

*Sygn. akt VI ACa 307/13*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 17 stycznia 2014 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA – Aldona Wapińska (spr.)*

*Sędzia SA – Teresa Mróz*

*Sędzia SO (del.) – Beata Waś*

*Protokolant: – st. sekr. sąd. Ewelina Murawska*

*po rozpoznaniu w dniu 17 stycznia 2014 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa Syndyka Masy Upadłości Przedsiębiorstwa (...) Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej w W.*

*przeciwko Gminie D.*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji powoda*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 26 listopada 2012 r.*

*sygn. akt III C 22/12*

*I oddala apelację,*

*II zasądza od Syndyka Masy Upadłości Przedsiębiorstwa (...) Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej w W. na rzecz Gminy D. kwotę 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.*

## UZASADNIENIE

*VI ACa 307/13*

Syndyk masy upadłości Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej w W. pozwem złożonym w dniu 30 grudnia 2011 roku, skierowanym przeciwko Gminie D., wniósł o zmianę umowy zawartej z pozwanym przez oznaczenie sposobu wykonania zobowiązania umownego gminy D. określonego w § 10 tej umowy i podwyższenie wynagrodzenia powoda o dalszą kwotę 190 080,97 zł z ustawowymi odsetkami od kwot i dat szczegółowo wskazanych w pozwie oraz o zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kwoty 190 087,90 zł z ustawowymi odsetkami od kwot:

- 55 597,57 zł od dnia 21 maja 2008 roku do dnia zapłaty,

- 30 007,47 zł od dnia 19 lipca 2008 roku do dnia zapłaty,

- 68 500,84 zł od dnia 20 września 2008 roku do dnia zapłaty,
- 11 324,28 zł od dnia 15 listopada 2008 roku do dnia zapłaty,
- 24 650,81 zł od dnia 9 maja 2009 roku do dnia zapłaty

tytułem niedopłaconego podatku VAT od wynagrodzenia za roboty budowlane objęte zamówieniem publicznym.

Pozwana Gmina D. wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na jej rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, podnosząc zarzut przedawnienia roszczenia.

Wyrokiem z dnia 26 listopada 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo oraz zasądził od Syndyka Masy Upadłości Przedsiębiorstwa (...) spółki z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w W. na rzecz Gminy D. kwotę 7.200 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego. Podstawą rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego były następujące ustalenia:

W dniu 26 września 2007 roku, po wygranym w trybie zamówień publicznych przetargu, Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. w W. (dalej: (...)) - jako Wykonawca zawarł z Gminą D. (dalej: Gmina) - jako Zamawiającym umowę nr (...) o roboty budowlane. Przedmiotem tej umowy było wykonanie zadania inwestycyjnego - budowy kanalizacji sanitarnej z przyłączami w miejscowości M.. Strony ustaliły zakres prac, terminy realizacji robót, sposób ich wykonania, warunki ubezpieczenia, zabezpieczenia umowy, kar umownych oraz inne szczegóły związane z realizacją umowy. W § 10 ust. 21 umowy strony ustaliły wysokość wynagrodzenia za wykonanie robót na kwotę 1866 425,59 zł. Wynagrodzenie za roboty dodatkowe miało zostać ustalone kosztorysem powykonawczym na podstawie faktycznie wykonanych robót potwierdzonych przez Inspektora Nadzoru Inżynierskiego, na podstawie cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym. Rozliczenie za wykonane roboty odbywać się miało fakturami przejściowymi, wystawianymi zgodnie z harmonogramem rzeczowo - finansowym oraz fakturą końcową wystawioną po zakończeniu i odbiorze całości robót ( § 11 ust. 1). Zgodnie z § 18 zmiana postanowień zawartej umowy mogła nastąpić za zgodą obu stron, wyrażoną na piśmie pod rygorem nieważności takiej zmiany. Postanowiono też, że na mocy Prawa zamówień publicznych niedopuszczalna jest, pod rygorem nieważności, zmiana postanowień zawartej umowy oraz wprowadzenie nowych postanowień do umowy, niekorzystnych dla zamawiającego, jeżeli przy ich uwzględnieniu należałoby zmienić treść oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

Po wykonywanych kolejno etapach robót budowlanych strony sporządzały protokoły procentowego zaawansowania robót, obejmujące zakres i rodzaj wykonywanych robót, na podstawie których Wykonawca wystawiał kolejne faktury VAT obejmujące należności ze stawką VAT 7%, aż do końca 2007 roku. Pismem z dnia 21 lutego 2008 roku (...), powołując się na zmianę stawki obowiązującego podatku VAT z 7% na 22%, wystąpił do Urzędu Gminy D. o dokonanie zmiany § 10 ust. 1 umowy z dnia 26 września 2007 roku w zakresie wynagrodzenia, w ten sposób, aby ustalić wynagrodzenie na kwotę 2 045 182,29 zł brutto, uwzględniając od stycznia 2008 roku VAT w stawce 22%. Zamawiający nie wyraził na powyższe zgody i do zmiany umowy nie doszło. Wystawiając kolejne faktury VAT Wykonawca naliczał w nich podatek od towarów i usług w stawce 22%. W dniu 20 marca 2008 roku Wykonawca wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 396 596,05 zł, obejmującą kwotę netto z podatkiem VAT w stawce 22%. Należność z tej faktury VAT została uregulowana w całości przez Gminę, na podstawie polecenia wypłaty z dnia 26 marca 2008 roku. W dniu 21 kwietnia 2008 roku przekreślono polecenie wypłaty, opatrząc dokument adnotacją, że wydatek został zakwalifikowany do kwoty 347 834, 23 zł. Polecenie wypłaty opatrzone z kolei adnotacją, że należność z faktury VAT nr (...) została skorygowana o podatek VAT, którego stawka zgodnie z umową wynosi 7%. Różnica w VAT w wysokości 48 761,81 zł została następnie zaksięgowana i zaliczona na poczet kolejnej faktury VAT wystawionej przez Wykonawcę. Kolejne faktury VAT wystawiane na kwoty: 55 597,57 zł (faktura nr (...) z dnia 21 kwietnia 2008 roku), 244 060,72 zł (faktura nr (...) z dnia 19 czerwca 2008 roku), 200 493,32 zł (faktura nr (...)) , 557 147,16 zł (faktura nr (...) z dnia 21 sierpnia 2008 roku), obejmowały podatek VAT w stawce 22%. Zamawiający regulował je w części obejmującej należność netto + podatek od towarów i usług w stawce 7%.

Postanowieniem Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie z dnia 9 grudnia 2010 roku ogłoszono upadłość Przedsiębiorstwa (...) Sp. z o.o. w W. obejmującą likwidację majątku dłużnika.

Powyższych ustaleń faktycznych Sąd pierwszej instancji dokonał na podstawie dokumentów złożonych do akt sprawy - umowy, protokołów, not, faktur VAT, poleceń wypłaty, specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Żadna ze stron nie zakwestionowała autentyczności i prawdziwości tych dokumentów, Sąd też nie znalazł podstawy, aby odmówić im waloru wiarygodności.

Sąd Okręgowy dał wiarę zeznaniom T. B. uznając, iż znajdują one potwierdzenie w dokumentach złożonych do akt sprawy, przede wszystkim w adnotacjach czynionych w związku z wypłatą należności wynikających z faktur VAT wystawionych przez powoda. Świadek P. B. potwierdził, że to odpowiadając na ofertę pozwanego zaproponował wynagrodzenie ze stawką podatku VAT na poziomie 7%. Za niewiarygodne Sąd Okręgowy uznał zeznania tego świadka w zakresie ustaleń z Wójtem Gminy D. odnośnie wystawienia faktury VAT ze stawką 22%, a tym samym podwyższenia wynagrodzenia wynikającego z umowy. Sąd wskazał, iż strony nie zawarły aneksu do umowy, który zmieniałaby wysokość wynagrodzenia, zaś jakiegokolwiek zmiany umowy zostały zastrzeżone w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Także z pozostałego zebranego w sprawie materiału dowodowego nie wynika, by strony zawarły jakiegokolwiek wiążące uzgodnienia w tym zakresie.

Sąd Okręgowy za bezsporne w niniejszej sprawie uznał fakt zawarcia przez strony umowy o roboty budowlane w trybie procedury przewidzianej Prawem zamówień publicznych, zrealizowania tej umowy oraz wysokości wynagrodzenia netto należnego powodowi z tytułu wykonania robót budowlanych objętych umową. Natomiast kwestią sporną pomiędzy stronami jest to, czy powodowi należne jest z tytułu wykonanych usług wynagrodzenie powiększone o podatek od towarów i usług w stawce 7 %, jak pierwotnie strony ustaliły to w umowie i jak chce tego pozwany, czy też w stawce 22 %, jak chce tego powód.

Odnosząc się do zarzutu przedawnienia roszczeń powoda, Sąd pierwszej instancji – powołując się na ugruntowane orzecznictwo sądowe - przyjął, iż roszczenia z umowy o roboty budowlane ulegają przedawnieniu trzyletniemu od dnia ich wymagalności z uwagi na to, że przedmiot umowy był ściśle związany z działalnością gospodarczą prowadzoną przez powoda. Strony ustaliły płatność faktur w terminie do 30 dni licząc od daty ich przyjęcia przez Zamawiającego (§ 12 umowy), dlatego też Sąd meriti przyjął widniejące na fakturach daty przyjęcia płatności przez Zamawiającego za początek tego terminu, gdyż są na nich podpisy obu stron umowy. Wymagalność roszczenia w odniesieniu do poszczególnych kwot dochodzonych pozwem, a wynikających z kolejno wystawianych faktur, należało więc liczyć odpowiednio od upływu 30 dni od daty wystawienia danej faktury VAT. Sąd pierwszej instancji uznał, iż roszczenia z faktur opiewających na kwoty: 55 597,57 zł, 30 007,47 zł, 68 500,84 zł i 11 324,28 zł uległy przedawnieniu, gdyż faktury te były wystawiane odpowiednio w dniach: 21 kwietnia 2008 roku, 19 czerwca 2008 roku, 21 sierpnia 2008 roku, 16 października 2008 roku, zaś pozew złożono w dniu 30 grudnia 2011 roku. Nie przedawnione jest jedynie roszczenie o zapłatę kwoty 24 650,81 zł, objęte fakturą VAT z dnia 9 kwietnia 2009 roku.

Odnosząc się do merytorycznej oceny powództwa Sąd Okręgowy odwołał się przede wszystkim do treści postanowień umowy z dnia 26 września 2007 roku, uznając, że są one jasne i ich znaczenie nie budzi wątpliwości. Sąd ten wskazał, iż w § 10 ust. 1 umowy strony umówiły się na wynagrodzenie w wysokości brutto 1 866 425,59 zł, obejmujące kwotę 1 744 322,98 zł netto + podatek od towarów i usług VAT w kwocie 122 102,61 zł. Obie strony swą wolą obejmowały zatem wynagrodzenie przewidujące stawkę VAT na poziomie 7% i nie zamieściły w umowie żadnych klauzul, czy postanowień, które uzależniałyby wysokość wynagrodzenia umownego od stawki podatku od towarów i usług. Zdaniem Sądu pierwszej instancji powód – jako przedsiębiorca uczestniczący w profesjonalnym obrocie gospodarczym – winien był znać przepisy obowiązujące w chwili przystąpienia do podpisania umowy. Stawka 7% obowiązywała m.in. na roboty budowlane - montażowe oraz remonty i roboty konserwacyjne związane z budownictwem mieszkaniowym, infrastrukturą towarzyszącą, a także obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, w okresie od dnia przystąpienia Polski do Unii Europejskiej tylko do końca 2007 r. Od początku 2008 r. stawka VAT na te usługi wynosiła już 22%. Obowiązujący do dnia 31 grudnia 2007 r. art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług określał,

iż do tego dnia stawkę w wysokości 7% stosuje się do robót budowlano-montażowych oraz remontów i robót konserwacyjnych związanych z budownictwem mieszkaniowym i infrastrukturą towarzyszącą. Utrata mocy przez ten przepis przejściowy spowodowała, iż od dnia 1 stycznia 2008 r. do budowy, remontów i konserwacji obiektów infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu, zastosowanie miała podstawowa, 22% stawka podatku, zgodnie z art. 41 ust. 1 i ust. 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.) w zw. z § 5 ust. 1a rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 27 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 97, poz. 970 ze zm.). Zachowując zatem elementarne standardy należytej staranności, w ocenie Sądu Okręgowego, powód winien był zadbać o to, aby zabezpieczyć swoje interesy w związku przewidywaną zmianą stawki podatku VAT, zwłaszcza iż zmiana przepisów nie była wynikiem nagłej i nie zapowiedzianej decyzji ustawodawcy, której nie można było przewidzieć, a jedynie powrotem do stawki obowiązującej poprzednio. Wystarczyło prześledzić obowiązujące w tym zakresie przepisy, aby odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy w ramach zawieranych umów. Z tego względu Sąd pierwszej instancji odmówił racji powodowi w zakresie jego twierdzeń, że zmiana przepisów nosi znamiona nadzwyczajnej zmiany stosunków w rozumieniu art. 357<sup>1</sup> k.c. Wobec faktu, że w treści umowy nie zawarto postanowień odnośnie uzależnienia wysokości wynagrodzenia brutto od stawki podatku, jako wiążące należało uznać postanowienia zawarte w § 10.1 umowy. Zdaniem Sądu Okręgowego zmiana stawki podatku wynikająca z przepisów obowiązujących w dacie zawarcia umowy jest okolicznością prawnie indyferentną z punktu widzenia wysokości wynagrodzenia. Zmiana taka może być rozpatrywana najwyżej w kategorii działania pod wpływem błędu co do pobudki, która nie ma znaczenia dla oceny w niniejszej sprawie. Zmiana zaś interpretacji przepisów mieści się w ramach ryzyka handlowego podejmowanego przez wszystkich uczestników obrotu prawnego zawierających jakąkolwiek transakcję. Przystępując do zawarcia umowy strony zawsze ponoszą ryzyko zmian związanych z obiektywnymi, niezależnymi od nich okolicznościami, takimi jak wzrost bądź spadek cen na rynku, zmiany przeznaczenia nieruchomości, zmiany przepisów prawnych, czy spadek wartości pieniądza. Pozostaje to jednak bez znaczenia dla ich wzajemnych zobowiązań. Z tych przyczyn – zdaniem Sądu pierwszej instancji - nie sposób było za powodem przyjąć, że zamiarem stron było uzależnienie wysokości wynagrodzenia od stawki podatku VAT.

W ocenie Sądu Okręgowego taką interpretację umowy potwierdza dodatkowo analiza Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, na podstawie której powód opracował swoją ofertę, wybraną po przeprowadzeniu procedury przetargowej. W rozdziale XII SIWZ dokładnie określono sposób obliczenia ceny, wyraźnie wskazując, że cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania, musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT – jeżeli podatek ten występuje. Powód zapoznał się z tymi kryteriami i przedstawił ofertę, sam proponując wynagrodzenie za usługi objęte procedurą przetargową i nie zastrzegając, że wysokość wynagrodzenia brutto będzie uzależniona od stawki podatku. Także z protokołu odbioru końcowego wynika, że powód zaakceptował wynagrodzenie w wysokości określonej w umowie. Zdaniem Sądu pierwszej instancji powyższe okoliczności czynią zasadnym wniosek, że wykładnia umowy zawartej przez strony w powiązaniu z analizą Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i protokołu odbioru wskazuje na to, że powód zawierając umowę, a następnie realizując ją, przystał na wynagrodzenie uwzględniające podatek VAT w stawce 7%. Powód nie wnioskował o przesłuchanie strony powodowej w tym zakresie. Z kolei z zeznań T. B. przesłuchanego w charakterze strony nie wynika, aby wolą stron było uzależnienie wysokości wynagrodzenia od zmiany stawki podatku VAT.

Sąd Okręgowy podniósł także, iż uregulowanie przez pozwaną całkowitej należności z faktury VAT z dnia 20 marca 2008 roku, o numerze (...) nie oznacza – jak uważa powód – że pozwana zaakceptowała stawkę podatku VAT na poziomie 22%. Z adnotacji poczynionej na fakturze po wystawieniu polecenia przelewu wynika bowiem, że polecenie to zostało anulowane, a poprzednia akceptacja była wyrazem błędu księgowego. Osoba odpowiedzialna za merytoryczne sprawdzenie faktury nie dokonała bowiem jej weryfikacji z umową łączącą strony. Z tego względu poczyniono na niej adnotację, że należność z faktury VAT nr (...) została skorygowana o podatek VAT, którego stawka zgodnie z umową wynosi 7%. Różnica w VAT w wysokości 48 761,81 zł została następnie zaksięgowana i zaliczona na poczet kolejnej faktury VAT wystawionej przez powoda. Sąd meriti wskazał, iż przesłuchany w charakterze strony T. B. potwierdził, że uiszczenie na rzecz powoda całej należności było wynikiem omyłkowej decyzji skarbnika, nie zaś wyrazem uznania wynagrodzenia powoda obejmującego podwyższoną stawkę VAT. Zdaniem Sądu oczywistym jest,

że skarbnik Gminy nie jest osobą odpowiedzialną za podejmowanie decyzji finansowych w imieniu i na rzecz Gminy, co powoduje, że nie sposób uznać omyłki księgowej za uznanie wynagrodzenia powoda w zaproponowanej przez niego stawce podatku VAT. Skoro zmiany w zakresie innych postanowień umowy były zastrzeżone przez strony w formie pisemnej pod rygorem nieważności (§ 18 umowy), to – w ocenie Sądu pierwszej instancji – nie sposób przyjąć, że zmiana tak ważnego postanowienia umowy jak wysokość wynagrodzenia nastąpiła bez zmiany umowy dokonanej w formie pisemnej, tym bardziej, że powód zwracał się o dokonanie takiej zmiany w formie pisemnej, co nie spotkało się z akceptacją pozwanej. Sąd Okręgowy odwołał się także do konstrukcji prawa zamówień publicznych, wskazując, iż jego celem jest zapewnienie wyboru najlepszej oferty przedstawionej przez uczestników przetargu, co znacznie ogranicza możliwości późniejszych zmian co do warunków zawartej umowy (art. 144 p.z.p.). Zaproponowana przez powoda jako jednego z oferentów wysokość wynagrodzenia, określona kwotowo, była jednym z kluczowych czynników decydujących o wyborze oferty powoda. Z tego względu późniejsza zmiana tak istotnego postanowienia umowy pozostawałaby w sprzeczności z przepisami ustawy i z punktu widzenia pozwanego nie byłaby zmianą korzystną w świetle Prawa zamówień publicznych. Zmiana obowiązującej stawki podatku była przede wszystkim wynikiem ryzyka podjętego przez powoda w ramach prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Zdaniem Sądu pierwszej instancji premiowanie powoda poprzez zwiększenie wysokości należnego mu wynagrodzenia brutto o zwiększoną stawkę podatku byłoby niezasadne, biorąc pod uwagę fakt, że kryteria opisu ceny były skierowane do wszystkich uczestników przetargu i w oparciu o nie dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wszystkie te okoliczności – zdaniem Sądu Okręgowego – uzasadniały przyjęcie, że w niniejszej sprawie brak jest przesłanek pozwalających na uznanie zasadności argumentacji powoda. Sąd ten powołał się także na orzecznictwo Sądu Najwyższego, prezentujące jednolity pogląd, zgodnie z którym podwyższenie stawek podatku od towarów i usług (...) nie uzasadnia obowiązku zapłaty wynagrodzenia netto powiększonego o podatek od towarów i usług według podwyższonej stawki. Z uzasadnienia uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2006 roku, sygn. III CZP 54/06 wynika, że o wysokości ceny decyduje treść zawartej przez strony umowy, bowiem strony mogą cenę, którą nabywca ma zapłacić sprzedawcy za towar lub usługę, określić w ramach swobody umów. Rozstrzygnięcie więc, czy strona zobowiązana jest do zapłacenia – jako elementu wynagrodzenia za wykonaną usługę – kwoty odpowiadającej podatkowi od towarów i usług należnemu od tej usługi, zależy od treści umowy zawartej przez strony. Uzgodnione pomiędzy stronami wynagrodzenie, jako istotny przedmiotowo element stosunku cywilnoprawnego, nie może być jednostronnie zmienione. Sąd pierwszej instancji podkreślił, iż rozważania te czynione były na tle umowy o roboty budowlane i pozostają w pełni aktualne w sprawie niniejszej.

Podsumowując swoje rozważania Sąd Okręgowy doszedł do wniosku, iż wobec faktu, że strony nie zamieściły w treści umowy żadnych postanowień dotyczących wpływu stawki podatku na wysokość wynagrodzenia brutto, należało uznać, że powodowi przysługiwało wynagrodzenie w wysokości określonej umową. Z tych przyczyn Sąd Okręgowy oddalił powództwo w całości.

O kosztach postępowania Sąd pierwszej instancji orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. w związku z § 6 pkt 7 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, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania.

Powyższy wyrok Sądu Okręgowego w całości zaskarżył apelacją powód Syndyk masy upadłości Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej w W., zarzucając:

1. naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, to jest:

1.1. art. 227 k.p.c. w związku z art. 233 § 1 k.p.c. przez pominięcie przy ustalaniu stanu faktycznego istotnej okoliczności przerwania biegu przedawnienia roszczenia upadłego przez zawezwanie pozwanej do próby ugodowej wnioskiem z 4 marca 2011 r., zawisłym przed Sądem Rejonowym dla Warszawy Pragi-Północ w Warszawie, (...) Wydziałem (...) pod sygnaturą akt: VII GCo 120/11, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego ustalenia przedawnienia dochodzonego roszczenia;

1.2. art. 233 § 1 k.p.c. przez:

- ocenienie jako niewiarygodne zeznań świadka P. B. w zakresie dokonania uzgodnienia z Wójtem pozwanej wystawienia faktur ze stawką 22 %, podczas gdy zeznania świadka są logiczne i spójne z dokumentacją, a wniosek wyciągnięty przez Sąd pierwszej instancji jest sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego i zakłada działanie przez świadka na szkodę upadłego;

- uznanie, że: „Oczywistym jest, że skarbnik Gminy nie jest osobą odpowiedzialną za podejmowanie decyzji finansowych w imieniu i na rzecz Gminy {...}” podczas gdy Skarbnik Gminy jest odpowiednikiem dyrektora finansowego (głównego księgowego budżetu) w jednostce samorządowej, co znajduje wyraz między innymi w art. 46 ust. 2 i 3 ustawy o samorządzie gminnym, wymagając dla skuteczności czynności powodujących zaciągnięcie zobowiązań przez gminę kontrasygnaty skarbnika;

2. naruszenie prawa materialnego, to jest art. 357<sup>1</sup> k.c. przez jego niezastosowanie, podczas gdy okoliczności sprawy wskazują na wystąpienie okoliczności zewnętrznych, nieprzewidzianych i niezależnych od stron, skutkujących koniecznością sądowej zmiany treści stosunku prawnego;

3. naruszenie art. 102 k.p.c. przez nieuwzględnienie wniosku pełnomocnika powoda, by w wypadku oddalenia powództwa, nie obciążać go kosztami procesu w całości albo w części z uwagi na szczególną sytuację finansową masy upadłości wykazaną dokumentami złożonymi wraz z wnioskiem o częściowe zwolnienie od kosztów oraz niewielki nakład pracy pełnomocnika pozwanej w tej sprawie.

Wskazując na powyższe zarzuty apelujący wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu za obie instancje w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa procesowego w kwocie 17 zł.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

***Apelacja powoda nie zasługiwała na uwzględnienie, bowiem ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd pierwszej instancji są prawidłowe, zaś ich ocena prawna w przeważającej części trafna. Sąd Apelacyjny podziela je i przyjmuje je za własne z poniższymi zastrzeżeniami.***

Pierwszy z postawionych zarzutów – naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, to jest art. 227 k.p.c. w związku z art. 233 § 1 k.p.c. przez pominięcie przy ustalaniu stanu faktycznego przerwania biegu przedawnienia roszczenia upadłego przez zawezwanie pozwanej do próby ugodowej wnioskiem z 4 marca 2011 r., zawisłym przed Sądem Rejonowym dla Warszawy Pragi-Północ w Warszawie, (...) Wydziałem (...) pod sygn. akt VII GCo 120/11, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego ustalenia przedawnia dochodzonego roszczenia – jest błędnie sformułowany. Kwestia stwierdzenia przerwania biegu przedawnienia roszczenia należy bowiem do etapu subsumcji, a nie czynienia ustaleń faktycznych. W sprawie niniejszej jest to jednak zagadnienie o znaczeniu drugorzędnym. Przede wszystkim bowiem należało ustalić, czy powodowi w ogóle przysługiwało roszczenie, którego dochodził w niniejszym postępowaniu, a dopiero w razie pozytywnego rozstrzygnięcia tej kwestii wyjaśnić należało czy doszło do przerwania biegu jego przedawnienia.

Istnienie roszczenia oceniać należy w aspekcie prawa materialnego. Odnosząc się zatem do zarzutu naruszenia prawa materialnego, to jest art. 357<sup>1</sup> k.c. przez jego niezastosowanie – podkreślić należy, iż zarzut ten jest uzasadniony o tyle, iż Sąd Okręgowy nie przeprowadził rozważań w zakresie żądania zmiany umowy w oparciu o powyższy przepis, a jedynie w zakresie żądania zapłaty, tymczasem roszczenie o zapłatę mogłoby zostać uwzględnione jedynie w przypadku uznania za zasadne powództwa o zmianę umowy (wyrok w takim przypadku miałby charakter konstytutywny). Jednakże ta wada uzasadnienia Sądu pierwszej instancji nie skutkuje koniecznością uwzględnienia apelacji, bowiem nie zostały spełnione przesłanki określone w art. 357<sup>1</sup> §1 k.c. Przepis ten stanowi, iż jeżeli z powodu nadzwyczajnej

zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąco stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym. Powód domagał się zmiany umowy poprzez oznaczenie innej wysokości wynagrodzenia, uwzględniającej podwyższoną stawkę podatku VAT od robót budowlanych oraz zasądzenia kwoty odpowiadającej różnicy pomiędzy zmienionym przez sąd wynagrodzeniem a kwotą wynagrodzenia zapłaconą przez stronę pozwaną zgodnie z zawartą umową pisemną. Zdaniem powoda zmiana stawki podatku VAT do 22 % w trakcie realizacji umowy było okolicznością nadzwyczajną, zewnętrzną, nieprzewidzianą i niezależną od stron, a interwencja ustawodawcy skutkująca zwiększeniem ciężaru podatku pośredniego wykraczała poza typowe i przewidywalne ryzyko gospodarcze. W wyniku tej zmiany powód został zmuszony do poniesienia dodatkowego kosztu podwyższonego podatku VAT w kwocie dochodzonej pozwem, co było dla niego rażąco niekorzystne i mogło być jedną z kilku przyczyn późniejszej upadłości powoda.

Zauważyć należy, iż podwyższenie przez ustawodawcę stawki podatku VAT w trakcie trwania stosunku zobowiązaniowego, z którego wypływa obowiązek zapłaty takiego podatku, nie skutkuje automatycznym podwyższeniem wynagrodzenia przewidzianego w umowie o podatek w zwiększonej wysokości. Zgodnie z poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 lipca 2006 r., III CZP 54/06 (OSNC 2007/5/66, podzielanym w całość rozciągnięciem przez Sąd Apelacyjny w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę: „Podwyższenie z dniem 1 maja 2004 r. stawek podatku od towarów i usług za roboty budowlane, dokonane ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.), nie uzasadnia – bez zmiany umowy zawartej przed dniem 1 maja 2004 r. – obowiązku zamawiającego zapłaty wynagrodzenia netto powiększonego o podatek od towarów i usług według podwyższonej stawki.” Zasadę powyższą należy – zdaniem Sądu drugiej instancji – stosować w każdym przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług w trakcie trwania umowy. W sprawie niniejszej należy więc rozważyć czy doszło do skutecznej zmiany umowy w tym zakresie przed wytoczeniem powództwa, bądź też czy zaistniały przesłanki do dokonania takiej zmiany na podstawie art. 357<sup>1</sup> § 1 k.c.

Umowa w sprawie niniejszej została zawarta w trybie zamówienia publicznego – na podstawie oferty powoda opracowanej w oparciu o opracowaną przez pozwanego Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia. Przepis art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – w brzmieniu obowiązującym w dacie podpisania umowy i jej realizacji – zakazywał zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te byłyby korzystne dla zamawiającego. Przepis art. 144 ust. 2 przewidywał, iż zmiana umowy dokonana z naruszeniem przepisu ust. 1 jest nieważna. Powyższe uregulowanie, zezwalające stronom na dokonanie w wyniku wzajemnych uzgodnień, zmiany zawartej umowy nie wykluczało możliwości domagania się takiej zmiany w oparciu o art. 357<sup>1</sup> § 1 k.c. jeśli strony do porozumienia nie doszły – a to wobec treści art. 139 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Pogląd ten nie budzi wątpliwości ani w orzecznictwie, ani w piśmiennictwie, oczywiście jedynie w przypadku spełnienia przesłanek określonych w tym przepisie (por. J. Jerzykowski, komentarz do art. 144 [w]: Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata Prawo zamówień publicznych. Komentarz. WKP, 20, LEX 125975; wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 25.10.2011 r., VII GC 127/11, LEX nr 1108527). W sprawie niniejszej nie doszło do skutecznej zmiany umowy w wyniku porozumienia stron – nie został bowiem zawarty aneks do umowy w formie pisemnej, zastrzeżonej pod rygorem nieważności. Niezależnie więc od tego czy były dokonywane jakiegokolwiek ustne uzgodnienia pomiędzy upadłą spółką a stroną pozwaną w kwestii podwyższenia wynagrodzenia o podatek VAT według wyższej stawki i abstrahując również od tego, czy osoby, z którymi ewentualnie prowadzono rozmowy były upoważnione do reprezentacji Gminy – nie została w sposób ważny zmieniona umowa, co mogłoby upoważniać powoda do wystąpienia z powództwem o zasądzenie podwyższonego wynagrodzenia bez zgłaszania żądania opartego na przepisie art. 357<sup>1</sup> § 1 k.c. Zdaniem Sądu drugiej instancji za taką zmianę nie można bowiem uznać omyłkowej wpłaty należności z jednej z faktur uwzględniającej podatek VAT w stawce 22 %, gdyż skarbnik

Gminy nie jest osobą upoważnioną do reprezentacji tej osoby prawnej, mogącym samodzielnie składać w jej imieniu oświadczenia woli. W myśl bowiem art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (j.t. Dz. U. z 2013.594) oświadczenia woli w imieniu gminy w zakresie zarządu mieniem składa jednoosobowo wójt albo działający na podstawie jego upoważnienia zastępca wójta samodzielnie albo wraz z inną upoważnioną przez wójta osobą. Wymaganie kontrasygnaty skarbnika gminy lub osoby przez niego upoważnionej dla skuteczności czynności prawnych mogących spowodować powstanie zobowiązań pieniężnych (art. 46 ust. 3 cyt. ustawy), nie oznacza przyznania skarbnikowi gminy uprawnienia do jej samodzielnej reprezentacji. Dlatego też zarzut zawarty w pkt 1.2. tiret drugie należało uznać za chybiony, a przede wszystkim nie mający znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Skoro bowiem w pozwie strona powodowa domagała się w pierwszej kolejności zmiany umowy poprzez podwyższenie wynagrodzenia, a dopiero na tej podstawie o zasądzenie kwoty podwyższonego wynagrodzenia – tym samym sama uznawała, iż do skutecznej zmiany umowy w drodze rokowań umownych nie doszło.

Przechodząc do oceny spełnienia przesłanek art. 357<sup>1</sup> § 1 k.c., zdaniem Sądu Apelacyjnego – z uwagi na treść tego przepisu – nie jest możliwe jego zastosowanie po wykonaniu przez strony umowy w całości. Skoro bowiem sąd może oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub umowę rozwiązać, to jest oczywistym, iż odnosić się to może jedynie do zobowiązania, które nie wygasło w drodze jego wykonania. W sprawie niniejszej umowa zawarta przez strony została wykonana przez nie w całości jeszcze przed wytoczeniem powództwa w sprawie niniejszej (okoliczność bezsporna). Zatem choćby z tej przyczyny nie mogło dojść do zmiany umowy w drodze powództwa o ukształtowanie prawa. Po drugie – nawet gdyby przyjąć, iż możliwa byłaby zmiana umowy poprzez podwyższenie wynagrodzenia należnego wykonawcy robót, już po wykonaniu umowy – nie zostały spełnione przesłanki określone w tym przepisie, bowiem nie nastąpiła żadna nadzwyczajna zmiana stosunków uzasadniająca uwzględnienie roszczenia o zmianę umowy, w szczególności nie nastąpiła sytuacja, w której wykonanie umowy groziłoby powodowi rażąca strata.

Przez nadzwyczajną zmianę stosunków rozumie się najogólniej taki stan rzeczy, który zdarza się bardzo rzadko, jest niebywały niezwykły, choć niekoniecznie ma on mieć charakter katastroficzny (tak: G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska : Komentarz do kodeksu cywilnego Księga trzecia Zobowiązania, tom I, Wydawnictwo Prawnicze Warszawa 1996, komentarz do art. 357<sup>1</sup> k.c., s. 30). Powszechnie akceptuje się też pogląd, iż zmiany stanu prawnego jako mające charakter zdarzenia zewnętrznego, niezależnego od woli stron, a nawet niemożliwego do przewidzenia przez nie w chwili zawarcia umowy, jeżeli w zasadniczy sposób wpływają na sytuację majątkową nie tylko dłużnika, ale i wierzyciela, powinny być traktowane jako nadzwyczajna zmiana stosunków w rozumieniu art. 357<sup>1</sup> § 1 k.c. Odnosi się to w szczególności do zmiany stawek celnych bądź podatkowych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17.01.2008 r., III CSK 202/07, LEX nr 398491). W ocenie Sądu Apelacyjnego nie można jednak uznać, aby w sprawie niniejszej taka sytuacja miała miejsce. W okresie od zawarcia umowy do zakończenia jej wykonania nie nastąpiła bowiem nagła, nieprzewidziana zmiana stanu prawnego w zakresie podatku VAT, pozwalająca na zastosowanie regulacji zawartej w przepisie art. 357<sup>1</sup> § 1 k.c. Zmiana stawki podatku VAT nie była bowiem wynikiem decyzji ustawodawcy podjętej po zawarciu umowy pomiędzy stronami, ale nastąpiła w wyniku wyekspirowania terminu określonego w art. 146 ust. 1pkt 2 lit.a w zw. z ust. 3 ustawy o podatku od towarów i usług, w czasie którego to terminu obowiązywała obniżona stawka podatku VAT (7 %) w odniesieniu do robót budowlano-montażowych oraz remontów i robót konserwacyjnych związanych z budownictwem mieszkaniowym i infrastrukturą towarzyszącą, przez którą ustawodawca rozumiał m.in. sieci wodociągowe, kanalizacyjne, ciepłne, elektroenergetyczne, gazowe i telekomunikacyjne – jeżeli były one związane z obiektami budownictwa mieszkaniowego. Przepis tego artykułu przewidywał bowiem stosowanie podatku VAT w stawce 7 % do dnia 31 grudnia 2007 r. od dnia wejścia w życie tej ustawy, czyli od dnia 1 maja 2004 r. Skoro takie rozwiązanie normatywne było przyjęte w ustawie od początku jej obowiązywania – nie była to zatem okoliczność nowa, nieznaną stronom w chwili przeprowadzania procedury przetargowej, ani w chwili zawierania umowy. Słusznie zatem Sąd pierwszej instancji uznał, iż sama zmiana stawki podatku VAT była okolicznością indyferentną dla wysokości przewidzianego umową wynagrodzenia, chociaż nietrafnie wskazał, że zmiana na nastąpiła na skutek utraty mocy obowiązującej przez przepis art. 146 ust. 1pkt 2 lit.a w zw. z ust. 3 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od



towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm).[ Przepis ten nie utracił mocy obowiązującej z dniem 1 stycznia 2008 r. – jak stwierdził to Sąd pierwszej instancji - a jedynie przewidywał szczególną regulację w zakresie stawki podatku VAT od wskazanych w nim usług na okres przejściowy, tj. od chwili wejścia Polski do Unii Europejskiej do dnia 31 grudnia 2007 r. Skutkiem obowiązywania tego przepisu było stosowanie obniżonej stawki podatku VAT w wysokości 7 % (zamiast powszechnie obowiązującej stawki 22 %) od usług m.in. wykonywanych przez powoda, ale jedynie do daty wskazanej w tym przepisie. Z dniem 1 stycznia 2008 r. na te usługi wchodziła natomiast z mocy prawa stawka VAT w wysokości 22 %. Przepis ten zatem nadal obowiązuje, ale upłynął już termin, do końca którego miała obowiązywać obniżona stawka podatku VAT . ] Nie można bowiem twierdzić, iż zawierając umowę strony nie mogły przewidzieć samego zdarzenia, tj. zmiany od dnia 1 stycznia 2008 r. stawki podatku VAT na roboty przewidziane umową, wynikającej z treści cyt. art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z ust. 3 tego artykułu, ani też skutku takiej zmiany dla wysokości wynagrodzenia przewidzianego w łączącej strony umowie. Powyższy przepis zawarty był w ustawie o podatku od towarów i usług od samego początku i obowiązywał od dnia 1 maja 2004 r. Umowa została zaś zawarta 26 września 2007 r., tj. trzy miesiące przed upływem terminu stosowania obniżonej stawki podatku VAT, o czym upadły – jako profesjonalista biorący udział w postępowaniu z zamówienia publicznego – winien wiedzieć i kalkulować odpowiednio swoje wynagrodzenie w złożonej w ramach postępowania przetargowego ofercie. Wskazanie ceny uwzględniającej podatek VAT w stawce 7 % przez cały okres trwania umowy czyniło ofertę upadłego bardziej atrakcyjną dla zamawiającego, jednakże wykonawca musiał zdawać sobie sprawę, iż w przypadku wyboru jego oferty będzie musiał ponieść skutki finansowe obowiązującej od 1 stycznia 2008 r. stawki podatku VAT w wysokości 22 %. Z zeznań świadka P. B. – byłego członka zarządu upadłego – wynika, iż „niedopłacona” kwota podatku VAT nie była dla jego firmy w tamtym okresie zbyt wysoka i dlatego spółka nie zdecydowała się wystąpić przeciwko Gminie na drogę sądową, choć wójt mówił wprost, że proces sądowy jest jedynym wyjściem z tej sytuacji (k. 247). Oznacza to z jednej strony, iż spółka nie poniosła rażącej straty, a ponadto – nawet ryzyko jej poniesienia było dla spółki akceptowalne wobec perspektywy wygrania przetargu i podpisania umowy na wykonanie robót budowlanych. Wszystkie powyżej wskazane względy – zdaniem Sądu Apelacyjnego – przemawiają za uznaniem, iż nie zostały spełnione przesłanki określone w art. 357<sup>1</sup> § 1 k.c. uzasadniające zmianę umowy poprzez podwyższenie wynagrodzenia wykonawcy o kwotę odpowiadającą podwyższonej stawce podatku VAT, zatem nie było również podstaw do zasądzenia tej kwoty – co prawidłowo uznał Sąd pierwszej instancji. Zarzut naruszenia prawa materialnego okazał się zatem w ostatecznym wyniku nieuzasadniony.

Skoro powodowi nie przysługiwało roszczenie oparte na przepisie art. 357<sup>1</sup> § 1 k.c., to zbędne było czynienie ustaleń czy doszło do przerwania biegu przedawnienia poprzez wystąpienie z wnioskiem o zawezwanie do próby ugodowej. Na marginesie jedynie można zauważyć, iż gdyby istotnie taki wniosek został wniesiony w terminie wskazanym przez powoda – doszłoby do przerwy biegu przedawnienia dochodzonych roszczeń, zatem stanowisko Sądu pierwszej instancji w kwestii przedawnienia przeważającej części roszczenia byłoby błędne. Dowód na tę okoliczność nie został jednak ostatecznie przeprowadzony, pomimo że Sąd Okręgowy zwrócił się o nadesłanie akt w sprawie VII GCo 120/11 (k. 108). Jednakże uchybienie to – z przyczyn szczegółowo wyjaśnionych w uzasadnieniu – nie miało wpływu na treść rozstrzygnięcia wobec faktu, iż powodowi w ogóle takie roszczenie nie przysługiwało.

Zdaniem Sądu drugiej instancji za niesłuszny należało również uznać zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. przez ocenienie jako niewiarygodne zeznań świadka P. B. w zakresie dokonania uzgodnienia z Wójtem pozwanej wystawienia faktur ze stawką 22 %. Nie można uznać, iż zeznania te są dowodem na uzgodnienie z wójtem wystawiania faktur z podwyższoną stawką podatku VAT, jeśli z zeznań tych wynika jednoznacznie, że wójt pozwanej Gminy mówił świadkowi, że koszt podniesienia VAT-u spółka musi wziąć na siebie, bo gmina nie ma na to dodatkowych pieniędzy oraz odsyłał spółkę na drogę sądową.

Nie jest także uzasadniony zarzut naruszenia art. 102 k.p.c. przez nieuwzględnienie wniosku pełnomocnika powoda, by w wypadku oddalenia powództwa, nie obciążać go kosztami procesu w całości albo w części z uwagi na szczególną sytuację finansową masy upadłości wykazaną dokumentami złożonymi wraz z wnioskiem o częściowe zwolnienie od kosztów oraz niewielki nakład pracy pełnomocnika pozwanej w tej sprawie. Apelujący nie uzasadnił powyższego

zarzutu, zaś sam fakt zwolnienia strony od kosztów sądowych nie zwalnia tej strony od obowiązku zwrotu kosztów procesu na rzecz przeciwnika procesowego – zwłaszcza w sytuacji, gdy powództwo od początku było niezasadne.

***Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak w sentencji wyroku, o kosztach procesu za drugą instancję rozstrzygając stosownie do wyniku sporu – na podstawie art. 98 § 1 i 3 oraz art. 99 k.p.c.***