

Sygn. akt I ACa 547/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 grudnia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Jarosław Marek Kamiński
Sędziowie	:	SA Bogusław Suter SO del. Dariusz Małkiński (spr.)
Protokolant	:	Elżbieta Niewińska

po rozpoznaniu w dniu 9 grudnia 2015 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...)w B.

przeciwko P. W.

o zapłatę

i z powództwa wzajemnego P. W.

przeciwko (...)w B.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda – pozwanego wzajemnego

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 9 kwietnia 2015 r. sygn. akt VII GC 361/13

I prostuje oznaczenie powoda – pozwanego wzajemnego w ten sposób, że określa go jako: „(...) w B.”;

II zmienia zaskarżony wyrok:

a) w punkcie 1 w ten sposób, że zasądza od pozwanego P. W. na rzecz (...) w B. kwotę 80.400 (osiemdziesiąt tysięcy czterysta) zł z ustawowymi odsetkami od kwot: 61.600 (sześćdziesiąt jeden tysięcy sześćset) zł od dnia 8 maja 2012 r. do dnia zapłaty i 18.800 (osiemnaście tysięcy osiemset) zł od dnia 17 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty;

b) w punkcie 2.I. w ten sposób, że zasądza od pozwanego wzajemnego (...)w B. na rzecz powoda wzajemnego P. W. kwotę 86.100 (osiemdziesiąt sześć tysięcy sto) zł z ustawowymi odsetkami od dnia 26 listopada 2013 r. do dnia zapłaty i oddala powództwo w pozostałym zakresie;

c) w punkcie 2.III. w ten sposób, że zasądza od pozwanego – powoda wzajemnego na rzecz powoda – pozwanego wzajemnego kwotę 9.084 (dziewięć tysięcy osiemdziesiąt cztery) zł tytułem zwrotu kosztów procesu;

III oddala apelację w pozostałym zakresie;

IV zasądza od pozwanego – powoda wzajemnego na rzecz powoda – pozwanego wzajemnego kwotę 11.534 (jedenaście tysięcy pięćset trzydzieści cztery) zł tytułem zwrotu kosztów procesu w instancji odwoławczej.

(...)

UZASADNIENIE

Powód: (...) w B. wystąpił przeciwko pozwanemu P. W. z pozwem o zapłatę kwoty 80.400,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami i kosztami procesu tytułem kar umownych wynikających z odstąpienia przez niego od umów z dnia 30 września 2011 roku i 11 stycznia 2012 roku z przyczyn leżących po stronie pozwanego.

Pozwany wniósł w odpowiedzi na pozew o oddalenie powództwa w całości, podnosząc że zakończenie stosunków zobowiązaniowych nastąpiło z winy powoda, który opóźniał się ze złożeniem stosownym instytucjom oświadczenia o usunięciu na jego koszt kolizji należących do nich urządzeń z projektowaną inwestycją drogową. W ramach własnego pozwu wzajemnego żądał zasądzenia od pozwanego wzajemnego kwoty 193.560,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami i kosztami postępowania tytułem: wynagrodzenia za wykonane usługi wynikające z umów zawartych przez strony oraz kar umownych zastrzeżonych na wypadek odstąpienia od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada powód jako zamawiający.

Pozwany wzajemny wnosil o oddalenie powództwa wzajemnego w całości podtrzymując swoje dotychczasowe stanowisko.

Sąd Okręgowy w Białymstoku VII Wydział Gospodarczy w wyroku z dnia 9 kwietnia 2015 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: VII GC 361/13: oddalił w całości powództwo główne (pkt 1), zasądził od pozwanego wzajemnego (...) w B. na rzecz powoda wzajemnego P. W. kwotę 166.500 zł z ustawowymi odsetkami w stosunku rocznym od kwot: 86.100 zł od dnia 28 października 2013 r. do dnia zapłaty, 61.600 zł od dnia 10 czerwca 2012 r. do dnia zapłaty i 18.800 zł od dnia 4 września 2012 r. do dnia zapłaty (pkt 2.I), oddalił powództwo wzajemne w pozostałym zakresie (pkt 2.II), zasądził od pozwanego wzajemnego na rzecz powoda wzajemnego kwotę 9.678,55 zł tytułem zwrotu poczynionych wydatków (pkt 2.III) i nakazał zwrócić ze Skarbu Państwa na rzecz powoda wzajemnego kwotę 36,35 zł tytułem niewykorzystanej zaliczki (pkt 2.IV).

Wyrok powyższy został wydany na gruncie następujących ustaleń faktycznych i argumentów natury prawnej.

W dniu 30 września 2011 roku strony zawarły umowę, w ramach której pozwany miał wykonać dokumentację projektową dla rozbudowy drogi wojewódzkiej nr (...) wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku M.- J.. Termin realizacji zamówienia został określony do dnia 30 czerwca 2012 roku. Wynagrodzenie za wykonanie umowy ustalono na kwotę 378.840,00 zł brutto. W umowie przewidziano karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn niezależnych od zamawiającego, a także odstąpienia od umowy przez zamawiającego z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, w wysokości 20 % wynagrodzenia umownego; przewidziano też w niej, że zamawiający zapłaci kary umowne wykonawcy w wysokości

20 % wynagrodzenia umownego w przypadku odstąpienia od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada zamawiający.

Dnia 11 stycznia 2012 roku strony zawarły kolejną umowę, w ramach której pozwany miał wykonać dokumentację projektową na rozbudowę drogi wojewódzkiej nr (...) wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą na odcinku T.- J.. Termin realizacji zamówienia został zakreślony do dnia 11 sierpnia 2012 roku. Wynagrodzenie za wykonanie umowy ustalono na kwotę 115.620,00 zł brutto. W umowie przewidziano karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn niezależnych od zamawiającego, a także odstąpienia od umowy przez zamawiającego z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponowi wykonawca, w wysokości 20 % wynagrodzenia umownego; przewidziano też w niej, że zamawiający zapłaci kary umowne wykonawcy w wysokości 20 % wynagrodzenia umownego w przypadku odstąpienia od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada zamawiający.

Prace pozwanego (powoda wzajemnego) miały być wykonywane zgodnie z ustalonym harmonogramem rzeczowo-terminowym.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazano, że pozwany (powód wzajemny) ma uzyskać wszystkie aktualne branżowe warunki techniczne od właścicieli lub zarządców urządzeń kolidujących z projektowaną inwestycją drogową informując ich, że zgodnie z treścią art. 39 ust. 5 ustawy O drogach publicznych jeżeli budowa, przebudowa lub remont drogi wymaga przełożenia urządzenia lub obiektu, koszt tego przełożenia ponosi jego właściciel.

W przypadku drogi wojewódzkiej o numerze (...) S.A. Oddział B. w dniu 28 listopada 2011 roku uzależniła wydanie warunków technicznych usunięcia kolizji branży energetycznej od zgody powoda (pozwanego wzajemnego) na pokrycie kosztów owych robót. Zgoda ta została przez powoda (pozwanego wzajemnego) udzielona dopiero dnia 22 lutego 2012 roku.

W odniesieniu do drogi wojewódzkiej nr (...) S.A. w W. wydała warunki techniczne usunięcia kolizji branży telekomunikacyjnej wskazując jednak, że wszelkie związane z tym koszty pokrywa naruszający stan istniejący. W odniesieniu do drogi wojewódzkiej nr (...) zgoda inwestora na poniesienie powyższych kosztów została udzielona pod koniec kwietnia 2012 roku.

Pozwany (powód wzajemny) w dniach: 22 lutego 2012 roku i 17 maja 2012 roku zażądał od powoda (pozwanego wzajemnego) zmiany zawartych umów w zakresie wydłużenia terminu ich wykonania oraz w części obligującej go do stosowania art. 39 ust. 5 ustawy O drogach publicznych. Powód (pozwany wzajemny) na powyższe nie wyraził zgody.

Pismem z dnia 12 marca 2012 roku powód (pozwany wzajemny) odstąpił od zawartej pomiędzy stronami umowy z dnia 30 września 2011 roku wskazując jako podstawę swojej decyzji przepisy umowy i art. 635 k.c. i pismo to zostało pozwanemu (powodowi wzajemnemu) doręczone w dniu 12 marca 2012 roku.

Pozwany (powód wzajemny) odstąpił od zawartej w dniu 11 stycznia 2012 roku umowy dnia 6 lipca 2012 roku informując, że stosowanie przez niego warunków (...) S.A. byłoby niezgodne z zapisami aktualnych umów. Pismo to zostało pozwanemu (powodowi wzajemnemu) wysłane faksem w dniu 9 lipca 2012 roku. Także powód (pozwany wzajemny) odstąpił od przedmiotowej umowy w piśmie z dnia 4 lipca 2012 roku wskazując jako podstawę swojej decyzji przepisy umowy i art. 635 k.c. Oświadczenie to zostało pozwanemu (powodowi wzajemnemu) doręczone w dniu 9 lipca 2012 roku.

Powód (pozwany wzajemny) obciążył pozwanego (powoda wzajemnego) karami umownymi z tytułu odstąpienia od obu umów z przyczyn leżących po jego stronie na podstawie ich § 13 ust. 1 pkt. 1, w wysokości: 61.600,00 zł i 18.800,00 zł.

Pozwany (powód wzajemny) obciążył z kolei powoda (pozwanego wzajemnego) karami umownymi z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po jego stronie na podstawie § 13 ust. 2 obu umów w tej samej wysokości.

Powyższe okoliczności pozostawały bezsporne pomiędzy stronami, zaś spór w sprawie sprowadzał się w pierwszej kolejności do odpowiedzi na pytanie czy powód (pozwany wzajemny) był uprawniony do odstąpienia od umów z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi pozwany (powód wzajemny). Odpowiedz na to pytanie jest negatywna.

Podstawy prawnej swojego odstąpienia od obu umów powód (pozwany wzajemny) upatrywał w treści ich § 16 oraz dyspozycji art. 635 k.c. Do skutecznego zastrzeżenia w umowie prawa odstąpienia konieczne jest jednak ograniczenie go terminem końcowym (art. 395 § 1 k.c.). Jeżeli tak jak w realiach niniejszej sprawy, w umowie owego terminu brak to zastrzeżenie prawa odstąpienia jest nieważne (art. 58 § 1 i 3 k.c.) (por. wyrok S.N. z dnia 5 kwietnia 2013 roku, III CSK 62/13, LEX nr 1341683). W konsekwencji, powód (pozwany wzajemny) nie mógł odstąpić od zawartych z pozwanym (powodem wzajemnym) umów na mocy postanowień umownych.

W kontekście powyższego, należało ocenić czy ziściły się przesłanki z art. 635 k.c. uprawniające powoda (pozwanego wzajemnego) do odstąpienia od umów na podstawie tego przepisu.

Podstawą odstąpienia od umowy przez zamawiającego jest wystąpienie po stronie przyjmującego zamówienie stanu opóźnienia z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła w takim stopniu, że nie jest prawdopodobne, aby zostało ono ukończone w umówionym terminie. Według literalnego brzmienia przepisu nie jest wprawdzie konieczne opóźnienie zawinione przez przyjmującego zamówienie, niemniej jednak prawo odstąpienia nie powstaje, gdy przyczyna opóźnienia leży po stronie zamawiającego. Należy przy tym przychylić się do zapatrywania wyrażonego przez Sąd Najwyższy w wyroku z 21 września 2006 roku, I CSK 129/2006 (LexisNexis nr 2050317) który stwierdził, iż bezzasadny jest pogląd, że skoro art. 635 k.c. nie zawiera rozróżnienia opóźnienia zawinionego i niezawinionego przez przyjmującego zamówienie, to uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy jest niezależne od przyczyny tego opóźnienia, zatem może on od umowy odstąpić także wówczas, gdy opóźnienie zostało przez niego spowodowane. Jeżeli więc przyjmujący zamówienie nie spełnia świadczenia z powodu braku potrzebnego do wykonania dzieła współdziałania zamawiającego, to nie zachodzi przesłanka opóźnienia się przyjmującego zamówienie, warunkująca prawo zamawiającego do odstąpienia od umowy.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zobowiązano pozwanego (powoda wzajemnego) do uzyskania wszystkich aktualnych branżowych warunków technicznych od właścicieli lub zarządców urządzeń kolidujących z projektowaną inwestycją drogową i poinformowania ich o treści art. 39 ust. 5 ustawy z dnia 21 marca 1985 roku O drogach publicznych (Dz.U.2013.260 j.t.). Przepis ten stanowi, że jeżeli budowa, przebudowa lub remont drogi wymaga przełożenia urządzenia lub obiektu, o którym mowa w ust. 3, koszt tego przełożenia ponosi jego właściciel. Z akt sprawy wynika, co zresztą nie było przez powoda (pozwanego wzajemnego) kwestionowane, że pozwany (powód wzajemny) tam gdzie było to możliwe sprostął swoim obowiązkom w tym zakresie. Świadczy o tym chociażby fakt, że np. w branży gazowniczej uzyskał potrzebne mu do sporządzenia dokumentacji projektowej warunki techniczne. Przeszkody napotkał w branży elektrycznej i branży telekomunikacyjnej albowiem (...) S.A. Oddział B. uzależniła wydanie warunków technicznych usunięcia kolizji branży energetycznej od zgody powoda głównego (pozwanego wzajemnego) na pokrycie kosztów związanego z tym postępowania, zaś (...) S.A. w W., o ile warunki takie wydała, o tyle wskazała, że wszelkie związane z tym koszty pokrywa naruszający stan istniejący, czego powód (pozwany wzajemny) pierwotnie nie akceptował. Zgoda została przez powoda głównego (pozwanego wzajemnego) udzielona dopiero dnia 22 lutego 2012 roku, zaś w odniesieniu do drogi wojewódzkiej nr (...) pod koniec kwietnia 2012 roku. Zaznaczenia przy tym wymaga, że pozwany (powód wzajemny) wielokrotnie informował powoda (pozwanego wzajemnego), że brak warunków technicznych usunięcia kolizji branży energetycznej i brak wyraźnego porozumienia jeżeli chodzi o branżę telekomunikacyjną uniemożliwia mu bieżącą realizację umowy, wpływa na możliwość uchybienia wynikającym z umowy terminom jej wykonania i powoduje rezygnację podwykonawców branżowych ze współpracy. Weryfikacji twierdzeń pozwanego (powoda wzajemnego) w tym zakresie służyła opinia biegłego sądowego E. F..

Biegły w swojej opinii z dnia 30 kwietnia 2014 roku stwierdził, że trzy- miesięczne opóźnienie w uzyskaniu warunków technicznych od (...) S.A. Oddział B. wpłynęło na opóźnienie prac projektowych dla branży elektrycznej w stosunku do terminów zakładanych w harmonogramie. Brak akceptacji przez powoda (pozwanego wzajemnego) warunków

technicznych otrzymanych od (...) S.A. w W. opóźniło opracowanie tej branży o dwa miesiące, jeżeli chodzi o drogę wojewódzką Nr (...) i o 1,5 miesiąca, jeżeli chodzi o drogę wojewódzką Nr (...). Podsumowując, biegły stwierdził, że bez kompletnego opracowania projektów branżowych nie można dotrzymać terminu zakończenia całości opracowania. Zwrócił nadto uwagę na brak właściwego współdziałania powoda (pозwanego wzajemnego), polegającego na szybkim podejmowaniu decyzji o akceptacji warunków (...) S.A. w W., aby dotrzymać terminu ustalonego w umowie.

Odpowiadając na zarzuty strony powodowej, biegły sądowy ponownie wskazał, że brak zaakceptowania przez powoda (pозwanego wzajemnego) warunków technicznych (...) S.A. Oddział B. i od (...) S.A. w W. całkowicie uniemożliwił pozwanemu (powodowi wzajemnemu) wykonywanie prac projektowych. Bez takiej akceptacji warunki te nie obowiązywały pozwanego (powoda wzajemnego) przy opracowywaniu dokumentacji. Podkreślił także, że akceptacja warunków miała istotny wpływ na podpisanie umów z podwykonawcami. Pozwany (powód wzajemny) nie mógł podpisać umowy z projektantem branży telekomunikacyjnej, ponieważ powód (pозwany wzajemny) nie akceptował warunków (...) S.A. w W., w związku z czym projektantowi nie można było konkretnie doprecyzować co ma być zaprojektowane. Po raz kolejny zaznaczył brak współdziałania powoda (pозwanego wzajemnego) przy okazji realizacji umowy.

Zarówno opinia zasadnicza biegłego sądowego E. F. jak i jego opinie uzupełniająca oraz ustna w zaprezentowanym wyżej zakresie zostały przez Sąd uznane za fachowe i rzetelne. Dlatego też Sąd podzielił wynikające z nich konkluzje w całej rozciągłości, nie dostrzegając jednocześnie żadnych błędów natury logicznej przy formułowaniu argumentacji na ich uzasadnienie. Podkreślenia przy tym wymaga, że pozostają one zbieżne ze stanowiskiem pozwanego (powoda wzajemnego), którego zeznania Sąd potraktował z tego powodu jako wiarygodne.

Sąd odmówił przymiotu wiarygodności świadkom w osobach M. G. (00:39:40-01:41:23- k. 349-351) oraz R. C. (01:43:20-01:53:28- k. 351) w zakresie w jakim wskazywali, że pozwany (powód wzajemny) mógł projektować bez przedstawienia mu warunków technicznych usunięcia kolizji. Zeznania te miały charakter ocenny i wkraczały w zakres kompetencji biegłego a ponadto były rozbieżne z wnioskami opinii.

Sąd stanął na stanowisku, iż opóźnienie w wykonywaniu prac przez pozwanego (powoda wzajemnego) w stosunku do obowiązującego go harmonogramu rzeczowo - terminowego prac projektowych nie było wynikiem jego zaniedbań. To postawa powoda (pозwanego wzajemnego), który, na co już wcześniej zwracano uwagę, przedłużał wyrażenie zgody na propozycje (...) S.A. Oddział (...) S.A., co wpłynęło na „zablokowanie” postępów prac projektowych pozwanego (powoda wzajemnego). Opóźnianie się przez pozwanego (powoda wzajemnego) z wykonywaniem dzieła wynikało więc z braku stosownej współpracy ze strony powoda (pозwanego wzajemnego), w związku z czym odstąpienie przez tego ostatniego od zawartych umów na mocy art. 635 k.c. nie znajdowało uzasadnienia. W następstwie tego, nie było podstaw do przyjęcia, że powód (pозwany wzajemny) odstąpił od umów z dnia 30 września 2011 roku i 11 stycznia 2012 roku z uwagi na okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, a co za tym idzie nie doszło do ziszczenia się umownych przesłanek, na mocy których mógł on obciążyć pozwanego (powoda wzajemnego) karami umownymi.

Przechodząc do oceny powództwa wzajemnego Sąd zauważył, że postawa powoda (pозwanego wzajemnego), który ostatecznie przystał na propozycje branży energetycznej i telekomunikacyjnej zmusiła pozwanego (powoda wzajemnego) do domagania się od niego dostosowania treści obowiązujących pomiędzy stronami umów do nowego stanu faktycznego. Było to niezbędne z tej przyczyny, że objęte umowami prace, poza sporządzeniem dokumentacji projektowej, obejmowały także wykonanie stosownych kosztorysów, co wynika chociażby z harmonogramu rzeczowo-terminowego. Bez zmiany umowy w tym zakresie pozwany (powód wzajemny) musiałby sporządzić kosztorysy na podstawie dotychczasowych zapisów umowy, które w istocie nie odpowiadałyby rzeczywistości. Gdyby zaś wykonał kosztorysy zgodnie z obowiązującymi aktualnie ustaleniami, co do ponoszenia kosztów usunięcia kolizji, bez zmiany umowy, narażałby się na zarzut wykonania prac niezgodnie z umową.

Odstąpienie pozwanego –powoda wzajemnego od umowy zawartej w dniu 11 stycznia 2012 roku z przyczyn leżących po stronie powoda (pозwanego wzajemnego) było więc uzasadnione. W rezultacie obciążenie tego ostatniego karą umowną na mocy § 13 ust. 2 w wysokości 18.800,00 zł należało zaaprobować.

Odnosząc się do umowy z dnia 30 września 2011 roku, Sąd wskazał, że notę obciążeniową z dnia 25 kwietnia 2012 roku potraktował jednocześnie jako odstąpienie od umowy. W nocy tej pozwany (powód wzajemny) wyraźnie zaznaczył, że kara umowna w kwocie 61.600,00 zł jest naliczona z tytułu odstąpienia od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada Zamawiający, w związku z czym co najmniej w tej dacie do odstąpienia od umowy przez pozwanego (powoda wzajemnego) doszło.

Godzi się przy tym zauważyć, że zarówno odstąpienie od umowy z dnia 11 stycznia 2012 roku, jak i od umowy z dnia 30 września 2012 roku, było poprzedzone monitami pozwanego (powoda wzajemnego) o zmianę ich treści, w związku z czym Sąd uznał za podstawę prawną tych działań art. 639 k.c.

Gdyby nawet uznać, że pozwany (powód wzajemny) nie odstąpił od umowy z dnia 30 września 2011 roku, to podstawę do naliczenia przez niego kary umownej wynikającej z tej umowy na mocy § 13 ust. 2 w wysokości 61.600,00 zł stanowiło oświadczenie powoda (pozwanego wzajemnego) o odstąpieniu od umowy, okazało się bowiem w toku tego procesu, że nastąpiło ono nie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy a Zamawiającego, a w takiej sytuacji nie ma przeszkód, alby za jego podstawę prawną przyjąć przepis art. 644 k.c.

Powyższe legło u podstaw uznania za zasadne żądania powoda wzajemnego zasądzenia na jego rzecz od pozwanego wzajemnego kwoty 80.400,00 zł z tytułu kar umownych.

Oceniając żądanie wynagrodzenia za wykonane przez pozwanego (powoda wzajemnego) prace to w odniesieniu do umowy z dnia 30 września 2011 roku dochodził on kwoty 86.100,00 zł za wtórnik geodezyjny i opracowanie ewidencyjne, zaś wynagrodzenie za wykonanie tych elementów biegły sądowy E. F. wycenił na 86.100,00 zł brutto. Biegły uznał ponadto wtórnik geodezyjny i opracowanie ewidencyjne za kompletne oraz technicznie i merytorycznie poprawne.

Ustosunkowując się do zarzutów strony powodowej (pozwaney wzajemnie) z dnia 24 grudnia 2014 roku biegły sądowy wskazał, że wycena wtórnika geodezyjnego i opracowania ewidencyjnego nie tylko nie jest zawyżona przez pozwanego (powoda wzajemnego), ale wręcz jest zaniżona.

Opinię biegłego sądowego E. F. w tym zakresie Sąd również zaakceptował w całej rozciągłości. Z tych też względów Sąd oddalił wnioszek pełnomocnika powoda o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego sądowego uznając dodatkowo, że sam fakt, że opinia wydana w sprawie jest niekorzystna nie stanowi podstawy do weryfikacji materiału dowodowego przez innego biegłego.

Powyższe powodowało, że Sąd uwzględnił żądanie powoda wzajemnego także jeżeli chodzi o wynagrodzenie za wtórnik geodezyjny i opracowanie ewidencyjne, wykonane na podstawie umowy z dnia 30 września 2011 roku na mocy art. 644 k.c. Nieuzasadnione okazało się natomiast żądanie powoda wzajemnego zapłaty kwoty 27.060,00 zł z tytułu wykonania wtórnika geodezyjnego na podstawie umowy z dnia 11 stycznia 2012 roku.

Strony pozostawały zgodne co do tego, że został on wykonany przez firmę (...) na zlecenie powoda wzajemnego i przekazany pozwanemu wzajemnemu. Prawa do wynagrodzenia z tego tytułu powód wzajemny upatrywał w tym, że pozwany wzajemny wtórnik ten odebrał i pokwitował jego odbiór, co pozostawało bezsporne. Wtórnik został jednak następnie zwrócony firmie (...) celem poczynienia w nim poprawek i nigdy już ponownie nie wrócił do pozwanego wzajemnego albowiem oświadczył on tej firmie, że zapłacił powodowi wzajemnemu za wtórnik, w związku z czym ta nie przelała na powoda wzajemnego praw autorskich uzależniając powyższe od wcześniejszego uregulowania wynagrodzenia.

Kwestia ta pozostawała zasadnicza z tej przyczyny, że w umowach zawartych pomiędzy stronami powód wzajemny oświadczył, iż będzie posiadał (§ 17) wszelkie autorskie prawa majątkowe do całej dokumentacji projektowej, która powstała w związku i w wyniku wykonania umów. Prawa te miały następnie przejść na Zamawiającego.

Skoro więc powód wzajemny nie nabył praw autorskich do wtórnika geodezyjnego wykonanego na podstawie umowy z dnia 11 stycznia 2012 roku to nie mógł tych praw przenieść na pozwanego wzajemnego. W rezultacie nie sprostął zapisom umownym w tym zakresie, co w ocenie Sądu uniemożliwiało domaganie się przez niego wynagrodzenia z tego tytułu.

Podkreślenia przy tym wymaga, że niemożność uzyskania praw autorskich przez powoda wzajemnego od firmy (...) stała się podstawą zlecenia tych prac przez pozwanego wzajemnego innemu podmiotowi.

Pozwany - powód wzajemny nie dochodził w niniejszej sprawie wynagrodzenia za całość dokumentacji projektowej, którą sporządził przy realizacji umów z dnia 30 września 2011 roku i 11 stycznia 2012 roku, a wyłącznie za jej część (wynagrodzenia za wtórniki geodezyjne i opracowanie ewidencyjne z umowy z dnia 30 września 2011 roku i wynagrodzenia za wtórniki geodezyjne z umowy z dnia 11 stycznia 2012 roku), dlatego też nie było istotne np. to, czy koncepcja budowy drogi nr (...) była kompletna i technicznie oraz merytorycznie poprawna, choć zgodnie ze stanowiskiem biegłego była. Nie miało to też znaczenia przy ocenie podstaw odstąpienia od umów, skoro, na co już zwracano uwagę wcześniej, zapis umowy zastrzegający prawo odstąpienia z wymienionych tam powodów był nieważny, a ponadto jako podstawę odstąpienia od umowy powód (pozwany wzajemny) wskazywał tylko przepis art. 635 k.c.

Konstatując, Sąd zasądził od pozwanego wzajemnego na rzecz powoda wzajemnego kwotę 166.500,00 zł (80.400,00 zł + 86.100,00 zł) wraz ustawowymi odsetkami od dat konkretnie wskazanych w pkt 2.I wyroku.

Podstawę zasądzenia odsetek ustawowych stanowił przepis art. 481 k.c.; od kwoty 86.100,00 zł były one należne od daty wniesienia pozwu wzajemnego, zaś od kwot żądanych tytułem kar umownych od dat: 10 czerwca 2012 roku (61.600,00 zł) i 4 września (18.800,00 zł). W pozostałym zakresie powództwo wzajemne jako niezasadne zostało oddalone.

O kosztach postępowania w sprawie z powództwa wzajemnego orzeczono na mocy art. 100 zd. 1 k.p.c. Powód wzajemny wygrał spór w 86 %, zaś jego przeciwnik w 14 %. Biorąc pod uwagę poniesione przez strony koszty postępowania (powód wzajemny - opłata od pozwu w wysokości 9.678,00 zł i zaliczka na biegłego w kwocie 3.000,00 zł, zaś pozwany wzajemny - koszty zastępstwa procesowego w wysokości 3.617,00 zł i zaliczka na biegłego na sumę 6.693,28 zł) wzajemna kompensata kosztów dała kwotę 9.678,55 zł zasądzoną na korzyść powoda wzajemnego.

O niewykorzystanej zaliczce orzeczono na mocy art. 84 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku O kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód-pozwany wzajemny, który zaskarżył rozstrzygnięcie w części, a mianowicie co do punktu 1 oraz co do punktu 2.1 i 2.III i zarzucił orzeczeniu: 1) naruszenie przepisu prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną, w miejsce swobodnej, ocenę dowodów przeprowadzonych w sprawie, polegającą na:

a) błędnej ocenie przeprowadzonego w sprawie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu drogownictwa i uznaniu, iż opinia ta została sporządzona w sposób rzetelny, merytorycznie poprawny i wyjaśniła wszystkie okoliczności faktyczne, do których rozstrzygnięcia niezbędne było posiadanie wiadomości specjalnych, pomimo wielokrotnego podnoszenia przez powoda wyczerpujących i merytorycznie uzasadnionych zarzutów co do treści opinii, do których biegły nie potrafił się odnieść, usztywnił jedynie swoje błędne stanowisko i uciekał się do zarzutów personalnych w stosunku do pracowników powoda oraz jego pełnomocnika (podważanie w pismach ich fachowości i rzetelności) co stanowiło wyraz jego stronniczości,

b) błędnych ustaleniach faktycznych przyjętych jako podstawa wyroku, wynikających z bezkrytycznego przyjęcia przez Sąd za własne tez wynikających z nierzetelnej opinii biegłego, a mianowicie:

uznaniu, iż oświadczenia powoda o odstąpieniu od umów łączących go z pozwanym z powodu okoliczności za które odpowiadał pozwany i w konsekwencji naliczone z tego tytułu kary umowne były bezpodstawne, podczas gdy ze zgromadzonych w sprawie dowodów wynika, iż pozwany wykonywał umowę w sposób nienależyty, w szczególności nie podjął żadnych działań zmierzających do wykonywania umowy (takich jak zaangażowanie projektantów poszczególnych branż) przyjmując za pretekst swoich zaniechań kwestię braku oświadczeń wobec właścicieli sieci energetycznej i telefonicznej znajdujących się w obszarze projektowanej drogi,

uznaniu, iż czasowa odmowa złożenia oświadczenia wobec właścicieli sieci energetycznej i telefonicznej znajdujących się w obszarze projektowanej drogi, uniemożliwiła pozwanemu wykonywanie umowy w całości i usprawiedliwiała całkowite zaniechanie prowadzonych prac projektowych,

uznaniu, iż wartość części dokumentacji wykonanej w ramach umowy z dnia 30 września 2011 r., tj. wtórniki geodezyjne oraz opracowanie ewidencyjne, wynosi łącznie 86.100 zł, a jej ustalenie w oparciu o wycenę ofertową stanowiącą załącznik do oferty podmioty biorącego udział w przetargu i sporządzoną wyłącznie przez wykonawcę, w tym przypadku wyłącznie przez jedną ze stron procesu, było prawidłowe,

c) nieuzasadnionej odmowie dania wiary zeznaniom przesłuchiwanych w sprawie świadków: M. G. oraz R. C. i w konsekwencji pominięcie wynikających z tych zeznań okoliczności, podczas gdy zeznania te były spójne, logiczne a jedynym zarzutem formułowanym w stosunku do nich jest niezgodność z opinią biegłego,

2) naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 227 k.p.c. w zw. z art. 217 § 2 i 3 k.p.c., art. 278 § 1 k.p.c. oraz art. 286 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku dowodowego powoda o dopuszczenie i przeprowadzenie przez Sąd dowodu z opinii innego biegłego z zakresu drogownictwa, w sytuacji gdy opinia przeprowadzona w sprawie nie spełniała wymogów prawidłowej opinii i pozostawała do wyjaśnienia okoliczności, których rozstrzygnięcie wymaga wiadomości specjalnych i jednocześnie z treści przedstawianych przez biegłego opinii, opinii uzupełniających oraz pism zawierających polemikę z zarzutami powoda wynikało, że biegły podchodził do oceny stanu faktycznego emocjonalnie i stronniczo, nie podjął próby rozprawienia się merytorycznego ze stawianymi zarzutami, lecz czuł się dotknięty zgłoszonymi wątpliwościami czy zastrzeżeniami i usztywnił swoje dotychczasowe stanowisko, traktując kwestię zarzutów do opinii w kontekście zaufania do jego osoby, a nie w kontekście merytorycznym,

3) naruszenie przepisu prawa materialnego, a mianowicie

a) art. 32 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. O drogach publicznych (t.j. Dz. U. 2015 r., poz. 460) poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie oraz art. 39 ust. 3 i 5 tej samej ustawy poprzez jego błędne niezastosowanie, polegające na uznaniu na podstawie art. 32 w/w ustawy jako oczywiście nieuzasadnionego czasowego wstrzymania się przez powoda ze złożeniem oświadczenia wobec właścicieli sieci energetycznej i telefonicznej znajdujących się w obszarze projektowanej drogi o zgodzie na pokrycie wszelkich kosztów usunięcia kolizji, podczas gdy z treści art. 39 ust. 3 i 5 wynika, iż w niektórych przypadkach obowiązek pokrycia tych kosztów spoczywa na właścicielu sieci czy urzędach,

b) art. 635 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż powód nie mógł odstąpić od umów zawartych z pozwanym na podstawie tego przepisu, podczas gdy ziściły się przewidziane w nim przesłanki, tzn. tak dalekie opóźnienie w wykonywaniu dzieła, iż nie było możliwości jego ukończenia w umówionym terminie,

c) art. 491 § 1 k.c. poprzez jego błędne niezastosowanie polegające na przyjęciu, iż pomimo faktu, iż pozwany pozostawał w zwłoce w spełnieniu świadczeń wynikających z obydwu umów, powód po wyznaczeniu dodatkowych terminów do wykonania dzieła, nie miał uzasadnionej podstawy do odstąpienia od umów,

d) art. 639 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, iż przepis ten stanowi uzasadnioną podstawę do odstąpienia przez pozwanego od umowy z dnia 30 września 2012 r., podczas gdy przepis

ten nie kreuje w żadnej mierze uprawnienia do odstąpienia od umowy, a pozwany nie złożył skutecznego oświadczenia o odstąpieniu od tej umowy,

e) art. 644 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, iż przepis ten stanowi ewentualną uzasadnioną podstawę do naliczenia przez pozwanego kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z dnia 30 września 2012 r. pomimo braku oświadczenia pozwanego o odstąpieniu od tej umowy, podczas gdy przepis ten przewiduje jedynie możliwość odstąpienia od umowy przez zamawiającego przed ukończeniem dzieła z obowiązkiem zapłaty wynagrodzenia, nie odnosi się natomiast w żadnej mierze do kwestii kar umownych.

Mając na uwadze wskazane zarzuty, apelujący wniósł o:

- 1) dopuszczenie i przeprowadzenie przez Sąd Apelacyjny dowodu z opinii biegłego z zakresu drogownictwa na okoliczności jak w postępowaniu przed Sądem I instancji,
- 2) zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i uwzględnienie powództwa głównego w całości oraz oddalenie powództwa wzajemnego w całości
- 3) ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania, z nałożeniem na Sąd Okręgowy obowiązku przeprowadzenia dowodu z opinii innego biegłego z zakresu drogownictwa,
- 4) zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych i
- 5) przeprowadzenie rozprawy także w nieobecności powoda.

Pozwany – powód wzajemny w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda-pozwanego wzajemnego zasługuje na uwzględnienie w znacznej części.

Zgłoszony na wstępie apelacji powoda zarzut naruszenia w skarżonym rozstrzygnięciu granic swobodnej oceny dowodów zakreślonych w art. 233 § 1 k.p.c. połączonego z niewnikliwą analizą dokumentów zebranych w aktach sprawy jest zasadny; podobnie rzecz się ma z zastrzeżeniami kierowanymi do opinii biegłego w tej jej części, która kreuje ustalenia faktyczne (powtórzone następnie przez Sąd) w oderwaniu od treści materiału źródłowego i kognicji Sądu jako jedyne go podmiotu uprawnionego do czynienia takich ustaleń.

W judykaturze od dawna jest obecny utrwalony pogląd, że opinia biegłego ma na celu ułatwienie sądowi należytej oceny zebranego w sprawie materiału wtedy, gdy potrzebne są do tego wiadomości specjalne. Nie może być ona natomiast sama źródłem materiału faktycznego sprawy, ani tym bardziej stanowić podstawy ustalenia okoliczności będących przedmiotem oceny biegłego (zob. wyrok S.N. z dnia 11 lipca 1969 r., I CR 150/69, opubl. OSNC 1970 nr 5, poz. 85, wyrok SN z dnia 19 grudnia 2006 r., V CSK 360/06, opubl. Lex nr 238973).

Biegły zeznając do protokołu rozprawy apelacyjnej kolejną uzupełniającą opinię ustną zastrzegł, że dokonał ustaleń w przedmiocie domniemanego opóźnienia powoda zaistniałego w związku z akceptacją poniesienia kosztów usunięcia kolizji energetycznej i telekomunikacyjnej z projektowaną przebudową infrastruktury drogowej na podstawie dokumentów zebranych w aktach sprawy, ale pytany o konkretne źródło swoich ustaleń nie był w stanie go wskazać, nie znał także treści dokumentów kluczowych dla odpowiedzi na pytanie o przyczynę opóźnienia w projektowaniu (okoliczności te były analizowane lakonicznie również na wcześniejszym etapie opiniowania przed Sądem I instancji) (zob. nagranie z rozprawy apelacyjnej dnia 9 grudnia 2015 r., znaczniki czasowe od 00:03:20 do 00:21:05). W tych warunkach, wobec nakazu czynienia przez sąd odwoławczy własnych ustaleń w ramach koncepcji apelacji

pełnej, Sąd Apelacyjny ponownie przeszedł, na podstawie zebranej dokumentacji dowodowej, przebieg i chronologię działań (i zaniechań) stron tego procesu w kontekście ich współpracy w ramach obu umów, zestawiając powyższe z treścią korespondencji pochodzącej od operatorów sieci energetycznej i telekomunikacyjnej. Poczynione w tej materii ustalenia wskazują na pozwanego – powoda wzajemnego jako stronę umów odpowiedzialną za ich rozwiązanie na zasadzie art. 635 k.c.

Bezspornie wyżej wymieniony jako wykonawca projektów przebudowy dróg był upoważniony do uzyskania wszystkich aktualnych branżowych warunków technicznych od właścicieli lub zarządców urządzeń kolidujących z projektowanymi inwestycjami drogowymi, zgodnie z zapisami części II pkt 1 SIWZ (zob. § 1 ust. 2 w zw. z SIWZ obu umów, k. 16,27,73 i 84, upoważnienie, k. 187 i pismo, k. 59). W ramach swoich obowiązków pozyskał przy okazji wykonywania pierwszego zobowiązania takie uzgodnienia od (...) S.A. w W. (k.174-175) i (...) S.A. w W. (k. 172-173). Drugi z wymienionych operatorów prezentował stanowisko, wedle którego koszty usunięcia kolizji inwestycji drogowej z jego urządzeniami winien pokryć powód (co nie wpłynęło jednak na terminowe określenie warunków technicznych usunięcia kolizji). Na tym tle doszło do wymiany korespondencji między zainteresowanymi podmiotami (k. 176-178).

Dnia 16.11.2011 r. pozwany wystąpił o uzyskanie warunków technicznych usunięcia kolizji między projektowaną przebudową drogi nr (...) a urządzeniami energetycznymi. (...) S.A. w B. w piśmie z dnia 28 listopada 2011 r. (k. 180) zwróciła pozwanemu uwagę na wadliwość formalną jego wniosku, który, aby mógł zostać przyjęty i poddany dalszej analizie, winien zawierać: dokładne określenie inwestora wnioskującego o usunięcie kolizji, wskazanie sposobu reprezentacji inwestora z załączeniem odpisu z właściwego rejestru, jeśli investorem jest podmiot prowadzący działalność gospodarczą, wskazanie miejsca kolizji wraz z załącznikiem graficznym obrazującym zakres występowania kolizji, dokumenty potwierdzające prawo do władania nieruchomością, na której dotychczas usytuowane są urządzenia, proponowaną nową lokalizację urządzeń i dokumenty umożliwiające władanie daną nieruchomością i wypisy z rejestru gruntów dla wymienionych nieruchomości. (...) S.A. po analizie prawidłowo sformułowanego wniosku wystosować miało do inwestora pismo ze wskazaniem obiektów podlegających przebudowie wraz z ich charakterystyką i informacją o obowiązku pokrycia kosztów usunięcia kolizji przez inwestora jako warunku koniecznego do wyrażenia zgody na przebudowę urządzeń, załączając do pisma projekt oświadczenia zawierającego zobowiązanie inwestora do pokrycia kosztów usunięcia kolizji. Po złożeniu oświadczenia inwestora operator zobowiązał się wydać warunki usunięcia kolizji i przystąpić do negocjowania umowy regulującej sposób usunięcia kolizji.

Pozwany, pomimo klarowności żądań formalnych (...), zwlekał ze złożeniem niewadliwego wniosku aż do końca stycznia 2012 r., co zostało przyznane na rozprawie apelacyjnej i wynika niedwuznacznie z pisma pozwanego datowanego na dzień 17.01.2012 r. (k. 195), w którym informuje on powoda o zamiarze złożenia ponownego wniosku do (...) S.A.; operator ten zareagował na niewadliwy wniosek w piśmie z dnia 13.02.2012 r. (k. 198), zaś powód w odpowiedzi na nie wyraził bezwarunkową zgodę na pokrycie kosztów usunięcia kolizji dnia 22.02.2012 r. (k.199-200), a więc w około tydzień po otrzymaniu pisma (...) (przy uwzględnieniu tempa doręczenia przesyłki pocztowej). W tych warunkach stawianego powodowi przez Sąd Okręgowy, biegłego i pozwanego zarzutu przyczynienia się do blisko 2,5-miesięcznej zwłoki pozwanego w wypełnieniu jego obowiązków projektowych wynikających z umowy z dnia 30.09.2011 r. nie sposób zaakceptować.

Zobowiązanie pozwanego podlegało realizacji etapowej, przy czym w pierwszej fazie winien on przedstawić inwestorowi koncepcję projektowanej przebudowy w trzech wariantach. Pierwsza z umów zakreślała do końca listopada 2011 r. termin realizacji tego etapu. Pozyskanie warunków technicznych usunięcia wszystkich kolizji miało być istotnym elementem umożliwiającym sporządzenie koncepcji i zdaniem pozwanego oraz biegłego hamowało projektowanie w tej fazie. Takiej tezie przeczy jednak zawarta w piśmie pozwanego z dnia 10.01.2012 r. (k. 205) informacja o wykonywanym opracowaniu koncepcji rozbudowy drogi i sporządzeniu koncepcji usunięcia kolizji z urządzeniami (...)na własne wyczucie”, co wskazuje, że trwające procedury uzgodnieniowe nie uniemożliwiły zupełnie prac nad projektem.

Sąd Okręgowy podkreśla w uzasadnieniu (k. 757) istotne znaczenie oświadczenia inwestora o zgodzie na pokrycie kosztów usunięcia kolizji dla terminowego wykonania prac związanych z kosztorysowaniem inwestycji; w tym miejscu należy więc odnotować, że prace te miały być wykonane, w świetle harmonogramu stanowiącego załącznik do umowy z dnia 30.09.2011 r. (k.36-38), dopiero na ostatnim etapie jej realizacji (IV-VI 2012 r.).

W następstwie finalizacji uzgodnień z (...) dnia 1.03.2012 r. (k. 201-204) możliwa stała się kontynuacja następnych prac, ale w tamtym czasie obie strony miały świadomość nierealności terminu wykonania zobowiązania pozwanego do dnia 30.06.2012 r., czego efektem były nie tylko ponagląjące pisma powoda i ostatecznie jego odstąpienie od umowy dnia 12 marca 2012 r. (k. 63), ale również żądanie pozwanego (wyartykułowane w jego piśmie z dnia 27.02.2012 r., k. 208) zmiany umowy poprzez przedłużenie terminu jej wykonania do dnia 31.10.2012 r., na co powód nie wyraził zgody. Okoliczności te niedwuznacznie potwierdzają istnienie podstawy odstąpienia powoda od umowy z dnia 30.09.2011 r. na zasadzie art. 635 k.c.

Historia współpracy stron w związku z realizacją umowy z dnia 11 stycznia 2012 r. w przedmiocie zaprojektowania przebudowy drogi nr (...) jest znacznie krótsza. Pozwany w piśmie z dnia 11.04.2012 r. (k. 239) powołuje się na „brak wyjaśnień w sprawie warunków technicznych T.P. S.A.” w kontekście ich zgodności z ustawą O drogach publicznych, co wskazuje na wcześniejsze dokonanie takich uzgodnień i wątpliwości interpretacyjne pozwanego. Potwierdzeniem takiego stanu rzeczy jest odpowiedź powoda z dnia 17.04.2012 r. (k. 240-242), w którego pkt 4 mowa jest o wydanych przez T.P. S.A. warunkach technicznych i korespondencji między operatorem a inwestorem budowy drogi w przedmiocie kosztów usunięcia kolizji. Pozwany w kolejnym swoim piśmie z dnia 7.05.2012 r. (k. 243-244) żąda zmiany umowy poprzez przedłużenie czasu jej wykonania o 60 dni i wskazuje, że nie jest w stanie, pomimo wcześniejszego pozyskania warunków technicznych usunięcia kolizji od T.P. S.A., kontynuować prac projektowych, ponieważ warunki te zobowiązują powoda i projektanta (!) do pokrycia kosztów usunięcia kolizji. W odpowiedzi powód, jeszcze tego samego dnia, żąda od pozwanego niezwłocznego przystąpienia do prac projektowych i zaniechania dalszej korespondencji, która temu nie służy oraz nakazuje projektowanie zgodnie z warunkami technicznymi T.P. S.A. (również finansowymi) (k. 246). Pozwany nie reaguje na to wezwanie (co potwierdza, że powoływane przez niego problemy nie były istotne) i w piśmie z dnia 17.05.2012 r. (k. 247-249) wdaje się po raz kolejny w polemikę z inwestorem na temat wykładni art. 32 i 39 ustawy O drogach publicznych oraz ponownie żąda zmiany umowy m.in. poprzez wydłużenie terminu jej wykonania do dnia 30.11.2012 r. Kolejne pisma inwestora (k. 103-108) i pozwanego (k.251-254) nie doprowadzają do zakończenia tego impasu, którego efektem jest niezgoda strony powodowej na aneksowanie umowy oraz odmowa jej wykonania przez pozwanego. W tych warunkach, nagłony terminami rozpoczęcia inwestycji, powód odstąpił od umowy w sprawie zaprojektowania rozbudowy drogi nr (...) w piśmie z dnia 4.07.2012 r. (k. 111-114).

Analiza powyższych wydarzeń nie pozwala na ustalenie motywów zawarcia przez pozwanego jako podmiotu profesjonalnego (art. 355 § 2 k.c.) obu umów, skoro określone ich fragmenty go nie satysfakcjonowały. Z drugiej strony wykładnia tych kontraktów nie potwierdza forsowanej przez pozwanego tezy o bezwarunkowym nakazie stosowania przez niego w relacjach ze wszystkimi właścicielami (operatorami) urządzeń kolidujących normy art. 39 ust. 5 ustawy O drogach publicznych (dalej (...) - Dz. U. 2015.460) zobowiązującej te podmioty do pokrycia kosztów usunięcia kolizji. Wiążący w tej materii strony zapis SIWZ stanowiących integralną część obu umów mówi o „respektowaniu zapisów art. 32 Ustawy”, który wszak zobowiązuje (w ust. 3) inwestora do pokrycia kosztów kolizji, obok zaś projektant został jednak zobowiązany do sygnalizowania operatorom również dyspozycji art. 39 ust. 5 Ustawy, który w pewnych sytuacjach obciąża ich w/w kosztami. Literalna analiza tego zapisu może wskazywać na jego niejednoznaczność ale z pewnością nie na bezwarunkowy nakaz stosowania w każdej sytuacji tylko art. 39 ust. 5 Ustawy (co powód słusznie sygnalizował w części swoich wystąpień, np. w piśmie z dnia 15.06.2012 r., k. 107).

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny uznał zgłoszone w apelacji zarzuty naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. za słuszne, częściowo podzielił również zarzut naruszenia art. 278 k.p.c. w kontekście czynienia przez biegłego nieuprawnionych i oderwanych od materiału dowodowego ustaleń faktycznych (przynajmniej częściowo sprowokowanych treścią tez dowodowych sformułowanych w postanowieniu Sądu I instancji z dnia 23 stycznia 2014 r., k. 352) oraz emocjonalnego

charakteru niektórych jego komentarzy zawartych w opiniach uzupełniających. Nie sposób jednak zakwestionować, w ślad za zarzutem błędnej wyceny materiałów wykonanych przez pozwanego w związku z treścią umowy z dnia 30.09.2012 r., że biegły (a w konsekwencji również Sąd) dopuścił się w tej materii uchybienia. Metoda przyjęta przez biegłego polegała na oszacowaniu wartości tych prac z uwzględnieniem cennika zastosowanego w starszej z umów a czerpiącego z oferty i SIWZ.

Strony przewidziały w § 16 ust. 3 i 4 umowy z dnia 30.09.2012 r. (k. 22) tryb rozliczenia wynagrodzenia pozwanego na wypadek odstąpienia od umowy przez którąkolwiek z nich. W ust. 4 tego paragrafu wprost stwierdzono, że zamawiający zobowiązany jest w takiej sytuacji zapłacić wykonawcy za wykonane i odebrane do dnia odstąpienia opracowania zgodnie z wyceną ofertową. Analizowany fragment umowy zachowywał moc również po rozwiązaniu umowy w następstwie odstąpienia od niej, a więc nie zachodzi potrzeba dalszego analizowania skutku odstąpienia w kontekście art. 379 k.c., ponieważ strony założyły podzielną świadczenia w dacie ustania umowy.

Zarzut naruszenia art. 217 § 3, art. 227, 278 i 286 k.p.c. w kontekście oddalenia przez Sąd I instancji wniosków dowodowych powoda, chociaż sprowokował Sąd odwoławczy do pozyskania uzupełniającej opinii biegłego, nie dał podstaw do poszukiwania opinii innego biegłego, ponieważ zebrany materiał dowodowy był wystarczający i pozwalał na rozstrzygnięcie sprawy w instancji odwoławczej.

Przechodząc do rozważenia zarzutów naruszenia przepisów prawa materialnego, zauważyć należy, że kwestia właściwej wykładni art. 32 i 39 ust. 3 i 5 Ustawy nie wpłynęła na treść wyroku wydanego w instancji odwoławczej. Sąd Apelacyjny, chociaż przychylił się do stanowiska pozwanego i Sądu Okręgowego o potrzebie stosowania w analizowanym stanie faktycznym art. 32 ust. 3 Ustawy (por. rozważania zawarte w uzasadnieniu wyroku W.S.A. w G. z dnia 6 lutego 2015 r., (...) SA/GI (...), LEX nr 1652337) nie dostrzega w tej konkluzji podstawy do niewykonania przez pozwanego obu umów łączących strony (zob. wcześniejsze argumenty tego uzasadnienia).

W pełni uzasadniony jest z kolei zarzut naruszenia przez Sąd I instancji normy zawartej w art. 635 k.c. poprzez jej błędne niezastosowanie na gruncie podważonych w instancji odwoławczej ustaleń faktycznych w/w Sądzie. W świetle tego przepisu, jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub zakończeniem 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. Sąd Apelacyjny ocenia obie umowy zawarte przez strony, pomimo pewnych elementów właściwych dla zlecenia (art. 750 k.c.), jako umowy o dzieło (projektowe) czerpiące wprost z definicji tego zobowiązania zawartej w art. 627 k.c. Kwestia ta nie była zresztą przedmiotem sporu.

Oceniony w tym uzasadnieniu materiał dowodowy potwierdza, że to pozwany (powód wzajemny) przyczynił się do tak opóźnionej realizacji obu dzieł, że stało się wręcz pewne, że żadne z nich nie zostanie ukończonych w przewidzianym terminie. N. opóźnienia była niesporna, strony nie zgadzały się jedynie na obciążenie ich odpowiedzialnością za taki stan rzeczy. Rozważając końcowo te kwestie, należy podkreślić (poza ustaleniami poczynionymi wcześniej), że pozwany wykonywał w tym samym czasie inne zamówienia projektowe, które kolidowały z harmonogramem prac załączonym do każdej z przedmiotowych umów (zob. przykładowo pismo, k. 239), co może tłumaczyć jego problemy z terminowością. Ponadto żaden z projektantów branżowych zawiadamiających o rozwiązaniu współpracy z pozwanym nie wskazywał na przyczyny obciążające powoda. Projektant M. K. w swoim piśmie (k. 49) oświadczył wręcz, że przyczyną jego rezygnacji jest „brak współpracy” obciążający pozwanego (por. pisma, k. 48-51). W tym stanie rzeczy powodowi przysługiwało prawo odstąpienia od obu umów na zasadzie art. 635 k.c. i naliczenia kar umownych na zasadzie § 13 ust. 1 pkt 1 każdej z nich. Pozwany nie złożył wniosku o miarkowanie owych kar na mocy art. 484 § 2 k.c., zaś motywowane innymi względami żądanie oddalenia powództwa głównego nie może być uznane za surogat takiego wniosku.

Nie zasługuje na akceptację, w przeciwieństwie do wyżej omówionego, zarzut naruszenia w skarżonym rozstrzygnięciu art. 491 § 1 k.c. jako alternatywnej podstawy odstąpienia od umowy przysługującej pozwanemu. Zgodzić się należy w tym miejscu z przywołanym w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku poglądem judykatury, wedle którego dla

skutecznego zastrzeżenia w umowie prawa odstąpienia konieczne jest, pod rygorem nieważności, ograniczenie go terminem końcowym i warunku tego umowy zawarte przez strony nie spełniały. Tak jak nieważne jest (art. 58 § 1 i 3 k.c.) zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia nieograniczonego żadnym terminem, tak również nieskuteczne będzie wykonanie ustawowego prawa odstąpienia na podstawie art. 491 k.c., które nie zostało poprzedzone wyznaczeniem odpowiedniego terminu do wykonania zobowiązania z zagrożeniem wykonania prawa do odstąpienia (tak S.N. w wyroku z dnia 5 kwietnia 2013 r., III CSK 62/13, LEX nr 1341683).

Powód, pomimo cyklicznego wzywania pozwanego do szybszego wykonania prac projektowych i posługiwania się zagrożeniem odstąpienia od umowy, nigdy nie sformułował żądania, które zawierałoby wezwanie do wykonania zobowiązania w określonym (precyzyjnym) terminie, z zagrożeniem odstąpienia od umowy po bezskutecznym upływie tego terminu (zob. pisma powoda, k.43, 45, 51, 63, 95, 99, 108 i 111). W tych warunkach stwierdzić trzeba, że powodowi nie przysługiwało ustawowe prawo odstąpienia od umowy na zasadzie art. 491 k.c.

Stanowisko apelacji o niezasadnej subsumpcji ustaleń Sądu Okręgowego pod przyjęte przezeń normy art. 639 i 644 k.c. jest w znacznej części trafne. W świetle ustaleń Sądu Apelacyjnego nie można w niniejszej sprawie mówić o niewykonaniu przez pozwanego dzieła z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, co uniemożliwia zastosowanie na jego rzecz art. 639 k.c., ale z drugiej strony nie stanowi też to przeszkody w dochodzeniu wynagrodzenia za wykonane elementy dzieła na podstawie § 16 obu umów (zob. wcześniejsze rozważania na ten temat). Powołanie się przez Sąd Okręgowy na art. 644 k.c. jako podstawę dochodzenia wypłaty wynagrodzenia nie mogło mieć z kolei miejsca, ponieważ przepis ten reguluje prawo zamawiającego do odstąpienia od umowy, które Sąd I instancji zakwestionował. W sytuacji ostatecznego uznania przez Sąd odwoławczy prawa powoda do odstąpienia na zasadzie art. 635 k.c., przepis powyższy może być jednak zastosowany jako podstawa wzajemnych rozliczeń po rozwiązaniu umowy w następstwie odstąpienia od niej. Powód na tej podstawie mógł więc dochodzić zmniejszenia wynagrodzenia pozwanego o oszczędności wykonawcy, ale nie przedstawił na te okoliczności żadnych dowodów; w konsekwencji wynagrodzenie częściowe należne pozwanemu z pierwszej umowy zostało zasądzone zgodnie z żądaniem.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w pkt II sentencji wyroku, na zasadzie art. 386 § 1 k.p.c. O kosztach procesu przed Sądem I instancji postanowiono w zgodzie z art. 100 k.p.c. i 108 § 1 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 490) przy uwzględnieniu wygranej powoda (sumarycznie) w 68% i ogólnej wysokości kosztów procesu poniesionych przez obie strony na sumę 27.591 zł (17.913 zł po stronie powoda i 9.678 zł po stronie pozwanego). W następstwie stosunkowego rozdzielenia, zasądzeniu podlegała różnica między wydatkami powoda a kwotą, w której partycypował w kosztach stosownie do swojej przegranej (8.829 zł).

Apelacja powoda (pozwanego wzajemnego) została oddalona w pozostałej części na zasadzie art. 385 k.p.c., zaś o kosztach postępowania odwoławczego rozstrzygnięto na mocy art. 100 k.p.c., 108 § 1 i 391 § 1 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 7 i § 12 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 490) przy uwzględnieniu wygranej powoda (sumarycznie) w 65% i ogólnej wysokości kosztów procesu na sumę 17.745 zł (opłata od apelacji na kwotę 12.345 zł i wynagrodzenie pełnomocnika powoda – 5.400 zł). W następstwie stosunkowego rozdzielenia, zasądzeniu podlegała różnica między wydatkami powoda a kwotą wynikającą z zakresu jego przegranej (6.211 zł).

Końcowo wskazać należy, iż Sąd Apelacyjny sprostował na zasadzie art. 350 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. oznaczenie strony powodowej jako (...) w B., zgodnie z nazwą tej strony ujawnioną w pozwie, pełnomocnictwie (k.13), pismach procesowych i apelacji a ponadto znajdującą uzasadnienie w przepisach ustawy O drogach publicznych, ustawy O samorządzie województwa i k.p.a.

(...)