

Sygn. akt V AGa 34/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 lipca 2020r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Tomasz Pidzik
Sędziowie:	SA Aleksandra Janas SA Grzegorz Stojek (spr.)
Protokolant:	Anna Fic

po rozpoznaniu w dniu 2 lipca 2020r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa E. B. i A. G.

przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w C.

o zapłatę

oraz z powództwa wzajemnego (...) Spółki
z ograniczoną odpowiedzialnością w C.

przeciwko A. G. i E. B.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 2 września 2016r., sygn. akt XIV GC 426/14,

I. zmienia zaskarżony wyrok w zakresie obejmującym orzeczenie z powództwa głównego w punktach 2,3,4,5 w ten sposób, że:

1. ponad zasądzoną w punkcie 1 kwotę 133.898,28 złotych z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 28 września 2012r. zasądza od pozwanej (powódki wzajemnej) na rzecz powodów (pozwanych wzajemnych) dalszą kwotę 470.247,91 (czterysta siedemdziesiąt tysięcy dwieście czterdzieści siedem 91/100) złotych z ustawowymi odsetkami za opóźnienie:

- od kwoty 60.695,20 złotych od 6 stycznia 2012r.,

- od kwoty 409.552,71 złotych od 13 października 2012r.;

2. oddała powództwo w pozostałej części;

3. zasądza od pozwanej (powódki wzajemnej) na rzecz powodów (pozwanych wzajemnych) kwotę 12.968,92 (dwanaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem 92/100) złote tytułem kosztów procesu;

4. nakazuje pobrać na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Katowicach):

- od powodów (pozwanych wzajemnych) z zasądzonych na ich rzecz roszczenia kwotę 19.903,72 (dziewiętnaście tysięcy dziewięćset trzy 72/100) złote,

- od pozwanej (powódki wzajemnej) kwotę 63.029,80 (sześćdziesiąt trzy tysiące dwadzieścia dziewięć 80/100) złotych;

II. oddała w pozostałej części apelację powodów (pozwanych wzajemnych);

III. oddała apelację pozwanej (powódki wzajemnej);

IV. nakazuje pobrać na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Apelacyjnego w Katowicach):

- od powodów (pozwanych wzajemnych) z zasądzonych na ich rzecz roszczenia kwotę 10.360,89 (dziesięć tysięcy trzysta sześćdziesiąt 89/100) złotych,

- od pozwanej (powódki wzajemnej) kwotę 25.366,29 (dwadzieścia pięć tysięcy trzysta sześćdziesiąt sześć 29/100) złotych;

V. zasądza od pozwanej (powódki wzajemnej) na rzecz powodów (pozwanych wzajemnych) kwotę 18.176 (osiemnaście tysięcy sto siedemdziesiąt sześć) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

SSA Aleksandra Janas	SSA Tomasz Pidzik	SSA Grzegorz Stojek
----------------------	-------------------	---------------------

Sygn. akt V AGa 34/18

UZASADNIENIE

Powodowie A. G. i E. B., wspólnicy spółki cywilnej Przedsiębiorstwo Transportowo Usługowo Handlowe (...) w P., wnieśli o zasądzenie od pozwanej (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w C. kwoty 794.671,51 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od 6.918,75 zł od 26 grudnia 2011 r., od 53.718,84 zł od 3 stycznia 2012 r., od 6.976,36 zł od 7 stycznia 2012 r., od 311,77 zł od 19 stycznia 2012 r., od 23.261,86 zł od 20 stycznia 2012 r., od 8.601,39 zł od 20 stycznia 2012 r., 54.704,84 zł od 20 stycznia 2012 r., od 33.721,46 zł od 3 lutego 2012 r., od 70.359,37 zł od 6 lutego 2012 r., od 21.847,53 zł od 12 lutego 2012 r., od 127.808,24 od 14 lutego 2012 r., od 386.441,40 zł od dnia wniesienia pozwu oraz o zasądzenie kosztów procesu.

W uzasadnieniu pozwu podali, że 18 listopada 2011 r. zawarli z pozwaną umowę, którą zobowiązali się do usunięcia osadu mułowego (szlamu) z części osadnika zlokalizowanego na terenie zakładu górniczego pozwanej i transportu tego osadu na składowisko pozwanej, budowy wału rozdzielającego osadnik szlamów popłuczkowych na dwie części, z wykorzystaniem skały płonnej zgromadzonej na terenie zakładu górniczego pozwanej, budowy drogi technologicznej niezbędnej do realizacji zadania. Przystąpili do prac polegających na wybudowaniu części drogi technologicznej oraz usunięciu osadu mułowego z części osadnika. Dojazd do osadnika, z uwagi na napływ wód słonych, które powodowały zmiękczenie terenu, musiał być wykonany dwukrotnie. Nastąpił niekontrolowany przeciek wody na całym obszarze

wód słonych do osadnika eksploatowanego przez powodów. Pozwana, pomimo powiadomienia jej o przecieku, wbrew ciężącemu na niej obowiązkowi umownemu, nie podjęła działań zmierzających do zatamowania napływu wód słonych i zmiany technologii eksploatacji, nie dostarczyła niezbędnej dokumentacji, nie dokonała aktualizacji technologii wydobywania. Na skutek wycieków wody z osadnika oraz warunków atmosferycznych teren wydobywania uległ znacznemu zmiękczeniu, co spowodowało, że zatopieniu uległa koparka, której wyciągnięcie stało się niemożliwe. Oświadczeniem zawartym w piśmie z 5 stycznia 2012 r. pozwana odstąpiła od umowy. Powodowie wystawili faktury VAT, obejmujące łącznie 408.230,41 zł tytułem wynagrodzenia za wykonane prace, którego pozwana nie zapłaciła. W pozostałej części (386.441,40 zł) powództwo obejmuje wynagrodzenie, jakie powodowie uzyskaliby za roboty, których nie wykonali, pomimo gotowości ich realizacji, ponieważ pozwana uniemożliwiła ich wykonanie.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu.

W pozwie wzajemnym pozwana (powódka wzajemna) wniosła o zasądzenie solidarnie od powodów (pозwanych wzajemnie) kwoty 687.340,65 zł z ustawowymi odsetkami od 29 lutego 2012 r. oraz o zasądzenie kosztów procesu.

Pozew wzajemny umotywowała w ten sposób, że ponieważ powodowie (pозwani wzajemnie) opóźniali się z realizacją przedmiotu umowy z 18 listopada 2011 r. względem harmonogramu oraz wykonywali prace niezgodnie z technologią i sprzecznie z postanowieniami umowy, odstąpiła od niej. Wezwała powodów (pозwanych wzajemnie) do zapłaty kwoty 978.912,50 zł tytułem kar umownych za odstąpienie od umowy i opóźnienie w realizacji prac. Domaga się zapłaty kary umownej za odstąpienie od umowy.

Powodowie (pозwani wzajemnie) wnieśli o oddalenie powództwa wzajemnego i zasądzenie kosztów procesu.

Sąd Okręgowy w Katowicach wyrokiem z 7 października 2013 r., po pierwsze, oddalił powództwo główne i orzekł o kosztach procesu w tej sprawie, po drugie, zasądził od powodów (pозwanych wzajemnie) na rzecz pozwanej (powódki wzajemnej) kwotę 687.340,65 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 29 lutego 2012 r. oraz orzekł o kosztach procesu w sprawie z powództwa wzajemnego.

Sąd Apelacyjny w Katowicach wyrokiem z 24 lipca 2014 r., sygn. akt V ACa 150/14, uwzględniając apelację powodów (pозwanych wzajemnie), uchylił wskazany wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach i przekazał mu sprawę do ponownego rozpoznania oraz rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.

Sąd drugiej instancji podkreślił w uzasadnieniu tego wyroku, że skuteczność oświadczenia o odstąpieniu od umowy wymaga spełnienia umownych bądź ustawowych przesłanek odstąpienia, które w razie sporu wymagają ustalenia. W § 9 ust. 1 umowy z 18 listopada 2011 r., do którego zamawiający odwołał się w piśmie z 5 stycznia 2012 r., strony postanowiły o uprawnieniu zamawiającego do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy w czterech przypadkach wskazanych w tej jednostce redakcyjnej umowy. Sąd odwoławczy, poprzednio rozpoznając sprawę, zwrócił też uwagę na podzielone przez siebie stanowisko Sądu Apelacyjnego w Katowicach, który w uzasadnieniu wyroku z 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt V ACa 17/13, wydanego w innej sprawie o zapłatę kary umownej za opóźnienie w realizacji tej samej umowy, toczącej się pomiędzy tymi samymi stronami, wyjaśnił, że to postanowienie umowy z 18 listopada 2011 r. stanowiło umowne zastrzeżenie uprawniające zamawiającego do odstąpienia od umowy w razie zwłoki wykonawcy bez wyznaczania dodatkowego terminu (art. 492 k.c.). W uzasadnieniu wyroku z 24 lipca 2014 r. wydanego w niniejszej sprawie Sąd Apelacyjny podkreślił, że naprowadzone uwagi nie oznaczają, że odstąpienie od umowy z 18 listopada 2011 r. mogło nastąpić tylko w przypadkach wskazanych w umowie. Z uwagi na charakter prawny łączącej strony więzi obligacyjnej w grę mogła wchodzić też regulacja zawarta w art. 635 k.c. Wbrew stanowisku powodów (pозwanych wzajemnych), powołanie się przez pozwaną (powódkę wzajemną) w piśmie zawierającym oświadczenie o odstąpieniu od umowy na § 9 umowy nie wyłącza oceny skuteczności odstąpienia na gruncie art. 635 k.c., zwłaszcza że w piśmie tym zamawiający powołał się również na opóźnienie w realizacji umowy. Do skuteczności oświadczenia o odstąpieniu od umowy na podstawie art. 635 k.c. nie wystarczy samo opóźnienie w realizacji dzieła, ponieważ opóźnienie musi być tego rodzaju, że eliminuje prawdopodobieństwo ukończenia dzieła w czasie umówionym. Powodowie (pозwani wzajemnie) podnieśli, że występujące opóźnienie względem harmonogramu nie wpływało na wiążące terminy realizacji umowy. Kwestia skuteczności odstąpienia od umowy nie została przesądzona

w sprawie zakończonej wyrokiem Sądu Apelacyjnego z 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt V ACa 17/13. Zatem wymagała zbadania. Ponadto, sama skuteczność oświadczenia o odstąpieniu od umowy z uwagi na opóźnienie nie powoduje automatycznie zasadności roszczenia z tytułu zastrzeżonej kary umownej. Kara umowna, będąca przedmiotem sporu, została zastrzeżona na wypadek odstąpienia od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca. Opóźnienie musi więc być zawinione, to jest być następstwem okoliczności leżących po stronie wykonawcy, za które on odpowiada. Zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy znajduje podstawę w art. 483 § 1 w związku z art. 494 k.c., gdy odstąpienie od umowy powoduje stan, który należy zakwalifikować jako niewykonanie umowy (wyrok Sądu Najwyższego z 13 czerwca 2013 r., IV CSK 668/12, niepubl.). Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Z tego względu przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej określone są przez pryzmat ogólnych przesłanek kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Dłużnik może się uwolnić od zapłaty kary umownej, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest wywołane okolicznościami, za które nie ponosi odpowiedzialności (wyroki Sądu Najwyższego: z 27 września 2013 r., I CSK 748/12, OSNC 2014, nr 6, poz. 67; z 6 października 2010 r., II CSK 180/10, niepubl.; z 18 listopada 2008 r., V CSK 385/07, niepubl.). Dłużnik, który zdaniem wierzyciela nie wykonał zobowiązania lub wykonał je w sposób nienależyty może doprowadzić do wyłączenia swojej odpowiedzialności. Wymaga to udowodnienia przez niego rzeczywistej przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, a nadto, że nie uzasadnia ona jego odpowiedzialności, bądź też wykazania, że przy wykonaniu zobowiązania dołożył należytej staranności (uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69). Zatem dla kreowania roszczeń odszkodowawczych związanych z odstąpieniem od umowy, w tym opartym na art. 635 k.c., tak na zasadach ogólnych, jak i z tytułu kary umownej będącej surogatem odszkodowania, niezbędne jest wystąpienie zawinienia po stronie wykonawcy. Ocena skuteczności odstąpienia od umowy z uwzględnieniem jego przesłanek będzie przekładała się na ocenę zasadności roszczenia z pozwu głównego, obejmującego wynagrodzenie za wykonane roboty. Poprzednio rozpoznając niniejszą sprawę, Sąd Apelacyjny nie podzielił stanowiska powodów (pозwanych wzajemnie) co do zakresu odstąpienia od umowy z 18 listopada 2011 r., w razie potwierdzenia się jego skuteczności, jako obejmującego tylko niezrealizowaną część umowy. Zwrócił uwagę, że kwestia ta stanowiła przedmiot sporu wywodzonego z tej samej umowy, który toczył się pomiędzy tymi samymi stronami, dotyczącego kary umownej za opóźnienie. Spór ten został rozstrzygnięty przywołanym już prawomocnym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt V ACa 17/13, oddalającym powództwo zamawiającego o zapłatę kary umownej zastrzeżonej na wypadek opóźnienia. Uwzględniając treść art. 491 § 2 w związku z art. 379 § 2 k.c., a także charakter stosunku prawnego łączącego strony i brak zastrzeżenia w umowie, by odstąpienie od niej mogło mieć skutek ex nunc, jak również mając na względzie zachowanie podmiotu odstępującego od umowy po złożeniu tego oświadczenia, Sąd Apelacyjny podważył stanowisko co do częściowego odstąpienia od umowy, ze skutkiem ex nunc. Wskazany wyrok z 11 kwietnia 2013 r., wydany w sprawie V ACa 17/13 Sądu Apelacyjnego w Katowicach, ma moc wiążącą, o jakiej mowa w art. 365 k.p.c. Rozstrzygnięcie tym wyrokiem determinowane było kwestią zakresu oświadczenia złożonego przez zamawiającego, ponieważ nastąpiło w sprawie między tymi samymi stronami, w której dochodzone było roszczenie z tego samego stosunku prawnego. Powodowie (pозwani wzajemnie) w niniejszej sprawie domagają się zasądzenia kwoty 408.230,41 zł tytułem wynagrodzenia za prace wykonane na podstawie umowy, odwołując się do wystawionych faktur, w których należności te zostały ujęte, oraz § 4 umowy z 18 listopada 2011 r. Zatem domagali się świadczenia z umowy, kwestionując skuteczność dokonanego odstąpienia. Skuteczne odstąpienie od umowy kształtuje nowy stan prawny między stronami w ten sposób, że od chwili złożenia oświadczenia woli w tym przedmiocie (dojścia do adresata) umowa przestaje wiązać ze skutkami ex tunc i strony nie są już zobowiązane wobec siebie do świadczeń przewidzianych w umowie, a zatem po wygaśnięciu umowy żadna z nich nie może dochodzić z niej roszczeń. Świadczenia spełnione wcześniej podlegają zwrotowi. Zachodzi konieczność rozliczenia się ze spełnionych świadczeń. Roszczenie o zwrot spełnionego świadczenia, jego wartości, jeżeli niemożliwy jest zwrot w naturze, jest odrębnym, innym rodzajowo roszczeniem, mającym inną podstawę niż roszczenie o zapłatę wynagrodzenia (wyroki Sądu Najwyższego: z 14 listopada 2008 r., V CSK 182/08, niepubl.; z 3 grudnia 2004 r., IV CK 340/04, niepubl.; z 19 listopada 2002 r., IV CKN 1451/00, niepubl.; postanowienie Sądu Najwyższego z 21 lutego 2007 r., I CSK 403/06, niepubl.). Jeżeli rozliczenie następuje na podstawie art. 494 k.c., wysokość należnego świadczenia, podlegającego zwrotowi, powinna być określona nie w oparciu o kwotę umówionego wynagrodzenia, lecz na podstawie rzeczywistej wartości wykonanych prac (uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 14 listopada 2008

r., V CSK 182/08, niepubl.). Żądanie i przytoczone na jego uzasadnienie okoliczności faktyczne wyznaczają granice orzekania sądu. Roszczenie o zwrot spełnionego świadczenia w związku z odstąpieniem od umowy oraz roszczenie o zapłatę wynagrodzenia w wysokości umówionej nie są tożsame pod względem ich podstaw materialnoprawnych, przedmiotu żądania (w pierwszej sytuacji: zwrot spełnionego świadczenia bądź jego wartości, w drugiej sytuacji: zapłata wynagrodzenia z umowy) i przesłanek ich uwzględnienia, a tym samym podstawy faktycznej tych roszczeń. Skuteczność odstąpienia od umowy o dzieło daje wykonawcy prawo dochodzenia zwrotu równowartości spełnionego świadczenia, jednakże strona powinna wyraźnie określić, że żąda oceny zgłoszonego żądania również jako roszczenia o zwrot spełnionego świadczenia w razie uznania skuteczności odstąpienia. Okoliczności faktyczne przytoczone przez powodów (pозwanych wzajemnie) w celu uzasadnienia żądania zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace (wykonanie części robót objętych umową, wystawienie faktur, wyliczenie wysokości wynagrodzenia w oparciu o § 4 umowy, bezskuteczność oświadczenia o odstąpieniu od umowy) nie mieściły w sobie zarazem okoliczności wskazujących na dochodzenie przez nich, czy to alternatywnie czy ewentualnie, żądania zwrotu równowartości spełnionego świadczenia po odstąpieniu od umowy (wyrok Sądu Najwyższego z 2 grudnia 2005 r., II CK 277/05, niepubl.).

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy, po pierwsze, zasądził od pozwanej (powódki wzajemnej) na rzecz powodów (pозwanych wzajemnie) kwotę 133.898,28 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 28 września 2012 r., oddalił w pozostałej części powództwo główne oraz orzekł o kosztach procesu z powództwa głównego i nieuiszczonych kosztach sądowych, po drugie, oddalił powództwo wzajemne oraz orzekł o kosztach procesu w sprawie z powództwa wzajemnego.

Rozstrzygnięcie oparł o następujące ustalenia faktyczne i oceny prawne.

W dniu 18 listopada 2011 r. strony zawarły „umowę w postępowaniu nr (...)”. Zgodnie z § 1 ust. 1 umowy, jej przedmiotem było: 1) usunięcie osadu mułowego (szlamu) z części osadnika wskazanej w mapce (stanowiącej załącznik nr b), zlokalizowanego na terenie zakładu górniczego pozwanej, oraz transport osadu na składowisko własne pozwanej (powódki wzajemnej), to jest zamawiającej, w minimalnej ilości 195.000-230.000 ton przy gęstości 1,3g/cm³; 2) budowa wału rozdzielającego osadnik szlamów popłuczkowych na dwie części z wykorzystaniem skały płonnej, zgromadzonej na terenie pozwanej (powódki wzajemnej); 3) budowa drogi technologicznej niezbędnej dla realizacji zadania. Powodowie (pозwani wzajemnie), działając jako wykonawca, zobowiązali się do wykonania przedmiotu umowy określonego w § 1 umowy w okresie: dla zadania nr (...) – do 30 marca 2012 r., dla zadania nr (...) – do 30 marca 2012 r. Zadanie nr (...) miało być zrealizowane w związku z postępowaniem prac objętych zadaniami nr (...) i (...) (§ 2 umowy). W § 5 ust. 2 umowy strony zawarły postanowienie, że przedmiot umowy wykonany zostanie na podstawie opracowanej przez wykonawcę technologii, organizacji robót i harmonogramu prowadzenia robót z uwzględnieniem miesięcznego wydobycia osadu stanowiącego załącznik nr (...) do umowy.

W § 8 ust. 1 umowy strony ustaliły, że wykonawca zobowiązany jest zapłacić zamawiającemu kary umowne:

- a) w wysokości 50 % wartości netto umowy, gdy strona odstąpi od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca,
- b) za opóźnienie w wykonaniu usług w wysokości 5.000 zł za każdy dzień, licząc od następnego dnia po upływie terminu określonego w umowie i harmonogramie stanowiącym załącznik nr (...),
- c) za opóźnienie w usunięciu wad lub usterek w wysokości 5.000 zł za każdy dzień liczony od dnia obustronnie ustalonego jako termin usunięcia wad i usterek.

Zgodnie z § 8 ust. 2 umowy, niezależnie od kar umownych przewidzianych w § 8 ust. 1 strony mogą dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych, do wysokości faktycznie poniesionej szkody.

W § 9 umowy strony postanowiły, że zamawiający będzie uprawniony do dostąpienia od umowy z winy wykonawcy, gdy:

- a) przewiduje to kodeks cywilny,
- b) wykonawca nie realizuje przedmiotu umowy przez okres 5 dni z winy wykonawcy,
- c) wykonawca opóźnia się w realizacji harmonogramu o co najmniej 5 dni,
- d) wykonawca nie realizuje umowy zgodnie z jej postanowieniami, pomimo pisemnego wezwania przez zamawiającego.

Załącznikiem do umowy była zatwierdzona przez pozwaną (powódkę wzajemną) technologia prac związanych z czyszczeniem osadników.

Podczas wykonywania prac okazało się, że nie sprawdza się system odwadniania przewidziany w „Technologii i organizacji” i „Projekcie budowy wału oddzielającego osadnik szlamów popłuczkowych”. Pomimo odwadniania, muły nie stabilizowały się. W połowie grudnia 2011 r. koparka, służąca powodom (pозwanym wzajemnie) do eksploatacji mułu z osadnika, zjechała na niższy poziom i zapadła się w muł. Nie było żadnej możliwości jej wyciągnięcia. Prace eksploatacyjne stawały się coraz trudniejsze, powodowie (pозwani wzajemnie) musieli poświęcać coraz więcej czasu na prace stabilizujące podłoże, kosztem eksploatacji, co spowodowało, że rosły opóźnienia względem harmonogramu.

Pismem z 8 grudnia 2011 r. powodowie (pозwani wzajemnie) poinformowali zamawiającego, że nastąpił niekontrolowany przeciek z przylegającego osadnika wód słonych i zwrócili się o udostępnienie analiz geologicznych, pomiarów geodezyjnych uwarstwienia się szlamów na osadniku.

Pismem z 19 grudnia 2011 r. zamawiający wezwał wykonawcę do natychmiastowej likwidacji szesnastodniowego opóźnienia w realizacji umowy, zgodnie z § 9 pkt 1 lit. c umowy, przedstawienia do 21 grudnia 2011 r. szczegółowego harmonogramu prac z terminami i zadaniami zawartymi w umowie w celu dotrzymania terminu umowy, przedstawienia informacji o zatrudnieniu lub podjętej współpracy z kierownikiem budowy posiadającym stosowne uprawnienia, przedstawienia referencji, jakie powodowie (pозwani wzajemnie) otrzymali od swoich kontrahentów.

W odpowiedzi, zawartej w piśmie z 28 grudnia 2011 r., powodowie (pозwani wzajemnie) wyjaśnili, że opóźnienia i brak harmonogramu robót spowodowane zostały przeciekiem wody na całym obszarze wału wód słonych do eksploatowanego osadnika. Powodowie (pозwani wzajemnie) poprosili o udostępnienie badań geotechnicznych, niezbędnych do prowadzenia dalszych prac eksploatacyjnych.

W dniu 31 grudnia 2011 r. doszło do spotkania przedstawicieli stron. Uczestnicy spotkania stwierdzili, że eksploatowanie od strony osadnika wód słonych jest praktycznie niemożliwe, a stan techniczny wału oporowego budzi szereg wątpliwości. Zgodnie uznano, że eksploatacja osadnika szlamów od strony zrzutu wody (lotniska) i posuwając się w kierunku opadu osadnika zakończonym wałem oporowym w obecnie zaistniałych warunkach geologicznych jest jedynym rozwiązaniem na bezpieczne i terminowe zakończenie prac eksploatacyjnych.

Pismem z 2 stycznia 2012 r. powodowie (pозwani wzajemnie) zwrócili się do zamawiającego z informacją, że w związku z brakiem przejazdu drogą technologiczną z osadnika szlamów na plac składowy zmuszeni zostali do wstrzymania eksploatacji osadnika z dniem 2 stycznia 2012 r., do wyjaśnienia.

W piśmie z 5 stycznia 2012 r., skierowanym do wykonawcy, pozwana (powódka wzajemna) zawarła oświadczenie o odstąpieniu od umowy z 18 stycznia 2011 r. w jej niezrealizowanej części. Jako przyczynę odstąpienia, zamawiający podał opóźnienie o 34,5 dni w realizacji umowy w stosunku do harmonogramu stanowiącego jej załącznik, wykonywanie prac niezgodnie z technologią oraz wykonywanie umowy sprzecznie z jej postanowieniami.

W piśmie z 17 stycznia 2012 r. powodowie (pозwani wzajemnie) oświadczyli, że oświadczenie zamawiającego o odstąpieniu od umowy i powołanie się na § 9 pkt 1 umowy jest bezzasadne.

Powodowie (pozwani wzajemnie) wystawili dla zamawiającego faktury VAT za przewóz kamienia do budowy drogi technologicznej i za przewóz szlamów mułowych na składowisko.

Hipotetyczna łączna wartość prac wykonanych przez powodów (pozwanych wzajemnie), obliczona przez biegłego W. M., wyniosła 200.847,43 zł.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że wyżej opisane ustalenia faktyczne poczynił na podstawie powołanych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku dokumentów oraz opinii biegłych W. M.. Jako na podstawie swych ustaleń, wskazał też na złożone w ponowionym postępowaniu w pierwszej instancji zeznania świadków J. K., A. S., W. P., T. W., R. J., M. R., P. W., C. G., B. G., J. F., S. K., P. S., P. T., S. A., A. R., P. K. (1), M. P., B. W., T. K., A. M. i J. P. (1). Wyjaśnił, że oddalił wnioski powodów (pozwanych wzajemnie) o dopuszczenie dowodu z przesłuchania stron, ponieważ jego przeprowadzenie nie wniosłoby do sprawy. Oddalił też wnioski powodów (pozwanych wzajemnie) o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa. Uznał bowiem, że opinia biegłego W. M. jest rzetelna, pełna, jasna i w sposób niebudzący wątpliwości wyjaśnia sporne kwestie. Podkreślił, że opinia ta nie została podważona, zaś upływ czasu od wykonania robót, brak dokumentów i innych dowodów spowodowałyby, że kolejna opinia byłaby subiektywna i hipotetyczna. Sąd Okręgowy uznał, że zeznania przesłuchanych świadków są wiarygodne, jako spójne z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w szczególności z opinią W. M..

Biegły W. M. stwierdził, że należy wykluczyć tezę o niekontrolowanym przecieku wód słonych z przylegającego zbiornika retencyjnego. Ściany zbiornika retencyjnego są szczelne, a wody w obydwu zbiornikach mają różny skład chemiczny. Zatem przecieku ze zbiornika nie było. Biegły wykluczył stwierdzenie o nagłym pojawieniu się jakiegoś zwiększonego dopływu wody, gdyż nie istnieje miejsce, z którego miałyby dopływać, a w czasie, w którym miałyby się pojawić zwiększony dopływ wody powodowie (pozwani wzajemnie) pozbyli się części pomp, zmniejszając ich moc o 25 %. Zdaniem biegłego, przed wykonaniem podłączenia elektrycznego powodowie (pozwani wzajemnie) prowadzili pompowanie, gdyż w tym czasie dysponowali pompą spalinową, którą oddali, kiedy mogli podłączyć pompy elektryczne. Zaprzeszając pompowania w godzinach nocnych, naruszyli technologię prowadzenia prac, która nie przewidywała żadnych przerw w pompowaniu. Prace przy usuwaniu mułów prowadzono częściowo poza terenem kopalni, co było niezgodne z umową i technologią prac. Biegły zaznaczył, że nie można wykluczyć, że jedną z przyczyn trudności w zastabilizowaniu podłoża były zaniedbania w odwodnieniu, których mogli dopuścić się powodowie (pozwani wzajemnie), zaprzestając odwadniania w nocy. Jest prawdopodobne, że była to jedna z przyczyn utopienia się koparki. Biegły jednoznacznie stwierdził, że bezpośrednią przyczyną opóźnień w prowadzonych pracach był zbyt krótki termin umowy oraz wiązana z nim, wadliwie skonstruowana technologia czyszczenia osadnika, która nie pozwoliła na przeprowadzenie skutecznego odwadniania mułów w celu osiągnięcia przez nie odpowiedniej wytrzymałości, co powodowało, że umowa była niemożliwa do realizacji w terminie określonym w umowie. Zbyt krótki okres wyznaczony na czyszczenie osadnika z mułów, wobec nieprzeprowadzenia wcześniejszych kilkumiesięcznych odwodnień osadnika w miejscu planowanych prac, spowodował, że nie było możliwości ukończenia prac w wyznaczonym terminie. Sąd Okręgowy podzielił wnioski opinii biegłego sądowego, że błędy w realizowaniu umowy z 18 listopada 2011 r. wystąpiły po obu stronach. Podstawowym błędem zamawiającego było określenie zbyt krótkiego terminu wykonania świadczenia wykonawcy. Drugim błędem było zatwierdzenie przez kierownika ruchu górniczego technologii robót sporządzonej przez wykonawcę. Głównym błędem powodów (pozwanych wzajemnie) był brak kompetencji do wykonywania prac. Nie wszystkie prace były wykonywane zgodnie z umową. Miejsce części prac znajdowało się poza miejscem wytyczonym przez zamawiającego. Reszta prac była wykonywana zgodnie z technologią, ale technologia była obciążona błędami. Jeśli chodzi o maszyny, których używali powodowie (pozwani wzajemnie), były zgodne z technologią oraz wykazem maszyn i urządzeń zatwierdzonych przez kierownika ruchu zakładu górniczego. Opóźnienie wykonania robót było następstwem tego, że nie było możliwości w tak krótkim czasie, jak określony umową, wybrać dużej ilości mułu, z uwagi na jego skład fizykochemiczny, o czym świadczy utopienie się koparki. Biegły W. M. w opinii uzupełniającej wyjaśnił, że bezpośrednią winą za przygotowanie wadliwego harmonogramu robót i technologii robót należy obciążyć zamawiającego, który określił zbyt krótki termin na oczyszczenie osadnika, pomimo tego, że dysponował wiedzą na temat właściwości fizykochemicznych mułów. Bardzo ważnym dokumentem dla wyniku postępowania okazała się ekspertyza Głównego Instytutu Górnictwa w K. (GIG) z

2003 r., ujawniona w końcowej fazie postępowania przed Sądem pierwszej instancji, którą analizował biegły sądowy. W. M. stwierdził w opinii, że wnioski zawarte w ekspertyzie GIG z 2003 r. miały istotny wpływ na termin wykonania umowy na czyszczenie osadnika, harmonogram prowadzenia prac. Z tej ekspertyzy wynika, że przed rozpoczęciem jakichkolwiek prac przy czyszczeniu osadnika konieczne należało przeprowadzić kilkumiesięczne odwadnianie, co jest związane z właściwościami fizykalnymi mułów. Niewzięcie tych wniosków pod uwagę przez pozwaną (powódkę wzajemną) przy ogłoszeniu przetargu na czyszczenie osadnika miało decydujący wpływ na późniejsze zaszczości. Czas oczyszczania osadnika, określony w postępowaniu przetargowym, był niemożliwy do spełnienia. Powodowie (pozwanii wzajemnie) opracowali harmonogram prowadzenia robót w nawiązaniu do warunków wskazanych w postępowaniu przetargowym, żeby wywiązać się z umowy w określonym terminie.

Sąd Okręgowy stwierdził, że umowa, o którą chodzi w procesie, była umową o dzieło.

Zgodnie z art. 627 k.c., przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia.

Kwestia sporna między stronami sprowadza się do skuteczności złożonego przez zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy i zasadności naliczenia kary umownej oraz roszczenia odszkodowawczego powodów (pozwanym wzajemnie).

W myśl art. 635 k.c., 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.

Dłużnik może się uwolnić od zapłaty kary umownej, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które nie ponosi odpowiedzialności. Zatem dla roszczeń odszkodowawczych związanych z odstąpieniem od umowy niezbędne jest wystąpienie winy po stronie wykonawcy.

Strona, która odstepuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy, a druga strona obowiązana jest to przyjąć, z tym że strona, która odstepuje od umowy, może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, lecz również na zasadach ogólnych naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania (art. 494 § 1 k.c.). Sąd Okręgowy dodał, że zwrot świadczenia na rzecz konsumenta powinien nastąpić niezwłocznie (art. 494 § 2 k.c.).

Sąd Okręgowy uznał, że pozwana (powódka wzajemna) skutecznie odstąpiła od umowy z 18 listopada 2011 r. na podstawie jej § 9 ust. 2. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy zostało wysłane listem poleconym w dniu 9 stycznia 2012 r. Powodowie (pozwanii wzajemnie) oświadczyli, że otrzymali pismo w dniu 12 stycznia 2012 r.

Sama skuteczność odstąpienia od umowy z uwagi na opóźnienie nie powoduje automatycznie zasadności roszczenia z tytułu kary umownej. Kara umowna została zastrzeżona na wypadek odstąpienia od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca. Opóźnienie musi być zawinione, a więc być następstwem okoliczności leżących po stronie wykonawcy, za które on odpowiada. Skuteczność odstąpienia od umowy kształtuje nowy stan prawny między stronami, umowa przestaje wiązać ze skutkiem *ex tunc*, strony nie są zobowiązane wobec siebie do świadczeń przewidzianych w umowie, zachodzi konieczność rozliczenia się ze spełnionych świadczeń w oparciu o art. 494 k.c., na podstawie rzeczywistej wartości wykonanych prac (wyrok Sądu Najwyższego z 14 listopada 2008 r., V CSK 182/08, niepubl.). W przypadku rozliczenia dokonywanego na podstawie art. 494 k.c. wysokość należnego świadczenia podlegającego zwrotowi powinna zostać określona nie w oparciu o kwotę umówionego wynagrodzenia, lecz na podstawie rzeczywistej wartości wykonanych prac.

Jak o tym była mowa, Sąd Okręgowy podzielił wnioski opinii biegłego sądowego W. M., który stwierdził, że obie strony ponoszą winę za opóźnienie w realizacji umowy, z tym że zamawiający zawinił w 2/3, natomiast wykonawca zawinił w 1/3. Zamawiający zawinił tym, że źle określił termin wykonania prac oraz zatwierdził wadliwą technologię ich wykonania, podaną przez wykonawcę, natomiast wykonawca zawinił przez to, że podjął się prac, mimo że nie

miał odpowiednich kwalifikacji i doświadczenia. Ponieważ wartość prac wykonanych przez powodów (pозwanych wzajemnych) wyniosła 200.847,43 zł, należne im wynagrodzenie stanowi 2/3 części tej kwoty, czyli 133.898,28 zł.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Sąd Okręgowy uwzględnił powództwo główne w zakresie kwoty 133.898,28 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie (art. 627 k.c. i art. 481 k.c.), oddalając je w pozostałej części.

Zgodnie z § 8 ust. 1 umowy z 18 listopada 2011 r., wykonawca zobowiązany jest zapłacić zamawiającemu karę umowną w wysokości 50 % wartości netto umowy, gdy ten odstąpi od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca. Sąd Okręgowy podkreślił, że obie strony ponoszą winę za nienależyte wykonanie umowy, czyli za okoliczności, z powodu których doszło do odstąpienia od umowy. Jednakże strony w umowie nie przewidziały możliwości obciążania karą umowną w przypadku winy obu stron. W tej sytuacji powództwo wzajemne, obejmujące zapłatę kary umownej za niewykonanie zobowiązania podlegało oddaleniu, jako bezzasadne.

Orzeczenie o kosztach procesu Sąd Okręgowy umotywował treścią art. 98 k.p.c.

W apelacji i piśmie z 21 listopada 2017 r. powodowie (pозwani wzajemnie) wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku w części oddalającej powództwo główne przez jego uwzględnienie oraz zasądzenie kosztów postępowania we wszystkich dotychczasowych instancjach, ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Zarzucili naruszenie przepisów postępowania:

1) przez poczynienie istotnych ustaleń faktycznych sprzecznie z treścią zebranego materiału dowodowego, mianowicie że:

a) ponoszą częściową odpowiedzialność za niewykonanie umowy, podczas gdy z materiału wynika, że jest to następstwem zatajenia przez zamawiającego warunków geologicznych i hydrologicznych w osadniku szlamów popłuczkowych,

b) wartość wykonanych prac wynosi 200.847,43 zł, podczas gdy z załączonych faktur i zeznań świadka D. R. (1) wynika zakres prac wykonanych w większym rozmiarze, zgodnym z wartościami wskazanymi w fakturach VAT, natomiast biegły W. M. stwierdził, że wartość wyliczona przez niego jest hipotetyczna,

c) pozwana (powódka wzajemna) skutecznie odstąpiła od umowy, mimo że w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd Okręgowy wskazał, że główną winę za niewykonanie w pełni przedmiotu umowy ponosi zamawiający i że oświadczenie o odstąpieniu oparte zostało na § 9 ust. 2 umowy, w którym zawarto postanowienie uprawniające zamawiającego do jednostronnego rozwiązania umowy, a nie w drodze odstąpienia od umowy;

2) art. 233 § 1 w związku z art. 227 k.p.c. przez:

a) pominięcie zeznań świadków, którzy zgodnie stwierdzili, że w trakcie realizacji umowy nastąpił niekontrolowany przeciek wód słonych do osadnika eksploatowanego przez powodów (pозwanych wzajemnie), a to znacznie utrudniało wykonanie świadczenia i doprowadziło do wstrzymania wydobywania szlamu na polecenie zamawiającego, przez co opóźnienie było niezawinione przez wykonawcę,

b) niedokonanie wszechstronnej oceny zeznań świadków i pism do zamawiającego o udostępnienie dokumentacji geologicznej, która umożliwiłaby zmianę technologii wydobywania mułu z osadnika, a także notatki z 31 grudnia 2011 r., podpisanej przez przedstawicieli zamawiającego, z której wynika, że przeciek wód słonych do eksploatowanego osadnika uniemożliwia jego bezpieczną eksploatację i dalsze wydobywanie w miejscu wskazanym przez pozwaną (powódkę wzajemną) nie jest możliwe,

- c) oparcie się na wypowiedzi biegłego W. M., który w wyjaśnieniach złożonych na rozprawie stwierdził o częściowej odpowiedzialności powodów (pozwanych wzajemnie) za opóźnienie w wykonaniu prac, podczas gdy jest to sprzeczne z pozostałym materiałem dowodowym, w tym z treścią opinii pisemnej,
 - d) błędną ocenę dowodu z opinii biegłego W. M., który sprzecznie z pozostałym materiałem dowodowym wykluczył wyciek słonych wód do osadnika szlamów popłuczkowych,
 - e) nieuwzględnienie, że wartości wskazane przez biegłego są podane w kwotach netto, bez uwzględnienia należnego podatku VAT, którego potrzebę doliczenia biegły wskazał w opinii uzupełniającej,
 - f) pominięcie przeprowadzonych przez Sąd Okręgowy dowodów z zeznań świadków, gdy poprzednio prowadził postępowanie w pierwszej instancji,
 - g) uznanie wszystkich dowodów za wiarygodne, pomimo zachodzących różnic w ich treści;
- 3) art. 224 § 1 w związku z art. 227 w związku z art. 233 § 1 k.p.c. przez nieprzeprowadzenie części zgłoszonych dowodów;
 - 4) art. 328 § 2 k.p.c. przez brak analizy zeznań przesłuchanych świadków i dokumentów oraz wybiórcze wskazanie dowodów, na których oparł się Sąd Okręgowy;
 - 5) art. 98 § 1 i 3 w związku z art. 108 § 2 k.p.c. przez ich błędne zastosowanie i nieprzedstawienie sposobu rozliczenia kosztów.

Zarzucili także naruszenie prawa materialnego, mianowicie:

- 1) art. 639 k.c. przez jego niezastosowanie, mimo ich gotowości wykonania świadczenia w całości,
- 2) art. 395 § 2 w związku z art. 494 k.c. przez ich błędne zastosowanie i uznanie, że nie przysługuje im roszczenie o wynagrodzenie, lecz o zwrot wartości rzeczywiście wykonanych prac, sprzecznie z § 9 ust. 2 umowy, w którym strony postanowiły, że w razie rozwiązania umowy wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za zrealizowane prace, co nie wyklucza dochodzenia odszkodowania za szkodę wyrządzoną wykonawcy,
- 3) art. 491 § 2 k.c. przez jego niezastosowanie i przyjęcie, że pozwana (powódka wzajemna) odstąpiła od całej umowy, podczas gdy odstąpienie od umowy mogło odnieść skutek tylko w zakresie obejmującym niewykonane świadczenie, przez co w odniesieniu do części wykonanej rozliczenie powinno nastąpić na podstawie umowy,
- 4) art. 627 k.c. w związku z § 9 ust. 2 umowy i art. 491 § 2 k.c. przez nieuprawnione pomniejszenie wynagrodzenia za wykonane prace o 1/3 ich wartości.

W odpowiedzi na apelację pozwana (powódka wzajemna) wniosła o oddalenie apelacji strony przeciwnej i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Z kolei pozwana (powódka wzajemna) w apelacji wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w części uwzględniającej powództwo główne przez jego oddalenie i zasądzenie kosztów procesu oraz o zmianę zaskarżonego wyroku w części oddalającej powództwo wzajemne przez jego uwzględnienie i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

W zakresie dotyczącym orzeczenia o powództwie głównym zarzuciła naruszenie przepisów postępowania, mianowicie:

- 1) art. 233 k.p.c. przez:
 - a) nieuwzględnienie, że biegły W. M. uznał w opinii, że kwotę 26.683,87 zł, jako zapłaconą przez pozwaną (powódkę wzajemną), należy odjąć od wyliczonej przez niego wartości wykonanych prac, a tym samym od 133.898,28 zł należało odliczyć 26.683,87 zł,

b) ustalenie, że wartość wykonanych prac wyniosła 200.847,43 zł, mimo braku podstawy do dokonania takiego ustalenia na podstawie opinii biegłego W. M., który podkreślił, że jest to wartość obciążona dużym błędem,

2) art. 316 k.p.c. przez wydanie wyroku bez uwzględnienia stanu rzeczy istniejącego w chwili wyrokowania wskutek pominięcia zapłaty kwoty 26.683,87 zł,

3) art. 328 § 2 k.p.c. przez niewskazanie przyczyn, dla których Sąd Okręgowy odmówił wiarygodności opinii biegłego W. M. w zakresie, w jakim wyjaśnił, że kwotę 133.898,28 zł należy pomniejszyć o 26.683,87 zł,

4) art. 98 k.p.c. przez jego niewłaściwe zastosowanie oraz art. 100 k.p.c. przez jego błędne niezastosowanie i w efekcie niedokonanie stosunkowego rozdziału kosztów.

W zakresie dotyczącym orzeczenia rozstrzygającego o powództwie wzajemnym zarzuciła naruszenie prawa materialnego, mianowicie:

1) art. 65 § 2 k.c. przez wadliwą wykładnię § 8 ust. 1 umowy z 18 listopada 2011 r. i bezzasadne uznanie, że strony nie przewidziały możliwości obciążenia karą umowną w razie winy obu stron;

2) art. 483 § 1 k.c. w związku z § 8 ust. 1 lit. a umowy przez jego niezastosowanie, mimo udowodnienia okoliczności, za które powodowie (pозwani wzajemni) ponoszą winę, jak brak kompetencji do wykonania prac, wykonywanie prac poza wytyczonym miejscem, realizacja prac niezgodnie z technologią przez zaprzestanie pompowania w godzinach nocnych, co uprawniało zamawiającego do odstąpienia od umowy z uwagi na okoliczności zawinione przez wykonawcę, a to na podstawie § 9 ust. 1 lit. d umowy z 18 listopada 2011 r.

Powodowie (pозwani wzajemni) wnieśli o odrzucenie apelacji strony przeciwnej w zakresie kwestionującym orzeczenie o uwzględnieniu powództwa głównego w części przekraczającej kwotę 26.683,81 zł oraz o oddalenie apelacji pozwanej (powódki wzajemnej) w pozostałym zakresie, jak też o zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Sąd Apelacyjny podziela tylko te ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy, których w dalszej części niniejszego uzasadnienia nie zakwestionuje i tylko te, jako prawidłowe, przyjmuje za swoje, uzupełniając je w oparciu o niżej wskazane dowody.

Jedynie apelacja powodów (pозwanych wzajemnie) zasługiwała na uwzględnienie, tyle że częściowe. Natomiast apelacja strony przeciwnej w całości okazała się bezzasadna.

Wobec stanowiska powodów (pозwanych wzajemnie) należy wyjaśnić, że zakres zaskarżenia wyroku Sądu pierwszej instancji apelacją pozwanej (powódki wzajemnej) nie budził wątpliwości Sądu Apelacyjnego. Ta strona procesu zaskarżyła wyrok Sądu Okręgowego w tej części, w jakiej uwzględniono nim powództwo główne do kwoty 133.898,28 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie i w całości oddalono nim powództwo wzajemne o zapłatę kwoty 687.340,65 zł. Jednoznacznie wskazuje na to podana w tej apelacji wartość przedmiotu zaskarżenia (821.240 zł) i wniosek apelacji. Wartość przedmiotu zaskarżenia odpowiada sumie kwot 133.898,28 zł i 687.340,65 zł, czyli – odpowiednio – zasądzonej części świadczenia pieniężnego dochodzonego pozwem głównym i całego świadczenia objętego powództwem wzajemnym, zaokrąglonej w górę do pełnej dziesiątki (821.238,93 zł; 821.240 zł). Z kolei wnioskiem apelacji ta strona procesu objęła zmianę zaskarżonego wyroku, po pierwsze, w części uwzględniającej powództwo główne przez jego oddalenie w całości, po drugie, w części oddalającej powództwo wzajemne przez jego uwzględnienie w całości. Poza tym, jak pozwana (powódka wzajemna) podkreśliła w piśmie z 22 listopada 2016 r. (k. 1311), zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w uzasadnieniu apelacji umotywowowała między innymi błędną oceną opinii biegłego W. M. i ustaleniem na podstawie tego dowodu, że wartość prac wykonanych przez powodów (pозwanych wzajemnie) wynosi 200.847,43 zł, mimo że sam opiniujący podkreślił, że jest to wartość obciążona dużym błędem.

W § 9 ust. 2 umowy z 18 listopada 2011 r. strony postanowiły, że: „Zamawiający może rozwiązać umowę w każdym czasie za pisemnym oświadczeniem złożonym Wykonawcy. W takim wypadku Wykonawcy przysługiwać będzie prawo do otrzymania wynagrodzenia za zrealizowaną już część zadań 1-3”. W apelacji powodowie (pozwani wzajemnie) zakwestionowali prawidłowość przyjęcia przez Sąd Okręgowy, że pozwana (powódka wzajemna) skutecznie odstąpiła od umowy na tej podstawie. Ustalając treść umowy z 18 listopada 2011 r. w zakresie postanowienia uprawniającego zamawiającego do odstąpienia od umowy, Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazał na to, że w § 9 umowy strony postanowiły, że zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy w przypadku, gdy: 1) przewiduje to kodeks cywilny, 2) wykonawca nie realizuje przedmiotu umowy przez okres 5 dni z winy wykonawcy, 3) wykonawca opóźnia się w realizacji harmonogramu o co najmniej 5 dni, 4) wykonawca nie realizuje umowy zgodnie z jej postanowieniami, pomimo pisemnego wezwania przez zamawiającego. Tym samym ustalił treść postanowienia zawartego w § 9 ust. 1 lit. a-d umowy (k. 23). Poprzednio rozpoznając sprawę, Sąd Apelacyjny wyjaśnił, że w § 9 ust. 1 umowy z 18 listopada 2011 r., do którego pozwana (powódka wzajemna) odwołała się w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy, zawartym w piśmie z 5 stycznia 2012 r., strony postanowiły o uprawnieniu zamawiającego do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy w czterech przypadkach wskazanych w tej jednostce redakcyjnej umowy. W ówczesnej wypowiedzi Sądu Apelacyjnego nie chodziło o zagadnienie faktyczne (treść określonego postanowienia umowy), lecz o zagadnienie prawne, jakim jest wykładnia umowy, czyli o ocenę prawną. W tej kwestii art. 386 § 6 k.p.c. (w brzmieniu obowiązującym przed 7 listopada 2019 r., które ma zastosowanie w sprawie, jak wynika z art. 9 ust. 4 ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz U. poz. 1469 z późn. zm.) stanowił, że ocena prawna wyrażona w uzasadnieniu wyroku sądu drugiej instancji wiąże zarówno sąd, któremu sprawa została przekazana, jak i sąd drugiej instancji, przy ponownym rozpoznaniu sprawy, chyba że nastąpiła zmiana stanu prawnego. Ponieważ w zakresie teraz omawianym (art. 65 k.c.) zmiana taka nie nastąpiła, przywołana ocena prawna wiąże Sąd Apelacyjny przy ponownym rozpoznaniu sprawy. Uznanie, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy z 18 listopada 2011 r. z przyczyny określonej w jej § 9 ust. 1 jest skuteczne wymagałoby więc wykazania, że wystąpiła wskazana w tej jednostce redakcyjnej umowy okoliczność faktyczna, uprawniająca zamawiającego do odstąpienia od umowy i że okoliczność ta jest zawiniona przez wykonawcę. Jednak konieczne byłoby uprzednie ustalenie, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy zostało oparte na jednej z podstaw określonych w § 9 ust. 1 umowy. Wykładnia § 9 umowy z 18 listopada 2011 r. musi uwzględniać, że składa się z więcej niż jedna jednostek redakcyjnych, treściowo różnych od siebie. Tym samym okoliczności wchodzące w zakres ust. 1 i ust. 2 § 9 umowy muszą się od siebie różnić, w przeciwnym razie zbędny byłby ust. 2 w § 9 umowy, a żadna ze stron tak nie twierdziła. W piśmie z 5 stycznia 2012 r. pozwana (powódka wzajemna) wskazała na konkretne przyczyny odstąpienia od umowy (k. 83). Po pierwsze, opóźnienie o 34,5 dni w realizacji umowy w stosunku do harmonogramu stanowiącego jej załącznik. Po drugie, wykonywanie prac niezgodnie z technologią, polegające na niestworzeniu i niezabezpieczeniu właściwych warunków organizacyjnych i technicznych gwarantujących zespołom ciągłość pracy. Po trzecie, wykonywanie prac niezgodnie z technologią w zakresie przestrzegania zakresu prac przy konserwacji osadnika mułów, polegające na niezapewnieniu właściwego sprzętu i urządzeń. Po czwarte, wykonywanie umowy sprzecznie z jej postanowieniami, to jest: a) wprowadzenie na teren zakładu górniczego osób bez stosownych dopuszczeń, b) brak wyposażenia pracowników w kaski ochronne na terenie prowadzonych prac, c) brak realizacji umowy przy udziale uprawnionego kierownika budowy do dnia 21 grudnia 2011 r., d) brak koordynacji oraz nadzoru powodów (pozwanych wzajemnie) nad prowadzonymi pracami. W piśmie z 5 stycznia 2012 r. dodała, że w prowadzonej wcześniej korespondencji bezskutecznie wezwała wykonawcę do usunięcia wyżej wskazanych uchybień. Zatem przyczyny złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy jednoznacznie nawiązują do § 9 ust. 1 umowy, w myśl którego zamawiający został uprawniony do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy, gdy: a) przewiduje to kodeks cywilny, b) wykonawca nie realizuje przedmiotu umowy przez okres 5 dni, c) wykonawca opóźnia się w realizacji harmonogramu o co najmniej 5 dni, d) wykonawca nie realizuje umowy zgodnie z jej postanowieniami, pomimo pisemnego wezwania przez zamawiającego. Gdy w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy jest mowa o opóźnieniu w realizacji umowy względem harmonogramu o 34,5 dni, chodzi o przyczynę określoną w § 9 ust. 1 lit. c (co najmniej 5-dniowe opóźnienie wykonawcy w realizacji świadczenia względem harmonogramu). Natomiast gdy w tym oświadczeniu mowa jest o wykonywaniu prac niezgodnie z technologią, w obu wypadkach chodzi o przyczynę wskazaną w § 9 ust. 1 lit. d umowy (wykonawca nie realizuje umowy zgodnie z jej postanowieniami, pomimo

pisemnego wezwania przez zamawiającego). Dotychczasowa wypowiedź Sądu odwoławczego pozwala sformułować wniosek, że pozwana (powódka wzajemna) złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy oparte na § 9 ust. 1 umowy. Co więcej, pozwana (powódka wzajemna) przyznała to w apelacji, wprost wywodząc w niej o odstąpieniu od umowy na podstawie § 9 ust. 1 lit. d umowy. Jak wyjaśnił to Sąd drugiej instancji, gdy poprzednio rozpoznawał niniejszą sprawę, odwołując się w tej kwestii do prawomocnego wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 11 kwietnia 2013 r. w sprawie o sygnaturze akt V ACa 17/13, oświadczenie o odstąpieniu od umowy na podstawie § 9 ust. 1 umowy – w razie jego skuteczności – wywołałoby swój efekt wstecznie, obejmując swym zakresem także wykonaną część umowy (art. 386 § 6 k.p.c. i art. 365 k.p.c.). Naprowadzone uwagi zwalniają od dalszej wypowiedzi odnośnie do § 9 ust. 2 umowy, ponieważ w okolicznościach sprawy nie jest to konieczne dla jej rozstrzygnięcia, skoro oświadczenie o odstąpieniu od umowy nie zostało oparte na postanowieniu zawartym w tej jednostce redakcyjnej umowy. Z tej przyczyny nie zachodzi potrzeba analizowania zakresu odstąpienia od umowy z 18 listopada 2011 r. na podstawie wywodzonej z jej § 9 ust. 2.

Jak o tym była mowa, skuteczność oświadczenia o odstąpieniu od umowy z 18 listopada 2011 r. strony uzależniły od tego, czy wykonawca ponosi winę za wystąpienie okoliczności uprawniających zamawiającego do złożenia oświadczenia w tym przedmiocie w oparciu o § 9 ust. 1 umowy.

W. M., biegły z zakresu geologii, hydrogeologii, geologii górniczej i górnictwa w zakresie hydrologii, w opinii zasadniczej wskazał, że w miejscu, o które chodzi w sprawie, poziom wód gruntowych znajduje się na rzędnej między +239 m i +240 m nad poziomem morza, około 4-5 m poniżej poziomu gruntu w osadniku. Wykluczył jednak zasilanie osadnika wodami przepływających w pobliżu rzek B. i W.. Podkreślił, że w czasie oględzin osadnika (3 września 2015 r.) stwierdził, że znajdują się w nim zbiorniki wodne, które są uwidocznione na mapie hydrograficznej według stanu z 31 grudnia 2014 r. Podniósł, że gdyby istniał kontakt hydrauliczny pomiędzy wodami w zbiorniku mułów i ciekami powierzchniowymi, woda z osadnika spływałaby do rzek, a na powierzchni osadnika nie byłoby zbiorników wodnych. Wykluczył też niekontrolowany przeciek wód słonych do osadnika szlamu z przylegającego zbiornika retencyjnego. Jego zdaniem, obie próbki poddane analizie zostały pobrane ze zbiornika retencyjnego. Wątpliwości biegłego wzbudziło to, że wyniki analiz próbek wody są zbyt zgodne. Wyjaśnił też, że w razie migracji wody przez wał zbudowany z łupków kopalnianych następowaloby wypłukiwanie chlorków ze skał tworzących wał, tym samym większa byłaby zawartość chlorków. Poza tym miał na względzie wyniki ekspertyzy opracowanej kilka miesięcy po zaprzestaniu przez powodów (pозwanych wzajemnie) wykonywania prac, o jakie chodzi w niniejszej sprawie, która dotyczyła stanu wałów zbiornika wód słonych, wykonanej na zlecenie pozwanej (powódki wzajemnej). Mianowicie w lipcu 2012 r., autorzy opracowania wykonanego w zakładzie projektowym Z. M., który jest geologiem złożowym i hydrogeologiem, ustalili, że stan techniczny obwałowań zbiornika wód słonych jest dobry („Ocena stanu technicznego obwałowań zbiornika wód słonych w K.”, k. 855-864). Zdaniem biegłego W. M., przeciwko tezie o hydraulicznym połączeniu pomiędzy zbiornikiem retencyjnym (zbiornikiem wód słonych) i osadnikiem mułów (szlamów popłuczkowych) świadczy też różnica poziomu wody w tych zbiornikach, która jest wskazana na mapie hydrograficznej z 31 grudnia 2014 r. i którą stwierdził podczas oględzin. Powodowie (pозwani wzajemnie) podnieśli, że konkluzja opinii biegłego o nieprzenikaniu do osadnika wód zewnętrznych jest sprzeczna z materiałem dowodowym. W notatce ze spotkania przedstawicieli stron na miejscu wykonywania prac, do którego doszło 31 grudnia 2011 r., wskazano, po oględzinach terenu osadnika szlamów, że stwierdzono silną przenikalność wód słonych do eksploatowanego zbiornika, praktycznie uniemożliwiająca jego bezpieczną eksploatację (k. 82). Spośród sześciu uczestników tego spotkania w niniejszej sprawie przesłuchano pięciu, co nastąpiło już wtedy, kiedy Sąd Okręgowy pierwszy raz rozpoznawał tę sprawę. Mianowicie w charakterze świadków przesłuchano trzech pracowników zamawiającego (B. G., P. K. (1) i C. G.) oraz osobę, która w czasie realizowania prac, o które chodzi w sprawie, współpracowała z wykonawcą (M. R.). Natomiast w charakterze strony przesłuchany został E. B.. Świadek B. G. (kierownik ruchu (...) spółki z o.o. w C.) zeznał, że w wyniku oględzin w dniu 31 grudnia 2011 r. stwierdzono zalanie wodą terenu prac i że późniejsze analizy wskazały, że prawdopodobnie przeciek nastąpił do osadnika przez warstwę żwirów, na których osadnik był posadowiony (zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 28 sierpnia 2013 r., k. 533). Świadek P. K. (1) (zastępca kierownika ruchu (...) spółki z o.o.) nie zaprzeczył treści notatki z 31 grudnia 2011 r. (zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 28 sierpnia 2013 r., k. 533). Świadek C. G. (kierownik zakładu przeróbczego (...) spółki z o.o.) zeznał, że w osadniku, który był częścią obiektów zakładu przeróbczego, nastąpił „dosyć duży wpływ wody” i początkowo

wydawało się, że są to „wody podskórne” albo że woda dostaje się ze zbiornika wód słonych poprzez wał dzielący, którego wykonawca nie uszkodził (zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 24 czerwca 2013 r., k. 452). Także świadek M. R. zeznał o przenikaniu wód do osadnika (zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 24 czerwca 2013 r., k. 452). Również powód (pозwany wzajemny) E. B. zeznał o napływie wody (zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 30 września 2013 r., k. 573). Na ten temat, oprócz uczestników spotkania z 31 grudnia 2011 r., zeznali też inni świadkowie, gdy Sąd Okręgowy pierwszy raz rozpoznawał niniejszą sprawę. Świadkowie P. K. (2), będący pracownikiem B. W., który był podwykonawcą powodów (pозwanych wzajemnie), A. S., W. P. i M. F., którzy byli pracownikami powodów (pозwanych wzajemnie), zeznali o dużym napływie wody bądź ze zbiornika wody słonej (P. K. (2), A. S., M. F.), bądź „z wszystkich stron, to jest spod wału, spod starej hałdy, spod zbiornika, trudno powiedzieć” (W. P.) – zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 19 kwietnia 2013 r., (k. 435). Zeznając już wtedy, świadkowie P. K. (2) i A. S. zaprzeczyli możliwości uszkodzenia wału z uwagi na odległość od miejsca wykonywanych prac do miejsca, w którym znajduje się wał. Świadek R. J., będący pracownikiem powodów (pозwanych wzajemnie) zeznał, że „wał nie wytrzymał i woda nas zalewała” oraz zaprzeczył możliwości uszkodzenia wału z uwagi na odległość między miejscem wykonywania prac i wałem (zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 24 czerwca 2013 r., k. 452). Teraz wskazani świadkowie zeznali o odległości między wałem rozdzielającym zbiornik wód słonych i osadnik szlamów popłuczkowych a miejscem wykonywania prac w osadniku, że wynosiła powyżej 20 m do 35 m. Jak już to naprowadzono, także świadek C. G. (kierownik zakładu przerobczego, stanowiącego część (...) spółki z o.o., którego składnikiem jest osadnik) zeznał o nieuszkodzeniu wału przez wykonawcę. Uszkodzeniu przypory wału zaprzeczyła też świadek A. R. (k. 955-956), inspektor w dziale ochrony terenu górniczego pозwanej (powódki wzajemnej), która z grupą podległych jej pracowników pозwanej (powódki wzajemnej) wykonywała czynności w terenie prac wykonywanych przez powodów (pозwanych wzajemnie). Świadek P. S., będący podwykonawcą (...) spółki z o.o. w L., która była podwykonawcą powodów (pозwanych wzajemnie), zeznał, że „przyszła woda i koparkę zalało” oraz zaprzeczył uszkodzeniu wału (zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 24 czerwca 2013 r., k. 452). Także świadek J. K., pracownik powodów (pозwanych wzajemnie), zeznał o przesączaniu się wody ze zbiornika z wodą słoną, zależnie od poziomu wody w nim (zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 24 czerwca 2013 r., k. 452). Z kolei świadek D. R. (1), w czasie realizowania umowy, o którą chodzi w procesie, będący pracownikiem pозwanej (powódki wzajemnej), zeznał w sposób odosobniony od zeznań innych świadków, że wykonawca naruszył przyporę wału w zbiorniku wód słonych oraz że to z tej przyczyny wody przeciekały przez wał i że woda napierała także z samego osadnika szlamów, w którym były wykonywane prace (zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 28 sierpnia 2013 r., k. 533). Świadek B. W., podwykonawca powodów (pозwanych wzajemnie), zeznał, że woda wypływała od strony zbiornika wód słonych (zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 28 sierpnia 2013 r., k. 533). Także świadek P. W., członek zarządu (...) spółki z o.o. w L., będącej podwykonawcą powodów (pозwanych wzajemnie), zeznał o napływie wód ze zbiornika wód słonych (zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 30 września 2013 r., k. 573). Zeznając na rozprawie w dniach 20 stycznia 2015 r., 17 marca 2015 r. i 11 czerwca 2015 r., kiedy Sąd Okręgowy ponownie rozpoznawał sprawę, świadkowie J. K. (k. 784-785), A.S. (k. 785-786), W. P. (k. 786-787), R. J. (k. 895-896), M. R. (k. 896), C. G. (k. 897-898), P. W. (k. 896-897), B. G. (k. 898), P. S. (k. 899), P. K. (1) (k. 956) i D. R. (1) (k. 956-957) nie dodali nic nowego w kwestii, o której teraz mowa. M. F. nie zeznał ponownie, ponieważ cofnięty został wniosek o jego przesłuchanie (k. 958).

Świadek S.A., kierownik działu mierniczo-geologicznego w zakładzie pозwanej (powódki wzajemnej), nie miał informacji o tym, czy występował przeciek wody słonej do osadnika szlamu, ale go wykluczył, zeznając, że w czasie realizacji prac przez powodów (pозwanych wzajemnie) woda była gromadzona w zbiorniku wód słonych, jej zrzut do W. nastąpił dopiero w styczniu 2012 r. (zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 28 sierpnia 2013 r. oraz k. 955).

Z notatki z 31 grudnia 2011 r. i przedstawionych dowodów osobowych, poza zeznaniem świadka S. A., jednoznacznie wynika, że w czasie realizowania prac przez powodów (pозwanych wzajemnie) wystąpiła tego rodzaju obecność wody w osadniku szlamów popłuczkowych (mułów), która uniemożliwiała wykonywanie prac. Uwagę Sądu Apelacyjnego zwróciło, że niezależnie od przyczyny tego stanu rzeczy przedstawiciele zamawiającego, obecni na spotkaniu w dniu 31 grudnia 2011 r., nie stwierdzili w notatce z tego spotkania odbytego na miejscu realizacji zadania, że przyczyna ta

została wywołana przez wykonawcę. Do takiego wniosku nie prowadzą też ich zeznania, o których wyżej była mowa. Wcześniej omówione dowody nie mogą więc stanowić podstawy do ustalenia, że przyczyna ta została wywołana przez wykonawcę. Przyczyna tego stanu rzeczy, jako nieoczywista w okolicznościach faktycznych sprawy, została poddana analizie przez biegłego, ponieważ jej wyjaśnienie wymagało wiadomości specjalnych.

Jeśli chodzi o zeznania świadków M. P. (k. 956), A. M. (k. 1188) i J. P. (1) (k. 1189-1190), dotyczą one sporządzenia przez nich opracowań na zlecenie powodów (pozwanych wzajemnie), do których ta strona procesu odwołała się przy formułowaniu stanowiska odnośnie do przyczyn występowania wody w osadniku szlamów popłuczkowych. Świadek M. P., geolog prowadzący działalność gospodarczą w zakresie badań geotechnicznych, autor opracowania z 2013 r. (k. 627-634), zeznał, że stan osadnika sprawdził w 2013 r. i wówczas stwierdził napór wody słodkiej, a nie słonej, co doprowadziło go do wniosku, że istnieje przepływ wód powierzchniowych z pobliskiej rzeki B. i że jego zdaniem w czasie wykonywania prac przez powodów (pozwanych wzajemnie) występował napływ wód dennych (k. 956), ponieważ, jak stwierdził we wspomnianej ekspertyzie, grunt, na którym położony jest osadnik, znajduje się poniżej poziomu wód gruntowych (k. 633). Natomiast świadkowie A. M. (geolog i geofizyk) oraz J. P. (1) (inżynier górnictwa), współautorzy opracowania z 2016 r. (k. 1160-1169), zeznali, że nie mieli dostępu do akt sądowych i nie byli na terenie zbiornika oraz że w swoim opracowaniu opierali się jedynie na dokumentach przedstawionych im przez powodów (pozwanych wzajemnie), w tym korzystali z opracowania M. P.. Na tej podstawie w opracowanej przez siebie ekspertyzie odnieśli się do opinii biegłego W. M. (zeznania świadków A. M. i J. P. (1) – k. 1188-1189). W ekspertyzie z 2016 r. A. M. i J. P. (1) sformułowali konkluzję o nadmiernym zawilgoceniu osadów dennych wywołanych: 1) zjawiskiem przesączania dennego, 2) właściwościami fizykomechanicznymi osadów, o jakich była mowa w ekspertyzie GIG z 2003 r. Ekspertyzy opracowane przez M. P. oraz przez A. M. i J. P. (1), o których teraz była mowa, muszą być uznane za wyraz stanowiska procesowego powodów (pozwanych wzajemnie), a nie za dowody w sprawie. Z odwołania się do tych ekspertyz wynika, że powodowie (pozwani wzajemnie) nie zgadzają się z tą konkluzją opinii biegłego W. M., w której wykluczył on napływ wód zewnętrznych do osadnika, obejmując tym wnioskiem także zasilanie osadnika wodami rzek przepływających w pobliżu osadnika (B. i W.). Biegły W. M. z przyczyn, o których była już mowa, uznał, że w osadniku znajdowały się jedynie wody zgromadzone w osadonym mule, o określonych właściwościach fizykomechanicznych, ze względu na które osadnik wymagał osuszania przez 3-4 miesiące przed przystąpieniem do jego eksploatacji.

Biegły W. M. w opinii zasadniczej, obok innego materiału, analizował opracowanie, którego autorem jest świadek M. P.. Uczynił to w kontekście możliwości ustabilizowania gruntu, którego wilgotność wzrastała z głębokością zalegania mułu w osadniku, który – około poziomu 3 m poniżej poziomu terenu – zmieniał się w niestabilną pulpę. Wykluczając niekontrolowany przeciek wód słonych do osadnika szlamu z przylegającego zbiornika retencyjnego (zbiornika wód słonych), biegły W. M., posługując się wynikami ekspertyzy GIG z 2003 r., doszedł do wniosku o niewłaściwym założeniu zamawiającego w przedmiocie czasu odwadniania i stabilizacji gruntów, które w tym celu wymagały trwającego 3-4 miesiące odwadniania osadnika przed przystąpieniem do jego eksploatacji.

Trzeba zwrócić uwagę, że z opinii biegłego W. M. nie wynika, że przyczyna wcześniej wskazanego wystąpienia wody w osadniku, uniemożliwiającego bezpieczne prowadzenie prac, obciąża powodów (pozwanych wzajemnie). Co więcej, opinia tego biegłego stanowi podstawę do ustalenia istotnego znaczenia informacji wynikających z treści ekspertyzy GIG z 2003 r. dla określenia czasu i technologii osuszania osadnika, koniecznego do przeprowadzenia przed eksploatacją osadnika. Powodowie (pozwani wzajemnie) jej nie znali, ponieważ pozwana (powódka wzajemna) nie ujawniła jej wykonawcy. Wywód biegłego W. M. o zaniechaniu przez wykonawcę pompowania wody w nocy oparty był wyłącznie na zeznaniach świadka B. W. i warunkowany był wiarygodnością dowodu z zeznań tego świadka. W ocenie Sądu Apelacyjnego w odniesieniu do tej kwestii dowód z zeznań świadka B. W. nie jest wiarygodny. Świadek B. W. – sprzecznie z tym, co wynika z dokumentów znajdujących się w aktach niniejszej sprawy w odniesieniu do liczby oraz wydajności pomp spalinowych i elektrycznych, których najemcą wykonawca był w okresie od listopada 2011 r. do 16 stycznia 2012 r., kiedy wziął je w najem od Przedsiębiorstwa Produkccyjno-Handlowo-Usługowego (...) spółki z o.o. w U. (k. 493 i 1035) – początkowo zeznał o wykorzystywaniu tylko jednej „pompki” do pompowania wody czystej, kupionej przez powodów (pozwanych wzajemnie) w hipermarkecie budowlanym za 200 zł (zapis

obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 28 sierpnia 2013 r., k. 533). Gdy jednak zeznawał ponownie, na rozprawie w dniu 11 czerwca 2015 r., mówił już o 1-2 pompach oraz że nie pompowano w nocy, ponieważ zdarzało się, że rano stwierdzał zalanie wykopu, a kiedy w dzień pompowano, wtedy było sucho (k. 957-958). Jego zeznania w omawianej kwestii są sprzeczne ze sobą oraz relacjonują przypuszczenia odnośnie do przyczyny występowania napierającej wody w osadniku, gdy powodowie (pозwani wzajemnie) wykonywali tam prace. Ponownie zeznając, świadek B. W., który od końca listopada 2011 r. do początku stycznia 2012 r. na miejscu wykonywania prac był 15-20 razy, nie mówił już o niewłaściwej pompie do wody czystej, kupionej w hipermarkecie, ale o 1-2 pompach, które w dzień pracowały i że widział je działające. Przypuszczał, że zdarzało się, że nocą nie były włączone, skoro niekiedy rano w wykopach znajdowała się woda. Z zeznania świadka B. W. jednoznacznie wynika, że przedstawił wynik swojego wniosku co do przyczyny występowania wody w wykopach w osadniku, to jest swoje przypuszczenie o przyczynie tego stanu. W tym zakresie zeznanie świadka B. W. nie ma więc mocy dowodowej, jako nie obejmujące faktu. Z kolei świadek D. R. (1) zeznał, że wykonawca pompował wodę sporadycznie, ale jednocześnie zeznał, że w okresie listopad-grudzień 2011 r. był tylko 8-krotnie na terenie wykonywanych prac (k. 957). Natomiast zeznania innych świadków, którzy bezpośrednio brali udział w nadzorowaniu działania pomp nocą, czy stróżowaniu nocą, bądź stwierdzali pompowanie wody bezpośrednio po tym, kiedy pojawiali się rano na miejscu wykonywania prac, wskazują na całodobowe pompowanie wody (W. P., A.S. i M. F. – zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 19 kwietnia 2013 r., k. 435; P. S. i J. K. – zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 24 czerwca 2013 r., k. 452; M. R. – zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 24 czerwca 2013 r., k. 452, a także protokół rozprawy z 17 marca 2015 r., k. 898; R. J. – protokół rozprawy z 17 marca 2015 r., k. 895). Na podstawie ostatnio wskazanych dowodów z zeznań świadków Sąd Apelacyjny poczynił więc ustalenie, że woda była pompowana całodobowo.

Jak o tym była mowa, biegły W. M. przedstawił wniosek o naruszeniu technologii prowadzenia prac przez wykonawcę poprzez zaniechanie pompowania nocą wody jedynie w razie przyjęcia założenia o prawdziwości zeznań świadka B. W.. Eliminując to założenie z uwagi na dokonaną ocenę zeznania tego świadka, pozostaje ustalenie, że zalewanie osadnika wodą wystąpiło, mimo całodobowego pompowania wody. Z opinii biegłego wynika więc jedyna przyczyna zalewania osadnika, którą było nagromadzenie wody w mułach znajdujących się w nim, które wymagały długiego, trwającego 3-4 miesiące odwadniania przed rozpoczęciem eksploatacji osadnika w celu odpowiedniej stabilizacji mułów z uwagi na ich właściwości fizykomechaniczne. Już w opinii zasadniczej biegły stwierdził, że brak odpowiedniej stabilizacji mułów był przyczyną wszystkich opóźnień oraz zatopienia koparki. Teren był bowiem ustabilizowany tylko w części przypowierzchniowej, po usunięciu której prowadzenie prac powinno być wstrzymane na kilka miesięcy, do całkowitego odpompowania wody i ustabilizowania podłoża. Jak bowiem biegły W. M. wyjaśnił, potwierdzając to w pisemnej opinii uzupełniającej, technologia prac, przygotowana przez wykonawcę, nie uwzględniała wyników ekspertyzy GIG z 2003 r., które zamawiający nie ujawnił wykonawcy. Także harmonogram prac określony w umowie nie był dostosowany do tych warunków, o jakich mowa jest w opracowaniu GIG z 2003 r. Te wnioski opinii biegłego W. M. są stanowcze. Biegły oparł się na swojej wiedzy i doświadczeniu zawodowym. W opracowanych przez siebie opiniach przedstawił rozumowanie, które doprowadziło go do omawianej konkluzji. Nie ma podstaw do przyjęcia, że rozumowanie to uchybia zasadom logicznego rozumowania. Brak też podstaw do zakwestionowania rzetelności tego biegłego. Jeśli chodzi o ocenę opinii W. M. w zakresie przyczyn zalewania osadnika, krytyka tego dowodu przez powodów (pозwanych wzajemnie) prowadziła do tego, czy ten stan rzeczy był wywołany jedną przyczyną (przenikanie wody zewnętrznej, czyli spoza osadnika do niego) czy dwoma przyczynami (poza przenikaniem wody zewnętrznej także nieprzeprowadzenie kilkumiesięcznego odwadniania przed przystąpieniem do eksploatacji osadnika). Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy istotne jest, czy powodowie (pозwani wzajemnie) odpowiadają za przyczynę zalewania osadnika, która stała się przyczyną opóźnień w realizacji przedmiotu umowy z 18 listopada 2011 r. Tego pozwana (powódka wzajemna) nie wykazała. Zatem nie ma potrzeby analizowania, czy opóźnienie niezawinione przez powodów (pозwanych wzajemnie) zostało wywołane tylko nadmiernym zawilgoceniem osadów dennych, które z uwagi na ich właściwości fizykomechaniczne przed przystąpieniem do eksploatacji osadnika powinny być poddane osuszaniu przez 3-4 miesiące czy też inną jeszcze przyczyną, równoległą występującą, polegającą na skutkach przenikania do osadnika wód zewnętrznych, za którą też nie ponoszą oni odpowiedzialności. Każdorazowo chodziłoby o przyczynę opóźnienia realizacji prac, za którą nie sposób odpowiedzialnością obciążyć powodów (pозwanych wzajemnie). Pozwana (powódka wzajemna) nie wykazała, by powodowie (pозwani wzajemnie) uszkodzili

wał (przyporę wału) między zbiornikiem wody słonej i osadnikiem szlamów popłuczkowych oraz że to z tej przyczyny osadnik był zalewany w takim stopniu, że mimo wykonywania prac zgodnie z technologią ilość występującej wody opóźniła realizację przedsięwzięcia. Odmienne zeznanie D. R. (1) w tym przedmiocie, to jest że powodowie (pозwani wzajemnie) uszkodzili przyporę wału jest odosobnione i niezgodne z konkluzją opinii biegłego, który to wykluczył. Pozwana (powódka wzajemna) nie przedstawiła umowy o prace naprawcze wału, jakie byłyby wykonane w razie jego uszkodzenia. Sprzeczne z doświadczeniem życiowym byłoby przyjęcie, że prace naprawcze wału zostały zrealizowane nieodpłatnie przez kolejnego wykonawcę (P.H.U. (...) spółka jawna w W.) i to wyłącznie na polecenie sztygara zatrudnionego przez zamawiającego (zeznanie świadka B. S., zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 28 sierpnia 2013 r.). Umowa, jaką 9 stycznia 2012 r. pozwana (powódka wzajemna) zawarła z kolejnym wykonawcą (P.H.U. (...) spółka jawna w W.), była przecież identyczna z treścią umowy stron procesu w zakresie świadczenia niepieniężnego, które kolejny wykonawca miał wykonać do 30 kwietnia 2012 r., a także w zakresie wynagrodzenia za to świadczenie (k. 222-227). Umowa z 9 stycznia 2012 r. realizowana była przez około rok (zeznanie świadka T. K., k. 958) i nie zakończyła się wybudowaniem wału rozdzielającego osadnik szlamów popłuczkowych na dwie części (opinia zasadnicza biegłego W. M.). Przedmiot następnej umowy i wynagrodzenie dla kolejnego wykonawcy nie obejmowały naprawy przypory wału rozdzielającego zbiornik wody słonej i osadnik mułu po pracach prowadzonych przez powodów (pозwanych wzajemnych). Poza tym przedsiębiorca górniczy przed pracami naprawczymi przypory wału, które prowadzone byłyby w 2012 r., musiałby w sposób niewątpliwy ustalić, że doszło do uszkodzenia wymagającego naprawy. Jednakże dowodów takiej okoliczności (ustalenia w 2011 r. czy w 2012 r. przez zamawiającego, że wykonawca uszkodził przyporę wału) powódka (pозwana wzajemna) w niniejszym procesie nie złożyła. Z tej przyczyny nie sposób uznać za wiarygodne zeznań świadków T. K. i B. S. o umocnieniu brzegu zbiornika wód słonych, jako pracach naprawczych po uszkodzeniach przypory wału, jakie miałyby być następstwem działania powodów (pозwanych wzajemnie) – zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 28 sierpnia 2013 r. Uszkodzenie wału nie wynika też zeznań świadków J. F. (zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 23 sierpnia 2013 r. oraz k. 898) i S. K. (zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 23 sierpnia 2013 r. oraz k. 899), którzy zajmowali się wydobyciem mułu z tego samego osadnika w późniejszym czasie niż powodowie (pозwani wzajemnie).

Pozwana (powódka wzajemna) nie zakwestionowała ustalenia Sądu Okręgowego, że powodowie (pозwani wzajemnie), z uwagi na zalewanie osadnika wodami, pismami z 8 i 28 grudnia 2011 r. bezskutecznie zwrócili się do zamawiającego o udostępnienie analiz geologicznych, pomiarów geodezyjnych uwarstwienia się szlamów w celu zweryfikowania technologii. Odpowiadając na pierwsze z nich, pismem z 19 grudnia 2011 r. pozwana (powódka wzajemna) wezwała wykonawcę do natychmiastowej likwidacji opóźnienia w realizacji umowy, zgodnie z § 9 pkt 1 lit. c umowy, przedstawienia do 21 grudnia 2011 r. szczegółowego harmonogramu prac z terminami i zadaniami zawartymi w umowie w celu dotrzymania umówionego terminu, przedstawienia informacji o zatrudnieniu lub podjętej współpracy z kierownikiem budowy mającym stosowne uprawnienia, a także przedstawienia referencji, jakie powodowie (pозwani wzajemnie) otrzymali od swoich kontrahentów. W piśmie z 28 grudnia 2011 r. (k. 81 i 1171) powodowie (pозwani wzajemnie) wyjaśnili, że opóźnienia i brak harmonogramu robót spowodowane zostały przeciekami wody na całym obszarze wału wód słonych do eksploatowanego osadnika i ponownie zwrócili się o udostępnienie badań geotechnicznych, jako niezbędnych do prowadzenia dalszych prac eksploatacyjnych. Powodowie (pозwani wzajemnie) przekazali pozwanej (powódce wzajemnej) rekomendacje, którymi dysponował podwykonawca ((...) spółka z o.o. – zeznanie P. W., zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 30 września 2013 r.) i wskazali na M. K., jako kierownika budowy, powołując się na wcześniej przesłaną drogą elektroniczną dokumentację dotyczącą jego uprawnień (pismo z 28 grudnia 2011 r.). W kontekście rekomendacji i kompetencji podwykonawcy, którym powodowie (pозwani wzajemnie) posługiwali się przy wykonywaniu umówionego świadczenia należy dodać, że zwróciło uwagę Sądu Apelacyjnego zeznanie świadka C. G. (kierownika zakładu przerobczego, stanowiącego część (...)spółki z o.o., którego składnikiem jest osadnik), że na budowie był często, praktycznie codziennie i nie stwierdził niekompetencji wykonawcy (k. 897-898). Podkreślić trzeba, że także mimo wezwania zawartego w piśmie z 28 grudnia 2011 r. pozwana (powódka wzajemna) nie przekazała wykonawcy żądanych informacji o wynikach badań geotechnicznych. W dniu 31 grudnia 2011 r. doszło do spotkania przedstawicieli obu stron, z którego została spisana notatka, o której była już mowa. W jej treści wskazano na brak badań geotechnicznych i na silną przenikalność wód (słonych), które praktycznie uniemożliwiły bezpieczną eksploatację osadnika. Przede wszystkim jednak w

notatce ze spotkania z 31 grudnia 2011 r. przedstawiciele stron wskazali na sposób eksploatacji osadnika, który zapewni bezpieczne i terminowe zakończenie prac. W dniu 2 stycznia 2012 r. wystąpiła jednodniowa przeszkoda w korzystaniu z drogi technologicznej od strony pasa startowego lotniska, prowadzącej z osadnika szlamów na plac składowy, wywołana decyzją podmiotu prowadzącego lotnisko (... Park (...)), które sąsiaduje z osadnikiem, po czym wykonawca prowadził dalsze prace (pismo wykonawcy z 2 stycznia 2012 r., k. 215; zeznania świadków: P. K. (2), W. P., M. F. – zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 19 kwietnia 2013 r.; M. R. – zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 24 czerwca 2013 r.; D. R. (1), B. W. – zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 28 sierpnia 2013 r.; P. T. – zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 13 września 2013 r.; przesłuchanie powoda T. G. – zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 30 września 2013 r.).

Zatem przyczyna opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy nie obciąża wykonawcy. W technologii prac, którą przygotowali powodowie (pозwani wzajemnie), wykonawca nie mógł bowiem uwzględnić nieznaney mu ekspertyzy GIG z 2003 r., której zamawiający nie ujawnił ani przed zawarciem umowy z 18 listopada 2011 r., ani nawet w trakcie jej realizowania, mimo wezwania go do przedstawienia odpowiedniej dokumentacji. Z tej właśnie przyczyny, że wykonawca nie znał ekspertyzy GIG z 2003 r. harmonogram prac objęty umową, którą zawarł, nie był dostosowany do tych warunków, o jakich mowa jest w opracowaniu GIG. Dodać trzeba, że pozwana (powódka wzajemna) zatwierdziła technologię prac opracowaną przez wykonawcę, a to przecież w jej dyspozycji znajdowała się ekspertyza GIG z 2003 r. Po wyeliminowaniu zaniechania pompowania wody nocami, o czym była już mowa, opinia biegłego W. M. stanowi podstawę do ustalenia, że powodowie (pозwani wzajemnie) nie naruszyli technologii prowadzenia prac. Ta zaś już w uwagach wstępnych, dotyczących konserwacji osadnika szlamów popłuczkowych, przewidywała udział przedstawicieli zamawiającego w analizie pochodzenia wody w razie jej nadmiernego napływu w toku prac i co do ich dalszego prowadzenia (k. 26-33).

Sąd Apelacyjny ustalił, co było przedmiotem wcześniejszej wypowiedzi, że 2 stycznia 2012 r. wystąpiła jednodniowa przeszkoda w korzystaniu przez wykonawcę z drogi technologicznej od strony pasa startowego lotniska, prowadzącej z osadnika szlamów na plac składowy. Przyczyną tego stanu rzeczy była decyzja podmiotu prowadzącego lotnisko sąsiadujące z osadnikiem. Po ustaniu tej przyczyny, niezawinionej przez powodów (pозwanych wzajemnie), wykonawca dalej prowadził prace. Oznacza to, że w chwili składania oświadczenia o odstąpieniu od umowy, która wówczas była wykonywana, nie wystąpiła ta przyczyna odstąpienia, o której mowa w § 9 lit. b umowy (zawinione przez wykonawcę nierealizowanie przedmiotu umowy przez 5 dni).

Pozostałe przyczyny odstąpienia od umowy, wskazane w oświadczeniu z 5 stycznia 2012 r., dla jego skuteczności, wymagały nie tylko wykazania ich wystąpienia z winy wykonawcy, ale także tego, że po pisemnym wezwaniu przez zamawiającego powodowie (pозwani wzajemnie) nie przystąpili do realizowania umowy z 18 listopada 2011 r. zgodnie z jej postanowieniami. W tym kontekście trzeba wskazać, że w raporcie z wizji w terenie robót, jaką pracownicy zamawiającego (D. R. (1) i I. B.) przeprowadzili 2 grudnia 2011 r., stwierdzono posługiwanie się przez powodów (pозwanych wzajemnie) sprzętem niewyszczególnionym w wykazie dopuszczenia do pracy oraz osobami, które nie zostały ujęte w wykazie ich pracowników (k. 368). Kontrola ta została przeprowadzona na zlecenie świadka P. T., który uczestniczył w nadzorowaniu prac dotyczących wydobycia szlamu (k. 954). W § 6 ust. 1 umowy pozwana (powódka wzajemna) wskazała bowiem P. T. jako osobę odpowiedzialną z jej strony za realizację i nadzór umowy. Powołując się na raport z tej kontroli, pozwana (powódka wzajemna) pismem z 8 grudnia 2011 r. wezwała wykonawcę do usunięcia z terenu robót osób niewskazanych w technologii prac, a ponadto do realizacji zadania zgodnie z zasadami BHP i „stosownymi przepisami wewnętrznymi”, podnosząc niewyposażenie pracowników w kaski ochronne, jak również wezwała wykonawcę do likwidacji opóźnienia (k. 370). Pozwana (powódka wzajemna) nie wykazała, że powodowie (pозwani wzajemnie), gdy otrzymali pismo z 8 grudnia 2011 r., nie usunęli z terenu robót osób nieuprawnionych do przebywania tam oraz że osoby wykonujące świadczenie obciążające powodów (pозwanych wzajemnie) nadal nie były wyposażone w kaski ochronne. Biegły W. M. wskazał na to, że maszyny, których używali powodowie (pозwani wzajemnie), były zgodne z technologią oraz wykazem maszyn i urządzeń zatwierdzonych przez kierownika ruchu zakładu górniczego. W kolejnym piśmie (z 19 grudnia 2011 r.), w którym pozwana (powódka wzajemna) nawiązała do pisma z 8 grudnia 2011 r., zamawiający nie podnosił już posługiwania się przez wykonawcę osobami

niewskazanymi w technologii prac, braku kasków ochronnych, czy korzystania ze sprzętu niewyszczególnionego w wykazie dopuszczenia do pracy (o czym zresztą nie było mowy w piśmie z 8 grudnia 2011 r., mimo uwag w raporcie z 2 grudnia 2011 r., który z kolei nie zawierał stwierdzenia braku wyposażenia pracowników w kaski ochronne, co jednak stało się przedmiotem pisma z 8 grudnia 2011 r.). Tym samym w materiale sprawy nie ma dokumentu, który byłby podstawą do ustalenia, że powodowie (pозwani wzajemnie) po doręczeniu im pisma z 8 grudnia 2011 r. posługiwali się osobami niewskazanymi w technologii prac oraz że od tej chwili osoby realizujące to świadczenie wykonawcy nie były wyposażone w kaski ochronne przy wykonywaniu prac. Dowody osobowe przeprowadzone w toku niniejszego procesu też nie stanowią podstawy do poczynienia stanowczych ustaleń w tym przedmiocie, już choćby wobec niemożności osadzenia w czasie informacji na ten temat zawartych w zeznaniach świadków powołanych przez pozwaną (powódkę wzajemną). Jeśli zaś chodzi o sprzęt niezgłoszony zamawiającemu, pismo z 8 grudnia 2011 r. milczało na ten temat, podobnie jak pismo z 19 grudnia 2011 r. Jak o tym była mowa we wcześniejszych uwagach Sądu Apelacyjnego, powodowie (pозwani wzajemnie) zastosowali się do wezwania zawartego w piśmie z 19 grudnia 2011 r. do przedstawienia zamawiającemu informacji o zatrudnieniu kierownika budowy z odpowiednimi uprawnieniami oraz do przedstawienia żądanych referencji. W omówionych pismach pozwanej (powódki wzajemnej) nie było mowy o wykonywaniu prac poza miejscem określonym w umowie. Już z tej przyczyny nie można więc mówić o bezskuteczności wezwania do usunięcia uchybień w tym przedmiocie, jakie stały się przedmiotem zeznań świadków S.A. (k. 955) i A. R. (k. 956) o miejscu realizacji prac.

Podsumowując dotychczasowe uwagi, pozwana (powódka wzajemna) nie wykazała, że z winy powodów (pозwanych wzajemnie) wystąpiły okoliczności uprawniające ją do odstąpienia od umowy w oparciu o jej § 9 ust. 1 lit. b-d (nierealizowanie przedmiotu umowy przez 5 dni; co najmniej 5-dniowe opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy; nierealizowanie umowy zgodnie z jej postanowieniami, mimo pisemnego wezwania przez zamawiającego do usunięcia uchybień).

Jeśli chodzi o postanowienie zawarte w § 9 ust. 1 lit. a umowy z 18 listopada 2011 r. (uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy, gdy przewiduje to kodeks cywilny), Sąd Apelacyjny, poprzednio rozpoznając sprawę, wyjaśnił, że to postanowienie umowy z 18 listopada 2011 r. stanowiło umowne zastrzeżenie uprawniające zamawiającego do odstąpienia od umowy w razie zwłoki wykonawcy bez wyznaczania dodatkowego terminu (art. 492 k.c.). Jednak pozwana (powódka wzajemna) nie udowodniła zwłoki wykonawcy, skoro nie wykazała, żeby powodowie (pозwani wzajemnie) odpowiadali za przyczynę w uchybieniu terminowi realizacji ciężącego na nich świadczenia.

Skoro prawidłowe określenie harmonogramu i technologii prac wymagało uwzględnienia danych zawartych w ekspertyzie GIG z 2003 r., a tych zamawiający nie udostępnił wykonawcy i mimo to zatwierdził technologię, choć – jak stwierdził biegły W. M. – pozwana (powódka wzajemna) miała właściwe służby do oceny technologii prac, nie sposób zasadnie twierdzić, że powodowie (pозwani wzajemnie) ponoszą winę za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy. Przypisanie powodom (pозwanym wzajemnie) części winy (1/3) oparte jest na braku niezbędnej wiedzy i doświadczenia, co miało się przełożyć na opracowaną przez nich technologię prac. Abstrahuje to od zatwierdzenia technologii przez zamawiającego oraz od doświadczenia podwykonawcy w wykonywaniu tego rodzaju prac, jakie należało wykonać dla realizacji przedmiotu umowy.

Jak już była mowa, do przyjęcia skuteczności oświadczenia o odstąpieniu od umowy na podstawie art 635 k.c. nie jest wystarczające samo wystąpienie opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy. Opóźnienie musi być tego rodzaju, że eliminuje prawdopodobieństwo ukończenia dzieła w czasie umówionym. Zgodnie z art. 635 k.c., ta okoliczność ma być przyczyną złożenia przez zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Żeby jednak zasadnie mówić, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy złożone zostało na tej podstawie, musi z okoliczności danej sprawy wynikać, że taka właśnie była przyczyna złożenia przez zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy, to znaczy, że skorzystał z tego konkretnego uprawnienia, jakie wynika z art. 635 k.c. Inaczej mówiąc, z tej tylko przyczyny, że doszło do opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy nie można w abstrakcji od okoliczności towarzyszących złożeniu przez zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy z 18 listopada 2011 r. przyjąć, że taka właśnie była podstawa tego oświadczenia. W tym kontekście nabiera znaczenia, że powodowie (pозwani wzajemnie) podnieśli, że występujące

opóźnienie względem harmonogramu nie wpływało na wiążące terminy realizacji umowy. Z materiału dowodowego sprawy nie wynika, że w chwili składania oświadczenia o odstąpieniu od umowy z 18 listopada 2011 r. osoby uprawnione do reprezentacji pozwanej (powódki wzajemnej), wchodzące w skład jej zarządu (J. P. (2) i K. Ł.), które w jej imieniu złożyły oświadczenie o odstąpieniu od umowy, miały na względzie nieprawdopodobieństwo wykonania przez powodów (pозwanych wzajemnie) jej przedmiotu w czasie umówionym. Nie wynika to przecież z notatki ze spotkania z 31 grudnia 2011 r. Przeciwnie, jej treść prowadzi do wniosku, że obecni na tym spotkaniu przedstawiciele zamawiającego, pełniący istotne funkcje kierownicze w strukturze organizacyjnej zamawiającego (B. G. – kierownik ruchu zakładu (...) spółki z o.o., P. K. (1) – zastępca kierownika ruchu zakładu (...) spółki z o.o., C. G. – kierownik zakładu przerobczego (...) spółki z o.o.), odpowiadający za ruch zakładu górniczego i funkcjonowanie tej części zakładu górniczego, w skład której wchodził osadnik mułu, uznali wtedy (5 dni przed nadaniem przez zamawiającego przesyłki zawierającej pismo do wykonawcy z oświadczeniem o odstąpieniu od umowy), że możliwe jest dochowanie przez powodów (pозwanych wzajemnie) terminu realizacji przedmiotu umowy. Pozwana (powódka wzajemna) nie wykazała w procesie, że od 31 grudnia 2011 r. do chwili nadania do wykonawcy pisma zawierającego oświadczenie o odstąpieniu od umowy (5 stycznia 2012 r.) nastąpiła jakakolwiek zmiana okoliczności, która pozwałaby przyjąć, że 5 stycznia 2012 r. uznawała, że nie jest prawdopodobne, żeby wykonawca zdołał wykonać przedmiot umowy w czasie umówionym i że to właśnie z tej przyczyny odstąpiła od umowy. Nie wynika to z zeznań świadka P. T., pracownika pozwanej (powódki wzajemnej), będącego koordynatorem projektu wydobywania mułu i zagospodarowania zbiornika szlamu, który wypowiedział się na temat znaczenia terminowości prac przy eksploatacji zbiornika dla funkcjonowania zakładu górniczego (zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 13 września 2013 r. oraz k. 954), zwłaszcza gdy zestawie jego zeznania z naprowadzonym już ustaleniem, że kolejny wykonawca miał obowiązek wykonania zadania do końca kwietnia 2012 r., ale zawarła przez siebie i pozwaną (powódkę wzajemną) umowę z 9 stycznia 2012 r. realizował przez około rok. Trafnie powodowie (pозwani wzajemnie) podnieśli, że z czasu realizowania świadczenia przez kolejnego wykonawcę (P.H.U. (...) spółkę jawną w W.) nie wynika bezproblemowość realizacji świadczenia, jak zeznał świadek D.R. (1) (k. 957). Podsumowując ten wątek, nie ma dowodu, który stanowiłby podstawę ustalenia, że przyczyną złożenia przez pozwaną (powódkę wzajemną) oświadczenia z 5 stycznia 2012 r. o odstąpieniu od umowy z 18 listopada 2011 r. było to, że dla zamawiającego w dniu 5 stycznia 2012 r. stało się jasne, że opóźnienie w realizacji przedmiotu tej umowy było tego rodzaju, że nie jest prawdopodobne, żeby wykonawca zdołał go zrealizować w czasie umówionym i że właśnie z tej, a nie z innej przyczyny odstępuje od umowy, zabezpieczając swój interes w sposób wynikający z art. 635 k.c. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie można więc przyjąć, że pozwana (powódka wzajemna) odstąpiła od umowy z 18 listopada 2011 r. na podstawie art. 635 k.c. Dla tej konkluzji nie ma znaczenia, że w toku niniejszego procesu ustalono w oparciu o opinię biegłego W. M., że z uwagi na niedochowanie wymagań wynikających z ekspertyzy GIG z 2003 r. wykonanie przedmiotu umowy w umówionym czasie nie było możliwe. Pozwana (powódka wzajemna) w ogóle nie miała tych wymagań na uwadze, gdy składała oświadczenie o odstąpieniu od umowy z 18 listopada 2011 r., skoro w tamtym czasie ani wprost, ani w sposób dorozumiany nie powołała się na ekspertyzę GIG z 2003 r., którą ujawniła dopiero w toku niniejszego procesu, gdy sprawę ponownie rozpoznawano w pierwszej instancji. Nie może więc teraz wskazane ustalenie, dokonane na podstawie opinii biegłego W. M. w oparciu o treść ekspertyzy GIG z 2003 r., w sposób ahistoryczny stać się podstawą przyjęcia, że w czasie realizacji umowy z 11 listopada 2011 r. pozwana (powódka wzajemna) doszła do wniosku, że nie jest prawdopodobne, żeby wykonawca zdołał wykonać przedmiot umowy w czasie umówionym i że to z tej przyczyny odstępuje od umowy. Tak jest tym bardziej, że czasu wymaganego na przeprowadzenie uprzedniego osuszenia osadnika, to jest przed przystąpieniem do realizacji przedmiotu umowy z 18 listopada 2011 r., pozwana (powódka wzajemna) nie uwzględniła również w umowie z kolejnym wykonawcą (P.H.U. (...) spółką jawną w W.). Prowadzi to do wniosku, że także konieczność uprzedniego osuszenia osadnika (przez 3-4 miesiące), wynikająca z ekspertyzy GIG z 2003 r., nie może być uznana za tę okoliczność, którą zamawiający przyjmował za uprawdopodobniającą, że powodowie (pозwani wzajemni) nie zdołają wykonać przedmiotu umowy w czasie umówionym i że właśnie z tej przyczyny zamawiający odstąpił od umowy z 18 listopada 2011 r. Zatem pozwana (powódka wzajemna) nie wykazała, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy z 18 listopada 2011 r. złożyła z jakichkolwiek innych przyczyn niż wskazane w § 9 ust. 1 umowy, a te w żaden sposób nie były równoznaczne z tym, co wynika z art. 635 k.c., mimo wskazania w oświadczeniu z 5 stycznia 2011 r. opóźnienia jako jednej z przyczyn odstąpienia od umowy.

Dotychczasowe uwagi prowadzą do konkluzji, że oświadczenie pozwanej (powódki wzajemnej) z 5 stycznia 2011 r. o odstąpieniu od umowy z 18 listopada 2011 r. nie miało oparcia w okolicznościach, za które odpowiada wykonawca. Już to prowadzi do wniosku o bezzasadności apelacji pozwanej (powódki wzajemnej) w tej części, która dotyczy rozstrzygnięcia o powództwie wzajemnym, obejmującym żądanie zapłaty kwoty 687.340,65 zł tytułem kary umownej za odstąpienie od umowy. Pozwana (powódka wzajemna) nie wykazała bowiem przesłanki powstania roszczenia o karę umowną za odstąpienie od umowy (art. 483 § 1 k.c.), skoro strony postanowiły, że obowiązek jej zapłaty wystąpi, gdy zamawiający odstąpi od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca (§ 8 ust. 1 lit. a umowy). Nie mogła więc powstać przysługująca jej względem powodów (pозwanych wzajemnie) wierzytelność o zapłatę kary umownej za odstąpienie od umowy z 18 listopada 2011 r., skoro oświadczenie o odstąpieniu nie było skuteczne, a w razie swej skuteczności musiałoby zasadać się na przyczynach, za które odpowiedzialiby powodowie (pозwani wzajemnie). Zwalnia to od dalszego analizowania zarzutów apelacji pozwanej (powódki wzajemnej) w zakresie, w jakim zakwestionowała rozstrzygnięcie o powództwie wzajemnym. W okolicznościach sprawy nie ma bowiem potrzeby dokonywania wykładni § 8 ust. 1 lit. a umowy z 18 listopada 2011 r. w kierunku wskazanym przez tę stronę procesu, to jest czy strony przewidziały możliwość obciążenia wykonawcy karą umowną w razie winy obu stron (art. 65 § 2 k.c.). Jak o tym była mowa, wykluczona jest przecież wina powodów (pозwanych wzajemnie), a oświadczenie o odstąpieniu od umowy nie wywołało skutku.

Dotychczasowe uwagi Sądu drugiej instancji odnoszą się także do części zarzutów apelacji powodów (pозwanych wzajemnie). Dotyczy to tych zarzutów, które za przedmiot mają naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez: 1) poczynienie istotnych ustaleń faktycznych sprzecznie z treścią zebranego materiału dowodowego, mianowicie że a) ponoszą oni częściową odpowiedzialność za niewykonanie umowy, b) pozwana (powódka wzajemna) skutecznie odstąpiła od umowy, 2) pominięcie zeznań świadków dotyczących przyczyny nadmiernego występowania wody w osadniku, 3) niedokonanie wszechstronnej oceny zeznań świadków oraz dowodów z dokumentów w postaci pism do zamawiającego o udostępnienie dokumentacji geologicznej i notatki z 31 grudnia 2011 r., 4) oparcie się na sprzecznej z pozostałym materiałem dowodowym wypowiedzi biegłego W. M., który składając na rozprawie wyjaśnienia do opinii stwierdził o częściowej odpowiedzialności powodów (pозwanych wzajemnie) za opóźnienie w wykonaniu prac, 5) błędną ocenę dowodu z opinii tego biegłego, który sprzecznie z pozostałym materiałem dowodowym wykluczył wyciek słonych wód do osadnika szlamów popłuczkowych, 6) pominięcie przeprowadzonych przez Sąd Okręgowy dowodów z zeznań świadków, gdy poprzednio prowadził postępowanie w pierwszej instancji, 7) uznanie wszystkich dowodów za wiarygodne, pomimo zachodzących różnic w ich treści.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że czyniąc ustalenia oparł się na dowodach z dokumentów i opinii biegłego W. M.. Wprawdzie wskazał też na zeznania świadków, których dane wymienił w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, ale uczynił to w oderwaniu od konkretnych okoliczności faktycznych, które ustalił, powołując w odniesieniu do nich niosobowe dowody stanowiące podstawę danego ustalenia faktycznego. Taki sposób powołania dowodów osobowych nie pozwala powiązać konkretnego faktu, który byłby ustalony w oparciu o dany dowód tego rodzaju. Sąd Okręgowy nie zaprezentował oceny tych dowodów, a nie wszystkie były ze sobą zbieżne treściowo. Tymczasem z art. 328 § 2 k.p.c. w brzmieniu sprzed 7 listopada 2019 r., które ma zastosowanie w sprawie, wynikał nakaz wskazania dowodów, na których oparł się Sąd Okręgowy ustalając fakty, które uznał za udowodnione, a także przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej. Zgodzić się więc trzeba z podniesionym przez powodów (pозwanych wzajemnie) zarzutem naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w brzmieniu sprzed 7 listopada 2019 r.

Ponieważ oświadczenie pozwanej (powódki wzajemnej) o odstąpieniu od umowy nie wywołało zamierzonego skutku, rozliczenie między stronami musi nastąpić w oparciu o umownie ustalone wynagrodzenie tak w zakresie zrealizowanej części świadczenia, jak i w części niezrealizowanej. W zakresie niezrealizowanego świadczenia zastosowanie ma art. 639 k.c., zgodnie z którym zamawiający nie może odmówić zapłaty wynagrodzenia mimo niewykonania dzieła, jeżeli przyjmujący zamówienie był gotów je wykonać, lecz doznał przeszkody z przyczyn dotyczących zamawiającego. Za tego rodzaju przyczynę należy uznać nieskuteczne oświadczenie z 5 stycznia 2012 r. o odstąpieniu przez zamawiającego od umowy z 18 listopada 2011 r. (doręczone 12 stycznia 2012 r.) i zawarcie przez ten podmiot w dniu 9 stycznia 2012 r. umowy z kolejnym wykonawcą, której przedmiotem było to samo przedsięwzięcie, gdy powodowie (pозwani

r. obejmuje kwotę 21.847,53 zł brutto tytułem wynagrodzenia za przewóz kamienia do budowy drogi technologicznej (k. 96). Faktura vat nr (...) z 5 stycznia 2012 r. obejmuje kwotę 70.359,37 zł brutto tytułem wynagrodzenia za przewóz kamienia do budowy drogi technologicznej (k. 97). Faktura vat nr (...) z 19 grudnia 2011 r. obejmuje kwotę 54.704,84 zł brutto tytułem wynagrodzenia za przewóz kamienia do budowy drogi technologicznej (k. 98). Faktura vat nr (...) z 6 grudnia 2011 r. obejmuje kwotę 6.976,36 zł brutto tytułem wynagrodzenia za przewóz szlamów mułowych (k. 99). Faktura vat nr (...) z 5 stycznia 2012 r. obejmuje kwotę 33.721,46 zł brutto tytułem wynagrodzenia za przewóz szlamów mułowych na składowisko (k. 102). Faktura vat nr (...) z 19 grudnia 2011 r. obejmuje kwotę 23.261,86 zł brutto tytułem wynagrodzenia za przewóz szlamów mułowych (k. 103). Faktura vat nr (...) z 19 grudnia 2011 r. obejmuje kwotę 311,77 zł brutto tytułem wynagrodzenia za przewóz szlamów mułowych na składowisko (k. 104). Teraz wskazane faktury łącznie opiewają na kwotę 401.310,82 zł, z czego 86.625,81 zł to wynagrodzenie za przewóz szlamów mułowych, natomiast kwota 314.685,01 zł to wynagrodzenie za przewóz kamienia do budowy drogi technologicznej. Ostatecznie należało zatem zbadać, czy powodom (pozwanyom wzajemnie) przysługuje wynagrodzenie za zrealizowaną część umowy w takim rozmiarze, a uwzględniając zapłatę, czy wartość tego świadczenia wynosiła 427.994,69 zł.

Sąd Apelacyjny ustalił w oparciu o zeznanie świadka P. T. (k. 955), że już na początku grudnia 2011 r. przestał on podpisywać protokoły stanowiące dla powodów (pozwanych wzajemnie) podstawę wystawienia faktur, mimo umownego obowiązku pozwanej (powódki wzajemnej) dokonywania obmiaru ilości wybranego i wywiezionego osadu. Nastąpiło to z tej przyczyny, że świadek P. T. uznał, że prace nie były wykonywane należycie, zgodnie z technologią. W ocenie tego świadka przyzwanie szlamu następowało bez jego utwardzenia, natomiast do wykonania dróg dojazdowych wykonawca stosował łupki przepalone. Należy podzielić wywód biegłego W. M., który odnosząc się do zarzutu pozwanej (powódki wzajemnej) do jego opinii, dotyczącego tej kwestii, w opinii uzupełniającej zwrócił uwagę, że umowa z 18 listopada 2011 r. nie odnosiła się do wartości handlowej wyeksploatowanych mułów oraz nie określała wymagań w przedmiocie przyzwanego mułów (k. 1101). Powodowie złożyli do akt sprawy dwa protokoły obejmujące przewóz szlamów w dniach 28-30 listopada 2011 r. (7.940,70 ton; wynagrodzenie netto 43.673,85 zł, czyli brutto 53.718,83 zł – k. 107) i w dniach 1-2 grudnia 2011 r. (953,25 ton; wynagrodzenie netto 5.671,84 zł, czyli brutto 6.976,36 zł – k. 106). W takiej sytuacji uznać trzeba było, że pozwana (powódka wzajemna) istotnie utrudniła powodom (pozwanyom wzajemnie) wykazanie okoliczności, której dowodzenie w procesie ich obciążało. Inną kwestią było bowiem realizowanie obowiązku dokumentacyjnego w zakresie wybranego i wywiezionego szlamu, a inną jakość świadczenia, w odniesieniu do której pozwana (powódka wzajemna) nie wykazała, że była tego rodzaju, że nie zaspokajała jej interesu wierzycielskiego. W opisanych okolicznościach nie sposób było w niniejszym procesie wymagać od powodów (pozwanych wzajemnie) precyzyjnego dowodu wykonania obciążającego ich świadczenia rzeczowego w zakresie wybrania i wywiezienia osadu. W judykaturze utrwalił się bowiem podzielany przez Sąd Apelacyjny pogląd, że jeżeli jedna ze stron swoim postępowaniem uniemożliwi bądź poważnie utrudni przeciwnikowi procesowemu wykazanie okoliczności, których udowodnienie jego obciążało, wówczas na tę stronę przechodzi ciężar dowodzenia, że okoliczności takie nie zachodziły. Zatem to pozwana (powódka wzajemna) powinna była w takiej sytuacji udowodnić, że wykonawca zrealizował świadczenie w zakresie mułów tylko w rozmiarze potwierdzonym w obu protokołach, czemu nie sprostала, zważywszy na dalej wskazane dowody. Nie oznacza to jednak przyjmowania przez każdą z stron twierdzeń procesu, która została zwolniona od ciężaru dowodzenia odnośnie do określonych okoliczności faktycznych. Tak jest zwłaszcza w okolicznościach takich, jak w niniejszej sprawie, w której znajduje się materiał składający się z umów z podwykonawcami powodów (pozwanych wzajemnie) i faktur obejmujących wynagrodzenie dla tych podwykonawców (k. 256-266, 270-275), zestawienia kursów samochodami ciężarowymi B. W. zrealizowanych w okresie od 12 grudnia 2011 r. do 10 stycznia 2012 r., które zostało podpisane przez D. R. (2) z (...) sp. z o.o. (...) (k. 282), popartego raportami dziennymi (k. 283-304). Jeśli chodzi o argumentację powodów (pozwanych wzajemnie) opartą o wynik procesów przeciwko nim z powództwa B. W. i (...) spółki z o.o., mając na uwadze art. 365 § 1 k.p.c., Sąd odwoławczy podkreśla, że z orzeczeń tych wynika, jak kształtują się stosunki prawne między stronami procesów, w których zostały wydane; tego Sąd Apelacyjny nie kwestionuje. Jednocześnie z art. 365 § 1 k.p.c. wynika jednak, że orzeczenia te nie są wiążące dla pozwanej (powódki wzajemnej). Umowy z podwykonawcami powodów (pozwanych wzajemnie) i faktury obejmujące wynagrodzenie dla tych podwykonawców nie są wystarczającymi dowodami dla ustalenia, jak kształtują się stosunki prawne między stronami niniejszego procesu. Suma wynagrodzenia za załadunek i wywóz osadu w fakturach wystawionych przez (...) spółkę z o.o. w L.

to kwota 82.356,82 zł brutto przy wynagrodzeniu wynoszącym 5 zł netto za jedną tonę (6,16 zł brutto za jedną tonę), czyli niższym niż to dla powodów (pozwanych wzajemnie) od ich przeciwniczki w niniejszym procesie (5,95 zł netto dla jednej wydobytej i wywiezionej tony osadu; 7,31 zł brutto za jedną tonę wydobytej i wywiezionej tony osadu). Suma wynagrodzenia za załadunek i wywóz kamienia w tych fakturach to 240.188,57 zł przy wynagrodzeniu wynoszącym 4,5 zł netto za jedną tonę (5,53 zł brutto za jedną tonę), czyli niższym niż przysługujące powodom (pozwany wzajemnie) od ich przeciwniczki w niniejszym procesie (5,40 zł netto dla jednej tony kamienia; 6,64 zł brutto za jedną tonę wydobytej i wywiezionej tony osadu). Jedna z faktur wystawionych przez B. W. dla powodów (pozwanych wzajemnie) opiewa na kwotę 66.326,45 zł brutto, tyle że z dokumentu nie da się odczytać nazwy świadczenia (k. 274). Druga z faktur przez niego wystawionych opiewa na kwotę 89.444,86 zł brutto i wskazano w niej, że obejmuje wynagrodzenie za bliżej niesprecyzowane usługi na terenie (...) w C. (k. 275). Wynagrodzenie od powodów (pozwanych wzajemnie) dla B. W. ukształtowane było identycznie, jak dla (...) spółki z o.o. Łączna suma wynagrodzenia w fakturach wystawionych przez tych podwykonawców to 395.959,88 zł brutto. Z zestawienia kursów wywrotkami, o czym była mowa, wynika, że B. W. wykonał kilkakrotnie więcej kursów wywrotką z mułem, niż z kamieniem. Zestawienie wartości wskazanych w fakturach wystawionych przez podwykonawców powodów (pozwanych wzajemnie) z twierdzeniami tej strony procesu o wynagrodzeniu za zrealizowane świadczenie w zakresie przewozu mułów i kamienia nie pozwala więc przyjąć, że wystawione przez nich faktury stanowią dowód twierdzeń powodów (pozwanych wzajemnie) w niniejszym procesie.

Ze względu na poziom niepewności samego biegłego W. M. w kwestii rozmiaru świadczenia wykonanego przez powodów (pozwanych wzajemnie), co podkreślił on już w opinii zasadniczej i potwierdził w opinii uzupełniającej, niepozwalający przyjąć moc dowodową opinii tego biegłego w przedmiocie wartości zrealizowanego świadczenia, bez jej weryfikacji, Sąd Apelacyjny dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa K. M.. W swoich opiniach (k. 1481-1505, 1545-1551, 1582-1594), uwzględniając część zarzutów stron, wskazała ostatecznie, że wartość prac w zakresie wywozu mułu to 155.530,72 zł brutto (66.947,74 zł + 59.500 zł = 126.447,74 zł netto, czyli 155.530,72 zł brutto), a w zakresie kamienia to 131.078,62 zł brutto (45.455,85 zł + 61.112,14 zł = 106.567,99 zł netto, czyli 131.078,62 zł brutto). Natomiast według biegłego W. M. są to kwoty 191.943,44 zł brutto (48.951,58 zł + 107.100 zł = 156.051,58 zł netto, czyli 191.943,44 zł brutto), gdy idzie o prace dotyczące wywozu mułu, oraz 55.098,89 zł brutto (43.673,85 + 1.122 = 44.795,85 zł netto, czyli 55.098,89 zł brutto), gdy idzie o prace dotyczące dróg. Sposób argumentowania biegłego K. M. w odniesieniu do zarzutów stron do jego opinii oraz stanowczość wniosków i oparcie ich o wskazany w opiniach materiał sprawy, jak też zaprezentowane w nich wyliczenia doprowadziły Sąd Apelacyjny do przekonania o wiarygodności opinii i mocy dowodowej biegłego K. M..

Podsumowując, powodowie (pozwani wzajemnie) wykazali zasadność powództwa o zapłatę wynagrodzenia w zakresie kwoty 86.625,81 zł za świadczenie obejmujące zrealizowane prace dotyczące wybrania i wywozu mułu, zgodnie z tym, czego żądali, a także w zakresie kwoty 131.078,98 zł za świadczenie obejmujące wykonane przez nich prace dotyczące dróg (art. 647 k.c). Umowa, którą strony zawarły była umową o roboty budowlane, tyle że z uwagi na przepisy wówczas obowiązującej ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. – Prawo geologiczne i górnicze (tekst jednolity w Dz. U. z 2005 r. poz. 1947, z późn. zm.) nadzór budowlany w tym wypadku wykonywany był przez dyrektora właściwego urzędu górniczego (tu: Okręgowego Urzędu Górniczego w K.), który 11 października 2011 r. wydał decyzję o zatwierdzeniu projektu budowlanego, k. 219-221), co w toku procesu pozwana (powódka wzajemna) trafnie podniosła. Zasadne też okazało się powództwo główne w tej części, która wywodzona była z art. 639 k.c., który ma zastosowanie do umowy o roboty budowlane. Powództwo główne w tej części obejmowało żądanie zapłaty kwoty 386.441,40 zł (314.180 zł netto powiększonej o podatek vat w stawce 23 %) tytułem wynagrodzenia za niewykonane prace. W § 4 ust. 4 umowy z 18 listopada 2011 r. strony postanowiły bowiem, że do „ceny” zostanie doliczony podatek vat w stawce obowiązującej w dniu wystawienia faktury. Jest to stawka wynosząca 23 %. Żądanie w części wywodzonej z art. 639 k.c. mieści się w tym, o co strony umówiły się w zakresie minimalnej ilości wydobytego mułu (195.000 ton x 5,95 zł = 1.160.250 zł netto, czyli 1.427.107,50 zł), uwzględniając zrealizowaną część tego świadczenia.

Mając na względzie powództwo główne częściowo uwzględnione zaskarżonym wyrokiem, trzeba dodać w odniesieniu do dalszej części, że termin płatności faktur potwierdzonych przez biegłego K. M. (k. 93, 99) to 5 stycznia 2012 r., zatem pozwana (powódka wzajemna) opóźnia się z zapłatą tej części dochodzonego świadczenia (łącznie 60.694,84

zł) od 6 stycznia 2012 r., natomiast w pozostałym zakresie, w jakim ostatecznie powództwo uwzględniono wskutek apelacji, pozwana (powódka wzajemna) opóźnia się z zapłatą od dnia następnego po doręczeniu jej odpisu pozwu, co nastąpiło 12 października 2012 r. Z tych przyczyn orzeczono o odsetkach ustawowych za opóźnienie (art. 481 § 1 i 2 k.c. w brzmieniu sprzed i od 1 stycznia 2016 r.).

Dalej idące powództwo główne okazało się niezasadne. Wbrew wywodowi powodów (pozwanych wzajemnie) nie znajduje ono oparcia w zeznaniach świadka D. R. (1), który na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2013 r. w czasie wskazanym w piśmie z 21 listopada 2016 r. (01:16:00) wypowiadał się odnośnie do innego zagadnienia (przerwa w pracach w następstwie zachowania podmiotu prowadzącego lotnisko). Na temat weryfikacji robót i ich fakturowania zeznał jednak, że samochody były zważone, kierowca wydawał kwit ochroniarzom, gdy wjeżdżał na teren składowania, a fakturowanie następowało raz w tygodniu, co poprzedzone było zgłoszeniem wykonawcy o zakresie zrealizowanego świadczenia i te dane były porównywane z tym, co było odnotowane na „kwitach z bram”. Jeżeli była różnica wynosząca kilka kursów, to strony się dogadywały, ale w większości dane się zgadzały (zapis obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy w dniu 28 sierpnia 2013 r. w zakresie znaczników czasu 00:19:39-01:28:16). Odnieść to można bowiem tylko do czasu od rozpoczęcia robót do początku grudnia 2011 r., jak wynika z przywołanych wcześniej zeznań P. T.. Później, po początku grudnia 2011 r., P. T. odmawiał podpisania protokołów, a więc odtąd nie da się powiedzieć, że dane w fakturach w większości się zgadzały z „kwitami z bram”, jak zeznał świadek D. R. (1). W takiej sytuacji zeznania tego świadka nie mogą być podstawą ustalenia, że tak właśnie było, że przez cały czas realizowania świadczenia przez powodów (pozwanych wzajemnie) w większości zgadzały się ich dane z „kwitami z bram”, skoro tego nie weryfikowano z uwagi na odmowę świadka P. T..

Zatem zaskarżony wyrok – na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. – podlegał zmianie w zakresie obejmującym orzeczenie z powództwa głównego w części oddalającej to powództwo w zakresie kwoty 470.247,91 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od kwot i dat wskazanych w sentencji. Zmiana ta pociągnęła za sobą konieczność zmiany orzeczeń o kosztach procesu i nieuiszczonych kosztach sądowych. Suma kosztów stron w sprawie z powództwa głównego, uwzględniając poprzednie postępowanie apelacyjne podlega stosunkowemu rozdziałowi (art. 100 zdanie pierwsze k.p.c.), stosownie do wyniku sprawy (powództwo główne uwzględniono w 76 %). Z sumy kosztów (43.117 zł) powodowie (pozwani wzajemnie) ponieśli koszty procesu łącznie w kwocie 23.317 zł (3.500 zł – zaliczka na opinię biegłego, k. 967; wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w kwotach: 7.200 zł, 7.200 zł, 5.400 zł – § 6 pkt 7 oraz § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu – tekst jednolity w Dz. U. z 2013 r. poz. 461 z późn. zm.). Zatem zasądzeniu podlegała kwota 12.968,92 zł, ponieważ 24 % z kwoty 43.117 zł to 10.348,08 zł, podczas gdy koszty poniesione przez powodów (pozwanych wzajemnie) to 23.317 zł (23.317 – 10.348,08 = 12.968,92). Jeśli zaś chodzi o nieuiszczone koszty sądowe, ich suma to opłata od pozwu w kwocie 39.734 zł i opłata od apelacji od poprzedniego wyroku Sądu Okręgowego w kwocie 39.734, od uiszczenia których powodowie (pozwani wzajemnie) byli zwolnieni, pokryte ze środków budżetowych wydatki na opinię biegłego w kwocie 1.819,64 zł i dotyczące stawienia świadków w kwocie 1.645,88 zł, to jest łącznie 82.933,52 zł. Obciążają one strony zgodnie z wynikiem sprawy (76 % - 24 %), a to w myśl art. 113 ust. 1 i 2 u.k.s.c.

Apelacja powodów (pozwanych wzajemnie) w pozostałej części i apelacja pozwanej (powódki wzajemnej) w całości podlegały oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c., jako bezzasadne.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono stosownie do wyniku sprawy w drugiej instancji, w której apelacja powodów (pozwanych wzajemnie) została uwzględniona w 71 %, a to na podstawie art. 100 zdanie pierwsze k.p.c. oraz § 2 pkt 7 w związku z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie w brzmieniu pierwotnym (Dz. U. poz. 1800), obowiązującym w chwili wniesienia apelacji. Podlegająca rozliczeniu suma kosztów stron w postępowaniu apelacyjnym to 25.600, z czego zaliczka na opinię biegłego uiszczona przez powodów (pozwanych wzajemnie) to 4.000 zł.

Nieuiszczone koszty sądowe w drugiej instancji to 33.039 zł tytułem opłaty od apelacji, od uiszczenia której powodowie byli zwolnieni oraz wydatki na opinię biegłego pokryte ze środków budżetowych w kwocie 2.688,18 zł, to jest łącznie

35.727,18 zł. Wydatki te obciążają strony w proporcji odpowiadającej wynikowi sprawy w postępowaniu apelacyjnym (art. 113 ust. 1 i 2 u.k.s.c.).

SSA Aleksandra Janas SSA Tomasz Pidzik SSA Grzegorz Stojek