

Sygn. akt I ACa 197/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 czerwca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Krzysztof Chojnowski
Sędziowie	:	SA Małgorzata Dołęgowska SO del. Dariusz Małkiński (spr.)
Protokolant	:	Sylwia Radek - Łuksza

po rozpoznaniu w dniu 24 czerwca 2015 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **w J.**

przeciwko **Powiatowi (...)**

**o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 28 listopada 2014 r. sygn. akt I C 323/14

**1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:**

a) **w punkcie I oddala powództwo;**

b) **w punkcie II zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 7.200 (siedem tysięcy dwieście) zł tytułem zwrotu kosztów procesu;**

**2. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 20.661 (dwadzieścia tysięcy sześćset sześćdziesiąt jeden) zł tytułem zwrotu kosztów procesu w instancji odwoławczej, w tym 5.400 (pięć tysięcy czterysta) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.**

## UZASADNIENIE

Powód: (...) w J. wniósł o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego Powiatu (...) 305.218,92 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od kwot:

-93.988,90 złotych od dnia 25 lipca 2011 r. do dnia zapłaty i

-211.230,02 złotych od dnia 20 października 2011 r. do dnia zapłaty.

Domagał się również zasądzenia od pozwanego kosztów procesu według norm przepisanych.

Pozwany Powiat (...) wniósł o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie na jego rzecz od powoda kosztów procesu według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy w Olsztynie I Wydział Cywilny w wyroku z dnia 28 listopada 2014 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: I C 323/14 zadośćuczynił w całości żądaniom pozwu i zasądził od pozwanego na rzecz powoda: kwotę 305.218,92 zł wraz z odsetkami ustawowymi (pkt I), a ponadto kwotę 7.217 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt II).

Orzeczenie powyższe zapadło na gruncie następujących ustaleń faktycznych i prawnych.

W dniu 7 kwietnia 2010 r. między pozwanym Powiatem (...) jako zamawiającym a konsorcjum(...) w O. oraz partner konsorcjum (...) sp. z o.o. w B.) jako wykonawcą doszło w wyniku przeprowadzenia przetargu nieograniczonego do zawarcia umowy nr (...). Przedmiotem umowy było wykonanie usług architektonicznych i inżynierskich w zakresie projektowania, robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Poprawa jakości opieki długoterminowej w regionie poprzez modernizację i wyposażenie(...) w O.”, realizowanego w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, zgodnie ze złożoną ofertą, specyfikacją istotnych warunków zamówienia(...), programem funkcjonalno-użytkowym, opracowaną i zatwierdzoną dokumentacją projektową, uzyskaniem pozwoleniem na budowę, wiedzą techniczną, prawem budowlanym, z uwzględnieniem wymagań obowiązujących przepisów prawnych. Zakres robót obejmował trzy etapy, przy czym etap drugi stanowiła faza wykonania robót budowlanych na podstawie opracowanej i zatwierdzonej dokumentacji projektowej, zgodnie z pozwoleniem budowlanym, umową, harmonogramem rzeczowo-finansowym robót budowlanych, obowiązującym prawem, normami, zasadami wiedzy technicznej, sztuką budowlaną i SIWZ, wykonania robót pomocniczych, przygotowawczych i porządkowych oraz napraw ewentualnych uszkodzeń.

Terminy zakończenia zostały określone dla: I etapu (faza projektowa) – po uzyskaniu pozwolenia na budowę, do dnia 30 września 2010 r., II etapu (faza wykonania robót budowlanych) – do dnia 1 czerwca 2011 r. i III etapu (uzyskanie pozwolenia na użytkowanie) – do dnia 15 sierpnia 2011 r.

Za wykonanie zamówienia objętego umową strony uzgodniły, że wykonawcy należy się wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 6.039.000 zł brutto, w tym: etap I – kwota 67.100 zł brutto, etap II – 5.874.300 zł brutto, etap III – kwota 97.600 zł brutto.

Zgodnie z § 11 umowy zamawiający miał prawo naliczyć wykonawcy karę umowną:

-za odstąpienie od umowy z winy wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia umownego,

-za zwłokę w oddaniu określonego w harmonogramie rzeczowo-finansowym etapu w wysokości 0,1% wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki,

-za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, licząc od dnia wyznaczonego na usunięcie wad.

Odstąpienie od umowy mogło nastąpić:

-przez zamawiającego, bez wyznaczania terminu dodatkowego, jeżeli wykonawca opóźnia się z wykonaniem przedmiotu umowy tak dalece, że wątpliwe będzie terminowe zakończenie robót,

-przez zamawiającego na skutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność wykonawca – wówczas wykonawca będzie obciążony obowiązkiem naprawienia szkody, jaką poniósł zamawiający, w związku z odstąpieniem od umowy i powierzeniem jej wykonywania innemu wykonawcy.

W formularzu ofertowym składanym przez konsorcjum (...) zawarto oświadczenie, że wykonawca zapoznał się z warunkami zamieszczonymi w SIWZ i nie wnosi do nich zastrzeżeń oraz zdobył konieczne informacje do właściwego przygotowania oferty.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków umowy oferent – w celu zapoznania się z przedmiotem zamówienia – miał możliwość dokonania oględzin miejsca budowy i rozpoznać wszelkie uwarunkowania, które mogą mieć wpływ na przyszły proces realizacji zadania i podaną w ofercie cenę.

W trakcie wykonywania prac projektowych okazało się, iż założenia przyjęte w programie funkcjonalno-użytkowym nie mogą być zrealizowane. Rozrysowany przez pozwanego rozkład pomieszczeń, na podstawie którego wykonawca określił zakres prac budowlanych i sporządziła kalkulację kosztów wykonania zamówienia, nie spełniał wymogów zawartych w Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 10 listopada 2006 r. w sprawie wymagań, jakim powinny odpowiadać pod względem fachowym i sanitarnym pomieszczenia i urządzenia zakładu opieki zdrowotnej.

W dniu 10 czerwca 2010 r. miało miejsce spotkanie przedstawicieli (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o., w trakcie którego ustalono m.in., że przyjęte czterołóżkowe pokoje (łącznie ok. 65 łóżek) w koncepcji dołączonej do SIWZ nie zapewniają wymaganej przestrzeni wokół łóżek, dlatego też możliwe jest zaprojektowanie pokoi trzyłóżkowych (łącznie ok. 66 łóżek) w większości bez przylegających łazienek lub pokoi dwułóżkowych z łazienkami (łącznie ok. 50 łóżek). Uczestnicy tego spotkania uznali, że istniejąca klatka schodowa nie spełnia warunków technicznych, w związku z czym możliwe są dwa warianty do rozważenia: jeden obejmuje pozostawienie istniejącej klatki schodowej bez zmian i realizację nowej klatki schodowej dobudowanej od strony zewnętrznej budynku (wówczas należy się liczyć ze zmniejszeniem ilości łóżek do ok. 63), a drugi wskazuje na konieczność przebudowy z powiększeniem istniejącej klatki schodowej do wymaganych parametrów, w tym przeciwpożarowych.

W dniu 7 lipca 2010 r. odbyło się kolejne spotkanie z udziałem przedstawicieli inwestora, inżyniera kontraktu, wykonawcy i użytkownika obiektu. Ustalono, że ze względu na rozbieżności w wyliczeniu łącznej liczby łóżek wykonawca zweryfikuje podane wyliczenia przy uwzględnieniu izolatki i przy zachowaniu łącznej liczby łóżek 67. Wyrażono zgodę, aby zamiast przyjętych pokoi czterołóżkowych zaprojektować zgodnie z propozycją pokoje trzyłóżkowe bez łazienek przy zachowaniu optymalnej liczby łazienek niezbędnej do obsługi osób przewlekle chorych oraz zachowaniu minimum 66 łóżek. Odnośnie wykorzystania istniejącego poddasza wykonawca stwierdził, że zmiana gabarytów poddasza spowoduje zwiększenie kosztów realizacji inwestycji, zaś pozwany jako zamawiający zajął stanowisko, że inwestycja nie może generować dodatkowych kosztów finansowych, ponieważ są to koszty niekwalifikowane w projekcie.

W dniu 23 lipca 2010 r. wykonawca przekazał pozwanemu propozycję projektową z prośbą o wyznaczenie terminu spotkania celem jej zatwierdzenia lub akceptacji. W odpowiedzi na powyższe pozwany pismem z dnia 28 lipca 2010 r. przekazał kserokopię uwag do przedłożonej koncepcji modernizacji (...) w B. wniesionych przez inżyniera kontraktu i użytkownika obiektu. Pozwany stwierdził, że po uwzględnieniu uwag przez wykonawcę akceptuje przedstawioną koncepcję, poprzedzającą sporządzenie wymaganej dokumentacji projektowej dla inwestycji objętej umową z dnia 7 kwietnia 2010 r.

W dniu 28 lipca 2010 r. wykonawca przekazał dokumentację projektową zawierającą: inwentaryzację budynku wraz z kaplicą w B., inwentaryzację zieleni oraz ekspertyzę konstrukcyjną.

Pismem z dnia 1 września 2010 r. pozwany zwrócił się do (...) sp. z o.o. jako lidera konsorcjum o niezwłoczne przekazanie informacji o stanie zaawansowania prac projektowych. Wskazał, że zgodnie z umową faza projektowa powinna być zakończona do dnia 30 września 2010 r., a opracowany projekt budowlany przed złożeniem wniosku o

wydanie pozwolenia budowlanego należy złożyć do sprawdzenia i akceptacji przez inżyniera kontraktu i zatwierdzenia ostatecznej wersji przez pozwanego jako zamawiającego.

Pismem z dnia 13 września 2010 r. przekazano wykonawcy pismo zawierające uwagi inżyniera kontraktu, użytkownika obiektu i Wydziału Inwestycji i Funduszy (...) Starostwa Powiatowego do przedłożonego projektu budowlanego.

W dniu 23 września 2010 r. odbyło się spotkanie w obecności przedstawicieli inwestora, inżyniera kontraktu, wykonawcy i użytkownika obiektu. Wykonawca zobowiązał się przekazać inżynierowi kontraktu jeden egzemplarz projektu budowlanego do zaakceptowania, a inżynier kontraktu zobowiązał się do przekazania zaakceptowanego egzemplarza projektu budowlanego pozwanemu jako zamawiającemu do dnia 28 września 2010 r.

W dniu 27 września 2010 r. wykonawca przekazał pozwanemu jako zamawiającemu projekt budowlany „Przebudowa dwóch budynków (...) w O.” niezbędny do uzyskania pozwolenia na budowę dla realizowanego zadania inwestycyjnego i zobowiązał się do uzupełnienia oraz naniesienia korekt w przypadku ujawnienia istotnych wad w projekcie budowlanym.

W dniu 28 września 2010 r. (...) Sp. z o.o. zwróciła się do pozwanego z prośbą o przesunięcie w harmonogramie rzeczowo-finansowym terminu realizacji I etapu prac o 30 dni, co było podyktowane czasochłonnymi uzgodnieniami z inżynierem kontraktu oraz pozwanym jako inwestorem i zwiększeniem prac projektowych, wskazując jednocześnie, że zakończenie inwestycji nastąpi w pierwotnie ustalonym terminie.

W odpowiedzi na powyższą prośbę pozwany poinformował, że nie ma możliwości przesunięcia w harmonogramie rzeczowo-finansowym terminu realizacji I etapu prac obejmującego prace projektowe, ponieważ konsekwencją zmiany harmonogramu jest konieczność wprowadzenia zmiany do umowy w zakresie terminu realizacji umowy, a taka zmiana jest zmianą istotną, której zgodnie z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych nie można wprowadzić.

Pismem z dnia 1 października 2010 r. (...) sp. z o.o. jako lider konsorcjum wystąpiła do pozwanego z wnioskiem o wycofanie wniosku o pozwolenie na budowę i zwrócenie dokumentacji projektowej w celu poprawienia błędów w projekcie.

W dniu 11 października 2010 r. doszło do kolejnego spotkania z udziałem przedstawicieli zamawiającego, wykonawcy i inżyniera kontraktu celem ustalenia stanowiska stron w sprawie zmienionego zakresu robót projektowych i budowlanych. Ostatecznie uzgodniono, że wykonawca do dnia 15 października 2010 r. przedłoży inżynierowi kontraktu i do wiadomości zamawiającemu projekty wykonawcze oraz kosztorysy celem weryfikacji zmian wprowadzonych do projektu w stosunku do programu funkcjonalno-użytkowego i oferty złożonej przez wykonawcę w przetargu.

W dniu 25 października 2010 r. spotkał się kolejny zespół projektowy. Podczas spotkania wykonawca zobowiązał się do przedłożenia projektów wykonawczych, kosztorysów i przedmiarów celem weryfikacji zmian wprowadzonych przez wykonawcę w stosunku do (...) i oferty złożonej w przetargu.

Pismem z dnia 2 listopada 2010 r. inżynier kontraktu poinformował pozwanego, że w wyniku oceny przedłożonego przez wykonawcę projektu budowlanego inwestycji nie wyraża zgody na jego akceptację, bowiem jest on niezgodny z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego. W załączeniu przesłał uwagi branżowych inspektorów nadzoru inwestorskiego do projektu budowlanego.

W dniu 5 listopada 2010 r. pozwany złożył wniosek o wydanie pozwolenia na budowę, do którego załączono projekt budowlany nieuwzględniający korekt inżyniera kontraktu.

Pismem z dnia 23 listopada 2010 r. pozwany wezwał wykonawcę do wywiązania się z warunków umowy nr (...) w terminie do dnia 6 grudnia 2010 r. Wskazał, że mimo wielokrotnych ustaleń i zobowiązań do dnia 22 listopada 2010 r.

wykonawca nie złożył kompletnej dokumentacji projektowej. W załączeniu przekazał kopie pism inżyniera kontraktu z dnia 15 i 20 listopada 2010 r. potwierdzające, że dokumentacja zawiera luki i została wykonana nienależycie.

Pismem z dnia 30 grudnia 2010 r. będącym odpowiedzią na pismo z dnia 28 grudnia 2010 r., (...) sp. z o.o. jako lider konsorcjum zwróciła się do pozwanego z prośbą o przesunięcie realizacji zawartej umowy nr (...) o 5 miesięcy. Wniosek motywowała wydłużeniem etapu I prac, zwiększonym zakresem prac projektowych znacznie odbiegającym od programu funkcjonalno-użytkowego i zwiększonym zakresem robót budowlanych.

W dniu 30 grudnia 2010 r. odbyło się spotkanie z udziałem przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy. W trakcie tego spotkania omówiono sprawy związane z terminem i kosztem wykonania robót budowlanych objętych umową nr (...). (...) sp. z o.o. jako lider konsorcjum zaproponowała wydłużenie terminu realizacji umowy. Pozwany oświadczył, że wyraża wstępną zgodę na przedłużenie terminu realizacji II etapu umowy do dnia 31 października 2011 r. oraz III etapu umowy do dnia 15 grudnia 2011 r., ale zaznaczył, że podstawowym warunkiem zawarcia aneksu do umowy zmieniającego termin jest uzyskanie zgody na wprowadzenie zmian od instytucji udzielającej dofinansowania oraz zgody partnera projektu – przyszłego użytkownika budynku szpitalnego.

W dniu 5 stycznia 2011 r. Starosta Powiatowy w O. wydał decyzję o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenie na przebudowę dwóch budynków (...) w O. – istniejącego budynku szpitala i budynku świetlicy letniej wraz z instalacjami.

W dniu 7 stycznia 2011 r. stwierdzono ukończenie I etapu prac objętych umową nr (...) z dnia 7 kwietnia 2010 r.

W związku z wykonanymi pracami (...) sp. z o.o. jako lider konsorcjum będącego wykonawcą wystawiła dwie faktury VAT: nr (...) na kwotę 344.572 zł z terminem płatności na dzień 24 lipca 2011 r. oraz (...) na kwotę 211.230 zł, skorygowaną następnie fakturą z dnia 19 września 2011 r. nr (...) na kwotę 211.230,02 zł z terminem płatności zgodnym z umową.

Należność z tytułu faktury VAT nr (...) została częściowo uregulowana na sumę 250.583,20 zł.

Pismem z dnia 14 lutego 2011 r. pozwany poinformował wykonawcę, że naliczył karę umowną za zwłokę w oddaniu określonego w harmonogramie rzeczowo-finansowym I etapu pac w wysokości 6.575,80 zł, oraz że powyższa kwota zostanie potrącona z należnością wynikającą z faktury częściowej nr (...).

Pismem z dnia 23 maja 2011 r. pozwany zobowiązał (...) sp. z o.o. do zaangażowania sił i środków niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy. Zdaniem pozwanego, powinien zwiększyć się przerób dzienny w realizacji budowy przez zaangażowanie większej liczby osób, zorganizowanie robót na drugą zmianę, zabezpieczenie frontu pracy pracownikom znajdującym się na terenie budowy.

W dniu 29 czerwca 2011 r. do (...) sp. z o.o. jako lidera konsorcjum wpłynęło pismo pozwanego, w którym stwierdził, że wykonawca był obowiązany do zakończenia II etapu robót do dnia 1 czerwca 2011 r., czego nie uczynił. Jednocześnie poinformowano, że została podjęta decyzja o naliczeniu kar umownych od dnia 2 czerwca 2011 r. do dnia odbioru końcowego w wysokości 5.874,30 zł za każdy dzień zwłoki w oddaniu określonego w umowie etapu prac.

Pismem z dnia 30 czerwca 2011 r. inżynier kontraktu poinformował pozwanego, że w jego ocenie, nie jest możliwe wykonanie pełnego zakresu przedmiotu umowy do dnia 15 sierpnia 2011 r. Zakończenie robót w sierpniu jest możliwe, jeśli wykonawca zwiększy przerobyienne, angażując pracowników w systemie co najmniej dwuzmianowym i w dni ustawowo wolne od pracy, zwiększy znacznie liczbę pracowników i bardziej zaangażuje się w skuteczną realizację prac. W dniach od 15 do 17 czerwca 2011 r. oraz od 2 do 8 sierpnia 2011 r. miały miejsce częściowe odbiory prac objętych II etapem. Do wykonanych robót zaliczono m.in. instalacje elektryczne w piwnicy, na parterze i I piętrze, uzupełnienie sufitów w piwnicy, instalacje służące dostarczaniu gazów medycznych.

Pismem z dnia 16 sierpnia 2011 r. pozwany oświadczył, że na podstawie § 8 ust. 2 i § 12 ust. 3a umowy nr (...) z dnia 7 kwietnia 2010 r. odstępuje od dalszej jej realizacji.

Pismem z dnia 18 października 2011 r., doręczonym w dniu 20 października 2011 r., pozwany powiadomił (...) sp. z o.o. jako lidera konsorcjum, że należności objęte fakturami VAT nr (...) zostały przez niego potrącone z wierzytelnością z tytułu kar umownych za nieterminową realizację II etapu prac wynikającego z umowy nr (...) (za okres od 2 do 17 czerwca 2011 r. naliczono karę 98.988,80 złotych, a za okres od 18 czerwca do 15 sierpnia 2011 r. – 340.709,40 złotych). Pierwszą karę umowną potrącono z należnością wynikającą z faktury VAT nr (...), a drugą z należnością objętą fakturą VAT nr (...) i tym samym do zapłaty pozostała jeszcze kwota 129.479,40 złotych.

Pozwany zgłosił w postępowaniu upadłościowym dotyczącym (...) sp. z o.o. w O. wierzytelność w łącznej wysokości 733.379,38 złotych, w tym wierzytelność w kwocie 129.479,38 złotych z tytułu kary umownej za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy oraz wierzytelność w kwocie 603.900 złotych z tytułu kary umownej naliczonej na podstawie § 11 ust. 1 pkt umowy nr (...), tj. z tytułu odstąpienia od umowy. Ostatecznie postanowieniem z dnia 8 maja 2014 r., po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, sędzia-komisarz zmienił listę wierzytelności w ten sposób, że uznał część wierzytelności pozwanego w wysokości 402.600 złotych z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy.

Postanowieniem z dnia 11 kwietnia 2012 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: V GUp 13/11 Sąd Rejonowy w Olsztynie zmienił sposób prowadzenia postępowania upadłościowego (...) sp. z o.o. z siedzibą w O. z postępowania z możliwością zawarcia układu na postępowanie obejmujące likwidację majątku upadłego.

W dniu 4 sierpnia 2011 r. (...) sp. z o.o. w O. wystąpiła do Sądu Okręgowego w Olsztynie przeciwko pozwanemu z pozwem o zapłatę kwoty 100.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wytoczenia powództwa tytułem części wynagrodzenia za roboty wykraczające poza zakres rzeczowy i kosztowy umowy pierwotnej.

Wyrokiem z dnia 25 stycznia 2012 r. Sąd Okręgowy w Olsztynie w sprawie I C 452/11 oddalił powództwo. Wyrok ten uprawomocnił się bez zaskarżenia.

Pismem z dnia 14 marca 2013 r., doręczonym w dniu 15 marca 2013 r., powód wezwał pozwanego do zapłaty w terminie do dnia 25 marca 2013 r. kwoty 3.797.540,78 zł z tytułu należności przysługujących (...) sp. z o.o. jako wykonawcy robót projektowych i budowlanych na podstawie umowy nr (...). Na powyższą sumę składały się: kwota 6.575,80 zł – częściowo niezapłacona należność z faktury nr (...) po uwzględnieniu faktury korygującej nr (...), kwota 93.988,80 zł – częściowo niezapłacona należność z faktury nr (...), kwota 211.230 zł – niezapłacona należność z faktury nr (...), kwota 2.792.481,18 zł – niezapłacona należność z faktury nr (...) po uwzględnieniu faktury korygującej nr (...), kwota 89.365 zł – niezapłacona należność z faktury nr (...), kwota 603.900 zł – niezapłacona kara umowna za odstąpienie przez LB od umowy z winy pozwanego.

W odpowiedzi na wezwanie pozwany pismem z dnia 21 marca 2013 r. wskazał, że (...) sp. z o.o. nie posiada wobec niego żadnych roszczeń, a przedstawione należności są bezzasadne.

Powód dochodził w niniejszym postępowaniu należności za wykonane prace na podstawie umowy nr (...) z dnia 7 kwietnia 2010 r. w oparciu o faktury VAT nr (...). Strona powodowa podnosiła przy tym, że pozwany nie złożył oświadczenia o potrąceniu wierzytelności z tytułu kar umownych w terminie określonym art. 96 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze. Strona pozwana natomiast stała na stanowisku, że wierzytelności (...) sp. z o.o. w O. będącej liderem konsorcjum z tytułu wykonanych prac nie istnieją z uwagi na skuteczne ich potrącenie z wierzytelnością służącą pozwanemu z tytułu naliczonej kary umownej za nieterminową realizację przedmiotu umowy.

Poza sporem pozostawała okoliczność, że pismem z dnia 16 sierpnia 2011r. (dzień po upływie terminu do zakończenia III etapu prac obejmującego uzyskanie pozwolenia na użytkowanie) pozwany złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy, powołując się na § 8 ust. 2 i § 12 ust. 3a tejże umowy, a następnie z tego tytułu naliczył karę umowną w wysokości 603.900 złotych, którą zgłosił do masy upadłości.

Bezspornym było również, że w umowie nr (...) z dnia 7 kwietnia 2010 r. strony niniejszego sporu zastrzegły na rzecz pozwanego jako zamawiającego trzy kary umowne: 1. za odstąpienie od umowy z winy wykonawcy, 2. za zwłokę w oddaniu określonego w harmonogramie rzeczowo-finansowym etapu prac, 3. za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi. Pismem z dnia 18 października 2011 r. pozwany naliczył karę umowną z tytułu zwłoki w oddaniu II etapu prac w łącznej wysokości 434.698,20 zł i złożył oświadczenie o potrąceniu jej z należnościami (...) sp. z o.o. w kwocie 305.218,82 zł z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty, wskutek czego – zdaniem pozwanego – wierzytelność wykonawcy uległa umorzeniu i nie istnieje. Należy przy tym przyznać rację stronie pozwanej, że przepis art. 96 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze nie będzie miał zastosowanie do sytuacji, gdy oświadczenie o potrąceniu zostało złożone jeszcze przed ogłoszeniem upadłości obejmującej likwidację majątku dłużnika. Jeśli potrącenie zostało dokonane jeszcze przed ogłoszeniem upadłości, wzajemna wierzytelność upadłego (ściślej dłużnika) nie istnieje i z tego względu nie może być objęta masą upadłości, a w takim przypadku do potrącenia dokonanego przed ogłoszeniem upadłości nie mają zastosowania modyfikacje płynące z przepisów prawa upadłościowego.

W niniejszej sprawie upadłość likwidacyjną ogłoszono na mocy postanowienia Sądu Rejonowego w Olsztynie z dnia 11 kwietnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt: V GUp 13/11, a oświadczenie o potrąceniu zawarto w piśmie z dnia 18 października 2011 r. W związku z powyższym rozstrzygnięcia wymagała przede wszystkim kwestia, czy potrącenie dokonane przez stronę pozwaną na podstawie pisma z dnia 18 października 2011 r. było skuteczne i tym samym doprowadziło do umorzenia potrącanych wierzytelności do wysokości niższej z nich.

Zgodnie z art. 498 § 1 k.c. gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Stosownie do § 2 tego przepisu skutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej.

Na podstawie przywołanych przepisów należy stwierdzić, że do skutecznego potrącenia wierzytelności może dojść, jeśli są spełnione następujące przesłanki: 1) dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami (wzajemność wierzytelności); 2) przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku (jednorodność wierzytelności); 3) obie wierzytelności są wymagalne; 4) obie wierzytelności mogą być dochodzone przed sądem lub innym organem państwowym.

Oświadczenie o potrąceniu jest czynnością materialnoprawną powodującą – w razie wystąpienia przesłanek określonych w art. 498 § 1 k.c. – odpowiednie umorzenie wzajemnych wierzytelności. Jednak trzeba wyraźnie zastrzec, że może ono wywołać skutki określone w przepisach prawa materialnego tylko wówczas, gdy obie potrącane wierzytelności rzeczywiście przysługują osobom będącym względem siebie jednocześnie dłużnikami i wierzycielami (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2011 r., sygn. akt IV CSK 488/11, LEX nr 1131137).

Nie jest dopuszczalne obciążenie dłużnika karą umowną z tytułu zwłoki lub opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy w sytuacji jednoczesnego nałożenia kary umownej za odstąpienie od umowy na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. W uchwale z dnia 18 lipca 2012 r. w sprawie III CZP 39/12 Sąd Najwyższy wyjaśnił, że nie może być kumulowana kara umowna przewidziana za nienależyte wykonanie zobowiązania, np. kara umowna za zwłokę w wykonaniu zobowiązania i kara umowna za niewykonanie zobowiązania. Nie sposób bowiem jednocześnie spełnić wymagań, od których naliczenie tych kar jest uzależnione, tj. wykonać, choćby w sposób nienależyty, i nie wykonać tego samego zobowiązania. Wierzyciel nie może zażądać zapłaty obu wymienionych kar umownych, gdyż wzajemnie się one wykluczają. Wskutek odstąpienia od umowy (na podstawie upoważnienia ustawowego, jak również umownego uregulowanego w art. 492 k.c.) powstaje stan, który należy zakwalifikować jako niewykonanie zobowiązania, skoro strona, która odstąpiła od umowy, może dochodzić naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. Z tego względu, że odstąpienie od umowy powoduje przekształcenie się stanu zwłoki lub opóźnienia w stan niewykonania zobowiązania strona może dochodzić kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy, tj. kary przewidzianej na wypadek niewykonania zobowiązania z wyłączeniem możliwości równoczesnego

dochodzenia kary umownej zastrzeżonej z tytułu zwłoki lub opóźnienia jako jednej z postaci nienależytego wykonania zobowiązania.

W uzasadnieniu tej uchwały wskazano, że zakresy pojęć „niewykonanie zobowiązania” oraz „nienależyte wykonanie zobowiązania” nie są tożsame. Stan opóźnienia lub zwłoki w wykonaniu zobowiązania, który już ustał, stanowi jedną z postaci nienależytego wykonania zobowiązania; gdy dłużnik spóźnia się z wykonaniem zobowiązania i z tej przyczyny wierzyciel odstępuje od umowy, dochodzi do niewykonania zobowiązania. Konstrukcja kary umownej z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, a ściślej, za szkodę powstałą w następstwie nienależytego wykonania zobowiązania, w tym obejmującą opóźnienie lub zwłokę w wykonaniu zobowiązania, zakłada, że dojdzie do wykonania zobowiązania, ale w sposób nienależyty (np. co do terminu), natomiast u podstaw konstrukcji kary umownej na wypadek niewykonania zobowiązania leży założenie, że zobowiązanie nie zostanie wykonane. Jeżeli więc umowa przewiduje karę umowną za zwłokę lub opóźnienie w wykonaniu zobowiązania oraz karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy, oznacza to, że pierwsza z tych kar jest zastrzegana jedynie za szkodę spowodowaną opóźnieniem lub zwłoką – jako jednych z postaci nienależytego wykonania zobowiązania, które jednak zostanie wykonane – natomiast drugi rodzaj kary umownej dotyczy rekompensaty za szkodę doznaną przez wierzyciela wskutek niewykonania zobowiązania, w następstwie odstąpienia od umowy, chociażby przyczyną wykonania tego uprawnienia była wcześniejsza zwłoka dłużnika lub inne okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi dłużnik. Konsekwencją przyjęcia stanowiska, że zakresy pojęć nienależytego wykonania zobowiązania oraz niewykonania zobowiązania nie są tożsame jest również konieczność rozróżnienia odpowiedzialności za szkodę spowodowaną nienależytym wykonaniem zobowiązania oraz za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania. W razie odstąpienia od umowy wchodzi w rachubę odpowiedzialność za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania, która pochłania odpowiedzialność za szkodę, wcześniej doznaną, z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, które miało miejsce przed odstąpieniem od umowy.

Na podstawie powyższej uchwały należy stwierdzić, że wobec odstąpienia od umowy pismem z dnia 16 sierpnia 2011 r. pozwany nie mógł naliczyć odrębnie kary umownej z tytułu zwłoki w oddaniu przedmiotu umowy. Kara ta, będąc zastrzeżoną na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania, została niejako pochłonięta z uwagi na odstąpienie od umowy. Innymi słowy, jeżeli miało miejsce odstąpienie od umowy, w grę wchodzi jedynie kara umowna za odstąpienie od umowy.

W tych okolicznościach należało rozważyć, czy w świetle okoliczności faktycznych sprawy pozwany był uprawniony do odstąpienia od umowy z dnia 7 kwietnia 2010 r. Kwestia ta ma o tyle istotne znaczenie, że w przypadku skutecznego odstąpienia od umowy pozwany byłby pozbawiony prawa obciążenia wykonawcy karą z tytułu nieterminowej realizacji przedmiotu umowy i tym samym skutecznego przedstawienia tej wierzytelności do potrącenia.

Zgodnie z § 8 ust. 2 i § 12 ust. 3a umowy nr (...) z dnia 7 kwietnia 2010 r. pozwany jako zamawiający był uprawniony do odstąpienia od umowy, bez wyznaczenia dodatkowego terminu, oraz powierzenia realizacji umowy innemu wykonawcy, jeżeli wykonawca opóźnia się z wykonaniem przedmiotu umowy tak dalece, że wątpliwe będzie terminowe zakończenie robót. Nie budzi wątpliwości fakt, że w określonym umownie terminie umowa nie została wykonana. Niemniej jednak powód wskazywał, że zachowanie terminu wykonania nie było możliwe z uwagi na okoliczności całkowicie od wykonawcy niezależne, a związane głównie z błędnymi założeniami projektowymi zawartymi w programie funkcjonalno-użytkowym, skutkującymi zwiększeniem zakresu prac projektowych i budowlanych.

Stosownie do zapisów umownych przedmiot zamówienia miał być zrealizowany w III etapach, przy czym termin zakończenia ostatniego z nich przypadał na dzień 15 sierpnia 2011 r., zaś umowę realizowano w systemie „zaprojektuj i wybuduj”. Według art. 31 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.

Formuła „zaprojektuj i wybuduj” znajduje zastosowanie, gdy zamawiający nie dysponuje szczegółowymi opracowaniami koncepcyjnymi odnoszącymi się do planowanej inwestycji. W przeciwieństwie do realizacji inwestycji



w systemie tradycyjnym, gdzie wykonawca zamówienia realizuje roboty według dostarczonego przez zamawiającego projektu, w systemie „zaprojektuj i wybuduj” na zlecenie zamawiającego opracowany jest jedynie wstępny projekt inwestycji, a na tej podstawie tworzona jest dokumentacja przetargowa. Następnie w wyniku postępowania przetargowego wyłaniany jest wykonawca zamówienia, który sporządza projekt budowlany, uzyskuje pozwolenie na budowę, a później realizuje roboty według wykonanego przez siebie projektu.

Zamówienie, które obejmuje zaprojektowanie i wykonawstwo specjalistycznych, skomplikowanych robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” skutkuje po stronie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia szczególnymi trudnościami związanymi z opracowaniem oferty na wykonanie zamówienia. Oferta ta bowiem nie jest sporządzana na podstawie kompletnej dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego, ale wyłącznie na podstawie ogólnej koncepcji zawartej w programie funkcjonalno-użytkowym. W tej sytuacji ryzyko, jakie wynika ze skąpych podstaw do oszacowania ceny oferty, wykonawcy uwzględniają w cenie ryczałtowej, która w konsekwencji musi zawierać niezbędną rezerwę finansową na wykonanie dodatkowych robót, których nie oszacowano na etapie procedury przetargowej. (por. wyrok (...) z dnia 9 września 2010 r., sygn. akt KIO 1835/10).

Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Szczegółowe warunki programu funkcjonalno-użytkowego znajdują się w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Zgodnie z § 15 rozporządzenia program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych.

W przypadku procesu „zaprojektuj i wybuduj” zamawiający odpowiada za prawidłowe sporządzenie programu funkcjonalno-użytkowego, natomiast za prawidłowość dokumentacji projektowej odpowiada wykonawca, jako że sporządzenie dokumentacji projektowej jest jednym z zadań mu powierzonych. Ryzyko nieprawidłowego wykonania robót budowlanych związanych z błędami w tej dokumentacji będzie więc obciążało wykonawcę.

W realizacji inwestycji typu „zaprojektuj i wybuduj” program funkcjonalno- użytkowy nie może być utożsamiany z projektem budowlanym, a stanowi jedynie wstęp do jego opracowania przez wykonawcę (tak (...) w wyroku z dnia 1 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1071/11, LEX nr 847098). Celem programu funkcjonalno-użytkowego jest bowiem przedstawienie projektantowi założeń w zakresie wymiarów, wydajności, materiałów konstrukcyjnych, zabezpieczenia, trwałości obiektu itp. Dopiero przygotowanie projektu budowlanego przez wykonawcę pozwoli w sposób ostateczny i wiążący dookreślić wszystkie parametry techniczne planowanego obiektu i zweryfikować poprawność założeń przyjętych w programie funkcjonalno-użytkowym. Oznacza to, że niekiedy może powstać potrzeba dokonania korekty parametrów przyjętych w programie funkcjonalno-użytkowym. Odmienne bowiem niż w przypadku robót budowlanych prowadzonych na podstawie projektu budowlanego, w zamówieniu realizowanym w modelu „zaprojektuj i wybuduj” to na wykonawcy ciąży odpowiedzialność względem zamawiającego za osiągnięcie efektu końcowego w postaci wybudowania obiektu spełniającego wymogi zamawiającego opisane w programie funkcjonalno-użytkowym.

Mając powyższe na uwadze, należy wskazać, że w programie funkcjonalno-użytkowym pozwany jako zamawiający wskazał rozkład i powierzchnię pomieszczeń, jak i liczbę łóżek, która powinna w każdym pomieszczeniu się znajdować. Niemniej jednak dopuścił odstępstwa od wymiarów i powierzchni określonych w programie w granicach +/- 15%, a były one możliwe pod warunkiem spełnienia wymogów i założeń funkcjonalnych oraz zachowania zgodności z obowiązującymi przepisami. Ponadto szczegółowy wykaz i rozkład pomieszczeń miał być przedstawiony do zaakceptowania przez zamawiającego na etapie opracowywania projektu budowlanego.

Wykonawca miał możliwość czynnego uczestnictwa w procedurze przetargowej i prawo sprawdzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, także w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia (programu

funkcjonalno-użytkowego) i zgłaszania wniosków o wyjaśnienie treści, miał również prawo zapoznać się z dokumentacją projektową i przeprowadzić wizję lokalną budynku szpitalnego. Na etapie opracowywania i składania oferty wykonawca z tych uprawnień nie skorzystał. Na podstawie specyfikacji istotnych warunków umowy oraz programu funkcjonalno-użytkowego wykonawca sporządził ofertę, określając wysokość wynagrodzenia ryczałtowego, za jakie był w stanie wykonać przedmiot umowy. Być może inny wykonawca, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, dostrzegł rozbieżności między programem funkcjonalno-użytkowym a wymaganiami rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 10 listopada 2006 r. i przedstawił inną, wyższą, cenę wykonania zamówienia, zakładając np. że konieczne będzie powiększenie powierzchni pokoi, aby móc z w nich zmieścić 4 łóżka dla chorych lub wybudować większą liczbę pokoi, aby pomieścić w nich zakładaną przez zamawiającego liczbę łóżek.

Istotne jest przy tym, że na wykonanie I etapu prac obejmującego fazę projektową łącznie z uzyskaniem pozwolenia na budowę i tym samym zweryfikowanie poprawności założeń przyjętych w programie funkcjonalno-użytkowym przeznaczono przeszło 5 miesięcy, czyli prawie 1/3 część czasu przewidzianego na realizację całego zadania. Natomiast dopiero na spotkaniu w dniu 7 lipca 2010 r., a zatem po 3 miesiącach od daty zawarcia umowy nr (...), wykonawca zasugerował konieczność zmiany w stosunku do SIWZ i programu funkcjonalno-użytkowego. Pozwany wyraził zgodę na propozycję zamiany pokoi czterołóżkowych na pokoje trzyłóżkowe bez łazienek, zastrzegając jedynie, aby została zachowana ogólna liczba łóżek (67).

Wbrew twierdzeniom świadka Z. L., prezesa zarządu (...) sp. z o.o., program funkcjonalno-użytkowy przewidywał usunięcie drewnianego stropu między parterem a I piętrem i zastąpienie go w całości stropem żelbetowym wylewanym oraz usunięcie niektórych ścian działowych i postawienie nowych ścianek z płyt gipsowo-kartonowych na parterze i I piętrze. Oznacza to, że nie wszystkie prace związane ze zmianą układu pomieszczeń były pracami nieprzewidywanymi i nieobjętymi założeniami programu funkcjonalno-użytkowego, a sam program zakładał odstępstwa na poziomie 15%. Jak wskazała przy tym świadek K. M., samo usunięcie stropu niosło za sobą poważne zmiany związane z wyburzeniem ścian.

Mimo że nastąpiła zmiana w stosunku do rozwiązań przyjętych w programie funkcjonalno-użytkowym, pismem z dnia 27 września 2010 r. wykonawca zwrócił się o wydłużenie o 30 dni terminu przewidzianego na zakończenie prac w I etapie, wskazując jednocześnie, że ukończy całą inwestycję w terminie umową zakreślonym. Choć były organizowane spotkania, na których określano nowe terminy, w ciągu których miała być przedkładana wymagana dokumentacja, nie były one przestrzegane przez wykonawcę, a przedstawiana dokumentacja w dalszym ciągu była niepełna i nasuwała zastrzeżenia inżyniera kontraktu. Owszem na spotkaniu w dniu 30 grudnia 2010 r. pozwany zgodził się na przesunięcie terminu ukończenia II i III etapu prac, ale pod jednym warunkiem – uzyskania zgody na wprowadzenie zmian od instytucji udzielającej dofinansowania oraz zgody partnera projektu – przyszłego użytkownika budynku szpitalnego. Wprawdzie świadek Z. L. wskazywał, że w lutym bądź marcu 2011 r. uzyskano wstępną zgodę instytucji finansującej, ale później poinformowano wykonawcę, że ostatecznie zgody tej nie udzielono i z powodu jej braku nie jest możliwe wydłużenie terminu zakończenia wykonywania umowy.

Z dołączonych do akt sprawy pism wynika, że w ocenie inżyniera kontraktu i pozwanego jako zamawiającego mimo opóźnień w realizacji inwestycji na poszczególnych jej etapach istniała realna szansa, aby zakończyć zadanie w ustalonym umownie terminie. Wymagało to jednak większego zaangażowania sił i środków niezbędnych do terminowego wykonania zamówienia – m.in. zwiększenia przerobów dziennych przy zaangażowaniu pracowników systemie co najmniej dwuzmianowym. Jak natomiast wynika z zeznań świadków m.in. A. W. i K. K., złożonych zarówno w postępowaniu przed Sądem Rejonowym w Olsztynie w sprawie o sygn. akt: V GUp 13/11, jak i postępowaniu przed Sądem Okręgowym w Olsztynie w sprawie o sygn. akt: I C 452/11, okolicznością, która miała znaczący wpływ na tempo wykonywanych prac, były problemy finansowe (...) sp. z o.o. i związane z tym długie przestoje w oczekiwaniu na potrzebne materiały budowlane. Co jest przy tym znamienne, świadkowie słuchani w ramach postępowania upadłościowego i postępowania o sygn. akt: I C 452/11 odmiennie określali przyczyny opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy oraz charakter programu funkcjonalno-użytkowego, w zależności od tego, na wniosek której ze stron procesu byli powołani. Dlatego też Sąd podszedł z dozą dużej ostrożności do zeznań świadków, dokonując oceny stanu faktycznego przez pryzmat całości materiału dowodowego zgromadzonego w aktach sprawy, w tym licznej

korrespondencji wymienionej między stronami postępowania w trakcie realizacji umowy, oraz wszystkich ujawnionych w sprawie okoliczności.

Na dzień 2 sierpnia 2011 r. etap II prac obejmujący fazę wykonywania robót budowlanych nie był ukończony, przy czym w umowie prace w tym przedmiocie miały zakończone do dnia 2 czerwca 2011 r. Oznacza to, że na kilka dni przed terminem realizacji całego zadania (15 sierpnia 2011 r.) nie zostały w całości wykonane prace z II etapu, zaś opóźnienie wynosiło 2 miesiące, a umowa obejmowała również III etap, który polegał na uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie.

W tych okolicznościach pozwany miał uzasadnione podstawy, by przypuszczać, że z uwagi na opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy nie było realne zachowanie pierwotnie ustalonego terminu realizacji zamówienia. Powyższe dawało stronie pozwanej prawo do odstąpienia od umowy na podstawie § 8 ust. 2 i § 12 ust. 3a umowy nr (...) z dnia 7 kwietnia 2010 r.

Uregulowanie zawarte w umowie nr (...), a dotyczące możliwości odstąpienia od umowy przez zamawiającego, odpowiada swoją treścią art. 635 k.c. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 stycznia 2012 r. w sprawie IV CSK 182/11 (OSNC 2012/7-8/90) wyraził pogląd, że na podstawie art. 635 k.c. dopuszczalne jest odstąpienie przez zamawiającego od umowy o dzieło także po upływie terminu do wykonania dzieła. Nie ma więc znaczenia z punktu widzenia skuteczności czynności, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy zostało złożone dzień po upływie terminu zakończenia inwestycji.

Zagadnienie skutków odstąpienia od umowy niejednokrotnie było analizowane w literaturze przedmiotu, jak i orzecznictwie. Wskazuje się, iż ma ono moc wsteczną, powoduje nie tylko wygaśnięcie umowy, ale powrót do stanu, jaki istniał przed jej zawarciem (skutek *ex tunc* - art. 395 § 2). Na gruncie regulacji art. 395 § 2 k.c. występuje swoista fikcja prawna polegająca na uznawaniu umowy za niezawartą. Te same skutki przyjmuje się też w odniesieniu do odstąpienia ustawowego z uwagi na tożsamość charakteru instytucji odstąpienia, której tylko źródło pozostaje inne, jak i regulacji art. 494 k.c., który stanowi swoistą regulację rozliczeń stron po odstąpieniu od umowy, oderwaną od jej postanowień, nakładając obowiązek zwrotu wzajemnie spełnionych świadczeń, czyli powrót do stanu sprzed zawarcia umowy, co współgra z regulacją art. 395 § 2 k.p.c. (por. uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 1994 r., sygn. akt III CZP 130/94, OSNC 1995, nr 3, poz. 42; uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów z dnia 27 lutego 2003 r., sygn. akt III CZP 80/02, OSNC 2003, nr 11, poz. 141; wyroki Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2005 r., sygn. akt V CK 165/05, z dnia 5 lipca 2007 r., sygn. akt II CSK 140/07, LEX nr 287713). Przy umowach wzajemnych, w których świadczenia stron mają charakter ciągły (trwały), przyjmuje się natomiast odmienny skutek ustawowego odstąpienia od umowy, a mianowicie, że stosunek prawny przestaje wiązać *ex nunc* na przyszłość. Tak samo się przyjmuje w przypadku tzw. świadczeń podzielnych (art. 491 § 2 k.c.).

Zdaniem Sądu, powyższe nie ma jednak zastosowania w niniejszej sprawie. Poza sporem jest, że umowa nr (...) z dnia 7 kwietnia 2010 r. nie należała do kategorii tzw. trwałych, ciągłych stosunków obligacyjnych, ani też, pomijając uwagi na temat podzielności czy też nie świadczenia wykonawcy z umowy o roboty budowlane, która to kwestia wywołuje spory w orzecznictwie, w stanie faktycznym sprawy nie mamy do czynienia z częściowym odstąpieniem od umowy. Za tym wnioskiem przemawia przede wszystkim treść pisma z dnia 16 sierpnia 2011 r., w którym pozwany nic nie wspominał o odstąpieniu od umowy wyłącznie w tej części, w jakiej nie została ona wykonana. Co więcej, pozwany naliczył karę umowną za odstąpienie od umowy od wartości całego zadania będącego przedmiotem umowy z dnia 7 kwietnia 2010 r. (wynagrodzenie ryczałtowe wynosiło 6.039.000 zł brutto, a kara umowna – 603.900 zł), co przeczy jego stanowisku wyrażonemu w uzasadnieniu odpowiedzi na pozew.

Podsumowując powyższe rozważania, Sąd przyjął, że pozwany miał prawo skorzystać z uprawnienia do odstąpienia od umowy i z niego skorzystał, składając oświadczenie pismem z dnia 16 sierpnia 2010 r. Odstąpienie nastąpiło na skutek okoliczności, za które wykonawca ponosił odpowiedzialność, a nic przeciwnego nie zostało w toku niniejszego procesu wykazane. Główny powód opóźnień sprowadzał się do błędnego określenia znaczenia programu funkcjonalno-użytkowego i roli wykonawcy w realizacji zadania w systemie „zaprojektuj i wybuduj”.

Pozwany naliczył karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy w oparciu o § 11 ust. 1 pkt 1 w wysokości 603.900 złotych i zgłosił w toku postępowania upadłościowego taką wierzytelność, która zresztą w znacznej części została uznana. Niemniej jednak należy z całą stanowczością podkreślić, że oświadczenie złożone w piśmie z dnia 18 października 2011 r. dotyczyło przedstawienia do potrącenia wierzytelności z tytułu kary umownej naliczonej za zwłokę w oddaniu II etapu prac. Kara umowna za odstąpienie od umowy nie została przedstawiona do potrącenia ani przed ogłoszeniem upadłości (...) sp. z o.o., ani wraz ze zgłoszeniem wierzytelności w postępowaniu upadłościowym. Oznacza to, że powód dysponuje wierzytelnością z tytułu wykonania prac objętych umową nr (...), a pozwany wierzytelnością z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy. Wobec nieskutecznego potrącenia dokonanego pismem z dnia 18 października 2011 r. wierzytelność z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace nie wygasła i mogła być dochodzona przez powoda w niniejszym postępowaniu.

Nie można przy tym zgodzić się z poglądem strony pozwanej, że wysokość żądania objętego pozwem nie została udowodniona. Po pierwsze, powód na okoliczność wynagrodzenia za wykonane prace, które nie zostało uiszczone, przedstawił dwie faktury VAT. Jedna z tych faktur została częściowo opłacona, a częściowe wykonanie zobowiązania jest przykładem uznania niewłaściwego, czyli aktem wiedzy dłużnika i w rzeczywistości stanowi przyznanie prawa. Po drugie, zakres prac objęty fakturami VAT, na podstawie których powód dochodzi zapłaty, pokrywa się z wykazem prac, które odebrano w dniach od dnia 15 do dnia 17 czerwca 2011 r. i od dnia 2 do dnia 8 sierpnia 2011 r. Nie wnoszono do jakości tych prac jakichkolwiek uwag, a przynajmniej takie nie zostały odnotowane w protokołach zdawczo-odbiorczych. Po trzecie, stanowisko pozwanego jest wewnętrznie sprzeczne – pozwany powoływał się na skuteczne potrącenie należności dochodzonych przez stronę powodową z wierzytelnością z tytułu kary umownej za zwłokę w oddaniu II etapu prac objętych umową nr (...). Przedstawienie przez pozwanego do potrącenia przysługującej mu wierzytelności oznaczało jednocześnie przyjęcie istnienia po stronie powoda wierzytelności z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace.

Mając powyższe okoliczności na uwadze, Sąd uznał, że roszczenie dochodzone pozwem zasługuje w całości na uwzględnienie. Dlatego też zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 305.218,92 zł na podstawie art. 627 k.c. w zw. z art. 353 k.c. (vide: pkt I sentencji wyroku).

O odsetkach orzeczono na podstawie art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 455 k.c. Powód dochodził zapłaty z dwóch faktur VAT: (...), skorygowanej fakturą VAT nr (...). Pierwsza z wymienionych faktur oznaczała termin płatności należności na dzień 24 lipca 2011 r., zaś druga z faktur odwoływała się do terminu płatności zgodnego z umową. Stosownie do zapisu § 5 ust. 6 umowy nr (...) płatność miała być dokonywana w terminie 30 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury VAT. Faktura korygująca wpłynęła do pozwanego w dniu 19 września 2011 r., a zatem termin do uregulowania należności upływał z dniem 19 października 2011 r. (vide: pkt I sentencji wyroku).

O kosztach procesu Sąd orzekł zgodnie z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. Pozwany jako przegrywający jest obowiązany zwrócić powodowi poniesione przez niego koszty, do których zaliczono koszt zastępstwa procesowego w kwocie 7.200 zł i opłatę skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł (vide: pkt II sentencji wyroku).

Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany, który zaskarżył orzeczenie w całości i zarzucił mu naruszenie prawa materialnego, a mianowicie: art. 498 § 1 k.c. poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i nieuwzględnienie zarzutu potrącenia wierzytelności stron, w sytuacji gdy pozwany dokonał skutecznego potrącenia należności powoda z karami umownymi naliczonymi za okresy: 2-17.06.2011 r. i 18.06-15.08.2011 r. w łącznej kwocie 434.698,20 zł, wobec czego wierzytelność powoda jako niższa uległa całkowitemu umorzeniu i nie mogła być dochodzona w postępowaniu przed Sądem, zaś powództwo winno zostać w całości oddalone, art. 491 § 1-2 k.c. poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że pozwany odstąpił od umowy w całości, a nie jedynie w części, podczas gdy umowa stron miała charakter wzajemny, a świadczenie wykonawcy było podzielne, a pozwany w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy wskazał, że czyni to w zakresie jej dalszej realizacji, więc odstąpienie od umowy wzajemnej nie pociąga za sobą automatycznie skutku ex tunc i art. 379 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że pozwany od umowy w całości w sytuacji, gdy świadczenie wykonawcy było podzielne, co wynika z umowy, warunków jej realizowania oraz czynności związanych z odbiorem poszczególnych etapów. Apelujący zarzucił również skarżonemu naruszenie przepisów

prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów z pominięciem zasad logicznego rozumowania, wskazań wiedzy oraz doświadczenia życiowego tudzież braku wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego, w szczególności poprzez uznanie, że powód udowodnił wysokość swojego żądania jedynie poprzez przedłożenie dwóch faktur, w szczególności gdy pozwany w odpowiedzi na pozew zakwestionował wysokość żądania powoda oraz brak szczegółowej analizy przedmiotu umowy łączącej strony.

Mając na uwadze powyższe, wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości, ewentualnie uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji. Pozwany domagał się również zasądzenia na jego rzecz od powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego za I i II instancję.

Powód w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

**Apelację pozwanego należy uznać za trafną, pomimo niezasadności istotnej części podniesionych w niej zarzutów.**

Zarzut naruszenia przepisów postępowania poprzez dowolną i niewszechstronną ocenę dowodów potwierdzających wysokość żądania powoda jest chybiony, zaś poczynione w tej materii ustalenia Sądu Okręgowego oraz ich rekapitulację przedstawioną w końcowych partiach uzasadnienia zaskarżonego wyroku (k. 200) Sąd odwoławczy w całości podziela i uznaje za własne, co uchyla potrzebę ich ponownej prezentacji.

Podobnie należy ocenić zarzut naruszenia przez Sąd meriti norm prawa materialnego zawartych w art. 491 § 1 i 2 k.c. w kontekście uznania przez w/w Sąd świadczenia powoda za niepodzielne, co wpłynęło na ustalenie skutku ustania umowy łączącej strony.

Zgodzić się należy z obecnym w orzecznictwie i piśmiennictwie poglądem, że art. 395 § 2 k.c. określający skutek wykonania prawa odstąpienia od umowy i obowiązki stron z tym związane oraz art. 491 § 2 k.c. jako dotyczący zakresu ustawowego prawa odstąpienia od umowy, nie mają charakteru *ius cogens* i w razie umownego uregulowania opisanych w nich kwestii w sposób odmienny od ustawowego, nie znajdują bezpośredniego zastosowania. Skoro strony, w zależności od ich woli, mogą zastrzec prawo odstąpienia od umowy, mogą też określić skutki odstąpienia (*ex nunc* w miejsce ustawowo preferowanego *ex tunc*) (por. S.N. w wyroku z dnia 9 września 2011 r., I CSK 696/10, OSP 2012/7-8/78 z glosą W. Białończyka i glosą aprobowaną K. Pasko, wcześniej S.N. w wyroku z dnia 23 stycznia 2008 r., V CSK 379/07, OSNC-ZD 2008, nr 4, poz. 108 i w wyroku z dnia 16 listopada 2005 r., V CK 350/05, Biul. S.N. 2006/nr 3, poz. 11).

W tych warunkach istotne znaczenie dla oceny niniejszej sprawy ma ustalenie, czy znajdują w niej zastosowanie ustawowe podstawy analizy skutków odstąpienia pozwanego od umowy łączącej strony, dokonanego dnia 16.08.2011 r., wraz z dotyczącymi ich wykładni rozległymi i częstokroć sprzecznymi poglądami doktryny oraz judykatury (por. S.N. w wyroku z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97, OSNC 1997, nr 6-7, poz. 90, w wyroku z dnia 14 marca 2002 r., IV CKN 82/00, niepubl., w wyroku z dnia 4 czerwca 2002 r., I CK 1/02, niepubl., w wyroku z dnia 8 stycznia 2004 r., I CK 24/03, niepubl., w wyroku z dnia 19 marca 2004 r., IV CK 172/03, niepubl., w wyroku z dnia 26 kwietnia 2007 r., III CSK 366/06, niepubl. oraz wyroku z dnia 23 stycznia 2007 r., III CSK 275/06, niepubl.), czy też reguły wykreowane przez strony w umowie.

Umowa z dnia 7 kwietnia 2010 r., z uwagi na jej obszerny przedmiot, zawiera w sobie trzy wzajemnie uzupełniające się kontrakty nazwane; pierwszym z nich jest przewidziana dla etapu wstępnego umowa o wykonanie prac projektowych, dla oceny której stosować należy przepisy o umowie o dzieło, drugim z kolei, właściwa dla etapu wykonawczego, umowa o roboty budowlane, zaś trzecim umowa o cechach usługowych, którą należy wyklądać zgodnie z art. 750 k.c. Każdy z wymienionych węzłów obligacyjnych zawiera odmienności charakterystyczne tylko dla danego rodzaju umów.

Realizacja umowy drugiego etapu nie wykluczała podzielności wykonywanych w jej ramach robót budowlanych. W § 5 ust. 2 i 3 strony ustaliły, że płatności będą dokonywane zgodnie z przyjętym harmonogramem na podstawie kolejnych faktur, wystawianych po dokonaniu protokołów odbiorów częściowych. C. odbiorów i rozliczeń miała wpływ na przyjęte zasady dokumentowania postępów prac na wypadek rozwiązania umowy; zgodnie z jej § 8 w razie odstąpienia od umowy lub rozwiązania jej w inny sposób, wykonawca przy udziale zamawiającego sporządzi w terminie 7 dni protokół inwentaryzacji robót w toku i rozliczenie finansowe według stanu na dzień odstąpienia. Podobna jest treść § 12 ust. 3 lit. c umowy, gdzie wskazuje się również na skutki finansowe według stanu na dzień odstąpienia. W tych warunkach nie sposób przyjąć, że strony, w którymkolwiek z fragmentów umowy, dopuszczały możliwość odstąpienia od niej z abstrakcyjnym skutkiem *ex tunc*, który pomimo doktrynalnej spójności znacząco komplikuje rozliczenie umowy w toku.

Potwierdzeniem powyższej tezy jest treść protokołów odbioru częściowego robót wykonanych z dnia 15.06.2011 r. (k. 17) i z dnia 2.08.2011 r. (k. 23) sporządzonych z udziałem wykonawcy, które dokumentowały nie tylko postęp prac w ramach ich wydzielonych części, ale również oddawały towarzyszące kontrahentom pojmowanie ich podzielnego charakteru. W tych warunkach, zawarte w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy z dnia 16.08.2011 r. (k. 41) stwierdzenie „odstępuje od dalszej realizacji” należy odczytać, wbrew stanowisku Sądu I instancji (k. 199), jako zgodną z wcześniejszymi ustaleniami wolę rozwiązania umowy ze skutkiem *ex nunc*. W kolejnych partiach pisma z dnia 16.08.2011 r. pozwany nakreślił dalsze postępowanie w związku z rozliczeniem umowy, odwołując się do określonych jej przepisów (§ 2, 8 ust. 3 i 4, 9 ust. 4, 11 ust. 2 pkt 2 oraz 12 ust. 3b i 3c), co oznacza, że uznawał ich moc wiążącą w kontekście rozliczenia świadczeń już wykonanych przez obu kontrahentów i odwołał się do skutku *ex nunc* własnego odstąpienia od umowy. Marginalnie zauważyć należy, że również Sąd Okręgowy uznając za podstawę prawną roszczenia dochodzonego przez powoda art. 627 k.c. (k. 200), a nie przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, potwierdził moc wiążącą umowy łączącej strony w odniesieniu do ich rozliczeń sprzed daty odstąpienia.

Mając na uwadze powyższe, uznać należy, że analizowany skutek odstąpienia od umowy datuje się od dnia złożenia przez pozwanego jego oświadczenia o odstąpieniu, co implikuje stwierdzenie, że kary umowne za zwłokę w wykonaniu umowy o roboty budowlane naliczone przez pozwanego do dnia odstąpienia, nie zostały derogowane przez zgłoszoną później karę przewidzianą w § 11 ust. 1 pkt 1 umowy z dnia 7.04.2010 r. (karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy). W realiach niniejszej sprawy współegzystują więc dwie kary umowne: pierwsza za zwłokę (§ 11 ust. 1 pkt 2 umowy) naliczona do daty odstąpienia od umowy i kara na wypadek odstąpienia (§ 11 ust. 1 pkt 1 umowy) stanowiąca procentowy ekwiwalent wynagrodzenia za roboty niewykonane przez powoda. Stanowisko to podzielił, jak się wydaje, sędzia – komisarz w sprawie upadłościowej spółki (...), orzekając o pozostawieniu w liście wierzytelności kary umownej z tytułu odstąpienia w kwocie 402.600 zł a więc zbliżonej do dziesięcioprocentowego ekwiwalentu robót niewykonanych.

Odnosząc się do treści uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 r., III CZP 39/12, której tezy stanowią fundament oceny prawnej Sądu Okręgowego, zauważyć należy, że przywołany w uzasadnieniu tej uchwały kontekst dotyczy problematyki utrzymania po odstąpieniu od umowy o skutku *ex tunc* postanowień o karze umownej na wypadek nieterminowości świadczeń; niedwuznacznie wskazują na to rozważania w dwóch końcowych akapitach uzasadnienia uchwały (por. także A. F. w głosie do uchwały S.N. z dnia 18 lipca 2012 r., III CZP 39/12, Lex 2014/2/23-28).

W tym miejscu zaznaczyć wypada, że Sąd Apelacyjny podziela w całości szczegółowe i obszernie motywowane ustalenia Sądu I instancji w przedmiocie zasadności odstąpienia pozwanego od umowy i wcześniejszego naliczenia kar umownych za zwłokę przewidzianych w § 11 ust. 1 pkt 2 umowy łączącej strony, uznając ten fragment oceny za własny. Arytmetyczna poprawność wyliczenia wysokości kar umownych również nie budzi wątpliwości Sądu odwoławczego, który ponadto nie dostrzega podstaw do miarkowania kar za zwłokę na zasadzie art. 484 § 2 k.c. z uwagi na niewielki ułamek prac wykonanych przez powoda (ok. 1/3), długotrwałość zwłoki i niewygórowaną wysokość stawki dziennej tych kar (0,1 % wynagrodzenia umownego).

Kierując się powyższymi przesłankami, należy uznać skuteczność zarzutu potrącenia przedstawionego w piśmie pozwanego z dnia 18.10.2011 r.(k.135), z uwagi na jego zgodność z przepisem art. 498 § 1 k.c. Wierzytelność powoda dochodzona w niniejszej sprawie umorzyła się w efekcie z wyższą wierzytelnością pozwanego (art. 498 § 2 k.c.); konkluzja tej treści przesądza o zasadności pozostałych zarzutów naruszenia prawa materialnego wyartykułowanych w apelacji pozwanego.

Mając na względzie wyżej wskazane okoliczności, Sąd Apelacyjny orzekł jak w pkt I sentencji wyroku na zasadzie art. 386 § 1 k.p.c.

O kosztach procesu przed Sądami obu instancji postanowiono w zgodzie z art. 98, 99 i 108 § 1 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 7 (I instancja) i § 6 pkt 7 w zw. z § 13 ust. 1 pkt 2 (II instancja) Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 461). W skład powyższych kosztów weszły kwoty wynagrodzenia adwokackiego i opłata od apelacji.