

Sygn. akt I ACa 1217/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 grudnia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Paweł Rygiel
Sędziowie:	SSA Andrzej Struzik (spr.) SSA Robert Jurga
Protokolant:	st.sekr.sądowy Urszula Kłosińska

po rozpoznaniu w dniu 8 grudnia 2015 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Sp. z o.o. w P.**

przeciwko (...) **S.A. w K.**

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 22 maja 2015 r. sygn. akt IX GC 331/14

- 1. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie I w ten sposób, że oddala powództwo także w części tym punktem objętej oraz w punkcie IV w ten sposób, że znosi wzajemnie między stronami koszty procesu;**
- 2. oddala apelację strony powodowej;**
- 3. zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 36 656zł (trzydzieści sześć tysięcy sześćset pięćdziesiąt sześć złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

SSA Andrzej Struzik SSA Paweł Rygiel SSA Robert Jurga

Sygn. akt I ACa 1217/15

UZASADNIENIE

Powód (...) Sp. z o.o. w P. w pozwie skierowanym przeciwko (...) S.A. w K. domagał się zasądzenia kwoty 1.336.913,08 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 31 maja 2013 r. oraz z kosztami procesu. Dochodzona kwota stanowiła

niezapłaconą przez stronę pozwaną część wynagrodzenia za prace projektowe i roboty budowlano-montażowe wykonywane na podstawie umowy zawartej ze stroną pozwaną przez M. B., którego następcą prawnym jest powód, a dotyczące dostosowania linii (...)do pracy przy temperaturze 80°C i przewodu odgromowego skojarzonego ze światłowodem do pracy przy temperaturze 40°C. Powód powoływał, że jakkolwiek pierwotnie ustalono w umowie termin zakończenia prac na 30 listopada 2012 r., to na skutek opóźnień w akceptacji dokumentacji projektowej po stronie pozwanego w marcu 2013 r. strony zawarły porozumienie przesuwające termin na 31 maja 2013 r. i w tym terminie powód prace zakończył, a pozwany prace odebrał. Pomimo tego pozwany zapłacił powodowi jedynie kwotę 2.460.000 zł, odmawiając zapłaty pozostałej części umówionego wynagrodzenia, to jest kwoty dochodzonej pozwem. W toku procesu powód cofnął pozew co do kwoty 632.074,12 zł, na skutek zapłaty tej kwoty przez pozwanego, domagając się nadal odsetek od tej kwoty od dnia 31 maja do dnia 9 grudnia 2013 r., kiedy zapłata ta miała miejsce.

Pozwany wnosił o oddalenie pozwu zarzucając fakt dokonania zapłaty wyżej wskazanej kwoty 632.074,12 zł w dniu 9 grudnia 2013 r., a nadto twierdząc, że powód był w zwłoce z wykonaniem prac, które ostatecznie zakończył dopiero w dniu 13 września 2013 r. dostarczając pozwanemu prawidłowo wykonane pomiary pola elektromagnetycznego, do czego był zobowiązany umową, co spowodowało naliczenie przez pozwanego i potrącenie z wynagrodzeniem powoda kary umownej w kwocie 394.878,96 zł. Nadto stosownie do umowy powód był zobowiązany do ustanowienia służebności dla 27 stanowisk słupowych, jednak 21 służebności nie ustanowił. Skoro powód przewidział w kosztorysie kwotę 14.760 zł za ustanowienie każdej służebności, to uprawniało to pozwanego do obniżenia należnego powodowi wynagrodzenia o kwotę 309.960 zł, stanowiącą przewidziane wynagrodzenie za ustanowienie 21 służebności.

Wyrokiem z dnia 22 maja 2015 r. Sąd Okręgowy w Krakowie zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 625.103,85 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 14 października 2013 r. do dnia zapłaty oraz odsetki ustawowe od kwoty 632.074,12 zł od dnia 14 października 2013 r. do dnia 9 grudnia 2013 r., umorzył postępowanie w zakresie kwoty 632.074,12 zł, w pozostałym zakresie powództwo oddalił i zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 31.256 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Uzasadniając powyższy wyrok sąd I instancji wskazał następujące okoliczności jako bezsporne:

- strony zawarły umowę na wykonanie prac projektowych i robót budowlano-montażowych, której przedmiotem było opracowanie dokumentacji projektowej na dostosowanie przewodów roboczych linii (...)do pracy przy temperaturze 80 °C i przewodu odgromowego skojarzonego ze światłowodem do pracy przy temperaturze 40 °C, przy czym umowa została pierwotnie zawarta przez M. B. prowadzącego działalność gospodarczą jako osoba fizyczna, a obecnie uprawnionym i zobowiązanym z ww. umowy jest (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P.;
- strony ustaliły w umowie wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 3 086 921,20 zł netto;
- pozwany zapłacił kwoty 2 469 536,96 zł i w dniu 9 grudnia 2013 r. 632 074,12 zł.

Nadto sąd I instancji ustalił następujące fakty:

Warunkiem prawidłowego wykonania umowy było alternatywnie: ustanowienie służebności lub uzyskanie zgody właścicieli. Powód doprowadził do ustanowienia 4 służebności, a w pozostałych 21 wypadkach uzyskał zgody właścicieli na eksploatację linii.

Strony zgodnie ustaliły dzień 31 maj 2013 r. jako termin realizacji prac, odmienny od przewidzianego pierwotnie w umowie. W ww. terminie powód wykonał prace bezpośrednio związane z modernizowaną linią. W rezultacie odbioru prac przeprowadzonym w dniu 31 maja 2015 r. linia wróciła do eksploatacji, przy czym w dotychczasowym zakresie – to jest tak jak przed modernizacją. W czerwcu 2013 r. powód wykonywał prace na linii średniego napięcia, które były powiązane z realizacją przedmiotowej inwestycji – były to prace dotyczące tzw. skablowania modernizowanej linii i linii średniego napięcia, a obowiązek wykonania tych prac był przewidziany zarówno w umowie, jak i porozumieniu. W dniu 13 września 2013 r. powód dostarczył pozwanemu prawidłowe wyniki pomiarów umożliwiających wykorzystanie linii w zmodernizowanym zakresie.

Ustalenia powyższe sąd I instancji poczynił na podstawie dokumentów i korespondencji stron oraz zeznań świadków i prezesa zarządu powodowej spółki (...).

Sąd Okręgowy stwierdził, że okolicznościami kluczowymi dla rozstrzygnięcia sprawy są: wykładnia umowy w zakresie ustalenia, czy do prawidłowego jej wykonania niezbędne było ustanowienie służebności przesyłu, czy też wystarczające było uzyskanie zgody właścicieli nieruchomości na eksploatację linii oraz terminy zakończenia inwestycji i przyczyny ewentualnego opóźnienia. Odnosząc się do pierwszej z tych kwestii sąd I instancji przyjął, że w świetle postanowień umowy wystarczającym było uzyskanie zgód właścicieli nieruchomości, nie było natomiast niezbędnym doprowadzenie do ustanowienia służebności przesyłu, a wniosek taki wyprowadził z literalnego brzmienia § 2 umowy stwierdzającego, że wymagane jest ustanowienie służebności przesyłu lub uzyskanie zgód. Takiego postanowienia umowy nie można rozumieć w ten sposób, że uzyskanie zgody właścicieli nieruchomości na eksploatację linii nie stanowi prawidłowego wykonania umowy. Sąd przyjął, że wobec jednoznacznego brzmienia umowy nie ma znaczenia treść odpowiedzi na pytania uczestników przetargu, gdyż jakiegokolwiek oświadczenia złożone przed zawarciem umowy, sprzeczne z jej treścią, nie mogą mieć pierwszeństwa przed jednoznaczną treścią danego postanowienia umownego. W konsekwencji sąd uznał za wiarygodne zeznania prezesa zarządu powodowej spółki, że realizując umowę strony miały świadomość, iż powód albo winien doprowadzić do ustanowienia służebności przesyłu albo uzyskać zgody od właścicieli nieruchomości.

Terminy realizacji prac zostały ustalone przez Sąd Okręgowy na podstawie dokumentów, z których dowód sąd przeprowadził, a to umowy i późniejszego pisemnego porozumienia z dnia 27 marca 2013 r., faktur oraz pism i protokołów odbioru. Co do zeznań świadków sąd stwierdził, że nie są one wiarygodne co do wadliwości dokumentacji projektowej w tym zakresie, w jakim z zeznań tych wynikałoby, że opóźnienia po stronie pozwanego nie miały wpływu na proces wykonywania projektu przez powoda. Za wiarygodne sąd uznał natomiast zeznania świadków odnośnie problemów z uzyskaniem od powoda prawidłowo wykonanych pomiarów pola elektromagnetycznego. Odnosząc się do zeznań M. B., składanych za powodową spółkę, Sąd Okręgowy dał im wiarę w części dotyczącej wykładni umowy, trudności we współdziałaniu z pozwanym w procedurze weryfikacji i akceptacji dokumentacji projektowej oraz odbioru prac w dniu 31 maja 2013 r., zastrzegając, że po tym terminie trwały prace dotyczące skablowania linii średniego napięcia. Sąd odmówił natomiast wiary tej części jego zeznań, w których twierdził on, że rzekome problemy z pomiarami pola elektromagnetycznego wiązały się wyłącznie z formą graficzną wyników tych pomiarów.

W swych rozważaniach Sąd Okręgowy stwierdził, że skoro umowa dopuszczała alternatywnie ustanowienie służebności przesyłu lub uzyskanie zgód właścicieli nieruchomości, a zgody takie zostały uzyskane, to bezpodstawnym było obniżenie wynagrodzenia z tytułu nieustanowienia służebności. Sąd wskazał przy tym, że kwota 309.960 zł, o którą pozwany obniżył wynagrodzenie powodowi, została prawidłowo wyliczona, jednak obniżenie wynagrodzenia nie było dopuszczalne co do zasady.

Zarzut potrącenia kary umownej sąd I instancji uznał za uzasadniony tylko co do kwoty 79.735,11 zł, to jest kary umownej za opóźnienie w okresie od 24 sierpnia do 13 września 2013 r. Odnośnie opóźnienia za okres od dnia 1 grudnia 2012 r. do dnia 31 maja 2013 r. sąd odwołał się do pisemnego porozumienia stron z dnia 27 marca 2013 r., którym strony przedłużyły termin realizacji umowy do 31 maja 2013 r. Sąd uznał, że porozumienie to stanowi w istocie aneks do umowy, modyfikujący jej treść. Skoro strony pozostawiają postanowienia dotyczące kar umownych, a modyfikują postanowienia dotyczące terminu wykonania umowy, to nie można tej zmiany traktować inaczej, jak tylko jako przyjęcie, że brak jest podstaw do nałożenia kar umownych za okres pomiędzy pierwotnie ustalonym terminem oddania prac a terminem wynikającym z tego porozumienia. W konsekwencji początkową datą ewentualnego opóźnienia może być dopiero dzień 1 czerwca 2013 r., a końcową dzień przekazania przez powoda pozwanemu prawidłowo sporządzonych pomiarów pola elektromagnetycznego, to jest 13 września 2013 r. Wykonywane w czerwcu 2013 r. prace dotyczące skablowania linii średniego napięcia i modernizowanej linii (...) były pracami powiązаныmi z modernizacją, a obowiązek ich wykonania był przewidziany zarówno w umowie, jak i w porozumieniu. Sąd wskazał, że sam pozwany nie uznaje za opóźnienie okresu od 1 czerwca do 5 lipca 2013 r. i zaczyna obliczać opóźnienie od dnia 6 lipca 2013 r. Nie można jednak powoda obciążać konsekwencjami opóźnienia w okresie

od 6 do 31 lipca, gdyż to sam pozwany zwrócił się do powoda o przesunięcie czynności odbiorowych na koniec lipca. Sam pozwany przyznaje też, że powód nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie w okresie 22 lipca do 23 sierpnia 2013 r. W konsekwencji zasadnym jest przyjęcie opóźnienia powoda dopiero od dnia 24 sierpnia 2013 r. W rezultacie sąd I instancji zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 625.103,85 zł stanowiąca różnicę pomiędzy wciąż niezapłaconą częścią umówionego wynagrodzenia, to jest kwotą 704.838,96 zł i karą umowną w wysokości 79.735,11 zł.

Jako podstawę orzeczenia o kosztach procesu sąd I instancji powołał art. 100 k.p.c.

Wyrok powyższy został zaskarżony przez obie strony.

Powód zaskarżył wyrok w części oddalającej powództwo domagając się jego zmiany poprzez zasądzenie dalszej kwoty 79.735,11 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 14 października 2013 r. do dnia zapłaty, ewentualnie jego uchylenia w zaskarżonej części i przekazania sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania. Zaskarżonemu wyrokowi powód zarzucił naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i nierozważenie całego zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz ocenę z przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów poprzez uznanie za wiarygodne zeznań świadków w zakresie, w jakim dotyczyły one rzekomych problemów z uzyskaniem od powoda prawidłowo przeprowadzonych pomiarów pola elektromagnetycznego, w sytuacji gdy odmiennie zeznania złożył prezes zarządu powodowej spółki oraz naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewskazanie w uzasadnieniu przyczyn, dla których sąd I instancji uznał zeznania tych świadków za wiarygodne odmawiając wiary zeznaniom M. B..

Pozwany zaskarżył wyrok w części uwzględniającej powództwo oraz zasądzającej od niego na rzecz powoda częściowy zwrot kosztów procesu wnosząc o jego zmianę poprzez oddalenie powództwa oraz obciążenie powoda kosztami postępowania za obie instancje. Zaskarżonemu wyrokowi pozwany zarzucił naruszenie przepisów art. 233 i art. 328 § 2 k.p.c. przez dokonanie dowolnej oceny całości materiału dowodowego, bez jego wszechstronnego rozważenia i błędne przyjęcie:

- że zawartym w marcu porozumieniem strony ustaliły nowy termin zakończenia robót;
- pominięcie pkt 3 porozumienia z dnia 27 marca 2013 r. podtrzymującego pierwotny termin zakończenia robót, rozgraniczającego kwestię wykonania robót zamiennych i określający, że powód pozostaje w zwłoce od dnia 1 grudnia 2012 r.;
- że treść umowy należy odczytywać w sposób literalny, z pominięciem innych dowodów i wynikających z nich oświadczeń woli i wiedzy stron;
- uznanie za kluczowe wyłącznie treści umowy i porozumienia, pomimo że odmienna realizacja umowy wskazywała na podejmowanie przez strony uzgodnień i działań wykraczających poza te ramy;
- przyznanie wiary twierdzeniom powoda co do jego interpretacji obowiązków wynikających z umowy;
- uznanie, że prace związane ze skablowaniem linii średniego napięcia wynikały zarówno z umowy wiodącej, jak i z porozumienia, podczas gdy ich podstawa było wyłącznie porozumienie;
- bezkrytyczne przyznanie wiary powodowi co do swobody wyboru pomiędzy obowiązkiem uzyskania zgód właścicieli lub służebności;
- bezkrytyczne przyznanie wiary twierdzeniom powoda odnośnie niewykonania prac projektowych w terminie z przyczyn leżących po stronie pozwanego;
- brak uzasadnienia odmowy wiary świadkom przesłuchanym na wniosek pozwanego co do uchybień i wad w dokumentacji projektowej oraz pracach budowlano-montażowych;

- niewyjaśnienie wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy polegających na rozbieżności pomiędzy § 2 ust. 2 umowy w kontekście treści warunków zamówienia, oferty wykonawcy;
- niewyjaśnienie okoliczności faktycznych związanych z występującymi opóźnieniami, w szczególności niezwyfikowanie oświadczeń stron co do ilości dni opóźnienia;
- niewyjaśnienie okoliczności faktycznych związanych z wprowadzeniem w pkt 3 porozumienia z marca 2013 r. zapisu o pozostawaniu powoda w zwłoce od dnia 1 grudnia 2012 r.;
- błąd w ustaleniu faktycznych, że prace na linii średniego napięcia polegały na skablowaniu tej linii i linii (...), podczas gdy ta ostatnia nie była kablowana;
- błąd w ustaleniach faktycznych polegający na wadliwej interpretacji okresu od 3 kwietnia do 31 maja 2013 r. jako zmiany terminu wykonania robót wynikającego z § 3 ust. 4 umowy wiodącej.

Nadto pozwany zarzucił:

- naruszenie art. 232 w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. polegające na wadliwym dokonaniu oceny wykonania prac przez powoda w sytuacji braku wiedzy specjalistycznej w tym zakresie;
- naruszenie art. 65 oraz art. 385² k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na wadliwej interpretacji zapisów umowy w oparciu o jej dosłowne brzmienie;
- naruszenie art. 60 w zw. z art. 65 § 2 k.c. poprzez ich niezastosowanie wyrażające się w przyjęciu, że umowa wraz z porozumieniem z dnia 27 marca 2013 r. stanowiły wyłączną i ostateczną podstawę wzajemnych zobowiązań stron, podczas gdy zebrany materiał wskazuje na odmienne dodatkowe ustalenia stron;
- naruszenie art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. polegające na uznaniu przez sąd za prawidłowe wykonanie prac powoda i danie wiary jego zeznaniom, w sytuacji zanegowania tego faktu przez pozwanego i nieprzedłożenia przez powoda na tę okoliczność żadnego dowodu.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda jest bezzasadna. Powód kwestionuje ocenę dowodów prowadzącą sąd I instancji do ustalenia, że pozostawał on w zwłoce w odniesieniu do wykonania obowiązku przedłożenia pozwanemu pomiarów pola elektromagnetycznego wokół modernizowanej linii energetycznej, twierdząc, że sąd I instancji bezzasadnie uznał za wiarygodne twierdzenia siedmiorga świadków dotyczące tej kwestii, w sytuacji gdy zeznania prezesa zarządu powodowej spółki były od nich odmienne. Istotnie sąd I instancji zdawkowo przedstawił ocenę wiarygodności zeznań świadków i strony powodowej koncentrując się na wyjaśnieniu zakresu, w którym jego zadaniem zeznania te są wiarygodne, a w którym wiary tej im odmawia. Strona powodowa nie przeczyła jednak, że kolejne wersje wyników pomiarów przedstawiała stronie pozwanej aż do dnia 13 września 2013 r. i nie przedstawiła żadnego dokumentu, z którego wynikałoby, że przed tą datą strona pozwana odebrała wyniki tych pomiarów dostarczone przez stronę powodową uznając je za poprawnie wykonane. W konsekwencji niewątpliwym jest, że wcześniej przedstawiane wyniki pomiarów budziły zastrzeżenia strony pozwanej. Wszyscy przesłuchiwani świadkowie, za wyjątkiem świadka C. Ś., który na ten temat w ogóle się nie wypowiada, zgodnie zeznają, że pomiary pola elektromagnetycznego wokół linii nie zostały przez powoda należycie wykonane. Powód w apelacji twierdzi, że w zeznaniach tych są rozbieżności, jednak nie wskazuje, na czym rozbieżności te miałyby polegać. Sąd Apelacyjny rozbieżności takich nie dostrzega. Jedyne co różni zeznania świadków, to okoliczność, iż świadek G. P. bardziej szczegółowo podaje, na czym wadliwość wykonywanych przez powoda pomiarów polegała, zaś wiedza pozostałych świadków jest bardziej ogólna. Okoliczność ta w żaden sposób nie może podważać wiarygodności zeznań, gdyż jest oczywiste, że zakres obowiązków zawodowych świadków a także zdolność zapamiętywania może prowadzić to tego rodzaju różnic. W konsekwencji zeznania tych świadków należy uznać za zgodne i dać im wiarę co do wyżej wskazanego faktu.

Ciężar dowodu wykonania zobowiązania spoczywa na powodzie, jako wykonawcy. Umowa zawarta przez strony w dniu 8 marca 2012 r. jednoznacznie nakładła na wykonawcę obowiązek przedstawienia w dniu zgłoszenia gotowości do odbioru robót budowlano-montażowych dokumentacji powykonawczej obejmującej między innymi wyniki pomiarów pól elektromagnetycznych (umowa k. 53-54). Z protokołu częściowego odbioru prac, który miał miejsce 31 maja 2013 r., jednoznacznie wynika, że należy jeszcze wykonać m.in. pomiary pola elektromagnetycznego zgodnie z obowiązującym rozporządzeniem (k. 69). Nie budzi zatem wątpliwości, że do tego czasu prace budowlano-montażowe nie zostały zakończone w zakresie przewidzianym w umowie. Ustalenie, czy przedstawiane później przez powoda wyniki pomiarów odpowiadały obowiązującym normom, wymaga wiadomości specjalnych z zakresu elektroenergetyki, a zatem, wobec sporności tej okoliczności, mogłaby ona zostać ustalona wyłącznie na podstawie opinii biegłego. Powód nie zgłaszał stosownego wniosku w tym zakresie, a zatem faktu tego nie udowodnił.

Powód odwołuje się też do faktu, że pozwany dysponował pomiarami pola wykonanymi na jego zlecenie przez osobę trzecią już w sierpniu 2013 r. Zarzut ten nie może zostać uznany za zasadny. Po pierwsze sąd I instancji takich ustaleń nie poczynił, a zabrany w sprawie materiał dowodowy daje wprawdzie podstawy do przyjęcia, że pozwany z uwagi na zwłokę pozwanego zlecił innemu podmiotowi wykonanie tych pomiarów, jednak brak jednoznacznych dowodów, kiedy wyniki tych pomiarów uzyskał. Ponadto fakt taki w żaden sposób nie wpływa na zakres obowiązków powoda.

W konsekwencji powyższych wywodów brak jest podstaw do zakwestionowania ustalenia sądu I instancji odnośnie niewykonania przez powoda przed dniem 13 września 2013 r. obowiązku dostarczenia pozwanemu wyników prawidłowo przeprowadzonych pomiarów pola elektromagnetycznego. Przesądza to uznanie apelacji powoda za bezzasadną i jej oddalenie na podstawie art. 385 k.p.c.

Apelacja pozwanego w bardzo drobiazgowy sposób rozbija zarzuty na szereg odrębnych punktów, jednak w istocie wszystkie one koncentrują się wokół kwestii wykładni umowy zawartej przez strony w dniu 8 marca 2012 r. (określanej w apelacji jako: „umowa wiodąca”) w odniesieniu do kwestii obowiązku wykonawcy ustanowienia służebności przesyłu, wykładni porozumienia zawartego przez strony w dniu 27 marca 2013 r. odnośnie kwestii wskazanego w tym porozumieniu terminu zakończenia prac oraz pozostawania wykonawcy w zwłoce, kwestii istnienia i wpływu opóźnienia w akceptacji przez pozwanego dokumentacji projektowej na opóźnienie w wykonaniu prac budowlano-montażowych, a także istnienia podjętych po zawarciu umowy uzgodnień dotyczących wykonania umowy.

Odniesienie się do apelacji pozwanego wymaga w pierwszej kolejności poczynienia dalszych ustaleń faktycznych, pominiętych przez sąd I instancji, a znajdujących podstawę w materiale dowodowym przez tamten sąd zebrany. W szczególności w odniesieniu do okoliczności dotyczących zawarcia umowy z dnia 8 marca 2012 r. ustalić należy, że pozwany w celu zawarcia umowy ogłosił przetarg, stosując odpowiednio zasady zawierania umów w trybie zamówień publicznych, a ogłaszając ten przetarg przedstawił specyfikację warunków zamówienia, załącznikiem do której był opis przedmiotu zamówienia i projekt umowy. W opisie przedmiotu zamówienia, w punkcie II.1 zawarł stwierdzenie, że wykonawca zobowiązany jest do: „opracowania kompletnej dokumentacji projektowej (...) wraz z dokumentacją formalno-prawną – wymagane jest ustanowienie służebności przesyłu lub uzyskanie zgód na eksploatację linii” (dowód: specyfikacja warunków zamówienia k. 180). Treść § 2 ust. 2 projektu umowy była identyczna, jak treść tak samo oznaczonego postanowienia następnie zawartej umowy i powielala wyżej przytoczone stwierdzenie zawarte w specyfikacji warunków zamówienia (dowód: umowa k. 51 i projekt umowy k. 189). Wykonawcy biorący udział w postępowaniu przetargowym składali zapytania związane z tym postanowieniem, na które zamawiający udzielał odpowiedzi, kierując je do wszystkich wykonawców biorących udział w tym postępowaniu. Odpowiadając na te pytania pozwany wskazał, że wymaga ustanowienia służebności przesyłu dla stanowisk słupowych, które będą wymienione na nowe, nie wymaga natomiast ustanowienia służebności przesyłu na całej trasie linii, służebności przesyłu mają zostać ustanowione przy zachowaniu formy aktów notarialnych, a koszt ustanowienia tych służebności jest po stronie wykonawcy. Zamawiający stwierdził też, że oczekuje ustanowienia służebności przesyłu dla stanowisk słupowych, które podlegają wymianie, za wyjątkiem terenów będących w zasobach Lasów Państwowych, a w pozostałym zakresie zgód właścicieli gruntu (dowód: odpowiedzi na pytania wykonawców k.

166-167). Poprzednik prawny powoda M. B. składając ofertę dołączył do niej jako załącznik kosztorys ofertowy, w którym wyliczył koszty ustanowienia służebności przesyłu dla 27 stanowisk (dowód: kosztorys ofertowy k. 256).

Ustalić należy pominięty przez sąd I instancji w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, a stanowiący podstawę orzeczenia bezsporny fakt, iż umowa z dnia 8 marca 2012 r. ustalała termin oddania przez wykonawcę kompletnej dokumentacji projektowej na 22 czerwca 2012 r., a termin wykonania robót budowlano-montażowych na 30 listopada 2012 r. oraz za opóźnienie w wykonaniu całości przedmiotu umowy zastrzegala na rzecz zamawiającego karę umowną w wysokości 0,1% wartości brutto całego wynagrodzenia ryczałtowego (dowód: umowa k. 51 i 55).

W odniesieniu do treści porozumienia z dnia 27 marca 2013 r. ustalić należy, że w porozumieniu tym, zawartym między stroną pozwaną jako zamawiającym i M. B. jako wykonawcą nie wskazano nowego terminu zakończenia prac, ale ustalono, że potwierdzony przez (...) termin wyłączenia linii w celu wykonania robót budowlano-montażowych wyznaczony został na okres od 3.04 do 31.05.2013 r., że zamawiający dopuszcza skablowanie odcinków 20 kV kolidujących z linią(...)w przęsłach 6-7-8 jako roboty zamienne w stosunku do wymiany słupa nr 7 bez zmiany kwoty umownej i ustala się, że skablowanie linii nastąpi w terminie do 24.06.2013 r. Zawarto też stwierdzenie, że: „Powyższy termin nie ma wpływu na określony w umowie termin zakończenia prac na linii (...), pozostałe prawa i obowiązki wynikające z umowy, w tym uprawnienia zamawiającego do naliczenia kar umownych. Strony ustalają, że wykonawca pozostaje w zwłoce w wykonaniu umowy od dnia 1.12.2012 r.”, a także że: „Pozostałe warunki umowy pozostają bez zmian i łącznie z powyższymi zapisami są wiążące dla stron”. Podpisując powyższe porozumienie M. B. przy swoim podpisie umieścił zastrzeżenia o treści: „Niniejsze porozumienie ważne jest z oświadczeniem (...)z dnia 29.03.2013” i dołączył do porozumienia to jednostronne oświadczenie, w którym stwierdził, że jest gotowy do wykonania przedmiotu zamówienia od dnia 15 sierpnia 2012 r., w szczególności od tego dnia posiada zakupione słupy energetyczne, fundamenty, izolatory i inny niezbędny sprzęt do wykonania umowy (dowód: porozumienie k.65-66 i oświadczenie k. 67).

Powyższe ustalenia znajdują podstawy w niekwestionowanych przez żadną ze stron dokumentach przez nie przedkładanych, brak zatem było jakichkolwiek podstaw do kwestionowania wiarygodności tych dokumentów.

Przy uwzględnieniu korekty wynikającej z wyżej poczynionych ustaleń Sad Apelacyjny akceptuje ustalenia Sądu Okręgowego i przyjmuje je za podstawę swego orzeczenia. Zauważyć przy tym trzeba, że uzasadnienie zaskarżonego wyroku w sferze ustaleń faktycznych jest bardzo lakoniczne, natomiast istota spornych problemów dotyczy ich interpretacji w sferze wykładni woli stron i wynikających z tych ustaleń skutków prawnych.

Odnosząc się do zagadnień związanych z obowiązkiem pozyskania przez wykonawcę od właścicieli gruntów ustanowienia służebności przesyłu na nieruchomościach, na których postawione zostały nowe słupy, nie można się zgodzić z sądem I instancji, że jednoznaczna, literalna treść umowy z dnia 8 marca 2012 r. czyniła zbędnymi ustalenia dotyczące okoliczności jej zawarcia, mogących wskazywać na rzeczywistą wolę stron i prowadzić do ustalenia tej woli zgodnie ze stanowiskiem pozwanego, to jest w inny sposób, niż przyznający wykonawcy dowolność wyboru, czy doprowadzi on do ustanowienia służebności przesyłu, czy też zadowolony się uzyskaniem zgody właściciela gruntu na eksploatację linii. Przede wszystkim użycie w § 2 umowy w stosunku do tych obowiązków spójnika „lub” nie przesądza swobody wyboru po stronie wykonawcy. Nawet jeżeli takie sformułowanie mogłoby prowadzić do wniosku, że ustanowiono zobowiązanie przemienne, to trzeba zauważyć, że nie zawsze przy zobowiązaniu przemiennym wybór świadczenia należy do dłużnika. Przepis art. 365 § 1 k.c. przyznaje prawo wyboru dłużnikowi, o ile z czynności prawnej, z ustawy lub z okoliczności nie wynika, że uprawnionym do wyboru jest wierzyciel lub osoba trzecia. Skoro przy świadczeniu przemiennym z reguły nie jest wystarczające oparcie się na literalnej treści umowy, ale trzeba badać okoliczności, to norma ta może też służyć za regułę interpretacyjną w wypadku, gdy przy literalnym sformułowaniu umowy wskazującym na świadczenie przemienne stosunek prawny został ostatecznie ukształtowany już przy zawarciu umowy, gdyż strony uzgodniły jego ostateczną treść odnosząc poszczególne składniki alternatywy do poszczególnych części świadczenia. Z całą pewnością uznanie za zbędne badanie tych okoliczności z uwagi na literalne brzmienie dokumentu umowy narusza art. 65 § 2 k.c. normujący zasady wykładni umów. Powołany przepis daje prymat zgodnemu zamiarowi stron i celowi umowy przez jej literalnym brzmieniem, zaś 65 § 1 k.c. nakazuje przy

wykładni oświadczeń woli uwzględniać okoliczności, w których zostały one złożone. W konsekwencji nie można było odrzucić możliwości wykładni tego postanowienia umowy z uwagi na zawarte w dokumencie alternatywne określenie obowiązków dłużnika.

Odnosząc się do konkretnego przypadku i okoliczności zawarcia umowy zauważyć trzeba, że identycznej treści sformułowanie było zawarte w dokumentach towarzyszących ogłoszeniu przetargu, a to specyfikacji warunków zamówienia i projekcie umowy. Zatem alternatywa nie pojawiła się następnie, jako nowe postanowienie, co mogłoby stawić pod znakiem zapytania znaczenie wcześniejszych wyjaśnień zamawiającego. Ta alternatywa – ustanowienie służebności przesyłu lub uzyskanie zgody na eksploatację linii – od samego początku budziła wątpliwości potencjalnych wykonawców, o czym świadczą zadawane zamawiającemu pytania. Udzielane przez zamawiającego odpowiedzi, podawane wszystkim potencjalnym wykonawcom chcącym złożyć oferty, jednoznacznie przesądzały, których przypadków dotyczy obowiązek ustanowienia służebności (stanowisk słupowych, które będą wymienione na nowe, poza terenem Lasów Państwowych), a których zgoda na eksploatację linii (pozostałego zakresu, a zatem gruntów, przez które przebiega linia, ale na których nie wymieniono słupów na nowe oraz terenu Lasów Państwowych). W konsekwencji potencjalni oferenci w chwili składania ofert wiedzieli, jak rozumie zamawiający alternatywnie sformułowany obowiązek i jakich świadczeń będzie od nich oczekiwał. W korelacji do tego pozostaje dołączony do oferty M. B. kosztorys ofertowy, przewidujący koszty ustanowienia służebności przesyłu dla 27 stanowisk i określający związane z tym koszty na 315.000 zł. W pełnej korelacji z tymi dokumentami pozostają zeznania świadków A. S. i C. Ś., którzy jednoznacznie zeznają, że M. B. wiedział, że ma ustanowić służebności, jakkolwiek wymieniają ich liczbę jako 25 (taka liczba stała się ostatecznie podstawą roszczeń pozwanego w stosunku do powoda – 4 służebności ustanowione, za 21 nieustanowionych służebności pomniejszone wynagrodzenie). Odrębną kwestią jest, czy M. B. rozumiał, co oznacza ustanowienie służebności przesyłu. Jego przesłuchanie już jako prezesa zarządu powodowej spółki (k. 397-398) wskazuje, że utożsamia on uzyskanie pisemnej zgody właściciela gruntu na eksploatację linii z ustanowieniem służebności, gdyż twierdzi, że strona powodowa ustanowiła 27 służebności, tyle tylko że 4 z nich w formie notarialnej, a pozostałe w formie pisemnych oświadczeń. Ta niewiedza w żaden sposób nie mogła jednak wpłynąć na ukształtowanie zakresu obowiązków wykonawcy, tak z uwagi na profesjonalny charakter działalności wykonawcy, jak też z uwagi na jednoznaczne wyjaśnienie przez zamawiającego, że wymaga ustanowienia służebności w formie aktu notarialnego. W rezultacie nie budzi wątpliwości, że profesjonalny i działający z należytą starannością przy zawarciu umowy oferent nie mógł mieć wątpliwości, że jego obowiązkiem będzie uzyskanie ustanowienia służebności dla każdego ze stanowisk, na którym wymieniony zostanie słup. Tak zatem należy przyjąć zakres jego obowiązku umownego dotyczącego tej kwestii.

Zawarta pomiędzy stronami umowa łączyła w sobie elementy umowy o roboty budowlane (w zakresie prac budowlano-montażowych) i umowy o dzieło (w zakresie prac projektowych i ustanowienia służebności oraz uzyskania zgód właścicieli na eksploatację linii). W odniesieniu do rozważanego obowiązku umowa ta miała charakter umowy o dzieło. Stosując z mocy art. 638 k.c. przepisy o rękojmi za wady rzeczy sprzedanej i przyjmując, że oddane dzieło należy uznać za wydane w stanie niepełnym (art. 555 § 1 k.c.), przyznać należało zamawiającemu uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia (art. 560 § 1 w zw. z art. 638 k.c.), z którego to uprawnienia zamawiający skorzystał obniżając zapłaconą kwotę o 309.960 zł, to jest tę część umówionego wynagrodzenia, które odpowiadało wartości nieustanowionych służebności przesyłu.

Odnosząc się do kwestii zwłoki w wykonaniu zobowiązania M. B. – poprzednika prawnego powoda rozważyć należy, czy ustalone fakty dawały podstawę do przyjęcia, jak to uczynił sąd I instancji, że porozumieniem zawartym w dniu 27 marca 2013 r. strony przesunęły termin wykonania umowy na dzień 31 maja 2013 r. Sąd I instancji w swych ustaleniach faktycznych stwierdza, że strony zgodnie ustaliły dzień 31 maja 2013 r. jako termin realizacji prac, odmienny od przewidzianego pierwotnie w umowie, nie wskazuje jednak, z którego z postanowień ww. porozumienia takie wnioski wywodzi. Sąd Apelacyjny takiego postanowienia w porozumieniu z dnia 27 marca 2013 r. nie dostrzega. Porozumienie to nie ustala nowego terminu wykonania obowiązków umownych, a zawarte w nim sformułowanie, iż strony ustalają, że wykonawca pozostaje w zwłocie w wykonaniu umowy od dnia 1 grudnia 2012 r., jednoznacznie wskazuje na przyjęcie jako wiążącego ustalonego w pierwotnej umowie terminu zakończenia prac do 30 listopada 2012 r. Dzień 31 maja

2013 r., przyjęty przez sąd I instancji jako nowy, ustalony przez strony termin wykonania prac, występuje w tym porozumieniu wyłącznie jako graniczna data wyłączenia modernizowanej linii (...)w celu wykonania robót budowlano-montażowych. Jest oczywistym, że prace związane z wymianą słupów na linii wysokiego napięcia wymagają czasowego wyłączenia tej linii, stąd koniecznym było ustalenie terminu wyłączenia linii na czas wykonywania tych prac, nawet jeżeli wykonawca był już w zwłoce z ich wykonaniem. Tak też wyjaśnia tę kwestię pozwany. Podobnie nie można wiązać kwestii uzgodnienia nowego terminu wykonania prac objętych umową z zapisem porozumienia z 27 marca 2013 r. o skablowaniu kolidujących odcinków linii 20 k do dnia 24 czerwca 2013 r. Treść porozumienia jednoznacznie wskazuje, że są to roboty zamienne w stosunku do wymiany słupa nr 7. Prace takie nie były objęte pierwotną umową, która przewidywała wyłącznie modernizację linii (...), a nie linii z nią się krzyżującej. Zawierając porozumienie zastąpiono zatem mieszczącą się w pierwotnym zadaniu wymianę słupa nr 7 przez skablowanie linii krzyżującej się z linią modernizowaną. Wyraźnie jednak w porozumieniu zastrzeżono, że nie ma to wpływu na określony w umowie termin zakończenia prac na linii (...). Nie można też wniosku o przesunięciu umownego terminu wykonania prac wywodzić z dołączonego do tego porozumienia jednostronnego oświadczenia M. B. o pozostawaniu w gotowości do wykonania prac od dnia 15 sierpnia 2012 r. Jest to oświadczenie jednostronne, złożone zostało przez podmiot, który jednocześnie potwierdza, że pozostaje w zwłoce w wykonaniu umowy od dnia 1 grudnia 2012 r., a nadto dotyczy ono gotowości związanej z dysponowaniem odpowiednimi materiałami, podczas, gdy jak wynika ze stanowisk stron w niniejszym procesie, do dnia 30 listopada 2012 r. nie zakończyły się jeszcze kwestie związane z uzgodnieniem projektu, który również miał być sporządzony przez M. B.. W tym kontekście złożone oświadczenie o pozostawaniu w zwłoce od dnia 1 grudnia 2012 r. oraz o braku wpływu terminów wskazanych w porozumieniu na wynikające z umowy uprawnienie zamawiającego do naliczenia kar umownych, należy traktować jako przyznanie, że opóźnienie jest wynikiem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność wykonawca. Takie oświadczenie wykonawcy czyni bezprzedmiotowym zarówno badanie przebiegu współpracy stron poprzedzającego zawarcie porozumienia, jak też twierdzeń pozwanego o innych jeszcze, pozaumownych ustaleniach pomiędzy stronami, które miałyby potwierdzać fakt pozostawania wykonawcy w zwłoce.

W konsekwencji powyższego zasadnie pozwany twierdzi, że poprzednik powoda – M. B. pozostawał w zwłoce od dnia 1 grudnia 2012 r. Odnosząc się do okresu zwłoki, za który pozwany uprawniony jest do naliczenia kar umownych, apelujący kwestionuje pominięcie przez sąd I instancji okresu od dnia 1 grudnia 2012 r. do dnia 31 maja 2013 r. Zarzutów swych nie odnosi natomiast do okresów po tym terminie, które sąd I instancji wyłączył z okresu, za który należna jest kara umowna, bazując przy tym na oświadczeniach samego pozwanego i wyliczeniach wyliczających pewne okresy, co doprowadziło do liczenia kar umownych dopiero od dnia 24 sierpnia 2013 r. i zamknięciu tego okresu datą 13 września 2013 r. Powód nie kwestionuje też przyjętej przez sąd I instancji za podstawę wyliczenia kary umownej wysokości wynagrodzenia brutto 3.796.913,08 zł, a w konsekwencji kwoty 3.796,91 zł za każdy dzień zwłoki.

Mając na uwadze powyższe karę umowną należało wyliczyć przyjmując za okres zwłoki czas od 1 grudnia 2012 r. do 31 maja 2013 r. i od 24 sierpnia do 12 września 2013 r. (dzień 13 września 2013 r. nie jest dniem zwłoki, skoro w tym dniu zostało ostatecznie spełnione świadczenie). Sposób wyliczenia kary umownej pozwany przedstawił w rozliczeniu stanowiącym załącznik do skierowanego do powoda oświadczenia o potrąceniu (k. 267-269). Z rozliczenia tego wynika, że pozwany przyjmuje łączną ilość dni zwłoki na 245 (182 dni stanowiących okres od 1 grudnia 2012 r. do 31 maja 2013 r. i 63 dni stanowiących okres od 5 lipca do 13 września 2013 r.), po czym pomniejsza go o 71 dni z uwagi na opóźnienia w dokumentacji projektowej i 70 dni z uwagi na wydłużenie procedury odbiorowej. Druga z tych liczb dotyczy okresów od 22 lipca do 23 sierpnia i od 30 września do 7 listopada 2013 r., a zatem pozostających poza wyżej wskazanym okresem, którego dotyczą kary umowne, stąd nie wpływa na wyliczenie sądu. Pierwsza z nich dotyczy natomiast okresu zamkniętego datą 19 grudnia 2012 r., a powstaje ze zsumowania także okresów przed dniem 1 grudnia 2012 r., które spowodowały opóźnienie w powstaniu dokumentacji projektowej. Zasadnym zatem jest odliczenie tych 71 dni od łącznej liczby dni zwłoki, skoro sam pozwany odlicza je, jakkolwiek przyjmuje zwłokę powoda od dnia 1 grudnia 2012 r. Suma okresów 1 grudnia 2012 r. - 31 maja 2013 r. i 24 sierpnia - 12 września 2013 r. daje łącznie 202 dni, a po pomniejszeniu o odliczone przez samego pozwanego 71 dni, łączny czas zwłoki, za które pozwany mógł naliczyć karę umowną, wynosi 131 dni. Liczba ta pomnożona przez stawkę dzienną kary umownej 3.796,91 zł daje 497.395,21 zł należnej kary umownej, a zatem kwotę wyższą niż potrącona przez pozwanego 394.878,96 zł (różnica

wynika z oczywistego błędu pozwanego, jakim było odjęcie od liczby dni zakończonych datą 13 września 2013 r. 38 dni stanowiących okres od 30 września do 7 listopada 2013 r.). Skoro pozwany złożył oświadczenie o potrąceniu jedynie kwoty 394.878,96 zł, to o taką kwotę zmniejszył się jego dług w stosunku do powoda.

W konsekwencji powyższego zasadnym był zarówno zarzut pozwanego dotyczący pomniejszenia należnego powodowi wynagrodzenia o kwotę 309.960 zł odpowiadającą nieustanowionym służebnościom, jak też kwotę 394.878,96 zł potrąconą przez pozwanego z racji przysługującej mu kary umownej. W rezultacie powództwo podlegało oddaleniu także w części, w której sąd I instancji uwzględnił je w punkcie I zaskarżonego wyroku. Z tych przyczyn, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c., należało zmienić zaskarżony wyrok oddalając powództwo także w tej części.

Oddalenie powództwa skutkowało stosowną zmianą orzeczenia o kosztach procesu w I instancji. Sąd Apelacyjny miał na uwadze, że kwota 632.074,12 zł, co do której powód cofnął pozew i nastąpiło umorzenie postępowania, została zapłacona przez pozwanego w dniu 9 grudnia 2013 r., a zatem po wniesieniu pozwu, jak też pisma z wnioskiem o ponowne wpisanie sprawy z uwagi na uzupełnienie braków formalnych pozwu (pismo to zostało wysłane do sądu pocztą w dniu 27 listopada 2013 r. – k. 103 i k. 127). W konsekwencji należało przyjąć takie same skutki, jak gdyby pozwany co do tej kwoty przegrał sprawę. Mając na uwadze, że ww. kwota i kwota 625.103,85 zł, odnośnie której oddalono powództwo, są do siebie zbliżone, sąd zmienił zaskarżony wyrok w punkcie IV znosząc wzajemnie między stronami koszty procesu na podstawie art. 100 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. zasądzając od powoda, jako strony przegrywającej sprawę, na rzecz pozwanego sumę 36.656 zł, na którą składa się kwota 31.256 zł opłaty od apelacji i kwota 5.400 zł odpowiadająca wynagrodzeniu pełnomocnika będącego radcą prawnym ustalonym w stawce minimalnej określonej przez przepisy § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

SSA Andrzej Struzik SSA Paweł Rygiel SSA Robert Jurga