

Sygn. akt I AGa 58/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 grudnia 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: Sędzia SA Tomasz Szabelski

Sędziowie: SA Michał Kłós

SA Wiesława Kuberska (spr.)

Protokolant: st. sekr. sąd. Agnieszka Nowak

po rozpoznaniu w dniu 12 grudnia 2019 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa S. W., R. P. i M. P.

przeciwko Gminie Miasto P.

o zapłatę

na skutek apelacji powodów

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 13 listopada 2018 r. sygn. akt X GC 1052/16

1. oddala apelację;

2. zasądza od S. W., R. P. i M. P. solidarnie na rzecz Gminy Miasto P. kwotę 11.250 (jedenaście tysięcy dwieście pięćdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt I AGa 58/19

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z 13 listopada 2018 r. Sąd Okręgowy w Łodzi, w sprawie z powództwa S. W., R. P. i M. P. przeciwko Gminie Miasto P. o zapłatę kwoty 2.185.477,26 zł, umorzył postępowanie w zakresie kwoty 39.814,55 zł (pkt 1), oddalił powództwo w pozostałej części (pkt 2), a także zasądził solidarnie od powodów na rzecz pozwanej kwotę 15.000 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt 3).

(wyrok – k. 975)

Powyższe rozstrzygnięcie zostało wydane na podstawie ustaleń, które Sąd Apelacyjny w całości podzielił i przyjął za własne. Z ustaleń tych wynikało, że 10 listopada 2014 r. pomiędzy powodami M. P. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą M. – Przedsiębiorstwo Usługowo – Budowlane z siedzibą w P. oraz współnikami spółki cywilnej (...) S. W. i R. P. została zawarta umowa konsorcjum w celu wspólnego zawarcia i realizacji kontraktu pod nazwą „(...)”. Jako lidera konsorcjum w § 2 ust. 1 wskazano S. W.. W § 6 ust. 6 strony umowy ustaliły solidarność wierzycieli, o której mowa w art. 367 k.c. 11 grudnia 2014 r. pomiędzy Gminą Miasto P. jako zamawiającym a powyższym konsorcjum została zawarta umowa nr (...).

W wyniku rozstrzygniętego przetargu nieograniczonego zamawiający powierzył, a wykonawca zobowiązał się do zrealizowania zadania pod nazwą „(...)” - § 1 ust. 1 umowy. Szczegółowy zakres robót określał opis przedmiotu zamówienia i dokumentacja projektowa, które weszły w skład (...), stanowiąc jej integralną część, z kolei integralnymi częściami umowy, poza wymienionymi w jej treści, były oferta wykonawcy i specyfikacja istotnych warunków zamówienia - § 1 ust. 3 i 4. W myśl § 3 ust. 2 umowy termin realizacji przedmiotu umowy strony określiły na 20 kwietnia 2016 r. wraz z uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na użytkowanie. W § 4 umowy określono obowiązki wykonawcy, w tym w szczególności:

- w ust. 18: uzyskanie pisemnej zgody projektanta oraz zamawiającego w przypadku zmiany materiałów występujących w projektach na inne, spełniające wszelkie wymagania i parametry techniczne określone w dokumentacji technicznej,

- w ust. 22: informowanie zamawiającego (Inspektora Nadzoru) o konieczności wykonania robót dodatkowych i zamiennych w terminie 3 dni roboczych od daty stwierdzenia konieczności ich wykonania,

- w ust. 23: usunięcie wszelkich wad i usterek stwierdzonych przez nadzór inwestorski w trakcie trwania robót w terminie nie dłuższym niż termin technicznie uzasadniony i konieczny do ich usunięcia, uzgodniony przez strony, lecz nie dłuższy niż okres trwania umowy,

- w ust. 31: przekazanie zamawiającemu wszystkich zbiorników wraz z dekoracjami z uzdatnioną przygotowaną do eksploatacji słodką i morską (słoną) wodą z pracującymi prawidłowo systemami filtracyjnymi; zastrzeżono, że parametry wody słodkiej i morskiej powinny być uzgodnione z zamawiającym i użytkownikiem oraz będą uzyskane z wykonanymi dekoracjami, a woda uzyska parametry docelowe na potrzeby obsady dopiero wraz z dekoracjami w zbiornikach,

- w ust. 32 przewidziano, że wykonawca musi mieć świadomość szczególnej funkcji paneli akrylowych, a co za tym idzie warunku ich szczelności, zastosowane panele akrylowe będą najwyższej jakości bez wad ukrytych i widocznych o prawidłowych parametrach materiału, tj. gładkości, przezroczystości, całkowitym braku zarysowań i pęknięć struktury.

W § 5 ust. 1 umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 5.870.000 zł. Zgodnie z § 5 ust. 7 w przypadku wprowadzenia robót (materiałów) zamiennych ryczałt, o którym mowa w ust. 1, miał ulec zmianie o różnicę wartości robót (materiałów) zamiennych ustalonych kosztorysem powykonawczym zatwierdzonym przez zamawiającego i wartości ryczałtowej tego zakresu, zamiast którego będą wykonywane roboty zamienne lub wbudowane (użyte) materiały zamienne. Z kolei § 5 ust. 9 stanowił, że w przypadku konieczności wykonywania robót dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne, na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, wykonawca zobowiązuje się wykonać te roboty na dodatkowe zamówienie zamawiającego udzielone zgodnie z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych, przy jednoczesnym zachowaniu tych samych norm, standardów i parametrów. § 5 ust. 10 regulował procedurę udzielenia i sposób rozliczenia robót uzupełniających, stanowiących wartość 10% wartości zamówienia podstawowego.

Zgodnie z § 6 ust. 1 umowy rozliczenie przedmiotu umowy miało nastąpić fakturami częściowymi i końcową za poszczególne przedmioty odbioru – zgodnie z harmonogramem rzeczowo – finansowym, przy czym podstawą do wystawienia faktur miał być protokół odbioru częściowego lub odbioru końcowego. W § 7 ust. 2 umowy

strony ustaliły, że przedmiot umowy wykonawca wykona osobiście oraz za pomocą podwykonawców w zakresie wykonania zbiorników z technologią, montażu dekoracji i paneli akrylowych oraz robót sanitarnych, elektrycznych oraz specjalistycznych. W § 8 ust. 2 wskazano osoby pełniące funkcje kierowników robót ze strony wykonawcy, w tym w pkt. d specjalistę w zakresie budowy akwariów – W. O. (1). Zmiana w trakcie realizacji przedmiotu umowy osoby pełniącej funkcję kierownika budowy lub robót musiała być uzasadniona przez wykonawcę na piśmie i wymagała zaakceptowania przez zamawiającego - § 8 ust. 5.

§ 9 umowy regulował procedurę odbioru końcowego, stanowiąc w szczególności w ust. 1, że wykonawca powiadomi zamawiającego wpisem do dziennika budowy oraz pisemnie o gotowości do odbioru końcowego i złoży jednocześnie w 2 egzemplarzach wszystkie dokumenty niezbędne do dokonania odbioru końcowego robót. W myśl § 9 ust. 2 zamawiający w ciągu 5 dni roboczych od daty zawiadomienia miał przystąpić do odbioru końcowego.

W przypadku stwierdzenia braku gotowości do odbioru, zamawiający miał powiadomić pisemnie o tym fakcie wykonawcę, wskazując jednocześnie podstawę uniemożliwiającą rozpoczęcie odbioru wykonanych robót i wyznaczyć termin kolejnego odbioru. Zgodnie z § 9 ust. 3, jeżeli w toku czynności odbioru zostałyby stwierdzone wady, to zamawiającemu przysługiwać miały następujące uprawnienia:

1. jeżeli wady nadawałyby się do usunięcia, mógł odmówić odbioru do czasu usunięcia wad,

2. jeżeli wady nie nadawałyby się do usunięcia:

a) jeżeli umożliwiałyby one użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem zamawiający mógł obniżyć odpowiednio wynagrodzenie,

b) jeżeli uniemożliwiałyby one użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem zamawiający mógł od umowy odstąpić lub żądać wykonania umowy po raz drugi.

W § 10 umowy strony zawarły postanowienia dotyczące obowiązku zapłaty kar umownych przez wykonawcę, w pkt. 1 – 7 za opóźnienie, zaś w pkt. 8 za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca, w szczególności w przypadkach opisanych w § 12, choć nie wyłącznie, w wysokości 10% wynagrodzenia brutto z § 5 ust. 1. W § 10 ust. 3 wykonawca wyraził zgodę na potrącenie kar umownych naliczonych przez zamawiającego z wystawionej przez siebie faktury. W myśl § 12 ust. 1 pkt 4 umowy zamawiającemu przysługiwało prawo do odstąpienia od umowy w terminie 30 dni od daty powzięcia wiadomości, jeśli opóźnienie wykonawcy w realizacji przedmiotu umowy określonego w harmonogramie rzeczowo - finansowym, wyniosłoby powyżej 1 miesiąca lub gdy wykonawca przerwałby realizację robót. W § 13 strony unormowały obowiązki stron w razie odstąpienia od umowy, w szczególności obowiązek sporządzenia szczegółowego protokołu inwentaryzacji robót na dzień odstąpienia (§ 13 ust. 1 pkt 1) oraz obowiązek dokonania odbioru robót przerwanych i zapłaty wynagrodzenia za roboty, które zostały wykonane do dnia odstąpienia, w wysokości proporcjonalnej do stanu zaawansowania tych robót (§ 13 ust. 1 pkt 4a). W rozdziale VI ust. 1 pkt 1.1. SIWZ sformułowano szczegółowe wymagania odnośnie wiedzy i doświadczenia w budowie zbiorników akwarystycznych, które musi posiadać wykonawca.

W toku wykonywania prac strony zawierały umowy na wykonanie prac dodatkowych i uzupełniających. Powodowie wielokrotnie zwracali się do pozwanej o przedłużenie terminu zakończenia prac oraz o zawarcie umów na roboty dodatkowe. Powodowie zwracali uwagę na zły stan techniczny kotłowni olejowej wraz z magazynem, która nie jest objęta zakresem prac, niespełnianie przez obiekt warunków ochrony przeciwpożarowej, brak kontaktu z projektantem co do uzupełnienia projektu instalacji wody lodowej i otrzymaniem projektu zamiennego dopiero w dniu 10 marca 2016 r., konieczność wykonania przebudowy klatki schodowej i pomostów technologicznych, otrzymanie projektu zamiennego dotyczącego klatki schodowej w dniu 1 lutego 2016 r. Umowa z 11 grudnia 2014 r. nr 365/WIR-I/Z/51/14 była wielokrotnie aneksowana, między innymi aneksem nr (...) z 16 maja 2016 r., mocą którego przedłużono termin realizacji do 20 maja 2016 r. oraz zmieniono wysokość wynagrodzenia ryczałtowego na kwotę 5.852.255,51 zł brutto.

Pismem z 11 lutego 2016 r. powodowie wskazali, że wbrew ich opinii zamawiający zaakceptował zastosowany przez podwykonawcę – firmę (...) materiał T. firmy (...) do wykonania warstwy modelującej, który nie posiada atestu (...). Powodowie sprzeciwili się podpisaniu bez ich obecności protokołu odbioru robót z 12 stycznia 2016 r., którym odebrano prace podwykonawcy wykonane z zastosowaniem powyższego materiału. Według powodów zastosowany materiał nie daje pewności bezpieczeństwa dla życia ekosystemu, w związku z czym wskazali, że czują się zwolnieni z odpowiedzialności za skład chemiczny wody w zbiornikach, jak i skutki wynikające z ewentualnego negatywnego wpływu zastosowanego materiału na rośliny i zwierzęta znajdujące się w akwariach. 18 lutego 2016 r. odbyła się inwentaryzacja robót wykonanych przez podwykonawcę firmę (...) w związku z rozwiązaniem umowy zawartej pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą. W dniu 23 lutego 2016 r. inspektorzy nadzoru M. K. i E. B. wstrzymali prace związane z wykonaniem zbiorników akwarystycznych do czasu przedstawienia przez wykonawcę dokumentów potwierdzających doświadczenie w wykonywaniu wskazanych robót. Powodowie przedstawili jako osobę z doświadczeniem z ramienia wykonawcy J. G.. Prace zostały wznowione 29 lutego 2016 r. W pewnym momencie J. G. przestał pojawiać się na terenie budowy. Powodowie jako osobę z wymaganym doświadczeniem przedstawili wówczas D. C..

Od momentu odstąpienia przez wykonawcę od umowy z podwykonawcą W. O. (1) współpraca stron zaczęła napotykać na trudności. Pozwana miała obawy, czy wykonawca jest w stanie samodzielnie dokończyć inwestycję. Pozwana z większą dokładnością i szczegółowością analizowała przedstawianą dokumentację i atesty, żądała tłumaczeń przysięgłych atestów. Dodatkowo pozwana otrzymała, jako inwestor zobowiązany solidarnie z wykonawcą żądania zapłaty za roboty wykonane przez W. O., a niezapłacone przez wykonawcę. Gmina dążyła do porozumienia pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, chciała dokonać płatności bezpośrednich, ale nie otrzymała na to zgody wykonawcy. 15 marca 2016 r. W. O. (1) poinformował, że nie otrzymał od powodów zapłaty za faktury na łączną kwotę 470.812,73 zł. Dodatkowo wskazał, że końcowe rozliczenie po odstąpieniu od umowy zostało wysłane wszystkim członkom konsorcjum oraz Miastu P..

W lutym 2016 r. powodowie otrzymali od zamawiającego projekt na remont klatki schodowej. Do prac remontowych przystąpili wcześniej, na podstawie protokołów konieczności.

Pismem z 17 maja 2016 r. pozwana wezwała konsorcjum do niezwłocznego przedstawienia technologii naprawy szczelności zbiorników akwarystycznych nr 1.5, 1.7, 1.10, 1.14, 1.17, 1.18 oraz do niezwłocznego przedstawienia szczegółowego harmonogramu rozruchów instalacji z podziałem na poszczególne zbiorniki. Pozwana zwróciła uwagę na niezadawalające zaawansowanie robót w branży technologicznej. W dniach 17 i 18 maja 2016 r. miała miejsce kontrola Państwowej Straży Pożarnej. Pismem z 19 maja 2016 r. powodowie wskazali, że w wyniku kontroli w protokole zamieszczono uwagi, bez usunięcia, których nie będzie możliwe uzyskanie pozytywnego stanowiska Państwowej Straży Pożarnej w sprawie uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu. Wykonawca zobowiązał się do usunięcia uwag dotyczących jego zakresu w terminie do 20 maja 2016 r. Wskazał natomiast, że pozostałe uwagi wynikają z błędów projektowych lub z winy użytkownika.

W piśmie z 18 maja 2016 r. powodowie wskazali, że decydującym problemem, mającym wpływ na zagrożenie terminu ostatecznego zakończenia inwestycji, jest usunięcie przecieków paneli wykonanych przez firmę (...). Powodowie wskazali, że od

26 kwietnia 2016 r. gotowi byli do naprawy paneli, w terminie wskazanym przez zamawiającego udostępniłi plac budowy firmie (...) celem uszczelnienia zbiorników, jednocześnie anulując swoje zamówienie na materiały. Po bezskutecznych próbach kontaktu z firmą (...) w sprawie realizacji naprawy przecieków, mając świadomość zagrożenia terminu, powodowie wznowili wcześniejsze działania z samodzielnym usunięciem przecieków. Ponadto powodowie wskazali, że przerwanie prac z umowy podstawowej było konieczne z uwagi na wykonywanie robót związanych z wykonaniem klatki schodowej. Podnieśli także argumenty dotyczące przedłużającego się procesu decyzyjnego, co do wartości i zakresu robót na klatce schodowej.

Ustosunkowując się do powyższego pisma powodów, pozwana wskazała, że przedstawione w nim informacje są nieprawdziwe. Wskazała, że powodowie podejmowali samodzielne próby uszczelnienia zbiorników, a dopiero, gdy nie przyniosły one rezultatu zwrócono się do byłego podwykonawcy W. O. (1). Ten przestąpił do prac, ale stwierdziwszy dalsze przecieki

i nieprawidłową jego zdaniem technologię ich naprawy zastosowaną przez powoda, odstąpił od prac naprawczych. Pozwana poinformowała, że w jej ocenie prace na klatce schodowej nie miały wpływu na zakres pozostałych prac. Z tych względów przedłużenie terminu zamawiający uznał za bezzasadne.

Stanowiskiem z 24 maja 2016 r. Państwowa Straż Pożarna wniosła sprzeciw w sprawie uzyskania pozwolenia na użytkowanie przedmiotowego obiektu. Wniesienie sprzeciwu, jak wynika z jego uzasadnienia, podyktowane było niezgodnością wykonania zamierzenia budowlanego z projektem budowlanym m.in. ze względu na to, że murowana ściana oddzielenia przeciwpożarowego od strony pomieszczenia kotłowni została pokryta materiałami palnymi w postaci drewnianej zabudowy. Dodatkowo wskazano niezgodności w zakresie wykonania obiektu z wymaganiami ochrony przeciwpożarowej: nie zaznaczono na projekcie lokalizacji urządzeń p.poż

– klap odcinających, nieprawidłową odległość od hydrantu wewnętrznego, nieprawidłowy przebieg dróg ewakuacyjnych przez więcej niż trzy pomieszczenia.

W dniu 24 maja 2016 r. powodowie zwrócili się do pozwanej

o przedłużenie terminu realizacji zadania o 21 dni. Wskazali, że przedłużenie terminu spowodowane było nieskutecznymi próbami uszczelnienia zbiorników przez firmę (...), a ostatecznie odmową przystąpienia przez (...) do dalszego etapu napraw, o czym powzięli wiedzę 13 maja 2016 r. Powodowie wskazali, że zakończyli uszczelnianie zbiorników w dniu 16 maja 2016 r.,

a technologię naprawy zamieszczono w dokumentacji powykonawczej. Powodowie poinformowali także, że wszystkie prace budowlane zakończyli do

20 maja 2016 r., a brak pisemnego zgłoszenia zakończenia wykonania umowy spowodowany jest uwagami Państwowej Straży Pożarnej w sprawie uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu, które nie dotyczą zakresu prac wykonawcy.

Pismem z 10 czerwca 2016 r. pozwana przekazała uwagi do dostarczonej dokumentacji odbiorowej branży technologicznej. W piśmie z 12 czerwca 2016 r. powodowie wskazali na wykonanie prac usuwających zastrzeżenia Państwowej Straży Pożarnej.

16 czerwca 2016 r. strony przystąpiły do sporządzenia protokołu odbioru. Zamawiający odmówił dokonania odbioru z uwagi na fakt, że przedmiot odbioru nie osiągnął gotowości do odbioru. Wyznaczono nowy termin odbioru na 21 czerwca 2016 r. W załączniku do protokołu wskazano 16 uwag, w tym: pod poz. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10 uwagi dotyczące braków w dokumentacji.

Pod poz. 7 wskazano brak docelowych parametrów wody w zbiornikach od 1.1 do 1.23 zgodnie z wymaganiami użytkownika i dokumentacją. W poz. 9 podniesiono brak atestu na zastosowane media filtracyjne – biobale. Pod poz. 15 zamieszczono uwagę dotyczącą braku podłączenia wszystkich urządzeń

w branży technologicznej, nieuruchomiony system stałej dolewki wody

i automatycznej dolewki osmotycznej. 21 czerwca 2016 r. zamawiający dostarczył projekt zamienny uzgodniony z rzeczoznawcą p.poż. w dniu 20 czerwca 2016 r. Tego samego dnia ponownie przystąpiono do czynności odbiorowych. Zamawiający ponownie odmówił dokonania odbioru z uwagi na fakt, że przedmiot odbioru nie osiągnął gotowości do odbioru. W załączniku nr 2 zamieszczono uwagi zgrupowane w 5 punktach. W szczególności wskazano

w pkt 4.3 brak dodatkowych parametrów wody w zbiornikach 1.1 – 1.23 zgodnych z dokumentacją projektową i wymogami użytkownika. Jednocześnie tego dnia sporządzono notatkę służbową z przeglądu instalacji technologicznych w zbiornikach akwarystycznych, zawierając w niej 5 uwag, z których 4 wykonawca miał uzupełnić do odbioru końcowego. Pismem z 23 czerwca 2016 r. konsorcjum odniosło się do uwag z protokołu odbioru końcowego. Pismem z 23 czerwca 2016 r. pozwana przekazała uwagi do dostarczonej dokumentacji odbiorowej branży technologicznej (43 zagadnienia) i zwróciła się o odbiór dokumentacji powykonawczej celem ponownego uzupełnienia.

23 czerwca 2016 r. Gmina Miasto P. złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy z 11 grudnia 2014 r. w trybie art. 635 k.c. z wyłącznej winy wykonawcy. W uzasadnieniu pozwana wskazała, że wykonawca nie wywiązał się z umownego terminu realizacji zadania, tj. 20 maja 2016 r. Zamawiający wskazał, że dwukrotnie odmówił odbioru końcowego w dniach 16 czerwca 2016 r. i 21 czerwca 2016 r., ponieważ przedmiot odbioru nie osiągnął gotowości do odbioru końcowego – wykonawca do dnia odstąpienia od umowy nie osiągnął wymaganych parametrów wody akwarystycznej i nie przedstawił żadnych dokumentów świadczących o jego dążeniu do ich uzyskania. W dniu 17 czerwca 2016 r. na wniosek wykonawcy zamawiający stawiał się na budowie celem uczestniczenia w czynnościach badania parametrów wody, lecz wykonawca nie był przygotowany do tych czynności (zbyt mała ilość próbek i testów do pomiarów parametrów wody, brak planu i koncepcji działania, chaotyczne prowadzenie badań). Jako kolejną przyczynę odstąpienia pozwana wskazała nieusunięcie przez wykonawcę wszystkich nieprawidłowości wskazanych w protokołach z 1 czerwca 2016 r. oraz 3 czerwca 2016 r. Pozwana podniosła także, że od miesiąca brak jest na budowie w zespole wykonawcy osoby posiadającej odpowiednią wiedzę i doświadczenie w zakresie budowy akwariów. W dniu 2 maja 2016 r. został ujawniony przeciek zbiornika 1.18 w miejscu uszczelnienia panela akrylowego z konstrukcją żelbetową zbiornika, zaś wykonawca nie przedstawił technologii naprawy i tylko doraźnie wyeliminował nieuszczelnienie. Przecieki ujawniły się ponownie w dniach 22 i 23 czerwca 2016 r. Dodatkowo w trakcie przeprowadzonych przeglądów inspektorskich stwierdzono, że użyty do zasypki zbiorników filtracyjnych materiał w postaci biobali jest niezgodny z materiałem, jaki został przedstawiony zamawiającemu do akceptacji. Oświadczenie to doręczono powodom 27 czerwca 2016 r.

Od 24 czerwca 2016 r. pozwana Gmina wydała zakaz wstępu pracowników konsorcjum na teren budowy. W okresie od 27 czerwca do 1 lipca 2016 r. odbyła się inwentaryzacja wykonanych robót. W inwentaryzacji wskazano zakres prac wykonanych, ale także szereg braków, usterek i niedoróbek. W szczególności w pkt. 8 stwierdzono przecieki w zbiorniku 1.8 od strony ekspozycji w prawym dolnym narożu z uwagą zamawiającego, że wykonawca dokonywał napraw zbiornika w okresie od 22 czerwca do 27 czerwca 2016 r. w sposób bezskuteczny. Zamawiający wskazał także, że wykonawca nie przedstawił i nie uzgodnił technologii usuwania przecieków w zbiornikach 1.5, 1.6, 1.7, 1.10, 1.14, 1.17, 1.18. W pkt. 21 wskazano, że wykonawca nie osiągnął parametrów docelowych wody w zbiornikach akwarystycznych, tj. we wszystkich zbiornikach za wyjątkiem 1.13 i 1.15 wystąpiła przekroczona wartość pH, zaś w pięciu zbiornikach – 1.10, 1.12, 1.13, 1.19, 1.22 i 1.23 przekroczona temperatura, przy czym w zbiorniku 1.19 wynosiła ona 31,5° przy dopuszczalnej temperaturze maksymalnej 18°.

Konsorcjum 18 lipca 2016 r. wezwało pozwaną Gminę do zapłaty kwoty 71.707,73 zł, wskazując że wystawiło fakturę za roboty, które nie zostały wymienione w dokumentacji projektowej oraz opisie przedmiotu zamówienia. W piśmie zamieszczono wykaz prac dodatkowych. Powodowie wystawili następujące faktury VAT:

1. nr (...) z 12 maja 2016 r. na kwotę 56.703,00 zł brutto,
2. nr (...) z 13 maja 2016 r. na kwotę 79.950,00 zł brutto,
3. nr (...) z 18 maja 2016 r. na kwotę 161.500,01 zł brutto,
4. nr (...) z 19 maja 2016 r. na kwotę 16.500 zł brutto,
5. nr (...) z 8 czerwca 2016 r. na kwotę 79.950 zł brutto,
6. nr (...) z 30 czerwca 2016 r. na kwotę 10.641,22 zł brutto,
7. nr (...) z 1 lipca 2016 r. na kwotę 56.709,79 zł brutto,
8. nr (...) z 7 lipca 2016 r. na kwotę 4.200,47 zł brutto,
9. nr (...) z 7 lipca 2016 r. na kwotę 13.884,25 zł brutto,

10. nr (...) z 12 października 2016 r. na kwotę 39.814,55 zł brutto.

5 lipca 2016 r. pozwana Gmina wystawiła notę księgową nr (...) na kwotę 585.225,55 zł w związku z obciążeniem powodów zgodnie z § 10 ust. 1 pkt 8 umowy z 11 grudnia 2014 r. nr 365/WIR-I/Z/51/14 karą umowną za odstąpienie od umowy. Nota ta została doręczona powodom 8 lipca 2016 r. wraz z wezwaniem do jej zapłacenia w terminie 14 dni. Pismem z 5 lipca 2016 r. powodowie przedstawili harmonogram i technologię naprawy usterek i uszczelnienia zbiornika 1.18. Ponownie technologię naprawy powodowie przedstawili w piśmie z 18 sierpnia 2016 r. 5 sierpnia 2016 r. pozwana Gmina złożyła oświadczenie o potrąceniu należności w wysokości 265.630,73 zł w związku z brakiem zapłaty kwoty 585.225,55 zł wynikającej z noty księgowej, z faktur złożonych przez wykonawcę o następujących numerach: (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...). Pozwana wskazała, że dalsza kwota 319.594,82 zł będzie potrącona z kolejnych faktur. Oświadczenie o potrąceniu doręczono powodom 10 sierpnia 2016 r. Oświadczeniem z 8 sierpnia 2016 r. pozwana Gmina dokonała potrącenia należności w wysokości 9.963,00 zł w związku z brakiem zapłaty kwoty 585.225,55 zł wynikającej z noty księgowej, z faktury złożonej przez wykonawcę nr (...) z 12 maja 2016 r.

Pismem z 5 sierpnia 2016 r., złożonym pozwanej 8 sierpnia 2016 r., powodowie zwrócili się do pozwanej o dokonanie bezpośredniej płatności podwykonawcom za roboty wykonane w (...) w P. na rzecz: Zakładu Produkcyjno Usługowego (...) sp. j. M. O., K. K. na łączną kwotę 12.933,98 zł, Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego (...) E. J. na łączną kwotę 44.174,31 zł, Technika (...) J. K. na łączną kwotę 61.500 zł.

Pismem z 8 sierpnia 2016 r. pozwana w odpowiedzi na pismo powodów z 18 lipca 2016 r. zakwestionowała wykonanie robót dodatkowych wymienionych w piśmie o wartości 71.707,73 zł. Pozwana podniosła, że powyższe prace nie miały charakteru dodatkowych, lecz objęte były zakresem umowy podstawowej lub wynikały z błędów wykonawczych powodów. Ponadto pozwana wskazała, że powyższe roboty nie zostały zgłoszone wykonawcy i nie została na nie zawarta umowa na roboty dodatkowe. 18 sierpnia 2016 r. powodowie wystawili korektę do faktury nr (...) r. z 18 lipca 2016 r., niwelując kwotę 71.070,73 zł z tytułu wykonania robót dodatkowych do wartości „0”.

Wezwaniem do zapłaty z 15 września 2016 r. powodowie wezwali pozwaną do zapłaty w terminie do 21 września 2016 r. kwoty wynikającej z faktur o nr. (...) oraz faktury nr (...) z 2 września 2016 r. z terminem płatności 9 września 2016 r. na kwotę 1.676.675,79 zł. W odpowiedzi na powyższe wezwanie pozwana odniosła się do roszczeń powodów, podnosząc, że płatności wynikające z faktur (...) potrącono na poczet kary umownej, zaś płatność z faktury (...) na kwotę 161.500 zł została wstrzymana z uwagi na to, że została wystawiona za zakres robót wykonany przez podwykonawcę firmę (...), zaś pozwana nie otrzymała do dnia nadania pisma potwierdzenia, że należności wobec podwykonawcy za roboty objęte fakturą zostały przez powodów uregulowane. Odnośnie faktury nr (...) z 2 września 2016 r. na kwotę 1.676.675,79 zł brutto pozwana wskazała, że jest ona bezzasadna i pozostaje bez rozpatrzenia do czasu zebrania danych dotyczących kosztów poniesionych przez zamawiającego oraz (...)w następstwie niewywiązania się przez powodów z umowy. Pozwana podniosła, że nie zostały sporządzone protokoły końcowe robót w branży sanitarnej - instalacja wody lodowej i wentylacja oraz nie przekazano zamawiającemu kompletu dokumentacji powykonawczej branży technologicznej.

Przyczyną wysokiej temperatury wody z zbiorniku nr 1.19 był błąd w projekcie zamiennym instalacji wody lodowej. Były podwykonawca W. O. (1) naprawił powyższą wadę w okresie po odstąpieniu przez pozwaną od umowy z konsorcjum poprzez zdemontowanie zbędnego zaworu. Po odstąpieniu od umowy z konsorcjum przez pozwaną Gminę prace specjalistyczne na zlecenie pozwanej wykonywały firmy zewnętrzne: (...), K. oraz (...). Parametry wody akwarystycznej udało się uzyskać we własnym zakresie przez pracowników Gminy i pracowników ZOO. Nieszczelności zbiornika 1.18 – A. usunęła po dacie odstąpienia firma (...). Akwarium zostało otwarte na początku września 2016 r.

W toku postępowania doszło do cofnięcia pozwu w zakresie kwoty 39.814,55 zł, a zatem Sąd a quo uznając tę czynność za dopuszczalną (art. 203 § 4 k.p.c.), umorzył postępowanie w tej części stosownie do art. 355 § 1 k.p.c. w zw. z art. 203 § 1 k.p.c., co znalazło wyraz z pkt. 1 wyroku. W pozostałej natomiast części powództwo oddalił, podkreślając, że obejmowało ono trzy elementy: roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za wykonane prace w wysokości 1.636.861,24 zł,

wynagrodzenia z faktur (...) w łącznej kwocie 437.093,74 zł (po odliczeniu kwoty 39.814,55 zł, wobec której powództwo zostało cofnięte) oraz wynagrodzenia za prace dodatkowe w kwocie 71.070,73 zł naliczonego fakturą (...) r. z 18 lipca 2016 r., następnie „wyzerowaną”.

Powództwo dotyczące kwoty 1.636.861,24 zł Sąd Okręgowy uznał za nieudowodnione. W szczególności wyjaśnił, że powodowie nie zawarli w pozwie twierdzeń dotyczących zakresu prac, za które dochodzili tego wynagrodzenia, ani nie złożyli do akt sprawy faktury na powyższą kwotę, czy protokołów odbiorów prac tą fakturą objętych. Tymczasem pozwana zaprzeczyła, że zostały podpisane protokoły odbioru na powyższe prace i że prace te zostały wykonane w całości. Powodowie nie wskazali także jakiego konkretnie zakresu dotyczy dochodzone wynagrodzenie. Twierdzenia, że wykonali całość prac nie były wiarygodne, ponieważ zostało wykazane przez pozwaną Gminę zeznaniami świadków, że po dacie odstąpienia od umowy z konsorcjum prace specjalistyczne na zlecenie pozwanej wykonywały firmy zewnętrzne: (...), K. oraz (...),

a zatem zakres prac niewykonanych wykraczał poza nieszczelność zbiornika 1.18 oraz brak osiągnięcia parametrów wody akwarystycznej. Choć pozwana nie odniosła się szczegółowo do zasadności powództwa w omawianym zakresie, to jednak, aby można było od niej wymagać zgłoszenia i udowodnienia zarzutów oraz okoliczności dotyczących kosztów wykonania zastępczego, powództwo

w pierwszej kolejności powinno być udowodnione przez powodów. Co za tym idzie, jeżeli powodowie stali na stanowisku, że wykonali sporne prace, zaś pozwana bezpodstawnie odmawiała ich odbioru, to po pierwsze powinni sprecyzować zakres, którego dochodzą pozwem, a po wtóre wnosić o zbadanie okoliczności wykonania prac i ich wartości stosownemu biegłemu, czego zaniechali. W tej sytuacji wezwanie ich przez Sąd do złożenia przedmiotowej faktury wraz z wykazem wykonanych prac o wartości składającej się na dochodzoną kwotę, jak również z protokołami odbioru poszczególnych prac,

a jeżeli prace nie zostały odebrane – ze wskazaniem daty ich wykonania

i przyczyn braku protokołu odbioru, stanowiłoby ewidentne działanie na rzecz jednej ze stron procesu, tj. zastępowanie strony w wypełnianiu jej obowiązków dowodowych, naruszyłoby zasadę równouprawnienia stron i jako takie było niedopuszczalne. Z tych względów Sąd Okręgowy odstąpił od wezwania strony powodowej do sprecyzowania twierdzeń i dalszego ich udowodnienia.

W odniesieniu do kwoty 437.093,74 zł Sąd Okręgowy wskazał, że pozwana przyznała wykonanie i odbiór prac o tej wartości, lecz zgłosiła zarzuty skutkujące oddaleniem powództwa w tym zakresie. Co do kwoty 275.593,73 zł pozwana zgłosiła zarzut wygaśnięcia zobowiązania na skutek dokonanego potrącenia wierzytelności powodów z wierzytelnością, jaka jej przysługiwała z tytułu naliczenia kary umownej w wysokości 585.225,55 zł, towarzyszącej odstąpieniu od umowy. W ocenie Sądu pierwszej instancji pozwana była uprawniona do odstąpienia od umowy, bowiem podane przez nią przyczyny odstąpienia znalazły potwierdzenie w przeprowadzonym w sprawie postępowaniu dowodowym, a zatem była również uprawniona do obciążenia wykonawcy karą umowną. Parametry wody odbiegały od norm. Jak wykazała inwentaryzacja prac przeprowadzona od 27 czerwca do 1 lipca 2016 r., nie zostały osiągnięte nie tylko parametry dodatkowe, których żądał użytkownik, czyli Miejski O. Zoologiczny, ale i parametry podstawowe, takie jak temperatura i pH wody. We wszystkich zbiornikach za wyjątkiem 1.13 i 1.15 wystąpiła przekroczona wartość pH, a w sześciu zbiornikach – 1.10, 1.12, 1.13, 1.19, 1.22 i 1.23 przekroczona temperatura, przy czym w zbiorniku 1.19 wynosiła ona 31,5° przy dopuszczalnej temperaturze maksymalnej 18°. Powodowie nie wykazali, aby powyższe okoliczności wynikały z przyczyn od nich niezależnych. Po odstąpieniu od umowy z powodami pracownicy ZOO osiągnęli oczekiwane parametry we własnym zakresie, a zatem była to czynność obiektywnie możliwa do wykonania. Niewykonanie tego przez wykonawcę świadczyło o braku jego wiedzy i doświadczenia w tym zakresie. Podobnie, jeśli chodzi o temperaturę wody. Przyczyną wysokiej temperatury wody z zbiorniku nr 1.19 był błąd w projekcie zamiennym instalacji wody lodowej. Były podwykonawca W. O. (1) naprawił powyższą wadę w okresie po odstąpieniu przez pozwaną od umowy poprzez zdemontowanie zbędnego zaworu. Tak więc wykonawca z odpowiednią wiedzą i doświadczeniem był w stanie zdiagnozować usterkę i ją usunąć. Ponadto, zawyżona temperatura występowała także w pięciu pozostałych zbiornikach, gdzie błąd projektowy nie występował. Powyższe wskazuje na zasadność zarzutu o faktycznym braku w zespole wykonawcy osoby z wymaganą wiedzą.

Kolejną kwestią były przecieki zbiorników i przedstawienie technologii ich naprawy. Powodowie przystąpili do przedstawiania technologii naprawy już po dacie odstąpienia od umowy, tj. 5 lipca 2016 r. i 18 sierpnia 2016 r. Przecieki w zbiorniku 1.18 ostatecznie naprawił W. O. (1) po dacie odstąpienia od umowy przez pozwaną. Niektóre prace nie były zakończone, o czym świadczy zatrudnienie podwykonawców powodów po odstąpieniu od umowy celem dokończenia prac.

Reasumując, zdaniem Sądu I instancji pozwana była uprawniona do odstąpienia od umowy z uwagi na fakt, że okoliczności budziły uzasadnioną obawę co do tego, czy konsorcjum ma wystarczające przygotowanie teoretyczne, tj. wiedzę i doświadczenie, aby zakończyć roboty zgodnie z wymaganiami umowy. Nie przedstawiając żądanego harmonogramu napraw, powodowie wzbudzili uzasadnione wątpliwości co do tego, że mają faktyczne możliwości zidentyfikowania przyczyn usterek i ich usunięcia. Potrącenie objęło następujące faktury objęte żądaniem: nr (...), nr (...), nr (...), nr (...), nr (...), nr (...) i nr (...).

Ze względu na to, że przyczyną odstąpienia przez pozwaną Gminę od umowy nie były opóźnienia w realizacji prac, dlatego też rozważanie okoliczności, w jaki sposób na termin wykonania wpłynęła konieczność wykonywania prac dodatkowych, czy też, czy było możliwe uzyskanie pozytywnej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie z uwagi na stanowisko straży pożarnej Sąd Okręgowy uznał za zbędne.

W zakresie powództwa dotyczącego kwoty 161.500,01 zł z tytułu faktury nr (...), Sąd Okręgowy ocenił je jako przedwczesne i zależne od rozstrzygnięcia sporu prowadzonego pomiędzy konsorcjum jako wykonawcą a W. O. (1) jako podwykonawcą. Dopiero wtedy roszczenie powodów stanie się ewentualnie wymagalne, zgodnie z § 6 ust. 6 umowy.

Z kolei oddalając powództwo odnoszące się do żądania zapłaty wynagrodzenia za prace dodatkowe w wysokości 71.707,73 zł, Sąd a quo wyjaśnił, że nie zostało udowodnione, by pozwana kiedykolwiek je zleciła w trybie wynikającym z umowy, tj. w trybie zamówienia publicznego. Ponadto roboty te nigdy nie zostały skonkretyzowane i nie wnioskowano o zweryfikowanie ich wykonania poprzez przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego.

W konsekwencji oddalenia powództwa Sąd pierwszej instancji orzekł o kosztach procesu na podstawie art. 98 § 1 k.p.c.

(uzasadnienie zaskarżonego wyroku – k. 980 – 999)

Powodowie zaskarżyli opisany wyrok w części oddalającej powództwo i orzekającej o kosztach procesu apelacją opartą na następujących zarzutach:

1. sprzeczności istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału oraz niewyjaśnienia wszystkich istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności faktycznych wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, tj.:

- art. 232 zd. 2 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. przez jego niezastosowanie i niedopuszczenie z urzędu przez Sąd dowodu z opinii biegłego w celu określenia wartości prac wykonanych przez powodów, a także zakresu, prawidłowości i okresu ich wykonania (...),

- art. 232 zd. 2 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. przez jego niezastosowanie i nieprzeprowadzenie z urzędu przez Sąd I instancji dowodu z opinii biegłego w celu dokonania kluczowych dla rozstrzygnięcia ustaleń, które wymagały wiadomości specjalnych, tj. ustalenia okoliczności wskazujących, że strona powodowa, jako wykonawca, była wyłącznie winna opóźnieniu realizacji inwestycji, co stanowi przesłankę odstąpienia od umowy na podstawie art. 635 k.c.,

- art. 233 § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 229 k.p.c., art. 230 k.p.c.
i art. 231 k.p.c. przez dokonanie oceny dowodów w sposób niewszechstronny

i wybiórczy, tj.:

a) z pominięciem okoliczności wynikającej ze znajdującego się w aktach sprawy pisma pozwanej z 19 września 2016 r., WIR.II. (...).11.253.214.MK,

w którym pozwana przyznaje fakt istnienia faktury VAT nr (...)

z 2 września 2016 r. na kwotę 1.676.675,79 zł, ale wstrzymuje się z jej realizacją do czasu ustalenia poniesionych przez siebie kosztów, a tym samym dokonuje uznania zakresu wykonanych przez powodów prac tą fakturą objętych i ich wartości (...),

b) z pominięciem okoliczności wynikającej z zeznań świadka A. N. złożonych na rozprawie 19 grudnia 2017 r. (03:29:42), wskazującej, że kwoty znajdujące się w depozycie stanowią zatrzymane wynagrodzenie należne wykonawcy,

c) z pominięciem tych dowodów, które nie odzwierciedlają przyjętej przez Sąd wersji dotyczącej sposobu realizacji inwestycji, odpowiedzialności za przyczyny odstąpienia od umowy oraz pominięciem znacznej części zeznań świadków:

- B. P. z protokołu rozprawy z 19 grudnia 2017 r. z czasu nagrania od 00:56:54 - do 01:15:48,
- P. D. z protokołu rozprawy z 19 grudnia 2017 r. z czasu nagrania od 02:00:39 - do 02:25:43,
- K. K. (2) z protokołu rozprawy z 19 grudnia 2017 r. z czasu nagrania od 02:44:39 - do 03:01:14,
- D. J. z protokołu rozprawy z 19 grudnia 2017 r. z czasu nagrania od 04:47:44 - do 04:59:41,
- M. K. z protokołu rozprawy z 17 kwietnia 2018 r. z czasu nagrania od 02:50:18 - do 03:07:38,
- W. O. (1) z protokołu rozprawy z 30 października 2018 r. z czasu nagrania od 00:59:42 - do 01:18:12 oraz od 01:20:48 - do 01:26:25,
- R. P. z protokołu rozprawy z 30 października 2018 r. z czasu nagrania od 01:30:48 - do 01:36:47,

d) wyrażający się w przyjęciu przez Sąd, że:

• powodowie nie przedstawili twierdzeń dotyczących zakresu prac, za który dochodzą wynagrodzenia - co pozostaje w sprzeczności z całokształtem okoliczności ujawnionych w sprawie, z których jasno wynika, że powodowie żądają wynagrodzenia za cały dotychczas nierozliczony zakres inwestycji (...),

• powodowie nie wykazali czy dochodzona pozwem kwota 1.636.861,24 zł stanowi część wynagrodzenia objętego fakturą nr (...) na kwotę 1.676.675,79 zł, co pozostaje w sprzeczności z wyjaśnieniem zawartym w piśmie procesowym powodów z 8 grudnia 2017 r., zeznaniami świadków i złożonymi dokumentami,

• twierdzenia powodów o wykonaniu w całości prac są niewiarygodne, gdyż zostało wykazane przez Gminę zeznaniami świadków, że po odstąpieniu

od umowy prace specjalistyczne, na zlecenie pozwanej, wykonywały firmy zewnętrzne, co nie znajduje potwierdzenia w pozostałym materiale dowodowym, ponieważ strona pozwana nie przedstawiła żadnych dokumentów wskazujących na konkretne zlecenia wykonania takich prac, ich zakresu oraz wysokości poniesionych kosztów, natomiast zeznania świadków powołanych przez powodów wskazują, że całość zadania inwestycyjnego została przez nich wykonana, w tym prace należące do zakresu robót podwykonawcy (...),

- powodowie nie udowodnili swoich roszczeń i wykonania prac o wartości dochodzonej pozwem przy jednoczesnym wniosku Sądu, że pozwana nie odniosła się szczegółowo do zasadności powództwa (str. 15 uzasadnienia wyroku), co powinno skutkować uznaniem, że same zaprzeczenia pozwanej o istnieniu zobowiązań wobec powodów są bezpodstawne. Pozwana nie podważała prawidłowości i sposobu wyliczeń kwot wskazanych na fakturach, w tym co do kwoty 1.676.675,79 zł (z faktury (...)) i kwoty 71.707,73 zł (z faktury (...)), a ponadto nie przedstawiła dowodów na wysokość poniesionych przez siebie kosztów prac naprawczych,

- powództwo w zakresie kwoty 161.500,01 zł (z faktury (...)) było przedwczesne z uwagi na istniejący spór sądowy pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą (...), a także na okoliczność wynikającą z umowy, że obowiązek zapłaty był zależny od przedstawienia pozwanej dowodu uregulowania należności na rzecz podwykonawcy(...)- co pozostaje w sprzeczności ze skutkami prawnymi uznania Sądu o zasadności odstąpienia od umowy (...),

- pozwana uprawniona była do odstąpienia od umowy, które nie wynikało z opóźnień, ale z braku gwarancji ze strony powodów na rzetelne ukończenie inwestycji - co pozostaje w sprzeczności z samym oświadczeniem pozwanej z 23 czerwca 2016 r. o odstąpieniu od umowy, powołującym się na art. 635 k.c. Pozwana ponadto wyjaśniła w swoim oświadczeniu, że „uzasadnieniem dokonanego w dniu dzisiejszym odstąpienia jest fakt, iż wykonawca nie wywiązał się z umownego terminu realizacji zadania,

- przyczyny odstąpienia od umowy leżały wyłącznie po stronie powodowej, pomimo istnienia okoliczności obciążających pozwaną,

- powodowie nie wykazali, aby przyczyną braku odpowiednich parametrów wody były okoliczności od nich niezależne, czemu przeczy fakt, że inwentaryzacja była przeprowadzona w późniejszym terminie niż planowany odbiór końcowy, a w tym czasie parametry wody mogły ulec zmianie, tym bardziej, że wykonawca nie miał już wstępu na teren budowy i nie miał żadnego wpływu na dalsze zdarzenia. Ponadto Sąd stwierdził, że przyczyną wysokiej temperatury wody w zbiorniku 1.19 był błąd w projekcie zamiennym instalacji wody lodowej, ale nie uznał tej okoliczności, jako obciążającej pozwaną,

- art. 328 § 2 k.p.c. ze względu na brak w uzasadnieniu wyroku określenia konkretnych dowodów, na których Sąd oparł swoje rozstrzygnięcie

i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej. Zarzut ten odnosi się w szczególności do bardzo lakonicznego wniosku Sądu, że wymienione zarzuty pozwanej, leżące u podstaw odstąpienia od umowy, znajdują potwierdzenie w przeprowadzonym postępowaniu dowodowym. Sąd nie wskazał, jakie dowody potwierdzają powyższe zarzuty

i dlaczego. Ponadto Sąd nie określił, które zeznania świadków, były wiarygodne, a które nie - odnośnie twierdzeń powoda o wykonaniu całości prac. Brak jest również wskazania w podstawie rozstrzygnięcia całości przeprowadzonych na rozprawie dowodów z zeznań świadków,

2. naruszenia prawa materialnego, tj.:

- art. 484 § 2 k.c. przez jego niezastosowanie i nie dokonanie miarkowania kar umownych, pomimo faktu, że powodowie podnieśli zarzut rażąco wygórowanej kary umownej, wnosząc o jej obniżenie, zważywszy na okoliczność, że zobowiązanie powodów zostało w znacznej (niemal stu procentowej) części wykonane,

- art. 644 k.c. przez jego niezastosowanie i jednocześnie błędne zastosowanie art. 635 k.c. do wadliwie ustalonego stanu faktycznego, wskazującego na wyłączną winę powodów w niezakończeniu inwestycji zgodnie z wymaganiami umowy. Materiał zgromadzony w sprawie świadczy, że pozwana nie wykonywała prawidłowo swojego zobowiązania z powodu braku należytego współdziałania z powodami w celu właściwego i terminowego ukończenia

inwestycji. Stanowi to okoliczność obciążającą pozwaną, za którą ponosi odpowiedzialność, a konsekwencji wykluczającą zastosowanie art. 635 k.c.

i prowadzącą do zastosowania art. 644 k.c. w świetle uznania za skuteczne odstąpienia od umowy,

- art. 635 k.c. przez błędną wykładnię tego przepisu przejawiającą się w uznaniu przez Sąd I instancji, że przesłanką odstąpienia od umowy na podstawie art. 635 k.c. nie jest kwalifikowane opóźnienie wykonawcy (strona powodowa) w realizacji inwestycji. Skutkiem takiej interpretacji art. 635 k.c. było uznanie przez Sąd I instancji, że pozwana skutecznie odstąpiła od umowy o roboty budowlane na podstawie ww. przepisu, mimo jednoczesnego stwierdzenia, że „(...) przyczyną odstąpienia przez pozwaną Gminę od umowy konsorcjum nie były opóźnienia w realizacji prac”, lecz okoliczność, „(...) że postawa powodów nie gwarantowała zakończenia robót w przewidywalnym terminie”;

- art. 6 k.c. przez błędne ustalenie rozkładu ciężaru dowodu, wyrażające się w przyjęciu, że ciężar udowodnienia wszystkich okoliczności faktycznych dotyczących braku wad wykonawczych inwestycji spoczywał na stronie powodowej, chociaż to pozwana powoływała się na istnienie wad, poniesione koszty wykonania zastępczego, a tych nie przedstawiła,

3. rażąco niesprawiedliwość orzeczenia, bowiem rozstrzygnięcie Sądu kształtuje sytuację, w której pozwana zostaje bezpodstawnie wzbogacona kosztem powodów. Okoliczności sprawy, w tym samo uzasadnienie orzeczenia wskazuje, że inwestycja została w znacznej mierze wykonana przez powodów.

W konkluzji powodowie wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku zgodnie z treścią oddalonego powództwa, ewentualnie zaś o jego uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, przeprowadzenia postępowania dowodowego i rozstrzygnięcia o kosztach procesu, a także o zwrot kosztów procesu za obie instancje.

(apelacja – k. 1005 – 1032)

R. P. w uzupełnieniu apelacji podniósł dalsze zarzuty, a wśród nich:

1. zarzut naruszenia przepisów prawa materialnego, tj.:

- art. 647 k.c. poprzez jego niezastosowanie, a wobec tego nieprawidłowe przyjęcie, że pozwana była uprawniona do odmowy podpisania protokołu końcowego robót w sytuacji, gdy roboty te zostały wykonane przez powoda zgodnie z projektem, z zasadami wiedzy technicznej, bez wad uniemożliwiających odbiór całości robót budowlanych,

- art. 494 § 1 k.c. w zw. z art. 635 k.c. w zw. z art. 405 i nast. k.c. poprzez jego niezastosowanie, a wobec tego nieprawidłowe przyjęcie, że po skutecznym odstąpieniu od umowy ze skutkiem ex tunc strony są nadal związane rygorami zawartej umowy oraz powinny rozliczyć się na podstawie umowy, w tym m.in. wystawić fakturę w sytuacji, gdy jedynym obowiązkiem stron po odstąpieniu od umowy jest wzajemne rozliczenie tego, co wzajemnie na swoją rzecz świadczyły,

- art. 484 § 1 i 2 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy pozwana była uprawniona do obciążenia powoda karą umowną, podczas gdy: (1) pozwana odstąpiła od umowy, co powoduje rozwiązanie, umowy ze skutkiem ex tunc, skutkiem, czego jest wygaśnięcie umowy od momentu jej zawarcia, w tym zarówno zobowiązania głównego, jak i zobowiązań akcesoryjnych, czyli zobowiązania do zapłaty kar umownych; (2) przyczyną odstąpienia od umowy było przede wszystkim nieosiągnięcie przez powoda wymaganych parametrów wody akwarystycznej, zaś umowa pomiędzy stronami nie wskazywała wymaganych parametrów wody; (3) pozwana nie wykazała, że na dzień odstąpienia od umowy istniały przyczyny uzasadniające odstąpienie od umowy, czyli nieosiągnięcie wymaganych parametrów wody akwarystycznej; (4) pomimo, że przyczyną odstąpienia od umowy dokonanego praktycznie na końcu realizacji inwestycji po zgłoszeniu obiektu do odbioru końcowego, było przede

wszystkim nieosiągnięciu parametrów wody akwarystycznej nieokreślonych w umowie, a z tego tytułu pozwana nie poniosła szkody, a wręcz wzbogaciła się poprzez potrącenie kary umownej, zaś powód podnosił zarzut miarkowania kary - Sąd przyjął za zasadne było obciążenie powoda karą umowną w maksymalnej wysokości,

- art. 494 § 1 k.c. w zw. z art. 635 k.c. poprzez jego niezastosowanie, a wobec to nieprawidłowe przyjęcie, że pozwana nie jest zobowiązana do zapłaty na rzecz powoda kwoty 161.500 zł, gdyż powód nie dopełnił obowiązku umownego dostarczenia pozwanej dowodu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy (...) pomimo że po odstąpieniu umowa nie wiązała już stron ze skutkiem ex tunc, a strony zobowiązane były wobec tego jedynie do rozliczenia wzajemnych świadczeń, zaś kwestia rozliczenia pomiędzy powodem a jego podwykonawcą pozostaje bez wpływu na obowiązek zapłaty przez pozwaną powodowi w sytuacji odstąpienia od umowy,

2. zarzut naruszenia przepisów postępowania, tj.:

- art. 227 k.p.c. w zw. z art. 232 zd. 2 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez zaniechanie dopuszczenia z urzędu dowodu z opinii biegłego sądowego, pomimo że jego przeprowadzenie było w sprawie konieczne, co stwierdził sam Sąd I instancji celem ustalenia zakresu roszczenia powoda, jak i zakresu potrącenia pozwanej w związku z koniecznością wzajemnego rozliczenia stron na podstawie art. 494 § 1 k.c.,

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny dowodów w sposób niewszechstronny i poprzez to pominięcie przy wydaniu wyroku dowodów wykazujących faktyczne wykonane robót przez powoda na rzecz pozwanej oraz zakresu i wartości tych robót, tj. umowy, aneksów, protokołów konieczności, kosztorysów rzeczowo - finansowych, korespondencji pomiędzy stronami, w tym pisma pozwanej z 19 września 2016 r. (k. 600), protokołu odbioru z 16 czerwca 2016 r., protokołu odbioru z 21 czerwca 2016 r., inwentaryzacji z 30 czerwca 2016 r. oraz 1 lipca 2016 r., protokołu inwentaryzacji z wykonanych robót sporządzonego w dniach 27 czerwca - 1 lipca 2016 r. oraz zeznań świadków i strony powodowej,

- art. 233 k.p.c. poprzez dokonanie oceny dowodów w sposób niewszechstronny i poprzez to błędne przyjęcie przy wydaniu wyroku, że dowód z protokołu inwentaryzacji z 27 czerwca - 1 lipca 2016 r. wykazuje nieosiągnięcie parametrów wody akwarystycznej na dzień czynności odbiorowych (tj. dzień 16 i 21 czerwca 2016 r.), jak i odstąpienia od umowy (tj. dzień 23 czerwca 2016 r.),

- art. 177 § 1 pkt 1 k.p.c. poprzez nie zawieszenie postępowania do czasu zakończenia sprawy sądowej pomiędzy podwykonawcą (...) a powodem o zapłatę, pomimo że rozstrzygnięcie tej sprawy stanowi zagadnienie wstępne w zakresie roszczenia o zapłatę kwoty 161.500 zł w niniejszym procesie,

- art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. poprzez niezasadne przyjęcie, że pozwana wykazała dowodowo w sprawie okoliczności skutkujące: (1) uprawnioną odmową podpisania końcowego protokołu odbioru robót, (2) wykazaniem istnienia i wartości wad przedmiotowych robót, a wobec tego (3) skutecznego odstąpieniem od umowy i (3) naliczenia kary umownej,

- art. 230 k.p.c. poprzez niezasadne przyjęcie, że nie wypowiedzenie się przez pozwaną, co do obowiązku zapłaty na rzecz powoda kwoty 1.636.86,24 zł tytułem wykonania robót budowlanych, wobec wykazania w toku sprawy faktycznego wykonania tych robót, ich zakresu oraz wysokości, nie daje podstaw do uznania przez Sąd tych faktów za przyznane przez pozwaną.

Mając na uwadze powyższe skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie obowiązku zapłaty kwoty 2.145.662,71 zł wraz

z odsetkami ustawowymi oraz kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych; uchylenie wyroku w pkt. 3; względnie zaś o uchylenie zaskarżonego wyroku w zakresie pkt. 2 i 3 oraz przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Łodzi do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania, a w każdym przypadku o zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

(uzupełnienie apelacji R. P. – k. 1279 – 1296)

Sąd Apelacyjny ustalił dodatkowo, co następuje.

8 lipca 2016 r. powodowie wystawili fakturę nr (...) z terminem płatności 13 lipca 2016 r., na kwotę 1.682.315,78 zł brutto (dowód k. 1097). Następnie 18 sierpnia 2016 r. powodowie dokonali korekty tej faktury, wystawiając fakturę korektę o nr (...) na kwotę 1.682.315,78 zł brutto (dowód k. 1098). 2 września 2016 r. powodowie wystawili fakturę nr (...) z terminem płatności 9 września 2016 r., na kwotę 1.676.675,79 zł, natomiast w pozwie dochodzą z tytułu robót dodatkowych kwoty 1.636.861,24 zł (okoliczności bezsporne).

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja jest nietrafna i podlega oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

Zaznaczyć przy tym należy, że Sąd Apelacyjny podziela pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uchwale z dnia 31 stycznia 2008 r. w sprawie III CZP 49/07 (OSNC 2008/6/55), że sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiąże go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego; w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania. W związku z tym dla postępowania apelacyjnego znaczenie wiążące mają tylko takie uchybienia prawu procesowemu, które zostały przedstawione w apelacji i nie są wyłączone spod kontroli sądu odwoławczego na podstawie przepisu szczególnego. Takim przepisem jest art. 380 k.p.c., przewidujący, że sąd drugiej instancji na wniosek strony – a więc nigdy z urzędu – rozpoznaje również te postanowienia sądu pierwszej instancji, które nie podlegają zaskarżeniu w drodze zażalenia, a miały wpływ na wynik sprawy. Konieczne jest wskazanie, że w przedmiotowej sprawie Sąd a quo nie oddalił żadnego wniosku dowodowego żadnej ze stron, a tym samym umożliwił stronom przedstawienie wszelkich wniosków, potrzebnych w ich ocenie, dla udowodnienia swoich racji.

Natomiast w skardze apelacyjnej strony powodowej i jej uzupełnieniu znalazły się całkowicie nowe wnioski dowodowe, których strona powodowa, od początku reprezentowana przez zawodowego pełnomocnika, w ogóle nie zgłosiła w toku postępowania dowodowego przed Sądem pierwszej instancji. Dotyczy to zarówno dokumentów powstałych w czasie przed wytoczeniem powództwa, które można było z łatwością złożyć przed Sądem Okręgowym – zawartych na kartach 1093 – 1276 akt sprawy – jak i dowodu z opinii wielu biegłych sądowych. Przy czym apelujący nie pokusił się nawet o wyjaśnienie dlaczego wniosków tych nie złożył wcześniej, czym naruszył art. 381 in fine k.p.c. Na marginesie należy podkreślić, że przedmiotowa apelacja w ogóle została skonstruowana tak jak pierwsze pismo procesowe w sprawie, tj. pozew, bez świadomości charakteru środka odwoławczego.

Albowiem uszło uwadze skarżącej strony powodowej, że podstawowym założeniem postępowania apelacyjnego jest dążenie do wydania merytorycznego rozstrzygnięcia, opartego na materiale zebranym przez sąd pierwszej instancji i sąd odwoławczy, który musi samodzielnie ocenić całokształt zebranego w sprawie materiału dowodowego z uwzględnieniem faktów z zakresu notoryjności powszechnej i urzędowej, faktów przyznanych lub niezaprzeczonych, a także domniemań prawnych. Merytoryczny charakter postępowania apelacyjnego sprawia, że sąd drugiej instancji zmierza do naprawienia błędów popełnionych przez sąd pierwszej instancji; w tym znaczeniu postępowanie apelacyjne jest przedłużeniem postępowania przeprowadzonego przed sądem pierwszej instancji. Jednakże nie może to oznaczać oderwania się od wymogu instancyjności. Sąd drugiej instancji nie może zastępować własnym orzeczeniem orzeczenia sądu pierwszej instancji, gdyż mogłoby to doprowadzać do sytuacji, w których sąd odwoławczy orzekałby, jako jedna i ostateczna instancja (por. wyrok SA w Białymstoku z dnia 23.08. 2013 r., I ACa 339/13, LEX nr 13699221). Takie rozwiązanie byłoby sprzeczne z wymaganiami stawianymi przez orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw

Człowieka w S. na płaszczyźnie art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, oraz naruszałoby standardy konstytucyjne dotyczące prawa do sądu oraz instancyjności postępowania – art. 78 i 176 ust. 1 Konstytucji RP. Trzeba też zaznaczyć, że – jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 7 lipca 1999 r., I CKN 504/99 (OSNC 2000, nr 1, poz. 17) – art. 382 k.p.c. nie stanowi samodzielnej podstawy działania sądu drugiej instancji, gdyż swą funkcję merytoryczną (rozpoznawczą) sąd ten spełnia, w zależności od potrzeb oraz wniosków stron, posługując się różnymi instrumentami procesowymi i stosując, przez odesłanie ujęte w art. 391 k.p.c., różne przepisy o postępowaniu przed sądem pierwszej instancji (np. przepisy o rozprawie, o dowodach, o orzeczeniach itd.).

Dalej, strona nie może skutecznie żądać przeprowadzenia dowodu w postępowaniu apelacyjnym tylko dlatego, że spodziewała się korzystnej dla siebie oceny tego dowodu przez sąd pierwszej instancji. Pomimo tego, że sąd drugiej instancji jest sądem merytorycznym, a postępowanie przed nim jest kontynuacją postępowania sprzed sądu pierwszej instancji, to ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie w procesie cywilnym zasady koncentracji dowodów w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji. Konsekwencją tej zasady jest reguła zawarta w przepisie art. 381 KPC, zgodnie z którą przed sądem drugiej instancji można zgłosić skutecznie tylko takie wnioski dowodowe, których strona nie mogła powołać przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania takich dowodów wynika później. Z konstrukcji tego przepisu, a także z samej istoty modelu apelacji pełnej cum beneficio novorum wynika, że dopuszczalność nowych faktów i dowodów jest zasadą, wyjątkiem zaś – w wypadkach wyczerpująco wymienionych – ich pominięcie. Wyjątki przewidziane w omawianym przepisie zostały ustanowione głównie w celu dyscyplinowania stron przez skłonienie ich do przedstawiania całego znanego im materiału faktycznego i dowodowego już w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji. Jednocześnie – tym sposobem – ustawodawca zapobiega także przewlekłości postępowania.

W tej sprawie, jak już podniesiono, strona nawet nie podjęła próby wyjaśnienia tej kwestii. Strona, która dopuszcza się zaniechania w zakresie przysługującej jej inicjatywy dowodowej w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, musi się liczyć z tym, że sąd drugiej instancji jej wniosku dowodowego nie uwzględni. Należy zwrócić uwagę na relacje między przepisem art. 381 KPC a art. 368 § 1 pkt 4 KPC wymagającym powołania w apelacji nowych faktów i dowodów wraz z wykazaniem, że ich powołanie przed sądem pierwszej instancji nie było możliwe, albo że potrzeba powołania się na nie wynika później. Przyjmuje się, że występujący w omawianym przepisie zwrot: „potrzeba powołania się na nowe fakty i dowody wynika później”, należy pojmować w ten sposób, że „potrzeba” ta ma być następstwem zmienionych okoliczności sprawy, które są niezależne od zapadłego rozstrzygnięcia pochodzącego od sądu pierwszej instancji (por. wyrok SA w Białymstoku z dnia 28.09.2012 r., I ACa 181/12, LEX nr 1220402).

Reasumując, wszystkie te względy stały się przyczyną oddalenia wszystkich wniosków dowodowych zgłoszonych w apelacji i jej uzupełnieniu wobec uznania ich za spóźnione, choć zadecydowały także względy merytoryczne, o czym będzie mowa dalej.

Przechodząc do kwestii naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 232 zd.2 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. przez jego niezastosowanie i niedopuszczenie z urzędu przez Sąd dowodu z opinii biegłego w celu określenia wartości prac wykonanych przez powodów, a także zakresu, prawidłowości i okresu ich wykonania, trzeba stwierdzić, że zarzut ten nie jest zasadny z dwóch przyczyn.

Po pierwsze, dowód z opinii biegłego sądowego jest jedynie sposobem oceny materiału procesowego zaoferowanego przez strony, który wymaga wiedzy specjalnej, natomiast nie może sam w sobie tworzyć od początku takiego materiału procesowego. Inaczej rzecz ujmując, strona, na której spoczywa ciężar dowodu w rozumieniu art. 6 k.c. musi najpierw skonkretyzować okoliczności faktyczne, następnie, co najmniej je uprawdopodobnić lub udowodnić i dopiero można uznać za konieczne sięgnięcie do dowodu z opinii biegłego sądowego. Jak trafnie wskazał Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z 12 września 2017 r. w sprawie III AUa 956/16 (Lex nr 2379137), do dowodu z opinii biegłego należy sięgać w wypadkach wymagających wiadomości specjalnych. Przedmiotem tego dowodu nie są zatem fakty lecz oceny wywiedzione z określonych faktów. Jeszcze inaczej mówiąc, opinia biegłego zgodnie z art. 278 k.p.c. służy stworzeniu sądowi możliwości prawidłowej oceny materiału procesowego w wypadkach, kiedy ocena ta wymaga wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 278 k.p.c. (a więc wiedzy wykraczającej poza objętą zakresem wiedzy

ogólnej – powszechnej). Zadaniem biegłego zasadniczo nie jest więc poszukiwanie dowodów i okoliczności mających uzasadniać argumentację stron lecz dokonanie oceny przedstawionego materiału z perspektywy posiadanej wiedzy i przedstawienie sądowi danych (wniosków) umożliwiających poczynienie właściwych ustaleń faktycznych i właściwą ocenę prawną znaczenia zdarzeń z których strony wywodzą swoje racje. Biegły jest zobowiązany do zachowania bezstronności (art. 281 k.p.c.) i występując procesie nie posiada zwłaszcza kompetencji prawnych, by poszukiwać i przedstawiać argumenty i dowody niezbędne dla poparcia stanowiska którejkolwiek ze stron procesu (wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 14 lipca 2017 r. w sprawie I ACa 175/17, Lex nr 2402409). Zaś do naruszenia art. 278 § 1 k.p.c. może dojść tylko wtedy, gdy sąd samodzielnie wypowiada się w kwestiach wymagających wiadomości specjalnych, z pominięciem dowodu z opinii biegłego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 2017 r. w sprawie III SK 49/16, Lex nr 2397583).

Tymczasem w tej sprawie strona powodowa stanęła na stanowisku, że zgłaszając w apelacji wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego przeniesie na niego ciężar wykazania zasadności powództwa, na co wskazuje jednoznacznie teza dowodowa z karty 1012 akt (8 stronica apelacji), gdyż biegły miałby dokonać ustalenia „zakresu prac objętych powództwem, ich rodzaju, jakości, wartości oraz sposobu realizacji całego zadania inwestycyjnego”. Również zarzut nie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego sądowego z urzędu przez Sąd a quo sprowadza się do tego, że Sąd ten nie dopuścił takiego dowodu, aby „ustalić zakres, prawidłowość i okres wykonania prac przez powoda” – karta 1007 akt (stronica 3 apelacji). Trudno zresztą ocenić, czy miałyby to odnosić się do roszczenia o zapłatę dwóch należności wynikających z tzw. robót dodatkowych, czy również obejmować kwoty wynikające z bezspornych w sprawie faktur, co dodatkowo musi oznaczać brak konieczności dopuszczenia dowodu z opinii biegłego. Również co do kwestii zasadności wypowiedzenia umowy strona powodowa chciałaby, aby biegły „ustalił okoliczności wskazujące, że strona powodowa, jako wykonawca, była wyłącznie winna opóźnieniu w realizacji inwestycji” – k. karta 1007 akt (3 stronica apelacji). W tym ostatnim zakresie trzeba kategorycznie podkreślić, że do odstąpienia od umowy nie doszło z przyczyn opóźnienia po stronie wykonawcy, a z powodu brak jego umiejętności w wykonaniu roboty, jako takiej, co słusznie zostało zauważone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Zgłoszone w apelacji wnioski należy traktować, jako zgłoszone jedynie z tym zamiarem, że po ich przeprowadzeniu może się okazać, że stronie przysługuje jakieś roszczenie lub strona dopiero podejmie obronę. Przepisy postępowania zakładają dokładnie odwrotną sytuację. Wnioski dowodowe strony zgłaszają dla poparcia swoich roszczeń i twierdzeń, a nie na wszelki wypadek, iż może się okazać, że z przeprowadzenia dowodu wyniknie dopiero dla strony możliwość zgłoszenia roszczenia i powołania się na określoną instytucję. Takie ukształtowanie postępowania dowodowego prowadziłyby do istotnego przedłużenia postępowania, gdyż każda ze stron mogłaby zgłaszać przeprowadzenie określonego dowodu tylko na wszelki wypadek, mając nadzieję, że może po jego przeprowadzeniu będzie mogła zgłosić dodatkowe roszczenie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2003 r. II CK 243/02; L.).

Skarżący, poczynając od pozwu, a na apelacji skończywszy, nigdy nie skonkretyzował, co składa się na kwotę 1.636.861,24 zł brutto, ani na kwotę 71.707,73 zł, dokonując zresztą niejasnego dotąd rozróżnienia na „wykonane prace” i „konieczne roboty dodatkowe”. Obie te kwoty nie zostały opisane w niezmiernie lakonicznym, wzięwszy choćby pod uwagę wartość przedmiotu sporu, pozwie, ani w jakimkolwiek piśmie procesowym złożonym w toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji. Jest to szczególnie istotne wobec faktu kwestionowania charakteru tych prac, ich zakresu i wartości, co zostało jednoznacznie podniesione już w odpowiedzi na pozew. Kwoty te trudno też wiązać z jakimikolwiek fakturami, gdyż co prawda pierwotnie została wystawiona 18 lipca 2016 r. faktura nr (...) r. na kwotę 71.070,73 zł z tytułu wykonania robót dodatkowych, ale została zniwelowana do zera fakturą korygującą z 18 sierpnia 2016 r., oraz 8 lipca 2016 r. powodowie wystawili fakturę nr (...) z terminem płatności 13 lipca 2016 r., na kwotę 1.682.315,78 zł brutto, którą jednak wyzerowali już 18 sierpnia 2016 r. Ostatecznie 2 września 2016 r. powodowie wystawili fakturę nr (...) z terminem płatności 9 września 2016 r., na kwotę 1.676.675,79 zł, ale kwota ta różni się do kwoty dochodzonej pozwem. A ponadto wszystkie faktury zawierają bardzo lakoniczny opis: „ostateczne rozliczenie za wykonane prace przy realizacji (...)w P.” (k. 1097) lub „wykonywanie prac przy realizacji (...)w P.” (k. 604).

W ocenie tutejszego Sądu zachowanie skarżącego naruszyło jedną z podstawowych zasad polskiego procesu, tj. zasada da mihi factum ego dabo tibi ius, określającą relację między stroną postępowania sądowego a sądem.

Przy tej okazji trzeba wyprzedzająco wskazać, że twierdzenie skarżącego, że Sąd pierwszej instancji naruszył art. 233 § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 229 k.p.c., art. 230 k.p.c. i art. 231 k.p.c. przez dokonanie oceny dowodów w sposób niewszechstronny i wybiórczy, gdyż pominął okoliczności istnienia pisma pozwanej Gminy z 19 września 2016 r., WIR.II. (...).11.253.214.MK,

w którym pozwana przyznaje fakt istnienia faktury VAT nr (...)

z 2 września 2016 r. na kwotę 1.676.675,79 zł, ale wstrzymuje się z jej realizacją do czasu ustalenia poniesionych przez siebie kosztów, co ma cechy uznania roszczenia, jest całkowicie dowolne. Pismo zostało sporządzone nie, jako czynność procesowa, a w toku podejmowanych pomiędzy stronami prób ugodowego załatwienia sporu i nie może otrzymać charakteru okoliczności przyznanej lub niezaprzeczonej z uwagi na jednoznaczne stanowisko pozwanej wyrażone w odpowiedzi na pozew i konsekwentnie w toku całego postępowania, z podkreśleniem, że strona nie wie, z jakiego tytułu i czego domagają się powodowie. Natomiast okoliczność, że świadek A. N. zeznał na rozprawie 19 grudnia 2017 r. (03:29:42), że pozwana Gmina posiada kwoty znajdujące się w depozycie i przeznaczone dla wykonawcy nie może być w żadnej mierze dowodem uznania powództwa.

Dalej, co jest może najistotniejsze, kwestią wstępną, decydującą o potrzebie ewentualnego dopuszczenia dowodu z opinii biegłego czy to z urzędu przez Sąd a quo, czy też na wniosek przez Sąd drugiej instancji, było udowodnienie przez powodów, że roszczenie o zapłatę prac dodatkowych ma podstawy w jakiegokolwiek umowie wiążącej strony. Skarżący nie powoływali się na żadne porozumienie zawarte pomiędzy stronami, mimo że poza sporem musi być okoliczność wielokrotnego aneksowania umowy o roboty budowlane z 11 grudnia 2014 r., oraz ustalenie, że w § 5 ust. 1 umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, zaś zgodnie z § 5 ust. 7 w przypadku wprowadzenia robót (materiałów) zamiennych ryczałt, o którym mowa w ust. 1, miał ulec zmianie o różnicę wartości robót (materiałów) zamiennych ustalonych kosztorysem powykonawczym zatwierdzonym przez zamawiającego i wartości ryczałtowej tego zakresu, zamiast którego będą wykonywane roboty zamienne lub wbudowane (użyte) materiały zamienne, a w przypadku konieczności wykonywania robót dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne, na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, wykonawca zobowiązuje się wykonać te roboty na dodatkowe zamówienie zamawiającego udzielone zgodnie z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych, przy jednoczesnym zachowaniu tych samych norm, standardów i parametrów. § 5 ust. 10 umowy regulował procedurę udzielenia i sposób rozliczenia robót uzupełniających, stanowiących wartość 10% wartości zamówienia podstawowego. Niewątpliwie suma kwot 1.636.861,24 zł brutto i kwoty 71.707,73 zł, czyli 1.707.568,97 zł brutto przewyższa wartość 10% wartości zamówienia (5.870.000 zł), tj. 587.000 zł brutto. Ponadto nie zostały przedstawione żadne protokoły odbioru tych prac, które również były wymogiem umownym zapłaty należności.

Na koniec trzeba podnieść, że nigdy strona powodowa nie sformułowała w tej sprawie roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia pozwanej Gminy, co zresztą wymagałoby także skonkretyzowania roszczenia, ale niewątpliwie w odmienny sposób.

Reasumując, w przedmiotowej sprawie nie zaistniały warunki do zastosowania art. 232 zd. 2 k.p.c., tym samym nie mógł on zostać naruszony.

Po drugie, fundamentalna zasada równości stron w procesie cywilnym oznacza, że występujące w nim dwie przeciwstawne strony muszą posiadać równe prawa procesowe i mieć zagwarantowaną jednakową możliwość obrony swoich interesów, a rozstrzygnięcie sprawy, co do istoty może nastąpić jedynie po wysłuchaniu drugiej strony, co do powództwa i środków obrony przeciwko niemu, a przynajmniej po umożliwieniu wypowiedzenia się, co do oświadczeń strony przeciwnej. Jednym z podstawowych problemów procesowych ściśle związanym z zagwarantowaniem zasady równości stron i kontrydiktoryjności w procesie jest dopuszczanie dowodów przez sąd z urzędu, które, choć sprzeczne z zasadą równości, jednakże w szczególnych sytuacjach procesowych o wyjątkowym charakterze jest dopuszczalne

w celu zniwelowania nierówności między stronami. Sąd nie jest, co do zasady władny zastąpić własnym działaniem bezczynności strony (por. wyrok Sądu Najwyższego z 5 listopada 1997 r., III CKN 244/97, OSNC 1998, Nr 3, poz. 52). Ponadto należy pamiętać, że zachowanie inicjatywy dowodowej przez sąd jest - zgodnie z zasadą kontradiktoryjności - prawem sądu, a nie jego obowiązkiem. Sąd podejmuje inicjatywę w sytuacjach szczególnych. Działanie takie może znaleźć uzasadnienie w tych sytuacjach, w których ma to przeciwdziałać naruszeniu porządku prawnego, jak również, gdy obok interesu prywatnego występuje interes publiczny, zachodzi podejrzenie prowadzenia procesu fikcyjnego, gdy podmioty postępowania zachowują się sprzecznie z prawem oraz w sytuacji występowania w postępowaniu strony wyjątkowo. Żadna z powyższych sytuacji nie zachodzi w przedmiotowej sprawie, w której obie strony były reprezentowane przez zawodowych pełnomocników, są równorzędnymi partnerami procesu inwestycyjnego, a interes publiczny jest raczej realizowany przez stronę pozwaną.

Dopuszczenie dowodów z urzędu powinny poprzedzać działania zmierzające do wykazania inicjatywy dowodowej stron. Gdy strony nie wywiązują się z obowiązku aktywności w gromadzeniu materiału procesowego, to sąd bądź przewodniczący w pierwszej kolejności powinni skorzystać z przysługujących im uprawnień, a mianowicie z art. 5 k.p.c., co jednak nie powinno mieć miejsca w przypadku reprezentowania strony przez zawodowego pełnomocnika, jak w tej sprawie.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c. wyjaśnić należy, że przepis ten, stanowiący wyraz zasady swobodnej oceny dowodów, określa granice tej swobody i wskazuje, w jaki sposób sąd powinien ją realizować. Wynika z niego między innymi, obowiązek sądu wyprowadzenia z zebranego w sprawie materiału dowodowego wniosków prawidłowych logicznie, że może oprzeć swoje przekonanie jedynie na dowodach prawidłowo przeprowadzonych i na podstawie wszechstronnego rozważenia całego zebranego materiału dowodowego, oraz że musi dokonać selekcji zebranego materiału, ocenić moc dowodową poszczególnych dowodów i dać prawidłowy wyraz wynikom tego wyboru i oceny. W orzecnictwie powszechnie przyjmuje się, że ramy swobodnej oceny dowodów muszą być określone wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego, regułami logicznego myślenia oraz pewnego poziomu świadomości prawnej, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy, jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i wając ich moc oraz wiarygodność, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 20 marca 1980 r., II URN 175/79, OSNC 1980, Nr 10, poz. 200; wyrok Sądu Najwyższego z 10 czerwca 1999 r., II UKN 685/98, OSNAPiUS 2000, Nr 17, poz. 655; postanowienie Sądu Najwyższego z 15 lutego 2000 r., III CKN 1049/99, LEX nr 51627; wyroki Sądu Najwyższego z 16 maja 2000 r., IV CKN 1097/00, LEX nr 52624; z 29 września 2000 r., V CKN 94/00, LEX nr 52589; z 15 listopada 2000 r., IV CKN 1383/00, LEX nr 52544; wyrok Sądu Najwyższego z 19 czerwca 2001 r., II UKN 423/00, OSNP 2003, Nr 5, poz. 137; wyrok Sądu Najwyższego z 14 marca 2002 r., IV CKN 859/00, LEX nr 53923; postanowienia Sądu Najwyższego z 16 maja 2002 r., IV CKN 1050/00, LEX nr 55499; wyrok Sądu Najwyższego z 27 września 2002 r., II CKN 817/00, LEX nr 56906; wyrok Sądu Najwyższego z 27 września 2002 r., IV CKN 1316/00, LEX nr 80273).

Skuteczne przedstawienie zarzutu naruszenia przez sąd art. 233 k.p.c. wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania, lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu (tak: orzeczenia Sądu Najwyższego: z 5 sierpnia 1999 r., II UKN 76/99, publ. OSNAPiUS 2000, Nr 19, poz. 732; z 10 kwietnia 2000 r., V CKN 17/2000, publ. OSNC 2000, Nr 10, poz. 189; z 10 stycznia 2002 r., II CKN 572/99, publ. Lex nr 53136; z 27 września 2002 r., II CKN 817/00, publ. Lex nr 56096).

Dalej, konieczne jest wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu, określenie, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając, względnie stwierdzenie, iż rażąco naruszył zasady logicznego rozumowania oraz doświadczenia życiowego i że uchybienie to mogło mieć wpływ na wynik sprawy. Inaczej rzecz ujmując, w celu wykazania naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., strona nie może jedynie ograniczyć się do przytoczenia treści przepisów, lecz musi wykazać, jakich dowodów sąd nie ocenił lub które ocenił wadliwie, jakie fakty pominął i jaki wpływ pominięcie faktów czy dowodów

miało na treść orzeczenia. Tylko ocena rażąco błędna lub oczywiście sprzeczna z treścią materiału dowodowego, nieodpowiadająca zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, może czynić usprawiedliwionym zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Ponadto musi się on odnosić do okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia w sprawie.

Przedmiotowa apelacja opisanego ujęcia naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie przedstawiła, a ponadto bezzasadnie powołuje się na naruszenie tej normy wtedy, gdy w istocie kwestionuje nie konkretne ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji, a jedynie ich jurydyczną ocenę. Tak został zbudowany zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zakresie zarzutów pkt. 3d ppkt. pierwszy, drugi, czwarty, piąty, szósty, siódmy i ósmy. W istocie zarzuty te odnoszą się do rozkładu ciężaru dowodu z art. 6 k.c. i zastosowania art. 635 k.c., o czym będzie mowa dalej. Natomiast jeżeli chodzi o naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zakresie zeznań wskazanych w apelacji świadków to trzeba podnieść, co następuje.

Z tego zarzutu nie wynika, co innego należało ustalić na podstawie tego materiału dowodowego niż ustalił to Sąd a quo i jaki ma to wpływ na treść zaskarżonego wyroku.

B. P. w pierwszej kolejności zaznawał na okoliczności dotyczące przyczyn przesuwania terminu robót, co nie ma większego znaczenia w sprawie. Jednocześnie przyznał, że termin zakończenia prac 20 maja 2016 r. nie został dotrzymany, oraz że na prace dodatkowe były zawierane umowy na piśmie, co jest w pełni zgodne z ustaleniami faktycznymi Sądu Okręgowego. Żadnych innych konkretnych okoliczności świadek nie wskazał.

P. D. przyznał, że powodowie uzyskali projekt p.poż. dopiero 21 czerwca 2016 r., a zatem miesiąc po upływie terminu zakończenia prac, a parametry wody nie były zgodne z umową.

K. K. (2) potwierdził okoliczności związane z projektem p.poż., ocenił, że 20 maja 2016 r. roboty były przygotowane do odbioru na 99%.

D. J. zaprzeczył, aby pozwana Gmina specjalnie wstrzymała odbiory prac wykonanych przez powodów, a przyznał, że po wypowiedzeniu umowy przez powodów swojemu podwykonawcy firmie (...), nie było osoby po stronie wykonawcy, z którą można byłoby rozmawiać na tematy techniczne. Wskazał również, że kolejny odbiór został zgłoszony 14 czerwca 2016 r., inwestor przystąpił do niego 16 czerwca 2016 r. i okazało się, że woda nadal nie osiąga docelowych parametrów.

M. K. zeznał, że 20 maja 2016 r. prace z branży budowlanej były zakończone, ale były braki i niedoróbki, a ponadto trwały prace związane z instalacją technologii akwarystycznej i były nieudane próby osiągnięcia odpowiednich parametrów przez wodę. Na dokumencie okazanym świadkowi, pochodzącym z 21 czerwca 2016 r., widnieje podpis świadka, ale nie jest prawdą, że wtedy dopiero powodowie dostali projekt zamienny, gdyż tego dnia wszystkie prace były już wykonane. Ponadto świadek potwierdził, że przyczyną odstąpienia od umowy nie były prace objęte tym projektem, a problemy z uzyskaniem parametrów przez wodę w akwarium.

W. O. (1) we wskazanym w apelacji zakresie swoich zeznań wskazał na brak współpracy z powodami, oraz okoliczność, że to jego firma na bezpośrednie zlecenie inwestora w sierpniu i wrześniu 2016 r. usunęła usterki w akwarium i doprowadziła do odebrania robót, a powodowie nie mieli ani właściwych materiałów, ani umiejętności w wykonaniu zadania.

R. P. potwierdził twierdzenia o zastrzeżeniach straży pożarnej i braku parametrów wody w akwarium oraz wyjaśnił, że faktury zostały anulowane wobec odmowy inwestora ich zapłacenia.

Reasumując, dokładna analiza powołanego materiału dowodowego w całej rozciągłości potwierdzenia ustalenia faktyczne Sądu a quo.

Na koniec należy odnieść się do dwóch ostatnich zarzutów naruszenia prawa procesowego, tj. naruszenia art. 177 § 1 pkt. 1 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. Żaden z nich nie jest zasadny. Jeżeli chodzi o pierwszą normę, to jej zastosowanie ma charakter fakultatywny, a ponadto rozstrzygnięcie sprawy pomiędzy powodami, a ich podwykonawcą ma znaczenie jedynie dla części żądania, tj. kwoty 161.500,01 zł z tytułu wstrzymania zapłaty z faktury nr (...), co stanowi niewielką

część powództwa o zapłatę 2.185.477,26 zł. Strona powodowa miała możliwość skorygowania swojego roszczenia w tym zakresie, czego nie uczyniła przez cały czas trwania postępowania pierwszoinstancyjnego, jak zrobiła to z należnością z faktury nr (...) na kwotę 79.950 zł, co też stanowi o mało przygotowanym wszczęciu postępowania.

Odnosząc się zaś do treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku, to trzeba powiedzieć, że jest ono prawidłowe, zawiera pełne ustalenia faktyczne, wskazuje dowody, które Sąd a quo uznał za mające moc dowodową i wiarygodne, oraz przedstawia rozważania jurydyczne odnoszące się do całości powództwa. Uzasadnienie to w pełni pozwala na prześledzenie sposobu rozumowania Sądu pierwszej instancji i jego ocenę.

Konkludując, ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego są prawidłowe i nie zostały skutecznie podważone. Zgłoszone w tym zakresie zarzuty zarówno w apelacji jak i w jej uzupełnieniu są całkowicie chybione.

Przechodząc natomiast do zarzutów naruszenia prawa materialnego trzeba wskazać, co następuje.

Poza sporem jest, że strony łączyła umowa o roboty budowlane, posiadająca wszystkie istotne składniki umowy o roboty budowlane, jak: większy charakter przedsięwzięcia i jego zindywidualizowane właściwości powiązane ze specjalistycznym nadzorem realizowanym w oparciu o specjalistyczny projekt. Jak wskazuje się w judykaturze, przedmiot świadczenia niepieniężnego w umowie o roboty budowlane jest przedsięwzięciem o większych rozmiarach, zindywidualizowanych właściwościach, zarówno fizycznych, jak i użytkowych, któremu z reguły towarzyszy wymóg projektowania i zinstytucjonalizowany nadzór. Poza tym, elementem konstytutywnym umowy o roboty budowlane jest, dająca się wyinterpretować z art. 647 k.c., szczególna postać współdziałania inwestora z wykonawcą w zakresie przygotowania i wykonania przedmiotu świadczenia, przejawiająca się w dostarczeniu projektu i przekazaniu terenu budowy. Cechy te przesądzają o odrębnym i samoistnym charakterze umowy o roboty budowlane i to niezależnie od statusu prawnego związanych nią stron (wyrok SA w Krakowie z dnia 18 maja 2018 r., I AGa 129/18, LEX nr 2533678).

Umowa o roboty budowlane składa się z samej umowy oraz z dokumentacji technicznej, wymaganej przez właściwe przepisy, która stanowi istotny składnik umowy o roboty budowlane, która zwykle wskazuje na przedmiot świadczenia i na sposób wykonania umowy o roboty budowlane. Chodzi tu o dokumentację projektową obejmującą co najmniej projekt budowlany (zob. art. 34 p.b.), ale także inne niezbędne projekty (art. 18 ust. 1 pkt 1 in fine p.b.). Należy pamiętać, że projekt budowlany, który jest niezbędny do uzyskania pozwolenia na budowę, nie musi być na tyle szczegółowy, aby w oparciu o jego rozwiązania można było prowadzić roboty budowlane. Zwykle konieczne też będą tzw. projekty wykonawcze. Jednocześnie nie należy zapominać, że przedmiotem umowy o roboty budowlane mogą być obiekty niewymagające pozwolenia na budowę, a tym samym projektu budowlanego (wyrok SA w Łodzi z dnia 18 października 2017 r., I ACa 265/17, LEX nr 2471802). Przyjmuje się w orzecznictwie, że określone prace kwalifikuje się jako dzieło albo jako roboty budowlane w rozumieniu Kodeksu cywilnego, stosując właśnie rozróżnienia na podstawie kryterium:

- 1) budowlanego charakteru,
- 2) rozmiaru prac oraz
- 3) stopnia skomplikowania prac, w ramach określonych wstępnie przez definicje prawa budowlanego, z uwzględnieniem doświadczenia wynikającego z obserwacji rynku budowlanego.

Nie jest koniecznym dla uznania, że strony zawarły umowę o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c., ażeby przedmiotem tej umowy było wykonanie całego, kompletnego obiektu, ale wystarczającym jest, że strony przewidują w umowie obowiązek wykonania określonej części obiektu spełniającej ww. kryteria (wyrok SA w Lublinie z dnia 26 lipca 2017 r., I ACa 955/16, LEX nr 2369749). W przedmiotowej sprawie dodatkowo węzeł prawny pomiędzy stronami był wzmocniony faktem, że umowa z 11 grudnia 2014 r. została zawarta w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednakże art. 67 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych pozwala przyjąć, że wykonawca robót nie jest ściśle związany dokumentacją projektową, a co za tym idzie w trakcie realizacji inwestycji ma możliwości dokonywania zmiany projektu i przyjęcia innej technologii wykonania prac, szczególnie jeśli projekt nie jest na tyle

szczególony, aby w oparciu o jego rozwiązania można było prowadzić roboty budowlane. Oczywistym jest także i to, że wykonawca – zgodnie z art. 651 k.c. – powinien niezwłocznie zawiadomić inwestora o tym, że dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo zachodzą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót.

Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego powodowie, jako wykonawcy, nie posiadali dostatecznych, specjalistycznych umiejętności pozwalających na samodzielne wykonanie dzieła w postaci akwarium w ZOO w P. i posługiwali się od początku w tym zakresie podwykonawcą. Po powstaniu sporu pomiędzy powodami a firmą (...), powodowie musieli samodzielnie doprowadzić do finału zawartą umowę o roboty budowlane. Mimo przesuwania terminu oddania prac, powodowie nie dotrzykali ostatecznie wyznaczonego terminu 20 maja 2016 r. i okoliczność ta została potwierdzona całością materiału dowodowego zgromadzonego w tej sprawie i nie może budzić żadnych wątpliwości. Wbrew próbom skarżących, nie zdołali oni wykazać, że 20 maja 2016 r. roboty były gotowe do definitywnego odbioru i została osiągnięta gotowość akwarium do oddania go do użytkowania. Nie wynika to z niekwestionowanej dokumentacji złożonej przez obie strony do akt sprawy, ani z zeznań świadków zgłoszonych przez obie strony. Wymaga podkreślenia, że inicjatywa dowodowa w rozumieniu art. 232 zd. 1 k.p.c. i art. 6 k.c. obciążała obie strony w tym sensie, że pozwana Gmina odstępując od umowy i realizując swoje uprawnienie z tytułu kary umownej, a następnie potrącając tak powstałą wierzytelność, powinna była wykazać zasadność odstąpienia od umowy, zaś strona powodowa powinna była udowodnić, że należy się jej wynagrodzenie za roboty objęte fakturami i inne prace, stanowiące bliżej niesprecyzowane roboty dodatkowe oraz odstąpienie od umowy było niezasadne.

W ocenie Sądu ad quem strona pozwana prawidłowo zastosowała w zaistniałej sytuacji art. 635 k.c. w zw. z art. 656 k.c., szczególnie, że powodowie nie zdołali ukończyć robót w umówionym czasie i do odstąpienia doszło po upływie wyznaczonego terminu wykonania prac. Dalej, warunkiem powstania roszczenia o zapłatę kary umownej nie jest powstanie szkody w jakiegokolwiek wysokości, a przeciwnie dominujące jest stanowisko wskazujące, że odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest uwarunkowana poniesieniem przez wierzyciela szkody, natomiast jest uwarunkowana pozostałymi przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 k.c. (Sąd Najwyższy w wyroku z 27 września 2013 r. w sprawie I CSK 748/12, LEX nr 1396298). Istotę tego pojęcia oddaje także ujęcie zaproponowane przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu z wyroku z dnia 13 listopada 2013 r. w sprawie o sygn. akt I A Ca 1119/13 (Lex nr 1430898) stwierdzając, że zastrzeżenie kary umownej stanowiącej w istocie odszkodowanie umowne kreuje na rzecz wierzyciela uprawnienie do domagania się zapłaty niezależnie od wysokości faktycznie poniesionej szkody w oparciu jedynie o zaistnienie zdarzeń w tej umowie przewidzianych (art. 484 § 1 k.c.). Z tego też względu zdarzenia te – podstawy naliczania kary umownej – powinny być interpretowane w sposób ścisły i niebudzący wątpliwości dla dłużnika. Z § 10 umowy o roboty budowlane z 11 grudnia 2014 r. wynika w taki właśnie sposób, że wykonawca ma obowiązek zapłaty kar umownych w sytuacjach wymienionych w pkt. 1 – 7 za opóźnienie, zaś w pkt. 8 za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca, w szczególności w przypadkach opisanych w § 12, choć nie wyłącznie, w wysokości 10% wynagrodzenia brutto z § 5 ust. 1. Dodatkowo w § 10 ust. 3 wykonawca wyraził zgodę na potrącenie kar umownych naliczonych przez zamawiającego z wystawionej przez siebie faktury. Treść umowy w tym zakresie jest jednoznaczna, precyzyjna i nieobwarowana żadnymi dodatkowymi okolicznościami. Treść całej umowy nie miała charakteru przypadkowego, a cel zastrzeżenia kary umownej wynikała z faktu realizacji zamówienia o charakterze publicznym. Umowa została zawarta w warunkach swobody podjęcia decyzji, przy kalkulacji interesu gospodarczego przez obie strony.

Jak już wskazano, kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy, zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary, gdy wykaze, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r., II CSK 318/10, OSNC-ZD 2011,

nr D, poz. 80, z dnia 6 października 2010 r., II CSK 180/10, niepubl., z dnia 11 stycznia 2008 r. V CSK 362/07, OSP 2012, nr 7-8, poz. 76, z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07, OSNC-ZD 2008, nr B, poz. 44, z dnia 11 marca 2004 r., V CSK 369/03, niepubl., z dnia 11 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, niepubl., z dnia 27 czerwca 2003 r. IV CKN 300/01, niepubl., z dnia 11 lutego 1999 r., III CKN 166/98, niepubl., z dnia 27 stycznia 1972 r., I CR 458/71, OSNCP 1972, nr 9, poz. 160, z dnia 2 czerwca 1970 r., II CR 167/70, OSNCP 1970, nr 11, poz. 214, z dnia 19 lutego 1969 r. I CR 580/69, niepubl., z dnia 20 marca 1968 r., II CR 419/67, niepubl. i z dnia 9 listopada 1965 r. I CR 545/63, OSPiKA 1967, nr 4, poz. 97). W przedmiotowej sprawie dłużnik – powodowie – nie udowodnili, aby brak realizacji umowy był wynikiem okoliczności, za które nie ponoszą odpowiedzialności, a w szczególności, iż istniały podstawy do podpisania protokołu końcowego odbioru robót. W tym zakresie apelacja jedynie ponawia argumenty, które strona przedstawiała w toku postępowania pierwszoinstancyjnego i do których Sąd I instancji już prawidłowo się odniósł.

Powodowie, poza kwestionowaniem samej zasady obciążenia ich karą umowną, nie podnosili nigdy zarzutu miarkowania kary umownej, a w konsekwencji nigdy nie powoływali się na okoliczności uzasadniające takie miarkowanie. A niewątpliwie zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. to dłużnika obciąża obowiązek udowodnienia okoliczności, które uzasadniają miarkowanie kary umownej, a zgodnie z art. 232 k.p.c. dłużnik obowiązany jest wskazać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. W konsekwencji powodowie – dłużnicy byli obowiązani wskazać i udowodnić podstawę faktyczną tego żądania, a więc przynajmniej jedną z przesłanek art. 484 § 2 k.c., uzasadniającą miarkowanie kary. W ocenie Sądu Apelacyjnego instytucja miarkowania musi być stosowana ostrożnie i powściągliwie, aby nie zniweczyć podstawowej funkcji kary umownej, jaką jest stymulowanie prawidłowego wykonania zobowiązania, szczególnie gdy w grę wchodzi finanse publiczne i umowa ma służyć realizacji celu publicznego. W apelacji pojawił się po raz pierwszy argument, że miarkowanie powinno uwzględnić okoliczność wykonania zobowiązania powodów prawie w całości, jednakże nie wskazano nawet, w jakiej części powinno to wpłynąć na wysokość kary umownej. Zważywszy na te wszystkie okoliczności i mając na uwadze to, że strona pozwana dokonała pólki, co potrącenia jedynie kwoty 275.593,73 zł, co stanowi jedynie niecałe 5% wartości całego zamówienia, nie zachodzą przesłanki do miarkowania kary umownej, a zatem roszczenie w zakresie niespornych faktur objętych potrąceniem było niezasadne.

Odnosząc się natomiast do kwestii podstaw do uwzględnienia powództwa, co do kwoty 161.500,01 zł, to trzeba powiedzieć, że skarżący nie dostarczyli żadnej argumentacji w zakresie pozwalającym na przyjęcie, że roszczenie stało się wymagalne wobec spełnienia przesłanki przedstawienia przez powodów jako wykonawców dowodu zapłaty należności na rzecz podwykonawcy, w tym wypadku firmy (...). Obowiązek taki wynika również z art. 143d ust. 1 pkt.4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie dwóch pozostałych roszczeń strona powodowa, od początku reprezentowanego przez zawodowego pełnomocnika, nie podolała obowiązkowi

z art. 6 k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 361 § 1 k.c. udowodnienia roszczenia, choć niewątpliwie strony mimo odstąpienia od umowy, powinny dokonać stosownych rozliczeń, na zasadach wynikających z umowy o roboty budowlane.

Z tych wszystkich względów należało oddalić apelację, a o kosztach postępowania odwoławczego orzec zgodnie z art. 98 k.p.c.