

Sygn. akt I ACa 652/19

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 listopada 2020 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Grzegorz Krężolek
Sędziowie:	SSA Regina Kurek SSA Jerzy Bess (spr.)
Protokolant:	Iwona Mrazek

po rozpoznaniu w dniu 27 listopada 2020 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa Z. M.

przeciwko Powiatowi (...)

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 20 grudnia 2018 r. sygn. akt I C 1840/10

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że;

- w punkcie V kwotę 27.385,31 zł zastępuje kwotą 27.190,29 zł (dwadzieścia siedem tysięcy sto dziewięćdziesiąt złotych 29/100),

- punktowi VI nadaje treść:

„ VI nakazuje ściągnąć od powoda Z. M. na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Krakowie kwotę 195,02 zł (sto dziewięćdziesiąt pięć złotych 2/100) tytułem kosztów sądowych”,

- w punkcie VII kwotę 2.598, 12 zł zastępuje kwotą 2.160,96 zł (dwa tysiące sto sześćdziesiąt złotych 96/100);

2. w pozostałym zakresie apelację oddala;

3. zasądza od strony pozwanej na rzecz powoda kwotę 4.050 zł (cztery tysiące pięćdziesiąt złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

UZASADNIENIE

Powód Z. M. wystąpił przeciwko Powiatowi (...) z pozwem o zapłatę kwoty 269.811,66 zł z odsetkami od dnia 1.02.2010 r.

W uzasadnieniu powód wskazał, że w dniu 8.10.2009 r. zawarł z pozwanym umowę o wykonanie robót. Prace rozpoczęto w dniu 22.10.2009 r. W trakcie prac natrafiono na szczątki ludzkie. W dniu 18.11.2009 r. inspektor nadzoru wystąpił do pozwanego z pytaniem co robić dalej. 4.01.2009 r. powód otrzymał uchwałę Zarządu o odstąpieniu od umowy powołując się na art. 145 ustawy „o zamówieniach publicznych”. W ocenie powoda odstąpienie od umowy nie jest uzasadnione, ponieważ pozwany wiedział o tym, że jest tam cmentarz jeszcze zanim zaczęto prace, a nie na miesiąc lub trzy przed odstąpieniem od umowy. Pozwany pismo rabina z wnioskiem o wstrzymanie robót otrzymał 26.10.2009 r. Pozwany otrzymał w dniu 23.12.2009 r. pismo rabina w którym nie wyraża on zgody na jakiegokolwiek prace związane z przeniesieniem cmentarza lub utworzenia sarkofagu. Świadomość powiatu należy wiązać najpóźniej z pismem z dnia 26.10.2009 r., a nie z pismem z dnia 23.12.2009 r.

Powód żąda wynagrodzenia za poniesione koszty oraz za utracone korzyści.

W skład roszczenia wchodzi następujące kwoty:

- a) 289,87 za przyłącz elektryczny;
- b) 12.221,75 zł. za gwarancje bankowe;
- c) 16.100 zł za koszt nadzoru prac od wstrzymania do odstąpienia;
- d) 15.786,80 zł za koszty przerzutu sprzętu ciężkiego;
- e) 48.800 zł. za koszty utrzymania zaplecza budowy i jego demontaż;
- e) 151.820,24 zł. za utracone korzyści bez pozycji scalonych;
- d) 24.793 zł za utracone korzyści z pozycji scalonych.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa.

W uzasadnieniu wskazał, że pismo Rabina z 26.10.2009 r. dotyczyło tylko wstrzymania prac. Brak zgody na kontynuowanie prac to pismo z 23.12.2009 r. i to pismo z 23.12.2009 r. było podstawą do odstąpienia od umowy. Zatem dochowano termin 30 dni. Zatem należy się tylko wynagrodzenie za rzeczywiście wykonane prace. Za to zapłacono 109 367,57 zł. Odnosząc się do postanowienia o zasiedzeniu w którym wskazano, że Skarb Państwa zasiedział stary cmentarz żydowski to Powiat o tym nie wiedział bo powstał w 1990r. a postanowienie to dotyczy Skarbu Państwa, a Powiat działki otrzymał od Gminy. Pozwany wskazywał również, że szacowany zysk powoda był nierealny.

Sąd Okręgowy w Krakowie zaskarżonym wyrokiem z dnia 20 grudnia 2018 r. sygn. akt IC 1840/10:

I. zasądził od pozwanego rzecz powoda kwotę 12 511,62 zł z odsetkami w wysokości ustawowej od dnia 7.03.2010 r. do dnia 31.12.2015 r., a od dnia 1.01.2016 r. do dnia zapłaty w wysokości ustawowej za opóźnienie;

II. zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 11 062,21 zł z odsetkami w wysokości ustawowej od dnia 7.03.2010 r. do dnia 31.12.2015 r., a od dnia 1.01.2016 r. do dnia zapłaty w wysokości ustawowej za opóźnienie;

III. zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 160 785,35 zł z odsetkami w wysokości ustawowej od dnia 7.03.2010 r. do dnia 31.12.2015 r., a od dnia 1.01.2016 r. do dnia zapłaty w wysokości ustawowej za opóźnienie;

IV. pozostałej części powództwo oddalił;

V. nakazał ściągnąć od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Krakowie kwotę 27 385, 31 zł tytułem kosztów sądowych;

VI. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 1090,58 zł z tytułem kosztów sądowych;

VII. zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 2.598,12 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

W rozważaniach prawnych Sąd Okręgowy wskazał następujące motywy swego rozstrzygnięcia:

Roszczenie powoda jest uzasadnione co do zasady.

Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego strony łączyła umowa o roboty budowlane zawarta w ramach zamówień publicznych. Pozwany odступując od umowy powołał się na art. 145 ustawy „Prawo zamówień publicznych”. Wskazał, że istotną okolicznością jest odkrycie, że budowla miałaby być posadowiona na gruncie gdzie znajduje się cmentarz żydowski i naczelny rabin polski sprzeciwia się temu wskazując na względy religijne.

Wskazany artykuł brzmi:

Art. 145

1. W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.

Dokonując analizy tego przepisu należy wskazać, że ustawodawca wskazuje, że można odstąpić od umowy tylko w sytuacji kiedy dojdzie do istotnej zmiany okoliczności. Nie może to być błaha okoliczność, tylko musi to być ważna okoliczność. Oceny skali ważności dokonujemy z obiektywnego punktu widzenia. Oczywiście mogą to być okoliczności związane z zamawiającym lub wykonawcą, ale z obiektywnego punktu widzenia musimy je oceniać jako doniosłe. Ponadto ta okoliczność musi mieć wpływ na interes publiczny. Ten wpływ musi być taki, że realizacja inwestycji nie będzie już leżała w interesie publicznym. ***Co więcej zmiany tej okoliczności nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Ustawodawca wyznaczył również termin na odstąpienie od umowy – 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o tych okolicznościach.***

Odkrycie cmentarza na miejscu projektowanej budowli można uznać za istotną zmianę okoliczności. W ocenie sądu można również uznać, że spowodowało to iż realizacja budowli nie będzie już leżała w interesie publicznym. Konstytucja w art. 53 zapewnia wolność religii. Wolność religii obejmuje posiadanie miejsc kultu, wolność religii to także możliwość uprawiania kultu w tym kultu osób zmarłych. Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego wg. tradycji religii żydowskiej nie jest dopuszczalne przenoszenie cmentarza. Można to uczynić jedynie wyjątkowo. Naczelny rabin polski uznawał, że w tym konkretnym przypadku nie zachodzą podstawy do przeniesienia cmentarza. Powiat kierując się poszanowaniem religii żydowskiej mógł uznać, że realizacja budowy nie leży już w interesie publicznym i dlatego sąd nie kwestionuje tego.

Przesłankę braku możliwości przewidzenia należy interpretować w ten sposób, że przed ogłoszeniem zamówienia należy dopełnić wszelkim aktów staranności. Należy dołożyć staranności przyjmując model działania przy uwzględnieniu zawodowego charakteru. Należy dokonać analizy jak ma wyglądać realizacja inwestycji i starać się

przewidzieć co może się wydarzyć. Brak należytej staranności przy przygotowaniu inwestycji, brak dokonania analiz tego co się może wydarzyć, przed ogłoszeniem zamówienia nie stanowi realizacji przesłanki braku możliwości przewidzenia. Innymi słowy jeżeli zamawiający nie sprawdził dokumentacji, zaniedbał należytego przygotowania inwestycji to potem nie może powoływać się na to, że nie mógł tego przewidzieć.

W przedmiotowej sprawie – przy zachowaniu należytej staranności - można było przewidzieć, że tam znajduje się cmentarz żydowski. Po pierwsze wynika to z samej dokumentacji projektowej. Na str. 4 (k.70) jest mowa o cmentarzu. To już powinno być wskazówką do przeanalizowania całej dokumentacji. Wykaz zmian gruntowych jednoznacznie wskazuje, że jedna z działek wywodzi się z nieruchomości o których mowa w postanowieniu Sądu Powiatowego w O.. W tym postanowieniu jednoznacznie wskazuje się, że na tych nieruchomościach był stary i nowy cmentarz żydowski. To już powinno być wskazówką do bardzo dokładnego zbadania terenu, a wręcz do przeprowadzenia badań archeologicznych, przed przystąpieniem do ogłoszenia zamówienia. Ponadto jak wynika z ustalonego stanu faktycznego pozwany wiedział, a przynajmniej projektant, o tym, że przy budowie szkoły odkryto szczątki. To już było wskazówką do tego, że wcale tak nie jest, że istniejący cmentarz miał prawidłowo określone granice. Ponadto wszyscy w okolicy wiedzieli o tym, że tam był cmentarz. Jak wynika nawet z zeznań jednego ze świadków wręcz ludzie tylko czekali aż coś wykopią. Twierdzenia pozwanego, że to Skarb Państwa nabył nieruchomość i on wiedział o tym, że tam był cmentarz, a Powiat nie zasługują na akceptację. Przed realizacją inwestycji należy w sposób należyty zbadać teren pod inwestycję. Zapis w księdze wieczystej dotyczy praw, a nie stanu faktycznego. Powoływanie się tylko na zapisy w księdze wieczystej nie jest dochowaniem należytej staranności przy realizacji inwestycji. Znalezienie tytułu prawnego (postanowienia) nie nastęrczało żadnego problemu. Należy również podkreślić, że każdy geodeta w ciągu zaledwie kilku dni ustaliłby fakt, że przedmiotowa działka pochodzi z nieruchomości gdzie był cmentarz.

Biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, że pozwany mógł z łatwością przewidzieć, że teren inwestycji może być dawnym cmentarzem i że tam znajdują się szczątki ludzkie. Zatem odkrycie cmentarza nie może być przesłanką do odstąpienia od umowy.

Ponadto szczątki odkryto 22.10.2009 r., a 26.10.2009 r. powiat został poinformowany, że może to być stary cmentarz żydowski i to ten dzień (26.10.2009r) stanowi dzień od którego należy liczyć termin do odstąpienia od umowy. 30 dni to wystarczający termin na ustalenie, że to był cmentarz. Niezależnie od tego jaki to był cmentarz to i tak realizacja inwestycji w tym miejscu była kontrowersyjna, nawet gdyby chodziło o cmentarz katolicki. Należy podkreślić, że zdanie rabina nie było zdaniem decydującym tylko opinią. Teren należał Powiatu i decyzja co do przeniesienia cmentarza (utworzenia sarkofagu, posadowienie budowli na palach) to była decyzja Powiatu, a nie rabina. Z tego też względu czekanie na ostateczne zajęcie stanowiska przez rabina i liczenie czasu 30 dni od zajęcia przez niego stanowiska nie może zostać zaakceptowane przez Sąd. Wypowiedzenia dokonano pismem z dnia 29.12.2009 r. a więc już po upływie terminu.

W ocenie Sądu odstąpienie od umowy w trybie art. 145 ustawy „Prawo zamówień publicznych” z naruszeniem jego przesłanek jest wadliwe, ale skuteczne.

Roszczenie o zapłatę za roboty wykonane tj. za wykonanie przełącza energetycznego, za koszty udzielonej gwarancji, za doprowadzenie placu do porządku, za przerzut sprzętu do K. i z powrotem – co do zasady są uzasadnione.

Obowiązek pokrycia kosztów za wykonaną część umowy wynika z art. 145.2. ustawy „Prawo zamówień publicznych”. Wprawdzie ten przepis mówi o pokryciu kosztów w sytuacji gdy odstąpiono od umowy z uzasadnionych przyczyn, ale z tego przepisu wynika, że tym bardziej za te prace należy się wynagrodzenie za wykonane prace, ale nie tylko.

Roszczenie o zapłatę kwoty za przyłącz energetyczny w wysokości 289,87 zł jest uzasadnione.

Taka pozycja nie znajduje się w kosztorysie, ale nie zmienia to sytuacji, że to zostało wykonane i musiało być wykonane i że to jest poniesiony koszt. Ten koszt nie znalazł się w wypłaconej kwocie 109.367,57 zł.

Roszczenie o zapłatę kwoty za gwarancje bankowe w wysokości 12.221,75 zł jest uzasadnione

Taka pozycja nie znajduje się w kosztorysie, ale nie zmienia to sytuacji, że powód musiał przedstawić gwarancje bankowe na zabezpieczenie roszczeń z tytułu ewentualnie wadliwie wykonanych prac (§ 4.18 i § 9.1 umowy) i jest to poniesiony koszt. Oczywiście istnienie tej gwarancji miało sens w przypadku realizacji umowy. Dotychczas wykonane prace nie będą w przyszłości generować odpowiedzialności powoda. Ten koszt nie znalazł się w wypłaconej kwocie 109.367,57 zł.

Roszczenie o zapłatę za doprowadzenie placu do porządku jest uzasadnione co do kwoty 9.029,69 zł.

Taka pozycja nie znajduje się w kosztorysie, ale nie zmienia to sytuacji, że powód musiał wykonać te prace. Ta pozycja nie znajdowała się, ponieważ to byłyby wykonane w trakcie prac końcowych. Wobec wcześniejszego zakończenia inwestycji powód musiał przeprowadzić prace związane z likwidacją stanowiska pracy. Sąd uwzględnił poziom kosztów wynikający z umowy uznając, że taki sposób będzie właściwy, jeżeli mówimy o zakończeniu realizacji umowy. Ten koszt nie znalazł się w wypłaconej kwocie 109.367,57 zł.

Roszczenie o zapłatę kosztów związanych z przetrzucem sprzętu do K. (na inną budowę) i z powrotem jest uzasadnione co do kwoty 9.029,69 zł.

Koszt przetrzutu sprzętu z budowy do K. a potem z K. na budowę to koszty w wysokości 729,56 zł brutto (598 zł netto). Wysokość kosztu wynika z ustalonego stanu faktycznego. Wprawdzie w tym przypadku – co do zasady – to pozwany powinien ponieść koszty postoju. Byłyby one jednak dużo większe (od 26.660 zł netto do 44.432 zł netto) zatem powód dążył do zminimalizowania kosztów i przeniósł sprzęt na inną budowę. Z tego względu sąd obciążył kosztami przeniesienia sprzętu pozwanego.

Roszczenia za utracone korzyści.

Generalnie podstawę do tego roszczenia stanowią dwa art. 649⁴ §3kc.

Art. 649⁴ § 3. Inwestor nie może odmówić zapłaty wynagrodzenia mimo niewykonania robót budowlanych, jeżeli wykonawca (generalny wykonawca) był gotów je wykonać, lecz doznał przeszkody z przyczyn dotyczących inwestora. Jednakże w wypadku takim inwestor może odliczyć to, co wykonawca (generalny wykonawca) oszczędził z powodu niewykonania robót budowlanych.

Odstąpienie od umowy na podstawie art. 145 ustawy „Prawo zamówień publicznych” bez spełnienia się przesłanek należy uznać za skuteczne ale wadliwej należy to uznać za przeszkodę do wykonania prac z przyczyn leżących po stronie inwestora tj. zamawiającego.

Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego powód przewidywał zysk na poziomie 10 % inwestycji i był to realny zysk. Zysk został jednak skalkulowany tylko na poziomie prac budowlanych i wyniósł 160.785,35 zł.

Z ustalonego stanu faktycznego (na podstawie kosztorysu) wynika, że powód nie kalkulował zysku na wyposażeniu. Zatem osiągnięcie zysku na tych pozycjach stanowi tylko spekulację i dlatego roszczenie o zapłatę kwoty 24.793 zł z tego tytułu nie jest uzasadnione i w tym zakresie sąd oddalił powództwo.

Sąd tytułem utraconego zysku (utraconych korzyści) zasądził w punkcie III wyroku kwotę 160.785,35 zł, jednakże doszło tutaj do oczywistej omyłki, albowiem powód domagał się z tego tytułu kwoty 151.820,24 zł z uwagi na fakt, że przy rozliczeniu za prace częściowe powód otrzymał kwotę 109.367,57 zł i w tym mieści się kwota zysku od prac wykonanych tj. 8.844,55 zł netto czyli 10.790,35 zł brutto. Jeżeli od

kwoty całego zysku netto odejmiemy kwotę 8.844,55 zł to otrzymujemy wyższą kwotę niż 151.820,24 zł czyli należność za utracony zysk jest wyższa, ale formalnie sąd jest związany wysokością żądania i nie może zasądzić kwoty wyższej.

Powód domagał się z tego tytułu kwot netto mimo, że sąd miał wątpliwości czy powinna być kwota netto czy brutto. Wobec faktu, że powód domagał się kwoty netto jedynie dla porządku należy wskazać, że należy się kwota netto, ponieważ powód tych prac (usług) nie wykonał, a podatek od towarów i usług należy się tylko od prac wykonanych (art. 5 ustawy o podatku od towarów i usług).

Roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za wykonane prace na rzecz prokuratury.

To roszczenie trudno wiązać z umową. Powód wykonał bowiem prace na zlecenie Powiatu i nie ma nic wspólnego z realizacją umowy. Doszło więc do nawiązania umowy zlecenia. Zatem podstawą tych roszczeń jest art. 735 § 1 k.c. (jeżeli ani z umowy, ani z okoliczności nie wynika, że przyjmujący zlecenie zobowiązał się wykonać je bez wynagrodzenia, za wykonanie zlecenia należy się wynagrodzenie). Z okoliczności nie wynika, aby powód miał to wykonać bezpłatnie.

Wartość tych prac to 1.302,96 zł. Sąd przyjął poziom cen z umowy, albowiem skoro strony nie ustaliły nic innego to należy uznać, że chodziło o poziom cen z umowy (art. 65 k.c.). W tym okresie nie było jeszcze wiadomym czy umowa będzie realizowana czy nie. Ponadto sąd przyjął, że to dotyczyło powierzchni 150 m² ponieważ powód nie wykazał, aby to była większa powierzchnia.

Roszczenie o zapłatę kwoty 16.100 zł tytułem kosztów nadzoru prac od czasu wstrzymania robót do czasu odstąpienia od umowy, albowiem powód nie wykazał, że rzeczywiście to było potrzebne.

Sąd zasądził odsetki od dnia 7.03.2010r. ponieważ pismo z dnia 1.02.2010 r. ze sprecyzowaną kwotą doręczono pozwanemu w dniu 5.02.2010 r. i wyznaczono termin 30 dni. (k.57) – art.455 k.c. Zatem termin zapłaty 7.03.2010 r., a więc odsetki od 7.03.2010 (pierwszego dnia nie wlicza się do odsetek – art.11 §2 k.c.).

Koszty procesu sąd rozliczył na zasadzie art. 100 k.p.c.

Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 29 stycznia 2019 r. na mocy art. 350 k.p.c. postanowił sprostować oczywistą omyłkę w punkcie III wyroku z dnia 20 grudnia 2018 r. w ten sposób, że w miejsce kwoty „160 785,35 zł” wpisał kwotę „151 620,24 zł i dwadzieścia cztery grosze)”.

Pozwany apelacją zaskarżył niniejszy wyrok w całości zarzucając:

1. naruszenie prawa materialnego poprzez jego błędna wykładnię, w tym:

- art. 145 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w brzmieniu właściwym dla niniejszego postępowania poprzez uznanie, że pozwany przekroczył 30 dniowy termin do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy licząc ten termin od dnia zawieszenia wykonania robót zamiast od dnia złożenia oświadczenia o braku zgody na posadowienie sali sportowej na nieruchomości będącej nekropolią żydowską,

- art. 145 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w brzmieniu właściwym dla niniejszego postępowania poprzez uznanie, że pozwany -inwestor mógł przewidzieć w chwili zawarcia umowy okoliczności powodujące, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym tj. że pozwany wiedział lub mógł z łatwością się dowiedzieć przed zawarciem umowy, że w miejscu prowadzenia inwestycji znajduje się cmentarz żydowski,

2. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, tj.

- art. 233 § 1 i 2 i art. 328 § 2 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie, polegającej na wybiórczej ocenie dowodów, lub na zupełnym pominięciu dowodów z dokumentów dla oceny staranności w działaniu pozwanego potwierdzających że proces inwestycyjny został przygotowany z należytą

starannością zakończony ostateczną decyzją pozwolenia na budowę a przyznaniu przede wszystkim wiary zeznaniom świadków wg których wszyscy w tym pozwany posiadali wiedzę o cmentarzu znajdującym się na terenie objętym inwestycją,

- art 233 k.p.c. dowodu z opinii biegłego geodety w zakresie wyznaczenia gdzie znajdował się cmentarz żydowski „stary” i „nowy” w stosunku do nieruchomości będących przedmiotem inwestowania jako zbędnej i nieprzydatnej w postępowaniu ponieważ oceny czy inwestor posiadał wiedzę o cmentarzu można było ustalić na podstawie innych dowodów,

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną ocenę opinii biegłego, z zakresu budownictwa co do wartości zysku jakie powód mógł osiągnąć przy realizacji umowy a zarazem jaki utracił w związku z odstąpieniem od umowy,

- art. 233 § 1 k.p.c. przez sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego wyprowadzenie wniosku, że za istotną zmianę okoliczność powodującą że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym uznać odkrycie szczątków ludzkich w jednym miejscu na nieruchomości a nie odkrycie nekropolii na większej jej części i brak możliwości ekshumacji i przeniesienia szczątków w inne miejsce z równoczesnym ograniczeniem w innym posadowieniu sali sportowej.

Wskazując na powyższe zarzuty strona pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku:

I. w pkt I, pkt II, pkt III, pkt IV i orzeczenie oddalenia powództwa w całości,

II. w pkt V i nakazanie ściągnięcia od powoda na rzecz Skarbu kwotę 27.385 zł tytułem kosztów sądowych,

III. zmianę zaskarżonego wyroku w pkt VI i w pkt VII i zasądzenie kosztów procesu od powoda na rzecz pozwanego wg norm przepisanych,

a ponadto o:

IV. zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego wg norm przepisanych.

Powód w odpowiedzi na apelację wniósł o:

I. oddalenie apelacji pozwanego

II. oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego wg norm prawem przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja pozwanego jest bezzasadna z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Sąd Apelacyjny podziela bowiem ustalenia faktyczne Sądu I instancji oraz poczynione na ich podstawie rozważania prawne, uznając je za własne.

Odnosząc się do zarzutów apelacji w pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutów naruszenia prawa procesowego.

W tym zakresie należy wskazać, że w przedmiotowej apelacji pozwana w sumie zarzuciła naruszenie przepisów postępowania art. 233 § 1 i § 2 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. poprzez naruszenie obowiązku wszechstronnego rozważenia całości materiału dowodowego i dokonanie ustaleń faktycznych w sposób korzystny dla powoda a niekorzystnych dla pozwanej. W tym kontekście należy wskazać, iż w orzecznictwie Sądu Najwyższego podnosi się, iż „dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie można poprzestać na stwierdzeniu, że dokonane ustalenia faktyczne są

wadliwe, odnosząc się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Niezbędne jest wskazanie przyczyn, które dyskwalifikują postępowanie sądu w zakresie ustaleń. Skarżący powinien zwłaszcza wskazać, jakie kryteria oceny zostały naruszone przez sąd przy analizie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłuszne im taką moc przyznając" (zob. postanowienie SN z dnia 23 stycznia 2001 r., IV CKN 970/00, Lex nr 52753; wyrok SN z dnia 6 lipca 2005 r., III CK 3/05, Lex nr 180925). Ponadto Sąd Najwyższy wielokrotnie w swoim orzecznictwie wskazywał, że „jeżeli wnioski wyprowadzone przez sąd orzekający z zebranego materiału dowodowego są logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, ocena tego sądu nie narusza przepisu art. 233 § 1 k.p.c. i musi się ostać, choćby z materiału tego dawały się wysnuć również wnioski odmienne. Tylko wówczas, gdy brakuje logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych związków przyczynowo-skutkowych, przeprowadzona przez sąd orzekający ocena dowodów może być skutecznie podważona "(Zob. m.in. wyrok SN z 7.10.2005 r., IV CK 122/05, LEX nr 187124).

Należy zatem stwierdzić, iż skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przez Sąd pierwszej instancji art. 233 § 1 k.p.c. wymaga nie polemiki, lecz wskazania, że Sąd ten uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu Sądu do dokonania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął Sąd doniosłości (wadze) poszczególnych dowodów, ich odmiennej ocenie, niż ocena sądu pierwszej instancji. W tym miejscu należy jedynie nadmienić, że brak jest też podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 133 § 2 k.p.c., albowiem wbrew twierdzeniom zarzutom pozwanego Sąd I instancji dopuścił dowody zgłoszone przez pozwanego, np. w postaci decyzji zezwolenia na budowę, natomiast kwestia ich oceny i znaczenia dla ustalenia stanu faktycznego, mieści się w zakresie zarzutu naruszenia art. 133 § 1 k.p.c., a w konsekwencji ewentualnie naruszenia prawa materialnego, co będzie przedmiotem dalszej analizy.

Brak jest zatem podstaw do uwzględnienia tego zarzutu w kontekście ustaleń dotyczących podstawy faktycznej wypowiedzenia i terminu wypowiedzenia.

Efektom tych rozważań w zakresie braku podstaw do uwzględnienia zarzutów naruszenia prawa procesowego, jest konkluzja o brak podstaw do uwzględnienia zasadności zarzutów naruszenia prawa materialnego, opartych na zarzucanych uchybieniach procesowych.

W konsekwencji bezzasadnym okazał się zarzut naruszenia prawa materialnego art. 145 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Jakkolwiek dyskusyjne jest stanowisko powoda wyrażone w odpowiedzi na apelację, którego Sąd Apelacyjny nie podziela, że według powoda - ustalenie Sądu I Instancji, iż po wykryciu na placu budowy szczątków ludzkich, wystąpiła okoliczność uzasadniająca upadek interesu publicznego w wykonaniu umowy, z której powód wywodzi swoje roszczenia - można ocenić jako błędne, to jednak z innymi wnioskami powoda trudno polemizować.

Trafnie bowiem wskazuje się, że należy podzielić ustalenia Sądu I Instancji w tym przedmiocie, że pozwany mógł przewidzieć potencjalne wykrycie szczątków ludzkich na terenie inwestycji oraz jego skutki, a co za tym idzie nie została w istocie zrealizowana przesłanka, o której mowa w art. 145 Prawo zamówień publicznych, pod postacią niemożności przewidzenia tych okoliczności przy zawieraniu umowy. Za powyższym ustaleniem przemawia szereg okoliczności faktycznych oraz orzecznictwo sądowe.

Po pierwsze, zeznania świadków pozostają spójne i logiczne co do faktu, iż obecność cmentarza żydowskiego w pobliżu budynku szkoły w W. jest wiedzą zupełnie powszechną wśród mieszkańców. Podobnie świadkowie zwracali uwagę, iż cmentarz jest wiekowy i zaniedbany, co mogło wpłynąć na niewłaściwie ustalenie jego granic.

Po drugie, poprzednik Powiatu O. - podobnie jak i powiat będący emanacją państwa - niewątpliwie powinien dysponować informacją, iż szczątki ludzkie występują także poza oficjalnym terenem cmentarza. Wynika to wprost z zeznań w przedmiocie incydentów podczas budowy Zespołu Szkół w W. w latach 70 - tych, gdzie kilkakrotnie natrafiono na szczątki. Wydarzenie to powinno być na tyle doniosłe, co w połączeniu z powszechną wiedzą o

położeniu cmentarza mogło wzbudzić racjonalne wątpliwości i nakazać wzmożoną ostrożność, zwłaszcza że planowana inwestycja znajdować się miała bliżej działek zajętych pod cmentarz aniżeli sam budynek szkoły z lat 70 - tych, co wynika bezpośrednio z map projektowych. W przypadku niewłaściwego ustalenia granic cmentarza, okoliczność ta zwiększa jeszcze bardziej prawdopodobieństwo na natrafienie na zwłoki.

Po trzecie wiedza dotycząca faktycznych granic cmentarza żydowskiego wynikająca z materiałów zgromadzonych w państwowym zasobie geodezyjnym i kartograficznym, a konkretnie w lokalnym ośrodku dokumentacji geodezyjnej i kartograficznej jest wiedzą organu powiatu, ponieważ prowadzenie tych materiałów leży w ustawowych kompetencjach starosty powiatu (art. 40 ust.3 pkt 3 Prawa geodezyjnego i kartograficznego). Ewentualne przekazanie jego prowadzenia organowi gminy w drodze porozumienia tej okoliczności nie zmieniają.

Zatem, z przyczyn wskazanych powyżej, nie ekskulpuje pozwanego podnoszona w tym zakresie argumentacja oparta na rysie historycznym powstania Powiat (...) dopiero od dnia 1 stycznia 1999 r. w trybie trójstopniowego podziału terytorialnego państwa zgodnie z ustawą z dnia 24 lipca 1998 r. (Dz.U. Nr 96 poz. 603) oraz formy nabycia przedmiotowej nieruchomości w oparciu o różne akty prawne lub czynności prawne, w tym decyzję Wojewody (...) z dnia 18 czerwca 2002 r. oraz umowy zawarte w formie aktów notarialnych, gdzie żaden z powołanych dokumentów nie zawierał wskazania, że na terenie nabytym przez Powiat (...) znajduje się cmentarz.

Należy bowiem podkreślić, że uprawnienia pozwanego do przedmiotowej nieruchomości można określać w kategoriach ciągłości „władzy publicznej”, po drugie nic nie zwalnia inwestora od zachowania należytej staranności przy przygotowywaniu się do istotnego procesu inwestycyjnego, tym bardziej, iż pozwany dysponował odpowiednimi służbami w tym zakresie. Nie może też pozwany zasłaniać się zatem „niewiedzą”, jak również brakiem konieczności zachowania minimum staranności, od czego ma zwalniać pozwanego pozytywna decyzja o zezwoleniu na budowę, która w istocie swej pozwala uruchamiać proces inwestycyjny. Faktem jest, że to nie do zadań powiatu lecz do zadań gminy (zgodnie z art. 4, art 14 i art 20 ustawy o planowaniu przestrzennym) należy sporządzanie miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego, ale co do zasady nie zwalnia inwestora od jakiejkolwiek odpowiedzialności w sytuacji pojawienia się nowych okoliczności.

W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd I instancji w specyficznych realiach stanu faktycznego trafnie przyjął, że **przy zachowaniu należytej staranności pozwany mógł z łatwością przewidzieć, że teren inwestycji może być dawnym cmentarzem i że tam znajdują się szczątki ludzkie. Zatem odkrycie cmentarza nie może być przesłanką do odstąpienia od umowy na podstawie art. 145 ust. 1 Prawo zamówień publicznych, albowiem zgodnie z tym przepisem w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, zamawiający może odstąpić od umowy, jednakże tylko wtedy, gdy okoliczności tej nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy – co nie miało miejsca w niniejszym stanie faktycznym.**

Jedynie na marginesie należy dodać, jak czyni to zresztą Sąd I instancji, że nawet gdyby - jak twierdzi pozwany - zachodziły przesłanki do odstąpienia od umowy na tej podstawie, to pozwany winien odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. Wiązanie początkowego biegu tego terminu 30 dni do podjęcia decyzji od daty zajęcia ostatecznego stanowiska przez rabina było nieuzasadnione. W tym miejscu należy ponownie przytoczyć stanowisko Sądu Instancji, który stwierdził

szcątki odkryto 22.10.2009 r., a 26.10.2009 r. powiat został poinformowany, że może to być stary cmentarz żydowski i to ten dzień (26.10.2009r) stanowi dzień od którego należy liczyć termin do odstąpienia od umowy. 30 dni to wystarczający termin na ustalenie, że to był cmentarz. Niezależnie od tego jaki to był cmentarz to i tak realizacja inwestycji w tym miejscu była kontrowersyjna, nawet gdyby chodziło o cmentarz katolicki. Należy podkreślić, że zdanie rabina nie było zdaniem decydującym tylko opinią. Teren należał Powiatu i decyzja co do przeniesienia cmentarza (utworzenia sarkofagu, posadowienie budowli na palach) to była decyzja Powiatu, a nie rabina. Z tego też względu czekanie na ostateczne zajęcie stanowiska przez rabina i liczenie

czasu 30 dni od zajęcia przez niego stanowiska nie może zostać zaakceptowane przez Sąd. Wypowiedzenia dokonano pismem z dnia 29.12.2009 r. a więc już po upływie terminu.

Dlatego też w ocenie Sądu Apelacyjnego apelacja pozwanego, w zakresie w jakim kwestionowała ustalenia i rozważania prawne Sądu I instancji odnośnie braku podstaw do uznania skuteczności odstąpienia od umowy przez pozwanego na podstawie art. 145 ust. 1 Prawo zamówień publicznych, jest bezzasadna.

Przesądzenie tej kwestii otwiera drogę do oceny zasadności zarzutów apelacji nakierowanych na zakwestionowanie wysokości zasądzonej kwoty.

Jakkolwiek pozwany wnosi o oddalenie żądania zapłaty w całości, co wynika z istoty wniesionej apelacji podnoszącej podstawowy zarzut naruszenia art. art. 145 ust. 1 Prawo zamówień publicznych, to jednak w apelacji zasadniczo kwestionuje jedynie brak podstawy do zasądzenia kwoty 151.820 zł. Z ostrożności procesowej pozwany podniósł bowiem, że opinia biegłego z zakresu budownictwa ustalająca wysokość utraconych korzyści ~ tutaj utraconego zysku jest nierzetelna i nie powinna stanowić podstawy do zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda kwoty 151.820 zł.

Okoliczność ta sprawia, że nie jest konieczne szczegółowe odnoszenie się do zasadności zasądzenia pozostałych kwot objętych punktami I i II wyroku poza stwierdzeniem, że Sąd Apelacyjny podziela ustalenia i rozważania prawne Sądu I instancji, uznając je za własne.

Natomiast przechodząc do oceny zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną ocenę opinii biegłego, z zakresu budownictwa co do wartości zysku jakie powód mógł osiągnąć przy realizacji umowy, a zarazem jaki utracił w związku z odstąpieniem od umowy,

wskazać należy, że rzeczywiście dowód z opinii biegłego, jak podkreśla się w orzecznictwie, podlega ocenie sądu z zastosowaniem art. 233 § 1 k.p.c. według właściwych dla przedmiotu opinii kryteriów zgodności z zasadami logiki i wiedzy powszechnej, poziomu wiedzy biegłego, podstaw teoretycznych opinii, a także sposobu motywowania oraz stopnia stanowczości wyrażonych w niej wniosków. Jednakże zdaniem judykatury sąd orzekający nie może nie podzielać merytorycznych poglądów biegłego ani zamiast nich przedstawiać własnych.

Należy także wskazać, że porównanie brzmienia § 1 oraz 2 art. 278 k.p.c. prowadzi do wniosku, iż władnym co do ustalenia liczby biegłych jest wyłącznie sąd orzekający. W szczególności powołanie kilku biegłych może być zasadne, gdy w sprawie są wymagane wiadomości specjalne z różnych dziedzin. Natomiast - zdaniem doktryny i judykatury - potrzeby powołania innego biegłego nie uzasadnia taka okoliczność, że opinia powołanego już biegłego jest dla strony (w jej odczuciu) niekorzystna.

Według takich kryteriów oceniał opinię biegłego ds. budowlanych Sąd I instancji, uznając ją za przekonującą. Podkreślił, że biegły odpowiedział na wszystkie pytania, zarzuty. Biegły wyjaśnił w sposób precyzyjny dlaczego nie można ponownie wykorzystać siatki. Ustosunkował się do wszystkich dokumentów. Jego opinia jest spójna i wyciągnięte wnioski zostały należycie uzasadnione. Sąd nie dostrzegł sprzeczności w opinii. Opinia w żaden sposób nie nasunęła wątpliwości co do swojej rzetelności. Z tego też powodu Sąd nie uwzględnił wniosków pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego. Należy podkreślić, że okoliczność iż jedna ze stron nie zgadza się z opinią nie jest podstawą do zaciągania kolejnej opinii. Proces opiniowania nie polega na tym, że dopuszcza się dowód z kolejnych opinii do czasu aż któraś z opinii będzie zgodna z tezami stawianymi przez stronę.

Powód w odpowiedzi na apelację odnosząc się do zarzutów w tej części zaznaczył, że strona pozwana zarzuciła opinii, na podstawie której sąd ustalił, czy możliwe było osiągnięcie dziesięcioprocentowego zysku przez powoda, że nie ustaliła ona „rzeczywistej ceny materiałów i robocizny”, że stanowiła przekalkowanie danych wynikających z oferty powoda. Powód trafnie podniósł, że biegły zarówno w opinii, jak i w piśmie z 13 lutego 2018 roku wskazał, że szczegółowo ustalał ceny poszczególnych elementów ujętych w kosztorysie, przy czym opierał się na cenach minimalnych, a tam gdzie były one niedostępne, na cenach średnich. Podał przy tym źródło tych ustaleń zastrzegając

jednocześnie, że nie będzie wskazywać źródła oddzielnie przy każdej pozycji. Biegły odniósł się przy tym szczegółowo do zarzutu dotyczącego kosztów pracy, wykazując i w tym wypadku, że omyłka w określeniu kosztu roboczogodziny jako stawki brutto (a nie netto) nie wpływała na obliczenie zysku, zaś po doliczeniu narzutów do tej stawki (jako stawki netto) średnie wynagrodzenie było znacznie wyższe niż płaca minimalna. Zdaniem strony pozwanej było ono niższe niż płaca obliczona mediana, co oznaczałoby jedynie tyle, że powód obliczał wynagrodzenie swoich pracowników jako kwotę pomiędzy płacą minimalną i medianą.

Tym samym w ocenie Sądu Apelacyjnego zasadnie powód podsumował, że w takiej sytuacji zarzut nierzetelności opinii nie znalazł oparcia w treści opinii i wyjaśnieniach biegłego, a żądanie przeprowadzenia kolejnej opinii nie był uzasadniony.

Dlatego też, uznając apelację pozwanego co do meritum za bezzasadną, Sąd Apelacyjny orzekł jak w pkt 2 sentencji na mocy art. 385 k.p.c.

Natomiast oddalenie apelacji w zasadniczej części odnoszącej się do istoty sprawy nie oznacza, że wszystkie zarzuty apelacji były nieuzasadnione. Sąd I instancji dokonując rozliczenia kosztów procesu na mocy art. 100 k.p.c., według akceptowalnej metody wg kryterium procentowego uwzględnienia żądania pozwu, nie uwzględnił faktu sprostowania zaskarżonego wyroku w pkt III przez pomniejszenie zasądzonej pierwotnie kwoty w wysokości 160.785,35 zł do kwoty 151 620,24 zł.

W konsekwencji zasadnie pozwany domaga się ponownego rozliczenia tych kosztów z uwzględnieniem tej okoliczności.

W ocenie Sądu apelacyjnego koszty te winny zostać obliczone w następujący sposób:

Powód dochodził kwoty 269 811,66 zł, a wygrał 175.194,07 zł. Tak więc:

- powód wygrał w 64.93 %
- pozwany wygrał 35,07 %.

Ogółem koszty procesu wyniosły: 13.491 zł. (wpis) + 28.385,31 zł (biegły) = 41.876,31 zł.

Pozwanego obciąża kwota 27.190,29 zł (64.93 % z 41.876,31 zł), a powoda kwota 14.686,02 zł (35,07 % z 41 876,31 zł).

Powód wpłacił 13.491 zł (opłaty od pozwu) i 1.000 zł (zaliczka na biegłego). Powód ma do zapłaty 14.686,02 zł, a uiścił 14 491 zł, ***a więc ma dopłacić 195,02 zł i dlatego należało zmienić pkt VI zaskarżonego wyroku przez zasądzenie tej kwoty od powoda na rzecz pozwanego.***

Pozwany ma do zapłacenia 27.190,29 zł, nie uiścił nic, a więc tą kwotę, a nie kwotę 27.385,31 zł w punkcie V należało ściągnąć od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa na zasadzie art. 113 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. Dlatego należało zmienić pkt V zaskarżonego wyroku.

Wynagrodzenie pełnomocników.

Powód poniósł koszty w kwocie 7.217 zł.

Pozwany poniósł koszty w kwocie 7.200 zł.

Razem koszty te wyniosły 14.417 zł.

Powód winien ponieść 35,07 % tych kosztów tj. 5.056,04 zł, a więc ***pozwany winien zwrócić mu kwotę równą różnicy 7.217 zł - 5.056,04 zł = 2.160,96 zł.***

Dlatego należało zmienić pkt VII zaskarżonego wyroku.

Dlatego też, uznając apelację pozwanego co do kosztów procesu w tej części za uzasadnioną, Sąd Apelacyjny orzekł jak w pkt 1 sentencji na mocy art. 386 § 1 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono jak w pkt 3 sentencji na mocy art. 100 zd. 2 k.p.c. wobec faktu, że co do meritum apelacja pozwanego okazała się bezzasadna, a co do wysokości odnośnie zwrotu kosztów zastępstwa, zgodnie z stawkami określonymi w § 2 pkt 6 oraz § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 05.11.2015 r. poz. 1804; zm. Dz.U. z 12.10.2016 r. poz. 1667).

SSA Regina Kurek SSA Grzegorz Krężolek SSA Jerzy Bess