

Sygn. akt VI ACa 1273/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 września 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Ewa Stefańska

Sędziowie: SA Małgorzata Borkowska

SO del. Anna Wrembel - Woźniak (spr.)

Protokolant: Katarzyna Łopacińska

po rozpoznaniu w dniu 22 września 2015 roku w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa A. P. (1)

przeciwko (...) sp. z o.o. w W.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 3 kwietnia 2014 r.

sygn. akt XX GC 445/09

I. oddala apelację;

II. zasądza od A. P. (1) na rzecz (...) Sp. z o.o. w W. kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt VI A Ca 1273/14

UZASADNIENIE

Powód A. P. (1) pozwem z dnia 29 kwietnia 2009 r. wniósł o zasądzenie od pozwanej (...) sp. z o.o. w W. kwoty 168.105,92 zł wraz z odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz o zasądzenie kosztów procesu.

W dniu 26 maja 2009r. Sąd Okręgowy wydał nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym, od którego pozwany wniósł zarzuty, wnosząc o uchylenie nakazu zapłaty oraz o oddalenie powództwa w całości

Wyrokiem z dnia 3 kwietnia 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie uchylił nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym z dnia 26 maja 2009 r., oddalił powództwo w całości, zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 3.617 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego oraz orzekł, że koszty opinii biegłych przejmuje Skarb Państwa.

Sąd Okręgowy ustalił, że powód zawarł z pozwanym umowę nr (...) w dniu 11 sierpnia 2008 r., na mocy której powód był zobowiązany do digitalizacji wydań Gazety (...) od 8 maja 1989 r. do 31 maja 1992 r. (grzbiet główny, wydanie

(...) i towarzyszące dodatki) zgodnie z specyfikacją techniczną, schematem i standardem XML, harmonogramem prac oraz skanem próbki materiałów zamieszczonych w załącznikach do umowy. Za wykonanie przedmiotu umowy powód miał otrzymać wynagrodzenie w wysokości 73 421 zł (powiększone o należny podatek VAT).

W dniu 10 października 2008 r. strony zawarły aneks do ww. umowy, na mocy którego zmieniła się wysokość wynagrodzenia na kwotę 119 510 zł.

Sąd Okręgowy wskazał, że w dniu 18 sierpnia 2008 r. został podpisany protokół zdawczo-odbiorczy do przedmiotowej umowy, obejmujący I etap prac. W dniu 10 października 2008 r. zostały podpisane kolejne protokoły zdawczo-odbiorcze do przedmiotowej umowy, obejmujące pliki XML. W dniu 9 grudnia 2008 r. został sporządzony końcowy protokół przekazania plików przez powoda pozwanemu. W dniu 17 października 2008 r. powód przekazał pozwanemu dysk twardy. W dniu 24 listopada 2008 r. pliki graficzne oraz pliki xml zostały przekazane pozwanemu -celem weryfikacji ich poprawności.

Powód wystawił na rzecz pozwanego faktury VAT nr (...). W dniu 23 stycznia 2009 r. powód skierował do pozwanego ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty, w którym wezwał pozwanego do zapłaty kwoty w wysokości 171 947,94 zł.

W związku z wadami dzieła pozwany dokonał obniżenia wynagrodzenia za dzieło wykonane przez powoda do kwoty 15 804,35 zł i kwotę tę zapłacił powodowi dwoma przelewami na kwotę 7500 zł (na rachunek powoda) oraz 8 304,35 zł (na rachunek komornika sądowego przy Sądzie Rejonowym dla Warszawy Pragi Północ A. P. (2) - z uwagi na zajęcie dokonane w imieniu M. P. (1)). Pozwany dokonał obniżenia wynagrodzenia za dzieło odejmując od wynagrodzenia koszt usunięcia wad przez (...) sp. z o.o. w wysokości 119 500 zł netto i M. P. w wysokości 6 375,60 zł brutto. Pozwany zakwestionował też należności za prace dodatkowe.

Sąd Okręgowy ustalił, że dzieło wykonane przez powoda miało wady (szczegółowo wskazane poniżej) co zostało potwierdzone w korespondencji mail z dnia 19 i 25 sierpnia 2008 r., 2, 3, 4, 8, 12,15, 16, 19,22, 24, 30 września 2008 r. oraz 1 i 2 października 2008 r., wykazie braków dzieła wraz z raportem i wykazie błędów, a także w zeznaniach świadków M. P., M. P. (2) oraz opiniach biegłych P. R. (1) i A. B. przy udziale T. S. z Biura (...) w L..

Sąd Okręgowy wskazał, że z opinii biegłego sądowego P. R. wynika, iż dzieło nie zostało wykonane zgodnie z zasadmi, gdyż występują wydania Gazety (...), dla których proces skanowania nie został zrealizowany lub został wykonany niekompletnie (brakujące strony), wykonany proces przetwarzania stron charakteryzuje wielkość współczynnika zgodności tekstów na poziomie 85%, co znacznie odbiega od ustalonego wskaźnika 99%, przy czym współczynnik zgodności tekstów jest liczony według wzoru: $[(\text{liczba poprawnie zinterpretowanych znaków w tekście} / \text{liczba wszystkich znaków w tekście}) \times 100\%]$. Biegły wskazał, że dzieło posiadało wady, które są wadami istotnymi, ze względu na liczbę błędów dzieło w formie przekazanej pozwanemu nie nadawało się do dalszej publikacji, która mogła nastąpić po poprawieniu błędów. Według biegłego usunięcie wad odpowiada dokończeniu dzieła, przy czym do przeprowadzenia tego procesu należy ponownie przeanalizować 1300 stron, co zajęłoby 3250 roboczogodzin. Z opinii biegłego wynika, że procent tekstu, który był błędnie lub wcale nie przetworzony został oszacowany na poziomie ok. 15%.

Z opinii biegłych wynika, że do poprawy było 13 000 stron, stawka godzinowa za usługę poprawy tekstu - 12 zł netto, wymagany czas poprawy 3250 godzin (13 000 stron x 0,25 godz./stronę). Tym samym koszt usunięcia wad wg cen umownych wynosi 117 000 zł, wg cen rynkowych wynosi 39 000 zł, zaś wartość dzieła po usunięciu wad wg cen umownych wynosiła: 20 680,28 zł, wg cen rynkowych: 98 680,28 zł. A zatem pozwany nie zapłacił powodowi wg cen rynkowych 82 875,93 zł, a wg cen umownych: 4 875,93 zł. Wg wyliczeń biegłych należne powodowi odsetki skapitalizowane wynoszą 8 114,43 zł. Z opinii wynika, że dzieło z wadami, których poziom przekracza 15% nie przedstawia wartości dla pozwanego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Sąd Okręgowy uznał, że należało uchylić nakaz zapłaty i oddalić powództwo zgodnie z art. 496 kp.c.

Sąd Okręgowy wskazał, że umowa nr (...) zawarta przez strony w dniu 11 sierpnia 2008 r. stanowi umowę o dzieło, która podlega reżimowi określonymu art. 627- 646 k.c. Zgodnie z art. 627 k.c. przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia. Oznacza to, że powód był zobowiązany do wykonania dzieła na zasadach i terminach określonych w umowie, a pozwany był zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia. W wypadku umowy o dzieło niezbędne jest, aby starania przyjmującego zamówienie doprowadziły w przyszłości do konkretnego, indywidualnie oznaczonego rezultatu jako koniecznego do osiągnięcia. W związku z powyższym stwierdzić należy, że powód był zobowiązany osiągnąć określony w przedmiotowej umowie cel - doprowadzić do digitalizacji przekazanych mu przez pozwanego materiałów. Umowa nie została wykonana w całości. Wykonane części umowy przez powoda zawierały wady.

Sąd Okręgowy podkreślił, że oddanie dzieła nie powoduje wymagalności wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, jego oddanie powoduje, w myśl art. 642 § 1 k.c., wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie za dzieło (wyrok Sąd Najwyższego z dnia 26 lutego 1998 r., I CKN 520/97, Lex). W związku z tym, że oddane przez powoda dzieło zawierało wady w postaci: błędów dotyczących plików XML przekazanych przez powoda dotyczących: braku przeprosowania tabel należących do artykułów, błędnej konstrukcji w postaci znaczników (...); dla danych elementów drzewa XML; braku przeprosowania podpisów do zdjęć należących do artykułów; złej klasyfikacji wydania; złego określenia numeru wydania; nie skończenia plików; braku artykułów; braku meta-danych (oznaczenie autora); błędnym oznaczeniu daty publikacji; w odniesieniu do plików graficznych braki dotyczyły m. in.: złego oznaczenia stron, zdublowania stron, zamieszczenia kilku numerów w jednym folderze Sąd Okręgowy uznał, że dzieło to miało wady istotne, które czyniły dzieło niezdatnym do zwykłego użytku, a także sprzeciwiały się wyraźnie umowie - bowiem były sprzeczne ze specyfikacją zawartą w załączniku nr 1 do przedmiotowej umowy łączącej powoda i pozwanego. W związku z powyższym Sąd Okręgowy uznał, że oddanie dzieła przez powoda nie powodowało wymagalności jego wierzytelności o wynagrodzenie.

Sąd Okręgowy nie podzielił argumentów podnoszonych przez powoda w toku postępowania:

Sąd Okręgowy uznał, że nie można przyznać racji powodowi jakoby błędy literowe były błędami nieistotnymi, wskazując, że nawet błędy literowe - jeżeli stanowią o istocie prawidłowości wykonania dzieła (jak było w niniejszej sprawie) - mogą stanowić wady istotne, przy czym nie ma znaczenia czy wady były usuwalne czy nie (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 1999 r., I CKN 957/99).

Zdaniem Sądu Okręgowego powoływane przez powoda orzeczenie dotyczące braku możliwości stosowania art. 636 § 1 k.c. po odebraniu dzieła, jak i dotyczące kryterium odróżnienia umowy o dzieło od umowy o świadczenie usług stanowi także możliwość poddania umówionego rezultatu (dzieła) sprawdzianowi na istnienie wad fizycznych (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 listopada 2000 r., IV CKN 152/00, Lex) również nie przemawia za argumentacją powoda. Sąd Okręgowy wskazał, że jest oczywistym, iż art. 636 § 1 k.c. znajdzie zastosowanie jedynie w trakcie wykonywania dzieła. Odnosząc się do argumentu dotyczącego kryterium odróżniania umowy o dzieło i możliwości zgłaszania wad fizycznych, Sąd Okręgowy wskazał, że w przedmiotowej sprawie nie ulega wątpliwości, że umowa łącząca strony była umową o dzieło, na mocy której możliwe jest zgłaszanie wad fizycznych. Sąd Okręgowy podkreślił też, że w niniejszej sprawie weryfikacja materiałów pod względem wystąpienia wad była procesem długotrwałym, ze względu na ilość materiału do zweryfikowania oraz wielowymiarowość dokonywanej weryfikacji, co w pełni uzasadnia późniejsze wystąpienie przez pozwanego z żądaniem obniżenia wynagrodzenia. Z tego też względu, zdaniem Sądu Okręgowego, nie zasługuje na uwzględnienie argument powoda, że pozwany wskazywał na wady dzieła dopiero po otrzymaniu wezwania do zapłaty. Z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, w szczególności korespondencji mailowej,

jasno bowiem wynika, że pozwany na bieżąco informował o wadach dzieła, a sam powód przyznawał istnienie braków w dostarczanych pozwanemu materiałach.

Odnosząc się do zarzutu powoda co do niedopuszczalności dokonania potrącenia w niniejszej sprawie, Sąd Okręgowy wskazał, że wbrew twierdzeniom powoda, pozwanemu służy roszczenie wobec powoda o zmniejszenie wynagrodzenia w związku z istotnymi wadami dzieła.

Sąd Okręgowy uznał za nieuzasadnione zarzuty powoda dotyczące tego, że dzieło zostało wykonane terminowo oraz, że pozwany nie zgłosił wad dzieła, wskazując, że powód nie wykonał dzieła w terminie ani prawidłowo, a pozwany zgłaszał wady na bieżąco.

Reasumując, Sąd Okręgowy uznał, że dzieło dostarczone przez powoda nie spełniało umownych norm, zaś umowa o dzieło powinna być uwieńczona konkretnym, sprawdzalnym i całkowitym rezultatem. W umowie o dzieło wynagrodzenie przysługuje za dostarczenie rezultatu - dzieła, bowiem w przeciwieństwie do umowy zlecenia umowa o dzieło nie jest umową starannego działania. Na podstawie umowy o dzieło nie jest wypłacane wynagrodzenie za staranne działanie, jeśli jego rezultat jest niepełny, wadliwy. W związku z powyższym pozwany nie był zobowiązany do wypłaty wynagrodzenia powodowi.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Okręgowy oddalił powództwo na podstawie art. 627 k.c. w zw. z art. 637 § 2 k.c. O kosztach Sąd Okręgowy orzekł w oparciu o treść art. 98 § 1 i 3 k.p.c.

Od powyższego wyroku apelację wniósł powód, zaskarżając go w całości i wnosząc o jego zmianę i uwzględnienie powództwa oraz zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego za II instancję według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie wyroku w całości przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I Instancji i przekazanie Sądowi I instancji rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego (w tym kosztach zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym).

Skarżący zarzucił:

1. naruszenie prawa procesowego tj. art. 233 k.p.c, poprzez jego błędne zastosowanie polegające na :

a) błędnym ustaleniu, iż dzieło zawierało wady, a zatem, że nie doszło do wykonania dzieła zgodnie z umową, co skutkowało uznaniem roszczeń powoda za niezasadne i oddaleniem powództwa;

b) błędnym ustaleniu, że dzieło stanowiło całość niepodzielną, tj. że ewentualne błędy na poszczególnych stronach (15 zbadanych przez biegłych sądowych) uzasadnia twierdzenie, że całe dzieło jest obarczone wadą, która skutkuje uznaniem, że dzieło nie zostało w ogóle wykonane. Istotnym jest, że przedmiotem umowy było przetworzenie jedynie artykułów, co oznacza, że powód nie był zobowiązany do przetwarzania publikacji o charakterze innym niż artykuł (np. reklama), które znajdowały się w oryginalnej publikacji;

c) oparciu wyroku na tezach wywiedzionych przez biegłych w opiniach sądowych, mimo, że biegli w treści opinii wskazali, że nie wykonali opinii w zleconym zakresie. Z pominięciem zasad doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego myślenia Sąd uznał za swoje wnioski opinii mgr. inż. P. R. (1) o niewykonaniu dzieła przez powoda (tj. poziomu zgodności dzieła z oryginałem na poziomie 85 %) mimo, że biegły wskazał w opinii, że 1. nie badał całości dzieła, a jedynie 15 stron z 21.000 będących przedmiotem dzieła, 2. wnioski o wykonaniu dzieła- wadach dzieła biegły oparł nie na badaniu dzieła, a na materiałach pozwanego (strona 9 opinii punkt 1 z dnia 17.06.2011 r.), 3. biegły wskazał, że oszacowany przez biegłego procent niezgodności dzieła z umową jest obarczony dużym błędem bowiem oceniano jedynie 15 stron z całego dzieła 21.000 stron;

d) ustalenie, że dzieło ma wady mimo, że pozwany zgodnie z zapisem § 6 punkt 4 umowy nie zgłosił wad dzieła w terminie przewidzianym umową tj. 7 dnia od daty przekazania dzieła. Skoro strony podpisały protokoły częściowe odbioru dzieła w dniu 18.08.2008 r. (etap 1) oraz w dniu 10.10. 2008 r. (II-V) to termin do zgłoszenia wad upłynął pozwanej odpowiednio w dniach: 25.08.2008 r. oraz 17.10.20108 r. Mimo tego Sąd z naruszeniem literalnego zapisu

umowy uznał, że zgłoszenie wad dzieła w raporcie z dnia 07.11.2008 r. było skuteczne i dopuszczalne. Poczynione przez Sąd ustalenie jest sprzeczne z art. 6 k.c. dotyczącym ciężaru dowodu. Istotnym jest że zgłoszenie wad dzieła powinno wskazywać wady w sposób konkretny -tj. w odniesieniu do każdej ze stron dzieła;

2. naruszenie prawa procesowego tj. art. 227 k.p.c, poprzez jego błędne zastosowanie polegające na pominięciu wniosku dowodowego o porównanie dzieła dostarczonego przez powoda z dziełem sprzedanym przez pozwaną (...) s.a. Sąd dopuszczając wniosek dowodowy z opinii biegłego sądowego mgr. inż. P. R. (1) określił tezę dowodowa w następujący sposób: „wykonując opinię zbadać materiały źródłowe znajdujące się u powoda i pozwanego lub w spółce (...) s.a. na nośnikach elektronicznych dotyczących niniejszego dzieła", jednocześnie mimo, że biegły nie zwrócił się do (...) s.a o udostępnienie dzieła, sprzedanego temu podmiotowi, Sąd uznał opinię za kompletną, pomijając wniosek powoda o zbadanie materiałów (...) s.a.;

3. naruszenie prawa procesowego tj. art. 232 k.p.c. w zw. z naruszeniem prawa materialnego tj. art. 6 k.c. i w zw. z art. 563 k.c. poprzez błędne zastosowanie polegające na:

a) uznaniu, że pozwana wykazała zasadność obniżenia wynagrodzenia powoda do kwoty 15.804,35 zł, a zatem, że dzieło ma wady nieistotne. Zgodnie z art. 6 k.c. na pozwanej ciążył ciężar dowodowy w zakresie wykazania wad dzieła. Wykazanie wad dzieła oznacza wskazanie konkretnych wad, odnoszących się do poszczególnych stron przetwarzanych przez powoda. Biegły P. R. (1) w opinii z dnia 17.06.2011 r. w punkcie 4 wniosków końcowych (strona 7) wskazał, że użyte przez pozwaną sformułowanie „Jest/ Nie Jest" nie jest jednoznacznym wskazaniem błędów. Wskazywane przez pozwaną wiadomości mailowe (k.157,158,173, 175, 179, 183, 185-205,206, 208, 209-210) zawierające zgłoszenie uwag nie mogą być uznana za zgłoszenie wad dzieła, szczególnie, że wydanie dzieła nastąpiło w dniu 09.12.2008 r., a korespondencja ta jest z daty przed wydaniem dzieła;

b) zgodnie z art. 638 k.c. w zakresie zgłaszania wad dzieła stosuje się odpowiednio 563 k.c, który określa w jaki sposób należy zgłosić wady dzieła tj. poprzez ich określenie umożliwiające sprzedawcy / przyjmującemu zamówienie ustosunkowanie się do nich. Ponadto zamawiający jest zobowiązany do zbadania dzieła pod względem zgodności z umową bowiem w niniejszej sprawie mamy do czynienia z dwoma podmiotami profesjonalnymi. Zbadanie dzieła powinno nastąpić w momencie wydania. Brak zbadania dzieła przez pozwaną powoduje utratę uprawnień z rękojmi;

c) pominięciu faktu wykonania przez powoda prac dodatkowych i z naruszeniem zapisu § i punkt 5 umowy uznanie, że powód nie miał podstawy do żądania dodatkowego wynagrodzenia. Istotnym jest fakt, że do prac dodatkowych pozwana nigdy nie zgłosiła uwag ani zastrzeżeń, dlatego też nie było podstaw do uznania, że wynagrodzenie za tą pracę się powodowi nie należy;

4. naruszenie prawa procesowego tj. art. 231 k.p.c. poprzez błędne zastosowanie polegające na: uznaniu istnienia wad całego dzieła tj. 21.000 stron z efektu badania jedynie 15 stron dzieła. Z faktu istnienia wad na 15 stronach dzieła, oddawanego etapami nie można w sposób jednoznaczny i logiczny wysunąć domniemania, że pozostałe strony także miały wady. Istotnym jest, że biegły wskazał, że poziom konwersji poszczególnych artykułów był na poziomie ponad 99 % - czyli zgodnie z umową, a jego obniżenie do poziomu 85 % jest wynikiem nie przeproszenia (poddania obróbce (...)) całości wydania papierowego. Biegły nie wskazał jednak czy braki dotyczą artykułów czy publikacji o innym charakterze. Bez badania porównawczego wersji dzieła przekazanego przez powoda, z wersją pozwanej i wersją sprzedaną (...) s.a. nie można ustalić w jakim zakresie istniały wady dzieła i w jakim zakresie (i czy ogóle) zostały przez pozwaną poprawione we własnym zakresie;

naruszenie prawa materialnego tj. art. 65 k.c. poprzez błędne zastosowanie polegające na: uznaniu, że pozwana wbrew złożonemu w umowie oświadczeniu woli dotyczącemu sposobu, formy i terminu zgłaszania wad do przekazywanego partiami dzieła była uprawniona do skutecznego zgłaszania wad po 7 dniach od przyjęcia dzieła potwierdzonego protokolarnie. Powyższe skutkowało uznaniem przez Sąd, że zgłoszone w dniu 07.11.2008 r. w formie raportu do umowy (Załącznik 1 do (...)) jest skuteczne mimo zapisu § 6 punkt 4 umowy określającego, że niezgłoszenie wad do dzieła w terminie 7 dni od daty przekazania kolejnego etapu dzieła/ podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego oznacza, że dzieło zostało przyjęte bez zastrzeżeń. Skoro protokoły oddania dzieła zostały podpisane przez strony w

dniu 18.08.2008 r. (etap I) oraz w dniu 10.10.2008 r. (etap II, III, IV, V), 24.11.2008 r. (etap VI), 17.10.2008 r. (etap VII), oraz 24.10.2008 r. (etap VIII), 31.10.2008 r. (etap IX i X), oraz 9.12.2008 r. (prace dodatkowe) to termin do zgłoszenia wad upłynął odpowiednio w dniach : 25.08.2008 r. (etap I) oraz w dniu 17.10.2008 r. (etap II, III, IV, V), 1.12.2008 r. (etap VI), 24.10.2008 r. (etap VII), oraz 31.10.2008 r. (etap VIII), 5.12.2008 r. (etap IX i X), oraz 16.12.2008 r. (prace dodatkowe);

5. naruszenie prawa materialnego tj. art. 636 k.c. poprzez błędne zastosowanie polegające na uznaniu zgłaszanych przez pozwaną uwag do dzieła przekazywanego partiami, za zgłoszenie wad w rozumieniu art. 637 k.c. Pozwana przed data odbioru dzieła nie miała uprawnień do zgłaszania wad dzieła, a Sąd z naruszeniem art. 233 k.p.c. ocenił korespondencję mailową stron za skuteczne zgłoszenie wad. Pozwana w okresie od otrzymywania części dzieła (cotygodniowe partie) do momentu odbioru protokółarnego miała uprawnienie do zgłoszenia żądania zmiany sposobu wykonywania dzieła, i jako takie należy ocenić wiadomości mailowe pozwanej z dni: 19, 25.08.2008, 02.09.2008, 03.09.2008, 04.09.2008, 12,15,16 i 19 września 2008, 22.08.2008, 30.08.2008, 1, 2 października 2008 r. Termin do zgłoszenia wad zgodnie z art. 637 k.c. otwiera się dopiero z chwilą wydania dzieła, dlatego Sąd błędnie uznał, że pozwana zgłosiła wady w terminie umownym. Termin do zgłoszenia wad dzieła otworzył się dla pozwanej w dniu 9 grudnia 2008 r. Z dniem 16 grudnia 2008 r. zgodnie z domniemaniem z § 6 punkt 5 umowy dzieło zostało przyjęte bez zastrzeżeń;

6. naruszenie prawa materialnego tj. art. 637 k.c. poprzez błędne zastosowanie polegające na uznaniu, że pozwana nabyła prawo do obniżenia ceny dzieła, oraz zlecenia usunięcia rzekomych wad dzieła podmiotowi trzeciemu, mimo, że wbrew dyspozycji art. 637 § 1 k.c. pozwana nie wezwała powoda do usunięcia wad, nie wyznaczyła dodatkowego terminu i nie zagroziła, że od umowy odstąpi / lub skorzysta z uprawnień przewidzianych w tym artykule. Zgodnie z umową strony zastrzegły, że wszelkie oświadczenia woli, dotyczące umowy wymagają dla swej ważności formy pisemnej.

W apelacji zgłoszono także wniosek o dopuszczenie dowodu z innego niż mgr. inż. P. R. biegłego z zakresu informatyki na okoliczność czy dzieło miało wady, charakteru wad (istotne/ nieistotne) przydatności dzieła dla pozwanej, charakteru dzieła podzielności, oraz zgodności dzieła z oryginałem (w zakresie artykułów) poprzez zbadania metodą porównawczą dzieła dostarczonego przez powódkę, z dziełem pozwanej i dziełem przekazanym (...) s. a.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył co następuje:

Na wstępie należy wskazać, że opisany wyżej wniosek dowodowy zgłoszony w apelacji został przez Sąd Apelacyjny oddalony w związku z treścią art. 381 k.p.c. Przepis ten stanowi, że sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później. Tymczasem powód nie wskazał żadnych okoliczności, które uzasadniałyby przyjęcie, że nie miał możliwości zgłoszenia tego wniosku przed Sądem Okręgowym albo, że potrzeba powołania się na ten dowód wynika po zamknięciu rozprawy i wydaniu orzeczenia przez Sąd Okręgowy. Wskazano jedynie ogólnikowo, że nie przeprowadzono dowodu wnioskowanego tj. z opinii biegłego sądowego z zakresu informatyki. Tymczasem wniosek taki nie był przez powoda składany. Dowód z opinii biegłego z zakresu informatyki został dopuszczony przez Sąd Okręgowy z urzędu postanowieniem z dnia 10 marca 2011r. (k.705). Następnie odpis opinii został doręczony pełnomocnikowi powoda w dniu 12 lipca 2011 r. (k.762), wraz z pismem przewodnim zobowiązującym do „zajęcia stanowiska na piśmie w terminie 21 dni pod rygorem pominięcia”. Powód złożył pismo w dniu 15 października 2012r., a zatem po upływie wyznaczonego przez Sąd terminu (k.888). W piśmie tym sformułowano pytania do biegłych, zgłoszono wniosek o przesłuchanie Dyrektora Archiwum Gazety (...) na okoliczność zakupu wykonanego dzieła, stopnia jego przydatności i wykorzystania go do dnia dzisiejszego, który został przez Sąd Okręgowy oddalony z uwagi na brak nazwiska świadka oraz zgłoszenie wniosku na okoliczności wykraczające poza niniejszy spór (k.959). Powód nie zgłosił natomiast żadnych innych wniosków odnośnie biegłych. Sąd Okręgowy dopuścił dowód z uzupełniającej opinii biegłego P. R. zlecając mu udzielenie odpowiedzi na sformułowane przez powoda pytania. Opinia uzupełniająca wraz z zobowiązaniem do zajęcia stanowiska w terminie 21 dni została doręczona pełnomocnikowi powoda w dniu 24 grudnia 2013r. (k.985 i 988). Pełnomocnik powoda w piśmie z dnia 21 stycznia 2014r. (k.996 i 1101) odniósł

się do opinii biegłego ale nie zgłosił żadnych wniosków dowodowych. Tym samym nie miała miejsca sytuacja, aby Sąd Okręgowy pominął jakikolwiek wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu informatyki i brak jest powodów, aby dowód taki miał być przeprowadzony przez Sąd Apelacyjny.

Przechodząc do apelacji należy wskazać, że nie jest ona zasadna.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, żaden z zarzutów podniesionych w apelacji nie zasługuje na uwzględnienie.

Przede wszystkim brak jest uzasadnionych podstaw do przyjęcia, że Sąd I instancji naruszył przepis art. 233 §1 k.p.c.

Należy podkreślić, że skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przez sąd art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu.

W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy przeprowadził prawidłową i szczegółową analizę zebranego w sprawie materiału dowodowego, a następnie dokonał jego rzetelnej i trafnej oceny. Wyprowadzone na tej podstawie wnioski w zakresie ustaleń faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy są zgodne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Nie można też zarzucić Sądowi Okręgowemu pominięcia jakichkolwiek dowodów.

Sąd Apelacyjny w pełni podziela ustalenia faktyczne i oceny prawne dokonane przez Sąd Okręgowy i przyjmuje je za własne, za wyjątkiem ustalenia, iż protokół odbioru z dnia 9 grudnia 2008r. stanowił protokół odbioru końcowego dzieła, o czym będzie mowa poniżej.

Sąd Okręgowy w pełni podziela natomiast ustalenie, iż powód nie wykonał dzieła, do wykonania którego zobowiązał się umową z dnia 11 sierpnia 2008r., w związku z czym po stronie powoda nie powstało roszczenie o wypłatę przewidzianego tą umową wynagrodzenia.

Słusznie wskazał Sąd Okręgowy, że zawarta przez strony umowa nr (...) z dnia 11 sierpnia 2008r. jest umową o dzieło, do której należy stosować przepisy z art. 627-646 k.c.

Z powyższych przepisów wynika, że umowa o dzieło jest umową wzajemną i umową rezultatu. Zgodnie z art. 627 k.c., przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia. Obowiązek zamawiającego zapłaty wynagrodzenia odpowiada obowiązkowi przyjmującego zamówienie wykonania oznaczonego dzieła. Według art. 642 § 1 k.c., w braku odmiennej umowy przyjmującemu zamówienie należy się wynagrodzenie w chwili oddania dzieła. Jednakże, zgodnie z art. 643 k.c., zamawiający ma obowiązek odbioru dzieła - a więc dokonania czynności wyrażającej wolę przyjęcia świadczenia i uznania go za wykonane - nie każdego, lecz tylko takiego, które przyjmujący zamówienie wydaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem.

A zatem zamawiający nie ma obowiązku odebrania dzieła, o którym mowa w art. 643 k.c., i zapłaty wynagrodzenia (art. 642 § 1 k.c.) w razie wydania mu dzieła z wadami istotnymi, które uniemożliwiają korzystanie z niego zgodnie z przeznaczeniem lub sprzeciwiają się wyraźnie umowie.

Jak wielokrotnie wskazywał Sąd Najwyższy z punktu widzenia uprawnień stron umowy o dzieło istotne jest rozróżnienie niewykonania zobowiązania objętego umową od jego nienależytego wykonania. Z niewykonaniem zobowiązania mamy do czynienia wówczas, gdy dzieło nie zostało wykonane w ogóle bądź, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu prac wykonawcy lub odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2015 r., sygn. akt III CZP 8/15). Oddanie takiego dzieła- dotkniętego wadą istotną, czyniącą je niezdatnym do użytku nie powoduje

wymagalności wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 lutego 1998 r., sygn. akt I CKN 520/97).

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania należy stwierdzić, że powód dzieła nie wykonał albowiem dzieło oddane przez powoda miało wady istotne, które uniemożliwiały jego wykorzystanie. Konstatacja ta znajduje potwierdzenie w obu opiniach biegłych sporządzonych w niniejszej sprawie, a także w pozostałym materiale dowodowym zgromadzonym w sprawie.

Biegły P. R. (1) wskazał, że dzieło nie zostało wykonane w całości, a część wykonana zawierała błędy i wady istotne, które powodowały, iż dzieło zostało zakwalifikowane jako wykonane niezgodnie z zasadami. Biegły wskazał, że w takiej formie, w jakiej dzieło zostało oddane, nie nadawało się do dalszej publikacji (k.738).

Prawdą jest, że biegły badał jedynie 15 losowo wybranych stron z 13000 stron, ale wyjaśnił, że przyczyną ograniczenia zakresu badania przedstwowego mu materiału był wzgląd na koszty i czas wykonania opinii. Zbadanie większej próbki tekstów wymagałoby ok. 3-4 miesięcy pracy, a szacowany koszt opinii wynosiłby ok. 10.000 zł. Biegły przekonująco wyjaśnił, że ani biegły ani zamawiający otrzymując materiał do weryfikacji nie musi wskazywać wszystkich błędów i miejsc ich występowania w celu stwierdzenia, że dzieło nie spełnia umownych norm jakości. Wystarczającą czynnością jest przeanalizowanie wybranej losowo próbki materiału.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego trafne jest założenie, iż skoro w 11 na 15 badanych stron, losowo wybranych z różnych partii materiału, wystąpiły pewne powtarzające się błędy, to należy przyjmować, że występują one też w podobnej skali w pozostałej części materiału.

Biegły wskazał, że 15% tekstu to tekst, który był błędnie lub wcale nieprzetworzony (k.987).

Powyższe nie oznacza jednak, iż 85% przedmiotu umowy zostało wykonane prawidłowo. Słusznie wskazano w opinii biegłego z Biura (...), że sytuacja taka miałaby miejsce wówczas, gdyby kolejno następujące po sobie strony od 1 do 11.050 zawierały poziom błędów spełniający normy umowne. Takiego założenia przyjmować nie można w sytuacji, gdyż średni rozkład błędów na 11 z 15 losowo wybranych stron dotyczy całego dzieła w różnych partiach przetworzonego tekstu. W takiej sytuacji dzieło dostarczone przez powoda nie przedstawia wartości użytkowej nie nadając się dla odbiorcy końcowego (k.862).

Biorąc powyższe pod uwagę za nietrafny należy uznać zarzut naruszenia prawa procesowego w postaci art. 233 k.p.c, poprzez jego błędne zastosowanie polegające na błędnym ustaleniu, iż dzieło zawierało wady, a zatem, że nie doszło do wykonania dzieła zgodnie z umową czy błędnym ustaleniu, że dzieło stanowiło całość niepodzielną, tj. że ewentualne błędy na poszczególnych stronach (15 zbadanych przez biegłych sądowych) uzasadniają twierdzenie, że całe dzieło jest obciążone wadą, która skutkuje uznaniem, że dzieło nie zostało w ogóle wykonane.

Wady dzieła wskazane przez Sąd Okręgowy znajdują potwierdzenie zarówno w opiniach biegłych, jak i w pozostałym materiale dowodowym tj. w zeznaniach świadków i stron, a także w korespondencji mailowej między stronami. Występowanie wad potwierdzał też sam powód. Nie można natomiast dokonać podziału dzieła na posiadające wady i pozbawione wad, bowiem umowa łącząca strony obejmowała niepodzielną całość, która miała być przekazana na rzecz pozwanego. Skoro w 11 na 15 badanych stron, losowo wybranych z różnych części dzieła, wystąpiły pewne powtarzające się błędy, to należy przyjmować, że występują one też w podobnej skali w pozostałych częściach dzieła. Dlatego też okoliczność, iż biegły sądowy P. R. (1) zbadał jedynie 15 stron dzieła w żaden sposób nie dyswalifikuje jego opinii ani też ustaleń faktycznych dokonanych na jej podstawie przez Sąd Okręgowy. Należy też wskazać, że opinia biegłego nie została skutecznie zakwestionowana przez powoda. Po opinii uzupełniającej biegłego P. R. powód nie zgłosił wniosku o sporządzenie kolejnej uzupełniającej opinii, po przebadaniu większej ilości stron, czy też o sporządzenie opinii przez innego biegłego sądowego.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego opinie sporządzone w niniejszej sprawie są wiarygodne i Sąd Okręgowy dokonując na ich podstawie ustaleń faktycznych nie naruszył art. 233 § 1 k.p.c. ani art. 231 k.p.c.

Nie można też zgodzić się z zarzutem naruszenie prawa procesowego tj. art. 227 k.p.c, poprzez jego błędne zastosowanie polegające na pominięciu wniosku dowodowego o porównanie dzieła dostarczonego przez powoda z dziełem sprzedanym przez pozwaną firmie (...) s.a.

W uzasadnieniu omawianego zarzutu powód podniósł, że Sąd dopuszczając wniosek dowodowy z opinii biegłego sądowego mgr. inż. P. R. (1) wskazał, że biegły: „wykonując opinię ma zbadać materiały źródłowe znajdujące się u powoda i pozwanego lub w spółce (...) s.a. na nośnikach elektronicznych dotyczących niniejszego dzieła”, a jednocześnie mimo, że biegły nie zwrócił się do (...) s.a o udostępnienie dzieła, sprzedanego temu podmiotowi, Sąd uznał opinię za kompletną, pomijając wniosek powoda o zbadanie materiałów (...) s.a.

Należy jednak wskazać, że wniosek w takiej postaci nie został nigdy przez powoda zgłoszony. Powód zgłosił jedynie wniosek o przesłuchanie Dyrektora Archiwum Gazety (...) na okoliczność zakupu wykonanego dzieła, stopnia jego przydatności i wykorzystania go do dnia dzisiejszego (k.892). Wniosek ten został oddalony przez Sąd Okręgowy z uwagi na brak nazwiska świadka oraz zgłoszenie wniosku na okoliczności wykraczające poza niniejszy spór (k.959). Oddalenie ww. wniosku należy uznać za prawidłowe. Jedynie na marginesie można podnieść, że po oddaleniu przez Sąd Okręgowy zgłoszonego przez niego wniosku dowodowego powód nie zgłosił zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c., w związku z czym utracił prawo powoływania się na ewentualne uchybienia Sądu w tym zakresie.

Nie został natomiast zgłoszony wniosek o dokonanie porównania dzieła dostarczonego przez powoda z dziełem sprzedanym przez pozwaną spółce (...) s.a.

Biorąc natomiast pod uwagę treść postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 10 marca 2011r. o dopuszczeniu z urzędu dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki (k.705) należy podnieść, że Sąd wskazał, iż biegły ma zbadać materiały źródłowe znajdujące się u powoda i pozwanego lub w spółce (...) s.a. na nośnikach elektronicznych dotyczących niniejszego dzieła. Użycie spójnika “lub” oznacza, że Sąd Okręgowy sformułował polecenie do biegłego alternatywnie. A zatem skoro biegły otrzymał materiały od stron, zwracanie się o nie do spółki (...) s.a. nie było konieczne. Zdaniem Sądu Apelacyjnego badanie materiałów znajdujących się w tej spółce byłoby bezprzedmiotowe, jeśli nie były to materiały tożsame z materiałami przekazanymi przez powoda pozwanemu, lecz materiały już poprawione przez pozwanego bądź na jego zlecenie. Ponadto należy wskazać, że także po wykonaniu opinii przez biegłego P. R. powód nie składał wniosku o ponowienie czy uzupełnienie tych opinii po zapoznaniu się przez biegłego z materiałami znajdującymi się w spółce (...) s.a.

Z powyższych względów zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 227 k.p.c. należy uznać za całkowicie chybiony.

Kolejny zarzut apelacji dotyczy naruszenia art. 232 k.p.c. w związku z naruszeniem prawa materialnego tj. art. 6 k.c. i w zw. z art. 563 k.c. i podobnie jak poprzednie nie zasługuje - zdaniem Sądu Apelacyjnego - na uwzględnienie.

Kwestia zasadności obniżenia wynagrodzenia powoda nie ma znaczenia w niniejszej sprawie skoro Sąd Okręgowy ustalił, a Sąd Apelacyjny ustalenie to podziela, że dzieło nie zostało wykonane, w związku z czym wynagrodzenie powodowi w ogóle się nie należy.

Jedynie na marginesie można podnieść, że sposób opisywania braków i błędów stosowany w korespondencji kierowanej przez pozwanego do powoda należy uznać za wystarczający. Nie jest prawdą, że pozwany stosował jedynie sformułowanie “jest/nie jest”, ponieważ w wielu pismach dokładnie opisywał swoje zastrzeżenia i sporządzał także szczegółowe raporty błędów (k.293 i n.) czy zgodności (k.296 i n.).

Należy też zwrócić uwagę na stanowisko biegłego P. R., który w swojej opinii uzupełniającej przekonująco wyjaśnił, że ani biegły ani zamawiający otrzymując materiał do weryfikacji nie musi wskazywać wszystkich błędów i miejsc ich występowania w celu stwierdzenia, że dzieło nie spełnia umownych norm jakości. Wystarczającą czynnością jest przeanalizowanie wybranej losowo próbki materiału (k.979). Wystarczające jest też przykładowe wskazanie błędów.

Jeśli zmwiający miałby wykonać pracę polegającą na wskazaniu wszystkich błędów to faktycznie byłyby to dodatkowe czynności nie objęte umową.

Należy też wskazać, że pozwany nie miał obowiązku ani możliwości zbadania przekazanej mu części dzieła w momencie wydania, na zweryfikowanie tego rodzaju materiału konieczny był pewien czas, co przewidziano także w umowie zawartej przez strony.

Jeśli chodzi o prace dodatkowe to nie udowodniono ani faktu zawarcia jakiejkolwiek umowy w tym zakresie, ani jej treści, w tym treści postanowień co do ewentualnego wynagrodzenia za wykonanie tych prac. Nie udowodniono też samego wykonania takich prac. Dlatego też brak było podstaw do czynienia jakichkolwiek ustaleń w powyższym zakresie.

Kolejny zarzut apelacji dotyczy naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisu art. 65 k.c. przez błędne uznanie, że pozwana wbrew złożonemu w umowie oświadczeniu woli dotyczącemu sposobu, formy i terminu zgłaszania wad do przekazywanego partiami dzieła była uprawniona do skutecznego zgłaszania wad po 7 dniach od przyjęcia dzieła potwierdzonego protokolarnie.

W uzasadnieniu tego zarzutu powód próbuje zakwestionować prawidłowe ustalenie Sądu Okręgowego, iż dzieło oddane przez powoda miało istotne wady, wskazując, że pozostaje ono w sprzeczności z zapisami umowy przewidującymi obowiązek zgłoszenia wad dzieła w terminie 7 dni od daty przekazania dzieła. Zdaniem powoda pozwany uchybił temu terminowi, co powinno skutkować przyjęciem, że dzieło zostało odebrane bez zastrzeżeń.

Należy w tym miejscu wskazać, że zdaniem pozwanego nigdy nie doszło do dostarczenia i odebrania dzieła. Pozwany wskazuje, że powód osobiście nie przekazywał dzieła i uchylał się przed kontaktem z pozwanym z uwagi na opóźnienia w wykonaniu dzieła. Żaden z "podrzuczonych" kolejnych etapów wykonania dzieła nie został przyjęty przez powoda bez zastrzeżeń bowiem wszystkie zawierały błędy, o czym powód był informowany na bieżąco w korespondencji e-mail załączonej do akt sprawy. Zdaniem pozwanego złożone do akt protokoły, zgodnie z ich treścią, potwierdzały jedynie przekazanie danej części dzieła, a w żadnym miejscu w protokole nie zostało napisane, że materiał zostaje przez pozwanego przyjęty bez zastrzeżeń. Niemożliwe byłoby „przyjęcie danego etapu bez zastrzeżeń" w dniu jego otrzymania, ponieważ musi być czas na weryfikację otrzymanego materiału. Zastrzeżenia zgłaszane były na bieżąco, a powód miał 14 dni na usunięcie zgłoszonych zastrzeżeń, ale tego nie uczynił, pomimo wielokrotnie kierowanych żądań w tym zakresie.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego stanowisko pozwanego zasługuje na podzielenie.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że umowa zawarta przez strony w dniu 11 sierpnia 2008r. nie była realizowana zgodnie z jej postanowieniami. Powód nie przekazywał dzieła zgodnie z przewidzianym w umowie harmonogramem prac ani co do terminów poszczególnych etapów ani co do ilości stron, jakie miały być przekazywane w ramach tych etapów. Ponadto przekazywane teksty zawierały wady, które były na bieżąco wskazywane przez pozwanego. W związku z niezrealizowaniem dzieła w pierwotnie przewidzianym terminie, w dniu 10 października 2008r. podpisano aneks do umowy, w którym przedłużono termin wykonania dzieła do dnia 31 października 2008r.

W dniu 31 października 2008r. powód poinformował, że zakończył pracę i oczekuje na odbiór końcowy.

W odpowiedzi na powyższe mailem z dnia 4 listopada 2008r. wiceprezes pozwanej Spółki - M. P. (1) wskazał, że brak jest możliwości uznania umowy za zrealizowaną i podpisania protokołu końcowego albowiem nadal nie został zrealizowany Etap II umowy tzn. nie przekazano wszystkich plików graficznych, powtarzają się zgłaszane wcześniej zastrzeżenia do plików XML, nie zrealizowano Etapu IX i X (k.218).

W mailu z tej samej daty powód potwierdził, iż nie przekazał całości materiału, a jej przekazanie uzależnił od zapłacenia przez pozwanego faktur dostarczonych do firmy w dniu 3 listopada 2008r. (k.233).

W dniu 7 listopada 2008r. pozwany wystosował do powoda trzy pisma, w których: wskazał braki i błędy w przekazanym dziele, załączając raport braków i błędów w plikach XML ((k.235, k.236-281), poinformował o naliczeniu kar umownych (k.283), zakwestionował faktury dostarczone przez powoda pozwanemu w dniu 3 listopada 2008r. w związku z nieprzekazaniem materiału końcowego, brakiem możliwości zweryfikowania i dokonania odbioru częściowego za etap prac, który nie został wykonany. Wskazano, że wystawienie faktury jest możliwe w oparciu o wykonaną pracę (tj. dostarczony materiał) oraz podpisany częściowy protokół odbioru za wykonanie przedmiotowego etapu prac. Żaden z powyższych warunków nie został spełniony, dlatego też wystawienie faktury było bezpodstawne.

Następnie, jak wynika z korespondencji między stronami doszło do spotkania przedstawicieli stron w dniu 10 listopada 2008r., na którym uzgodniono, że pozwany prześle powodowi raport błędów, a powód poprawi te błędy (k.342, 344 i 346).

W dniu 12 listopada 2008r. pozwany przesłał powodowi szczegółowy raport błędów (k.291-341). W dniu 24 listopada 2008r. pozwany przesłał do powoda wiadomość e-mail, w której wzywał do jednoznacznego określenia terminu zakończenia prac (k.346). W odpowiedzi powód zobowiązał się do przekazania plików do końca tygodnia tj. do 28 listopada 2008r. (k.348). W dniu 2 grudnia 2008r. przedstawiciel powoda przesłał wiadomość z wątpliwościami dotyczącymi materiału przekazanego przez powoda w dniu 1 grudnia 2008r. (k.350). Jednocześnie w aktach znajduje się potwierdzenie, że w dniu 24 listopada 2008r. powód przedstawił do weryfikacji pliki graficzne XML (k.76). W odpowiedzi z dnia 2 grudnia 2008r. powód wskazał między innymi, że przekazany materiał nie jest jeszcze kompletny i zawiera błędy, w związku z czym kolejne pliki zostaną przesłane tego samego dnia do godz. 16.00 (k.351). W dniu 3 grudnia 2008r. przedstawiciel pozwanego poinformował, że proces weryfikacji zostaje wstrzymany w związku z tym, że przekazany materiał jest niekompletny (k.384). Kolejne pliki zawierające poprawione pliki XML zostały przekazane w dniu 9 grudnia 2008r. (k.69). Jak wynika z raportu zgodności z 30 grudnia 2008r. (k.296), maila z 12 stycznia 2009r. (k.417), a także z opinii biegłych i pozostałego materiału zgromadzonego w sprawie dzieło nadal nie było kompletne i zawierało szereg błędów. Zarówno braki jak i błędy nie zostały przez powoda usunięte.

W dniach 12 i 14 stycznia 2009r. odbyły się spotkania stron, ale nie doprowadziły one do dokończenia ani poprawienia dzieła przez powoda.

Pismem z dnia 19 stycznia 2009r. pozwany poinformował powoda o obniżeniu wynagrodzenia do kwoty 15.804,35 zł (k.533), a następnie pismem z dnia 22 stycznia 2009r.-w związku z brakiem informacji w zakresie możliwości zrealizowania dzieła przez powoda, jego nierzetelnością, niedbałością oraz nagminnym niewywiązywaniem się ze swoich obowiązków pozwany poinformował powoda, że wszelkie błędy oraz braki pozwany usunie we własnym zakresie oraz we współpracy z innymi podmiotami (k.464).

Biorąc pod uwagę opisany wyżej stan faktyczny należy uznać, że pozwany zgłaszał zastrzeżenia na bieżąco, po każdej partii dzieła przekazanej przez powoda, zachowując umowny termin na zgłoszenie wad. Po uzyskaniu od powoda informacji o zakończeniu dzieła w dniu 31 października 2008r. pozwany przedstawił swoje zastrzeżenia w dniu 7 listopada 2008r., a w dniu 12 listopada 2008r. przekazał szczegółowy raport błędów. A zatem dzieło zostało przedstawione do odbioru w dniu 31 października 2008r., a pozwany zgłosił wady dzieła w przewidzianym w umowie terminie. Pomimo tego pozwany nie dokończył i nie naprawił dzieła ani w przewidzianym w umowie terminie 14 dni, ani w kolejnych dodatkowych terminach wyznaczonych przez pozwanego. Przekazywał wprawdzie kolejne pliki, ale materiał nadal nie był kompletny i zawierał szereg błędów.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego w opisanym wyżej stanie faktycznym brak jest podstaw do twierdzenia, że protokół z dnia 9 grudnia 2008r. stanowi protokół końcowy odbioru dzieła, od którego należy liczyć termin na zgłoszenie wad dzieła. Nie wynika to z treści tego protokołu ani ze stanowisk stron. Pozwany zaprzeczał tej okoliczności, natomiast twierdzenia powoda w tym zakresie są wzajemnie sprzeczne. Chociażby w samej apelacji powód z jednej strony wskazuje, że wydanie dzieła nastąpiło 9 grudnia 2008r. i po tej dacie powinno nastąpić zgłoszenie wad dzieła (k.1057), ale w innym miejscu wskazuje, że dnia 9 grudnia 2008r. nastąpiło przekazanie partii dodatkowej, natomiast

przekazanie ostatniego etapu dzieła nastąpiło 31 października 2008r., a termin na zgłoszenie uwag minął 5 grudnia 2008r. (k.1058).

W ocenie Sądu Apelacyjnego przekazanie dzieła nastąpiło 30 października 2008r., a kolejne przekazywanie materiałów związane było jedynie z kolejnymi próbami (nieudolnymi) poprawienia czy dokończenia oddanego wcześniej dzieła. Biorąc niniejsze pod uwagę należy uznać, że pozwany zgłaszał wady dzieła w ustalonych umową terminach. Tym samym nietrafny jest zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisu art. 65 k.c.

Całkowicie nietrafny jest też zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisu art. 636 k.c. Skarżący wskazuje, że Sąd Okręgowy błędnie uznał zgłaszane przez pozwaną uwagi do dzieła przekazywanego partiami, za zgłoszenie wad w rozumieniu art. 637 k.c. Zdaniem skarżącego pozwana nie miała uprawnień do zgłaszania wad dzieła przed datą odbioru dzieła, który miał miejsce 9 grudnia 2008 r.

Z wywodami skarżącego nie można się zgodzić albowiem strony same ustaliły w umowie, że zamawiający ma zgłaszać zastrzeżenia w terminie 7 dni od przekazania mu danego etapu prac. A zatem twierdzenie, że zastrzeżenia zgłaszane przez zamawiającego na bieżąco do każdej partii przekazanego mu przez powoda materiału nie stanowiły zgłoszenia wad jest niezrozumiałe. Niezależnie od powyższego, jak wskazano wyżej za moment przekazania dzieła, od którego należy liczyć termin na zgłoszenie wad dzieła należy uznać informację o zakończeniu dzieła z dnia 31 października 2008r., w związku z czym zgłoszenie wad, które miało miejsce w dniach 7 i 12 listopada 2008r. nastąpiło w terminie.

Ostatni zarzut apelacji dotyczy naruszenia art. 637 k.c. poprzez błędne zastosowanie polegające na uznaniu, że pozwana nabyła prawo do obniżenia ceny dzieła, oraz zlecenia usunięcia rzekomych wad dzieła podmiotowi trzeciemu, mimo, że wbrew dyspozycji art. 637 § 1 k.c. pozwana nie wezwwała powoda do usunięcia wad, nie wyznaczyła dodatkowego terminu i nie zagroziła, że od umowy odstąpi lub skorzysta z uprawnień przewidzianych w tym artykule.

Odnosząc się do powyższego zarzutu ponownie należy wskazać, że z punktu widzenia uprawnień stron umowy o dzieło istotne jest rozróżnienie niewykonania zobowiązania objętego umową od jego nienależytego wykonania.

Jeżeli dzieło nie zostało wykonane w ogóle bądź zostało wykonane na tyle wadliwie, że nie nadaje się do wykorzystania, jak w niniejszej sprawie, to przyjmujemy, że umowa o dzieło nie została przez wykonawcę wykonana. W takiej sytuacji nie można mówić ani o wydaniu (oddaniu) dzieła, ani o obowiązku jego odebrania, a zatem nie powstaje także obowiązek zamawiającego zapłaty wynagrodzenia.

Jeżeli natomiast dzieło ma wady, które nie dyskwalifikują go co do jego istoty, to wówczas następuje wydanie (oddanie) dzieła, zgodnie z umową (art. 627 k.c.), ze skutkami prawnymi, o jakich mowa w szczególności w art. 642, 643 i 646 k.c., a dla zamawiającego powstają uprawnienia wynikające z rękojmi za wady dzieła, o których mowa w art. 637 i 638 k.c.

A zatem w sprawie niniejszej, skoro uznajemy, że do wykonania umowy przez powoda w ogóle nie doszło, przepis art. 637 k.c. nie znajdzie zastosowania. Tym samym nie ma znaczenia czy zamawiający spełnił warunki skorzystania z uprawnień wynikających z rękojmi za wady dzieła, a tym samym czy może żądać obniżenia wynagrodzenia, albowiem okoliczność ta pozostaje bez wpływu na treść rozstrzygnięcia, skoro uznajemy, że wobec niewykonania umowy wynagrodzenie w ogóle się nie należy. Skoro nie doszło do wykonania umowy, nie doszło też do zaaktualizowania się uprawnień z tytułu rękojmi przewidzianych w art. 637 kc.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny uznał apelację za bezzasadną i oddalił ją w punkcie pierwszym sentencji wyroku na podstawie art. 385 k.p.c. W punkcie drugim sentencji orzeczono o kosztach postępowania apelacyjnego na podstawie art. 98 k.p.c. i 99 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c w zw. w zw. z § 6 pkt 6 w zw. z § 12 ust 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2013 r., poz. 490).