

Sygn. akt *I ACa 1167/17*

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 grudnia 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący – Sędzia Marek Górecki

Sędziowie: Bogdan Wysocki (spr.)

Mariola Głowacka

Protokolant: starszy sekretarz sądowy Sylwia Woźniak

po rozpoznaniu w dniu 17 grudnia 2019 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa **Miasta POZNAŃ**

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

o zapłatę

oraz z powództwa wzajemnego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w K. (następcy prawnego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.)

przeciwko Miastu POZNAŃ

o zapłatę

na skutek apelacji powoda (pozwanego wzajemnego) Miasta P. oraz powoda wzajemnego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K.

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 8 czerwca 2017 r. sygn. akt I C 1429/12

I. zmienia zaskarżony wyrok:

a) **w punkcie 1 i 2 w ten sposób, że zasądza solidarnie od pozwanych (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. oraz (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. na rzecz powoda Miasta P. kwotę 1.974.753 zł (jeden milion dziewięćset siedemdziesiąt cztery tysiące siedemset pięćdziesiąt trzy złote) z ustawowymi odsetkami za okres od dnia 30 grudnia 2011r. do dnia 31 grudnia 2015r. oraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty, a w pozostałym zakresie powództwo główne oddala;**

b) **w punkcie 3 w ten sposób, że zasądza od pozwanych (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. oraz (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. na rzecz powoda Miasta P. solidarnie kwotę 45.745,86 zł (czterdzieści pięć tysięcy**

siedemset czterdzieści pięć złotych osiemdziesiąt sześć groszy) tytułem zwrotu kosztów procesu związanych z powództwem głównym, po ich wzajemnym stosunkowym rozdzieleniu;

c) **w punkcie 4 w ten sposób, że powództwo wzajemne oddala w całości;**

d) **w punkcie 6 w ten sposób, że zasądza od pozwanego (powoda wzajemnego) (...) sp. z o.o. w K. na rzecz powoda (pozwanego wzajemnego) Miasta P. kwotę 7.200 zł (siedem tysięcy dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego związanych z powództwem wzajemnym;**

II. **w pozostałym zakresie obie apelacje oddala;**

III. **zasądza solidarnie od pozwanych (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. oraz (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. na rzecz powoda Miasta P. kwotę 32.780,60 zł (trzydzieści dwa tysiące siedemset osiemdziesiąt złotych sześćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu odwoławczym wywołanym apelacją powoda, po ich wzajemnym stosunkowym rozdzieleniu;**

IV. **zasądza od powoda (pozwanego wzajemnego) Miasta P. na rzecz pozwanego (powoda wzajemnego) (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. kwotę 21.825 zł (dwadzieścia jeden tysięcy osiemset dwadzieścia pięć złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu odwoławczym wywołanym apelacją powoda wzajemnego.**

Mariola Głowacka Marek Górecki Bogdan Wysocki

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 30.12.2011 r. **Miasto P.** wniosło o zasądzenie od **pozwanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K.** kwoty 4.285.945,40 zł tytułem kar umownych wraz z odsetkami ustawowymi za zwłokę, liczonymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz o zasądzenie kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 28.800 zł.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powoda zwrotu kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany zgłosił do rozpoznania pozew wzajemny. Domagał się on zasądzenia od Miasta P. następujących kwot:

- 75.000 zł z tytułu części należnego wynagrodzenia ustalonego w umowie,
- 75.000 zł z tytułu części należnego wynagrodzenia za wykonane na zlecenie Miasta P. dodatkowych prac,
- 75.000 zł z tytułu części kwoty bezpodstawnie pobranej przez powoda od Towarzystwa (...) z udzielonej gwarancji na właściwe wykonanie umowy w wysokości 292.556 zł, która to kwota została na żądanie ubezpieczyciela zwrócona przez spółkę (...).

Miasto P. domagało się oddalenia powództwa wzajemnego zaprzeczając wszelkim twierdzeniom podniesionym przez pozwanego – powoda wzajemnego.

Wyrokiem z dnia 8 czerwca 2017 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu zasądził od pozwanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. na rzecz powoda Miasta P. kwotę 2.759.778,26 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 30 grudnia 2011 r. do dnia zapłaty (pkt 1); w pozostałym zakresie oddalił powództwo Miasta P. (pkt 2), tytułem zwrotu kosztów postępowania związanego z powództwem głównym zasądził od pozwanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. na rzecz powoda Miasta P. kwotę 68.254,19 zł w tym kwotę 2.160 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego (pkt 3); zasądził od pozwanego

wzajemnego Miasta P. na rzecz powoda wzajemnego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. kwotę 75.000 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 27 kwietnia 2012 r. do dnia zapłaty (pkt 4); w pozostałym zakresie oddalił powództwo wzajemne (pkt 5); tytułem zwrotu kosztów postępowania związanego z powództwem wzajemnym zasądził od Miasta P. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. kwotę 1.777,50 zł (pkt 6).

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

W oparciu o przepisy ustawy z dnia 7.09.2007 r. o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w P. (...) Miasto P. utworzyło spółkę celową pod nazwą (...) spółka z o.o. , której postanowiło powierzyć przygotowanie i realizację inwestycji pod nazwą „(...) w związku z organizacją (...) w P.”. W dniu 5.05.2009 r. została zawarta umowa o powierzeniu ww. spółce powyższego zadania. W ramach tej umowy Inwestor Zastępczy - (...) spółka z o.o. była zobowiązana do wykonywania czynności zastępstwa inwestorskiego w imieniu i na rzecz Miasta P., wykonywania nadzoru inwestorskiego, zawierania i nadzorowania umów na projektowanie, uzgadnianie, dostawy, usługi, roboty budowlane, które łączyły się z tym przedsięwzięciem. W ramach procedur udzielenia zamówień publicznych związanych z wykonaniem inwestycji przy udziale spółki (...) zostało udzielone pozwanemu zamówienie na realizację zadania pod nazwą: Odnowa infrastruktury transportu publicznego w związku z organizacją (...) w P. – Etap I. Spółka (...) została wyłoniona do realizacji powyższego zadania w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z ustawą z dnia 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Miasto P. realizowało wszelkie czynności dotyczące odnowy infrastruktury miasta za pośrednictwem jednostki budżetowej - Zakładu (...) w P. w imieniu i na rzecz której działała ww. spółka jako Inwestor Zastępczy. W dniu 5.11.2009 r. została zawarta umowa pomiędzy Miastem P. reprezentowanym przez Zarząd (...) w imieniu i na rzecz którego działała spółka (...) na opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego dla zadania: (...) w związku z organizacją (...) w P. – Etap I”. W ramach przyjętych na siebie zobowiązań pozwany miał między innymi uzyskać wszystkie niezbędne do realizacji inwestycji pozwolenia, decyzje administracyjne, kosztorysy inwestorskie, ofertowe, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru prac budowlanych oraz pełnienie nadzoru autorskiego. Szczegółowy zakres zamówienia został wskazany w SIWZ Część III, która obejmowała wykonanie wielobranżowego projektu budowlanego i wykonawczego wraz z uzyskaniem wszystkich niezbędnych uzgodnień, pozwoleń, decyzji administracyjnych dla przebudowy infrastruktury torowo - sieciowej następujących odcinków ulic i torowisk w P.:

- pętli tramwajowej (...),
- ul. (...) na odcinku od wjazdu na pętlę tramwajową (...) do węzła rozjazdowego (...),
- węzła rozjazdowego (...) wraz z odcinkami przyległymi, w szczególności torowisko w ul. (...) w kierunku „ R. „ (dowiązanie do istniejącego torowiska),
- ul. (...) na odcinku od węzła rozjazdowego (...) do węzła rozjazdowego „ Rondo (...) – (...)
- ul. (...) na odcinku od węzła rozjazdowego „ Rondo (...) – (...) do węzła rozjazdowego (...),
- ul. (...) na odcinku od ul. (...) do 50 m przed skrzyżowaniem z ul. (...) (bez skrzyżowania z tzw. III Ramą),
- ul. (...) na odcinku od węzła rozjazdowego „ Rondo (...) – (...) do ul. (...) i ul. (...) do skrzyżowania z ul. (...),
- ul. (...) na odcinku od węzła rozjazdowego „Rondo (...)” do węzła rozjazdowego (...),
- węzeł rozjazdowy (...),
- ul. (...) na odcinku od węzła rozjazdowego (...) do węzła rozjazdowego (...),
- węzeł „ Rondo (...) – (...) (aktualizacja projektu wykonawczego stanowiącego załącznik nr(...) do SIWZ CZ.III.),

- ul. (...) od węzła (...) do węzła rozjazdowego (...),
- węzeł rozjazdowy (...).

Zgodnie z postanowieniami umowy sporządzona przez spółkę (...) dokumentacja projektowa winna zawierać wszystkie wymagane uzgodnienia, pozwolenia, opinie, które będą niezbędne do uzyskania pozwolenia na budowę w tym prawomocnej decyzji o ustaleniu lokalizacji przedsięwzięcia EURO 2012 na mocy ustawy z dnia 7.09.2007 r. o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w P. (...). Pozwany zobowiązał się między innymi do uzyskania od wszystkich gestorów warunków na usunięcie wszelkich kolizji z ich urządzeniami i na ich podstawie opracowanie właściwych projektów oraz ich uzgodnienie, zintegrowania wszystkich branży przedmiotowej inwestycji z istniejącą infrastrukturą miejską, uwzględnienie innych elementów koniecznych dla prawidłowego przebiegu procesu projektowania i realizacji inwestycji w tym: uzyskanie akceptacji powoda dla zaproponowanej koncepcji budowy układu torowiska tramwajowego i układu drogowego, przedstawienia preliminarza kosztów inwestycji, uwzględnienia wszelkich elementów wynikłych w trakcie projektowania, których konieczność opracowania wynikać będzie z treści warunków i uzgodnień branżowych, z potrzeby osiągnięcia należytych standardów technicznych inwestycji.

W umowie zostały bardzo dokładnie ustalone obowiązki pozwanej spółki. Do najważniejszych należało:

- realizacja zadania zgodnie z postanowieniami umowy, SIWZ oraz harmonogramem zatwierdzonym przez Inwestora stanowiącym załącznik nr (...) do umowy (§4 pkt1 umowy),
- pozyskanie własnym staraniem warunków technicznych branżowych do projektowania (§ 4 pkt 5 umowy),
- pozyskanie we własnym zakresie i na swój koszt wszelkich niezbędnych materiałów potrzebnych do opracowania projektu (§4 pkt 3 umowy),
- prezentacji co najmniej dwóch rozwiązań projektowych na forum Rady (...) (§4 pkt 8 umowy),
- uzyskania akceptacji Rady (...) w zakresie proponowanej koncepcji, rozwiązań projektowych, zastosowanych urządzeń w szczególności dla projektu budowlanego (§4 pkt 9 umowy),
- złożenia powodowi i Inżynierowi Kontraktu w terminie do 3-go dnia każdego miesiąca sprawozdania ze stanu zaawansowania prac projektowych (§4 pkt 16 umowy),
- wprowadzenie do dokumentacji projektowej uwag Rady (...) w terminie określonym przez Radę Techniczną, lecz nie dłuższym niż 14 dni (§4 pkt 10 umowy),
- uzyskanie decyzji na wycinkę drzew oraz uzyskanie ewentualnie innych decyzji, których potrzeba uzyskania może pojawić się w trakcie uzgadniania dokumentacji oraz prowadzonego postępowania administracyjnego przed wydaniem decyzji pozwolenia na budowę (§4 pkt 11 umowy),
- złożenia w urzędzie odpowiednich wniosków o wydanie decyzji o ustaleniu lokalizacji przedsięwzięcia Euro 2012 (§4 pkt 12 umowy),
- złożenia w urzędzie odpowiednich wniosków o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę (§4 pkt 13 umowy),
- wypełnienia obowiązków nałożonych przez organ w trakcie postępowania administracyjnego w tym udzielenie wyjaśnień, usunięcia braków formalno – prawnych i merytorycznych.

Natomiast głównymi obowiązkami Miasta P. działającego przez spółkę (...) wynikającymi z umowy było udostępnienie pozwanemu dokumentów, danych i informacji związanych z wykonywaniem prac projektowych, będących w jego posiadaniu, a mogących mieć wpływ na poprawę jakości prac projektowych, W szczególności powód był zobowiązany

do przekazania pozwanemu decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia do dnia 4.01.2010 r.

Zgodnie z umową oraz z SIWZ termin wykonania dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę wynosił maksymalnie 11 miesięcy poczynając od dnia zawarcia umowy. Jednocześnie zostały określone terminy wykonania poszczególnych części przedmiotu zamówienia:

- w ciągu 3 miesięcy od dnia podpisania umowy, a zatem do dnia 5.02.2010 r. pozwany był zobowiązany do wykonania i uzgodnienia koncepcji oraz złożenia wniosku o lokalizacji przedsięwzięcia EURO wraz ze wszczęciem postępowania przez właściwy organ, a także do wykonania, uzgodnienia i przekazania projektu budowlano - wykonawczego przebudowy węzła rozjazdowego „Rondo (...) – Jeziorańskiego”,

- w ciągu 5 miesięcy od dnia podpisania umowy, a zatem do dnia 5.04.2010 r. pozwany był zobowiązany do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę na przebudowę węzła rozjazdowego „Rondo (...) – (...)”

- w ciągu 11 miesięcy od dnia podpisania umowy, a zatem do dnia 5.10.2010 r. pozwany był zobowiązany do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę na pozostały zakres projektu,

- przez okres 4 lat od chwili odbioru dokumentacji pozwany był zobowiązany do nadzoru autorskiego.

Za wykonane prace pozwany miał otrzymać wynagrodzenie ryczałtowe w łącznej kwocie 2.925.560 zł brutto z tym, że było ustalone wynagrodzenie cząstkowe za wykonanie poszczególnych etapów zadania:

- za wykonanie i uzgodnienie koncepcji oraz złożenie wniosku o wydanie decyzji o lokalizacji przedsięwzięcia Euro wraz ze wszczęciem postępowania przez właściwy organ – 87.766,80 zł brutto,

- za uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę na przebudowę węzła rozjazdowego „Rondo (...) – (...)” 146.278 zł brutto,

- za wykonanie i uzgodnienie projektu budowlanego oraz złożenie wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę – 2.106.403,20 zł brutto,

- za uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę na pozostały zakres projektu – 438.834 zł brutto,

- za sprawowanie nadzoru autorskiego – 146.278 zł brutto.

W umowie zostały także określone podstawy naliczania kar umownych (§ 14 umowy). Strona powodowa uzyskiwała takie uprawnienie między innymi w przypadku odstąpienia od umowy lub wypowiedzenia umowy przez powoda z przyczyn za które ponosi odpowiedzialność pozwany – w wysokości 20% wynagrodzenia umownego brutto, a także za niedotrzymanie terminów pośrednich wykonania poszczególnych części zamówienia określonych w § 9 umowy – w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki.

Pozwany w trakcie procedury przetargowej miał możliwość zapoznania się z całą dokumentacją w tym z projektem, który miał być aktualizowany, SIWZ a także – w sytuacji jeśli miałby jakiegokolwiek zastrzeżenia, wątpliwości, skierowania pytań do powoda. Takowych jednak nie miał i podpisał umowę na realizację przedsięwzięcia. Pozwanemu został także przekazany projekt podlegający aktualizacji w formie elektronicznej w dacie podpisania umowy. Jednocześnie pozwany został poinformowany o tym, że projekt w formie papierowej jest do wglądu w siedzibie spółki. Już od początku realizacji umowy dało się zauważyć, że pozwany nie daje sobie rady z nałożonymi na niego obowiązkami. Pierwszy raport o stanie zaawansowania prac projektowych został przedstawiony przez pozwanego na przełomie listopada i grudnia 2009 r. Kolejny raport został przedstawiony pod koniec grudnia 2009 r. Z raportów tych wynikało, że pozwany opóźnia się w realizacji prac co skutkowało zobowiązaniem pozwanego przez powoda do udokumentowania co faktycznie zostało zrobione. Strona powodowa już wówczas zwracała uwagę pozwanemu, także w formie pisemnej, że jeśli nie nastąpi intensyfikacja działań, grozić to może niedotrzymaniem umownych terminów

realizacji poszczególnych zadań. Powód w dniu 4.01.2010 r. przekazał pozwanemu decyzję środowiskową wydaną w dniu 15.12.2009 r., która na początku nie została zakwestionowana. W styczniu odbyły się dwie Rady (...) w trakcie których strona pozwana przedstawiała stan zaawansowania prac a także materiały do tej pory opracowane, które były kwestionowane przez przedstawicieli powoda w szczególności przez M. B. (2), który pełnił w funkcję kierownika projektu. W Radach (...) brali także udział specjaliści poszczególnych branż celem wyjaśnienia pewnych kwestii spornych i szybszego dokonywania stosownych uzgodnień. Na kolejnych Radach (...), które odbywały się co 2 tygodnie okazywało się, że pozwany nie uwzględnia wszystkich uwag, co skutkowało przedłużaniem się prac projektowych. Strona pozwana tłumaczyła to trudnościami w ustalaniu uzgodnień z poszczególnymi branżami a także ciągłymi uwagami zgłaszanymi przez gestorów poszczególnych sieci. Bardzo dużo uwag zgłaszał także (...). Wskazywała także na sprzeczności jakie występowały pomiędzy poszczególnymi branżami w odniesieniu do proponowanych rozwiązań, zbyt częstymi zmianami, co skutkowało koniecznością nanoszenia odpowiednich zmian w dokumentacji projektowej co miało znaczący wpływ na tempo prac projektowych. Przedstawiciele pozwanego podnosili również, że wymagania zamawiającego przekraczają również zakres prac wynikający z SIWZ. Dotyczyło to w szczególności branży trakcyjnej, a konkretnie kabli trakcyjnych, które wychodziły poza obszar przewidziany umową – miało bowiem nastąpić połączenie obrębu obszaru ronda (...) – (...) z podstacją trakcyjną mieszczącą się na ul. (...), a przebieg tych kabli był między innymi w ulicy (...), czyli poza obszarem ronda. Przedstawiciele strony powodowej zgadzali się w tym temacie z pozwanym, jednakże oficjalnie zajmowali inne stanowisko, które zostało im narzucone przez MPK. Doszło także do istotnej zmiany w zakresie układu torowego co miało także wpływ na układ drogowy. Były także zmiany w odniesieniu do założeń przewidzianych w SIWZ dotyczące długości przystanków tramwajowych, wyposażenia nawierzchni. Branża drogowa oraz branża torowo-tramwajowa były to branże wiodące w przedmiotowym przedsięwzięciu. Powyższe okoliczności były przyczyną tego, że pozwany zaczął podnosić, że wprowadzane zmiany są tak istotne, że należy uznać, iż faktycznie dojdzie do opracowania nowego projektu dotyczącego ronda (...) – (...) a nie aktualizacji projektu, a zatem za dodatkową pracę powinien uzyskać stosowne wynagrodzenie. Zwracał on na to uwagę stronie powodowej. Inwestor zastępczy zaniepokojony bezczynnością pozwanego w piśmie z dnia 27 stycznia 2010 r. wezwał spółkę (...) do zintensyfikowania tempa prac projektowych wskazując, że jeśli to nie nastąpi, zagrożony będzie termin wykonania I etapu prac przewidzianego na dzień 5 lutego 2010 r. W odpowiedzi na to pismo z dnia 3 lutego 2010 r. spółka (...) przedstawiła swoje argumenty na uzasadnienie niemożności dochowania terminu wynikającego z umowy. Między innymi podniosła zarzut, że zgodnie z umową spółka zobowiązała się jedynie do wykonania aktualizacji projektu wykonawczego w zakresie węzła rozjazdowego „Rondo (...)”, a nie wykonania koncepcji dla tego zakresu zadania. Wskazała także na pewne braki w dokumentacji, która została przekazana przez inwestora zastępczego w dniu podpisania umowy, a mianowicie, że na płycie CD znajduje się dokumentacja nazwana projektem – odnosząca się do Ronda (...), która nie spełnia wymagań określonych prawem budowlanym dla projektu budowlanego. Nie zawiera ona projektu wykonawczego, który miał podlegać aktualizacji na podstawie zapisów SIWZ oraz postanowień umowy. Pozwana spółka zaznaczyła w tym piśmie, że już ponoć wcześniej zwracała na to uwagę, jednakże na powyższe twierdzenie nie przedstawiła żadnego wiarygodnego dowodu. Po raz pierwszy w tym właśnie piśmie pojawiły się zastrzeżenia odnoszące się do decyzji środowiskowej. Pozwany podnosił, że wydana decyzja jest błędna albowiem został w niej niedostatecznie określony zakres przedsięwzięcia, a mianowicie, że w nazwie przedsięwzięcia nie zostało ujęte rondo (...) – (...), jak również nie zostało wymienione węzło rozjazdowe (...). Nadto, w spisie działek brakowało dwóch działek. Według pozwanego, okoliczność powyższa uniemożliwiała złożenie wniosku o wydanie decyzji o lokalizacji przedsięwzięcia Euro 2012 co do całości przedsięwzięcia, co wynika z treści art. 23 ust. 2 pkt 5 ustawy o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w P. (...) 2012. Strona pozwana zarzuciła powodowi, że brak odpowiedniego współdziałania z jego strony uzasadnia przyjęcie, że w zakresie przyjętych na siebie zobowiązań inwestor zastępczy pozostaje w zwłoce, a zatem wszelkie zarzuty kierowane pod adresem pozwanego są bezpodstawne. W odpowiedzi na to pismo inwestor zastępczy podniósł, że uwagi dotyczące zakresu przekazanej dokumentacji są nieuzasadnione i spóźnione. Wszystkie bowiem materiały stanowiące załącznik do SIWZ w chwili ogłoszenia przetargu były udostępnione oferentom w tym także pozwanej spółce, a zatem jeśli były jakiegokolwiek wątpliwości w tym przedmiocie, to można było je rozwiać poprzez zadanie pytań. Powód podkreślił, że podczas procesu wykonywania przedmiotu zamówienia, w tym w swoich comiesięcznych sprawozdaniach pozwana spółka nie wskazywała na konieczność uzupełnienia przekazanej dokumentacji. To na wniosek inwestora, który był zaniepokojony zbyt wolnym postępowaniem prac w dniu 14 stycznia 2010 r. zostało zwołane posiedzenie Rady (...) celem

przedstawienia przez pozwanego stopnia zaawansowania wykonania umowy. Podczas tego spotkania okazało się, że do tej pory zostały wykonane jedynie mapy sytuacyjne przedstawiające stan istniejącej infrastruktury tramwajowej w związku z czym przedstawiciele inwestora nie mogli odnieść się do proponowanych rozwiązań projektowych. Na tym spotkaniu przedstawiciel wykonawcy przekazał jedynie informację o braku opinii, warunków czy uzgodnień związanych z dokumentacją projektową na węzeł (...). Inwestor chcąc ułatwić wykonanie umowy przez pozwaną spółkę przekazał wówczas szczegółowe dane kontaktowe do osób zamawiających i odbierających przedmiotową dokumentację w MPK P.. Powód wskazał także, że według jego oceny, decyzja środowiskowa jest prawidłowa albowiem obejmuje rondo (...) –(...) P. oraz R., a co istotne, choć w wykazie geodezyjnym faktycznie nie były wymienione dwie działki, to jednak decyzja środowiskowa obejmowała je. Nawiązał także do tych postanowień umowy, które nakładały na wykonawcę uzyskanie własnym kosztem i staraniem uzyskanie wszystkich niezbędnych materiałów do procesu projektowania, w tym także obowiązek współpracy z innymi pracowniami projektowymi. Kwestia nieprawidłowości decyzji środowiskowej stała się w późniejszym okresie stałym argumentem podnoszonym przez pozwanego na usprawiedliwienie nieterminowego wykonania prac. Chcąc wyjaśnić wszelkie wątpliwości pozwanego w tym przedmiocie na wniosek powoda zostało wydane w dniu 15 marca 2010 r. przez Prezydenta Miasta P. postanowienie uzupełniające kwestię zakresu przedsięwzięcia oraz wyjaśniające że działki co do których strona pozwana miała wątpliwości, są objęte decyzją. Pomimo tego, pozwany nadal podważał prawidłowość decyzji środowiskowej, wskazując, że uniemożliwia to dalszą realizację umowy. W związku z zaistniałą sytuacją aby nie doszło do większego opóźnienia spółka (...) poleciła pozwanemu aby został złożony odrębny wniosek dotyczący uzyskania decyzji lokalizacyjnej w odniesieniu do ronda (...) –(...), który pod koniec marca został załatwiany pozytywnie oraz odrębny wniosek dotyczący uzyskania decyzji lokalizacyjnej dotyczący pozostałej części przedsięwzięcia. Postanowienie Prezydenta Miasta P. zostało zaskarżone do Samorządowego Kolegium Odwoławczego w P., które w dniu 23 lutego 2011 r. a zatem już po wypowiedzeniu przez stronę powodową umowy będącej przedmiotem niniejszego postępowania, stwierdziło nieważność postanowienia wyjaśniającego. Pismem z dnia 11 marca 2011 r. inwestor zastępczy wniósł o ponowne rozpoznanie sprawy rozstrzygniętej postanowieniem z dnia 23 lutego 2011 r., w wyniku czego zostało wydane przez SKO w P. w dniu 20 września 2011 r. postanowienie utrzymujące wcześniejsze orzeczenie w mocy. Następnie inwestor złożył skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w P., który w dniu 8 lutego 2012 r. wydał wyrok którym uchylił zaskarżone postanowienie oraz poprzedzające je postanowienie SKO w P. z dnia 23 lutego 2011 r., określając, że zaskarżone postanowienie nie może być wykonane. W uzasadnieniu wyroku WSA podkreślił, że w obu postanowieniach błędnie uznano, że postanowienie z dnia 15 marca 2010 r. rażąco narusza prawo, w postaci oparcia rozstrzygnięcia na błędnej interpretacji przepisu, uznając, że błąd ten jest oczywisty. Według Sądu Administracyjnego, zarówno autor wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia polegającego na modernizacji wybranych odcinków torowisk tramwajowych w P. z października 2009 r. oraz Prezydent Miasta P. wydając decyzje z dnia 15 grudnia 2009 r., winni byli we wniosku z należytą starannością, znaną dla profesjonalistów, precyzyjnie wymienić nazwy wszystkich węzłów rozjazdowych, jak i wszystkie numery działek objętych wnioskiem, a następnie decyzją z 15 grudnia 2009 r. Jednakże należy mieć na względzie, że zarówno we wniosku z października 2009 r., w karcie informacyjnej przedsięwzięcia jednoznacznie wskazano, że postępowaniem objęto także węzeł rozjazdowy „Rondo (...)” jak i oba odcinki: ulicy J.H. D. od pętli O. do ul. (...)(w którym od dziesiątków lat znajduje się działka nr (...), ar.07, obręb J.) jak i (...) od węzła rozjazdowego „Rondo (...)” do ul. (...) (w którym od dziesiątków lat znajduje się działka nr (...), ark. 12, obręb Ł.). Tak samo w decyzji z dnia 15 grudnia 2009 r. trzykrotnie w punkcie I.1 jako rodzaj i miejsce realizacji przedsięwzięcia wskazano na s.2 w akapicie drugim, że planowana inwestycja swym zasięgiem obejmuje przebudowę infrastruktury torowo – sieciowej następujących odcinków ulic i torowisk Miasta P.: trzykrotnie wymieniono nazwę węzła rozjazdowego „Rondo (...)” , jak i odcinki : - ul. (...) na odcinku od wjazdu na pętlę tramwajowa (...) do węzła rozjazdowego (...)) tiret drugie- na którym to odcinku od dziesiątków lat znajduje się działka nr (...), ark.07, obręb J.); - ul. (...) od węzła rozjazdowego „Rondo (...)” do ul. (...) (tiret szóste – na którym to odcinku od dziesiątków lat znajduje się działka nr (...), ark. 12, obręb Ł.). A zatem brak jest podstaw do uznania, że doszło do zmiany decyzji z 15 grudnia 2009 r., do rozszerzenia jej zakresu, skoro od początku wszystkie wskazane odcinki, w tym i nieruchomości obejmujące obie (choć nie wymienione z numerów działek), nieruchomości, objęte były postępowaniem, a następnie decyzją z 15 grudnia 2009 r. Skoro zatem na mocy postanowienia Prezydenta Miasta P. z dnia 15 marca 2010 r. nie doszło do rozszerzenia

zakresu decyzji środowiskowej, nie doszło – wbrew ocenie przedstawionej w postanowieniach z dnia 23 lutego 2011 r. oraz 20 września 2011 r. – do naruszenia art.87 udiś. Z tego względu postanowienia te należało uchylić.

Ostatecznie sprawa została przesądzona wyrokiem NSA w W. z dnia 7 sierpnia 2012 r., który w całości zgodził się z argumentacją przedstawioną w uzasadnieniu WSA w Poznaniu i oddalił skargę kasacyjną złożoną przez N. W..

W dniu 18 lutego 2010 r. został zwołane przez inwestora zastępczego posiedzenie rady technicznej celem zapoznania się i oceną między innymi projektu budowlano-wykonawczego dla węzła rozjazdowego R. (...), który to projekt stanowiłby podstawę do uzyskania w terminie do dnia 4 kwietnia pozwolenia na budowę. W protokole ze wspomnianej wyżej Rady (...) odnotowano, że dokumentacja projektowa przedstawiona przez pozwanego m.in. w zakresie projektu budowlano – wykonawczego dla R. (...), zawiera szereg braków projektów aktualizacyjnych Projektu Torowego, a mianowicie: brak projektu podtorza wraz z odwodnieniem, brak projektu nawodnienia + przyłącza wodociągowego, brak projektu modernizacji kanalizacji deszczowej, brak projektu robót torowych, brak projektu usuwania ewentualnych kolizji elektroenergetycznych, brak projektu magistrali orurowania dla kabli informatycznych dla Wydziału Zarządzania Kryzysowego i (...), brak projektu instalacji elektrycznej zasilania dla wiat, kiosków, automatów biletowych, tablic informacyjnych. Zastrzeżenia do przedstawionej dokumentacji projektowej w zakresie węzła R. (...) przedstawił pozwanej spółce również (...) w piśmie z dnia 9 marca 2010 r. Podobnie swoje zastrzeżenia przedstawił w piśmie z tej samej daty powód. Z powodu niezadawalającego postępu prac projektowych w zakresie projektu budowlano – wykonawczego dla węzła R. (...), kolejna (...) Techniczna została zwołana na 17 marca. W dniu 17 marca 2010 r. w siedzibie inwestora zastępczego odbyła się Narada Techniczna (...), a w dniu 25 marca 2010 r. w siedzibie inżyniera kontraktu spółki (...) Sp. z o.o. odbyła się Narada Techniczna (...), w trakcie których zostały sporządzone protokoły wskazujące na pozostawanie przez pozwaną spółkę w zwłoce w wykonaniu umowy. W dniu 1 kwietnia 2010 r. pozwana spółka przekazała inwestorowi zastępczemu do uzgodnienia dokumentację projektu budowlano – wykonawczego dla R. (...). Powód po przeanalizowaniu dostarczanej dokumentacji stwierdził szereg uchybień w niej występujących i w piśmie z dnia 9 kwietnia 2010 r. skierowanym do pozwanej spółki wymienił zastrzeżenia wyrażone przez Zarząd (...) w P., Miejskie Przedsiębiorstwo (...), Zarząd Dróg Miejskich, zaznaczając, że uwagi dotyczące dokumentacji projektowej nie są nowymi uwagami albowiem były one już zgłaszane w toku wcześniejszych Rad (...) i Narad (...) jako wytyczne i zalecenia.

Pozwana spółka ponownie przekazała inwestorowi zastępczemu do uzgodnienia skorygowaną dokumentację projektu budowlano – wykonawczego dla R. (...) w dniu 21 kwietnia 2010 r. Dokumentacja ta miała uwzględniać wszystkie wcześniejsze uwagi i zastrzeżenia sformułowane w piśmie z dnia 9 kwietnia 2010 r. Zespół (...) dokonał oceny przedłożonej przez stronę pozwaną dokumentacji projektowej stwierdzając w niej bardzo liczne uchybienia, które zostały przedstawione w piśmie z dnia 10 maja 2010 r. Braki te dotyczyły: braku uzgodnień (...), braku uzgodnień z właścicielami poszczególnych działek, braku numerów działek przez które przebiegała inwestycja, braku map stanu prawnego - wyrysowana trasa lub mapy ewidencji gruntów wraz z wypisami dotyczącymi właścicieli gruntów, braku uzgodnienia projektu z A., brak warunków technicznych wydanych przez A., braku badań gruntów, mapa nie posiada znamion mapy dla celów projektowych, braku średnicy i długości sieci, niespójne oznaczenie kolorów sieci w legendzie i planie sytuacyjnym, braki profili i pomyłone profile, średnice przykanalików od wpustów ulicznych niezgodne z profilem, brak oznaczenia na odcinku(...)- (...)- (...)...(...) i innych, na planie sytuacyjnym widnieją elementy będące fragmentem projektu przebudowy kanalizacji ogólnospławnej – kanalizacja ta miała stanowić tło a nie być przedmiotem projektu, braku obliczeń hydraulicznych przewodów, braku informacji o zastosowaniu włączów z wentylacją lub bez wentylacji, brak zestawienia studzienek kanalizacyjnych, brak rzutu rysunku 4.03 i 4.03, spadki kanałów i przykrycia kanałów były niezgodne z wymaganiami ogólnymi, brak bilansu wód opadowych, studnia wodomierza wykonana niezgodnie z wymogami ogólnymi, odwodnienie studni wodomierzowej- poziom zwierciadła wody gruntowej powinien znajdować się poniżej poziomu posadowienia studni chłonnej, rzut i przekrój studni wodomierzowej wykonane niezgodnie z zasadami rysunku technicznego budowlanego, niezgodność opisu średnicy wewnętrznej kręgów, brak rozrysowanych węzłów sieci, na rysunkach podano konkretne typy urządzeń i producenta, w projekcie podano typ studzienek kanalizacyjnych konkretnego producenta, brak zasów w węzłach, brak informacji o tablicach orientacyjnych do oznaczenia uzbrojenia na przewodach wodociągowych zgodnie z PN – 86 /B – (...) i

punktem 4.1.5. Oznaczenie uzbrojenia – tablice orientacyjne, rysunek studni kanalizacyjnej przelotowej – objaśnienia nie są zgodne z rysunkiem.

Mając na względzie zaistniałą sytuację, inwestor zastępczy podejmował jeszcze przez jakiś czas próby zmobilizowania pozwanego do dokończenia dokumentacji projektowej i jej przejęcia za odpowiednim wynagrodzeniem, którego domagał się pozwany, celem wykorzystania tej dokumentacji w toku dalszej realizacji inwestycji. W dniu 12 maja 2010 r. odbyła się (...) Techniczna, której przedmiotem było między innymi przekazanie projektu wykonawczego dla R. (...), która została przerwana przez inżyniera kontraktu albowiem pozwana spółka nie przedstawiła wymaganej dokumentacji. W dniu 19 maja 2010 r. w siedzibie inżyniera kontraktu odbyło się kolejne spotkanie, którego przedmiotem było uzgodnienie sposobu rozliczenia prac związanych z wykonaniem zwiększonego zakresu robót w ramach opracowania dokumentacji projektowej dla Ronda (...), oraz omówienie podstaw przedłużenia terminu wykonania pozostałych prac projektowych oraz prawnych możliwości wprowadzenia zmian terminowych do umowy lub trybu jej rozwiązania. W trakcie tego spotkania ustalono, że z uwagi na fakt, że zakres prac projektowych koniecznych do stworzenia dokumentacji stanowiącej podstawę wykonania robót budowlanych zgodnie z warunkami podanymi przez inwestora wykracza poza opis przedmiotu zamówienia, projektant przekaże oszacowanie kosztów wykonania dodatkowych prac do dnia 24 maja 2010 r., wraz ze szczegółowym uzasadnieniem przyjętych podstaw kalkulacyjnych oraz opisem podstaw wykonania prac wykraczających poza opis przedmiotu zamówienia. Po otrzymaniu tych dokumentów zamawiający i inżynier kontraktu zaopiniują przedstawione uzasadnienie oraz wycenienie dodatkowych kosztów prac projektowych. Nadto w trakcie tego spotkania ustalono, że brakującym elementem dokumentacji projektowej R. (...) jest brak uzgodnień (...), przy czym wnioski o uzyskanie uzgodnienia został złożony pod koniec kwietnia 2010 r., a w dniu 12 maja 2010 r. złożono stosowne uzupełnienie do wniosku. Poruszono także kwestię dotyczącą decyzji środowiskowej w szczególności – każda ze stron podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko, tzn. projektant twierdził, że jest ona nieprawidłowa, a zamawiający, że nie ma podstaw do uznania twierdzeń projektanta za zasadne. Projektant wskazywał też na przedłużającą się procedurę związaną z uzgadnianiem koncepcji projektowej w szczególności, że gestorzy sieci i urzędów wnoszą coraz to nowe uwagi do wielokrotnie już poprawianej koncepcji, w związku z czym nie jest możliwe określenie realnego terminu zakończenia prac projektowych. Inwestor zastępczy poinformował, że przekazał do wszystkich instytucji uzgadniających koncepcję informację, że należy przekazać wszelkie uwagi do przedstawionej dokumentacji i po określonym terminie nie będzie możliwości wprowadzania dalszych zmian. Termin ten został w przybliżeniu określony – do końca przyszłego tygodnia. W trakcie tego spotkania uzgodniono także, że pozwana spółka przekaże materiały przetargowe inwestorowi zastępczemu celem rozpoczęcia procedury przetargowej na wykonawstwo inwestycji.

W piśmie z dnia 25 maja 2010 r. strona pozwana przedstawiła inwestorowi zastępczemu szczegółową wycenę dodatkowych prac projektowych, którą określiła na poziomie 1.159.483,92 zł. Do przedstawionej wyceny inwestor zastępczy nie odniósł się późniejszym terminie.

Pozwana spółka nie przekazała jednak dokumentacji projektowej uzgodnionej z (...) w zakresie tymczasowej organizacji ruchu dla węzła rozjazdowego (...). Jednocześnie przekazała informację w piśmie z dnia 25 maja 2010 r., że nadal nie dysponuje wymaganymi uzgodnieniami (...) dla zadania przebudowy węzła rozjazdowego R. (...).

W dniu 26 maja 2010 r. (...) stwierdził, że wniosek o uzgodnienie dokumentacji nie może zostać rozpoznany z uwagi na wcześniejsze uzgodnienie projektu planszy zbiorczej sieci na wniosek MPK z dnia 6 czerwca 2008 r. Przeszkoda ta została usunięta albowiem w dniu 28 maja MPK cofnęło powyższy wniosek. Inwestor zastępczy zwrócił się do (...) o wskazanie czy wniosek o uzgodnienie dokumentacji został złożony w sposób prawidłowy oraz na jakim etapie załatwiania jest on. Wówczas okazało się, że wniosek ten był niekompletny albowiem brak było zestawienia zbiorczego wszystkich projektowanych sieci, istniała niezgodność zaprojektowanej sieci z legendą projektu, stwierdzono kolizje z sieciami wodno - kanalizacyjnymi. Okazało się także, że pozwana spółka była wzywana w drodze mailowej i telefonicznie do uzupełnienia tych braków, jednakże nie spotkało się to z żadną reakcją ze strony pozwanego. Powyższa sytuacja doprowadziła do tego, że na posiedzeniu w dniu 1 czerwca (...) nie mógł uwzględnić wniosku pozwanego z dnia 30 kwietnia 2010 r.

Z uwagi na powyższe, w dniu 28 maja 2010 r. inwestor zastępczy wezwał ostatecznie pozwanego do: przekazania pełnego kompletu dokumentacji projektowej dla R. (...) wraz z uzgodnieniami oraz przedstawienia w odniesieniu do pozostałego zakresu projektu wykonanej dokumentacji wraz z wszelkimi uzgodnieniami niezbędnymi do realizacji inwestycji, warunkami, opiniami, uzgodnieniami, pozwoleniami i decyzjami administracyjnymi zgodnie ze stanem zaawansowania prac zadeklarowanych w raportach miesięcznych oraz na spotkaniu w dniu 19 maja 2010 r., wyznaczając termin 31 maja 2010 r. – pod rygorem rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym z winy pozwanego. W związku z niewykonaniem powyższego polecenia pismem z dnia 1 czerwca 2010 r. pozwany został obciążony karami umownymi, a pismem z dnia 7 czerwca 2010 r. umowa została rozwiązana w trybie natychmiastowym. Pomimo tego z uwagi na znaczny upływ czasu poświęcony na współpracę z pozwanym oraz ryzyko nie zdążenia z realizacją inwestycji na EURO 2012 inwestor zastępczy nadal negocjował z pozwanym przekazanie za stosownym wynagrodzeniem dokumentacji dotychczas wykonanej. Inwestor zastępczy chciał aby ta dokumentacja została wykorzystana przez inny podmiot, który miał zostać wyłoniony dla dalszej realizacji inwestycji. Zapłatę wynagrodzenia uzależniał jednocześnie od tego czy dokumentacja projektowa będzie w ogóle przydatna. Pozwany w czerwcu 2010 r. odmówił jednak przekazania dokumentacji. Ostatecznie dokumentacja została przekazana inwestorowi zastępczemu do weryfikacji w lipcu 2010 r. W dniu 12 sierpnia 2010 r. Inżynier Kontraktu dokonał szczegółowej analizy dokumentacji dotyczącej przebudowy R. (...) i stwierdził liczne braki, które stanowiły przeszkodę do uzyskania uzgodnień (...) i ubiegania się o pozwolenie na budowę. Inżynier Kontraktu ocenił dokumentację jako całkowicie nieprzydatną.

Do dnia 5 lutego 2009 r. pozwany (...) spółka z o.o. wykonała projekt koncepcyjny dla przedsięwzięcia EURO 2012 w P. dla etapu I, nie uzyskała jednak akceptacji inwestora zastępczego w tym przedmiocie, nie złożyła wniosku o wydanie decyzji o lokalizację przedsięwzięcia Euro 2012. Nadto wykonała ona część projektów wykazanych w agendzie Rady (...) (...) w pkt A. Nie wykonała ona projektów wykazanych w agendzie Rady (...) (...) w pkt B i C oraz nie przekazała i nie uzgodniła projektów z inwestorem zastępczym dotyczących R. (...). Na dzień 5.04.2010 r. pozwana spółka nie uzyskała pozwolenia na budowę węzła rozjazdowego (...). Do dnia 6 czerwca 2012 r. pozwana spółka wykonała następujące projekty i prace: projekt koncepcyjny dla R. (...), projekt koncepcyjny dla pozostałych odcinków, projekty aktualizacji projektu budowlanego: budowa układu odwodnienia, projekt sterowania i ogrzewania zwrotnic, przebudowa sieci trakcyjnej, przebudowa sieci wodociągowej, przebudowa sieci gazowej, przebudowa kabli trakcyjnych, przebudowa kanalizacji ogólnospławnej, wykonanie projektu budowlanego dla R. (...), materiały przetargowe dla R. (...). Pozostałe prace, a mianowicie: projekty budowlane i projekty wykonawcze dla pozostałych odcinków, materiały przetargowe dla pozostałych odcinków, uzgodnienie lokalizacji przedsięwzięcia EURO 2012, uzgodnienie (...) dla przedsięwzięcia, pozwolenie na budowę dla przedsięwzięcia EURO 2012 nie zostały wykonane oraz uzyskane.

Pozwany złożył zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa przez członków zarządu inwestora zastępczego, jednakże postanowieniem z dnia 30 listopada 2010 r. Prokurator Prokuratury Rejonowej P. w P. odmówił wszczęcia śledztwa w przedmiotowej sprawie. Na skutek zażalenia pozwanego, postanowieniem Prokuratura Prokuratury Rejonowej P. w P. wszczęło śledztwo w sprawie nadużycia przez członków zarządu (...) sp. z o. o. uprawnień wynikających z ustawy prawo zamówień publicznych poprzez niezasadne wypowiedzenie pozwanemu umowy z dnia 5 listopada 2009 r. oraz udzielenie zamówienia publicznego spółce (...) Sp. z o.o. Postanowieniem z dnia 30 czerwca 2011 r. postępowanie zostało umorzone z uwagi na stwierdzenie, że czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego. W uzasadnieniu postanowienia Prokurator powołując się na przeprowadzone postępowanie dowodowe podkreślił, że inwestor zastępczy współdziałał przy wykonywaniu umowy, o czym między innymi świadczy fakt, że kiedy pojawiły się zastrzeżenia odnośnie decyzji środowiskowej, dążył do ich wyjaśnienia, a nie wywiązywanie się przez spółkę (...) z umowy nie było w żadnej mierze zawinione przez spółkę (...), która dochowała należytej staranności przy realizacji przedmiotowej umowy.

Na zlecenie pozwanego, przy uwzględnieniu zapisów umowy, została udzielona Gwarancja dobrego wykonania umowy i należytego usunięcia wad i usterek nr (...) z dnia 2 listopada 2009 r. wystawionej przez (...) S.A. Pismem z dnia 21 października 2010 r. strona powodowa skierowała do ww. Towarzystwa (...) pismo, w którym zażądała wypłaty udzielonej gwarancji w kwocie 292.556 zł. Towarzystwo (...) wniosek powyższy po zbadaniu jego zasadności w całości uwzględniło. Następnie zażądało od pozwanego zwrotu tej kwoty i w dniu 27 października pozwany dokonał wpłaty na

rzecz Towarzystwa (...). Pozwany uznając jednak wypłatę tej kwoty za bezpodstawną, skierował do powoda żądanie zapłaty, oraz zawezwał do próby ugodowej, która jednak nie zakończyła się zawarciem ugody.

W ocenie Sądu Okręgowego analiza zebranego materiału dowodowego pozwala na postawienie tezy, że w zakresie powództwa głównego jak i powództwa wzajemnego należy roszczenia zgłoszone przez każdą ze stron uwzględnić częściowo. Oceniając zasadność podnoszonych przez strony argumentów należy w pierwszej kolejności dokonać analizy jakie obowiązki przy realizacji zadań wynikały z umowy z dnia 5 listopada 2009 r. dla wykonawcy – spółki (...) z siedzibą w K., a jakie dla zamawiającego – Miasta P. reprezentowanego przez Zarząd (...) w P. w imieniu i na rzecz którego działał Inwestor Zastępczy (spółka celowa) – (...) spółka z o.o. Szczegółowo kwestie te zostały uregulowane w § 4 ust. 1 – 10 (opisane już w uzasadnieniu w części dotyczącej ustaleń faktycznych). Natomiast w § 5 umowy określone zostały obowiązki inwestora, a mianowicie był on zobowiązany do udostępnienia dokumentów, danych i informacji związanych z wykonywaniem prac projektowych , będących w jego posiadaniu , a mogących mieć wpływ na poprawę jakości prac projektowych, obowiązek uczestniczenia w posiedzeniach Rad (...), przyjęcie i zatwierdzenie należycie wykonanej dokumentacji projektowej w terminie 7 dni od jej otrzymania od Inżyniera kontraktu, zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace projektowe i nadzór autorski, udzielanie wykonawcy pełnomocnictw niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy, ustalenia składu (...). W § 3 umowy zostało zawarte oświadczenie wykonawcy, że znane są mu warunki realizacji przedmiotu umowy, a w szczególności zapoznał się on z założeniami i oczekiwaniami inwestora. W § 6 umowy wymieniono obowiązki inżyniera kontraktu. W szczególności był on zobowiązany do monitorowania prac projektanta w tym harmonogramu prac, sprawdzania i opiniowania poszczególnych elementów dokumentacji technicznej oraz całości dokumentacji technicznej przedstawionej przez projektanta. Pozytywna opinia inżyniera kontraktu o dokumentacji miała stanowić podstawę do jej odbioru przez inwestora zastępczego. W § 20 ust.7 przewidziano, że w sprawach nieregulowanych niniejszą umową mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz Kodeksu Cywilnego. A zatem w stosunkach pomiędzy stronami postępowania znajdzie zastosowanie norma wynikająca z art. 354 k.c., przewidująca obowiązek współdziałania stron przy realizacji zobowiązania. Zgodnie z tym przepisem dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje, także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonywaniu zobowiązania wierzyciel. Z przepisu tego wynika dla wierzyciela obowiązek lojalności i respektowania uzasadnionych interesów dłużnika. Wierzyciel powinien między innymi powstrzymać się od działań utrudniających świadczenie. Gdy z treści stosunku obligacyjnego wynika, że wykonanie zobowiązania wymaga czynnego zachowania się wierzyciela, np. udzielania wskazówek, wyjaśnień itp., to powinien on współdziałać czynnie z dłużnikiem.

Miasto P. domagało się zapłaty od pozwanego kar umownych na podstawie § 14 ust. 1 pkt a oraz § 14 ust. 1 pkt b w zw. z § 9 ust. 1 pkt a, b, c umowy zawartej przez strony. W odniesieniu do przyczyn wypowiedzenia umowy Sąd uznał, że niewątpliwie ziszcili się przesłanki określone w § 13 ust. 1 pkt a umowy – opóźnienie w realizacji umowy oraz jej nienależyte wykonanie mogłoby utrudnić lub uniemożliwić rozpoczęcie lub przeprowadzenie finałowego turnieju Mistrzostw Europy w P. (...) w 2012 r., jak również pozwany nie wywiązywał się ze swoich obowiązków wynikających z umowy, a także nie stosował się do żądań wykonawcy do stwierdzonych zaniedbań, mających poważny wpływ na właściwe i terminowe wykonanie umowy. To na skutek niewłaściwego i częściowo zawinionego niewykonywania przez stronę pozwaną obowiązków przewidzianych w umowie istniało realne niebezpieczeństwo, że zaplanowana inwestycja nie zostanie zrealizowana. Pozwany w szczególności nie dochował terminów wykonania prac przewidzianych w umowie w § 9 umowy za co ponosi on odpowiedzialność. W tym miejscu odnieść się należy, do twierdzeń strony pozwanej odnoszących się do kwestii dotyczącej terminów wykonania określonych prac. Strona pozwana nawiązywała odnośnie powyższej kwestii do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (w skrócie SIWZ) twierdząc, że początkowe terminy należało liczyć od momentu otrzymania prawidłowej i prawomocnej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach – postanowienie pkt VIII. W toku postępowania próbowała wykazać, że termin należy liczyć od dnia 22 marca tj. 7 dni od dnia wydania przez Prezydenta Miasta P. postanowienia wyjaśniającego kwestie odnoszące się do zasięgu obowiązywania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Niezależnie od oceny ewentualnego wpływu treści decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach na możliwość realizacji zadań przewidzianych umową

z poglądem powyższym nie sposób się zgodzić. W umowie określono w sposób ścisły, konkretny terminy realizacji poszczególnych etapów przedsięwzięcia. W § 9 ust. 2 i 3 przewidziano jedynie możliwość zmiany terminów w przypadku zaistnienia określonych w umowie sytuacji poprzez zawarcie stosownego aneksu, przy czym każda zmiana umowy musiała zostać dokonana w formie pisemnego aneksu pod rygorem nieważności. Skoro to nie nastąpiło nie może być mowy o jakimkolwiek przesunięciu terminów realizacji inwestycji. A zatem dla oceny tego czy strona pozwana wywiązała się z zobowiązań w terminie wiążące są zapisy umowy. Jak wynika z ustaleń Sądu terminy te nie zostały zachowane. Istotne było to czy faktycznie strona pozwana nie dochowała terminów z przyczyn niezależnych od siebie w szczególności, czy w sposób w pełni staranny realizowała swoje zobowiązanie, czy również strona powodowa w zakresie przewidzianym postanowieniami umowy w tym także przepisami kodeksu cywilnego oraz ustawą o zamówieniach publicznych w sposób odpowiedni współdziałała przy wykonywaniu umowy, czy swoim postępowaniem strona powodowa nie utrudniała wykonania umowy przez stronę pozwaną. Rozważenie powyższych kwestii było istotne z tego względu, że postanowienia umowy dotyczące naliczania przez powoda kar umownych odnosiły się do sytuacji popadnięcia pozwanego w zwłokę. Zwłoka dłużnika w systemie prawa cywilnego ma charakter opóźnienia kwalifikowanego. Mianowicie jest to opóźnienie w wykonaniu zobowiązania wynikłe wskutek okoliczności za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 476 k.c.). Ciężar dowodu co do okoliczności od których zależy zakwalifikowanie opóźnienia jako zwłoki nie ciąży jednak na wierzycielu. To dłużnik powinien wykazać, że nie wykonał zobowiązania wskutek okoliczności za które odpowiedzialności nie ponosi. A zatem chodzi tu zarówno o przypadki niezawinione przez którąkolwiek ze stron umowy, jak również o sytuacje które odnoszą się do niewłaściwego postępowania wierzyciela – jego zawinięcia. Sąd uznał, że główną przyczyną nienależytego wykonania zobowiązania, a w konsekwencji niezachowania terminów było postępowanie dłużnika. Sąd niemal w całości zgadza się z argumentacją przedstawioną w tym zakresie przez stronę powodową, która taksatywnie wymieniła zaniedbania ze strony dłużnika. Do najistotniejszych zaniedbań należy zaliczyć bezzasadne kwestionowanie decyzji środowiskowej – jak wykazało przeprowadzone w tym zakresie postępowanie administracyjne, decyzja ta pomimo tego, że nie wymieniała wszystkich działek pozwalala na dokładne określenie obszaru którego ona dotyczyła. Podkreślić w tym miejscu należy, że kiedy pojawiły się ze strony pozwanego wątpliwości w tym przedmiocie powód konsekwentnie i stanowczo im zaprzeczał, a zatem obowiązkiem pozwanego było złożenie wniosku o wydanie decyzji o lokalizacji przedsięwzięcia Euro z wykorzystaniem tej decyzji, która była prawomocna. Zgodzić się zatem należy z tezą strony powodowej, że podniesienie zarzutów przez pozwanego było najprawdopodobniej związane z tym, że zdał on sobie sprawę z tego, że nie będzie w stanie dochować terminów przewidzianych umową gdyż po prostu nie miał odpowiednich środków ku temu. Zwrócić należy uwagę na fakt, że już w grudniu 2009 r. w pismach kierowanych przez inwestora zastępczego do pozwanej spółki zwracano uwagę na opieszałość pozwanego, która skutkować może niedochowaniem terminów umownych. Pozwany te ostrzeżenia ignorował i starał się wykazać, że to brak odpowiedniego współdziałania inwestora zastępczego jest przyczyną opóźnień. Podkreślić należy, że choć strona powodowa uważała zarzuty dotyczące decyzji środowiskowej za całkowicie bezzasadne, postanowiła pomóc pozwanemu w konsekwencji czego zwróciła się do Prezydenta Miasta P. o wydanie stosownego orzeczenia wyjaśniającego (w ten sposób wykonała obowiązek współdziałania przy realizacji zobowiązania) i pomimo tego, że takowe zostało wydane, pozwany nadal bezpodstawnie kwestionował prawidłowość decyzji środowiskowej. Niewątpliwie decyzja środowiskowa ma kolosalne znaczenia przy projektowaniu, a ewentualne jej braki mogą mieć wpływ na tempo prac czy nawet na termin ich rozpoczęcia. W sprawie Sąd w całej rozciągłości zgadza się z tezami podnoszonymi w tym aspekcie przez powoda, że decyzja ta nie posiadała braków, które uniemożliwiałyby dalsze prowadzenie prac projektowych. Poza tym, zastrzeżenia dotyczące niekompletności decyzji środowiskowej zostały przedstawione po raz pierwszy dopiero na dwa dni przed upływem terminu umownego wykonania I etapu prac, a mianowicie wykonania i uzgodnienia koncepcji oraz złożenia wniosku o wydanie decyzji o lokalizacji przedsięwzięcia Euro (wraz ze wszczęciem postępowania przez właściwy organ), wykonania, uzgodnienia i przekazania projektu budowlano – wykonawczego przebudowy węzła rozjazdowego „Rondo (...)”. I etap prac miał być wykonany do dnia 5 lutego 2010 r. - § 9 ust.1 a, b umowy z dnia 5 listopada 2009 r. Zauważyć także należy, że nawet przy przyjęciu założenia, że argumentacja strony pozwanej była słuszna, to nie było jakichkolwiek przeszkód do tego, aby realizować umowę w pozostałym zakresie. Kolejnym istotnym zaniedbaniem było nie uwzględnianie przez pozwanego w terminie poprawek zgłaszanych przez uczestników projektu. Z protokołów Narad (...) wynika jednoznacznie, że strona pozwana tych poprawek nie brała pod uwagę. Były sytuacje, że podczas kolejnych narad zwracano uwagę wykonawcy, że poprawki o których była mowa wcześniej nie zostały uwzględnione

w przedstawionej dokumentacji. Zauważyć także należy, że dopiero pod koniec stycznia 2010 r. zostały złożone przez wykonawcę do gestorów odpowiednich sieci wnioski o wydanie stosownych opinii- jako profesjonalista pozwany musiał sobie zdawać sprawę z tego, że termin przewidziany przepisami k.p.a. na załatwienie wniosku wynosi 30 dni, a zatem musiał się liczyć z tym, że opinii tych nie uzyska przed 5.02.2010 r. Trzeba także wymienić braki wniosku o wydanie decyzji o lokalizacji przedsięwzięcia co skutkowało zwrotem tego wniosku przez Wojewodę (...). Pomimo złożenia zapewnień o posiadaniu praw autorskich do projektu, który miał podlegać aktualizacji pozwany nadal to kwestionował.

Z opinii inżyniera kontraktu, który dokonał szczegółowej analizy przekazanej przez stronę pozwaną dokumentacji projektowej wynika szereg uchybień, które pośrednio wskazują na nierzetelne wykonywanie obowiązków. Zgodnie z treścią umowy opinia inżyniera kontraktu miała istotne znaczenie w tym przedmiocie dla wykonawcy.

Strona pozwana podnosiła, że jedną z przyczyn nieterminowego zrealizowania świadczeń było to, że dopiero w marcu 2010 r. został powołany inżynier kontraktu. Zdaniem sądu nie jest to jednak okoliczność mająca istotny wpływ na sposób i terminowość prac ze strony pozwanego. Przed wyłonieniem bowiem inżyniera kontraktu jego zadania wykonywały osoby posiadające odpowiednią wiedzę i kwalifikacje. Także już po powołaniu inżyniera kontraktu, wskazywał on na liczne uchybienia strony pozwanej i jej opieszałość. Powyższe uchybienia, jak również inne wskazywane przez stronę powodową spowodowały to, że terminy przewidziane umową nie zostały zachowane. Okoliczności te obciążają stronę pozwaną.

Jednocześnie Sąd uznał, że część zarzutów przedstawionych przez stronę pozwaną odnoszących się do powoda jest niewątpliwie zasadna. Na podstawie zeznań przesłuchanych świadków, opinii biegłego a także protokołów z Narad (...) można uznać, że faktycznie w toku realizacji inwestycji zaszła konieczność wykonania prac projektowych nie przewidzianych w pierwotnym zleceniu w szczególności w SIWZ – ie. Sąd zwraca między innymi uwagę na zeznania świadka J. L., który wiosną 2010 r. został zatrudniony przez spółkę (...) do wspierania swoją wiedzą kierownika projektu w szczególności odnośnie kwestii torowisk. Choć z jednej strony podkreślał on, że faktycznie wykonawca w trakcie odbywanych narad nie przedstawiał efektów swojej pracy, nie przestrzegał również ustaleń z tych narad odnośnie proponowanych rozwiązań, to jednak faktycznie prawdziwe były twierdzenia wykonawcy odnoszące się do tego, że wykonanie (aktualizacja projektu) w odniesieniu do kabli trakcyjnych wychodzi poza obszar umowy. To niewątpliwie przyczyniło się w pewnym stopniu do powstania pewnych opóźnień. Biegły w swojej opinii stwierdził, że zmiany te były na tyle istotne, że można przyjąć, że faktycznie pozwany miał wykonać nie aktualizację istniejącego projektu odnoszącego się do R. (...) lecz nowy projekt, co potwierdził w wydanej opinii biegły sądowy. Zgodnie z umową pozwany nie był zobowiązany do wykonania koncepcji projektu (...), a faktycznie w pewnym momencie taki obowiązek został na niego nałożony. Wynika to między innymi z zeznań świadków oraz z treści notatki sporządzone w dniu 19 maja 2012 r. w której stwierdzono, że „ w toku dyskusji ustalono, że ponieważ zakres prac projektowych koniecznych do stworzenia dokumentacji stanowiącej podstawę wykonania robót budowlanych zgodnie z warunkami podanymi przez inwestora wykracza poza opis przedmiotu zamówienia, projektant do dnia 24 maja 2010 r. przekaże oszacowanie kosztów wykonania dodatkowych prac wraz ze szczególnym uzasadnieniem przyjętych podstaw kalkulacyjnych oraz opisem podstaw wykonania prac wykraczających poza opis przedmiotu zamówienia. Po otrzymaniu dokumentów zamawiający i inżynier zaopiniują przedstawione uzasadnienie oraz wyliczenie dodatkowych kosztów prac projektowych”. Biegły zwrócił także uwagę na pewne zaniedbania ze strony inwestora odnoszące się do czynienia ustaleń w z odpowiednimi branżami, gestorami sieci itp. Jako obciążające inwestora wskazał on także zaniedbanie ze strony powoda jako inwestora unieważnienia dotychczasowego (...) u.

Zgodnie z art. 483 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Kara umowna zastępuje jedynie odszkodowanie z art.471 k.c., przy niezmienności przesłanek warunkujących jej powstanie. Zastrzeżenie kary umownej ułatwia realizację uprawnień wierzyciela wynikających z ogólnych reguł kodeksu cywilnego wskutek tego, że wierzyciel może jej dochodzić bez względu na wysokość poniesionej szkody (art.484 zd.1 k.c.). Oznacza to, że szkody nie trzeba w ogóle wykazywać, a w przypadku wykazania przez dłużnika, że szkoda wierzyciela jest niższa niż zastrzeżona, nie wpływa to na samą zasadność roszczenia wierzyciela. Dłużnik chcąc

uwolnić się od obowiązku jej zapłaty zmuszony jest wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie spowodowało uszczerbku w majątku wierzyciela. Pozwany nie wykazał aby nie ziściły się wspomniane wyżej przesłanki. Istotne jest też to, że kara umowna, która zastępuje odszkodowanie nie ma wpływu na obciążającą dłużnika powinność świadczenia. Dlatego też w razie zastrzeżenia odszkodowania umownego, nadal po stronie dłużnika istnieje obowiązek świadczenia zgodnie z przedmiotem umowy i nie może on się zwolnić z tego zobowiązania, bez zgody wierzyciela, poprzez zapłatę kary umownej.

Zgodnie z treścią art. 484 § 2 k.c. jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Wykonanie zobowiązania w znacznej części występuje wtedy, jeśli mimo uchybień dłużnika dochodzi do zaspokojenia w istotnym zakresie interesu wierzyciela. Analiza zebranego materiału dowodowego nie pozwala na przyjęcie, że została spełniona pierwsza z ww. okoliczności uzasadniających zmniejszenie kary umownej, a mianowicie wykonanie zobowiązania w znacznej części. Strona pozwana nie wykazała tego, a wobec kwestionowania przez powoda twierdzenia, że po wypowiedzeniu umowy doszło do opracowania przydatnej do wykorzystania dokumentacji projektowej, to na stronie pozwanej, zgodnie z art. 6 k.c. ciążył obowiązek wykazania tego twierdzenia.

Odnosnie przesłanki polegającej na rażącym wygórowaniu kary umownej, to chodzi o taki przypadek, gdy dysproporcja kary umownej jest nad wyraz istotna i dostrzegalna dla każdego obserwatora. Przepis art. 484 § 2 zd. 2 k.c. nie wskazuje jakim kryteriom należy się posłużyć przy ustaleniu owej dysproporcji. W literaturze przedmiotu wskazywano na różne ujęcia. Mianowicie, że odniesieniem powinna być wysokość poniesionej szkody albo rozmiar szeroko pojętej szkody obejmującej najszerszej rozumiany interes wierzyciela w tym wynikające z niewykonania zobowiązania bardzo odległe i rozproszone uszczerbki, które nie byłyby objęte kompensatą na zasadach ogólnych. Postuluje się również, że kryterium oceny powinna być wysokość odszkodowania na zasadach ogólnych. Można także spotkać się z zapatrywaniem, że najważniejszą okolicznością powinna być wartość świadczenia dłużnika, ewentualnie ze świadczeniem wzajemnym. Należy uznać, że przy uwzględnieniu powyższych postulatów, najwłaściwszym wyznacznikiem rażącego wygórowania kary umownej powinno być odszkodowanie, albowiem to ono z woli stron zastąpione zostaje przez karę umowną (por. Komentarz do kodeksu cywilnego pod red. E. Gniewka, wydanie 3, wydawnictwo C.H.BECK Warszawa 2008, str. 870). W doktrynie jest także głoszony postulat, że przepis art. 362 k.c. przewidujący możliwość zmniejszenia odszkodowania w przypadku jeżeli poszkodowany przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody, obowiązek jej naprawienia ulega odpowiedniemu zmniejszeniu stosownie do okoliczności a zwłaszcza do stopnia zawinienia obu stron, nie może być samoistną podstawą zmniejszenia wyłącznej kary umownej, przy czym jeżeli skutek przyczynienia się należałoby ograniczyć rozmiar szkody, za którą dłużnik odpowiada, powstać może sposobność do modyfikacji kary umownej z powodu jej rażącego wygórowania (por. cyt. wyżej komentarz – str.871).

W świetle poczynionych w toku postępowania ustaleń, a w szczególności tego, że strona powodowa przyczyniła się w pewnym zakresie do powstania szkody, jak również - co wynika z opinii biegłego, na dzień wypowiedzenia umowy pozwany częściowo wykonał przyjęte na siebie zobowiązania, Sąd uznał, że zachodzą podstawy do miarkowania kary umownej na podstawie art. 484 § 2 zd. 2 kc. i kara ta winna ulec zmniejszeniu o 1/3. Ustalenie wysokości kary umownej na poziomie wnioskowanym przez powoda pozostawałoby w znacznej dysproporcji do ustalonego w umowie wynagrodzenia umownego należnego pozwanemu, a element ten winien być także brany pod uwagę przy dokonywaniu oceny czy mamy do czynienia z rażąco wygórowaną karą umowną.

Sąd podzielił argumentację przedstawioną przez stronę powodową, że niewątpliwie wysokość kar umownych na tak wysokim poziomie została ustalona z uwagi na bardzo wysoką rangę imprezy jakim były Mistrzostwa Europy w P. (...) w 2012 r. Chodziło zatem o odpowiednie zabezpieczenie się inwestora – Miasta P. jako współorganizatora imprezy przed nienależytym wykonaniem umowy. Niewątpliwie niezachowanie terminów przewidzianych w umowie niweczyło sens umowy, a świadczenie będące przedmiotem umowy traciło dla powoda jakiegokolwiek znaczenie. Zasadne jest jednak zastosowanie miarkowania wysokości kary umownej.

Kary umowne zostały przewidziane w umowie odrębnie dla każdego zdarzenia, którego ziszczenie skutkowało powstaniem roszczenia o zapłatę kary umownej. Powyższy wniosek wynika jednoznacznie z analizy zapisów umowy w tym przedmiocie. W związku ze skutecznym wypowiedzeniem przez powoda umowy z dnia 5 listopada 2009 r., zaszła konieczność znalezienia nowego wykonawcy, w wyniku czego cała procedura związana z należywym przeprowadzeniem inwestycji znacznie się wydłużyła. Zgodnie z umową zawartą z nowym wykonawcą wynagrodzenie wyniosło 3.580.000 zł netto.

Mając na względzie wszelkie okoliczności związane ze sprawą w szczególności stopień zawinienia obu stron oraz przyczynienia się strony powodowej do powstania szkody, Sąd uznał, że kara umowna winna być umniejszona o 1/3 części. Wysokość kar umownych została obliczona w sposób następujący:

- z tytułu rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym – wysokość kary umownej zgodnie z §14 ust.1 pkt a umowy wynosi kwotę 585.112 zł. Kara umowna z powyższego tytułu stanowi 20% wartości wynagrodzenia brutto stanowiącego kwotę 2.925.560 zł,

- z tytułu opóźnienia wynoszącego 102 dni w wykonaniu i uzgodnieniu koncepcji oraz złożeniu wniosku o wydanie decyzji o lokalizacji przedsięwzięcia Euro (wraz ze wszczęciem postępowania przez właściwy organ), zgodnie z § 14 ust. 1 pkt b. kara umowna wynosi 1.492.035,60 zł i stanowi iloczyn 102 dni opóźnienia x 0,5% wartości wynagrodzenia umownego brutto wynoszącego 2.925.560 zł. Umowny termin wykonania ww. przedmiotu umowy opiewał do dnia 5 lutego 2010 r., a kary umowne zostały naliczone od dnia 6.02.2009 r. do dnia 18 maja 2010 r.,

- z tytułu opóźnienia wynoszącego 115 dni w wykonaniu, uzgodnieniu i przekazaniu projektu budowlano – wykonawczego przebudowy węzła rozjazdowego R. (...), zgodnie z § 14 ust.1 pkt b. kara umowna wynosi 1.682.197 zł i stanowi iloczyn 115 dni opóźnienia x 0,5% wartości wynagrodzenia umownego brutto wynoszącego 2.925.560 zł, a kary umowne naliczone zostały od dnia 6 lutego 2010 r. do dnia 31 maja 2010 r.

- z tytułu opóźnienia wynoszącego 56 dni w uzyskaniu decyzji o pozwoleniu na budowę na przebudowę węzła rozjazdowego R. (...), zgodnie z § 14 ust.1 pkt b. kara umowna wynosi 819.156,80 zł i stanowi iloczyn 56 dni opóźnienia x 0,5% wartości wynagrodzenia umownego brutto wynoszącego 2.925.560 zł, a kary umowne naliczone zostały od dnia 6 kwietnia 2010 r. do dnia 31 maja 2010 r.

Sąd, przy uwzględnieniu argumentacji przedstawionej przez stronę powodową, zgodził się z jej twierdzeniem, że termin końcowy naliczania kar umownych należy ustalić na dzień 31 maja 2010 r., gdyż był to ostateczny termin wyznaczony przez powoda na przekazanie pełnego uzgodnionego kompletu wykonanej dokumentacji budowlano-wykonawczej przebudowy R. (...), przekazania w odniesieniu do pozostałego zakresu projektu, wykonanej dokumentacji wraz ze wszelkimi uzyskanymi, niezbędnymi do realizacji inwestycji warunkami, opiniami, uzgodnieniami, pozwoleniami i decyzjami administracyjnymi.

Tak wyliczona kara umowna wyniosłaby łącznie 4.578.501,40 zł a zatem po umniejszeniu jej wysokości o 1/3, wyniesie ona 3.052.334,26 zł. Od kwoty powyższej należy odliczyć kwotę otrzymaną od ubezpieczyciel tj. kwotę 292.556 zł. A zatem kwota, którą należało zasądzić od pozwanego na rzecz powoda wynosi 2.759.778,26 zł. Odsetki za opóźnienie od powyższej kwoty Sąd zasądził zgodnie z żądaniem, tj. od dnia wniesienia powództwa (art.455 k.c., art. 476 k.c., art. 481 k.c.). Powód jeszcze przed wniesieniem powództwa wezwał pozwanego do zapłaty należności.

Z uwagi na powyższe, uznając roszczenie powoda jedynie za częściowo, Sad orzekł jak w pkt 1 i 2 sentencji wyroku.

Odnośnie roszczeń powoda wzajemnego, to Sąd uznał, że jedynie częściowo zasługiwały one na uwzględnienie.

Brak jest podstaw do uwzględnienia roszczenia o zapłatę z tytułu wynagrodzenia za prace dodatkowe. Strona pozwana zaprzeczyła, aby zaakceptowała zarówno zakres prac jak i dokonaną przez stronę pozwaną wycenę, a opinia biegłego jest w tym zakresie niewystarczająca do przyjęcia kwoty wskazanej przez pozwanego z przyczyn wskazanych już w uzasadnieniu w części odnoszącej się do oceny dowodów. Powód kwestionując zasadność roszczeń pozwanego –

powoda wzajemnego z tego tytułu odwołał się do oceny dokonanej w tym przedmiocie przez inżyniera kontraktu, która to ocena nie została skutecznie podważona przez pozwanego. Roszczenie pozwanego w przypadku wykazania jego zasadności miałoby podstawę prawną w przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu – art. 405 k.c. i nast. Poglądy orzecznictwa co do możliwości stosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu w odniesieniu do umów zawieranych w ramach zamówień publicznych jest jednolite (wyrok Sądu Najwyższego z dn. 5 grudnia 2006 r. w sprawie III CSK 327/06, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dn. 8 października 2014 r. w sprawie VI ACa 1660/13).

Sąd uznał także, że brak jest podstaw do uwzględnienia roszczenia o zapłatę z tytułu wynagrodzenia za prace wykonane zgodnie z umową. Jak wynika z opinii inżyniera kontraktu projekt sporządzony przez pozwanego jest w zdecydowanej części nieprzydatny. Ma on wiele wad, a tym samym brak jest podstaw do uznania, że pozwanemu należy się wynagrodzenie za wykonaną pracę. Tylko i wyłącznie bowiem za dobrze wykonaną pracę, mającą znaczenie dla zlecającego, należy się wynagrodzenie.

Natomiast z uwagi na to, że Sąd uwzględnił częściowo zarzuty strony pozwanej odnoszące się do zagadnienia kar umownych, Sąd uznał, że zasadne jest żądanie zasądzenia kwoty 75.000 zł z tytułu wypłaconej kwoty w związku z gwarancją udzieloną przez pozwanego za rzetelne i terminowe wykonanie prac. Przy uwzględnieniu tego, że kara umowna została umniejszona o 1/3 o tyle należałoby również umniejszyć kwotę zapłaconą przez pozwanego na rzecz Towarzystwa (...) – kwota ta winna wynieść łącznie 195.038 zł. O odsetkach od zasądzonej kwoty orzeczono na podstawie art. 455 k.c., 476 k.c., 481 k.c. Sąd uznał, że należy je zasądzić od dnia 27 kwietnia 2012 r. tj. od dnia następnego po otrzymaniu odpisu pozwu wzajemnego – nie został bowiem przedstawiony przez pozwanego – powoda wzajemnego dowód wcześniejszego doręczenia wezwania o zapłatę należności. Złożył on co prawda kserokopię wezwania do próby ugodowej, jednakże nie wiadomo kiedy odpis tego pisma został doręczony powodowi – pozwanemu wzajemnemu.

Mając powyższe na względzie, Sąd orzekł jak w pkt 4 i 5 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania związanych z roszczeniami stron orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. stosunkowo je rozdzielając.

Apelację od powyższego wyroku złożył powód – pozwany wzajemny, zaskarżył go w części dotyczącej: pkt 2 - w zakresie w którym powództwo Miasta P. zostało oddalone; pkt 3 - w zakresie niezasądzonej od pozwanego na rzecz powoda części kosztów procesu związanych z powództwem głównym w stosunku do kosztów procesu żądanych w pozwie; pkt 4 i 6 - w zakresie rozstrzygnięcia dotyczącego zasądzenia od pozwanego wzajemnego na rzecz powoda wzajemnego kwoty 75.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami oraz przyznania na rzecz powoda wzajemnego związanych z tym rozstrzygnięciem kosztów procesu, a także nieprzyznania w tym zakresie kosztów procesu pozwanemu wzajemnemu. Powód - pozwany wzajemny, zaskarżonemu wyrokowi zarzucał:

- sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału,
- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 484 § 1 k.c. w zw. z § 15 ust. 6 i § 13 ust. 2 umowy z dnia 5.11.2009 r. przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie,
- inne uchybienia procesowe, które miały wpływ na wynik sprawy, a w szczególności naruszenie przepisów art. 225 k.p.c., art. 227 k.p.c., art. 233 § 1 k.p.c. i art. 316 § 1 k.p.c.

Wskazując na powyższe zarzuty powód - pozwany wzajemny, wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części w ten sposób, że: odnośnie powództwa głównego: o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 4.285.945,40 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 30 grudnia 2011 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie od pozwanego na jego rzecz zwrotu kosztów procesu za obie instancje wg norm przepisanych; odnośnie powództwa wzajemnego: o oddalenie powództwa wzajemnego w całości i zasądzenie od powoda wzajemnego na rzecz pozwanego wzajemnego

zwrotu kosztów procesu za obie instancje wg norm przepisanych; ewentualnie odnośnie powództwa głównego: o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Apelację od powyższego wyroku złożył również pozwany - powód wzajemny, zaskarżył go w części tj. co do pkt 1, 3, 5 i 6. Pozwany - powód wzajemny zaskarżonemu wyrokowi zarzucał:

- mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 471 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. polegające na oczywistej sprzeczności ustaleń Sądu co do przysługiwania i wysokości kar umownych rzekomo należnych powodowi, na wypadek zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, z własnymi ustaleniami Sądu, w ramach których Sąd wprost uznał, że w każdym wypadku nastąpiło wyłącznie opóźnienie i nie wskazał żadnego okresu rzekomej zwłoki;
- mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. z art. 471 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 140 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 19, R. 177 z późn. zm., w brzmieniu mającym zastosowanie do zamówienia udzielonego przez powoda, dalej: „p.z.p.”) polegające na oczywistej sprzeczności ustaleń Sądu, co do rzekomych zaniedbań pozwanego w ramach wykonywania umowy, jego odpowiedzialności za niezachowanie terminów wykonania przedmiotu umowy, oraz istnienia przesłanek do wypowiedzenia umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanego, z własnymi ustaleniami, w których wprost stwierdził, że pozwany na polecenie powoda wykonywał, w miejsce pierwotnego zakresu umownego dla węzła rozjazdowego Rondo (...) (...), nowy projekt wraz z koncepcją, a zatem inny (radykałnie bardziej czasochłonny) przedmiot, którego okoliczności wykonania w ogóle nie mogły stanowić podstawy faktycznej uznania, że pozwany nienależyście wykonuje umowę, a w szczególności miałby pozostawać w zwłoce w stosunku do terminów wykonania pierwotnego zakresu umowy,
- mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 286 k.p.c. w zw. z art. 471 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. polegające na oczywistej sprzeczności ustaleń Sądu wymagających wiadomości specjalnych: co do rzekomych zaniedbań pozwanego w ramach wykonywania umowy i jego odpowiedzialności za niezachowanie terminów wykonania przedmiotu umowy, oraz istnienia przesłanek wypowiedzenia umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanego, z treścią opinii biegłego mgr inż. M. C., w tym: treścią opinii biegłego z 1 sierpnia 2016 r. w której wprost wskazano, że pozwany: w terminie umownym wykonał projekt koncepcyjny dla przedsięwzięcia Euro 2012, wprowadził uwagi i zalecenia merytoryczne powoda do projektów, w zakresie Ronda (...) (...) wykonał ponadto, poza zakresem przedmiotu umowy określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: (...)), na polecenie powoda, nowy „najbardziej pracochłonny projekt” dla węzła rozjazdowego Rondo (...) (...) ustaleniami biegłego zawartymi w treści opinii uzupełniającej z 31 lipca 2017 r., że „Uzgodnienie niezbędne dla wykonania projektu winny być dostarczone (...) na następnej naradzie po złożeniu koncepcji Projektant nie wykona projektu, jeśli co miesiąc są zmieniane założenia projektowe. Inwestor zastępczy prowadzący to zadanie nie unormował tego problemu, dodawanie na każdej naradzie nieznaczących lub znaczących w świetle Prawa budowlanego zmian,
- mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną ocenę dowodów skutkującą błędnymi ustaleniami faktycznymi, że dostarczona przez powoda Decyzja o środowiskowych uwarunkowania przedsięwzięcia była prawidłowa, nie wymagała wyjaśnień i uzupełnień, oraz nie stanowiła przeszkody do terminowego wykonania umowy przez pozwaną, a „do najistotniejszych zaniedbań należy zaliczyć bezzasadne kwestionowanie decyzji środowiskowej”,
- mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 245 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. polegające na całkowicie dowolnym ustaleniu przez Sąd, niewykazanych przez powoda, okoliczności wymagających wiadomości specjalnych tj. w szczególności ustaleniu okoliczności co do rzekomych zaniedbań pozwanego w ramach wykonywania umowy, rzekomej wadliwości i nieprzydatności dokumentacji projektowej wykonanej przez pozwanego, rzekomego braku

wprowadzania przez pozwanego do dokumentacji projektowej uwag formułowanych na Radach i Naradach technicznych, rzekomego nienależytego wykonywania przez pozwanego prac projektowych,

- mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 471 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. polegające na sprzeczności ustaleń Sądu co do rzekomych zaniedbań pozwanego w ramach wykonywania umowy, jego odpowiedzialności za niezachowanie terminów wykonania przedmiotu umowy, oraz istnienia przesłanek wypowiedzenia umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanego z pozostałym materiałem dowodowym zebrany w sprawie w tym dokumentami zalegającymi w aktach sprawy oraz logicznymi, spójnymi, wiarygodnymi zeznaniami świadków: J. J., B. B., W. J., P. S. (1), M. P., M. K., T. T., M. R., T. Ż., M. H., P. S. (2),
- mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 §1 k.p.c. w zw. z art. 29 ust. 1 p.z.p. poprzez ocenę materiału dowodowego, w tym w szczególności w zakresie działań powoda polegających na: wprowadzaniu kolejnych zmian i uwag, jak również nakazaniu wykonywania całkiem nowego przedmiotu tj. całkowicie nowej dokumentacji dla zakresu węzła rozjazdowego Rondo (...)(...) bez wzięcia pod uwagę podstawowego obowiązku powoda, jako zamawiającego w rozumieniu p.z.p., opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i całkowicie błędnym i bezpodstawnym przyjęciu, że to pozwany miał antycypować jeszcze na etapie przetargu działania powoda, w sposób oczywisty i jednoznaczny wykraczające poza przedmiot zamówienia, a prowadzące do istotnej zmiany sposobu wykonywania zamówienia, w tym do istotnego zwiększenia nakładu pracy i wydłużenia możliwych terminów wykonywania zmienionego jednostronnie przez powoda przedmiotu,
- mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 §1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. polegające na sprzeczności ustaleń Sądu co do braku wykazania wysokości należnego pozwanemu jako powodowi wzajemnemu wynagrodzenia za wykonane na polecenie powoda (pozwanego wzajemnego) prace, polegające na wykonaniu nowej dokumentacji projektowej, wykraczającej poza zakres SIWZ oraz rzekomej wadliwości tej dokumentacji z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, w sytuacji gdy biegły wprost i w sposób niebudzący wątpliwości potwierdził w opinii, że wycena wynagrodzenia należnego za wykonanie tych prac przez pozwanego (powoda wzajemnego) nie jest zawyżona, a ponadto nie wskazał żadnych wad tej dokumentacji, wobec czego niewątpliwie kwota żądana przez pozwanego (powoda wzajemnego) w ramach powództwa wzajemnego, stanowiąca nieznaczną część tak wycenionego wynagrodzenia, jest w całości uzasadniona,
- mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 §1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 639 k.c. polegające na sprzeczności ustaleń Sądu co do rzekomej nieprzydatności dokumentacji wykonanej w zakresie pierwotnego zakresu umowy z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym w szczególności w sprzeczności z opinią biegłego;
- mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 326 § 1 k.p.c. w zw. z art. 224 § 1 k.p.c. poprzez wielokrotne odraczenie ogłoszenia wyroku i wyraźne dopuszczenie do składania, już po zamknięciu rozprawy, przez powoda, nieobecnego na ostatniej rozprawie, pism procesowych, zawierających szeroką argumentację merytoryczną odnośnie przedmiotu sprawy, a następnie oparcie rozstrzygnięcia o twierdzenia powoda wyrażane już po zamknięciu rozprawy;
- naruszenie prawa materialnego tj. art. 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 29 ust. 1 p.z.p. poprzez błędną wykładnię postanowień umowy zawartej przez powoda i pozwanego odnośnie określenia początku biegu terminów wykonania przedmiotu umowy, w wyniku całkowitego pominięcia w procesie wykładni postanowień umowy: treści SIWZ, treści harmonogramu stanowiącego załącznik do umowy, z których w sposób jednoznaczny wynika, że intencją stron było bezpośrednie powiązanie terminów wykonywania przedmiotu umowy z terminem przekazania prawomocnej decyzji środowiskowej o treści wolnej od wad i wątpliwości, a wszelkie przesunięcia

w terminie przekazania prawomocnej decyzji środowiskowej (z uwzględnieniem jej uzupełnień lub wyjaśnień) miały bezpośrednio wpływać na terminy wykonania przedmiotu umowy, bez konieczności zawierania aneksów do umowy w tym zakresie;

- naruszenie prawa materialnego tj. art. 471 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 29 ust. 1 p.z.p. w zw. art. 140 ust. 3 p.z.p. poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, polegające na uznaniu, że w przypadku wykonywania przez pozwanego nowej dokumentacji projektowej wraz z koncepcją, poza zakresem przedmiotu umowy określonym w SIWZ, w miejsce pierwotnego przedmiotu określonego w SIWZ, ewentualne opóźnienia czy problemy w realizacji takiego nowego przedmiotu mogą być uznane za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie pierwotnej umowy, w tym w szczególności za zwłokę w jej wykonaniu;
- naruszenie prawa materialnego tj. art. 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z postanowieniami § 14 ust. 1 lit. b) umowy oraz § 9 umowy w zw. z art. 471 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w sytuacji gdy prawidłowa wykładnia tych postanowień winna prowadzić do wniosku, że stan „niedotrzymania terminów”, o którym mowa w § 14 ust. 1 lit. b) umowy następuje z chwilą gdy zaistnieje zwłoka wobec wszystkich terminów określonych w § 9 umowy,
- naruszenie prawa materialnego tj. art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 362 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i dokonanie miarkowania kary umownej w niewystarczającym zakresie.

Wskazując na powyższe zarzuty pozwany – powód wzajemny wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie w całości powództwa powoda wobec pozwanego, uwzględnienie w całości powództwa wzajemnego powoda wzajemnego wobec pozwanego wzajemnego i zasądzenie od pozwanego wzajemnego na rzecz powoda wzajemnego ponad kwotę już zasądzoną w pkt 4 zaskarżonego wyroku, także kwotę 150.000 zł wraz z odsetkami ustawowymi zgodnie z żądaniem pozwu wzajemnego, a także zasądzenie na rzecz pozwanego (powoda wzajemnego) kosztów postępowania przed Sądem I instancji oraz kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego wg norm przepisanych; ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, wraz z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach instancji odwoławczej.

Powód – pozwany wzajemny wniósł o oddalenie apelacjipozwanego – powoda wzajemnego oraz o zasądzenie od pozwanego – powoda wzajemnego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Pozwany - powód wzajemny wniósł o oddalenie apelacjipowoda - pozwanegowzajemnego oraz o zasądzenie od powoda - pozwanego wzajemnego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

Pismem z dnia 18 września 2018r. (k. 2276 i nast.) swoje wstąpienie do sprawy w miejsce dotychczasowego pozwanego i powoda wzajemnego ((...) sp. z o.o.) zgłosił nowy podmiot, a mianowicie (...) sp. z o.o. z siedzibą w K., wskazując, że na zasadzie sukcesji uniwersalnej weszła ona we wszystkie prawa i obowiązki (...) sp. z o.o., związane z umową, objętą roszczeniami stron w rozpoznawanej sprawie, a to na skutek podziału tej spółki przez wydzielenie (art. 529 § 1 pkt. 4 ksh).

Do pisma tego dołączono m.in. protokół z nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników (...) sp. z o.o. (k. 2309 i nast.) na którym podjęto uchwały w sprawie podziału spółki przez wydzielenie z niej w trybie art. 529 § 1 pkt. 4 ksh i przeniesienie części majątku spółki na nowo zawiązaną, na tym samym zgromadzeniu, spółkę (...) sp. z o.o.

Natomiast z dołączonego planu podziału wynika (k. 2301), że na nowo zawiązaną spółkę przechodzą wszystkie dotychczasowe prawa i obowiązki (...) sp. z o.o. (spółki dzielonej), związane z umową zawartą z powodem w dniu 5 listopada 2009r.

Podział został wpisany przez sąd rejestrowy do KRS obu spółek (k. 2283 – 2292).

Pismem z dnia 12 października 2018r. powód oświadczył, że odmawia zgody na wstąpienie (...) sp. z o.o. do procesu w miejsce (...) sp. z o.o. w jakimkolwiek zakresie, wskazując, że w przypadku podziału, o jakim mowa w art. 529 § 1 pkt. 4 ksh, w trakcie procesu znajduje zastosowanie przepis art. 192 pkt. 3) ksh.

Z kolei w piśmie z dnia 25 czerwca 2019r. powód wniósł o zasądzenie z powództwa głównego solidarnie od pozwanych na jego rzecz kwoty 4.285.945,40 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 30 grudnia 2011r.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

W pierwszej kolejności należy odnieść się do kwestii, które powstały dopiero na etapie postępowania apelacyjnego, a związane były z przekształceniami podmiotowymi po stronie pozwanego (powoda wzajemnego) oraz składanymi przez pozwanych wnioskami dowodowymi oraz o wyłączenie sędziów.

W piśmie z dnia 16 kwietnia 2018r. pozwany wniósł o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka B. S. na okoliczności wskazane w tym piśmie oraz o skonfrontowanie go ze świadkiem A. N..

Sąd Apelacyjny pominął ten dowód postanowieniem wydanym na rozprawie w dniu 26 czerwca 2019r.

Dowód ten należało uznać za spóźniony zarówno z punktu widzenia przepisu art. 207§6 kpc, jak i art. 381 kpc.

Zgodnie z tezą dowodową, skądinąd sformułowaną zbyt ogólnikowo, świadek ten miałby zeznawać na okoliczności stanowiące od początku istotę sporu.

Nie zostało uprawdopodobnione, aby strona pozwana nie mogła skorzystać z tego dowodu w postępowaniu przed sądem I instancji.

Jeżeli osoba ta pełniła, jak twierdzi pozwany, ze strony powodowej funkcję kierownika projektu, to wnioskujący od początku musiał mieć świadomość, że może ona dysponować wiedzą przydatną dla wyjaśnienia sprawy.

Natomiast nie jest wystarczające powoływanie się w tym zakresie na okoliczność, iż zeznania na interesujące powoda tego rodzaju okoliczności osoba ta złożyła później w innej sprawie.

Z kolei na rozprawie apelacyjnej w dniu 17 grudnia 2019r. pozwani złożyli pismo datowane na 29 listopada 2019r. (k. 2581 – 2582), zawierające kolejny wniosek o wyłączenie od rozpoznania sprawy sędziów Marka Góreckiego, Bogdana Wysockiego oraz M. G..

Jako podstawę wniosku wskazano wydanie przez Sąd Apelacyjny postanowienia z dnia 23 października 2018r. o podjęciu zawieszono postępowania i wniesienie skargi kasacyjnej od tego postanowienia.

W związku z tym należy przede wszystkim stwierdzić, że co do tego wniosku znajdują zastosowanie przepisy art. 4¹ kpc oraz art. 53¹ kpc w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 4 lipca 2019r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2019.1469), która w tym zakresie weszła w życie w dniu 7 listopada 2019r. Wynika to z treści przepisu art. 9 ust. 2 tej ustawy.

W ocenie Sądu Apelacyjnego złożenie omawianego wniosku o wyłączenie sędziów stanowiło ewidentne nadużycie prawa procesowego w rozumieniu przepisu art. 4¹ kpc (na rozprawie apelacyjnej w dniu 17 grudnia 2019r. sąd na skutek oczywistej omyłki powołał się na przepis art. 45 § 1 kpc), które nie mogło wywołać oczekiwanych skutków.

Po pierwsze, pozwanym, reprezentowanym profesjonalnie, było wiadome, że postanowienie z dnia 23 października 2018r. jest niezaskarżalne, tym bardziej skargą kasacyjną.

Ponadto w wydaniu tego postanowienia w ogóle nie brał udziału sędzia Marek Górecki.

Nadto na wydanie tego orzeczenia powoływał się już pozwany (...) sp. z o.o. we wniosku z dnia 8 lutego 2019r.o wyłączenie sędziego Bogdana Wysockiego.

Wniosek ten został oddalony postanowieniem Sądu Apelacyjnego z dnia 28 lutego 2019r., a zażalenie pozwanego na to postanowienie zostało oddalone postanowieniem tego Sądu z dnia 14 maja 2019r.

W obu tych orzeczeniach Sąd Apelacyjny jednoznacznie stwierdził, że wydanie z udziałem sędziego przedmiotowego postanowienia wpadkowego z dnia 23 października 2018r. nie może stanowić podstawy do jego wyłączenia na podstawie art. 49 kpc.

W tym stanie rzeczy należy stwierdzić, że złożenie, kolejnego już, wniosku o wyłączenie sędziów nie wynikało z zamiaru ochrony usprawiedliwionych interesów procesowych pozwanych, a ewidentnie zmierzało wyłącznie do przedłużenia postępowania.

Przepisy procedury cywilnej nie wskazują wprost sposobu postępowania z wnioskiem o wyłączenie sędziego, który jest niedopuszczalny z uwagi na to, że stanowi nadużycie prawa procesowego w rozumieniu przepisu art. 4¹ kpc.

W drodze analogii musi zatem w takim przypadku znaleźć zastosowanie przepis art. 53¹§ 2 zd. 1 kpc, zgodnie z którym niedopuszczalny wniosek o wyłączenie sędziego pozostawia się w aktach sprawy bez żadnych dalszych czynności.

Z kolei zgodzić należało się z pozwanymi, że w przypadku, gdy w toku procesu dojdzie do nabycia przez spółkę kapitałową w wyniku podziału przez wydzielenie (art. 529 § 1 pkt. 4 ksh) części majątku spółki dzielonej, nowo zawiązana spółka wstępuje do procesu o prawo objęte wydzielonym majątkiem w miejsce spółki dzielonej bez potrzeby uzyskania zgody przeciwnika procesowego, a art. 192 pkt. 3 kpc nie ma w tym przypadku zastosowania.

Taka wykładnia wynika z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2016r. w sprawie III CZP 85/16, OSNC, z 9 z 2017r., nr 9, poz. 97., podjętej w celu usunięcia rozbieżności co do tego zagadnienia, jakie pojawiły się w orzecznictwie i doktrynie.

Zaprezentowana tam argumentacja, bazująca na koncepcji ograniczonej sukcesji uniwersalnej, jest przekonująca i dlatego Sąd Apelacyjny przyjmuje ją w pełni za podstawę własnego rozstrzygnięcia.

Nie budzi zatem wątpliwości wstąpienie z mocy prawa (...) sp. z o.o. w miejsce dotychczasowego pozwanego (powoda wzajemnego), czyli spółki (...) sp. z o.o.

Nie oznaczało to jednak, wbrew stanowisku pozwanych, automatycznego wyeliminowania (...) sp. z o.o. z procesu.

Przedstawiona koncepcja nie może bowiem prowadzić do naruszenia usprawiedliwionych interesów, zarówno materialnoprawnych, jak i procesowych, wierzyciela, dochodzącego roszczeń przysługujących mu od spółki dzielonej.

Zarówno w judykaturze, jak i w doktrynie przeważa zdecydowanie stanowisko, akceptowane w całości przez Sąd Apelacyjny, zgodnie z którym, w przypadku dokonania podziału spółki przez wydzielenie, do odpowiedzialności spółki dzielonej za zobowiązania przeniesione do spółki wydzielonej znajduje odpowiednio zastosowanie przepis art. 546 § 1 ksh. Tego rodzaju wykładnia jest konieczna z uwagi na potrzebę zachowania spójności zasad ochrony wierzycieli w razie podziału spółek handlowych (zob. bliżej np.: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 2016r. w sprawie III CZP 20/16, OSNC – ZD, nr 2 z 2018r, poz. 18, a także: A. Kidyba, Komentarz aktualizowany do art. 529 ksh, LEX/el. 2019, P. Piniór, Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2016r. w sprawie V CSK 524/15, OSP, z. 4 z 2017r. itp.).

W sytuacji, gdy w toku procesu dochodzi do podziału pozwanej spółki przez wydzielenie i przekazanie na rzecz innej spółki praw i obowiązków majątkowych objętych postępowaniem (art. 529 § 1 pkt. 4 kpc) należy uznać, że spółka

dzielona pozostaje w dalszym ciągu w procesie, zachowując legitymację bierną, obok spółki przejmującej, wstępującej do procesu z mocy prawa na podstawie ograniczonej sukcesji uniwersalnej.

Oba te podmioty odpowiadać będą natomiast za zobowiązania dzielonej spółki solidarnie na podstawie art. 546 § 1 ksh.

Tego rodzaju rozwiązanie należy uznać za jedynie racjonalne i uwzględniające interesy wierzyciela oraz wzgląd na zasady ekonomii procesowej.

Nie do przyjęcia jest zatem wykładnia, jaką zdają się forsować pozwani, zgodnie z którą co najwyżej powód mógłby ponownie wystąpić przeciwko (...) – M. o to samo roszczenie w odrębnym procesie.

Nie sposób w związku z tym mówić, że podtrzymując swoje roszczenia w stosunku do tego podmiotu strona powodowa narusza ograniczenia wynikające z przepisu art. 383 kpc.

Ustalenia faktyczne sądu I instancji, z wyjątkiem, o którym mowa niżej, nie budzą wątpliwości i dlatego Sąd Apelacyjny przyjmuje je za podstawę własnego rozstrzygnięcia.

Zostały one poczynione w oparciu o wszechstronne rozważenie całego zebranego materiału dowodowego, którego ocena, przeprowadzona w pisemnym uzasadnieniu wyroku, jest pełna, zgodna z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Wymaga podkreślenia, że zasadnicze ustalenia sądu znajdują oparcie w treści dokumentów prywatnych i urzędowych, wytworzonych z udziałem samych stron, których prawdziwość materialna i formalna nie była w toku procesu kwestionowana.

Jest to naturalne, jeśli zważyć, że proces wykonywania umowy zawartej między stronami, został od początku wysoce sformalizowany, co związane było zresztą z charakterem samego kontraktu, wykonywanego w ramach zamówienia publicznego dotyczącego przygotowań do ważnej i prestiżowej dla całego państwa imprezy.

Natomiast polemika stron z tymi ustaleniami sprowadza się głównie do przedstawiania konkurencyjnych wersji stanu faktycznego, opartych o odmienną, korzystną dla każdego z apelujących ocenę mocy i wiarygodności poszczególnych dowodów, co nie jest jednak wystarczające dla skutecznego postawienia zarzutów „błędnych ustaleń faktycznych”, „sprzeczności ustaleń z materiałem dowodowym”, czy też naruszenia art. 233 § 1 kpc.

W świetle ugruntowanego stanowiska judykatury do naruszenia tego przepisu mogłoby dojść tylko wówczas, gdyby skarżący wykazał uchybienie podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów, tj. zasadom logicznego myślenia, doświadczenia życiowego i właściwego kojarzenia faktów (tak m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 grudnia 2005 r. w spr. III CK 314/05, LEX nr 172176).

Podobnie, zarzut błędnych ustaleń faktycznych nie może polegać jedynie na zaprezentowaniu przez skarżącego stanu faktycznego, ustalonego przez niego na podstawie własnej oceny dowodów, choćby ocena ta również była logiczna i zgodna z doświadczeniem życiowym (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2005 r. w spr. IV CK 387/04, LEX nr 177263).

Należy także zauważyć, że znaczna część wywodów obu apelacji, dotycząca zarzutów określonych w środkach zaskarżenia jako procesowe, w istocie skupia się na kwestionowaniu poprawności przeprowadzonego przez sąd I instancji procesu subsumcji ustalonego stanu faktycznego pod przepisy prawa materialnego, co wskazuje raczej na zamiar podniesienia zarzutu naruszenia prawa materialnego, przez jego niewłaściwe zastosowanie.

Nie sposób jedynie zaakceptować ustalenia Sądu Okręgowego, zgodnie z którym pozwany otrzymał zlecenie wykonania prac projektowych wykraczających poza przedmiot umowy z dnia 5 listopada 2009r., że prace te wykonał i że miało to wpływ na opóźnianie się z zakończeniem dzieła.

Wbrew stanowisku sądu I instancji nie było ku temu wystarczające powoływanie się na treść notatki z narady technicznej z 19 maja 2010r., ani też na opinię biegłego M. C..

Przedmiotowa notatka i zawarte w niej ewentualne oceny przedstawicieli Inżyniera Kontraktu nie przesądzały i nie mogły przesądzać o zleceniu pozwanemu jakichkolwiek prac dodatkowych lub o zaakceptowaniu i przyjęciu przez powoda, ze skutkami prawnymi, wykonania takich prac.

Natomiast tego rodzaju stanowisko przedstawicieli Inżyniera Kontraktu oraz korespondująca z nim treść opinii biegłego były niewątpliwie skutkiem błędnej interpretacji przez nich zakresu obowiązków pozwanego, wynikających z zawartej umowy o prace projektowe.

Przede wszystkim rozszerzenie zakresu przedmiotu umowy wymagałoby dla swej ważności zawarcia aneksu do umowy, na warunkach wynikających z tej umowy oraz przepisów o zamówieniach publicznych (por. § 17 umowy).

W związku z tym wymaga podkreślenia, że w § 17 ust. 2 umowy strony zastrzegły, że każda jej zmiana może być dokonana wyłącznie **w formie pisemnej pod rygorem nieważności**.

Zatem każda hipotetyczna zmiana przedmiotu umowy dokonana w innej formie byłaby nieważna, i to zarówno z uwagi na treść art. 76 zd. 1 kc i art. 77 § 1 kc, jak i ze względu na przepisy art. 139 ust. 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 73 § 1 kc.

Niezależnie od tego, w okolicznościach sprawy nie było podstaw do przyjęcia, że na pozwanego nałożono obowiązek wykonywania prac wykraczających poza przedmiot umowy, czy też poza przedmiot zamówienia publicznego, opisany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

Pozwany zdaje się przyjmować, że takim dodatkowym zadaniem było wykonanie projektu budowlano – wykonawczego dla Ronda (...) (...) podczas gdy, jego zdaniem, z umowy wynikał jedynie obowiązek aktualizacji projektu wykonawczego dla tej części zadania.

Tymczasem zgodzić należy się w pełni z argumentacją powoda, iż obowiązek opracowania dla tej części inwestycji także projektu budowlano – wykonawczego wynikał expressis verbis z treści § 3 ust. 1 i 2 umowy z dnia 5 listopada 2009r.

Poza sporem było, że pozwany ma wykonać wszystkie prace projektowe, które będą stanowiły podstawę do uzyskania pozwolenia na budowę, a w ich skład musiało także wchodzić sporządzenie projektu budowlanego i wykonawczego (por. art. 33 ust. 2 pkt. 1 prawa budowlanego).

Z kolei ani w umowie, ani w SIWZ nie wskazano innego źródła, z którego wykonawca miałby uzyskać tego rodzaju dokumentację.

Przy tym, wbrew stanowisku pozwanego, obciążenie go w umowie obowiązkiem wykonania tego rodzaju dokumentów nie stanowiło wyjścia poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ, co miałoby tego rodzaju postanowienie umowy czynić nieważnym z uwagi na treść art. 140 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Przeciwnie, treść umowy z 5 listopada 2009r. stanowi w omawianym zakresie dokładne powtórzenie opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w SIWZ (por. pkt. IV ust. 1 - 3 Opisu przedmiotu zamówienia k. 88 – 89).

Z kolei sama umowa w tym przedmiocie stanowi wierne odtworzenie projektu kontraktu, będącego immanentną częścią SIWZ (por. wzór umowy, k. 117 – 133).

Inną rzeczą jest natomiast, czy pozwany, przystępując do przetargu oraz podpisania umowy, w sposób właściwy ocenił rozmiary ciężącego na nim zadania.

Nie ma to jednak jakiegokolwiek znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Ewentualne wątpliwości w tym przedmiocie miał on bowiem prawo i obowiązek wyjaśniać w trakcie procedury przetargowej, w szczególności w postaci składania adekwatnych zapytań (por. art. 38 ust. 1 – 3 Prawa zamówień publicznych).

Biorąc pod uwagę poczynione przez sąd I instancji ustalenia faktyczne, z uwzględnieniem przedstawionej wyżej ich korekty, obie apelacje w pewnym zakresie zasługiwały na uwzględnienie.

I tak, podzielić należy zarzut apelacji pozwanego, zgodnie z którym niedopuszczalna była taka interpretacja postanowienia § 14 ust. 1 pkt. 4 umowy z dnia 5 listopada 2009r., w świetle której powodowi jako zamawiającemu należy się kara umowna, **liczona jako ułamek całości wynagrodzenia umownego**, za okres zwłoki w wykonywaniu przez wykonawcę każdego z częściowych elementów zadania, w sytuacji, gdy okresy tej zwłoki pokrywały się ze sobą.

Jeżeli sugerująca taką wykładnię treść omawianego postanowienia umownego nie jest jedynie skutkiem niestaranności, to należałoby uznać je w tej części za sprzeczne z istotą odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika, w tym wynikającej z przepisów o karach umownych (art. 471 kc, art. 483 kc).

Nie ulega wątpliwości, że kary umowne są jedną z form realizowania przez dłużnika ogólnej odszkodowawczej odpowiedzialności kontraktowej, o jakiej mowa w art. 471 kc.

Specyfika tego uregulowania polega jedynie na umownym określeniu z góry podstaw ustalenia odszkodowania i jego wysokości oraz zwolnieniu wierzyciela od obowiązku wykazywania wysokości szkody (por. art. 484 kc).

Samo zastrzeżenie kar umownych zakłada jednak, że w majątku wierzyciela może powstać szkoda majątkowa na skutek niewykonania lub niewłaściwego wykonania przez dłużnika zobowiązania.

Odnosząc to do realiów rozpoznawanej sprawy, nie sposób byłoby przyjąć, że na skutek zwłoki w wykonaniu przez pozwanego każdego z trzech częściowych zadań, mogłyby w majątku powoda powstać hipotetyczne trzy odrębne szkody majątkowe, wynikłe z niewłaściwego wykonania zobowiązania.

Należy zauważyć, że zadania te były ze sobą funkcjonalnie powiązane i oddane miały być w zbliżonym terminie, tj. od 5 lutego do 5 kwietnia 2010r.

Nie ma podstaw do przyjęcia, że oddanie każdego z nich wiązało się z zaspokojeniem odrębnego interesu ekonomicznego lub prawnego po stronie wierzyciela.

W takim zresztą przypadku nieuzasadnione byłoby ustalenie wysokości kar umownych w relacji do wynagrodzenia za wykonanie całości umowy, a co najwyżej w proporcji do częściowego wynagrodzenia za poszczególne elementy zlecenia.

W tej sytuacji powodowi mogła należeć się tylko jedna kara umowna za okres zwłoki w wykonaniu przez pozwanego łącznie wszystkich trzech zadań w ramach tej samej umowy, tzn. za okres od dnia 6 lutego 2010r. do dnia 31 maja 2010r, czyli za okres 115 dni (poza sporem jest, że do 31 maja 2010r. pozwany nie oddał prawidłowo wykonanego projektu budowlano – wykonawczego dla zadania w postaci przebudowy węzła Rondo (...) – (...))

Ostatecznie zatem z tytułu zwłoki pozwanego powód miał prawo obciążyć go na podstawie § 14 ust. 1 pkt. b) umowy karą umowną w wysokości **1.682.197 zł** (115 dni x 2.925.560 zł x 0,5 % za każdy dzień zwłoki).

Doliczając do tej kwoty karę umowną należną z tytułu odstąpienia od umowy (§ 14 ust. 1 a umowy) w wysokości **582.112 zł** (2.925.560 zł x 20%) za uzasadnione zatem należało uznać obciążenie pozwanego karami umownymi w łącznej kwocie **2.267.309 zł**.

Po odjęciu od niej otrzymanej przez powoda należności z tytułu gwarancji w wysokości 292.556 zł ostatecznie roszczenia powództwa głównego należało uznać za usprawiedliwione co do kwoty **1.974.753 zł** (2.267.309 zł – 292.556 zł).

Z kolei zgodzić należy się z powodem, że nie było podstaw do miarkowania przez sąd kar umownych na podstawie przepisu art. 484 § 2 kc.

Z przyczyn, o których była wyżej mowa, bezzasadne było ustalenie, że pozwanemu zlecono wykonanie prac dodatkowych, co stało się dla sądu I instancji przesłanką miarkowania.

Nie ma też jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że pozwany wykonał umowę w znacznej części, w zakresie użytecznym dla zamawiającego.

Brak jest również przesłanek dla uznania kar umownych za rażąco wygórowane.

Jedną z przesłanek wpływających na możliwość miarkowania kar umownych jest proporcja, w jakiej ich wysokość pozostaje w stosunku do rozmiarów szkody majątkowej, jaką poniósł wierzyciel na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika.

Przyjmuje się, że miarkowanie jest uzasadnione szczególnie w sytuacji, gdy jest oczywiste lub wysoce prawdopodobne, że wierzyciel w ogóle nie poniósł szkody albo, że jest ona niewielka w relacji z wysokością kary umownej (por. np. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 12 maja 2006r. w spr. V CSK 55/06, LEX nr 200875, z dnia 30 listopada 2006r. w spr. I CSK 259/06, Legalis nr 124548 oraz z dnia 11 grudnia 2008r. w spr. II CSK 364/08, Legalis nr 589186, a także: R. S., „Wysokość kary umownej a możliwość jej miarkowania”, Monitor Prawniczy, nr 3 z 2016r.).

Natomiast nie będzie, co do zasady, podstaw do miarkowania, gdy z okoliczności sprawy wynika, iż wierzyciel poniósł szkodę zbliżoną rozmiarami do wysokości obciążających go kar umownych.

Przenosząc to na realia rozpoznawanej sprawy należy w związku z tym podkreślić, iż powód wykazał, że na skutek odstąpienia przez niego od umowy z pozwanym zmuszony był zawrzeć umowy z innymi wykonawcami na warunkach znacznie mniej korzystnych, niż łącząca strony umowa z dnia 5 listopada 2009r.

I tak, w dniu 30 czerwca 2011r. powód zawarł umowę o roboty budowlane, połączone z projektowaniem, z konsorcjum pod przewodnictwem (...) sp. z o.o., w ramach której wykonawca zobowiązał się m.in. do wykonania projektu dla Ronda (...) – (...) za kwotę 1.107.000 zł brutto (k. 1637 i nast.)

Z kolei na pozostałe prace projektowe zawarł w dniu 24 czerwca 2010r. umowę z (...) sp. z o.o. za wynagrodzeniem brutto w wysokości 4.148.000 zł (k. 1496 i nast.).

Razem zatem za prace projektowe, które miał wykonać pozwany, powód ostatecznie zobowiązany był zapłacić nowym wykonawcom kwotę ponad 5.200.000 zł, czyli o ponad 2.000.000 zł wyższą niż wynikała z kontraktu stron..

Jest to niewątpliwie szkoda w majątku powoda, wynikająca z niewłaściwego wykonywania umowy przez pozwanego, która swoją wysokością przewyższa wysokość obciążających wykonawcę kar umownych.

Całkowicie bezzasadne było w tej sytuacji uwzględnienie w części powództwa wzajemnego przez zasądzenie od powoda (pозwanego wzajemnego) na rzecz pozwanego (powoda wzajemnego) kwoty 75.000 zł z tytułu zwrotu części wypłaconej powodowi gwarancji ubezpieczeniowej.

Ocena taka byłaby zresztą identyczna także w przypadku, gdyby zasadne okazało się miarkowanie kar umownych.

Kwota uzyskanej przez powoda gwarancji, w wysokości 292.556 zł, podlegała w całości zaliczeniu na należne mu kary umowne, niezależnie od tego, czy same kary zostałyby przez sąd obniżone (miarkowane) na podstawie art. 484 § 2 kc.

Sąd Okręgowy dokonał zresztą takiego zaliczenia, stosownie redukując należne powodowi świadczenie z tego tytułu (por. końcowy akapit na str. 30 uzasadnienia zaskarżonego wyroku), dokonując zarazem niezrozumiałej operacji, polegającej na sui generis „miarkowaniu” uprawnień powoda z tytułu gwarancji proporcjonalnie do stosunku w jakim uległy miarkowaniu kary umowne.

W ten sposób jednak dokonano w praktyce podwójnego umniejszenia należności powoda z tego samego tytułu. Najpierw bowiem, prawidłowo, od należnego mu świadczenia z tytułu kar umownych odjęto **w całości** otrzymaną rekompensatę w postaci należności z tytułu gwarancji, a następnie zobowiązano go do zwrotu części tej należności.

W konsekwencji prowadzi to do zmiany zaskarżonego wyroku w omówionym wyżej kierunku.

Podsumowując, z powództwa głównego powodowi należy się z tytułu kar umownych ostatecznie kwota **1.974.753 zł**, a powództwo wzajemne podlega oddaleniu w całości.

Skutkuje to także zmianą zawartych w wyroku rozstrzygnięć w przedmiocie kosztów procesu co do każdego z powództw.

I tak, powództwo główne w końcowym rezultacie zostaje uwzględnione w ok. 46 % (1.974.753 zł / 4.285.945,40 zł).

Powód co do tej części postępowania poniósł koszty procesu w łącznej wysokości **109.700 zł** (opłata od pozwu 100.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika 7.200 zł oraz wydatki na biegłego 2.500 zł), a pozwany w wysokości **8.733,59 zł** (wynagrodzenie pełnomocnika wraz z opłatą skarbową od pełnomocnictwa 7.217 zł oraz wydatki na biegłego 1.516,59 zł).

Razem zatem koszty tego postępowania wyniosły kwotę 118.433,59 zł (109.700 zł + 8.733,59 zł), z czego powoda obciążało 54 %, czyli kwota 63.954,14 zł.

Oznacza to, że z tego tytułu pozwany winien jest do zwrotu powodowi, po wzajemnym rozliczeniu (art. 98 § 1 i 3 kpc, art. 99 kpc, art. 100 zd. 1 kpc) kwotę **45.745,86 zł** (109.700 zł – 63.954,14 zł).

Z kolei, ponieważ powództwo wzajemne ostatecznie oddalone zostaje w całości, pozwany (powód wzajemny) zobowiązany jest do zwrotu powodowi (pozwanemu wzajemnemu) kosztów zastępstwa procesowego radcy prawnego w wysokości **7.200 zł** (art.98§ 1 i 3 kpc, art. 99 kpc).

Z tych przyczyn, na podstawie art. 386 § 1 kpc oraz powołanych wyżej przepisów prawa materialnego i procesowego Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie I sentencji wyroku.

Dalej idące zarzuty i wnioski obu apelacji, m.in. także z przyczyn, o których była mowa wyżej, okazały się natomiast bezzasadne.

Nie mogło budzić wątpliwości, co do zasady, uprawnienie po stronie powoda jako zamawiającego, do wypowiedzenia umowy oraz obciążenia pozwanego karami umownymi.

Prawidłowo ustalił sąd I instancji, że w dacie wypowiedzenia pozwany pozostawał w zwłoce w wykonywaniu przedmiotu umowy, bowiem nie zdołał wykazać (art. 6 kc), aby niesporne opóźnienie po jego stronie było wynikiem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności (por. art. 471 in fine kc oraz art. 476 zd. 2 kc).

Pozwany w szczególności musiał mieć na uwadze, że, z uwagi na rozmiary przedsięwzięcia i jego charakter, proces uzgodnień technicznych z poszczególnymi gestorami sieci i urządzeń może być skomplikowany i wymagać niezwłocznych reakcji na przedstawiane uwagi.

Tymczasem z pierwszymi wnioskami o uzgodnienia do poszczególnych instytucji pozwany wystąpił dopiero w ostatnich dniach stycznia 2010r. (por. k. 226 – 230 i 234), a więc blisko trzy miesiące po podpisaniu umowy, a na kilka

dni przed upływem terminu wykonania zasadniczych elementów zadania. Nie zostało natomiast przez pozwanego udowodnione, że opóźnienia w uzgodnieniach, rzutuujące na możliwość dochowania terminu oddania dzieła, miałyby także miejsce, gdyby wystąpił do gestorów ze stosownymi wnioskami w najwcześniejszym możliwym terminie.

Również przekazana pozwanemu decyzja środowiskowa z 15 grudnia 2009r., jak wykazał przebieg dalszego związanego z nią postępowania administracyjnego, nie stanowiła obiektywnej przeszkody do terminowego wywiązania się przez pozwanego z umowy, a powoływanie się na jej rzekome wady stanowiło jedynie pretekst dla usprawiedliwiania zwłoki w terminowym wykonaniu umowy.

Co do tego zagadnienia Sąd Apelacyjny w pełni podziela argumentację strony powodowej oraz poświęcone mu wywody pisemnych motywów zaskarżonego wyroku, czyniąc je integralną częścią niniejszego uzasadnienia.

W konsekwencji powód miał prawo wypowiedzieć umowę już tylko na podstawie wskazanej w § 13 ust. 2 a), tzn. z uwagi na okoliczność, iż „opóźnienie w realizacji umowy lub jej nienależyte wykonanie mogłoby utrudnić lub uniemożliwić rozpoczęcie lub przeprowadzenie finałowego turnieju Mistrzostw Europy w P. (...) 2012” (por. też art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 7 września 2007r. o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej (...) 2012, ob. tekst jedn. Dz. U. 2017.1372).

Należy pamiętać, że kalendarz przygotowań do (...) 2012 był niezwykle napięty i obejmował dużą ilość znaczących inwestycji powiązanych ze sobą funkcjonalnie.

Każde zatem opóźnienie w jego realizacji, tym bardziej kilkumiesięczne, jak w rozpoznawanej sprawie, mogło zakłócić pomyślnie zakończenie przygotowań do imprezy, co groziło kompromitacją państwa oraz powoda jako współorganizatora tego prestiżowego przedsięwzięcia.

Nie do przyjęcia jest natomiast argumentacja pozwanego, podważająca taką ocenę zagrożeń powstałych w wyniku opóźnień w wykonywaniu umowy, a bazująca na stwierdzeniu, że ostatecznie prace zostały wykonane przez nowych wykonawców w późniejszych terminach i nie wpłynęło to na terminarz przygotowań do turnieju.

Równie dobrze bowiem, a nawet ze znacznie większym prawdopodobieństwem, można założyć, że to właśnie zakończenie współpracy z pozwanym umożliwiło powodowi ostatecznie terminowe przygotowanie miasta do wypełniania obowiązków współgospodarza imprezy.

Bezzasadne okazały się także zarzuty apelacji pozwanego, związane z rozstrzygnięciem o powództwie wzajemnym.

Nie może budzić w przedstawionych wyżej okolicznościach prawo powoda do skorzystania z gwarancji ubezpieczeniowej, wystawionej na zlecenie pozwanego przez (...) SA w dniu 2 listopada 2011r.

Z dokumentu gwarancji (k. 933) wynika, że miała ona charakter tzw. gwarancji bezwarunkowej, płatnej na pierwsze żądanie uprawnionego, jedynie po spełnieniu wskazanych w niej warunków formalnych, przy czym pozwany nie twierdził nawet, aby warunki te nie zostały przez powoda wypełnione.

Nieuprawnione były także, w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, roszczenia pozwanego (powoda wzajemnego) o zapłatę wynagrodzenia umownego za wykonane prace.

Z treści umowy wynikało wyraźnie, że warunkiem odbioru przedmiotu umowy i powstania po stronie wykonawcy prawa do wynagrodzenia będzie pozytywna opinia w stosunku do wykonanych prac ze strony Rady (...) oraz Inżyniera Kontraktu (por. § 4 ust. 9 i 17, § 6 ust. 5 umowy).

W związku z tym należy zauważyć, że całość wykonanej przez pozwanego (powoda wzajemnego) dokumentacji projektowej została poddana analizie przez Inżyniera Kontraktu, który w opinii z 12 sierpnia 2010r. (k. 469 – 483) uznał ją, z uwagi na liczne błędy i braki formalne, za nieprzydatną z punktu widzenia celu inwestycyjnego dla którego została zamówiona u wykonawcy.

Tego rodzaju ocena nie została skutecznie podważona w toku niniejszego procesu.

Dodać należy, że nie ma dowodów wskazujących na to, że opracowana przez pozwanego dokumentacja została następnie wykorzystana przez kolejnych wykonawców.

Trafnie również powód podnosił, (por. wywody na str. 26 -27 odpowiedzi na pozew wzajemny), że pozwany nie wykonał także w sposób prawidłowy zadania, o jakim mowa w §9 ust. 1 a) umowy. Do dnia wypowiedzenia umowy nie wykonał bowiem zaleceń wynikających z Rady (...) z dnia 18 lutego 2010r, dotyczących koncepcji projektowej dla przedsięwzięcia (...) 2012.

Bezasadne okazały się także roszczenia powództwa wzajemnego dotyczące wynagrodzenia za prace dodatkowe.

Przede wszystkim, jak już wyżej wskazano, nie było w ogóle wystarczających przesłanek do przyjęcia, że pozwany (powód wzajemny) wykonał jakieś prace, w tym na zlecenie inwestora, wykraczające ponad przedmiot umowy.

Należy przy tym także zwrócić uwagę na treść postanowienia § 7 ust. 3 umowy z dnia 5 listopada 2009r., zgodnie z którym „zakres wykonania zadania określony do wykonania w niniejszej umowie stanowi element ryzyka wykonawcy i nie będzie podstawą do zwiększenia umówionego wynagrodzenia umownego przedstawionego w ofercie wykonawcy...”

Poza tym, jak już wspomniano, ewentualne prace dodatkowe i prawo do wynagrodzenia za ich wykonanie mogłyby stać się elementem umowy stron tylko w przypadku, gdyby doszło do jej aneksowania i to w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

Gdyby zatem nawet hipotetycznie założyć, że pozwany rzeczywiście wykonał jakieś prace dodatkowe, wykraczające poza przedmiot zamówienia, to nie mógłby domagać się za ich wykonanie wynagrodzenia umownego, a co najwyżej dochodzić roszczeń od powoda na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 kc).

Tymczasem pozwany (powód wzajemny) nie próbował nawet wykazywać, aby po stronie inwestora z omawianego tytułu powstało bezpodstawne wzbogacenie i to na drodze jakiego mechanizmu (związku) przyczynowo – skutkowego.

Można jedynie zauważyć, że opracowana przez pozwanego dokumentacja nie stała się elementem kolejnej dokumentacji przetargowej i nie mogła mieć wpływu na ewentualne uzyskanie w wyniku przetargu publicznego korzystniejszych dla zamawiającego warunków w zakresie wynagrodzenia należnego oferentowi.

Z kolei, jak już powiedziano, nie ma podstaw do uznania, że dokumentacja ta została wykorzystana przy projektowaniu przez kolejnego wykonawcę.

Gdyby jednak nawet tak było, i gdyby w ten sposób następny wykonawca odniósł korzyść majątkową w postaci określonych oszczędności, wówczas to po jego stronie, a nie po stronie powoda mogłoby dojść do potencjalnego wzbogacenia kosztem majątku pozwanego (powoda wzajemnego).

Powód w swojej apelacji stawia zarzut, że sąd I instancji nie otworzył na nowo rozprawy poprzedzającej wydanie zaskarżonego wyroku (z dnia 30 marca 2017r.), powołując się na usprawiedliwioną nieobecność pełnomocnika procesowego na tej rozprawie, przy czym nie jest jasne, czy traktuje to jako uchybienie skutkujące nieważnością postępowania na podstawie przepisu art. 379 pkt. 5) kpc.

W związku z tym należy stwierdzić, że o żadnym uchybieniu procesowym sądu I instancji w tym zakresie, tym bardziej powodującym nieważność postępowania, nie może być, w okolicznościach sprawy, mowy.

Przede wszystkim o nieważności postępowania na podstawie art. 379 pkt. 5) kpc można co do zasady mówić tylko wtedy, gdy pozbawienie strony możliwości obrony przez nią swoich praw w procesie wynika z uchybień procesowych sądu bądź z nielojalnych zachowań przeciwnika procesowego, a nie z zaniedbań samej strony (por. np. postanowienia

Sądu Najwyższego: z dnia 8 marca 2002r w spr. III CKN 461/99, LEX nr 54479 oraz z dnia 2 lutego 2006r w spr. II CZ 134/05, LEX nr 192016).

Pełnomocnik powoda został prawidłowo zawiadomiony o rozprawie w dniu 30 marca 2017r., na którą się nie stawił, a nadto sąd nie został w jakikolwiek sposób zawiadomiony o ewentualnych obiektywnych przeszkodach uniemożliwiających reprezentowanie powoda na rozprawie.

Dopiero w dniu 12 kwietnia 2017r. pełnomocnik powoda złożył zaświadczenie od lekarza sądowego z dnia 12 kwietnia oraz poprzedzające je zaświadczenie lekarza ortopedy z 10 kwietnia 2017r., z których można wnosić, że pełnomocnik od dnia 21 marca 2017r do 9 kwietnia 2017r. cierpiał na ostry zespół bólowy kręgosłupa w odcinku lędźwiowo – krzyżowym i w okresie tym był niezdolny do wykonywania pracy zawodowej.

Z dokumentów tych w żaden sposób jednak nie można wyprowadzić wniosku, że przed rozprawą w dniu 30 marca 2017r. i aż do jej zamknięcia strona powodowa nie mogła w jakiegokolwiek formie (telefonicznie, faxem, przez inną osobę) zawiadomić sądu o chorobie pełnomocnika i złożyć ewentualnie wniosku o odroczenie rozprawy.

Doświadczenie życiowe uczy przy tym, że zespół bólowy kręgosłupa nie wiąże się co do zasady z utratą świadomości i możliwości komunikowania się z innymi osobami.

W tym stanie rzeczy nie miał też sąd obowiązku otwierania zamkniętej rozprawy na nowo, tym bardziej w celu powtórzenia czynności procesowych, w których powód, z uwagi na własne zaniedbania, nie uczestniczył.

Z tych przyczyn na podstawie przepisu art. 385 kpc Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie II sentencji wyroku.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono (punkty III i IV wyroku) na podstawie przepisów art. 98 § 1 i 3 kpc, art. 99 kpc oraz art. 100 zd. 1 kpc w zw. z art. 391 kpc, przy uwzględnieniu podstawowych stawek wynagrodzenia, przysługującego adwokatom i radcom prawnym za reprezentowanie stron w postępowaniu przed sądem apelacyjnym.

Wartość przedmiotu zaskarżenia w **apelacji powoda** wynosiła 1.601.167,14 zł.

Wnioski tej apelacji uwzględnione zostały do kwot: 658.251 zł z powództwa głównego (1.974.753 zł x 1/3) oraz co do kwoty 75.000 zł z powództwa wzajemnego, czyli łącznie do kwoty **733.251 zł**.

Oznacza to, że powód wygrał własną apelację w 45,8 % (733.251 zł/1.601.167,14 zł).

Powód poniósł co do tej apelacji koszty procesu w łącznej wysokości 81.159 zł (opłata od apelacji w wysokości 80.059 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 8.100 zł) a pozwani w wysokości 8.100 zł (wynagrodzenie pełnomocnika).

Razem zatem koszty te wyniosły 89.259 zł (81.159 zł + 8.100 zł), z czego powoda obciążało 54,2 %, czyli kwota 48.378,40 zł.

Wynika z tego, że w postępowaniu wywołanym tą apelacją pozwani zobowiązani są do zwrotu powodowi kwoty **32.780,40 zł** (81.159 zł – 48.378,40 zł).

Z kolei wartość przedmiotu zaskarżenia w **apelacji pozwanego** (powoda wzajemnego) wynosiła 2.909.779 zł.

Wnioski tej apelacji uwzględnione zostały co do kwoty 785.025,26 zł (obniżenie należności zasądzonej z powództwa głównego z kwoty 2.759.778,26 zł do kwoty 1.974.753 zł). Pozwany wygrywa zatem swoją apelację w 27 % (785.025,26 zł / 2.909.779 zł).

W postępowaniu wywołanym tą apelacją pozwany poniósł koszty procesu w łącznej wysokości 111.250 zł (opłata od apelacji 100.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 11.250 zł), a powód w wysokości 11.250 zł (wynagrodzenie pełnomocnika).

Razem koszty te wyniosły kwotę 122.500 zł (111.250 zł + 11.250 zł), z czego pozwanego obciążało 73 %, czyli kwota 89.425 zł.

Oznacza to, że w postępowaniu związanym z omawianą apelacją powód obowiązany jest do zwrotu pozwanemu kwoty **21.825 zł** (111.250 zł – 89.425 zł).

Mariola Głowacka Marek Górecki Bogdan Wysocki

--	--	--