

Sygn. akt VI A Ca 229/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 września 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Aldona Wapińska (spr.)

Sędzia SA – Agata Wolkenberg

Sędzia SO del. – Marcin Strobel

Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Kędzierska

po rozpoznaniu w dniu 12 września 2013r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. w W. i (...) Sp. z o.o. w W.

przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w W.

o zapłatę

na skutek apelacji powodów

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 18 października 2012 r., sygn. akt XX GC 112/11

I. oddała apelację;

II. zasądza od (...) Sp. z o.o. w W. i (...) Sp. z o.o. w W. solidarnie na rzecz Skarbu Państwa - Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 7200 (siedem tysięcy dwieście) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

VI ACa 229/13 UZASADNIENIE

Pozwem złożonym z dnia 13 października 2010 roku powodowie: (...) spółka z o. o. w W. (dalej: (...)) i (...) spółka z o. o. w W. (dalej: (...)) wnieśli o zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w W. (dalej: SP -GDDKiA) na rzecz (...) kwoty 487.147,02 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 24 sierpnia 2010 roku do dnia zapłaty oraz na rzecz (...) kwoty 1.461.441,06 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 24 sierpnia 2010 r. oraz kosztów procesu według norm przepisanych. W uzasadnieniu wskazali, że pozwany zawarł z nimi – jako spółkami wchodzącymi w skład wspólnego konsorcjum, w rozumieniu art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 z późn.zm.) – umowy nr (...). Przedmiotem umowy nr (...) z dnia 16 marca 2009 roku była dostawa i wdrożenie wraz z utrzymaniem systemu informatycznego typu (...) wspomagającego proces pozyskiwania gruntów i zarządzania nieruchomościami dla potrzeb GDDKiA o nazwie System (...). Natomiast przedmiotem umowy z dnia 14 stycznia 2010 roku nr (...) było wykonanie usługi w zakresie wdrożenia oraz utrzymywania dwóch dodatkowych modułów do tego Systemu. Powodowie podnosili, iż w związku z przyjętym harmonogramem realizacji etapu III w dniu 23 czerwca 2010 roku została zgłoszona pozwanemu gotowość odbioru tego etapu. Wobec odmowy dokonania odbioru, w dniu 01 lipca 2010 roku wezwano na piśmie GDDKiA do

prawkłowego wykonania zawartych umów, wskazując na bezpodstawną odmowę odbioru sprzętu i oprogramowania oraz odmowę zwoływania przez pozwanego i dokonywania spotkań w ramach Komitetu Sterującego, co zdaniem powodów uniemożliwiało przeprowadzenie projektu. Powodowie podali, iż wyznaczyli pozwanemu termin do dnia 05 lipca 2010 roku do przywrócenia prawdkłowego wykonania ww. umów pod rygorem odstąpienia od tych umów. Wobec bezskutecznego upływu zakreślonego terminu, w dniu 6 lipca 2010 roku powodowie odstąpili od umów nr (...) z przyczyn leżących po stronie pozwanego, co uprawniało ich do naliczenia pozwanemu kary umownej w łącznej kwocie 1.948.588,08 złotych, w tym kwoty 1.660.053,20 złotych tytułem kary umownej z umowy nr (...) na podstawie §15 ust. 1.2 umowy i kwoty 288.534,88 złotych tytułem kary umownej z umowy nr (...), na podstawie §15 ust. 1.2 umowy, które to kwoty miały być zapłacone do dnia 23 sierpnia 2010 roku .

W dniu 21 października 2010 roku Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Gospodarczy (...) Wydział (...) wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, orzekając zgodnie z żądaniem pozwu.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwany SP - GDDKiA wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie na jego rzecz od powodów kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. W uzasadnieniu pozwany wskazał, iż powodowie nie realizowali w sposób właściwy umowy, co uprawniało go do zaniechania dokonania odbioru zgłoszonego przez powodów Etapu nr III robót. Przed zgłoszeniem do odbioru Etapu nr III umowy powodowie winni byli wykonać Etap II, gdyż wbrew literalnemu brzmieniu aneksu nr (...), taki harmonogram wykonania prac był objęty wolą stron. Tym samym brak było podstaw do odstąpienia przez powodów od zawartych umów. Niezależnie od powyższego pozwany podniósł bezskuteczność złożonego przez powodów w dniu 06 lipca 2010 roku oświadczenia o odstąpieniu, z uwagi na niespełnienie przesłanek z art. 491 k.c. Wskazał wreszcie, iż niemożliwym było – z uwagi na specyfikę łączącego strony stosunku zobowiązaniowego – odstąpienie przez powodów od umów jedynie w części niewykonanej.

Wyrokiem z dnia 18 października 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo oraz zasądził od powodów (...) spółki z o. o. w W. i (...) spółki z o. o. w W. na rzecz Skarbu Państwa - Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa in solidum kwotę 7.200 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego. Podstawą rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego były następujące ustalenia:

Na mocy umowy o współpracy zawartej w dniu 18 listopada 2008 roku pomiędzy (...) a (...) utworzono konsorcjum mające na celu osiągnięcie wspólnego celu jakim było wspólne przygotowanie i złożenie oferty, a następnie wspólna realizacja zamówienia publicznego pod nazwą „Usługi w zakresie dostawy i wdrożenia wraz z utrzymaniem systemu informatycznego typu (...) wspomagającego proces pozyskiwania gruntów i zarządzania nieruchomościami dla potrzeb Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad o nazwie System (...)” prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego przez (...). Na podstawie tej umowy liderem konsorcjum została spółka (...).

W dniu 16 marca 2009 roku Skarb Państwa – w imieniu którego działał GDDKiA – jako zamawiający, w wyniku przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, zawarł umowę nr (...) z tworzącymi konsorcjum: (...) oraz (...) jako wykonawcą. Przedmiotem umowy była dostawa i wdrożenie wraz z utrzymaniem systemu informatycznego typu (...) wspomagającego proces pozyskiwania gruntów i zarządzania nieruchomościami dla potrzeb GDDKiA o nazwie System (...). W dniu 14 stycznia 2010 roku pomiędzy tymi samymi stronami została zawarta kolejna, dodatkowa umowa nr (...) w trybie zamówienia z wolnej ręki, przedmiotem której to umowy była realizacja usługi w zakresie zdrożenia wraz z utrzymaniem dwóch dodatkowych modułów tj. modułu systemu informatycznego typu (...) wspomagającego proces pozyskiwania gruntów i zarządzania nieruchomościami dla potrzeb GDDKiA - pod klucz wykonywanego w ramach umowy nr (...). Zgodnie z zapisem §15 ust. 1. 2 umów nr (...) zamawiający zobowiązał się do zapłaty wykonawcy kar umownych za odstąpienie przez wykonawcę od umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający w wysokości 20 % wynagrodzenia brutto.

Z uwagi na zawarcie umowy nr (...) strony dokonały zmiany aneksem nr (...) treści umowy nr (...), wprowadzając zmianę terminów realizacji etapów II, IV i V umowy nr (...).

Pismem z dnia 01 lipca 2010 r. (...) i (...) zwrócili się do dyrektora GDDKiA o ustalenie w nieprzekraczalnym terminie do dnia 05 lipca 2010 r. spotkania, związanego z niewykonaniem obu umów przez GDDKiA. W piśmie tym wskazano ponadto, że bezskuteczny upływ ww. terminu należy traktować jako wezwanie do rozstrzygnięcia sporu i wszczęcie procedury polubownej ze strony Konsorcjum, w rozumieniu §17 ust. 2 umów.

Odpowiadając na powyższe pismo wykonawców pismem z dnia 05 lipca 2010 r. GDDKiA wskazał, że wyraża gotowość do odbycia spotkania w dniu 08 lipca 2010 r. Pismo to zostało przesłane faksem do konsorcjum (...) i (...) w dniu jego zredagowania.

Pismem z dnia 06 lipca 2010 r. (...) i (...) złożyli oświadczenie skierowane do dyrektora GDDKiA, w którym – powołując się na treść wezwania z dnia 01 lipca 2010 r., w związku z bezskutecznym upływem wyznaczonego terminu na dokonanie odbioru sprzętu i oprogramowania według załącznika 1 do wezwania z dnia 01 lipca 2010 roku oraz odmowę przez zamawiającego zwoływania i dokonywania spotkań w ramach Komitetu Sterującego, co uniemożliwiło prowadzenie projektu – złożyli oświadczenie o odstąpieniu z dniem 06 lipca 2010 roku od umowy nr (...) w części niewykonanej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Jednocześnie wskazano, że konsorcjum (...) i (...) obciążą zamawiającego - GDDKiA kosztami związanymi z nieprawidłowym wykonaniem umów z winy zamawiającego oraz wystąpi o odszkodowanie w zakresie poniesionej szkody i utraconych korzyści.

Pismem z dnia 16 sierpnia 2010 roku GDDKiA został wezwany do zapłaty w terminie 7 dni kwoty w łącznej wysokości 1.948.588,08 złotych z tytułu odstąpienia konsorcjum (...) i (...) od umów z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Wskazano, że na ww. kwotę składają się kwoty: 1.660.053,20 złotych tytułem kary umownej w wysokości 20% wynagrodzenia brutto wyliczonej na podstawie §15 ust. 1.2 umowy nr (...) oraz 288.534,88 złotych tytułem kary umownej w wysokości 20% wynagrodzenia brutto wyliczonej na podstawie §15 ust. 1.2 umowy nr (...). Wobec braku zapłaty powyższej kwoty przez zamawiającego powodowie wystąpili na drogę postępowania przed tutejszym Sądem.

Powyższy stan faktyczny Sąd pierwszej instancji ustalił na podstawie złożonych przez strony do akt sprawy dowodów z dokumentów wskazując, iż wprawdzie część tych dowodów została złożona w poświadczonych kserokopiach, jednakże ich zgodność z oryginałami nie była kwestionowana przez żadną ze stron postępowania, a Sąd również nie znalazł żadnych przyczyn, dla których mogłyby odmówić im waloru wiarygodności. Sąd meriti oddalił pozostałe wnioski dowodowe stron jako nieprzydatne do rozstrzygnięcia sprawy - art. 227 k.p.c.

W ocenie Sądu Okręgowego roszczenie jest niezasadne i podlegało oddaleniu w całości. Sąd ten podkreślił, iż wobec tego, że powodowie dochodzą od pozwanego zapłaty kar umownych wynikających z zapisów §15 ust. 1.2 umów nr (...), zgodnie z dyspozycją art. 483 §1 k.c. , a w treści wskazanych umów zastrzeżono na rzecz powodów kary umowne na wypadek odstąpienia od każdej z umów z przyczyn leżących po stronie zamawiającego – w pierwszej kolejności należało zbadać zarzut pozwanego bezskuteczności złożonego oświadczenia o odstąpieniu.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji z uwagi na to, iż w łączących strony umowach brak było zapisów regulujących umowne odstąpienie od umowy przez wykonawcę (art. 395 k.c.), zaś powodowie dochodzą swych roszczeń w związku ze złożeniem w dniu 06 lipca 2010 roku oświadczenia o odstąpieniu od obu umów w części niewykonanej, w związku z bezskutecznym upływem terminu wyznaczonego w piśmie z dnia 01 lipca 2010 roku – przesłanki skuteczności złożonego przez powodów oświadczenia o odstąpieniu należało oceniać zgodnie z treścią art. 491 §1 k.c. Ustawowe prawo odstąpienia uregulowane w art. 491 k.c. to uprawnienie prawnokształtujące, z którego wierzyciel może skorzystać w przypadku gdy druga strona narusza zobowiązanie z umowy wzajemnej łączącej strony. Jednakże złożenie skutecznego oświadczenia w ramach ustawowego prawa odstąpienia wymaga od strony odstępującej, tak jak zostało to unormowane w przepisie art. 491 §1 k.c., wcześniejszego wyznaczenia terminu do wykonania z zagrożeniem, że w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu, strona ta będzie uprawniona do odstąpienia. Może również bądź bez wyznaczenia terminu dodatkowego, bądź też po jego bezskutecznym upływie żądać wykonania zobowiązania

i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki. W ocenie Sądu pierwszej instancji obowiązek wyznaczenia przez wierzyciela odpowiedniego dodatkowego terminu ma na uwadze konieczność ochrony interesów dłużnika.

Sąd Okręgowy uznał, iż powodowie nie odstąpili skutecznie od umów nr (...) na podstawie oświadczenia woli złożonego w piśmie z dnia 06 lipca 2010 r. , gdyż składając to oświadczenie nie poprzedzili tej czynności wyznaczeniem GDDKiA dodatkowego terminu do wykonania zobowiązania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będą uprawnieni do odstąpienia od umowy. Wbrew bowiem twierdzeniom powodów, nie można przyjąć, iż ich pismo z dnia 01 lipca 2010 r. spełnia powyższe kryteria. W piśmie tym powodowie domagają się ustalenia w nieprzekraczalnym terminie do dnia 05 lipca 2010 r. spotkania związanego z niewykonaniem umów nr (...) przez GDDKiA, nie zaś wykonania zobowiązania, o czym mowa w §1 art. 491 k.c. W treści pisma z dnia 06 lipca 2010 roku zawierającego oświadczenie o odstąpieniu, co zostało powtórzone również w treści uzasadnienia pozwu, powodowie podali, iż zwłoka pozwanego w wykonaniu zobowiązania miała polegać na braku odbioru sprzętu i oprogramowania oraz braku zwoływania Komitetu Sterującego. Tymczasem w piśmie z dnia 01 lipca 2010 r. powodowie wezwali pozwanego nie do wykonania przeterminowanego zobowiązania ale do ustalenia spotkania związanego z niewykonaniem umów. Sąd pierwszej instancji zauważył, iż w uzasadnieniu pozwu wskazano wprawdzie, iż w dniu 01 lipca 2010 r. powodowie „wezwali pisemnie pozwanego do prawidłowego wykonania w. w. umów, wskazując na bezpodstawną odmowę odbioru sprzętu i oprogramowania oraz odmowę zwoływania przez pozwanego i dokonywania spotkań w ramach Komitetu Sterującego - co uniemożliwia prowadzenie projektu” , jednakże w piśmie z tej daty, złożonym przez nich wraz z pozwem, takich zapisów nie sposób się doszukać. W ocenie Sądu pierwszej instancji powyższego braku nie może sanować oświadczenie powodów z dnia 06 lipca 2010 roku o odstąpieniu od umów, w którym wskazano jakie czynności pozwany winien był wykonać w ramach łączącej strony umowy. Ustawa wprost i jednoznacznie wymaga bowiem, aby poprzedzając złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy, wierzyciel wyznaczył dodatkowy termin do wykonania zobowiązania dłużnikowi pozostającemu w zwłoce - art. 491 §1 k.c.

Również twierdzenia powodów zawarte w pozwie, iż wyznaczyli pozwanemu termin do dnia 05 lipca 2010 r. do przywrócenia prawidłowego wykonywania umów pod rygorem odstąpienia, w ocenie Sądu Okręgowego nie znajdują potwierdzenia w treści pisma z dnia 01 lipca 2010 r. W piśmie tym wyraźnie wskazano, iż w przypadku bezskutecznego upływu określonego nim terminu, pismo należy traktować jako wezwanie do rozstrzygnięcia sporu i wszczęcie procedury polubownej ze strony konsorcjum, w rozumieniu §17 ust. 2 umów. W §17 ust. 2 obydwu umów postanowiono natomiast, iż: „Strony oświadczają, że ich celem jest rozstrzygnięcie wszelkich ewentualnych sporów dotyczących treści i wykonywania niniejszej umowy w drodze polubownej. Jeżeli wypracowanie rozwiązania polubownego nie będzie możliwe, Strony poddadzą spór rozstrzygnięciu właściwemu rzeczowo sądowi powszechnemu właściwemu ze względu na siedzibę Zamawiającego”. W piśmie z dnia 01 lipca 2010 r. powodowie nie zastrzegli więc rygору odstąpienia od umów, a jedynie zapowiadali wszczęcie procedury polubownej w sytuacji bezskutecznego upływu określonego terminu. Tym samym – zdaniem Sądu Okręgowego – należało uznać, że nie została spełniona przesłanka konieczna do odstąpienia od zawartych przez strony umów w postaci zastrzeżenia dodatkowego terminu na wykonanie zobowiązania pod rygorem odstąpienia od umowy, jaką statuuje art. 491 §1 k.c. Wobec tego, iż w okolicznościach niniejszego przypadku wezwania takiego niewątpliwie zabrakło, złożone oświadczenie o odstąpieniu należało potraktować jako bezskuteczne.

Sąd pierwszej instancji podkreślił ponadto, że z uwagi na brak zastrzeżenia w umowach uprawnienia do odstąpienia na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym, w niniejszej sprawie nie można było zastosować przepisu art. 492 k.c. stanowiącego wyjątek od unormowanej w art. 491 k.c. zasady, iż odstąpienie od umowy wzajemnej powinno być poprzedzone wyznaczeniem dodatkowego terminu do jej wykonania. Wobec powyższego w ocenie Sądu meriti zbędne stało się badanie dalszych przesłanek koniecznych dla oceny skuteczności złożonego oświadczenia o odstąpieniu od umów nr (...), w szczególności, czy istotnie pozwany pozostawał w zwłoce w wykonaniu zobowiązania. Z tych też względów Sąd pierwszej instancji oddalił wnioski dowodowe stron zmierzające do wykazania pozostałych przesłanek z art. 491 §1 k.c.

Wobec faktu, iż powodowie nie odstąpili skutecznie pismem z dnia 6.07.2010 r. od obu umów, nie powstało po ich stronie prawo do naliczenia pozwanemu kar umownych zgodnie z zapisami §15 ust. 1.2 umów nr (...). Z tych zatem względów powództwo zostało przez Sąd Okręgowy oddalone w całości. O kosztach postępowania Sąd pierwszej instancji orzekł stosownie do art. 98 k.p.c. przyznając koszty zastępstwa procesowego na rzecz Skarbu Państwa - Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa na podstawie § 6 pkt. 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002r w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. nr 163 poz. 1349 z późn. zm.) w związku z art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (Dz. U. nr 169 poz. 1417 z późn. zm).

Powyższy wyrok Sądu Okręgowego w całości zaskarżyli apelacją powodowie zarzucając:

1) naruszenie przepisów postępowania, tj.

a) art. 233 § 1 k.p.c., poprzez brak wszechstronnego rozważenia i dokonanie oceny materiału dowodowego z pominięciem znajdujących się w aktach sprawy, dokumentów, w szczególności pisma Konsorcjum z dn.01.07.2012 r. (wezwanie pod rygorem odstąpienia przez Konsorcjum od Umów nr (...) z dn.16.03.2009r. i nr. (...) z dn.14.01.2010r.) oraz pisma Konsorcjum z dn.06.07.2010r. o odstąpieniu od umowy z winy Głównej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad ;

b) art. 227 k.p.c. i art.232 k.p.c. , poprzez bezpodstawne zaniechanie dopuszczenia i przeprowadzenia dowodów, których dopuszczenia i przeprowadzenia wnosili powodowie w pozwie i pismach procesowych składanych w sprawie przed pierwszą rozprawą w sprawie jako mających potwierdzić okoliczności faktyczne mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy;

c) art. 328 § 1 k.p.c., poprzez bezpodstawne przyjęcie, że w piśmie Konsorcjum z dn.01.07.2012r. (wezwanie pod rygorem odstąpienia przez Konsorcjum od Umów nr (...) z dn.16.03.2009r. i nr. (...) z dn.14.01.2010r.), ww. Konsorcjum nie wezwało do prawidłowego wykonania przez GDDKiA ww. Umów w związku z bezpodstawną odmową odbioru sprzętu i oprogramowania wg. Załącznika nr 1 do tego pisma oraz w związku z odmową zwołania spotkania Komitetu Sterującego - co stanowiło przesłanki (łączne) uniemożliwiające prowadzenie projektu przez Konsorcjum - a zatem strona powodowa skutecznie wykazała, że wezwała GDDKiA do wykonania Umowy (art.491 k.c.) pod rygorem odstąpienia. Ponadto nie wskazanie przez Sąd Okręgowy dlaczego ww. wezwanie z dn.01.07.2012r. skierowane przez Konsorcjum z dn.01.07.2010r. było bezskuteczne w zakresie bezpodstawnej odmowy przez GDDKiA odbioru sprzętu i oprogramowania od Konsorcjum wg. Załącznika nr 1 do tego pisma.

2) naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 491 § 1 i § 2 KC, poprzez błędne przyjęcie, że odstąpienie przez Konsorcjum z dn.06.07.2012r. od Umowy nr (...) z dn.16.03.2009r. i Umowy nr. (...) z dn.14.01.2010r. było bezskuteczne, wobec niespełnienia przesłanek określonych ww. przepisie przez wezwanie Konsorcjum skierowane do GDDKiA z dn.01.07.2010r.

3) naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 640 k.c. , poprzez jego niezastosowanie i błędne przyjęcie, że do odstąpienia przez Konsorcjum z dn.06.07.2012r. od Umowy nr (...) z dn.16.03.2009r. i Umowy nr. (...) z dn.14.01.2010r. ma zastosowanie przepis Art.491 KC, w sytuacji gdy w przypadku gdy ww. Umowy były umowami „pod klucz”, to do odstąpienia od umowy należałoby zastosować przepis Art.640 k.c., nie Art.491 k.c., czego jednak nie uczynił Sąd Okręgowy wywodząc i opierając swoje rozstrzygnięcie o przepis Art.491 k.c. ;

Wskazując na powyższe zarzuty powodowie wnosili o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i zasądzenie dochodzonych przez powodów roszczeń zgodnie z pozwem w całości oraz zasądzenie na rzecz powodów kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych, bądź też ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania i pozostawienie temu sądowi orzeczenia o kosztach postępowania apelacyjnego.

Pozwany wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie od powodów na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja jako bezzasadna nie zasługiwała na uwzględnienie.

Przede wszystkim należy stwierdzić, iż nie znajdują potwierdzenia zarzuty powoda co do naruszenia prawa procesowego – art. 233 § 1 k.p.c., art. 328 § 1 i 2 k.p.c, art. 227 k.p.c. oraz art. 232 k.p.c. Większość ze sformułowanych zarzutów naruszenia przepisów postępowania opiera na twierdzeniu, że powodowie w toku procesu złożyli do akt sprawy pismo Konsorcjum z dnia 1 lipca 2012 r. stanowiące wezwanie do prawidłowego wykonania Umów przez Zamawiającego i jednocześnie Sąd pierwszej instancji przy rozstrzygnięciu sprawy bezzasadnie pominął ten dokument (dowód). W uzasadnieniu apelacji powodowie twierdzą bowiem, co następuje: „Jak wynika z pisemnego uzasadnienie zaskarżonego Wyrok Sąd na podstawie całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, a zatem jedynie dokumentów przedstawionych przez Strony ustalili stan faktyczny sprawy, z którego wprost wynikało, że Sąd MUSIAŁ ZNAĆ KLUCZOWE DLA ROZSTRZYGNIĘCIA SPRAWY pismo Konsorcjum skierowane do Pozwanego z dn.01.07.2010 r., w którym to Konsorcjum:

- wzywa do niezwłocznego prawidłowego wykonania przez GDDKiA Umów: nr. (...) z dn.16.03.2009r. i nr. (...) z dn.14.01.2010r.;
- wskazuje naruszenia GDDKiA związane z niewykonaniem ww. Umów, polegające na niewykonaniu Etapu 111 Umowy (odmowy odbioru przez Zamawiającego sprzętu i oprogramowania wg. Załącznika nr 1 do tego pisma oraz odmowy przez Zamawiającego zwoływania i dokonywania spotkań w ramach Komitetu Sterującego - co uniemożliwia prowadzenie Projektu);
- Wyznacza GDDKiA termin do dnia 05 lipca 2010r. na dokonania odbioru sprzętu i oprogramowania wg. Załącznika nr 1 do tego pisma, pod rygorem odstąpienia przez Konsorcjum od wykonywania ww. Umów, w przypadku bezskutecznego upływu ww. terminu, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego (GDDKiA).
- Zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania w przypadku takiego odstąpienia.

Powyższe pismo stanowiło, Załącznik do Pozwu, jak również było załącznikiem do Pismo procesowego strony Powodowej z dn.21.03.2011r. stanowiącej odpowiedź na Sprzeciw Pozwanej wniesiony do wydanego w niniejszej sprawie Nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym z dn.21.10.2010r. (sygn. XX GNc 711/10). Strona Powodowa, załącza raz jeszcze do niniejszej Apelacji kopię tego ww. pisma.”. Do apelacji istotnie zostało dołączone pismo powodów z dnia 1.07.2010 r. o treści odmiennej, aniżeli zawarte w piśmie znajdującym się w aktach sprawy na kartach 334 (załącznik do pozwu) i 957 (załącznik do odpowiedzi na sprzeciw). Zauważyć należy, iż w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji powodowie do akt postępowania przedłożyli dwukrotnie pismo z dnia 1 lipca 2010 r., o tej samej treści. W piśmie tym lider Konsorcjum, działając w imieniu obu powodów, domagał się ustalenia w nieprzekraczalnym terminie do dnia 05 lipca 2010 r. spotkania związanego z niewykonaniem Umów. To właśnie pismo było przedmiotem analizy Sądu pierwszej instancji, a nie pismo, którego kopię powodowie załączyli do apelacji (k. 1073) – stanowiące w ich ocenie wezwanie do prawidłowego wykonania Umów. W konsekwencji nie mogło dojść do uchybienia powoływanych przez powodów przepisom Kodeksu postępowania cywilnego polegającego na pominięciu przez Sąd orzekający osnowy dokumentu, który nie znajdował się w aktach sprawy, bowiem nie został zaoferowany przez powodów jako dowód w sprawie. Wnosząc pozew do Sądu Okręgowego powodowie zgłosili wniosek dowodowy z jednego pisma Konsorcjum z dn. 01.07.2010 r., załączając je do pozwu, a nie jak w apelacji próbują twierdzić – z dwóch różnych pism opatrzonych tą samą datą. W sprzeciwie od nakazu zapłaty wydanego w postępowaniu upominawczym w dniu 21 października 2010 r. (sygn. akt XX GNc 711/10) pozwany podnosił, że: „w załączonym do pozwu piśmie z dnia 01 lipca 2010 r. Powodowie wzywali Pozwanego do ustalenia w nieprzekraczalnym terminie do dnia 5 lipca 2010 r. spotkania, związanego z niewykonywaniem Umów nr (...) z dnia 16 marca 2009 roku oraz (...) z dnia 14 stycznia 2010 roku przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad. Jednocześnie w przypadku bezskutecznego upływu ww. terminu, proszę traktować niniejsze pismo jako wezwanie do rozstrzygnięcia sporu i wszczęcia procedury polubownej i ze strony Konsorcjum, w rozumieniu § 17 ust. 2 Umów. (...) Po drugie, w przypadku bezskutecznego upływu

ww. terminu pismo Powodów należało traktować jako wezwanie do rozstrzygnięcia sporu i wszczęcia procedury polubownej ze strony Konsorcjum, w rozumieniu § 17 ust. 2 Umów. W niniejszym piśmie nie zastrzeżono rygoru możliwości odstąpienia przez Wykonawcę od Umów." (str. 13 sprzeciwu pozwanego z dnia 20 grudnia 2010 r.)" W odpowiedzi na sprzeciw powodowie w piśmie procesowym z dnia 21 marca 2011 r. ponownie wskazali, że w dniu 1 lipca 2010 r. wezwali pisemnie pozwanego do prawidłowego wykonania ww. umów, wskazując na bezpodstawną odmowę odbioru sprzętu i oprogramowania oraz odmowę zwoływania przez pozwanego i dokonywania spotkań w ramach Komitetu Sterującego - co uniemożliwia prowadzenie projektu. Pomimo tego twierdzenia powodowie ponownie jako dowód tego zdarzenia załączyli to samo co przy pozwie (jedno) pismo Konsorcjum z dn. 01.07.2010 r. (k. 957), a nie pismo o treści zawartej w załączniku do apelacji (k. 1073 i następne). Nie można zatem uznać za uchybienie Sądu orzekającego, że nie wziął pod uwagę przy rozstrzygnięciu sprawy dowodu z dokumentu, w sytuacji, gdy ten dokument nie był nigdy objęty wnioskiem dowodowym strony powodowej i nie stanowił elementu materiału dowodowego zebranego w sprawie. Zawarta zaś w uzasadnieniu apelacji sugestia, iż pismo o treści dołączonej do apelacji zostało także dołączone do pozwu i odpowiedzi na sprzeciw, ale nie znalazło się w aktach sprawy, nie znajduje żadnego uzasadnienia w materiale sprawy. Z treści pozwu wynika bowiem jednoznacznie, iż powód składa jako załącznik jedno pismo z dnia 1.07.2010 r., nie zaś dwa pisma z tej samej daty. Podobnie rzecz ma się z odpowiedzią na sprzeciw. Trzeba przy tym zauważyć, iż skoro przy pozwie powodowie mogli przeoczyć dołączenie pisma, z którym wiązali określone skutki prawne, to z pewnością – wobec zarzutów podnoszonych w sprzeciwie – powinni swój błąd skorygować najpóźniej składając odpowiedź na sprzeciw. Powodowie jednakże tego nie uczynili, składając ponownie pismo o treści zakwestionowanej w sprzeciwie – jako nie spełniającej wymagań określonych w przepisie art. 491 k.c.

Powodowie w apelacji nie podjęli nawet próby uprawdopodobnienia okoliczności, że wniosek dowodowy z tego dokumentu został złożony na etapie postępowania przed Sądem Okręgowym. Twierdzenie, iż Sąd pierwszej instancji musiał znać treść tego pisma (4 strona apelacji) opiera się na rzekomym przytoczeniu przez ten Sąd tej treści, tymczasem Sąd cytował jedynie twierdzenia powodów zawarte w pozwie, co do powoływanej przez nich treści pisma z dnia 1.07.2010 r. Sąd pierwszej instancji jednoznacznie wskazał, iż nie można się doszukać w treści złożonego pisma z dnia 1.07.2010 r. powoływanych przez powodów w pozwie okoliczności uzasadniających istnienie zwłoki pozwanego w wykonaniu umowy i zastrzeżenia rygoru odstąpienia od umowy w przypadku bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu. Sąd Okręgowy odnosił się zatem jedynie do twierdzeń powodów zawartych w pozwie, konfrontując je z przedstawionym przy pozwie dowodem z dokumentu. Z powyższego nie można więc wywodzić, iż treść „drugiego” pisma z dnia 1.07.2010 r. (dołączonego do apelacji) była Sądowi pierwszej instancji znana przy rozstrzygnięciu sprawy i została celowo przez ten Sąd pominięta.

Zauważyć należy, iż przekonanie powodów o złożeniu przy pozwie „właściwego” pisma z dnia 1.07.2010 r., odpowiadającego wymaganiom wynikającym z art. 491 § 1 zd.1 k.c., skutkowało brakiem zgłoszenia w apelacji wniosku o dopuszczenie tego pisma jako dowodu w sprawie. Sąd drugiej instancji nie ma obowiązku działania z urzędu w kwestii przeprowadzania postępowania dowodowego, tym bardziej, iż nawet gdyby jednak hipotetycznie powodowie sformułowali taki wniosek dowodowy w złożonej apelacji, to musiałby on zostać uznany za spóźniony w świetle art. 381 k.p.c. Powodowie – co zostało przyznane w apelacji – dysponowali tym dokumentem od początku postępowania i nic nie stało na przeszkodzie by go złożyli jako dowód w sprawie, tym bardziej, że w sprzeciwie pozwany wskazywał, iż złożone jako dowód pismo z dnia 1 lipca 2010 r. nie odzwierciedlało stanowiska powodów opartego o treść tego pisma. Najpóźniej zatem w odpowiedzi na sprzeciw pismo to powinno być złożone, natomiast dołączenie go dopiero przy apelacji musi być uznane za spóźnione, zaś czynienie zarzutu Sądowi pierwszej instancji, iż nie poddał tego pisma swojej ocenie – za pozbawione jakichkolwiek podstaw.

Nie zasługuje na uwzględnienie także zarzut naruszenia art. 328 § 1 i 2 k.p.c., gdyż zgodnie ze stanowiskiem judykatury zarzut naruszenia tego przepisu może być skutecznie podniesiony jedynie wówczas, gdy uzasadnienie zostało sporządzone w taki sposób, że orzeczenie nie podaje się kontroli instancyjnej, a taka sytuacja w niniejszej sprawie nie ma miejsca (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 października 2012 r., sygn. akt VI ACA 533/12). Sąd pierwszej instancji dokonał ustaleń faktycznych i przedstawił ich ocenę prawną oraz dał temu wyraz w pisemnych motywach swego wyroku. Wyrok poddaje się więc kontroli instancyjnej. Argumentacja powodów co do

uchybień Sądu pierwszej instancji opiera się głównie na założeniu pominięcia dowodu kluczowego dla rozstrzygnięcia, tj. treści pisma z dnia 1.07.2010 r. , podczas gdy – jak wykazano wyżej – ów „pominięty” dowód w ogóle nie został przez powodów złożony do akt sprawy. Twierdzenie, iż Sąd Okręgowy powinien w takim przypadku w celu wyjaśnienia sprawy zażądać od powodów pisma odpowiadającego treści opisanej w pozwie, stanowi próbę przerwania na ten Sąd odpowiedzialności za własne zaniedbanie powodów. Sąd oceniał obszerny materiał dowodowy przedstawiony przez obie strony procesu pod kątem ich twierdzeń i nie jest rolą Sądu przy rozstrzyganiu sporu poszukiwanie dowodów na korzyść jednej ze stron, w sytuacji, gdy jest ona reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika, który winien znać zasady postępowania dowodowego oraz wiedzieć jakie okoliczności faktyczne mają w sprawie istotne znaczenie z punktu widzenia przepisów prawa materialnego. Słusznie więc Sąd pierwszej instancji ograniczył postępowanie dowodowe do dowodów z dokumentów, oddalając pozostałe wnioski dowodowe, bowiem wobec ustalenia, iż nie zostały spełnione wymagania określone w art. 491 § 1 zd.1 k.c. dla uznania oświadczenia o odstąpieniu od umowy za skuteczne, zbędnym było prowadzenie postępowania dowodowego na okoliczność istnienia merytorycznych podstaw do złożenia takiego oświadczenia przez powodów.

Z tych samych przyczyn bezpodstawne są zarzuty naruszenia prawa materialnego. Skoro bowiem przepis art. 491 § 1 zd. 1 k.c. nakłada na wierzyciela obowiązek dopełnienia pewnych aktów staranności przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy (wyznaczenie odpowiedniego terminu do wykonania zobowiązania pod rygorem podstąpienia od umowy w razie bezskutecznego upływu tego terminu), to niewykazanie aby te akty staranności zostały dochowane, musi skutkować uznaniem za bezskuteczne oświadczenia o odstąpieniu od umowy i w konsekwencji – braku podstaw do żądania kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia przez jedną ze stron od umowy z przyczyn leżących po drugiej stronie tej umowy.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie mógł w niniejszej sprawie odnieść skutku także zarzut naruszenia prawa materialnego poprzez zastosowanie przepisu art. 491 k.c. zamiast art. 640 k.c. Zauważyć bowiem należy, iż umowa łącząca strony jest umową o charakterze mieszanym, łączącym w sobie zarówno elementy umowy sprzedaży (dostawy) i umowy o dzieło - także w świetle ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Według przepisów tej ostatniej ustawy wątpliwe jest, czy twórca programu komputerowego w ogóle przysługuje prawo odstąpienia od umowy o wykonania dzieła (art. 77 w zw. z art. 56 u.o p.a.i p. p.). Dlatego też zastosowanie w tym przypadku przepisu ogólnego o zobowiązaniach wzajemnych nie jest wadliwe. Nawet jednak w przypadku zastosowania przepisu szczególnego jakim jest art. 640 k.c., przed odstąpieniem od umowy koniecznym jest wyznaczenie odpowiedniego terminu na wykonanie podjęcie współdziałania z zagrożeniem, że po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu przyjmujący zamówienie od umowy odstąpi – a zatem wymagania co do aktów staranności (wyznaczenie odpowiedniego terminu i zagrożenie odstąpieniem od umowy) przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy są takie same jak w przepisie art. 491 § 1 zd. 1 k.c. Gdyby więc nawet uznać, iż Sąd pierwszej instancji powołał wadliwą podstawę prawną swego rozstrzygnięcia – wyrok w ostatecznym wyniku odpowiada prawu.

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny – w pełni podzielając ustalenia faktyczne Sąd pierwszej instancji oraz dokonaną przez ten Sąd ich ocenę prawną – na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak w sentencji wyroku o kosztach procesu rozstrzygając stosownie do przepisu art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 99 k.p.c.