

Sygn. akt. I AGa 13/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 listopada 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Rzeszowie Wydział I Cywilny w składzie:

Przewodniczący	sędzia Dariusz Mazurek
Sędziowie:	Bogdan Ziemiański (spr.) Jan Dela
Protokolant:	sekr. sądowy Jadwiga Szczepańska

po rozpoznaniu w dniu 13 listopada 2019 r. na rozprawie

sprawy z powództwa (...) sp. z o. o. w O. (poprzednio (...) Przedsiębiorstwo Budownictwa Mieszkaniowego sp. z o. o. w O.)

przeciwko Skarbowi Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo K.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda i pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego - Sądu Gospodarczego w Rzeszowie

z dnia 23 października 2018 r. , sygn. akt VI GC 167/16

I. oddala obie apelacje,

II. zasądza od pozwanego Skarbu Państwa-Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo K. na rzecz powoda (...) sp. z o. o. w O. kwotę 1.350 (jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Bogdan Ziemiański Dariusz Mazurek Jan Dela

Sygn. akt I ACa 13/19

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 26 listopada 2019r.

Powód (...) Przedsiębiorstwo Budownictwa Mieszkaniowego sp. z o.o. w O. (obecnie (...) sp. z o.o. w O.) wniósł o zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa - Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo K. na swoją rzecz kwoty 218 196,71 zł, na którą składać się miały:

- 181 830,59 zł z ustawowymi odsetkami od 15.03.2016r. do dnia zapłaty i

- 36 366,12 zł z ustawowymi odsetkami od 11. (...). do dnia zapłaty.

Nadto domagał się zasądzenia od pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwu wskazano, że dochodzone pozwem kwoty stanowią kary umowne nałożone w oparciu o zawartą przez strony umowę o roboty budowlane nr 271.1.1.2015 z 24.08.2015r. Pierwsza z nich wynosząca 181 830,59 zł została w ocenie powoda nienależnie nałożona i pobrana przez pozwanego w wyniku realizacji gwarancji bankowej z tytułu odstąpienia od umowy, które nie było skuteczne i dlatego domaga się jej zwrotu. Druga kara umowna w wysokości 36 366,12 zł została z kolei nałożona przez powoda na pozwanego z tytułu opóźnienia w przekazaniu placu budowy. Odnosząc się do zadania zasądzenia pierwszej z wymienionych kwot powód wskazywał, że pozwanego obowiązywał 30-dniowy termin na złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy, od chwili powzięcia wiadomości o opóźnieniu w realizacji umowy przekraczającego co najmniej 14 dni. Pozwany nie zachował tego terminu, bowiem już w protokole ustaleń z 17.11.2015 r. wskazywał na istnienie przyczyn uzasadniających odstąpienie przez niego od umowy, a następnie 23 grudnia 2015 r. potwierdził istnienie powyższych okoliczności, zaś oświadczenie o odstąpieniu od umowy zostało złożone dopiero w dniu 28.01.2016 r.

Sąd Okręgowy - Sąd Gospodarczy wydał 5 kwietnia 2016r. nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, którym uwzględnił powództwo w całości, wraz z odsetkami i kosztami postępowania.

W sprzeciwie złożonym od nakazu zapłaty, pozwany Skarbu Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo K. zastępowane przez Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany uzasadniając zajęte stanowisko zarzucał przede wszystkim, że w toku przetargu nieograniczonego powód nie zgłaszał żadnych pytań, nie był zainteresowany oględzinami przyszłego placu budowy, nie wnosił także żadnych zastrzeżeń do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Wartość robót określona została na kwotę 1 350 000 zł netto (1 660 500 zł brutto), zaś zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowych na dzień 31.12.2015 r. zaawansowanie robót powinno wynosić 44,4%, podczas gdy faktyczne zaawansowanie potwierdzonych i odebranych przez zamawiającego prac wynosiło 1,4%. Powód wykonał na ten dzień roboty na kwotę 62 941,98 zł brutto. W ocenie pozwanego, wykonawca tak dalece opóźnił się z wykonywaniem robót, że nie było prawdopodobne by zdołał ukończyć je w umówionym terminie tj. do 30.09.2016 r., tym bardziej że zaprzestał wykonywania robót.

Przekazanie terenu budowy nastąpiło 24.08.2015 r., także w tym dniu została przekazana powodowi dokumentacja techniczna budowy. Powód uchylał się od udziału w spotkaniach zwoływanych przez zamawiającego, podczas realizacji umowy, utrudniony był kontakt z kierownikiem budowy M. W., a w związku z tym pozwany nie miał możliwości z przekazaniem dziennika budowy i dopiero 07.10.2015 r. został on przekazany nowemu kierownikowi budowy A. K. (1). Pozwany zarzucił kolejno, że powód nie wywiązał się z obowiązku opracowania harmonogramu rzeczowo-finansowego na rok 2016, zaś 11 stycznia 2016r. dokonał usunięcia z placu budowy sprzętu. Wskazał, że protokół ustaleń sporządzony z ostatniego spotkania stron odbytego 15.01.2016 r. zawiera stanowiska co do zaprzestania i niekontynuowania robót, a także informację o braku możliwości ich terminowego ukończenia. Zdaniem pozwanego dopiero wówczas doszedł do przekonania, że ziszczy się przesłanki odstąpienia od umowy, wobec czego odstąpił od niej oświadczeniem z 27.01.2016 r, doręczonym powodowi 28.01.2016 r. Po odstąpieniu od umowy wykonawca nie stawił się na żadne spotkanie wyznaczone do przeprowadzenia inwentaryzacji, pomimo wezwań, w konsekwencji czego prowadzone były działania celem dokonania jednostronnej inwentaryzacji zrealizowanych prac. W ocenie pozwanego zarzuty dotyczące działania naruszającego postanowienia umowy o gwarancji bankowej winny być kierowane do banku.

W realiach sprawy ziściły się natomiast nie tylko przesłanki dotyczące odstąpienia wynikające z umowy, ale także pozwany powoływał się w tym aspekcie na przepis art. 635 k.c. Był zatem uprawniony do żądania od powoda kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy i w związku z tym mógł bezpośrednio bez uprzedniego wzywania powoda zwrócić się do banku (gwaranta) o wypłatę kwoty wynikającej z gwarancji.

W piśmie przygotowawczym stanowiącym replikę na odpowiedź na pozew, powód (...) Przedsiębiorstwo Budownictwa Mieszkaniowego sp. z o.o. w O. (następnie (...) sp. z o.o. w O.) wskazywał, że zapoznał się z dokumentacją przetargową i dokonał wizji lokalnej terenu budowy. Na etapie przygotowania oferty nie uwzględnił jednak, bo nie był w stanie przewidzieć dodatkowego zakresu robót nie objętego przedmiotem umowy, których wykonania pozwany zaczął domagać się po podpisaniu umowy (m. in. uprzątniecie i wywiezienie gałęzi, dodatkowe zabiegi wzmocnienia parametrów podłoża, nasypów, czy też niekorzystne warunki gruntowe, o istnieniu których nie wiedział pozwany czy nawet sam projektant inwestycji). Powód podnosił, iż z uwagi na małą szczegółowość dokumentacji geologicznej oraz odkryte dopiero w trakcie robót rozbieżności w rzeczywistej budowie geologicznej terenu, w momencie składania oferty nie mógł przewidzieć, że wykonanie zaprojektowanych robót nie przyniesie oczekiwanego efektu, a założone w dokumentacji przetargowej parametry nie będą możliwe do uzyskania przy pomocy podanych przez projektanta rozwiązań. Wskazywał również, że na swój koszt zlecił dodatkowe badania geologiczne, których wynikiem była konieczność wykonania dokumentacji zmiennej przez projektanta.

Argumentował ostatecznie, że 24.08.2015 r. miał zostać przekazany plac budowy przez pozwanego, ale w tym dniu trwała jeszcze wycinka drzewostanu, co spowodowało odmowę podpisania protokołu. Wskazywał również, że prace dodatkowe naraziły go na koszty uporządkowania terenu i doprowadziły do opóźnienia w realizacji zamówienia od samego jego początku.

Sąd Okręgowy - Sąd Gospodarczy w Rzeszowie wyrokiem z 23 października 2018r, sygn. akt VI GC 167/16: 1) zasądził od pozwanego Skarbu Państwa - Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo K. na rzecz powoda (...) sp. z o.o. w O. (poprzednio (...) Przedsiębiorstwo Budownictwa Mieszkaniowego sp. z o.o. w O.) kwotę 181 830,59 zł z ustawowymi odsetkami od 15 marca 2016r. do dnia zapłaty (pkt I); 2) oddalił powództwo w pozostałym zakresie (pkt II); 3) zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 27 107 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt III). U podstaw wydanego wyroku leżą ustalenia faktyczne, według których;

W dniu 24.08.2015 r., w wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego przeprowadzonego w trybie ustawy z dnia 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych, strony zawarły umowę nr (...)1.1.1.2015. Przedmiotem zamówienia była budowa drogi leśnej w Nadleśnictwie K. (budowa drogi leśnej P. - K.) o długości 2 692 mb.

Jeszcze przed podpisaniem umowy powód zapoznał się z dokumentacją przetargową i dokonał wizji lokalnej terenu budowy, nie zgłaszając żadnych pytań ani zastrzeżeń w procesie przetargu. Projekt budowlany dla inwestycji wykonał projektant M. B. oraz M. L. w styczniu 2015 r.

Wykonawca (powód) ustanowił kierownika budowy w osobie M. W. (§ 7 umowy).

Zgodnie z umową zamawiający (powodny) w dniu podpisania umowy miał protokolarnie przekazać wykonawcy dokumentację projektową, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych oraz zezwolenie na budowę. Zamawiający przekazać miał wykonawcy plac budowy w terminie do 5 dni po podpisaniu umowy. Strony ustaliły terminy realizacji przedmiotu umowy; rozpoczęcie - w terminie 10 dni od dnia przekazania placu budowy i zakończenie nie później niż 30.09.2016 r. (§ 3 pkt 1 - 3 umowy).

Według umowy obowiązującą formą wynagrodzenia było wynagrodzenie kosztorysowe, które zostało ustalone na kwotę brutto 3 636.611,83 zł. Dodatkowo strony postanowiły, że wartość robót przewidziana do wykonania w 2015r. nie może przekroczyć kwoty 1 350 000 zł netto i musi być uwzględniona w harmonogramie rzeczowo-finansowym (§ 8 pkt 1 i 2 umowy).

W § 12 umowy przewidziano zapisy dotyczące odstąpienia od umowy. Oprócz wypadków wymienionych w kodeksie cywilnym, każdej ze stron przysługiwało na zasadach określonych w umowie prawo do odstąpienia od umowy w przypadku naruszenia przez drugą stronę podstawowych postanowień umowy. Zamawiającemu przysługiwało prawo odstąpienia od umowy w zakresie robót wchodzących w skład przedmiotu umowy m. in. w przypadku: wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy w całości lub w części nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy; odstąpienie od całości lub części umowy w tym wypadku mogło nastąpić w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach (§ 12 pkt 2.1) oraz opóźnień w realizacji przedmiotu umowy sięgających co najmniej 14 dni kalendarzowych w stosunku do ustalonych w harmonogramie terminów (§ 12 pkt 2.6).

Odstąpienie od umowy mogło nastąpić w formie pisemnej z podaniem uzasadnienia, w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach uzasadniających odstąpienie (§ 12 pkt 4).

Strony zastrzegły kary umowne w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Wykonawca zapłacić miał zamawiającemu karę umowną za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 8 ust 2 umowy, za każdy dzień opóźnienia, jednak nie więcej niż 5% tego wynagrodzenia oraz za odstąpienie od umowy lub jej części przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 5% wynagrodzenia brutto określonego w § 8 ust 2 umowy.

Zamawiający miał zapłacić wykonawcy karę umowną za opóźnienie w przekazaniu placu budowy, w wysokości 0,05% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa § 8 ust 2 umowy, za każdy dzień opóźnienia, jednakże nie więcej niż 1% tego wynagrodzenia.

Strona zobowiązana do zapłaty kary umownej, miała dokonać jej zapłaty w terminie 14 dni od daty otrzymania wezwania do zapłaty.

Zamawiający zastrzegł sobie prawo, a wykonawca wyraził zgodę, na potrącanie kar umownych z należnego wynagrodzenia naliczonego w fakturach wystawionych przez wykonawcę (§13 umowy).

Wykonawca wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 181 830,59 zł w formie gwarancji bankowej z 21.08.2015r., nr (...) udzielonej przez W. Bank Spółdzielczy Oddział w J..

Do umowy o roboty budowlane sporządzony został harmonogram rzeczowo- finansowy, zgodnie z którym zaawansowanie robót na dzień 31.12.2015r. powinno wynosić 44,4%. Wykonawca według harmonogramu, do 31.12.2015r., zakładał wykonanie: robót przygotowawczych - 70 701,77 zł brutto, robót ziemnych w kwocie 1 251 761,64 zł brutto oraz przepustów w kwocie 292 578,34 zł brutto, co dawało 44,4% zawansowania i kwotę 1 615 041,75 zł.

Integralną część umowy stanowiła Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz Szczegółowa Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (...).

Na realizowaną inwestycję Nadleśnictwo K. uzyskało środki częściowo z Funduszu Leśnego, w kwocie 800 000 zł. Kwota ta została przyznana na 2015r. i w tym roku miała zostać wydatkowana.

Niezwłocznie po podpisaniu umowy, tego samego przedstawiciele stron udali się na miejsce inwestycji, celem przekazania placu budowy. Z ramienia powoda stawiała się B. R. (1), a obecni byli również J. B., dwaj leśniczy K. S. i R. S., inspektor nadzoru S. M. oraz A. T. (1) ze strony powoda. Budowa drogi planowana była na terenie dwóch nadleśnictw. Częściowo w W., a częściowo w C.. Nadleśnictwo w W. reprezentował K. S. (w tym rejonie odcinek drogi był najkrótszy około 400 m) i uczestniczył on tylko w przekazaniu tego odcinka. Nadleśnictwo w W. reprezentował R. S.. Z odbioru placu budowy B. R. (1) spisała notatkę służbową. Notatka służbowa została podpisana przez inżyniera nadzoru J. B., leśniczych K. S. i R. S. oraz inspektora nadzoru - S. M. i B. R. (1). Przy przekazaniu nie był obecny wskazany w umowie kierownik budowy M. W.. Jeden egzemplarz protokołu przekazania placu budowy przekazano do podpisania powodowi za pośrednictwem A. T. (1). Sporządzono także drugi protokół o tożsamej treści, przy czym został

on własnoręcznie uzupełniony przez A. T. (2), oba też podpisał. W dniu 27.08.2015 r. powód przesłał pozwanemu powyższe dwa egzemplarze protokołów przekazania placu budowy z prośbą o ich uzupełnienie i odesłanie. Ze strony pozwanego protokoły podpisał A. K. (2), przy czym żaden z nich nie został doręczony zwrotnie stronie powodowej. W protokołach zaznaczono, iż na terenie inwestycji trwa końcowa wycinka drzewostanu.

Podczas wizji i przekazania placu budowy wykonawca (...) Przedsiębiorstwo Budownictwa Mieszkaniowego sp. z o.o. w O. nie zgłaszało żadnych zastrzeżeń. Zaproponowano miejsce na składowanie sprzętu, gdzie znajdowało się drewno wielkowymiarowe czyli dłużycowe i sosnowe. W dniu przekazania terenu budowy nie został przekazany powodowi dziennik budowy.

Na zlecenie Nadleśnictwa K. wycinkę drzew znajdujących się na terenie budowy wykonywał D. O. z Zakładu Usług (...). Pozwany pismem z 31.08.2015 r. poinformował powoda o uporządkowaniu terenu. W odpowiedzi na pismo, powód zawiadomił pozwanego o planowanym na koniec tygodnia rozpoczęciu robót związanych z geodezyjnym wytyczeniem przebiegu drogi. W dniu 31.08.2015 r. przeprowadzona została wizja w terenie przez pracownika wykonawcy, który wyznaczył kolejno osobę odpowiedzialną za prawidłowy obieg dokumentów dotyczących budowy i kontraktu, którą został M. C.. Na wizję przyjechał geodeta B. A., który miał założyć osnowę realizacyjną, a także wytyczyć punkty główne trasy. Okazało się jednak, że podjęcie czynności nie jest możliwe z tego względu na to, że większość drogi była pokryta gałęziami do wysokości około 40 - 50 cm. O powyższym geodeta poinformował wykonawcę telefonicznie. Powód kontaktował się z pozwanym w powyższej sprawie i uzyskał informację, iż uprzątnięcie drogi z gałęzi należy do jego obowiązków jako wykonawcy. Również inspektor nadzoru S. M. pismem z 02.09.2015r. poinformował wykonawcę o konieczności usunięcia gałęzi oraz polecił niezwłoczne rozpoczęcie prac związanych realizacją przedmiotu umowy. Uprzątnięcie pasa drogowego z gałęzi i pozostałości po wycince drzew powód zlecił Zakładowi Usług (...), z którym kontaktował się za pośrednictwem D. O.. Powód zwrócił się z prośbą do geodety B. A. o wskazanie pracownikom Zakładu Usług (...), pasa drogi na której będzie prowadzona inwestycja. Gałęzie zostały uprzątnięte, jednak Nadleśnictwo K. nie potrafiło wskazać miejsca ich składowania, dlatego zostały one odciążone z miejsca planowanej inwestycji, dalej w głąb lasu. Po przejściu dalszym pasem drogi przez geodetę, okazało się że istnieją źle wycięte obszary - nie w miejscu, w którym planowana była droga. Wycinka nie była wykonana na początku trasy na dużej skarpie. Pod koniec września lub na początku października, B. A. mógł znacząc tyczyć punkty, albowiem teren budowy został uprzątnięty. Koszty uprzątnięcia gałęzi poniósł powód. Inspektor nadzoru podpisał operat przygotowany przez geodetę i przedstawiony przez powoda, który uwzględniał obliczenie całościowe ze zwiększonym zakresem ilości gałęzi i zapewniał, że rozliczy to przy „najbliższym rozliczeniu”, wskazując, że kwestię robót dodatkowych musi ustalić z zamawiającym.

Na samą górę projektowanej drogi można było dojechać, znajdował się tam plac składowy. Wykonawca zdecydował, że będzie tam miejsce postoju maszyn i składowania materiałów i polecił D. O. wykonanie ogrodzenia, aby należący do niego sprzęt był strzeżony na powyższym placu.

Plac budowy niejednokrotnie był kontrolowany przez inspektora nadzoru S. M., który na tę okoliczność sporządzał notatki służbowe. W dniach: 17.09.2015, 23.09.2015 r., 01.10.2015 r. i 5.10.2015 r., zanotował brak kierownika budowy.

Już po około 10 dniach od rozpoczęcia prac, powód napotkał problemy przy wykonywaniu robót. W miejscu gdzie miała przebiegać trasa drogi - na długości około 150 m drogi - występowały sączenia z gruntu, zdarzyło się, że sprzęt w postaci koparki wpadł w głębokie błoto. Wówczas okazało się, że grunty pod spodem są słabe. Pozwany odmawiał współpracy, powód zdecydował się na odsłonięcie humusu, przy czym przy końcu drogi ukazało się koryto rzeki. Rozbieżność w budowie geologicznej terenu oraz związane z tym brak wystarczającej nośności gruntu, doprowadziły do wielu trudności w realizacji inwestycji. Utrudnione był poruszanie się po terenie budowy i transport ciężkich elementów. (...) fragmentem spływała woda, zamienił się on w ciek zbierający wodę spływającą z góry. Powód informował o powyższym pozwanego za pośrednictwem inspektora nadzoru i przedstawił możliwe do zastosowania rozwiązania zamienne dla fragmentów stwarzających największe problemy, starając się znaleźć dla nich rozwiązanie oraz zaproponował realizację innych przepustów.

W dniu 9.10.2015r. teren budowy przejął nowy kierownik A. K. (1), która funkcję tę sprawowała do 27.01.2016r. Wcześniej, na spotkaniu 07.10.2015r. S. M. wręczył jej dziennik budowy, który nie był wcześniej uzupełniany, ani też dostarczony poprzedniemu kierownikowi A. W.. W dniu 10 listopada 2015 r. prace zostały całkiem wstrzymane i do końca pełnienia funkcji kierownika przez A. K. (1) nie zostały wznowione. W dzienniku budowy sporządzono w dniu 10.11.2015 r. wpis o przerwaniu robot do czasu obeschnięcia gruntu. Tożsamy wpis widnieje pod datą 01.12.2015r. i zawiera również z informację o wizji terenowej dokonanej przez projektanta związanej z problemem technologicznymi. W kolejnym wpisie do dziennika budowy z 03.12.2015 r. kierownik budowy wskazywał na potrzebę wprowadzenia zmian w projekcie, podając, iż przy warunkach geologicznych odbiegających od tych zakładanych w projekcie nie ma możliwości osiągnięcia wymaganych parametrów wytrzymałościowych. Drugim inspektorem nadzoru obok S. M. był M. Ś.. A. K. (1) przesłała mu materiały do wyrażenia zgodny i zatwierdzenia materiału do użycia stabilizacji gruntu, która miała być wykonana na całym odcinku drogi.

W listopadzie kiedy występowały intensywne opady deszczu, ze względu na bezpieczeństwo pracowników, nie zostali oni wysłani na plac budowy. Nie było innych dróg, które umożliwiłyby dojazd do realizowanej drogi z drugiej strony, zaś Wójt odmówił takiego dojazdu.

Nadleśnictwo K. zaniepokojone wstrzymaniem robót planowało zwołanie spotkania na 13 - 15.12.2016 r. Wyznaczając ten termin pozwany wskazywał na zachodzenie przesłanek do odstąpienia od umowy, naliczania kar umownych i odszkodowania. Spotkanie odbyło się 17.11.2015 r., nie był na nim obecny kierownik budowy z uwagi na brak otrzymania zawiadomienia. W protokole ustaleń z tego spotkania stwierdzono, że roboty prowadzone są przez wykonawcę z bardzo dużym opóźnieniem w stosunku do harmonogramu przedłożonego przez wykonawcę, co stanowi na koniec października 2015r. 1,4% zaawansowania. Kserokopia protokołu ustaleń z dnia 17.11.2015r. została przesłana kierownikowi budowy A. K. (1) w dniu 19.11.2015r.

Powód przy rozwiązaniu zaistniałych problemów zwrócił się do projektanta inwestycji M. B. o pomoc. Spotkanie w tym przedmiocie miało miejsce 1 grudnia 2015r. Według geodety zmiana trasy proponowana przez powoda, powodowała zmianę zagospodarowania w projekcie budowlanym była więc zmianą istotną, która wymagałaby zmiany pozwolenia na budowę. Zamawiający nie zgodził się na powyższe i stał na stanowisku, że inwestycja ma być wykonana tak jak zaprojektowano pierwotnie.

Kolejne spotkanie miało miejsce 16.12.2015r. i wówczas kierownik budowy oświadczył, że nie jest możliwe kontynuowanie robót „na dzień dzisiejszy”. Projektant M. B. zobowiązał się przeanalizować materiały dostarczone drogą e-mail przez wykonawcę. Projektant skierował pismo do pozwanego z 14.01.2016 r. wraz z rysunkami wskazując, iż w ramach pełnionego nadzoru autorskiego nad inwestycją dokonywał ustaleń odnoszących się do weryfikacji przyjętych założeń projektowych, analizując m.in. materiały przedstawione przez wykonawcę oraz na podstawie wizji lokalnej przeprowadzonej z udziałem geologa w dniu 01.12.2015 r. Stwierdzono wówczas, że w terenie istnieją warunki gruntowo-wodne o dużej zmienności, których nie dało się przewidzieć na etapie sporządzania dokumentacji projektowej z uwagi na punktowy charakter badań gruntowych. Projektant wskazał na zasadność wprowadzenia rozwiązań zamiennych mających na celu wzmocnienie konstrukcji nasypu. Sugerował także zasadność wprowadzenia zmian odnoszących się do wzmocnienia konstrukcji drogi, jednocześnie podkreślał konieczność odwodnienia terenu budowy, chronienia wykopów przez napływem wód gruntowych i opadowych, etapowania robót. Pozwany nie przyjął przedłożonego rozwiązania projektowego, informując projektanta, iż w przypadku wprowadzenia do kontraktu dokumentacji zamiennej, kosztami zmian zostanie obciążony Projektant.

Nadleśnictwo K. wyznaczyło kolejne spotkanie na 29.12.2015r. Powód zwrócił się o jego przełożenie na dzień 15.01.2016 r. i potwierdził wolę przybycia. Na spotkanie zgłosił się pełnomocnik wykonawcy K. P., przedkładając pełnomocnictwo. Zamawiający stwierdził, że wykonawca w dniu 11.01.2016 r. dokonał usunięcia sprzętu z placu budowy, co pełnomocnik wykonawcy potwierdził i poinformował, że przyczyną powyższego jest wypowiedzenie umowy przez firmę ochroniarką. Na spotkaniu obecny był projektant M. B.. Przedstawił on stanowisko w sprawie wraz z jednoczesnym opracowaniem graficznym Pełnomocnik wykonawcy poinformował, że nadal powód jest zainteresowany kontynuacją robót budowlanych w ramach zawartej umowy i że roboty wykona w terminie umownym

oraz przedstawi zamawiającemu aktualizację harmonogramu do dnia 20.01.2016r. Przedłożył w formie elektronicznej (...), które nie zostały przez zamawiającego przyjęte jako wiążące.

Pismem z 20.01.2016 r. powód przesłał do zatwierdzenia aktualizację harmonogramu rzeczowo-finansowego realizacji przedmiotu budowy.

Pismem z 27.01.2016 r. pozwany wskazując na postanowienie § 12 ust 2 pkt 6 umowy oraz dodatkowo art. 635 k.c. w zw. z § 15 ust 5 oraz § 12 ust 1 umowy, odstąpił od umowy. W uzasadnieniu powoływał się na ustalenia zawarte w harmonogramie, zgodnie z którym zaawansowanie robót na 31.12.2015r. powinno wynosić 44,4%, podczas gdy faktyczne zaawansowanie potwierdzonych i odebranych robót przez zamawiającego wynosi 1,4%. Pozwany uzasadniał, że wykonawca na 31.12.2015 r. wykonał roboty w kwocie 62 941,98 zł brutto, które zostały zgłoszone przez kierownika budowy, odebrane i potwierdzone przez nadzór inwestorski oraz zamawiającego. Argumentował, że wykonawca tak dalece opóźnia się z wykonywaniem robot że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym tj. do dnia 30.09.2016r. (art. 635 k.c.).

W związku z odstąpieniem od umowy, pozwany wystąpił do W. Banku Spółdzielczego wypłatę kwoty 181 830,58 zł z tytułu gwarancji bankowej. Wymienione kwota została wypłacona pozwanemu.

Powód poinformował w dniu 11.02.2016 r. pozwanego, iż złożył w Sądzie Okręgowym w Krośnie pozew o ustalenie bezskuteczności odstąpienia od umowy i ustalenie istnienia stosunku prawnego wynikającego z zawartej przez strony umowy.

Pismem z 22.02.2016 r. powód wezwał poznanego do zapłaty kwoty 36 366,12 zł, objętej notą księgową nr (...) z 22.02.2016 r., z tytułu naliczonej kary umownej związanej z opóźnieniem przekazania placu budowy, w oparciu o § 13 ust 1 pkt 1 umowy. W odpowiedzi na powyższe wezwanie pozwany zakwestionował naliczoną karę umowną. Powód wystosował także w dniu 07.03.2016 r. do pozwanego ostateczne przedsądowe wezwane do zapłaty kwoty 181 830,59 zł jako niesłusznie naliczonej kary umownej.

Pismem z 06.05.2016 r. pozwany poinformował powoda, iż w związku z odstąpieniem od umowy rozpocznie się inwentaryzacja robót przy udziale inspektora nadzoru, geodety i geologa, z zastrzeżeniem iż w braku obecności przedstawiciela powoda wykonana zostanie inwentaryzacja jednostronna

Dla potrzeb planowanej inwestycji budowy wykonana została dokumentacja badań podłoża gruntowego z opinią geotechniczną w celu ustalenia geotechnicznych warunków posadowienia obiektu, określenia warunków wodnych i grup nośności. Dokumentacja opracowana została przez P.- A.G. S. w 2013r.

W okresie prowadzenia robót budowlanych przez wykonawcę nie zanotowano na najbliższych stacjach pomiarowych wielkości opadów większych niż wskazują to dane z wielolecia. Występujące grunty nie posiadały jednak parametrów określonych w dokumentacji badań podłoża gruntowego, a występowanie poziomu wody gruntowej zasadniczo odbiegało od ustaleń tej dokumentacji. Poprawę parametrów takiego gruntu można uzyskać poprzez zmniejszenie jego wilgotności (osuszenie) a do tego konieczne są odpowiedni warunki pogodowe, jakich podczas prowadzonych jesienią 2015r. robót nie było.

Dodatkowe badania geologiczne w trakcie prowadzonych robót budowlanych wykonane zostały tylko na niewielkim fragmencie drogi budowlanej po śladzie istniejącej drogi leśnej w październiku, listopadzie i grudniu 2015r. Wykazały one występowanie odmiennych warunków wodnych w stosunku do wyników badań do projektu budowlanego z 2013r. Z kolei na zlecenie inwestora zostały przeprowadzone w lipcu i czerwcu 2016r. badania dotyczące głównie poprawności wykonania nasypów drogowych i nasypów na placach składowych.

Warunki gruntowo wodne zastane przy realizacji inwestycji odbiegały w istotny sposób od dokumentacji badań podłoża gruntowego i projektu budowlanego. Dokonane badania w okresie suchym nie dostarczyły danych o rzeczywistym stanie wód gruntowych, które wystąpią przy realizacji inwestycji. Przypowierzchniowa warstwa gruntu

(głina pylasta z rumoszem skał podłoża) przy nieznacznym zwiększeniu wilgotności (1-2%) zmienia na gorsze parametry wytrzymałościowe (nośność). Z tego względu należało wykonać w pierwszej kolejności wszelkie możliwe odwodnienia. W projekcie odwodnienie przewidziano tylko rowami, ale na pewnych fragmentach terenu istniejące warunki nakazywały wykonanie drenażu podziemnego a takie rozwiązania techniczne wymagają dopracowania projektu końcowego. W ocenianym terenie parametry wytrzymałościowe gruntu wykazują dużą zmienność w warstwie przypowierzchniowej z powodu zmian wilgotności. Już stosunkowo niewielka ilość opadów deszczu powoduje, że grunt w podłożu i przewidziany do wbudowania w nasypu nie odpowiada wymaganej grupie nośności.

Zarówno wykonawca jak i inwestor nie uwzględnili należyte uwarunkowań realizacyjnych drogi w tak trudnym terenie. Opis warunków wodnych w końcowym fragmencie zawiera informacje, że geologiczne prace badawcze prowadzone były po okresie głębokiej suszy. Wadą tej dokumentacji jest brak wyraźnego określenia warunków gruntowo-wodnych jakie wystąpią w 80 - 90% czasu roku.

Wykonawca robót po zapoznaniu się z dokumentacją geotechniczną przedstawiającą warunki geologiczne nie przewidywał tego, co zastał podczas prowadzenia prac. Zgodnie z przedmiarem robót w obowiązkach wykonawcy nie było zakresu prac związanego z usunięciem gałęzi. Powód wykonał roboty dodatkowe nie mające odzwierciedlenia w przedmiarze robót takie jak usunięcie i wywóz gałęzi, próby stabilizacji podłoża pod nasypy popiołami. Wykonał też dodatkowe badania geologiczne niezbędne dla projektanta inwestycji.

Zakres prac wykonany przez powoda, odebrany przez inspektora nadzoru inwestorskiego S. M. obejmował: roboty pomiarowe -zrealizowane w ilości 50% całości, mechaniczne karczowanie pni śr. 26 - 35 cm - zrealizowane w ilości 100% w całości, wywożenie karpiny do 2 km - zrealizowane w ilości 63,57%, zdjęcie warstwy humusu - zrealizowane w ilości 73,44% całości, wykopu oraz przekopu - zrealizowane w ilości 4,10% całości, roboty ziemne z transportem urobku samochodami samowyladowczymi na odległość 1 km - zrealizowane w ilości 0,53% całości.

Pozostały zakres prac, które wykonał powód (nasypy, roboty ziemne, dwa przepusty z rur (...) jeden pod korpusem drogi P. - K., drugi pod zjazdem) - nie zostały odebrane przez inspektora, gdyż brak było pozytywnych badań nośności czy też prawidłowych rzędnych nasypów czy też podłoża.

W momencie odstąpienia inwestora od umowy możliwym było ukończenie przez powoda robót budowlanych objętych umową zgonie z terminem w niej przewidzianym tj. do 30.09.2016 r., pod warunkiem zachowania odpowiedniej organizacji robót, zabezpieczenia terenu budowy przed wodami gruntowymi oraz opadowymi, zapewnieniem niezbędnej ilości sprzętu i materiału oraz koniecznością posiadania przez wykonawcę jednoznacznej i kompletnej oraz aktualnej dokumentacji projektowej uwzględniającej realnie istniejące w terenie warunki gruntowo-wodne.

Właściwe i skuteczne zabezpieczenie warstw głębszych gruntu przed nadmiernym nawodnieniem wynikającym z opadów atmosferycznych, polepszyłyby warunki wykonywania robót budowlanych przez powoda. Jednakże niedokładność pierwotnej dokumentacji projektowej skutkowałą koniecznością wykonania projektu zamiennego.

Jeszcze przed podpisaniem umowy z pozwanym, powód w dniu 29.05.2015r. wziął udział w przetargu w nadleśnictwie w B. i przetarg ten wygrał, jednak prace nie zostały rozpoczęte i przesunięto ich termin z uwagi na błędy w dokumentacji przetargowej, przedłużono termin związania ofertą na okres do 25.08.2015 r. Dlatego też powód zdecydował wziąć udział w przetargu organizowanym przez pozwanego. Natomiast 15.06.2015 r. powód wygrał przetarg w Nadleśnictwie S., gdzie 15.09.2015 r. zgłoszono zakończenie prac drogowych. Sprzęt wówczas był wolny i mógł być wykorzystywany przy budowie spornej inwestycji.

Powód zakończył także prace na dwóch znaczących równolegle realizowanych inwestycjach tj. budowie drogi leśnej w Leśnictwie S. (zakończona 15.09.2015r.) oraz budowie trasy rowerowej w powiecie (...) (zakończona 16.11.2015r.). W okresie realizacji inwestycji objętej umową z pozwanym, powód był dużym podmiotem dysponującym znaczącymi zasobami ludzkimi, sprzętowymi i finansowymi.

Dokonując oceny materiału dowodowego Sąd stwierdził, że zeznania świadków i stron miały znaczenie i wiarygodność w takim aspekcie jaki pozwoliły na ustalenie stanu faktycznego, albowiem w tym zakresie znalazły potwierdzenie w zebranych w sprawie pozostałym materiale dowodowym, tworząc z nimi spójną i logiczną całość. Sąd uwzględnił również dowody z dokumentacji fotograficznej, dokumentacji technicznej, nagrań, gdyż pozwoliły one biegłym wydanie na rzeczowych, konkretnych i stanowczych opinii w sprawie oraz były pomocnicze przy ocenie zeznań świadków i stron mając na uwadze treść art. 227 k.p.c. w zw. z art. 233 k.p.c. i 231 k.p.c. Sąd Okręgowy przechodząc kolejno do wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku zważył, że powództwo zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Podstawą dokonanej oceny były w pierwszej kolejności stwierdzenia, iż źródłem roszczenia powoda jest umowa o roboty budowlane, o której mowa w art. 647 k.c. zawarta pomiędzy stronami w wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego. Pozwany obciążył powoda karą umowną za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy tj. opóźnienia w realizowaniu przedmiotu umowy, powołując się w tym aspekcie na postanowienia umowne oraz art. 635 k.c. Powód kwestionował natomiast zasadność naliczenia kary umownej domagając się jej zwrotu i wskazując, że w realiach sprawy nie doszło do skutecznego odstąpienia od umowy. Powód dochodził także zapłaty kwoty 36 366,12 zł wskazując, iż obciążył pozwanego karą umowną w tej wysokości za opóźnienie w przekazaniu placu budowy.

Sąd I instancji odnosząc się na wstępie do kwestii odstąpienia przez pozwanego od umowy wskazał, że strony w umowie postanowiły, iż zamawiającemu (pozwanemu) przysługuje prawo odstąpienia od umowy w zakresie robót wchodzących w skład przedmiotu umowy m. in. w przypadku opóźnień w realizacji przedmiotu umowy sięgających co najmniej 14 dni kalendarzowych w stosunku do ustalonych w harmonogramie terminów (§12 pkt 2.6), akcentując zastrzeżenie stron, iż odstąpienie od umowy powinno nastąpić w formie pisemnej z podaniem uzasadnienia, w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach uzasadniających odstąpienie (§ 12 pkt 4 umowy).

Zdaniem Sądu przeprowadzone postępowanie dowodowe pozwala stwierdzić, że doszło do skutecznego odstąpienia od umowy, zaś terminem istotnym dla wyznaczenia powyższego 30-dniowego terminu tj. powzięcia wiadomości o okolicznościach uzasadniających odstąpienie, jest brak wznowienia robót po dacie 15.01.2016 r., mimo zapewnień wykonawcy (do protokołu ustaleń z 15.01.2016r., k. 139), że jest zainteresowany kontynuacją robót budowlanych. Zapewnienia te zostały złożone przez pełnomocnika strony powodowej, który nie miał upoważnienia do składania wiążących oświadczeń woli w zakresie praw i obowiązków wykonawcy. Zamawiający miał zatem prawo powziąć dalece idącą wątpliwość co do zapewnienia, mając dodatkowo na uwadze fakt, że roboty budowlane nie były prowadzone już od 10.11.2015 r, a próby ich wznowienia nie powiodły się, zaś stopień zaawansowania robót był bardzo mały w porównaniu do harmonogramu, który przewidywał na ten czas wykonanie 44,4% robót pod względem finansowym. Jak podał świadek A. K. (2), jeszcze 15.01.2016 r. miał (choć nikiel) nadzieje, że inwestycja zostanie wznowiona, zależało mu by nie stracić pozyskanych na ten cel środków finansowych.

W ocenie Sądu Okręgowego nie było słuszne stanowisko powoda, jakoby okoliczności uzasadniające odstąpienie od umowy pojawiły się znacznie wcześniej, a w związku z tym pozwany złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z naruszeniem 30-dniowego terminu. W trakcie realizacji przedmiotu umowy pojawiały się problemy z jej realizacją, postępy prac nie były znaczne, zaś kierownik budowy wstrzymał wykonywanie prac 10.11.2015r. Co prawda pozwany już w piśmie z 23.12.2015 r. wyraził swoje zaniepokojenie wstrzymaniem robót oraz wskazywał na zachodzenie przesłanek do odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych, jednak wyznaczył kolejne spotkanie, celem oceny sytuacji na budowie, podjęcia decyzji o ustaleniu warunków i terminu kontynuacji robót. Oznacza to że zamawiający nadal pozostawał w przekonaniu, że roboty będą kontynuowane. Nawet na spotkaniu 15.01.2016r, mając na uwadze oświadczenie pełnomocnika powoda mógł przypuszczać, że prace będą wznowione, co finalnie jednak nie nastąpiło. Wobec powyższego, zdaniem Sądu, składając oświadczenie o odstąpieniu od umowy w dniu 28.01.2016 r. pozwany zmieścił się w terminie przewidzianym w umowie dla odstąpienia od umowy.

Jednocześnie Sąd uznał, że opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy przekraczało 14 dni kalendarzowych. Zasadniczo, już od 10.11.2015 r. prace zostały całkowicie przerwane, powód pozostawał w opóźnieniu w zasadzie cały czas w wymiarze przekraczającym 14 dni, co oznacza, że również warunek opóźnień w realizacji przedmiotu

umowy sięgających co najmniej 14 dni kalendarzowych w stosunku do ustalonych w harmonogramie terminów - przewidziany w § 12 pkt 2.6 umowy został spełniony. Łącznie powyższe okoliczności doprowadziły Sąd do przekonania, że wypowiedzenie umowy przez zamawiającego zostało skutecznie złożone.

Niezależnie od powyższego, Sąd Okręgowy miał na uwadze, że pozwany odstępując od umowy wskazywał także podstawę prawną odstąpienia w postaci przepisu art. 635 k.c. Strony nie wykluczyły zastosowania w tym przedmiocie przepisów kodeksu cywilnego, zapisując w umowie postanowienie zgodnie z którym „oprócz wypadków wymienionych w Kodeksie cywilnym, każdej ze stron przysługuje na poniższych zasadach (umownych) prawo odstąpienia od Umowy w przypadku naruszenia przez drugą stronę podstawowych postanowień Umowy”. Przepis art. 635 k.c. stanowi, że jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła. Przepis ten na mocy odesłania zawartego w art. 656 k.c. ma zastosowanie m.in. do skutków wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu.

Sąd argumentował jednak, że z ustaleń poczynionych w sprawie wynika, że opóźnienia w rozpoczęciu realizacji inwestycji miały miejsce już w początkowym jej etapie, co związane było min. z brakiem odpowiedniego przygotowania terenu gruntu do prac i koniecznością wykonania prac dodatkowych przez powoda jakimi było uprzątnięcie z placu budowy zalegających gałęzi po wycince drzew. W dniu odbioru placu budowy nie został także przekazany dziennik budowy stronie powodowej, co jak słusznie eksponował powód w swoich zeznaniach, nie mogło pozostawać bez znaczenia dla przystąpienia do rozpoczęcia prac, bowiem dziennik budowy jest dokumentem urzędowym wykazującym przebieg prac na budowie i podjęte czynności. Sąd ocenił w konsekwencji, że kluczowymi okolicznościami jakie zdecydowały o znacznym opóźnieniu robót były niesprzyjające warunki gruntowo-wodne, jakie ujawniły się po przystąpieniu do realizacji inwestycji oraz niekorzystne warunki pogodowe - budowa drogi rozpoczęła się późną jesienią, pojawiły się opady deszczu i spora wilgotność. Odkryte podczas prac cieki wodne, a przy tym grząskość terenu, wykonane dodatkowe badania geologiczne, sugerowane przez powoda oraz kierownika projektu zmiany w projekcie i ujawniony przy tym błąd projektowy w zakresie dokumentacji geologicznej oraz rzeczywisty stan budowy i stanowisko kierownika budowy o wstrzymaniu prac - uzasadniały przypuszczenie po stronie zamawiającego, że wykonawca opóźni się z zakończeniem prac tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w umówionym czasie, co z kolei uprawniało zamawiającego do odstąpienia od umowy bez wyznaczenia dodatkowego terminu (art. 635 in fine k.c.). Dlatego też, nawet tylko z tej przyczyny, odstąpienie od umowy przez zamawiającego zostało dokonane skutecznie.

Sąd pierwszej instancji odnosząc się kolejno do kwestii kar umownych, które podlegały ocenie wskazał w pierwszej kolejności, że zakres odpowiedzialności dłużnika z tytułu kar umownych wiąże się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 k.c. Z tego też względu przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej są określane przez pryzmat ogólnych zasad kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej, przy czym stosownie do art. 484 § 1 k.c. kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Z przepisu art. 471 k.c. wynika domniemanie, iż nie wykonując lub nienależycie wykonując zobowiązanie, dłużnik działa w sposób zawiniony. Przyporządkowanie kary umownej podstawowym zasadom odpowiedzialności kontraktowej powoduje, że powód, który kwestionował istnienie wierzytelności z tytułu kary umownej, mógł bronić się zarzutem, że nienależyte wykonanie zobowiązania (opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy) jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, czyli okoliczności przez niego niezawinionych. Tym samym na dłużnika (powoda) przerzucony został obowiązek wykazania, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Z reguły oznacza to konieczność wykazania, że taka sytuacja wystąpiła jako skutek zdarzeń niezawinionych przez dłużnika. Wierzyciel, dla którego zastrzeżona została kara umowna nie ma obowiązku wykazywać faktu poniesienia szkody. Dla realizacji przysługującego mu roszczenia o zapłatę kary umownej musi jednak wykazać istnienie i treść zobowiązania łączącego go z dłużnikiem, a także fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (wyrok SN z 7 lipca 2005 r., V CK 869/04, Lex nr 150649).

W ocenie Sądu materiał dowodowy zgromadzony w sprawie pozwalał na przyjęcie, że obowiązkowi temu powód sprostał. Pierwsza sporna kara umowna została zastrzeżona na rzez zamawiającego za odstąpienie od umowy lub jej części przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 5% wynagrodzenia brutto określonego w § 8 ust 2 umowy, za opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy sięgających co najmniej 14 dni kalendarzowych. Strony ustaliły wysokość wynagrodzenia na kwotę brutto 3 636.611,83 zł. W okolicznościach sprawy doszło jednak do niezawinionego przez wykonawcę opóźnienia w wykonaniu zleconych prac, co wynikało z całości zebranego w sprawie materiału dowodowego w tym opinii dwóch biegłych sądowych. Po pierwsze opóźnienia te wynikały jak zaznaczono z konieczności wykonania przez powoda robót dodatkowych. Zgodnie z przedmiarem robót w obowiązkach wykonawcy nie uwzględniono zakresu prac związanego z usunięciem gałęzi, jednak na skutek „nieporozumień” stron w tym aspekcie, ostatecznie powód wykonał te roboty. Po wtóre zasadniczym źródłem opóźnień i problemów był fakt, że geolog opracowujący dokumentację projektową dotyczącą podłoża, na którym miała być wykonywana inwestycja, nie uwzględnił danych średnich, stałych tylko warunki obejmujące suszę, co nie dawało obrazu warunków jakie wystąpią w średnim okresie. W opinii Sądu zarzuty pozwanego, że powód jako profesjonalista, przystępując do przetargu winien zapoznać się szczegółowo z dokumentacją i warunkami w jakich ma być przeprowadzona inwestycja są słuszne, lecz nie mogą sięgać okoliczności, których do końca nie da się przewidzieć. W sprawie ustalono natomiast, że wady dokumentacji projektowej (geodezyjnej) były tego typu, iż uniemożliwiły wykonanie umowy według założeń projektowych, w czasie w jakim powód przystąpił do realizacji inwestycji. Jak stwierdził biegły J. W. kontynuowanie prac w zakresie przewidzianym w projekcie byłoby możliwe na wiosnę i lato. Wobec tego, że jesienią, grunt zmienił parametry, cała technologia budowy winna ulec zmianie. Zróżnicowany teren budowy (wysokościowo) 140 - 150 m na trasie, oraz podmokły teren wymusza bowiem zastosowanie odpowiedniej technologii, która nie była uzasadniona w warunkach suchego terenu jaki badany był w dokumentacji geodezyjnej projektowej. Wykonawca w takich okolicznościach winien zmienić technologię prac, ale założenia projektowe nie przewidywały takiej zmiany. Biegły podał też dalej, że technologia projektowa nie była dostosowana do warunków jesienno - zimowych, zaś ewentualne zabezpieczenie prac byłoby czasochłonne a także nieopłacalne finansowo ze strony wykonawcy; dodatkowo projekt również nie zakładał takiego zabezpieczenia.

W związku z tym nawet profesjonalizm powoda i związany z tym podwyższony stopień staranność nie przemawiał za tym, że błąd pomiaru geodezyjnego musiał być zauważony przez powoda już w toku badania dokumentacji przed podpisaniem umowy, tym bardziej nie dało się przewidzieć, że po przystąpieniu do prac ujawnią się ciekły wodne. Sąd podkreślił, że art. 651 k.c. nie może być podstawą do kreowania po stronie wykonawcy obowiązku szczegółowego merytorycznego sprawdzenia przedstawionego mu projektu w sytuacji, gdy wymaga to specjalistycznych obliczeń oraz wiedzy z zakresu projektowania. Nie jest zadaniem wykonawcy drobiazgową analizą projektu w celu jego sprawdzenia i wykrycia jego ewentualnych wad (wyrok SN z 27.03.2000r, III CKN 629/98, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 02.11.2013r, V ACa 442/13). Należy zdaniem Sądu też podnieść, że sam projektant stwierdził, iż w terenie istnieją warunki gruntowo-wodne o dużej zmienności, której „nie dało się przewidzieć na etapie sporządzania dokumentacji projektowej z uwagi na punktowy charakter badań gruntowych” (pismo projektanta z 14.01.2016r.- k.806). Na tej podstawie projektant zasugerował zasadność wprowadzenia zmian odnoszących się do wzmocnienia drogi, zaś pozwany w odpowiedzi na powyższe stwierdził, że taka zmiana może być dokonana, ale ma nie wprowadzać do kontraktu dodatkowych materiałów i rozwiązań technicznych, co było nielogiczne i nie dające się do wykonania w zaistniałych okolicznościach.

W tej sytuacji Sąd I instancji wyraził pogląd, że dokumentacja projektowa, która była podstawą przeprowadzenia przetargu była wadliwa w aspekcie rozpoznania warunków gruntowo-wodnych, a z uwagi na brak akceptacji pozwanego co do wprowadzenia zmian do umowy w tym zakresie nie można było kontynuować prac w tym zakresie. Powyższe zaś nie może obciążać powoda, który podejmował mimo to dodatkowe prace, aby móc wykonać dalsze prace jak np. próby stabilizacji podłoża pod nasypy popiołami, dodatkowe badania geologiczne, wskazywał - jak wynika z treści protokołu ustaleń z 15.01.2016r. (k. 323) na konieczność wykonania dodatkowych prac.

Sąd zwrócił też uwagę, że choć na moment odstąpienia przez pozwanego od umowy były opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy powyżej 14 dni, to zakres faktycznie wykonanych przez powoda prac był zdecydowanie wyższy,

co wskazano w ustaleniach faktycznych, gdyż harmonogram odnosił się do aspektu finansowego, a nie rzeczowego (k. 119). Tym samym mimo niezawinionych przez powoda opóźnień w realizacji robót, na moment odstąpienia od umowy, możliwym było ich zakończenie przez wykonawcę w umownym terminie, co znajduje potwierdzenie w opinii biegłego D. L. (k. 1093) i zeznaniach powoda (k. 1515 - 1516). Sąd miał także na uwadze, że powód wykonał część prac błędnie tj. w zakresie dotyczącym zdejmowania humusu, bez jego zabezpieczenia przed opadami, lecz skoro i tak za nie ponosił winy za wymienione okoliczności, wykonał część prac, które nie były objęte umownym zakresem i w konsekwencji był w stanie zrealizować i zakończyć prace w umownym terminie to powyższe nie może determinować zasadności naliczenia przez pozwanego kar umownych.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy uznał, że chociaż pozwany skutecznie odstąpił od umowy, to jednak nie nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie powoda, jako wykonawcy a jedynie w takim przypadku pozwany miał prawo do naliczenia wykonawcy kary umownej co wynikało z § 13 ust 1 pkt 1d umowy.

Sąd I instancji wyjaśnił ostatecznie, że oddalił powództwo także w zakresie żądania powoda zasądzenia na jego rzecz kary umownej w wysokości 36 366,12 zł za opóźnienie w przekazaniu placu budowy. Argumentował w tym zakresie, że powód nie zaoferował jednoznacznych dowodów na potwierdzenie, że doszło do opóźnienia w przekazaniu placu budowy. Pozwany przedstawił dowód w postaci podpisanego przez obie strony protokołu przekazania placu budowy z 24.08.2015r (k. 116), który koresponduje z zeznaniami świadków B. R. oraz A. K. i pozwala przyjąć, że nie doszło do opóźnienia do przekazania placu budowy w rozmiarze 20 dni. Okoliczność, że trwały tam nadal prace w postaci wycinki drzewostanu może być rozpatrywana w aspekcie okoliczności usprawiedliwiających powoda w opóźnieniu w rozpoczęciu wykonywania prac, szczególnie, że zgodnie z § 4 pkt 3 umowy pozwany był zobowiązany do protokolarnego przekazania placu budowy i to wykonał. Zdaniem Sądu należy podnieść, że protokół przekazania terenu budowy stanowi nie tylko dowód, lecz podstawę domniemania niewzruszalnego w zakresie tych postaci odpowiedzialności, w których jedną z przesłanek jest posiadanie nieruchomości lub prowadzenia budowy.

Z tych też względów Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji po myśli powołanych wyżej przepisów rozstrzygając o kosztach procesu na podstawie art. 100 k.p.c. poprzez ich stosunkowe rozdzielenie pomiędzy stronami.

Apelacje od wyroku wniosły obie strony.

Powód (...) sp. z o.o. w O. zaskarżył wyrok w części, w zakresie pkt II i III podnosząc zarzuty: 1. naruszenia prawa procesowego art 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną ocenę materiału dowodowego skutkującą uznaniem, że: a) podczas wizyty na miejscu inwestycji w dni 24 sierpnia 2015r. nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń do terenu budowy; b) nie doszło do opóźnienia do przekazania placu budowy w rozmiarze 20 dni, albowiem do jego przekazania doszło 24 sierpnia 2015r., a przynajmniej, że na tę okoliczność nie zaoferował jednoznacznych dowodów;

2. naruszenia prawa materialnego art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z § 4 ust 3 umowy stron z dnia 24 sierpnia 2015r. poprzez nieprawidłową wykładnię, polegającą na uznaniu, że pomimo trwającej wycinki drzewostanu, uniemożliwiającej podjęcie przez niego zakontraktowanych robót doszło do skutecznego przekazania mu przez pozwanego terenu budowy;

Ponadto skarżący zarzucił naruszenie § 2 pkt 6 w zw. z § 15 ust 3 pkt 1- 4 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy nakład pracy jego pełnomocnika uzasadniał ustalenie kosztów zastępstwa prawnego w wysokości przewyższającej stawkę minimalną.

Wskazując na powyższe zarzuty, pozwany wnosił o zmianę wyroku i zasądzenie od pozwanego na swoją rzecz dalszej kwoty 36 366,12 zł, wraz z ustawowymi odsetkami od 11 marca 2016r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie kosztów postępowania pierwszoinstancyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości dwukrotności stawki minimalnej i kosztów postępowania przed Sądem II instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Pozwany Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo K. skarżąc wyrok częściowo w zakresie pkt I i III podniósł zarzuty:

1. naruszenia przepisów postępowania:

- 1) art. 217 § 3 k.p.c. błędne uznanie, że istotne dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności faktyczne zostały dostatecznie wyjaśnione oraz pominięcie ustaleń faktycznych, które w jego ocenie, wpływają w istotny sposób na ocenę prawną dochodzonego roszczenia;
- 2) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c., poprzez dokonanie wadliwych ustaleń faktycznych w oparciu o opinię biegłego geologa J. W.;
- 3) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c., poprzez dokonanie wadliwych częściowych ustaleń faktycznych w oparciu o opinię biegłego D. L. (2);
- 4) art. 100 k.p.c., w wyniku braku nie dokonania wzajemnego rozliczenia kosztów, a także nie rozpoznania kwestii kosztów zastępstwa procesowego należnych pozwanemu Skarbowi Państwa - Prokuraturii Generalnej RP, pamiętając, że w pkt II wyroku oddalone zostało roszczenie opiewające na kwotę 36 366,12 zł.

2. naruszenia przepisów prawa materialnego poprzez:

- 1) niewłaściwe zastosowanie art. 471 k.c., polegające na przyjęciu, że wadliwości dokumentacji projektowej były czynnikiem niezawinionym przez wykonawcę i skutkowały powstaniem opóźnienia, które skutkowało odstąpieniem od umowy przez pozwanego i naliczeniem kary umownej;
- 2) niewłaściwe zastosowanie art. 361 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c. polegające na wadliwym wskazaniu niewłaściwych czynników skutkujących powstaniem opóźnienia, a w konsekwencji odstąpienia od umowy i naliczenia kary umownej oraz pominięcie innych czynników, które faktycznie pozostawały w adekwatnym związku przyczynowym z powstałym opóźnieniem.

Mając na względzie podniesione zarzuty pozwany domagał się zmiany wyroku, w zaskarżonej części i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie powództwa w całości oraz rozstrzygnięcie o kosztach postępowania przed Sądem pierwszej instancji, a nadto zasądzenie od powoda kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych prawem.

Na wypadek nieprzychylenia przez Sąd Apelacyjny do wniosku o zmianę zaskarżonego, pozwany wnosił o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania oraz zasądzenie od powoda kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych prawem.

Powód wnosił o oddalenie apelacji pozwanego, a pozwany wnosił o oddalenie apelacji powoda a obaj skarżący domagali się zasądzenia na swoją rzecz kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacje powoda i pozwanego nie znajdują usprawiedliwionych podstaw.

Przedstawiona ocena jest następstwem przede wszystkim, chociaż nie wyłącznie, negatywnej oceny zarzutów środków odwoławczych złożonych przez obie strony, które w zależności od ich rodzaju, nie znalazły potwierdzenia, albo przynajmniej uchybienia w nich wskazane nie wywarły wpływu na treść rozstrzygnięć zawartych w zaskarżonym wyroku (wynik sprawy). W konsekwencji nie można podzielić stanowisk apelujących, iż wydany przez Sąd Okręgowy wyrok narusza przepisy prawa w stopniu, który powoduje konieczność jego zmiany, względnie uchylenia tego orzeczenia i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania. Aby dojść do takich wniosków w pierwszej kolejności należy odnieść się do sformułowanych w obu apelacjach zarzutów naruszenia przepisów

postępowania, skoro poza zarzutami dotyczącymi błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania przepisów prawa materialnego, powód i pozwany podnosili zarzuty proceduralne dotyczące art. 233 § 1 k.p.c. i art. 217 k.p.c, kwestionując przede wszystkim zaniechania wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i dokonanie jego dowolnej nie zaś swobodnej oceny. W takiej sytuacji nie powinno budzić wątpliwości, iż strony podważały prawidłowość ustalenia podstawy faktycznej wyroku.

W wypadku podnoszenia przez skarżących zarzutów o takim charakterze konieczne jest dokonanie ich oceny w pierwszej kolejności, bowiem zarówno w przypadku naruszenia przepisów prawa procesowego, jak też błędów w ustaleniach faktycznych wymagane jest zbadanie istnienia związku pomiędzy wskazanymi uchybieniami a treścią wydanego orzeczenia (por. m. in. uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008, nr 6, poz. 55). Przyjęcie takiej chronologii wynika również stąd, że nie jest kwestionowane w judykaturze, iż warunkiem prawidłowego doboru i zastosowania przepisów prawa materialnego jest uprzednie niewadliwe ustalenie stanu faktycznego. Rozważenie zarzutów materialnoprawnych poprzedzone bowiem być musi analizą zarzutów skierowanych przeciwko podstawie faktycznej zaskarżonego orzeczenia, a więc tych o charakterze procesowym. Zawsze, zanim dojdzie do odtworzenia i stanowczego zaakceptowania faktów stanowiących podłoże danej sprawy, dokonanie subsumcji i rozwiązanie problemów materialnoprawnych jest przedwczesne albo w ogóle niemożliwe (zob. m. in. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 4 października 2002 r., III CZP 62/02, OSNC 2004/1/7).

Konieczne zdaje się być jednak poczynienie dodatkowego zastrzeżenia, odnoszącego się do oceny zarzutów apelacyjnych o takim charakterze jak podnoszone przez strony. Otóż przyjmuje się powszechnie, że do potwierdzenia ich zasadności wymaga się od skarżącego - poza samym naruszeniem przez sąd pierwszej instancji skonkretyzowanych przepisów postępowania - wykazania, że naruszenia były tego rodzaju i w takim rozmiarze, iż wpłynęły na treść zaskarżonego orzeczenia. Odnosząc się w tym kontekście do apelacji powoda zachodzą podstawy do stwierdzenia, że skarżący nie sprostował obowiązkowi wykazania naruszeń przepisów postępowania, które wywarły wpływ na treść rozstrzygnięcia oddalającego powództwo w pozostałej części.

Stawiając zarzut naruszenia prawa procesowego w postaci art 233 § 1 k.p.c., poprzez błędną ocenę materiału dowodowego, powód w istocie podważał treść niektórych ustaleń faktycznych dotyczących tego, że podczas wizyty na miejscu inwestycji w dniu 24 sierpnia 2015r. nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń do terenu budowy, oraz że nie doszło do opóźnienia w przekazaniu terenu budowy przekraczającego 20 dni, albowiem do tego przekazania doszło 24 sierpnia 2015r., a przynajmniej, że na tę okoliczność nie zaoferował jednoznacznych dowodów.

Wymienione zarzuty nie zasługują na podzielenie, ponieważ nie można stwierdzić, że w tym zakresie doszło do przekroczenia przez Sąd I instancji zasady swobodnej oceny dowodów statuowanej w art. 233 § 1 k.p.c. Nie jest wyrazem naruszenia wymienionego przepisu przede wszystkim ustalenie, że podczas wizji i przekazania placu budowy powód nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń, jeśli odnieść je do samego faktu daty w jakiej wykonawcy został przekazany plac (teren) budowy.

Jak wskazywał sam powód w piśmie przygotowawczym, w dniu 24.08.2015r. miał zostać przekazany plac budowy przez pozwanego, ale w tym dniu trwała jeszcze wycinka drzewostanu, co spowodowało odmowę podpisania przez niego protokołu. Jednak, jak przyznaje dalej, plac budowy został przez niego odebrany i prowadził na nim następnie prace dodatkowe, które naraziły go na koszty związane z uporządkowaniem terenu i doprowadziły do opóźnienia w realizacji inwestycji.

Zgodzić należy się w takiej sytuacji z oceną, iż powód nie zaoferował przekonujących dowodów, które potwierdziłyby fakt opóźnienia w przekazaniu placu budowy. Natomiast trwające - w dacie przekazania terenu budowy - prace w postaci wycinki drzewostanu nie przesądzają same w sobie o nieterminowym przekazaniu terenu budowy, a zwłaszcza o opóźnieniu uzasadniającym naliczenie przez powoda kary umownej.

Do odmiennych wniosków nie prowadzą bynajmniej ustalenia Sądu Okręgowego, na które powołuje się apelujący. Wskazują one, że podczas wizyty na placu budowy 24 sierpnia 2015r. nie był obecny wskazany w umowie kierownik budowy i sporządzono wówczas jedynie dwa protokoły, które następnie 27 sierpnia 2015r. powód przesłał pozwanemu

z prośbą o ich uzupełnienie i odesłanie i wreszcie, że żaden z nich - podpisany przez pozwanego - nie został nigdy jemu doręczony. Pomimo tego, że załączony przez pozwanego do akt sprawy dowód w postaci kopii strony z pocztowej książki nadawczej został zakwestionowany przez powoda, nie ma podstaw do zakwestionowania co do zasady samego faktu i daty przekazania protokolarnego terenu budowy. Zapatrywanie, że w świetle przedstawionych okoliczności w żadnym razie nie można uznać, iż 24 sierpnia 2015r. doszło do przekazania powodowi placu budowy nie zasługuje na uwzględnienie. Nie pozostaje ono przede wszystkim w sprzeczności z zasadami logicznego rozumowania, natomiast potwierdza przyjęcie takiego założenia pozostały materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, a w konsekwencji pozostałe niezakwestionowane ustalenia.

Nie ulega bowiem wątpliwości, że powód pomimo braku przygotowania placu budowy do realizacji inwestycji objął we władanie teren budowy jako wykonawca akceptując to w podpisanym protokole. Dokonał zatem przyjęcia placu budowy, a na przeszkodzie przyjęciu takiego założenia nie stoi bynajmniej to, że na terenie inwestycji trwała wówczas jeszcze końcowa wycinka drzewostanu.

Przekazanie placu budowy datowane na 24 sierpnia 2015r. zostało jak trafnie wskazuje Sąd I instancji zrealizowane, natomiast twierdzenie apelujące, iż była to co najwyżej nieudolna próba spełnienia przez zamawiającego jego świadczenia z art. 647 k.c. nie znajduje oparcia w materiale dowodowym. Doszło bowiem niewątpliwie do przekazaniu terenu budowy, choćby tylko ze względu na przystąpienie przez wykonawcę do realizacji inwestycji, zaś nawet sam powód nie wskazuje na inną datę dokonania tej czynności. Zarówno treść zawartej przez strony umowy, jak też przepisy prawa, w tym regulacje kodeksu cywilnego i ustawy - Prawo zamówień publicznych nie stoją na przeszkodzie przekazaniu terenu budowy przez zamawiającego w stanie niezdatnym do realizacji inwestycji. Zresztą sam powód również w apelacji w istocie przyznaje, że protokolarnie plac budowy został mu przekazany, natomiast w protokole zaznaczył, że teren budowy nie jest w stanie umożliwiającym wykonywanie robót zgodnie z umową. Tylko w takim kontekście można zgodzić się więc ze skarżącym, który kwestionuje ustalenia wskazujące, że nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń. Sąd I instancji wymienione stwierdzenie odnosił jednak do innych kwestii poza prowadzeniem przez zamawiającego końcowych prac przy wycince drzewostanu na terenie inwestycji. Kwestionowane ustalenie dotyczące braku zgłaszania przez niego zastrzeżeń poprzedza natomiast bezpośrednio jednoznaczne stwierdzenie wskazujące, iż na terenie inwestycji trwa końcowa wycinka drzewostanu.

Sam fakt przekazania terenu budowy i data dokonania tej czynności z punktu widzenia podstaw do naliczenia przez wykonawcę kary umownej za nieterminowe wykonanie tego obowiązku nie może zostać podważony także w oparciu zarzut późniejszego dopiero przekazania dziennika budowy, który dostarczony został wykonawcy, co przyznał sam pozwany, 7 października 2015r. jeśli wyraził zgodę na wcześniejsze przyjęcie terenu budowy. Wbrew stanowisku powoda, nie doszło zatem do błędnej oceny poszczególnych dowodów, w tym protokołu sporządzonego z przekazania placu budowy, zeznań świadków i umowy stron, na których oparł się Sąd pierwszej instancji. Skarżący kwestionując zresztą w istocie nie tyle ocenę materiału dowodowego, co część ustaleń faktycznych nie wskazuje zresztą w sposób skonkretyzowany, które z dowodów zostały ocenione wadliwie i na czym polegały uchybienia w tym zakresie

Odnosząc się zarzutu zakwalifikowanego przez skarżącego jako przejaw naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., nie można zgodzić się więc ze stanowiskiem, że nastąpiło przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów oraz sprzeczność ustaleń ze zgromadzonym materiałem dowodowym w kwestii terminowego przekazania terenu budowy. Wskazania wymaga, że zagadnienie to tylko częściowo może być utożsamiane wprost z prawidłowością bądź wadliwością ustaleń faktycznych, czy zwłaszcza oceną materiału dowodowego. Zagadnienie wywiązywania się przez strony umowy z przyjętych zobowiązań, jak wskazuje orzecznictwo, nie jest bezpośrednią konsekwencją określonej oceny dowodów, lecz stanowi wniosek o charakterze prawnym z poczynionych ustaleń faktycznych, wyrażający ocenę postępowania kontrahenta z punktu widzenia treści postanowień umownych i przepisów prawa materialnego. Na płaszczyźnie faktycznej protokolarne przekazanie placu budowy co do zasady zostało wykazane wymienionymi przez Sąd dowodami, a weryfikacja tego materiału nie nasuwa zastrzeżeń.

W judykaturze i piśmiennictwie nie budzi wątpliwości, iż to treść normy prawa materialnego, która powinna być w sprawie zastosowana wyznacza granice okoliczności faktycznych, które mogą mieć istotne znaczenie dla jej

rozstrzygnięcia, a w konsekwencji przedmiot postępowania dowodowego i pośrednio zakres koniecznych ustaleń faktycznych (por. uzasadnienie orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 30 sierpnia 1990 r., IV CR 236/90, OSNCP 1991, nr 10-12, poz. 125; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2008 r., IV CSK 339/07, Lex nr 492178). W tym aspekcie ustalenia znajdowały natomiast odzwierciedlenia w przeprowadzonych dowodach, których nie sposób zakwestionować z punktu widzenia ich wiarygodności.

Mając na uwadze przedstawioną wyżej ocenę, zgodzić nie można się także ze sformułowanym przez powoda zarzutem naruszenia prawa materialnego. Przede wszystkim nie można mówić o błędnej wykładni przepisów art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 65 § 1 i 2 k.c. oraz § 4 ust 3 zawartej przez strony umowy. Nawet w przypadku przychylenia się do stanowiska, iż niemożliwe jest przekazanie placu budowy w stanie niezdatnym do realizacji inwestycji można byłoby mówić o niewłaściwym zastosowaniu wskazywanych regulacji, przy czym w przypadku powołania art. 65 k.c. niezbędnym zdaje się wykazanie błędnej wykładni postanowień umownych dotyczących przekazania wykonawcy terenu budowy. Skarżący zdecydowanie nie sprostął powinności wykazania, iż trwająca wycinka drzewostanu na terenie inwestycji drogowej stała na przeszkodzie przekazaniu placu budowy, nawet jeśli wpływała na możliwość terminowego rozpoczęcia zakontraktowanych robót. Powyższa kwestia także w świetle treści postanowień umownych nie może być utożsamiana z dokonaniem skutecznego przekazania wykonawcy terenu budowy, zwłaszcza w przypadku gdy wykonawca wszedł na teren realizowanej inwestycji i niezależnie od obowiązku przygotowania placu budowy podjął się robót, do których w umowie nie był zobowiązany. Nie budzi bowiem wątpliwości, także wobec niezakwestionowania ustaleń faktycznych, że powód wszedł na teren realizowanej inwestycji nie później niż 31 sierpnia 2015r. w celu wykonywania prac pomimo nieuprzątnięcia pasa drogowego z zalegających tam po ścinie drzewostanu gałęzi i podjął się obowiązku uprzątnięcia terenu budowy.

W świetle postanowień umownych oraz przepisów prawa materialnego, w tym art. 647 k.c. i art. 652 k.c. przekazanie terenu budowy mogło nastąpić nawet w przypadku niewywiązania się przez zamawiającego z obowiązku przekazania terenu budowy w stanie pozwalającym na bezzwłoczne przystąpienie do robót.

Wprawdzie co do zasady rację ma apelujący twierdząc, że poprzez przekazanie terenu budowy należy rozumieć przekazanie terenu gotowego i przystosowanego do rozpoczęcia robót objętych umową, ale w realiach sprawy takie założenie nie jest trafne, skoro wykonawca wyraził zgodę na przejęcie terenu w stanie niezdatnym do wykonywania robót i zaakceptował wykonanie prac porządkowych zmierzających do uzyskania takiej możliwości. Do odmiennych wniosków nie prowadzi bynajmniej treść umowy, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz szczegółowej specyfikacji technicznej do umowy. Wprawdzie jak wskazuje powód, zgodnie z pkt 1.4.42 Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, jako teren budowy strony zdefiniowały teren udostępniany przez zamawiającego do wykonania na nim robót oraz inne miejsca wymienione w kontrakcie jako tworzące część terenu budowy, ale nie można w tych postanowieniach dopatrywać się zakazu przekazania terenu budowy w stanie nie umożliwiającym natychmiastowe przystąpienie do robót budowlanych wynikających z udzielonego zamówienia. Specyfikacja techniczna rzeczywiście służyć miała, zgodnie z § 1 ust 2 umowy, uszczegółowieniu zakresu robót objętych przedmiotem umowy, jednak nie można z analizowanych postanowień wywodzić opóźnienia lub zwłoki w przekazaniu terenu budowy z punktu widzenia przesłanek do ustalenia i dochodzenia kary umownej przez wykonawcę nawet jeśli do zakresu jego obowiązków umownych nie należało wykonanie prac związanych z przygotowaniem terenu budowy, a takich prac po protokolarnym przekazaniu terenu się podjął. Według postanowienia § 54 ust 3 umowy podobnie jak w świetle dyspozycji art. 647 k.c. przekazanie placu budowy należało do obowiązków zamawiającego, ale nie zostały doprecyzowane szczegółowe warunki wywiązania się z tego obowiązku, a zatem wykładnia wszystkich powołanych postanowień umownych jak najbardziej może prowadzić do wniosku, że chodziło o czynność sporządzenia protokołu przekazania, w tym przypadku po przybyciu przedstawicieli stron na miejsce inwestycji i objęcie we władanie terenu budowy. Co za tym idzie słuszność miał Sąd Okręgowy oceniając, że wykonywane po przekazaniu terenu budowy wykonawcy prace w postaci wycinki drzewostanu mogą być rozpatrywane co najwyżej jako okoliczności usprawiedliwiające w opóźnienie w rozpoczęciu wykonywania robót.

Prawidłowość takiego założenia potwierdzają postanowienia umowne uprawniające strony do ustalenia i naliczenia kar umownych. Zamawiający miał zapłacić wykonawcy karę umowną za opóźnienie w przekazaniu placu budowy, w

wysokości 0,05% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa § 8 ust 2 umowy, za każdy dzień opóźnienia, jednakże nie więcej niż 1% tego wynagrodzenia. Wykładnia treści umowy w tym zakresie uprawnia do stwierdzenia, że wykonawca mógł dochodzić kary umownej wynikającej z opóźnienia w przekazaniu terenu budowy, a zatem uprawnienie to nie było uzależnione od innych zdarzeń poza samym nieterminowym wywiązaniem się z obowiązku statutowanego umową stron i art. 647 k.c.

Ostatecznie nie zasługuje na podzielenie również zarzut apelacji dotyczący naruszenia przez Sąd I instancji przy rozstrzygnięciu o kosztach procesu regulacji § 2 pkt 6 w zw. z § 15 ust 3 pkt 1 - 4 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych. Poza tym, że w przypadku kwestionowania wysokości kosztów zastępstwa procesowego będących podstawą orzeczenia wydawanego w oparciu o art. 100 z. 1 k.p.c. konieczne byłoby w pierwszej kolejności wykazanie uchybienia przepisowi art. 109 k.p.c., to nie było żadnych przesłanek, aby uznać, że nakład pracy pełnomocnika powoda uzasadniał ustalenie wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości przewyższającej stawkę minimalną. We wszystkich przywołanych przepisach zresztą wymienione zostały także inne kryteria podwyższenia wynagrodzenia profesjonalnego pełnomocnika (adwokata, radcy prawnego), ale one w sprawie nie wystąpiły. Nakład pracy reprezentującego powoda pełnomocnika nie był natomiast na tyle wysoki aby samodzielnie przesądził o konieczności zastosowania podwyższonej stawki, a jeśli nawet pozostawał w pewnej dysproporcji do nakładu pracy radcy Prokuratury Generalnej RP zastępującej pozwanego Skarbu Państwa, to wynikało to zasadniczo z roli procesowej reprezentowanej strony (powoda), na której co do zasady zgodnie z art. 6 k.c. spoczywał ciężar dowodu. Nie uzasadniało to jednak różnicowania wynagrodzeń pełnomocników stron.

Na uwzględnienie nie zasługiwały również zarzuty apelacji pozwanego Skarbu Państwa. Z przyczyn wskazanych we wcześniejszej części uzasadnienia, także w odniesieniu do środka odwoławczego złożonego przez tego skarżącego, na wstępie konieczne było odniesienie się do zarzutów proceduralnych, skoro kwestionując rozstrzygnięcia zawarte w pkt I i III wyroku sformułował on przede wszystkim zarzuty naruszenia art. 217 § 3 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. Uwzględniając ich redakcję, pozwany przynajmniej częściowo podważa prawidłowość ustalenia stanu faktycznego. Nie można zgodzić się jednak ze stanowiskiem, że Sąd Okręgowy błędnie uznał, iż okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia sprawy zostały dostatecznie wyjaśnione, a usprawiedliwienia nie znajduje również twierdzenie dotyczące pominięcia ustaleń faktycznych, które - w ocenie pozwanego - wpływają na ocenę prawną roszczenia powoda. Nie jest przede wszystkim trafna argumentacja powoda, według której pominięte zostały przy ustalaniu podstawy faktycznej wyroku okoliczności mające walor istotności dla rozstrzygnięcia w rozumieniu art. 227 k.p.c. Przytaczanie dla wykazania zarzutu naruszenia art. 217 § 3 k.p.c. treści dokumentacji projektowej sporządzonej na zamówienie pozwanego, która nie została odzwierciedlona wprost w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku nie może odnieść pożądanego skutku. Wbrew twierdzeniom apelacji dokumentacja przedstawiająca warunki i hydrogeologiczne terenu budowy była przedmiotem zainteresowania Sądu Okręgowego, o czym świadczą ustalenia faktyczne dokonane nie tylko w oparciu o zasięgnięte w sprawie opinie biegłych. Co za tym idzie nie można mówić o pominięciu istotnych okoliczności występujących w sprawie, zwłaszcza że powołane jako podstawa ustaleń dokumenty pochodzące od obu stron oraz projektanta działającego na zlecenie zamawiającego wskazują na warunki w jakich przyszło powodowi realizować inwestycję. Tych dowodów skarżący natomiast nie kwestionował jako wiarygodnej podstawy ustaleń, które legły u podstaw wydania zaskarżonego wyroku. Ze względu na charakter dokumentacji, na którą powołuje się w apelacji pozwany przynajmniej częściowo powinna być ona jednak przedmiotem weryfikacji sądu przez pryzmat wiadomości specjalnych, przede wszystkim biegłego z zakresu geologii (szkód geologicznych i górniczych w budownictwie) J. W. oraz biegłego z zakresu budownictwa D. L. (2). Skarżący natomiast w odniesieniu do kolejno wydawanych przez biegłych opinii pisemnych oraz uzupełniających opinii ustnych złożonych na rozprawie w dniu 10 października 2018r. zarzutów nie formułuje, a nawet zdaje się akceptować opinie, skoro w dalszej części apelacji powołuje określone wnioski i konkluzje opiniujących. Samo przytoczenie treści dokumentacji projektowej sporządzonej przez firmę (...) zresztą nic nowego do sprawy nie wnosi, bowiem wymaga weryfikacji łącznie z pozostałymi dowodami z dokumentów i opiniami biegłych, a ostatecznie także oceny prawnej z punktu widzenia obowiązków wykonawcy przewidywania określonych warunków, w których powodowi przyszło realizować umowę.

Nie sposób podzielić również zarzutu zaniechania ustalenia przez Sąd rozpoznający sprawę w pierwszej instancji okoliczność, że wykonawca (powód) zdjął na całej długości planowanej drogi leśnej wierzchnią warstwę gleby (humusu), co skutkowało wzmożonym nasiąkaniem gruntu wodami opadowymi. Występowanie takiego faktu nie było żadnym novum, mając na uwadze ustalenia, według których między innymi „(...) okazało się że grunty pod spodem są słabe. Pozwany odmawiał współpracy, powód zdecydował się na odsłonięcie humusu, przy czym przy końcu drogi ukazało się koryto rzeki. Rozbieżność w budowie geologicznej terenu oraz związany z tym brak wystarczającej nośności gruntu, doprowadziły do wielu trudności w realizacji inwestycji”.

Nie można zatem twierdzić, iż pominięte zostały istotne okoliczności tylko z tego względu, że nie zostały odzwierciedlone w sposób dokładny (dosłowny) określone spostrzeżenia biegłych dotyczące stanu faktycznego, jeśli oczywiście było że Sąd I instancji uwzględnił w stanie faktycznym wymienione zdarzenia poddając je następnie ocenie przy pomocy kryteriów wynikających z przepisów prawa materialnego. Chybione jest zresztą powoływanie się w tym przypadku na orzecznictwo Sądu Najwyższego, które wskazuje, że w pewnych sytuacjach zarzut braku ustalenia okoliczności istotnych dla rozpatrzenia sprawy, może odwoływać się do art. 217 § 3 k.p.c. (wyrok Sądu Najwyższego z 21 czerwca 2017 r., II UK 500/16). W rozpoznawanej sprawie okoliczność akcentowana przez pozwanego nie tylko została wzięta pod uwagę, ale przede wszystkim wynikała z dowodu z opinii biegłego, który nie tylko został dopuszczony i przeprowadzony, oraz obdarzony przez Sąd Okręgowy walorem wiarygodności. Zgadzając się z apelującym, że wskazane okoliczności są kluczowe dla rozstrzygnięcia sprawy, nie można podzielić poglądu o bezzasadnym ich pominięciu. Okoliczności skutkujące powstaniem opóźnienia powoda jako wykonawcy robót miały bowiem zasadniczo inne przyczyny, i nawet w sytuacji przyjęcia podstaw do odstąpienia od umowy przez zamawiającego naliczenie kary umownej było uzależnione od odpowiedzialności wykonawcy.

Całkowicie chybione są jednocześnie stwierdzenia, że rzekomy brak wskazywanych ustaleń wyczerpuje również przesłanki naruszenia art. 233 § 1 i art. 328 § 2 k.p.c., ponieważ uzasadnienie zaskarżonego wyroku w sposób prawidłowo odzwierciedlało fakty mające znaczenie dla wydania wyroku, a orzeczenie to jak najbardziej poddawało się kontroli instancyjnej.

Nie występują podstawy do podzielenia także kolejnych proceduralnych zarzutów pozwanego odniesionych do przepisów art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. Sąd nie tylko nie dokonał wadliwych ustaleń faktycznych w oparciu o opinię biegłego z zakresu geologii J. W., ale wnioski i spostrzeżenia opiniującego przedstawił jak najbardziej trafnie. Do przeciwnych wniosków prowadzić nie może w szczególności wybiórcze zacytowanie poszczególnych fragmentów opinii, które pozostają poza głównym kontekstem wypowiedzi i nie są zgodne z ostatecznymi wnioskami dotyczącymi przyczyn opóźnienia w wykonaniu robót budowlanych przez powoda.

Stwierdzenie zawarte w uzasadnieniu wyroku, iż zasadniczym źródłem opóźnień i problemów był fakt, że geolog opracowujący dokumentację projektową dotyczącą podłoża, na którym miała być wykonywana inwestycja, nie uwzględnił danych średnich, stałych tylko warunki obejmujące suszę, co nie dawało obrazu warunków jakie wystąpią w średnim okresie, jest zasadniczo trafne i znajduje odzwierciedlenie także w opiniach biegłych.

Takie ustalenie faktyczne, wbrew twierdzeniom skarżącego, Sąd pierwszej instancji mógł poczynić nie tylko w oparciu o wydane w sprawie opinie biegłego geologa. Wynikały one bowiem także z dowodów z dokumentów przedstawionych przez strony wskazujących, iż niewątpliwie dokumentacja przedstawiona na etapie udzielania zamówienia publicznego nie odzwierciedlała rzeczywistych warunków, które wystąpią przy realizacji inwestycji, mając na względzie okres wykonania robót objętych przedmiotem zawartej przez strony umowy.

Odmienne niż wywodzi apelujący z opinii wynika, że dokumentacja geologiczna zaoferowana przez zamawiającego na etapie postępowania przetargowego była wadliwa i oceny tej nie może zmienić wybiórcze cytowanie określonych sformułowań z opinii ustnej J. W.. Jak wskazuje opinia pisemna tego biegłego z maja 2017r. inwestor nie uwzględnił należycie uwarunkowań realizacyjnych drogi w tak trudnym terenie. Opis warunków wodnych w końcowym fragmencie zawiera informacje, że geologiczne prace badawcze prowadzone były po okresie głębokiej suszy, przewidziany w projekcie budowlanym do wbudowania w nasypy drogowe i tereny składowe grunt nie spełniał

wymogów stawianych dla gruntu i w związku z tym prowadzenie robót ziemnych (wykopów i nasypów) nie było możliwe i zasadne. Biegły jasno wskazuje również, że przy prowadzeniu robót budowlanych przez wykonawcę jesienią 2015r. okazało się, że występujące grunty nie posiadały parametrów określonych w Dokumentacji badań podłoża gruntowego, a występowanie poziomu wód gruntowych zasadniczo odbiegało od ustaleń tej dokumentacji. Opiniujący wskazał nadto, że na podłożu budowanej drogi leśnej występowały grunty nie nośne a prace prowadzone dla ulepszenia gruntu nie przyniosły oczekiwanych wyników odnośnie wytrzymałości na ściskanie i nośność gruntów. Poprawę parametrów gruntu można było uzyskać przez zmniejszenie wilgotności (osuszenie) gruntów, a do tego konieczne były odpowiednie warunki pogodowe, zaś takich warunków podczas prowadzonych jesienią 2015r. robót nie było. W tej sytuacji nie tylko pozostałe dowody przyjęte jako podstawa ustaleń, w tym dokumenty pochodzące od pozwanego i projektanta inwestycji, ale przede wszystkim opinia biegłego geologa wskazywała na to, że inwestor nie uwzględnił należycie uwarunkowań realizacyjnych drogi w trudnym terenie. Opis warunków hydrologicznych zawierał informacje oparte na pracach badawczych prowadzonych po okresie głębokiej suszy, a co za tym idzie był wadliwy ze względu na datę udzielenia zamówienia publicznego i przewidziany w umowie termin wykonania robót przez wykonawcę. Zdecydowanie potwierdza to opinia J. W., który odpowiadając na pytania Sądu Okręgowego podał, iż warunki gruntowo-wodne zastanie przy realizacji inwestycji odbiegały w istotny sposób od Dokumentacji badań podłoża gruntowego i Projektu budowlanego. Według biegłego, badania geologiczne w „okresie suchym” nie dostarczyły danych o rzeczywistym stanie wód gruntowych, które wystąpiły przy realizacji inwestycji. W konkluzji biegły stwierdził, że do wykonania prac budowlanych w tak trudnych warunkach gruntowo-wodnych wybrano nieodpowiednią porę roku, a zatem zarówno inwestor jak i wykonawca nie uwzględnili należycie uwarunkowań realizacyjnych wykonania inwestycji. To jednak pozwany jako zamawiający powinien przedstawić w ramach udzielenia zamówienia publicznego dokumentację odpowiednią do warunków, w których miały zostać wykonane zamówione roboty budowlane, o czym przesądza niekwestionowana wykładnia art. 647 k.c. oraz przepisów art. 18 Prawa budowlanego i art. 29 Prawa zamówień publicznych.

Dlatego też przywoływane w apelacji stwierdzenia biegłego zawarte w opinii ustnej, według których projekt zamienny nie był potrzebny, wykonawca zaniedbał swoje obowiązki, grunt zmienił parametry ze względu na nieprofesjonalne zdjęcie warstwy humusu przez wykonawcę, a wykonawca podpisał umowę i podjął się prac pomimo niekorzystnej pory roku i mógł przewidzieć niekorzystne warunki geologiczne w oparciu o dokumentację geologiczną w żadnym razie nie przesądzają o naruszeniu zasady swobodnej oceny dowodów. Powyższe wypowiedzi, będąc odpowiedzią na pytania, w jakikolwiek sposób nie zmieniały wskazanych wcześniej konkluzji opiniującego, które zdecydowanie kwestionowały prawidłowość dokumentacji geologicznej zaferowanej w postępowaniu przetargowym o udzielenie zamówienia publicznego. Niewątpliwie trafne były zatem ustalenia, które wskazywały, że dokumentacja stanowiąca podstawę wykonania umowy była niezgodna z obowiązującymi w tym zakresie regulacjami, które powinny odzwierciedlać także czasowe warunki realizacji inwestycji, co potwierdził zresztą projektant wykonujący czynności na zlecenie pozwanego.

Nie można zgodzić się również z zarzutem naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w odniesieniu do oceny dowodu z opinii biegłego D. L. (2). Nie jest uzasadniony przede wszystkim zarzut skarżącego, iż opiniujący wskazał na brak wpływu dokumentacji geologicznej na powstanie i rozmiar opóźnienia w realizacji inwestycji przez wykonawcę. Także wymieniony biegły stwierdził, że zasadniczymi okolicznościami wpływającymi na opóźnienie w wykonaniu robót były niesprzyjające warunki gruntowo-wodne, które ujawniły się po przystąpieniu przez wykonawcę do realizacji inwestycji. Chociaż rzeczywiście biegły w opinii ustnej złożonej na rozprawie 10 października 2018r. podał również, że „trudne warunki geologiczne na terenie budowy były widoczne gołym okiem nawet bez konieczności zapoznawania się z dokumentacją geologiczną”, nie oznacza to jednak obowiązku powoda czynienia ustaleń już na etapie postępowania przetargowego odnośnie możliwości wykonania zakontraktowanych robót. Taki wniosek jest tym bardziej uzasadniony, jeśli przyjąć, że biegły wypowiadał się w kwestiach odnoszących się tylko częściowo do zakresu jego kompetencji specjalisty z zakresu budownictwa. Zresztą w opinii pisemnej biegłego z października 2017r. stwierdzono m. in. że dokumentacja przedstawiona przez inwestora nie spełniała wymogów prawidłowej realizacji inwestycji, a co najwyżej część problemów związanych z nawodnieniem i zawilgoceniem gruntów, na których miała być realizowana inwestycja wynikała z błędów wykonawcy. Jak słusznie wskazywał jednak Sąd I instancji, co wynika

m. in. z opinii biegłych, były one jednak konsekwencją zachowania pozwanego a zwłaszcza odmowy z jego strony wprowadzenia zmian do projektu. Takie stanowisko potwierdza pisemna opinia uzupełniająca biegłego D. L. (2) z 20 grudnia 2017r., która wprowadzi odwołuje się również do „wyobraźni i doświadczenia uczestników procesu inwestycyjnego oraz warunków lokalnych”, ale nie zmienia krytycznej oceny projektu budowlanego. Powoływanie się na wybiórczo przytaczane sformułowanie biegłego z opinii ustnej jest zatem niewiarygodne, skoro biegły swoje poprzednie opinie podtrzymał i potwierdził.

W świetle przedstawionej oceny zarzut, iż Sąd Okręgowy wyciągnął nieprawidłowe wnioski z opinii jest nieusprawiedliwiony choćby tylko z tego względu, że sam pozwany dostarczył podstaw w postaci dokumentów do oceny stanowiącej podstawę dokonanych ustaleń.

W konsekwencji zachodzą podstawy do stwierdzenia, że pozwany nie wykazał naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. w konsekwencji dowolnej oceny materiału dowodowego, a w tym opinii biegłych, oraz prawidłowości dokonanych ustaleń. Nie jest natomiast wystarczające dla skuteczności zarzutu nadawanie przez skarżącego wyłącznie innego znaczenia treści stwierdzeń i konkluzji opinii biegłych stanowiących pewną całość, a przede wszystkim cytowanie wyłącznie poszczególnych stwierdzeń wyjętych z kontekstu pełnych ich wypowiedzi. Argumentacja skarżącego polegająca na wykazaniu, że na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego można było wysnuć wnioski odmienne, nie jest wystarczająca. Jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadził wnioski logicznie poprawne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego, to taka ocena nie narusza zasady swobodnej oceny dowodów przewidzianej w art. 233 k.p.c., choćby dowiedzione zostało, że z tego samego materiału dałoby się wysnuć równie logiczne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego wnioski odmienne (por. wyroki Sądu Najwyższego z 27.09.2002 r., II CKN 817/00, Lex nr 56906 i z 27.09.2002 r., IV CKN 1316/00).

Zachodzą zatem podstawy do przyjęcia, że Sąd pierwszej instancji poczynił ustalenia odpowiadające treści zebranego materiału dowodowego, który został równocześnie oceniony w sposób wszechstronny. Bezzasadność zarzutów procesowych apelacji, względnie nie wykazanie wpływu występujących ewentualnie uchybień na treść rozstrzygnięcia oznacza, że skarżący nie podważył skutecznie podstawy faktycznej zaskarżonego wyroku, a w tym jej kompletności. Prowadzi to do przyjęcia ustaleń za własne także przez Sąd Apelacyjny (z zastrzeżeniem uzupełniającego wskazania dodatkowych faktów wynikających z materiału dowodowego zgromadzonego w pierwszej instancji) i uczynienie z nich punktu wyjścia do oceny zarzutów materialnoprawnych apelacji pozwanego, i szerzej prawidłowości wykładni i zastosowania przepisów prawa materialnego.

Przechodząc do kwestii zastosowania w sprawie prawa materialnego, która również była przedmiotem zarzutów apelacyjnych pozwanego nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że iż Sąd Okręgowy niewłaściwie zastosował art. 471 k.c. Uchybienie w tym zakresie miało według skarżącego polegać na przyjęciu, że wadliwości dokumentacji projektowej były czynnikiem niezawinionym przez wykonawcę i skutkowały powstaniem opóźnienia, które spowodowało odstąpienie od umowy przez zamawiającego i naliczenie kary umownej. W świetle treści ustaleń faktycznych nie można mówić zatem o niewłaściwym zastosowaniu przepisu art. 471 k.c., a także regulacji art. 361 § 1 k.c. Na aprobatę zasługuje ocena Sądu wskazująca, że opóźnienie w rozpoczęciu realizacji inwestycji miało miejsce już w początkowym etapie wykonywania umowy, co związane było m. in. z brakiem odpowiedniego przygotowania terenu do prac i koniecznością wykonania robót dodatkowych przez powoda jakimi było uprzątnięcie z placu budowy zalegających gałęzi po wycince drzew. Niewątpliwie był to jeden z istotniejszych czynników skutkujących powstaniem opóźnienia w realizacji inwestycji, ale nie najistotniejszy i jedyny.

Słuszność miał bowiem Sąd pierwszej instancji oceniając, iż kluczowymi okolicznościami jakie zdecydowały o znacznym opóźnieniu robót były przede wszystkim niesprzyjające warunki gruntowo-wodne, jakie ujawniły się po przystąpieniu do realizacji inwestycji, ponieważ geolog opracowujący dokumentację projektową dotyczącą podłoża, na którym miała być wykonywana inwestycja, nie uwzględnił danych średnich, stałych tylko warunki obejmujące suszę, co nie dawało obrazu warunków jakie wystąpią trakcie wykonywania robót w okresie jesienno-zimowym. To zatem przede wszystkim wady dokumentacji projektowej uniemożliwiły wykonanie umowy według założeń objętych dokumentacją przetargową, w czasie w jakim powód miał według umowy realizować inwestycję. Wykonanie robót w

tym czasie wymuszało zastosowanie odpowiedniej technologii, która nie była wskazana w dokumentacji projektowej. Jak wyraźnie wskazał biegły z zakresu budownictwa technologia projektowa nie była dostosowana do warunków jesienno-zimowych, zaś ewentualne zabezpieczenie prac byłoby czasochłonne i nieopłacalne finansowo ze strony wykonawcy; dodatkowo projekt również nie zakładał takiego zabezpieczenia.

Nie sposób przyjąć zatem, że do naruszenia art. 471 k.c. doszło wskutek przyjęcia przez Sąd takich właśnie przyczyn opóźnienia w realizacji robót.

Wprawdzie skarżący powołuje się na okoliczności w jego ocenie wskazujące na zawinione przyczyny opóźnienia po stronie powoda, jednak takie stanowisko nie znajduje oparcia w materiale dowodowym, nawet jeśli z treści dokumentacji

przetargowej wynikało, że była ona sporządzana w okresie suszy, a o opóźnieniu z przyczyn leżących po stronie wykonawcy nie można mówić także w związku z zawarciem przez niego umowy obejmującej realizację inwestycji w okresie jesienno-zimowym, po zapoznaniu się z placem budowy i przedstawioną przez zamawiającego dokumentacją.

Zwrócić należy bowiem uwagę, że po pierwsze teren budowy nie został powodowi prawidłowo okazany, skoro jeszcze po podpisaniu umowy trwały tam prowadzone na zlecenie pozwanego prace przy wycince drzewostanu. Natomiast w odniesieniu do prawidłowości dokumentacji przedstawionej na etapie udzielania zamówienia publicznego przez pozwanego bardzo krytycznie wypowiedzieli się biegli z zakresu geologii i budownictwa, co było przedmiotem szerszej oceny we wcześniejszej części niniejszego uzasadnienia. W odniesieniu natomiast do kwestii braku zgłaszania pytań lub zastrzeżeń przez wykonawcę w trybie art. 38 Prawa zamówień publicznych wskazać należy, iż nie mając świadomości wadliwości dokumentacji przetargowej, przyszły wykonawca nie miał podstaw korzystać ze środków wskazanych w wyżej powołanym przepisie.

Całkowicie trafne było więc stanowisko Sądu, który analizując przyczyny opóźnienia w wykonaniu robót wprawdzie wskazał, że powód będąc profesjonalistą, przystępując do przetargu winien zapoznać się szczegółowo z dokumentacją i warunkami w jakich ma być przeprowadzona inwestycja, ale równocześnie zaznaczył, że jego obowiązki nie sięgały tak daleko, aby dokonywał oceny okoliczności, których do końca nie da się przewidzieć. Nawet w świetle art. 355 § 2 k.c. profesjonalizm powoda i związany z tym podwyższony stopień staranność nie obliwował go weryfikacji prawidłowości opracowanej dokumentacji projektowej a zwłaszcza warunków, w jakich miała być wykonywana inwestycja, co nie dało się przewidzieć wcześniej niż po przystąpieniu do wykonywania robót.

W takim przypadku chybione jest odwoływanie się przez skarżącego do zasadniczo trafnego poglądu wyrażonego w orzecznictwie Sądu Najwyższego w całkowicie innych realiach, według którego nie zwrócenie się przez wykonawcę do zamawiającego - w razie uzasadnionych wątpliwości - o wyjaśnienie treści SIWZ na podstawie art. 38 p.z.p. w zw. z art. 354 § 2 k.c. może uzasadniać zarzut niedochowania należytej staranności zawodowej (wyrok z 17 czerwca 2016 r., IV CSK 674/15, Lex nr 2093753). Sama analiza dokumentacji przetargowej nie uzasadniała bowiem powzięcia przez powoda wątpliwości dotyczących warunków realizacji inwestycji, zaś jej wadliwość - potwierdzona pośrednio przez pozwanego oraz samego projektanta - ujawniła się po udzieleniu zamówienia publicznego, a nawet już po przystąpieniu przez wykonawcę do realizacji zakontraktowanych robót.

W konsekwencji usprawiedliwienia nie znajduje odwoływanie się przez skarżącego do podjęcia przez powoda (jako profesjonalisty w zakresie budownictwa drogowego - leśnego) ryzyka gospodarczego wiążącego się z ewentualnym nieterminowym wykonaniem robót. Przede wszystkim, to nie warunki atmosferyczne (w kontekście wiążących rozwiązań projektowych) doprowadziły do opóźnienia w realizacji robót, ale nieprzygotowanie terenu budowy, a przede wszystkim nieprawidłowości dokumentacji przetargowej.

Trafnie Sąd rozpoznający sprawę w pierwszej instancji odwoływał się natomiast w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku do poglądów Sądu Najwyższego, zgodnie z którymi art. 651 k.c. nie może być podstawą do kreowania po stronie wykonawcy obowiązku szczegółowego merytorycznego sprawdzenia przedstawionego mu projektu w sytuacji, gdy wymaga to specjalistycznych obliczeń oraz wiedzy z zakresu projektowania. Nie jest zadaniem wykonawcy

drobiazgowa analiza projektu w celu jego sprawdzenia i wykrycia jego ewentualnych wad (wyrok z 27.03.2000r., III CKN 629/98).

Sąd Okręgowy nie pominął również okoliczności, które prowadziłyby do oceny wystąpienia zawinonego przez wykonawcę opóźnienia w realizacji umowy. Do takich zdarzeń nie należało bowiem rozpoczęcie robót w okresie jesienno-zimowym i związane z tym warunki atmosferyczne, nawet jeśli częściowo nietrafnie wskazywane były jako przyczyna opóźnień wykonawcy przez Sąd pierwszej instancji. Natomiast okoliczność zdjęcia na terenie prowadzonej inwestycji wierzchniej warstwy gruntu (humusu), choć oceniona jako działanie wadliwe także przez biegłych, nie prowadziła do opóźnienia w wykonaniu robót, bowiem była działaniem mającym charakter wtórny w stosunku do podanych poprzednio przyczyn niemożności terminowego wykonywania prac, a nadto wynikała z braku współpracy zamawiającego przy realizacji umowy.

Zachowanie powoda w żadnym z analizowanych aspektów nie było też działaniem na własne ryzyko, które prowadziłyby do przyjęcia opóźnienia w wykonaniu robót z przyczyn leżących po jego stronie. Odnosząc się do argumentacji pozwanego w tym zakresie zważyć należy, że jest ona nieadekwatna do okoliczności i charakteru sporu w sprawie, ponieważ powód nie dochodził (poza żądaniem kary umownej z tytułu opóźnienia w przekazaniu terenu budowy) roszczeń wynikających z umowy, lecz wyłącznie zwrotu niesłusznie naliczonej i pobranej z gwarancji bankowej kary umownej. Bezprzedmiotowe było w takim przypadku prowadzenie rozważań o przysługującej powodowi autonomii, która mogłaby uchylać bezprawność czynu oraz braku możliwości kompensaty uszczerbków doznanych wskutek zdarzeń, z których zaistnieniem powinien był się liczyć, gdy z własnej woli narażał się na niebezpieczeństwo. Przedstawiane poglądy są tym bardziej nieadekwatne w realiach sprawy, że ewentualna odpowiedzialność z tytułu kary umownej miałyby charakter kontraktowy. W konsekwencji na podzielenie zasługiwała ocena Sądu I instancji wskazująca, że doszło wprawdzie do opóźnienia w wykonaniu zamówionych robót, jednak niezawinonego przez wykonawcę (powoda), które nie uzasadniało naliczenia kary umownej przez zamawiającego (pozwanego).

Wynikało to z trafnego przejścia przez Sąd, iż zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika zgodnie z art. 471 k.c. Stosownie do treści tego przepisu oraz art. 472 k.c. zobowiązany do zapłaty kary umownej mógł bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. W art. 471 k.c. zawarte jest jednak domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

W stanie faktycznym sprawy wystąpiły podstawy do stwierdzenia, że naliczenie kary umownej nie znajdowało oparcia w ustaleniach faktycznych, skoro z przyczyn podanych we wcześniejszej części uzasadnienia należało wykluczyć, że doszło do opóźnienia z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Powód wywiązał się bowiem z powinności obalenia domniemania w tym zakresie wynikającego z art. 471 k.c. Wbrew przedstawionemu w apelacji przez pozwanego stanowisku, powód pozostawał w opóźnieniu ze spełnieniem swojego świadczenia, ale nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosił odpowiedzialność. Sąd Okręgowy dokonał wyczerpujących ustaleń faktycznych w tym zakresie, które w apelacji nie zostały skutecznie podważone, a w dalszej konsekwencji prawidłowa była również ocena prawna, która wymagała jedynie uzupełnienia w kontekście podnoszonych przez skarżącego zarzutów. Odnosząc się do kwestii zastosowania art. 483 k.c. wskazać dodatkowo należy, że systematyka kodeksu cywilnego przesądza, że kara umowna jest elementem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej. Zastrzeżenie w umowie kar umownych sprawia, że w każdym wypadku nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania bez znaczenia dla powstania obowiązku ich zapłaty są przyczyny, które spowodowały naruszenie obowiązków ciążących na dłużniku stosownie do treści zobowiązania. Wierzyciel dla realizacji przysługującego mu roszczenia o zapłatę kary umownej musi wykazać istnienie i treść zobowiązania łączącego go z dłużnikiem, a także fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (zob. wyrok SN z dnia 27 czerwca 2000r., I CKN 791/98, Lex nr 50891; wyrok SN z dnia 7 lipca 2005r., V CK 869/04, Lex nr 150649; wyrok SN z dnia 9 lutego 2005r., II CK 420/04, Lex nr 301769). Mimo automatyzmu konieczności zapłaty kary umownej w razie wystąpienia okoliczności uzasadniających jej naliczenie przyjąć trzeba, że

w pewnych sytuacjach dłużnik będzie zwolniony od obowiązku jej zapłaty. Skoro przesłanką uzasadniającą zwolnienie z odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest wykazanie, że przyczyną takiego stanu rzeczy są okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, to przyjąć trzeba, że analogiczne zasady obowiązują w odniesieniu do omawianego dodatkowego zastrzeżenia umownego. Dłużnik zatem będzie zwolniony z obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli wykaże, że przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania uzasadniająca naliczenie kary umownej są okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (por. W. Czachórski, *Zobowiązania*, 2009, s. 350; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania*, 2012, s. 345; T. Wiśniewski (w:) G. Bieniek, *Komentarz*, t. I, 2011, s. 800). Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej może pokrywać się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika z art. 471 k.c., gdy od przewidzianego tym przepisem odszkodowania kara umowna różni się tylko tym, że przysługuje ona niezależnie od poniesionej szkody (zob. wyrok SA w Białymstoku z dnia 21 sierpnia 2013r., I ACa 334/13, Lex nr 1366054). W rozpoznawanej sprawie występowała taka sytuacja, bowiem jak słusznie ocenił Sąd Okręgowy strony przewidziały naliczenie kar umownych na wypadek opóźnienia wykonawcy w wykonaniu całości lub części inwestycji z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Skarżący sprostował obowiązkowi wykazania, że przyczyny niewykonania robót w terminie go nie obciążały, a jest to oczywiste również w świetle odstąpienia przez pozwanego od umowy, skoro kara umowna mogła być naliczona przez pozwanego z tytułu odstąpienia od umowy lub jej części z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 5% wynagrodzenia brutto określonego w § 8 ust 2 umowy.

Nie zachodziły zatem przesłanki do naliczenia przez pozwanego kary umownej zgodnie z odpowiednim postanowieniem umowy, a wobec powyższego zasadne okazało się żądanie zwrotu pobranej z tego tytułu kwoty 181 830,58 zł wypłaconej z gwarancji bankowej.

Zwrócić nadto należy uwagę, że w świetle postanowień umownych strona zobowiązana do zapłaty kary umownej, miała dokonać jej zapłaty w terminie 14 dni od daty otrzymania wezwania do zapłaty. Zamawiający zastrzegł sobie natomiast prawo, a wykonawca wyraził zgodę, na potrącanie kar umownych z należnego wynagrodzenia naliczonego w fakturach wystawionych przez wykonawcę (§13 umowy). Pozwany natomiast zrealizował gwarancję, co dodatkowo w świetle treści umowy uzasadnia dochodzenie przez powoda zwrotu należności.

Końcowo na podzielenie nie zasługuje również zarzut naruszenia przy rozstrzygnięciu o kosztach procesu przepisu art. 100 k.p.c. Wbrew podnoszonemu przez pozwanego zarzutowi, Sąd Okręgowy dokonał prawidłowego rozliczenia kosztów, nie uwzględniając trafnie kosztów zastępstwa procesowego poniesionych przez pozwanego Skarb Państwa. Wprawdzie w pkt II zaskarżonego wyroku powództwo o zapłatę kwoty 36 366,12 zł zostało oddalone, jednak nie przesądza to o wadliwości postanowienia zawartego w pkt III wyroku. Wątpliwości budziło co najwyżej zaniechanie dokładnego wskazania i wyjaśnienia podstawy tego rozstrzygnięcia, ponieważ powołany art. 100 k.p.c. przewiduje zarówno wzajemne zniesienie lub stosunkowe rozdzielenie między stronami kosztów (zdanie pierwsze), jak też zasądzenie zwrotu wszystkich kosztów na rzecz jednej strony (zdanie drugie). Sąd pierwszej instancji wprawdzie nie wyjaśnił w jaki sposób ustalona została kwota 27 107 zł zasądzona od pozwanego na rzecz powoda, możliwe jest jednak odtworzenie wysokości przyznanych kosztów, gdyż są one sumą opłaty sądowej od pozwu wynoszącej 10 910 zł, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł oraz kosztów zastępstwa procesowego ustalonej w minimalnej stawce 10 800 zł określonej w § 2 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych, powiększonych o wydatki na koszty opinii biegłych. Przy orzekaniu o kosztach Sąd Okręgowy zastosował więc regułę wynikającą z art. 100 zd. 2 k.p.c. obciążając obowiązkiem zwrotu kosztów w całości pozwanego z uwagi na to, że powód uległ tylko co do nieznacznej części swego żądania.

Takie rozstrzygnięcie jest możliwe do zaakceptowania, skoro żądanie opiewające na zasądzenie kwoty 218 196,71 zł zostało uwzględnione w zakresie dotyczącym świadczenia wynoszącego 181 830,59 zł, a więc w zakresie 83,3%.

Jak wskazuje orzecznictwo, decyzja, czy w wypadku uwzględnienia powództwa tylko w pewnej części koszty procesu powinny być wzajemnie zniesione, czy też stosunkowo rozdzielone, powinna być zawsze oparta na słuszności i w tym zakresie sąd zachowuje prawo do dyskrecyjnej oceny (por. postanowienie SN z 6 czerwca 2012 r., IV CZ 4/12, IC 2013, nr 10, s. 46). Zasady słuszności sprzeciwiają się wzajemnemu zniesieniu kosztów procesu na podstawie art. 100

w razie istnienia znacznej różnicy kosztów poniesionych przez każdą ze stron oraz różnicy w kosztach, jaką każda ze stron powinna ponieść wskutek ostatecznego wyniku procesu (np. postanowienie SN z 28 lutego 1985 r., II CZ 21/85, Lex nr 8690 oraz postanowienie SN z dnia 10 maja 1985 r., II CZ 56/86, niepubl.).

Zatem usprawiedliwienie znajduje stanowisko, że jeżeli zachodzą przesłanki przewidziane w art. 100 zdanie drugie k.p.c., to sąd, wkładając na jedną ze stron obowiązek zwrotu wszystkich kosztów procesu, zasądza od niej na rzecz jej przeciwnika należne koszty procesu, nie zasądza natomiast od przeciwnika tych kosztów, które przy stosunkowym rozdzielaniu należałyby się drugiej stronie.

Mając na względzie przedstawioną ocenę, apelacje obu stron jako bezzasadne podlegały oddaleniu, a wobec powyższego Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono w oparciu o art. 100 zd. 1 k.p.c. w zw. z art. 98 § 3 k.p.c., art. 99, art. 108 § 1 i art. 109 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w oraz § 2 pkt 5 i 6 w zw. z § 10 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych. Koszty te obejmowały zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty wynoszącej 1 350 zł stanowiącej różnicę pomiędzy kosztami zastępstwa procesowego powoda, należnymi w kwocie 4 050 zł w związku z oddaleniem apelacji pozwanego oraz kosztami zastępstwa procesowego należnymi pozwanemu w kwocie 2 700 zł, w związku z oddaleniem apelacji powoda.

SSA Bogdan Ziemiański SSA Dariusz Mazurek SSA Jan Dela