

Sygn. akt I ACa 1259/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 października 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Marzena Konsek- Bitkowska

Sędziowie: SA Ewa Klimowicz-Przygódzka

SO del. Katarzyna Jakubowska-Pogorzelska (spr.)

Protokolant: sekretarz sądowy Karolina Długosz-Żółtowska

po rozpoznaniu w dniu 26 października 2017 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) W.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.

o zapłatę

oraz z powództwa wzajemnego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.

przeciwko (...) W.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda (pozwanego wzajemnego)

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 29 grudnia 2015 r., sygn. akt XXIV C 10/13

I. oddala apelację;

II. zasądza od (...) W. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.

Katarzyna Jakubowska-Pogorzelska Marzena Konsek- Bitkowska Ewa Klimowicz-Przygódzka

Sygn. akt I ACa 1259/16

UZASADNIENIE

Powód (...) W. wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. kwoty 68.768,87 zł, w tym kwoty 65.980,80 zł tytułem kary umownej w związku z odstąpieniem od umowy z winy pozwanej, wraz z odsetkami ustawowymi od 17 grudnia 2011 r. do dnia zapłaty oraz kwoty 2.788,07 zł tytułem kar umownych za zwłokę w

wykonaniu przedmiotu umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanej, za okres od 1 grudnia 2011 r. do 9 grudnia 2011 r., z odsetkami ustawowymi od 20 marca 2012 r. do dnia zapłaty.

Pozwana (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (poprzednio (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.) wniosła o oddalenie powództwa. Równocześnie z odpowiedzią na pozew (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. wniosła przeciwko (...) W. pozew wzajemny, w którym domagała się zasądzenia od pozwanego wzajemnego kwoty 75.442,47 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od kwoty 72.078 zł od 24 grudnia 2011 r. do dnia zapłaty i od kwoty 3.364,47 zł od 24 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty z tytułu opłat abonamentowych i instalacyjnych oraz świadczonych usług telekomunikacyjnych.

Na rozprawie 11 czerwca 2013 r. pełnomocnik powoda (pozwanego wzajemnego) wniosł o oddalenie powództwa wzajemnego.

Wyrokiem z dnia 29 grudnia 2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie w punkcie pierwszym oddalił powództwo główne, w punkcie drugim zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 3.364,47 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 24 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty, w punkcie trzecim oddalił powództwo wzajemne, a w punkcie czwartym zniósł wzajemnie koszty procesu między stronami.

Sąd Okręgowy ustalił, że dnia 7 października 2011 r., w postępowaniu o zamówienie publiczne przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, pomiędzy (...) W. Dzielnicą (...) (Zamawiającym), a (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (Wykonawcą), została zawarta umowa, której przedmiotem było świadczenie przez Wykonawcę publicznych usług telefonicznych (...) i (...) na rzecz Zamawiającego we wszystkich obiektach Zamawiającego za pośrednictwem dostarczonego przez Wykonawcę abonenckiego systemu (...) (§ 1 ust. 1 umowy). Czas trwania umowy został ustalony na okres od 1 grudnia 2011 r. do 30 listopada 2013 r. (§ 1 ust. 2 umowy). Podstawą świadczenia usług był m.in. opis przedmiotu zamówienia stanowiący załącznik nr 3 do umowy (§ 1 ust. 3 lit. c umowy).

Wykonawca miał doprowadzić do wskazanych przez Zamawiającego lokalizacji (opisanych w załączniku nr 2 do umowy) łącza telefoniczne (...), (...), we współpracy ze służbami technicznymi Zamawiającego, z wykorzystaniem istniejących pętli abonenckich oraz innych urządzeń technicznych będących własnością Zamawiającego (okablowanie wewnętrzne, łączówki, telefony, faksy itp.) (§ 2 ust. 1 umowy). Zgodnie z punktem 14 opisu przedmiotu zamówienia i terminu jego wykonania, stanowiącego załącznik nr 3 do umowy, Zamawiający wymagał, aby wszelkie przyłącza telekomunikacyjne do wszystkich obiektów Zamawiającego były zrealizowane za pośrednictwem istniejących pętli abonenckich. W załączniku nr 3 do umowy wskazano również, że Wykonawca powinien osiągnąć pełną gotowość do świadczenia usługi nie później niż do dnia 29 października 2011 r.

Łączne wynagrodzenie za świadczenie usług opisanych w § 1 ust. 1 umowy nie mogło przekroczyć 329.904 zł brutto (§ 4 ust. 1 umowy). W grudniu 2011 r. do 10-tego dnia miesiąca Wykonawca miał wystawić fakturę VAT za opłaty abonamentowe i instalacyjne (§ 4 ust. 4 umowy).

Zgodnie z § 7 umowy Zamawiający mógł od niej odstąpić ze skutkiem natychmiastowym, bez wyznaczania dodatkowego terminu, jeżeli zajdzie przynajmniej jedna z niżej wymienionych okoliczności: a) zwłoka Wykonawcy w rozpoczęciu świadczenia usług przekroczy 7 dni, b) Wykonawca wykonuje obowiązki wynikające z umowy w sposób nienależyty, w tym w szczególności niezgodnie z zapisami określonymi w umowie oraz w wymaganiach technicznych wobec abonenckiego systemu (...), stanowiących załącznik nr 3 do umowy, c) Wykonawca wykonuje obowiązki wynikające z umowy niezgodnie ze złożoną ofertą lub dokumentacją przetargową postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego. W przypadku odstąpienia od umowy przez każdą ze stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, o których mowa w § 7 umowy, Wykonawca był obowiązany do zapłaty Zamawiającemu kary umownej w wysokości 20% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy (§ 5 ust. 2 umowy).

W przypadku zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca miał zapłacić karę umowną w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki (§ 5 ust. 1 umowy).

Dnia 28 października 2011 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy, aby ten udzielił mu informacji na temat stanu gotowości do świadczenia usługi. W odpowiedzi Wykonawca zgłosił gotowość do świadczenia usługi polegającej na świadczeniu publicznych usług telefonicznych (...) i (...) na rzecz Zamawiającego we wszystkich obiektach Zamawiającego.

W dniach 1 i 2 grudnia 2011 r. stwierdzono brak łączności telefonicznej z telefonów stacjonarnych w lokalizacjach Urzędu Dzielnicy (...) przy ul. (...), o czym Zamawiający poinformował Wykonawcę w dniu 2 grudnia 2011r..

Dnia 5 grudnia 2011 r. zostały przeprowadzone testy łączności zakończone otrzymaniem wyników negatywnych, ponieważ jedynie z części telefonów możliwe było wykonywanie połączeń zarówno zewnętrznych, jak i wewnętrznych, połączenia te były realizowane.

Dnia 6 grudnia 2011 r. miało miejsce spotkanie przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy, w czasie którego przedstawiciele Wykonawcy przyznali, że świadczenie usług telefonicznych odbywa się drogą radiową oraz że istnieją problemy z pracą centrali telefonicznej usytuowanej przez Wykonawcę na ul. (...). W konsekwencji w piśmie z 9 grudnia 2011 r. Zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy ze skutkiem na dzień 16 grudnia 2011 r., na podstawie jej § 7 ust. 1 lit. a i b. Pismo zostało doręczone pozwanej tego samego dnia.

Zastosowanie przez pozwaną łączy radioliniowych w ramach realizacji przedmiotu umowy z 7 października 2011 r. było sprzeczne z postanowieniami tej umowy, w szczególności z zapisami zawartymi w § 1 ust. 1 umowy oraz w punkcie 14 załącznika nr 3 do umowy.

Ponieważ powód domagał się zasądzenia od pozwanej kwoty 65.980,80 zł tytułem kary umownej obliczonej na podstawie § 5 ust. 2 umowy z dnia 7 października 2011 r. w związku z odstąpieniem od umowy z winy pozwanej oraz kwoty 2.788,07 zł tytułem kar umownych za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanej, za okres od 1 grudnia 2011 r. do 9 grudnia 2011 r. Sąd pierwszej instancji w pierwszej kolejności odniósł się do zarzutu pozwanej dotyczącego nieważności postanowienia § 7 umowy z 7 października 2011 r. zgodnie z którym Zamawiający może odstąpić od umowy ze skutkiem natychmiastowym, bez wyznaczania dodatkowego terminu, jeżeli zajdzie przynajmniej z wymienionych w nim okoliczności. Sąd Okręgowy mając na uwadze treść art. 395 § 1 k.c. wskazał, że przesłanką ważności zastrzeżenia umownego prawa odstąpienia jest określenie terminu, w którym odstąpienie może nastąpić.

Ponieważ w § 7 umowy z 7 października 2011 r. strony nie określiły, w jakim terminie Zamawiający może odstąpić od umowy, zastrzeżenie prawa odstąpienia było nieważne jako sprzeczne z przepisem art. 395 § 1 k.c., a oświadczenie powoda z dnia 9 grudnia 2011 r. o odstąpieniu od umowy było bezskuteczne. Sąd Okręgowy podzielił stanowisko pozwanej, że oświadczenia tego nie można także potraktować jako wykonania przez powoda ustawowego prawa odstąpienia od umowy wzajemnej, ponieważ powód nie dopełnił wymogów, o których mowa w art. 491 k.c. tzn. nie wyznaczył pozwanej dodatkowego terminu do wykonania zobowiązania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy.

Skoro oświadczenie powoda z dnia 9 grudnia 2011 r. o odstąpieniu od umowy nie wywarło skutków prawnych, nie zostały spełnione przesłanki z § 5 ust. 2 umowy do obciążenia pozwanej karą umowną w wysokości 20% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy. Dlatego roszczenie o zapłatę kwoty 65.980,80 zł należało oddalić jako bezzasadne.

Odnosnie do roszczenia o zapłatę kwoty 2.788,07 zł „tytułem kar umownych za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanej, za okres od 1 grudnia 2011 r. do 9 grudnia 2011 r.” Sąd Okręgowy wskazał, iż powód wywodzi je z § 5 ust. 1 umowy z 7 października 2011 r., natomiast pozwana zaprzeczyła jakoby dopuściła się zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, podnosząc, że rozpoczęła świadczenie usług telekomunikacyjnych na rzecz powoda z dniem 1 grudnia 2012 r., co potwierdziły bilingi dołączone do odpowiedzi na

pozew. Z raportu z 6 grudnia 2011 r. sporządzonego przez J. S., stanowiącego załącznik do pozwu wynikało zaś, że na dzień 6 grudnia 2011 r. stan uruchomienia usługi pod względem liczby abonentów wynosił 92,8%.

W ocenie Sądu Okręgowego, należało odróżnić pojęcie zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, o której mowa w § 5 ust. 1 umowy zawartej przez strony od nienależytego wykonania przedmiotu umowy, zaś materiał dowodowy zgromadzony w niniejszym postępowaniu, dawał podstawy do ustalenia, że pozwana rozpoczęła świadczenie usług telekomunikacyjnych na rzecz powoda z dniem 1 grudnia 2011 r., tj. zgodnie z postanowieniem § 1 ust. 2 umowy. Pozwana wykonała przedmiot umowy w sposób nienależyty, co nie dawało jednak podstaw do naliczenia kary umownej na podstawie § 5 ust. 1 umowy. Powód nie wyjaśnił też, w jaki sposób obliczył żadaną kwotę 2.788,07 zł.. Z tych przyczyn Sąd Okręgowy uznał, że roszczenie o zapłatę kwoty 2.788,07 zł nie zostało udowodnione ani co do zasady, ani co do wysokości.

Odnosząc się do powództwa wzajemnego Sąd Okręgowy podniósł, że pozwana domagała się zasądzenia od powoda kwoty 75.442,47 zł, na która składały się kwota 72.078 zł, objęta fakturą VAT z 2 grudnia 2011 r. oraz kwota 3.364,47 zł, objęta fakturą VAT z 2 stycznia 2012 r.. Sąd uznał roszczenie z pozwu wzajemnego za uzasadnione jedynie co do kwoty 3.364,47 zł, stanowiącej należność z tytułu połączeń telekomunikacyjnych za miesiąc grudzień 2011 r. oraz kosztów abonamentowych za okres od 1 do 9 grudnia 2011 r. ponieważ pozwana rozpoczęła świadczenie usług telefonicznych na rzecz powoda z dniem 1 grudnia 2011 r.. Zgodnie z § 4 ust. 4 umowy z 7 października 2011 r. powód był zobowiązany do zapłaty pozwanej za świadczenie usług telefonicznych na podstawie faktury VAT wystawianej co miesiąc, obejmującej w szczególności kwoty z dołu za zrealizowane w tym okresie połączenia telefoniczne (ust. 4 pkt a) oraz kwoty z dołu, zgodnie z przyjętymi przez Wykonawcę zasadami, za opłaty abonamentowe (ust. 4 pkt c). Strona powodowa nie zakwestionowała wysokości opłat za połączenia telekomunikacyjne ani kosztów abonamentowych ujętych w fakturze VAT z 2 stycznia 2012 r., a skoro pozwana świadczyła na rzecz powoda usługi telekomunikacyjne w okresie od 1 do 9 grudnia 2011 r., na podstawie § 4 ust. 4 umowy z 7 października 2011 r. powód zobowiązany jest do uiszczenia pozwanej zapłaty z tego tytułu. Dlatego Sąd Okręgowy uwzględnił powództwo wzajemne w tym zakresie. O odsetkach ustawowych Sąd pierwszej instancji orzekł na podstawie art. 481 k.c., zasądzając je od dnia następnego po terminie płatności faktury.

W ocenie Sądu Okręgowego, roszczenie pozwu wzajemnego było nieuzasadnione w części obejmującej kwotę 72.078 zł z tytułu „kosztów instalacyjnych” oraz „kosztów abonamentowych” w oparciu o § 4 ust. 4 umowy z 7 października 2011 r. ponieważ zgodnie z § 2 ust. 1 umowy Wykonawca był zobowiązany do doprowadzenia do wskazanych przez Zamawiającego lokalizacji (opisanych w załączniku nr 2 do umowy) łączy telefonicznych ((...), (...)) z wykorzystaniem istniejących pętli abonenckich oraz innych urządzeń technicznych będących własnością Zamawiającego (okablowanie wewnętrzne, łączówki, telefony, faksy itp.). Opierając się na opinii biegłego w zakresie telekomunikacji K. P. (1) Sąd Okręgowy zaznaczył, że system telefoniczny (...) D. (...) istniejący w chwili zawierania przez strony umowy nie zawierał łączy radioliniowych. Skoro pozwana była zobowiązana do doprowadzenia do wskazanych przez Zamawiającego lokalizacji łączy telefonicznych ((...), (...)) z wykorzystaniem istniejących pętli abonenckich, a Zamawiający wymagał, aby wszelkie przyłącza telekomunikacyjne do wszystkich obiektów Zamawiającego były zrealizowane za pośrednictwem istniejących pętli abonenckich, nie można było uznać, aby pozwana przy realizacji przedmiotu umowy była uprawniona do zastosowania łączy radioliniowych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że pozwana nie wykonała należycie swojego zobowiązania, a zatem nie ma podstaw do domagania się od powoda opłat instalacyjnych.

Zasądzona zaś w punkcie II wyroku kwota 3.364,47 zł obejmuje koszty abonamentowe za okres od 1 do 9 grudnia 2011 r. w wysokości 214,25 zł.

Z tych przyczyn Sąd Okręgowy oddalił powództwo wzajemne w zakresie roszczenia o zapłatę kwoty 72.078 zł jako bezzasadne.

O kosztach procesu Sąd pierwszej instancji orzekł na podstawie art. 100 k.p.c.

Powód złożył apelację od powyższego wyroku, zaskarżając go w punkcie pierwszym, drugim i czwartym i zarzucając:

- 1) brak podstaw do oddalenia powództwa głównego;
- 2) wadliwą ocenę stanu prawnego poprzez uznanie braku przez powoda umownego prawa do odstąpienia od umowy i niewłaściwe zastosowanie art. 353¹, art. 56, art.471, art.476, art. 477 oraz art. 492 k.c.;
- 3) wadliwą ocenę stanu faktycznego poprzez uznanie iż pozwany nie dopuścił się zwłoki w realizacji przedmiotu umowy;
- 4) brak podstaw do naliczenia pozwanemu kwoty 3.364,47 zł tytułem kosztów abonamentowych za okres od 1 do 9 grudnia 2011 r.

Wskazując na powyższe zarzuty powód wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części, zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych, za obie instancje. Apelujący wniósł nadto o dopuszczenie dowodu z pisma z dnia 14 lutego 2012 r..

Pozwana wniosła o oddalenie apelacji w całości i zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda jest bezzasadna i podlega oddaleniu w całości.

Biorąc pod uwagę, że dokonana przez Sąd Okręgowy ocena materiału dowodowego, jak też poczynione przez ten Sąd ustalenia faktyczne nie były kwestionowane przez skarżącego, Sąd Apelacyjny ustalenia te przyjmuje za podstawę także własnego rozstrzygnięcia, wskazując jednocześnie, iż są one wynikiem trafnej, spełniającej kryteria określone w art. 233 § 1 i 2 k.c. oceny dowodów.

Na obecnym etapie postępowania spór pomiędzy stronami dotyczył zaś tego, czy w ustalonym stanie faktycznym można było uznać, że pozwany dopuścił się zwłoki w spełnieniu świadczenia, czy też, jakkolwiek w sposób nienależyty, to jednak rozpoczął świadczenie usługi z dniem 1 grudnia 2011r.. Powyższa kwestia wiązała się z kolei z koniecznością odpowiedzi na pytanie czy powód był uprawniony do skorzystania z prawa odstąpienia jakie dawał § 7 umowy z dnia 7 października 2011r., czy było to zastrzeżenie ważne i skuteczne oraz czy powód mógł naliczyć pozwanemu kary umowne za zwłokę w związku z odstąpieniem od umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanego zgodnie z § 5 umowy. Spór sprowadzał się zatem do oceny prawnej zgłoszonych przez obie strony roszczeń, zważywszy, że także pozwany sformułował żądanie zapłaty z tytułu świadczonych na rzecz powoda usług.

Należy podkreślić, że w świetle korespondencji przedprocesowej, jak i opinii biegłego sądowego z zakresu telekomunikacji K. P. (2) nie budzi najmniejszych wątpliwości, że pozwany (powód wzajemny) swoje zobowiązanie wobec powoda wykonał wadliwie, bo przy użyciu innej, aniżeli zakładała to umowa, technologii. Zastosowanie radiolinii zamiast istniejących pętli abonenckich bez wątpienia naruszało § 2 ust. 1 umowy i pkt. 14 opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego integralną część umowy.

Ponieważ powód przez cały tok procesu domagał się zasądzenia od pozwanego kary umownej z dwóch tytułów, a dopiero w apelacji powołał się na przepis art. 477 k.c., który stanowi podstawę do domagania się przez zamawiającego naprawienia szkody, wskazać należy jednak, że szkoda jako taka przez powoda w toku procesu nie została w żaden sposób wykazana, natomiast kara umowna stanowi formę zryczałtowanego odszkodowania, a do jej dochodzenia nie jest wymagane wykazanie wysokości szkody. Zarzut naruszenia art. 477 k.c. należy więc uznać za nietrafiony, skoro powód nie domagał się odszkodowania w wysokości odpowiadającej poniesionej przez niego szkodzie lecz kary umownej, która jest od wysokości poniesionej szkody niezależna.

Tym samym roszczenie powoda musi być w dalszym ciągu rozpatrywane na gruncie umowy zawartej przez strony i przepisów określających przesłanki dochodzenia kary umownej, a zatem Sąd Okręgowy nie dopuścił się obrazy art. 477 k.c..

Powód, powołując się na treść ust. 1 i ust. 2 § 5 umowy, domagał się zarówno zasądzenia kary umownej zastrzeżonej na wypadek skutecznego odstąpienia od umowy, jak też kary umownej za zwłokę w wykonaniu umowy. Odnośnie tak skumulowanych roszczeń Sąd Apelacyjny podziela pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 lipca 2012 r. (III CZP 39/12), w której wyjaśniono, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy. W tym kontekście konieczne było zatem rozważenie przede wszystkim, czy powód był uprawniony do odstąpienia od umowy i w razie odpowiedzi pozytywnej, czy z prawa tego w sposób skuteczny skorzystał.

Roszczenie powoda w części obejmującej kwotę 65.980,80 zł zostało zakwalifikowane przez Sąd Okręgowy jako oparte o art. 395 § 1 k.c. i rozważane także na gruncie art. 491 k.c.. W tym kontekście Sąd Apelacyjny podziela pogląd Sądu Okręgowego, iż powołane przepisy nie stanowiły wystarczającej podstawy prawnej do uznania, iż powód był uprawniony do odstąpienia od umowy.

Z pewnością zapis § 7 umowy nie może być bowiem uznany za spełniający wynikające z art. 395 k.c. wymogi umownego prawa odstąpienia, gdyż nie wyznacza on terminu odstąpienia i to ze skutkiem ad quem.

Wobec braku wyznaczenia odpowiedniego dodatkowego terminu do wykonania umowy w myśl art. 491 k.c. oświadczenie powoda z 9 grudnia 2011r. o odstąpieniu od umowy nie może być uznane za skuteczne także na gruncie art. 491 k.c..

Tym niemniej, w ocenie Sądu Apelacyjnego, klauzulę umowną z § 7 umowy należy zakwalifikować jako *lex commissoria* w rozumieniu art. 492 k.c. (umowne prawo odstąpienia przy umowie wzajemnej). W myśl tego przepisu wierzyciel może bez wyznaczania dodatkowego terminu, jeżeli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym, w razie zwłoki drugiej strony odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego.

Odstąpienie od umowy na podstawie art. 492 k.c. jest możliwe tylko, gdy strona dopuszcza się zwłoki wtedy, gdy termin wykonania zobowiązania został ściśle oznaczony. Umowa stron (*lex commissoria*) odnosi się tylko do jednej z przesłanek wykonania tego prawa (wyznaczenia dłużnikowi dodatkowego terminu na wykonanie zobowiązania) i zwalnia wierzyciela z tej czynności, jeżeli strony mocą swej decyzji nadały świadczeniu dłużnika charakter terminowy. W tej kwestii Sąd Najwyższy zajął stanowisko w wyroku z dnia 24 czerwca 2010 r. (sygn. akt IV CSK 67/10 LEX nr 621351), przyjmując, że zawartego w art. 492 k.c. pojęcia "termin ściśle oznaczony" nie można rozszerzać na warunek. Termin oznacza zaś ściśle określony moment np. spełnienia świadczenia, albo pewien okres mierzony jednostką czasu.

Rozważając zapisy umowy, należy dojść do wniosku, że jedynie w § 7 pkt. 1 a strony taki ściśle określony termin zastrzegły, skoro wskazały, iż zwłoka w wykonaniu umowy, uprawniająca do skorzystania z prawa odstąpienia od umowy, ma wynosić 7 dni liczonych daty rozpoczęcia świadczenia usługi, co bezsprzecznie nastąpić miało w dniu 1 grudnia 2011r.. Z kolei w punkcie 1 b i c § 7 umowy strony nie określiły jakiegokolwiek terminu, stąd zawarte w tych punktach zastrzeżenie prawa odstąpienia nie może być uznane za ważne. Wprowadzenie do umowy postanowienia, zgodnie z którym wierzyciel ma być zwolniony z obowiązku wyznaczania dodatkowego terminu, należy kwalifikować jako wymóg ustawowy tzw. *condicio iuris*. (por. Z. Radwański, Glosa do wyroku SN z dnia 5 czerwca 2002 r., II CKN 701/00, OSP 2003, z. 10, poz. 124). Wadliwość w tym zakresie powoduje nieważność klauzuli umownego prawa odstąpienia.

Niezależnie od powyższego, Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego, iż w okolicznościach niniejszej sprawy oświadczenie powoda o odstąpieniu od umowy nie wywołało zamierzonego skutku, skoro umowne prawo

odstąpienia strony zastrzegły na wypadek zwłoki w wykonaniu umowy, co należy odczytywać jako niewykonanie umowy przez pozwanego, nie zaś na wypadek jej nienależytego wykonania. Jednocześnie Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, że pozwany z dniem 1 grudnia 2011r. rozpoczął jednak świadczenie usług telefonicznych na rzecz powoda, aczkolwiek istotnie czynił to w sposób wadliwy, gdyż nie dość, że zastosował inną, aniżeli ustalona w umowie technologię, to także nie zapewnił łączności we wszystkich określonych umową punktach. Biorąc pod uwagę ogólną liczbę abonentów, usługa była świadczona u ponad 90% abonentów, co przełożyło się na ponad 25% obiektów powoda. Realizację usługi potwierdza nie tylko raport sporządzony na zlecenie powoda lecz także niekwestionowane przez niego billingi, obrazujące skalę wykonywanych połączeń w jednostkach organizacyjnych Urzędu Dzielnicy W. (...). W tych okolicznościach oświadczenie powoda o odstąpieniu od umowy należy ocenić jako przedwczesne i nieuzasadnione na gruncie umownego prawa odstąpienia zastrzeżonego w § 7 umowy. Tym samym brak jest podstaw do domagania się przez powoda zasądzenia 20 % kary umownej w związku z odstąpieniem od umowy, zważywszy, że możliwość domagania się kary umownej uzależniona była od skutecznego skorzystania przez powoda z prawa do odstąpienia od umowy.

Powyższe rozważania zachowują aktualność także w odniesieniu do oceny pozostałej części roszczenia powoda, obejmującego żądanie zasądzenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu umowy w wysokości 0,2% za każdy dzień zwłoki, które Sąd Okręgowy słusznie oddalił. W tym przypadku dodatkowym argumentem przemawiającym za trafnością tego rozstrzygnięcia jest okoliczność, iż zgodnie z art. 483 k.c. kara umowna może być zastrzeżona zarówno na wypadek niewykonania umowy, jak i nienależytego jej wykonania. Jak natomiast wynika z treści § 5 pkt. 1 umowy z 7 października 2011r. strony zastrzegły karę umowną na wypadek zwłoki, czyli zawinionego opóźnienia w wykonaniu umowy, nie zaś na wypadek jej nienależytego wykonania. Niewykonanie umowy nie może być zaś utożsamiane z nienależytym jej wykonaniem.

Oznacza to, że rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego w zakresie punktu pierwszego zaskarżonego wyroku, mimo braku rozważenia przez ten Sąd wszystkich możliwych podstaw prawnych, ostatecznie jednak odpowiada prawu.

Apelacja powoda (pозwanego wzajemnego) jest także niezasadna w części, w jakiej odnosi się do rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego zawartego w punkcie drugim wyroku, tj. uwzględniającego powództwo wzajemne do kwoty 3.364,47 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 24 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty. Roszczenie powoda wzajemnego (pозwanego) wywodzone było z faktu świadczenia przez pozwanego na rzecz powoda usług potwierdzonych fakturą VAT nr (...), opiewającą na kwotę 3.364,47 zł.

W wyroku z 7 listopada 2007 r. (II CNP 129/07) Sąd Najwyższy wskazał, że w świetle art. 245 k.p.c. faktura VAT ma tożsamą moc dowodową, co inne dokumenty prywatne. Tak jak każdy dokument prywatny, faktura VAT jest zatem dowodem tego, że określona osoba złożyła oświadczenie zawarte w tym dokumencie. Faktura VAT może spełniać wiele funkcji, w tym może pełnić funkcję wezwania do zapłaty, stanowić stwierdzenie wiarygodności pismem w rozumieniu art. 514 k.c., a jej treść może także w istotnym zakresie współkształtować lub wręcz określać treść umowy na podstawie której jest wystawiona lub dowód stwierdzający wykonanie umowy sprzedaży (por. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 10 lipca 2008 r., III CZP 62/08 i cytowane tam orzecznictwo). Dla potrzeb niniejszego postępowania złożona do akt faktura, zważywszy że nie była kwestionowana przez powoda (pозwanego wzajemnego), a realizacja usługi znalazła potwierdzenie w treści umowy oraz billingów, jest dostatecznym dowodem na istnienie po stronie powoda wzajemnego (pозwanego) roszczenia o zapłatę kwoty z faktury tej wynikającej. Co więcej, skarżący w treści swej apelacji potwierdził, iż uznaje to roszczenie za bezsporne do kwoty 3.150,21zł, tak więc zgłaszanie na obecnym etapie procesu zarzuty należy uznać zarówno za nietrafne, jak i spóźnione.

Reasumując, apelacja powoda (pозwanego wzajemnego) nie mogła odnieść oczekiwanego przez skarżącego skutku i podlegała oddaleniu w całości z mocy art. 385 k.p.c..

O kosztach procesu poniesionych przez strony w postępowaniu apelacyjnym rozstrzygnięto zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu wyrażoną w art. 98 k.p.c. w zw. z § 2 ust. 6 w zw. z 10 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia

Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2015.1804).

Katarzyna Jakubowska-Pogorzelska Marzena Konsek-Bitkowska Ewa Klimowicz-Przygódzka