

Sygn. akt VI ACa 1151/12

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 14 marca 2013 r.**

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

**Przewodniczący - Sędzia SA – Irena Piotrowska**

**Sędzia SA – Ewa Klimowicz – Przygódzka (spr.)**

**Sędzia SA – Marzena Miąskiewicz**

**Protokolant: sekr. sąd. Mariola Frąckiewicz**

**po rozpoznaniu w dniu 28 lutego 2013 r. w Warszawie**

**na rozprawie**

**sprawy z powództwa (...) z siedzibą w S. w Szwecji**

**przeciwko Skarbowi Państwa- (...) w W.**

**o zapłatę**

**na skutek apelacji powoda**

**od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, z dnia 6 czerwca 2012 r.**

**sygn. akt XXV C 1215/10**

**I. oddała apelację;**

**II. zasądza od (...) z siedzibą w S. w Szwecji**

**na rzecz Skarbu Państwa- Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 5400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

**Sygn. akt. VI ACa 1151/12**

## UZASADNIENIE

Strona powodowa w niniejszej sprawie – spółka szwedzka (...) z siedzibą w S. domagała się zasądzenia od Skarbu Państwa – (...) kwoty 1.895.028,26 zł wraz z odsetkami od dnia 1 IV 2008 r., tytułem naprawienia szkody jaka po jej stronie powstała na skutek nienależytego wykonania przez pozwaną obowiązków wynikających z umowy z dnia 30 VI 2005 r. w sprawie budowy obwodnicy miast K., M., Z. w ciągu drogi krajowej nr (...) S.- B.. Zdaniem powoda pozwana opóźniła się z przekazaniem placu budowy ( w zakresie odcinka ok. 1 km.) oraz przedstawiła dokumentację zawierającą braki, co uniemożliwiało mu realizowanie objętych umową robót budowlanych w terminie. Powstała tym samym konieczność wykonania robót w okresie późniejszym , niż pierwotnie przewidziano w umowie , co z kolei generowało po stronie wykonawcy dodatkowe koszty związane :

- ze zwiększeniem cen jednostkowych dla wyszczególnionych pozycji z TER, związanych z brakiem pozwolenia na budowę sieci gazowych ,

- ze zwiększeniem cen jednostkowych dla robót związanych z budową oświetlenia drogowego,
- z kosztami ogólnymi utrzymania zaplecza budowy oraz kosztami pracowniczymi,
- z likwidacją i ponownym urządzeniem placu budowy dla robót związanych z przebudową sieci gazowych.

Jako podstawę prawną swojego powództwa powód wskazał art. 471 i 491§ 1 zd. 2 k.c.

Strona pozwana wносиła o oddalenie powyższego roszczenia podnosząc m.in. zarzut braku legitymacji procesowej czynnej po stronie powoda z uwagi na cesję przysługujących mu z umowy z dnia 30 VI 2005 r. roszczeń na podwykonawców, powoływała się na umowne wyłączenie swojej odpowiedzialności za szkodę będącą następstwem wskazywanych przez powoda okoliczności, na fakt zgłoszenia przez powoda roszczeń po ustalonym w umowie terminie zawitym, kwestionowała także istnienie związku przyczynowego pomiędzy przedstawioną przez powoda szkodą a swoim zachowaniem jak i wysokość wskazywanego odszkodowania.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Warszawie powództwo spółki (...) oddalił, opierając się na następujących ustaleniach faktycznych i dokonując następujących rozważań prawnych:

W dniu 30 VI 2005 r. strony niniejszego procesu zawarły w ramach procedury zamówienia publicznego umowę, mocą której powód zobowiązał się do realizacji robót budowlanych związanych z budową obwodnicy m. K., M., Z. w ciągu drogi krajowej nr (...) S.-B.. Okres realizacji inwestycji został określony na 21 miesięcy, licząc od daty ich rozpoczęcia, tj. od sierpnia 2005 r. do kwietnia 2007 r.

W dniu 25 IV 2007 r. strony podpisały aneks nr (...) do w/w umowy, którym przedłużyły termin zakończenia robót o 3 miesiące, pozostawiając wszystkie pozostałe postanowienia umowy bez zmian.

Integralną częścią umowy był wzorzec umowny, opracowany przez (...) Stowarzyszenie (...) p.n. „Warunki Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego”. Strony dokonały jednak modyfikacji niektórych jego postanowień w dokumencie zatytułowanym Szczególne warunki kontraktu. M.in. w sub-klauzuli 1.5 postanowiono, że dla celów interpretacji, dokumentom tworzącym kontrakt nadaje się następujące pierwszeństwo: umowa, oferta wykonawcza z dnia 3 III 2005r. wraz z załącznikami, Szczególne warunki kontraktu, Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego (tzw. (...) 1999), instrukcja dla wykonawców – Tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dokumentacja projektowa – Specyfikacje Techniczne, dokumentacja projektowa – Rysunki oraz harmonogram robót Umowa Konsorcjum.

Umowa nakładała na pozwanego jako zamawiającego obowiązek przekazania placu budowy do dnia 30 VII 2005r. . Takie protokolarne przekazanie nastąpiło już w dniu 15 VII 2005 r., z tym, że nie objęło całego placu budowy. Kolejne odcinki robót były przekazywane w maju i w sierpniu 2006 r. oraz w lutym 2007 r. . Pozwany przekazał powodowi także pozwolenie na budowę z dnia 7 III 2005 r. , które nie uwzględniało jednak około kilometra planowanej inwestycji.

Po rozpoczęciu realizacji robót i weryfikacji przez powoda przekazanej mu dokumentacji okazało się, że jest ona niekompletna, co spowodowało, że powód nie mógł dotrzymać zapisów umowy dotyczących terminu minimalnej wymaganej ilości wykonania, o czym powiadomił pozwanego pismem z dnia 24 II 2006r. .

Inżynier kontraktu w piśmie z dnia 6 III 2006.r wskazał, iż powodem niedotrzymania warunku wykonania minimalnej ilości robót było m. in.

- brak możliwości prowadzenia robót w rejonie węzła M. w związku z brakiem pozwoleń na budowę,
- brak możliwości kontynuowania robót gazowniczych, co wynikało z nie załatwionych formalności wyłączeniowych oraz uzgodnień z gestorem sieci gazowniczej,

-opóźnienie realizacji przebudowy 9-kolizyjnych linii wysokiego napięcia wynikających z braku uzgodnień projektowych z gestorem sieci,

- opóźnienie realizacji robót węzła L., wynikające z negatywnej decyzji prezesa zamówień publicznych o zmianie zakresu robót, wynikającej z konieczności dostosowania rozwiązań kontraktowych do docelowego zakresu budowy obwodnicy S..

Powyższe okoliczności spowodowały, że aneksem nr (...) do kontraktu, strony wydłużyły o 3 miesiące termin w zakresie warunku 8.13 tj. termin minimalnej ilości wykonania ( 30% ) .

W dniu 23 V 2006r. pozwany przekazał powodowi kolejny odcinek robót wraz z pozwoleniem na budowę z dnia 8 V 2006r. , w dniu 30 VIII 2006r . doszło do przekazania następnego odcinka tj. węzła L. wraz z decyzją w sprawie zmiany pozwolenia na budowę z dnia 21 VI 2006r, przekazanie ostatniego odcinka terenu budowy wraz z pozwoleniem na budowę nastąpiło 13 II 2007 r..

Na posiedzeniu rady budowy , mającym miejsce w dniu 12 X 2006r. powód poinformowała pozwanego, że zgłosi roszczenie finansowe w związku z brakiem możliwości prowadzenia robót w zaplanowanym w harmonogramie terminie .

Następnie powód kilkakrotnie informował stronę pozwaną o swoich uprawnieniach do roszczeń związanych z brakiem możliwości prowadzenia robót na wskazanych odcinkach . W pismach z dnia 13 III 2007r., 13 IV 2007r., 14 V 2007r., 1 VI 2007r . aktualizował swoje roszczenia finansowe . Ostateczne żądanie zawarł w piśmie z 27 III 2008 r. , określając je na 3.082.289,38 zł.

Inżynier Kontraktu w piśmie z dnia 4 IX 2007 r. uznał za zasadne wstępne roszczenie powoda w wysokości 1.055.651,40 zł . Do powyższego stanowiska przyłączył się Kierownik Projektu w piśmie skierowanym do (...) w celu akceptacji wniosku powoda .

Ostatecznie Inżynier Kontraktu w piśmie skierowanym do (...) z dnia 4 IV 2008r. uznał za zasadne roszczenie powoda do wysokości 1.553.301,85 zł, podobnie też Kierownik Projektu w kolejnym piśmie skierowanym do pozwanego.

Z ustaleń sądu I instancji wynikało ponadto, że w dniu 24 IV 2006 powód zawarł z podwykonawcami : (...) Sp. z o. o., (...) Sp. z o. o., (...) S.A. oraz (...) Sp. z o.o. umowy cesji swoich wierzytelności wobec zamawiającego, obejmujące należności wynikające z umowy z dnia 30 VI 2005r.. Celem zawarcia tych umów było zabezpieczenie należności z umowy z dnia 30 VI 2005 r. do wysokości należności cesjonariusza, wynikających z umowy podwykonawczej a wykazanych kopią faktury oraz kopią protokołu odbioru i certyfikatem płatności. Umowy powyższe zostały zawarte pod warunkiem zawieszającym w postaci nie dokonania przez powoda zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane. Z uwagi na to ,że wynagrodzenie za wykonane przez podwykonawców roboty budowlane zostało przez powoda zapłacone, powyższy warunek nie został spełniony i cesje nie doszły do skutku .

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał powództwo spółki (...) za niezasadne i nieudowodnione.

Na wstępie jednak nie podzielił zarzutu pozwanego co do braku legitymacji procesowej czynnej powoda do występowania w niniejszej sprawie, podnosząc, że przedmiotem zawartych przez niego z podwykonawcami umów cesji były należności wynikające z umowy łączącej strony tj. wierzytelności istniejące w chwili zawierania tychże umów cesji, które nie były objęte niniejszym pozwem. Powód dochodził bowiem odszkodowania związanego z wykonywaniem robót w wydłużonym czasie na ukończenie kontraktu, które to roszczenie dotyczące kosztów dodatkowych z tytułu wykonywania , w momencie zawierania umowy cesji jeszcze nie istniały, a co więcej nie powstały nawet okoliczności faktyczne będące podstawą tych wierzytelności. Aneks na podstawie, którego nastąpiło wydłużenie czasu na ukończenie robót z dnia 24 IV 2007 r. , został podpisany dopiero rok później po zawarciu umów cesji z podwykonawcami. Sąd Okręgowy przyjął, iż możliwe jest co prawda zawarcie umów dotyczących cesji wierzytelności przyszłych , tym niemniej jednak te przyszłe wierzytelności muszą być skonkretyzowane poprzez

określanie tytułu ich powstania oraz osoby dłużnika i wierzyciela, których to wymogów nie spełniają umowy cesji zawarte przez powoda z podwykonawcami. Podnosił także, iż umowy przelewu wierzytelności miały zabezpieczać terminową zapłatę umówionego wynagrodzenia, nie zaś wszystkie wierzytelności, jakie powstały lub mogły powstać w związku z wykonywaniem robót na rzecz powoda. Podsumowując tę część swoich rozważań sąd I instancji stwierdził, że przedmiotem cesji nie były roszczenia odszkodowawcze powoda, związane z wydłużeniem czasu na ukończenie robót, lecz należności z tytułu wynagrodzenia powoda jako generalnego wykonawcy.

Dokonując oceny w dalszym ciągu ( ewentualnie) przysługującego zatem powodowi roszczenia odszkodowawcze Sąd Okręgowy miał na uwadze treść postanowień Ogólnych warunków kontraktu ( (...) z roku 1999) oraz modyfikujących je warunków szczególnych .

Wywodził, że zgodnie z subklauzulą 1.9 oraz 2.1 warunków ogólnych w przypadku nieprzekazania w terminie placu budowy oraz dokumentacji wykonawca miał prawo do:

a/ przedłużenia czasu na wykonanie robót oraz b/ do płatności za jakikolwiek taki koszt oraz rozsądny zysk, która to płatność miała zostać włączona do Ceny Kontraktowej. Postanowieniami Szczególnych warunków kontraktu strony ustaliły jednak , że punkt „b” w/w subklauzul – nie będzie miał zastosowania ( „nie ma zastosowania”) , co w ocenie sądu I instancji oznaczało, że wykreślono tym samym postanowienie dające wykonawcy uprawnienie również do płatności za jakikolwiek koszt plus rozsądny zysk, w sytuacji nieudostępnienia w terminie przez zamawiającego placu budowy jak i nieprzedłożenia wymaganych rysunków i instrukcji .

Powyższymi Warunkami szczególnymi kontraktu strony *expressis verbis* wyłączyły tym samym uprawnienie wykonawcy do domagania się jakiegokolwiek rekompensaty poniesionych kosztów, pozostawiając wykonawcy uprawnienie do żądania przedłużenia czasu na ukończenie kontraktu.

Powyższa modyfikacja warunków kontraktu , dokonana przez strony, zdaniem sądu I instancji nie naruszała postanowień art. 373 § 2 k.c. ani art. 353 <sup>1</sup>k.c.

Poza tym wobec uregulowania powyższej kwestii przez same strony w umowie, zastosowania nie mogły znaleźć przepisy o charakterze dyspozytywnym tj. art. 471 k.c. i 491 § 1 zd. 2 k.c..

Sąd Okręgowy nie podzielił ponadto stanowiska powoda, że postanowienia dotyczące konsekwencji nienależytego wykonania przez pozwanego obowiązku przekazania placu budowy i dokumentacji nie dotyczą ograniczenia odpowiedzialności za szkodę, a jedynie umownego zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy, co miałyby wynikać już z samej treści postanowienia pkt. b klauzuli 1.9 oraz 2.1 Ogólnych warunków kontraktu, wskazującego , że dodatkowa kwota powiększa wynagrodzenie wykonawcy. Sąd I instancji podnosił, że wyłączenie przez strony w ramach Szczególnych warunków kontraktu płatności za poniesione koszty wraz z rozsądnym zyskiem , na wypadek przedłużenia czasu na wykonanie robót, dotyczy faktycznie ewentualnej szkody poniesionej z tego tytułu przez wykonawcę. Taki zapis umowny pomiędzy profesjonalnymi podmiotami uznał za dopuszczalny, z ograniczeniem wynikającym z art. 473 § 2 k.c tj. z wyłączeniem szkód, które dłużnik może wyrządzić wierzycielowi umyślnie . Powód jednak zdaniem Sądu Okręgowego nie wykazał, aby szkoda, której wyrównania domagał się, została mu przez pozwanego wyrządzona umyślnie. Za tego rodzaju działanie zdaniem sądu I instancji trudno było uznać fakt przedłużania się uzyskania wszelkiej dokumentacji na prowadzenie robót.

Wskazywana przez powoda szkoda mieściła się w pojęciu szkody określonej postanowieniami art. 361 § 2 k.c., , jednakże treść zapisu umownego wyłączająca płatności na rzecz powoda na wypadek nieprzekazania w terminie placu budowy oznaczała, że powód zgodził się na umowną regulację wyłączenia odpowiedzialności pozwanego z tego tytułu. Rozwiązanie takie w świetle postanowień § 2 art. 361 k.c. Sąd Okręgowy uznał za dopuszczalne, gdyż przepis ten stanowi, że odpowiedzialność odszkodowawcza zobowiązanego następuje według zasad określonych w tym przepisie, na wypadek braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy.

Sąd Okręgowy podnosił, iż dodatkowo za przyjętą przez niego interpretacją postanowień umowy łączącej strony przemawia okoliczność, że ryzyko przedłużenia czasu na ukończenie budowy wziął na siebie powód, zaś ryzyko finansowe leżało po stronie pozwanej. Strony zaakceptowały taki sposób ułożenia wzajemnych stosunków zobowiązaniowych. Ponadto sąd I instancji zwracał uwagę, iż kwestionowany przez powoda zapis nie był jedynym ograniczającym strony. Wskazywał na postanowienia subklauzuli 13.7 dotyczące zmian prawnych, która przez strony została zmodyfikowana, poprzez ograniczenie możliwości zmiany zaakceptowanej kwoty kontraktowej brutto jedynie w przypadku zmiany przez władzę ustawodawczą procentowej stawki podatku VAT.

Jako kolejny argument sąd I instancji podnosił, że powód podpisując aneks nr (...) do umowy, wziął na siebie ryzyko przedłużenia czasu na ukończenie robót, nie sposób jest bowiem zakładać, że podpisując aneks nie obejmował nim zgody na ewentualny wzrost kosztów robót po swojej stronie, nie zgłaszał konkretnych kosztów przy podpisywaniu tego aneksu.

Sąd Okręgowy przyjął ponadto, iż powód w istocie domagał się waloryzacji cen objętych umową, która z mocy postanowień Szczególnych warunków kontraktu była niedopuszczalna. W tychże bowiem warunkach szczególnych strony wykreśliły subklauzule 12.3 i 13.8 Warunków ogólnych (...), przewidujące korekty wynikające ze zmian kosztów robocizny i wyceny robót, czym jednocześnie umownie wyłączyły możliwość dokonywania waloryzacji cen jednostkowych. Przyznał ponadto rację stronie pozwanej, że ewentualna waloryzacja zobowiązania jest możliwa wobec zobowiązania jeszcze niewykonanego, podczas, gdy sporne zobowiązanie zostało już wykonane, a tym samym wygasło.

Niezależnie od powyższego w ocenie sądu I instancji powództwo wytoczone w niniejszej sprawie podlegało oddaleniu dodatkowo z tego względu, iż powód nie wykazał, aby swoje roszczenie odszkodowawcze zgłosił z zachowaniem warunków procedury umownej. Zgodnie bowiem z subklauzulą 20.1 ogólnych warunków kontraktu, jeżeli wykonawca uważa się za uprawnionego do jakiegokolwiek przedłużenia czasu na ukończenie lub jakiegokolwiek dodatkowej płatności, według jakiegokolwiek klauzuli niniejszych warunków lub z innego tytułu w związku z kontraktem, to wykonawca da inżynierowi powiadomienie opisując wydarzenie lub okoliczność powodującą roszczenie. Powiadomienie będzie dane najwcześniej jak to możliwe, ale nie później, niż 28 dni po tym, kiedy wykonawca dowiedział się lub powinien był dowiedzieć, o tym wydarzeniu lub okoliczności. Na wypadek niedotrzymania tego terminu czas na wykonanie nie będzie przedłużony i wykonawca nie będzie uprawniony do dodatkowej płatności. Nadto wykonawca w ciągu 42 dni, kiedy dowiedział się o wydarzeniu lub okoliczności, która dała powód do roszczenia prześle inżynierowi szczegółowe roszczenie.

Sąd Okręgowy wywodził, że przekazanie powodowi placu budowy nastąpiło w dniu 15 VII 2005 r wraz z decyzją z dnia 7 III 2005 r. zawierającą pozwolenie na budowę i zatwierdzającą projekt budowy obwodnicy m. K., M., Z. w ciągu drogi krajowej nr (...) S. -B. od km 32+958.70 do km 40+892.98 wraz z łącznicą nr 4 od km 0+000 do km 1+229,56 w kierunku S. . Zgodnie zaś z umową roboty nią objęte miały obejmować odcinek od km 32+121,10 do km 40+892,98, co oznacza, że już w tym dniu powód dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o okoliczności powodującej roszczenie. Oznacza to, iż powiadomienie do Inżyniera Kontraktu powinno było zostać przez niego wystosowane nie później niż do 12 VIII 2005 r.. Z materiału dowodowego sprawy nie wynikało zaś aby w tym terminie powód powiadomił Inżyniera Kontraktu o nie przekazaniu całości placu budowy. Dopiero w protokole z rady budowy z dnia 12 X 2006 r. zapowiedział, iż złoży roszczenia finansowe po otrzymaniu pozwolenia na budowę dla rejonu M..

Analogicznie zostało przez sąd I instancji ocenione zgłoszenie roszczenia opierającego się na okoliczności złożenia przez pozwanego dokumentacji zawierającej braki. Powód co prawda nie wskazywał konkretnej daty w której stwierdził niekompletność tej dokumentacji, tym niemniej jednak zdaniem sądu I instancji co najmniej w dniu 24 II 2006r. miał już świadomość tych braków, na co wskazuje treść jego pisma z tej daty. Oznacza to, iż zgodnie z cytowanym powyżej postanowieniem subklauzuli 20.1 Ogólnych warunków kontraktu powód powinien był poinformować o tym Inżyniera Kontraktu najpóźniej dnia 24 III 2006 roku, czego nie uczynił. W szczególności za takie powiadomienie nie można było uznać wskazywanego pisma z 24 II 2006, gdyż wykonawca nie zgłosił w nim roszczenia, a jedynie sygnalizował, że nie będzie w stanie dotrzymać terminu wymaganey minimalnej ilości wykonania.

Tym samym na skutek wprowadzonego wolał stron do umowy terminu zawitego na złożenie powiadomienia o roszczeniu czasowym lub finansowym , wykonawca który terminu tego nie dotrzymał utracił swoje roszczenia.

Z uwagi na fakt, iż powództwo wniesione w niniejszej sprawie jako pozbawione podstawy prawnej podlegało oddaleniu, za niecelowe sąd I instancji uznał w takiej sytuacji dopuszczanie dowodu z opinii biegłego na okoliczności przedstawione w piśmie procesowym powoda z dnia 3 XI 2011 r. (1578). Wskazana przez powoda teza dowodowa dotyczyła ponadto ustalenia przez biegłego z zakresu budownictwa drogowego istnienia związku przyczynowego pomiędzy faktem wykonania przez powoda robót w wydłużonym czasie a powstaniem po jego stronie kosztów dodatkowych z tego tytułu w odniesieniu do poszczególnych elementów robót. W ocenie Sądu Okręgowego powyższy wniosek dowodowy zmierzał zatem nie do ustalenia wysokości szkody , tylko do ustalenia związku przyczynowo – skutkowego, a zatem materii należącej do sądu a nie do biegłego .

Sam powód nie przedstawił zaś żadnych dowodów, które wskazywałyby na fakt poniesienia przez niego dodatkowych kosztów z tytułu realizacji robót w czasie wydłużonym, w szczególności złożone przy pozwie faktury zostały wystawione na podwykonawców a nie na samego powoda.

Sąd Okręgowy nie podzielił także stanowiska powoda w kwestii uznania jego roszczeń przez pozwanego. W szczególności przyjął, że jako uznanie długu nie można potraktować pozytywnej opinii Inżyniera Kontraktu, co do roszczeń zgłoszonych przez powoda , gdyż Inżynier Kontraktu nie był przedstawicielem zamawiającego, nie miał uprawnienia do reprezentacji pozwanego. Zgodnie z pkt. 1.1.2.1 Warunków ogólnych (...) przez stronę należało rozumieć zamawiającego lub wykonawcę, zaś jak wynikało z pkt 1.1.2.4 tych warunków , przez Inżyniera Kontraktu należało rozumieć oznaczoną osobę wyznaczoną przez zamawiającego do działania jako inżynier dla celów realizacji kontraktu, która wykonuje swoje obowiązki w swoim imieniu i na swoją rzecz.

Za oświadczenie o uznaniu roszczeń powoda nie można było także uznać pisma Kierownika Projektu z dnia 28 IX 2007 , którym przesłany został wniosek powoda zawierający żądania finansowe, celem jego dalszej ewentualnej akceptacji przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w W.. Tylko bowiem pozwany jako strona umowy z dnia 30 VI 2005 r mógł podjąć decyzje co do roszczeń wykonawcy.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności sąd I instancji oddalił powództwo spółki (...).

Z rozstrzygnięciem powyższym powód nie zgodził się wnosząc apelację, w której podniósł następujące zarzuty:

- naruszenia art. 65§ 1 i 2 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, czego konsekwencją była nieprawidłowa wykładnia zapisów subklauzuli 1.9 oraz 2.1 Warunków ogólnych kontraktu , co skutkowało błędnym przyjęciem, iż poprzez modyfikację tychże subklauzul strony wyłączyły możliwość dochodzenia roszczenia finansowego przez powoda,

-naruszenia art. 473§ 1 i 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie przy wykładni w/w subklauzul , czego konsekwencją było błędne przyjęcie , że wystarczające do umownej modyfikacji odpowiedzialności stron za niewykonanie obowiązków umownych było przyjęcie zapisu Szczególnych warunków kontraktu , iż litera b) subklauzuli 1.9 oraz 2.1 nie ma zastosowania,

-naruszenia art. 471 i 491 § 1 zd. 2 k.c. poprzez ich niezastosowanie mimo wykazania przez powoda niewykonania przez pozwanego jego obowiązków z umowy wzajemnej,

- art. 361§ 1 i 2 w zw. z art. 363§ 1 k.c. poprzez ich błędną interpretację i niewłaściwe zastosowanie , czego konsekwencją było przyjęcie przez sąd I instancji, iż naprawienie poniesionej przez powoda szkody może nastąpić poprzez przedłużenie czasu na ukończenie zadania objętego umową oraz , iż w wyniku umownej modyfikacji zasad odpowiedzialności , ryzyko czasowe przedłużenia czasu na ukończenie wziął na siebie pozwany,

-obrazę art. 471 w zw. z art. 6 k.c. poprzez ich nieprawidłową interpretację i niewłaściwe zastosowanie, skutkujące przyjęciem, iż to na powódzie ciąży obowiązek wykazania zawinionego nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwanego,

-obrazy art. 473§ 2 k.c. oraz 233 k.p.c., 328§ 2 k.p.c. poprzez nie zastosowanie pierwszego z w/w przepisów i nie dokonanie przez sąd I instancji analizy zebranego materiału dowodowego , pod kątem stwierdzenia czy zachowanie pozwanego cechowała wina umyślna,

- obrazy art. 119 k.c. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 58 k.c. poprzez ich niezastosowanie, skutkujące przyjęciem, iż możliwe było zastrzeżenie przez strony w subklauzuli 20.1 Warunków ogólnych kontraktu umownego terminu zawitego dotyczącego zgłaszania roszczeń,

-naruszenia art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez dokonanie sprzecznej z regułami interpretacyjnymi wykładni subklauzuli 20.1,

-obrazy art. 233 i 328 § 2 k.p.c. poprzez zaniechanie dokonania wszechstronnej analizy materiału dowodowego dotyczącego wysokości roszczenia oraz poniesienia kosztów dodatkowych , w związku z wykonywaniem robót w wydłużonym czasie i ograniczenie rozważań na ten temat wyłącznie do stwierdzenia, że powód nie udowodnił roszczenia co do wysokości , z uwagi na dołączenie do pozwu faktur wystawionych na podwykonawców,

- obrazy art. 278 k.p.c. poprzez niezasadne oddalenie wniosku dowodowego powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność związku przyczynowego pomiędzy faktem wykonywania przez niego robót w wydłużonym czasie a powstaniem po jego stronie kosztów dodatkowych z tego tytułu .

Tym samym apelujący wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

### ***Sąd Apelacyjny zważył co następuje:***

Istota rozpoznania sporu istniejącego w niniejszej sprawie sprowadzała się do dokonania prawidłowej interpretacji postanowień łączącej strony umowy o roboty budowlane.

Rację należy przyznać apelującemu, iż przy dokonywaniu wykładni spornych postanowień tej umowy , należało mieć na uwadze także pozostałe jej postanowienia i uwzględniać związki treściowe pomiędzy tymi postanowieniami. Taka jednak pełna analiza postanowień wszystkich dokumentów składających się na treść kontraktu, a w szczególności postanowień Szczególnych warunków kontraktu i Warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego ( Ogólnych warunków ) wcale nie pozwalała na wyciągnięcie takich wniosków jakie zaprezentowane zostały w apelacji powoda.

W szczególności nie do zaakceptowania było stanowisko apelującego, że zrezygnowanie przez strony w Szczególnych warunkach kontraktu z zapisów postanowień pkt b) subklauzul 1.9 oraz 2.1 oznaczało tylko tyle, że strony zawarły umowę w brzmieniu bez tych zapisów i nic ponadto. Użyte w Szczególnych warunkach kontraktu określenie „Punkt b nie ma zastosowania” miało swoją głębszą treść, w szczególności na tle pozostałych , niezmodyfikowanych postanowień warunków ogólnych.

Warunki kontraktu na budowę w swojej części określonej jako warunki ogólne zawierały bowiem wiele analogicznych do subklauzuli 1.9 oraz 2.1 postanowień, które przewidywały roszczenie finansowe wykonawcy w sytuacji wystąpienia opóźnienia i/lub poniesienia przez niego dodatkowych kosztów na skutek okoliczności obciążających zamawiającego jak i od niego niezależnych, które to postanowienia z woli stron zostały w umowie zachowane. Przykładem pierwszych mogą być subklauzule 4.7 ( dotycząca opóźnienia i kosztów poniesionych przez wykonawcę w rezultacie wykonania pracy , która była konieczna z powodu błędu w elementach odniesienia) czy też 7.4 ( odnosząca się do opóźnienia i kosztów poniesionych na skutek poleceń inżyniera dotyczących prób lub opóźnienia związanego z tymi próbami , za które odpowiedzialny jest zamawiający) . Przykładem drugich są subklauzule 4.24 ( mówiąca o opóźnieniu i kosztach

poniesionych przez wykonawcę w związku z odkryciem wykopalisk podczas robót) i 19.4 ( odnosząca się do opóźnienia i kosztów wywołanych siłą wyższą) . Poprzez wykreślenie niektórych z tychże tożsamyh postanowień , modyfikację innych ( np. subklauzuli 7.4. , w której pkt b wykreślono jedynie prawo wykonawcy do domagania się rozsądnego zysku) i w końcu pozostawienie w niezmienionej postaci trzecich , strony w sposób jednoznaczny dały wyraz swojej woli co do tego w jakich okolicznościach wykonawcy będzie przysługiwało i w jakim zakresie roszczenie finansowe z tytułu opóźnienia i dodatkowo poniesionych tym samym przy realizacji inwestycji kosztów. Płatności za powyższe koszty, pomimo postanowień umownych włączających je do Ceny Kontraktu , jak słusznie przyjął sąd I instancji, stanowiły de facto odszkodowania za szkody poniesione przez powoda przy realizacji umowy z pozwanym, w tym także za szkodę wywołaną nienależytym wykonaniem umowy przez zamawiającego, czego przykładem mogą być wskazane powyżej płatności z subklauzuli 7.4. . Potwierdzeniem powyższego wniosku jest w szczególności treść subklauzuli 17.4, w której ustalone zostało, że jeżeli wymienione w subklauzuli 17.3 zagrożenia spowodują stratę lub szkodę w robotach , dobrach lub dokumentach wykonawcy i wykonawca dozna opóźnienia i/lub poniesie koszt z tytułu naprawy tej straty lub szkody , to będzie uprawniony m.in. do płatności za jakikolwiek taki koszt , która to płatność będzie wliczona do Ceny Kontraktu.

Nie ulega wątpliwości, iż kwota , która mogłaby zostać w tym przypadku wliczona do Ceny Kontraktu stanowiłaby nie innego jak odszkodowanie należne wykonawcy, a nie wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane.

Podsumowując powyższą analizę postanowień umowy ( warunków ogólnych i szczególnych kontraktu) stwierdzić należy, iż w umowie z dnia 30 VI 2005 r. strony dokonały modyfikacji odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego poprzez zarówno jej rozszerzenie( np. odpowiedzialność za siłę wyższą) jak i ograniczenie oraz wyłączenie w niektórych przypadkach. Stwierdzenie zawarte w Szczególnych warunkach kontraktu, że subklauzule 1.9 b oraz 2.1 b nie mają zastosowania oznaczało , jak przyjął to sąd I instancji, że strony wyłączyły odpowiedzialność finansową pozwanego za szkody poniesione na skutek opóźnienia po stronie zamawiającego w przekazaniu dokumentacji jak i placu budowy.

Wniosku powyższego nie zmienia podnoszona w apelacji okoliczność pozostawienia w Ogólnych warunkach kontraktu, w subklauzuli 20.1, określającej tryb zgłaszania roszczeń, roszczeń natury finansowej, opierających się zarówno na postanowieniach „jakiegokolwiek klauzuli tych warunków lub z innego tytułu w związku z kontraktem”.

Z subklauzuli powyższej pomimo wykreślenia pkt b) subklauzul 1.9 oraz 2.1 nie został wyeliminowany zapis mówiący o możliwości zgłaszania także roszczeń finansowych , ponieważ inne postanowienia kontraktu tego rodzaju roszczenia w przypadku powstania opóźnienia w spełnieniu świadczenia przewidywały. Przykłady ich zostały podane powyżej ( dodatkowo warunek 8.9). Poza tym wskazywana w teźże subklauzuli możliwość dochodzenia roszczeń finansowych na innej niż umowa podstawie dotyczy roszczeń nieuregulowanych postanowieniami umowy jak i postanowieniami tymi niewyłączonych, takich chociażby jak roszczeń o naprawienie szkody wywołanej winą umyślną.

Odnośnie dokonanej w apelacji interpretacji postanowień umowy w oparciu o późniejsze zachowanie się jej stron, w szczególności zamawiającego, który nie negował prawa wykonawcy do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych z tytułu opóźnienia w spełnieniu świadczenia , to podnieść należy, iż interpretacja powyższa opierała się na zachowaniu Kierownika Projektu oraz Inżyniera Kontraktu, którzy mieli świadomość modyfikacji postanowień warunków 1.9 oraz 2.1 Ogólnych warunków kontraktu i z modyfikacji tej wyciągali takie same wnioski jak sąd I instancji. W piśmie Inżyniera Kontraktu skierowanym do zamawiającego z dnia 12 III 2007 r. , Inżynier Kontraktu stwierdził bowiem w sposób jednoznaczny, iż w oparciu o zapisy subklauzul 1.9 oraz 2.1 Warunków ogólnych kontraktu zmienionych Warunkami szczególnymi kontraktu roszczenia finansowe wykonawcy można uznać za bezzasadne w całości , tym niemniej jednak działając zgodnie z postanowieniami subklauzuli 3.5, nakładającej na niego obowiązek przeprowadzenia konsultacji z każdą ze stron kontraktu, w celu osiągnięcia zgodnych stanowisk , zgłaszane przez wykonawcę roszczenia ocenił tak jakby powyższej modyfikacji nie było i podejmował dalsze kroki w celu rzetelnego oszacowania ich wysokości ( k 1032). Było to jednak stanowisko Biura Inżyniera Kontraktu, co zostało zaznaczone w przedmiotowym piśmie. Podobnie należy ocenić także kolejne pisma Inżyniera Kontraktu pozytywnie opiniujące roszczenia powoda , kierowane jednak nie do wykonawcy tylko do (...) Kierownika Projektu, w tym pismo z 4



IV 2008 r. ( K 1128). Podkreślenia wymaga, iż Inżynier Kontraktu miał świadomość wyłączenia odpowiedzialności zamawiającego za zgłaszane przez wykonawcę roszczenia , podejmowane zaś przez niego działania wynikały z postanowień subklauzuli 3.5 Ogólnych warunków kontraktu, były to obowiązki przypisane mu w kontrakcie o jakich mowa w subklauzuli 3.1 , które w żaden sposób nie można było interpretować jako uznanie odpowiedzialności zamawiającego. Przed „odrzućciem lub zatwierdzeniem” roszczeń powoda ( 20.1) , Inżynier Kontraktu, zgodnie z zapisami Szczególnych warunków kontraktu, musiał uzyskać uzgodnienie zamawiającego ( K 60) . Pisma kierowane przez niego do (...) w sprawie roszczeń powoda miały właśnie na celu uzyskanie takiego uzgodnienia, czego świadomi byli wszyscy , łącznie z przedstawicielami wykonawcy. Świadek M. S. , będący kierownikiem budowy zeznał, że pozytywne opinie Inżyniera Kontraktu jak i Kierownika Projektu nic nie dały , gdyż zamawiającym była (...) w W. i dla ostatecznego rozstrzygnięcia roszczenia potrzebna była jej akceptacja . W tym miejscu dodać należy, iż świadek miał świadomość wykreślenia postanowień pkt b subklauzuli 1.9 oraz 2.1 , podnosił, iż również Inżynier Kontraktu znał ten zapisy , a mimo to przyznawał zasadność zgłaszanych przez wykonawcę roszczeń, aczkolwiek nie wiadomo na jakiej podstawie. Świadek mówił także o zapewnieniach zamawiającego o otrzymaniu dodatkowej, ponad kontrakt zapłaty „ za odcinek kilometrowy”, wyjaśniał jednak w dalszej kolejności swoich zeznań, iż zapewnienia te składał Kierownik Projektu ( k 1502).

Kierownik Projektu z kolei zeznał, iż roszczenia finansowe wykonawcy nie zostały uznane przez zamawiającego, ponieważ kwestionowana była podstawa prawna tych roszczeń, „ pewne klauzule z (...) zostały wykreślone” ( k 1574). Podnosił także, że weryfikował zgłoszone przez powoda roszczenia pod względem poprawności i wiarygodności dokumentacji i rachunkowe wyliczenie nie rodziło wątpliwości , w zakresie uznania tychże roszczeń musiał jednak uzyskać decyzję zamawiającego. Przyznał, że gdyby nie wykreślenie spornych klauzul, to roszczenie wykonawcy byłoby zasadne ( k 1575).

Podkreślenia jeszcze raz wymaga, iż zarówno pisma Inżyniera Kontraktu jak i Kierownika Projektu nie były adresowane do wykonawcy, tylko do zamawiającego, niektóre z nich Kierownik Projektu przesyłał do wiadomości powoda , tym niemniej jednak nie stanowiły one oświadczenia woli skierowanego do wykonawcy. W szczególności w kwestii tej nie miały zastosowania postanowienia akapitu 4 subklauzuli 3.1 , na który powołuje się apelujący zmieniając zresztą nieco jego brzmienie, gdyż Inżynier Kontraktu nie skorzystał z uprawnienia o jakim mowa w art. 20.1, gdyż nie odpowiedział powodowi ani zatwierdzeniem ani odrzućciem zgłoszonych przez niego roszczeń ( a przynajmniej powód tej okoliczności nie wykazał) , wobec oczywiście braku wymaganej postanowieniami Szczególnych warunków kontraktu aprobaty zamawiającego.

Reasumując stwierdzić należy, że chociaż Inżynier Kontraktu jak i Kierownik Projektu pozytywnie opiniowali zgłaszane przez wykonawcę roszczenia, to jednocześnie byli świadomi tego, że postanowieniami umowy możliwość ich dochodzenia została wyłączona.

Możliwość wyłączenia odpowiedzialności zamawiającego za szkody poniesione przez wykonawcę na skutek opóźnienia w oddaniu placu budowy jak i pełnej dokumentacji wynikała z zasady swobody umów i była ograniczona jedynie postanowieniami art. 473§ 2 k.c., mówiącymi o braku możliwości wyłączenia odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną z winy umyślnej. Wbrew zarzutowi apelacji skuteczność wyłączenia odpowiedzialności dłużnika nie jest uzależniona od jednoznacznego, wyraźnego zastrzeżenia tej kwestii w umowie. Także w tym zakresie zastosowanie znajdują reguły interpretacyjne z art. 65§ 2 k.c. Niezależnie od powyższego w niniejszym przypadku zawarte w Szczególnych warunkach kontraktu postanowienie, że warunek uprawniający wykonawcę do roszczenia finansowego za szkody wywołane opóźnieniem w realizacji obowiązków inwestorskich pozwanego „nie ma zastosowania”, w sposób jednoznaczny wyłączało w tym zakresie odpowiedzialność pozwanego.

Sąd Okręgowy prawidłowo przyjął, iż strona powodowa nie wykazała, że szkoda, której wyrównania się domaga w niniejszym procesie została wyrządzona przez pozwanego umyślnie.

Art. 471 w zw. z art. 472 k.c. wprowadza domniemanie winy dłużnika za nie wykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania, jednak domniemanie to ogranicza się do winy nieumyślnej polegającej na niedochowaniu należytej

staranności. Powód twierdząc, iż zachowanie dłużnika nosiło znamiona winy umyślnej, co pomimo wyłączenia umownego, dawałoby mu prawo domagania się odszkodowania, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 6 k.c. obowiązany był tę winę umyślną pozwanego udowodnić. Apelujący podnosił, iż w chwili zawarcia umowy, z uwagi na znaczący stopień opóźnienia odnośnie przygotowania inwestycji, zamawiający przewidywał, że wykonawca nie będzie w stanie wykonać zadania w terminie umownym, czego konsekwencją może być powstanie po stronie powoda szkody i godził się z tym. Innymi słowy przypisywał pozwanemu winę umyślną z zamiarem ewentualnym.

Sąd Apelacyjny nie podziela powyższego stanowiska.

Jak wynika z pisma Inżyniera Kontraktu z dnia 6 III 2006 r. ( k 145) nienależyte wykonanie umowy przez zamawiającego polegało na niedostarczeniu pozwolenia na budowę w rejonie węzła M., na nie załatwieniu do końca formalności wywłaszczeniowych oraz uzgodnień z gestorem sieci gazowniczej, braku uzgodnień z gestorem sieci energetycznej. Poza tym opóźnienie w realizacji inwestycji w rejonie węzła L. spowodowane zostało negatywną decyzją Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o zmianie zakresu robót, wynikającej z konieczności dostosowania rozwiązań kontraktowych do docelowego zakresu budowy obwodnicy S..

Pomimo niedopełnienia przez pozwanego obowiązków inwestorskich w powyższym zakresie brak było podstaw do przyjęcia, iż już w momencie zawierania umowy z powodem, przewidywał on, że wykonawca nie będzie w stanie zrealizować inwestycji w terminie 21 miesięcznym i godził się z ewentualną możliwością poniesienia przez wykonawcę z tego tytułu szkody. Rodzaj przypisanych pozwanemu uchybień wskazuje raczej na niedochowanie z jego strony należytej staranności w przygotowaniu inwestycji jak i na lekkomyślność wynikającą z założenia, że występujące niedociągnięcia uda mu się usunąć w trakcie realizacji inwestycji.

Świadek M. S., będący kierownikiem budowy, zeznał, że zamawiający zapewniał, iż lada dzień załatwi formalności projektowe, które umożliwią prowadzenie inwestycji na wyłączonym odcinku długości około 1 km, następnie, że zapewnienia pozwanego dotyczyły okresu 2 miesięcznego. Twierdził, iż powyższe braki z początku nie przeszkadzały wykonawcy, że z ich powodu dokonano reorganizacji prac, rozpoczęto realizację inwestycji od innych robót niż planowano, że z doświadczenia wie on, iż „nie wszystko od samego początku gra w projekcie i w organizacji pracy” ( k 1500). Pozostałe, oprócz nieudostępnienia odcinka 1 km terenu budowy, niedociągnięcia zamawiającego, świadek określał jako drobne, co dotyczyło m.in. braku uzgodnień instalacji sieci elektrycznej, gazowej ( k 1501).

O tym, iż niewykonanie przez pozwanego obowiązków nałożonych na niego jako na zamawiającego, początkowo nie wykluczało możliwości zakończenia inwestycji w terminie świadczy fakt, iż sam powód dopiero w lutym 2006 r. wystąpił z roszczeniem o przedłużenie terminu wykazania wymaganej minimalnej ilości wykonania ( subklauzula 8.13 k 142). Również Inżynier Kontraktu ustosunkowując się do powyższego wystąpienia wyrażał stanowisko, że powstałe opóźnienia są do nadrobienia pod warunkiem uzupełnienia braków do końca pierwszego kwartału 2006 r. ( k 148). Gdyby w istocie już w momencie zawierania umowy jak i na początku jej realizacji zakres niedociągnięć obowiązków inwestorskich pozwanego był tak duży jak próbuje obecnie wykazywać to powód, że przesądzał już wówczas o braku możliwości realizacji inwestycji w terminie, to niewątpliwie wykonawca nie czekałby do lutego 2006 r. z wnioskiem o przesunięcie terminu wykonania robót.

Nie ulega wątpliwości, iż obie strony umowy miały świadomość, iż braki w oddaniu pełnego terenu budowy jak i pełnej dokumentacji stwarzają ryzyko opóźnienia w realizacji całego zadania inwestycyjnego, tym niemniej jednak nie było wystarczających dowodów na to, że pozwany przewidując taką możliwość godził się z jej powstaniem i jej skutkami w postaci ponoszenia przez powoda dodatkowych kosztów realizacji umowy. Świadek T. R., Kierownik Projektu zeznał, że (...) miała świadomość trudności występujących przy realizacji kontraktu i brała czynny udział w ich usuwaniu. Niestety okoliczności powyższe były niezależne od zamawiającego, dotyczyły kwestii wywłaszczeniowych, przeciągających się procedur prawnych ( k 1574). Aby przypisać pozwanemu winę umyślną w postaci zamiaru ewentualnego należałoby prześledzić na jakim etapie znajdowały się procedury wywłaszczeniowe, administracyjne związane z uzyskaniem stosownych pozwoleń, zatwierdzaniem projektów, w momencie zawierania umowy. Czy dokończenie tych procesów było możliwe w terminie umożliwiającym realizację inwestycji w okresie wyznaczonym

umową, czy też w oparciu o doświadczenie życiowe z góry wykluczone. Strony, a w szczególności powód w tym zakresie nie zgłaszał żadnych wniosków dowodowych. Sam zaś fakt, iż niektóre pozwolenia zostały uzyskane przez zamawiającego dopiero w roku 2006 i ostatecznie na początku roku 2007 nie świadczył jeszcze o winie umyślnej zamawiającego w wyrządzeniu szkody wykonawcy. Opóźnienia te mogły bowiem być wynikiem trudnych do przewidzenia przed dniem 30 VI 2005 r. (data zawarcia umowy) okoliczności.

Reasumując powyższe rozważania stwierdzić należy, iż z materiału dowodowego sprawy wynikało, iż niewątpliwie pozwany musiał zdawać sobie sprawę z istniejącego ryzyka co do wystąpienia opóźnienia w realizacji umowy, tym niemniej jednak mając na uwadze stosunkowo długi okres wykonania robót, możliwość realizowania tych robót etapami, możliwość przeorganizowania przez wykonawcę zaplanowanych prac poprzez ich dostosowanie do udostępnionych warunków budowy, liczył na to, że uda mu się w tzw. międzyczasie załatwić wszystkie formalności pozwalające na oddanie brakującego odcinka budowy jak i brakującej dokumentacji. Również brak poczynienia przez inwestora uzgodnień projektowych z gestorem sieci energetycznej czy gazowniczej świadczył niewątpliwie o zaniedbaniach, braku należytej staranności ze strony pozwanego, nie był natomiast wystarczający do przypisania mu w tym zakresie winy umyślnej.

Umowne wyłączenie odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego jak i nie wykazanie przez stronę powodową, że doznana przez nią szkoda została wyrządzona z winy umyślnej inwestora przesądzały o oddaleniu wytoczonego w niniejszej sprawie powództwa.

Dlatego też dalsze podnoszone w apelacji zarzuty nie mogły skutkować zmianą zaskarżonego wyroku, aczkolwiek nie sposób było niektórym z nich odmówić słuszności.

Ustosunkowując się pokrótce do tych zarzutów przyznać należy rację apelującemu, iż Sąd Okręgowy w swoim uzasadnieniu nie wyjaśnił bliżej na czym miały polegać w jego ocenie przejęcie przez powoda ryzyka przedłużenia czasu na ukończenie budowy, zaś przez pozwanego ryzyka finansowego. W uzasadnieniu wyroku brak jest także jakichkolwiek rozważań na temat naprawienia doznanej przez powoda szkody poprzez restytucję naturalną. Sąd I instancji odwołał się jedynie ogólnie do wywodów strony pozwanej, która w istocie w swoim piśmie procesowym z dnia 1 VII 2011 r. (k 1531) twierdziła, że strony niniejszego procesu w zawartej w dniu 30 VI 2005 r. umowie ustaliły, iż wynagrodzenie szkody doznanej przez wykonawcę na skutek opóźnienia w udostępnieniu placu budowy i przekazania dokumentacji przybierze postać restytucji naturalnej w postaci prawa do „uzyskanie czasu na wykonanie umowy”. Taki „instrument” jak to określał pozwany, nie pełni jednak identycznej funkcji jak zwrot kosztów i rozsądnego zysku, których domagała się powodowa spółka w niniejszej sprawie. Szkoda powoda miała charakter majątkowy, a nie polega na utracie czasu na realizację inwestycji, którego przywrócenie w istocie można byłoby oceniać w tym przypadku jako restytucję naturalną. Przedłużenie czasu trwania umowy w żaden sposób nie mogłoby zrekompensować poniesionych dodatkowo przez powoda kosztów z tytułu opóźnienia w realizacji inwestycji, z przyczyn leżących po stronie pozwanego. Dalej istniałby niewyrównany uszczerbek majątkowy.

Zasadne są także wywody apelującego na temat błędnej interpretacji postanowień subklauzuli 20.1 Ogólnych warunków kontraktu, a w szczególności wskazanego w nim początku biegu terminu w jakim wykonawca uprawniony został do zgłaszania roszczeń czasowych i finansowych wobec zamawiającego, pod rygorem utraty tych roszczeń. Aby wykonawca czuł się uprawniony do jakiegokolwiek dodatkowej płatności według jakiegokolwiek klauzuli umownej lub z innego tytułu, musi istnieć po jego stronie wymagalne roszczenie. Każda z klauzul umownych Ogólnych warunków kontraktu, dająca wykonawcy uprawnienie w postaci domagania się przedłużenia czasu na realizację inwestycji w związku z opóźnieniem jak i uprawnienie domagania się rekompensaty finansowej z tego tytułu uzależnia powstanie ostatniego z w/w roszczeń od poniesienia przez wykonawcę kosztów. „Jeżeli ...Wykonawca dozna opóźnienia i/lub poniesie Koszt, to wykonawca da powiadomienie Inżynierowi i będzie uprawniony, z uwzględnieniem Subklauzuli 20.1 do...”. Zestawienie postanowień powyższych klauzul (analogicznych do klauzuli 2.1 oraz 1.9 przed modyfikacją) z treścią subklauzuli 20.1 w sposób oczywisty wskazuje, iż początek biegu terminu do zgłoszenia przez wykonawcę roszczeń finansowych należy wiązać nie tylko z momentem dowiedzenia się przez wykonawcę o okoliczności lub wydarzeniu „powodujących roszczenie” (z momentem, w którym powinien był się dowiedzieć), ale także z faktem

powstania tego roszczenia, którego elementem niezbędnym w niniejszej sprawie był fakt zaistnienia szkody. Wskazuje na powyższe także treść akapitu drugiego subklauzuli 20.1 mówiąca o powiadomieniu o roszczeniu w terminie 28 dni i skutkach niedopełnienia tego obowiązku. Jeżeli po stronie powoda nie powstała szkoda, to oczywistym jest, iż pomimo świadomości co do opóźnienia pozwanego w realizacji jego obowiązków inwestorskich i możliwości powstania z tego tytułu po swojej stronie szkody, powód nie mógł zgłaszać roszczenia odszkodowawczego nieistniejącego jak i pozwany nie mógł zostać zwolniony z odpowiedzialności w związku z roszczeniem, które jeszcze nie powstało.

W końcu przy przyjętej przez sąd I instancji interpretacji powyższego warunku umowy, nie sposób byłoby wymagać od wykonawcy, aby podjął działania

określone w akapicie 5 tej subklauzuli, polegające na przedstawieniu pełnego szczegółowego roszczenia. Mowa jest tam zresztą o okoliczności, która dała ( a nie mogąca dać) powód do roszczenia .

W powyższej sytuacji sąd II instancji już tylko na marginesie wskazuje, że podziela stanowisko pozwanego co do możliwości umownego zastrzeżenia terminu zawitego, po upływie którego roszczenia wierzyciela wygasają. Takie uregulowanie mieści się w wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> k.c. zasadzie swobody umów, nie jest w szczególności sprzeczne z przepisami prawa, w tym z art. 119 k.c., jak próbuje wywodzić apelujący. Inne są bowiem skutki, funkcje terminów zawitych i terminów przedawnienia.

Słuszne były natomiast zarzuty apelującego dotyczące dokonania przez sąd I instancji niewłaściwej oceny dowodów i obrazy art. 278 k.p.c. ( powinno być art. 217§ 2 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym do 3 V 2012 r. w zw. z art. 278 k.p.c.) poprzez oddalenie wniosku powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, które to uchybienia skutkowały uznaniem, iż powód nie wykazał okoliczności poniesienia szkody.

Przede wszystkim Sąd Okręgowy nie mógł takiego zarzuty postawić apelującemu, w sytuacji gdy oddalił jego wniosek dowodowy w postaci dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa drogowego na okoliczność istnienia związku przyczynowego pomiędzy faktem wykonania przez powoda robót w wydłużonym o 3 miesiące czasie na ukończenie a powstaniem po jego stronie kosztów dodatkowych z tego tytułu ( k 1578). Ustalenie związku przyczynowo skutkowego pomiędzy określonym zachowaniem dłużnika a szkodą niewątpliwie leży w kompetencji sądu, tym niemniej jednak niekiedy wymaga skorzystania z pomocy biegłego posiadającego wiedzę specjalną na temat zależności pomiędzy określonymi zjawiskami. Jak wyraził to Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 I 2012 r. I CSK 200.11 dowód z opinii biegłego może być wykorzystany do weryfikowania wymagających wiedzy specjalnej powiązań między ustalonymi faktami albo do wyprowadzenia z tych faktów wniosków, których sformułowanie wymaga wiedzy specjalistycznej (art. 278 k.p.c.). Sąd Okręgowy w niniejszej sprawie niewątpliwie nie był w stanie samodzielnie ustalić czy i jakie dodatkowe koszty poniósł wykonawca robót budowlanych na skutek opóźnienia w realizacji inwestycji z przyczyn obciążających inwestora.

Zasadnie również apelujący podnosił, że fakt zaistnienia po jego stronie szkody jak i jej wysokość wynikał ze złożonych do akt dokumentów, w szczególności pism Inżyniera Kontraktu, który w trybie subklauzuli 3.5 dokonywał weryfikacji zgłoszonych przez powoda roszczeń, jak i z zeznań przesłuchanych w sprawie świadków M. S. i T. R..

Powyższe uchybienia jak już jednak wyjaśnione zostało nie mogły skutkować zmianą rozstrzygnięcia sądu I instancji, gdyż wyrok oddalający powództwo odszkodowawcze spółki (...) odpowiadał prawu, wobec wyłączenia przez same strony umowy odpowiedzialności zamawiającego za opóźnienie w przekazaniu całości placu budowy i dokumentacji .

Z powyższych względów Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił wniesioną w niniejszej sprawie apelację jako niezasadną. Na podstawie art. 98§1 k.p.c. obciążył powoda obowiązkiem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego na rzecz strony pozwanej.