

Sygn. akt I ACa 491/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 listopada 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Janusz Leszek Dubij
Sędziowie	:	SA Elżbieta Kuczyńska (spr.) SA Jadwiga Chojnowska
Protokolant	:	Sylwia Radek - Łuksza

po rozpoznaniu w dniu 5 listopada 2013 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z o.o. w O.

przeciwko **Gminie B.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 30 kwietnia 2013 r. sygn. akt I C 733/11

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- w pkt I zasądza od pozwanej Gminy B. na rzecz powódki (...) sp. z o.o. w O. kwotę 43.021 (czterdzieści trzy tysiące dwadzieścia jeden) zł z ustawowymi odsetkami od dnia 20 września 2011 r. do dnia zapłaty i oddala powództwo w pozostałej części;

- w punkcie II zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 3.214,45 (trzy tysiące dwieście czternaście 45/100) zł tytułem zwrotu części kosztów procesu;

- w punkcie III nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Olsztynie od powódki z zasądzonego roszczenia kwotę 47 (czterdzieści siedem) zł i od pozwanej kwotę 63 (sześćdziesiąt trzy) zł tytułem części brakujących kosztów sądowych;

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza od powódki na rzecz pozwanej kwotę 1.234,93 (jeden tysiąc dwieście trzydzieści cztery 93/100) zł tytułem zwrotu części kosztów instancji odwoławczej.

UZASADNIENIE

(...) Sp. z o.o. w O. wniosła o zasądzenie od Gminy B. kwoty 75.001 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 20 września 2011 r. Wskazała, że na mocy łączącej strony umowy z dnia 15 lipca 2011 r. zobowiązała się do opracowania Multimedialnego P. po Gminie i Mieście B. oraz atrakcjach W. i. M. wraz z infoznakowaniem na terenie gminy, w terminie do 31 sierpnia 2011 r. Z tytułu realizacji umowy pozwana miała zapłacić wynagrodzenie w łącznej kwocie 239.850 zł brutto. Powódka nie wykonała dzieła w terminie w całości, ale – jak wskazała – spowodowane to było licznymi i nieprzewidywanymi umową poprawkami pozwanej do tekstu przewodnika oraz zleceniem wykonania prac dodatkowych w postaci konsultacji historycznych. W dniu 5 września 2011 r. pozwana odstąpiła od umowy, gdyż opóźnienie w jej wykonaniu umowy przekroczyło 2 dni robocze. Zdaniem powódki, skoro przedmiot umowy został wykonany w znacznej części (nie wykonano jedynie świadczeń: kolportaż, nakład 10.000 sztuk, intrologatorium, dostawa i rozładunek, domena, szkolenie z obsługi (...), hosting internetowej wersji przewodnika oraz delegacje), a świadczenie było podzielne, pozwana mogła odstąpić od umowy jedynie w zakresie niewykonanej części umowy. Tym samym winna wypłacić wynagrodzenie za wykonaną część umowy, to jest do kwotę 116.500 zł, której część dochodzona jest pozwem.

Gmina B. wniosła o oddalenie powództwa. Podała, że była zainteresowana wykonaniem całości zamówienia w terminie wynikającym z umowy. Wprawdzie w dniu 31 sierpnia 2011 r. powodowa spółka zgłosiła gotowość oddania przedmiotu zamówienia, jednak w tej dacie został on wykonany jedynie w znikomej części. Gmina zaakceptowała jedynie konfigurację i wdrożenie systemu (...) oraz zakup i instalację infokiosku wewnętrznego umieszczonego w Urzędzie Miejskim w B.. Wskazała, że podzielenie zamówienia skutkowałoby odmową dofinansowania projektu „Opracowanie Multimedialnego P. po Gminie i Mieście B. oraz atrakcjach W. i. M. wraz z infoznakowaniem na terenie Gminy” i dlatego też skorzystała z prawa odstąpienia od umowy i wezwała powódkę do odbioru przedmiotu zamówienia. Pozwana, na wypadek uznania powództwa za usprawiedliwione, zgłosiła zarzut potrącenia przysługującej jej wględem powódki wierzytelności z tytułu kary umownej w wysokości 47.970 zł.

Wyrokiem z dnia 30 kwietnia 2013 r. Sąd Okręgowy w Olsztynie zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 75.001 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 20 września 2011 r. oraz kwotę 8.368 zł tytułem zwrotu kosztów procesu – w tym kwotę 3617 zł tytułem kosztów zastępstwa prawnego; nadto, nakazał ściągnąć od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Olsztynie kwotę 110 zł tytułem części kosztów wynagrodzenia biegłego.

Orzeczenie to zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne:

W dniu 15 lipca 2011 r., w wyniku wygrania przetargu zorganizowanego w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, (...) Sp. z o.o. w O. (wykonawca) zawarła z Gminą B. (zamawiającym) umowę, której przedmiotem było opracowanie Multimedialnego P. po Gminie i Mieście B. oraz atrakcjach W. i. M. – zgodnie ze złożoną ofertą, stanowiącą załącznik nr 1 do umowy oraz Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, stanowiącą załącznik nr 2 do umowy. Do obowiązków powódki należało m.in. opracowanie szczegółowe grafiki i tekstu trójjęzycznego przewodnika w wersji polsko-angielsko-niemieckiej papierowej pt. „Krajobraz pełen możliwości P. po mieście i gminie B. oraz atrakcjach W. i. M. w formacie C5 około 150 stron, opracowanie wersji elektronicznej przewodnika przy założeniu co najmniej potrójnej korekty redakcyjnej, obróbka graficzna dostarczonych przez zamawiającego fotografii, obróbka PR opisów miejsc atrakcyjnych turystycznie dostarczonych przez zamawiającego, dołączenie przez wykonawcę informacji uzupełniających (zarówno tekstu jak i zdjęć), opracowanie 5 panoram 3D wskazanych przez zamawiającego miejsc na terenie Gminy lub miasta B., szczegółowe opracowanie scenariusza i nagranie promocyjnego filmu o Gminie B. – czas trwania filmu do 1,5 min i wgranie filmu na stronę internetową. W Specyfikacji wskazano również, iż elektroniczna wersja przewodnika musi być bogatsza i bardziej szczegółowa, niż wersja papierowa oraz uzupełniona o informacje graficzne, mapy i opisy, które nie mogłyby być zamieszczone bądź nie zmieściły się w papierowej wersji przewodnika. Zakres informacji, jaki miał znaleźć się w obu wersjach przewodnika to m.in. miasta i miejscowości, jeziora i rzeki,

ulice, aleje i place, szlaki/trasy rowerowe, kajakowe, piesze, konne, turystyczne, ścieżki edukacyjne, mapa jeziora D., zabytki, bitwy, fortyfikacje, muzea, bunkry, cmentarze, cmentarzyska, pojedyncze groby (uczni M., siostr L. itp.), pomniki, fauna, flora, ciekawostki (np. architektoniczne, legendy, rękodzieło itp.), cykliczne imprezy (w tym W. Uczta Pierogowa, Gra Straszyla, Misterium Paschalne), stadniny, lotniska, WC, sławni i słynni mieszkańcy B. (P. itp.). Termin wykonania zamówienia ustalono na dzień 31 sierpnia 2011 r., a wykonawca zobowiązał się wykonać prace z zachowaniem należytej staranności. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy miało wynieść 239.850 zł brutto.

Strony postanowiły, że w terminie do 2 dni roboczych od przedstawienia przez wykonawcę wyników poszczególnych prac zamawiający przyjmie prace lub zgłosi zastrzeżenia. W przypadku zgłoszenia zastrzeżeń lub uwag wykonawca zobowiązał się wprowadzić poprawki zgodnie z przedstawionymi uwagami w terminie nie dłuższym, niż 2 dni robocze.

Nadto, w umowie strony uzgodniły również, iż zamawiający ma prawo odstąpienia od umowy bez wypłaty jakiegokolwiek odszkodowania, m.in. gdy wykonawca nie wywiąże się, z któregokolwiek z postanowień umowy z przyczyn niezależnych od zamawiającego – w terminie 7 dni od dnia, kiedy zamawiający powziął wiadomość o okolicznościach uzasadniających odstąpienie od umowy z tych przyczyn. Nadto w przypadku niewykonania prac w określonym terminie (do dnia 31 sierpnia 2011 r.), zamawiający miał prawo odstąpić od umowy bez wyznaczenia dodatkowego terminu do ich wykonania, jeśli opóźnienie przekroczy 2 dni robocze. Postanowiono także, że w dniu odstąpienia od umowy na zamawiającego przechodzą autorskie prawa majątkowe do przedmiotu zamówienia lub jego części przekazanych mu przez wykonawcę, wykonanych do dnia odstąpienia od umowy, w zakresie określonym w § 8 ust. 1.

W § 6 umowy przewidziano możliwość naliczenia kar umownych m.in. za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 20% wynagrodzenia umownego brutto.

Jak ustalił Sąd Okręgowy umowa została zawarta w związku z umową o dofinansowanie projektu „Opracowanie Multimedialnego P. po Gminie i Mieście B. oraz atrakcjach W. i. M. wraz z infoznakowaniem na terenie Gminy” w ramach O. Priorytetowej 2 – (...) Działanie „Promocja województwa i jego oferty turystycznej Regionalnego Programu Operacyjnego W. i. M. na lata 2007-2013”. W aneksie do umowy o dofinansowanie wskazano, iż możliwe jest przedłużenie terminu zakończenia realizacji projektu (ustalonego na dzień 31 sierpnia 2011 r.), na uzasadniony pisemny wniosek pozwanej, w przypadku wystąpienia niezależnych od pozwanej (jako beneficjenta) okoliczności.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że niezwłocznie po podpisaniu umowy, powodowa spółka przystąpiła do jej wykonania. W dniu 18 lipca 2011 r. członek zarządu spółki – (...) skierowała wiadomość mailową do pozwanej o przesłanie konkretnych informacji odnośnie treści przewodnika (m.in. udostępnienie herbu, bazy lokali, informacji o trasach rowerowych, wskazanie atrakcji turystycznych z terenu W. i. M., wskazanie miejsc, w których miały zostać sporządzone panoramy 3D, udostępnienie posiadanych przez pozwaną zdjęć). W późniejszym okresie czasu jeszcze kilkakrotnie zwracała się do Gminy o przekazania jej określonych informacji mających znaczenie dla merytorycznej zawartości przewodnika, nie zawsze otrzymując odpowiedź w 2-dniowym terminie, wynikającym z umowy. Powódka podjęła też szereg czynności zmierzających do ustalenia rzetelnych informacji odnośnie obiektów, które miały zostać opisane w przewodniku. Przy redakcji tekstu powódka korzystała z usług pisarza.

W trakcie wykonywania umowy pozwana wielokrotnie zwracała się do powódki o dokonanie zmian w przedkładanym jej projekcie przewodnika, a nadto zleciła wykonanie prac dodatkowych w postaci konsultacji historycznych, nie będących przedmiotem umowy. Uwagi gminy dotyczyły głównie redakcji przewodnika i jego strony wizualnej (nieczytelność mapy, zbyt rażące kolory, dublowanie treści, mało „porywający” tekst, a także brak zamknięcia trasy rowerowej, zbyt wąski opis znanych osób, zbyt dużo kościołów, niewłaściwe adresy). Powódka, która w przeważającej mierze bazowała na materiałach przedstawionych jej przez pozwaną, na skutek zgłoszonych uwag sporządziła dziewięć różnych wersji przewodnika.

Pismem z dnia 10 sierpnia 2011 r. powódka zwróciła się do pozwanej z prośbą o możliwość pominięcia w Multimedialnym P. po Gminie i Mieście B. informacji na temat WC, szlaków kajakowych, konnych oraz na temat

grobu siostr L.. W dniu 12 sierpnia 2011 r. odbyło się spotkanie przedstawicieli stron, na którym ustalono, że w wersji papierowej przewodnika nie zostaną wskazane WC, lotnisko, szlaki konne i stadniny. Uzgodniono również inne szczegóły dotyczące realizacji zamówienia (m.in. dotyczące panoram 3D, filmu, opisu znanych ludzi).

Kolejne uwagi pozwana zgłosiła w dniu 31 sierpnia 2011 r. wskazując na błędne zlokalizowanie parku na stronie internetowej, „zbyt dużo dachu w panoramie ze szpitala powiatowego” i jej jakość w przybliżeniu oraz dotyczące rozkładu tłumaczeń na stronie.

Powódka nie wykonała całości powierzonego jej zadania w umówionym terminie. W dniu 1 września 2011 r. odbyło się spotkanie dotyczące realizacji przedmiotu umowy, a w dniu 2 września 2011 r. strony podpisały protokół odbioru przedmiotu zamówienia, w którym Gmina zgłosiła szereg zastrzeżeń, akceptując jedynie „konfigurację i wdrożenie systemu (...) oraz „zakup i instalację infokiosku wewnętrznego umieszczonego w Urzędzie Miejskim w B.”. Powodowa spółka złożyła swoje uwagi do tych zastrzeżeń.

W piśmie z dnia 5 września 2011 r. Gmina B. złożyła powodowej spółce oświadczenia o odstąpieniu od umowy, bez wyznaczania dodatkowego terminu do wykonania umowy.

Pismem z dnia 15 września 2011 r. powódka wezwała pozwaną do zapłaty wynagrodzenia w kwocie 143.295 zł należnego za spełnione świadczenia.

Pismami z dnia 5 września 2011 r., 7 września 2011 r., 3 października 2011 r. i 16 listopada 2011 r. pozwana wezwała powódkę do odbioru przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi powódka wskazała na brak podstaw do odbioru przedmiotu zamówienia, domagając się jednocześnie wypłaty wynagrodzenia za wykonaną część umowy.

Pismem z dnia 23 września 2011 r. pozwana uzyskała zgodę Instytucji Zarządzającej Regionalnego Programu Operacyjnego W. i. M. na przedłużenie terminu realizacji inwestycji.

W dniu 7 lutego 2012 r. pozwana zamieściła w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie na wykonanie zamówienia pt. „Opracowanie Multimedialnego P. po Gminie i Mieście B. oraz atrakcjach W. i. M.”.

W tak ustalonym stanie faktycznym, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że powództwo zasługiwało na uwzględnienie. Uznał, że pozwana Gmina nie miała podstaw do odstąpienia od łączącej strony umowy z dnia 15 lipca 2011 r. Wskazał, że wprawdzie zgodnie z § 5 ust. 1 b) umowy zamawiającemu służyło prawo odstąpienia od umowy bez wypłaty jakiegokolwiek odszkodowania, w przypadku niewykonania prac, tym niemniej, w ocenie Sądu, źródłem odstąpienia od umowy jest w istocie przepis ustawy – art. 492 k.c. w zw. z art. 491 k.c. Zdaniem Sądu pierwszej instancji wprowadzenie do umowy postanowienia o treści wskazanej w § 5 ust. 1 b) umowy, miało taki skutek, że pozwana w razie niewykonania zobowiązania przez powódkę w podanym terminie, uprawniona była do odstąpienia od umowy bez wyznaczania terminu dodatkowego do wykonania umowy. Nie oznaczało to jednak, że prawo to przysługiwało jej, z uwagi już tylko na opóźnienie. Skoro bowiem podstawę odstąpienia od umowy stanowi przepis art. 491 k.c. w zw. z art. 492 k.c., przesłanką niezbędną dla skutecznego odstąpienia od umowy nie jest samo opóźnienie, ale jego kwalifikowana forma czyli zwłoka (art. 476 k.c.).

W ocenie Sądu Okręgowego, powodowa spółka wykazała zaś, że niewykonanie umowy w terminie, było wynikiem zaistnienia okoliczności od niej niezależnych, a nawet miało co najmniej współprzyczynę (jak nie przyczynę) w zachowaniu pozwanej.

Zauważył, że choć powódka zobowiązała się do wykonania umowy z zachowaniem należytej staranności celem wytworzenia określonego dzieła szczegółowo określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tym niemniej Specyfikacja ta także wskazywała na obowiązek współdziałania pozwanej przy realizacji umowy – jak np. wskazanie przez nią miejsc mających zostać ujętych w panoramach, wskazanie osób mających zostać przeszkolonych w obsłudze (...) 3 (część V pkt 25), dostarczenie zdjęć jak również opisów miejsc atrakcyjnych turystycznie (część V pkt 2).

Podkreślił, że powódka niezwłocznie przystąpiła do realizacji umowy, przy czym wielokrotnie zwracała się (drogą mailową i telefoniczną) o udzielenie informacji niezbędnych dla realizacji umowy z dnia 15 lipca 2011 r. Podjęła też szereg czynności zmierzających do jak najlepszego opracowania przewodnika z uwzględnieniem w nim rzetelnych i wyczerpujących informacji o opisywanym terenie. Zachowanie takie, w ocenie Sądu, świadczy o tym, że wykonywała umowę z dołożeniem należytej, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności, staranności. Zdaniem Sądu, już sam fakt utrzymywania stałego merytorycznego kontaktu mailowego (oraz telefonicznego) z uprawnionymi pracownikami pozwanej świadczy o jak najwyższym stopniu chęci uwzględnienia ewentualnych życzeń, zaleceń i zastrzeżeń zamawiającego, zatem właśnie dołożeniu przez powódkę należytej staranności przy wykonywaniu umowy. Pozwana w toku realizacji prac zgłaszała szereg zastrzeżeń, co do treści czy też wyglądu przewodnika, z których jednak nie można wysnuć wniosku, że projekt przewodnika był realizowany w sposób wadliwy z punktu widzenia zgodności jego kształtu i koncepcji z treścią umowy i wymagający wzywania do zmiany sposobu realizacji przedsięwzięcia. Zdaniem Sądu, pozwana miała prawo ukierunkowywać koncepcję przewodnika, jednakże winna była to czynić w sposób, który nie wydłużałby terminu wykonania prac. Tymczasem wydawała dodatkowe zalecenia dotyczące nie wadliwego sposobu wykonania dzieła, a jedynie wynikające ze zmiany koncepcji, czyli nie związane wprost z konkretnymi postanowieniami umowy. W przekonaniu Sądu, za opóźnienie, które z tego wynikało nie sposób winić, czy obciążać wykonawcę. Nie było ono bowiem spowodowane niewłaściwym sposobem wykonania umowy.

Sąd zwrócił też uwagę, że w umowie na powódkę nałożono szereg obowiązków, które były niewykonalne, a próba ich zrealizowania przyczyniła do wydłużenia realizacji umowy. Dotyczy to obowiązku umieszczenia w przewodniku informacji odnośnie publicznych toalet, bunkrów, lotnisk czy szlaków konnych, podczas gdy takie obiekty na terenie miasta i gminy B. nie występują.

Zdaniem Sądu, także termin jaki strony przewidziały na wykonanie umowy był wyjątkowo krótki, zwłaszcza w odniesieniu do obowiązków wynikających ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Powódka zobowiązana była wykonać szereg obowiązków, których realizacja wymagała nie tylko podjęcia czynności przez nią samą, ale konieczne było także odpowiednie aktywne działanie (współdziałanie) pozwanej. Ponadto to pozwana była zainteresowana uzyskaniem przewodnika o określonej treści i to ona – w sytuacji braku lub nieprecyzyjnych uregulowań SIWZ – powinna była dążyć do osiągnięcia pożądanego przez siebie rezultatu, z zachowaniem zasad współpracy zgodnej z dobrym w tej mierze obyczajem, przy uwzględnieniu wspólnego celu jaki strony chcą umową osiągnąć. Tymczasem, w ocenie Sądu pierwszej instancji, Gmina B. naruszyła zasadę współdziałania przy realizacji zobowiązania wynikającą z przepisu art. 354 § 2 k.c. w zw. z art. 354 § 1 k.c. Wskazują na to uwagi kierowane do powódki, liczne wprowadzanie poprawek do treści przewodnika, pomimo że nie znajdowały one oparcia w zapisach SIWZ. Ponadto, kwestia wyglądu, szaty graficznej przewodnika czy choćby brzmienia tekstu jest dalece oceną, względną i zależną od upodobań odbiorcy (zamawiającego). Zamawiającym zaś jest gmina, jako jednostka samorządu terytorialnego, nie zaś osoby, które w jej imieniu występują. W tym też kontekście nie sposób nawet zweryfikować tego, czy zalecenia tych osób były z punktu widzenia jak najszerzego i zarazem przeciętnego odbiorcy trafne, czy też były jedynie wyrazem woli, gustu i oczekiwań konkretnych osób. Dlatego też Sąd uznał, że powódka nie dopuściła się zwłoki w wykonaniu umowy z dnia 15 lipca 2011 r., a zatem odstąpienie od tej umowy przez pozwaną było nieskuteczne.

Niezależnie od powyższego, Sąd Okręgowy wskazał, że nawet gdyby do opóźnienia w realizacji umowy doszło z przyczyn zależnych od powódki, to jej roszczenie dochodzone pozwem również zasługiwałoby na uwzględnienie. Przychylił się bowiem do stanowiska powódki, że jej świadczenie miało charakter podzielny, na co wskazuje treść § 5 ust. 2 umowy, w którym strony ustaliły możliwość przejścia praw autorskich nie tylko do całego przedmiotu zamówienia, ale także jego części. W takiej sytuacji, zgodnie z art. 491 § 2 k.c., pozwana miała prawo odstąpić od umowy, jedynie w tej części, w której nie została jeszcze wykonana. Od umowy mogłaby odstąpić w całości, jedynie wówczas, gdyby wykonanie częściowe nie miałoby dla niej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłoce. Taka sytuacja nie miała miejsca, zwłaszcza, że termin wykonania umowy został ustalony na ostatni dzień okresu wzmożonego ruchu turystycznego (ostatni dzień wakacji szkolnych), a zatem udostępnienie przewodnika nawet z kilkutygodniowym opóźnieniem nie wpłynęłoby na możliwość realizacji funkcji, jaką miał pełnić.

Sąd powołał się także na treść opinii biegłego sądowego z zakresu informatyki W. M. wskazując, że biegły oceniając wartość użytkową porównał wykonany przez powódkę przewodnik multimedialny z założeniami jego funkcjonalności znajdującymi się w SIWZ i uznał, że sam przewodnik, jak i dostarczony pozwanej sprzęt elektroniczny, przedstawiały sobą wartość użytkową. Zwrócił też uwagę, że istniejące w nim uchybienia nie mają znaczenia dla użyteczności wykonanej części przewodnika.

Podsumowując swoje rozważania, Sąd pierwszej instancji uznał, że nawet gdyby powódka dopuściła się zwłoki, to pozwana mogła odstąpić od umowy jedynie z ograniczeniem do części, w jakiej umowa nie została wykonana (kolportaż nakładu przewodnika w formie pisemnej w ilości 10.000 sztuk egzemplarzy i związanej z tym intrologacji przewodników, dostawy rozładunku, obowiązku z zakresie domeny, szkolenia z obsługi (...), hostingu internetowej wersji przewodnika oraz delegacji). W konsekwencji uznał, że powódce należy się wynagrodzenie za wykonaną część umowy w kwocie 143.275 zł (brutto) i w związku z tym zasądził na jej rzecz kwotę dochodzoną pozwem, tj. 75.001 zł. O odsetkach od zasądzonej kwoty Sąd orzekł na podstawie art. 359 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 481 § 1 k.c.

Jednocześnie Sąd Okręgowy uznał, że nie ma podstaw do potrącenia z dochodzonej przez powódkę należności zgłoszonej przez pozwaną wierzytelności z tytułu kary umownej. Oceniał, że w okolicznościach niniejszej sprawy, naliczenie kar umownych stanowi nadużycie prawa podmiotowego (art. 5 k.c.). Brał przy tej ocenie pod uwagę, że powódka wykonała umowę w znacznej części i korzystanie z wykonanej części umowy jest możliwe, a ponadto pozwana złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy zaledwie po upływie 5 dni od ustalonego terminu jej wykonania i to pomimo, że swoim zachowaniem przyczyniła się do opóźnienia. Podniósł, że przedłużenie przez pozwaną terminu wykonania umowy nie rodziłoby żadnych negatywnych konsekwencji, np. w postaci utraty dofinansowania ze środków unijnych, na co wskazuje zarówno treść pisma Dyrektora Departamentu (...) Programami (...) z dnia 23 września 2011 r., z którego wynika, że Gmina otrzymała zgodę na wydłużenie terminu zakończenia inwestycji, jak i zapisy aneksu z dnia 13 lipca 2011 r. do umowy o dofinansowanie projektu, przewidującego możliwość przedłużenia terminu do wykonania projektu na wniosek beneficjenta, z przyczyn od niego niezależnych. Zdaniem Sądu, taka sytuacja zaistniała w sprawie.

O kosztach postępowania, Sąd pierwszej instancji rozstrzygnął w oparciu o art. 98 k.p.c. w zw. z § 6 pkt Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu. O nie uiszczonych kosztach sądowych, obejmujących część wynagrodzenia biegłego, orzekł na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

Apelację od tego wyroku wniosła pozwana, zarzucając naruszenie:

1) art. 233 k.p.c. przez niedokonanie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz błąd w ocenie dowodów a w konsekwencji dokonanie błędnych ustaleń faktycznych poprzez:

- błędne przyjęcie, że powódka dochowała należytej staranności przy realizacji umowy,
- przyjęcie za podstawę ustaleń faktycznych w sprawie wyjaśnień strony powodowej,
- przyjęcie, że termin realizacji umowy był stanowczo za krótki oraz, że pozwana obiecała powódce, iż przedłuży ten termin,
- przyjęcie, że protokół z dnia 2 września 2011 r., w którym pozwana akceptuje tylko konfiguracje i wdrożenie systemu (...) oraz zakup i instalację infokiosku wewnętrznego jest niewiarygodny,
- przyjęcie, że opinia biegłego jest jasna, logiczna, pełna i oparcie na niej ustaleń faktycznych,
- nie wskazanie za jakie konkretne prace objęte przedmiotem umowy gmina ma zapłacić powódce kwotę 75.001 zł,

2) art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. przez pominięcie części materiału dowodowego w postaci zeznań świadka P. W. i w konsekwencji błędne ustalenie, że pozwana mogła wydłużyć termin realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz mogła podzielić zamówienie a także, że pozwana nie współdziałała przy realizacji umowy,

3) art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przyjęcie, że gmina mogła i powinna wydłużyć termin realizacji umowy, pomimo że z przepisu tego wynika, iż zmiana umowy polegająca na przedłużeniu terminu jej realizacji jest możliwa, gdy zamawiający przewidział dokonanie takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany,

4) art. 32 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przyjęcie, że gmina mogła podzielić zamówienie, choć z okoliczności sprawy wynika, że taka możliwość nie istniała,

5) art. 233 § 1 k.p.c. i art. 354 §1 i 2 k.c. przez błędną wykładnię i przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów polegające na przyjęciu, że pozwana nie współdziałała przy realizacji umowy i to na niej spoczywał obowiązek współdziałania z powódką,

6) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. art. 65 § 1 k.c. i art. 379 § 2 k.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i błędną interpretację zapisów umowy, co doprowadziło do przyjęcia, że świadczenie powódki jest podzielne, podczas gdy w rzeczywistości pozwana nie przyjęła od spółki przedmiotu umowy, a zatem nie mogły przejść na nią autorskie prawa majątkowe ani w całości, ani w części,

7) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 476 k.c. przez przyjęcie, że niewykonanie zobowiązania w terminie wynikało z przyczyn za które powódka nie ponosi odpowiedzialności oraz, że współprzyczyna (jeśli nie przyczyna) tego leży po stronie pozwanej,

8) art. 491 k.c. w zw. z art 492 k.c. przez niewłaściwe ich zastosowanie i nieprawidłową wykładnię, a w konsekwencji przyjęcie, że pozwana na podstawie tych przepisów mogła od umowy odstąpić bez wyznaczenia dodatkowego terminu, jedynie co do niespełnionej części świadczenia,

9) art. 635 k.c. przez jego niezastosowanie pomimo, że artykuł ten jest przepisem szczególnym wobec ogólnych unormowań dotyczących skutków niewykonania umów wzajemnych,

10) art. 483 § 1 k.c. przez przyjęcie, że naliczenie kary umownej w okolicznościach przedmiotowej sprawy stanowi nadużycie prawa podmiotowego przysługującego pozwanej w rozumieniu art. 5 k.c.

Pozwana wносиła o zmianę wyroku przez oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych za obie instancje ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd pierwszej instancji przy uwzględnieniu kosztów postępowania odwoławczego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja jest zasadna jedynie w części.

Sąd Okręgowy poczynił w sprawie prawidłowe ustalenia faktyczne, które znajdują dostateczne oparcie w materiale dowodowym. Zasadnicza ich część została oparta o przedłożone w sprawie przez obie strony dowody w postaci dokumentów, w tym umowę i stanowiącą jej integralną część Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (zwaną dalej SIWZ) oraz wydruki korespondencji mailowej, których prawdziwości żadna ze stron nie kwestionowała. Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji i przyjmuje za własne. Nie znajduje wystarczających podstaw do dokonania odmiennej oceny mocy dowodowej przeprowadzonych w sprawie dowodów, w tym zeznań świadków i strony powodowej oraz opinii biegłego. Zarzut naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez niedokonanie wszechstronnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz błąd w ocenie dowodów i w konsekwencji dokonanie błędnych ustaleń faktycznych nie został przez skarżącą należycie uzasadniony. W znacznym zakresie nie

może on odnieść skutku przede wszystkim z tego względu, że w istocie skarżąca poprzez jego sformułowanie próbuje zakwestionować oceny stanu faktycznego, a nie ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji. Wbrew jej twierdzeniom Sąd nie czynił ustaleń faktycznych w oparciu o wyjaśnienia strony powodowej lecz w oparciu o jej zeznania, nie pominął też przy ustaleniu stanu faktycznego części materiału dowodowego, w szczególności zeznań świadka P. W.. Czym innym jest bowiem pominięcie dowodu, a czym innym odmowa przyznania mu wystarczającej mocy dowodowej bądź odmowa uznania za wiarygodny dowodu w całości bądź w określonej części. Sąd pierwszej instancji był uprawniony – biorąc pod uwagę całokształt okoliczności i kierując się własnym przekonaniem wynikającym z bezpośredniego kontaktu z zeznającymi w sprawie – uznać ich zeznania w określonej części, w tym odnośnie starań powódki o przedłużenia terminu wykonania umowy, za wiarygodne bądź nie mające wystarczającej mocy dowodowej, a w sytuacji, gdy były one odmienne, sprzeczne ze sobą – miał obowiązek dokonania ich selekcji pod tym kątem. Dając wiarę stronie powodowej w tym zakresie nie uchybił przepisom procesowym wskazanym w zarzutach apelacji.

Jak wyżej wskazano, analiza zarzutów apelacyjnych wskazuje, że w większości zmierzają one do zakwestionowania ocen stanu faktycznego, a nie ustaleń faktycznych.

Przechodząc zaś do oceny prawnej należy wskazać, że umowa, którą strony zawarły miała mieszany charakter, z przewagą elementów umowy o dzieło. Przedmiot świadczenia powódki w istocie obejmował bowiem nie tylko opracowanie multimedialnego przewodnika ale także świadczenie usług polegających m.in. na przygotowaniu do druku i druku, dostawie i rozładunku oraz kolportażu papierowej wersji przewodnika, hostingu internetowej wersji przewodnika, zakupie i instalacji infokiosku.

Jest poza sporem, że strony w umowie uregulowały kwestię odstąpienia od umowy oraz, że pozwana składając oświadczenie woli o odstąpieniu od umowy powołała się na § 5 ust. 1 pkt b umowy, który przewidywał dla Zamawiającego uprawnienie do odstąpienia od umowy bez wypłaty jakiegokolwiek odszkodowania w przypadku niewykonania prac określonych w § 2 w określonym terminie, bez konieczności wyznaczenia dodatkowego terminu, jeżeli opóźnienie przekroczy 2 dni robocze. W ramach swobody kontraktowej (art. 353¹ k.c.) strony mogły w umowie zamieścić tego rodzaju postanowienie i nie ma żadnych podstaw do oceny, że nie miało ono mocy wiążącej, aczkolwiek istotnie – jak przyjął Sąd pierwszej instancji – zastrzeżenie to nie mogło być rozpatrywane w kontekście przepisu art. 395 k.c. nie spełniając jego warunków. Istota umownego prawa odstąpienia od umowy uregulowanego w tymże przepisie sprowadza się nie tylko do konieczności określenia w umowie terminu w ciągu którego możliwe będzie odstąpienie od umowy, ale również do tego, że wykonując to prawo strona nie musi wskazywać przyczyny uzasadniającej odstąpienie od umowy i uzasadniać swojej decyzji. Brak podstaw do uznania, że regulacja zawarta w umowie stron spełniała przesłanki tego przepisu z uwagi na brak zastrzeżenia terminu, nie oznacza, że strony nie mogły w umowie uzgodnić prawa do odstąpienia od umowy w razie wystąpienia określonej przyczyny. Wobec braku podstaw do uznania umowy w tym zakresie za nieważną lub nieskuteczną należało uznać, że skuteczność oświadczenia pozwanej o odstąpieniu od umowy powinna być oceniana przede wszystkim przy uwzględnieniu postanowień umowy, a w konsekwencji przepis art. 635 k.c. w sprawie nie miał wprost zastosowania. Należy wskazać, że wolą stron było zresztą najwyraźniej zmodyfikowanie uregulowanego w nim prawa odstąpienia od umowy z powodu opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy skoro – odmiennie, niż w tym przepisie – strony przewidziały prawo zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku niewykonania prac w określonym umową terminie, jeżeli opóźnienie przekroczy 2 dni robocze, podczas, gdy przepis art. 635 k.c. daje zamawiającemu możliwość skorzystania z prawa odstąpienia jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła.

Regulacja umowna zawarta w § 5 ust. 1 pkt b wskazuje, że obie strony uprawnienie pozwanej do odstąpienia od umowy wiązały z opóźnieniem w wykonaniu przedmiotu umowy określonego w § 2, nie określając, że powinno ono mieć kwalifikowany charakter (zwłoka), co oznacza, że w istocie obojętnym było czy opóźnienie, które spowodowało złożenie przez pozwaną oświadczenia o odstąpieniu od umowy było skutkiem okoliczności, za które powódka ponosiła odpowiedzialność. Skoro przepis art. 635 k.c. regulujący ustawowe prawo odstąpienia przez zamawiającego dzieło od umowy nie wymaga, aby opóźnienie przyjmującego zamówienie miało kwalifikowany charakter, to nie było przeszkód prawnych, aby również strony w umowie przyjęły podobne rozwiązanie. Skoro to uczyniły, to ogólne

przepisy dotyczące wykonywania zobowiązań, w tym art. 492 k.c. i 491 § 2 k.c. mogły mieć dla oceny sprawy znaczenie tylko pomocnicze i tylko w zakresie nieuregulowanym umownie lub uregulowanym niedostatecznie jednoznacznie.

Jest okolicznością niesporną, że powódka nie wykonała prac określonych w § 2 umowy w określonym umową terminie, jak również w dacie złożenia przez pozwaną oświadczenia o odstąpieniu od umowy, przy czym opóźnienie powódki przekroczyło wówczas 2 dni robocze. Zaistniały zatem przesłanki do skutecznego odstąpienia od umowy.

Powódka w pozwie nie wskazywała na inny sens tego uregulowania, ani nie kwestionowała co do zasady skuteczności oświadczenia pozwanej, a jedynie powołując się na podzielność świadczeń obu stron twierdziła, że odstąpienie od umowy mogło dotyczyć jedynie części jeszcze nie wykonanej. Zatem, analiza czy opóźnienie powódki miało charakter kwalifikowany w kontekście problemu skuteczności oświadczenia o odstąpieniu od umowy zasadniczo była zbędna, co nie oznacza, że nie miała też znaczenia w kontekście zgłoszonego przez pozwaną zarzutu potrącenia kary umownej zastrzeżonej w umowie na wypadek odstąpienia od umowy. Kwestia ta zostanie zatem omówiona niżej.

Kwestią sporną było to, jaki skutek – co jest istotne dla rozliczenia stron – wywołało oświadczenie pozwanej o odstąpieniu od umowy, w szczególności, czy miało ono skutek jedynie na przyszłość (*ex nunc*), czy z mocą wsteczną (*ex tunc*). Rozstrzygnięcie tej kwestii, wobec braku dostatecznej jednoznaczności postanowień umowy, czyniło koniecznym sięgnięcie do rozwiązań systemowych i regulacji zawartych w przepisach o wykonaniu i skutkach niewykonania zobowiązań z umów wzajemnych, w tym do art. 492 k.c. w zw. z art. 491 § 2 k.c. Z rozwiązań systemowych wynika bowiem, że jeżeli świadczenia są podzielne, to – jeżeli nic innego nie wynika z umowy – odstąpienie od umowy może być wykonane z uwzględnieniem zasad przewidzianych w art. 491 § 2 k.c.

Sąd Apelacyjny podziela ocenę Sądu pierwszej instancji, że świadczenia obu stron umowy były podzielne. Należy wskazać, że o tym, czy świadczenie jest podzielne nie może decydować, jak wskazuje strona skarżąca, treść umowy zawartej przez pozwaną z Województwem (...) o dofinansowanie projektu „Opracowanie Multimedialnego P. po Gminie i Mieście B. oraz atrakcjach W. i. M. wraz z ich oznakowaniem na terenie Gminy”, ani przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Wyżej wymieniona umowa nie dotyczy bowiem powódki i wywiera skutki prawne tylko pomiędzy jej stronami.

Należy natomiast mieć na względzie, że odmiennymi zagadnieniami są podzielność świadczenia i dążenie pozwanej (zamawiającego) do otrzymania całego przedmiotu świadczenia w terminie wynikającym z umowy oraz konieczność objęcia całego przedmiotu świadczenia zamówieniem publicznym. Za podzielnością tego konkretnego świadczenia przemawia jego istota wynikająca z przedmiotu zamówienia, którego częściami składowymi było opracowanie wersji papierowej przewodnika, przygotowanie do druku i druk papierowego przewodnika w określonym umową nakładzie, jego dostarczenie i rozładunek oraz kolportaż, opracowanie wersji elektronicznej przewodnika, dostarczenie systemu zarządzania jego treścią (...), przeszkolenie w obsłudze (...) i świadczenie usług serwisowych, hosting, opracowanie 5 panoram 3D wskazanych przez powódkę miejsc na terenie miasta lub gminy B., opracowanie i nagranie promocyjnego filmu o gminie B., opracowanie tras turystycznych i map – aplikacji do telefonu oraz map na (...), dostarczenie sprzętu. Strony w umowie, której integralną częścią były SIWZ, wyraźnie wyodrębniły zatem określone czynności powodowej spółki, co pozwala części składowe przedmiotu świadczenia traktować jako części świadczenia, do którego spełnienia była ona zobowiązana. Brakuje argumentów za tym, że świadczenie nie mogło być spełnione częściami. Przez jego spełnienie w częściach nie zmienia się jego przedmiot (bo nie ulega modyfikacji charakter, przeznaczenie, czy sposób korzystania z przedmiotu) lub wartość, jako całości (art. 379 § 2 k.c.).

Kosztorys ofertowy, w oparciu o który ustalono całościowe wynagrodzenie, pozwala z kolei określić wartość poszczególnych czynności powódki i ocenę w jakiej części świadczenie zostało wykonane oraz ustalenie wartości wykonanego świadczenia.

Za niezasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 65 § 1 k.c. Sąd nie dokonywał własnej oceny umowy w części nie budzącej kontrowersji stron. Wskazał natomiast – powołując się na konkretny zapis umowy tj. § 5 ust. 2 – że same strony najwyraźniej przewidziały podzielność świadczenia i możliwość odstąpienia od umowy ze skutkiem *ex nunc* – na przyszłość, skoro przewidziały przejście na zamawiającego w dniu odstąpienia od umowy autorskich praw

majątkowych do przedmiotu zamówienia lub jego części przekazanych mu przez wykonawcę, wykonanych do dnia odstąpienia od umowy. Dodatkowo można wskazać, że na rzecz takiej oceny świadczenia powódki wskazują także inne postanowienia umowy – w szczególności § 2 ust. 5-6 umowy dotyczące przedstawienia wyników poszczególnych prac, § 6 ust. 3 i ust. 9 w zw. z ust. 4 zawierające sformułowania o odbiorze kolejnych etapów prac, o możliwości potrącenia kary umownej należnej na podstawie ust. 4 (za odstąpienie od umowy) z przysługującego wykonawcy wynagrodzenia umownego, czy § 11, w którym jest mowa o prawie do przeniesienia praw wynikających z umowy w części lub całości na osoby trzecie.

Konsekwencją uznania świadczenia za podzielne jest przyjęcie, że pozwana była uprawniona do odstąpienia od umowy w zakresie części świadczenia jeszcze niespełnionego, czyli ze skutkiem *ex nunc*. Oznacza to, że powódka za wykonaną część swego świadczenia może domagać się zapłaty wynagrodzenia.

Z okoliczności faktycznych wynika, że powódka udostępniła pozwanej do odbioru wykonane części świadczenia, umożliwiając pozwanej jego odbiór. Z czynności odbioru sporządzono protokół, z którego wynika, że jedynie 2 pozycje świadczenia powódki (konfiguracja i wdrożenie systemu (...) i zakup i instalację infokiosku) pozwana przyjęła bez zastrzeżeń, a do pozostałych pozycji bądź to miała uwagi, bądź to w ogóle ich nie akceptowała. Przeprowadzony przed Sądem pierwszej instancji dowód z opinii biegłego z zakresu informatyki i grafiki komputerowej dostarcza wystarczających podstaw do oceny, że co najmniej w zakresie ocenianym przez tego biegłego (tj. poza przygotowaniem papierowej wersji przewodnika) prace wykonane przez powódkę mają wartość użytkową i zasadniczo spełniają wymagania SIWZ, w takim zakresie, w jakim możliwe było ich wypełnienie. Wprawdzie nie została dokonana integracja wersji elektronicznej przewodnika ze stroną internetową pozwanej, nie mniej z uzupełniającej opinii biegłego (k. 252) wynika jednoznacznie, że spełnienie tego wymogu uzależnione jest od współdziałania zamawiającego – przekazania odpowiednich informacji dotyczących zabezpieczeń witryny/serwera oraz udostępnienia informacji lub wytycznych dotyczących zapisu pkt 31 i 38 SIWZ. W oparciu o zeznania M. S. Okręgowy ustalił, że w tym zakresie nie było współdziałania pozwanej z powódką, a ustalenie to nie zostało zakwestionowane. Nadto, takie braki, jak brak opisu zdjęć w opracowanych interaktywnych mapach tras turystycznych, nie przedłożenie w dniu odbioru dokumentów potwierdzających dokonanie tłumaczenia treści przewodnika przez tłumaczy przysięgłych (wg protokołu powódka deklarowała dostarczenie dokumentu potwierdzającego – poz. 10), czy nie otrzymanie drugiego konwertera według biegłego nie miały wpływu na użyteczność i przydatność wykonanego przez powódkę świadczenia. W ocenie Sądu, ich stwierdzenie, z uwagi na charakter tych braków, stanowiących w istocie mniejszej wagi niedociągnięcia, nie mających wpływu na użyteczność dostarczonego świadczenia, dawało zamawiającemu możliwość skorzystania z uprawnień rękojmiowych (por. art. 637 k.c.) ale nie stanowiło wystarczającej podstawy do odmowy przyjęcia świadczenia.

Biegły, jak wskazał w swojej opinii, nie ocenił – z braku kompetencji – świadczenia powódki w zakresie opracowania wersji papierowej przewodnika, ani nie poddawał ocenianej przez siebie części świadczenia ocenie od strony intelektualnej i artystycznej. W zakresie zaś przez niego ocenianym pozwana nie wykazała wadliwości jego pracy, czy braku wystarczających kompetencji. W związku z tym, jej zarzut odnośnie wadliwej oceny tego dowodu przez Sąd Okręgowy nie może być podzielony.

Gdy chodzi zaś o stronę merytoryczną i artystyczną świadczenia, w części ocenionej przez biegłego od strony technicznej, należy wskazać, że w tym zakresie Sąd Apelacyjny podziela ocenę Sądu pierwszej instancji, który słusznie zwrócił uwagę na okoliczność, że tworzenie utworów jakimi są przewodnik, film promocyjny, mapa, czy panorama 3D nosi walor twórczości autorskiej, zależne jest od inwencji twórcy, która nie poddaje się oczywistej weryfikacji, do której zamierzała pozwana według własnego upodobania jej pracowników (kwestia kolorystyki, czy „mało porywającego” tekstu, albo niewłaściwego ujęcia obrazu w panoramach, czy klimatu spotu reklamowego). Sąd Apelacyjny zauważa nadto, że nie zostały w toku odbioru świadczenia, ani w toku procesu sformułowane do tej części świadczenia merytoryczne zarzuty poddające się obiektywnej ocenie i sprawdzeniu (np. zawarcie w treści faktów nieprawdziwych, błędy w tłumaczeniu).

Powódka dochodząc pozewem części wynagrodzenia w kwocie 75.001 zł nie wskazała konkretnie, jakich części świadczenia dotyczy ta kwota. Należy wskazać, że odnosząc omówioną wyżej część świadczenia powódki do kosztorysu ofertowego zasadnym jest uznanie, że skoro powódka wywiązała się co najmniej z tej części świadczenia, to wykonała prace o wartości co najmniej dochodzonej pozewem. Już bowiem dostarczenie sprzętu (przy uwzględnieniu braku jednego konwertera – wg kosztorysu 615 zł brutto), opracowanie filmu, tras na telefon, (...), panoram 3D i interaktywnej mapy w kosztorysie ofertowym zostało wycenione na kwotę 82.410 zł brutto.

Uzasadnia to uznanie jej żądania określonego kwotowo na 75.001 zł za zasadne w całości i jednocześnie czyniło zbędnym dla rozstrzygnięcia tej sprawy szczegółowe odnośnienie się do kwestii, czy należy się powódce również wynagrodzenie za opracowanie wersji papierowej przewodnika.

Podsumowując tę część należy stwierdzić, że zarzut naruszenia przepisów art. 65 § 1 k.c., 379 § 2 k.c., 635 k.c., 491 k.c. w zw. z art. 492 k.c. okazał się nieskuteczny.

Taki stan rzeczy uzasadnia odniesienie się do rozstrzygnięcia o zarzucie potrącenia należności z tytułu kary umownej.

Sąd Apelacyjny uznał za zasadny zarzut naruszenia art. 483 § 1 k.c. Sąd Okręgowy naruszył też przepis art. 5 k.c. przez jego zastosowanie w sprawie.

Wprawdzie w orzecznictwie prezentowane jest stanowisko, że art. 5 k.c. pozwala na stwierdzenie nadużycia prawa w zakresie wszelkich praw podmiotowych, co pozwala przyjąć, że generalnie nie jest wykluczone uznanie dochodzenia roszczenia o zapłatę kary umownej za nadużycie prawa na podstawie art. 5 k.c. Stwierdzić jednak należy, iż w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie było podstaw do sięgania do przepisu art. 5 k.c. Dochodzenie kar umownych określonych w łączącej strony umowy ma umocowanie prawne i tylko w zupełnie wyjątkowych sytuacjach może być ocenione jako nadużycie prawa. W przedmiotowej sprawie powódka na takie wyjątkowe okoliczności nie wskazała, a jej interes w sposób wystarczający chroni regulacja przepisu art. 484 § 2 k.c.

W doktrynie i orzecznictwie dopuszcza się możliwość zastrzeżenia kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy (uchwała 7 sędziów III CZP 61/03, OSNC 2004/5/69, wyrok z 20 października 2006 r. IV CSK 154/06 OSNC 2007/7-8/117, wyrok z 13 czerwca 2008 r. I CSK 13/08 – LEX nr 637699). Zgłaszając zarzut potrącenia kary umownej pozwana powołała się na § 6 pkt 4 umowy, zgodnie z którym za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 20% wynagrodzenia umownego brutto. Jej wysokość nie była sporna – 20% wynagrodzenia umownego brutto to jest kwota 47.970 zł.

Ze wskazanej przez pozwaną podstawy żądania kary umownej związanej z odstąpieniem przez nią od umowy wynika, że niezbędne jest wystąpienie zawinienia po stronie powódki. W § 6 pkt 4 umowy strony postanowiły bowiem, że Wykonawca zapłaci karę umowną za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Postanowienie to wyraźnie zatem łączy odstąpienie od umowy z przyczynami, za które odpowiedzialność ponosi powódka. Zastrzeżona przez strony w umowie kara umowna stanowi więc odzwierciedlenie regulacji z art. 483 § 1 k.c. W myśl tego przepisu można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej określonej w art. 483 § 1 k.c. pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c. i nast.), co wynika tak z celu kary umownej – kara umowna stanowi bowiem surogat odszkodowania mającego kompensować negatywną dla wierzyciela konsekwencję wynikającą z niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania, jak i z umiejscowienia przepisów jej dotyczących w kodeksie cywilnym wśród przepisów działu stanowiącego o skutkach niewykonania zobowiązania. Kara umowna należy się wówczas, gdy poza przesłankami z art. 483 k.c. spełnione zostały przesłanki odpowiedzialności *ex contractu* (z wyłączeniem wykazywania szkody – por. uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 6 dnia listopada 2003 r., III CZP 61/83, OSNC 2004, Nr 5, poz. 69). Dłużnik może zatem uwolnić się od zapłaty kary umownej na ogólnych zasadach wykazując, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest przez niego zawinione.

Zdaniem Sądu drugiej instancji ocena Sądu Okręgowego, o ile sprowadza się do wyrażenia poglądu o braku zwłoki powódki nie może być uznana za trafną i jest skutkiem niedostatecznego rozważenia powinności starannego działania obu stron umowy. Analiza Sądu Okręgowego nie uwzględnia dostatecznie wszystkich okoliczności i miernika staranności, jaki należało zastosować względem każdej ze stron umowy przy jej wykonywaniu. Słusznie też zarzuca w apelacji pozwana naruszenie przy jej dokonywaniu przepisu art. 476 k.c., który to przepis ustanawia domniemanie zwłoki. Dla jego obalenia konieczne byłoby wykazanie przez powódkę, że opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi ona odpowiedzialności. Dla obalenia domniemania zwłoki nie jest wystarczające wykazanie, że także druga strona przyczyniła się do opóźnienia. Należało przy tym mieć na uwadze, że powódka przystępując do przetargu i następnie zawierając umowę oraz wykonując jej postanowienia zobowiązana była do starannego działania rozpatrywanego przy uwzględnieniu wymagań, jakie można postawić profesjonalście w danej dziedzinie (art. 355 § 1 i 2 k.c.). Nie można przy ocenie tej kwestii abstrahować od treści przepisu art. 472 k.c., który stanowi, że jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności. Z kolei przepis art. 355 k.c. określa pojęcie należytej staranności (staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju – § 1), nadto wskazuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności (§ 2).

W ocenie Sądu Apelacyjnego, nie można podzielić oceny Sądu pierwszej instancji, że powódka nie była w zwłoce w wykonaniu przedmiotu umowy. Powołując określone okoliczności, na które wskazała strona powodowa w pozwie Sąd Okręgowy nie wziął dostatecznie pod uwagę – co słusznie zarzuca skarżąca – argumentacji strony pozwanej, ani nie rozważał powołanych okoliczności przy uwzględnieniu miernika staranności, jaki można było zastosować względem powódki.

Należy wskazać, że właściwym miernikiem staranności w tym wypadku byłby wzorzec określający staranność właściwą nie tylko dla przeciętnego wykonawcy tego typu świadczenia, ale i dla podmiotu uczestniczącego w procedurach przetargowych. Ocena należytej staranności powinna być bowiem dostosowana do podmiotu, który podejmuje określone zobowiązanie i do okoliczności w jakich to działanie następuje. W ocenie Sądu Apelacyjnego od takiego podmiotu, który odpowiada wzorcowi, można zasadnie oczekiwać, że starannie przygotowuje swoją ofertę w procedurze przetargowej uwzględniając okoliczności i trudności wynikające ze SIWZ oraz, że dysponuje możliwościami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W zakresie należytej staranności przy podejmowaniu decyzji o zawarciu umowy na określonych w SIWZ warunkach i przy oferowaniu konkretnego terminu jej wykonania winno leżeć przewidywanie mogących się pojawić w trakcie realizacji umowy zachowań drugiej strony, które mogą mieć wpływ na wydłużenie przebiegu realizacji zlecenia i spowodować nie wywiązanie się z podjętego zobowiązania. Nie mogłaby więc uwolnić od odpowiedzialności powódkę okoliczność, że podjęła się realizacji zadania w rozmiarach lub terminie nie odpowiadającym jej możliwościom. W kontekście możliwego do zastosowania wobec powódki miernika staranności nie było trafne uwolnienie jej od odpowiedzialności za niedotrzymanie terminu z powołaniem się na tę okoliczność, że wpływ na termin wykonania umowy miało korzystanie przez pozwaną z określonego w umowie prawa do zgłaszania zastrzeżeń do przedstawianych jej wyników poszczególnych prac (§ 3 pkt 6). Skoro bowiem w umowie określone, mogące mieć wpływ na termin wykonania umowy, prawa dla zamawiającego zostały przewidziane, to powódka powinna uwzględnić to przy oferowaniu terminu wykonania umowy. W przeciwnym razie, co najwyżej, w przypadku ustalenia, że zamawiający ze swoich praw korzystał z naruszeniem przepisu art. 354 k.c. można byłoby mówić o jego współprzyczynieniu się do zwłoki w wykonaniu umowy, co mogłoby być rozważane, jako okoliczność mogąca ewentualnie mieć znaczenie przy miarkowaniu kary umownej, nie zaś jako okoliczność wyłączająca brak należytej staranności powódki.

Z tego względu, nie można też przerzucić konsekwencji wynikających z bardzo krótkiego terminu wykonania przedmiotu świadczenia powódki – tak jak uczynił to Sąd pierwszej instancji – w całości na stronę pozwaną. To przede wszystkim powódka, jako profesjonalista, podejmujący się wykonania określonego zadania w określonym czasie, jeszcze przed złożeniem oferty i podpisaniem umowy, powinna mieć świadomość krótkiego terminu do wykonania przedmiotu swego świadczenia i realnie ocenić możliwość wywiązania się z zobowiązania w tym terminie. Nie powinna

ujść jej ocenie możliwość zachowania tego terminu wobec niejednoznacznych sformułowań SIWZ, w tym co do zakresu obowiązków własnych i zamawiającego (brak szczegółowego określenia jakie materiały i zdjęcia oraz w jakim czasie ma obowiązek przekazać pozwana, w jakim natomiast zakresie to ją obciąża obowiązek uzupełnienia zdjęć i informacji własnym staraniem). Powódka przystępując do przetargu, a następnie do umowy powinna mieć też świadomość, jako profesjonalista, konieczności zarezerwowania dostatecznie długiego czasu na procedury związane z tłumaczeniem tekstu, składem, drukiem i dystrybucją przewodnika w wersji papierowej. Wreszcie, powinna zwrócić uwagę na ściśle określone w SIWZ podstawy do zmiany terminu wykonania umowy. Należy bowiem mieć na względzie, że tak przystąpienie do przetargu jak i umowy było suwerenną decyzją powódki, ale powinno być oparte o analizę znanych jej warunków wynikających ze SIWZ i nie powinno opierać się na założeniu, że w trakcie wykonywania umowy uda się wynegocjować zmianę terminu jej wykonania. Jako profesjonalista, powódka wszystkie te okoliczności, mające wpływ na możliwość dotrzymania bardzo krótkiego terminu umowy, powinna rozważyć przed zawarciem umowy, miała też możliwość wyjaśnić przed złożeniem swojej oferty wszystkie niejednoznaczne sformułowania SIWZ. Składając ofertę oświadczyła, że zapoznała się z treścią SIWZ i nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz przyjmuje warunki w niej zawarte i zobowiązuje się wykonać zamówienie na warunkach i w terminie w niej zawartych (k. 80). Skoro zdecydowała się na zawarcie umowy, to nie jest zasadne obciążenie pozwanej zarzutem, że ustalony w umowie termin nie był odpowiedni do zakresu powierzonych powódce obowiązków, albo że pozwana w większym zakresie powinna być pomocna przy realizowaniu obowiązków powódki. Bez znaczenia pozostają ewentualne wyobrażenia powódki i jej oczekiwania, co do współpracy z pozwaną, jeżeli nie znajdują dostatecznego umocowania w zawartej umowie i SIWZ. Nie ma też żadnego znaczenia dla oceny prawnej, że przedstawiciele powódki zamieszkują poza gminą B., a osoby odpowiedzialne ze strony zamawiającego za współpracę z powódką zamieszkują na jej terenie i posiadają ewentualnie większą wiedzę na temat obiektów znajdujących się na terenie gminy.

Należy mieć na uwadze, że swojej oceny w tym zakresie Sąd Okręgowy dokonał głównie w oparciu o zeznania strony powodowej i przedłożoną korespondencję mailową nie analizując dostatecznie, czy stawiane pozwanej zarzuty znajdują uzasadnienie w postanowieniach umowy i stanowiącej jej integralną część SIWZ. Obowiązek współdziałania pozwanej można natomiast było analizować tylko w takim zakresie, w jakim wynikał on z postanowień stron i istoty umowy.

Przy uwzględnieniu tego, Sąd Apelacyjny nie podziela w pełni oceny Sądu Okręgowego co do braku współdziałania pozwanej z powódką i co do obalenia przez powódkę domniemania zwłoki. Ocena Sądu w tym zakresie była jednostronna i opierała się o niepełny materiał dowodowy, głównie dość ogólnikowe fragmenty korespondencji mailowej, dotyczące tylko niektórych, eksponowanych wątków współpracy.

Sąd Okręgowy błędnie uznając, że istnieją podstawy do nieuwzględnienia zarzutu potrącenia kary umownej w oparciu o przepis art. 5 k.c. nie odniósł się do zgłoszonego przez powódkę postulatu miarkowania kary umownej (k. 268). Opierał się on o twierdzenie, że większość zadania została wykonana, a kara umowna jest rażąco wygórowana (k. 268).

Przepis art. 484 § 2 k.c. wskazuje, jako dwie równorzędne przesłanki miarkowania kary umownej wykonanie zobowiązania w znacznej części i rażąco wygórowanie kary umownej.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie została wykazana przesłanka rażąco wygórowania kary umownej. Istotnym kryterium dla oceny w tym zakresie może być stosunek wysokości kary umownej do wysokości doznanej szkody wierzyciela – powódka nie wykazała tych relacji, ani nie próbowała nawet dowodzić braku szkody lub znikomej szkody. Materiał dowodowy nie pozwala na ocenę tych relacji. Oceny, że kara umowna jest rażąco wygórowana nie uzasadnia też porównanie relacji między karą umowną a wysokością należnego wynagrodzenia, w sytuacji, gdy powódka twierdzi, że należy się jej wynagrodzenie w kwocie 116.500 zł (tj. ok. 49% umówionego wynagrodzenia) Kara umowna określona kwotą 47.970 zł to ok. 41% tej sumy i 20% wynagrodzenia umownego. Nie można zatem w oparciu tylko o ten stosunek przyjąć, że jest rażąco wygórowana.

Postępowanie dowodowe dowiodło natomiast, że przedmiot zobowiązania został wykonany w znacznej części, co w ocenie Sądu Apelacyjnego uzasadnia redukcję kary umownej, ale jedynie o 1/3 tj. do kwoty 31.980 zł. W rezultacie kwotę zasądzoną w pkt I zaskarżonego wyroku należało obniżyć do kwoty 43.021 zł.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. orzeczono, jak w pkt I wyroku. W pozostałym zakresie apelacja była niezasadna i podlegała oddaleniu (art. 385 k.p.c.)

Zmiana wyroku co do istoty uzasadniała też zmianę rozstrzygnięcia Sądu pierwszej instancji o kosztach procesu zawartego w pkt II i III zaskarżonego wyroku. Ostatecznie powódka wygrała proces w około 57%, co oznacza, że koszty procesu w takim zakresie powinna ponieść strona pozwana (art. 100 k.p.c.). Koszty pierwszej instancji zamykają się łącznie kwotą 11.985 zł, z czego 8.368 zł wyłożyła powódka (3.751 zł opłata od pozwu, 3.600 zł wynagrodzenie pełnomocnika, 17 zł opłata skarbową od pełnomocnictwa, 1.000 zł – zaliczka na biegłego), a 3.617 zł wyłożyła pozwana (3.600 zł wynagrodzenie pełnomocnika, 17 zł opłata skarbową od pełnomocnictwa). Przy uwzględnieniu wyniku sprawy powódka powinna ponieść z tej kwoty 43% (5.153,55 zł), a pozwana 57% (6.831,45 zł). W ostatecznym rozrachunku należało zatem zasądzić od pozwanej na rzecz powódki tytułem rozliczenia kosztów pierwszej instancji kwotę 3.214,45 zł. Odpowiednio do wyniku sprawy należało też obciążyć strony brakującymi kosztami sądowymi (110 zł wyłożone tymczasowo przez Skarb Państwa na wynagrodzenie biegłego).

Orzekając o kosztach procesu instancji odwoławczej (pkt III wyroku) Sąd Apelacyjny miał na uwadze również ostateczny wynik sprawy i oparł orzeczenie o przepis art. 100 k.p.c. Koszty te zamykają się kwotą 9.151 zł, z czego 6.451 zł wyłożyła pozwana (3.751 zł opłata od apelacji 2.700 zł wynagrodzenie pełnomocnika), a 2.700 zł powódka (wynagrodzenie pełnomocnika). Pozwana, z wyżej wskazanych względów powinna ponieść koszty instancji odwoławczej w kwocie 5.216,07 zł (tj. 57%), a powódka w kwocie 3.934,93 zł (43%). W związku z tym, należało zasądzić od powódki na rzecz pozwanej kwotę 1.234,93 zł tytułem zwrotu części kosztów instancji odwoławczej.