

Sygn. akt VI ACa 352/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 września 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Ewa Zalewska

Sędzia SA – Ewa Klimowicz – Przygódzka

Sędzia SO (del.) – Agnieszka Owczarewicz (spr.)

Protokolant: – sekr. sądowy Ewelina Murawska

po rozpoznaniu w dniu 21 września 2012 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. w W.

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

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 10 listopada 2011 r.

sygn. akt XXV C 1305/09

I oddala obie apelacje,

II znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 352/12

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 8 lipca 2009 r. powód (...) S.A. w W. (aktualnie (...) S.A. w W.) wniósł o zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad kwoty 43 896 816 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 28 lutego 2009 r. do dnia zapłaty oraz koszty procesu tytułem kary umownej (10% zaakceptowanej kwoty kontraktowej) za nienależyte wykonanie umowy z 15 lutego 2007 r.

W sprzeciwie od wydanego nakazu zapłaty pozwany wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu. W uzasadnieniu wskazał, że odstąpienie od umowy przez pozwanego było skuteczne w świetle art. 145 prawa zamówień publicznych w zw. warunkiem 15.5 Szczególnych warunków kontraktu. Utrata pozwolenia na budowę – przyczyna odstąpienia od umowy- jest okolicznością niewątpliwie istotną, której pozwany nie mógł przewidzieć. Budowa była prowadzona legalnie wobec uzyskania przez pozwanego rygoru natychmiastowej wykonalności jak i następnie decyzji ostatecznych. Powyższe potwierdza wydanie decyzji potwierdzającej w II instancji pozwolenia na budowę. Pozwany podnosił, że nie mógł przewidzieć uchylecia decyzji. Ponadto zachował 30 dniowy termin do złożenia oświadczenia

o odstąpieniu, który należy liczyć od 15 grudnia 2008 r. Ponadto wskazywał, że strony nie odeszły w umowie od odpowiedzialności na zasadzie winy, a pozwanemu nie można przypisać winy w zakresie uchylecia ostatecznych decyzji przez sądy. Pozwany zażądał miarkowania kary umownej wskazując, że powód nie poniósł szkody, jak również powołał się na nieważność kary umownej z uwagi na zastrzeżenie celem zabezpieczenia świadczenia pieniężnego.

Wyrokiem z 10 listopada 2011 roku Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od pozwanego na rzecz powoda 21.948.408 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 28 lutego 2009 r. do dnia zapłaty, zaś w pozostałej części powództwo oddalił, rozstrzygając o kosztach procesu.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd oparł na następującej podstawie faktycznej i prawnej.

Sąd ustalił, że w dniu 24 lipca 2006 r. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad ogłosiła przetarg ograniczony na budowę obwodnicy A. w ciągu drogi krajowej nr (...) od miejscowości G. do skrzyżowania dróg krajowych nr (...) w A. o długości 17, 116 km (I etap realizacji – budowa jezdni wschodniej oraz budowa dwóch jezdni o przekroju docelowym w rejonie mostu przez dolinę rzeki R. i w obrębie skrzyżowania z drogą powiatowa nr (...)). Obwodnica miała przebiegać przez obszar chroniony (...), co skutkowało wyłączeniem robót w okresie lęgowym ptaków. W ogłoszeniu o przetargu wskazano, że kontrakt miał być zawarty zgodnie z procedurami: „Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego. Tłumaczenie (...), przewidujących odpowiedzialność Inwestora (pkt d subklauzuli 16.2 k.330) za uzyskanie niewadliwych decyzji umożliwiających prowadzenie budowy oraz za prawidłowe projekty. Ponadto, zamówienie przewidywało złożenie przez wykonawców wadium w wysokości 3 000 000 zł. Powód otrzymał zaproszenie do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na budowę w/w Obwodnicy A..

W toku postępowania przetargowego pozwany na zapytania wykonawców odnośnie przedłużenia terminu wykonania robót w związku z ewentualnymi protestami ekologów udzielił informacji, że „roboty będą prowadzone na podstawie prawomocnych decyzji. Wskazywał, że przewidywany termin uzyskania pozwolenia na budowę to pierwsza połowa grudnia 2006 r. oraz że „roboty nie będą rozpoczęte przed uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę.

Powód złożył swoją ofertę wraz z wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej na 3.000.000 zł. Pismem z dnia 29 stycznia 2007 r. pozwany poinformował powód o wybraniu jego oferty za cenę 438.968.161,01 zł. Warunkiem zawarcia umowy było wniesienie przez powoda 10 % ceny kontraktu, celem zabezpieczenia należytego wykonania robót, w formie gwarancji bankowej wystawionej przez (...) bank (...), co też powód uczynił.

W dniu 15 lutego 2007r. strony podpisały umowę nr (...) na budowę obwodnicy A., której integralną część stanowiły:

- oferta wykonawcy z 21.12.2006 r. z załącznikami (k. 115-195)
- szczególne warunki kontraktu (k. 253-266)
- warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego; tłumaczenie (...)
- instrukcja dla Wykonawców - Tom I SIWZ
- dokumentacja projektowa – specyfikacje techniczne
- -dokumentacja projektowa - rysunki
- -harmonogram robót

W warunku 8.7 lit. Szczególnych Warunków Kontraktu zatytułowanym „Odszkodowanie umowne za opóźnienie” strony ustanowiły kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez każdą ze stron. M. in. ustaliły, że zamawiający zapłaci wykonawcy kary umowne z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego w wysokości 10% zaakceptowanej kwoty kontraktowej. Kary nie obowiązują, jeżeli

odstąpienie od umowy nastąpi z przyczyn, o których mowa w warunku 15.2 i art. 145 ustawy prawo zamówień publicznych (k. 262).

Zgodnie z warunkiem 15.5 Szczególnych Warunków Kontraktu zamawiający ma prawo odstąpić od umowy w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. W takiej sytuacji zamawiający ma prawo odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach.

Dnia 21 lutego 2007 r. nastąpiło przekazanie terenu budowy. Wówczas to powódka otrzymała od pozwanego pozwolenie na budowę tj. decyzję Wojewody z 09.02.2007 r. zgodnie z warunkiem 1.13 umowy.

Decyzja w sprawie pozwolenia na budowę uwarunkowana była wcześniejszym zatwierdzeniem projektu zagospodarowania terenu kompensacji przyrodniczej określonej w tzw. decyzji środowiskowej Wojewody (...) z 18.10.2006 r. Ta z kolei decyzja uzależniona była od postanowienia Ministra Środowiska z dnia 14 lipca 2006 r. w sprawie uzgodnień realizacji przedsięwzięcia i określającego jego warunki.

Sąd Okręgowy ustalił, że inwestycją żywo zainteresowane były organizacje ekologiczne, ponadto przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej kroki prawne podjęła Komisja Europejska, która ostatecznie złożyła skargę przeciwko Polsce do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Także powódka po wygraniu przetargu otrzymywała pisma od organizacji ekologicznych, dochodziło do spotkań w związku z niepokojem ekologów.

Postępowanie w sprawie wydania „decyzji środowiskowej” rozpoczęło się wnioskiem pozwanego 17 listopada 2005 r. i od początku toczyło się z udziałem organizacji ekologicznych.

W jego toku w dniu 14 lipca 2006 r. Minister Środowiska wydał postanowienie dotyczące uzgodnienia warunków środowiskowych realizacji przedsięwzięcia.

W sierpniu 2006 r. postanowienie Ministra Środowiska z 14 lipca 2006 r. zostało zaskarżone przez (...) i Stowarzyszenia (...). Na skutek wniesionych skarg postanowienie zostało uchylone wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z 26 kwietnia 2007 r. (...).

Już po zaskarżeniu w/w postanowienia Ministra Środowiska z 14 lipca 2006 do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, Wojewoda (...) decyzją z dnia 18.10.2006r. wyraził zgodę na przedmiotowe przedsięwzięcie i określił środowiskowe warunki jego wykonania nadając decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.

Powyższa decyzja Wojewody (...) zmieniona w części decyzją Ministra Środowiska z 2 lutego 2007 r. została zaskarżona przez Rzecznika Praw Obywatelskich, Związek Stowarzyszeń (...) (obecnie (...)), Stowarzyszenie (...), (...), Stowarzyszenia (...) w B. oraz (...). Skarga Rzecznika Praw Obywatelskich została złożona 14 lutego 2007 r., a następne w marcu 2007 r.

Wyrokiem WSA z dnia 10 grudnia 2007 r. obie decyzje tj. Wojewody i Ministra zostały uchylone. Wyrok został utrzymany w mocy wyrokiem NSA z 16 września 2008 r.

Decyzją z dnia 9 lutego 2007 r. Wojewoda (...) udzielił pozwolenia na budowę obwodnicy A., która została zaopatrzona w rygor natychmiastowej wykonalności.

Powyższą decyzję w części dotyczącej nadania rygoru natychmiastowej wykonalności uchylił Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego decyzją z dnia 21 maja 2007 r.

Niniejsza decyzja została wstrzymana w części dot. obszaru (...) postanowieniem WSA z 26.10.2007 r. sygn. akt (...).

Obie decyzje na skutek skargi (...)w W. z 4 lipca 2007 i C. T. z 6 lipca 2007 r. zostały uchylone wyrokiem WSA z **15.12.2008 r.** (...)

Sąd ustalił nadto, że 22 lutego 2007 r. powódka przystąpiła do robót. Niemniej jednak w z związku medialnym nagłośnieniem sprawy i toczącymi się postępowaniami na skutek wnoszonych skarg od decyzji administracyjnych warunkujących legalność prowadzenia prac i ich kolejnym uchyleniem przez sądy administracyjne powódka zwracała się do pozwanego o zajęcie stanowiska. Roboty były wstrzymane i wznawiane przez Inżyniera na polecenie pozwanego od 14 czerwca 2007 r. do 17 lipca 2007 r.

Po wystąpieniu Premiera RP w dniu 31 lipca 2007 r. tj. w dniu 9 sierpnia 2007 r. pozwany nakazał zawieszenie robót do dowołania na obszarze (...), a po rozpoczęciu rozmów z udziałem Ministra i organizacji ekologicznych przekazał prośbę o wstrzymanie prac. W dalszym okresie nastąpiły kolejne polecenia wstrzymania robót. Dnia 13 grudnia 2007 r. pozwany stanął na stanowisku, że roboty mogą być prowadzone, bowiem pozwolenie na budowę jest ostateczne i nie zostało uchylone. Po rozmowach pozwanego z Ministrem Środowiska i Infrastruktury oraz Organizacjami (...) zamawiający polecił zawieszenie robót na kolejnych odcinkach budowy.

Dnia 13 listopada 2008 r. strony dokonały zmiany umowy z 15 lutego 2007 r. Wobec ograniczenia robót budowlanych dokonano zmian w zakresie personelu kierowniczego powodowej spółki.

W dniu 13 stycznia 2009 r. pozwany złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy podnosząc, że dalsza realizacja umowy nie leży w interesie publicznym, powołując jako podstawę pkt 15.5 subklauzuli Szczególnych Warunków Kontraktu. Powód zakwestionował powyższe odstąpienie i powiadomił o swojej woli odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanego, co zostało zanegowane przez pozwanego.

Dnia 10 lutego 2009 r. powód złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy na podstawie kl. 8.7. szczególnych warunków Kontraktu i wezwał pozwanego do zapłaty kary umownej w kwocie 43.896.816 zł, czemu pozwany odmówił, przy czym rzecznik prasowy pozwanego kwestionował jedynie wysokość kary.

Sąd ustalił, że umowa została wykonana w 25.65%, za co powódka otrzymała wynagrodzenie w kwocie 92.308.149, 64 zł netto za 23 miesiące.

Sąd wskazał, że stan faktyczny był pomiędzy stronami niesporny. Strony różniły się jedynie interpretacją zaistniałych faktów i wynikających z nich skutków prawnych, a nie kwestionowały samych zdarzeń.

W oparciu o ustalony stan faktyczny Sąd Okręgowy wskazał, że roszczenie powoda z tytułu kary umownej przewidzianej w umowie z dnia 15 lutego 2007r. (warunku 8.7 lit. c Szczególnych Warunków Kontraktu) jest usprawiedliwione co do zasady.

W ocenie Sądu Okręgowego kategorię zobowiązania niepieniężnego w rozumieniu art. 483 § 1 k.c. należy rozumieć szeroko tj. przewidujące świadczenie o charakterze majątkowym oraz niemajątkowym. Przyjmuje się, że zastrzeżenie kar umownych wchodzi w grę, na wypadek skorzystania przez jednego z kontrahentów z uprawnienia kształtującego np. wypowiedzenia umowy lub odstąpienie od niej.

Sąd I instancji wskazał, że z warunku 8.7 lit c umowy wynika, że wykonawca miał zapłacić zamawiającemu karę umowną —z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy - w wysokości 10% zaakceptowanej kwoty kontraktowej. Ponadto, że zamawiający miał zapłacić wykonawcy karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, również w wysokości 10% zaakceptowanej kwoty kontraktowej. Kary - zgodnie z dalszym zastrzeżeniem umownym, nie obowiązują, jeżeli odstąpienie od umowy nastąpi z przyczyn, o których mowa w warunku 15.2 kontraktu oraz art. 145 prawo zamówień publicznych. Sąd Okręgowy wskazał, że warunek 15.2 umowy nie zachodzi w sprawie, bowiem przewiduje on możliwość odstąpienia od umowy przez zamawiającego jeżeli wykonawca nie stosuje się do szczegółowo określonych postanowień umowy oraz wykonuje umowę najogólniej rzecz ujmując w sposób sprzeczny z jej celem. Warunek 15.5 umowy jest powtórzeniem art. 145 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. (Dz.U.10.113.759 j.t).

W zakresie wykładni art., 145 p.z.p. Sąd Okręgowy wskazał, że pozwany nie może się skutecznie powoływać na powyższą normę prawną, gdyż nie została spełniona przesłanka niemożności przewidzenia zmiany okoliczności stanowiących postawę rozwiązania umowy.

Sąd stwierdził wprawdzie, że utrata pozwolenia na budowę - była okolicznością istotną, ale jednocześnie podkreślił, że pozwany mógł przewidzieć ewentualność utraty decyzji warunkującej zrealizowanie inwestycji już w dacie zawarcia umowy. Zarówno bowiem pozwolenie na budowę, jak i decyzja środowiskowa na datę zawarcia umowy 15 lutego 2007 r. były orzeczeniami nieprawomocnymi, od których służyły odwołania na zasadach ogólnych przewidzianych w Kodeksie postępowania administracyjnego. Zgodnie z art. 127 § 1 k.p.a. od decyzji wydanej w pierwszej instancji służy stronie odwołanie. Decyzje te zostały uchylone w trybie zwykłej drogi odwoławczej, obejmującej odwołanie od decyzji organu I instancji, a następnie skargę do WSA.

Sąd Okręgowy zaznaczył, że postanowienie Ministra Środowiska z dnia 14 lipca 2006 r. uzgadniające realizację przedsięwzięcia zostało zaskarżone przez organizacje ekologiczne już w sierpniu 2006 r. do WSA, który wyrokiem z 26 kwietnia 2007 r. na skutek wniesionych skarg uchylił wskazane postanowienie sygn. akt (...). Również decyzja Ministra Środowiska z dnia 2 lutego 2007 r. nie była prawomocna w dacie zawarcia umowy, a stronom tego postępowania, organizacjom ekologicznym, służyły skargi do WSA, przy czym z uwagi na zainteresowanie przedsięwzięciem prowadzonym w dolinie rzeki R. — było niemal pewne, że skargi takie zostaną wniesione. Sąd Okręgowy podkreślił, że nie można pominąć działań podejmowanych przez Rzecznika Praw Obywatelskich, który już w grudniu 2006 r. wystąpił do Ministra Środowiska z wnioskiem o uchylenie decyzji środowiskowej Wojewody (...), a 14 lutego 2007 r. złożył skargę do WSA na decyzję środowiskową z dnia 2 lutego 2007 r. wraz z wnioskiem o wstrzymanie budowy.

W konkluzji Sąd I instancji wskazał, że w tym stanie postępowań administracyjnych dotyczących orzeczeń środowiskowych— pozwana jako podmiot profesjonalnie zajmujący się realizacją inwestycji w zakresie budowy dróg i autostrad - powinna przewidywać, że ewentualne wzruszenie tych decyzji — będzie implikowało uchyleniem decyzji pozwolenia na budowę. Wszystkie te okoliczności przemawiają za tym, że już w dacie zawarcia umowy pozwana mogła przewidzieć, że istnieje ewentualność utraty decyzji warunkującej zrealizowanie inwestycji.

Zdaniem Sądu niespełnienie jednej z przesłanek warunkujących możliwość odstąpienia od umowy z art. 145 ust.1 p.z.p. zwalnia z analizy pozostałych, jednakże sąd wskazał, że nie zachodzi także przesłanka istnienia interesu publicznego w realizacji umowy, gdyż w we wskazanym stanie faktycznym sam fakt rozpoczęcia budowy - nie leżał w interesie publicznym, skoro inwestycja miała być realizowana na podstawie decyzji nieprawomocnej, zaopatrzonej jedynie w rygor natychmiastowej wykonalności. Natomiast samo wybudowanie obwodnicy A. - niezmiennie leży w interesie publicznym, który winien być utożsamiany z potrzebami obywateli, a nie z interesem ekonomicznym jednostki organizacyjnej Skarbu Państwa, interes publiczny nie może być bowiem utożsamiany z interesem zamawiającego.

W świetle ustaleń, że brak było postaw do odstąpienia od umowy na podstawie art. 145 ust. 1 p.z.p, a w konsekwencji oświadczenie pozwanego złożone w piśmie z dnia 13 stycznia 2009 r. było nieskuteczne, Sąd ocenił, iż zaistniały przesłanki przewidziane umową do odstąpienia od umowy przez wykonawcę. Wykonawca jako podstawę odstąpienia od umowy wskazał subklauzulę (...), zgodnie z którym „wykonawca będzie uprawniony do odstąpienia od kontraktu, jeżeli zamawiający w istocie nie wykonuje swoich zobowiązań według kontraktu." Przesłanką odstąpienia od umowy był brak posiadania przez pozwaną ważnych decyzji administracyjnych warunkujących możliwość wykonywania robót budowlanych. Obowiązek zapewnienia prawomocnych decyzji warunkujących inwestycję spoczywał na zamawiającym — zgodnie z warunkiem 1.13 szczególnych warunków kontraktu oraz zapisami wyjaśnień i modyfikacji do SIWZ. Pozwany w wyjaśnieniach i modyfikacjach wskazywał, że decyzje te winny mieć walor prawomocności. Wyjaśnienia i modyfikacje, których pozwany udzielał jeszcze w toku postępowania przetargowego wiążą strony. Uzyskanie wskazanych decyzji - stanowi zatem przyczynę leżącą po stronie inwestora procesu budowlanego. Nie wywiązanie się z tego obowiązku -stanowi dla wykonawcy przyczynę uzasadniającą odstąpienie od umowy. Sąd wskazał, że umowa zawarta pomiędzy stronami opierała się na warunkach (...), zmodyfikowanych Szczególnymi Warunkami Kontraktu- była umową o roboty budowlane, gdzie po stronie inwestora leżało dostarczenie projektu wraz z dokumentacją i pozwolenia na budowę oraz przekazanie wykonawcy terenu budowy. Po stronie wykonawcy

natomiast oddanie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i pozwoleniem na budowę, zgodnie ze sztuką budowlaną. Zakres obowiązków inwestora odpowiadał zasadniczo obowiązkowi określonym w art. 647 k.c. dotyczącym umowy o roboty budowlane.

Strony przewidziały w przywołanym wyżej warunku 8.7, że zamawiający zapłaci wykonawcy karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego w wysokości 10% zaakceptowanej kwoty kontraktowej.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że skoro zostało wywiedzione z umowy, że po stronie inwestora leżało zapewnienie ważnych decyzji warunkujących prowadzenie budowy - to niewywiązanie się z tego obowiązku jest przyczyną leżącą także po stronie zamawiającego.

W ocenie Sądu słusznie podnosi pozwany, że nie można oderwać całkowicie kary umownej od przesłanki winy. Zastrzeżenie takie rodziłoby bowiem zobowiązanie o charakterze wyłącznie gwarancyjnym i pozostawałoby w sprzeczności z istotą kary umownej jako świadczenia pieniężnego powiązanego z odpowiedzialnością dłużnika ex contractu. Tym niemniej Sąd Okręgowy podkreślił, że utrata pozwolenia na budowę — jest przyczyną leżącą po stronie zamawiającego, przez niego zawinioną. Nie chodzi tu przy tym o odpowiedzialność za działanie organów administracji z racji wydanych przez nie orzeczeń. Nie ulega wątpliwości, że na gruncie zawartej umowy, to po stronie zamawiającego leżał obowiązek uzyskania decyzji administracyjnych stanowiących podstawę do prowadzenia robót. A zatem utrata pozwolenia na budowę winna być uznana za przesłankę zawinioną, skutkującą możliwością odstąpienia od umowy przez wykonawcę oraz stanowi podstawę żądania zapłaty kary umownej. W ocenie Sądu wystarczające jest, aby wina dłużnika przybrała, co najmniej postać niedbalstwa. Sąd I instancji zaznaczył, że taką postać winy nieumyślnej należy przypisać pozwanemu, który nie wyobrażał sobie skutku (utruty pozwolenia na budowę) choć mógł i powinien go sobie wyobrazić na podstawie okoliczności, które zaszły, zwłaszcza jako profesjonalista w zakresie prowadzonej działalności budowy dróg i autostrad.

Uznając żądanie usprawiedliwione co do zasady Sąd Okręgowy dokonał miarkowania kary umownej uznając za usprawiedliwione stanowisko pozwanej, że kara jest rażąco wygórowana. Sąd Okręgowy podkreślił, że odstąpienie od umowy nastąpiło po wykonaniu ok. 20% kontraktu, to oznacza, że pozwany nie poniósł dalszych kosztów jej wykonania. Za prawidłowe wykonanie kolejnych etapów prac otrzymała wynagrodzenie, które zostało tak skalkulowane, aby na każdym z etapów inwestycji spółka mogła osiągnąć odpowiedni zysk. W pozostałym zakresie powodowa spółka nie otrzymała wynagrodzenia, co jej zdaniem stanowiło szkodę, ale też nie przeprowadziła kolejnych robót - jak była mowa zaoszczędzając własne świadczenia. Sąd Okręgowy podkreślił, że w odniesieniu do utraconych korzyści - okoliczności te nie zostały przez powoda wykazane, zaś pozwany nie miał możliwości ich wykazania, jako okoliczności negatywnych.

Biorąc powyższe pod uwagę Sąd zredukował żadaną karę umowną o połowę, zasadzając 50% dochodzonej kwoty. Sąd odwołał się do okoliczności zawarcia pomiędzy stronami nowej umowy 11 marca 2011 roku na „Zaprojektowanie i wykonanie Obwodnicy A. w ciągu drogi krajowej Nr (...)”, za cenę kontraktu 656 278 677,73 zł, która stanowi tę samą obwodnicę budowaną na podstawie uprzednio zawartej umowy, lecz o innym przebiegu w terenie. To oznacza, że z realizacji tego przedsięwzięcia powodka uzyska korzyści, jakie utraciła w związku z odstąpieniem od spornej umowy.

Przedmiotowe rozstrzygnięcie zaskarżył obie strony.

Powód zaskarżył wyrok w części, to jest w zakresie punktów II, III i IV zarzucając mu:

1. naruszenie prawa materialnego, to jest art. 484 § 2 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu, wobec błędnego założenia, że następczymi przyczynami miarkowania kary umownej, zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy, mogą być: zaoszczędzenie przez stronę odступаłą od umowy (z przyczyn leżących po drugiej stronie) dalszych kosztów związanych z realizacją umowy oraz zawarcie między stronami nowej umowy, nie powiązanej z poprzednią.

2. naruszenie prawa materialnego, to jest art. 6 k.c. w związku z art. 484 § 2 k.c. poprzez błędną wykładnię tego przepisu, polegającą na przyjęciu, że to na wierzycielu, nie zaś na żądającym zmiarkowania kary umownej dłużniku, spoczywa ciężar wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody (bądź też poniósł ją w niższej wysokości).

3. mające wpływ na treść rozstrzygnięcia naruszenie prawa procesowego, to jest art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów i dowolną ocenę dowodu z przesłuchania strony powodowej, odnośnie do spodziewanych przez powódkę korzyści z tytułu wykonania umowy z dnia 11 marca 2011 roku.

wskazując na powyższe powód domagał się zmiany wyroku w zaskarżonym zakresie poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powodowej spółki dodatkowo kwoty 21.948.408,- złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 28 lutego 2009 roku do dnia zapłaty oraz kosztów procesu za obie instancje.

Natomiast pozwany zaskarżył wyrok w części uwzględniającej roszczenie powoda i rozstrzygającej o kosztach procesu:

Wyrokowi temu zarzucił:

1. naruszenie art. 145 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad mogła przewidzieć w dniu zawarcia umowy z dnia 15 lutego 2007 r. w sprawie budowy obwodnicy A. (dalej: „Umowa”), że utraci pozwolenie na budowę; a także niedokonanie istotnych ustaleń faktycznym w tym zakresie,

2. naruszenie art. 145 Prawa zamówień publicznych poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że wykonanie obwodnicy A. na podstawie Umowy, w dniu jej podpisania, nie leżało w interesie publicznym, a co za tym idzie, odstąpienie od Umowy przez Skarb Państwa nie mogło być uzasadnione utratą interesu publicznego w toku realizacji Umowy,

3. naruszenie art. 65 k.c. i art. 471 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie oraz naruszenie art. 84 i 88 k.c. poprzez ich niezastosowanie, wynikające z założenia, że oświadczenia GDDKiA zawarte w wyjaśnieniach dla uczestników przetargu i dotyczące okoliczności, które miały zaistnieć przed podpisaniem Umowy (uzyskanie „prawomocnego” pozwolenia na budowę), są oświadczeniami będącymi treścią Umowy i dotyczącymi jej wykonania przez Skarb Państwa,

4. naruszenie art. 65 k.c. poprzez jego błędną wykładnię prowadzącą do przyjęcia, że oświadczenia GDDKiA zawarte w wyjaśnieniach dla uczestników przetargu, dotyczące uzyskania „prawomocnego” pozwolenia na budowę, oznaczały zobowiązanie do uzyskania pozwolenia na budowę, które nie mogło być poddane kontroli instancyjnej w ramach postępowania administracyjnego lub zaskarżone do sądu administracyjnego,

5. naruszenie art. 471 k.c. w związku z warunkiem 1.13 Umowy (szczególnych warunków kontraktu) poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że utrata pozwolenia na budowę jest okolicznością, za którą można przypisać winę Skarbowi Państwa,

6. naruszenie art. 483 § 1 k.c. w związku z art. 58 § 1 i 3 k.c. poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że dopuszczalne jest zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania zobowiązania pieniężnego,

7. naruszenie art. 483 § 1 k.c. w związku z art. 58 § 1 i 3 k.c. poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że dopuszczalne jest zastrzeżenie kary umownej w sytuacji, w której nie można zidentyfikować szkody, którą naprawiać miałyby być kara umowna; a także niedokonanie istotnych ustaleń faktycznych w tym zakresie,

8. naruszenie art. 484 § 2 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że w przypadku braku szkody rażąco wygórowanie kary umownej uzasadnia obniżenie tej kary przez Sąd tylko do kwoty 21.948.408 zł,

9. naruszenie art. 484 § 2 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że zobowiązanie wynikające z Umowy nie zostało wykonane w znacznej części, a co za tym idzie brak jest podstaw do miarkowania kary umownej z tej przyczyny,

10. naruszenie art. 481 § 1 i 2 w związku z art. 455 i art. 484 § 2 k.c. poprzez przyjęcie, że powodowej Spółce przysługują odsetki naliczane od piętnastego dnia od dnia doręczenia GDDKiA wezwania do zapłaty z dnia 12 lutego 2009 r. w sytuacji, w której Sąd, miarkując karę umowną, w wyroku na nowo ukształtował zobowiązanie Skarbu Państwa.

Wskazując na powyższe pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości wraz z rozstrzygnięciem o kosztach sądowych za obie instancje.

Strony domagały się oddalenia apelacji swoich przeciwników i zasądzenia kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Obie apelacje nie zasługują na uwzględnienie.

Zarówno apelacja powoda, jak i pozwanego sprowadza się w znacznej części do zarzucenia Sądowi I instancji naruszenia prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie art. 484 § 2 k.c. w zakresie miarkowania kary umownej. Jedyny zarzut naruszenia prawa procesowego podniósł powód kwestionując prawidłowość oceny dowodu z przesłuchania strony powodowej i poczynionych przez Sąd I instancji w oparciu o ten dowód ustaleń, że strona powodowa osiągnie zysk z nowo podpisanego kontraktu. Należy zgodzić się w tym miejscu ze skarżącym, że z zeznań strony powodowej (k.973) wynika całkiem odmienna okoliczność. Przedmiotowe naruszenie nie miało jednak wpływu na treść rozstrzygnięcia, a to z uwagi na podstawy miarkowania kary umownej, które zastosował Sąd Apelacyjny.

Poza zarzutami w zakresie miarkowania kary umownej stron pozwana podnosiła zarzuty naruszenia art. 145 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad mogła przewidzieć w dniu zawarcia umowy z dnia 15 lutego 2007 r. w sprawie budowy obwodnicy A., że utraci pozwolenie na budowę; a także niedokonanie istotnych ustaleń faktycznym w tym zakresie. Zarzut w tym zakresie nie jest trafny. Sąd I instancji bardzo wnikliwie przeanalizował stan faktyczny dotyczący utraty pozwolenia na budowę przez pozwanego, zaś Sąd Apelacyjny ustalenia zarówno faktyczne jak i prawne w tym zakresie przyjmuje za własne. Trafnie Sąd I instancji podnosi w uzasadnieniu, że pozwany musiał zdawać sobie sprawę z ryzyka podejmowania prac pomimo nieprawomocnego pozwolenia na budowę. Świadomość tego ryzyka jednoznacznie wynika chociażby z treści wyjaśnień składanych przez zamawiającego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na pytanie nr 23 (k.61) „Czy w przypadku, gdy Zamawiający nie posiada prawomocnego pozwolenia na budowę, a jego udzielenie i uprawomocnienie nastąpi już po podpisaniu umowy z Wykonawcą, to będzie to podstawą do wydłużenia okresu realizacji robót objętych zamówieniem?” Pozwany udzielił odpowiedzi - „Okres realizacji zamówienia określono na 33 miesiące od Daty Rozpoczęcia Robót [...], przy czym Roboty nie będą rozpoczęte przed uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę.”. Treść powyższego pytania jednoznacznie rozróżnia uzyskanie pozwolenia i uprawomocnienie się przedmiotowej decyzji. Kwestia protestów ekologów i wpływ tych protestów na tok prac była poruszana jeszcze w innych pytaniach. We wszystkich odpowiedziach pozwany podkreślał, że prace będą wykonywane na podstawie prawomocnych decyzji administracyjnych. Tym samym zupełnie niezasadny jest zarzut skarżącego w zakresie wykładni przedmiotowych wyjaśnień (art. 65 § 1 k.c.) w zakresie prawomocności pozwolenia na budowę.

Podkreślić nadto należy, że powyższych odpowiedzi nie sposób interpretować inaczej jak, że pozwany miał świadomość ryzyka jakie się wiąże z rozpoczęciem robót pomimo nieposiadania prawomocnego pozwolenia na budowę. Żadną miarą nie można zatem przyjąć, że pozwany nie mógł przewidzieć, iż w toku kontroli instancyjnej decyzja ta będzie uchylona. Nie można zgodzić się w tym zakresie z argumentacją pozwanego, że nie mógł przewidzieć, że Sąd Administracyjny nie będzie związany prawomocnymi decyzjami o warunkach zabudowy i zagospodarowania

terenu, z uwagi na zmiany prawa w tym zakresie. Przedmiotowa argumentacja byłaby uzasadniona, gdyby pozwany popisał umowę przed dokonaniem zmian w prawie w 2005 roku. Umowa jednak została podpisana w 2007 roku, czyli już po dacie wprowadzenia zmian związanych z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej a co za tym idzie pozwany nie może się powoływać na niezajomość prawa w tym zakresie. Z tych względów zarzut naruszenia art. 145 p.z.p. nie jest trafny, a niespełnienie chociaż jednej przesłanki wskazanej w powyższej normie prawnej czyni bezprzedmiotowym badanie pozostałych przesłanek (tj. interesu publicznego w odstąpieniu od umowy).

Nietrafnie również pozwany zarzuca Sądowi naruszenie art. 84 i 88 k.c. w kontekście nieuchylenia się przez powoda od błędu w zakresie nieuzyskania przez pozwanego prawomocnego pozwolenia na budowę. Brak przedmiotowego oświadczenia miałyby znaczenie jedynie w przypadku, gdyby powód chciał się uchylić od swojego oświadczenia o zawarciu umowy z pozwanym. Powód jednak nigdy takich twierdzeń nie podnosił, tym samym analiza przedmiotowej sprawy pod kątem art.84 i 88 k.c. jest zupełnie bezprzedmiotowa. Podobnie niezasadny jest zarzut art. 65 k.c. w zw z art. 471 k.c. stawiany Sądowi, a odnoszący się do ustalenia, że wyjaśnienia do SIWZ stanowią element umowy. Powyższe wynika wprost z treści samej umowy odwołującej się do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (lit „d” i następne ustępu 2. umowy k.251) oraz z treści art. 140 ust. 2 p.z.p. (brzemieniu na dzień zawarcia umowy). Trafnie Sąd Okręgowy wskazał, że udzielone w ramach postępowania o udzielnie zamówienia publicznego wyjaśnienia i modyfikacje SIWZ stanowią jego integralną część.

Nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut naruszenia art. 483 § 1 k.c. w z.w z art. 58 § 1 i 3 k.c. Podkreślić należy, że powód odstąpił od umowy z uwagi na nienależyte wykonanie przez pozwanego umowy polegające na niespełnieniu świadczeniu niepieniężnego – zapewnienia decyzji administracyjnych w postaci pozwolenia na budowę. Tym samym przedmiotowa kara umowna nie narusza dyspozycji art. 483 k.c.

Pozostałe zarzuty obu stron odnoszą się do podstaw miarkowania kary umownej i zostaną omówione wspólnie.

Na wstępie należy wskazać, że Sąd Najwyższy w wyroku z 12 maja 2006 r. (sygn akr V CSK 55/06) dokonał klasyfikacji przesłanek uprawniających Sąd do dokonania obniżenia kary umownej w oparciu o następujące kryteria:

- 1 o charakterze wartości bezwzględnych (np. sama wysokość kary umownej),
- 2 relatywizujące (np. ocena wysokości kary umownej do innych elementów, tj. wobec ogólnej wartości świadczenia, wysokości szkody poniesionej przez uprawnionego do kary umownej lub rozmiaru przysługującego mu odszkodowania),
3. inne (m.in. o charakterze słusznościowym).

Miernikiem oceny wysokości kary umownej może być również stopień winy dłużnika, jeśli na tej zasadzie oparta jest odpowiedzialność (porównaj wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17 grudnia 2008 r., V ACa 483/08,, Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Katowicach i Sądów Okręgowych 2009, nr 1, poz. 5, s. 27; wyrok Sądu Najwyższego z 27 stycznia 1972 r., I CR 458/71, OSNCP 1972, nr 9, poz. 160).

Sąd I instancji dokonując miarkowania kary umownej odwołał się do przesłanek relatywizujących wysokości kary umownej do szkody poniesionej przez powoda.

Trafny jest w tym zakresie zarzut powoda - naruszenia przez Sąd I instancji rozkładu ciężaru dowodu z art. 6 k.c. w zw z art. 484 § 2 k.c. Słusznie skarżący w tym zakresie wywodzi, że to na pozwanym (dłużniku) spoczywa ciężar dowodu, że powód nie poniósł szkody. Nie można zgodzić się z zapatrywaniami Sądu I instancji, że poprzez samo zaprzeczeni pozwanego tj. oświadczenie, że powód nie poniósł szkody nastąpiło przerzucenie ciężaru dowodu na powoda. Z istoty bowiem kary umownej wynika, że powód domagając się jej zapłaty nie tylko nie musi udowodnić wysokości szkody, ale co więcej nie musi jej nawet ponieść. Skoro zatem to pozwany z okoliczności nieponiesienia szkody wywodzi skutki prawne w postaci żądania miarkowania kary umownej to na nim bezsprzecznie w tym zakresie spoczywa ciężar dowodu. Nie można za sprostanie temu wymogowi uznać jedynie oświadczenia strony pozwanej

sprowadzającego się do zaprzeczenia stanowisku powoda. Skoro powód swojej szkody upatrywał w utraconym zysku, to pozwany winien wykazać, że możliwy do osiągnięcia zysk powoda z przedmiotowego kontaktu wynosił o zł. Czyli wykazać fakt pozytywny. Wbrew stanowisku pozwanego, dysponował on środkami dowodowymi w tym zakresie poczynając o zwrócenie się do sądu o zobowiązanie powoda w trybie art. 248 k.p.c. do przedstawienia dokumentacji kosztorysowej związanej z planowaną inwestycją, żądanie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego w oparciu o dokumentację projektową oraz zaoferowaną przez powoda cenę na okoliczność wysokości zysku jakie powód mógł osiągnąć. Pozwany nawet nie zaoferował jakichkolwiek danych statystycznych w zakresie osiągniętych w latach 2007-2008 zysków przedsiębiorstw budowlanych, tak aby w jakikolwiek sposób usprawiedliwić swoje twierdzenie, że powód nie poniósł żadnej szkody. Wobec powyższego Sąd I instancji niezasadnie jako podstawę miarkowania kary umownej zastosował przesłankę braku szkody po stronie powoda. Przedmiotowe uchybienie nie miało jednak wpływu na treść rozstrzygnięcia, z przyczyn przedstawionych w dalszej części wyводу.

Nie jest również trafny zarzut pozwanego, że wobec niemożności ustalenia szkody nie ma podstaw do orzekania kary umownej. Przedmiotowy zarzut stoi całkowicie w sprzeczności z ugruntowanym już poglądem, że dla domagania się kary umownej strona nie musi ponieść szkody, powyższe może być jedynie przesłanką jej miarkowania.

Nie jest trafny także zarzut pozwanego, że Sąd I instancji niezasadnie odmówił miarkowania kary umownej na podstawie przesłanki znacznego wykonania zobowiązania. Skoro „znacznym” oznacza „istotny”, „duży”, „ważny”, to żadną miarą za taki nie można uznać wykonania umowy w procencie mniejszym niż połowa, jak to ma miejsce w przedmiotowej sprawie. W ocenie Sądu Apelacyjnego wykonanie umowy w znacznej części to wykonanie umowy prawie w całości.

Analizując opisane powyżej kryteria miarkowania kary umownej Sąd Apelacyjny przeanalizował słusność domagania się przez powoda od pozwanego kwoty 43 896 816 zł.

Wbrew twierdzeniu strony powodowej bezwzględna wartość żądanej kary umownej może stanowić samodzielną przesłankę miarkowania tej kary. Kwota blisko 44 milionów złotych jest kwotą ogromną nawet przy uwzględnieniu rozmiaru działalności powoda. Wysokość tej kwoty winna być uwzględniona w powiązaniu z trzecim kryterium stanowiącym przesłankę miarkowania kary umownej – kryterium słusnościowym w aspekcie ze stopnia winy pozwanego.

Nie bez znaczenia przy ocenie przesłanek uprawniających sąd do dokonania miarkowania kary umowne jest okoliczność, że rażące niedbalstwo pozwanego polegało na zawarciu umowy w sytuacji, gdy dysponował jedynie nieprawomocnym pozwoleniem na budowę. Niewątpliwym jest, że utrata pozwolenia na budowę była okolicznością niezamierzoną przez pozwanego. Niewątpliwym jest również, że powód wykonał część zobowiązania i uzyskał wynagrodzenie w kwocie 92.308.149,64 zł. W tej konkretnej sytuacji faktycznej zmiarkowanie kary umownej do kwoty ponad 21 milionów zapewnia stronie powodowej niebagatelny „czysty zysk” obejmujący uzasadniony interes wierzyciela, który realizuje się bądź przez wykonanie zobowiązania zgodnie z jego treścią, bądź przez zapłatę kary umownej. Za powyższym przemawia również fakt, iż aktualnie powód realizuje kontrakty, z których w ogóle nie spodziewa się zysku (zeznania strony powodowej k973) Tak zmiarkowana kara umowna spełni również swoją funkcję prewencyjną wobec pozwanego, gdyż nawet dla Skarbu Państwa kwota blisko 22 milionów złotych jest kwotą znaczną.

Mając na uwadze powyższe rozważania Sąd Apelacyjny uznał za prawidłowe dokonane przez Sąd I instancji obniżenie kary umownej o 50%, aczkolwiek z odmiennych przyczyn.

Nie zasługuje na uwzględnienie ostatni zarzut pozwanego odnoszący się do odsetek za opóźnienie w spełnieniu świadczenia. Nie można zgodzić się ze skarżącym, że obniżenie kary umownej kształtuje na nowo obowiązki stron i uprawnia powoda do żądania odsetek jedynie od daty wydania wyroku. Przedstawiane analogie do art. 357 (1) k.c. nie są uprawnione. W tej ostatniej normie prawnej sąd na nowo kształtuje obowiązki stron, natomiast miarkując karę umowną Sąd rozstrzyga o niezasadności roszczenia w części. Instytucja miarkowania kary umownej służy do zmniejszenia, obniżenia tej kary, nie zaś do określenia jej wysokości na nowo. Skoro zatem zasądzona kara umowna

była powodowi należna na podstawie umowy stron, to pozwany popadł w opóźnienie w spełnieniu świadczenia od daty wskazanej w wyroku. Sąd I instancji nie naruszył zatem art. 481 k.c. zasądzając odsetki od pozwanego.

Mając powyższe rozważania na uwadze, Sąd Apelacyjny, na podstawie art. 385 k.p.c., oddalił apelacje stron.

Mając na uwadze okoliczność, że strony przegrały postępowanie apelacyjne w takim samym stopniu, Sąd, na podstawie art. 100 k.p.c., zniósł pomiędzy nimi koszty postępowania.