



Sygn. akt II CSK 183/11

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 marca 2012 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Anna Kozłowska (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Marian Kocon

SSN Barbara Myszka

w sprawie z powództwa Przedsiębiorstwa Transportu Samochodowego  
Łączności "T." Spółki Akcyjnej z siedzibą w P.  
przeciwko "Poczta Polska Spółka Akcyjna" z siedzibą w W. Centrum Logistyki  
Oddział Terenowy w P.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym

w Izbie Cywilnej w dniu 14 marca 2012 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej

od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 23 września 2010 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi  
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu  
Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.**

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 28 kwietnia 2010 r. Sąd Okręgowy oddalił powództwo Przedsiębiorstwa Transportu Samochodowego Łączności „T.” S.A. z siedzibą w P. skierowane przeciwko Poczcie Polskiej S.A. z siedzibą w W. o zapłatę kwoty 117.220 zł z odsetkami do kwot i dat szczegółowo określonych w pozwie. W motywach rozstrzygnięcia Sąd ustalił, że zawarta w dniu 16 maja 2008 r., w wyniku przeprowadzonego przez pozwaną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, umowa, na obsługę kursów pocztowych oraz doręczania paczek pocztowych, przesyłek pobraniowych, EMS, POCZTEX, pocztowych zleceń wypłaty, telegramów pocztowych oraz świadczenia innych usług pocztowych i transportowych przy wykorzystaniu środków wykonawcy, określała rodzaj usług, jakie powód przez 36 miesięcy miał świadczyć na rzecz pozwanej. Do wykonywania tych usług powód zobowiązany był używać pozostających w jego dyspozycji samochodów, a sposób ich wykorzystania określały tzw. tabelki kursowe. W tabelkach strony określiły m.in. kategorię samochodu, godzinę i miejsce jego podstawienia i zwolnienia, dni i godziny pracy pojazdów, trasę kursu oraz ilość kilometrów. Za wykonane usługi strony ustaliły wynagrodzenie w kwocie 275.893.670,53 zł określając sposób jego obliczenia. Nadto w § 4 ust. 2 umowy ustaliły, że w przypadku zmiany organizacji pracy u zamawiającego, zastrzega on sobie prawo zrezygnowania z realizacji usług opisanych w niektórych tabelkach kursowych, włącznie z likwidacją poszczególnych tabel, na co wykonawca wyraża zgodę i nie będzie dochodził roszczeń z tytułu niezrealizowania całej usługi. W § 4 ust. 3 zawarto zastrzeżenie umożliwiające zwiększenie realizacji usług. Zmiany zakresu usług, dopuszczone w ust. 2 i ust. 3 § 4, miały odbywać się w granicach wartości umowy (§ 4 ust. 4). W § 33 strony postanowiły o zakazie zmian umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność zmiany wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć z chwili zawierania umowy lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego.

W okresie związania stron umową, u pozwanej nastąpiły zmiany organizacyjne; wynikały one zarówno ze zmiany jej struktury, jak i ze zmian w organizacji pracy jej jednostek, wywołanych bieżącą sytuacją na lokalnym rynku

usług pocztowych. W pismach, kolejno z: lipca, sierpnia, września, a także z listopada 2009 r., pozwana powołując się na § 4 ust. 2 umowy, informowała powoda, że rezygnuje z części usług objętych niektórymi tabelkami kursowymi. Powód nie akceptował oświadczeń o rezygnacji, wyrażając w korespondencji z pozwaną przekonanie, że ograniczenie zakresu usług jest niezgodne z przepisami ustawy o zamówieniach publicznych, a § 4 ust. 2 umowy jest nieważny. Informował, że usługi objęte zlikwidowanymi tabelkami będzie rozliczał jako wykonane. Należności ujęte w wystawianych przez powoda fakturach, pozwana pomniejszała o kwoty dotyczące usług ze zlikwidowanych tabel. Dochodzona pozwem kwota stanowiła sumę nieuiszczonych przez pozwaną należności z faktur wystawionych przez powoda we wrześniu i październiku 2009 r.

Przystępując do oceny tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy podkreślił, że ponieważ powódka w pozwie dowodziła, iż § 4 ust. 2 umowy jest nieważny, w toku postępowania odwoływała się do treści art. 58 k.c., a domagając się zapłaty wskazywała, że dochodzona kwota stanowi umówione wynagrodzenie, należne jej za gotowość do wykonania przedmiotu umowy, to tak określone granice twierdzeń były dla Sądu wiążące zważywszy, że postępowanie toczyło się w reżimie postępowania gospodarczego. Tym samym, przedmiotem osądu mogła być tylko powołana w pozwie nieważność postanowienia § 4 ust. 2, pozostałe natomiast twierdzenia, w tym również twierdzenia o kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego, objęte były prekluzją dowodową. Rozważając, przeto zagadnienie ważności bądź nieważności § 4 ust. 2 umowy, Sąd pierwszej instancji odwołał się do wynikającej z art. 353<sup>1</sup> k.c. swobody kontraktowania i nawiązując do treści art. 144 ust. 1 i art. 140 ustawy o zamówieniach publicznych ocenił, że kwestionowane postanowienie umowne nie narusza powołanych przepisów. Rezygnacja z tabel kursowych nie stanowiła niedopuszczalnej, na gruncie przepisów tej ustawy, zmiany umowy, ale była zmianą sposobu wykonania umowy. Możliwość takiej zmiany, w formie klauzuli adaptacyjnej chroniącej interes zamawiającego, wynikała ze zgodnych oświadczeń stron i bez znaczenia było, jaki procent zakresu przedmiotu umowy pozostał niewykonany. Postępowanie dowodowe wykazało też, że u pozwanej nastąpiły

zmiany w organizacji pracy uzasadniające skorzystanie z tej klauzuli. Kwalifikując łączącą strony umowę jako umowę o dzieło i odwołując się do postanowienia, że wykonawca nie będzie dochodził roszczeń z tytułu niezrealizowania całej usługi w wypadku rezygnacji z usług objętych zlikwidowaną tabelką kursową, Sąd za usprawiedliwioną uznał odmowę przez pozwaną zapłaty wynagrodzenia za niewykonaną w części umowę, mimo gotowości powoda jej wykonania.

Sąd Apelacyjny, oddalając wyrokiem z dnia 23 września 2010 r. apelację powoda, podzielił dokonane przez Sąd pierwszej instancji ustalenia faktyczne i ich materialnoprawną ocenę. Wskazał, że kwestionowane postanowienie umowne, stanowiąc klauzulę adaptacyjną, pozwalało pozwanej na elastyczne wykonywanie umowy; rezygnacja z niektórych tabelek kursowych nie stanowiła zmiany umowy, a była tylko innym sposobem jej wykonania pod względem ilościowym. Mimo że rezygnacja pozwanego z części usług miała charakter jednostronny i trwały, pozostawała wiążąca, skoro tak się strony umówiły. Nie dopatrzył się Sąd sprzeczności takiego uregulowania z przepisami art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 144 ust. 1 prawa zamówień publicznych. Jako udowodnione ocenił też zmiany w organizacji pracy pozwanego uzasadniające skorzystanie z tej klauzuli, przy czym podkreślił, że powód nie tylko nie wykonał usług, za które domagał się zapłaty, ale też, zgodnie z treści umowy, zrezygnował z dochodzenia roszczeń z tytułu niezrealizowania całej usługi.

Nieuzasadnione były również, zdaniem Sądu Apelacyjnego, zawarte w apelacji zarzuty naruszenia prawa procesowego. Twierdzenia i wnioski dowodowe zgłoszone przez powoda w piśmie procesowym z dnia 18 stycznia 2010 r., w tym odwołujące się do kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego zostały, w ocenie Sądu odwoławczego, prawidłowo przez Sąd pierwszej instancji oddalone, jako sprekludowane; twierdzenia i wnioski zawarte w tym piśmie powód mógł zgłosić już w pozwie. Ponadto w piśmie tym powód nie wskazał takich okoliczności faktycznych i dowodów, które umożliwiłyby rozważenie odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego.

W skardze kasacyjnej od wyroku Sądu Apelacyjnego, opartej na obydwu podstawach z art. 398<sup>3</sup> § 1 k.p.c. powód, w ramach podstawy obejmującej naruszenia prawa materialnego, zarzucił naruszenie art. 65 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 56 k.c. i art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.– prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej jako p.z.p.), art. 353<sup>1</sup> k.c. w związku z art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 144 ust.1 p.z.p., art. 58 § 1 i 3 k.c. w związku z art. 144 p.z.p. i art. 473 § 2 k.c., a także art. 639 k.c. w związku z art. 139 ust.1 p.z.p. i art. 471 k.c. w związku z art. 361 k.c. w związku z art. 139 ust. 1 p.z.p.

W ramach drugiej podstawy, naruszenia przepisów postępowania, skarżący zarzucił naruszenie art. 187 § 1 pkt 2 k.p.c. w związku z art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c., art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c., a ponadto art. 328 § 2 w związku z art. 391 w związku z art. 378 i art. 382 k.p.c. przez zaniechanie odniesienia się w uzasadnieniu wyroku do zarzutów apelacyjnych naruszenia przez Sąd pierwszej instancji: art. 473 § 2 k.c., art. 328 § 2, art. 217 § 2 w związku z art. 227 k.p.c. i art. 233 k.p.c.

Zarzucając powyższe, skarżący domagał się uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania lub uchylenia zaskarżonego wyroku i wydanie orzeczenia co do istoty sprawy przez uwzględnienie powództwa w całości.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutów procesowych, za nietrafny poczytać należy zarzut naruszenia art. 328 § 2 w związku z art. 391 k.p.c. Naruszenie powołanych przepisów, jak już wielokrotnie wypowiedział się Sąd Najwyższy, może stanowić usprawiedliwioną podstawę skargi kasacyjnej wtedy, gdy uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie ma wszystkich koniecznych elementów, bądź zawiera takie kardynalne braki, które uniemożliwiają kontrolę kasacyjną. Wadliwością taką byłoby więc całkowite zaniechanie ustosunkowania się do poczynionych przez Sąd pierwszej instancji ustaleń faktycznych i przeprowadzonego postępowania dowodowego (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia: 6 lipca 2011 r. I CSK 67/11 LEX nr 970061, z dnia 2 czerwca 2011 r., I CSK 581/10 LEX nr 950715, z dnia 20 maja 2011 r. II UK 346/10 LEX

nr 898705). Niezgodne z art. 328 § 2 k.p.c. sporządzenie uzasadnienie wyroku sądu drugiej instancji stanowiłoby usprawiedliwioną podstawę skargi kasacyjnej również i wówczas gdyby niezachowanie jego wymagań konstrukcyjnych czyniło uzasadnionym kasacyjny zarzut naruszenia prawa materialnego przez jego zastosowanie do niedostatecznie jasno ustalonego stanu faktycznego, co uniemożliwiłoby dokonanie oceny toku wywodu, który doprowadził do wydania orzeczenia lub nie pozwalałby na jego kontrolę kasacyjną. Taka sytuacja w sprawie niniejszej miejsca nie miała. Sąd Apelacyjny, w zasadzie, uwzględniając okoliczności sprawy, odniósł się do postawionych w apelacji powoda zarzutów; pominięcie argumentacji skarżącego dotyczącej potrzeby zastosowania art. 473 k.c. pozostawało w zgodzie z przyjętym przez sądy obu instancji założeniem, że nastąpiła prekluzja twierdzeń umożliwiających rozstrzygnięcie o roszczeniu jako roszczeniu odszkodowawczym.

Skarżący trafnie jednak zarzuca naruszenie art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c. System prekluzji dowodowej obowiązujący w postępowaniu w sprawach gospodarczych polega na nałożeniu na strony obowiązku przedstawienia sądowi wszystkich znanych im faktów, dowodów i zarzutów w określonym ustawowo terminie, pod rygorem utraty możliwości późniejszego ich przytaczania lub powoływania. Do rygorów systemu prekluzyjnego nie należy jednak wymaganie, aby powód przytaczając fakty dokonywał ich oceny prawnej, a więc umieszczał w pozwie argumentację prawną, nadto ze skutkiem zastosowania do takich, późniejszych stwierdzeń, prekluzji. Powód w pozwie zgłasza roszczenie w znaczeniu procesowym, natomiast do decyzji sądu należy wybór kwalifikacji materialnoprawnej prawnej roszczenia. W okolicznościach sprawy, przy twierdzeniu powoda, że domaga się zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej, Sąd miał obowiązek rozstrzygnąć spór przez dobór odpowiedniego roszczenia materialnoprawnego. Powód przytoczył wystarczająco dużo faktów dla osadzenia żądania również w płaszczyźnie odszkodowawczej, tym bardziej, że z umowy, którą powołał w podstawie faktycznej, wprost wynikało, iż wynagrodzenie należy się za usługi wykonane. Sądy niestusznie przywiązały wagę do stwierdzenia powoda, że domaga się zapłaty wskazanej kwoty jako wynagrodzenia. Powód powiązał żądanie zapłaty tej kwoty z umową jaka łączyła go z pozwanym, jednakże wniosek,

że stanowi ona świadczenie należne mu w wykonaniu umowy czy też jest mu należna na skutek nienależytego wykonaniem przez pozwanego umowy, jest już w istocie kwalifikację prawną podanych faktów i jako tego rodzaju ocena należy do sądu. Kwalifikacją taką była też ocena powoda, że § 4 ust. 2 łączącej strony umowy jest nieważny. Zasada *da mihi factum ego dabo tibi ius* obowiązuje również w postępowaniu w sprawach gospodarczych; należy ją rozumieć jako powinność wydania przez sąd orzeczenia na gruncie przytoczonych przez powoda faktów, a nie jako regułę, która dopuszcza rozważanie jedynie prawidłowości dokonanej przez stronę kwalifikacji prawnej zdarzenia. Przyjęcie przeto przez sądy obu instancji, że nie mogły rozstrzygnąć o roszczeniu powoda jako o roszczeniu o odszkodowanie za szkodę wyrządzoną nienależytym wykonaniem umowy, z uwagi na objęcie takiej kwalifikacji prekluzją z art. 479<sup>12</sup> §1 k.p.c., było oczywiście nietrafne.

Nietrafnie też sąd drugiej instancji zaaprobował stanowisko Sądu Okręgowego, że zgłoszone w piśmie procesowym z dnia 18 stycznia 2010 r. wnioski dowodowe powoda były spóźnione.

W odniesieniu do zakresu obowiązkowych przytoczeń w pozwie, powołany przepis art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c. był kilkakrotnie przedmiotem wykładni Sądu Najwyższego. Odpowiadając na powstałą w praktyce orzeczniczej związaną z tym wątpliwość, Sąd Najwyższy wielokrotnie stwierdzał, że nie istnieje obowiązek antycypowania przez powoda już w pozwie sposobu obrony pozwanego w procesie. W wyroku z dnia 14 grudnia 2006 r. I CSK 322/06 (nie publ.) Sąd Najwyższy wskazał, że strony stosunku prawnego mogą zmieniać swoje stanowisko, uzupełniać je, w związku z czym powód z reguły nie może przewidzieć sposobu obrony pozwanego, który ma prawo zająć w procesie inne stanowisko niż zajmował uprzednio i bronić się inaczej niż czynił to przed procesem. Ponadto, już w toku procesu może okazać się sporna okoliczność, którą powód do tej pory uważał za niewątpliwą i bezsporną. Dlatego od powoda należy wymagać, by w pozwie zgłosił twierdzenia i stosowne dowody dla wykazania swojego roszczenia procesowego, jednak z reguły nie można wymagać, by były to twierdzenia i dowody, które zakładają określoną obronę pozwanego i jego stanowisko w kwestii stosunku prawnego będącego podstawą roszczenia.

Podobne stanowisko wyraził też Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 maja 2006 r. V CKS 55/06 stwierdzając, że przewidziana w art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c. tzw. prekluzja dowodowa odnosi się przede wszystkim do twierdzeń i dowodów dotyczących bezpośrednio zgłoszonego w pozwie roszczenia, a nie do twierdzeń i dowodów, które mogłyby być przedstawione przy hipotetycznym przyjęciu możliwego sposobu obrony pozwanego dłużnika.

W tym kontekście, twierdzenia sądów obu instancji, że powód powinien był od razu w pozwie wskazać wszystkie możliwe wnioski dowodowe, ponieważ z korespondencji przedprocesowej mógł wnioskować o zakresie obrony dłużnika, w świetle przedstawionej i aprobowanej przez sąd rozpoznający sprawę niniejszą, wykładni powołanego artykułu, są nietrafne. Sąd Apelacyjny ma oczywiście rację, że powód mógł w pozwie zgłosić dowody, ale, jak z powyższego wynika, nie musiał tego czynić, słusznie bowiem oczekiwał na zajęcie przez pozwanego stanowiska w procesie; stąd też brak było podstawy, aby z zaniechania wskazania w pozwie wszystkich możliwych dowodów wyciągnąć niekorzystne dla powoda skutki. Proces z reguły ma charakter dynamiczny, przeprowadzenie zgłoszonych dowodów może rodzić potrzebę przeprowadzenia przeciwdowodu i stan ten rzeczy winien być dostrzeżony przez sądy w sprawie niniejszej. W skardze kasacyjnej skarżący ogranicza się do zarzutu wadliwego zastosowania powołanego przepisu do dowodu z zeznań świadka P. E. zgłoszonego w piśmie z dnia 18 stycznia 2010 r. Pismo to, złożone w następstwie odpowiedzi na pozew, w której pozwana zakwestionowała możliwość zasądzenia dochodzonej kwoty jako wynagrodzenia, powód, odwołując się do art. 471 k.c., zgłosił dowód z zeznań tego świadka, dla, jak wynika z treści tego pisma, ustalenia m.in. skutków finansowych likwidacji tabelki kursów, braku możliwości zagospodarowania wycofanego taboru w inny sposób, szkody powstałej w związku z likwidacją tabelki kursowych, ale także dla wykazania pozorności zmian organizacyjnych, z odwołaniem się do których pozwana likwidowała tabelki kursowe. Były to zatem dowody wywołane nie tylko stanowiskiem pozwanego w sprawie wyrażonym w odpowiedzi na pozew i zgłoszonymi tamże dowodami, ale także dowody zmierzające do wykazania zasadności roszczenia odszkodowawczego. Nie było przeto podstawy do poczytania ich za spóźnione.



Zarzuty dotyczące naruszeń przepisów prawa materialnego w zasadzie dotyczą dwóch grup zagadnień, ważności postanowienia z § 4 ust. 2 umowy i odpowiedzialności odszkodowawczej.

Zarzuty naruszenia art. 144, art. 36, art. 29 p.z.p. jak i art. 353<sup>1</sup> w związku z art. 58 k.c. skarżący stawia, wyrażając pogląd, że § 4 ust. 2 umowy dopuszcza jednostronną zmianę umowy, przez co stanowi obejście trybu zmiany umowy przewidzianej w art. 144 p.z.p. W związku z tym zauważyć należy, że zarzuty te byłyby uzasadnione, o ile sądy w taki właśnie sposób odczytałyby znaczenie tego postanowienia umownego. Tryb zmiany umowy zawartej na podstawie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych przewidziany jest w art. 144 p.z.p. (w brzmieniu obowiązującym w dacie zwarcia umowy w związku z treścią art. 4 ust. 4 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058). Zasadą przy tym jest, że do zmiany umowy dochodzi przez złożenie zgodnych oświadczeń woli. Zmiana umowy zawartej w trybie przepisów o zamówieniach publicznych mogłaby przeto nastąpić przez złożenie zgodnych oświadczeń woli obu stron, z zachowaniem przewidzianej dla tej umowy formy (art. 77 § 1 k.c. w związku z art. 139 ust. 2 p.z.p.). W okolicznościach sprawy niewątpliwym był brak zgody powoda na proponowaną przez pozwanego zmianę zakresu usług, co tylko z tej przyczyny nie pozwalało przyjąć, że doszło do zmiany umowy. Oświadczenie pozwanego o rezygnacji z tabelek kursowych nie mogło być więc utożsamiane ze zmianą umową skoro skarżący zmiany takiej nie zaaprobował, kwestionując zamiar pozwanego likwidacji tabelek kursowych. Ujęte w § 4 ust. 2 umowy postanowienie nie mogło też być traktowane jako zgoda (wyprzedzająca) wykonawcy na dokonywanie w przeszłości przez zamawiającego zmian umowy w części obejmującej przedmiot umowy. Tak blankietowa zgoda wykonawcy na zmianę zakresu umówionego świadczenia naruszałoby art. 140 ust. 1 i art. 144 p.z.p.

Zauważyć jednak należy, że sądy meriti nie odczytały § 4 ust. 2 jako mechanizmu zmiany umowy. Zarówno powód jak i pozwany zgodnie twierdzili, że to sporne obecnie postanowienie umowne traktowali jako klauzulę adaptacyjną, która, zważywszy na wielość usług i długotrwałość związania umową, umożliwiała

im elastyczne jej wykonywanie. Skarżący wskazywał na podobne uregulowanie w innej umowie jaka wiązała go z pozwaną i wskazywał na pełną akceptację takiego unormowania. W taki też sposób Sądy rozstrzygające sprawę wyłożyły ten paragraf umowy trafnie oceniając, że kwestionowane postanowienie, zważywszy na ustaloną jego funkcję, nie narusza przepisów p.z.p. i mieści się w określonych przepisem art. 353<sup>1</sup> k.c. granicach swobody umów. Stosowanie klauzuli adaptacyjnej miało na celu wykonanie umowy, nie mogło natomiast prowadzić do zmiany treści umowy w części dotyczącej jej przedmiotu w stosunku do treści oferty (art. 140 p.z.p.). Sąd Apelacyjny wskazał, że ani zmniejszenie ani zwiększenie zakresu usług nie jest zmianą umowy, a tylko innym sposobem jej wykonania pod względem ilościowym i ta konstatacja odpowiada w zasadzie, jak wskazano, stanowisku obu stron, skoro obie strony zgodnie twierdziły, że mamy do czynienia z klauzulą adaptacyjną. Na rozumienie tego postanowienia umownego jako klauzuli adaptacyjnej, dotyczącej wykonania umowy, a nie jako mechanizmu zmiany umowy, wskazuje też § 33 umowy, regulujący tryb zmiany umowy.

Posługując się klauzulą adaptacyjną zamawiający mógł zrezygnować z części tabelek kursowych. Ocena skutków tej rezygnacji wymagała jednak rozważenia pozostałych uregulowań § 4 to jest ust. 2-4. Całościowa wykładnia tego przepisu pozwoliłaby ocenić czy doszło do prawidłowego wykonania umowy. Treść umowy może bowiem pozostawać w zgodzie z obowiązującymi przepisami prawa, jednakże naruszający reguły z art. 354 k.c. sposób wykonania takiej zgodnej z prawem umowy, może wywołać uszczerbek majątkowy u strony takiej umowy. Skarżący zresztą odwołuje się do wykonania umowy skoro dowodzi, że likwidacja tabelek, zamiast elastycznego dostosowywania zakresu usług do zmieniających się warunków, miała charakter trwały przez co wywołała w jego majątku szkodę. Również sąd drugiej instancji ustalił, że rezygnacja z niektórych tabelek miała charakter trwały, przy wykładni umowy pomijając jednak, że wyznacznikiem zakresu dopuszczonych umownie zmian jest tu § 4 ust. 4 umowy. W tym przepisie strony postanowiły, że zmiany, o których mowa tak w pkt 2 (likwidacja tabelek), jak i w pkt 3 (zwiększenie realizacji usług) odbywają się w granicach wartości umowy; przez tę wartość należałoby rozumieć wynagrodzenie

wykonawcy (art. 32 ust. 1 p.z.p.). Nie jest jednak jasne z jakich przyczyn Sąd przyjął, że nie może dojść jedynie do zwiększenia wartości umowy (wynagrodzenia wykonawcy). Wysokość wynagrodzenia to bez wątpliwości wiążący i niepodlegający innemu trybowi zmiany niż dopuszczony przepisami ustawy o zamówieniach publicznych, składnik oferty, a to oznacza, że również jego obniżenie nie może się dokonać w innym trybie niż wynikający z art. 144 i § 33 umowy. Nie wydaje się miarodajne odwołanie się do wskaźnika procentowego wartości usług zrealizowanych i niezrealizowanych, określonych przez sąd w ślad za poznanym na 1,06 % , skoro wskaźnik ten dotyczy okresu tylko dwóch miesięcy, tymczasem, uwzględniając treść § 4 ust. 4, procent utraty wynagrodzenia wywołany likwidacją tabelek kursowych należałoby najwyraźniej oceniać w szerszym przedziale czasowym.

Zaniechanie rozpoznania sprawy w płaszczyźnie odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego uniemożliwiło ustalenie czy trwałe ograniczenie zakresu czynności świadczonych przez powoda na rzecz powódki spowodowało szkodę w majątku powoda, w szczególności przez utratę części wynagrodzenia. Spowodowało to też, że Sąd Apelacyjny nie odniósł się do zarzutu skarżącego naruszenia art. 473 k.c. w związku z postanowieniem ujętym w zdaniu drugim ust. 2 § 4 umowy, nie oceniając przy tym czy istotnie wyłącza ono tylko roszczenie o zapłatę za konkretną, niezrealizowaną usługę wobec likwidacji tabelki, czy też wyłącza roszczenie odszkodowawcze za nienależycie wykonaną umowę. Rzeczą sądu rozstrzygającego sprawę jest też zakwalifikowanie zawartej przez strony umowy.

Z tych przeto powodów Sąd Najwyższy na podstawie art. 398<sup>15</sup> § 1 k.p.c. orzekł jak w sentencji, o kosztach postępowania kasacyjnego orzekając na podstawie art. 398<sup>21</sup> w związku z art. 108 § 2 k.p.c.