSO/11,

wobec Gminy R. i Powiatu (...):

- kwota 20.815,61zł - tytułem wynagrodzenia za prace wykonane na podstawie umowy z dnia 11 marca 2011r. nr (...),

- kwota 9.604,43 zł tytułem kary umownej za odstąpienie o umowy z dnia 11 marca 2011r. nr (...).

Na rozprawie w dniu 8 czerwca 2014r. powód sprecyzował żądanie w zakresie rozpoczęcia biegu terminu naliczania odsetek wskazując, że domaga się odsetek od kwot stanowiących zapłatę za wykonane roboty od dnia 27.12.2011r. (k. 1651)

Wyrokiem z dnia 27 maja 2016 roku Sąd Okręgowy zasądził od pozwanych Gminy T. i Powiatu (...) solidarnie na rzecz powoda kwotę 861.690,66 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 27 grudnia 2011 roku oraz od pozwanych Gminy R. i powiatu (...) na rzecz powódki kwotę 13843,63 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 27 grudnia 2011 roku. Sąd oddalił dalej idące żądania pozwu oraz orzekł o kosztach procesu i nieuiszczonych kosztach sądowych.

W uzasadnieniu Sąd po przedstawieniu stanowisk stron stwierdził, że za ustalone (bezsporne lub udowodnione) poczytał następujące fakty powołane przez strony:

W dniu 11 marca 2011 roku w G. Powiat (...) i Gmina R., jako zamawiający, zawarli z powodem, jako wykonawcą, umowę o roboty budowlane o nr (...), przedmiotem której była budowa ścieżki rowerowej zlokalizowanej na terenie Gminy R.. Zakres robót został szczegółowo określony w dokumentacji projektowej, przedmiarze robót i ofercie wykonawcy w postępowaniu przetargowym.

W § 7 strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 96.084,29 złotych, które miało zostać zapłacone w terminie 30 dni licząc od daty dostarczenia protokołu odbioru częściowego/ końcowego i faktury Vat. Jako płatnika w imieniu zamawiającego wskazano Urząd Gminy R.. W § 12 strony ustaliły, że wykonawca dostarczy Powiatowi G. – Liderowi zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 9.608 złotych.

W tym samym dniu Powiat (...) i Gmina T., jako zamawiający, zawarli z powodem, jako wykonawcą, umowę o roboty budowlane o nr(...) przedmiotem której była budowa ścieżki rowerowej zlokalizowanej na terenie Gminy T.. Zakres robót został szczegółowo określony w dokumentacji projektowej, przedmiarze robót i ofercie wykonawcy w postępowaniu przetargowym przeprowadzonym przez zamawiającego.

W § 7 strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 1.773.021,03 złotych, które miało zostać zapłacone w terminie 30 dni licząc od daty dostarczenia protokołu odbioru częściowego/ końcowego i faktury Vat. Jako płatnika w imieniu zamawiającego wskazano Urząd Miejski T.. W § 12 strony ustaliły, że wykonawca dostarczy Powiatowi G. – Liderowi zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 177.302,00 złotych.

Powód jako wykonawca w obu zawartych umowach został wyłoniony w drodze przetargu nieograniczonego, przeprowadzonego w oparciu o przepisy prawa zamówień publicznych przez Powiat (...) jako Lidera projektu Budowy ścieżki rowerowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą na trasie P.- M., na podstawie upoważnienia zawartego w § 3 ust. 1 lit d umowy partnerskiej z dnia 26 lutego 2010r. nr (...), Zgodnie z tym postanowieniem pozwany Powiat (...) pełniący funkcję Lidera projektu był odpowiedzialny za przeprowadzenie zamówienia publicznego w zakresie wykonawstwa i nadzoru zadania. Umowa partnerska została zawarta przez pozwanych w dążeniu do osiągnięcia celów Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa (...) na lata 2007 – 2013, między innymi w celu realizacji wspólnego zadania pod nazwą „Budowa ścieżki rowerowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą na trasie P. – M.”.

Zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zamawiającym był lider projektu tj. pozwany Powiat G.. Natomiast zgodnie z treścią pkt 2 ppkt 3 specyfikacji w imieniu zamawiającego umowę na realizację przedmiotu zamówienia zawierać miały Gmina R. i Gmina T..

Zgodnie z § 6 zawartych umów termin wykonania przedmiotu umowy został ustalony na 120 dni licząc od dnia zawarcia umowy. Teren budowy miał zostać przekazany przez zamawiającego wykonawcy na podstawie protokołu zdawczo-odbiorczego. Za podstawę wykonania przedmiotu umowy w ustalonym terminie uznano potwierdzony przez inspektora nadzoru – koordynatora wpis kierownika budowy do dziennika budowy o zakończeniu realizacji zadania. Odbiór końcowy przedmiotu umowy miał nastąpić w drodze protokołu końcowego odbioru robót i przekazania do eksploatacji. Zamawiający dopuścił możliwość odbiorów częściowych.

Zgodnie z § 9 zawartych umów wykonawca miał obowiązek utrzymywania terenu budowy w stanie wolnym od przeszkód komunikacyjnych oraz usuwania i składowania wszelkich urządzeń pomocniczych i zbędnych materiałów, odpadów i śmieci oraz niepotrzebnych urządzeń prowizorycznych w wyznaczonych miejscach zabezpieczając przed dostępem osób trzecich.

W § 14 zawartych umów strony ustanowiły kary umowne. Zgodnie z ust. 1 tego paragrafu wykonawca miał zapłacić zamawiającemu:

- 1) za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy powstałą z winy wykonawcy w wysokości 2% wynagrodzenia brutto ustalonego w umowie za każdy dzień zwłoki
- 2) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi za wady – w wysokości 1% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki liczonej od terminu wyznaczonego na usunięciu wad
- 3) za rozwiązanie umowy z przyczyn zawinionych przez wykonawcę w wysokości 10% wynagrodzenia brutto

Zamawiający miał zapłacić wykonawcy:

- 1) za zwłokę w przeprowadzeniu odbioru w wysokości 1% wartości wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki, licząc od następnego dnia po terminie, w którym odbiór miał być zakończony
- 2) z tytułu rozwiązania umowy z przyczyn zależnych od zamawiającego w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto.

W pkt 8 ppkt 3 Szczegółowej specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych stwierdzono, że odbiór częściowy polega na ocenie ilości i jakości wykonanych części robót. Odbioru częściowego robót dokonuje się wg zasad jak przy odbiorze ostatecznym robót. Odbioru dokonuje inżynier. W pkt 8.4.2 szczegółowych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych w sposób szczegółowy określony został zakres dokumentów, jakie wykonawca jest zobowiązany przedłożyć do odbioru ostatecznego. Odbioru ostatecznego miała dokonać komisja powołana przez zamawiającego w obecności inżyniera i wykonawcy.

W dniu 7 kwietnia 2011 roku na podstawie protokołu nastąpiło przejście przez powoda od pozwanych Powiatu (...), Gminy R. i Gminy T. placu budowy dla inwestycji: budowa ścieżki rowerowej na trasie P.-M. wraz z infrastrukturą.

W dniu 29 kwietnia 2011 roku na radzie budowy powód został poinformowany o zmianie dokumentacji projektowej w zakresie technologii wykonania konstrukcji ścieżki rowerowej. Wykonawca zgłosił problemy z wytyczeniem projektowanej ścieżki rowerowej na podstawie współrzędnych geodezyjnych zamieszczonych na planszy tyczenia oraz oświadczył, że zakładany harmonogram robót jest nieaktualny i stwierdził, że opóźnienie do zakładanego harmonogramu wyniosło około 4 tygodnie.

W trakcie realizacji prac dochodziło do kolejnych zmian projektu; zobowiązano powoda do wykonania planu przebrukowania. W projekcie ścieżki żwirowej dokonano zmian w dniu 18 maja 2011r., 24 maja 2011r. 1 lipca 2011r., 23 sierpnia 2011, 22 września 2011r., 12 lipca 2011r. Zmian w projekcie ścieżki z kostki betonowej dokonano w dniu 18 i 24 maja 2011r. Zmiany projektowe uzasadniały wstrzymanie robót na niektórych odcinkach wykonywanych przez powoda, ale możliwe było w tym czasie wykonywanie innych robót. Zmiany w dokumentacji projektowej przyczyniły się do opóźnienia w realizacji robót o 3 dni.

Zmiana przebiegu ścieżki rowerowej uzasadniała wstrzymanie robót, albowiem niezbędna była decyzja projektanta, co spowodowało zwłokę w realizacji robót liczącą sześć dni.

W dniu 1 lipca 2011r. projektant złożył oświadczenie o nieistotności zmian w projekcie. Z uwagi na zmiany projektowe powód do realizacji zamówienia przystąpił na początku lipca 2011r.

Prace były jednocześnie prowadzone na na terenie Gminy R. oraz Gminy T.. Na terenie placu budowy w R. pracowało jednocześnie 10 – 20 pracowników powoda. Zdarzało się, że wsparcia udzielali robotnicy, którzy realizowali inne prace na terenie gminy T..

W dniu 12 lipca 2011r. strony uzgodniły zasady cząstkowego odbioru robót, a powód zobowiązany został do przedłożenia projektu tymczasowej organizacji ruchu w terminie do 14 lipca 2011r. Powód informował zamawiającego o braku możliwości odebrania projektu z uwagi na brak środków za jego zapłatę wskazując, że z uwagi na niedokonywanie częściowych odbiorów przez zamawiającego został pozbawiony dopływu środków finansowych.

W dniu 5 sierpnia 2011r. powód zwrócił się do Zarządu Dróg Powiatowych w G. o zatwierdzenie projektu tymczasowej organizacji ruchu. Projekt został zatwierdzony we wrześniu 2011r..

W dniu 17 sierpnia 2011r. na wniosek powoda wyznaczony został termin odbioru częściowego. Zamawiający odmówił dokonania odbioru wskazując między innymi na brak zatwierdzenia projektu tymczasowej organizacji ruchu. W tej sytuacji przedstawiciele pozwanych odmówili podpisania dokumentów uprawniających powoda do wystawienia faktury cząstkowej. Kolejne nieudane próby dokonania odbioru miały miejsce w dniach 23 sierpnia 2011r. i 21 października 2011r. Pozwani nie odebrali prac wykonanych przez powoda powołując się na złą jakość ich wykonania. Powód nie otrzymywał wynagrodzenia za wykonywane kolejne etapy prac.

Złe warunki atmosferyczne przyczyniły się do opóźnienia w realizacji robót łącznie przez okres 75 dni.

Zmiany w zakresie wyposażenia miejsc wypoczynku i małej architektury przyczyniły się do opóźnienia w realizacji robót o jeden dzień roboczy. Niejasności w zakresie miejsca postojowo widokowego oraz brak zatwierdzonej tymczasowej organizacji ruchu spowodowały opóźnienie i przesunięcie prac o minimum dwa tygodnie.

Zmiana szerokości zjazdu do lasu miała wpływ na opóźnienie w realizacji robót; możliwe było prowadzenie innych robót w tym czasie, ale wiązało się ze zwłoką wynoszącą jeden dzień.

W dniu 7 października 2011 roku przeprowadzone zostały oględziny w terenie z udziałem przedstawiciela nadzoru autorskiego, sekretarza Powiatu (...), przedstawiciela zamawiającego, inżyniera kontraktu oraz wykonawcy w celu dokonania uzgodnień proponowanych przez zamawiającego zmian w dokumentacji projektowej dotyczących szerokości zjazdów do lasu. W tym czasie powód wykonał już około 60% zjazdów. W trakcie spotkania uzgodniono między innymi, że nadzór autorski w terminie do dnia 20 października przedłoży rysunki zamiennne na uzgodnione zmiany. Inspektor nadzoru stwierdził, że powód układa kostkę brukową na podbudowie zawierającej domieszkę gruzu ceglanego i poinformował, że nie jest to prawidłowe. Ponadto zamawiający zaaprobował wniosek wykonawcy w przedmiocie przedłużenia terminu wykonania zamówienia.

Jeszcze tego samego dnia, na wniosek powoda, zawarty został z Powiatem (...) i Gminą T. aneks do umowy z dnia 11 marca 2011 roku o nr (...) zgodnie z którym strony dokonały przedłużenia wykonania przedmiotu umowy do dnia 25 października 2011 roku. Ponadto ustaliły, że aneks wchodzi w życie z mocą obowiązującą od dnia 14 lipca 2011 roku. Powodem przedłużenia terminu wykonania robót były zmiany projektowe dokonywane przez pozwane.

Do dnia 20 października 2011r. pozwane nie przedłożyły powodowi dokumentacji zamiennej w zakresie zjazdów do lasu, do czego zobowiązały się na radzie budowy w dniu 7 października 2011r.

Nie wszystkie materiały przedstawiane przez powoda miały odpowiednie atesty i nie spełniały wymagań przewidzianych w umowach. Zastosowane materiały podbudowy ścieżki z kostki betonowej i konstrukcji żwirowej nie były zgodne z warunkami umowy i zasadami sztuki budowlanej. Mimo to nawierzchnia ścieżki z kostki betonowej nie wykazuje odkształceń, występują prawidłowe spadki, brak jest zastoin wody nawet przy intensywnych opadach deszczu. Zastrzeżenia budzi stan nawierzchni przy ul. (...) przy krawędzi ścieżki. Powód nieprawidłowo wykonał malowanie linii oddzielających.

Celem dokonania częściowego odbioru wykonanych przez powoda robót w dniu 21 października 2011r. zebrała się komisja, w skład której wchodził między innymi przedstawiciel pozwanych Gminy R., Gminy T. i Powiatu (...). Komisja odmówiła dokonania odbioru częściowego z uwagi na brak dokumentacji odbiorowej.

Powód poinformował pozwany Powiat (...), że wstrzymuje wszelkie prace przy budowie ścieżki rowerowej z uwagi na: brak środków finansowych na kontynuowanie budowy spowodowany postawą inwestora, brak zamiennnej dokumentacji projektowej na zmiany uzgodnione w dniu 7 października 2011r., brak decyzji zamawiającego w przedmiocie przebudowy kanalizacji sanitarnej i telekomunikacyjnej, brak wytycznych zamawiającego w kwestii urządzeń małej architektury. Powód wystawił i przesłał pozwanej Gminie T. podpisany przez siebie jednostronnie protokół odbioru częściowego oraz fakturę Vat na kwotę 174.796,75 zł netto (215.000,00 zł brutto). Pozwani Powiat (...) i Gmina T. odmówili dokonania zapłaty z uwagi na brak protokołu odbioru robót podpisanego przez obie strony umowy.

Pismem z dnia 8 listopada 2011r. powód wezwał pozwanych Powiat (...) oraz Gminę T. do zmiany sposobu realizacji przypisanych obowiązków umownych poprzez :

- wydanie rysunków zamiennych na zmiany uzgodnione w dniu 7 października 2011r.
- wydanie decyzji w sprawie przebudowy kanalizacji sanitarnej i telekomunikacyjnej o której mowa w notatce służbowej z dnia 7 października 2011r.,



- przedłożenie szczegółowych typów i rodzajów elementów wyposażenia miejsc odpoczynku i małej architektury. Na wykonanie powyższych czynności powód określił pozwanym termin do dnia 10 listopada pod rygorem odstąpienia od umowy z ich winy.

Powyższe pismo zostało doręczone pozwanym Powiatowi (...) i Gminie T. w dniu 8 listopada 2011r.

Pismem z dnia 8 listopada 2011r. powód wezwał pozwanych Powiat (...) oraz Gminę R. do zmiany sposobu realizacji przypisanych obowiązków umownych poprzez - przedłożenie szczegółowych typów i rodzajów elementów wyposażenia miejsc odpoczynku i małej architektury. Na wykonanie powyższych czynności powód określił pozwanym termin do dnia 10 listopada pod rygorem odstąpienia od umowy z ich winy.

Powyższe pismo zostało doręczone pozwanym Powiatowi (...) i Gminie T. w dniu 8 listopada 2011r.

W związku z upływem terminu do wykonania przez powoda prac pozwani Powiat (...) i Gmina T. wyznaczyły termin odbioru końcowego, który odbył się w dniu 23 listopada 2011r. W trakcie sporządzania protokołu pozwani zawiadomili powoda, że w związku z brakiem możliwości i woli wykonania w pełni przedmiotu umowy, odstępują z winy wykonawcy od umów (...) z dnia 11 marca 2011 roku. W związku ze złożeniem powyższych oświadczeń sporządzona została przez inspektora nadzoru budowlanego inwentaryzacja wykonanych przez powoda prac oraz dokonany został przez zamawiającego przegląd wykonanych prac. Zamawiający stwierdził, że odbiorowi mogą podlegać prace związane z budową ścieżki rowerowej wykonanej wzdłuż ul. (...) zgodnie z umową nr (...), przy czym nie zostały one wykonane w całości; stwierdził też liczne usterki. Roboty wykonane na podstawie umowy nr (...) nie mogły, zdaniem Zamawiającego, stanowić przedmiotu odbioru z uwagi na złą jakość oraz wykonany zakres.

Pismem z dnia 7 grudnia 2011 roku powód poinformował pozwanych Powiat (...) i Gminę T., iż z uwagi na niedostarczenie rysunków zamiennych i uzupełniających na zmiany w stosunku do dokumentacji projektowej oraz nieotrzymania decyzji w sprawie przebudowy kanalizacji sanitarnej i telekomunikacyjnej, a także szczegółowych wytycznych dotyczących elementów wyposażenia miejsc odpoczynku i małej architektury odstępuje od umowy z dnia 11 marca 2011r, nr (...) z ich winy.

Powód poinformował także pozwanych Powiat (...) i Gminę R., że z uwagi na niedostarczenie przez nich szczegółowych wytycznych dotyczących elementów wyposażenia miejsc odpoczynku i małej architektury, pomimo upływu dodatkowego terminu odstępuje od umowy z dnia 11 marca 2011r. nr (...) z ich winy.

Powód wezwał pozwanych Powiat (...) i Gminę T. do zapłaty kwoty 1.297.699,40 złotych w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania tytułem zapłaty za roboty budowlane polegające na budowie ścieżki rowerowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą na trasie P.-M.. Powyższe wezwania do zapłaty zostało doręczone Gminie T. dniu 19.12.2011r.

Powód wezwał także pozwanych Powiat (...) i Gminę R. do zapłaty kwoty 20.815,61 złotych w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania tytułem zapłaty za roboty budowlane polegające na budowie ścieżki rowerowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą na trasie P.-M.. Powyższe wezwania do zapłaty zostało doręczone Gminie R. dniu 19.12.2011r.

Pozwane Gminy R. i T. odmówiły zapłaty uznając roszczenia powoda za bezzasadne.

Pismami z dnia 31 stycznia 2012 roku powód wezwał pozwanych:

- Powiat (...) do zapłaty kwoty 1.297.699,40 złotych za roboty budowlane wykonane na podstawie umowy nr (...), kwoty 177.302,10 złotych tytułem kary umownej za odstąpienie od tej umowy z przyczyn zależnych od zamawiającego, kwoty 20.815,61 złotych tytułem zapłaty za roboty budowlane wykonane na podstawie umowy nr (...) oraz kwoty 9.604,43 złote tytułem kary umownej za odstąpienie od tej umowy z przyczyn zależnych od zamawiającego; wezwanie do zapłaty zostało doręczone tej pozwanej w dniu 3 lutego 2012r.;

- Gminę T. do zapłaty kwoty 1.297.699,40 złotych za roboty budowlane wykonane na podstawie umowy nr (...), kwoty 177.302,10 złotych tytułem kary umownej za odstąpienie od tej umowy z przyczyn zależnych od zamawiającego; wezwanie do zapłaty zostało doręczone tej pozwanej w dniu 8 lutego 2012r.;

-Gminę R. do zapłaty kwoty 20.815,61 złotych za roboty budowlane wykonane na podstawie umowy nr (...) oraz kwoty 9.604,43 złote tytułem kary umownej za odstąpienie od tej umowy z przyczyn zależnych od zamawiającego; wezwanie do zapłaty zostało doręczone tej pozwanej w dniu 3 lutego 2012r.

Powód wyznaczył pozwanym do zapłaty siedmiodniowy termin liczony od dnia otrzymania wezwania.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2012 roku pełnomocnik pozwanego Powiatu (...), powołując się na uprawnienie Powiatu do reprezentowania Gminy R. i Gminy T. wynikające z § 3 umowy partnerskiej, złożył oświadczenie o potrąceniu przysługujących Gminie T. wierzytelności w wysokości 1.275.025,38 zł z tytułu kary umownej i odszkodowania z wierzytelnością powoda w wysokości 624.311,71 zł i wezwał powoda do zapłaty na rzecz Gminy R. kwoty 56.083,42 złote tytułem odszkodowania i kary umownej za zwłokę w wykonaniu zawartej umowy z dnia 11 marca 2011 r. oraz do zapłaty na rzecz Gminy T. kwoty 650.713,67 złotych tytułem kary umownej należnej Gminie T. za zwłokę w wykonaniu zawartej umowy z dnia 11 marca 2011r.

Powód zakwestionował skuteczność potrącenia i odmówił dokonania zapłaty na rzecz pozwanych.

Wartość robót wykonanych przez powoda do dnia 1 grudnia 2011r. przy uwzględnieniu wysokości wynagrodzenia przewidzianego w umowie i cen jednostkowych przyjętych w kosztorysie ofertowym powoda na podstawie umowy z dnia 11 marca 2011r. o nr (...) wynosi 13.843,63 złote netto.

Wartość robót wykonanych przez powoda na podstawie umowy nr (...) wynosi 865.572,41 złotych netto, a koszt usunięcia istniejących w nim wad wyniósł 3.881,75 złotych netto.

Sąd wyjaśnił, że dokonał ustaleń faktycznych na podstawie dokumentów, których autentyczność nie była przez strony kwestionowana, zeznań świadków, filmu na płycie DVD, przesłuchania strony oraz opinii biegłego z zakresu budownictwa drogowego J. K.. Brak było podstaw do odmowy wiarygodności zeznaniom świadków; ewentualne rozbieżności między tymi zeznaniami wynikały z odmiennej interpretacji postanowień łączących strony umów i związanej z tym oceny prawidłowości wykonania zobowiązania przez powoda – wykonawcę robót.

Sąd stwierdził, że nie znalazł podstaw do oddalenia, na podstawie art. 479<sup>12</sup> §1 k.p.c., wniosków powoda o dopuszczenie dowodów z dokumentów i filmu, zgłoszonych już po wniesieniu pozwu w kolejnych pismach procesowych. Zdaniem Sadu istotnym było to, że pisma te złożone zostały przed doręczeniem pozwu, a sprawa pierwotnie rozpoznawana była w Wydziale Cywilnym. Wobec wątpliwości co do oceny gospodarczego charakteru sprawy, w której stroną są jednostki samorządu terytorialnego, potrzeba zgłoszenia wszystkich twierdzeń i dowodów niewątpliwie pojawiła się zdaniem Sadu Okręgowego z chwilą przekazania sprawy do Wydziału Gospodarczego.

Dokonując oceny prawnej powództwa w oparciu o przedstawione ustalenia faktyczne Sąd uznał, że powództwo okazało się zasadne jedynie co do części roszczenia dotyczącego wartości prac wykonanych przez powoda na podstawie dwóch umów.

Oceniając podstawę, na jakiej winno nastąpić rozliczenie stron, Sąd miał na uwadze, że do odstąpienia od umowy doszło na skutek złożenia przez powoda pisma z dnia 7 grudnia 2011 roku. Wcześniejsze oświadczenia pozwanych o odstąpieniu od zawartych z powodem umów, zawarte w piśmie z dnia 23 listopada 2011 roku, Sąd uznał za nieskuteczne stwierdzając, że pozwani w tym piśmie nie powoływali się, uzasadniając przyczyny złożenia oświadczenia o odstąpieniu, na fakt uchybienia terminowi realizacji robót, na co wskazywali w toku procesu, określając jako podstawę tego odstąpienia przepis art. 635 k.c.

Zgodnie z tym przepisem 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. Pozwani w piśmie z dnia 23 listopada 2011r. wskazywali jedynie enigmatycznie na brak możliwości prowadzenia robót. Wskazane pismo było poprzedzone wprawdzie wezwaniem powoda do zakończenia robót, ale z uwagi na to, że w pewnym zakresie roboty te nie mogły być kontynuowane przez powoda, powyższe wezwanie należy uznać za nieskuteczne.

Wobec skutecznego złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy przez powoda wzajemne rozliczenie winno nastąpić na podstawie art. 494 k.c. Zgodnie z treścią § 1 powołanego przepisu strona, która odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy, a druga strona obowiązana jest to przyjąć. Strona, która odstępuje od umowy, może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, lecz również na zasadach ogólnych naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. Zważywszy na treść powołanego przepisu, jak i treść łączących strony umów z dnia 11 marca 2011r. strona powodowa powinna otrzymać od pozwanych zwrot wartości wykonanych przez nią na rzecz pozwanych robót.

Sąd ustalił zakres i wartość robót wykonanych przez powoda na podstawie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa drogowego. Sąd wyjaśnił, że wprawdzie opinia pisemna nie zawierała pełnego uzasadnienia przyjętych wniosków, niemniej na rozprawie biegły wyjaśnił kwestie budzące wątpliwości i odniósł się do zarzutów pozwanych, zgłoszonych już po sporządzeniu przez niego pisemnej opinii uzupełniającej. Wyjaśnienia te świadczą o tym, że w rzeczywistości ustalenia i wnioski biegłego zostały poprzedzone analizą całego materiału dowodowego, mimo braku należytego odzwierciedlenia tego w pisemnej opinii. Wyjaśnienie tych kwestii dopiero na rozprawie nie pozbawia opinii waloru dowodowego. Biegły w szczególności wyjaśnił, że dokonując ustaleń co do zakresu robót korzystał – wbrew zarzutom pozwanych - z dokumentu w postaci inwentaryzacji robót, który jednakże konfrontował z dokumentacją fotograficzną, jak i filmem obrazującym ścieżkę rowerową, który odtwarzał „klatka po klatce”. Nie dezawuuje opinii biegłego sam tylko fakt, że wartość robót, czy też koszt naprawy odbiega znacząco od wartości obliczonych przez zamawiającego. Pozwani nie podważyli skutecznie daty sporządzenia przez powoda filmu obrazującego przebieg ścieżki rowerowej, ograniczając się do podniesienia zarzutu w tym zakresie, nie wykazali też, by niektóre odcinki ścieżki nie zostały ujęte w filmie.

Wprawdzie biegły wskazał, że zastosował do obliczenia wartości robót stawki roboczogodziny i narzuty według katalogu SEKOCENBUD, niemniej w trakcie ustnego wyjaśnienia opinii okazało się, że w istocie pokrywały się one ze stawkami przyjętymi w kosztorysie ofertowym powoda, co pozwalało uznać te obliczenia za wykonane zgodnie z tezą dowodową wskazaną w postanowieniu z dnia 2 grudnia 2014 r. Sąd podkreślił, że pozwane nie wykazały rozbieżności pomiędzy zastosowanymi stawkami a stawkami z kosztorysu ofertowego, brak jest zatem podstaw do podważenia wyjaśnień biegłego w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze za niezasadny uznano wniosek pozwanych o zlecenie biegłemu J. K. kolejnej opinii uzupełniającej, jak również wniosek o dopuszczenie dowodu z innego biegłego oraz z instytutu naukowo – badawczego. Ten ostatni wniosek został uwzględniony w postanowieniu z dnia 30 grudnia 2014 r. (k. 1754), jednakże z pisma Instytutu (...) z dnia 19.01.2015 wynika, że nie może podjąć się sporządzenia opinii, nie należy bowiem do jego specjalizacji zagadnienia organizacji prac i kosztorysowanie, które stanowią większość zagadnień. Pozwane nie wskazały nawet kandydatur ewentualnego innego biegłego, co jest o tyle istotne, że liczba biegłych z zakresu budownictwa drogowego, (uwzględniając listy biegłych sądowych przy innych sądach okręgowych), jest ograniczona.

Sąd wskazał, że przyjął ostatecznie wartości robót wykonanych przez powoda w kwotach netto przede wszystkim z uwagi na fakt, że powód nie wystawił żadnej faktury końcowej, co nie pozwala uznać, że zapłacił podatek Vat, który miałby być doliczony do wartości robót przez biegłego. Sąd miał też na uwadze fakt, że w przypadku odstąpienia od umowy powodowi nie przysługuje roszczenie o zapłatę wynagrodzenia z tytułu umowy, lecz – zgodnie z art. 494 k.c. - jedynie roszczenie o zwrot świadczenia, które spełnił, a zatem zwrot wartości wykonanych robót. Wprawdzie biegły

nie dokonał odrębnego wyliczenia dla każdej z umów zawartych z pozwanymi gminami, jednakże strony były zgodne co do tego, którego odcinka (której umowy) dotyczą poszczególne części kosztorysu biegłego.

Z tych względów Sąd uwzględnił powództwo co do robót wykonanych na terenie Gminy R. – w części co do kwoty 13.843,63 zł (kosztorysy biegłego k. 1869, zaś co do robót wykonanych na terenie Gminy T. – co do kwoty 861.690,66 zł stanowiącej różnicę wartości wykonanych robót i kosztów usunięcia wad: 865,572,41 zł – 3.881,75 zł (kosztorys biegłego k. 1870 i nast. oraz kosztorys robót poprawkowych k. 1812 i nast.).

Odnosnie roszczenia powoda o zapłatę kar umownych za odstąpienie z przyczyn leżących po stronie zamawiającego Sąd wskazał, że zgodnie z treścią art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Kara umowna przysługuje zatem tylko w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że w § 14 ust. 1 pkt 2 umów z dnia 11 marca 2011 r. przewidziano kary umowne za rozwiązanie umowy z przyczyn zależnych do zamawiającego. Sąd wskazał, że przyjmując, że strony ujmowały pod tym sformułowaniem także przypadki odstąpienia od umowy, (do czego jednak zdaniem Sadu brak podstaw uwzględniając choćby jednostronny charakter czynności związanej z odstąpieniem od umowy), postanowienia dotyczące kar umownych mogą być rozumiane w ten tylko sposób, że w istocie chodzi o karę za niewykonanie czy nienależyte wykonanie umowy w związku z odstąpieniem od umowy/ rozwiązaniem umowy.

Niewykonanie zobowiązania po stronie pozwanych - na skutek odstąpienia od umowy - sprowadzało się w istocie do niedokonania zapłaty wynagrodzenia, a zatem niewykonania zobowiązania pieniężnego. W konsekwencji stwierdzić należy, że takie określenie w umowach z dnia 11 marca 2011r. przesłanek zapłaty kary umownej było niedopuszczalne, albowiem stało w sprzeczności z treścią art. 483 k.c., który to przepis uprawnia do żądania kary umownej jedynie w przypadku niewykonania zobowiązania niepieniężnego. Na tej podstawie żądanie powoda co do pozwanych w zakresie zapłaty kar umownych nie zostało przez Sąd uwzględnione.

Oceniając zasadność podniesionego przez pozwanych zarzutu potrącenia wierzytelności z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu umowy Sąd wziął pod uwagę, że oświadczenie o potrąceniu zostało sformułowane jeszcze przed doręczeniem pozwu - pismem z dnia 5 sierpnia 2012 roku. Złożone zostało przez pełnomocnika Powiatu (...), który powołał się na uprawnienie do reprezentowania Gmin T. i R. jakie miało wynikać z paragrafu 3 umowy partnerskiej. Analiza treści wskazanej umowy i powołanego postanowienia nie daje, w ocenie Sądu, podstawy do przyjęcia, że Powiat (...) był uprawniony do składania tego rodzaju oświadczeń w imieniu gmin R. i T.. W powołanym paragrafie 3 ust. 1 pkt 2 mowa jest o tym, że lider projektu, tj. Powiat (...), jest uprawniony jedynie do przeprowadzenia zamówienia publicznego w zakresie wykonawstwa i nadzoru. Nie sposób z tego wywodzić umocowania do składania jakichkolwiek oświadczeń woli na etapie realizacji robót czy już po zakończeniu robót. Z tego też powodu złożone przez niego oświadczenie o potrąceniu nie mogło zostać uznane za skuteczne.

Brak było przy tym podstaw do uznania, że podniesiony w toku procesu zarzut potrącenia obejmuje także skuteczne złożenie oświadczenia o charakterze materialnoprawnym. Oświadczenia te zawarte zostały w odpowiedziach na pozew, które wysłane były bezpośrednio do pełnomocnika strony powodowej, który - co do zasady - nie jest uprawniony do odbioru materialnoprawnych oświadczeń o potrąceniu. Pełnomocnik procesowy z mocy ustawy jest uprawniony do dokonywania jedynie tych czynności prawa materialnego, które wynikają z treści art. 91 k.p.c. Nie dotyczy to innych czynności materialnoprawnych, w szczególności oświadczenia o potrąceniu składanego w toku procesu. O ile, co do zasady, z treści pełnomocnictwa procesowego można wyprowadzić wniosek, że pełnomocnik jest też umocowany do składania oświadczeń woli o potrąceniu w imieniu mocodawcy, gdyż zawsze jest to działanie na korzyść mocodawcy, o tyle nie można przyjąć, iż pełnomocnictwo procesowe obejmuje odbieranie tego typu oświadczeń kierowanych do mocodawcy. W tym przypadku wykładnia celowościowa ustawowego zakresu pełnomocnictwa procesowego sprzeciwia się przypisaniu rozszerzonych uprawnień pełnomocnikowi procesowemu do przyjmowania w imieniu mocodawcy materialnoprawnych oświadczeń kształtujących. (vide: wyrok Sądu Najwyższego

z 12 października 2007r., VCSK 171/07, Lex 485894). Z tych względów również oświadczenia o potrąceniu złożone przez pełnomocników pozwanych, a skierowane do pełnomocnika powoda, który nie był umocowany do ich przyjęcia w imieniu powoda, nie mogły zostać uznane za skuteczne.

Niezależnie od powyższej argumentacji Sąd uznał, że nie wykazano w toku postępowania istnienia wierzytelności wzajemnej przedstawionej do potrącenia, co nie pozwalało na uznanie, że spełnione zostały warunki skuteczności złożonego oświadczenia o potrąceniu przewidziane w art 498 §1 k.c..

W pierwszej kolejności Sąd stwierdził w tym zakresie, że nie zostały spełnione przesłanki kary umownej, na które powoływała się strona pozwana. W paragrafie 14 ust. 1 pkt 1 umowy, który pozwane wskazały jako podstawę naliczenia kar umownych, przewidziano karę za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy powstałą z winy wykonawcy. Takie sformułowanie wskazuje, że to na pozwanej ciążył obowiązek wykazania faktu opóźnienia oraz zawinięcia powoda co do tego opóźnienia. Tymczasem z materiału dowodowego, w szczególności z zeznań świadków, wynika, że były wprawdzie braki kadrowe i problemy ze sprzętem po stronie powoda, jednakże główną przyczyną opóźnienia, o czym świadczą zarówno dokumenty, jak i opinia biegłego z zakresu budownictwa, były zmiany do projektu oraz niekorzystne warunki atmosferyczne.

Z notatki sporządzonej w dniu 7 października 2011 roku wynikało, że brak jest rozwiązań rysunków zamiennych co do wjazdów do lasu, które miały zostać poszerzone. Strona pozwana nie przedstawiła dowodu z którego wynikałoby, że takie rysunki zamienne były kiedykolwiek powodowi dostarczone. Świadkowie Ł. S., A. S., B. B. (J.) i I. W. zeznali, że nie pamiętają lub nie wiedzą, czy pozwani zrealizowali postanowienia z tej notatki. Również biegły sporządzający opinię w niniejszej sprawie i analizujący dokumentację zawartą w aktach niniejszej sprawy nie stwierdził istnienia takich rysunków. Dodatkowo nie zostały zrealizowane przez zamawiających inne postanowienia odnoszące się do kwestii wymienionych w notatce z dnia 7 października 2011 r., między innymi rodzaju i lokalizacji urządzeń małej architektury. Do czasu złożenia oświadczenia o odstąpieniu kwestie te nie zostały w sposób definitywny rozstrzygnięte w taki sposób, który umożliwiłby powodowi prowadzenie tych robót. Nie sposób zatem twierdzić, że z winy powoda doszło do opóźnienia robót, skoro faktycznie jeszcze w październiku i listopadzie w tym zakresie nie mógł on robót prowadzić. Nie zostały tym samym spełnione przewidziane w zawartych przez stronę umowach przesłanki do naliczenia kar umownych za zwłokę w realizacji robót z winy powoda.

Nie zasługiwała, zdaniem sądu, na uwzględnienie argumentacja pozwanych co do przedłużenia terminu realizacji robót do dnia 25 października 2011 r. w aneksie z dnia 7 października 2011 r. Zauważyć trzeba, że przedłużenie terminu dokonane wówczas nie uwzględniało zdarzeń, które nastąpiły już po złożeniu wniosku powoda o przedłużenie terminu. Okres przedłużenia realizacji umowy obejmował w zasadzie ten czas, który upłynął od dnia zawarcia umowy tj. 11 marca 2011 r. do 3 lipca 2011r., kiedy złożono dokumentację uzupełniającą. Także biegły, po zapoznaniu się z wpisami w dzienniku budowy, przyznał w trakcie ustnego wyjaśnienia opinii, że do dnia 3 lipca 2011 r. nie można było wykonywać robót z kostki brukowej (k. 1922). Za przekonujące sąd uznał wyjaśnienia biegłego co do tego, że każda zmiana dokumentacji, zarówno istotna jak i nieistotna, może powodować opóźnienie w realizacji robót, związanej z koniecznością zgłoszenia tego faktu, oczekiwania na decyzję projektanta. Sąd zwrócił uwagę na to, że nie zawsze można tego uniknąć poprzez podjęcie pracy na innym froncie robót, co wynika choćby z konieczności przemieszczenia sprzętu, ludzi. Istotne jest także i to, że w październiku trudno było znaleźć inne fronty robót, skoro prace zmierzały ku końcowi.

Zauważyć też trzeba, że w samym aneksie przedłużającym umowę wskazano że wchodzi on w życie z mocą obowiązującą od 14 lipca 2011r., co świadczy o tym, że uwzględniono w nim przyczyny opóźnienia występujące w pierwszym okresie prowadzenia robót. Sąd miał też na uwadze, że już z protokołu przekazania placu budowy z dnia 7 kwietnia 2011 r. (k. 67) wynikało, że rozpoczęcie robót mogło nastąpić dopiero po blisko miesiącu od zawarcia umowy. Ponadto w notatce z rady budowy z dnia 29 kwietnia 2011r.(k. 70) wskazano na dokonanie koniecznych zmian, co faktycznie uniemożliwiało powodowi rozpoczęcie robót aż do początku lipca.

Odnosząc się do wiarytelności obejmującej odszkodowanie z tytułu kosztów usunięcia wad przedmiotu umowy, Sąd miał na uwadze fakt, że na pierwszej rozprawie pozwani przyznali, że prace naprawcze w tym zakresie zostały wykonane już w lipcu 2012 roku. W takiej sytuacji, gdy strona zgłaszała do potrącenia roszczenie z tytułu kosztów usunięcia wad, powinna była wykazać faktyczne poniesione koszty. Wniosków dowodowych na tę okoliczność jednak nie zgłoszono. Świadek I. W. zeznał wprawdzie, że kwota ta oscylowała w granicach 150.000 złotych, niemniej koszty te nie zostały wykazane. Sąd uwzględnił zatem, jeśli chodzi o koszty usunięcia wad, jedynie takie kwoty, jakie wskazał w swojej opinii biegły sądowy.

Biegły w szczególności wskazał, że mimo zastosowania materiałów o niedostatecznej wytrzymałości efekt końcowy jest prawidłowy, co potwierdziły oględziny wykonywane w czasie deszczu, wskazujące na zachowanie właściwych spadków i brak zagłębień (k. 1917). Nieuzasadnione okazały się także zarzuty pozwanych dotyczące nieprawidłowego oczyszczenia nawierzchni ścieżki. Z ustnego wyjaśnienia opinii biegłego (k. 1918) i postanowień Szczegółowej specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych nie wynikało, by to na powódzie ciążył obowiązek czyszczenia krawędzi rozumiany jako usunięcie wszystkich narośli, korzeni, które powstawały przez wszystkie poprzednie lata. W specyfikacji bowiem przewidziano czyszczenie mechaniczne, a takie nie pozwalało na usunięcie wszystkich zanieczyszczeń. Niejasne zapisy specyfikacji nie powinny powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawcy robót, stosującego się do tych postanowień. Biegły wyjaśnił, że powód wykonał swój obowiązek w takim zakresie, w jakim było to możliwe przy zastosowaniu mechanicznej szczotki.

Sąd nie uwzględnił zarzutu braku legitymacji biernej Powiatu (...) mając na uwadze, że przetarg był ogłoszony przez Powiat (...), że był on stroną umów zawieranych z powodem, zarówno tej dotyczącej Gminy R. jak i Gminy T.. Przedstawiciele Powiatu uczestniczyli czynnie w realizacji umowy, w czynnościach odbiorowych, kierowali też w trakcie realizacji robót pisma do wykonawcy. Sąd stwierdził, że okoliczności te mają istotne znaczenie z punktu widzenia treści art. 15 i 16 ustawy dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. , poz. 2164). Sąd wskazał, że przepisy art. 15 ust. 2 i 3 stanowią, że zamawiający może powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej i wtedy ta osoba trzecia działa jako pełnomocnik zamawiającego. Z ogłoszenia w sprawie zamówienia publicznego nie wynika zdaniem Sądu Okręgowego, by Powiat (...) był pełnomocnikiem Gmin R. i T.. Wskazano w nim jedynie, że działa we współpracy i na rzecz Gmin R. i T.. Jednakże już na stronie 17 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (k. 826) wskazano, że umowy będą zawarte w imieniu zamawiającego przez Gminę R. i T.. Te dwa zapisy pozostają ze sobą w sprzeczności; można byłoby z nich wnosić, że to Gminy R. i T. miały by być pełnomocnikami Powiatu (...), w imieniu którego byłaby zawarta umowa.

Niezależnie zatem od tego, jaka była wola stron umowy partnerskiej, czyli Gmin R. i T. oraz Powiatu (...), z punktu widzenia odbiorcy nie sposób było wyprowadzić wniosku, że Powiat jest pełnomocnikiem dwóch gmin. W samych umowach o roboty budowlane Powiatu nie określano jako zamawiającego, poprzestając jedynie na określeniu „lider”, niemniej nie wiadomo, jaki inny charakter i znaczenie miałby mieć udział Powiatu (...) w zawarciu tej umowy. Co istotne, w § 12 umowy przewidziano, że to właśnie Powiatowi miało być udzielone przez powoda zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Takie postanowienie byłoby niezrozumiałe, gdyby Powiat (...) występował jako pełnomocnik gmin, a nie zamawiający. Te wszystkie okoliczności świadczą, w ocenie Sądu, o tym, że w tym przypadku zastosowanie miał art. 16 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, który stanowi, że zamawiający mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz.

Analiza wszystkich czynności podejmowanych zarówno przed zawarciem umowy, jak i w trakcie realizacji umowy oraz po odstąpieniu od niej świadczą o tym, że w istocie Powiat (...) był jednym z zamawiających, a Gminy udzieliły mu upoważnienia do tego, by przeprowadzić postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego, co wynika z § 3 pkt d umowy partnerskiej. Z tych względów powództwo zostało uwzględnione także co do Powiatu (...).

Orzeczenie co do roszczeń o odsetki za opóźnienie uzasadniono odwołując się do art. 481 k.c.

O kosztach procesu, Sąd orzekł zgodnie z zasadą stosunkowego rozdzielania kosztów sądowych wyrażoną w treści art. 100 k.p.c. w z art. 108 § 1 k.p.c. Sąd dokonał rozdzielania i rozliczenia kosztów procesu oddzielnie co do każdego z roszczeń tj. odrębnie dla roszczenia skierowanego przeciwko Powiatowi (...) i Gminie T. oraz odrębnie dla roszczenia skierowanego przeciwko Powiatowi (...) i Gminie R..

Sąd wskazał, że dokonując porównania zgłoszonych przez powoda roszczeń z tymi, które Sąd uwzględnił w wyroku stwierdzić należy, że powództwo przeciwko Gminie T. uwzględniono w 58%, zaś odnośnie Gminy R. powództwo uwzględniono w 45%. W takim też stosunku Sąd dokonał rozliczenia kosztów procesu i przedstawił szczegółowe rozliczenie wzajemnych należności stron procesu

Odrębnie dla każdego z roszczeń Sąd dokonał także rozliczenia kosztów sądowych na które składały się opłaty sądowe od zgłoszonych roszczeń powoda, od których był zwolniony oraz wydatki w postaci kosztów stawiennictwa świadków w kwocie 288,89 złotych, a także nieuiszczona część wynagrodzenia biegłego, nie pokryta uiszczonymi zaliczkami, w kwocie 1.204,14 złotych.

Na koszty sądowe w zakresie pierwszego roszczenia składała się opłata sądowa od pozwu w kwocie 73.751 złotych oraz połowa wydatków wynosząca 746,51 złotych (obliczona jako  $[288,89 + 1.204,14] : 2$ ) tj. łącznie 74.497,51 złotych. Wobec uwzględnienia tego roszczenia powoda w 58%, taki procent kosztów sądowych, który wynosi 43.209 złotych, obciąża pozwanych. Z tego względu na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych Sąd nakazał powyższą kwotę pobrać od pozwanych, o czym orzeczono w pkt IV wyroku. Pozostałą część nieuiszczonych kosztów, przypadającą na powoda, tj. w kwocie 31.288,51zł Sąd na podstawie art. 113 ust. 2 pkt 1 powołanej ustawy nakazał ściągnąć z zasądzonego na rzecz powoda roszczenia, o czym orzeczono w pkt V wyroku

Dokonując rozliczenia kosztów sądowych w zakresie drugiego roszczenia Sąd miał na uwadze fakt, iż składały się na nie opłata sądowa od tego roszczenia w kwocie 1.522 złotych oraz połowa nieuiszczonych wydatków w kwocie 746,51 złotych (obliczonych jako połowa sumy kosztów stawiennictwa świadków i niepokryta zaliczkami część wynagrodzenia biegłego) tj. łącznie 2.268,51 złotych. Wobec uwzględnienia tego roszczenia powoda w 45%, taki procent kosztów sądowych, który wynosi 1.021 złotych obciąża pozwanych. Z tego względu na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych Sąd nakazał powyższą kwotę pobrać od pozwanych, o czym orzeczono w pkt IX wyroku. Pozostałą część nieuiszczonych kosztów, przypadającą na powoda tj. w kwocie 1.247,51 złotych Sąd na podstawie art. 113 ust. 2 pkt 1 powołanej ustawy nakazał ściągnąć z zasądzonego na rzecz powoda roszczenia.

Apelacje od tego wyroku wywiodły wszystkie strony.

Powód zaskarżył wyrok w części oddalającej powództwo co do kwoty 393.054 zł, zarzucając wyrokowi:

1. Naruszenie prawa materialnego:

a) art. 483 § 1 k.c. poprzez niezasądzenie od pozwanych kwoty kar umownych z tyt. odstąpienia od umowy z dn. 11 marca 2011 r. nr (...) naliczonej zgodnie z 14 ust. 1 pkt 2 umowy - kwota 177.302,10 zł - tytułem kary umownej za odstąpienie o umowy wobec Powiatu (...) i Gminy T. oraz z tyt. odstąpienia od umowy z dnia 11 marca 2011 r. nr (...) naliczonej zgodnie z § 14 ust. 1 pkt 2 Umowy - kwoty 9.604,43 zł. - tytułem kary umownej za odstąpienie o umowy wobec Powiatu (...) i Gminy R., z uwagi na uznanie, że odstąpienie od umów spowodowane było niewykonaniem zobowiązania pieniężnego wobec powoda, pomimo istnienia podstaw prawnych i faktycznych do zasądzenia kwot kar umownych z tyt. odstąpienia od umowy, bowiem odstąpienie od umów przez powoda spowodowane było niewykonaniem, ew. nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego wobec powoda;

b) art. 494 kc. poprzez przyjęcie, że roszczenie o „zwrot tego, co powód świadczył na rzecz drugiej strony”, należy uznawać jako „zwrot wartości wykonanych robót”, ale w kwotach netto, a nie kwotach brutto, podczas, gdy powód mógł skutecznie dochodzić kwoty brutto, ponieważ powód wystawił fakturę na kwotę 174.796,75 zł. netto, a 215.000,00 zł. brutto, sposób rozliczenia podatku vat nie jest znany sądowni, gdyż w prowadzeniu działalności gospodarczej,

o tym czy przedsiębiorca płaci podatek vat do urzędu skarbowego nie przesądza pogląd na ten temat sądu, ale przepisy prawa i stosunek faktur sprzedażowych do zakupowych, a ponadto po uzyskaniu korzystnego przez powoda rozstrzygnięcia będzie on obowiązany od zasądzonych kwot zapłacić podatek Vat i wystawić faktury sprzedażowe, z uwagi na faktycznie otrzymane wynagrodzenie za wykonane przez powoda prace.

2. Naruszenie przepisów art. 233 § 1 k.p.c. oraz art. 6 k.c., które miało wpływ na wynik sprawy, poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, poczynienie ustaleń dowolnych i sprzecznych z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym oraz naruszenie zasad prawidłowego rozumowania i doświadczenia życiowego w ocenie dowodów, a w konsekwencji błąd w ustaleniach faktycznych mających wpływ na treść skarżonego wyroku, wyrażający się w przyjęciu, że:

a) przyczyną odstąpienia od umowy było niewykonanie przez pozwanych zobowiązania pieniężnego, podczas gdy, odstąpienie od umów przez powoda spowodowane było niewykonaniem, ew. nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego wobec powoda;

b) należy dokonać wzajemnych rozliczeń między stronami z tytułu odstąpienia od umowy poprzez dokonanie zwrotu wartości robót wykonanych przez powoda w kwotach netto, podczas gdy sąd powinien zasądzić wartość dochodzonego roszczenia w kwotach brutto, zgodnie z wyliczeniami wskazanymi przez biegłego sądowego w swej opinii;

c) wartość wykonanych prac przez powoda należy pomniejszyć wobec Gminy T. i Powiatu (...) o kwotę 3.881,75 zł z tytułu usunięcia rzekomych wad, podczas gdy pozwani nigdy nie wzywali powoda do usunięcia wad, a gdyby taki fakt miała miejsce wówczas powód usunąłby wady we własnym zakresie, o ponadto powód kwestionuje, że w ogóle jego prace miały jakiegokolwiek wady

W oparciu o sformułowane zarzuty powód wniósł o zmianę wyroku poprzez:

1. zasądzenie solidarnie od pozwanych Gminy T. i Powiatu (...) na rzecz powodowej Spółki (...) sp. j. w S. kwoty 380.265.50 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 27.12.2011 r. do dnia zapłaty oraz zwrotu całości kosztów postępowania sądowego za pierwszą instancję według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego wg. stawek w podwójnej wysokości (tak jak orzekł sąd I instancji) wraz z kosztami opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł;

2. nakazanie pobrać solidarnie od Gminy T. i Powiatu (...) na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Szczecinie nieuiszczonych kosztów sądowych w wysokości wynikającej z zasądzzonego roszczenia od Gminy T. i Powiatu (...) na rzecz Spółki (...) sp. j. w Ś.;

3. zasądzenie solidarnie od pozwanych Gminy T. i Powiatu (...) na rzecz powodowej Spółki (...) sp. j. w S. kosztów postępowania sądowego za drugą instancję według norm przypisanych, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego, z tym, że ustalanie wysokości kosztów zastępstwa adwokackiego pełnomocnika powodowej Spółki za II instancję w wysokości podwójnej stawki minimalnej;

4. zasądzenie solidarnie od pozwanych Gminy R. i Powiatu (...) na rzecz powodowej Spółki (...) sp. j. w S. kwoty 12.788,46 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 27.12.2011 r. do dnia zapłaty oraz zwrotu całości kosztów postępowania sądowego za pierwszą instancję według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego wg. stawek w podwójnej wysokości (tak jak orzekł sąd I instancji) wraz z kosztami opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł;

5. nakazanie pobrać solidarnie od Gminy R. i Powiatu (...) na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Szczecinie nieuiszczonych kosztów sądowych w wysokości wynikającej z zasądzzonego roszczenia od Gminy R. i Powiatu (...) na rzecz Spółki (...) sp. j. w S.;



6. zasądzenie solidarnie od pozwanych Gminy R. i Powiatu (...) na rzecz powodowej Spółki (...)sp. j. w S. kosztów postępowania

Pozwani Gmina R. i Powiat (...) we wspólnej apelacji zaskarżyli wyrok w części uwzględniające w stosunku do nich powództwo zarzucając:

1. naruszenie prawa materialnego:

a. przepisu art. 16 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez jego zastosowanie w sprawie pomimo braku przesłanek do jego zastosowania,

b. przepisu art. 139 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 77 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez ich niezastosowanie w sprawie pomimo istnienia przesłanek do jego zastosowania,

c. przepisu art. 635 Kodeksu cywilnego poprzez jego niezastosowanie w sprawie pomimo istnienia przesłanek do jego zastosowania,

d. przepisu art. 494 Kodeksu cywilnego poprzez jego zastosowanie pomimo braku przesłanek do jego zastosowania wynikające z uznania, iż powódka skutecznie odstąpiła od umowy,

e. przepisu art. 65 § 1 k.c. poprzez błędną wykładnię umowy Nr (...) 1 z dnia 11 .03.2011 r. i Nr (...) z dnia 11 .03.2011 r. I umowy partnerskiej z dnia 26.02.2010 r. prowadzącą do uznania, iż pozwany Powiat (...) posiada w sprawie legitymację bierną,

f. art. 498 § 1 w zw. z art. 375 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż współdłużnik solidarny nie może dokonać potrącenia wspólną wierzytelnością,

g. przepisu § 2 pkt 1 i 2 w zw. z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu poprzez ich zastosowanie w sprawie pomimo braku przesłanek do ich zastosowania,

2. naruszenie prawa procesowego:

a. przepisu art. 479<sup>12</sup> § 1 Kodeksu postępowania cywilnego poprzez dopuszczenie dowodów powódki zgłoszonych w piśmie procesowym z dnia 18.05.2012 r.,

b. przepisu art. 227 w zw. z art. 278 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego poprzez zaniechanie ustalenia wpływu na możliwość kontynuowania i prowadzenia przez powódkę prac wynikających z umowy Nr (...) 1 z dnia 11 .03.2011 r. i Nr (...) z dnia 11 .03.2011 r. przyczyn wskazanych w pkt 4 litera g petitum odpowiedzi na pozew,

c. przepisu art. 233 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i przyjęcie, iż:

1) sporządzona opinia biegłego sądowego wyjaśnia wszystkie okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, w tym dotyczące zakresu i wartości wykonanych przez powódkę prac, zakresu zobowiązania powódki obejmującego oczyszczenie krawędzi jezdni na odcinku ścieżki rowerowej zlokalizowanej w gminie R., ustalenia czy powódka wykonała w sposób prawidłowy zawarte umowy, a także poprzez przyjęcie, iż powódka na dzień złożenia przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu od umowy wykonała więcej niż 41,08 % umownych zakresów rzeczowych,

2) w aneksie przedłużającym termin realizacji umowy do dnia 25.10.2011 r. uwzględniono przyczyny uzasadniające zmianę umownego terminu robót występujące w pierwszym okresie wykonywania robót

W oparciu o te zarzuty wniesiono o zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powódki na rzecz pozwanych solidarnie kosztów procesu lub uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Szczecinie.

Pozwana Gmina T. zaskarżając powództwo w części uwzględniającej powództwo oparła apelację o następujące zarzuty:

1) błąd w ustaleniach faktycznych wyrażający się w przyjęciu, że:

- przyczyną opóźnienia realizacji inwestycji były zmiany do projektu oraz niekorzystne warunki atmosferyczne, podczas gdy z materiału dowodowego wynika wniosek, że przyczyną opóźnienia było niewłaściwe prowadzenie prac przez powoda i niewłaściwa organizacja frontu robót oraz placu budowy i pracy na nim, a nadto niewystarczające zaplecze sprzętowe, materiałowe i kadrowe powoda;

- zmiany w projekcie ścieżki przyczyniły się do opóźnienia w realizacji inwestycji, podczas gdy z materiału dowodowego (w tym częściowo opinii biegłego) wynika, że w czasie przestoju spowodowanego zmianami w projekcie inwestycja mogła być prowadzona w na innych odcinkach, co powoduje, niemożność przyjęcia, że zmiany w dokumentacji prowadziły do opóźnień,

- opóźnienie w realizacji inwestycji spowodowały zmiany w zakresie wyposażenia miejsc wypoczynku i małej architektury oraz zmiany projektowe w zakresie szerokości zjazdów do lasu, podczas gdy z materiału dowodowego wynika, że okoliczności te nie miały wpływu na opóźnienie,

- wykonane przez powoda prace, pomimo wadliwości użytych materiałów, dały efekt prawidłowy, podczas gdy materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjęcia takiego twierdzenia,

- w dniu 21 października 2011 r. pozwani odmówili dokonania odbioru robót jedynie z uwagi na braki w dokumentacji odbiorowej, podczas gdy z materiału dowodowego wynika, że przyczyną odmowy odbioru było wadliwe wykonanie prac,

- wartość prac wykonanych przez powoda na podstawie umowy nr (...) wynosi 865.572,41 zł, a koszt usunięcia wad wyniósł 3.881,75 zł podczas gdy materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjęcia takiego twierdzenia,

- przyczyną opóźnienia było niezrealizowanie przez pozwanych postanowień zawartych w notatce służbowej z dnia 7 października 2011 r., podczas gdy prawidłowa interpretacja materiału dowodowego nie daje podstaw do takich twierdzeń,

- po dniu złożenia przez powoda wniosku o przedłużenie terminu realizacji robót wystąpiły nowe zdarzenia, które doprowadziły do przedłużenia terminu realizacji robót, podczas gdy takie twierdzenie nie znajduje podstaw w materiale dowodowym,

- powód prowadził prace zgodnie z umową, podczas gdy prawidłowa interpretacja materiału dowodowego nie daje podstaw do takich twierdzeń,

- przyczyną odstąpienia od umowy przez pozwanych były jedynie opóźnienia, podczas gdy z materiału dowodowego wynika, że przyczyną było również niewykonywanie przedmiotu zamówienia zgodnie z umową (ofertą, SIWZ, STWOIRB)

Nadto zarzucono naruszenie następujących norm prawa materialnego

- art. 375 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i nieuzasadnione niezastosowanie, wyrażające się w przyjęciu, że Powiat (...) nie był uprawniony do dokonania potrącenia wierzytelności przysługującej jemu i Gminie T. w stosunku do powoda z wierzytelnością powoda przysługującą mu wobec Powiatu (...) i Gminy T., przy jednoczesnym przyjęciu, że Powiat (...) i Gmina T. są wierzycielami i dłużnikami solidarnymi z tytułu umowy nr (...);

- art. 65 §1 i 2 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, wyrażające się w nieuwzględnieniu wynikającej z zeznań świadków woli stron umowy partnerskiej, przy interpretacji jej treści, w zakresie umocowania Powiatu (...) do występowania w imieniu Gminy T. i Gminy R., w tym umocowania do złożenia oświadczenia o potrąceniu.

Podniesiono także zarzuty naruszenia przepisów prawa procesowego:

1) art. 233 §1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów w postaci filmu na płycie DVD, (wyrażające się w przyjęciu, że film ten obrazuje dokładny i pełny. zakres realizacji inwestycji przez powoda i dokonanie na tej podstawie ustaleń odnośnie stanu faktycznego, to jest zakresu i jakości prac wykonanych przez powoda, podczas gdy z filmu tego wynika, że zawiera on fragmentarycznie utrwalone elementy robót, nieznana jest data pochodzenia nagrania, zatem nie może stanowić podstawy ustaleń faktycznych odnośnie zakresu i jakości prac wykonanych przez powoda), oraz dowodów w postaci opinii biegłego J. K. i jego ustnych wyjaśnień do tej opinii, (wyrażające się w całkowitym, bezkrytycznym podzieleniu przez Sąd orzekający wniosków tej opinii, podczas gdy sama opinia nie zasługuje na danie jej wiary, bowiem twierdzenia biegłego zawarte we wnioskach są całkowicie nieweryfikowalne, dowolne i niczym nie uzasadnione, nie zostały wyjaśnione w toku przesłuchania biegłego, a nadto sama opinia oparta jest o błędne założenia, przez co nie jest zgodna z postanowieniem Sądu),

2) naruszenie art. 227 k.p.c. w zw. z art. 286 k.p.c. w zw. z art. 278 k.p.c. w zw. z art. 241 k.p.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie wyrażające się w oddaleniu wniosku o powołanie innego biegłego oraz zasięgnięcie opinii instytutu naukowo badawczego pomimo, iż dotychczas powołane dowody z opinii biegłego są nieprzydatne do rozstrzygnięcia w sprawie niniejszej i nie mogą stanowić źródła wiadomości specjalnych, albowiem z uwagi na ich treść nie mogą zostać należycie zweryfikowane w myśl art. 233 §1 k.p.c. co do ich wiarygodności, są błędne i nieuzasadnione.

3) naruszenie art. 233 §1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów w postaci: umowy partnerskiej z dnia 26 lutego 2010 r.,

zeznań świadka I. W.,

zeznań świadka S. H.,

wyrażające się w przyjęciu, że umowa ta nie stanowi źródła umocowania Powiatu (...) do działania w imieniu Gminy T., a zatem że Powiat (...) nie był uprawniony (nie był należycie umocowany) do złożenia powodowi oświadczenia o potrąceniu również w imieniu Gminy T., podczas gdy analiza oraz właściwa ocena i interpretacja umowy partnerskiej prowadzi do wniosku odmiennego, a mianowicie, że Powiat (...) w toku realizacji całej inwestycji był pełnomocnikiem obu Gmin,

4) art. 233 §1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów w postaci zeznań świadków: I. W., S. H., G. S., M. R., A. S., Ł. S., B. B., D. P., G. O. wyrażające się w przyjęciu, że z zeznań tych świadków wynika, że przyczyną opóźnienia realizacji inwestycji były zmiany do projektu oraz niekorzystne warunki atmosferyczne, podczas gdy należyta ocena tych zeznań prowadzi do wniosku, że przyczyną opóźnień w realizacji inwestycji było niewłaściwe prowadzenie prac przez powoda i niewłaściwa organizacja frontu robót oraz placu budowy i pracy na nim, a nadto niewystarczające zaplecze sprzętowe, materiałowe i kadrowe powoda;

5) art. 233 §1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów w postaci wydruków meteogramów, wyrażające się w przyjęciu, że wydruki te odzwierciedlają stan rzeczywisty pomimo braku przesłanek do takiego przyjęcia i pomimo tego iż nie jest wiadomym z jakiego źródła te wydruki pochodzą,

6) art. 233 §1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów w postaci zeznań świadka A. J., wyrażające się w przyjęciu, że powód jednocześnie prowadził prace na terenie Gminy R. i Gminy T., a zatem na więcej niż jednym froncie robót, podczas gdy z zeznań tych wynika wniosek odmienny, a nadto zeznania innych świadków potwierdzają, że front robót był jeden,

7) art. 479<sup>12</sup> k.p.c. w zw. z art. 9 ust. 1 z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, które miało wpływ na treść orzeczenia, wyrażające się w dopuszczeniu dowodów z dokumentów przywołanych w pismach powoda z dnia 18 maja 2012 r., z dnia 25 stycznia 2013 r., z dnia 29 kwietnia 2013 r. i filmu na płycie DVD, załączonego do pisma z dnia 19 listopada 2013 r., pomimo, że dowody te zostały sprekludowane, bowiem nie powołano ich w pozwie, ani powód nie wykazał, że potrzeba ich powołania wynika później;

8) naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, w postaci art. 479<sup>12</sup> k.p.c. W zw. z art. 9 ust. 1 z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, które miało wpływ na treść orzeczenia, poprzez przyjęcie twierdzeń, o których mowa w pismach powoda z dnia 14 listopada 2012 r. i z dnia 19 listopada 2013 r., pomimo, że twierdzenia te zostały sprekludowane, bowiem nie powołano ich w pozwie, ani powód nie wykazał, że potrzeba ich powołania wynika później

W oparciu o sformułowane zarzuty wniesiono o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości wraz z odpowiednią modyfikacją rozstrzygnięć o kosztach procesu i kosztach sądowych, względnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

### **Sąd Apelacyjny zważył co następuje:**

Zgodnie z art. 382 k.p.c. Sąd II instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Z regulacji tej wynika, że postępowanie apelacyjne polega na merytorycznym rozpoznaniu sprawy. Oznacza to z kolei, że wyrok sądu drugiej instancji musi opierać się na jego własnych ustaleniach faktycznych i prawnych poprzedzonych ponowną oceną materiału procesowego.

Wykonując ten obowiązek Sąd Apelacyjny dokonał własnej oceny przedstawionego pod osąd materiału procesowego i w jej wyniku stwierdził, że Sąd Okręgowy w sposób prawidłowy przeprowadził postępowanie dowodowe, a poczynione ustalenia faktyczne (zawarte w wyodrębnionej redakcyjnie części uzasadnienia zaskarżonego wyroku) nie są wadliwe i znajdują odzwierciedlenie w treści przedstawionych w sprawie dowodów. Sąd odwoławczy ustalenia Sądu Okręgowego czyni częścią uzasadnienia własnego wyroku, nie znajdując potrzeby ponownego ich szczegółowego przytaczania w tej części uzasadnienia. Ewentualne uściślenia i odwołanie się do konkretnych fragmentów dokumentów istotnych dla rozstrzygnięcia zostaną przedstawione przy omawianiu poszczególnych zarzutów apelacyjnych.

Prawidłowa jest też zasadniczo ocena prawna łączącego strony stosunku prawnego oraz wskazana podstawa prawna powództwa (art. 494 k.c.). Odmiennie jedynie Sąd odwoławczy ocenił kwestie prawne dotyczące zasadności roszczenia o zapłatę kary umownej. Pozostałe kwestie istotne w płaszczyźnie zarzutów apelacyjnych zostaną przedstawione w ramach odniesienia się do poszczególnych zarzutów apelacji.

Dokonując w pierwszej kolejności (odmiennie niż to uczynił Sąd Okręgowy) oceny materialnoprawnej roszczenia o zapłatę kary umownej stwierdzić należy wstępnie, że Sąd odwoławczy stosownie do reguł art. 65 §2 k.c. dokonał własnej wykładni umowy zawartej przez strony w zakresie zastrzeżeń dotyczących kary umownej.

Inaczej też, niż uczynił to Sąd Okręgowy, ocenić należało dopuszczalność zastrzeżenia kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy.

W odniesieniu do wywodów Sądu Okręgowego dotyczących dystynkcji sytuacji odstąpienia od umowy i rozwiązania umowy na tle stosunku prawnego łączącego strony procesu stwierdzić należy, że wykładnia umowy dokonana przez Sąd I instancji sprowadza się do stwierdzenia, że kara umowa została zastrzelona wyłącznie na wypadek umownego (konsensualnego) rozwiązania umowy. Zakłada Sąd Okręgowy że jedynie wówczas gdy z przyczyn leżących po jednej ze stron umowy dojdzie (za zgodą drugiej) do rozwiązania umowy, strona zgadzająca się na rozwiązanie nabędzie roszczenie o zapłatę kary umownej. W interpretacji przyjętej przez Sąd Okręgowy zastrzeżenie umowne poddane

pod osąd w istocie stanowi rodzaj zastrzeżenia korzyści na rzecz storn która wyraża zgodę na rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po drugiej stronie a zatem (jeśli chodzi o skutki ekonomiczne) zbliża się do instytucji odstępnego. Jednocześnie poza argumentami dotyczącymi dosłownego brzmienia odpowiedniego postawienia obu umów nie przedstawia Sąd szerszej argumentacji dotyczącej wykładni umowy.

Zgodnie z art. 65 §2 k.c. w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Wielokrotnie już wskazywano w literaturze i orzecznictwie, że tekst umowy (sporządzonej w formie pisemnej lub dokumentowej) jest podstawą dla ustalenia rzeczywistej treści i znaczenia składanego w tej formie oświadczenia. Tym niemniej sporne postanowienie należy odczytywać biorąc pod uwagę tekst całego dokumentu i kontekst sytuacyjny (okoliczności, w jakich oświadczenia woli były składane). Istotne z tej perspektywy są więc cele, jakie strony zamierzały (zgodnie) osiągnąć zgadzając się na poszczególne postanowienia umowne.

W przypadku umów celem procesu wykładni jest więc odtworzenie znaczenia jakie obie strony nadawały składanemu oświadczeniu woli w momencie jego wyrażania (subiektywny wzorzec wykładni). Sformułowanie art. 65 § 2 k.c. wskazuje wyraźnie, że badanie nie może ograniczać się do analizy dosłownego brzmienia umowy, lecz musi objąć wszystkie okoliczności umożliwiające ocenę, jaka była rzeczywista wola umawiających się kontrahentów. Wskazuje się w orzecznictwie, że proces ustalania treści umowy powinien przebiegać według reguł wykładni kombinowanej. Gdyby się okazało, że nie da się stwierdzić, jak strony rozumiały sporne postanowienia umowy w chwili jej zawarcia, sąd powinien ustalić ich znaczenie według wzorca obiektywnego, opartego o założenie, że zastosowanie reguł z art. 65 § 1 k.c. nakazuje otoczyć ochroną adresata oświadczenia woli, który przyjął je, określając jego treść przy zastosowaniu starannych zabiegów interpretacyjnych. Sąd, kierując się wynikającymi z art. 65 k.c. dyrektywami wykładni umowy, powinien brać pod uwagę nie tylko postanowienie spornego fragmentu umowy, lecz również uwzględniać inne, związane z nim postanowienia umowy, a także kontekst faktyczny, w którym projekt umowy uzgodniono i z uwzględnieniem, którego ją zawierano. Zgodny zamiar stron wyraża się w uzgodnieniu istotnych okoliczności i określić go można jako intencję stron, co do skutków prawnych, jakie mają nastąpić w związku z zawarciem umowy ( np. por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 20.01.2011 r., I CSK 193/10, i I CSK 173/10; z dnia 21.12.2010 r., III CSK 47/10 oraz z dnia 2.12.2010 r., II PK 134/10 Legalis).

W niniejszej sprawie dostrzec też należy, że obie umowy zawierane były w ramach procedury zamówień publicznych. Zatem projekt umowy stanowiący załącznik do SIWZ był redagowany przez zamawiającego. W tym kontekście wobec braku jakichkolwiek argumentów w materiale dowodowym świadczących o tym, że powód miał jakikolwiek wpływ na redakcję spornego postanowienia umownego mieć należy na względzie zasadę in dubio contra referentem.

W realiach sprawy dostrzec więc należy, że strony nie przewidziały umownego (konsensualnego) trybu rozwiązania umowy. Brak jest też postanowień dotyczących odstąpienia (poza § 15 ust 4 dotyczącym normy art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych) modyfikujących ustawowe prawo odstąpienia.

Z kolei nie zastrzeżono odrębnych kar umownych na wypadek odstąpienia od umowy poprzestając na ogólne regulacji §14. Dokonując zaś oceny tego postanowienia wziąć należy pod uwagę cel tego zastrzeżenia dokonanego (zgodnie z dosłownym brzmieniem kontraktu) na wypadek rozwiązania umowy z przyczyn zawinionych przez wykonawcę (§10 ust. 1 pkt. 2) tym też przyczyn zależnych od zamawiającego - §10 ust. 2 pkt. 2).

Biorąc pod uwagę przyczyny uprawniające do żądania zapłaty kary umownej (odpowiedzialność drugiej strony za nieosiągnięcie ekonomicznego skutku umowy w postaci wymiany zakontraktowanych świadczeń) nie sposób przyjmować, że zastrzeżenie kary umownej było ograniczone jedynie do wypadku umownego (za zgodą obu stron) rozwiązania umowy. Z drugiej strony brać należy pod uwagę też to, że odstąpienie od umowy tradycyjnie postrzegane było w nauce prawa cywilnego jako jeden ze sposobów (jednostronnego) rozwiązania stosunku umownego (por. np. W. Czachórski, Zobowiązania. Zarys wykładu, Warszawa 1994, s. 262). W umowie nie zawarto żadnych postanowień pozwalających na uznanie, że wolą stron było objęte różnicowanie sytuacji prawnej stron w przypadku rozwiązania umowy na podstawie porozumienia stron lub orzeczenia sądowego oraz w przypadku złożenia oświadczenia o

odstąpieniu od umowy. Brak jest też podstaw do tego, by w świetle umowy ustalić, jakie interesy stron miałyby być chronione zastrzeżeniem kary umownej na wypadek zgodnego (konsensualnego) oświadczenia o rozwiązaniu umowy.

Argumenty pozwalające na przypisanie stronom umowy woli ograniczenia prawa do żądania kary umownej wyłącznie do sytuacji, w której dojdzie do rozwiązania umowy na podstawie zgodnych oświadczeń woli jej stron lub orzeczenia sądowego nie wynikają też z innych dowodów przedstawionych przez strony w toku sprawy dowodów, zaś rozważania dotyczące tej kwestii przedstawione przez Sąd I instancji prowadzą do wniosków nieracjonalnych, sprzecznych zarówno z celem zastrzeżenia kary umownej jak i zasadami doświadczenia życiowego i praktyką obrotu gospodarczego. W rezultacie, w ocenie Sądu odwoławczego, przyjmując należało, że wykładnia dokonana na podstawie art. 65 §2 k.c. prowadzi do wniosku, iż także skutkujące rozwiązaniem umowy oświadczenie o odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego powoduje aktualizację roszczenia o zapłatę kary umownej.

W tym zaś świetle przyjmując należy za uprawnioną wykładnię umowy prezentowaną przez powoda wskazującą na to, że pod pojęciem rozwiązania użytym w §10 umowy należy rozumieć także rozwiązanie spowodowane oświadczeniem o odstąpieniu od umowy.

Nie można przyjmując za prawidłową ocenę Sądu Okręgowego, który przyjął, że zastrzeżenie kary umownej na korzyść wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy jest nieważne z uwagi na treść art. 483 k.c. Sąd Okręgowy przyjął że kara umowna zastrzeżona na wypadek rozwiązania umowy zabezpiecza wykonanie świadczenia pieniężnego (zaspokojenia roszczenia o wynagrodzenie za wykonanie robót) należnego wykonawcy od zamawiających.

Na tle wykładni art. 494 k.c. w orzecznictwie ukształtował się jednak pogląd o dopuszczalności zastrzegania kar umownych na wypadek odstąpienia od umowy. Wskazuje się, że kara zabezpiecza w tym przypadku nie tyle roszczenie o spełnienie świadczenia wynikającego z umowy, co roszczenie odszkodowawcze i restytucyjne, o którym mowa w art. 494 k.c. (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2008 r. I CSK 13/08, wyrok SN z dnia 23 marca 2017 r. V CSK 393/16). Dopuszczając możliwość zastrzegania kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy, nie łączy się więc tej możliwości z charakterem świadczeń, do jakich zobowiązane są strony umowy, od której się odstępuje. Wywodzi się, że świadczenia wynikające z art. 494 k.c. nie mają od początku charakteru pieniężnego, (co nie wyklucza, że w razie ich niewykonania lub wyboru uprawnionego może pojawić się obowiązek zapłaty określonej sumy pieniężnej) i nie ma podstaw prawnych, aby zobowiązanie wynikające z art. 494 k.c. określać jako zobowiązanie pieniężne w rozumieniu art. 483 k.c. Z chwilą odstąpienia od umowy powstaje bowiem ex lege pomiędzy stronami dotychczasowej umowy zobowiązanie, o którym mowa w art. 494 k.c. Podzielając przedstawione zapatrywania na wykładnię art. 483 k.c. w zw. z art. 494 k.c. Sąd odwoławczy w niniejszej sprawie odmiennie niż to uczynił Sąd Okręgowy ocenił zasadność żądania zapłaty kary umownej. Brak jest podstaw bowiem do przyjęcia, że do wykonania umownego prawa odstąpienia zastrzeżonego na wypadek nienależytego wykonywania umowy przez kontrahenta, opisane zasady nie miały zastosowania. Podzielając zatem stanowisko Sądu Okręgowego co do skuteczności oświadczenia powoda o odstąpieniu od obu umów, za trafną uznać należało konkluzję Sądu I instancji co do zaistnienia podstaw do zastosowania w niniejszej sprawie art. 494 k.c. dla rozliczeń między stronami. Uzupełnić należy wywód Sądu I instancji jedynie o wskazanie wyraźnie podstawy prawnej uzasadniającej aktualizację prawa powoda do odstąpienia od umowy. Podstawą tą była norma art. 640 k.c. W obu umowach zastrzeżono karę umowną w wysokości 10% wartości umowy brutto. Wobec tego należało dodatkowo zasądzić od pozwanych Powiatu (...) i Gminy R. kwotę 9.600,43 zł, zaś od pozwanych Gminy T. i Powiatu kwotę 177.302,10 zł. W obu przypadkach zgodnie z żądaniem pozwu orzeczono o odsetkach od zasądzonych kwot od dnia 27 grudnia 2011 roku mając na względzie treść przepisu art., 455 k.c. w zw. z art. 481 k.c.

Zobowiązanie do zapłaty kary umownej jest tzw. zobowiązaniem bezterminowym. Oznacza to, że obowiązek zapłaty aktualizuje się zgodnie z art. 455 k.c. po wezwaniu dłużnika do zapłaty a spełnienie świadczenia powinno nastąpić niezwłocznie po wezwaniu. Wezwanie do zapłaty zostało doręczone pozwanym w dniu 19 grudnia 2011. Nie spełniwszy świadczenia niezwłocznie pozwani popadli w opóźnienie, stąd też żądanie zapłaty odsetek za opóźnienie od dnia 27 grudnia 2011 musi być uznane za zasadne w świetle art. 481 k.c.

Z tych przyczyn podzielono zarzuty apelacji powoda dotyczące naruszenia art. 483 k.c. . W pozostałym zakresie wnioski i żądania apelacji są bezzasadne.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do stanowiska pozwanych jako dalej idącego (żądanego oddalenia powództwa w całości) należało poddać ocenie zarzuty naruszenia przepisów prawa procesowego. Dopiero bowiem przesądzenie poprawności ustaleń faktycznych leżących u podstaw zastosowania normy prawa materialnego przez Sąd I instancji pozwala odnieść się do poprawności tej czynności jurysdykcyjnej.

Wśród zarzutów wspólnych obu apelacjom pozwanych jest zarzut naruszenia art. 479<sup>12</sup> §1 k.p.c., którego uzasadnienia strony upatrują w bezzasadnym uwzględnieniu objętych sankcją prekluzji określoną tą normą twierdzeń faktycznych i wniosków dowodowych zawartych w pismach powoda z dnia 19 listopada 2013 i 14 listopada 2012. Stąd też ten zarzut zostanie oceniony w pierwszej kolejności. Następnie przedstawione zostaną odrębnie uwagi dotyczące zarzutów każdej z apelacji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 479<sup>12</sup> k.p.c., stwierdzić należy, że trafnie wskazują skarżący, że wobec daty wniesienia pozwu, zgodnie z treścią art. 9 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw. (Dz. U. Nr 233, poz. 1381) w sprawie znajdują zastosowanie przepisy o postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych zgodnie ze stanem prawnym obowiązującym przed dniem 3 maja 2012 roku. Obowiązki powoda w zakresie powoływania twierdzeń zarzutów i dowodów określa zatem norma art. 479<sup>12</sup> k.p.c. w brzmieniu obowiązującym w dacie wniesienia pozwu. Zgodnie z tym przepisem, w pozwie powód jest obowiązany podać wszystkie twierdzenia oraz dowody na ich poparcie pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania, chyba że wykaże, że ich powołanie w pozwie nie było możliwe albo że potrzeba powołania wynika później. W tym przypadku dalsze twierdzenia i dowody na ich poparcie powinny być powołane w terminie dwutygodniowym od dnia, w którym powołanie ich stało się możliwe lub wynikała potrzeba ich powołania (tzw. system prekluzji procesowej). W świetle tego modelu powód miał obowiązek powołania faktów i dowodów uzasadniających żądania pozwu już w pozwie. Późniejsze skuteczne procesowo przedstawienie nowych okoliczności faktycznych lub dowodów przez powoda wymagało odeń wykazania, że ich powołanie w pierwszym piśmie nie było możliwe lub że potrzeba powołania powstała już po wniesieniu pozwu. Zatem przepis ten nie zawierał bezwzględnego obowiązku przytoczenia wszystkich okoliczności faktycznych i dowodów już w pozwie.

Sąd nie jest zobowiązany do pominięcia spóźnionych dowodów, ale winien zbadać, czy zachodzi którakolwiek z podstaw uzasadniających uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów.

W ukształtowanej w praktyce stosowania tej normy (oraz normy art. 479<sup>14</sup> k.p.c.) wykładni wyjaśniono jednak że prekluzji nie podlegają te twierdzenia faktyczne, które stanowią wyłącznie doprecyzowanie okoliczności przytoczonych jako podstawa faktyczna powództwa i stanowią uzasadnioną reakcję na stanowisko strony przeciwnej (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2013 r. I CSK 377/12).

Przyjęto też, że w ramach systemu prekluzji nie obowiązywała tzw. zasada ewentualności, a zatem strona mogła uzasadniać późniejsze powołanie wniosków dowodowych stanowiskiem strony przeciwnej (np. powołaniem nowych okoliczności lub dowodów, względnie podważaniem dowodów prezentowanych w pozwie – por. np. wywody zawarte w uzasadnieniu wyroków Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2010 r., V CSK 43/10, niepubl.; z dnia 15 czerwca 2010 r. II CSK 27/10; z dnia 16 grudnia 2003 r., II CK 318/02, niepubl.; z dnia 29 września 2005 r., III CK 11/05, niepubl.; z dnia 15 listopada 2006 r., V CSK 243/06, niepubl.; 10 lipca 2008 r., III CSK 65/08, niepubl.; z dnia 8 lutego 2007 r., I CSK 435/06, niepubl.; z dnia 8 sierpnia 2008 r., V CSK 87/08, niepubl.; z dnia 12 maja 2006 r., V CSK 55/06, niepubl), a Sąd oceniając wnioski dowodowe posiadał w pewnym zakresie dyskrecjonalną kompetencję oceny zaistnienia potrzeby późniejszego powołania wniosków dowodowych (baczyć miał Sąd zwłaszcza na to, by pominięcie wniosków nie doprowadziło do „wypaczenia istoty wymiaru sprawiedliwości i niesłusznego wyroku” – por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 sierpnia 2009 r. II CSK 175/09), oraz kompetencję dopuszczenia z urzędu dowodów sprekludowanych.

Z kolei powoływanie zarzutu naruszenia art. 479<sup>12</sup> k.p.c. w apelacji wymagało wykazania, że naruszenie tego przepisu miało wpływ na wynik procesu oraz wykazania zachowania prawa do powoływania się na to uchybienie zgodnie z art. 162 k.p.c.

Odnosząc powyższe uwagi do apelacji pozwanych stwierdzić należy, że Sąd Okręgowy wyjaśnił w uzasadnieniu przyczyny dopuszczenia dowodów niezgłoszonych w pozwie, stwierdzając, że potrzeba ich powołania pojawiła się z chwilą procesowego przesądzenia kwestii gospodarczego charakteru sprawy (przekazania sprawy do Wydziału Gospodarczego Sądu Okręgowego) a wnioski dowodowe zostały zgłoszone przed doręczeniem pozwu pozwany. Sąd Okręgowy w tym kontekście trafnie zwrócił uwagę na pojawiające się w praktyce judykacyjnej pod rządem normy art. 479<sup>1</sup> k.p.c. częste wątpliwości co do gospodarczego charakteru spraw toczących się z udziałem jednostek samorządu terytorialnego i dotyczących wykonywania przez te jednostki zadań własnych i zleconych. Kwestie te budziły wątpliwości w praktyce także po wniesieniu pozwu w niniejszej sprawie (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2013 r. I CSK 522/12, w którym uznano, że nie wynika z działalności gospodarczej prowadzonej przez gminę umowa o roboty budowlane, której celem była rozbudowa istniejącej szkoły). Istnienie szeregu wątpliwości praktycznych i praktyczna możliwość dokonywania przez strony wnoszące pozew rozbieżnych ocen prawnych związanych z kwalifikacją sprawy jako gospodarczej w rozumieniu obowiązującego przed dniem 3 maja 2011 art. 479<sup>1</sup> k.p.c. w kontekście znajdujących potwierdzenie w przywołanym wyżej orzecznictwa SN obowiązków sądu I instancji w zakresie brania pod uwagę, przy stosowaniu przepisów prawa procesowego, również celu i istoty procesu cywilnego, powodują, że stanowisko Sądu uznające decyzję procesową o przekazania sprawy do Wydziału Gospodarczego jako uzasadniającą potrzebę powołania dowodów niezgłoszonych w pozwie, nie może być poczytane za naruszenie art. 479<sup>12</sup> §1 k.p.c.

Odnosząc się w tym kontekście szczegółowo do zarzutów pozwanych stwierdzić należy, że w apelacji Gminy T. skarżąca odwołuje się przede wszystkim do wykładni językowej normy art. 479<sup>12</sup> §1 k.p.c. Pomija skarżąca wykładnię tej normy ukształtowaną w orzecznictwie, z której wynika (jak przedstawiono wcześniej), że utrata prawa powoływania się na dowody niezgłoszone w pozwie nie była bezwzględna, lecz podlegała ocenie Sądu znajdującej swój wyraz w postanowieniu dowodowym.

Pomijają też skarżący, że wykładnia normy prawnej nie może kończyć się na ustaleniu jej brzmienia według reguł gramatycznych, lecz uwzględniać powinna cel te same normy i zapewniać zgodność z normami hierarchicznie wyższymi (a zatem także z normami gwarancyjnymi wynikającymi z Konstytucji RP), W tym kontekście odwołać się należy do prawa strony do procesu rzetelnego (art. 45 Konstytucji RP). Wykładnia normy art. 479<sup>12</sup> §1 k.p.c. musi zatem uwzględniać też konieczność zachowania praw stron gwarantowanych konstytucyjnie. Sąd Okręgowy z jednej strony wziął pod uwagę wątpliwości dotyczące kwalifikacji prawnoprocesowej niniejszej sprawy z drugiej zaś miał na względzie to, że uwzględnione wnioski dowodowe zostały zgłoszone przed doręczeniem pozwu a zatem nie doszło też do naruszenia prawa pozwanych do obrony (wnosząc odpowiedź na pozew pozwani mieli możliwość odniesienia się do całości inicjatywy dowodowej powoda). W tym świetle wykładnia normy art. 479<sup>12</sup> k.p.c. i sposób jej zastosowania przez Sąd nie narusza praw strony pozwanej a jednocześnie służy zachowaniu praw procesowych powoda. Jako taki nie może świadczyć o naruszeniu tego przepisu.

Nie ma racji skarżąca wskazując na to, że mimo przedstawienia wniosków dowodowych w piśmie powoda z dnia 18 maja 2012 w istocie część dowodów (film DVD) została dołączona do akt dopiero w kolejnych pismach już po doręczeniu pozwu. Wykonaniu obowiązków z art. 479<sup>12</sup> §1 k.p.c. czyniło zadość bowiem już zgłoszenie wniosku o przeprowadzenie dowodu. Pismo z 18 maja 2012 zawiera zaś wyraźny i jednoznaczny wniosek dowodowy w tym zakresie.

Samo zaś przedstawienie dokumentu (nośnika z nagraniem) mogło nastąpić w późniejszy momencie (np. dopiero na rozprawie) bez narażenia się na sankcję utraty prawa powoływania się na dowód objęty wcześniejszym wnioskiem.



Z drugiej strony dodać należy, że późniejsze przedstawienie dowodu było uzasadnione także stanowiskiem pozwanych kwestionujących twierdzenia powoda zawarte w pozwie i podnoszących zarzuty wywodzone z niewłaściwej jakości robót. Jak wskazano wyżej, w ramach sytemu prekluzji nie obowiązywała zasada ewentualności, zatem po podniesieniu zarzutów pozwanych co do jakości robót i przedstawieniu własnego prawa wywodzonego z twierdzenia o dokonaniu potrącenia własnych roszczeń, powód miał prawo przedstawić kontrargumenty, w tym dowody podważające stanowisko pozwanych.

Pozwani Gmina R. oraz Powiat (...) w uzasadnieniu swojej apelacji nie przedstawili żadnego dalszego uzasadnienia omawianego zarzutu.

Wobec przedstawionych uwag zarzut naruszenia art. 479<sup>12</sup> §1 k.p.c. uznać należało za bezzasadny.

Omówienie dalszych zarzutów rozpocząć należy od oceny zasadności apelacji Gminy T..

W pierwszej kolejności ustosunkować się należy do stanowiska pozwanej Gminy T. formułującej w pkt. 1) – 10) petitum apelacji zarzuty szeregu (enumeratywnie wymienionych) błędów w ustaleniach faktycznych (czyniąc je pierwszoplanowymi w przyjętym przez siebie porządku zarzutów apelacyjnych). Skarżąca nie wskazuje na to, jakie normy prawa procesowego miałyby zostać przez Sąd naruszone i skutkować wyliczonymi błędami.

Wyjaśnić więc należy, że ustalenia faktyczne są wynikiem stosowania reguł (norm) prawa procesowego. Fakty przyjęte za podstawę rozstrzygnięcia stanowią wynik procesowej weryfikacji twierdzeń stron co do okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, ewentualnie uzupełnianych o fakty znane powszechnie i fakty znane sądowi z urzędu (art. 228 k.p.c.).

Weryfikacja twierdzeń stron następuje w oparciu o przepisy prawa procesowego. Fakty przytaczane przez strony zasadniczo wymagają dowodu i na stronach (zgodnie z art. 232 k.p.c.) spoczywa ciężar przytoczenia faktów oraz dowodów. Bez przeprowadzenia postępowania dowodowego Sąd może czynić ustalenia faktyczne jedynie co do faktów przyznanych przez stronę przeciwną (w sposób wyraźny – art. 229 k.p.c. lub w sposób dorozumiany - art. 230 k.p.c.), faktów objętych domniemaniami faktycznymi (art. 231 k.p.c.) lub prawnymi (art. 234 k.p.c.).

Ocena dowodów i uznanie ich wiarygodności oraz mocy dowodowej odbywa się na podstawie kompetencji określonych w art. 233 k.p.c. Na podstawie tej oceny Sąd uznaje określone fakty za udowodnione (czyni je podstawą rozstrzygnięcia) lub uznając za niewykazane pomija przy rozstrzygnięciu.

Zatem formułując zarzut „błędu w ustaleniach faktycznych” strona skarżąca winna wykazać, które z przytoczonych reguł procesowopravných Sąd I instancji naruszył, uznając za udowodnione (względnie bezsporne lub z innych przyczyn nie wymagające dowodu) fakty kwestionowane w apelacji. Twierdzenie o błędzie w ustaleniach faktycznych powinno być więc odnoszone (zwłaszcza w przypadku apelacji redagowanej przez zawodowego pełnomocnika) do konkretnej normy prawa procesowego, która miała być wadliwie przez Sąd zastosowana. Brak odniesienia argumentacji do właściwych przepisów powoduje, że zarzuty apelacyjne pozostają polemiką z ustaleniami Sądu I instancji polegającą (jak w niniejszej sprawie) na ponownej prezentacji własnego stanowiska strony co do przebiegu zdarzeń.

Przypomnieć też należy, że Sąd odwoławczy związany jest zarzutami naruszenia prawa procesowego (por. np. mająca moc zasady prawnej uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 31 stycznia 2008 III CZP 49/07, OSNC 2008/6/55). W tym kontekście zaniechanie wskazania przez pełnomocnika skarżącego, jakie naruszenia przepisów prawa procesowego miałyby wpływać na błędne ustalenie faktów powoduje, że tak formułowany zarzut nie może podlegać prawidłowej weryfikacji na etapie postępowania odwoławczego, zwłaszcza w sytuacji gdy strona (jak to czyni w niniejszej sprawie) odrębnie substancjonuje zarzut naruszenia art. 233 k.p.c.

Odnosząc się więc jedynie dla wyczerpania tematyki poruszanej przez skarżącą do szczegółowych kwestii poruszanych przez skarżącą Gminę T. dla opisanego omawianego zarzutu, Sąd Apelacyjny ponawia przedstawioną wyżej tezę co do

prawidłowości oceny materiału procesowego, prezentowanej w sposób wyczerpujący w uzasadnieniu Sądu I instancji oraz wyprowadzonych na jej podstawie wniosków co do faktów uznanych za udowodnione.

Skarżąca Gmina T. w szczególności nie podważa poprawności kolejnych (prezentowanych w wyodrębnionej redakcyjnie części uzasadnienia Sądu Okręgowego) ustaleń co do chronologii poszczególnych czynności i zaszczości na budowie i oświadczeń między stronami w związku z przebiegiem procesu budowlanego. Nie odnosi też skarżąca swoich zarzutów zawartych w pkt. 1) – 10) do konkretnych dowodów i nie podważa waloru procesowego dowodów w oparciu, o które Sąd poczynił kwestionowane ustalenia. Co więcej - skarżąca nie tyle nawet polemizuje z ustaleniami faktycznymi Sądu, co z oceną prawną tych zaszczości (a raczej z oceną obowiązków powoda w sytuacji gdy nie mógł on prowadzić robót zgodnie z planem z uwagi na oczekiwanie na zmiany do projektu czy też warunki atmosferyczne.

Skarżąca nie kwestionuje ustaleń co do zaistnienia okoliczności wymienionych w pkt. 1) – 3) petitum apelacji, polemizując jedynie z tą argumentacją Sądu (odwołującą się do opinii biegłego), która ustala fakt wpływu tych okoliczności na sprawność prac budowlanych (a zatem uznaje je za nieobojętne z perspektywy oceny poprawności wywiązania się przez wykonawcę z obowiązków w zakresie organizacji robót zmierzającej do spełnienia jego świadczenia w terminie). Nie przedstawia skarżąca innej argumentacji mającej podważyć tę konkluzję, niż twierdzenie o możliwości prowadzenia prac na innych odcinkach.

W tym kontekście stwierdzić należy, że po pierwsze twierdzenia o opóźnieniu wykonawcy (mające w intencji apelującego) uzasadniać roszczenie przedstawione do potrącenia względnie oświadczenie o odstąpieniu od umowy) nie powinny dotyczyć zdarzeń mających miejsce przed zawarciem umowy zmieniającej termin zakończenia robót (a więc przed dniem 7 października 2011).

Jakkolwiek bowiem zasadnie argumentuje skarżąca, że zbyt daleko idące jest stwierdzenie Sądu co do tego, że umowna zmiana terminu zakończenia robót dokonana w październiku obejmować mogła wyłącznie okoliczności wpływające na możliwość przeprowadzenia prac które wystąpiły do dnia 14 lipca 2011, to jednak kwestia ta pozostaje bez znaczenia. Skoro bowiem aneks do umowy został zawarty w dniu 7 października 2011, to przyjęc w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego należy, że strony w aneksie tym szacowały zgodnie czas potrzebny do zakończenia robót według stanu prac z tej właśnie daty. Jednocześnie strony umownie regulowały skutki wcześniejszych zaszczości powodujących przewleczenie się prac. Za nieracjonalne zatem należy uznać powoływanie się w apelacji na okoliczności mające miejsce przed datą zawarcia aneksu dla przypisania powodowi odpowiedzialności za niedochowanie terminu określonego tym aneksem.

Niezależnie od tego dodać należy, że zasadnicze dla przedłużenia prac czynniki to (obok kwestii warunków atmosferycznych) eksponowane już w pozwie i objęte ustaleniami Sądu I instancji problemy związane z brakiem współdziałania pozwanych w wykonywaniu robót. Mowa tu zwłaszcza o braku dokumentacji zamiennej wskazanej w notatce z dnia 8 października 2011 roku, zaniechaniu podjęcia przez zamawiających i zakomunikowania wykonawcy decyzji, o których mowa w kolejnych pismach, oraz odmowie dokonania zapłaty za prace częściowo wykonane (odmowa odbioru prac w dniu 21 października 2011), mimo znacznego zaawansowania tych prac.

Odmowa zapłaty za prace wykonane w realiach sprawy poczytana być musi za przejaw uchylania się pozwanych od rozliczania robót stosowanie do treści art. 654 k.c. Wykonawca wyraźnie sygnalizował w toku budowy problem braku rozliczeń wykonanych robót (który ujmowany w kontekście innej umowy wykonywanej przez powoda na rzecz pozwanej w mieście T., gdzie praktyka pozwanej polegająca na odmowie częściowego odbierania robót była analogiczna, jak wynika z zeznań reprezentant powoda) stanowił nie tylko naruszenie obowiązków ustawowych zamawiającego ale też ujmowany w świetle zasad doświadczenia życiowego i realiów obrotu gospodarczego również stanowił przyczynę dezorganizującą prace wykonawcy, zależną wyłącznie od inwestorów. Wykonawca wyraźnie wskazał na tę okoliczność jako uniemożliwiającą wykonywanie robót po dniu 21 października 2012. Zatem w świetle oświadczeń wykonawcy składanych w toku budowy, wstrzymanie prac w październiku wynikało z tych właśnie dwóch przyczyn (braku dokumentacji i odmowy częściowego rozliczenia robót).

Przyczyny dokumentacyjne nie zostały usunięte (w świetle materiału procesowego) do chwili przystąpienia przez zamawiającego do czynności mających stanowić odbiór końcowy i do chwili złożenia przez powoda oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Skoro zaś dla wykonania prac wskazanych w dniu 7 października 2011 były (jak wynika z notatki) konieczne zmiany projektowe (wykonanie rysunków zamiennych na uzgodnione zmiany przez „nadzór autorski”), a dokumenty te nie zostały do chwili odstąpienia od umowy przedłożone, to twierdzenie, że powód ponosi odpowiedzialność za niewykonanie robót i pozostawał w zwłoce musi być uznane za bezzasadne.

Podkreślić należy przy tym, że także praktyka pozwanych dotycząca odmowy zapłaty za roboty wykonane częściowo, w istocie powodowała nie znajdujące oparcia w przepisach prawa cywilnego i w treści umowy przerzucenie na wykonawcę ciężaru finansowego prowadzenia inwestycji do momentu jej odbioru.

Nie można przypisać wykonawcy obowiązku przewidzenia takiej praktyki zamawiającego zwłaszcza jeśli zważy się, że umowa była zawierana przez podmioty samorządowe w ramach procedury zamówień publicznych (a zatem była finansowana ze środków publicznych) a norma art.654 k.c. nie została w umowie wyłączona – przeciwnie przewidziano tryb częściowego rozliczania robót. Wykonawca miał więc prawo przewidywać, że inwestycja będzie rozliczana częściowo, zgodnie z przepisami prawa a zatem nie można mu przypisać odpowiedzialności za spowodowane brakiem tych rozliczeń przestoje, które wynikały z niezapewnienia odpowiedniej płynności prac na budowie, skoro wyraźnie i wielokrotnie postulował dokonanie rozliczenia i wreszcie wskazywał, że wstrzymuje prace wobec postawy pozwanych.

Zatem odnosząc się do argumentacji strony pozwanej dostrzec należy, że zamawiający i wykonawca mają obowiązek współdziałania w toku prac budowlanych. Oznacza to, że inwestor ma działać wspólnie z wykonawcą w celu zachowania odpowiedniej sprawności procesu inwestycyjnego. Nie można natomiast wyłącznie na wykonawcę przerzucać skutków zaniechania terminowego wykonania czynności obciążających zamawiającego (np. czynności związanych ze zmianami projektowymi).

W szczególności więc zasadnie wskazał Sąd Okręgowy, że inwestor nie może oczekiwać że zaniechanie lub zwłoka po jego stronie w wypełnieniu obowiązków umownych zobowiązywać będzie wykonawcę do każdorazowej zmiany organizacji pracy a brak takich czynności zawsze świadczyć będzie o odpowiedzialności wykonawcy za niedochowanie terminu wykonania robót. Wnioski takie mogą być uzasadnione jedynie wówczas jeśli wykazane zostałyby, że zmiana organizacji pracy (kolejności prac) w stosunku do planowanej była nie tylko możliwa technologicznie ale też nie wymagała podjęcia istotnych starań organizacyjnych związanych z ponoszeniem dodatkowych kosztów, co trafnie zauważył Sąd Okręgowy odwołując się zresztą do wywodów biegłego.

Jest to zwłaszcza istotne w przypadku inwestycji związanych z robotami drogowymi wykonywanymi na odcinkach o znacznej długości, w ramach których przystąpienie do pracy na innym (odległym) odcinku inwestycji wymaga nie tylko przesunięcia pracowników ale często także dodatkowych czynności logistycznych związanych z transportem urządzeń i maszyn niezbędnych dla wykonywania określonych prac.

Z tych przyczyn za bezzasadne uznać należy zarzuty zawarte zwłaszcza w pkt. 1) , 2) i 3). Jedynie więc dla wyczerpania argumentacji podnoszonej przez pozwaną stwierdzić należy, że zarzucając Sądowi Okręgowemu w pkt. 2) i 3) apelacji „błąd w ustaleniach faktycznych” poprzez przypisanie negatywnego znaczenia dla przedłużenia się procesu inwestycyjnego zmianom projektowym (i przedłużaniu się oczekiwania na decyzje projektanta lub inwestora co do tych zmian), strona pozwana wykazać powinna takie okoliczności faktyczne (odnosząc twierdzenia i zarzuty do odpowiednich argumentów wyprowadzanych z materiału procesowego), z których wynikałoby, że przypisać można powodowi odpowiedzialność za zaniechanie dostosowania organizacji prac do sytuacji wynikającej z przeszkód leżących po stronie inwestora. Takiego wyводу zabrakło w apelacji. Skarżąca Gmina poprzestała bowiem wyłącznie na podniesieniu argumentu (opartego o opinię biegłego) o istnieniu obiektywnej możliwości prowadzenia robót na różnych odcinkach. Jak wskazano, samo istnienie takiej możliwości nie może w realiach sprawy (w których przedmiotem umowy były prace drogowe wykonywane na terenie dwóch gmin a więc na znacznym odcinku) być uznane za wystarczające. Jest to istotne zwłaszcza w sytuacji, gdy wykonawca nie jest informowany kiedy dokładnie ustaną przyczyny opóźnienia leżące po stronie zamawiającego i nie może w związku z tym racjonalnie dostosować

swoich działań do sytuacji od niego niezależnej (przewidzieć jak długo nie będzie mógł wykonywać robót na odcinku dotkniętym przeszkodą leżącą po stronie zamawiającego).

Analogicznie należy oceniać zarzut wyrażony w pkt. 7) apelacji Gminy T..

Z kolei jeśli chodzi o kwestionowanie wpływu warunków atmosferycznych na przebieg budowy (zarzut w pkt. 1) części wnioskowej tejże apelacji) pozwana poprzestaje na ogólnych twierdzeniach dotyczących prac pozwanego nie odnosząc tego w ogóle do ustaleń Sądu dotyczących niemożności prowadzenia prac drogowych z uwagi na panujące w 2011 roku warunki atmosferyczne. Nie wykazuje więc przede wszystkim tego, by ustalenia te były nieprawidłowe w świetle materiału procesowego. Jako taki omawiany zarzut również nie może być uznany za prawidłowy.

Nie jest też uzasadniony zarzut formułowany w pkt. 4). Pomijając brak jego uzasadnienia w apelacji stwierdzić należy, że spełnienie przez wykonane przez powoda prace wymogów niezbędnych dla eksploatacji ścieżki rowerowej wynika wprost z konkluzji opinii biegłego. Skarżąca nie wskazuje żadnych dowodów, z których wynikałyby wnioski przeciwnie starając się jedynie podważyć prawidłowość opinii. Kwestie miarodajności opinii i zarzutów stron co do tego dowodu zostaną omówione niżej.

Analogicznie ocenić należy zarzut błędów w ustaleniach faktycznych formułowany w pkt. 6) apelacji a dotyczący wartości prac. Sąd Okręgowy wskazał jasno, że skoro pozwani twierdzili, iż faktycznie usunęli już latem 2012 roku wady robót, to w toku procesu powinni byli wykazywać, jakie faktycznie koszty z tego tytułu ponieśli i jakie roboty zostały poprawione przez kolejnego wykonawcę, którego zadaniem było dokończenie inwestycji. Konstatacja ta jest o tyle uzasadniona, że pozwani z jednej strony pozostawali po odstąpieniu przez powoda od umowy wyłącznymi dysponentami placu budowy a więc również efektu prac powoda, z drugiej zaś przystępując do dokończenia inwestycji znali już stanowisko powoda i jego żądania, zatem tym istotniejsze z perspektywy interesów i roszczeń pozwanych było należyte udokumentowanie stanu robót z chwili odstąpienia od umowy i zakresu oraz kosztów usunięcia wad przez kolejnego wykonawcę.

Odróżniać też należy kwestię usunięcia wad i usterek prac wykonanych przez powoda i kwestię dokończenia inwestycji (do czego nie doszło wskutek odstąpienia od umowy). Wywodu takiego brakuje w apelacji.

Nie przedstawia też skarżąca żadnych własnych twierdzeń dotyczących (jej zdaniem) rzeczywistej wartości prac, co także czyni omawiany zarzut nie znajdującym potwierdzenia w treści materiału procesowego.

Kwestie dotyczące materialnoprawnej oceny i rozliczenia między stronami zostaną przedstawione w dalszym toku wywodu.

Z przyczyn wskazanych wyżej nie można uznać za uzasadniony zarzutu określonego w pkt. 8) apelacji Gminy R.. Z materiału procesowego wynika bowiem jednoznacznie, że w istotnym dla rozstrzygnięcia okresie (a więc nie tylko po dniu złożenia wniosku o zmianę terminu zakończenia robót, ale zwłaszcza po podpisaniu aneksu doszło do opisanych wyżej zdarzeń, które powodowały, że roboty nie zostały zakończone do dnia oświadczenia o odstąpieniu.

Zarzut w pkt. 9) nie został poparty argumentami odwołującymi się do materiału dowodowego. Przypomnieć więc należy jedynie, że w świetle materiału procesowego oczywistą jest konkluzja, że powód nie wykonał swojego świadczenia zgodnie z umowami łączącymi strony. Spór dotyczył jedynie tego, czy za ten stan rzecz przypisać należy odpowiedzialność powodowi czy też pozwany.

Z kolei zarzut zawarty w pkt. 10) nie wskazuje, z jakich okoliczności faktycznych wywodzić należy błędne zdaniem skarżącego stanowisko Sadu Okręgowego co do przyczyn motywujących oświadczenie o odstąpieniu złożone przez pozwanych. Argumenty Sądu odwołują się wprost do treści oświadczenia złożonego powodowi przez pozwanych. Z treści pisma o odstąpieniu takie właśnie motywy wskazywała strona. Skarżąca nie wskazuje dowodów, z których wywodzić można byłoby, że adresatowi oświadczenia o odstąpieniu zakomunikowano inne jego motywy.

Odnosząc się do zarzutu zawartego w pkt. 5) apelacji stwierdzić należy, że skarżąca w uzasadnieniu tego zarzutu nie wskazuje dowodów pozwalających na stwierdzenie, by istniały takie wady fizyczne prac, które uzasadniały odmowę odbioru częściowego.

Wnioski takie nie wynikają z dowodów uwzględnionych przez Sąd Okręgowy. O więcej wady takie nie zostały wskazane w protokole, zaś szczegółowe kwestie dotyczące obowiązków stron w zakresie odbiorów częściowych zostaną wskazane przy omawianiu apelacji pozwanych Gminy R. i Powiatu.

W tym miejscu przypomnieć należy, że zgodnie z art. 654 k.c. pozwani mieli obowiązek częściowego odbioru robót i częściowego świadczenia. Nawet więc jeśli kwestionowali zasadnie jakość (prawidłowość) części prac przedstawianych do odbioru częściowego, nie mogli odmówić przyjęcia i rozliczenia prac pozbawionych wad. Zatem posiadając prawo do żądania zmiany wykonywania umowy w sytuacji gdyby wykonawca wykonywał roboty sprzecznie z projektem lub zasadami sztuki, zarazem inwestor nie może uchylać się od obowiązku częściowego przyjęcia robót zarzucając usterki lub wady w pewnym zakresie prac przedstawionych do odbioru. Zamawiający powinien więc w sytuacji kwestionowania jakości części prac, przyjąć i odpowiednio rozliczyć tą część prac przedstawionych do odbioru, która wad istotnych nie posiada.

Odnosząc się do dalszych zarzutów apelacji omówić należy w pierwszej kolejności kwestie objęte zarzutami naruszenia przepisów prawa procesowego. W pkt. 13 ), 14) oraz 16) - 19) swojej apelacji skarżąca Gmina T. eksplikuje szereg zarzutów naruszenia art. 233 §1 k.p.c.

Wstępnie przypomnieć należy, że w świetle ukształtowanej w praktyce i nauce wykładni normy art. 233 §1 k.p.c. nie może oznaczać jej naruszenia jedynie to, iż określony dowód został oceniony niezgodnie z intencją skarżącego. Ocena dowodów należy bowiem do zasadniczych kompetencji jurysdykcyjnych (jest elementem władzy jurysdykcyjnej) sądu orzekającego i nawet sytuacja, w której z treści dowodu (materiału dowodowego) można wywieść wnioski inne, niż przyjęte przez sąd, nie stanowi jeszcze o naruszeniu art. 233 § 1 k.p.c. W orzecznictwie i literaturze wielokrotnie podkreślano, że skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania, że sąd wywodząc wnioski faktyczne z przeprowadzonych dowodów, uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego. Za naruszające normę art. 233 §1 k.p.c. uznać należy też dokonanie oceny niekompletnej (a więc niewszechstronnej – pomijającej istotne dla poczynienia prawidłowych ustaleń fragmenty materiału procesowego).

Dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. konieczne jest wskazanie przyczyn dyskwalifikujących rozumowanie sądu. W szczególności skarżący powinien wskazać, w jaki sposób sąd naruszył opisane kryteria przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając, względnie wskazać jakie dowody wskazujące na fakty istotne dla rozstrzygnięcia zostały przez Sąd pominięte.

Odnosząc te uwagi do zarzutów formułowanych przez pozwaną Gminę T. wskazać należy wstępnie, że skarżąca nie formułuje wyводу uzasadniającego formułowane zarzuty. Już to czyni tą część apelacji jedynie polemiką z ustaleniami Sadu Okręgowego.

Co do szczegółowych argumentów strony dodać należy, że podważając walor dowodowy dokumentacji filmowej skarżąca nie wskazuje żadnych dowodów pozwalających na przyjęcie, że dokumentacja ta została sporządzona nierzetelnie lub nie oddaje stanu rzeczy istotnego dla określenia wzajemnych praw i obowiązków stron. Nie przeciwstawia tej dokumentacji np. dowodów ze źródeł osobowych lub dokumentów czy też fotografii, które pozwalałyby na poczynienie oceny odmiennej od przyjętej przez Sąd Okręgowy. Zarzucając wybiórczość dokumentacji nie wskazuje skarżąca, które elementy robót zostały pominięte (mimo że była – jak wyżej wskazano – od chwili odstąpienia o odmowy dysponentem placu robót, prowadziła dalsze prace i przygotowała dokumentację stanowiącą podstawę umowy z kolejnym wykonawcą). Zatem pozwana powinna posiadać odpowiednie rozeznanie co do stanu robót po opuszczeniu placu budowy przez powoda i mogła wskazać szczegółowo te fragmenty dokumentacji filmowej, której jej zdaniem są nierzetelne i nieadekwatne dla stanu z chwili odstąpienia od umowy. Brak aktywności pozwanej

w celu podważenia rzetelności dokumentacji filmowej musi być więc uwzględniany przy ocenie wiarygodności i waloru procesowego tego dowodu i nie pozwala na przyjęcie, by uznanie dowodu za wiarygodny przez Sąd I instancji nastąpiło z naruszeniem art. 233 §1 k.p.c.

Zarzucając naruszenie zasad oceny dowodów w odniesieniu do opinii biegłego również skarżąca nie wskazuje takich argumentów z materiału procesowego, które podważałyby przydatność procesową sporządzonej opinii. Pozwana uwzględnia tylko niektóre wyrwane z kontekstu wypowiedzi biegłego nie odnosząc ich do całokształtu stanowiska przedstawionego dla uzasadnienia konkluzji opinii tworzonego przez wystąpienia pisemne biegłego uzupełnione ustnie na rozprawie.

Przypomnieć należy, że dowód z opinii biegłego co do zasady podlega ocenie zgodnie z zasadami określonymi w art. 233 k.p.c. (a więc w kontekście całokształtu materiału procesowego), oczywiście przy uwzględnieniu specyfiki opinii biegłego wynikającej z normy art. 278 k.p.c. Rzecz jasna, Sąd nie dokonuje oceny tego dowodu w takim zakresie, w jakim wkraczałby w kompetencje merytoryczne biegłego. Jednakże sądowa ocena dowodu z opinii biegłego polega w pierwszej kolejności na kontroli kompletności wynikających z materiału procesowego przesłanek, jakie biegły powinien wziąć pod uwagę przedstawiając swoją opinię a także spójności logicznej i przejrzystości wywodu oraz zgodności wniosków opinii z zasadami logiki oraz doświadczenia życiowego.

Dowód z opinii biegłego jest więc dowodem o tyle specyficznym, że jego zasadniczym celem jest dostarczenie Sądowi tzw. wiadomości specjalnych (art. 278 k.p.c.) a więc informacji naukowych lub dotyczących wiedzy technicznej (branżowej), przekraczających swym zakresem zasób wiedzy powszechnej. Dowód z opinii biegłego ma więc dostarczyć Sądowi wiedzy niezbędnej dla właściwej oceny materiału procesowego przedstawionego przez strony (w tym zwłaszcza innych dowodów) z perspektywy odpowiedniej dziedziny wiedzy (nauki lub techniki). Jak wskazano, dowód ten podlega ocenie na podstawie art. 233 § 1 k.p.c., przy czym z uwagi na opisaną swoistość tego środka dowodowego, w orzecznictwie wypracowano szczególne kryteria jego oceny. Wskazuje się zatem jednolicie, że opinia nie może podlegać ocenie Sądu w warstwie dotyczącej przedstawionych poglądów naukowych lub dotyczących wiedzy specjalnej w rozumieniu art. 278 k.p.c. nawet jeśli członkowie składu orzekającego taką wiedzę posiadają. Ocenie podlega wyłącznie zgodność z materiałem procesowym przyjętych założeń faktycznych, podstawy metodologiczne, transparentność, kompletność i spójność wywodu i wreszcie zgodność wniosków opinii z zasadami logiki, wiedzy powszechnej i doświadczenia życiowego.

Tym samym strona kwestionując w apelacji walor wywodu biegłego winna wskazać właśnie na takie mankamenty wywodu lub wniosków biegłego. Nie jest wystarczające wyrażenie niezadowolenia z konkluzji biegłego lub niewyjaśnienia wszystkich wątpliwości zgłaszanych przez strony.

Skarżąca wywodu takiego nie przedstawiła. Wprawdzie rację ma strona wskazując na lakoniczność wywodu biegłego w opinii pisemnej, jednak pomija w apelacji to, że mankament ten dostrzegł także Sąd Okręgowy, który skorzystał z kompetencji wynikającej z art. 286 k.p.c. i zażądał od biegłego ustnych wyjaśnień do opinii, które zostały przedstawione na rozprawie w obecności stron procesu. Zwrócić należy na zasadniczą dla przebiegu postępowania dowodowego rolę odebrania ustnych wyjaśnień na rozprawie. Ta czynność dowodowa ma umożliwić zarówno Sądowi ale także stronom wyjaśnienie wątpliwości co do ocen lub wnioskowania biegłego. Zatem strona uzyskała możliwość przedstawienia swoich wątpliwości i uzyskania od biegłego ich wyjaśnienia. Biorąc pod uwagę całość wypowiedzi biegłego nie sposób uznać, by opinia nie posiadała uzasadnienia lub w sposób nazbyt ogólny przedstawiała wywód biegłego prowadzący do przyjętych konkluzji.

W realiach niniejszej sprawy nie jest też obojętnym dla oceny przydatności dowodu z opinii biegłego to, że swoich ocen i wycień dokonywał on w istocie na podstawie dowodów pośrednich, skoro nie było możliwe zapoznanie się przez biegłego bezpośrednio z przedmiotem oceny (z uwagi na wykonanie przez pozwanych robót inwestycyjnych kończących prace powoda). W tym kontekście zaś nie może stanowić zarzutu strony pozwanej to, że biegły swoje wnioski formułował po zapoznaniu się z materiałem udostępnionym przez strony. W istocie to jakość materiału procesowego przedstawionego przez strony skutkuje ogólnością opinii, czego strona pozwana nie chce dostrzegać.

Zarzucając biegłemu że swoje ustalenia co do wpływu warunków atmosferycznych oparł o stanowisko powoda a nie meteogramy poprzestaje skarżąca jedynie na stwierdzeniu nie wskazując argumentów, które miały by to twierdzenie popierać. Z uzupełniającej opinii biegło wynika wprost, że biegły przyjmował dane z meteogramów za podstawę swoich konkluzji.

Wywodząc zaś, że biegły powinien uzasadniać swoje stanowisko skarżąca pomija to, że biegły zarówno ustnie jak i pisemnie (oraz poprzez przedstawienie załączników do opinii – kosztorysów czy też wykresu czasowego zdarzeń na budowie ustalonego na podstawie materiału procesowego i określającego czas trwania i przyczyny poszczególnych przeszkód uzasadniał własne wnioski. Powtórzyć zatem należy, że rolą strony było wykazanie ubiegłemu błędności przyjętych założeń braku spójności logicznej wyводу lub sprzeczności konkluzji z tym wywodem, czego nie przedstawiono ponawiając jedynie prezentacje stanowiska przedstawionego przez Sądem I instancji.

Nie wskazuje skarżąca na czym miałyby polegać istotne rozbieżności między opinią (kosztorysem) biegłego i kalkulacjami pozwanych co do danych dotyczących zakresu wykonanych przez powoda robót lub nakładów niezbędnych dla wykonania poszczególnych robót. Nie wyjaśnia też apelująca z jakiej przyczyny kalkulacje sporządzane jednostronnie przez stronę procesu dla uzasadnienia jej racji miałyby posiadać walor wiarygodności i podważać wywód biegłego. Stąd też także ta część argumentacji nie może być uznana za zasadną.

Powołując się zaś na „widoczne różnice” między stawkami przyjętymi przez biegłego i wynikającymi z zestawień SEKOCENBUD nie podaje skarżąca w apelacji żadnych konkretnych danych co także nie pozwala Sądowi na weryfikację zarzutów stawianych w apelacji Sądowi Okręgowemu.

Dalsze szczegółowe kwestie dotyczące poszczególnych wypowiedzi biegłego oraz zarzuty dotyczące błędnego oparcia się przezeń przy ocenie prac powoda o efekt prac kolejnego wykonawcy czy wreszcie kwestie wpływu poszczególnych przyczyn na opóźnienie zostaną omówione w ramach wywodów dotyczących apelacji pozwanych Powiatu i Gminy R.. To samo dotyczy kwestii prawidłowości kruszywa użytego do wykonania podbudowy.

W pkt. 16) petitum strona kwestionuje ocenę dowodów skutkującą przyjęciem, że umowa partnerska nie stanowi źródła umocowania do złożenia oświadczenia o potrąceniu. W tej części apelacji jednak nie kwestionuje strona ustaleń Sądu co do treści umowy partnerskiej lecz jedynie polemizuje z ich oceną prawną. Skarżąca nie wskazuje w szczególności na takie argumenty dowodowe, które pozwalałyby na ustalenie, że powiat posiadał umocowanie do rozporządzania wierzytelnościami Gmin w stosunku do wykonawcy robót i składania oświadczeń kształtujących (jednostronnych czynności prawnych). Do oświadczenia o potrąceniu (jako czynności jednostronnej) złożonego przez osobę nieumocowaną w imieniu Gmin znajduje zastosowanie norma art. 104 k.c. Zatem oświadczenie złożone bez umocowania musi być uznane za nieważne, skoro nie wykazano, by powód zgadzał się na działanie podmiotu składającego oświadczenie o potrąceniu bez umocowania. Kwestia ta, co należy podkreślić, ma jednak znaczenie drugorzędne dla rozstrzygnięcia, z uwagi na to, że strona pozwana nie wykazała istnienia roszczenia przedstawionego przez nią do potrącenia, jak trafnie wskazał Sąd I instancji i co nie zostało podważone w apelacji.

W pkt. 17) skarżąca eksponuje kwestię oceny zeznań wybranych przez siebie świadków starając się podważyć ustalenia Sądu co do przyczyn opóźnienia. Pomija skarżąca to, że fakt, iż na podstawie grupy dowodów można ustalić odmienny od przyjętego przez Sąd przebieg zdarzeń oparty o inne dowody, nie może uzasadniać (w świetle wcześniejszych uwag) naruszenia art. 233 k.p.c. Wykazać więc należy, że ocena dowodów w oparciu o które Sąd poczynił ustalenia faktyczne nie odpowiadała wzorcowi określonymu w art. 233 §1 k.p.c. W apelacji Gminy T. wyvodu takiego nie przedstawiono. Odwołać się też należy do wcześniejszych uwag dotyczących sytuacji zaistniałej po dniu 7 października 2011 roku i wynikających z materiału procesowego przyczyn, które powodowały, że powód nie wykonał umowy przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Kwestii tych nie podważają zeznania wymienionych w apelacji świadków a skarżąca nie wskazuje na tego rodzaju argumenty, które podważałyby wiarygodność dowodów, w oparciu o które Sąd poczynił ustalenia.

Nie wyjaśnia skarżąca swojego stanowiska co do meteogramów (pkt. 18) petitum). Z wydruków tych wynika źródło (adres internetowy), z którego pochodzą, oraz podmiot gromadzący i udostępniający dane, (którym była jednostka Uniwersytetu (...)). Zatem niezasadnie skarżąca podnosi niemożność ustalenia pochodzenia tych wydruków. Kwestionując miarodajność tych dowodów pozwana nie wskazuje, które z nich miałyby zaś nie odpowiadać stanowi rzeczywistości i nie wskazuje takich dowodów, z których wynikałoby przeciwieństwo danych zgromadzonych przez jednostkę stale monitorującą warunki atmosferyczne i opracowującą informacje na podstawie posiadanej bazy danych.

Nie wskazuje też skarżąca, jakie znaczenie dla rozstrzygnięcia miałyby mieć błędne zrozumienie przez Sąd wypowiedzi świadka J. co do zakresu robót. W ocenie Sądu odwoławczego kwestia ta pozostaje bez znaczenia wobec oceny sytuacji między stronami po podpisaniu aneksu zmieniającego termin zakończenia robót i wskazywanych wyżej przyczyn niezakończenia robót w terminie.

Z przedstawionych przyczyn Sąd odwoławczy nie znalazł podstaw do uznania za uzasadniony zarzutu naruszenia art. 233 §1 k.p.c.

Pozwana Gmina T. podniosła nadto (w pkt. 15) zarzut naruszenia art. 227 i innych k.p.c. poprzez oddalenie wniosku o powołanie innego biegłego oraz zasięgnięcie opinii instytutu naukowo – badawczego. Zarzut ten związany jest ze stanowiskiem pozwanej kwestionującym przydatność opinii sporządzonej w niniejszej sprawie. Ponowić należy więc stwierdzenie, że skarżąca nie wykazała takich mankamentów logicznych lub metodologicznych, które dyskwalifikowałyby walor dowodowy opinii. W szczególności skarżąca wadliwie zarzuca biegłemu, że ten wyliczając wartość świadczenia powoda, brał pod uwagę stawki średnie rynkowe (oparte o publikatory sekocenbud) a następnie porównywał do stawek wynikających z umowy. Pomija bowiem skarżąca (zresztą podobnie jak i powód), że przedmiotem sporu w niniejszej sprawie nie było roszczenie o zapłatę wynagrodzenia należnego za wykonanie umowy. Przedmiotem tym było roszczenie o zwrot świadczenia zgodnie z art. 494 §1 k.c. na co wyraźnie wskazał Sąd dokonując kwalifikacji prawnej żądania. W następstwie oświadczenia o odstąpieniu od umowy było że stosunek prawny łączący strony uległ rozwiązaniu ze skutkiem *ex tunc*. Zatem nie powstało prawo do żądania wynagrodzenia za wykonane prace lecz jedynie roszczenie o zwrot świadczenia.

Z uwagi na to, że zwrot świadczenia w naturze był faktycznie niemożliwy (ze względu na istotę robót budowanych), stosując odpowiednio normę art. 405 k.c. orzec należało o zwrocie wartości świadczenia. Wartość tą zgodnie z zasadami wypracowanymi na tle roszczeń o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia (nienależnego świadczenia) ustalać należy według kryteriów obiektywnych (rynkowych). Stawki ustalane między stronami są zatem tylko jedną z przesłanek dla ustalenia rzeczywistej wartości świadczenia podlegającego zwrotowi. Określenie rzeczywistej wartości świadczenia w oparciu o te stawki może jednak stanowić podstawę orzeczenia na podstawie art. 494 k.c. w zw. z art. 405 k.c. jedynie wówczas gdy stawki te weryfikowane stosownie do sytuacji rynkowej można zakwalifikować jako odpowiadające przeciętnym.

Zatem przyjęcie przez biegłego dla wyceny wartości świadczenia stawek średnich (wynikających z publikatorów opartych o dane rynkowe), oraz porównanie ich adekwatności do stawek przyjmowanych przez strony w umowie, nie może być uznane za sprzeczne z istotą roszczenia poddanego pod osąd i powodować braku miarodajności opinii biegłego. W tym kontekście domagając się ponowienia dowodu z opinii biegłego strona powinna wskazać na takie przesłanki, które skutkują niemożnością uznania ustaleń biegłego za miarodajne dla wyceny świadczenia. Wywodu takiego nie przeprowadzono, poprzestając wyłącznie na wskazaniu zarzutu braku szczegółowych wyliczeń opartych o stawki umowne, co jak wyżej wskazano nie świadczy o nieprzydatności wniosków biegłego dla rozstrzygnięcia sporu.

Stąd też zarzut określony szczegółowo w pkt. 15) apelacji Gminy T. również nie może wpływać na negatywną ocenę zaskarżonego orzeczenia.

Z tożsamyh przyczyn pominięto wnioski dowodowy zawarty w petitum apelacji o przeprowadzenie dowodu z opinii kolejnego biegłego lub instytut naukowo badawczego.



Odnosząc się do zarzutu naruszenia prawa materialnego (art. 375 k.c. i art. 65 §2 k.c.) stwierdzić należy wstępnie, że skarżący poruszając kwestię poprawności oceny posiadania przez Powiat legitymacji do złożenia oświadczenia o potrąceniu wierzytelności przysługującej Gminom z tytułu kar umownych, pomija całkowicie tę część argumentacji Sądu, z której wynika jednoznacznie, że zarzut ten nie mógł być uwzględniony ze względu na niewykazanie istnienia roszczenia przedstawionego do potrącenia. Zatem brak tej przesłanki już powoduje że kwestia posiadania legitymacji do złożenia oświadczenia o potrąceniu staje się kwestią pozbawioną znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Odnosząc się jednak do szczegółowych kwestii poruszanych przez skarżącą dostrzec należy, że zarzuty naruszenia art. 375 k.c. starają się wykazać swoistą niekonsekwencję w rozumowaniu Sądu. Wnioski apelującej pomijają jednak tę zasadniczą kwestię, że norma art. 375 k.c. pozwala dłużnikom solidarnym bronić się zarzutami przysługującymi im osobiście wobec wierzyciela a także tymi, które ze względu na sposób powstania lub treść zobowiązania są wspólne wszystkim dłużnikom. Zatem norma ta oznacza, że dłużnik odmawiając spełnienia długu solidarnego może podnieść zarzuty tzw. wspólne, (uargumentować odmowę spełnienia świadczenia istnieniem wspólnego wszystkim dłużnikom solidarnym zarzutu przeciwko roszczeniu wierzyciela) . Nie oznacza to jednak, że współdłużnik posiada na tej podstawie umocowanie do składania wszelkich oświadczeń woli w imieniu innych dłużników kształtujących sytuację prawną między wierzycielem a tymi dłużnikami (jest pełnomocnikiem lub przedstawicielem tych dłużników – jak zdaje się sugerować skarżący).

W realiach sprawy pozwany Powiat składając oświadczenie z dnia 5 sierpnia 2012 roku powoływał się na uprawnienie do reprezentowania Gmin i oświadczał o potrąceniu wierzytelności tych podmiotów (a nie własnej wierzytelności wynikającej z umów o wykonanie robót budowlanych). Zatem powiat składając oświadczenie nie czynił tego w imieniu własnym (jako dłużnik solidarny odmawiający zapłaty z uwagi na własne prawo przeciwstawiane roszczeniu powoda), lecz działał jako przedstawiciel pozostałych dłużników. W tym kontekście Sąd Okręgowy trafnie uznał za konieczne wykazanie umocowania powiatu do składania oświadczenia o potrąceniu w imieniu pozostałych dłużników. Innymi słowy norma art. 375 k.c. o tyle nie miała zastosowania w sprawie, że Sąd Okręgowy nie rozważał w ogóle, czy pozwany Powiat miał prawo bronić się zarzutem potrącenia wierzytelności o odszkodowanie z tytułu niewykonania poszczególnych umów przysługujących Gminom (jako żądania naprawienia szkody wyrządzonej w majątku tych Gmin) czy wreszcie wierzytelności o zapłatę kary umownej, która w świetle brzmienia § 14 umów również przysługiwała wyłącznie Gminom (oznaczanym w umowach jako zamawiający) a nie Powiatowi (który konsekwentnie w kolejnych postanowieniach umowy był oznaczany jako lider.

Wobec treści oświadczenia o potrąceniu z dnia 5 sierpnia 2012 roku jako składanego wyłącznie w imieniu Gmin, Sąd nie popełnił więc niekonsekwencji uznając z jednej strony Powiat za dłużnika (stronę umów o roboty budowlane), z drugiej zaś stwierdzając, że oświadczenie o potrąceniu z dnia 5 sierpnia 2012 roku zostało złożone w imieniu pozwanych Gmin bez umocowania.

Dodać wreszcie należy, że istotą oświadczenia o potrąceniu jest ukształtowanie treści dwóch stosunków prawnych (stosunku, z którego wynika wierzytelność potrącana i stosunku uzasadniającego wierzytelność przedstawioną do potrącenia). Jako takie oświadczenie o potrąceniu stanowi rozporządzenie prawem majątkowym przysługującym potrącającemu jako wierzycielowi. Z tej racji nie sposób uznać, że oświadczenie o potrąceniu może być złożone przez dłużnika solidarnego niebędącego zarazem wierzycielem podmiotu, któremu przysługuje wierzytelność do której umorzenia dąży składający oświadczenie.

Dłużnik solidarny niebędący jednocześnie wierzycielem może więc powołać się na zaspokojenie (umorzenie) wierzytelności wskutek wcześniejszego oświadczenia podniesionego przez innego dłużnika któremu przysługiwała wierzytelność pieniężna wobec podmiotu będącego zarazem wspólnym wierzycielem dłużników solidarnych. Nie ma jednak podstaw jurystycznych w treści art. 375 k.c. by przyjmować, że dłużnik taki może przez oświadczenie o potrąceniu rozporządzić przysługującą wyłącznie innemu dłużnikowi solidarnemu wierzytelnością wobec wspólnego wierzyciela.

Odnosząc się zaś do zarzutu naruszenia art. 65 §2 k. c. stwierdzić należy, że skarżąca nie wskazuje argumentów pozwalających na odmienną, niż przedstawiona przez Sąd Okręgowy, ocenę treści umowy partnerskiej. Z umowy tej wynika bowiem po pierwsze podział między jej stronami obowiązków i odpowiedzialności oraz określenie sposobu finansowania inwestycji która miała być przez jej strony wspólnie realizowana. Z treści §3 zgodnie z jego brzmieniem nie wynika bynajmniej wola umocowania Powiatu do reprezentowania Gmin. Wprost bowiem wskazano, że to postanowienie umowne dotyczy „zakresu odpowiedzialności” lidera projektu. Umowa nie stanowi (ani w tym postanowieniu ani też w innych fragmentach) o kompetencjach powiatu w zakresie reprezentacji partnerów. Zwłaszcza w §2 nie wskazano, by zakres umowy obejmował kwestie dotyczące kompetencji do składania oświadczeń woli przez lidera kontraktu w imieniu partnerów.

W §3 pkt. 1. Lit d) wskazano, że partner będzie więc odpowiedzialny między innymi za „przeprowadzenie zamówienia publicznego w zakresie wykonawstwa i nadzoru zadania”. Zasadnie wskazuje Sąd Okręgowy, że z treści tego postanowienia odczytywanego w kontekście pozostałej treści dokumentu nie sposób wywodzić, iż wolą stron umowy było jednoczesne umocowanie Powiatu do składania w imieniu partnerów oświadczeń materialnoprawnych dotyczących rozporządzenia wierzytelnościami im przysługującymi w stosunku do wykonawcy robót. Pomija też skarżąca, że z treści umowy wynika, że Powiat był odpowiedzialny za „przygotowanie rozliczenia projektu”. Z tego postanowienia także wnioskować należy, że działania powiatu były ograniczone w zakresie rozliczeń (a za takie należy traktować również potrącenie stanowiące sposób umorzenia roszczenia pieniężnego) wyłącznie do formułowania propozycji (czynności przygotowawczych) i kompetencje powiatu nie obejmowały umocowania do składania w imieniu partnerów oświadczeń woli dotyczących ich stosunków majątkowych.

Trafnie też, analizując umowę, Sąd Okręgowy odróżnia czynności związane z wykonawstwem i nadzorem nad zadaniem od czynności związanych ze składaniem oświadczeń o potrąceniu już po rozwiązaniu umowy (umów) o roboty budowlane. Rację zatem przyznać należy Sądowi Okręgowemu w tej części, w której wskazuje na brak podstaw do wywodzenia z postanowienia dotyczącego nadzoru zadania (a więc postanowienia dotyczącego kontroli sposobu wykonywania umowy o roboty budowlane przez wykonawcę i obowiązków w zakresie czuwania nad zgodnością jego prac z umową) prawa do składania w imieniu partnerów oświadczeń woli dotyczących kwestii rozliczeń wzajemnych wierzytelności między partnerami i wykonawcą. To samo dotyczy postanowienia odnoszącego się do przeprowadzenia zamówienia publicznego. Oświadczenie o potrąceniu nie mieści się w procedurze zamówienia publicznego (jako tworzącego ramy prawne repartycji środków publicznych), lecz jak wskazano wyżej zmierza do umorzenia wzajemnych wierzytelności.

Z tych przyczyn nie można podzielić argumentów apelacji pozwanej Gminy T. oraz tych argumentów pozostałych pozwanych które są wspólne obu apelacjom.

Odnosząc się do zarzutów apelacji pozwanych Powiatu i Gminy R. w chronologii przyjętej przez skarżących omówić należy najpierw kwestię legitymacji biernej pozwanego Powiatu.

Skarżący zarzuca w pierwszej kolejności naruszenie art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na podstawie tego istnieje możliwość powierzenia jednemu z podmiotów przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w imieniu i na rzecz innych podmiotów. Zdaniem skarżącego przepis ten nie znajduje zastosowania w sprawie albowiem Powiat występował wyłącznie jako pełnomocnik Gmin. Jak swoje racje skarżący wywodzi treści § 12 umowy o roboty budowlane i §3 ust 1 lit. e, f i g oraz §4 i §6 umowy partnerskiej.

Wyżej już odniesiono się do argumentów pozwanej Gminy T. dotyczących tych kwestii. Podkreślić należy, w tym miejscu że udzielenie pełnomocnictwa jest uznawane za jednostronną czynność prawną. Zatem oświadczenie mocodawcy musi wskazywać zarówno na wolę upoważnienia pełnomocnika do składania osobom trzecim oświadczeń woli ze skutkiem prawnym dla mocodawcy jak i określać zakres umocowania. Z uwagi na to, że pełnomocnictwo ma upoważniać do działania wobec osób trzecich i jest oświadczeniem jednostronnym, wykładni tego oświadczenia dokonywać należy na podstawie art. 65 §1 k.c. (por. np. wyrok SN z dnia 21 marca 2013, II CSK 458/12). Wprawdzie w nauce dopuszcza się udzielenie pełnomocnictwa w sposób konkludentny, to jednak nie jest dopuszczalne powoływanie

się na tzw. pełnomocnictwo nieujawnione wobec kontrahenta. W takiej sytuacji bowiem czynność dokonana w cudzym imieniu nie wywoła skutków prawnych dla reprezentowanego.

W realiach sprawy należy zaś mieć na względzie to, że z treści umowy o zamówienie publiczne (jak zresztą także z przytaczanych przez Sąd Okręgowy postanowień SIWZ) w żadnym fragmencie nie wynika to, by pozwany działał wyłącznie w imieniu i na rzecz Gmin. Przeciwnie – zarówno postanowienia umów o roboty budowlane jak i przytaczane przez Sąd Okręgowy postanowienia SIWZ wskazują jednoznacznie na to, że pozwany Powiat zawierał umowę o roboty budowlane w imieniu własnym (zatem wyrażał wolę zaciągnięcia zobowiązania wobec wykonawcy). Powiat stawał się więc wierzycielem wykonawcy a zarazem zobowiązywał się (wraz z gminami) do wywiązania się z obowiązków umownych wobec wykonawcy. Nie wykazano też żadnym dowodem, by przed zawarciem umowy powodowi komunikowano (wyjaśniano) inną, niż wynika z jej treści rolę prawną pozwanego Powiatu.

Bezzasadnie powołuje się skarżący na treść umowy partnerskiej. Po pierwsze – jak wskazano wyżej, umowa ta określając przedmiot swojej regulacji w §2 nie zawiera jakiegokolwiek informacji wskazującej na wolę jej stron co do kreowania stosunku pełnomocnictwa między Powiatem i Gminami. Po wtóre - zakresem postanowień powoływanych przez pozwanego objęto jego obowiązki względem Gmin (a nie upoważnienia go do składania wiążących Gminy oświadczeń woli. Po trzecie, argumenty dotyczące postanowień umownych w zakresie rozliczenia inwestycji są skierowane (dotyczą) stron umowy partnerskiej (a zatem wskazują, w jakiej części każdy z podmiotów tej umowy ma partycypować w kosztach prac projektowych a następnie w kosztach prac budowlanych. Z treści tych postanowień wywodzić więc można jedynie tyle, że w ramach stosunku łączącego partnerów i lidera każdy z tych podmiotów miał określone obowiązki. Zatem np. w przypadku konieczności poniesienia przez lidera kosztów, do których zobowiązany nie był, przysługiwać mogło mu roszczenie wobec właściwej Gminy. Brak jest natomiast podstaw do tego, by z treści tych postanowień wywodzić, iż w sposób wyraźny lub dorozumiany zostało udzielone pełnomocnictwo dla powiatu, a następnie fakt udzielenia tego pełnomocnictwa odnosi się do także do treści SIWZ i umów o roboty budowlane i dla kontrahenta jasnym miałyby być, że Powiat zawierając umowę nie działał w imieniu własnym. Wobec wyraźnych postanowień umowy o roboty budowlane i SIWZ, z których wynika, że powiat był stroną umowy oraz treści umowy partnerskiej wnioski takie są nieuzasadnione. .

Z tych przyczyn zarzut naruszenia art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych uznano za nieuzasadniony.

Z kolei poruszane w uzasadnieniu apelacji kwestie dotyczące zastosowania art. 498 k.c. i naruszenia art. 375 k.c. zostały omówione wyżej w sposób wyczerpujący tematykę poruszaną też w apelacji Powiatu i Gminy R..

Sąd Okręgowy nie naruszył też normy art. 139 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skarżący uzasadnienia tego zarzutu upatrują w tym, że Sąd miał nie dostrzec, iż dokonana przez wykonawcę zmiana materiałów użytych do wykonania podbudowy stanowiła zmianę umowy wymagającą dla swej skuteczności zachowania formy pisemnej. Skarżący wywodzą, że wobec braku dokonania zmiany w tej formie uznać należy, że powód spełnił swoje świadczenie w sposób nienależyty a to uzasadniać ma tezę o prawie pozwanego Powiatu do odmowy dokonania odbiorów częściowych.

Pomija w tej części argumentacji to, że przedmiotem procesu nie jest zapłata wynagrodzenia (lecz - jak wskazano wyżej – żądanie zwrotu wartości świadczenia). W tym kontekście istotna jest wartość świadczenia uzyskanego przez pozwanych do chwili odstąpienia od umowy. Strona powodowa nie twierdziła, że doszło do zmiany umowy w zakresie cech przedmiotu świadczenia wykonawcy. Nie przyjmował takiej konkluzji również Sąd. Zatem w sprawie nie doszło do zarzucanego naruszenia art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z kolei twierdzenia o prawie do odmowy dokonania odbiorów częściowych poza kwestiami omówionymi wyżej pomijają to, że (po pierwsze) powód wnosił o dokonanie odbioru także części robót nie wykonywanych na podbudowie kwestionowanej co do jakości przez zamawiających (co wynika wprost choćby z treści protokołu – k. 93-96 akt). Mimo to zamawiający odmówili odbioru jakiegokolwiek części robót. Po wtóre kwestia podłoża nie została w ogóle wymieniona

jako przyczyna odmowy odbioru w protokole z dnia 21 października 2011 – w protokole wskazano wyłącznie brak dokumentacji odbiorowej jako przyczynę odmowy odbioru (k. 96 akt).

Co więcej w toku robót pozwany oświadczał, że zaakceptuje podbudowę wykonaną przez pozwanego podbudowę pod warunkiem, że zamawiający pokryje koszt w wysokości 50% kruszywa określonej w kosztorysie ofertowym (pismo z 18 października 2011 - k. 92). Jest to istotne w świetle przedstawionych niżej obowiązków i praw stron wynikających z SSTWiOR.

Zatem z jednej strony w protokole odbiorowym z 21 października 2011 nie wskazano jednoznacznie podawanej w apelacjach pozwanych przyczyny odmowy odbioru. Z kolei przyczyna ta w toku wcześniejszej korespondencji nie była uznawana za wadę istotną (uniemożliwiającą korzystanie z rzeczy zgodnie z jej przeznaczeniem) lecz wadę uzasadniającą jedynie żądanie obniżenia wynagrodzenia. Potwierdza tą okoliczność także treść opinii biegłego.

Po trzecie mimo świadomości pozwanych co do materiału z którego wykonywana jest podbudowa przed przystąpieniem do czynności odbiorowych nie wzywano powoda do zmiany sposobu wykonywania robót stosownie do treści art. 636 k.c. w zw. z art. 656 §1 k.c. czy też odpowiednich postanowień SSTWiOR. Zatem pozwani w istocie akceptowali wykonawstwo w oparciu o te materiały a następnie wywodzili negatywne skutki z własnej bierności zarazem nie zobowiązując powoda do rozebrania wykonanej podbudowy i wykonania jej w sposób prawidłowy.

Wreszcie nie jest obojętne i to, że prace na całym odcinku drogi rowerowej wykonywane były na różnych nawierzchniach i jedynie części z nich dotyczyła kwestionowana podbudowa.

Ostatecznie też nie sposób pominąć to, że kwestia podbudowy nie została w ogóle wskazana w piśmie o odstąpieniu od umowy z dnia 23.11.2011. Przypomnieć należy, że pismo to sporządzone przed przystąpieniem do czynności odbiorowych zawiera wyłącznie powołanie się na brak planu umożliwiającego realne wykonanie w całości umowy i brak realizacji prac zgodnie z oczekiwaniami i ustaleniami z inspektorem nadzoru.

W kontekście wcześniejszych żądań powoda dotyczących przedłożenia dokumentacji niezbędnej dla dokończenia prac i inercji pozwanych w tym zakresie uznać należy, że zarówno oświadczenie o odstąpieniu od umowy jak i czynności odbiorowe z dnia 23.11.2011 stanowiły jedynie czynności mające uzasadnić postawę pozwanych i świadczą o braku lojalności kontraktowej wobec powoda (należy więc raczej traktować ją jako pretekst mający uzasadniając odmowę zapłaty i kontynuowania robót).

Twierdzenia skarżącego co do dostatecznie jasnej treści pisma z dnia 23 listopada 2011 mającego wskazywać jako przesłankę odstąpienia od umowy zwłokę wykonawcy nie odnoszą się do tych ustaleń Sądu, które wskazują na brak czynności niezbędnych po stronie zamawiających dla kontynuowania robót (przedstawiania dokumentacji projektowej i rozwiązania kwestii dotyczących małej architektury). Odwołując się z kolei do pkt. 8.3. SSTWiOR i wskazując, że także w trakcie odbioru częściowego na tej podstawie badać miano jakość wykonanych robót, nie odnosi się skarżący do kwestii istotności wad. Jeśli jak twierdzi skarżący odbiór częściowy miał odbywać się według tych samych zasad co odbiór końcowy, to zważyć należy, że w świetle utrwalonej w judykaturze SN wykładni obowiązków zamawiającego i wykonawcy robot budowlanych w zakresie czynności odbiorowych na tle normy art. 637 obowiązującej w chwili dokonywania czynności między stronami, nie uzasadniały odmowy odbioru wady nieistotne (a więc, ujmując rzecz ogólnie - wady, które nie uniemożliwiały korzystania z przedmiotu robót zgodnie z jego gospodarczym przeznaczeniem lub w sposób oczywisty sprzeczne z umową (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 1999 r. I KKN 957/97). Z kolei jeśli wady były usuwalne, inwestor powinien wyznaczyć odpowiedni termin na ich usunięcie. W realiach sprawy czynności takich nie przeprowadzono.

Z kolei przyjmując argumentację pozwanego co do znaczenia zapisu pkt. 8.3. SSTWiOR, przyjęć należało, że w świetle tego zapisu powód posiadał prawo do żądania przyjęcia przez zamawiających częściowego świadczenia za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia. Odbiór częściowy miał odbywać się według zasad tożsamy co odbiór końcowy. Skarżący powołując się w tym zakresie na SSTWiOR pomija zarazem, że w pkt. 8 4. Dotyczącym odbioru końcowego przewidziano po pierwsze, że braki dokumentacyjne nie stanowią podstawy do odmowy odbioru (lecz uzasadniały

jedynie wyznaczenie kolejnego terminu odbioru – pkt. 8.4.2.). W przypadku stwierdzenia konieczności wykonania prac poprawkowych i uzupełniających komisja odbiorowa miała obowiązek wyznaczenia terminu ich wykonania (pkt. 8.4.2. zdanie ostatnie), zaś w przypadku stwierdzenia przez komisję nieznacznego odbiegania jakości robót od wymaganej dokumentacją projektową i ST, brak było podstaw do odmowy dokonania odbioru, lecz komisja miała kompetencje do dokonania potrąceń po przeprowadzeniu oceny w sposób opisany w pkt. 8 4..1.

Nadto odbioru częściowego miał dokonywać inżynier (a nie komisja – pkt. 8.3)

W rezultacie na podstawie zapisów SSTWiOR odmawiając odbioru częściowego pozwani (inżynier) powinni wskazać na wady istotne i żądać ich usunięcia wyznaczając odpowiedni termin. W przypadku zaś podniesienia braków dokumentowych nie istniała kompetencja zamawiającego (inżyniera działającego w jego imieniu zgodnie z SSTWiOR) do odmowy odbioru lecz konieczne było wyznaczenie przez inżyniera kolejnego terminu. Nie każde też mankamenty jakościowe uzasadniały żądanie dokonania robót poprawkowych lub uzupełniających, lecz jedynie takie, które nie mogły być kwalifikowane jako pozwalające na dokonanie „potrąceń” w momencie odbioru końcowego.

Natomiast pozwani osiã swojego stanowiska czynili nie tyle wady robót co braki w zakresie dokumentacji odbiorowej, nie wskazując przy tym ich znaczenia dla jakości faktycznie wykonanych prac. Jak wskazano zaś, ta kwestia w świetle powoływanych w apelacji SSTWiOR nie dawała praw do odmowy odbioru lecz obligowała inżyniera (zamawiających) do wyznaczenia kolejnego terminu (zarazem w przypadku sporu co do kompletności dokumentacji nieodzownym było wskazanie w protokole szczegółowych mankamentów dokumentacji względnie oznaczenie rozbieżności w stanowiskach stron).

Podkreślić przy tym należy, że zasadniczo dokumentacja odbiorowa ma znaczenie dla odbioru końcowego, nie zaś dla odbiorów częściowych (poza robotami zanikowymi pi podlegającymi zakryciu). Co więcej – część z dokumentów wymaganych według SSTWiOR ze swej istoty dotyczy odbioru końcowego (ostatecznego według brzmienia SSTWiOR - np. geodezyjna inwentaryzacja powykonawcza i kopia mapy powstałej w wyniku tej inwentaryzacji). Zatem istotnym jest wskazanie jakie dokumenty były zdaniem pozwanego niezbędne dla dokonania odbioru częściowego jeśli z tej przyczyny uchylał się pozwany od wykonania obowiązków z art. 654 k.c..

Bezzasadnie też powołują się w tym kontekście skarżący na niedojście do skutku odbioru końcowego jako przyczynę uzasadniającą ich oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Zgodnie z umową i SSTWiOR. Dla przystąpienia do tej czynności było bowiem konieczne zgłoszenie gotowości odbioru przez wykonawcę. Zatem zamawiający nie mieli podstaw do przystępowania do czynności odbiorowych bez stosownego oświadczenia wykonawcy.

Tymczasem z materiału procesowego wynika, że przed przystąpieniem do czynności z 23 listopada 2011 powód takiej gotowości nie zgłaszał, lecz żądał w piśmie z 8 listopada 2011 dokonania czynności uzgodnionych w dniu 7 października 2011 (wydania rysunków zamiennych, decyzji w sprawie przebudowy kanalizacji sanitarnej i telekomunikacyjnej oraz przedłożenie szczególnych typów i rodzajów wyposażenia miejsc odpoczynku i małej architektury). Żądania te były ponowione po zgłoszeniu ich w dniu 28 października 2011 a ich zasadność znajduje potwierdzenie w notatce z dnia 7 października 2011. Skoro zaś nie wykazali pozwani, by przed przystąpieniem do odbioru końcowego przekazali te dokumenty i w ten sposób umożliwili powodowi zakończenie prac, to z jednej strony pozostawali w zwłoce w wykonaniu swoich obowiązków współdziałania o których mowa w art. 647 k.c. . Z drugiej strony - nie mogli też oczekiwać, że wykonawca bez tych dokumentów zakończy wykonywanie umowy (nie narażając się na zarzut samowolności i niestosowania się do wiążących wytycznych zamawiających (inżyniera).

W rezultacie przystąpienie do odbioru końcowego przy świadomości niezakończenia prac musi być uznane za czynność nie znajdującą oparcia w umowie i SSTWiOR i zmierzającą jedynie do próby racjonalizacji stanowiska pozwanych o odstąpieniu od umowy na końcowym etapie wykonywania robót budowlanych.

Bez znaczenia dla oceny prawidłowości zaskarżonego rozstrzygnięcia pozostają kwestie mające uzasadniać zarzut naruszenia art. 494 k.c. Skarżący twierdzą, że Sąd niedostatecznie wyjaśnił, czy przyczyny wskazywane przez powoda w piśmie i wcześniejsze jego żądania rzeczywiście uniemożliwiały kontynuowanie robót.

W tym zakresie podnoszą, że ani Sąd ani też biegły nie dość jasno wypowiedzieli się co do możliwości kontynuowania prac przez powoda mimo braków dokumentacji o których mowa w notatce z dnia 7 października 2011 i późniejszych pismach powoda. Przyznają zarazem pozwani, że dokumentów tych nie złożyli ani przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy przez siebie, ani przed złożeniem oświadczenia przez pozwanego.

W tym zakresie podkreślić należy, że już w notatce z 7 października 2011 co do decyzji dotyczących sposobu przebudowy kanalizacji sanitarnej i telekomunikacyjnej oraz co do rysunków zamiennych strony nadawały znaczenie istotne dla dalszych prac (o czym świadczą pośrednio zobowiązania pozwanych do podjęcia decyzji do dnia 11 października 2011 i przedłożenia rysunków zamiennych do dnia 20 października 2011). W tym kontekście twierdzenie, że mimo braku stosownych oświadczeń dokumentów wymaganych od pozwanych powód miał obowiązek kontynuować roboty a odstąpić od umowy mógłby dopiero, gdyby prace objęte decyzjami pozwanych były ostatnimi do wykonania, jest całkowicie nieracjonalne i nie znajduje potwierdzenia w regulacjach k.c. oraz w treści umowy.

Po pierwsze, jak wskazano, pozwani zobowiązali się określonymi terminami do złożenia dokumentacji. Po drugie dokumentacja ta (jako zawierająca decyzje inwestora wpływające na sposób wykonania umowy przez wykonawcę była niezbędna dla prawidłowego (zgodnego z umowami) wykonania świadczenia (przez wykonawcę (zwłaszcza wobec brzmienia SSTWiOR, zgodnie z którymi także wszystkie dokumenty dostarczone przez inżyniera miały stanowić część umowy, a wymagania zawarte choćby w jednym z nich były wiążące dla wykonawcy (pkt. 1.5.3 SSTWiOR). Wszystkie roboty miały być zgodne z dokumentacją projektową (pkt. 1.5.3. ust 4 SSRWiOR). W rezultacie więc z mocy umowy i dokumentacji przetargowej oczekiwanie na dokumenty i decyzje, o których mowa w notatce z 7 października 2011 było konieczne dla prawidłowej (zgodnej z umową) kontynuacji robót. Kontynuowanie robót przy braku tych dokumentów narażało powoda na zarzut wykonywania robót sprzecznie z wolą inwestora.

To samo dotyczy dokumentacji dotyczącej wyznaczenia miejsc odpoczynku. Przed odstąpieniem od umowy pozwani nie kwestionowali, że kwestie zawarte w pismach z 28 października 2011 i 8 listopada 2011 dotyczące tych spraw nie zostały przez nich sprecyzowane. Zatem uzasadnione było także żądanie wykonawcy w tym zakresie i oczekiwanie na decyzje.

Odnosząc się w tym kontekście do wywodów pozwanych mających uzasadniać zarzut naruszenia art. 494 k.c. stwierdzić należy, że pozwani zdają się oczekiwać wyraźnej odpowiedzi na pytanie czy teoretycznie (technicznie) było możliwe przed dniem 28 listopada 2011 wykonywanie innych prac (prac na innych odcinkach), niż te, których dotyczyły kwestie rysunków projektowych zamiennych, decyzji dotyczących kanalizacji sanitarnej i telekomunikacyjnej czy też aranżacji miejsc odpoczynku. Pomijają skarżący jednak to, że ewentualna teoretyczna możliwość prac (i zaniechanie podjęcia czynności przez wykonawcę) musi być oceniana w kontekście całokształtu stosunków między stronami, długotrwałości uchylania się przez zamawiających od wykonania ich obowiązków, narastania konfliktu między stronami na tle rozliczeń częściowych i wyrażanego przez zamawiających braku woli współpracy. W tym kontekście wobec braku decyzji i dokumentów ze strony zamawiających, które umożliwiłyby zakończenie wykonywania obu umów, niezakończenie przez wykonawcę prac na innych odcinkach nie mogło uzasadniać oświadczenia pozwanych o odstąpieniu od umowy.

W dotychczasowym orzecznictwie wskazywano już, że jednym ze skutków zwłoki wierzyciela (art. 486 §2 k.c.) jest to, że dłużnika nie można obciążać skutkami dalszego opóźnienia w spełnieniu świadczenia (por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku dnia 20 listopada 2012 r. I ACa 509/12). Nie mogą więc pozwani obarczać powoda skutkami opóźnienia w zakończeniu robót, które były powodowane ich zaniechaniami, co czyni omawiana grupę zarzutów pozbawionymi racji.

Odnosząc się z kolei do argumentów podnoszonych dla uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 233 §1 k.p.c. stwierdzić należy, że bezzasadnie skarżący wywodzą, iż mankamentem opinii jest to, że sporządzona została na podstawie oględzin stanu ścieżki istniejącego w chwili jej opracowywania. Fakt, że roboty objęte sporem były następnie dokończone przez innego wykonawcę. Dostrzegają skarżący, że biegły dokonywał porównania stanu obecnego ze stanem udokumentowanym w aktach (w tym udokumentowanym, przez film DVD) lecz formułują tezę, iż powinnością biegłego było sporządzenie w opinii szczegółowego porównania stanu obecnego i stanu uwzględnionego przez biegłego. Pomijają skarżący zaś to, że przedmiotem opinii była wycena świadczenia podlegającego zwrotowi stosownie do treści art. 494 k.c. Biegły więc nie miał oceniać stanu obecnego lecz dokonać przy uwzględnieniu posiadanej wiedzy branżowej i technicznej wartości i jakości robót powoda na podstawie przedstawionego przez strony materiału procesowego. Szczegółowe pytania do biegłego zawarte zostały w postanowieniu dowodowym

Oględziny stanu obecnego były zatem jedynie jedną z czynności pomocniczych dla biegłego. Nie oznacza to jednak, że wartość robót była oceniana według stanu istniejącego. Takie wnioski nie wynikają z opinii ani też z przedstawionych przez biegłego kosztorysów. Z opinii uzupełniającej (k. 1865 akt) wynika wyraźnie, że biegły odróżniał odcinki wykonane przez powoda od pozostałej części ścieżki oraz odcinki poprawiane i wykonane poprawnie .

Wśród danych które biegły brał pod uwagę przy ocenie zakresu wykonanych prac zaś była obok płyty DVD także inwentaryzacja na dzień 26 listopada 2011 (k. 1866) . Biegły ustosunkował się też do zarzutów obu stron procesu wyjaśniając zastrzeżenia i wątpliwości co do wyliczeń wartości wykonanych prac oraz uszczegółowiając swoje wyliczenia (k. 1868). Z kolei z wypowiedzi na rozprawie wynika, że odtwarzanie filmu „klatka po klatce” służyło biegłemu do weryfikacji zakresu robót dotyczących odcinka drogi z kostki brukowej. Biegły wskazał na to, że wyliczenia zawarte w inwentaryzacji były niejasne i stąd też konieczne było ich zweryfikowanie. Wskazał również biegły na dokument z 26 listopada 2011 jako podstawę do określenia zakresu i kosztów wad wymagających usunięcia.

W tym kontekście bezzasadne i sprzeczne z treścią materiału procesowego jest twierdzenie apelacji, że biegły „bazował na stanie faktycznym istniejącym w dacie oględzin”. Weryfikacja (porównanie) danych z inwentaryzacji z wynikami oględzin materiału filmowego zaś znajduje swój wyraz w danych ilościowych przyjętych jako podstawa kosztorysów. Ani w toku rozprawy (uzupełniającej ustnej opinii biegłego) ani też w apelacji nie podważono przyjętych przez biegłego danych ilościowych (a więc okoliczności mierzalnych do których stwierdzenia nie jest wymagane posiadanie wiadomości specjalnych). Nie wyjaśniono, też w jakich fragmentach dane ilościowe przyjęte przez biegłego miałyby być błędne. Zważyć zaś należy, że to na inwestorze jako przejmującym plac budowy po odstąpieniu od umowy, ciąży obowiązek właściwego udokumentowania zakresu i stanu przejmowanych robót. Zatem dane co do ilości robót posiadane przez pozwanych winny umożliwić skonkretyzowanie zarzutów co do opinii jeśli zarzuty te miałyby eksponować błędy w założeniach biegłego co do zakresu wykonanych przez powoda prac.

Stąd też bezzasadne są te wywody skarżących, które dotyczą podstaw dowodowych dla ustalenia zakresu prac podlegających rozliczeniu przyjętego przez biegłego.

Z kolei zarzuty dotyczące odpowiedzi na pytanie 2. nie uwzględniają zarówno całości wywodów biegłego jak i konkluzji. Biegły wskazał szczegółowo zakres robót wadliwych i rodzaj wad oraz zakres robót wykonanych. W tym zaś właśnie tkwi sedno odpowiedzi na pytania zawarte w pkt. 2. postanowienia dowodowego. Wyjaśnieniu ewentualnych dalszych wątpliwości stron procesu w tym zakresie służyła czynność procesowa dokonywana na podstawie art. 286 k.p.c. (ustne uzupełniające wysłuchanie biegłego na rozprawie). W toku tej czynności skarżący nie prezentowali kwestii podważających twierdzenia biegłego co do zakresu robót wykonanych zgodnie z umową i robót wymagających poprawek. W rezultacie także ta część uzasadnienia apelacji nie znajduje uzasadnienia.

Z kolei zarzuty dotyczące wyliczenia liczby dni, w których istniały przeszkody wydłużające prace powoda pomijają, to, że biegły stosownie do polecenia Sądu miał obowiązek ustalenia czasu, o jaki (teoretycznie) istnienie poszczególnych przeszkód wydłużało czas konieczny na wykonanie umowy. Ocena ta nie oznacza oceny prawnej. Zatem wpływ poszczególnych zdarzeń na przedłużenie terminu musi być dokonany przez Sąd w kontekście normy art. 476 k.c. Sąd przyjmując, czy powód był w zwłoce, stosował prawo materialne, oceniając w kontekście powołane normy prawnej

materiał procesowy (w tym wywody biegłego). Jak wskazano wyżej w realiach sprawy (w ocenie Sądu odwoławczego) dla oceny stanu zwłoki powoda mogą mieć znaczenie wyłącznie okoliczności zaistniałe po dacie podpisania aneksu do umowy. Przyjąć bowiem należy (odmiennie od tego jak to czyni Sąd I instancji, że strona powodowa w aneksie zobowiązała się do zakończenia robót w umownie ustalonej dacie mimo przeszkód, jakie zaistniały przed datą jego podpisania.

Z kolei jak wskazano wyżej stan po podpisaniu aneksu nie uzasadniał przypisania powodowi odpowiedzialności za niedochowanie terminu spełnienia świadczenia.

Z tych przyczyn orzeczono o oddaleniu apelacji pozwanych.

Odnosząc się z kolei do apelacji powoda w części nieuwzględnionej (dotyczącej – ujmując rzecz w skrócie odmowy uwzględnienia przy ustalaniu wartości świadczenia podlegającego zwrotowi na rzecz powoda należnej stawki podatku VAT oraz w części uwzględniającej kwotę 3881,75 zł z tytułu wad świadczenia) odnieść w pierwszej kolejności się należy do kwestii naruszenia art. 494 k.c. przez nieuwzględnienie stawki podatku VAT. Skarżący swoją argumentację opiera po pierwsze o twierdzenie, że wbrew twierdzeniom Sadu wystawił jedną fakturę VAT z tytułu wynagrodzenia częściowego na kwotę 174796,75 zł netto, po wtóre oparte o normę art. 494 k.c. żądanie zwrotu wartości świadczenia należy utożsamiać z pojęciem zapłaty wynagrodzenia objętej opodatkowaniem a nadto powód nie dochodził w sprawie naprawienia szkody.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że roszczenie powoda w żadnej części nie stanowiło roszczenia o wynagrodzenie za wykonanie umowy o roboty budowlane. Powód zgodnie ze swoimi twierdzeniami zgodnymi z wynikami postępowania dowodowego odstąpił bowiem od umowy. Nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy odniosło skutek polegający na obowiązku zwrotu tylko części świadczenia powoda. Nie wykazano bowiem, by świadczenie powoda mogło być kwalifikowane jako świadczenie o charakterze podzielnym i w części odebranej przez pozwanych nie podlegało zwrotowi. Przypomnieć należy że w orzecznictwie przyjmuje się że świadczenie wykonawcy z tytułu robót budowlanych co do zasady ma charakter niepodzielny, chyba że strony w umowie postanowiły inaczej (por. np. wywody zawarte w uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2015 r. III CZP 83/15 i tam cytowane wcześniejsze poglądy orzecznictwa). W tym kontekście (skoro ani z umów o roboty budowlane nie wynika, by strony nadawały świadczeniu powoda charakter świadczenia podzielnego ani też z okoliczności sprawy nie wynika, by pozwani przyjęli świadczenie powoda w jakiegokolwiek części), przyjmując należy, że odstąpienie od umowy odniosło skutek *ex tunc*. To z kolei oznacza, że nie powstało prawo powoda do wynagrodzenia za wykonane prace w żadnym zakresie, a jedynie prawo do żądania zwrotu świadczenia.

Zasadniczo więc roszczenie o zwrot świadczenia, o którym mowa w art. 494 k.c. ma na celu niwelację skutków majątkowych jakie następują w wyniku spełnienia świadczenia (w całości lub w części) przed odstąpieniem od umowy. Przepis ten nie przewiduje więc wymiany świadczeń (zapłaty wynagrodzenia za spełnione świadczenie niepieniężne). Taki sam charakter ma roszczenie o zwrot równowartości świadczenia w sytuacji gdy zwrot w naturze nie jest możliwy (art. 405 *in fine* k.c.). Jego celem gospodarczym nie jest zapewnienie wynagrodzenia za wykonane prace czy też uzyskanie świadczenia ekwiwalentnego spełnionemu, lecz przywrócenie równowagi majątkowej spowodowanej przysporzeniem kosztem strony spełniającej świadczenie w majątku strony, która świadczenie uzyskała.

Powstaje więc kwestia, czy w tej sytuacji zwrot równowartości spełnionego świadczenia podlega opodatkowaniu podatkiem VAT. Skoro zaś powód domaga się świadczenia z tego tytułu ciężar dowodu okoliczności rodzących obowiązek podatkowy spoczywał na nim.

Z materiału procesowego nie wynika, by wydana została decyzja administracyjna, interpretacja lub orzeczenie sądowe wiążące Sąd w niniejszej sprawie w zakresie oceny podatkowo prawnej sytuacji poddanej pod osąd. Stanowisko powoda oparte jest wyłącznie o jego (niepoparte dowodami) przekonanie co do praktyki władz skarbowych.

Dokonując więc oceny twierdzeń powoda w omawianym zakresie, przypomnieć należy, że zgodnie z art. 29a ustawy o podatku od towarów i usług podstawą opodatkowania, z zastrzeżeniem ust. 2-5, art. 30a-30c, art. 32, art. 119



oraz art. 120 ust. 4 i 5, jest wszystko, co stanowi zapłatę, którą dokonujący dostawy towarów lub usługodawca otrzymał lub ma otrzymać z tytułu sprzedaży od nabywcy, usługobiorcy lub osoby trzeciej, włącznie z otrzymanymi dotacjami, subwencjami i innymi dopłatami o podobnym charakterze mającymi bezpośredni wpływ na cenę towarów dostarczanych lub usług świadczonych przez podatnika. Norma ta w dalszym ciągu określa podstawy opodatkowania odsyłając do art. 7 i 8 ustawy. Ustawa w żadnym przypadku nie przewiduje opodatkowania przesunięć majątkowych dokonywanych bez podstawy prawnej (po odpadnięciu podstawy prawnej, czy też w celu odwrócenia przesunięć majątkowych dokonanych w wyniku nieskutecznej lub nieważnej czynności prawnej). W orzecznictwie sądów administracyjnych wprawdzie przyjmuje się niekiedy, że może by uznane za usługę w rozumieniu ustawy o podatku od towarów i usług zachowanie jednej ze stron nie posiadające wyraźnej podstawy prawnej (np. tolerowanie władztwa nad rzeczą bez podstawy prawnej i żądanie z tego tytułu wynagrodzenia na podstawie przepisów prawa rzeczowego) jednak wypowiedzi te są formułowane w odniesieniu do takich zachowań stron, które mogą być poczytane za (dorozumiany) wyraz woli świadczenia na rzecz jednej ze stron.

Obowiązujący w dacie odstąpienia od umów objętych sporem w niniejszej sprawie art. 29 ustawy o podatku od towarów usług także nie regulował kwestii opodatkowania.

Dokonując oceny prawnej kwestii opodatkowania obowiązku zwrotu równowartości świadczenia wskutek odstąpienia od umowy o roboty budowlane odwołać się należy do prawa unijnego. Zwrócić należy w tym zakresie zwłaszcza na przepisy Dyrektywy Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. U. UE. L. z 2006 r. Nr 347, str. 1 z późn. zm.).

Wprawdzie dyrektywa jako źródło prawa europejskiego zasadniczo nie jest stosowana wprost (co do zasady nie stanowi źródła praw i obowiązków podmiotów prawa) to jednak wykładnia prawa krajowego powinna zapewnić zgodność tego prawa z normami zawartymi w dyrektywie.

Zgodnie zaś z art. 90 ust 1 cytowanej Dyrektywy, w przypadku anulowania, wypowiedzenia, rozwiązania, całkowitego lub częściowego niewywiązania się z płatności lub też w przypadku obniżenia ceny po dokonaniu dostawy, podstawa opodatkowania jest stosownie obniżana na warunkach określonych przez państwa członkowskie. Art. 90 ust 2 dyrektywy wskazuje, że jedynie w przypadku całkowitego lub częściowego niewywiązania się z płatności państwa członkowskie mogą odstąpić od zastosowania ust. 1. Dyrektywa nie przewiduje więc możliwości stosowania wyjątku w przypadku anulowania wypowiedzenia lub rozwiązania płatności wskutek odstąpienia od umowy. Odnosząc tę normę do sytuacji wynikającej z następstwa prawnych odstąpienia od umowy, przyjmując należy, że skoro skutkiem odstąpienia jest uznanie umowy za niezawartą, to należy przyjmować, iż odstąpienie jest jedną z form „anulowania, wypowiedzenia lub rozwiązania” w rozumieniu powołanego przepisu Dyrektywy. To zaś powoduje, że podstawa opodatkowania ulec powinna stosunkowemu obniżeniu stosownie do przepisu Dyrektywy. Skoro doszło do rozwiązania umowy w całości to brak jest podstawy opodatkowania. To zaś powoduje, że w ocenie Sądu wobec nieprzedstawienia przez stronę powodową żadnych okoliczności wskazujących na to, że jest ona obecnie zobowiązana ponieść podatek VAT, żądanie podwyższenia kwoty podlegającej zwrotowi jako równowartość spełnionego świadczenia dodatkowo o stawkę podatku VAT nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Argumentem przemawiającym za stanowiskiem powoda nie może być to że wystawił on jedną fakturę VAT obejmującą częściową wartość wynagrodzenia. Przypomnieć bowiem należy, że faktura wystawiona była przed odstąpieniem od umowy i dotyczyła ona wynagrodzenia. Nie została zaakceptowana przez zamawiającego i została wystawiona mimo braku przyjęcia od powoda świadczenia częściowego. Stanowiła więc wyraz roszczeń powoda o wypłatę wynagrodzenia częściowego i nie dotyczy roszczenia o zwrot równowartości świadczenia, które posiada całkowicie odmienną (opisaną wyżej) istotę jurystyczną. Po odstąpieniu od umowy zaistniał bowiem między stronami nowy stan prawny, a zatem odpadła podstawa prawna dla roszczenia objętego fakturą. Zatem stosownie do cytowanych reguł implementowanych przez przepisy krajowe istniało prawo do skorygowania podstawy opodatkowania wskazanej w fakturze.

Z przedstawionych przyczyn nie podzielono zarzutu naruszenia art. 494 k.c. i 233 k.p.c. w części odnoszącej się do kwestii prawa powoda do żądania dodatkowo stawki podatku VAT.

Odnosząc się z kolei do kwestii pomniejszenia należności powoda o wartość wadliwości jego świadczenia, stwierdzić należy ponownie, że powód nie ma prawa do żądania wynagrodzenia za wykonane prace, a przedmiotem procesu było żądanie zwrotu równowartości świadczenia. Jeśli tak, to wady i usterki tego świadczenia stanowiły nie tyle podstawę dla formułowania roszczeń pozwanych w stosunku powoda (z tytułu rękojmi lub naprawienia szkody) lecz przede wszystkim czynnik wpływający na wartość świadczenia podlegającą zwrotowi. W wyniku odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od pozwanych nie mogło powstać po ich stronie roszczenie o naprawie szkody wywołanej nienależytym wykonaniem umowy przez powoda ani też roszczenia z tytułu rękojmi. Zgodnie z art. 494 §1 k.c. roszczenie odszkodowawcze przysługuje wyłącznie powodowi.

W rezultacie więc przyjęcie, że powód ma prawo domagać się pominięcia wad i usterek wpływających na rzeczywistą wartość świadczenia podlegającego rekompensacie naruszałoby normę art. 494 §1 k.c. w zw. z art. 405 k.c. (który uprawnia stronę jedynie do żądania zwrotu rzeczywistej wartości świadczenia). Stąd też brak jest podstaw do uwzględnienia apelacji powoda także w tej części.

Z przedstawionych przyczyn stosując normę art. 386 §1 k.p.c. orzeczono o zmianie wyroku w pkt. II i VII i dalszym częściowym uwzględnieniu żądań pozwu kierowanych do poszczególnych pozwanych. Apelację powoda w pozostałym zakresie, a także apelacje pozwanych w całości oddalono (art. 385 k.p.c.).

Zmiana rozstrzygnięcia co do istoty sprawy wymagała korekty orzeczeń akcesoryjnych dotyczących kosztów procesu i kosztów sądowych.

Co do kosztów procesu zastosowano normę art. 100 k.p.c. i dokonano stosunkowego rozdzielenia kosztów stosownie do wyniku sprawy w odniesieniu do roszczeń kierowanych z osobna przeciwko pozwany.

Porównując wartość w jakiej powód ostatecznie wygrał spór z pozwaną Gminą T. i Powiatem z zawartością przedmiotu sporu, przyjęć należało, że powód ma prawo do żądani zwrotu 70% kosztów i jest zobowiązany do zwrotu 30% kosztów przeciwnika procesowego. Koszty powoda ustalone przez Sąd Okręgowy wyniosły 14.417 zł. Powód ma prawo do zwrotu 10.091,90 zł. Koszty pozwanych wyniosły 16400 zł, z czego mogą domagać się zwrotu 30% a więc sumy 4.920 zł. Po częściowym zarachowaniu przeciwstawnych roszczeń na podstawie art. 100 k.p.c. zasądzone na rzecz powoda kwotę 5171,90 zł.

W przypadku roszczenia kierowanego przeciwko Gminie R. i Powiatowi z porównania wysokości sumy dochodzonej i ostatecznie zasądzonej przyjęć należy, że powód wygrał proces w 77% zaś pozwani w 23% i w takiej proporcji orzekano o kosztach. Koszty powoda to kwota 4800 zł z czego może on domagać się zwrotu 3696 zł (77%). Koszty pozwanych to 6800 zł zatem mogą oni domagać się zasądzenia kwoty 1564 zł (jako 23% tej sumy). Po zarachowaniu roszczeń na rzecz powoda należało zasądzić różnicę w kwocie 2132 zł.

W proporcji odpowiedniej do wyniku sprawy (w odniesieniu do roszczeń kierowanych przeciwko poszczególnym powodom) zmieniono też rozstrzygnięcia o kosztach sądowych zawarte w pkt. IV i V zaskarżonego wyroku (obciążając pozwanych obowiązkiem poniesienia 70% należnych kosztów zaś powoda – 30% sumy należnej z tego tytułu), a także w pkt. IX i X (przyjmując, że pozwani ponoszą 77% nieuiszczonych kosztów sądowych, zaś powód 23%).

Orzeczenie o kosztach postępowania apelacyjnego zapadło przy zastosowaniu art. 98 w zw. z art. 108 k.p.c. jeśli chodzi o apelację pozwanych i art. 100 k.p.c. w zw. z art. 98 k.p.c. w przypadku apelacji powoda .

Biorąc pod uwagę wynik sprawy i wartość przedmiotu zaskarżenia przyjęć należy, że w zakresie żądań kierowanych przeciwko rozstrzygnięciu w pkt. II zaskarżonego wyroku powód wygrał proces w 47%, zaś pozwani w 53%. Koszty powoda zamykają się sumą 10800 zł z tytułu wynagrodzenia adwokackiego. Należność podlegająca zwrotowi z tego tytułu to kwota 5076 zł. Koszty pozwanych, na które składa się wynagrodzenie radcy prawnego zamykają się także kwotą 10.800 zł. Wartość podlegająca zwrotowi wynosi 5.724 zł. Po porównaniu wzajemnych roszczeń przyjęć należy,

że powód jest zobowiązany do zwrotu pozwanym kwoty 648 zł. Kwota ta została zarachowana na poczet należności której powód może domagać się od pozwanej Gminy T. w wyniku rozpoznania jej apelacji.

W przypadku apelacji powoda od rozstrzygnięcia o roszczeniach kierowanych przeciwko Gminie R. i Powiatowi, przyjąć należy, że powód wygrał proces w 75% i przegrał co do 25%. Koszty powoda i pozwanych to kwota 3600 zł tytułem wynagrodzenia adwokackiego. Powód ma prawo domagać się zwrotu 75% tej kwoty (a więc 2700 zł) zaś pozwani 25% - czyli 900 zł. Po wzajemnym zrachowaniu powód może domagać się od pozwanych różnicy w kwocie 1800 zł i ta kwota została dodana do kosztów należnych powodowi od tych pozwanych w wyniku rozpoznania ich apelacji.

Koszty dotyczące apelacji Gminy T. (i Powiatu w części dotyczącej roszczeń kierowanych przeciwko tym podmiotom) wobec wartości przedmiotu zaskarżenia (861.681 zł) należne powodowi zamykają się kwotą 10.800 zł jako wartością wynagrodzenia adwokackiego. Pozwana przegrała proces w wyniku swojej apelacji w całości i jest zobowiązana do poniesienia całości kosztów. Orzekając o kosztach należnych od pozwanej uwzględniono zatem tą kwotę pomniejszając ją o 648 zł należne pozwanym w wyniku rozpoznania apelacji powoda.

Koszty powoda dotyczące apelacji Gminy R. i Powiatu (wobec wartości przedmiotu zaskarżenia oznaczonej na kwotę 13.844 zł) wynoszą 3600 zł. Do kwoty tej dodano kwotę 1800 zł jako należność powoda w wyniku rozpoznania jego apelacji i sumę tych kwot zasądzono tytułem kosztów.

Wysokość kosztów zastępstwa procesowego ustalono na podstawie przepisów Wynagrodzenie pełnomocnika powódki ustalono stosownie do wartości przedmiotu zaskarżenia w poszczególnych apelacjach na podstawie §2 pkt. 5) i §2 pkt. 7 w zw. z §10 ust. 1 pkt. 2) i §15 ust 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. 2015 roku, poz. 1800 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym w dacie wnoszenia apelacji (stosownie do przepisu §2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie opłat za czynności adwokackie. (Dz. U. poz. 1668)..

O kosztach pełnomocnika pozwanych orzeczono na podstawie analogicznych przepisów rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. 2015 roku, poz. 1804) także według stanu prawnego z daty zainicjowania postępowania apelacyjnego z uwagi na odpowiednie przepisy międzyczasowe.

Tomasz Żelazowski Krzysztof Górski Artur Kowalewski