

Sygn. akt VI ACa 611/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 maja 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA Jacek Sadowski

Sędziowie: SA Jolanta Pyżlak

SO del. Tomasz Szanciło (spr.)

Protokolant: Izabela Nowak

po rozpoznaniu w dniu 17 maja 2016 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. w C.

przeciwko Skarbowi Państwa - (...)

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 28 stycznia 2015 r.

sygn. akt XXV C 629/14

I. zmienia zaskarżony wyrok w części w ten sposób, że:

a) *w punkcie pierwszym oddala powództwo co do kwoty 832.951,27 zł (osiemset trzydzieści dwa tysiące dziewięćset pięćdziesiąt jeden złotych dwadzieścia siedem groszy) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 1 sierpnia 2013 roku do dnia zapłaty i tym samym obniża zasądzoną kwotę do kwoty 832.951,27 zł (osiemset trzydzieści dwa tysiące dziewięćset pięćdziesiąt jeden złotych dwadzieścia siedem groszy) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 1 sierpnia 2013 roku do dnia zapłaty;*

b) *w punkcie trzecim zasądzoną kwotę obniża do kwoty 41.656,50 zł (czterdzieści jeden tysięcy sześćset pięćdziesiąt sześć złotych pięćdziesiąt groszy);*

II. oddala apelację w pozostałym zakresie;

III. znosi wzajemnie między stronami koszty zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym;

IV. nakazuje pobrać od (...) Sp. z o.o. w C. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w W. kwotę 41.648,00 zł (czterdzieści jeden tysięcy sześćset czterdzieści osiem złotych) tytułem połowy opłaty od apelacji, od uiszczenia której pozwany był zwolniony.

Sygn. akt VI ACa 611/15

UZASADNIENIE

Powód (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. (dalej: (...)) wniósł o zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa – (...) w W. (dalej: (...)) kwoty 1.665.902,54 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 31.07.2013 r. do dnia zapłaty oraz kosztami procesu według norm przepisanych, w tym kosztami zastępstwa procesowego. Dochodzona kwota stanowiła karę umowną w związku z odstąpieniem przez pozwanego od umowy o roboty budowlane, które nie znajdowało uzasadnienia.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu.

Wyrokiem z dnia 28.01.2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie Wydział (...), w sprawie XXV C 629/14, uwzględnił powództwo niemal w całości, poza odsetkami za jeden dzień, i rozstrzygnął o kosztach procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 17.07.2012 r. Wojewoda (...) wydał decyzję nr (...) o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej pn. „Rozbudowa drogi krajowej nr (...) od km 31+696,60 do 31+274,47 wraz z budową mostu na rzece B. w miejscowości B. w km 31+858 w ciągu drogi krajowej nr (...)” (dalej: (...)) oraz nadał jej rygor natychmiastowej wykonalności. Na jej podstawie Skarb Państwa – (...) ogłosił przetarg nieograniczony na budowę mostu na rzece B. w m. B. w km 31+858 w/c drogi krajowej nr (...) wraz z rozbudową drogi krajowej nr (...) od km 31+696,60 km do km 32+274,47. W toku postępowania przetargowego wykonawcy zadawali pytania m.in. o stan dokumentacji związanej z pozwoleniem na realizację inwestycji drogowej. Pozwany udzielał wyjaśnień, że posiada decyzję (...) z rygiorem natychmiastowej wykonalności, że decyzja ta nie jest ostateczna ze względu na złożone odwołanie do Ministra (...) (dalej: (...)), ale daje inwestorowi możliwość realizacji zadania wraz z dysponowaniem terenem w ramach linii rozgraniczających inwestycję. W wyniku przeprowadzonego postępowania przetargowego pozwany dokonał wyboru oferty złożonej przez powoda, który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 20.490.601,33 zł brutto (16.659.025,47 zł netto). W wyniku tego w dniu 15.04.2013 r. strony zawarły umowę według projektu przygotowanego przez zamawiającego, na mocy której powód, jako wykonawca, zobowiązał się do wykonania budowy mostu wraz z rozbudową drogi krajowej za wskazaną kwotę. Zgodnie z umową przekazanie terenu budowy miało nastąpić w terminie 7 dni od daty jej zawarcia, rozpoczęcie robót w terminie 7 dni od daty przekazania terenu budowy, a ich zakończenie w terminie do dnia 30.09.2014 r. (§ 3 ust. 1, 2 i 3 umowy). W § 14 ust. 2 pkt 2 umowy zastrzeżono karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego w wysokości 10% wynagrodzenia netto, przy czym kara nie obowiązywała, jeżeli odstąpienie od umowy nastąpiłoby z przyczyn, o których mowa w § 19 ust. 1 pkt 4 umowy, w którym zastrzeżono, że zamawiającemu przysługiwało prawo do odstąpienia od umowy, jeżeli wystąpi istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy – odstąpienie od umowy w tym przypadku mogło nastąpić w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach. W takim wypadku wykonawca mógł żądać jedynie wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonania części umowy.

W dniu 22.04.2013 r. pozwany przekazał powodowi plac budowy. Powód zatrudnił kierownika budowy (niebędącego jego pracownikiem), zapewnił obsługę spośród swoich pracowników w postaci kierownika robót, majstra budowy, operatora koparki i sześciu innych osób. Zatrudnił też dwóch dozorców i wynajął mieszkanie dla obsługi budowy. Ponadto powód ubezpieczył roboty oraz uzyskał gwarancję należytego wykonania umowy i usunięcia wad i usterek. W dniu 6.05.2013 r. powodowa spółka rozpoczęła prace. Wykonała zaplecze budowy (postawiła baraki biurowe), dokonała wycinki części drzewostanu oraz wytyczenia geodezyjnego obrysu fundamentów obiektów. Prace zakłócały osoby zamieszkujące w sąsiedztwie inwestycji, które niszczyły znaki geodezyjne i stosowały fizyczny opór wobec osób pracujących przy inwestycji. Pismem z dnia 2.05.2013 r. skierowanym do (...) właściciele sąsiadujących z inwestycją nieruchomości wnieśli o wstrzymanie wszelkich prac budowlanych oraz o niewchodzenie w teren do czasu zakończenia postępowań administracyjnych, informując zarazem, że decyzja (...) i decyzja o uwarunkowaniach środowiskowych zostały zaskarżone i sprawy nie zostały do tej pory rozstrzygnięte. Powód kopię tego pisma przesłał pozwanemu. Policja wzywana na miejsce odmawiała podjęcia działań zapewniających możliwość prowadzenia robót.

Wyrokiem z dnia 10.05.2013 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w K. uchylił decyzję Samorządowego Kolegium Odwoławczego w N. z dnia 23.03.2012 r., nr (...) i poprzedzając ją decyzję organu I instancji – wójta Gminy B. z dnia 29.09.2011 r., znak (...) o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia p.n. „Budowa mostu na rz. B. w km 31+858 w ciągu drogi krajowej nr (...) w B.”. Następnie postanowieniem z dnia 22.05.2013 r., znak (...) wstrzymał natychmiastowe wykonanie decyzji (...), powołując się na postanowienie WSA w K., zaś postanowieniem z dnia 22.05.2013 r., znak (...), zawiesił postępowanie odwoławcze w sprawie decyzji (...) do czasu prawomocnego zakończenia postępowania sądowo-administracyjnego w sprawie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia. Informację o tych decyzjach Ministra Generalna Dyrekcja otrzymała w dniu 24.05.2013 r. Nadto do (...) Oddział w K. w dniu 31.05.2013 r. wpłynęło pismo (...), w którym poinformowano o podjętych decyzjach i do którego dołączono kopie obydwu postanowień Ministra. W związku z tym w dniu 3.06.2013 r. pozwany na polecenie zamawiającego przystąpił do likwidacji zaplecza budowy, uporządkowania terenu i odtworzenia części zdemontowanego ogrodzenia, kończąc te prace 3 dni później.

W czerwcu 2013 r. strony podjęły rozmowy w celu znalezienia rozwiązania w zaistniałej sytuacji. (...) Oddział w K. przygotowała projekt protokołu konieczności oraz projekt aneksu do zawartej umowy i przesłała go powodowi pocztą elektroniczną w dniu 25.06.2013 r. Aneks przewidywał przesunięcie terminu rozpoczęcia robót będących przedmiotem umowy na dzień 1.03.2014 r., ustalał nowy termin ich zakończenia na dzień 31.08.2015 r. oraz przewidywał (w § 3) zrzeczenie się wzajemnie wszelkich roszczeń wynikających z terminu przesunięcia robót. E-mailem z dnia 1.07.2013 r. radca prawny spółki (...) zaproponowała usunięcie z aneksu § 3, albowiem kwestia kar umownych została rozstrzygnięta w pierwotnej umowie. Takie stanowisko powoda zostało potwierdzone w piśmie z dnia 3.07.2013 r. skierowanym do (...) Oddział w K.. W wyniku tego w piśmie z tego samego dnia pozwany oświadczył, że w związku z wydanym postanowieniem przez (...) z dnia 22.05.2013 r. wstrzymującej natychmiastowe wykonanie decyzji (...), odstępuje od umowy z dnia 15.04.2013 r., zgodnie z § 19 ust. 1 pkt 4 umowy, w związku z wystąpieniem istotnych zmian okoliczności powodujących, że wykonanie umowy nie leży obecnie w interesie publicznym, z uwagi na uchylenie rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji (...) i zawieszenie postępowania odwoławczego w sprawie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla tej inwestycji. Wykonawcę zobowiązano do przygotowania i przedstawienia zamawiającemu rozliczenia budowy w zakresie wykonanych prac za okres do dnia 29.05.2013 r. i kosztów związanych z urządzeniem i likwidacją zaplecza budowy. W odpowiedzi (...) w piśmie z dnia 5.07.2013 r. oświadczył, że nie podziela stanowiska pozwanego, w związku z czym żąda zapłaty do dnia 31.07.2013 r. kwoty 1.665.902,54 zł tytułem kary umownej, o której mowa w § 14 ust. 2 pkt 2 umowy. Następnie w dniu 19.07.2013 r. powód przesłał pozwanemu rozliczenie budowy w zakresie wykonanych prac na kwotę 53.286,06 zł brutto i poniesionych kosztów na sumę 276.961,60 zł. Pozwany uznał przedstawione rozliczenie robót budowlanych zgodnie z tabelą elementów rozliczeniowych na kwotę 51.184,53 zł. W związku z tym powodowa spółka wystawiła pozwanemu fakturę na tę kwotę.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy uznał, że zastrzeżona w § 14 ust. 2 pkt 2 umowy kara umowna stanowi odzwierciedlenie regulacji z art. 483 § 1 k.c., łącząc odstąpienie od umowy z przyczynami, za które odpowiedzialność ponosi pozwany. Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 i n. k.c.), co wynika z celu kary umownej – stanowi ona surogat odszkodowania, i z umiejscowienia przepisów o karze umownej wśród przepisów działu stanowiącego o skutkach niewykonania zobowiązania. Dłużnik może uwolnić się od zapłaty kary umownej na ogólnych zasadach, wykazując, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych, czyli że nie jest przez niego zawinione. Pozwany nie mógł uchylić się od obowiązku zapłaty kary umownej z powołaniem się na okoliczności przewidziane w § 19 ust. 1 pkt 4 umowy, które to postanowienie stanowiło powtórzenie art. 145 ustawy z dnia 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164, dalej: p.z.p.). Nie ziszczyły się bowiem warunki uprawniające pozwanego do odstąpienia od umowy i zwalniające go od obowiązku zapłaty kary umownej. Wstrzymanie wykonalności nieostatecznej decyzji administracyjnej zezwalającej na realizację przedmiotowej inwestycji nie może być traktowane „jako zaistnienie istotnej zmiany okoliczności”, gdyż za taką może być uważana wyłącznie zmiana będąca następstwem zdarzeń natury faktycznej lub prawnej występujących bardzo rzadko, niezwykle, nieobjętych zwykłym ryzykiem kontraktowym. Nie sposób przyjąć,

aby pozwany – będący profesjonalnym zarządcą dróg krajowych i autostrad i profesjonalnym inwestorem robót budowlanych w zakresie tych budowli – nie mógł liczyć się w dacie zawarcia umowy z ryzykiem wstrzymania rygoru natychmiastowej wykonalności nadanego nieostatecznej decyzji (...), w oparciu o którą zdecydował się rozpocząć inwestycję, czy nawet jej uchylenia w postępowaniu odwoławczym. Nie była to więc okoliczność nadzwyczajna i niemożliwa do przewidzenia. Wstrzymanie rygoru natychmiastowej wykonalności tej decyzji nie zdezaktualizowało też interesu publicznego w realizacji umowy, skoro potrzeba wykonania nowego mostu na rzece B. – akcentowana przez pozwanego – wynikała z jego złego stanu technicznego, który nie uległ przecież poprawie na dzień odstąpienia od umowy. Wreszcie złożenie przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu nastąpiło po upływie 30-dniowego terminu od powzięcia wiadomości o wstrzymaniu rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji (...) i zawieszenia postępowania odwoławczego dotyczącego tej decyzji, skoro o powyższych rozstrzygnięciach pozwany dowiedział się w dniu 24.05.2013 r., a najpóźniej w dniu 31.05.2013 r., zaś świadczenie o odstąpieniu od umowy pozwany złożył dopiero w piśmie z dnia 3.07.2013 r. Poza tym upadek tytułu prawnego do realizacji przedmiotowej inwestycji i niemożność kontynuowania przedmiotowej inwestycji z tej przyczyny było okolicznością leżącą po stronie pozwanego, a co więcej, odpowiedzialność kontraktowa oparta jest przy tym na zasadzie winy domniemanej (art. 471 k.c.), którego to domniemania pozwany nie obalił. Dysponowanie tytułem prawnym do nieruchomości przeznaczonej na cele budowlane, jak i posiadanie decyzji administracyjnych warunkujących możliwość prowadzenia robót, w tym wypadku decyzji (...), należy do podstawowych obowiązków inwestora. Obowiązki te wynikają z art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 7.07.1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 1409 ze zm.) i przepisów ustawy z dnia 10.04.2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 687 ze zm.). Decyzja (...) wydawana jest na wniosek właściwego zarządcy drogi i na jego wniosek, uzasadniony interesem społecznym lub gospodarczym, decyzji może być nadany rygor natychmiastowej wykonalności, co uprawnia do faktycznego objęcia nieruchomości w posiadanie przez zarządcę drogi i do rozpoczęcia robót budowlanych (art. 17 ust. 1 i 3 ustawy). Niemniej, decydując się na przeprowadzenie postępowania przetargowego, zawarcie umowy z wykonawcą i rozpoczęcie realizacji przedmiotowej inwestycji na podstawie nieostatecznej decyzji (...) zaopatrzonej w rygor natychmiastowej wykonalności, pozwany musiał liczyć się z ryzykiem upadku tego tytułu po zawarciu umowy z powodem i w konsekwencji – swoją odpowiedzialnością kontraktową. Brak formalnoprawnego tytułu do prowadzenia inwestycji po wstrzymaniu natychmiastowej wykonalności decyzji (...) i niemożność kontynuowania budowy z tej przyczyny wywołał zatem po stronie pozwanego stan bezprawności w znaczeniu przedmiotowym. Pozwanemu można przypisać również niewłaściwość postępowania w znaczeniu podmiotowym, co wyraża się w podjęciu niewłaściwej decyzji o rozpoczęciu inwestycji na podstawie nieostatecznej i zaskarżonej decyzji (...), tym bardziej, że przedstawiciele (...) mieli świadomość, że zawieszenie rygoru natychmiastowej wykonalności w tej sprawie jest możliwe ze względu na wieloletnią obstrukcję miejscowej ludności protestującej przeciwko inwestycji. Decyzji pozwanego o budowie nowego mostu na podstawie nieostatecznej decyzji (...) nie usprawiedliwiał zły stan techniczny mostu, skoro most funkcjonuje do dnia dzisiejszego, pomimo niedojścia inwestycji do skutku. Powód nie udowodnił przy tym, aby ze względu na stan techniczny tego mostu istniała konieczność natychmiastowej budowy nowego, bez oczekiwania na zakończenie postępowania odwoławczego dotyczącego decyzji (...). Fakt, że przedstawiciele powoda byli świadomi opisanego stanu prawnego i że mimo tego zdecydowali się przystąpić do przetargu i umowy z pozwanym, nie jest w stanie zmienić oceny wskazanej kwestii. Powód mógł bowiem w sposób usprawiedliwiony liczyć, że zabezpieczeniem jego interesów na wypadek upadku tytułu prawnego do prowadzenia inwestycji przez pozwanego będzie zastrzeżona kara umowna. Nie da się też nic zarzucić zachowaniu powoda w toku negocjacji dotyczących przesunięcia terminu realizacji umowy po pozbawieniu decyzji (...) rygoru natychmiastowej wykonalności. Powód, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom pozwanego, godził się przecież na zmianę terminu realizacji umowy, a to, że nie chciał zrezygnować z kary umownej zastrzeżonej w umowie w przypadku odstąpienia od niej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, jest w pełni zrozumiałe i nie pozwala postawić mu zarzutu nielojalności wobec kontrahenta.

Sąd Okręgowy uznał również, że wstrzymanie rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji (...) nie prowadzi do następczej niemożliwości świadczenia, a w konsekwencji do wygaśnięcia zobowiązania i obowiązku zapłaty kary umownej przez pozwanego. Przewidziana w art. 475 § 1 k.c. niemożliwość świadczenia skutkująca wygaśnięciem zobowiązania obejmuje sytuacje, gdy po powstaniu zobowiązania istnieje stan zupełnej, trwałej i obiektywnej niemożliwości zachowania się dłużnika w sposób wynikający z treści zobowiązania. Zupełność tego stanu oznacza

niemożność zaspokojenia wierzyciela w jakikolwiek sposób, trwałość zaś oznacza niezmiennosc w czasie wchodzącym w rachubę z punktu widzenia wierzyciela, względnie z uwagi na naturę zobowiązania. Obiektywny charakter niemożności spełnienia świadczenia wyraża się natomiast w tym, że nie tylko dłużnik, ale także każda inna osoba nie jest w stanie zachować się zgodnie z treścią zobowiązania, ponieważ z przyczyn o charakterze powszechnym lub dotyczącym sytuacji dłużnika świadczenie jest niewykonalne. Taka sytuacja nie miała miejsca w niniejszej sprawie. Niemożność wykonania zobowiązania ze względu na wstrzymanie rygoru natychmiastowej wykonalności nadanego decyzji (...) i związany z tym brak aktualnego tytułu prawnego do dysponowania nieruchomościami koniecznymi do realizacji inwestycji należy traktować zasadniczo jako stan tymczasowy, gdyż decyzja ta nie upadła, lecz jest tylko nieostateczna, a dotyczące jej postępowanie odwoławcze jest ciągle w toku (jest zawieszona). Niemożność świadczenia po stronie pozwanego ma zatem charakter przemijający. Nadto brak ostatecznej decyzji (...) pozwalającej na prowadzenie inwestycji drogowej jest okolicznością leżącą po stronie pozwanego, a w każdym taką sytuację mógł przewidzieć i powinien się z nią liczyć.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie zachodziły podstawy do miarkowania kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. Zastrzeżona na wypadek odstąpienia od przedmiotowej umowy kara w wysokości 10% wynagrodzenia netto wynoszącego 16.659.025,47 zł nie jest rażąco wygórowana w okolicznościach niniejszej sprawy. Szkodą po stronie powoda – poza niezwróconymi powodowi przez pozwanego kosztami poniesionymi m.in. na ubezpieczenie robót budowlanych czy uzyskanie gwarancji należytego wykonania umowy i usunięcia wad i usterek – był przede wszystkim spodziewany, a utracony na skutek niezrealizowania umowy, zysk. G. S., przesłuchany za stronę powodową, wskazywał, że zysk przy tego rodzaju robotach mostowych był szacowany przez powoda na poziomie 10%, ponieważ powodowa spółka specjalizuje się w robotach mostowych, posiada własny potencjał osobowy i sprzętowy do wykonywania tego typu robót i tylko przy niektórych rodzajach robót posilkowałyby się podwykonawcami. Strona pozwana nie przedstawiła dowodów pozwalających na podważenie tych twierdzeń, bo za takie nie mogą być uważane artykuły prasowe dotyczące marży na kontraktach budowlanych innych podmiotów, co do których nadto nie wiadomo, czy – jak powodowa spółka – specjalizują się w realizacji obiektów mostowych, jaki był przede wszystkim przedmiotem spornego kontraktu.

W zakresie odsetek, to w pisemnym wezwaniu skierowanym do pozwanego powód wezwał do zapłaty kwoty kary umownej do dnia 31.07.2013 r. Pozwany znalazł się zatem w opóźnieniu w jej zapłacie w dniu następnym i od tego dnia – a nie od dnia 31.07.2013 r., jak żądano w pozwie – należą się powodowi odsetki za opóźnienie. Natomiast kosztami procesu należało w całości obciążyć pozwanego.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód w części, tj. co do punktów I i III, zarzucając naruszenie:

I. przepisów prawa procesowego mające wpływ na wynik postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

- 1) brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i dokonania jego oceny z pominięciem istotnej części tego materiału, tj. pominięcie dowodów w postaci protokołu konieczności nr 2, projektu aneksu nr (...) do Umowy (...), wydruku wiadomości elektronicznej z dnia 25.06.2013 r., pisma z dnia 3.07.2013 r., znak (...), przesłuchania stron, z których jednoznacznie wynika, że wobec wydania postanowienia przez (...) z dnia 22.05.2013 r. o wstrzymaniu natychmiastowego wykonania decyzji (...) strony prowadziły negocjacje w celu zawarcia aneksu do umowy, a w konsekwencji błędne przyjęcie, że złożenie przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu od umowy nastąpiło z uchybieniem 30-dniowego terminu,
- 2) przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i wyprowadzenie z materiału dowodowego wniosków z niego niewynikających, a polegających na błędnym przyjęciu, że powodowa spółka uprawniona była do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 14 ust. 2 pkt 2 umowy w sytuacji, gdy nie wykazała, aby skutecznie złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy, co w konsekwencji spowodowało również naruszenie art. 232 zd. 1 k.p.c.,
- 3) dokonanie oceny całokształtu materiału dowodowego w sposób nieodpowiadający zasadom logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego oraz na niewyciągnięciu z niego odpowiednich wniosków i przyjęcie, że uchylenie wyrokiem z dnia 19.05.2013 r. przez WSA decyzji SKO i poprzedzającej jej decyzji wójta Gminy B. było

okolicznością, z którą pozwany powinien był się liczyć i którą powinien był przewidzieć, mimo że decyzja ta została skontrolowana i uznana za prawidłową przez SKO, a przez to stała się ostateczna,

4) przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i wyprowadzenie z materiału dowodowego wniosków z nim sprzecznych, a polegających na ustaleniu, że zysk, jaki powodowa spółka osiągnęłaby w razie realizacji inwestycji, wynosiłby 10% wartości ww. umowy, co w konsekwencji spowodowało również naruszenie art. 232 zd. 1 k.p.c.;

II. przepisów prawa materialnego, tj.:

1) art. 145 § 1 p.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na błędnym uznaniu, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie są spełnione przesłanki uprawniające Skarb Państwa do odstąpienia od umowy i zwalnijące go od obowiązku zapłaty kary umownej,

2) art. 471 w zw. z art. 361 § 1 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie, polegające na błędnym uznaniu, że w stosunku do Skarbu Państwa ziściły się przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej ex contractu,

3) art. 475 § 1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, że niemożliwość świadczenia powinna być oceniana w oderwaniu od treści konkretnego stosunku zobowiązaniowego, łączącego strony umowy, a w konsekwencji uznaniu, że świadczenie Skarbu Państwa nie może zostać uznane za niemożliwe pomimo faktu, że jego wykonanie nie było możliwe w sposób zgodny z treścią umowy łączącej strony,

4) art. 484 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie i niedokonanie miarkowania kary umownej w sytuacji, gdy kara ta była rażąco wygórowana, albowiem w znaczący sposób przewyższała wartość szkody poniesionej przez powoda wskutek odstąpienia przez pozwanego od umowy.

Wskazując na te zarzuty pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda kosztów procesu za obie instancje według norm przepisanych, jednak w zakresie kosztów zastępstwa procesowego zasądzenie ich na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach procesu.

W uzasadnieniu apelacji wskazano, że po uzyskaniu informacji o uchyleniu rygoru natychmiastowej wykonalności nadanego decyzji (...) strony prowadziły negocjacje w przedmiocie zmiany terminu realizacji inwestycji. Negocjacje zakończyły się w dniu 3.07.2013 r. z uwagi na odmowę zaakceptowania przez powoda proponowanego przez pozwanego brzmienia aneksu. Tym samym dopiero powzięcie wiadomości o tym, że negocjacje zakończyły się niepowodzeniem, wyznaczało datę dowiedzenia się przez zamawiającego (uświadomienia sobie przez niego), że nastąpiła istotna zmiana okoliczności, a więc dopiero od tego momentu należy liczyć 30-dniowy termin na odstąpienie od kontraktu. Tak liczony termin nie został przez pozwanego przekroczony.

Okoliczności powodujące uchylenie rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji (...) należy w świetle stanu faktycznego uznać za okoliczność istotną, której strony nie mogły przewidzieć i która nie została zawiniona przez pozwanego. Faktyczną i pierwotną przyczyną uchylenia rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji (...) było uchylenie przez WSA decyzji wójta Gminy B. o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia oraz decyzji SKO utrzymującej tę decyzję w mocy. Pozwany wykazał, że nie był w stanie sprawdzić i ustalić, iż wójt powinien wyłączyć się z orzekania. Nie miał więc możliwości przewidzieć, że po przeprowadzeniu długotrwałego postępowania administracyjnego wydana ostatecznie decyzja obarczona jest błędami, prowadzącymi do jej uchylenia. Skoro przedmiotowa decyzja wójta była wydana po raz trzeci, a utrzymanie jej w mocy przez SKO potwierdziło jej prawidłowość i spowodowało nadanie jej waloru ostateczności, to pozwany miał podstawy do założenia, że decyzja ta jest całkowicie prawidłowa. Rygor natychmiastowej wykonalności został więc uchylony z powodu uchylenia ostatecznej decyzji administracyjnej, poddanej wcześniej badaniu w toku instancji (przez SKO) i stanowiącej funkcjonujące w obrocie prawnym orzeczenie, którego moc wiążąca nie powinna być z założenia kwestionowana.

Zdaniem pozwanego Sąd I instancji nieprawidłowo ocenił także dalszą realizację inwestycji w interesie publicznym. Przesłankę tę należy oceniać w odniesieniu do konkretnej umowy, dotyczącej realizacji zamówienia publicznego. Czym innym jest potrzeba wykonania określonych robót, a czym innym istnienie interesu publicznego w wykonaniu określonej umowy. Pozwany w oświadczeniu o odstąpieniu od kontraktu wskazał, że „realizacja kontraktu nie leży w interesie publicznym, jako iż realizacja inwestycji jest w istocie niemożliwa w związku z nieposiadaniem przez inwestora wymaganych prawem zezwoleń”. Chociaż więc nadal istniała potrzeba wymiany mostu na rzece B., to jednak konkretna umowa na realizację tej inwestycji przestała leżeć w interesie publicznym, z uwagi na brak prawnej możliwości jej realizacji.

W odniesieniu do niemożliwości świadczenia pozwany wskazał, że Sąd Najwyższy wskazuje, iż niemożliwość, o której mowa w art. 475 § 1 k.c., oznacza niemożliwość świadczenia w sposób wynikający z treści zobowiązania. Z uwagi na uchylenie rygoru natychmiastowej wykonalności pozwany utracił możliwość wykonania zobowiązania zgodnie z treścią kontraktu. Nawet gdyby decyzja (...) stała się w przyszłości ostateczna, zobowiązanie pozwanego i tak nie mogłoby już zostać wykonane zgodnie z treścią zobowiązania, tj. zawartego przez strony kontraktu. W odniesieniu zatem do konkretnego stosunku zobowiązaniowego, istniejącego między stronami, niemożliwość świadczenia miała charakter trwały, gdyż obejmowała cały okres, w którym kontrakt miał być realizowany. W przypadku chęci ustalenia nowego terminu realizacji inwestycji konieczne byłoby zawarcie aneksu do kontraktu, a tym samym zmiana istniejących zobowiązań stron. Natomiast w ramach aktualnego brzmienia kontraktu świadczenie pozwanego polegające na udostępnieniu placu budowy należy uznać za niemożliwe w rozumieniu art. 475 § 1 k.c.

Odnosząc się do kwestii miarkowania kary umownej pozwany podniósł, że brak szkody lub jej niewielki rozmiar uzasadniają zastosowanie tej instytucji. Kara umowna zasądzona przez Sąd I instancji wynosi 1.665.902,54 zł, podczas gdy poniesione przez powoda koszty, związane z wymienionymi przez ten Sąd czynnościami (ubezpieczenie robót budowlanych, uzyskanie gwarancji) stanowiły zaledwie niewielki ułamek tej kwoty. Kontrakt wiązał strony przez niespełna trzy miesiące, powód nie rozpoczął w tym czasie zasadniczych prac budowlanych, nie zgromadził na placu budowy sprzętu i nie przedstawił nawet harmonogramu rzeczowo-finansowego, zaś pozwany zapłacił mu za wykonane prace. Wadliwe było przyjęcie przez Sąd I instancji, że szkodę po stronie powoda stanowi utracony zysk, którego wysokość oszacowana została na około 10%. Zostało to oparte jedynie na niepotwierdzonym w żaden sposób twierdzeniu strony powodowej. Biorąc pod uwagę realia rynkowe istniejące w tej branży, osiągnięcie zysku na takim poziomie nie jest realne, a stanowisko powoda zostało wyrażone jedynie na potrzeby niniejszego postępowania. Pozwany złożył do akt sprawy artykuły prasowe, wskazujące, że zysk innych podmiotów na kontraktach budowlanych wynosi około 3%. Mało prawdopodobne jest, aby nawet nieco odmienna specyfika wykonywanych robót powodowała, że zysk uzyskany przez Powoda byłby ponad trzykrotnie wyższy. Dodatkowo twierdzenie o zakładanym 10% zysku jest nieprawdopodobne także z uwagi na fakt, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację Inwestycji zostało przez powoda wygrane z uwagi na zaproponowanie przez niego najniższej ceny. Zaplanowanie zysku na poziomie 10% stoi w logicznej sprzeczności z możliwością ustalenia ceny niższej od wszystkich pozostałych oferentów. Wreszcie powód nie wykazał, aby rzekoma szkoda w postaci 10% zysku spodziewanego, a rzekomo przez niego utraconego, wystąpiła w dniu odstąpienia od umowy przez zamawiającego. Do ustalenia wysokości szkody określonej jako *lucrum cessans* wymaga się wysokiego stopnia prawdopodobieństwa po stronie dochodzącego odszkodowania. Strona powodowa nie podjęła w tym zakresie inicjatywy dowodowej, a nadto o takiej szkodzie można byłoby mówić jedynie w przypadku przyjęcia, że wykonawca w przypadku kontynuowania prac zrealizowałby je terminowo, z zachowaniem odpowiedniej jakości i parametrów. Nie jest również przy tym wykluczone, że rzekomy zysk założony przez wykonawcę mógłby zostać skonsumowany już chociażby, że względu na to, że za niektóre roboty strony zastrzegły wynagrodzenie ryczałtowe (§ 6 ust. 8 umowy). Pozwany nie miał w zasadzie żadnej realnej możliwości zakwestionowania stanowiska powoda w tym zakresie, gdyż ten nie przedłożył żadnych dokumentów pozwalających na oszacowanie wysokości zakładanego przez niego zysku z kontraktu. Tym samym jedynymi dowodami, jakie pozwany mógł zgłosić w tym zakresie, były właśnie informacje odnoszące się do generalnie osiąganego przez wykonawców robót budowlanych zysku. Pozbawienie ich mocy dowodowej spowodowało więc w istocie pozbawienie pozwanego możliwości obalenia stanowiska powoda odnoszącego się do tej kwestii.

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o jej oddalenie w całości i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego była częściowo zasadna.

Sąd Apelacyjny w przeważającej części podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji i przyjmuje je za swoje, poza okolicznościami, o których będzie mowa poniżej. Ustalenia w tym zakresie nie naruszały zasady oceny materiału dowodowego wynikającej z art. 233 § 1 k.p.c. Sprawia to, że nie zachodzi potrzeba powtarzania szczegółowych ustaleń faktycznych oraz dokonanej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku interpretacji przepisów prawa mających zastosowanie w niniejszej sprawie (zob. np. postanowienie SN z dnia 22.04.1997 r., II UKN 61/97, OSNAP 1998 r. nr 3, poz. 104, wyrok SN z dnia 8.10.1998 r., II CKN 923/97, OSNC 1999 r., nr 3, poz. 60). Niemniej wnioski wyciągnięte na podstawie ustalonego stanu faktycznego nie do końca można było podzielić.

W apelacji pozwany zarzucił, podobnie jak w toku postępowania przed Sądem I instancji, niezasadność powództwa w zakresie kary umownej, zarówno co do zasady, jak i co do wysokości.

Jak stanowi art. 483 § 1 k.c., można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Tego rodzaju zastrzeżenie umowne zostało zawarte w § 14 ust. 2 pkt 2 umowy z dnia 15.04.2013 r. łączącej strony, która dotyczyła budowy mostu na rzece B. w miejscowości B. wraz z rozbudową drogi krajowej nr (...). Była to więc umowa o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c. Wskazany paragraf umowny stanowił, że pozwany jako zamawiający miał zapłacić powodowi jako wykonawcy karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia netto z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Wyjątek stanowiła sytuacja, jeżeli odstąpienie od umowy nastąpiłoby z przyczyn, o których mowa w § 19 ust. 1 pkt 4 umowy, a więc odstąpienia od umowy przez zamawiającego, jeżeli wystąpiłaby istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, przy czym odstąpienie od umowy w tym przypadku mogło nastąpić w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. W takim wypadku wykonawca mógłby żądać jedynie wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonania części umowy. Możliwość zawarcia w umowie tego typu zastrzeżenia, a więc „kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy” nie budzi wątpliwości, nie budzi wątpliwości w orzecznictwie, o ile podstawą odstąpienia od umowy jest niespełnienie świadczenia niepieniężnego (zob. np. wyroki SN: z dnia 7.02.2007 r., III CSK 288/06, Lex nr 274191, z dnia 21.08.2008 r., IV CSK 202/08, Lex nr 466003, z dnia 25.03.2011 r., IV CSK 401/10, Lex nr 1108517 i z dnia 28.05.2014 r., I CSK 345/13, Legalis nr 1160515). W niniejszej sprawie chodziło o odstąpienie od umowy z uwagi na świadczenie niepieniężne, a więc takie zastrzeżenie umowne było ważne, a stanowiło dokładne powtórzenie art. 145 p.z.p.

Całkowicie niezrozumiały był zarzut zawarty w punkcie I.2 apelacji, że błędnie zostało przyjęte, iż powodowa spółka była uprawniona do naliczenia kary umownej, o której mowa w powołanym postanowieniu, w sytuacji, gdy „nie wykazała, aby skutecznie złożyła oświadczenie o odstąpieniu od tej umowy, co w konsekwencji spowodowało również naruszenie art. 232 zd. 1 k.p.c.”. Jak wynikało z treści wskazanych postanowień umownych, ta kara umowna należała się powodowi bez względu na to, która ze stron odstąpi od umowy, byleby nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, czy pozwanego, a jedynie w przypadku zajścia ściśle określonego zdarzenia wykonawca nie miał podstaw do jej naliczenia. Z materiału dowodowego zebranego w sprawie, a w konsekwencji z ustaleń faktycznych Sądu I instancji, wynikało jednoznacznie, że oświadczenie w przedmiocie odstąpienia od umowy złożyła strona pozwana, a nie powodowa – nastąpiło to pismem z dnia 3.07.2013 r., które wpłynęło do (...) w dniu 8.07.2013 r. (k. 43), przy czym w dacie pisma zostało ono przesłane powodowi faksem (k. 44). Tak więc powód nie musiał wykazywać faktu złożenia przez siebie oświadczenia o odstąpieniu od umowy, gdyż takowe zostało złożone przez SP – (...), który musiał wykazać, zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 6 i 471 k.c., że zaistniały przesłanki z § 19 ust. 1 pkt 4 umowy lub inne, które zwalniałyby go z obowiązku uiszczenia kary umownej na rzecz powoda.

Już w tym miejscu należy zwrócić uwagę, że w umowie przewidziano termin 30 dni od powzięcia przez pozwanego wiadomości o wystąpieniu okoliczności do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy do złożenia oświadczenia w tym przedmiocie, co jest zgodne z art. 395 § 1 k.c., który w zakresie konieczności określenia terminu do złożenia takiego oświadczenia ma charakter bezwzględnie obowiązujący. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku zostało stwierdzone, że złożenie przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu nastąpiło po upływie 30-dniowego terminu od powzięcia wiadomości o wstrzymaniu rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji (...) i zawieszenia postępowania odwoławczego dotyczącego tej decyzji, gdyż o powyższych rozstrzygnięciach pozwany dowiedział się w dniu 24.05.2013 r., a najpóźniej w dniu 31.05.2013 r., zaś świadczenie o odstąpieniu od umowy pozwany złożył dopiero w piśmie z dnia 3.07.2013 r. Niezależnie od zasadności tego ustalenia, o czym mowa będzie poniżej, Sąd I instancji wątku tego nie kontynuował, w tym sensie, że nie wywiódł z tego żadnych skutków prawnych. Tymczasem należałoby się zastanowić, czy przy takim wniosku pozwany skutecznie złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Skoro bowiem w umowie został określony termin do skorzystania z umownego prawa odstąpienia od umowy, to złożenie takiego oświadczenia po upływie ustalonego terminu skutkowałoby jego bezskutecznością, gdyż uprawnienie pozwanego wygasłoby z upływem 30-dniowego terminu, a więc jego oświadczenie nie mogłoby wywołać skutków prawnych w postaci rozwiązania stosunku prawnego ze skutkiem *ex tunc*. W takiej sytuacji należałoby rozpatrzyć, czy tego oświadczenia nie należałoby traktować jako skorzystanie przez pozwanego z ustawowego prawa odstąpienia od umowy, gdyż zastosowanie § 14 ust. 2 pkt 2 umowy nie było uzależnione od tego, czy strona skorzystałaby z umownego, czy ustawowego prawa odstąpienia od umowy. Jednak art. 491 § 1 k.c. nie mógłby mieć zastosowania, jako że dla skuteczności takiego oświadczenia niezbędne jest wyznaczenie drugiej stronie odpowiedniego dodatkowego terminu do wykonania świadczenia z zagrożeniem, że w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu wzywający będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. Tak jak nieważne jest (art. 58 § 1 i 3 k.c.) zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia nieograniczone żadnym terminem, tak również nieskuteczne będzie wykonanie ustawowego prawa odstąpienia od umowy na podstawie art. 491 k.c., które nie zostało poprzedzone wyznaczeniem odpowiedniego terminu do wykonania zobowiązania z zagrożeniem wykonania prawa do odstąpienia. Skuteczne odstąpienie od umowy wzajemnej uregulowane w art. 491 k.c. wymaga od wierzyciela dokonania dwóch oddzielnych czynności. Pierwszą jest wyznaczenie odpowiedniego terminu do wykonania zobowiązania z zagrożeniem odstąpienia. Drugą czynnością jest złożenie samego oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy (zob. wyrok SN z dnia 5.04.2013 r., III CSK 62/13, Legalis nr 735045). A skoro nie doszłoby do złożenia skutecznego oświadczenia o odstąpieniu od umowy przez pozwanego, z uwagi na niewyznaczenie dodatkowego terminu, to stosunek umowny nadal wiązałby strony niniejszego procesu, a więc § 14 ust. 2 pkt 2 umowy w ogóle nie miałby zastosowania, co skutkowałoby niezasadnością naliczenia kary umownej przez powoda.

Niemniej żadna ze stron nie twierdziła, że umowa z dnia 15.04.2013 r. je wiąże. Wręcz przeciwnie, również w apelacji podkreślano, że stosunek prawny łączący strony wygasł, zaś wniosek Sądu I instancji dotyczące niezachowania 30-dniowego terminu do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy był nieprawidłowy. Z tą argumentacją należało się zgodzić. Faktycznie, gdyby liczyć ten termin od otrzymania przez pozwanego pism Ministra w maju 2013 r., termin nie zostałby dochowany. Jednak w § 19 ust. 1 pkt 4 rozpoczęcie 30-dniowego terminu powiązано z momentem dowiedzenia się przez zamawiającego o wystąpieniu istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym. Okoliczność tę należało powiązać ze zdarzeniem, które stanowiło motywację do złożenia przez SP – (...) złożenia przedmiotowego oświadczenia. O tym zdarzeniu będzie mowa szerzej poniżej, w tym miejscu należy tylko wskazać, że była to odmowa zrzeczenia się przez powoda roszczeń z tytułu kar umownych, w tym tej, której dotyczył niniejszy proces. Było to wynikiem negocjacji i rozmów, jakie strony podjęły w czerwcu 2013 r., a to w związku z odpadnięciem prawnej podstawy kontynuowania inwestycji. Te negocjacje trwały do dnia 3.07.2013 r. i dopiero ich fiasko, a konkretnie – jednostronna decyzja pozwanego o niekontynuowaniu współpracy z powodem stanowiła okoliczność, która skutkowałą złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Ta okoliczność wystąpiła właśnie w dniu 3.07.2013 r. i dopiero w tym dniu zaczął biec pozwanemu termin do złożenia oświadczenia odstąpieniu od umowy, a więc nie można tu mówić o uchybieniu przez pozwanego temu terminowi.

Przechodząc do meritum rozważań należy wskazać, że kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi

powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązania. Kara ta ma różne funkcje, przede wszystkim: dyscyplinującą wobec strony zagrożonej sankcją kary, odszkodowawczą wobec strony, której wierzytelność z tytułu kary przysługuje i gwarancyjno-zabezpieczającą zapewniającą wykonanie umowy w uzgodnionych rygorach (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 3.06.2015 r., VI ACa 1682/14, Lex nr 1766079). Ustawowa konstrukcja kary umownej nie opiera się na mechanizmie gwarancyjnym, lecz na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej. Karą umowną może zostać obciążona tylko taka strona, która odpowiada za opóźnienie w spełnieniu świadczenia niepieniężnego, obowiązek jej zapłacenia nie może natomiast spoczywać na stronie zobowiązanej do spełnienia tego świadczenia, jeżeli opóźnienie zostało wywołane przez okoliczności, za które strona nie ponosi odpowiedzialności. Innymi słowy, niezbędną przesłanką dochodzenia kary umownej jest tylko takie niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.c.). Dłużnik może więc dowodzić, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności za które nie ponosi odpowiedzialności (zob. np. wyroki SN: z dnia 31.03.2004 r., III CK 446/02, Lex nr 585806 i z dnia 7.07.2005 r., V CK 869/04, Lex nr 150649), a więc twierdząc, że nie popadł w zwłokę, lecz w opóźnienie zwykle, niestwarzające negatywnych dla niego następstw prawnych, powinien tę okoliczność wykazać.

W świetle materiału dowodowego zgodzić się należało z Sądem I instancji, że pozwany nie udowodnił przesłanek zwalniających go od odpowiedzialności z tytułu kary umownej i w tym przedmiocie nie została naruszona zasada swobodnej oceny dowodów wynikająca z art. 233 § 1 k.p.c., chociaż niektóre wnioski tego Sądu wymagały korekty. Z materiału dowodowego wynikało, że przetarg został ogłoszony przez (...), a w konsekwencji – inwestycja została rozpoczęta na podstawie nieprawomocnej decyzji (...). Świadek H. S. przyznał, że rygor nadano na wniosek zamawiającego (k. 290). Jak wynikało z zeznań pracownika pozwanego A. K., pozwany posiadał wszystkie dokumenty do realizacji umowy, a rygor natychmiastowej wykonalności to rozwiązanie typowe w takich procedurach, gdyż formuła uzyskania (...) jest formułą uproszczoną, dedykowaną dla inwestycji drogowych i umożliwia niezwłoczne rozpoczęcie inwestycji (nagranie k. 365, 435). Było to istotne z uwagi na stan mostu, o czym będzie mowa poniżej. Zresztą z treści decyzji (...) wynikało, że rygor natychmiastowej wykonalności został nadany na wniosek pozwanego, aby jak najszybciej można było ogłosić postępowanie przetargowe i rozpocząć roboty. Jednym z warunków uzyskania takiej decyzji jest decyzja środowiskowa. Bezsporne było, że przed podpisaniem umowy powód wiedział o tej sytuacji, a więc, że decyzja (...) nie jest prawomocna, a jest zaopatrzona w klauzulę natychmiastowej wykonalności, co wynikało z dokumentów (odpowiedzi zamawiającego na pytania podmiotów zainteresowanych złożeniem ofert), zeznań świadków i reprezentanta powoda G. S.. Niemniej okoliczność, czy powód przystąpił do przetargu, a następnie zawarł umowę z (...) mając świadomość takiego stanu rzeczy, była nieistotna z punktu widzenia ustalenia, czy zachodziły okoliczności wskazane w § 19 ust. 1 pkt 4.

Zgodzić się można ze stwierdzeniem Sądu I instancji, że pozwany mógł liczyć się z możliwością uchylecia decyzji (...). Jak wskazał świadek M. W., nie jest to typowe, że decyzje otrzymują klauzulę natychmiastowej wykonalności (k. 312). Nie budziło wątpliwości, że (...) nie miała wątpliwości co do poprawności decyzji i dołożyła starań, aby była poprawna, co potwierdził ten świadek (k. 311), a co nie było kwestionowane. Jednak jak przyznał pracownik pozwanego A. K., prawie wszystkie tego typu inwestycje są zaskarżane, procedury trwają długo i jest to furтка dla realizacji celów z budżetu (nagranie k. 365, 435). Nie sposób jednak stawiać pozwanemu zarzutu z tego tytułu, tym bardziej, że nie mógł przewidywać, że prawomocna decyzja środowiskowa zostanie uchylona z przyczyn formalnych. Brak było podstaw do kwestionowania zeznań pracownika pozwanego A. K., że gdy była podpisywana umowa, decyzja środowiskowa była już weryfikowana przez SKO, po tej weryfikacji (...) nie miała wątpliwości co do tej decyzji (nagranie k. 365, 439).

Niemniej istota problemu dotyczącego odstąpienia od umowy wyrażała się w czymś innym. Tak naprawdę przyczyną złożenia przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu od umowy nie były, jak przyjął Sąd I instancji, powyższe okoliczności związane z uchYLENIEM rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji (...), ale brak zgody powoda na zrzeczenie się przez niego roszczeń z tytułu kar umownych przewidzianych w umowie z dnia 15.04.2013 r. Wynikało to już z samych dokumentów, w tym z treści projektu aneksu nr (...) przygotowanego przez (...), zgodnie z którym miał zostać przesunięty termin rozpoczęcia robót na dzień 1.03.2014 r. i termin ich zakończenia na dzień 31.08.2015 r., a jednocześnie w § 3 zawarto zastrzeżenie, że strony zrzekają się wzajemnie wszelkich roszczeń wynikających z terminu

przesunięcia robót (k. 39-40). Jako że nie zachodziła żadna z okoliczności, o jakich była mowa w art. 14 ust. 1 umowy, gdzie przewidziano sytuacje, w których wykonawca miał zapłacić zamawiającemu kary umowne, jak również trudno sobie wyobrazić, aby w związku z zaistniałą sytuacją po stronie pozwanego powstało roszczenie odszkodowawcze w stosunku do powoda z uwagi na okoliczności, za które ten miałby ponosić odpowiedzialność (art. 471 k.c.), a umowa przewidywała możliwość dochodzenia odszkodowania przenoszącego wysokość kar umownych (§ 14 ust. 3 umowy), to oczywistym jest, że ten aneks miał spowodować brak możliwości dochodzenia przez powoda w stosunku do pozwanego zarówno kar umownych (§ 14 ust. 2 umowy), jak i odszkodowania przenoszącego ich wartość. W związku z tym trzeba zauważyć, że powód zgodził się na niemal wszystkie warunki przedstawione przez pozwanego, za wyjątkiem zawartego w § 3 projektu aneksu, a więc nie wyraził zgody na zrzeczenie się roszczeń wynikających z terminu przesunięcia robót. Jak zeznał reprezentant powoda G. S., spółka była zainteresowana podpisaniem aneksu wydłużającego, bo to była praca dosyć lukratywna, bo zapewniała spółce dobre obroty, takie prace zapewniają przerób na dany i kolejny rok. Jednocześnie spółka „chciała kar umownych w aneksie, aby mieć pewność, że jak nie będzie mogła wejść na budowę, to zostaną one zapłacone” (nagranie k. 365, 427). Jak tylko pozwany otrzymał to stanowisko, pismem jeszcze z tego samego dnia złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy, powołując się na jej § 19 ust. 1 pkt 4.

Przyznał to również pracownik pozwanego A. K., który zeznał: „Projekt aneksu został zaakceptowany przez wykonawcę poza dodatkowymi karami umownymi. (...) 3 lipca otrzymaliśmy od wykonawcy pismo, że nie odstąpi od kar umownych, więc uznaliśmy, że spełniły się przesłanki z § 19, a nadto uważaliśmy, że umowa jest następczo niewykonalna” (nagranie k. 365, 437-438). Identyczny wniosek wynikał z zeznań reprezentanta powoda G. S.. Widać więc wyraźnie, szczególnie jeżeli dodatkowo uwzględnia się kwestie związane z podnoszoną przez pozwanego „niemożliwością świadczenia”, że do odstąpienia od umowy doszło w wyniku autonomicznej decyzji SP – (...), która nie była spowodowana uchynieniem rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji (...), ale brakiem zgody powodowej spółki na zrzeczenie się omawianych roszczeń. Jak wynikało z materiału dowodowego, gdyby (...) wyraził zgodę na podpisanie aneksu nr (...) w treści zaproponowanej przez pozwanego, a więc w istocie nienegocjowalnej, podobnie jak sama umowa, oświadczenie o odstąpieniu od umowy nie zostałoby złożone, a strony przesunęłyby termin rozpoczęcia i zakończenia prac z uwagi na konieczność uzyskania nowej decyzji środowiskowej i zakończenia postępowania odwoławczego w stosunku do decyzji (...). Oczywistym jest, że nie sposób stawiać zarzutu powodowej spółce, że nie zrzekła się przysługujących jej roszczeń z tytułu niewykonania umowy przez pozwanego, a więc okoliczność ta nie ma wpływu na ustalenie, czy do odstąpienia od umowy doszło z przyczyn leżących po stronie SP – (...). Pozwany podjął autonomiczną decyzję, że z uwagi na brak wyrażenia zgody przez (...) na przedstawioną treść aneksu nr (...), odstąpi od umowy. Chodzi więc o okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wyłącznie pozwany, co oznacza, że to z jego wyłącznej winy doszło do odstąpienia od umowy.

W stanie faktycznym ustalonym w niniejszej sprawie nie sposób również mówić, w przeciwieństwie do twierdzeń podnoszonych przez stronę pozwaną, aby zaistniały przesłanki do zastosowania art. 475 § 1 k.c., zgodnie z którym jeżeli świadczenie stało się niemożliwe skutkiem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, zobowiązanie wygasa. Chodzi tu więc o następczą niemożliwość świadczenia. Taka niemożliwość może być następstwem okoliczności prawnych lub faktycznych, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, gdy ma charakter:

1) obiektywny, co oznacza, że takiego świadczenia nie może spełnić nie tylko dłużnik, ale żadna inna osoba, czyli jest to świadczenie rzeczywiście niewykonalne (zob. wyrok SN z 8.5.2002 r., III CKN 1015/99, Lex nr 55497);

2) trwałe – gdy zaistniały stan faktyczny lub prawny znamionuje pewną stabilność, nieprzemijalność, w stosunku do której doświadczenie życiowe nie pozwala przyjąć, przy wyeliminowaniu zdarzeń nadzwyczajnych, na racjonalne przekonanie, że stan ten może ulec zmianie na tyle, że dłużnik mógłby dopełnić ciążącego na nim obowiązku świadczenia, zatem przemijająca (chwilowa) przyczyna niemożliwości świadczenia nie spełnia tego warunku (zob. wyrok SN z dnia 30.08.1984 r., I CR 164/84, Lex nr 8611);

3) zupełny – gdy świadczenie jest w całości niemożliwe do spełnienia, nawet wtedy gdy jest podzielne i może być spełnione częściowo, nie może być wykonane.

W niniejszej sprawie nie została spełniona druga przesłanka. Trzeba zauważyć, że sam pozwany miał świadomość tego, że nie można mówić o trwałej niemożliwości świadczenia. Pozwany, również w apelacji, powoływał się na protokół konieczności nr 2, który nie został co prawda podpisany przez strony (k. 37-38), ale powód nie kwestionował, że rozmowy nim objęte miały miejsce, zresztą sam załączył ten protokół do pozwu. W protokole tym wpisano, że zamawiający podjął działania stwarzające perspektywę powrotu do realizacji zadania po uzyskaniu nowej decyzji środowiskowej i decyzji (...), a procedura w tym przedmiocie powinna zakończyć się do końca lutego 2014 r. Wynikiem tego był wskazany wcześniej projekt aneksu nr (...), którym miał zostać przesunięty termin rozpoczęcia robót na dzień 1.03.2014 r. Należy podkreślić, że przejściowe trudności w wykonaniu zobowiązania kwalifikują się jako jego nienależyte wykonanie, są istotnie zwłoką lub opóźnieniem dłużnika, w zależności od tego, czy ich przyczyną są okoliczności obciążające dłużnika, czy też nie, chyba że chodzi o świadczenia ciągłe (zob. J. Dąbrowa w: Z. Radwański (red.), System prawa cywilnego, t. 3, cz. 1: Prawo zobowiązań – część ogólna, Wrocław 1981, s. 800).

Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem pozwanego, jakoby trwałość niemożliwości świadczenia powinna być rozpatrywana w kontekście „okresu, w którym kontrakt miał być realizowany”. W apelacji nastąpiło pomylenie pojęć niemożliwości świadczenia i popadnięcia w zwłokę w spełnieniu świadczenia. Nawet jeżeli aneks do umowy zostałby zawarty, nie doszłoby do zmiany zobowiązań stron umowy, gdyż takimi są z jednej strony wykonanie określonego obiektu zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a z drugiej strony – dokonanie wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności przekazanie terenu budowy i dostarczenie projektu, oraz odebranie obiektu i zapłata umówionego wynagrodzenia (k. 647 k.c.). Można byłoby zaś mówić o niespełnieniu określonych świadczeń w terminie, co skutkowałoby powstaniem odszkodowawczej odpowiedzialności kontraktowej jednej ze stron. Zawarcie aneksu, o którym mowa, doprowadziłoby jedynie do zmiany terminu wykonania umowy, ale nie zmiany przedmiotu świadczenia, który pozostawał niezmienny. Co więcej, pozwany zdaje się nie zauważać, że aneks do umowy stanowi jej część.

Wszystko to oznacza, że nie doszło do niemożliwości świadczenia w sposób wynikający z treści zobowiązania. Świadczenia stron były nadal możliwe w ramach aktualnego brzmienia umowy, ale niezbędne było uzyskanie nowej decyzji środowiskowej i uprawomocnienie się decyzji (...). Możliwe więc było świadczenie pozwanego polegające na udostępnieniu placu budowy i dostarczenie projektu, a następnie dokonanie odbioru obiektu i zapłacie wynagrodzenia, natomiast skutkowałoby to obowiązkiem zapłaty przez pozwanego kary umownej za zwłokę w przekazaniu terenu budowy i określonych dokumentów (§ 14 ust. 2 pkt 1 umowy). Nawet w wypadku braku aneksu do umowy nie można więc w ogóle mówić o trwałej niemożliwości świadczenia pozwanego, a jedynie o przemijającej (chwilowej) niemożliwości.

O tym, że pozwany był świadomy, iż nie chodziło o trwałą przeszkodę w wykonaniu inwestycji, świadczyły również zeznania pracownika pozwanego A. K.: „Podjęliśmy negocjacje, aby uratować zadanie, bo były już przyznane środki budżetowe, a aneks pozwoliłby zamawiającemu na uzyskanie aktualnej decyzji (...) (nagranie k. 365, 436). Tak więc pozwany podjął działania, gdyż wiedział, że inwestycja jest do „uratowania”, co było związane z przeznaczeniem na ten cel środków budżetowych. O ile w danym momencie świadczenie było niemożliwe do spełnienia, to podjęcie przez pozwanego konkretnych działań miało tę niemożność usunąć.

Powyższe przesądzało jednocześnie, że nie chodziło o okoliczności powodujące, iż wykonanie umowy nie leżało w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili jej zawarcia. W apelacji podniesiono, że nie chodzi tu o konieczność wykonania mostu, jak przyjął Sąd I instancji, ale o to, że realizacja kontraktu nie leży w interesie publicznym, gdyż realizacja inwestycji jest w istocie niemożliwa w związku z nieposiadaniem przez inwestora wymaganych prawem zezwoleń, a więc chociaż nadal istniała potrzeba wymiany mostu (...), to konkretna umowa na realizację tej inwestycji przestała leżeć w interesie publicznym, z uwagi na brak prawnej możliwości jej realizacji. Także według pracownika (...), A. K., utrata prawnej możliwości realizacji tego zadania w przekonaniu pozwanego naruszała interes publiczny (k. 443).

Takie stanowisko stanowi utożsamienie interesu publicznego z interesem prywatnym (...). Już w Konstytucji RP zagadnienie interesu publicznego ujęte jest w kilku zakresach, ale najpełniej zostało to wyrażone w art. 1, w którym

wspominano o Rzeczypospolitej Polskiej jako „wspólnym dobru” wszystkich obywateli. Nie może ulegać wątpliwości, że interes publiczny zawsze dotyczy pewnego ogółu społeczeństwa, a więc nieokreślonej liczby osób. A contrario nie może odnosić się do interesu jednostkowego, czy nawet określonej grupy osób, jeżeli jest ona możliwa do zdefiniowania i policzenia. Można więc przyjąć, że z naruszeniem interesu publicznego mamy zatem do czynienia w sytuacji, gdy skutki określonych działań będą miały powszechny zasięg, co oznacza, że potencjalnie te skutki mogą odnosić do wszystkich podmiotów.

W tym kontekście należy interpretować przesłankę wymienioną w § 19 ust. 1 pkt 4 umowy, a więc jej wykonanie nie leżałoby w interesie publicznym. Chodzi tu więc o sytuacje, w których wykonanie przedmiotu umowy byłoby bezcelowe, nie miałyby znaczenia z punktu widzenia ogółu społeczeństwa. Odpadnięcie prawnej podstawy do prowadzenia tej inwestycji taką okolicznością nie jest. Tak naprawdę w tym kontekście nie można w ogóle mówić o braku interesu publicznego w wykonaniu tej inwestycji, a jedynie o uwarunkowaniach prawnych jej wykonania. Czym innym jest interes publiczny w zrealizowaniu konkretnej inwestycji, a czym innym spełnienie wymogów formalnych do jej podjęcia i realizacji. W tym konkretnym przypadku można powiedzieć, że interes publiczny w wykonaniu mostu i rozbudowy drogi krajowej wynika z konieczności korzystania z nich, co było i nadal jest szczególnie istotne z uwagi na stan mostu, a nie z tego, czy odpadła czy nie prawna podstawa do wykonywania inwestycji. Ta podstawa daje możliwość wykonywania inwestycji, ale nie warunkuje istnienia interesu prawnego, który wynika z obiektywnych przesłanek istnienia potrzeby wykonania inwestycji (w tym przypadku - mostu) z uwagi na dobro ogółu. A nie może ulegać wątpliwości, że wykonanie tej akurat inwestycji te przesłanki spełnia. Jak zeznali świadkowie będący pracownikami pozwanego:

- M. W.: „Wykonaliśmy ekspertyzę techniczną, że most jest w złym stanie technicznym na ruch, który był w danej chwili. Mogłoby dojść do katastrofy budowlanej. Wystąpiliśmy o taką decyzję, aby nie doszło do katastrofy. (...) Most ma zwięźenie jednego pasa, aby ograniczyć niekorzystne oddziaływanie ciężkich samochodów, aby ograniczyć jego destrukcję i całkowitą niezdolność użytkowania” (k. 311-312);

- A. K.: „Decyzji (...) został nadany rygor, aby umożliwić niezwłoczną realizację projektu. Stan mostu był katastrofalny, most jest w połowie zamknięty, ruch jest wahadłowy, bo jego stan uniemożliwia normalną eksploatację. Kto by jechał do Z., to cierpiał z tego powodu. (...) Most grozi w każdej chwili katastrofą budowlaną” (nagranie k. 365, 438-439).

Prawidłowo więc Sąd I instancji uznał, że nie można mówić o odpadnięciu przesłanki interesu prawnego w wykonywaniu umowy. Interes ten nadal istnieje, o czym świadczą działania pozwanego i podjęcie najpierw kolejnej decyzji o budowie mostu (zeznania świadka M. W. – k. 312), a następnie zmierzające do uzyskania kolejnej decyzji środowiskowej (zeznania świadka H. S. – k. 290). Natomiast podjęcie przez pozwanego decyzji o niekontynuowaniu umowy z powodem, z przyczyn powyżej opisanych, pozostaje poza kwestią istnienia interesu publicznego w realizacji tej umowy.

Reasumując, pozwany był zobowiązany, co do zasady, do zapłaty kary umownej przewidzianej w § 14 ust. 2 pkt 2 umowy, jako że do odstąpienia od umowy doszło z przyczyn leżących po jego stronie, a nie zaistniały okoliczności, o których była mowa w § 19 ust. 1 pkt 4 umowy. Natomiast zasadny był zarzut apelacji dotyczący naruszenia art. 484 § 2 k.c., zgodnie z którym jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub gdy kara umowna jest rażąco wygórowana, dłużnik może żądać jej zmniejszenia. Zarzut strony pozwanej opierał się na tej drugiej okoliczności, tj. ustalenia rażąco wygórowanej kary umownej. Niewątpliwie przepis ten opiera się na tzw. sędziowskim uznaniu, gdyż ustawodawca, posługując się w art. 484 § 2 k.c. pojęciem „rażącego wygórowania” kary umownej, nie wskazał żadnych konkretnych kryteriów, jakimi sąd powinien kierować się w tym zakresie. Tak więc in casu, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności faktycznych i skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, sąd powinien ustalić, czy kara umowna w określonej wysokości wypełnia znamiona kary rażąco wygórowanej. Jako kryteria odniesienia dla dokonywanej przez sąd oceny wysokości kary umownej w tym kontekście można wskazać przede wszystkim na: stosunek kary umownej do wartości umownego zobowiązania i szkody, jaką poniósł wierzyciel z uwagi na niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez dłużnika, zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika postanowień umownych, wagę naruszonych postanowień umownych, tj. czy chodzi o obowiązki główne związane

z istotą świadczenia, czy uboczne (dodatkowe), zgodny zamiar stron w zakresie ustalenia celu zastrzeżenia kary umownej w określonej wysokości (np. uwypuklenie przez strony funkcji represyjnej), nieznaczny stopień zawinienia dłużnika. Nie można jednak zapominać, że skoro instytucja kary umownej należy do praw tzw. sędziowskich, to do sądu należy wybór kryteriów, na podstawie których poddaje on kontroli wysokość kary umownej. Te kryteria nie mogą być jednak oderwane od stanu faktycznego.

W tym miejscu trzeba wskazać, że wierzyciel może dochodzić kary umownej „bez względu na wysokość poniesionej szkody”, co oznacza że jest on zwolniony z obowiązku dowodzenia istnienia i wysokości szkody. Jak bowiem wskazał Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów - zasadzie prawnej z dnia 6.11.2003 r. (III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69), zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. Niemniej kara umowna (odszkodowanie umowne) jest tzw. surogatem odszkodowania, co oznacza, że strony przy zawarciu umowy określają z góry wysokość należnego wierzycielowi zryczałtowanego odszkodowania na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika i odszkodowanie (kara umowna) kompensuje wszystkie negatywne dla wierzyciela konsekwencje wynikające ze stanu naruszenia zobowiązania (zob. wyrok SN z dnia 7.02.1975 r., III CRN 406/74, OSNC 1976, nr 2, poz. 34). O ile więc poniesienie szkody nie stanowi koniecznego warunku dla powstania zapłaty kary umownej, to właśnie to kryterium powinno mieć najistotniejsze znaczenie przy ocenie dopuszczalności i rozmiaru miarkowania kary umownej, a więc należy mieć na względzie przede wszystkim funkcję odszkodowawczą kary umownej. Wbrew twierdzeniom pozwanego, nie jest możliwe zmiarkowanie kary umownej do „zera”, nawet jeżeli wierzyciel nie poniósł w ogóle szkody, jednak okoliczność ta musi być wzięta pod uwagę przy ustaleniu, czy kara nie jest rażąco wygórowana, przy uwzględnieniu pozostałych funkcji tego zastrzeżenia umownego. Innymi słowy, skoro ustawodawca posługuje się pojęciem „kary umownej rażąco wygórowanej”, to w związku z podniesionym przez pozwanego zarzutem miarkowania kary umownej nie można lekceważyć okoliczności powstania szkody po stronie powoda i jej rozmiaru, zwłaszcza że przesłanka rażącego wygórowania ze swojej istoty oznacza konieczność istnienia znacznej dysproporcji między poniesioną szkodą a żadaną karą. Należy więc przyjąć, że przy przesłance rażącego wygórowania kary umownej należy się kierować przede wszystkim stosunkiem tej kary do należnego uprawnionemu odszkodowania, które należałoby się mu na zasadach ogólnych.

Jest to o tyle istotne, że z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że jako podstawowe kryterium, jakie wziął pod uwagę Sąd I instancji, była właśnie wysokość szkody poniesionej przez (...). Znalazło to odzwierciedlenie w niekwestionowanych zeznaniach pracownika pozwanego A. K., że projekt umowy nie podlegał negocjacjom, a kara umowna została wprowadzona, gdyż stanowi powtórzenie regulacji ustawowych, stanowi quasi odszkodowanie (nagranie k. 365, 435-436). Nie zapominając o innych funkcjach kary umownej, należało zatem zwrócić uwagę przede wszystkim na funkcję odszkodowawczą.

Sąd I instancji ustalił, że skoro powód miał osiągnąć na realizacji tego kontraktu około 10% zysku, to kara umowna nie jest rażąco wygórowana. W tym zakresie oparł się na twierdzeniu reprezentanta powoda G. S., który faktycznie zeznał, że spółka przewidywała zysk na tym poziomie (nagranie k. 365, 424-425). I to był jedyny dowód w tym przedmiocie. Nawet abstrahując od tego, że do dowodu z przesłuchania stron należy podchodzić z dużą ostrożnością w zakresie, w jakim strona zeznaje na swoją korzyść, co jest oczywiste, a w tym przypadku – według tych zeznań – zysk, a więc nadwyżka przychodu nad kosztami, miał wynieść mniej więcej tyle, ile zapisana w umowie kara umowna, co samo w sobie budziło wątpliwości, to Sąd I instancji nie zauważył, że odpowiedzialność za szkodę hipotetyczną (utracone korzyści) wymaga wykazania z bardzo wysokim, graniczącym z pewnością prawdopodobieństwem, że korzyści, których utrata ma zostać naprawiona, zostałyby osiągnięte, gdyby nie zdarzenie wyrządzające szkodę. Jako kryterium oceny przyjmuje się porównanie rzeczywistego przebiegu zdarzeń i hipotetycznego ich toku, odtwarzanego z wyłączeniem przyczyny szkody. Uwzględnia się przy tym zarówno przesłanki podmiotowe jak i przedmiotowe świadczące o subiektywnej i obiektywnej możliwości osiągnięcia korzyści. Wykazanie jedynie szansy ich uzyskania nie jest wystarczające (zob. np. wyroki SN: z dnia 22.01.2008 r., II CSK 377/07, Legalis nr 491899 i z dnia 22.04.2015 r., III CSK 256/14, Legalis nr 1310206).

Sąd I instancji powinien był wziąć pod uwagę cały materiał dowodowy zebrany w sprawie, a w szczególności całość zeznań reprezentanta powoda. Już bowiem te zeznania nie dawały podstaw do przyjęcia, aby faktycznie można było mówić o zysku na poziomie 10%. Tymczasem jak wskazano powyżej, reprezentant powoda G. S. przyznał, że spółka była zainteresowana podpisaniem aneksu wydłużającego, bo to była praca dosyć lukratywna, gdyż zapewniała spółce dobre obroty, takie prace zapewniają przerób na dany i kolejny rok (nagranie k. 365, 427). Widać więc, że powód nie utożsamiał „lukratywności” kontraktu z ewentualnym zyskiem, ale przede wszystkim z obrotem. Co więcej, jak wynikało z twierdzeń strony pozwanej, powodowa spółka wygrała przetarg z uwagi na złożenie oferty z najniższą ceną. Okoliczność ta nie była kwestionowana, a więc zastosowanie znajdował art. 230 k.p.c. W tym kontekście, z uwagi również na wskazane zeznania reprezentanta powoda, wątpliwości budzi stwierdzenie, że zysk był kalkulowany przez spółkę akurat na poziomie aż 10%, czyli tyle, ile miała wynieść kara umowna, szczególnie jeżeli weźmie się pod uwagę publikacje prasowe przedłożone przez pozwanego. Oczywiście zgodzić się należało z Sądem I instancji, że same takie publikacje nie stanowią bezpośredniego dowodu na okoliczność marży (zysku), jaką miał na tej inwestycji wypracować powód, jednak wskazują, jakie są generalnie zyski z inwestycji budowlanych, tj. do 3%, a często mniejsze, a budowa mostu, chociaż jest specjalistyczną inwestycją budowlaną, to nadal jest taką inwestycją. Mając na uwadze wskazane zeznania i fakt wygrania przez (...)przetargu ceną, a nie innymi elementami, zeznaniom reprezentanta powoda, a więc osoby jednoznacznie zainteresowanej w wyniku sprawy, odnośnie do wysokości zysku nie można było dać wiary.

Sąd I instancji nie rozważył innej okoliczności. Z zeznań reprezentanta powoda G. S. wynikało, że powód liczył na związanie dużej części potencjału dla pozwanego. W zależności od etapu prac na tej inwestycji miało być 20-25 osób. Równolegle do B. powód prowadził kontrakt na (...), a po utracie kontraktu w B., we wrześniu i w kolejnych miesiącach wygrał duży kontrakt na 16 mostów i inne duże zadania (nagranie k. 365, 425, 433). Tak więc powód prowadził inne duże inwestycje, a zatem potencjał ludzki i sprzętowy, który miał być zaangażowany do inwestycji w B., został zagospodarowany na innych inwestycjach. Oznacza to, że potencjał, który miał wypracować zysk na inwestycji w B., mógł wypracować zysk na innych inwestycjach. Nawet gdyby teoretycznie przyjąć, że faktycznie zysk spółki (...) z przedmiotowej inwestycji miał wynieść 10%, to niezasadne było przyjęcie, że tyle wyniosła utracona korzyść po jej stronie, gdyż była ona przynajmniej znacznie pomniejszona w związku z wypracowaniem zysku z innych inwestycjach, ze względu na zaangażowanie tam pracowników i sprzętu.

Powód wykonał tylko 0,26% przewidzianych prac, a konkretnie prace przygotowawcze, gdyż inwestycja trwała w sumie 3 miesiące. Spółka w ogóle nie przystąpiła do wykonywania prac zasadniczych. Jak zeznał kierownik budowy ze strony (...), P. N., powód rozpoczął prace przygotowawcze, geodezyjne i wycinkę drzew, ustawił zaplecze, zatrudnił ludzi, sprowadził koparki, ponosił koszty wynajęcia mieszkań pracownikom, a po likwidacji budowy baraki trzeba było zwrócić, bo były zamawiane w innej firmie (nagranie k. 365, k. 417, 419-420). Reprezentant powoda G. S. dodał, że kierownik budowy był zatrudniony na umowę o dzieło, miało być mu płacone wynagrodzenie kilkunastu tysięcy złotych miesięcznie, w tym część jako prowizje (nagranie k. 365, 430, 432). Jednak bezsporne było, że pozwany zwrócił powodowi niemal wszystkie przedstawione przez niego koszty dotyczące okresu od wejścia na budowę – powód przedstawił zestawienie kosztów na kwotę 53.286,06 zł, zaś pozwany zapłacił mu z tego tytułu kwotę 51.184,53 zł, na którą to kwotę (...) wystawił na rzecz (...) faktury VAT (k. 77-79). Także pracownik pozwanego A. K. potwierdził, że kwota ponad 50.000,00 zł została zapłacona na rzecz powoda (nagranie k. 365, 437). Zatem jedyne koszty, o jakich można mówić, dotyczyły wszelkiego rodzaju wydatków związanych z zawarciem umowy, np. gwarancji. Reprezentant powoda G. S. zeznał, że pozwany nie zwrócił wszystkich kosztów, jak gwarancji i innych (nagranie k. 365, 426). Te koszty powód wyliczył na kwotę 276.961,60 zł netto, przedstawiając tabelaryczne zestawienie kosztów z różnych tytułów (k. 52-76), z których koszt gwarancji stanowił niemal połowę tych kosztów. Pozwany w toku procesu tego zestawienia nie kwestionował, a więc zastosowanie znajdował art. 230 k.p.c.

Powyższe koszty można traktować jako szkodę rzeczywistą po stronie powoda. Natomiast, jak wskazano, szkoda w postaci utraconych korzyści, jeżeli zaistniała, to na stosunkowo niskim poziomie. Nie sposób więc stwierdzić, jak to uczynił Sąd I instancji, że szkoda powoda wyniosła „około 10%”. Zasadne było zatem zastosowanie instytucji miarkowania kary umownej, jako że była ona rażąco wygórowana. Mając jednak na uwadze, że kara umowna nie pełni tylko funkcji odszkodowawczej, gdyż nie jest stricte odszkodowaniem, ale również inne funkcje, zasadne było

ustalenie jej na poziomie połowy dochodzonej kwoty. Kara umowna w takiej wysokości spełnia wszystkie cele i funkcje postawione przed tą instytucją. Od tej kwoty należały się odsetki, których początkowa data została prawidłowo ustalona przez Sąd I instancji.

Zmiana zaskarżonego wyroku co do żądania głównego z odsetkami skutkowałą zmianą tego wyroku co do kosztów procesu w postępowaniu przed Sądem I instancji, z uwagi na treść art. 100 k.p.c. Koszty te należało rozdzielić stosunkowo, przy uwzględnieniu, że strony wygrały sprawę w 50%. Na koszty te składały się: opłata od pozwu uiszczona przez powoda, koszty zastępstwa procesowego stron, zgodnie z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 490 ze zm.), oraz opłata skarbową od dokumentu pełnomocnictwa strony powodowej, przy czym skoro strony wygrały po połowie, koszty zastępstwa procesowego zniosły się. W pozostałym zakresie apelacja podlegała oddaleniu.

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 386 § 1 i art. 385 k.p.c., należało orzec jak w punktach I i II sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 100 w zw. z art. 108 § 1 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 powyższego rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości, z uwzględnieniem okoliczności, że strony wygrały w postępowaniu apelacyjnym również po połowie, a więc również w tym postępowaniu koszty zastępstwa procesowego zniosły się.