

**Sygn. akt I ACa 1409/15**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 lipca 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Zbigniew Stefan Cendrowski

Sędziowie: SA Edyta Jefimko (spr.)

SSO (del.) Agnieszka Wachowicz – Mazur

Protokolant: protokolant sądowy Katarzyna Szyszka

po rozpoznaniu w dniu 20 lipca 2016 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa D. K.

przeciwko Powiatowi (...)

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 24 lutego 2015 r., sygn. akt XXVI GC 133/13

**1. oddala apelację;**

**2. zasądza od Powiatu (...) na rzecz D. K. kwotę 1 800 zł (tysiąc osiemset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

Edyta Jefimko Zbigniew Stefan Cendrowski Agnieszka Wachowicz – Mazur

**Sygn. akt I ACa 1409/15**

## UZASADNIENIE

D. K. wniósł o zasądzenie od Powiatu (...) kwoty 308.221 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych. Uzasadniając żądanie podniósł, że z mocy art. 644 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. przysługuje mu roszczenie o zapłatę wynagrodzenia, określonego w umowie o roboty budowlane z dnia 12 października 2010 r., dotyczącej modernizacji drogi powiatowej nr (...) – Al. (...) w W. na odcinku od ul. (...) do ul. (...). W sytuacji bowiem gdy pozwany, jako zamawiający, na podstawie oświadczenia z dnia 9 grudnia 2010 r., odstąpił od umowy o roboty budowlane, dopóki dzieło nie zostało jeszcze ukończone, miał obowiązek zapłacić wykonawcy umówione wynagrodzenie po odliczeniu tego, co przyjmujący zamówienie oszczędził z powodu niewykonania dzieła.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwany Powiat (...) wniósł o oddalenie powództwa w całości i wytoczył przeciwko D. K. powództwo wzajemne o zapłatę kwoty 400.433,10 zł, naliczonej tytułem kary umownej. W uzasadnieniu podniósł,

że powództwo o zapłatę kwoty 308.221 zł pozostało nieudowodnione, zarówno co do zasady, jak i co do wysokości. Przyznał jednocześnie, że strony procesu łączyła umowa z dnia 12 października 2010 r., z tytułu wykonania której D. K. miało zostać wypłacone wynagrodzenie w łącznej wysokości 2.669.554 zł. Pozwany (powód wzajemny) wywiązał się z nałożonych na niego w drodze umowy obowiązków i oczekiwał na przejęcie przez powoda (pозwanego wzajemnego) w dniu 19 października 2010 r. terenu budowy, czego ten ostatni jednak nie uczynił, bezpodstawnie wskazując na szereg istotnych braków w dokumentacji przekazanej mu przez przedstawicieli Wydziału (...) Powiatowych Starostwa Powiatowego w W.. Tymczasem w ocenie pozwanego (powoda wzajemnego) dokumentacja była kompletna, a nawet gdyby tak nie było, to po stronie powoda istniał tylko obowiązek zawiadomienia pozwanego w razie stwierdzenia wadliwości dokumentacji projektowej. W konsekwencji odmowy przejęcia przez wykonawcę placu budowy, pismem z dnia 9 grudnia 2010 r., następnie potwierdzonym przez zarząd powiatu, pozwany odstąpił od umowy z dnia 12 października 2010 r. i wezwał wykonawcę do zapłaty kary umownej w wysokości 400.433,10 zł, naliczonej stosownie do § 12 pkt 1 a - rzeczonyj umowy.

Wyrokiem z dnia 24 lutego 2015 r. wydanym w sprawie z powództwa głównego D. K. skierowanego przeciwko Powiatowi (...) o zapłatę kwoty 308.221 zł oraz sprawy z powództwa wzajemnego Powiatu (...) skierowanego przeciwko D. K. o zapłatę kwoty 400.433,10 zł - Sąd Okręgowy w Warszawie:

- z powództwa głównego:

I. zasądził od Powiatu (...) na rzecz D. K. kwotę 308.221 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 4 grudnia 2012 r. do dnia zapłaty,

II. zasądził od Powiatu (...) na rzecz D. K. kwotę 22.629 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 7.200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego,

III. nakazał wypłacić ze Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie na rzecz D. K. kwotę 1 zł tytułem nadpłaconej opłaty od pozwu, zaksięgowanej pod poz. (...) / (...);

- z powództwa wzajemnego:

I. oddalił powództwo,

II. zasądził od Powiatu (...) na rzecz D. K. kwotę 7.200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego,

III. nakazał wypłacić ze Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie na rzecz Powiatu (...) kwotę 2.500 zł tytułem zwrotu niewykorzystanej zaliczki, zaksięgowanej pod poz. (...) / (...).

***Powyższy wyrok Sąd Okręgowy wydał na podstawie następujących ustaleń faktycznych i wniosków.***

D. K., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo (...), został wybrany w drodze przetargu nieograniczonego, ogłoszonego przez Powiat (...), jako wykonawca umowy o roboty budowlane, dotyczącej przebudowy drogi powiatowej nr (...) – Al. (...) w W. na odcinku od ul. (...) do ul. (...). W ramach złożonej oferty D. K. zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia za cenę 2.669.554 zł brutto. Jednocześnie, składając ofertę w postępowaniu przetargowym, przedstawił gwarancję ubezpieczeniową a umowę w tym zakresie zawarł z (...) spółką akcyjną V. (...), uiszczając uprzednio składkę w kwocie 550 zł. Składając ofertę D. K. założył, że uzyska zysk na poziomie 16% liczonych od kosztów robocizny i sprzętu w kwocie 122.751,28 zł, powiększonej o podatek VAT, wg. wówczas obowiązującej stawki 22% w kwocie 27.005,28 zł (łącznie 149.756,56 zł). Powiat (...) jako inwestor i zamawiający oraz D. K., jako wykonawca, zawarli w dniu 12 października 2010 r. umowę o roboty budowlane nr (...), której przedmiotem była przebudowa drogi powiatowej nr (...) – Al. (...) w W. na odcinku od ul. (...) do ul. (...), zgodnie z projektem budowlano-wykonawczym rozbudowy, pozwoleniem na budowę, dokumentacją przetargową, obowiązującymi normami, przepisami prawa i szczegółową specyfikacją techniczną (§ 1 pkt 1 umowy). Zakres prac określała oferta, spełniająca warunki przetargu, stanowiąca integralną część umowy, szczegółowe specyfikacje

techniczne wykonania i odbioru robót oraz projekt budowlano – wykonawczy (§ 1 pkt 2 umowy). Przebudowa miała polegać na rozbiórce starej nawierzchni, na wykonaniu nowej podbudowy i nawierzchni ulicy z betonu asfaltowego dla KR3-KR4, nowych nawierzchni chodników, zjazdów i miejsc parkingowych z kostki betonowej, przebudowie ogrodzeń posesji przyległych wraz z przebudową urządzeń teletechnicznych i wykonaniu nowej stałej organizacji ruchu (§ 2 umowy). Stosownie do postanowień umowy, zakończenie robót miało nastąpić do 15 grudnia 2010 r. (§ 3 pkt 1 umowy), a za wykonanie przedmiotu umowy wykonawca miał otrzymać wynagrodzenie w łącznej kwocie 2.669.554 zł brutto (§ 4 pkt 1 umowy). Zamawiający zobowiązał się protokolarnie przekazać wykonawcy plac budowy w rozmiarach i stanie umożliwiającym wykonanie robót w terminie 14 dni od daty podpisania umowy, tj. do dnia 26 października 2010 r. (§ 9 umowy). Z mocy § 12 pkt 1c umowy strony przewidziały, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność wykonawca - w wysokości 15% wynagrodzenia ryczałtowego brutto, określonego w § 4 umowy. Ponadto, w § 15 umowy strony zastrzegły umowne prawo odstąpienia od umowy w przypadkach: ogłoszenia upadłości lub rozwiązania firmy wykonawcy, wydania sądowego nakazu zajęcia majątku wykonawcy, gdy wykonawca nie rozpoczął robót bez uzasadnionych przyczyn oraz nie kontynuował ich mimo pisemnego wezwania zamawiającego i gdy wykonawca nie wykonuje robót zgodnie z umową lub nienależyście wykonuje swoje zobowiązanie umowne. Odstąpienie od umowy miało nastąpić pod rygorem nieważności w formie pisemnego oświadczenia wraz z uzasadnieniem (§ 15 umowy). Integralną część umowy z dnia 12 października 2010 r. stanowiła szczegółowa specyfikacja techniczna (zwana dalej także SST), która konkretyzowała obowiązki zamawiającego w zakresie przekazania wykonawcy wszelkich danych i dokumentacji, niezbędnej do wykonywania prac. Zgodnie z pkt 2.3 specyfikacji, zamawiający miał obowiązek przekazać wykonawcy teren budowy wraz ze wszystkimi wymaganymi uzgodnieniami prawnymi i administracyjnymi, lokalizację i współrzędne punktów głównych trasy oraz reperów, dziennik budowy oraz dwa egzemplarze dokumentacji projektowej i dwa komplety szczegółowej specyfikacji technicznej. Obowiązkiem zaś wykonawcy była ochrona przekazanych punktów pomiarowych do chwili odbioru ostatecznego robót. Z kolei, stosownie do pkt 3.1 specyfikacji, przed przystąpieniem do robót wykonawca miał przejąć od zamawiającego dane zawierające lokalizację i współrzędne punktów głównych trasy oraz reperów, a w oparciu o materiały dostarczone przez zamawiającego, wykonawca powinien był przeprowadzić obliczenia i pomiary geodezyjne, niezbędne do szczegółowego wytyczenia robót. Umowa z dnia 12 października 2010 r. miała być wykonywana w oparciu o decyzję nr (...) z dnia 16 września 2010 r. w przedmiocie zatwierdzenia projektu budowlanego i zezwolenia na realizację inwestycji drogowej. W celu wykonania umowy D. K. podjął szereg czynności przygotowawczych. Do koordynacji i nadzorowania prac oddelegował swojego pracownika Z. J., któremu udostępnił pojazd służbowy marki R. (...) nr rej. (...). Pracownik ten w okresie od 15 września 2010 r. do 4 stycznia 2011 r. zajmował się analizą dokumentacji, dokonywał pomiarów kontrolnych i opracował wstępny plan organizacji robót konieczny do wyliczenia kosztów bezpośrednich. Ponadto zlecił wykonanie i uzgodnienie projektu organizacji ruchu na czas przebudowy Al. (...) w W. za cenę 9.516 zł brutto, zlecił i pokrył koszty wdrożenia czasowej organizacji ruchu na czas remontu etapu I-ego w kwocie 9.840 zł brutto, opłacił koszty dostawy grysów i kruszywa w łącznej wysokości 22.891,59 zł brutto, pokrył koszty przewozu kolejnej partii kruszywa w kwocie 19.702,31 zł brutto. W dniu 19 października 2010 r. odbyło się wprowadzenie wykonawcy na plac budowy, w który uczestniczyli: ze strony wykonawcy kierownik budowy Z. J., ze strony zamawiającego M. S. i K. J. (1), a także R. G. jako przedstawiciel Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.. Na spotkaniu tym Z. J. zakwestionował ważność projektu budowlanego - branża drogowa, załącznika(...) sieć teletechniczna i gazowa do przebudowy, warunków technicznych sieci światłowodowej do przebudowy i wreszcie warunków technicznych sieci gazowej do przebudowy, których ważność upłynęła. Ponadto Z. J. zażądał wydania: danych zawierających lokalizację i współrzędne punktów głównych trasy oraz danych reperów, lokalizacji istniejących urządzeń podziemnych wodno-kanalizacyjnych, telekomunikacyjnych i gazowych, informacji o lokalizacji urządzeń podziemnych sygnalizacji świetlnej, rysunków zbrojenia murów oporowych oraz rozwiązań przy zbrojeniach ulicznych, a także aktualnej dokumentacji technicznej i egzemplarzy szczegółowej specyfikacji technicznej w wersji papierowej. W konsekwencji powyższego, Z. J. odmówił przejęcia placu budowy, a o przebiegu czynności wprowadzenia na budowę powiadomił dyrektora Powiatowego Zarządu Dróg. Po przeprowadzeniu czynności wprowadzenia na budowę, w ramach której wykonawca odmówił protokolarnego przejęcia placu budowy, starosta Powiatu (...) przekazał D. K. protokół wprowadzenia na budowę. W odpowiedzi na zastrzeżenia za strony wykonawcy co do przekazanej dokumentacji, starosta (...) oświadczył, że projekt budowlany i wykonawczy został przygotowany prawidłowo i wezwał wykonawcę

do przystąpienia do robót budowlanych w terminie 2 dni pod rygorem skorzystania z uprawnień, określonych w § 15 umowy z dnia 12 października 2010 r. Natomiast D. K. po raz kolejny wskazał na braki w zakresie dokumentacji projektowej. W tej sytuacji, w załączeniu do pisma z dnia 2 listopada 2010 r., starosta (...) przekazał wykonawcy szczegółowe informacje dotyczące zadania oraz uzupełniające rysunki dodatkowe, żądając jednocześnie zwrotu tejże dokumentacji najpóźniej do dnia 4 marca 2011 r. W odpowiedzi, D. K. ponownie zadeklarował wolę przystąpienia do realizacji robót, wskazując na wykonane dotychczas czynności przygotowawcze, polegające na ustawieniu tablic informacyjnych o planowanych objazdach na wskazanych w projekcie skrzyżowaniach, znaków kierunkowych objazdów, znaków informujących o ślepych odcinku Al. (...) i właściwych znaków nakazu i zakazu, ujętych w projekcie organizacji. Niemniej jednak, po raz kolejny zażądał dodatkowo przekazania: drugiego kompletu dokumentacji projektowej, dwóch kompletów (...) i podania lokalizacji oraz współrzędnych reperów, a także wskazał na konieczność uaktualnienia warunków technicznych przebudowy urządzeń telekomunikacyjnych, kolidujących z przebudową skrzyżowań Al. (...) z ul. (...) poprzez dopełnienie ciężącego na zamawiającym obowiązku zgłoszenia przystąpienia do realizacji prac, zgodnie z pkt 9 warunków technicznych (...)/GG.211- (...). Wicestarosta powiatu (...) wezwał D. K. do przystąpienia do wykonania robót i do podpisania protokołu wprowadzenia na budowę, zastrzegając że jeżeli czynność ta nie nastąpi do dnia 1 grudnia 2010 r., to z uwagi na termin wykonania robót, zamawiający uzna, że zaistniały okoliczności przewidziane w § 15 ust. 1 pkt c umowy z dnia 12 października 2010 r. z przyczyn zależnych od wykonawcy. W odpowiedzi, wykonawca po raz kolejny zażądał przedstawienia tej samej dokumentacji, w tym w szczególności szkiców lokalizacyjnych i rzędnych reperów, wskazując dodatkowo, że już w październiku 2010 r. przystąpił do realizacji umowy, w zakresie, w jakim było to możliwe z uwagi na formę i zakres przekazanych przez Zarząd Dróg Powiatowych dokumentów i placu budowy, niezbędnych do realizacji inwestycji. Jednocześnie D. K. zaproponował spotkanie w dniu 3 grudnia 2010 r. z udziałem Policji i (...) celem komisyjnego zamknięcia ulicy oraz uzupełnienia dokumentacji zamykającej proces przekazania budowy, o której była mowa w piśmie z dnia 26 listopada 2010 r. Faksem datowanym na dzień 9 grudnia 2010 r., doręczonym D. K. w dniu 15 grudnia 2010 r., starosta (...) oświadczył, że stosownie do § 15 pkt 1 c umowy z dnia 12 października 2010 r. odstępuje od umowy z dnia 12 października 2010 r. z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, żądając jednocześnie – stosownie do § 12 pkt 1 a – niezwłocznego wpłacenia na rachunek bankowy Powiatu (...) kwoty 400.433,10 zł brutto, stanowiącej równowartość naliczonej kary umownej w wysokości 15% wynagrodzenia ryczałtowego, określonego w § 4 ust. 1 umowy. Uzasadniając swoje stanowisko starosta wyjaśnił, że w ramach postępowania przetargowego wykonawca nie wniósł żadnych zastrzeżeń odnośnie dokumentacji przetargowej i podobnie na spotkaniu koordynacyjnym w dniu 6 października 2010 r., dotyczącym uzgodnienia harmonogramu prowadzenia robót i zasad realizacji inwestycji oraz po sporządzeniu kompletu dokumentów, niezbędnych do dokonania zgłoszenia robót budowlanych w (...), wykonawca nie zgłaszał żadnych uwag. W ocenie starosty (...), zarzuty wykonawcy odnośnie nieprawidłowego przygotowania inwestycji były niezasadne a wobec faktu nieprzystąpienia do wykonywania prac, koniecznym stało się odstąpienie od umowy z dnia 12 października 2010 r. Decyzję starosty o odstąpieniu od umowy z dnia 12 października 2010 r., w dniu 20 grudnia 2010 r., zaakceptował zarząd powiatu (...). Pismem z dnia 24 lutego 2011 r. pełnomocnik D. K. wezwał zamawiającego do wykonania umowy, wskazując na bezskuteczność złożonego oświadczenia o odstąpieniu, w oparciu o § 15 pkt 1 c umowy, lecz zamawiający podtrzymał stanowisko odnośnie złożonego oświadczenia z dnia 9 grudnia 2010 r. i zażądał usunięcia oznakowania pionowego, ustawionego na czas remontu drogi powiatowej nr (...). W tej sytuacji D. K. skierował do Powiatu (...) wezwanie do zapłaty kwoty 255.374 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 16 grudnia 2010 r. do dnia zapłaty jako należnego wynagrodzenia, zakreślając 3-dniowy termin zapłaty i wskazując jako podstawę prawną powództwa art. 644 k.c. w zw. z art. 656 k.c. W związku z niewykonaniem umowy z dnia 12 października 2010 r., Powiat (...) złożył przeciwko D. K. wniosek o zawiązanie do próby ugodowej o zapłatę kwoty 400.433,10 zł. W toku posiedzenia pojednawczego strony nie doszły do porozumienia. Upřednio, na tle rozliczeń innej umowy, pomiędzy tymi samymi stronami toczyło się przed Sądem Okręgowym Warszawa –Praga w Warszawie postępowanie sądowe, które zakończyło się wydaniem wyroku z dnia 11 października 2011 r. sygn. akt X GC 63/11.

Podstawą poczynionych przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych były dowody w postaci odpisów i poświadczonych kopii dokumentów, wydruków oraz twierdzeń samych stron niezakwestionowanych bądź wprost przyznanych przez stronę przeciwną, które na podstawie art. 230 k.p.c. w zw. z art. 229 k.p.c. Sąd przyjął za udowodnione. W zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia sprawy stan faktyczny był w przeważającym zakresie bezsporny pomiędzy

stronami procesu. Rozbieżność dotyczyła oceny prawnej zaistniałej sytuacji faktycznej. Strony nie kwestionowały autentyczności złożonych w toku procesu dokumentów. Sąd również nie miał wątpliwości, co do ich wartości dowodowej, wobec czego brak było podstaw do odmówienia im wiarygodności tym bardziej, że na wniosek pozwanego (powoda wzajemnego) część dokumentacji prywatnej powoda została przedstawiona w oryginale. Sąd również wziął pod uwagę zeznania świadków przesłuchanych w toku procesu, które zostały ocenione jako jasne, spójne, logiczne i wzajemnie się uzupełniające, pozwalające ustalić przebieg zdarzeń. Sąd oddalił wniosek pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego na okoliczność ustalenia, jaką kwotę przyjmując zmówienie powód (pozwany wzajemny) oszczędziłby w związku z niewykonaniem umowy z dnia 12 października 2010 r., ponieważ na rozprawie w dniu 13 listopada 2014 r. powód (pozwany wzajemny) przyznał, że z uwagi na niewykonanie umowy z dnia 12 października 2010 r. zaoszczędził kwotę 420.000 zł, którą wskazywał pozwany (powód wzajemny), jako kwotę, którą miał ustalić biegły sądowy. Wobec zaś nieusprawiedliwionej nieobecności na rozprawie w dniu 10 lutego 2015 r. powoda i reprezentanta strony pozwanej, Sąd pominął dowód z przesłuchania stron.

Sąd Okręgowy uznał, że powództwo D. K. skierowane przeciwko Powiatowi (...) o zapłatę kwoty 308.221,00 zł zasługiwało na uwzględnienie w całości, zaś powództwo wzajemne Powiatu (...) o zapłatę kwoty 400.433,10 zł, stanowiącej karę umową, naliczoną w oparciu o § 12 pkt 1a umowy z dnia 12 października 2010 r. podlegało oddaleniu.

Całokształt materiału dowodowego, zgromadzonego w sprawie potwierdził, iż odpowiedzialność za niewykonanie umowy z dnia 12 października 2010 r. spoczywała wyłącznie po stronie zamawiającego (inwestora), który nie przekazał wykonawcy pełnej dokumentacji, niezbędnej do wykonania umowy nr (...). Strony procesu łączyła umowa o roboty budowlane, w rozumieniu art. 647 k.c., skoro wykonanie tych prac wymagało korzystania z opracowanej dokumentacji technicznej i stanowiło o wykonaniu budowli o znacznych rozmiarach (drogi). Ponadto umowa ta różniła się od umowy o dzieło profesjonalnym w praktyce charakterem bezpośredniego wykonawcy robót, bardzo obszernym, odrębnym uregulowaniem problematyki budowlanej w przepisach prawa administracyjnego oraz tym, że przedmiotem niepieniężnego świadczenia wykonawcy był obiekt, który powstaje na podstawie projektu w wyniku robót budowlanych, podlegających przepisom prawa budowlanego a nadto że występowała szczególna postać współdziałania inwestora z wykonawcą w zakresie przygotowania i wykonania przedmiotu świadczenia, przejawiająca się w dostarczeniu projektu i przekazaniu terenu. Stosownie do treści art. 658 k.c. do remontu budynku lub budowli odpowiednio stosuje się przepisy tytułu XVI kodeksu cywilnego, a więc te, które dotyczą robót budowlanych. Przedmiotem umowy z dnia 12 października 2010 r., zawartej pomiędzy D. K. a Powiatem (...) była modernizacja/przebudowa (a więc wykonanie remontu) drogi powiatowej nr (...) – Al. (...) w W. na odcinku od ul. (...) do ul. (...). Według ustawy prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 roku /Dz. U. z 2013 r. poz. 1409/ przez remont należy rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a nie stanowiących bieżącej konserwacji (art. 3 pkt 8). Z kolei remont drogi stanowi roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c., ponieważ dotyczy obiektu, którego pojęcie zostało zdefiniowane w prawie budowlanym. Stosownie bowiem do treści art. 3 pkt 1b tej ustawy obiektem budowlanym jest, m. in. budowla, przez którą rozumie się także drogi (art. 3 pkt 3). Zatem także do remontu drogi stosuje się odpowiednio przepisy art. 647 - 658 k.c., dotyczące umów o roboty budowlane. Jako podstawę prawną powództwa, D. K. wskazał treść art. 644 k.c., zgodnie z którym dopóki dzieło nie zostało ukończone, zamawiający może w każdej chwili od umowy odstąpić płacąc umówione wynagrodzenie, a w takim wypadku zamawiający może odliczyć to, co przyjmujący zamówienie oszczędził z powodu niewykonania dzieła. Oświadczenie z dnia 9 grudnia 2010 r., (doręczone wykonawcy w dniu 15 grudnia 2010 r.) a następnie potwierdzone uchwałą zarządu Powiatu (...) było nieskuteczne w świetle postanowień § 15 umowy z dnia 12 października 2010 r. Zgodnie bowiem z art. 395 § 1 k.c., do elementów obligatoryjnych zastrzeżenia prawa odstąpienia od umowy należy: określenie strony stosunku obligacyjnego, której przysługuje odstąpienie oraz wskazanie terminu, po upływie którego prawo odstąpienia wygasa, przy czym termin ten powinien być określony w taki sposób, aby możliwe było jego jednoznaczne umiejscowienie w czasie. Postanowienie umowy z dnia 12 października 2010 r. (§ 15), w którym strony przyznały zamawiającemu prawo odstąpienia od umowy, Sąd Okręgowy uznał za bezwzględnie nieważne (art. 58 § 3 k.c.), ponieważ nie określało terminu końcowego wykonania tego prawa przez kupującego. Jak słusznie podniósł powód (pozwany wzajemny), w umowie brak było postanowienia konstruującego obligatoryjne elementy umownego prawa odstąpienia, a więc wskazania terminu

końcowego jego wykonania. W tej sytuacji oświadczenie z dnia 9 grudnia 2010 r. zakwalifikowano jako ustawowe prawo odstąpienia (art. 491 k.c.), ponieważ umowa o roboty budowlane jest umową wzajemną. Z tych też powodów oświadczenie Powiatu (...) należało ocenić przez pryzmat brzmienia art. 644 k.c., zgodnie z którym dopóki dzieło nie zostało ukończone, zamawiający może w każdej chwili od umowy odstąpić, płacąc umówione wynagrodzenie. Wbrew stanowisku inwestora, nie mógł on skorzystać z ustawowego prawa odstąpienia od umowy na wypadek zwłoki, skoro sam nie przekazał wykonawcy w terminie, określonym umową placu budowy w stanie umożliwiającym wykonanie robót, a dokładniej rzecz ujmując – nie przekazał punktów pomiarowych wraz z kompletną dokumentacją. Niezależnie od wszystkich braków dokumentacji, wskazanych w piśmie wykonawcy z dnia 20 października 2010 r., Sąd Okręgowy wskazał na brak zasadniczy dokumentacji, polegający na niewytyczeniu przebiegu drogi. Przekazanie wykonawcy lokalizacji i współrzędnych punktów głównych trasy, reperów oraz punktów pomiarowych w terenie stanowiło obowiązek zamawiającego, skoro w istocie dotyczyło wytyczenia drogi, którą wykonawca miał jedynie wykonać. Zgodnie z pkt 2.3 szczegółowej specyfikacji technicznej, stanowiącej integralną część umowy, zamawiający miał obowiązek przekazać wykonawcy teren budowy wraz ze wszystkimi wymaganymi uzgodnieniami prawnymi i administracyjnymi, lokalizację i współrzędne punktów głównych trasy oraz reperów, dziennik budowy, a także dwa egzemplarze dokumentacji projektowej i dwa komplety szczegółowej specyfikacji technicznej. Obowiązkiem zaś wykonawcy była ochrona przekazanych punktów pomiarowych do chwili odbioru ostatecznego robót. Z kolei, stosownie do pkt 3.1 specyfikacji, przed przystąpieniem do robót wykonawca miał jedynie przejąć od zamawiającego dane zawierające lokalizację i współrzędne punktów głównych trasy oraz reperów, a w oparciu o materiały dostarczone przez zamawiającego, wykonawca powinien był przeprowadzić obliczenia i pomiary geodezyjne, niezbędne do szczegółowego wytyczenia robót. W tej sytuacji oczekiwanie od wykonawcy, że sam wykona pomiary geodezyjne nie znajdowało żadnego uzasadnienia w treści kontraktu łączącego strony, bo w istocie oznaczałoby przerzucenie na wykonawcę obowiązków inwestora. Nie było także podstaw do czynienia pozwanemu (powodowi wzajemnemu) zarzutu z tego, że zapoznając się z dokumentacją przetargową nie przewidział tego, że w momencie wprowadzenia na budowę zamawiający nie będzie dysponował danymi co do reperów wysokościowych, bowiem żaden przepis ustawy nie nakłada na wykonawcę obowiązku poszukiwania wszystkich możliwych uchybień ze strony inwestora. Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa, kreując, z praktyki nieprzygotowywania kompletnej dokumentacji, niejako dodatkowe zobowiązanie po stronie wykonawcy do zastępowania go w jego obowiązkach. D. K. podjął liczne działania przygotowawcze do wykonania umowy, bowiem: zlecił wykonanie i uzgodnienie projektu organizacji ruchu na czas przebudowy Al. (...) w W. za cenę 9.516 zł brutto, zlecił i pokrył koszty wdrożenia czasowej organizacji ruchu na czas remontu etapu I-ego w kwocie 9.840 zł brutto, opłacił koszty dostawy grys i kruszywa w łącznej wysokości 22.891,59 zł brutto, pokrył koszty przewozu kolejnej partii kruszywa w kwocie 19.702,31 zł brutto, a w celu koordynowania prac na stałe oddelegował swojego pracownika Z. J.. Jednocześnie cały czas wyrażał gotowość do podjęcia prac, ale dopiero po przekazaniu stosownej dokumentacji, jako że będąc nauczony doświadczeniem innego sporu sądowego z Powiatem (...), w ramach którego ten sam zamawiający również nie przygotował stosownej dokumentacji, konsekwentnie odmawiał przyjęcia na siebie dodatkowych (pozaumownych) obowiązków, mając na względzie ewentualne konsekwencje. Z uwagi na powyższe, Sąd Okręgowy przyjął, że wobec skorzystania przez pozwanego (powoda wzajemnego) z prawa odstąpienia od umowy w świetle brzmienia art. 644 k.c., który z mocy art. 656 § 1 in fine k.c. ma zastosowanie także do umowy o roboty budowlane, po jego stronie skonkretyzował się obowiązek zapłaty umówionego wynagrodzenia z uwzględnieniem tego, co przyjmujący zamówienie oszczędził z powodu niewykonania dzieła. Zdaniem Sądu Okręgowego, kwota dochodzona pozwem odzwierciedlała wysokość umówionego wynagrodzenia i jednocześnie uwzględniała to, co powód (pozwany wzajemny) oszczędził z powodu niewykonania dzieła i nade wszystko to, że pozwany liczył na wykonanie umowy z dnia 12 października 2010 r., zaangażował w tym celu potencjał personalny i materiałowy, a wreszcie liczył na zysk. Jak wynikało z treści kosztorysu przygotowawczego do wyceny robót z dnia 10 września 2010 r. i kosztorysu ofertowego, D. K. zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia za cenę 2.669.554 zł brutto i założył, że uzyska zysk na poziomie 16% liczonych od kosztów robocizny i sprzętu w kwocie 122.751,28 zł, powiększonej o podatek VAT, wg. wówczas obowiązującej stawki 22% w kwocie 27.005,28 zł (łącznie 149.756,56 zł). W kontekście wysokości całego kontraktu, nie budziło wątpliwości Sądu Okręgowego, że powyższa kwota odzwierciedlała faktyczną wysokość potencjalnego zysku, który D. K. miał osiągnąć tym bardziej, że w momencie składania przez oferenta kosztorysu, nie był on kwestionowany przez zamawiającego. Art. 644 k.c. nakłada na zamawiającego obowiązek zapłaty umówionego -

2.669.554 zł brutto i jedynie posiłkowo powód wskazał w jego ramach potencjalny zysk, także opisał koszty, które poniósł w związku z wykonywaniem umowy, przyznając jednocześnie, że zaoszczędził wskazaną przez pozwanego kwotę 420.000 zł. Brak było przy tym podstaw do kwestionowania stanowiska powoda co do wysokości kosztów, które pokrył w związku z przystąpieniem do wykonywania umowy, skoro powód przedstawił na tę okoliczność nie tylko dokumenty rozliczeniowe (faktury VAT), ale także potwierdzenia uiszczenia kwot z nich wynikających, a wiarygodne zeznania świadków: K. J. (2), Z. J., T. P. i J. S. wskazywały, że w istocie okoliczności takie miały miejsce. Z uwagi na powyższe Sąd Okręgowy uwzględnił powództwo główne. Jako podstawę zasądzenia odsetek od sumy dochodzonej w ramach powództwa głównego, (w tym skapitalizowanych odsetek), Sąd przyjął art. 481 § 1 i 2 k.c. Zgodnie z art. 644 k.c. dopóki dzieło nie zostało ukończone, zamawiający może w każdej chwili od umowy odstąpić, płacąc umówione wynagrodzenie. Zwrot „płacąc umówione wynagrodzenie” należy rozumieć jako nałożenie na zamawiającego, który odstępuje od umowy, obowiązku jednoczesnego zapłacenia przyjmującemu zamówienie stosownego wynagrodzenia, a nieuiszczenie tego wynagrodzenia wraz ze złożeniem oświadczenia o odstąpieniu powoduje, że przyjmujący zamówienie może go dochodzić od zamawiającego na drodze sądowej. Zatem dłużnika obciążał obowiązek zapłaty wynagrodzenia, niezależny od zasad i terminów zapłaty określonych w umowie stron i dlatego też prawidłowo D. K. dokonał kapitalizacji odsetek już od dnia 17 grudnia 2010 r.

Odnosnie powództwa wzajemnego Sąd Okręgowy podniósł, że przerwianie na wykonawcę odpowiedzialności za nieprzygotowanie dokumentacji i nałożenie z tego tytułu na powoda (pozwanego wzajemnego) kary umownej przez inwestora, nie znajdowało jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i prawnego w realiach sprawy, a stanowiło wręcz szkodę wobec wykonawcy, który bez zbędnej zwłoki przystąpił do wykonywania prac i (sposstrzegając uchybienia w treści dokumentacji) zwrócił na to uwagę zamawiającemu. Mając na względzie okoliczności przemawiające za uwzględnieniem powództwa głównego, Sąd Okręgowy uznał, iż powództwo o zapłatę kary umownej, w oparciu o § 12 pkt 1a, podlegało oddaleniu, z uwagi na wykazanie przez powoda (pozwanego wzajemnego), iż niewykonanie robót budowlanych było następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Kara umowna została zastrzeżona na wypadek opóźnienia w wykonaniu zobowiązania niepieniężnego. Jej wysokość została wyrażona przez wskazanie parametrów odnoszących się do świadczenia, które umożliwiały ustalenie jej wysokości – 15% wartości wynagrodzenia ryczałtowego, określonego w § 4 umowy jako kwota brutto. Pozwany (powód wzajemny) bezspornie wykazał, że strony w łączącej je umowie zastrzegły karę umowną na wypadek niewykonania zobowiązania niepieniężnego przez pozwanego (§ 12 pkt 1a umowy), a jednocześnie, że złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy, które z uwagi na nieskuteczność zapisu § 15 umowy, Sąd potraktował jako oświadczenie o odstąpieniu od umowy wzajemnej, złożone w trybie ustawy. Obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, co wynika z art. 483 § 1 i art. 484 § 1 k.c. w zestawieniu z ogólną zasadą wyrażoną w art. 471 k.c. W toku procesu, D. K. konsekwentnie podnosił i zdołał udowodnić, że wobec nieprzygotowania zasadniczej dokumentacji technicznej, a tym samym frontu robót, nie było w ogóle możliwe terminowe wykonanie przez niego robót - tym samym, że niewykonanie prac było następstwem okoliczności, za które on nie ponosi odpowiedzialności. Jednocześnie wykazał, iż był gotowy świadczyć pracę, a w szczególności, że dysponował odpowiednią do wykonania przedmiotowych prac liczbą pracowników, a także materiałami, co potwierdzili przesłuchani w toku procesu świadkowie. Z mocy nie tylko § 9 umowy łączącej strony procesu, ale przede wszystkim ustawy – art. 647 k.c. obowiązkiem zamawiającego było w szczególności przekazanie terenu budowy wykonawcy D. K.. Zatem mógł on przystąpić do realizacji zleconych mu robót dopiero w sytuacji, gdy wiedziałby jak dokładnie ma przebiegać droga, którą miał modernizować. Powiat (...) nie dopilnował, aby dokumentacja projektowa i wykonawcza była przygotowana prawidłowo i bez żadnych braków. Skoro inwestor nie przedstawił wykonawcy w umówionym terminie frontu robót, to faktycznie sam odpowiada za niewykonanie tych prac w terminie. W świetle tych okoliczności nie można było uznać, iż to pozwany wykonawca ponosił odpowiedzialność za niewykonanie robót. Tym samym niezasadne było obciążanie go karą umowną i dlatego powództwo wzajemne podlegało oddaleniu.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. oraz art. 80 i 84 u.k.s.c.

**Apelację** od powyższego wyroku złożył Powiat (...), zaskarżając orzeczenie Sądu Okręgowego częściowo, tj. w zakresie uwzględniającym powództwo główne co do kwoty 49 023,94 zł wraz z ustawowymi odsetkami od tej kwoty oraz kosztami procesu, na podstawie następujących zarzutów:

I. naruszenia przepisów postępowania w postaci:

1. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

a) dowolną a nie swobodną ocenę dowodów co skutkowało błędem w ustaleniach faktycznych polegającym na przyjęciu, że kwota zasądzona na rzecz powoda tytułem zaplanowanego zysku winna być powiększona o obowiązującą w 2010 r. stawkę podatku od towarów i usług 22 %, pomimo braku wykonania usługi i nieponiesienia przez D. K. żadnych ciężarów tytułem podatku VAT;

b) przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, a w szczególności ustalenie kosztów poniesionych w wykonaniu umowy nr (...) z dnia 12 października 2010 r., których powód nie oszczędził z powodu niewykonania całości robót będących przedmiotem umowy numer (...) w wartości brutto, tj. wraz z podatkiem od towarów i usług, pomimo iż u D. K., będącego podatnikiem podatku VAT, wartość podatku naliczonego pomniejsza wartość podatku należnego, zatem nie stanowi rzeczywiście poniesionego kosztu;

a w konsekwencji uznanie powództwa za udowodnione w całości, pomimo iż właściwa ocena dowodów wskazuje na jego bezzasadność co do kwoty 49 023,94 zł;

2. art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie uzasadnienia w sposób nieodpowiadający wymogom przewidzianym w tym przepisie, tj. w sposób niejasny - z uzasadnienia nie wynika bowiem, z jakich względów Sąd Okręgowy obciążył pozwanego kwotą odpowiadającą podatkowi VAT.

II. naruszenia prawa materialnego w postaci:

1. art. 644 § 1 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. poprzez ustalenie, iż należne powodowi kwoty tytułem: zaplanowanego zysku oraz zwrotu kosztów poniesionych w wykonaniu umowy nr (...) z dnia 12 października 2010 r., których nie oszczędził z powodu niewykonania całości robót będących przedmiotem umowy nr (...), winny być powiększone o podatek od towarów i usług, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego wzbogacenia się D. K. kosztem Powiatu (...);

2. art. 481 § 1 k.c. poprzez zasądzenie kwoty 9 928,18 zł stanowiącej skapitalizowane odsetki od kwoty 39 095,76 zł wraz z dalszymi odsetkami za okres od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty pomimo, iż w okolicznościach sprawy nie było ku temu podstaw.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez oddalenie powództwa głównego co do kwoty 49 023,94 zł wraz z odsetkami oraz zmianę pkt II wyroku poprzez zasądzenie na rzecz pozwanego kosztów procesu za pierwszą instancję według norm przepisanych, a także zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania za drugą instancję, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja nie jest zasadna.

Rozpoznając zgłoszone przez powoda zarzuty naruszenia przepisów prawa procesowego, które poza zarzutem naruszenia art. 328 § 1 k.p.c., dotyczą jedynie art. 233 § 1 k.p.c., w pierwszej kolejności trzeba przypomnieć, że powyższe zarzuty tylko wtedy mogą zostać uznane za skuteczne, gdy wskazane naruszenie cechuje się kauzalnością. Oznacza to, że Sąd odwoławczy musi stwierdzić istnienie związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem przepisu proceduralnego a treścią orzeczenia. Tego rodzaju związku nie ma potrzeby wyjaśniać tylko wtedy, gdy zachodzi naruszenie przepisów obwarowanych rygiorem nieważności (W. Siedlecki, Uchybienia procesowe w sądowym postępowaniu cywilnym, Warszawa 1971, s. 21 i n. oraz tenże, Nieważność procesu cywilnego, Warszawa 1965, s. 112).



Sąd Apelacyjny związku takiego w rozpoznawanej sprawie nie dostrzega.

Nietrafny jest zarzut naruszenia art. 328 § 1 k.p.c. Wadliwość uzasadnienia wyroku, aby mogła stanowić podstawę do skutecznego podniesienia zarzutu naruszenia art. 328 § 1 k.p.c. musiałaby być na tyle istotna, że na podstawie takiego uzasadnienia Sąd odwoławczy nie byłby w stanie stwierdzić, jaki stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił i jakie przepisy prawa materialnego do jego oceny zastosował (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2009 r., I UK 129/09, LEX nr 558286, z dnia 30 września 2008 r., II UK 385/07, Lex nr 741082 oraz z dnia 26 listopada 1999 r., III CKN 460/98, OSNC 2000/5/100), a tego typu wadliwości uzasadnienie Sądu Okręgowego nie zawiera. Na podstawie analizy treści tego dokumentu Sąd Apelacyjny nie ma bowiem wątpliwości, jakie były podstawy: faktyczna i prawna, podlegającego kontroli instancyjnej rozstrzygnięcia. Równocześnie trzeba zauważyć, iż z natury rzeczy sposób sporządzenia uzasadnienia wyroku nie ma wpływu na wynik sprawy, ponieważ uzasadnienie wyraża jedynie motywy wcześniej podjętego rozstrzygnięcia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2010 r., II UK 148/09, LEX nr 577847).

W zakresie, przyjętej przez Sąd Okręgowy, podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, apelujący kwestionuje poczynione przez Sąd I instancji ustalenia odnoszące się do wysokości wynagrodzenia, zasądzonego na podstawie art. 644 k.c., które uwzględnia także podatek VAT. W skład zasądzonej od Powiatu (...) na rzecz D. K. kwoty 308.221 zł wchodzi, m.in. kwota 149 756,56 zł odpowiadająca zaplanowanemu zyskowi (kwota 122 751,28 zł netto podwyższona o 27 005,28 zł, czyli naliczony podatek VAT) oraz kwota brutto poniesionych przez D. K. kosztów (z tytułu pozostawiania w stanie gotowości maszyn i sprzętu 19 200 zł brutto, kosztów likwidacji zaplecza budowy 8125 zł brutto, a także poniesionych kosztów: za wykonanie czasowej organizacji ruchu w kwocie 9 516 zł brutto, za uzgodnienia wdrożenia czasowej organizacji ruchu 9840 zł brutto, za wykonanie usług transportowych 14 258, 87 zł brutto i 5 443,44 zł brutto).

Apelujący uważa, iż zasądzona przez Sąd Okręgowy kwota wynagrodzenia, obejmująca wskazane powyższej części składowe, powinna zostać zasądzona w kwocie netto, czyli pomniejszona o naliczony podatek VAT w łącznej wysokości 39 095,76 zł.

Rozwiązanie z art. 644 k.c. jest szczególnego rodzaju konstrukcją prawną odstąpienia, zakładającą konieczność zapłaty umówionego wynagrodzenia za nieukończone dzieło jako świadczenia należnego w rozumieniu przepisu o bezpodstawnym wzbogaceniu z możliwością jedynie odliczenia oszczędności. Niewątpliwie przyjmujący zamówienie może dochodzić od zamawiającego wynagrodzenia w wysokości ustalonej i historycznie potwierdzonej marży zysku, jaką dotychczas osiągał w tego rodzaju umowach, a także domagać się pokrycia wydatków z tytułu rzeczywiście poniesionych kosztów na cele realizacji umowy (por. Grzegorz Koziół w: Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część szczególna, pod red. A.Kidyby LEX, 2014 oraz Agnieszka Damasiewicz - Umowa o roboty budowlane z wzorami, LexisNexis 2010).

Okoliczność, iż należne powodowi wynagrodzenie także obejmuje podatek VAT wynika z samej treści umowy łączącej strony, zawartej w dniu 12 października 2010 r., a oznaczonej numerem (...). Zgodnie z § 4 ust. 1 tej umowy (k-19) uzgodnione przez strony wynagrodzenie wynosiło 2 669 554 PLN brutto, a stosownie do treści § 4 ust. 2 mogło ono ulec zmianie w przypadku zamiany stawki podatku VAT. Wynagrodzenie to obejmowało wszelkie koszty związane z wykonaniem umowy, w tym m.in. prowadzenia robót (§ 4 ust. 3 lit. a), opracowania i uzgodnienia projektu organizacji ruchu na czas budowy z wykonaniem oznakowania na czas trwania robót (§ 4 ust. 3 lit. c), uporządkowania terenu budowy i terenów przyległych wraz z równaniem dróg gruntowych oraz naprawą zniszczeń powstałych przy realizacji inwestycji (§ 4 ust. 3 lit. g). Kwota uzgodnionego wynagrodzenia odpowiadała pozycjom kosztorysu i oferty (k- 61), wśród których znajdował się również zaplanowany przez powoda 16% zysk wraz z 22 % podatkiem VAT (k-59).

Roszczenie z art. 644 k.c. nie ma charakteru odszkodowawczego (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 25 września 2013 r., I ACa 496/13, Lex nr 1394195). Ustawodawca posłużył się w tym przepisie pojęciem „umówionego wynagrodzenia”, które uzasadniania operowanie świadczeniem jako ekwiwalentem, a nie jego surogatem, czy też zryczałtowanym odszkodowaniem. Tylko czynność jaką jest otrzymanie odszkodowania nie jest czynnością

podlegającą opodatkowaniem VAT (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 2 września 2015 r., I ACa 220/15, Lex nr 1950654). Natomiast rekompensata za przedterminowe rozwiązanie kontraktu jest z nim integralnie związana i trzeba od niej uiszczyć podatek VAT, jeśli umowa jest opodatkowana tym podatkiem (por. wyrok NSA w Warszawie z dnia 7 lutego 2014 r., I FSK 1664/12, Lex nr 1421721).

Roboty budowlane na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. 2016, poz. 710 z późn.zm., dalej jako: „ustawa o VAT”) są usługami w rozumieniu tej ustawy i na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 1 podlegają opodatkowaniu podatkiem VAT. Wskazane w art. 5 ust. 1 ustawy o VAT czynności podlegają opodatkowaniu niezależnie od tego, czy zostały wykonane z zachowaniem warunków oraz form określonych przepisami prawa. Generalnie z art. 15 ust. 1 i art. 5 ust. 2 ustawy o VAT wynika, że opodatkowaniu podlegają wszystkie czynności wykonywane w ramach działalności gospodarczej niezależnie od ich causa w rozumieniu prawa cywilnego. Rozliczenia związane z umową o roboty budowlane podlegają VAT (por. wyrok NSA z dnia 10 czerwca 2014 r., I FSK 981/13, Lex nr 1469094). Także kwoty należne z tytułu rozwiązania przed terminem umowy o roboty budowlane nie stanowią odszkodowania. Tego typu wypłata wynika bowiem ze stosunku prawnego, jakim jest umowa o roboty budowlane, w związku z czym podlega opodatkowaniu VAT (por. podobnie na tle umowy najmu wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 października 2014 r., III SA/Wa 1230/14, Lex nr 1553318 i wyrok WSA w Krakowie z dnia 17 lutego 2015 r., I SA/Kr 91/15, Lex nr 1663006). W podatku od towarów i usług przyjęto generalną zasadę, zgodnie z którą usługami są wszelkie odpłatne świadczenia nie będące dostawą towarów. Okoliczność uzyskania zapłaty za roboty budowlane nie na skutek dobrowolnego spełnienia świadczenia przez dłużnika, ale dopiero w wyniku wyroku, nie ma znaczenia dla opodatkowania tych robót podatkiem VAT. Przepisy ustawy o VAT nie uzależniają bowiem uznania określonych czynności podatnika za świadczenie usług, podlegającej opodatkowaniu, od sposobu uzyskania zapłaty za tą czynność (por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 21 stycznia 2010 r., III SA/Wa 1453/09, Lex nr 612115).

Z uwagi na powyższe jako nietrafne należało ocenić zarzuty kwestionujące prawidłowość ustaleń Sądu Okręgowego w zakresie wysokości należnego powodowi wynagrodzenia, dochodzonego w oparciu o art. 644 k.c., na podstawie umowy o roboty budowlane w kwocie brutto, a nie netto.

Inną natomiast kwestią jest zagadnienie nieuwzględnienia przez Sąd Okręgowy w ramach pomniejszenia, dochodzonej pozwem, kwoty wynagrodzenia o oszczędności w postaci kwot możliwych, (do dokonania przez D. K.), odliczeń z tytułu podatku VAT.

W doktrynie wyrażane jest stanowisko, które Sąd Apelacyjny w pełni aprobuje, iż ustalając oszczędności w rozumieniu art. 644 k.c., nie sposób pominąć kwestii podatkowych, trzeba uwzględniać w tych rachunkach zwłaszcza oszczędności w podatkach pośrednich (VAT), czasem i dochodowych (por. Grzegorz Kozieł w: Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część szczególna, pod red. A.Kidyby LEX, 2014). Podkreślić także należy, iż chodzi nie tylko o oszczędności rzeczywiście poczynione przez przyjmującego zamówienie, ale także potencjalne, które mógł on w przeszłości albo nadal może poczynić w ramach rozliczeń podatkowych.

Powód jest podatnikiem VAT w rozumieniu art. 15 ust. 1 ustawy o VAT. Neutralność podatku VAT oznacza nieobciążanie nim podatnika, który faktycznie nie poniesie ekonomicznie ciężaru tego podatku, co stanowi oszczędność w rozumieniu art. 644 k.c. Oznacza ona możliwość dokonania odliczenia przez podatnika podlegającego zapłacie lub należnego podatku VAT w ramach całej jego działalności gospodarczej (por. uzasadnienie wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 lipca 2014 r., C 272/10, Lex nr 1483547).

Podatek ten nie powinien stanowić obciążenia dla podatników nabywających towary i usługi, nie w celu konsumpcji, ale na potrzeby prowadzonej działalności gospodarczej. Aby odliczyć podatek naliczony musi istnieć podatek należny z tytułu czynności opodatkowanych, wymienionych w art. 5 ust. 1 ustawy o VAT. W myśl art. 86 ust. 2 pkt 1 lit. a ustawy o VAT kwotę podatku naliczonego stanowi suma kwot określonych w fakturach otrzymanych przez podatnika z tytułu nabycia towarów i usług. Zasada neutralności VAT, umożliwiająca odliczenia podatku należnego, ma bowiem zastosowanie tylko do podatników wykonujących czynności opodatkowane VAT. Jeśli podatnik czynności takich nie wykonuje, a nabywa dobra z naliczonym podatkiem, to podatek ten stanowi dla niego element kosztowy (por. wyrok

WSA w Krakowie z dnia 25 października 2012 r., I SA/Kr 1240/12, M.Podatkowy 2012/12/37-41). Prawo do odliczenia podatku powstaje w momencie jego wymagalności, jednak sama realizacja tego prawa jest obwarowana spełnieniem określonych przepisami warunków. VAT zostanie odliczony tylko wtedy, gdy podatnik wykaże podatek należny i będzie posiadał fakturę VAT. Prawo do odliczenia podatku jest następstwem powstania obowiązku podatkowego z tytułu czynności podatnika wystawiającego fakturę VAT, czyli obowiązku podatkowego powstałego na poprzednim etapie obrotu (por. wyrok WSA w Łodzi z dnia 12 grudnia 2012 r., I SA/Łd 1140/12, Lex nr 1232730).

Zatem co do zasady D. K. miał prawo do odliczenia podatku VAT naliczonego z „faktur zakupowych” związanych z realizacją przez niego świadczeń z łączącego strony stosunku prawnego – umowy o roboty budowlane, która podlega przecież opodatkowaniu VAT (por. wyrok WSA z Łodzi z dnia 18 grudnia 2015 r., I SA/Lu 1033/15, Lex nr 1969476). Podkreślić należy, iż obowiązek zapłaty umówionego wynagrodzenia na podstawie art. 644 k.c., nie istnieje za samą gotowość do wykonania umowy o roboty budowlane, jak w przypadku art. 639 k.c., ale zachodzi w sytuacji, o ile umowa zaczęła być wykonywana.

Jednak ewentualne odliczenia mogły dotyczyć wyłącznie kwot udokumentowanych w fakturach VAT, dotyczących zapłaty przez D. K. za następujące usługi wykonane na jego rzecz przez inne podmioty: wykonanie i uzgodnienie projektu czasowej organizacji ruchu w kwocie 9 516 zł brutto (k-71), uzgodnienie wdrożenia czasowej organizacji ruchu w kwocie 9840 zł brutto (k-73), wykonanie usług transportowych 14 258, 87 zł brutto (k-75) i 5 443,44 zł brutto (k-77). Natomiast nie obejmowałyby kosztów poniesionych w ramach przedsiębiorstwa powoda z tytułu pozostawania w stanie gotowości do wykonania umowy jego maszyn, sprzętu i pracowników w kwocie 19 200 zł brutto oraz wykonanej we własnym zakresie likwidacji zaplecza budowy w kwocie 8125 zł brutto.

Ciężar dowodu co do wysokości oszczędności, w razie sporu, spoczywa na zamawiającym, bo to on z tego faktu wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 7 listopada 2014 r, sygn., akt I ACa 1054/14, Lex nr 1651882 ).

Rozpoznawana sprawa toczyła się w postępowaniu upominawczym, na skutek pozwu, który wpłynął do Sądu Okręgowego w dniu 4 grudnia 2012 r. (k-1). Powiat (...) w sprzeciwie od wydanego nakazu zapłaty (k-122-124) w zakresie kwestii podatkowych zawarł jedynie stwierdzenie (k- 124), że „część kosztów wyliczonych przez powoda nie stanowi stricte jego pierwotnego wynagrodzenia objętego umową stron”. Z ostrożności procesowej pozwany zauważył, iż powód w przypadku żądania od pozwanego wynagrodzenia za wystawione na rzecz podmiotów trzecich faktury VAT nie może domagać się ich zapłaty w kwocie brutto. Składając odpowiedź na sprzeciw (k-163-168) D. K. wskazał, iż na podstawie art. 644 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. dochodzi należnego mu umówionego wynagrodzenia, zawierającego, zgodnie z umową i przepisami prawa podatkowego, należny podatek VAT, a jego zdaniem dłużnik podnosi zarzuty jakby sprawa dotyczyła zapłaty odszkodowania. Należy podkreślić, iż w sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwany nie zgłosił konkretnych twierdzeń dotyczących rodzaju i kwoty oszczędności poczynionych przez powoda na skutek przedterminowego rozwiązania umowy. Na rozprawie przed Sądem Okręgowym w dniu 5 czerwca 2014 r. pełnomocnik powoda (k 230 - 00:59:56), wnosząc o oddalenie wniosku pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, zauważył, iż „nie wiadomo”, co według pozwanego jest sporne w zakresie oszczędności wykonawcy robót budowlanych. Natomiast Sąd Okręgowy, podając motywy postanowienia o oddaleniu wniosku pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, zgłoszonego na okoliczność poczynionych przez powoda oszczędności na skutek niewykonania umowy, podał, (k - 230–01:03:45), iż podstawą oddalenia tego wniosku był fakt braku twierdzeń pozwanego dotyczących oszczędności wykonawcy. Z kolei na rozprawie w dniu 13 listopada 2014 r. (k-302 - 00:02:44) pełnomocnik pozwanego złożył oświadczenie w kwestii, co uznaje za oszczędności poczynione przez powoda na skutek niewykonania umowy, które podlegają odliczeniu od wynagrodzenia należnego wykonawcy na podstawie art. 644 k.c., wskazując je na kwotę 420 000 zł, ale powyższe oświadczenie nie obejmowało oszczędności z tytułu ewentualnej możliwości odliczenia przez powoda podatku VAT. Fakt poczynienia oszczędności w wysokości 420 000 zł został przyznany przez pełnomocnika powoda.

Podnoszone dopiero w apelacji twierdzenia, iż poczynione przez powoda oszczędności są wyższe niż uwzględniona przez Sąd Okręgowy kwota 420 000 zł, w ocenie Sądu Apelacyjnego, należy uznać za sprekludowane. Zgodnie bowiem

z art. 503 § 1 k.p.c., (w brzmieniu obowiązującym w chwili wytoczenia powództwa), pismo zawierające sprzeciw wnosi się do sądu, który wydał nakaz zapłaty, a w przypadku nakazu wydanego przez referendarza sądowego - do sądu, przed którym wytoczono powództwo. W piśmie pozwany powinien wskazać, czy zaskarża nakaz w całości, czy w części, przedstawić zarzuty, które pod rygorem ich utraty należy zgłosić przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy, oraz okoliczności faktyczne i dowody. Sąd pomija spóźnione twierdzenia i dowody, chyba że strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła ich w sprzeciwie bez swojej winy lub że uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy albo że występują inne wyjątkowe okoliczności.

Wprowadzenie przez ustawodawcę powyższej regulacji oznacza, że w postępowaniu upominawczym sąd ma obowiązek pominięcia sprekludowanych twierdzeń, zarzutów i dowodów (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 2010 r., II CSK 286/09, OSNC 2010/9/125 i z dnia 30 września 2010 r., I CSK 542/09, LEX nr 661497). W postępowaniu przed Sądem II instancji zastosowanie art. 381 k.p.c. jest możliwe jedynie w odniesieniu do faktów i dowodów, które nie uległy prekluzji na podstawie art. 503 § 1 k.p.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 maja 2011 r., III CSK 228/10, Lex nr 1027183 i uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2005 r., III CZP 26/05, OSNC 2006/4/63).

Z uwagi na powyższe twierdzenie faktyczne, podniesione przez pozwanego w apelacji, a dotyczące wyższych oszczędności, w ocenie Sądu Apelacyjnego, jako sprekludowane podlegało pominięciu, co czyni zgłoszone w tym zakresie zarzuty apelacji bezzasadnymi.

Wobec niepodważenia przez apelującego w sposób skuteczny podstawy faktycznej rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego, za nietrafne należało uznać zarzuty naruszenia przepisów prawa materialnego, w postaci art. 644 § 1 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. i art. 481 § 1 k.c., których istota wiązała się z próbą zakwestionowania zarówno wysokości „umówionego wynagrodzenia” (apelujący żądał odliczenia od niego podatku VAT) oraz wysokości kwoty oszczędności (420 000 zł), o które wierzytelność powoda została pomniejszona, (apelujący żądał uwzględnienia dodatkowo jeszcze oszczędności powoda z tytułu możliwości odliczenia podatku VAT).

Uznając apelację za bezzasadną Sąd Apelacyjny, na podstawie art. 385 k.p.c., orzekł o jej oddaleniu.

O kosztach procesu za II instancję rozstrzygnięto w oparciu o 98 § 1 i § 3 k.p.c., w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. i art. 391 § 1 k.p.c., w zw. z §12 ust 1 pkt 2 oraz § 6 pkt 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu, zasądzając od pozwanego na rzecz powoda kwotę 1800 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Agnieszka Wachowicz - Mazur Zbigniew Cendrowski Edyta Jefimko