

WYROK SPROSTOWANO POSTANOWIENIEM Z DNIA 13/04/2017 r.

Sygn. akt I ACa 100/16

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 kwietnia 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Maciej Dobrzyński

Sędziowie: SA Robert Obrębski (spr.)

SA Paulina Asłanowicz

Protokolant: apl. sędz. Alicja Sieczych

po rozpoznaniu w dniu 13 kwietnia 2017 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Skarbu Państwa - Komendanta (...)

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 7 października 2015 r., sygn. akt XXIV C 120/13

1. oddala apelację;

2. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Robert Obrębski Maciej Dobrzyński Paulina Asłanowicz

Sygn. akt IA Ca 100/16

UZASADNIENIE

Pozwem z 16 lipca 2012 r. Skarb Państwa – Komendant (...) wniósł o zasądzenie od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. kwoty 35760 zł wraz z ustawowymi odsetkami od 9 grudnia 2011 r. do dnia zapłaty tytułem kary umownej za niewykonanie przez pozwaną zawartej w ramach zamówienia publicznego umowy z 29 grudnia 2010 r. sprzedaży 60000 zł sztuk amunicji o parametrach określonych w umowie, zgodnie z treścią istotnych warunków tego zamówienia.

Pozwana wносиła o oddalenie powództwa. Nie zaprzeczając okoliczności niedostarczenia stronie powodowej wymaganych umową nabojów, osiągających zakres początkowej energii (...) w granicach 500 – 600 J przy lufie 199, twierdziła w odpowiedzi na pozew, wykonanie tego zobowiązania było niemożliwe z tego powodu, że na rynku w

2010 r. amunicja spełniająca takie wymagania nie była dostępna. Uznając także, że świadczenie było niemożliwe do wykonania, strona pozwana twierdziła, że zobowiązanie wygasło w sposób niedający zamawiającej podstawy do naliczenia kary umownej przewidzianej kontraktem. Podawała też, że podpisując umowę, była przekonana, iż wskazany parametr dotyczy lufy 100 mm, dla której był możliwy do uzyskania. Był bowiem dostępny na rynku oraz przewidziany dla normy obronnej (...), w której dla pistoletu o długiej lufie 199 mm zakres wymaganej energii początkowej został określony w przedziale(...). Zawężając drastycznie podany parametr w stosunku do wskazanej normy obronnej, jak też obniżając dolny zakres poniżej poziomu przewidzianego w tej normie, strona powodowa w niedopuszczalny i sprzeczny z prawem sposób określiła warunki zamówienia w treści specyfikacji, które od początku nie były możliwe, według pozwanej, do wykonania.

Opierając się na zarzutach w stosunku do powództwa głównego, pismem z 1 lutego 2013 r., działając na podstawie art. 387 § 2 k.c., pozwana wystąpiła z pozwem wzajemnym, w których żądała zasądzenia od powoda, czyli pozwanego wzajemnego, kwoty 84099,77 zł z ustawowymi odsetkami od 13 października 2011 r. d dnia zapłaty tytułem naprawienia szkody, której miała doznać wskutek poniesienia wydatków na wykonanie umowy, o niemożliwości wykonania której przez pozwaną strona powodowa wiedziała, a mimo to nie wyprowadziła strony pozwanej z błędnego wyobrażenia o możliwości jej wykonania. Na podaną kwotę miały się składać wydatki pozwanej na wykonanie badań amunicji wskazanej w umowie i uzyskanie wymaganych nią certyfikatów.

Strona powodowa (pозwany wzajemny) wniosła o oddalenie powództwa wzajemnego z powodu jego bezzasadności. Wskazywała na wymagane umową parametry techniczne amunicji przewidzianej dla pistoletów o lufie 199 mm, które były podane w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, znanej od początku pozwanej, która złożyła oświadczenie, że oferowane przez pozwaną pociski spełniają wymagania określone w specyfikacji, które można było jednak wykonać. Na rynku dostępna bowiem była amunicja spełniająca wymagania z umowy zawartej przez strony.

Wyrokiem z 7 października 2015 r. Sąd Okręgowy zasądził od pozwanej na rzecz strony powodowej kwot 35760 zł wraz z ustawowymi odsetkami od 9 grudnia 2011 r. do dnia zapłaty. Powództwo wzajemne zostało zaś oddalone w całości. Ustalono również zostało, że pozwana w całości ponosi koszty procesu wywołanego powództwem głównym i wzajemnym. Szczegółowe ich rozliczenie Sąd Okręgowy pozostawił natomiast referendarzowi sądowemu.

W oparciu o zebrane dowody, w tym zeznania świadków i dokumenty, a przede wszystkim na podstawie opinii Instytutu (...), przy pominięciu wartości dowodowej sporządzonej na zlecenie pozwanej prywatnej ekspertyzy (...) Instytutu (...) z siedzibą w Z., Sąd Okręgowy ustalił, okoliczności dotyczące ogłoszenia, przeprowadzenia i rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego na dostawę 60000 sztuk 9mm naboju antyrykoszetowych (...), wygranego przez pozwaną, jak również podpisania przez strony umowy z 29 grudnia 2010 r. na dostawę na potrzeby Straży Granicznej, do 31 maja 2011 r., za cenę wynoszącą 178800 zł brutto, podanej ilości amunicji 9mm do pistoletu (...), (...), (...), (...), G. i (...), spełniającej wymagania określone w specyfikacji oraz w umowie, wśród których zostało zastrzeżone, że energia początkowa pocisku (...) powinna wynosić 500 - 600 J dla lufy długości 199 mm. Wymagania zostały bowiem określone dla warunków przyjętych w normie obronnej (...), przy ustalaniu której przyjęty był tylko inny przedział prędkości początkowej (...) dla wskazanej długości lufy pistoletu. Na wypadek niedostarczenia amunicji o wskazanych parametrach w ustalonych terminie, strona powodowa mogła skorzystać, jak ustalił też Sąd Okręgowy, z prawa odstąpienia od zawartej umowy, oraz naliczyć karę umowną w wysokości 20 % wartości brutto przedmiotu umowy. Z uprawnienia do odstąpienia od umowy zamawiający mógł skorzystać, gdyby strona pozwana nie uzyskiwała wymaganego potwierdzenia przez uprawniony organ zgodności oferowanej amunicji ze specyfikacją techniczną określoną w umowie, również w zakresie wymaganej wartości energii początkowej (...) dla pocisku do pistoletu o długości lufy 199 mm.

Sąd Okręgowy ustalił też, że (...), (...), wystawił certyfikat stwierdzający, że amunicja oferowana przez pozwaną spełnia wymagania zawarte w umowie, z wyjątkiem jednak wartości energii początkowej pocisku mierzonej przy zastosowaniu lufy balistycznej o długości 199 mm, przewidzianej dla wskazanej normy obronnej. Z tej przyczyny Instytut (...) nie potwierdził zgodności amunicji oferowanej przez pozwaną w ramach wykonania umowy z określonymi w niej wymaganiami technicznymi, na zmianę których nie zgodził się również Komendant (...). Ustalono więc zostało, że

do końca maja 2011 r., pozwana nie dostarczyła zamawiającemu amunicji, która by spełniała wymagania techniczne określone w umowie z 29 grudnia 2010 r.

Sąd Okręgowy ustalił ponadto, że z podanej przyczyny, pismem z 12 września 2011 r., odebranych przez pozwaną 19 września 2011 r., Komendant (...) odstąpił od umowy łączącej strony. Pismem zaś z 7 października 2011 r., wezwał pozwaną do zapłacenia kary umownej w kwocie 35760 zł, naliczonej w związku z odstąpieniem przez powoda od umowy z powodu jej niewykonaniem przez pozwaną, która pismem z 28 września 2011 r., domagała się zwrotu rozliczonego przez zamawiającego wadium 17880 zł oraz zapłaty odszkodowania w kwocie 292867,96 zł z art. 387 § 2 k.c., naliczonego z powodów podanych w odpowiedzi na pozew główny oraz pozwie wzajemnym. Powód odmówiła jednak, jak ustalił Sąd Okręgowy, zapłacenia odszkodowania żądanego przez pozwaną, która z kolei nie zapłaciła kary umownej.

W oparciu o opinię Instytutu (...) w W., uzupełnianej w toku postępowania, Sąd Okręgowy ustalił, że kryterium energii początkowej pocisku (...) w przedziale 500 – 600 J ustalone przy zachowaniu warunków badań przyjętych w normie obronnej (...), przy zastosowaniu lufy balistycznej 199 mm, spełniała amunicja (...) oraz (...), która wynosiła odpowiednio 597,1 J oraz 566,4 J. Przy dokonywaniu tych ustaleń, Sąd Okręgowy nie uwzględnił prywatnej opinii, sporządzonej przez (...) Instytut (...) w Z., z której wynikał przeciwny wniosek.

Oceniając znaczenie prawne dokonanych ustaleń, Sąd Okręgowy uznał powództwo główne za uzasadnione w całości. Nie znalazł natomiast podstaw do uznania zasadności powództwa wzajemnego. Opierając się na opinii Instytutu (...) w W., której wartość dowodowa, w tym ostateczne wnioski zawarte w jej treści, nie zostały podważone, uznał przede wszystkim, że zostało przez stronę powodową udowodnione w ten sposób, że dostarczenie amunicji spełniającej wymagania określone w umowie, zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia udzielonego pozwanej, było możliwe. Z opinii tej jasno bowiem wynikało, że prędkość początkową dla pocisku (...) w przedziale od 500 do 600 J przy lufie dłuższej 199 mm uzyskiwała amunicja (...), jak wykazały badania przeprowadzone przez powołany Instytut, podczas których zostało wyliczone, że parametr ten średnio wynosił 597, J, zaś Instytut w pełni podtrzymał wnioski zawarte w opinii podstawowej, pomimo przyznania, że przy dokonywaniu tych pomiarów nie dysponował lufą balistyczną. Wskazane też zostało w opinii głównej i uzupełniającej, że pocisk (...) miał pewniejszy wynik, wynoszący 566,4 J, który nie wychodził poza wymagany poziom, nawet przy uwzględnieniu marginesu błędu, wynikającego z możliwego użycia lufy balistycznej do jego pomiaru. Sąd Okręgowy wskazał, że niezależnie od oceny wartości dowodowej tej opinii, ciężar udowodnienia, że wymagany umową wskaźnik nie był możliwy do uzyskania, tj. że świadczenia określonego umową od początku nie można było obiektywnie zrealizować, spoczywał tylko na stronie pozwanej, która nie zdołała przeprowadzić takiego dowodu. Uznając, że parametry określone we wskazanej w umowie normie obronnej mogły zostać określone w umowie na innym poziomie, nie były więc bezwzględnie wiążące jej strony, Sąd Okręgowy ocenił postanowienia umowy za ważne dla obu stron, w tym dla pozwanej, która o jej zapisach wiedziała. Nie wykonała jednak umowy z powodów nieobciążających stronę powodową, która miała podstawy do tego, aby od umowy odstąpić oraz obciążyć pozwaną prawidłowo obliczoną karą umowną w wysokości podanej w pozwie wraz z odsetkami, które były należne po wezwaniu pozwanej do zapłaty, pismem z 7 października 2011 r., już od 24 października 2011 r. Żądanie ich zasądzenia od 9 grudnia 2011 r. tym bardziej było więc uzasadnione, w przeciwieństwie do powództwa wzajemnego opartego na art. 387 § 2 k.c. Jeśli bowiem świadczenie było możliwe do spełnienia, nie mogły zostać wykazane przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej, a tym bardziej wiedza powódki o niemożliwości świadczenia i brak wyprowadzenia pozwanej z nieświadomości dotyczącej niemożliwości wykonania umowy. Na tej podstawie Sąd Okręgowy oddalił powództwo wzajemne. O kosztach procesu orzekł natomiast zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik sprawy z art. 98 k.p.c. tak w części dotyczącej powództwa głównego, jak również wzajemnego.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniosła strona pozwana (powód wzajemny). Zaskarżając ten wyrok w całości, zarzuciła Sądowi Okręgowemu naruszenie zasad doświadczenia życiowego i logiki przez sprzeczne z art. 233 w zw. z art. 232 k.p.c. przyjęcie, że możliwe było dostarczenie amunicji określonej w umowie, w tym wypełnienie wymagania, aby prędkość początkowa pocisku (...) w granicach 500 – 600 J w warunkach określonych w normie obronnej nr (...), przy zastosowaniu lufy balistycznej 199 mm, w sytuacji, gdy uzupełniona opinia (...) Instytutu (...) w W. nie dawała

podstaw do przyjęcia takiego wniosku, zaś sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez (...) w Z. 18 września 2015 r. wykluczyło to ustalenie. Wykazane w niej bowiem zostało, że żadna amunicja nie mogła spełniać tego wymagania. Następny zarzut dotyczył naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 244 w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez pominięcie mocy dowodowej tego sprawozdania jako dokumentu urzędowego w sytuacji, gdy Instytut, od którego ono pochodziło, jest urzędową jednostką certyfikującą tego rodzaju amunicję, mającą akredytację w zakresie obronności i bezpieczeństwa, zgodnie z Obwieszczeniem Ministra Obrony Narodowej z 2 października 2014 r. w sprawie jednostek certyfikujących, jak też sprzeczne z art. 245 w zw. z art. 227 k.p.c. uznanie, że wskazane sprawozdanie może zostać uznane wyłącznie za dokument prywatny stanowiący fachowe uzasadnienie twierdzeń powoda, a ponadto sprzeczne z art. 217 § 1 i 2 oraz art. 227 k.p.c. pominięcie dowodów z innych postępowań przetargowych dotyczących amunicji tego samego rodzaju, z których wynikało, że określony przez powoda parametr energii początkowej pocisku (...) w granicach 500 – 600 J wymagany był dla luf krótkich 100 mm, dla których był dostępny na rynku, w przeciwieństwie do pocisków do lufy dłuższej 199 mm, czego powód musiał być świadomy przed zawarciem umowy, z której wywiedzione zostało powództwo główne, jak też pominięcie dowodów, które potwierdzały wysokość wydatków pozwanej, poniesionych na pokrycie kosztów badań amunicji oferowanej powodowi i uzyskania wymaganych certyfikatów. Następny zarzut dotyczył zaś sprzeczności z art. 299 k.p.c. oddalenia wniosku pozwanej o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron, mimo że pozostałe dowody nie wyjaśniły wszystkich okoliczności o istotnym znaczeniu dla wyniku sprawy, w tym informacji przekazywanych przez powoda stronie pozwanej w zakresie spornego wymagania technicznego w odniesieniu do lufy, dla której było ono wymagane. W apelacji został ponadto podniesiony zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 387 § k.c. przez bezzasadne uznanie, że świadczenie określone w umowie, w części dotyczącej spornego parametru, można było wypełnić i że strona powodowa nie wiedziała o braku możliwości jego spełnienia, mimo że mogła o tym powiadomić skarżącą. Kolejny zarzut dotyczył naruszenia art. 30 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe uznanie, że strona powoda mogła w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określić wskazany parametr przez podanie przedziału granicznego w dolnej granicy wykraczający poza przedział określony w normie obronnej (...), jak również sprzeczne z art. 6 k.c. uznanie, że pozwana nie udowodniła bezpodstawności wniosków podanych w podstawowej części opinii Instytutu (...) w W., a także uwzględnienie żądania głównego w sposób sprzeczny z art. 5 k.c. w sytuacji, gdy przyczyna nieuzyskania przez pozwaną deklaracji zgodności, która winna zostać wystawiona przez Dyrektora Instytutu (...), leżała wyłącznie po stronie powoda, nie została natomiast wywołana działaniem pozwanej. W konsekwencji został podniesiony w apelacji zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 483 w zw. z art. 387 § 1 i art. 471 k.c. poprzez bezzasadne uwzględnienie żądania o zasądzenie kary umownej za niespełnienie niemożliwego świadczenia i zarazem oddalenie żądania wzajemnego dotyczącego naprawienia przez powoda szkody doznanej przez pozwaną wskutek pokrycia kosztów związanych z podjęciem działań, które nie mogły doprowadzić do wykonania niemożliwego świadczenia. Na podstawie przedstawionych zarzutów, przy obszernym ich uzasadnieniu, pozwana wносиła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa głównego oraz zasądzenie od powoda na rzecz skarżącej kwoty 84099,77 zł z ustawowymi odsetkami od 13 października 2011 r. do dnia zapłaty tytułem należności objętej pozwem wzajemnym oraz kosztów procesu za obie instancje według norm przepisanych, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.

W odpowiedzi na apelację strona powodowa wniosła o jej oddalenie oraz obciążenie pozwanej poniesionymi kosztami postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie. Ustalenia Sądu Okręgowego były prawidłowe. Zostały bowiem oparte na dowodach zebranych w tej sprawie, wśród których główne znaczenie miała opinia (...) i (...). Przy ocenie zebranych dowodów, Sąd Okręgowy nie naruszył art. 233 i art. 232 k.p.c. Nie uwzględniając wartości dowodowej opinii sporządzonej przez (...) z Z., nie naruszały ponadto ani art. 244 w zw. z art. 227 k.p.c., ani też art. 245 w zw. z art. 217 i art. 227 k.p.c. Wskazane przepisy nie zostały również naruszone poprzez pominięcie dokumentów, które dotyczyły innych postępowań przetargowych, przeprowadzonych w ramach zamówień ogłaszanych przez stronę powodową. Dowody, które zostały w tej sprawie przeprowadzone, w tym pierwsza z powołanych opinii, wraz z dalszym jej

uzupełnieniem, były wystarczające do dokonania kluczowego dla sprawy ustalenia w zakresie obiektywnej możliwości spełnienia świadczenia polegającego na dostarczeniu amunicji do pistoletów wskazanych w umowie zawartej przez strony, spełniającej wymaganie prędkości początkowej pocisku (...) w przedziale od 500 do 600 J dla lufy o długości 199 mm. Przeciwnie twierdzenia skarżącej nie zostały wykazane w tej sprawie. Prawdłowo więc Sąd Okręgowy uznał, że opinia Instytutu (...) wykazała, że dwa rodzaje amunicji spełniały wskazane kryteria. Poprawnie ponadto zostało wskazane przez Sąd Okręgowy, że niezależnie nawet od poprawności wniosków zawartych w tej opinii, na stronie pozwanej spoczywał ciężar wykazania, z zachowaniem reguł postępowania dowodowego obowiązujących w procesie cywilnym, obiektywnej niemożności dostarczenia amunicji spełniającej wskazane w umowie wymogi, jak również że z ciężaru tego strona powodowa się nie wywiązała w tej sprawie. Wszystkie zarzuty dotyczące naruszenia prawa materialnego, w tym art. 387 § 1 k.c., nie zasługiwały więc na uwzględnienie. Zachodziły więc podstawy do tego, aby strona pozwana została obciążona karą umowną za niespełnienie umownego świadczenia niepieniężnego, którego brak stanowił też dla strony powodowej podstawę do odstąpienia od umowy i obciążenia pozwanej karą umową, której wysokość nie została zakwestionowana. Tym bardziej na uwzględnienie nie zasługiwał zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 387 § 2 k.c.

Przechodząc do dokładniejszego uzasadnienia, wskazać przede wszystkim należy na zapisy zawarte w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, które stanowiły podstawę umownego określenia przez strony wymagań technicznych, jakim winna odpowiadać amunicja, którą pozwana zobowiązała się dostarczyć na zamówienie strony powodowej. Chodziło więc o pociski pistoletowe rodzaju Parabellum, antyrykoszytowe z wgłębieniem wierzchołkowym, przeznaczone do strzelania z pistoletów maszynowych (...), (...), (...), G. i (...), przy czym parametry naboju „określono dla warunków badań przyjętych w normie obronnej (...)” (k: 10 ostatnia rubryka z tabeli). Z zacytowanego zapisu jednoznacznie więc wynikało, że parametry dla uzgodnionego w umowie pocisku zostały określone dla broni o lufie dłuższej 199 mm, tylko bowiem dla takiej broni została ustalona normatywnie wskazana norma obronna. Z drugiej strony, z tego samego zapisu wynika, że nie chodziło o zastosowanie danych z tej normy, w tym określonego w niej innego przedziału prędkości pocisku (...). W przeciwnym razie wskazana norma obronna zostałaby powołana wprost ze wszystkimi określonymi w niej parametrami. Z zapisu tej specyfikacji wynika tylko, że wykorzystane zostały „warunki badań przyjętych w normie obronnej”, a nie sama norma w całości. Ustalenie, czy pociski, które miały zostać dostarczone przez pozwaną na podstawie zawartej umowy, w pełni odpowiadają określonym w niej wymaganiom technicznym, wymagało więc zastosowania lufy dłuższej 199 mm. Nie polegało też natomiast na konieczności zastosowania poziom prędkości początkowej pocisku (...), określonego w normie obronnej. Wskaźnik ten został bowiem odmiennie określony w treści umowy, która była pozwanej znana. Nie sposób było więc uznać, aby określenie w tej umowie innego przedziału w zakresie wskazanego parametru, w tym obniżenie progu dolnego do 500 J, naruszało art. 30 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Nie zostało w każdym razie w tej sprawie wykazane ze strony skarżącej, że strona powodowa nie mogła określić tego parametru na własne potrzeby, przy zachowaniu innych warunków przyjętych dla normy obronnej (...), czyli konieczności zastosowania lufy dłuższej 199 mm. Parametr prędkości początkowej pocisku (...) w przedziale 500 – 600 J, który należało sprawdzić oraz wyznaczyć dla pistoletów o tej długości lufy, miał być ponadto spełniony przy ich użyciu w pistoletach określonych w umowie. Jeśli więc na potrzeby wykonania opinii zleconej przez Sąd Okręgowy, Instytut (...) przeprowadził badania przy wykorzystaniu pistoletu maszynowego MP5 o długości lufy 199 mm (k: 504), średni wynik uzyskany dla amunicji (...), który wynosił 597,1 (k: 508), mieścił się w przedziale określonym w umowie. Nie miały więc istotnego znaczenie dla wyniku tej sprawy ani wyniki jednostkowych pomiarów dla tej broni, ani tym bardziej wynik uzyskany przy zastosowaniu lufy balistycznej, którą wskazany Instytut nie dysponował. Pomiar wykonywał natomiast przy zastosowaniu broni dostarczonej przez skarżącą, co jednoznacznie wynika z treści opinii Instytut (...) (k: 504). Wyniki pomiaru przeprowadzonego przy użyciu lufy balistycznej oddają wymagania określone dla normy. Nie przedstawiają natomiast wyniku uzyskanego dla broni określonej w umowie, która miała pierwszoplanowe znaczenie, zwłaszcza że Instytut (...) w opinii uzupełniającej w pełni potrzymał wnioski zaprezentowane w opinii głównej, pomimo tego, że przy zastosowaniu lufy balistycznej, możliwy poziom błędów mógłby spowodować przekroczenie górnego poziomu dopuszczonej w umowie prędkości początkowej pocisku (...). Opinia Instytutu (...) wykazała więc, że parametr tej prędkości, określony w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, spełniała amunicja (...) A (...). Z opinii tej wynikało też, że tego rodzaju pocisk mógł wypełnić wymaganie określone w umowie również dla broni o lufie krótkiej

100 mm. Wynosił bowiem dla tej lufy 541,1 J (k: 504). Przede wszystkim jednak należy podkreślić, że broni o lufie krótkiej w ogóle nie dotyczyła umowa zawarta przez strony. Określone dla niej parametry nie miały więc żadnego znaczenia dla wyniku tej sprawy. Zostały natomiast wykorzystane przez pozwaną jako podstawa do budowania zarzutów, które nie zasługiwały na uwzględnienie. Oparte bowiem zostały na bezzasadnym zdublowaniu wymagań w zakresie prędkości początkowej pocisku(...) nie tylko dla broni o lufie długiej, lecz również krótkiej 100 mm, której w ogóle nie dotyczyła umowa zawarta przez strony.

Drugim przykładem amunicji, która spełniała wymagania umowne dla prędkości początkowej pocisku (...) w przedziale 500 – 600 J dla broni o lufie długiej 199 mm, w opinii Instytutu (...) został podany pocisk (...). Z badań wykonanych przez ten Instytut wynika, że wskazany parametr wynosił dla tej amunicji 566,4 J. Daleko odbiegał więc od progu górnego, który został oznaczony na 600 J. Nawet zastosowanie lufy balistycznej nie mogło w żaden sposób wpłynąć na ocenę jego zgodności z wymaganiami określonym w umowie łączącej strony. Nie mogło więc ulegać kwestii, że jakakolwiek korekta, która mogłaby wynikać z zastosowania lufy balistycznej, określona przez ten Instytut w opinii uzupełniającej, w której zaprezentowane zostały odpowiedzi na wątpliwości i zastrzeżenia zgłoszone przez pozwaną do opinii głównej, by nie wpłynęła na ocenę zgodności wskazanego pocisku w umowę w zakresie, który dotyczył dopuszczalnego poziomu początkowej prędkości pocisku (...). Podstawa zarzutów, które zgłaszała w tym zakresie skarżąca, również na etapie apelacji, odnosiła się wyłącznie do tego, że wskazany parametr dla pocisku (...) dla broni o lufie krótkiej 100 mm, wynosił tylko 489,3 J. Nie był więc zgodny z umową. Osiągał bowiem poziom niższy niż określone w umowie (...). Nie miało to jednak żadnego znaczenia dla wyniku sprawy. Przedmiot tej umowy nie dotyczył bowiem dostarczenia określonej w niej amunicji dla broni o lufie krótkiej, lecz wyłącznie dla broni o lufie długiej, czyli określonej w normie obronnej (...). Podstawa, na której pozwana oparła większą część zarzutów apelacji, zwłaszcza dotyczących oceny dowodów i dokonania kluczowych ustaleń dla sprawy, została więc poddana swoistej manipulacji. W opinii sporządzonej na zlecenie Sądu Okręgowego, wskutek uwzględnienia też pytań strony pozwanej, zostały wskazane wyniki dla luf obu podanych długości, podczas gdy przedmiot zamówienia dotyczył tylko broni o lufie długiej 199 mm. W ogóle nie obejmował broni o lufie krótkiej 100 mm. Wyniki pomiarów, które Instytut (...) przeprowadził dla broni o lufie krótkiej, nie miały więc żadnego znaczenia dla oceny, czy obiektywnie możliwe było dostarczenie amunicji dla broni o lufie długiej 199 mm, której prędkość początkowa (...) mieściłaby się w przedziale od 500 do 600 J. Powołana opinia wykazała, że warunek ten spełniał nie tylko pocisk (...), lecz również, ze znacznie większą pewnością, pocisk (...). Nie miało znaczenia, że drugi z tych pocisków nie spełniałby tego wymagania, gdyby przedmiot zamówienia obejmował również pociski do broni o lufie krótkiej 100 mm. Budowanie zarzutów, także zawartych w apelacji, na nieistotnym dla sprawy elemencie, nie miało więc najmniejszego znaczenia dla oceny jej zasadności. Zebrany w tej sprawie materiał wykazał, że określone w umowie parametry spełniały dwa wskazane rodzaje amunicji.

Drugi istotny wniosek, który trafnie Sąd Okręgowy wyprowadził z treści opinii Instytutu (...), związany jest z szerszym spojrzeniem na obiektywną możliwość wypełnienia umowy w zakresie dotyczącym określonych w jej treści parametrów technicznych, w tym dopuszczalnej prędkości początkowej pocisku (...) w przedziale od 500 do 600 J. Zarzut niemożności dostarczenia amunicji, która by spełniała takie wymaganie, został podniesiony przez pozwaną. Ciężar wykazania jego zasadności spoczywał więc na skarżącej, która nie zdołała w tej sprawie udowodnić podniesionego twierdzenia, niezależnie nawet od tego, czy wskazane wymaganie spełniają dwa podane przykłady pocisków, które zostały poddane szczegółowym badaniom przez Instytut (...), a następnie również ze strony Instytutu (...) w Z., który nie badał żadnej innej broni. Nie wyrażał również ogólnego stanowiska w tym zakresie. W opinii sporządzonej na zlecenie Sądu Okręgowego przez Instytut (...) zostało jednak wyrażone stanowisko następujące: „zdaniem Komisji, w sprzedaży może być dostępna, oprócz poddanej badaniom, inna amunicja 9x19 mm Parabellum, spełniająca przedstawione powyżej kryteria”. Przytoczona teza nie została przez pozwaną zweryfikowana dowodowo. Przeciwnie wnioski nawet nie wynikają z prywatnej opinii sporządzonej przez Instytut (...) w siedzibą w Z.. Wykazanie, że na rynku nie było amunicji spełniającej wymagania określone w umowie, musiałoby się wiązać z przeprowadzeniem oceny szerszej oferty rynkowej. Stosowne wnioski dowodowe nie zostały jednak zgłoszone ze strony pozwanej. Nawet więc ogólna teza zawarta w zacytowanym fragmencie opinii Instytutu (...) nie została podważona i zweryfikowana dowodowo. Nie mogła jej tym bardziej podważyć opinia prywatna, na którą pozwana powołała się w licznych zarzutach apelacji.

Nie wdając się w szczegółowe rozważania dotyczące treści opinii, która została sporządzona na prywatne zlecenie strony pozwanej i złożona do akt, w pierwszej kolejności należy wskazać na względy formalne, uwarunkowania o charakterze procesowym, które zostały wprowadzone w celu zapewnienia w możliwie jak największym stopniu zachowania obiektywności ze strony sądów przy gromadzeniu dowodów i ich wykorzystaniu na potrzeby rozstrzygnięcia opartego na okolicznościach wymagających wiedzy specjalnej, które w sprawie niniejszej miały decydujące znaczenie dla oceny zasadności powództwa, a tym samym również apelacji stronu pozwanej. Poza sporem pozostaje, że Instytut (...) z siedzibą w Z. zajmuje się podobną działalnością w porównaniu do Instytutu (...), który sporządzał w tej sprawie opinię na zlecenie Sądu Okręgowego. Nie ulega także kwestii, że Instytut w Z. jest jednostką certyfikacyjną w zakresie amunicji. Posiada bowiem stosowne prawa i dopuszczenia, udzielone na podstawie aktów prawnych powołanych w apelacji. Z tego właśnie względu, w początkowej fazie realizacji postanowienia Sądu Okręgowego o dopuszczeniu dowodu z opinii instytutu, wskazana jednostka w pierwszej kolejności była brana pod uwagę jako podmiot mający wykonać taką opinię, która została dopuszczona przez Sąd Okręgowy. Podjęte więc zostały w tej sprawie czynności związane z wykonaniem opinii przez (...) w Z.. Po przeprowadzeniu analizy akt, pismem z 25 października 2013 r., nadanym drogą faksową, wskazany Instytut osobiście wystąpił z wnioskiem o zlecenie wykonania opinii „innemu instytutowi”. Podał bowiem, że „jest zaangażowany w przedmiotową sprawę” z powodu czynności, które w okresie wcześniejszym wykonywał na zlecenie pozwanej. Instytut w Z. zaproponował więc, aby w tych względów, sporządzenie opinii zostało powierzone Instytutowi (...) w W. (k: 443). W istocie wskazane pismo wywołało skutek podobny do zgłoszenia przez Instytut w Z. wniosku o jego wyłączenie. Nie zostało on formalnie rozpoznany, niemniej sporządzenie opinii zostało zlecone Instytutowi (...). W sytuacji, gdy zachodziły przesłanki do wyłączenia Instytutu z siedzibą w Z., nie sposób było oprzeć kluczowych dla sprawy ustaleń na opinii, która została w późniejszym czasie sporządzona na prywatne zlecenie strony pozwanej. Nie uzyskała bowiem statutu opinii instytutu badawczego z art. 290 k.p.c. Tym bardziej nie można było na jej podstawie podważyć wartości dla tej sprawy opinii sporządzonej przez Instytut (...). Zamierzając podważyć wartość dowodową tej opinii w istotnym dla sprawy zakresie, strona pozwana powinna była zgłosić ewentualnie wniosek o przeprowadzenie dowodu z jeszcze innego instytutu tej samej specjalności. Posłużenie się prywatną opinią sporządzoną przez jednostkę, która sama wystąpiła o jej wyłączenie ze sprawy, z powodów czysto proceduralnych nie mogło podważyć wartości opinii sporządzonej przez Instytut (...), niezależnie od tego, jakie były wyniki badań przeprowadzonych przez Instytut w Z. na zlecenie pozwanej, a nawet mimo tego, że zostały one przeprowadzone przy użyciu lufy balistycznej, którą nie dysponował jednak Instytut (...). Z podanych wyżej powodów, jej użycie nie było decydujące. Nie mogło z pewnością przesądzić o konieczności oparcia kluczowych dla sprawy ustaleń na opinii Instytutu w Z., właśnie dlatego, że jego udział w sprawie jako biegłego zostało podważony wcześniejszym realizowaniem zleceń na rzecz strony pozwanej.

Na uwzględnienie nie zasługiwał również zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 244 czy też art. 245 w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez pominięcie wartości dowodowej dokumentu będącego sprawozdaniem z badań nr (...), które zostały przeprowadzone przez Instytut w Z. 18 września 2015 r. na zlecenie strony pozwanej. Trudno bowiem za dokument urzędowy uznać efekt badań wykonanych na prywatne zlecenie strony zainteresowanej, czyli jednak poza zakresem zadań związanych z wykonywaniem czynności administracji, w tym dotyczącej badania amunicji. Tryb sporządzenia tego sprawozdania był w istocie prywatnoprawny, nie zaś urzędowy. Zasadnie Sąd Okręgowy uznał więc to sprawozdanie za dokument prywatny, którego moc dowodowa wynika z art. 245 k.p.c. W sytuacji, gdy chodziło o dokument sprawozdawczy, zawierający tylko oświadczenie wiedzy Instytutu w Z. o wynikach przeprowadzonych badań, nie sposób było uznać ich zgodność z rzeczywistością, a tym bardziej na tej podstawie podważyć wnioski wynikające z opinii Instytutu (...), która w tym zakresie korzystała z mocy dowodowej właściwej dla opinii z art. 290 w zw. z art. 278 k.p.c.

Na korzyść strony pozwanej nie mogło nawet przemawiać ewentualne uznanie wskazanego sprawozdania z dnia 18 września 2015 r. za dokument urzędowy. Zgodność takiego dokumentu zaświadczonego może zostać bowiem obalona przy zachowaniu zasad rozkładu dowodu określonych w art. 252 k.p.c. i przy wykorzystaniu wszystkich w zasadzie adekwatnych dowodów, w tym też dowodu z opinii biegłego, a tym bardziej instytutu naukowego lub badawczego. Nawet więc gdyby przyjąć założenie objęte wskazanym zarzutem apelacji, nie można byłoby oprzeć kluczowych dla sprawy ustaleń na tym sprawozdaniu już z tego powodu, że przeciwne wnioski wynikały

z opinii Instytutu (...), której znaczenie dla sprawy było pierwszoplanowe i formalnie przenosiło dowodową wartość jakichkolwiek dokumentów prywatnych, a nawet urzędowych. Sąd Okręgowy zasadnie więc pominął wartość dowodową sprawozdania z badań, które zostało załączone do prywatnej opinii sporządzonej na zlecenie skarżącej.

Tym bardziej nie można było oprzeć kluczowych dla sprawy ustaleń na dokumentacji obrazującej warunki innych przetargów przeprowadzanych przez stronę powodową na dostawę amunicji nieobjętej sporną umową, która przez pozwaną niewątpliwie nie została wykonana. Żadnego znaczenia w efekcie nie mogła mieć dokumentacja obrazująca wydatki pozwanej na przystąpienia do wykonania spornej umowy. Pomijając wskazane dokumenty, Sąd Okręgowy nie naruszył więc art. 217 k.p.c., ani też art. 227 k.p.c. Zebrany w sprawie materiał dowodowy wykazał bowiem, że świadczenie było obiektywnie wykonalne. Nie zostało więc wykazane, aby wygasło z powodu pierwotnej niemożliwości jego spełnienia, stosownie do art. 387 § 1 k.c. Naliczenie przez stronę powodową kary umownej po odstąpieniu od umowy z podanego powodu było więc w pełni uzasadnione. Nie naruszało art. 483 i art. 387 § 1 k.c. Powództwo główne w całości zasługiwało więc na uwzględnienie.

Oddaleniu podlegało w konsekwencji powództwo wzajemne. Skarżąca nie zdołała bowiem wykazać, że świadczenie określone w umowie łączącej obie strony od początku było niemożliwe do spełnienia. Tym bardziej nie wykazała, aby strona powodowa o tym wiedziała, a mimo to nie poinformowała o tym strony pozwanej, czyli by przeprowadziła przetarg tylko po to, aby skarżąca poniosła koszty czynności podjętych w ramach wykonywania spornej umowy. Nie sposób uznać, aby takie były motywy działania podjętego przez stronę powodową na szkodę strony pozwanej. Jako podmiot profesjonalnie działający w branży zbrojeniowej, pozwana powinna była zdawać sobie sprawę z tego, że amunicja dotyczyła obroni o lufie długiej 199 mm, dla której zamawiający miał potrzebę uzyskać amunicję o prędkości początkowej pocisku (...) w przedziale od 500 do 600 J, jak też że dostarczenie takiej amunicji było obiektywnie możliwe, a mimo to nie zostało wykonane przez skarżącą, której apelacja z podanych przyczyn nie zasługiwała na uwzględnienie.

Oddalenie apelacji uzasadniało natomiast obciążenie skarżącej kosztami procesu za drugą instancję. Na podstawie art. 98§ 1 i 3 w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. i przy zastosowaniu § 13 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie i ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu, Sąd Apelacyjny zasądził od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej kwotę 2700 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, na które złożyła się podstawowa stawka za udział zawodowego pełnomocnika w postępowaniu odwoławczym, zgodnie z rodzajową kwalifikacją sprawy i wartością przedmiotu zaskarżenia, która została podana w apelacji.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie powołanych przepisów i art. 385 k.p.c., Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji.

Robert Obrębski Maciej Dobrzyński Paulina Aslanowicz