

Sygn. akt I ACa 99/14

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 marca 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Hanna Nowicka de Poraj (spr.)
Sędziowie:	SSA Maria Kus-Trybek SSA Józef Wąsik
Protokolant:	st. prot. sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 27 marca 2014 r. w Krakowie na rozprawie

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

przeciwko Województwu (...) Zarządowi Melioracji i (...) w K.

o zapłatę

oraz sprawy z powództwa wzajemnego Województwa (...) Zarządu Melioracji i (...) w K.

przeciwko (...) spółce z o.o. w K.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego - powoda wzajemnego Województwa (...) Zarządu Melioracji i (...) w K.

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 5 listopada 2013 r. sygn. akt I C 1426/12

**1. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie III i IV przez nadanie im treści:**

**„III. zasądza od pozwanego wzajemnego (...) spółki z o.o. w K. na rzecz powoda wzajemnego Województwa (...) Zarządu Melioracji i (...) w K. kwotę 46.494 zł (czterdzieści sześć tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt cztery złote) z ustawowymi odsetkami od dnia 3 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty,**

**IV. zasądza od pozwanego wzajemnego (...) spółki z o.o. w K. na rzecz powoda wzajemnego Województwa (...) Zarządu Melioracji i (...) w K. kwotę 4.725 zł (cztery tysiące siedemset dwadzieścia pięć złotych) tytułem kosztów procesu”;**

**2. oddala apelację w pozostałej części;**

**3. zasądza od pozwanego wzajemnego (...) spółki z o.o. w K. na rzecz powoda wzajemnego Województwa (...) Zarządu Melioracji i (...) w K. kwotę 3.075 zł (trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

I ACa 99/14

## UZASADNIENIE

**Powód, (...) sp. z o.o. w K.**, domagał się zasądzenia od pozwanego Województwa (...) Zarządu Melioracji i (...) w K. kwoty 464.940,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 31 stycznia 2012 r. oraz kosztami procesu.

W uzasadnieniu powód wskazał, że w dniu 2 listopada 2011 roku zawarł z pozwanym umowę o wykonanie projektu a następnie robót budowlanych zmierzających do wykonania zadania pod nazwą „usuwanie szkód powodziowych na potoku B. w km 2+150 – 2+550 msc. I. gm. I.”. Umowa została zawarta po udzieleniu przez pozwanego zamówienia na wykonanie w/w zadania i przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego, w efekcie którego pozwany wybrał ofertę powoda. Przedmiot zamówienia został opisany w Specyfikacji (...) ) oraz w Programie F. – (...) **(dalej (...))**. Oznaczony w(...)zakres prac obejmował roboty przygotowawcze (m.in. pomiary geodezyjne i wycinkę drzew i zakrzaczeń) roboty zabezpieczeniowe oraz roboty wykończeniowe. Określono, że rozpoczęcie prac winno nastąpić w terminie ośmiu dni od podpisania umowy, a ich zakończenie w dniu 15 grudnia 2011 r. Wynagrodzenie dla powoda określono ryczałtowo na kwotę dochodzoną pozwem. W umowie w ogóle nie uregulowano dopuszczalności przedłużenia terminu wykonania umowy. Z kolei w dokumentacji przetargowej brak było mapy szczegółowo przedstawiającej teren budowy oprócz mapy orientacyjnej w skali 1:10 000, na której źle oznaczono zakres prac. Teren budowy został przekazany stronie powodowej w dniu 8 listopada 2011 r. Po przejściu terenu budowy strona powodowa przystąpiła do sporządzenia niezbędnej dokumentacji geodezyjnej. W dniu 25 listopada 2011 r. ustalono, że potok B., którego regulacja była przedmiotem umowy, przebiega przez działki należące nie tylko do strony pozwanej, ale także do osób fizycznych. W konsekwencji pojawiła się konieczność ustalenia właścicieli działek, na których miały być przeprowadzone roboty budowlane oraz uzyskanie ich zgody na wstęp na prowadzenie robót (m.in. na wycinkę drzew) na ich nieruchomościach. Informacje o właścicielach oraz ich zgody i pełnomocnictwa powód uzyskał w dniu 29 listopada 2011 r. Decyzje o pozwoleniu na wycinkę drzew w odniesieniu do nieruchomości należących do osób prywatnych wydane zostały w dniu 2 grudnia 2011 r. a uprawomocniły się w dniu 16 grudnia 2011 r. Decyzja dotycząca działki należącej do Gminy I. wydana została dopiero 7 grudnia 2011 r., uprawomocniła się 21 grudnia 2011 r. Strona powodowa nie miała tu wpływu ani na termin złożenia stosownego wniosku ani na termin wydania decyzji. Konieczność uzyskania w/w decyzji opóźniła zarówno prace projektowe jak i rozpoczęcie robót budowlanych. Dokumentacja projektowa została ukończona w dniu 30 listopada 2011 r. A. K., przedstawiciel powoda, zgłosiła pewne uwagi do dokumentacji. 9 grudnia 2011 r. przedstawiono wersję projektu zmienionego zgodnie z sugestiami; po kolejnych uwagach ostateczna, trzecia wersja projektu została przekazana pozwanemu w dniu 13 i 14 grudnia 2011 r.

Mimo nieuzasadnionej odmowy akceptacji projektu przez powoda, realizacja robót budowlanych została rozpoczęta w dniu 30 listopada 2011 r. Prowadzono część przygotowawczych prac budowlanych, jednakże do dnia 21 grudnia 2011 r, kiedy uprawomocniła się ostatnia z decyzji o pozwoleniu na wycinkę drzew, powód był formalnie pozbawiony możliwości wykonania umowy. Pozwany nie wyraził zgody na zmianę terminu realizacji umowy. W dniu 21 grudnia 2011 r, już po otrzymaniu kompletnej i poprawionej dokumentacji projektowej, pozwany złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy, podając jako jego podstawę zwłokę powoda w wykonaniu dokumentacji projektowej, przekraczającą 14 dni. Odstąpienie od umowy nastąpiło w momencie, gdy roboty budowlane były bliskie ukończenia. Ich przerwanie mogło doprowadzić do utraty już wykonanych robót, o czym powód poinformował pozwanego, kwestionując jednocześnie skuteczność odstąpienia. Prace zostały zakończone w dniu 27 grudnia 2011 r, jednakże pozwany odmówił ich odbioru. Faktura została wystawiona w oparciu o odbiór przeprowadzony jednostronnie przez powoda. Do chwili wniesienia pozwu, pozwanym nie zapłacił na rzecz powoda żadnego wynagrodzenia.

**Pozwany, Województwo M. – (...) Zarząd Melioracji i (...) w K.** wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie kosztów procesu.

Jednocześnie pozwany wniósł powództwo wzajemne domagając się zasądzenia na jego rzecz od powoda – pozwanego wzajemnego, kwoty 46.494,00 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 3 stycznia 2012 r. i kosztami postępowania.

Pozwany – powód wzajemny przyznał, że pomiędzy stronami w dniu 2 listopada 2011 r, w wyniku udzielenia zamówienia publicznego, doszło do zawarcia umowy o treści wskazanej przez powoda – pozwanego wzajemnego. Powód, jako wykonawca nie realizował umowy w terminie. Pierwsze rysunki do uzgodnienia przedłożył już po umownym terminie opracowania dokumentacji (6 grudnia 2011 r. i 9 grudnia 2011 r). Nie było one wykonane prawidłowo – brak było podstawowych danych. Podobnie poprawione rysunki, przesłane drogą elektroniczną w dniu 9 grudnia 2011 r. nie mogły być uzgodnione, ponieważ zawierały braki w dostępności zastosowanych materiałów a w rozwiązaniach projektowych – brak budowli stabilizujących dno potoku. Na dzień 9 grudnia 2011 r. dokumentacja przedłożona przez powoda nadal nie była kompletna. Dopiero w dniu 17 grudnia 2011 r. podwykonawca powoda przekazał pozwanemu projekt budowlano wykonawczy, nadal jednak powód nie przedłożył przedmiarów robót, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, dokumentacji fotograficznej, informacji (...). Brak też było stosownych decyzji i uzgodnień, wymaganych odrębnymi przepisami, pozwalających na rozpoczęcie robót, nośnika CD ze skanem dokumentacji w formacie (...) oraz odpowiedniej liczby egzemplarzy. Wykonanie dokumentacji projektowej stanowiło odrębną pozycję w harmonogramie rzeczowo-finansowym, jego wartość została wyceniona na 64.940,00 zł. To, że powód nie wystawił pozwanemu faktury częściowej za wykonanie dokumentacji projektowej dodatkowo świadczy o tym, że nie wykonał jej w umówionym terminie. Ponieważ zwłoka w wykonaniu tej dokumentacji przekroczyła 14 dni w stosunku do terminów określonych umową, pozwany skorzystał z umownego uprawnienia do odstąpienia do umowy, które wbrew twierdzeniom powoda było skuteczne.

Pozwany – powód wzajemny wydał wykonawcy teren niezbędny i konieczny do wykonania umowy protokołem z dnia 8 listopada 2011 r. Ponieważ powód nie wykonał prawidłowo dokumentacji projektowej, nie mógł rozpocząć wykonywania właściwych robót budowlano – montażowych, a jedynie prace przygotowawcze. Jednakże powód – na własne ryzyko – przystąpił do wykonywania dalszych prac – bez dokumentacji projektowej. Z zapisów prowadzonych w dzienniku budowy wynikało, że prace były wykonane w niewielkim zakresie, a ich jakość była zła. W dniu 16 grudnia 2011 r. przedstawiciele pozwanego dokonali oględzin terenu budowy; stwierdzili niewykonanie robót w ustalonym w umowie terminie. Po dniu odstąpienia od umowy, mimo żądań pozwanego o zaprzestanie prac, powód nadal je prowadził. Nieprawdą jest, że w chwili odstąpienia od umowy prace zostały wykonane w 90%. Prace te były kontynuowane jeszcze w styczniu i lutym 2012 r. Niewykonanie w terminie robót budowlanych oraz dokumentacji projektowej spowodowało konieczność zwrotu przez pozwanego otrzymanych z Funduszu Solidarności UE środków finansowych na przedmiotowe zadanie.

Uzasadniając wysokość kwoty 46.494,00 zł dochodzoną pozwem wzajemnym strona pozwana wskazała, że stanowi ona karę umowną należną stronie pozwanej (powodowi wzajemnemu) zgodnie z treścią § 12 ust. 1 umowy z 2 listopada 2011 r. wobec odstąpienia od tej umowy.

**Sąd Okręgowy w Krakowie wyrokiem z dnia 5 listopada 2013 roku, stgn. Akt IC 1425/12, uwzględnił w całości powództwo główne (punkty I, II) i oddalił w całości powództwo wzajemne.**

Rozstrzygnięcie powyższe zostało poprzedzone następującymi ustaleniami faktycznymi.

W dniu 24 października 2011 r. (...) Zarząd Melioracji i (...) w K. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przetargowym znak (...)271-83/11 „Usuwanie szkód powodziowych na potoku B. w km 2+150 – 2+550 msc. I. gm. I.”. Wybrano ofertę powoda – (...) sp. z o.o. w K., za kwotę 464.940,00 zł brutto. Przedmiot zamówienia określono jako zadanie polegające na wykonaniu dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem niezbędnych uzgodnień opinii i decyzji, przedmiaru robót, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz realizację robót budowlanych związanych z usuwaniem szkód powodziowych na potoku B. w km 2+150 – 2+550 m. I., gm. I., pow. (...). Zadanie obejmowało udroźnienie koryta potoku, zabezpieczenie przeciwoerozyjne wraz z umocnieniem skarp i dna potoku, zabudowę wyrw faszynadą obciążoną narzutem kamiennym ciężkim, remont istniejących dwóch przejazdów w bród. Łączna długość odcinka objętego zleceniem wyniosła 400 mb.

W treści Specyfikacji (...) określono, iż zakres planowanych robót winien uwzględniać: 1/ roboty przygotowawcze, w tym: pomiary geodezyjne, wycinkę drzew i zakrzaceń, przygotowanie dróg technologicznych, odcinkowo rozebranie ogrodzenia boiska sportowego i placu zabaw, 2/ roboty zabezpieczeniowe, w tym: roboty ziemne pod planowane budowle, wykonanie gurtów z gabionów z obetonowaniem, wykonanie zabudowy wyrwy na długości 50 m faszynadą o wysokości min. 2,5 m, wykonanie obustronnego zabezpieczenia skarp opaskami siatkowo – kamiennymi, wykonanie narzutów kamiennych przy projektowanych gurtach z kamienia o grubości min. 0,5 m, wykonanie oskałowania faszynady od strony wody do wysokości min. 1,5 m, wykonanie brzegoskłonów faszynowych, 3/ roboty wykończeniowe, w tym: wywiezienie materiału z karczowania zakrzaceń poza teren budowy, plantowanie skarp i terenu przyległego, remont istniejących 2 przejazdów w bród, odtworzenie boiska i placu zabaw.

Ustalono, że rozpoczęcie wykonywania zamówienia nastąpi w terminie 8 dni od daty podpisania umowy, zaś jego zakończenie do 15 grudnia 2011 r.

W dniu 2 listopada 2011 r. strony podpisały umowę nr (...) o treści zgodnej z(...). Wynagrodzenie za realizację zadania określono na kwotę 378.000,00 zł netto (464.940,00 zł brutto, w tym wykonanie dokumentacji projektowej 64.940,00 zł). Termin zakończenia realizacji zadania ustalono na 15 grudnia 2011 r., jak również ustalono, że zamawiający przekaze wykonawcy protokolarnie teren budowy w ciągu 8 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy. Odbiór zakończonych prac miał nastąpić po ich zakończeniu na podstawie protokołu – zdawczo odbiorczego.

W § 10 ust. 1 umowy strony zobowiązały się do wzajemnego informowania o wszelkich okolicznościach mogących mieć wpływ na wykonanie umowy oraz do dołożenia należytej staranności i działania według ich najlepszej wiedzy w celu wykonania umowy. Wszelkie zawiadomienia, żądania oraz inna korespondencja miała być sporządzana na piśmie.

W § 12 umowy przewidziano kary umowne dla wykonawcy i zamawiającego. Między innymi, wykonawca zobowiązany był do zapłaty kary umownej w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto, za odstąpienie przez zamawiającego od umowy z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność wykonawca.

Zasady odstępowania obu stron od umowy przewidziano w jej § 15. Postanowiono – między innymi – że zamawiającemu służy prawo odstąpienia od umowy jeżeli: wykonawca nie rozpoczął realizacji zadania w terminie 14 dni od daty zawarcia umowy; wykonawca przerwał realizację zadania i nie podejmuje się jego realizacji bez uzasadnionych przyczyn przez okres kolejnych 10 dni roboczych; wykonawca opóźnia się o 14 dni w stosunku do terminów uzgodnionych w harmonogramie rzeczowo – finansowym lub realizuje roboty w sposób niezgodny z postanowieniami umowy.

Zakres prac objętych przedmiotową umową stron został w całości wykonany przez powoda.

Przedstawione wyżej okoliczności Sąd Okręgowy uznał za bezsporne między stronami. Ponadto ustalił co następuje.

Powód wykonał swoje prace bez wad czy usterek.

W programie funkcjonalno-użytkowym wskazano, że przedmiot zamówienia dotyczy obszaru potoku B. zaznaczając jednak, że szczegółowy zakres i lokalizacja robót będzie wymagała uzgodnień z inwestorem.

W dokumentacji przetargowej brak było mapy szczegółowo przedstawiającej teren budowy. Na mapie dostarczonej przez pozwanego w skali 1:10 000 źle oznaczono zakres prac.

W dniu 8 listopada 2011r. przedstawiciel pozwanego przekazał powodowi teren budowy. Odbłyło się to przez wskazanie powodowi potoku oraz podpisanie stosownego protokołu. W protokole wprost wskazano – jako przekazywany teren – jedynie teren przeznaczony pod zaplecze. W pozostałym zakresie odwołano się do treści (...).

W dniu 25 listopada 2011 r. kierownik pracowni projektowej firmy (...) przesłał powodowi „wniosek na wycinkę” drzew, oraz informację, że winien on zostać uzupełniony o rodzaj użytkowania uzyskany z wypisów ewidencji gruntów przygotowanych przez geodetę, kopię z wypisów ewidencji gruntów dla działek, pełnomocnictwo Dyrektora Zarządu

Melioracji w K. oraz zgodę na wycinkę uzyskaną od właścicieli działek. Jednocześnie wskazano, że do wniosku konieczne jest również dołączenie planu sytuacyjnego z zaznaczonymi drzewami przewidzianymi do wycinki, jak również, że teren na którym znajduje się potok jest usytuowany nie tylko na działce należącej do Zarządu Melioracji, stąd może powstać konieczność uzyskania zgody właścicieli innych działek. W chwili sporządzania projektu nie było jeszcze wiadomo, czy podczas wykonywania prac nie wejdzie się na cudzy teren. Po przeprowadzeniu inwentaryzacji geodezyjnej stwierdzono, że część terenu, na którym miano przeprowadzić roboty, nie należy do pozwanego lecz do innych podmiotów, wystąpiono więc o wyrażenie zgody na wycinkę drzew oraz podejmowanie innych działań w celu realizacji zadania. Decyzje zezwalające na wycinkę drzew zostały wydane w dniu 2 grudnia 2011 r. przez Wójta Gminy I. (uprawomocniły się w dniu 16 grudnia 2011 r) oraz przez Starostę B. w dniu 7 grudnia 2011 r. (uprawomocniła się w dniu 21 grudnia 2011 r).

Środki na przedmiotową inwestycję pochodziły z Unii Europejskiej i miały być wykorzystane do końca roku 2011 r., a w razie ich niewykorzystania zwrócone w całości. Termin wykonania prac budowlanych był bardzo krótki, stąd bezpośrednio po wykonaniu inwentaryzacji geodezyjnej, na podstawie wstępnych projektów przystąpiono do prac w terenie. Wykonaniem projektów zajmowała się firma (...) z W.. Na początku pojawił się problem z ustaleniem miejsca w którym ma się zaczynać inwestycja, konieczne było zwrócenie się w tej sprawie do inwestora. Pomiarów rozpoczęły się w połowie listopada 2011 r., a ok. 22 listopada 2011r. mapa w wersji cyfrowej wraz z opisem została wysłana do projektanta. Również w listopadzie zostały wykonane wypisy z rejestru gruntów. Po dokonaniu pomiarów w terenie i naniesieniu ich na mapę ewidencyjną okazało się, przez które działki płynie potok. Oznaczenie prac, które miały być przeprowadzone na mapie załączonej do dokumentacji przetargowej dokonane przez inwestora okazało się niedokładne.

W dniu 30 listopada 2011 r. powód otrzymał dokumentację projektową potoku B. od firmy (...). Poprawiona wersja projektu regulacji potoku B. została przesłana w dniu 9 grudnia 2011 r. a kolejna w dniu 13 grudnia 2011 r. Poprawki i zmiany były wprowadzane do projektu na skutek uwag zgłaszanych przez Inspektora Nadzoru pozwanego A. K.. Nie były to uwagi mające na celu usunięcie niezgodności projektu z (...), ale stanowiły one wyrażenie pewnych oczekiwań inspektora, które nie wynikały z (...).

Mając na uwadze dobro współpracy z pozwanym, powód kilkakrotnie zmieniał treść dokumentacji projektowej. Po każdej zmianie projektu dokumentacja przesyłana była do inspektora nadzoru celem uzgodnienia. W dniu 9 grudnia 2011r. przekazano A. K. zmienioną wersję projektu (wersję drugą). Po kolejnych uwagach przekazanych jedynie ustnie, ostatecznie trzecia wersja projektu została przekazana pozwanemu w dniu 13 i 14 grudnia 2011r. Przedstawiciele powoda wielokrotnie nalegali na oficjalną akceptację projektu, co jednakże nigdy nie nastąpiło, mimo, że inspektor A. K. była w jej posiadaniu. Wersja ostateczna projektu technicznego została doręczona pozwanemu w dniu 16 grudnia 2011r.

Powód przystąpił do realizacji robót budowlanych w dniu 30 listopada 2011r. Powód prowadził część przygotowawczych prac budowlanych równocześnie z opracowywaniem dokumentacji. Powód usiłował powołując się na § 14 umowy doprowadzić do zmiany terminu zakończenia przedmiotu zamówienia, jednakże pozwany nie wyraził na to zgody.

Prace zostały zakończone z końcem grudnia 2011 r., a po tym terminie pozostały do wykonania jedynie prace porządkowe. Podczas odbioru nie byli obecni przedstawiciele inwestora, nie sporządzono również żadnego opisu prac wykonanych przez powoda. Istniejący dokument nazywany dziennikiem budowy był wewnętrznym dokumentem pozwanego, żadnego innego dziennika budowy, w rozumieniu przepisów prawa budowlanego, nie było.

Pismem z dnia 5 grudnia 2011 r. powód poinformował pozwanego, że roboty pomiarowe i projektowe w związku z usuwaniem szkód powodziowych zostały rozpoczęte natychmiast po przejęciu placu budowy, w dniu 9 listopada 2011 r. a 30 listopada 2011 r. rozpoczęto roboty budowlane.

Pismem z dnia 8 grudnia 2011 r. powód, powołując się na uregulowanie § 10 ust. 1 umowy, poinformował pozwanego o okolicznościach, które powodują opóźnienie w wykonaniu umowy i konieczność zmiany terminu zakończenia robót.

Wskazał, że zgodnie z umową zamawiający miał obowiązek przekazać pełny teren budowy, co zdaniem powoda oznacza przekazanie prawa do dysponowania tym terenem dla celów wykonania wszystkich niezbędnych robót budowlanych; w protokole z dnia 8 listopada 2011 r. dokonano natomiast jedynie przekazania terenu pod zaplecza i składowiska, pomijając obszary, które mogą być konieczne do objęcia projektem. Powód wniósł o przedłużenie terminu zakończenia robót na dzień 28 grudnia 2011 r.

Pismem z dnia 19 grudnia 2011 r. pozwany, powołując się na § 15 ust. 1 pkt c zawartej umowy, oświadczył, że odstępuje od umowy, z uwagi na fakt, że pomimo upływu terminu zakończenia robót, przedmiot umowy nie został zakończony do dnia złożenia oświadczenia. Jak podał pozwany zwłoka wykonawcy w wykonaniu obowiązków wynikających z umowy, dotyczących wykonania dokumentacji projektowej, przekroczyła 14 dni w stosunku do terminów uzgodnionych w harmonogramie rzeczowo – finansowym. Jednocześnie pozwany wezwał powoda do zapłaty kary umownej w wysokości 46.494,00 zł brutto tj. w wysokości odpowiadającej wartości 10% wynagrodzenia umownego brutto w terminie 14 dni od daty otrzymania wezwania.

W odpowiedzi powód skierował do pozwanego pismo, gdzie wskazał, że do niewypełnienia zobowiązań oraz do niezakończenia robót doszło na skutek zaniechań ze strony zamawiającego, a odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn za które odpowiada pozwany, jako zamawiający. Zaznaczył, że istnieją realne szanse na dokończenie robót w terminie umożliwiającym wykorzystanie dotacji rządowej. Powód podał, że ze względu na zaawansowanie prac w 90% należy je ukończyć. Zasugerował pozwanemu wycofanie oświadczenia o odstąpieniu od umowy oraz przystąpienie w ciągu kilku dni do odbioru końcowego i pełnego rozliczenia robót, deklarując gotowość do rozpoczęcia odbioru końcowego na dzień 28 grudnia 2011 r.

W chwili złożenia przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu od umowy, prace były wykonane w ok. 90%. Ilość ta została ustalona po wzięciu pod uwagę tych tylko elementów, które były wykonane w całości, zakończone i dające się zakwalifikować jako roboty budowlane wykonane. Wśród takich prac znalazły się m.in. stalowe kosze siatkowe, wypełnione kamieniami i ułożone na brzegu, tzw. gabiony. Rozmiar wykonanych prac został ustalony w sposób jedynie szacunkowy, dokładne jego określenie mogło nastąpić po sporządzeniu inwentaryzacji z udziałem obu stron.

Po dniu 21 grudnia 2011r. powód kontynuował prace budowlane, o czym informował inspektora A. K.. Ukończenie prac było niezbędne, ponieważ w przypadku ich zaniechania zniszczeniu uległyby już wykonane roboty budowlane. W dniu 27 grudnia 2011r. powód poinformował pozwanego o zakończeniu prac oraz wniósł o zapewnienie obecności inspektora nadzoru. Jednocześnie z zakończeniem prac opracował dokumentację powykonawczą.

Do spotkania z inspektorem A. K. doszło w dniu 28 grudnia 2011r. kiedy to zapoznała się ze stanem prac, jednakże odmówiła ich odbioru. Powód wezwał pozwanego do dokonania odbioru robót budowlanych., pismem z dnia 29 grudnia 2011 r.

Oceniając powyższe ustalenia faktyczne Sąd Okręgowy uznał, w pierwszej kolejności, że powództwo główne jest uzasadnione w całości – na zasadzie art. 647 k.c. Powód wykonał prace objęte umową i wykonał je niewadliwie, tym samym należy mu się uzgodnione w umowie wynagrodzenie. Sąd Okręgowy wskazał, że pozwany nie udowodnił, by prace wykonane przez powoda były złej jakości. Twierdzenia pozwanego w tym przedmiocie nie zostały poparte adekwatnymi wnioskami dowodowymi, tj. dowodem z opinii biegłego sądowego ds. budowlanych. Tymczasem tylko dowód z opinii biegłego sądowego mógłby przesądzić, że jakość tych prac była zła, albowiem do stwierdzenia takiej okoliczności wymagana jest wiedza specjalna.

Powództwo wzajemne jest bezzasadne z uwagi na nieskuteczność odstąpienia przez pozwanego (powoda wzajemnego) od łączącej strony umowy. Składając oświadczenie o z dnia 19 grudnia 2011 roku pozwany powołał się na ten zapis umowy, który uprawniał go do odstąpienia w razie opóźnienia się powoda w realizacji etapu umowy ponad 14 dni. Aby oświadczenie takie było skuteczne, wywodzi dalej Sąd Okręgowy, pozwany winien wykazać, że do dnia 14 grudnia 2011 r. dokumentacja projektowa nie została przez powoda wykonana. Jeśli natomiast, co miało miejsce w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, do opóźnienia doszło z przyczyn leżących po stronie (...) Zarządu Melioracji i (...) w K., nie mógł on skutecznie odstąpić od umowy. Już protokolarne przekazanie terenu budowy

nie zostało przez pozwanego wykonane należycie. Na dostarczonej przez pozwanego mapie nie oznaczono w sposób precyzyjny zakresu prac, a w szczególności wpuszczono wykonawcę na teren, który nie był własnością zamawiającego. Powód we własnym zakresie ustalał właścicieli poszczególnych nieruchomości, na których miały być prowadzone prace budowlane i wycinka drzew. Tym samym to pozwany ponosi winę za opóźnienie w wykonaniu przedmiotowej umowy. Sąd odwołał się do prezentowanego w orzecznictwie sądowym poglądu, zgodnie z którym zamawiający nie jest uprawniony do odstąpienia od umowy z powodu nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, jeśli nie współpracował z wykonawcą w wykonaniu zamówienia. Już z tych przyczyn odstąpienie przez pozwanego od łączącej strony umowy Sąd Okręgowy uznał za bezskuteczne.

Niezależnie od tego Sąd Okręgowy uznał, że brak podstaw do odstąpienia wynikał również stąd, że powód wykonał projekt w terminie, który nie uprawniał pozwanego do odstąpienia od umowy z powołaniem się na zapis jej §15 ust. 1 pkt c. Zgodnie z powołanym postanowieniem umowy, odstąpienie od niej było możliwe tylko, gdyby opóźnienie w opracowywaniu projektu przekroczyło 14 dni, a więc gdyby do dnia 14 grudnia 2011r. powód nie wykonał tej dokumentacji. Z dowodów zgromadzonych w sprawie wynika, że do dnia 14 grudnia 2011r. powód nie tylko wykonał projekt, ale zdążył go dwukrotnie przedstawić przedstawicielom pozwanego, dostosować do ich oczekiwań i przygotować trzy jego kolejne wersje.

Całość zgromadzonego w niniejszej sprawie materiału dowodowego zdaje się raczej wskazywać, że celem podejmowanych przez stronę pozwaną działań jest uchylenie się od obowiązku zapłaty. Działanie takie jest zadaniem sądu sprzeczne z art. 5 k.c. z zasadami współzycia społecznego Powód wykonał pracę w całości i bez usterek, do opóźnienia w wykonaniu umowy doszło z przyczyn leżących po stronie pozwanego, ale pozwany pomimo takiego stanu rzeczy nie chce zapłacić należnego wynagrodzenia. Na taką postawę pozwanego ma niewątpliwie wpływ okoliczność, iż niewykorzystane środki uzyskane z Unii Europejskiej musiał zwrócić, ale nie można z tego tytułu obciążać powoda. Sąd podkreślił ponadto, że nawet gdyby przyjąć, że pozwany skutecznie odstąpił od umowy, nie zwalniałoby go to z obowiązku zapłaty za wykonane roboty budowlane. Zasadniczo przyjmuje się, że zwrot wzajemnych świadczeń powinien nastąpić w naturze. Jak jednak wynika z art. 395 § 2 k.c. za świadczone usługi drugiej stronie należy się odpowiednie wynagrodzenie. Specyfikacja umowy o roboty budowlane wskazuje, że zrealizowanie procesu budowlanego uniemożliwia zwrot wzajemnych świadczeń w naturze. W niniejszej sprawie oczywistym jest, że w wyniku działania powoda w majątku pozwanego znalazło się przysporzenie, które nie może zostać zwrócone. Wartość tego przysporzenia została określona w umowie i odpowiada wartości roszczenia zgłoszonego w niniejszym pozwie.

Uznając zatem, że roszczenie powoda jest w całości zasadne, Sąd zasądził od strony pozwanej na rzecz strony powodowej dochodzona pozwem kwotę, wraz z ustawowymi odsetkami (art. 481 k.c.) i kosztami procesu (art. 98 k.p.c.) Sąd Okręgowy oddalił powództwo wzajemne, jako bezzasadne. Nieskuteczność odstąpienia od umowy powoduje, że pozwany nie nabył uprawnienia do żądania od powoda kary umownej. Ajko odstawi rozstrzygnięcia o kosztach powództwa wzajemnego Sąd Okręgowy wskazał również przepis art. 98 k.p.c.

**Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżyl w całości pozwany – powód wzajemny, zarzucając:**

1/ naruszenie przepisów prawa procesowego, a to:

a/ art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie granic wobodnej oceny dowodów, przez przyjęcie, że powód w terminie do dnia 14 grudnia 2011 r wykonał dokumentację projektową zgodnie z zakresem i wymogami określonymi w zawartej przez strony umowie z dnia 2 listopada 2011 r, w (...) i w (...) oraz, że opóźnienie w opracowaniu projektu nie przekroczyło 14 dni, podczas, gdy z istniejących w aktach sprawy dowodów wynika, że powód nie wykonał pełnego projektu do dnia 14 grudnia 2013 roku,

b/ art. 233 § 1 k.p.c. przez przyjęcie, że powód wykonał w około 90%-ach roboty budowlane w chwili złożenia przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu od umowy, podczas gdy nie wnika to z materiału dowodowego, a nadto przeprowadzone dowody wskazują, że w dacie oświadczenia o odstąpieniu powód wykonał znacznie mniejszy procent zleconych robót,

c/ art. 233 § 1 k.p.c. przez przyjęcie, że niewiarygodne są zeznania świadków A. K. i R. P., gdyż są to pracownicy jednostki organizacyjnej pozwanego i mają interes w rozstrzygnięciu sprawy na jego korzyść, przy równoczesnym uznaniu za w pełni wiarygodne zeznań świadków będących pracownikami powoda;

d/ art. 233 § 1 k.p.c. przez przyjęcie, że wyłącznie pozwany ponosi winę za opóźnienie w wykonaniu umowy z 2 listopada 2011 roku, że odstąpienie przez pozwanego od tej umowy jest bezskuteczne i że powód musiał kontynuować roboty budowlane po odstąpieniu od umowy przez pozwanego, gdy tymczasem powód zbyt późno, bo dopiero 27 dni po zawarciu umowy, uzyskał stosowne zgody na wycinkę drzew i pełnomocnictwa od osób fizycznych będących właścicielami działek wchodzących w skład terenu objętego umową – w sytuacji, gdy zgodnie z umową, to pozwany miał wykonać wszelkie czynności celem uzyskania decyzji zezwalających na wycinkę drzew kolidujących z robotami budowlanymi na potoku,

e/ art. 233 § 1 k.p.c. przez przyjęcie, że pozwany wpuścił powoda na teren nie będący własnością pozwanego oraz, że na dostarczonej mapie pozwany nie wskazał precyzyjnie zakresu prac, w sytuacji, gdy powód na etapie postępowania o zamówienie publiczne nie żądał od pozwanego w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych wyjaśnień dotyczących (...) i (...) odnośnie początku i końca 400 metrowego odcinka robót budowlanych na potoku B. a także nie występował do pozwanego o dostarczenie mu zgody osób trzecich na wejście na ich nieruchomości celem wykonania robót budowlanych oraz, że z protokołu przekazania powoedowi terenu budowy z dnia 8 listopada 2011 roku nie wynika wpuszczenie powoda na teren będący własnością osób trzecich,

f/ art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 308 k.p.c. przez oddalenie przez Sąd wniosku o dopuszczenie dowodu z dokumentacji zdjęciowej odcinka potoku B., na którym pozwany wykonywał roboty budowlane, obrazującej stan zaawansowania tych robót, wykonanej w dniu 16 grudnia 2011 r, z powodu niemożności ustalenia daty wykonania tych zdjęć, mimo iż na płycie CD zawierającej zdjęcia wskazana jest data ich wykonania (17.12.2011 r) i mimo, iż materiał ten ma znaczenie z uwagi na wpływ terminu do wykonania robót budowlanych w dniu 15 grudnia 2013 r; ponadto pominięcie dowodu z dokumentu przedłożonego przez pozwanego pod nazwą „dziennik budowy” w którym świadek A. K. – inspektor nadzoru pozwanego – dokonywała zapisów dotyczących istotnych kwestii związanych z terminami wykonywania poszczególnych prac przez powoda, zakresu tych prac, ich jakości i stopnia zaawansowania w różnych terminach, co świadek potwierdziła w swoich zeznaniach na rozprawie w dniu 11 czerwca 2012 r,

g/ art. 233 § 1 k.p.c. przez przyjęcie, że pozwany nienależycie współdziałał przy wykonywaniu umowy, podczas, gdy A. K. pracownik pozwanego każdorazowo opiniowała i uzgadniała przedkładane jej przez podwykonawcę powoda (E. W.) rozwiązania projektowe, o czym świadczą e-maile z tej firmy do pozwanego, w których przedkłada się poprawione wersje projektu;

2/ naruszenie przepisów prawa materialnego, a to:

a/ art. 627 k.c. przez brak zastosowania tego przepisu do dokumentacji projektowej, jaką miał wykonać powód, która zgodnie z łączącą strony umową i harmonogramem finansowo-rzeczowym, stanowiącym załącznik do umowy, stanowiła odrębny element umowy, miała być wykonana przez powoda do dnia 30 listopada 2011 r, została wyceniona w umowie na kwotę 64 940 zł, która miała być zapłacona przez pozwanego na podstawie wystawionej przez powoda faktury częściowej,

b/ art. 647 k.c. przez przyjęcie, że roboty budowlane zostały wykonane przez powoda w całości i bez usterek – w sytuacji, gdy powód na dzień 15 grudnia 2011 roku wykonał jedynie niewielki zakres robót, które były złej jakości, co obrazuje pominięta przez Sąd Okręgowy dokumentacja zdjęciowa przedłożona przez pozwanego a także wpisów w dokumencie pod nazwą dziennik budowy oraz zeznania świadków A. K. i R. P.,

c/ art. 395 k.c. przez przyjęcie przez Sąd, że zgodnie z tym przepisem nawet w razie skutecznego odstąpienia przez pozwanego od umowy z dnia 2 listopada 2011 r, co strony przewidziały w umowie, powodowi przysługuje pełne wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, odpowiadające wartości roszczenia zgłoszonego w pozwie, gdy



tymczasem z dowodów zgromadzonych w sprawie nie wynika, że powód wykonał wszystkie prace objęte umową z dnia 2 listopada 2011 r, (...)i (...).

Podnosząc powyższe zarzuty pozwany – powód wzajemny wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie I i II przez oddalenie powództwa głównego i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu za obie instancje oraz o zmianę zaskarżonego wyroku w punktach III i IV przez uwzględnienie powództwa wzajemnego i zasądzenie od pozwanego wzajemnego na rzecz powoda wzajemnego kosztów procesu za obie instancje.

Ewentualnie powód – pozwany wzajemny wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Wniósł też pozwany o rozpoznania niezaskarżalnych postanowień Sadu Okręgowego w przedmiocie oddalenia wniosków pozwanego o dopuszczenie dowodu z dokumentacji fotograficznej terenu budowy oraz z dokumentu pod nazwą dziennik budowy, prowadzonego przez inspektora nadzoru A. K..

Powód – pozwany wzajemny wniósł o oddalenie apelacji, przywołując w uzasadnieniu tego stanowiska podnoszone w tou całego postępowania twierdzenia i ocny prawne.

### **SĄD APELACYJNY ZWAŻYŁ CO NASTĘPUJE.**

Apelacja pozwanego – powoda wzajemnego okazała się uzasadniona w części.

Odniesienie się do poszczególnych zarzutów apelującego poprzedzić należy kilkoma uwagami na temat ciężaru dowodu w niniejszej sprawie, której przedmiotem rozpoznania były zasadniczo: roszczenie procesowe powoda – pozwanego wzajemnego o zapłatę wynagrodzenia za wykonanie umowy oraz roszczenie procesowe pozwanego – powoda wzajemnego o zapłatę kary umownej.

Powód dochodził zapłaty za wykonanie na rzecz pozwanego umowy z dnia 2 listopada 2011 r, to jest za wykonanie projektu technicznego oraz – w oparciu o ten projekt – robót budowlanych, zmierzających do usunięcia szkód powodziowych „na potoku B.” w I.. Ponieważ fakt zawarcia umowy oraz jej treść były pomiędzy stronami bezsporne, rzeczą powoda w niniejszej sprawie było wykazanie, że roboty objęte umową wykonał, zarówno jak chodzi o projekt techniczny jak i o roboty budowlane (art. 6 k.c. w zw. z art.627 k.c. i art. 47 k.c.). Dochodząc zapłaty kary umownej pozwany – powód wzajemny, winien był z kolei wykazać istnienie okoliczności faktycznych stanowiących podstawę do jej naliczenia. Wystarczyło zatem by pozwany wykazał fakt dłuższego niż 14 dni opóźnienia w wykonaniu umowy. Powód – pozwany wzajemny, chcąc uwolnić się od obowiązku zapłaty winien był wykazać, bądź to, że – wbrew twierdzeniom kontrahenta – umowę wykonał w terminie, albo – o ile doszło do opóźnienia w wykonaniu – że było ono następstwem okoliczności za które pozwany nie ponosi odpowiedzialności (art. 6 k.c. w zw. z 484 k.c. w zw. z art. 471 k.c.).

Trafnie wskazuje apelujący, że roszczenie powoda o zapłatę kwoty 464 940 zł, to w istocie dwa roszczenia: o zapłatę kwoty 64 940 zł, za wykonanie dokumentacji projektowej, oraz o zapłatę kwoty 400 000 zł, za wykonanie robót budowlanych. Powyższe wynika z treści harmonogramu rzeczowo finansowego, który stanowił integralną część umowy stron (por. § 2 ust. 2 i § 4 ust. 1 umowy). Wykonanie tej części umowy, która obejmowała roboty budowlane wzdłuż potoku B. w I., Sąd Okręgowy uznał za okoliczność między stronami bezsporną. Jest to stanowisko prawidłowe, Sąd trafnie odwołał się do oświadczenia złożonego przez pełnomocnika strony pozwanej na rozprawie w dniu 22 października 2012 roku (e-protokół z dnia 22 października 2012 roku, min. 00:56:53), gdzie podał on, iż nie kwestionuje wykonania przez powoda robót budowlanych opisanych w pozwie i w związku z tym sprzeciwia się zawartemu w pozwie wnioskowi powoda o dpuszczenie dowodu z opinii biegłego, przez co powód chciał dowodzić fakt wykonania robót budowlanych – zgodnie z umową. Apelujący stoi na stanowisku, że okolicznością faktyczną w sprawie istotną, było to, że w dacie upływu terminu wykonania umowy (15 grudnia 2011 roku) i w dacie odstąpienia przez pozwanego od umowy (19 grudnia 2011 roku), roboty budowlane przy regulacji potoku B. nie były zakończone – wykonano jedynie niewielka część prac i były one złej jakości. Dlatego też zarzuca Sądowi naruszenie prawa

procesowego przez oddalenie wniosków dowodowych z dokumentacji zdjęciowej i dokumentu „dziennika budowy”, którymi zamierzał wykazać stan zaawansowania prac w w/w datach. Zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Zła jakość prac nie stanowi okoliczności przedmiotowo istotnej w niniejszej sprawie a to w świetle twierdzeń i zarzutów procesowych stron. Pozwany nie zgłaszał żadnych roszczeń (z tytułu rękopisów za wady, czy też odszkodowawczych), dla oceny których wadliwość wykonanych przez powoda robót budowlanych miałyby znaczenie. W szczególności pozwany nie zgłosił zarzutu zmierzającego do obniżenia wynagrodzenia powoda w związku z wadliwym wykonaniem przez niego prac budowlanych. Niezależnie od tego prawidłowość bądź wadliwość prac budowlanych jest zagadnieniem wymagającym wiedzy specjalistycznej, tym samym ich wykazanie mogło nastąpić wyłącznie na podstawie dowodu opinii biegłego. Dokumentacja fotograficzna, niezależnie od tego czy opatrzona datą, czy też nie, nie jest dowodem zdatnym wykazać, że prace budowlane zostały wykonane wadliwie. Z kolei dokument nazywany przez apelującego „dziennikiem budowy” ma w tym przedmiocie ograniczony walor dowodowy. Dokument ten, zawierający zapiski A. K., inspektora nadzoru ze strony inwestora, ma charakter dokumentu prywatnego, i stanowi wyłącznie dowód na to, że osoba, która go podpisała złożyła oświadczenie określonej treści (art. 245 k.p.c.). Wiadomości specjalne konieczne są również do określenia stopnia zaawansowania prowadzonych przez powoda robót budowlanych w określonym momencie czasowym. Przedstawiona przez pozwanego dokumentacja fotograficzna mogłaby co najwyżej stanowić materiał pomocniczy dla biegłego opracowującego opinię. Dowodu z opinii biegłego pozwany nie wnioskował ani przed Sądem I instancji, ani w apelacji. Tym samym brak jest podstaw do uzupełnienia ustaleń Sądu Okręgowego w sposób oczekiwany przez pozwanego. Zresztą sam fakt niezakończenia robót budowlanych w dniach 15 grudnia 2011 r i 19 grudnia 2011 roku nie był kwestionowany przez powoda; sporne między stronami było jedynie jaki procent robót był w określonej dacie wykonany – okoliczność ta, jak zostanie wyjaśnione w dalszych rozważaniach nie jest istotna dla rozstrzygnięcia sporu.

Jak już wcześniej wspomniano to rzeczą powoda było wykazanie, że wykonał umowę również w tej części, która dotyczyła projektu technicznego. Z prawidłowych ustaleń Sądu wynika, że tę część umowy powód powód podzlecił podwykonawcy – przedsiębiorcy działającemu pod firmą (...) z W.. Pozwany w apelacji zarzuca Sądowi Okręgowemu naruszenie art. 233 § 1 k.p.c przez bezzasadne ustalenie, że powód do dnia 14 grudnia 2011 roku wykonał dokumentację projektową zgodnie z zkresem i wymogami określonymi w łączącej strony umowie. Twierdzi, że przedmiotowy projekt został pozwanemu przekazany w wersji niekompletnej, to jest brak było przedmiotów robót, specyfikacji technicznych, dokumentacji fotograficznej i informacji (...). Powyższe nie oznaczają jednak, iż powód projektu technicznego nie wykonał. O tym, że projekt został wykonany w taki sposób, że nadawał się do realizacji świadczy prima facie sam fakt zrealizowania w oparciu o niego robót budowlanych w potoku B. – co nie było kwestionowane przez pozwanego i znajduje potwierdzenie, między innymi, w zeznaniach świadka M. S., który pełnił funkcję kierownika przedmiotowej budowy. Potwierdzeniem tego, że projekt został wykonany przez powoda jest również relacja inspektora nadzoru A. K., która słuchana w charakterze świadka na rozprawie w dniu 11 grudnia 2013 roku podała: „przesłany w dniu 17 grudnia 2011 roku projekt uwzględniał wszystkie moje uwagi i zastrzeżenia (e-protokół (...):39:37). A zatem sam fakt wykonania projektu nie może budzić wątpliwości, jego niekompletność mogła ewentualnie rodzić po stronie pozwanego określone uprawnienia wynikające z nienależytego, wadliwego wykonania umowy przez kontrahenta. Jednakże z takich uprawnień (do odstąpienia od umowy obniżenia wynagrodzenia czy też odszkodowawczych – art. 637 k.c., art. 471 k.c.) pozwany nie korzystał w niniejszym procesie. Niezależnie od tego – jak trafnie podnosi powód w opowiedzi na apelację – materiał dowodowy nie wskazuje, by poza zastrzeżeniami natury technicznej zgłaszanymi przez A. K., które zostały uwzględnione w poprawionej wersji projektu, pozwany wzwał powoda do usunięcia innych usterek lub braków, np. przez dołączenie brakujących jego zdaniem dokumentów. W tych okolicznościach przyjęcie przez Sąd Okręgowy, że projekt techniczny został przez pozwanego wykonany niewadliwie jest – na potrzeby niniejszego procesu – prawidłowe, wadliwość dzieła i jego wpływ na wysokość należnego wynagrodzenia winien w sporze wykazać pozwany (art. 6 k.c. w zw. z art. 637 § 1 k.c.).

Nie są natomiast prawidłowe te ustalenia Sądu I instancji, z których wynikać ma, że pozwany wykonał projekt w terminie a zwłaszcza, że nastąpiło to już w dniu 30 listopada 2011 roku. Powód, na którym spoczywał ciężar dowodu w tym przedmiocie, nie wykazał, by wersja przesłana pozwanemu w tym dniu mogła być uznana za wykonanie umowy w tej części. Takie zeznania złożył co prawda świadek M. C., podając, że powód, jak chodzi o sporządzenie projektu,

wywiązał się ze wskazanego w umowie terminu 30 listopada 2011 roku. To oświadczenie świadka pozostaje jednak w sprzeczności z jego dalszymi zeznaniami, z których wynika, że konieczność uzyskania zgody właścicieli działek na wycinkę drzew wpłynęła na termin wykonania projektu – a zatem, wbrew temu co świadek podał wcześniej, doszło do opóźnienia. Opóźnienie w wykonaniu projektu przyznał też świadek J. D. – współpracujący z powodem przy realizacji umowy na przełomie listopada i grudnia 2011 roku. Zeznał o opóźnieniu kilkudniowym, choć nie sprecyzował tego stwierdzenia. Szczegółowej analizie wmagaly zeznania świadka A. K., którym Sąd Okręgowy, w sposób nieumotywowany należycie odmówił wiary. Świadek wskazuje, że dokumentacja przedstawiona jej do aprobaty w dniu 6 grudnia 2011 roku składała się jedynie z rysunków na których nie były naniesione współrzędne. Brak było części opisowej i mapy. Zdaniem świadka przedstawione prace nie mogły być uznane za projekt, w rozumieniu łączącej strony umowy. Niekompletne – jak chodzi o rozwiązania techniczne – były też rysunki przesłane świadkowi drogą mailową w dniu 9 grudnia 2011 r. Ze znajdującej się w aktach korespondencji mailowej wynika, że poprawiona wersja projektu była wysyłana przez podwykonawcę na adresy mailowe obu stron w dniu 13 grudnia 2011 roku, a opis techniczny – 14 grudnia 2011 r. Fakty te zostały objęte ustaleniami Sądu I instancji. Komplet dokumentów stanowiących projekt techniczny został wysłany do pozwanego pocztą w dniu 16 grudnia 2011 roku (dowód – odpis pisma powoda z dnia 16 grudnia 2011 roku; pozwany, zgodnie z oświadczeniem, otrzymał go w dniu 19 grudnia 2011 roku).

Uznając, że pozwany wykonał projekt w terminie, Sąd Okręgowy ustala, że już w dniu 30 listopada 2011 roku powód przedstawił pozwanemu projekt nadający się do realizacji. Poprawki i zmiany do niego wprowadzane były, zdaniem Sądu, z inicjatywy A. K., z tym że jej uwagi nie miały na celu usunięcia niezgodności projektu z (...), ale stanowiły wyrażenie „pewnych oczekiwań (...), które nie wynikały z (...). W ocenie Sądu Apelacyjnego zgromadzony materiał dowodowy nie dawał podstaw do sformułowania takich ocen. To powód, twierdząc, że swoje zdanie wykonał w dniu 30 listopada 2011 roku zgodnie z umową, winien to udowodnić. Należało zatem wykazać – co wymagało wiadomości specjalnych – że opracowanie złożone w dniu 30 listopada 2011 roku spełniało kryteria określone umową, a uwagi i poprawki zgłaszane przez inspektora nadzoru nie miały istotnego merytorycznego charakteru i nie znajdowały umocowania w umowie. Realizując bez żadnych zstrzeżeń oczekiwania inspektora powód pośrednio przyznawał, że wykonany w dniu 30 listopada 2011 roku projekt nie nadawał się do użytku i nie stanowił wykonania umowy. Dlatego też, w ocenie Sądu Apelacyjnego, w oparciu o dostępny w sprawie materiał brak było podstaw do przyjęcia, że powód wykonał projekt techniczny w terminie wynikającym z umowy.

Należy jednak pamiętać, że nie każde opóźnienie w wykonaniu umowy przez powoda zagrożone było odstąpieniem od umowy przez kontrahenta. Zgodnie z § 15 ust. c zamawiający nabywał uprawnienie do odstąpienia od umowy, gdy wykonawca opóźniał się o 14 dni w stosunku do terminów uzgodnionych w harmonogramie rzeczowo finansowym. A zatem pozwany – powód wzajemny nabył uprawnienie do odstąpienia od umowy o ile kontrahent nie wykonał dokumentacji projektowej do dnia 14 grudnia 2011 roku. Powód – pozwany wzajemny twierdzi iż do wykonania projektu technicznego doszło – co najmniej – w dniu 14 grudnia 2011 roku, tym samym odstąpienie od przez powoda wzajemnego od umowy nie było skuteczne. Argumentacja ta nie jest trafna. W świetle postanowień umowy stron wysyłanie kolejnych poprawek do projektu drogą mailową nie spełnia przesłanki wykonania projektu. W § 8 ust. 1 umowy strony postanowiły, że wykonawca przekaże zamawiającemu kompletne i zgodne z umową opracowanie projektowe w siedzibie zamawiającego w terminie jak w § 4 ust. 1 (tu do 30 listopada 2011 roku). Dopiero takie przekazanie zobowiązywało pozwanego do protokolarnego odbioru projektu. Wymogi dokumentacji projektowej zostały określone (...), strona 5 i 6. Projekt winien być sporządzony w czterech egzemplarzach, utrwalony na płycie CD, oraz zawierać szereg załączników. Taki projekt – choć według pozwanego wciąż niekompletny – powód wysłał do pozwanego dopiero w dniu 16 listopada 2011 r, a pozwany otrzymał w dniu 19 listopada 2011 roku (bezsporne).

W sferze ustaleń Sądu I instancji pozostają również te okoliczności, faktyczne, które zadecydowały o przyjęciu przez ten Sąd, iż to pozwany a nie powód ponosi odpowiedzialność za ewentualne opóźnienie w oddaniu przez powoda projektu. Okoliczności te nie były zresztą istotne w sytuacji, gdy Sąd Okręgowy przyjmował, że powód wykonał projekt techniczny w terminie wynikającym z umowy. Z uwagi na odmienną ocenę Sądu Apelacyjnego, okoliczności te nabierają znaczenia. Sąd Okręgowy ustalił treść § 10 umowy, który – co bezsporne – zobowiązywał każdą ze stron

do informowania kontrahenta o okolicznościach mających wpływ na wykonanie umowy. Sąd Okręgowy szczególnie akcentuje to, że w dokumentacji przedstawionej przez pozwanego powodowi nie zostało ujawnione, że część terenu, na którym miały być prowadzone roboty, stanowiła własność osób fizycznych, co przedłużyło prace projektowe, gdyż wymagało odnalezienia tych osób i uzyskania ich zgody na wejście na nieruchomości i na wycinkę drzew. Okoliczności powyższe są w zasadzie bezsporne i nie budzą wątpliwości. Nie są one jednak wystarczające do przyjęcia, że powód nie ponosi winy za opóźnienie w wykonaniu projektu. Trafnie podnosi apelujący, że z zapisów (...), stanowiących integralną część umowy, wynikało, że uzyskanie niezbędnych do realizacji zadania „uzgodnień, decyzji i opinii wymaganych odrębnymi przepisami” obciążało wykonawcę (bezsporne – str. 5 (...)). Przekazanie terenu nastąpiło w dniu 8 listopada 2011 r (bezsporne k. 90). Z dokumentu przekazania wynika m.in., że teren zaplecza budowy stanowi własność Gminy, Skarbu Państwa i „osób prywatnych”. Powód podpisał przedmiotowy protokół, tym samym wiedział, że w celu realizacji umowy będzie musiał uzyskać, co najmniej, zgodę na wejście na teren osób prywatnych. Tym samym będzie musiał zidentyfikować i odnaleźć te osoby. Powód uzyskał zgodę konieczną wycinkę drzew od (...) dopiero w dniu 29 listopada 2011 roku, a więc 21 dni po dokonaniu odbioru terenu robót, mając świadomość, że termin wykonania projektu technicznego upłył w dniu 30 listopada 2011 roku. W konsekwencji względem w/w J. S. i G. P., decyzje zezwalające na wycinkę drzew zostały wydane w dniu 2 grudnia 2011 roku a uprawomocniły się w dniu 16 grudnia 2011 roku. Jednakże decyzja zezwalająca na wycinkę drzew na nieruchomości Gminy I. wydana w dniu 7 grudnia 2011 roku uprawomocniła się dopiero 21 grudnia 2011 roku. Powyższe fakty nie usprawiedliwiają wniosków do jakich doszedł Sąd O., przyjmując, że do opóźnienia w wykonaniu projektu technicznego doszło wskutek okoliczności obciążających wyłącznie pozwanego. W ocenie Sądu Apelacyjnego powód nie wykazał w sposób nie budzący wątpliwości, że za przedmiotowe opóźnienie nie ponosi żadnej odpowiedzialności – co mogłoby podważyć skuteczność odstąpienia od umowy przez pozwanego (por. przytoczony przez Sąd Okręgowy wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2006 roku, I CSK 129/06, Lex 395223) a tak czy inaczej uniemożliwiłoby mu dochodzenie kary umownej za opóźnienie w wykonaniu projektu.

Ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego częściowo zmodyfikowane w sposób wskazany wyżej prowadzą do następujących wniosków na gruncie mających zastosowanie w niniejszej sprawie przepisów prawa materialnego.

Prawidłowy jest wyrok Sądu Okręgowego jak chodzi o uwzględnienie w całości powództwa głównego. Wątpliwości mogą jednak dotyczyć wyłącznie tego, który z przepisów prawa materialnego stanowić ma podstawę zapłaty wynagrodzenia, i to w sytuacji, gdy część robót budowlanych została wykonana już po odstąpieniu przez pozwanego od umowy, to jest po doręczeniu powodowi pisma pozwanego z dnia 19 grudnia 2011 roku, zawierającego oświadczenie o odstąpieniu. Zasadniczo w razie wykonania umownego prawa odstąpienia umowa uważana jest za niezawartą, stosownie do treści art. 395 § 2 k.p.c. Konsekwencją wykonania umownego odstąpienia od umowy jest wygaśnięcie stosunku prawnego ze skutkiem *ex tunc* i zniesienie dotychczasowego obowiązku świadczenia. Zgodnie z treścią w/w przepisu to, co strony świadczyły w wykonaniu umowy, ulega zwrotowi w stanie niezmienionym, chyba, że zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu. Jeśli w chwili odstąpienia umowa była już wykonana częściowo zachodzi konieczność uregulowania sytuacji stron - zwłaszcza rozliczenia się ze spełnionych świadczeń. Zwrot spełnionych świadczeń wzajemnych powinien w zasadzie być dokonany w naturze. Warto podkreślić, że w sytuacji gdy w konkretnej sytuacji nie jest to możliwe, przepis art. 395 § 2 k.c. nie sprzeciwia się innemu rozliczeniu stron, przyjmując, że za świadczone usługi oraz za korzystanie z rzeczy należy się drugiej stronie wynagrodzenie.

W ocenie Sądu Apelacyjnego specyfika niniejszej sprawy nakazuje przyjąć jeszcze inną podstawę dla określenia zasad wzajemnego rozliczenia się stron. Trzeba bowiem pamiętać, że kodeks cywilny zna ustawowe (art. 491-494 k.c.) i umowne (art. 395 k.c.) prawo odstąpienia od umowy. Ustawowe prawo odstąpienia uzasadnia zwłoka w lub niemożność wykonania obowiązania wskutek okoliczności za które ponosi odpowiedzialność strona zobowiązana. Umowne prawo do odstąpienia ma swoje źródło w odpowiednim zastrzeżeniu umownym i jest niezależne od wykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Jest to szczególne uprawnienie strony, która przez swe oświadczenie woli może unicestwić dwustronną czynność prawną. W orzecznictwie wskazuje się jednak, że w razie gdy w umowie zastrzeżono uprawnienie do odstąpienia od umowy na wypadek niewykonania zobowiązania w ściśle określonym terminie, o którym mowa w art. 492 k.c., wówczas art. 395 k.c. nie ma zastosowania. Prawo do odstąpienia

z art. 492 k.c. nie jest bowiem jest bowiem modyfikacją umownego prawa odstąpienia, ale modyfikacją ustawowego prawa odstąpienia (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt I ACa 424/13, Lex nr 1350448). Sąd Apelacyjny rozpoznający niniejszą sprawę podzielił powyższy pogląd, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż rozliczenie stron zasadniczo powinno nastąpić w oparciu o przepis art. 494 k.c. Z literalnego brzmienia powyższego przepisu również wynika, że świadczenie pozwanego powinno polegać na zwrocie wykonanego obiektu, co jednak z przyczyn oczywistych jest niemożliwe. Należy też pamiętać, że umowa o roboty budowlane jest umowa o charakterze ciągłym. W takim wypadku po wykonaniu prawa odstąpienia (czy to umownego czy ustawowego) nie jest możliwe przyjęcie takiego stanu jakby umowa nigdy nie została zawarta. Wykonanie takiej umowy rodzi bowiem określone skutki, których zniweczyć się nie da. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 marca 2004 r. IV CK 172/03 (OSNC 2005/3/56, OSP 2006/2/18, Biul.SN 2004/7/12, M.Prawn. 2005/2/103) przyjął, że świadczenie z umowy o roboty budowlane jest podzielne, bowiem z reguły można je spełnić częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu świadczenia. W takim wypadku skutkiem odstąpienia jest unicestwienie umowy na przyszłość (ex nunc), nie naruszające stosunku prawnego w zakresie spełnionego już świadczenia ciągłego (por. uzasadnienie wyroku SN z 8 października 2004 r., V CK 670/03, OSN 2005, Nr 9, poz. 162). A zatem podstawę wynagrodzenia za roboty wykonane do czasu odstąpienia byłby tu art. 627 k.c. i 647 k.c. Ponieważ pozwany nie może zwrócić świadczenia otrzymanego od powoda w takiej formie, winien zwrócić mu wartość uzyskanych od niego i zatrzymanych robót (budowlanych i stanowiącego ich integralną część projektu technicznego). Jest to ekwiwalent tej wartości, którą dla pozwanego przedstawiają wykonane prace a konkretnie ta jej część, którą powód wykonał do daty odstąpienia przez pozwanego od umowy. Świadczenie pieniężne jest podzielne. Należna powodowi kwota mogłaby więc zostać obliczona jako procent ustalonego przez strony wynagrodzenia ryczałtowego, równoważny proporcji w jakiej powód wykonał roboty do dnia odstąpienia.

Żądanie wynagrodzenia za prace budowlane wykonane po odstąpieniu od umowy zasadniczo może być rozważane wyłącznie w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Kontynuujący prace ma wówczas świadomość, że nie jest zobowiązany do świadczenia, z uwagi na rozwiązanie umowy. Zasadniczo więc nie może domagać się rozliczenia z pozwanym w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Jak wynika z treści art. 411 pkt 1 k.p.c. nie można żądać zwrotu świadczenia jeśli spełniający je wiedział, że nie był do niego zobowiązany. Mimo to, w ocenie Sądu Apelacyjnego, w realiach niniejszej sprawy pozwany winien zapłacić powodowi również za roboty wykonane po odstąpieniu od umowy. Jak wynika z prawidłowych i niekwestionowanych ustaleń Sądu I instancji, powód uznał, że istnieje konieczność dokończenia robót, gdyż ich przerwanie groziło wyrządzeniem szkody pozwanemu, jako inwestorowi. Ewentualna zmiana pogody (deszcze) mogły spowodować zniszczenie robót już wykonanych. Decyzja o zejściu z placu budowy w tych okolicznościach byłaby ekonomicznie nieracjonalna, zwłaszcza z punktu widzenia zamawiającego. Powyższe wynika jednoznacznie ze zgromadzonego materiału dowodowego, a to z zeznań świadka M. S. (k. 420/2), M. C. (k. 422), i J. D. (k. 423/2) – a więc osób bezpośrednio uczestniczącym w pracach budowlanych. Powyższej okoliczności pozwany nie przeczył, a rozpytywana w tym przedmiocie świadek inspektor nadzoru A. K. wprost przyznała, przerwanie robót mogło doprowadzić do szkody (dowód – zeznania e-protokół – 01:39:37). Jak wynika z dalszych niekwestionowanych ustaleń Sądu Okręgowego powód informował o kontynuowaniu robót inspektora nadzoru A. K.. Ustalenie te należy uzupełnić jedynie w ten sposób, że A. K. nie protestowała przeciwko kontynuowaniu prac. Bywała na terenie budowy. Dowodem na to są zeznania wymienionych wyżej świadków w tym A. K., która podała, „byłam tam 21 i 28 grudnia, z ciekawości co się tam dzieje” (dowód – zeznania, e-protokół (...):39:37). Logicznym jest więc wniosek, że pozwany miał świadomość możliwości nastąpienia nieodwracalnej szkody i w istocie był zainteresowany zakończeniem robót budowlanych. Wynika to również stąd, że pozwany wezwał powoda do zaprzestania prac dopiero w dniu 29 grudnia 2011 roku – kiedy, jak wynika z niekwestionowanych ustaleń Sądu I instancji, podstawowe roboty zostały już zakończone. Tego rodzaju działanie miało oczywiście pozorny charakter, w istocie bowiem pozwany godził się na prowadzenie robót po odstąpieniu od umowy. Powód działał bowiem z korzyścią dla zamawiającego i w celu odwrócenie grożącej zamawiającemu szkody. Żądanie zapłaty ma więc swoje źródło w dodatkowym porozumieniu stron (art. 353, 354 k.c.), bądź też, ostatecznie, w przepisach o prowadzeniu cudzych spraw bez zlecenia. Wobec biernej postawy A. K., oceniając sytuację rozsądnie, i – co istotne – zgodnie z zasadami współżycia społecznego, pozwany miał prawo przypuszczać, że kończąc roboty działa zgodnie z prawdopodobną wolą zamawiającego, gdyby ten oceniał swoje sprawy rozsądnie (art. 753 § 2 k.c.). W okolicznościach sprawy nawet działanie wbrew woli pozwanego nie pozbawiałoby powoda zwrotu uzasadnionych wydatków, ponieważ

działał w oczywistym interesie pozwanego, w celu odwrócenia niebezpieczeństwa szkody mu grożącej (por. art. 757, 754 k.c.).

Powyższe względy musiały doprowadzić do uwzględnienia powództwa głównego w całości. Na przeszkodzie wypłaty wynagrodzenia nie stoi brak odbioru robót przez pozwanego. Odmawiając odbioru, zarówno w części dotyczącej projektu technicznego, jak i robót budowlanych (zwłaszcza po wypowiedzeniu umowy), pozwany działał swoim obowiązkiem wynikającym z umowy stron. Zaniechanie to obciąża pozwanego i nie pozbawia powoda prawa do wynagrodzenia. Apelacja pozwanego w części w jakiej kwestionuje to prawo powoda jest bezzasadna i podlega oddaleniu. Podstawę rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego w tej części stanowi przepis art. 385 k.p.c.

Apelacja okazała się natomiast skuteczna w części dotyczącej oddalenia przez Sąd Okręgowy powództwa wzajemnego. Jak wynika ze zmienionych przez Sąd Apelacyjny ustaleń faktycznych i ocen, odstąpienie przez pozwanego od umowy spowodowane było opóźnieniem powoda w realizacji tego etapu umowy, który dotyczył wykonania projektu technicznego. Zgodnie z treścią § 12 ust. 1 umowy pozwany-powód wzajemny nabywał wówczas prawo do naliczenia kary umownej, obliczonej jako 10% wartości wynagrodzenia brutto, wskazanego w punkcie § 2 ust. 1. Uznać zatem należy, że pozwanemu przysługuje roszczenie o zapłatę kary umownej, na zasadach wynikających z art. 484 § 1 k.c. Wnosząc o oddalenie powództwa wzajemnego powód-pozwany wzajemny kwestionował wyłącznie zasadę naliczenia kary, podejmując próbę podważenia skuteczności odstąpienia od umowy przez zamawiającego. Nie zgłaszał zarzutów wymierzonych w samą wysokość tego świadczenia, to jest nie kwestionował przyjętej przez powoda podstawy naliczenia kary, nie wnosił też o jej miarkowanie stosownie do wymogi z art. 384 § 2 k.c. W aktualnym orzecznictwie sądowym utrwalili się poglądy, że rozważanie czy kara umowna nie jest zawyżona musi być poprzedzone wnioskiem strony o miarkowanie takiej kary (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2010 r., IV CSK 494/09, Lex nr 653773). Sąd nie jest władny dokonywać takich ocen z urzędu.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w punkcie III w sposób wskazany w sentencji. Na rzecz powoda wzajemnego od pozwanego wzajemnego zasądzono koszty procesu w wysokości 4 725 zł (2325 zł – opłata od pozwu, 2400 zł – wynagrodzenie radcy prawnego). Podstawę tego rozstrzygnięcia stanowi przepis art. 386 § 1 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono w oparciu o przepis art. 100 k.p.c. Koszty poniesione przez powoda to opłaty za udział w postępowaniu apelacyjnym radcy prawnego (5400 powództwo główne i 1800 zł. powództwo wzajemne). Koszty należne powodowi od pozwanego to kwota 5400 zł tytułem wynagrodzenia radcy prawnego w części dotyczącej powództwa głównego. Pozwanemu powód winien zwrócić koszty opłaty od apelacji w jej uwzględnionej części (2 325 zł) wynagrodzenie radcy prawnego w tej części. Podstawę rozstrzygnięcia stanowi przepis art. 100 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c.