

Sygn. akt VI ACa 817/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 września 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Urszula Wiercińska

Sędziowie: SA Marcin Łochowski (spr.)

SO (del.) Tomasz Wojciechowski

Protokolant: sekr. sądowy Paulina Czajka

po rozpoznaniu w dniu 27 września 2016 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. w P.

przeciwko Skarbowi Państwa - (...)

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 9 marca 2015 r., sygn. akt XXV C 1362/11

I. uchyła zaskarżony wyrok częściowo tj. w punkcie pierwszym podpunkt pierwszy w części dotyczącej kwoty 461 237,38 zł (czterysta sześćdziesiąt jeden tysięcy dwieście trzydzieści siedem złotych trzydzieści osiem groszy) wraz z odsetkami ustawowymi oraz podpunkt drugi i przekazuje sprawę w tym zakresie Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego;

II. oddala apelację w pozostałej części.

Sygn. akt VI ACa 817/15

UZASADNIENIE

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w P. wniosła o zasądzenie od Skarbu Państwa – (...) kwoty 472.965,88 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 21 maja 2011 r. do dnia zapłaty oraz kosztów procesu.

Strona powodowa wskazała, iż domaga się zapłaty niewypłaconej części wynagrodzenia kontraktowego w kwocie 326.137,35 zł, niezasadnie potrąconego przez stronę pozwaną. Podniosła ponadto, iż w niniejszej sprawie doszło do tzw. opóźnienia zwykłego, a nie opóźnienia kwalifikowanego, czyli „zwłoki” w rozumieniu art. 476 k.c. W konsekwencji, brak jest podstaw do przyjęcia istnienia roszczenia pozwanej o zapłatę kary umownej w związku z niewykonaniem umowy w terminie. Nadto, powódka zgłosiła zarzut miarkowania kary umownej oraz zarzut nadużycia prawa przez pozwanego w związku z potrąceniem kary umownej z wynagrodzeniem z umowy. Na dochodzone roszczenie składa się także kwota 135.000,03 zł jako należność umowna wynikająca z nieuwzględnienia przesunięcia

w kosztorysie ofertowym wynikającego ze zmiany technologii robót oraz wypełnień ekranów akustycznych, a także kwota 11.728,50 zł jako różnica w stawce VAT.

Skarb Państwa – (...) wniósł o oddalenie powództwa w całości i o zasądzenie kosztów procesu. Jednocześnie pozwany wniósł pozew wzajemny, w którym domagał się zasądzenia od powodowej spółki kwoty 139.773,15 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 17 sierpnia 2011 r. do dnia zapłaty z tytułu dalszej kary umownej w wysokości 139.773,15 zł za 45 dni zwłoki.

Strona powodowa wniosła o oddalenie powództwa wzajemnego w całości oraz zasądzenie kosztów procesu wywołanych powództwem wzajemnym.

Wyrokiem z dnia 9 marca 2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo główne i zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 7.217 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego oraz oddalił powództwo wzajemne i zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 3.617 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy ustalił, że Skarb Państwa – (...) ogłosił zamówienie publiczne w przedmiocie inwestycji polegającej na wykonaniu ekranu przeciwhałasowego zlokalizowanego na przebudowanym odcinku drogi krajowej nr (...) W. – S. – T. od km (...) do km (...). W dniu 17 września 2010 r. powodowa spółka złożyła ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia. Pozwany wybrał ofertę powoda jako najkorzystniejszą.

Strony w dniu 8 października 2010 r. zawarły umowę nr (...) pod nazwą „Budowa ekranu przeciwhałasowego zlokalizowanego na przebudowanym odcinku drogi krajowej nr (...) relacji W. – S. – T. od km (...) do km (...)” w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy prawo zamówień publicznych. Zgodnie z treścią tej umowy powód (wykonawca) zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy w terminie nie dłuższym niż do dnia 20 listopada 2010 r., przy czym przez wykonanie przedmiotu umowy należało rozumieć wykonanie robót oraz ich odbiór ostateczny (§ 4 ust. 4 umowy). Ponadto, zobowiązał się do zapłaty pozwanemu (zamawiającemu) kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,2 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki (§ 18 ust. 1. pkt 1. lit a umowy). Zamawiający przewidział możliwość dokonania zmian w umowie w przypadku zmiany stawki podatku VAT przez władzę ustawodawczą w trakcie trwania umowy, wynikającej ze zmiany ustawy o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, w przypadku wystąpienia niekorzystnych warunków pogodowych, uniemożliwiających wykonanie zamówienia w terminie umownym, rozumianych jako ciągłe opady deszczu trwające dłużej niż 7 dni, opady śniegu trwające dłużej niż 7 dni, występowanie niskich lub wysokich temperatur uniemożliwiających realizację robót zgodnie z przyjętą technologią powyżej 7 dni, w przypadku wykonania innych, wcześniej nieprzewidzianych robót w sferze przekazywanego wykonawcy terenu budowy oraz w przypadku złożenia przez wykonawcę propozycji, które przyspieszą ukończenie robót, zmniejszą koszty, poprawią sprawność lub wartość robót lub w inny sposób dostarczą zamawiającemu pożytku, które dla swojej ważności wymagają formy pisemnej w postaci aneksu (§ 20 ust. 2 lit. a, b, e i h umowy).

W dniu 19 października 2010 r. powód przesłał pozwanemu projekt wykonawczy zamienny celem jego zatwierdzenia. Pozwany pismem z dnia 3 listopada 2010 r. wyraził warunkową akceptację tego projektu z zastrzeżeniem, iż wykonawca musi zamontować elementy w sposób wykluczający powstanie szczelin powodujących osłabienie skuteczności ekranów, przeprowadzenia dodatkowych obliczeń zgodnie z punktem (...) celem przyjęcia współczynnika (...), akceptacji proponowanych zmian słupów nośnych ekranów i zmianie typu paneli przezroczystych po zmianie sposobu zabezpieczenia przed uderzeniem w nie ptaków zgodnie z dokumentacją projektową oraz pod warunkiem przedłożenia analizy cenowej, jak proponowane zmiany wpłyną na cenę wykonywanego zadania. Pozwany zaznaczył przy tym, że cena zawarta w umowie nie może ulec zwiększeniu i że zaproponowane zmiany nie będą miały wpływu na końcowy termin realizacji zadania zgodny z umową. Pismem z dnia 10 listopada 2012 r. powód odniósł się do kwestii podniesionych przez pozwanego oraz załączył analizę cenową – cena robót po zmianie projektu miała być niższa o 3.193,96 zł. Pismem z dnia 19 listopada 2010 r. pozwany zaopiniował pozytywnie zmiany do projektu wykonawczego zamiennego z zastrzeżeniem, że nie mogą one mieć wpływu na zwiększenie cen jednostkowych określonych w ofercie

wykonawcy, jak i nie może to spowodować zwiększenia kwoty na realizację całości zadania określonej w umowie oraz na końcowy termin realizacji zadania zgodny z umową.

Do przekazania powodowi terenu budowy przez pozwanego doszło w dniu 25 października 2010 r. Rozpoczęcie robót wyznaczono na dzień 8 listopada 2010 r. W dniu 12 listopada 2010 r. powódka zgłosiła do odbioru oznakowanie drogowe (Etap I) tymczasowej organizacji ruchu drogi krajowej nr (...). Odbiór oznakowania tymczasowego odbył się w dniu 17 listopada 2010 r. Pismem z dnia 23 listopada 2010 r. pozwany poinformował powoda, iż w związku z upływem w dniu 20 listopada 2010 r. terminu wykonania przedmiotu umowy rozpoczął naliczanie kary umownej za zwłokę w wysokości 0,2 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki (zgodnie z § 18 ust. 1 pkt 1. lit a przedmiotowej umowy) oraz, że przesłany i zaakceptowany kosztorys ofertowy uwzględniający zaproponowane zmiany będzie podstawą do zatwierdzenia zmiany oraz do końcowego rozliczenia zadania, jak i akceptacji przez pozwanego wprowadzonych przez wykonawcę zmian do zawartej umowy.

Pismem z dnia 3 grudnia 2010 r. powód zwrócił się do pozwanego o nienaliczanie kar umownych za okres od 29 listopada 2010 r. do 6 grudnia 2010 r. z uwagi na wstrzymanie wszelkich prac budowlanych ze względu na panujące niekorzystne warunki pogodowe. Pismem z dnia 17 grudnia 2010 r. pozwany uznał tę prośbę za bezzasadną, bowiem niekorzystne warunki pogodowe, uniemożliwiające wykonanie prac budowlanych wystąpiły po terminie wykonania przedmiotu umowy, tj. po 20 listopada 2010 r.

Strony w dniu 18 stycznia 2011 r. zawarły umowę o nr (...), zlecającą wykonawcy roboty związane z odkopaniem i wywozem elementów żelbetonowych kolidujących z robotami palowymi przy budowie ekranu przeciwhałasowego zlokalizowanego na przebudowywanym odcinku drogi krajowej nr (...) w miejscowości M.. Powód zobowiązał się do wykonania tych robót do dnia 25 stycznia 2011 r., przy czym w tym terminie mieścił się również odbiór końcowy (§ 3 umowy o nr (...)). Za wykonanie tych robót dodatkowych zamawiający zobowiązał się zapłacić wykonawcy kwotę 3.207,42 zł, rozliczaną za pomocą faktury wystawionej przez wykonawcę po wykonaniu przedmiotu umowy potwierdzonej protokołem odbioru, płatną w terminie 30 dni od dnia jej otrzymania przez zamawiającego (§ 3 i § 4 ww. umowy). Roboty te rozpoczęto i zakończono w dniu 27 stycznia 2011 r. i w tym też dniu zgłoszono je do odbioru. Zostały one wykonane zgodnie z umową.

Pismem z dnia 16 lutego 2011 r. powód przytoczył szereg niekorzystnych okoliczności (mróz, obfite opady śniegu, silny wiatr, problemy z wiązaniem betonu, problemy z uzyskaniem wiertnicy o średnicy wiertła 800 mm, konieczność wykonania robót dodatkowych, problemy z zakupem betonu, odcięcie dojazdu do żwirowni przez powódź), które miały wpływ na opóźnienia w robotach i wniósł o odstąpienie od naliczania kar umownych oraz korektę umownego terminu zakończenia robót stanowiących przedmiot umowy z dnia 8 października 2010 r.

Pismami z dnia 7 marca 2011 r. powód poinformował pozwanego o zwiększeniu zakresu prac związanych z demontażem bariery (...) i jej ponownym montażem wraz z dogęszczeniem słupkami (...). W dokumentacji projektowej przewidziany był zakres 18 m, podczas gdy rzeczywista ilość do wykonania to 28 m. Zwiększył się także zakres prac polegających na wzmocnieniu nasypu drogowego.

W dniu 7 kwietnia 2011 r. powód poinformował pozwanego o zakończeniu prac i zwrócił się z prośbą o przeprowadzenie odbioru końcowego. Pismem z dnia 11 kwietnia 2011 r. pozwany zwrócił się o potwierdzenie zakresu odbioru prac. W dniu 11 kwietnia 2011 r. odbyła się wizja lokalna w terenie. Inspektor Nadzoru stwierdził, iż zasadnicze prace zostały wykonane, ale nadal prowadzone są prace wykończeniowe skarp nasypu polegające na kształtowaniu skarp i obsiewie ich trawą oraz czyszczenie słupów i paneli ekranu. Wykonawca zadeklarował zakończenie robót wykończeniowych do dnia 14 kwietnia 2011 r. i postulował przeprowadzenie odbioru końcowego w dniu 15 kwietnia 2011 r. Kolejny przegląd placu budowy odbył się w dniu 13 kwietnia 2011 r. Stwierdzono podczas niego że: szczeliny pomiędzy podwaliną ekranów a gabionami należy wypełnić kruszywem o granulacji 2 do 3 cm, uszkodzenia powłok malarskich na słupach nośnych ekranów wymagają naniesienia nowej, jednolitej powłoki malarskiej na całych elementach i należy wstawić odpowiednie uszczelki pomiędzy elementami stalowymi a aluminiowymi ramami paneli akustycznych, z uwagi na drgania paneli ze szkła hartowanego. Pismem z dnia 18 kwietnia 2011 r. Inspektor Nadzoru

stwierdził, iż po przeprowadzeniu wizji lokalnej roboty kwalifikują się do odbioru, wobec poprawienia wszystkich istniejących usterek. Odbiór robót odbył się w dniu 20 kwietnia 2011 r.

W dniu 20 kwietnia 2011 r. powód wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...) na kwotę 1.577.705,12 zł. Pismem z dnia 28 kwietnia 2011 r. pozwany oświadczył, że nie akceptuje wysokości kwoty określonej w otrzymanej fakturze za wykonanie robót budowlanych, wyliczonej w oparciu o rozliczenie końcowe stanowiące załącznik do przedłożonej faktury. Nie zgodził się również ze sposobem naliczania podatku VAT. Pozwany zwrócił się ponadto o wystawienie faktury korygującej na kwotę 1.163.314,30 zł netto + 23 % podatku VAT (267.562,30 zł), co daje łącznie kwotę 1.430.876,60 zł brutto. Podniósł także, iż w związku z niedostarczeniem przez powoda do dnia odbioru aktualnego dokumentu zabezpieczenia z terminem ważności do dnia prognozowanego przez niego wykonania zamówienia, a co za tym idzie nie podpisania stosownego aneksu w zakresie zmiany stawki podatku VAT, w rozliczeniu naliczono stawkę podatku w wysokości 22%, pomniejszając kwotę netto o różnicę wynikłą ze zwiększenia stawki podatku VAT. Pismem z dnia 11 maja 2011 r. pozwany wskazał na sposób wyliczania kar umownych za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy. Kwotę brutto za wykonanie przedmiotu umowy ustalili na 1.553.039,76 zł. Kary umowne za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy – w wysokości 0,2 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki od dnia 21 listopada 2010 r. do dnia 19 kwietnia 2011 r., tj. za 150 dni ($1.553.039,76 \text{ zł} \times 0,2 \% = 3.106,07$ brutto za każdy dzień zwłoki oraz $3.106,07 \text{ zł} \times 150 \text{ dni} = 465.910,50$ zł brutto). Jednocześnie zamawiający zwolnił wykonawcę od odpowiedzialności z tytułu kary umownej za zwłokę za okres 45 dni z uwagi na wpływ niekorzystnych warunków atmosferycznych na czas realizacji kontraktu i w związku z tym karę umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,2 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki naliczył za okres 105 dni ($3.106,07 \text{ zł} \times 105 \text{ dni} = 326.137,35$ zł brutto). Zarazem pozwany wezwał powoda do wpłacenia tej kwoty w terminie 3 dni. Dodatkowo, pismem z dnia 12 maja 2011 r. pozwany poinformował, iż należną powodowi kwotę pomniejsza o różnicę stawki podatku VAT, co daje kwotę 1.430.876,60 zł brutto. Pismem z dnia 23 maja 2011 r. pozwany oświadczył powodowi, że potrąca swoją wierzytelność w wysokości 326.137,35 zł z jego zobowiązaniem w kwocie 1.430.876,60 zł. W dniu 6 czerwca 2011 r. pozwany zapłacił kwotę 1.104.739,25 zł.

Pismem z dnia 13 czerwca 2011 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 472.965,88 zł brutto tytułem uzupełnienia wynagrodzenia z faktury VAT nr (...) w terminie do 20 czerwca 2011 r. W dniu 27 czerwca 2011 r. pozwany obciążył powoda notą księgową z tytułu kary umownej w wysokości 139.773,15 zł za okres 45 dni, będącą uzupełnieniem do wcześniej naliczonej kary. Tym samym pozwany uznał, iż łączna ilość zwłoki za realizację przedmiotowej inwestycji wynosi 150 dni, tj. od dnia 21 listopada 2010 r. do dnia 19 kwietnia 2011 r.

W oparciu o opinię biegłego Sądu I instancji ustalił, że okres 68 dni roboczych to czas, w którym najkrócej z technologicznego punktu widzenia obiektywnie możliwe było wykonanie przez każdego potencjalnego wykonawcę zajmującego się zawodowo instalacją ekranów akustycznych robót stanowiących przedmiot umowy zawartej przez strony. Przy czym termin ten możliwy był do dochowania przy uwzględnieniu optymalnych terminów wykonania poszczególnych prac budowlanych i optymalnych warunków atmosferycznych, optymalnej organizacji pracy polegającej na prowadzeniu prac równoległe w zakresie, w jakim było to możliwe, użyciu sprzętu określonego w treści zawartej przez strony umowy, 100 procentowej bezawaryjności sprzętu, realizacji prac w systemie dwuzmianowym, przy użyciu (...) wiertnic i (...) brygad jednocześnie. System pracy dwuzmianowej wynikał z postanowień umownych, natomiast organizacja pracy równoległa przy zastosowaniu (...) wiertnic i (...) brygad była optymalna technologicznie. Poszczególne etapy robót niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy mogły zająć najkrócej: 1) roboty pomiarowe – 2 dni, 2) prace związane z rozpoczęciem robót ziemnych potrzebnych do rozpoczęcia pracy wiertnic – 3 dni, 3) wiercenie otworów, zbrojenie i wbudowanie betonu – 15 dni, 4) ustawianie słupów, połączenie przez spawanie ze zbrojeniem, ustawienie szalunków do betonowania głowic – 18 dni, 5) montaż ekranów – 18 dni, 6) ustawienie metalowych barier ochronnych – 1 dzień, 7) ustawienie metalowych koszy wypełnionych kamieniem (gabionów) – 1 dzień, 8) humusowanie i obsianie skarp – 1 dzień, 9) odbiór robót – 1 dzień. Po wykonaniu czynności wskazanych w pkt 1 i 2. (razem 5 dni) należało przystąpić do wykonania czynności z pkt 3. (kolejne 15 dni), przy czym 14. dnia wykonywania prac z pkt 3. można było rozpocząć wykonywanie prac z pkt 4., które trwałyby 18 dni (kolejne 17 dni (18 dni – 1 dzień)). Jednocześnie po upływie 28 dni od wykonania pierwszych prac z pkt 4. można było dopiero rozpocząć

prace z pkt 5. Okres 28 dni był niezbędny na oczekiwanie na stwardnienie betonu, a skrócenie tego okresu wiązało się z ryzykiem wykonania umowy niezgodnie z umową, normami budowlanymi i sztuką budowlaną. Oznacza to, iż dopiero po 37 dniach pracy (5 dni + 15 dni + 17 dni) i kolejnych 10 dniach przerwy technologicznej, związanej z oczekiwaniem na stwardnienie betonu (28 dni – 18 dni), można było przystąpić do kolejnych prac z pkt 5., czyli do montażu ekranów, co zajmowało kolejne 18 dni. Po tej czynności należało wykonać prace z pkt 6. –

9., które w sumie zajęłyby kolejne 3 dni (w tym zakresie nie należało uwzględniać 1 dnia związanego z ustawieniem gabionów, ponieważ prace te mogły być wykonane wcześniej, równocześnie z innymi pracami). Nie było zatem możliwe obiektywnie możliwe wykonanie umowy z dnia 8 października 2010 r. w terminie określonym w umowie. Terminy przyjęte w harmonogramie zamawiającego były nierealistyczne.

Sąd Okręgowy uznał, że powództwo główne oraz powództwo wzajemne podlegają oddaleniu. Z poczynionych przez Sąd I instancji ustaleń wynika, iż przy zachowaniu należytej staranności każdego przedsiębiorcy trudniącego się realizacją tego rodzaju kontraktów oraz przy założeniu optymalnej organizacji pracy pod względem podmiotowym i przedmiotowym, optymalnych warunkach pogodowych umowa mogła zostać wykonana najkrócej w ciągu 68 dni. Tymczasem w umowie ustalono ten termin na okres 43 dni. Już samo zestawienie tych dwóch okresów oznacza, iż umowa nie była możliwa do wykonania. Jednocześnie termin umowny został ustalony jako termin na wykonanie wszystkich czynności związanych z realizacją kontraktu, w tym czynności niezwiązanych z samymi robotami drogowymi. Strony mianowicie ustaliły, iż samo przekazanie terenu budowy mogło nastąpić w terminie 14 dni od daty zawarcia umowy, czyli do dnia 22 października 2010 r. (§ 3 pkt 5 umowy), a ponadto, że polecenie inspektora nadzoru inwestorskiego o zezwoleniu na rozpoczęcie robót mogło zostać wydane w terminie 14 dni od daty przekazania placu budowy, czyli do dnia 5 listopada 2010 r. (§ 4 pkt 2 umowy). Oznacza to, iż zgodnie z umową strony przewidziały czas na wykonywanie samych robót drogowych na jedynie 15 dni. Sąd Okręgowy zaznaczył, iż gdyby podzielić pogląd pozwanego, że czas na stwardnienie betonu mógłby zostać skrócony z 28 dni wskazanych przez biegłego sądowego E. F. do 7 dni, to i tak nie zmieniałoby to w istotny sposób ostatecznego rachunku, ponieważ nawet przy uwzględnieniu 7 dni na stwardnienie betonu okres realizacji robót drogowych skróciłby się do 47 dni (68 – 21) i nadal byłby dłuższy niż termin kontraktowy, który wynosił 43, w tym 15 dni na same roboty drogowe.

W tym stanie rzeczy, zdaniem Sądu I instancji, zaistniały podstawy do uznania, iż stosownie do treści art. 387 § 1 k.c. umowa zawarta przez strony w dniu 8 października 2010 r. jest bezwzględnie nieważna, ponieważ jest umową o świadczenie niemożliwe. Strony nie mogą skutecznie zobowiązać się do zachowania, którego nikt nie jest w stanie zrealizować w chwili zawierania umowy. Świadczenie stanowiące przedmiot umowy było bowiem od samego początku niemożliwe do realizacji w terminie określonym w umowie. Była to niemożliwość pierwotna i obiektywna. W ocenie Sądu Okręgowego, przy ocenie niemożliwości spełnienia świadczenia należy uwzględnić wszelkie elementy przedmiotowe kontraktu, w tym termin jego realizacji. Według Sądu I instancji, w sprawie nie znajduje zastosowania przepis art. 58 § 3 k.c., ponieważ z uwagi na charakter przedmiotu świadczenia (wykonywanie szeregu czynności budowlanych, spośród których wykonanie dopiero ostatniej z tych czynności pozwalało na wykonanie przedmiotu zamówienia), spełnienie w terminie tylko części świadczenia przez wykonawcę na rzecz zamawiającego nie miało znaczenia dla zamawiającego i byłoby bezprzedmiotowe z punktu widzenia celu umowy. Ponadto z okoliczności sprawy wynika, iż bez zastrzeżenia terminu końcowego wykonania umowy ta czynność prawna została nie została w ogóle przez strony dokonana. Ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika bowiem, iż zamawiający wymagał wykonania zobowiązania do dnia 20 listopada 2010 r. W ocenie Sądu Okręgowego, zamawiającemu w istotny sposób zależało na terminowym wykonaniu zobowiązania, skoro zastrzegł kary umowne na wypadek odmiennego zachowania wykonawcy, a następnie przystąpił do realizacji uprawnień z tytułu kary umownej już po 3 dniach po upływie terminu umownego. Uznanie za nieważne samego postanowienia dotyczącego terminu wykonania kontraktu doprowadziłoby do daleko idącej ingerencji w relacje prawne pomiędzy stronami, wbrew ich zgodzie i w istocie sprzeczności z nadaniem zobowiązaniu strony powodowej bezterminowego charakteru. Takie działanie nie tylko naruszałoby zasadę swobody umów określoną w art. 353¹ k.c., ale w oczywisty sposób doprowadziłoby do wykreowania treści zobowiązania niekorzystnego dla jednej ze stron kontraktu, czyli dla zamawiającego. Sąd I instancji nie byłby

uprawniony w ramach niniejszego procesu do zmiany treści umowy, czyli do ustalenia innego terminu końcowego wykonania umowy niż uczyniły to strony w umowie.

Z tego względu Sąd Okręgowy uznał, że zarówno strona powodowa, jak i pozwany nie są uprawnieni do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń z tytułu przedmiotowego kontraktu, skoro jest on nieważną czynnością prawną (tak np. Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 21 stycznia 2005 r., I ACa 1313/04). Dlatego oddaleniu polegało powództwo główne, jak i powództwo wzajemne.

Według Sądu I instancji, stronie powodowej potencjalnie przysługuje wobec zamawiającego roszczenie o zapłatę z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia pozwanego kosztem powoda jako wykonawcy robót (art. 405 i n. k.c.). Sąd Okręgowy nie orzekał o tym roszczeniu, ponieważ nie było ono przedmiotem żądania, albowiem powódka wywodziła swoje roszczenia wyłącznie z kontraktu. Zgodnie z art. 321 k.p.c. sąd nie orzeka ponad żądanie strony. Ponadto ewentualne dochodzenie należności z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia wymagałoby ustalenia przez biegłego sądowego wysokości wynagrodzenia należnego za wykonanie tego rodzaju prac, skoro wobec bezwzględnej nieważności kontraktu wysokość wynagrodzenia określona w umowie nie mogłaby stanowić podstawy do ustaleń w tym zakresie.

W ocenie Sądu I instancji, przedstawiona argumentacja jest wystarczająca do rozstrzygnięcia niniejszego sporu. Gdyby jednak przyjąć, że umowa zawierała zobowiązanie do świadczenia możliwego do wykonania w terminie umownym, to powód ponosiłby pełną odpowiedzialność za powstałe opóźnienia w realizacji umowy. Sąd Okręgowy miał na względzie fakt, iż powód jako podmiot profesjonalny powinien mieć świadomość konsekwencji prawnych podpisania umowy na przedmiotowych warunkach. Należy mieć na uwadze, iż powód zgłosił się do udziału w przetargu składając najkorzystniejszą ofertę. Jeszcze na etapie negocjacji nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń do terminu wykonania robót drogowych, jak również technologii ich wykonania. Po raz pierwszy z wnioskiem o przedłużenia terminu wykonania powód wystąpił dopiero po jego upływie. Do zmiany projektu wykonawczego doszło z inicjatywy powoda. Co prawda, pozwany projekt ten zaopiniował pozytywnie, tym niemniej dwukrotnie zastrzegł, iż zmiana technologii wykonania nie może mieć wpływu na termin wykonania robót drogowych oraz zarówno na ceny jednostkowe, jak i ogólną cenę kontraktu. Tym samym, zmiana projektu wykonawczego odbyła się na ryzyko powoda. Sąd I instancji wskazał, że po stronie pozwanego nie doszło do uchybień w zakresie akceptacji zamienniej dokumentacji projektowej przedłożonej przez powoda. Powód powinien bowiem zdawać sobie sprawę z konieczności dochowania niezbędnych procedur. Sam zresztą przyczynił się do wydłużenia tego terminu, zwlekając z udzieleniem odpowiedzi na pismo pozwanego przez siedem dni. Co więcej, powód wyrażając zgodę na warunki pozwanego w zakresie akceptacji dokumentacji zamienniej dokonał wyboru sposobu realizacji umowy nie wnosząc uwag co do terminu końcowego realizacji zadania. Powód nie był przy tym należycie przygotowany do realizacji umowy – nie dysponował odpowiednim sprzętem i materiałami, jakie zadeklarował na etapie postępowania przetargowego. Co istotne, odbiór robót drogowych odbył się w dniu 20 kwietnia 2011 r., pomimo zgłoszenia przez powoda gotowości do przeprowadzenia odbioru w dniu 7 kwietnia 2012 r., również z winy powoda. Pozwany wykazał, że powód do dnia 18 kwietnia 2012 r. usuwał usterki przedmiotu umowy i wcześniejszy odbiór z przyczyn obiektywnych nie był możliwy.

Odnosząc się natomiast do twierdzeń powoda jakoby na nieterminowe wykonanie kontraktu wpływ miało nastąpienie trudnych warunków atmosferycznych uniemożliwiających prowadzenie robót, a także konieczność wykonania robót dodatkowych i zamiennych, Sąd Okręgowy podniósł, iż obydwie te okoliczności ujawniły się dopiero po terminie wykonania umowy. Powód miał świadomość, iż termin określony w umowie przewidywał zakończenie robót przed zimą. Tym samym, powinien zdawać sobie sprawę ze zwiększonego ryzyka zaistnienia niekorzystnych warunków pogodowych w okresie zimy. Dlatego też, Sąd I instancji uznał, iż warunków pogodowych, które są naturalne dla określonej pory roku nie można traktować jako siły wyższej. Popadając w zwłokę w wykonaniu umowy powód przyjął na siebie ryzyko zaistnienia niekorzystnych warunków pogodowych uniemożliwiających prowadzenie dalszych prac. Brak jest podstaw, aby obciążyć tym ryzykiem także pozwanego.

Odnosząc się natomiast do kwestii prowadzenia robót dodatkowych, Sąd Okręgowy stwierdził, że konieczność ich wykonania nie miała wpływu na przedłużenie terminu wykonania przedmiotu umowy. Roboty objęte zakresem

umowy z dnia 18 stycznia 2011 r. o nr (...) zostały wykonane i odebrane w tym samym dniu, tj. 27 stycznia 2011 r., czyli w dniu, w którym powód nie wykonywał żadnych prac objętych umową podstawową, powołując się na niekorzystne warunki atmosferyczne. Ponadto, zakres prac zgłoszonych przez powoda pismami z dnia 7 marca 2012 r. nie miał wpływu na przedłużenie terminu wykonania przedmiotu umowy, bowiem nie wymagały one zwiększonego nakładu czasu w odniesieniu do prac objętych przedmiotem umowy.

Sąd I instancji przyznał rację pozwanemu także w kwestii braku obowiązku uwzględniania w wysokości należnego powodowi wynagrodzenia skutków podwyższenia stawki podatku VAT z 22% na 23%. Słusznie podniósł pozwany, iż pomimo, że przewidział możliwość dokonania zmian w umowie w przypadku zmiany stawki podatku VAT, to jednak dla swojej ważności wymagały one formy pisemnej w postaci aneksu. To pozwany zwrócił się do powoda pismem z 24 lutego 2011 r. o przedłożenie aktualnego dokumentu zabezpieczenia wykonania umowy z terminem ważności do dnia prognozowanego terminu wykonania zamówienia oraz złożenia wniosku przez o zmianę umowy w zakresie podatku VAT celem sporządzenia aneksu. Powód nie przedłożył jednak ani dokumentów, ani wniosku, powinien zatem ponieść niekorzystne skutki związane z podwyższeniem stawki podatku VAT w postaci zmniejszenia kwoty wynagrodzenia netto o różnicę wynikłą ze zwiększenia podatku VAT.

Sąd Okręgowy uznał zatem, że nieterminowe wykonanie umowy nastąpiło wyłącznie z przyczyn zawinionych przez powoda, dlatego też nałożenie na niego przez pozwanego kary umownej byłoby uzasadnione i uprawnione.

Odnosząc się natomiast do zarzutu nadużycia prawa przez pozwanego, Sąd I instancji doszedł do przekonania, iż jest on bezzasadny. Zastrzeżona w umowie kara umowna nie była wygórowana, szczególnie biorąc pod uwagę czas zwłoki w realizacji umowy wynoszący 5 miesięcy, przy zakładanym terminie 1,5 miesiąca na realizację umowy. Ponadto, pozwany w żaden sposób nie przyczynił się do opóźnienia wykonania robót objętych umową, nie miały na nią wpływu również warunki atmosferyczne, a zmiana planu wykonawczego nastąpiła z wyłącznej inicjatywy powódki. Powód dobrowolnie związał się przedmiotowym kontraktem i przyjął jego warunki bez zastrzeżeń. Nie można więc przypisać pozwanemu nadużycia prawa.

Zdaniem Sądu Okręgowego, brak jest podstaw do miarkowania kary umownej na podstawie art. 362 k.c. Brak jest elementu przyczynienia ze strony pozwanego, a wyłączną winę za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy ponosi powód.

W ocenie Sądu I instancji, powództwo wzajemne podlegało oddaleniu w całości także w przypadku, gdyby przedmiotowa umowa byłaby ważną czynnością prawną. Pozwany słusznie przyjął, iż dni, w których wystąpiły niekorzystne warunki atmosferyczne nastąpiły po terminie wykonania przedmiotu umowy, tj. po dniu 20 listopada 2010 r. i tym samym brak jest podstaw do ich wyłączenia z terminu zwłoki. Powód ponosi pełną odpowiedzialność za nieterminowe wykonanie umowy i to powoda obciążało ryzyko prowadzenia robót budowlanych w zimie, kiedy zaistnienie niekorzystnych warunków atmosferycznych można było przewidzieć z dużym prawdopodobieństwem. Powód pozostawał w zwłoce w wykonaniu umowy przez okres, w którym z uwagi na warunki atmosferyczne nie mógł prowadzić prac. Nie dawałoby to jednak podstaw do uwzględnienia powództwa wzajemnego, ponieważ w tym zakresie zamawiający zwolnił z długu wykonawcę.

Sąd Okręgowy rozstrzygnął o kosztach procesu w postaci kosztów zastępstwa procesowego na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c.

Apelację od tego wyroku wniósł powód, zaskarżając wyrok w części dotyczącej powództwa głównego, zarzucając temu orzeczeniu:

- sprzeczność istotnych ustaleń stanu faktycznego ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, polegającą na: 1) nieustaleniu przez Sąd I instancji okoliczności, że termin wykonania umowy, wynikający z właściwości świadczenia oraz okoliczności realizacji umowy, to dzień 6 kwietnia 2011 r., mimo, że termin taki został ustalony w drodze dowodu z opinii biegłego, 2) ustaleniu, że niezależnie od niemożliwości spełnienia świadczenia w terminie umownym, powód ponosi wyłączną odpowiedzialność za niedotrzymanie terminu wykonania umowy, gdy tymczasem

ze zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie taka okoliczność nie wynika, przeciwnie zaś ze zgromadzonych dowodów wynika, że termin realizacji umowy do dnia 20 listopada 2010 r. był niemożliwy do wykonania, a powód poczynił należyte starania, aby umowę wykonać w pierwszym możliwym terminie, odpowiednim ze względu na właściwość świadczenia oraz okoliczności wykonania umowy, w tym w szczególności niesprzyjające warunki atmosferyczne, 3) nieustaleniu przez Sąd Okręgowy, że pozwany zaakceptował zmianę projektową polegającą na zmianie średnicy pali z 800 mm na 600 mm, a także zmianę materiału wypełnień oraz zaakceptował także ostateczną wersję kosztorysu ofertowego, która została przesłana drogą mailową przez powoda w dniu 25 listopada 2010 r., gdy tymczasem okoliczność ta wynika wprost ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności pisma pozwanego z dnia 9 grudnia 2010 r.;

- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów, polegające na tym, iż w sposób sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego i zasadami logiki Sąd I instancji przyjął, iż: 1) pozwany nie zawarłby umowy określającej późniejszy termin jej wykonania niż 20 listopada 2010 r., opierając się wyłącznie na fakcie, że pozwany zaczął naliczać kary umowne za opóźnienie w wykonaniu umowy po 3 dniach od przekroczenia ww. terminu, pomijając jednocześnie wszelkie pozostałe okoliczności sprawy, w szczególności, że pozwany pomimo przysługującego mu uprawnienia, nie odstąpił od umowy z pozwaną i nie rozpiął nowego przetargu, kontynuował realizację umowy, która zakończyła się w kwietniu 2011 r.; 2) gdyby umowa zawierała zobowiązanie do świadczenia możliwego do wykonania w terminie umownym, to powód ponosiłby pełną odpowiedzialność za powstałe opóźnienie w realizacji umowy, gdy tymczasem stwierdzenie to jest nielogiczne i rażąco sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego, a przede wszystkim pomija treść umowy, za którą to odpowiadał wyłącznie pozwany, a zgodnie z umową, poszczególne terminy cząstkowe zostawiały na właściwe prace budowlane jeden dzień;

- naruszenie art. 227 w zw. z art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. przez oddalenie wniosków dowodowych złożonych przez powoda: 1) z opinii biegłego na okoliczność ustalenia, czy i w jakim zakresie warunki atmosferyczne panujące na terenie budowy w M. uniemożliwiały, bądź w sposób znaczący utrudniały prowadzenie przez powoda robót objętych umową, tj. czy miały one charakter siły wyższej, a jeżeli tak – to w jakich okresach oraz, czy powód wykonywał roboty objęte umową w sposób zgodny z zasadami sztuki budowlanej, uwarunkowaniami technologicznymi oraz bez zbędnej zwłoki, a także, czy powód ponosi winę za niezrealizowanie robót objętych umową w terminie określonym w umowie, 2) z informacji (...) w W. o dobowej sumie opadów atmosferycznych oraz średniej dobowej prędkości wiatru dla M. w miesiącach marcu i kwietniu 2011 r. – mimo że okoliczności te były konieczne dla określenia czy powód ponosił winę za ewentualne opóźnienie w realizacji kontraktu;

- naruszenie art. 321 § 1 k.p.c. w zw. z art. 187 § 1 k.p.c. przez przyjęcie, że fakty przytoczone przez powoda nie mogły być przedmiotem subsumpcji jego żądań pod przepisy o nienależnym świadczeniu, gdy tymczasem rozpoznanie roszczeń o zapłatę kierowanych przez wykonawcę robót budowlanych, który wykonał swoje roboty w przeświadczeniu, że spełnia ciężące na nim zobowiązanie, nieważność którego stwierdził sąd, na płaszczyźnie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu nie jest traktowane jako wyjście ponad żądanie pozwu;

- naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. przez zawarcie w treści uzasadnienia twierdzeń wewnętrznie sprzecznych oraz zupełne pominięcie kwestii nieuwzględnienia przesunięcia w kosztorysie ofertowym (zmiana pozycji średnicy pala oraz wypełnień ekranów), na której to podstawie powód opierał część roszczenia w wysokości 135.100,03 zł;

- naruszenie art. 387 § 1 k.c. przez jego niewłaściwe zastosowanie i błędne przyjęcie, że umowa z dnia 8 października 2010 r. dotknięta była w całości sankcją nieważności;

- naruszenie art. 58 § 3 k.c. przez jego niezastosowanie i nie przyjęcie, że sankcją nieważności dotknięta jest jedynie ta część umowy, która stanowiła obowiązek powoda do wykonania przedmiotu umowy do dnia 20 listopada 2010 r., mimo że z okoliczności sprawy wynika, iż ustalony przez pozwanego termin nie stanowił zasadniczego elementu umowy, wobec czego należy przyjąć, że również przy ustaleniu innego terminu, czynność zostałaby dokonana, bowiem pozwany realizował kontrakt pomimo posiadania uprawnienia, aby od umowy odstąpić chociażby na zasadzie art.

635 lub art. 636 § 1 k.c., a spełnienie przez powoda świadczenia głównego w postaci wykonania robót budowlanych w dalszym ciągu miało dla pozwanego kluczowe znaczenie;

- naruszenie art. 455 k.c. przez jego niezastosowanie, czego skutkiem było nieprzyjęcie przez Sąd I Instancji, iż powód zobowiązany był do wykonania umowy z dnia 8 października 2010 r. w terminie wynikającym z właściwości zobowiązania, tj. w terminie do dnia 6 kwietnia 2011 r.;

- naruszenie art. 405 k.c. przez jego niezastosowanie, w sytuacji, iż nawet gdyby przyjąć, że Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił nieważność całości kontraktu łączącego strony, to prawidłowa realizacja obowiązku *dabo tibi ius* – poszukiwania przepisów zapewniających powodowi należyłą ochronę prawną, usprawiedliwioną w przedstawionych przez niego okolicznościach faktycznych, nakazywała rozpoznanie roszczeń o zapłatę kierowanych przez powoda na płaszczyźnie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, w szczególności w sytuacji, gdy wzbogacenie pozwanego oraz wysokość wynagrodzenia powoda były w większości bezsporne;

- naruszenie art. 65 § 1 k.c. przez przyjęcie przez Sąd I Instancji, że dla zgody pozwanego w sprawie zmiany stawki podatku VAT wymagane było złożenie przez powoda pisemnego wniosku w tym zakresie oraz aktualnego dokumentu zabezpieczenia wykonania umowy, gdy tymczasem wymóg taki nie wynika z treści umowy, a w szczególności nie wynika z § 20 ust. 2 umowy i stanowił dowolne działanie strony pozwanej;

- art. 65 § 1 k.c. przez przyjęcie przez Sąd I Instancji, że strony zgodnie z umową na same prace budowlane przeznaczyły okres 15 dni, gdy tymczasem z poszczególnych zapisów umowy (§ 3 ust. 5, § 4 ust. 2, § 4 ust. 4, § 4 ust. 5 umowy) wynika, że był to jeden dzień;

- art. 484 § 2 k.c. przez jego niezastosowanie, w sytuacji, gdy z okoliczności sprawy uzasadniają miarkowanie wysokości kary umownej.

W konsekwencji, powód wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 472.965,88 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 21 maja 2011 r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie na rzecz powoda kosztów procesu.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:

Apelacja powoda jest w przeważającej mierze zasadna.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego, opisane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku i przyjmuje je za własne. Stan faktyczny w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia nie był zresztą między stronami sporny. Sąd I instancji dokonał jednak błędnej oceny prawnej zasadności powództwa głównego. Sąd Okręgowy przedstawił dwie alternatywne, nawzajem się wykluczające koncepcje prawne. Z jednej strony wskazał, że powództwo jest bezzasadne, odwołując się do nieważności umowy stron z uwagi na skutki zastrzeżenia w umowie świadczenia niemożliwego (art. 387 k.c.), a z drugiej – przyjął, iż powództwo byłoby bezzasadne także wówczas, gdyby uznać umowę stron za nieważną. Abstrahując od dopuszczalności oparcia rozstrzygnięcia na takiej alternatywnej kwalifikacji prawnej, w ocenie Sądu Apelacyjnego, obie przedstawione koncepcje prawne są wadliwe.

Zgodnie z art. 387 § 1 k.c. umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. W przepisie tym chodzi zatem o takie zachowanie się dłużnika, które jest obiektywnie niemożliwe do zrealizowania, a więc, nie tylko przez dłużnika, ale i osoby trzecie. Nadto, niemożliwość ta musi być pierwotna (istniejąca w chwili zawarcia umowy) oraz nieprzemijająca (świadczenie nie jest możliwe do spełnienia w przewidywalnej przyszłości). Kwestią kluczową jest to, że pojęcie niemożliwości świadczenia łączy się z samym zachowaniem dłużnika (świadczeniem), którego dotyczy umowa lub z przedmiotem świadczenia (jego cechą). Nie dotyczy natomiast innych elementów kształtujących treść stosunku zobowiązaniowego, jak sposób, miejsce, czy też termin spełnienia świadczenia. Należy zatem uznać, że zastrzeżenie w umowie terminu obiektywnie niemożliwego do dochowania nie oznacza, że strony zawarły umowę o świadczenie niemożliwe. W okolicznościach niniejszej sprawy nie budzi przecież wątpliwości, że świadczenie powoda było możliwe

do spełnienia i ostatecznie umowa została wykonana. Brak było zatem podstaw do uznania umowy stron za nieważną na podstawie art. 387 § 1 k.c.

Teza taka powoduje, że zasadniczą część argumentacji Sądu I instancji, uzasadniającą oddalenie powództwa należy uznać za chybioną.

Nie można również podzielić poglądu Sądu Okręgowego, że przy przyjęciu, iż umowa łącząca strony jest ważna naliczenie powodowi kary umownej było uzasadnione. Stosownie bowiem do treści § 18 ust. 1 pkt 1. lit. a) umowy powód zobowiązał się do zapłaty pozwanemu kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,2 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki. Strony odwołały się więc do pojęcia zwłoki, które na tle art. 481 k.c. ma ugruntowane znaczenie. Zwłoka dłużnika ma miejsce wtedy, gdy świadczenie nie zostaje spełnione w terminie na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 481 § 1 i 3 k.c.). Skoro strony w umowie odwołały się do zwłoki wykonawcy, to obciążenie powoda karą umową jest zasadne tylko za ten okres spełnienia świadczenia po terminie, który jest następstwem okoliczności obciążających powoda (za które powód ponosi odpowiedzialność).

Nie sposób zatem przyjąć, że z jednej strony powód obiektywnie nie mógł dotrzymać terminu określonego w umowie, a z drugiej, że ponosi odpowiedzialność za niedochowanie tego terminu. Taka ocena jest wewnętrznie sprzeczna. Już tylko z tego względu nie jest możliwe przypisanie powodowi odpowiedzialności za cały okres opóźnienia w wykonaniu umowy. Co więcej, należy również uwzględnić, że warunki pogodowe obiektywnie uniemożliwiający prowadzenie prac również zwalniają powoda z odpowiedzialności za niedochowanie terminu. Po pierwsze, strony w umowie przewidziały, że określone warunki pogodowe usprawiedliwiają przedłużenie terminu wykonania umowy (§ 20 ust. 2 umowy). Po drugie, faktem powszechnie znanym jest, że niektórych prac budowlanych nie można prowadzić w pewnych warunkach pogodowych (np. przy zbyt niskich temperaturach powietrza, czy przy zbyt silnym wietrze). Nie budzi wątpliwości, że istnienie tego rodzaju warunków w okresie wykonywania umowy powoduje, iż za ewentualne opóźnienie wywołane tymi warunkami wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

Zatem dla oceny, czy powód został zasadnie obciążony karą umową (w określonym rozmiarze) za zwłokę w wykonaniu umowy konieczna była ocena, w jakim terminie, obiektywnie rzecz ujmując, powód był w stanie spełnić świadczenie, a jeżeli spełnił je później – to czy na skutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność. W tym kontekście określenie terminu spełnienia świadczenia jest zagadnieniem drugorzędym. Dopiero tak ujęty okres zwłoki uzasadniał obciążenie powoda karą umowną. Takiej oceny Sąd Okręgowy jednak zaniechał, co skutkowało nierozpoznaniem istoty sprawy i koniecznością uchylecia zaskarżonego wyroku oraz przekazania sprawy do ponownego rozpoznania (art. 386 § 4 k.p.c.).

Nadto, w odniesieniu do roszczenia powoda wynikającego z obniżenia przez pozwanego wynagrodzenia w związku z wykonaniem prac według projektu wykonawczego zamiennego, Sąd I instancji w ogóle nie wyjaśnił, z jakich przyczyn – przy przyjęciu, że umowa stron jest ważna – w tym zakresie powództwo jest bezzasadne. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku na tej płaszczyźnie nie zawiera ani ustaleń faktycznych, ani oceny prawnej. Nie budzi wątpliwości, że tego rodzaju mankament uzasadnienia uniemożliwia przeprowadzenie kontroli instancyjnej orzeczenia (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2009 r., III UK 52/09 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 2006 r., II CK 428/05). Zatem także i w tym zakresie konieczne jest uchylene zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania (art. 386 § 4 k.p.c.).

Jedynie w zakresie żądania zasądzenia kwoty 11.728,50 zł, wynikającej ze zmiany stawki podatku VAT apelacja powoda jest bezzasadna. Strony ustalił w umowie, że zmiana wynagrodzenia jest możliwa w przypadku zmiany stawki podatku VAT. Zmiana taka wymagała zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności. Aneks do umowy w tej formie nie został zawarty, zatem roszczenie powoda w tym zakresie w oczywisty sposób nie znajduje oparcia w łączącej strony umowie.

Przyjmując, że pozwany w sposób nieuzasadniony odmawiał zawarcia aneksu do umowy, powód mógłby poszukiwać źródeł odpowiedzialności pozwanego w nienależnym wykonaniu umowy (art. 471 k.c.), przy założeniu, że umowa

stron przewidywała obowiązek zawarcia aneksu w określonych sytuacjach. Powód jednak nie sformułował żadnych twierdzeń w tym zakresie, zatem rozpoznanie tak ujętego roszczenia naruszałoby art. 321 § 1 k.p.c.

W tej części zaskarżony wyrok jest więc trafny, a apelacja powoda bezzasadna.

W toku ponownego postępowania Sąd Okręgowy ustali, w jakim terminie powód mógł – w ujęciu obiektywnym – wykonać umówione prace, biorąc pod rozwagę rodzaj i charakter prac, ustalenia umowne stron (w tym także co do sposobu wykonywania prac oraz przewidzianych w umowie terminów na poszczególne czynności), czynności faktycznie podjęte przez strony. Konieczne będzie poczynienie odpowiednich założeń chociażby co do sposobu zorganizowania prac oraz środków zaangażowanych w wykonanie umowy. Przy czym niezbędne będzie zwrócenie uwagi, że powód jest profesjonalistą, co uzasadnia zastosowanie wyższego miernika staranności (art. 355 § 2 k.c.). Jeżeli okaże się, że umowa została wykonana faktycznie po terminie ustalonym według ww. założeń, konieczne będzie przeanalizowanie, jakie były przyczyny takiego stanu rzeczy (np. okoliczności zewnętrzne, jak chociażby konieczność wykonania dodatkowych, nieprzewidzianych prac, czy też warunki pogodowe) i czy za te okoliczności ponosi odpowiedzialność powód. Innymi słowy, Sąd I instancji ustali, w jakim okresie powód pozostawał w zwłoce. Dopiero takie ustalenia będą pozwalały na ocenę, czy naliczona przez pozwanego kara umowna była uzasadniona w całości lub w części i czy w związku z tym dokonanie potrącenia przez pozwanego wierzytelności wzajemnej z tytułu kary umownej było skuteczne. Dla poczynienia tych ustaleń niezbędne będzie również odniesienie się do wniosków dowodowych stron.

Natomiast, co do roszczenia w części dotyczącej obniżenia wynagrodzenia w związku z wykonaniem prac według projektu wykonawczego zamiennego kwestią kluczową jest dokonanie wykładni umowy stron (art. 65 § k.c.), przy wzięciu pod rozwagę, że zmiany w projekcie zostały zaakceptowane przez pozwanego, a całkowity koszt prac nie przekroczył uzgodnionego wynagrodzenia umownego.

Dlatego też, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. uchylił zaskarżony wyrok częściowo, tj. w zakresie powództwa głównego – w pkt I.1. w części dotyczącej kwoty 461.237,38 zł wraz z odsetkami ustawowymi oraz pkt I.2. i przekazał sprawę w tym zakresie Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi na podstawie art. 108 § 2 k.p.c. rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego. Jednocześnie Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację powoda w pozostałej części, tj. co do kwoty 11.728,50 zł (wynikającej z różnicy w stawce podatku VAT), jako bezzasadną.

Wobec powyższego Sąd Apelacyjny orzekł, jak w sentencji.