



Sygn. akt V CSK 260/11

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 maja 2012 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Dariusz Dończyk (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Anna Kozłowska

SSN Maria Szulc

w sprawie z powództwa Pracowni Konserwacji Zabytków "A." Spółki
z o.o. w upadłości układowej w K.
przeciwko Skarbowi Państwa - Izbie Skarbowej we W.
o zapłatę
oraz z powództwa wzajemnego Skarbu Państwa - Izby Skarbowej we W.
przeciwko Pracownikom Konserwacji Zabytków "A." Spółce
z o.o. w upadłości układowej w K.
o zapłatę,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 24 maja 2012 r.,
skarg kasacyjnych powoda (pозwanego wzajemnego)
i pozwanego (powoda wzajemnego)
od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 9 grudnia 2010 r.,

- 1) uchyla zaskarżony wyrok w punkcie 1 (pierwszym), 2 (drugim) - w zakresie oddalającym dalej idącą apelację powoda (pozwanego wzajemnego) - oraz 3 (trzecim) i w tym zakresie przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego;
- 2) oddala skargę kasacyjną pozwanego (powoda wzajemnego).

Powód, Pracownie Konserwacji Zabytków A. spółka z o.o. w K. – na etapie postępowania kasacyjnego - w upadłości układowej, wniósł o zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa – Izby Skarbowej we W. kwoty 1.008.180 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 5 czerwca 2008 r. na podstawie art. 494 k.c., w związku z odstąpieniem przez pozwanego od łączącej strony umowy o opracowanie dokumentacji projektowej budynku biurowego. Dochodzona kwota obejmowała zwrot kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy (71.980 zł) oraz odszkodowanie w wysokości odpowiadającej wartości wykonanych prac projektowych (wynagrodzenie netto 1.180.000 zł powiększone o wartość projektów dodatkowych w kwocie 43.100 zł, pomniejszone o wartość niezrealizowanego nadzoru autorskiego w kwocie 32.400 zł oraz o wartość zdezaktualizowanych kosztorysów inwestorskich i wyliczenia wartości kosztorysowej inwestycji w kwocie 77.500 zł), przy czym wysokość obliczonego w ten sposób odszkodowania powód obniżył jeszcze o kwotę 177.000 zł, potrącając wzajemną wierzytelność pozwanego z tytułu uiszczonej przez niego zaliczki.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości i wystąpił z powództwem wzajemnym o zapłatę kwoty 1.084.806,32 zł z odsetkami ustawowymi. Na dochodzoną pozew wzajemnym sumę składała się kwota 215.000 zł, zapłacona powodowi za wykonanie prac I etapu umowy, kwota 797.826,32 zł tytułem kary umownej za opóźnienie w realizacji umowy oraz kwota 71.980 zł tytułem kary umownej za odstąpienie od umowy.

Sąd Okręgowy, wyrokiem z 15 czerwca 2009 r., oddalił powództwo główne oraz zasądził od powoda (pozwanego wzajemnego) na rzecz pozwanego (powoda wzajemnego) kwotę 215.000 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 26 czerwca 2008 r. z powództwa wzajemnego, a dalej idące powództwo wzajemne oddalił. Ustalił, że strony zawarły w dniu 9 lutego 2006 r., w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, umowę, której przedmiotem było wykonanie dokumentacji projektowo-technicznej adaptacji i rozbudowy budynku biurowego przy ul. P. [...] we W. z przeznaczeniem na siedzibę Izby Skarbowej oraz Urzędu Skarbowego we W. Ostateczny termin wykonania umowy ustalono na dzień 14 sierpnia 2006 r. Przedmiot umowy podzielony został na trzy etapy. Pierwszy, obejmował dokonanie

ekspertyzy stanu technicznego budynku biurowego, wykonanie inwentaryzacji budowlanej obiektów kubaturowych z układem sieci i przewodów uzbrojenia terenu i urządzeń podziemnych w odniesieniu do nieruchomości oraz wykonanie koncepcji adaptacji i rozbudowy budynku biurowego. Etap II obejmował wykonanie projektu budowlano-wykonawczego robót wyburzeniowych, uzyskanie warunków technicznych przyłączenia budynku biurowego do sieci zewnętrznych, wykonanie projektu budowlanego adaptacji i rozbudowy budynku biurowego wraz z projektem zagospodarowania działki uwzględniającym parking na maksymalną liczbę miejsc postojowych, wykonanie koniecznych uzgodnień tych projektów, a także uzyskanie decyzji o pozwoleniu na roboty wyburzeniowe oraz decyzji o pozwoleniu na budowę. Etap III obejmował wykonanie projektów wykonawczych, przedmiarów robót, kosztorysów inwestorskich oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, sporządzenie wyliczonego kosztu inwestycji, zbycie na rzecz zamawiającego praw autorskich do koncepcji i projektu budowlano-wykonawczego oraz pełnienie nadzoru autorskiego przez cały okres realizacji inwestycji. Wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie całości przedmiotu umowy ustalono na 1.439.600 zł brutto. Wynagrodzenie za wykonanie I etapu umowy wynosiło 15% wynagrodzenia ryczałtowego ogółem brutto, tj. 215.940 zł. Wynagrodzenie za wykonanie II etapu wynosiło 40% wynagrodzenia ryczałtowego brutto, tj. 575.840 zł. Wynagrodzenie za wykonanie III etapu umowy wynosiło 45% wynagrodzenia ryczałtowego ogółem brutto, tj. 647.820 zł. Powód jako wykonawca zobowiązał się zapłacić pozwanemu kary umowne z tytułu nieterminowej realizacji umowy w wysokości 1% wynagrodzenia ryczałtowego ogółem brutto za każdy dzień opóźnienia, a za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy w wysokości 5% wynagrodzenia ryczałtowego ogółem brutto. Powód miał wykonać przedmiot umowy z uwzględnieniem wytycznych funkcjonalno-użytkowych, stanowiących załącznik nr 1 do umowy. Przewidywały one na potrzeby garażu podziemnego powierzchnię minimalną 1.000 m². Załącznikiem do tych wytycznych była decyzja nr 298/2005 z dnia 11 sierpnia 2005 r., ustalająca lokalizację inwestycji celu publicznego. W decyzji ustalono, że minimalny wskaźnik miejsc postojowych stałych powinien wynosić 25-30 miejsc parkingowych na 1.000 m² powierzchni użytkowej lokali usługowych. Nadto w decyzji postawiono wymóg

wykonania studium potrzeb w zakresie obsługi komunikacyjnej i możliwości ich zaspokajania na terenie inwestora. Na etapie postępowania w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych decyzja o lokalizacji inwestycji celu publicznego była załącznikiem do wytycznych, zaś wytyczne były załącznikiem nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Powód zobowiązał się także do uzyskania wszystkich niezbędnych opinii, uzgodnień i sprawdzeń w zakresie wynikającym z obowiązujących przepisów prawa. Dla zabezpieczenia należytego wykonania umowy powód uiszczył pozwanemu kwotę 71.980 zł, stanowiącą 5% wynagrodzenia ryczałtowego ogółem brutto.

Pierwszy etap umowy został przez powoda zrealizowany i z tego tytułu pozwany zapłacił umówione wynagrodzenie w kwocie 177.000 zł netto (215.940 zł brutto). W trakcie realizacji II etapu umowy powód w dniu 11 lipca 2006 r. przekazał pozwanemu do akceptacji dokumentację projektową wraz z projektem wniosku o pozwolenie na budowę. Zdaniem pozwanego, przekazana dokumentacja była niekompletna. Powtórnie powód przekazał dokumentację projektową przy piśmie z dnia 11 września 2006 r. Pozwany, w piśmie z dnia 25 września 2006 r., wskazał na nieprawidłowości w tej dokumentacji i stwierdził, że umowa jest realizowana z opóźnieniem z winy wykonawcy. Z uwagi na krótki termin wykonania umowy powód sporządzał jednocześnie projekt wykonawczy oraz dokumentację objętą III etapem umowy. W dniach 16 sierpnia 2006 i 28 sierpnia 2006 r. przekazał i przedstawił pozwanemu do akceptacji projekt wykonawczy. Pozwany zwrócił projekt w dniu 1 czerwca 2007 r. celem dokonania zmian wynikających ze zmian projektu budowlanego oraz z jego uwag zawartych w pismach wystosowanych w okresie od sierpnia 2006 do maja 2007 r. Powód przekazał pozwanemu ofertę wykonania oraz wycenę projektów instalacji słaboprądowych w piśmie z dnia 23 czerwca 2006 r. Prace dodatkowe zostały uwzględnione w opracowanej koncepcji, następnie powód wykonał te projekty i włączył je do dokumentacji złożonej w Wydziale Architektury Urzędu Miasta W. Pozwany nie zaakceptował propozycji prac dodatkowych, bowiem jego zdaniem, były one objęte zakresem umowy stron. Ostatecznie wniosek o pozwolenie na budowę wraz z dokumentacją do Wydziału Architektury Urzędu Miasta W. powód złożył w dniu 24 kwietnia 2007 r.

Powód zaprojektował 40 miejsc parkingowych w garażu podziemnym (średnia powierzchnia miejsca parkingowego z dojazdem wynosiła 25 m²) oraz maksymalną możliwą do uzyskania liczbę miejsc postojowych na zewnątrz budynku, uzyskując w sumie 82 miejsca parkingowe. Przed przystąpieniem do realizacji umowy powód nie wykonał studium komunikacyjnego i dopiero po wezwaniu Wydziału Architektury Urzędu Miasta W. opracował studium potrzeb w zakresie obsługi komunikacji inwestycji. Decyzją nr 109/2007 z dnia 26 czerwca 2007 r., Prezydent W. odmówił zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę ze względu na niezgodność z warunkami decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego nr 298/2005 z dnia 11 sierpnia 2005 r., która określała minimalny wskaźnik miejsc postojowych stałych na 25-30 miejsc na 1.000 metrów powierzchni użytkowej lokali usługowych. Dla powierzchni użytkowej nowo powstałych lokali, tj. 5.398,40 m², wymagane jest 135 miejsc postojowych. Projektanci przedstawili propozycję umowy użyczenia 53 miejsc parkingowych na terenie sąsiedniej działki [...], pomimo że miejsca postojowe w liczbie 135, zgodnie z decyzją o lokalizacji inwestycji celu publicznego, powinny znajdować się na działce inwestora. Umowa użyczenia 53 miejsc parkingowych nie została zaakceptowana przez pozwanego. Powód złożył odwołanie od decyzji Prezydenta W. odmawiającej zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę. Argumentował, że przewidziane projektem lokale nie są lokalami usługowymi, lecz biurowymi, poza ewentualnie lokalami o powierzchni użytkowej 1.280 m² przeznaczonymi na sferę obsługi klientów, które można uznać za lokale o funkcji usługowej, a taka powierzchnia usługowa wymagała zaprojektowania 43 miejsc postojowych, a zatem projekt przewidujący 82 miejsca spełniał warunek nałożony przez decyzję o lokalizacji inwestycji celu publicznego. Wojewoda uchylił zaskarżoną decyzję i przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia. Prezydent W., decyzją nr 21/2007 z dnia 28 listopada 2007 r., ponownie odmówił zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę, ponieważ pomimo uzupełnienia projektu budowlanego o studium potrzeb w zakresie obsługi komunikacyjnej i możliwości ich zaspokajania, nadal nie był on zgodny z warunkami zabudowy ustalonymi decyzją o lokalizacji inwestycji celu publicznego nr 298/2005 z dnia 11 sierpnia 2005 r. z uwagi na zbyt małą liczbę miejsc parkingowych. Po

rozpatrzeniu odwołania powoda decyzja ta została utrzymana w mocy decyzją Wojewody nr 11-109/08 z dnia 11 marca 2008 r.

Po wydaniu pierwszej decyzji odmawiającej pozwolenia na budowę, powód, pismem z dnia 2 lipca 2007 r., poinformował pozwanego o konieczności rozważenia poważnych zmian projektowych lub wystąpienia o zmianę warunków decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego w związku z odmowną decyzją o udzieleniu pozwolenia na budowę. Pismem z dnia 9.07.2007 r., powód przedstawił pozwanemu trzy propozycje rozwiązania problemu miejsc parkingowych. Pierwsze rozwiązanie polegało na dokonaniu zmniejszenia zaprojektowanej powierzchni biurowca, drugie rozwiązanie na zwiększeniu liczby zlokalizowanych w garażu podziemnym miejsc parkingowych przy zastosowaniu dwupoziomowych platform parkingowych. Trzecim rozwiązaniem było wystąpienie o zmianę decyzji nr 298/2005 o lokalizacji inwestycji celu publicznego poprzez zmniejszenie wskaźnika miejsc postojowych stałych do 15-25 miejsc na 1.000 m² powierzchni usługowej. Pozwany, w piśmie z dnia 13 września 2007 r., odrzucił zaproponowane rozwiązania i wezwał powoda do wykonania projektu zgodnie z umową, wskazując na ograniczenia budżetowe i konieczność respektowania norm prawnych wynikających z Prawa zamówień publicznych. Pismem z dnia 12 grudnia 2007 r., pozwany udzielił powodowi pełnomocnictwa do złożenia odwołania od decyzji odmawiającej udzielenia pozwolenia na budowę. Po utrzymaniu w mocy przez Wojewodę, decyzją z dnia 11 marca 2008 r., drugiej decyzji Prezydenta W. odmawiającej wydania pozwolenia na budowę, powód ponownie przedstawił pozwanemu dwa warianty rozwiązania problemu miejsc parkingowych (platformy windowe w garażu podziemnym lub wystąpienie o zmianę decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego) i wezwał do wyboru jednego z nich, w terminie do 30 kwietnia 2008 r., zaznaczając, że brak wyboru spowoduje odstąpienie od umowy. Pozwany nie wybrał żadnego z proponowanych rozwiązań, a pismem z dnia 22 kwietnia 2008 r. oświadczył, że nie zamierza składać skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego na decyzję o odmowie udzielenia pozwolenia na budowę i wezwał powoda do wykonania projektu zgodnie z umową do dnia 20 czerwca 2008 r. pod rygorem odstąpienia od umowy. Reakcją powoda było odstąpienie od umowy, pismem z dnia 26 maja 2008 r., z powodu braku współdziałania

pozwanego. Powód powołał się przy tym na art. 640 k.c. i wezwał pozwanego do zapłaty wskazanych w piśmie kwot tytułem zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz odszkodowania, tj. łącznie 1.008.180 zł. Pozwany, pismem z dnia 11 czerwca 2008 r., doręczonym powodowi 18 czerwca 2008 r., odstąpił od umowy ze skutkiem natychmiastowym z przyczyn zależnych od wykonawcy i wezwał do zapłaty wskazanych w tym piśmie kwot z tytułu kary umownej naliczonej za opóźnienie w wykonaniu umowy (797.826,32 zł) oraz w związku z odstąpieniem od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy (71.980 zł). W piśmie tym złożył również oświadczenie o potrąceniu na poczet kar umownych kwoty 71.980 zł.

Sąd Okręgowy uznał, że powództwo główne nie jest zasadne. Zawarta przez strony umowa miała charakter mieszany, z przeważającymi cechami umowy o dzieło. Nie wystąpiły przesłanki warunkujące skorzystanie przez powoda z uprawnienia do odstąpienia od umowy na podstawie art. 640 k.c. Brak akceptacji pozwanego dla proponowanych przez powoda zmian w zakresie wykonania przedmiotu umowy, celem rozwiązania problemu miejsc parkingowych, nie mógł być traktowany jako brak współdziałania niezbędnego do wykonania umowy. Powód mimo wątpliwości związanych z interpretacją pojęcia „powierzchni użytkowej lokali usługowych” przed przystąpieniem do wykonania II etapu umowy nie podjął żadnych kroków dla ustalenia wiążącej interpretacji decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego, nie zwrócił się do pozwanego o wystąpienie do Urzędu Miejskiego o interpretację w tym zakresie i nie określił pozwanemu terminu do dokonania takiej czynności, nie wskazał też pozwanemu konsekwencji wykonania projektu budowlanego uwzględniającego zbyt małą liczbę miejsc parkingowych. Z powyższych przyczyn powód nie może usprawiedliwić nieuzyskania pozwolenia na budowę brakiem współdziałania pozwanego na podstawie art. 634 k.c. Obowiązek współdziałania zamawiającego w zakresie dostosowania wykonanego już przez powoda projektu budowlanego do decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego, po odmowie otrzymania pozwolenia na budowę, nie wynikał z zawartej przez strony umowy ani z właściwości dzieła, a w rzeczywistości współdziałanie to miałyby polegać na zmianie umowy przez zmniejszenie powierzchni użytkowej inwestycji lub zwiększeniu kosztów realizacji inwestycji. Sąd Okręgowy przyjął, że przedmiot umowy był możliwy do wykonania bez

konieczności współdziałania z pozwanym w formach oczekiwanych przez powoda. W konsekwencji, uznając złożone przez powoda oświadczenie o odstąpieniu od umowy za bezskuteczne, Sąd Okręgowy uznał za nieuzasadnione zarówno żądanie powoda konstruowane jako odszkodowanie na podstawie art. 471 k.c., jak też ewentualnie jako żądanie wynagrodzenia na podstawie art. 639 k.c.

W odniesieniu do powództwa wzajemnego Sąd Okręgowy przyjął, że powód wzajemny jako zamawiający skutecznie odstąpił od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy - wobec niewykonania umowy pomimo wyznaczenia dodatkowego terminu - a zatem mógł żądać zwrotu kwoty 215.000 zł, zapłaconej powodowi (pozwanemu wzajemnie) tytułem wynagrodzenia za wykonanie I etapu umowy. Zasadzając zwrot tej kwoty, Sąd Okręgowy omyłkowo - jak przyznał w uzasadnieniu - zasądził odsetki ustawowe od dnia 26 czerwca 2008 r., tj. ponad żądanie pozwu wzajemnego, zamiast od dnia 24 września 2008 r. Za niezasadne uznał żądanie zapłaty przez pozwanego wzajemnie kary umownej w kwocie 797.826,32 zł za opóźnienie w wykonaniu umowy. Skutkiem odstąpienia przez powoda wzajemnego od umowy było zniesienie istniejącego między stronami stosunku obligacyjnego i powrót do stanu prawnego sprzed zawarcia umowy, co oznacza brak możliwości dochodzenia przez strony roszczeń przewidzianych w tej umowie. Nadto, zastrzeżone w umowie dwa rodzaje kar umownych nie podlegają kumulacji i wzajemnie się wykluczają, wobec czego w zależności od okoliczności faktycznych przysługuje tylko jedna z zastrzeżonych kar. Skoro zatem miało miejsce odstąpienie od umowy, to w grę wchodzi tylko kara umowna za odstąpienie od umowy, a kara z tytułu nieterminowej realizacji umowy nie może być dochodzona. Zasadne było zatem roszczenie pozwanego wzajemnego o zapłatę kary w kwocie 71.980 zł (stanowiącej 5% wynagrodzenia ryczałtowego ogółem brutto), jednakże brak było podstaw do zasądzenia tej należności, bowiem powód wzajemny dokonał skutecznego potrącenia powyższej kwoty z kwotą 71.980 zł uiszczoną tytułem zabezpieczenia roszczeń zamawiającego na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, którą należałoby zwrócić pozwanemu wzajemnie, zgodnie z art. 494 k.c., w związku ze skutecznym odstąpieniem od umowy.

Wyrok Sądu Okręgowego został zaskarżony przez obie strony. Sąd Apelacyjny, wyrokiem z dnia 9 grudnia 2010 r., zmienił zaskarżony wyrok w punkcie II (dotyczący powództwa wzajemnego) o tyle tylko, że odsetki ustawowe od zasądzonej kwoty 215.000 zł zasądził od dnia 24 września 2008 r.; oddalił dalej idącą apelację powoda (pозwanego wzajemnego) oraz w całości apelację pozwanego (powoda wzajemnego). Sąd odwoławczy uznał za prawidłowe ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji. Podstawowe znaczenie miała kwestia, czy istniała możliwość wykonania zamówionego projektu zgodnie z wymaganiami wytycznych funkcjonalno-użytkowych, w szczególności co do powierzchni użytkowej budynku i liczby miejsc parkingowych, z uwzględnieniem decyzji lokalizacyjnej, wielkości działki i innych uwarunkowań. Sąd pierwszej instancji uznał, że wyjaśnienie tej kwestii wymaga wiadomości specjalnych, błędnie jednak stwierdził, że powód, na którym spoczywał ciężar dowodu, nie wnioskował o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego w tym zakresie. Do wyjaśnienia tej kwestii mogłoby się również przyczynić przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego architekta na okoliczność istnienia innych jeszcze rozwiązań projektowych niż zaproponowane przez powoda, jednakże Sąd pierwszej instancji wniosek dowodowy powoda w tym zakresie oddalił, stwierdzając, że okoliczności, na które dowód ten był wnioskowany, nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Dążąc do wyjaśnienia sprawy, Sąd Apelacyjny dopuścił dowód z opinii biegłego architekta celem stwierdzenia, czy możliwe było wykonanie przedmiotu spornej umowy przy zastosowaniu innych niż proponowane przez powoda rozwiązań i uzyskanie w ten sposób 135 miejsc parkingowych w sposób zgodny z wytycznymi funkcjonalno-użytkowymi, stanowiącymi załącznik do umowy stron, bez istotnego wzrostu kosztów inwestycji. W sporządzonej opinii biegły *ad hoc* dr inż. arch. M. S. stwierdził, że możliwe było wykonanie projektu przy zastosowaniu innych niż proponowane przez powoda rozwiązań, pozwalających na uzyskanie wymaganych 135 miejsc parkingowych, i oszacował, że w przypadku zastosowania ortogonalnego układu konstrukcyjnego wynikający stąd wzrost kosztów wyniósłby około 1.105.000 zł, przy czym koszt jednostkowy stworzenia jednego miejsca postojowego w garażu podziemnym byłby niższy od kosztu uzyskanego w projekcie budowlanym powoda. Uwzględniając treść tej opinii, Sąd Apelacyjny uznał, że

powód nie może się zasłaniać zarzutem niemożliwości wykonania zobowiązania ani też zarzutem braku współdziałania pozwanego. W pozostałej części Sąd Apelacyjny podzielił ocenę prawną Sądu pierwszej instancji. Uwzględnił apelację powoda jedynie w części dotyczącej daty, od której zasądzono odsetki od uwzględnionego roszczenia powoda wzajemnego.

Od wyroku Sądu Apelacyjnego skargi kasacyjne wniosły obie strony. Powód (pozwany wzajemnie) zaskarżył wyrok w części dotyczącej punktu pierwszego, w części dotyczącej punktu drugiego w zakresie oddalającym apelację powoda (pozwanego wzajemnego) oraz w części dotyczącej punktu trzeciego. W ramach pierwszej podstawy kasacyjnej zarzucił naruszenie:

- art. 65 § 2 k.c. przez błędną wykładnię umowy zawartej pomiędzy stronami i przyjęcie, że biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, w szczególności okoliczności zawarcia umowy i zachowania stron podczas jej wykonywania nie należało przyjąć istnienia po stronie pozwanego (powoda wzajemnego) obowiązku współdziałania polegającego na wyborze jednego z zaproponowanych przez powoda (pozwanego wzajemnego) rozwiązań;
- błędną subsumcję stanu faktycznego pod właściwy przepis przez przyjęcie, że wybór określonego rozwiązania na końcowym etapie wykonywania dzieła nie może zostać uznany za formę współdziałania zamawiającego z wykonawcą w rozumieniu art. 640 k.c., a tym samym niewłaściwe zastosowanie (niezastosowanie) art. 640 k.c.;
- art. 640 k.c. poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że obowiązek współdziałania zamawiającego z wykonawcą nie może być realizowany na każdym etapie wykonywania dzieła oraz że nie może przybrać postaci dokonania wyboru jednego z możliwych rozwiązań projektowych.

W ramach drugiej podstawy kasacyjnej zarzucił naruszenie:

- art. 227 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 i art. 290 § 1 k.p.c., art. 286 k.p.c., a także art. 224 § 1 k.p.c. przez nieuzasadnione niedopuszczenie dodatkowego dowodu z opinii biegłych posiadających wiadomości specjalne, w tym wnioskowanej przez powoda (pozwanego wzajemnego) opinii

instytutu naukowego lub naukowo-badawczego, na okoliczność prawidłowości i rzetelności opinii biegłego dr inż. arch. M. S. oraz na okoliczność niemożliwości wykonania zamówionego projektu, a także istnienia innych rozwiązań projektowych aniżeli te zaproponowane przez powoda (pозwanego wzajemnego) i przedwczesne zamknięcie rozprawy w sytuacji, gdy przeprowadzone przez Sąd drugiej instancji postępowanie dowodowe nie wyjaśniło w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości okoliczności mających dla rozstrzygnięcia sprawy znaczenie podstawowe, a przeprowadzony dowód z opinii biegłego dr inż. arch. M. S. obarczony był (i jest nadal) wadą dowolności, wysokim stopniem ogólnikowości ustaleń w nim zawartych, jak również jest sprzeczny z pozostałym materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie (w tym m.in. z opinią prywatną biegłej D.M.) oraz twierdzeniami strony, która żądała przeprowadzenia dodatkowego dowodu;

- art. 386 § 4 k.p.c. w zw. z art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji przez brak uchylenia zaskarżonego wyroku Sądu pierwszej instancji w sytuacji, w której Sąd Apelacyjny uznał, że Sąd Okręgowy nie rozpoznał kwestii mającej dla rozstrzygnięcia sprawy znaczenie podstawowe, a zatem, gdy Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sprawy, co uzasadniało przekazanie mu sprawy do ponownego rozpoznania. Wydanie przez Sąd Apelacyjny orzeczenia merytorycznego pozbawiło stronę powodową prawa do rozpoznania sprawy w dwuinstancyjnym postępowaniu sądowym. Powód (pozwany wzajemnie) wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi drugiej instancji, ewentualnie o uchylenie także wyroku Sądu Okręgowego w części dotyczącej pkt 1, 2, 4 i 5 i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Pozwany (powód wzajemny) zaskarżył wyrok w części, tj. w punkcie drugim, w zakresie oddalającym w całości apelację pozwanego (powoda wzajemnego), oraz w punkcie trzecim. W ramach pierwszej podstawy kasacyjnej zarzucił naruszenie:

- art. 483 § 1 i art. 484 § 1 k.c. w zw. z art. 494 k.c. przez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że po odstąpieniu od umowy wyłączona jest możliwość dochodzenia kary umownej zastrzeżonej na wypadek nienależytego wykonania umowy, co spowodowało zniesienie odpowiedzialności pozwanego wzajemnego z tego tytułu:

- art. 483 § 1 i art. 484 § 1 k.c. przez ich błędną wykładnię poprzez przyjęcie, że z uwagi na kompensacyjny charakter kary umownej nie jest możliwe kumulatywne dochodzenie kary umownej za nieterminowe wykonanie umowy oraz kary za odstąpienie od umowy;

- art. 353¹ k.c. przez uznanie, że strony w umowie nie mogą zastrzec prawa do dochodzenia zapłaty kary umownej zastrzeżonej na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania niezależnie od prawa do dochodzenia zapłaty kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy;

- art. 65 § 2 k.c. przez jego niezastosowanie.

Pozwany (powód wzajemny) wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez zasądzenie od powoda (pozwanego wzajemnego) na rzecz powoda wzajemnego (pozwanego) kwoty 797.826,32 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 25 czerwca 2008 r. do dnia zapłaty, ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Niezasadny był zarzut naruszenia art. 386 § 4 k.p.c. w zw. z art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji. Przez nierozpoznanie istoty sprawy rozumie się zaniechanie przez sąd pierwszej instancji zbadania materialnej podstawy żądania pozwu albo pominięcie merytorycznych zarzutów pozwanego (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 23 września 1998 r., II CKN 897/97, OSNC 1999, nr 1, poz. 22, z dnia 13 stycznia 2010 r., II CSK 239/2009, Lex Polonica nr 2300247). W wyroku z dnia 24 marca 2004 r., I CK 505/2003 (Lex Polonica nr 2025461) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że pojęcie „istoty sprawy”, o którym mowa w art. 386 § 4 k.p.c., dotyczy jej aspektu materialnego i w tej jedynie płaszczyźnie może być oceniany zarzut nierozpoznania. Zachodzi ono wówczas, gdy sąd nie zbadał podstawy materialnej

pozwu, jak też skierowanych do niego zarzutów merytorycznych i w swoim rozstrzygnięciu nie odniósł się do tego, co jest przedmiotem sprawy. Tymczasem Sąd pierwszej instancji – abstrahując od kwestii prawidłowości rozstrzygnięcia - zbadał materialną podstawę pozwu (oraz pozwu wzajemnego), nadto odniósł się do zarzutów merytorycznych podniesionych przeciwko żądaniu pozwu (pozwu wzajemnego). Rozstrzygając o zasadności powództwa oraz powództwa wzajemnego, Sąd Okręgowy miał także na uwadze podniesione przez powoda (pozwanego wzajemnie) okoliczności dotyczące ustalenia treści umowy – w szczególności, jakie wymagania miał spełniać projekt co do liczby miejsc parkingowych – oraz możliwości technicznej wykonania projektu przewidującego 135 miejsc parkingowych. Odnośnie do podniesionego przez powoda zarzutu, że nie było obiektywnej możliwości wykonania projektu przewidującego tak dużą liczbę miejsc parkingowych, Sąd Okręgowy uznał tę okoliczność za istotną dla rozstrzygnięcia sprawy, jednakże przyjął, że powód (pozwany wzajemnie) zarzutu tego nie wykazał, gdyż wnioski dowodowe co do tej, spornej, okoliczności zostały zgłoszone z opóźnieniem. Tę ocenę skorygował Sąd Apelacyjny, który wytknął, że Sąd pierwszej instancji przeoczył wniosek dowodowy zgłoszony przez powoda w jednym z pism procesowych. Pominięcie zgłoszonego przez stronę wniosku dowodowego nie można kwalifikować jako nierozpoznanie istoty sprawy (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 22 października 1937 r., C II 729/37, PS 1938, poz. 125). Uchybienie w tym zakresie zostało sanowane na etapie postępowania apelacyjnego przez przeprowadzenie przez Sąd Apelacyjny dowodu pominiętego przez Sąd Okręgowy. Tylko więc ubocznie należy zaznaczyć, że według dominującego nurtu orzecznictwa Sądu Najwyższego z art. 386 § 4 k.p.c. wynika możliwość, a nie obowiązek sądu drugiej instancji uchylenia wyroku sądu pierwszej instancji w razie stwierdzenia nierozpoznanie przez ten sąd istoty sprawy (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 12 listopada 2007 r., I PK 140/2007, OSNP 2009, nr 1-2, poz. 2, z dnia 20 marca 2009 r., I PK 195/2008, OSNP 2010, nr 21-22, poz. 260).

W dalszej kolejności należy odnieść się - nietypowo, co do kolejności rozpoznania - do zarzutu naruszenia prawa materialnego - art. 640 k.c. przez jego niewłaściwe zastosowanie. Zarzut naruszenia prawa materialnego polegający na

jego wadliwym zastosowaniu jest oceniany w odniesieniu do dokonanych w sprawie ustaleń faktycznych, nie zaś na podstawie faktów, które w sprawie były dowodzone, lecz nie zostały uznane za wykazane przez sąd drugiej instancji. Powód podnosił w postępowaniu, że z przyczyn obiektywnych – ograniczeń wynikających z wytycznych funkcjonalno-użytkowych dotyczących wielkości działki, przewidzianej powierzchni jej zabudowy, planowanej maksymalnej powierzchni budynku oraz powierzchni poszczególnych kondygnacji i ich funkcji - nie było możliwe wykonanie projektu budynku przewidującego 135 miejsc postojowych, co byłoby zgodne ze wskaźnikiem liczby miejsc postojowych do powierzchni użytkowej lokali usługowych przewidzianym w decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego (według interpretacji tego pojęcia przyjętej w decyzji Prezydenta W. nr 21/2007 z dnia 28 listopada 2007 r.). Sąd Apelacyjny uznał jednak na podstawie opinii biegłego dr. inż. arch. M. S., wbrew twierdzeniom powoda, że przedmiot umowy mógł zostać wykonany zgodnie z powołanymi wyżej wytycznymi oraz decyzją o lokalizacji inwestycji celu publicznego. W tej sytuacji, ze względu na przyjętą podstawę faktyczną rozstrzygnięcia, bezzasadny był zarzut naruszenia prawa materialnego – art. 640 k.c. przez jego niewłaściwe zastosowanie, który opierał się na założeniu, że nie było możliwe wykonanie projektu budynku ze 135 miejscami postojowymi przez co zaktualizował się, według powoda, obowiązek współdziałania pozwanego, jako zamawiającego, wynikający z umowy polegający na konieczności wyboru jednego z wariantów rozwiązań liczby miejsc postojowych zaproponowanych przez powoda. Dopóki jednak nie zostanie wykazane w sprawie, że nie było możliwości wykonania projektu spełniającego jednocześnie wymagania tych wytycznych oraz decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego, dopóty bezprzedmiotowe jest rozważanie zastosowania w sprawie art. 640 k.c.

Sąd Apelacyjny wykluczył jednak, niezależnie od dokonanych w sprawie ustaleń dotyczących obiektywnej możliwości wykonania projektu zgodnie z wytycznymi funkcjonalno-użytkowymi oraz decyzją o lokalizacji inwestycji celu publicznego, aby oczekiwane przez powoda formy współdziałania pozwanego mogły być uznane za formę współdziałania zamawiającego, o której stanowią przepisy regulujące umowę o dzieło. Wskazał bowiem, że w istocie powód żądał od pozwanego wyrażenia zgody na zmianę warunków zawartej umowy. W związku

z taką oceną Sądu Apelacyjnego powód zarzucił naruszenie art. 65 § 2 k.c. przez jego wadliwe zastosowanie oraz art. 640 k.c. przez jego błędną wykładnię, podnosząc dwie zasadnicze kwestie: pierwszą, że pozwany wprowadził albo przynajmniej utwierdził powoda w błędnej wykładni pojęcia powierzchni użytkowej lokali usługowych użytym w decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego oraz drugą, iż pozwany na etapie postępowania przetargowego określił niemożliwe do spełnienia, gdyż sprzeczne ze sobą, warunki dotyczące cech przedmiotu świadczenia (w zakresie liczby miejsc postojowych w stosunku do innych cech, jakim miał odpowiadać przedmiot świadczenia). W odniesieniu do pierwszej ze wskazanej wyżej kwestii, jeżeli istniała obiektywna możliwość wykonania projektu spełniającego wymagania zarówno wytycznych funkcjonalno-użytkowych jak również decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego, to wprowadzenie powoda przez pozwanego w błąd, czy też utwierdzenie go w błędnej interpretacji pojęcia powierzchni użytkowej lokali usługowych użytego w decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego miałyby co najwyżej znaczenie dla oceny, czy i kiedy powód popadł w zwłokę w wykonaniu zobowiązania, nie byłoby zaś źródłem obowiązku współdziałania przez pozwanego przy wykonywaniu umowy w formach wskazanych przez powoda. Dopiero ustalenie, zgodnie z twierdzeniami powoda, że nie było możliwe sprostanie zarówno wymaganiom określonym w wytycznych funkcjonalno-użytkowych oraz w decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego aktualizowałoby konieczność oceny, czy pozwany miał obowiązek współdziałania w formach wskazanych przez powoda, czy też umowa przewidywała świadczenie niemożliwe do spełnienia. Sądy obu instancji przyjęły, że współdziałanie zamawiającego przy wykonywaniu umowy o dzieło nie może polegać na obowiązku akceptacji przez zamawiającego zmian umowy dotyczących przedmiotu świadczenia, a takimi – w ocenie Sądów obu instancji - były zmiany zaproponowane przez powoda w projekcie skutkujące zmniejszeniem powierzchni użytkowej inwestycji lub znacznym zwiększeniem kosztów jej realizacji. Stanowisko to jest zasadne. Obowiązek i zakres współdziałania zamawiającego przy wykonywaniu umowy o dzieło może wynikać wprost z postanowień umowy bądź właściwości wykonywanego dzieła, gdy bez współdziałania zamawiającego wykonanie dzieła nie jest w ogóle możliwe (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 1999 r., II CKN 426/98, OSNC 2000,

nr 2, poz. 32). Nie można jednak przyjąć, aby współdziałanie zamawiającego mogło polegać na obowiązku akceptacji zmian istotnych cech dzieła, niemożliwych do osiągnięcia z przyczyn obiektywnych przez przyjmującego zamówienie. Uszło jednak uwagi Sądu Apelacyjnego, że propozycja powoda polegająca na wystąpieniu przez pozwanego o zmianę decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego, w zakresie przyjętego w nim wskaźnika miejsc postojowych na 1.000 m² powierzchni użytkowej lokali usługowych, nie wiązała się z dodatkowymi kosztami ani ze zmianą powierzchni budynku, czy poszczególnych jego kondygnacji. Wymagałoby więc oceny, czy łącząca strony umowa ze względu na jej postanowienia oraz przedmiot przewidywała możliwość zmiany (uzgodnienia w trakcie wykonywania umowy) pewnych, mniej istotnych cech, jakim miał odpowiadać przedmiot umowy, a jeżeli tak, czy dotyczyło to także liczby projektowanych miejsc postojowych wynikającej ze wskaźnika tych miejsc do powierzchni użytkowej lokali usługowych. Jak bowiem podniósł powód w uzasadnieniu skargi kasacyjnej, szereg dowodów dotyczących okresu realizacji umowy – nie wdając się w ich ocenę - wskazuje na to, że pozwany akceptował mniejszą liczbę miejsc parkingowych w projektowanym budynku i nawet skarżył (za pośrednictwem powoda) decyzje odmawiające zatwierdzenia projektu oparte na określonej interpretacji przez organy administracji pojęcia powierzchni użytkowej lokali usługowych użytego w decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego. Brak oceny tego aspektu sprawy nie pozwala na odparcie podniesionych zarzutów naruszenia art. 65 § 2 i art. 640 k.c. Dodać należy, że dopiero wykluczenie, aby za formę współdziałania pozwanego można było przyjąć możliwość jego wystąpienia o zmianę decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego uzasadniałaby wniosek, że zobowiązanie w ogóle nie powstało (art. 387 § 1 k.c.) w razie wykazania przez powoda, że nie istniała obiektywna możliwość zaprojektowania 135 miejsc postojowych.

Za uzasadniony należy uznać zarzut naruszenia art. 290 w zw. z art. 224 § 1 k.p.c. i art. 391 § 1 k.p.c. (którego zaniechano wskazania w skardze kasacyjnej). W toku postępowania apelacyjnego powód zgłosił zastrzeżenia, poparte prywatną opinią mgr inż. arch. D.M., do opinii sporządzonej przez biegłego dr. inż. arch. M. S. Opinia prywatna przedstawiona przez powoda w postępowaniu apelacyjnym,

wbrew stanowisku wyrażanemu w skardze kasacyjnej powoda, nie miała waloru dowodu, co jednak nie oznacza, że była pozbawiona jakiegokolwiek znaczenia procesowego. Tego rodzaju opinia stanowi bowiem element twierdzeń samej strony wzmacniający wiarygodność podnoszonych przez nią zarzutów merytorycznych wobec opinii biegłego sądowego. Wymaga to rzeczowego odniesienia się sądu orzekającego do zasadności podniesionych przez stronę zarzutów przez wyjaśnienie, z jakich przyczyn nie były one uzasadnione, a sporządzona opinia biegłego sądowego była mimo tego wiarygodna. Jak zauważył Sąd Apelacyjny, opinia biegłego sądowego była zbieżna z opinią prywatną w konkluzji, że ostateczna weryfikacja wniosków biegłego sądowego wymagałaby sporządzenia projektu budowlanego. Taka konstatacja oznacza, że biegły sądowy ostatecznie nie był całkowicie pewny wniosków zawartych w opinii, która ponadto, ze względu na brak opracowania projektu budowlanego, była w istocie nieweryfikowalna. Sąd Apelacyjny nie wskazał także, z jakich przyczyn błędne były zarzuty powoda podniesione w stosunku do opinii biegłego sądowego. Uwzględniając powyższe, został naruszony art. 290 k.p.c. i art. 224 § 1 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez pominięcie dowodu z opinii odpowiedniego instytutu naukowego w sytuacji, gdy wnioski zawarte w opinii biegłego sądowego nie były w pełni stanowcze i weryfikowalne (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2009 r., III CSK 7/09, Lex nr 533130), a przedmiotem tej opinii była ocena możliwości technicznych wykonania nietypowego i złożonego zadania architektonicznego. Odmowa przeprowadzenia dowodu z opinii instytutu nie była uzasadniona ze względu na tezę dowodową sformułowaną przez powoda. Wprawdzie nie zmierzała ona bezpośrednio do ustalenia okoliczności istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy, lecz do stwierdzenia rzetelności i prawidłowości opinii sporządzonej przez biegłego sądowego, jednakże niewątpliwie dokonanie takiej oceny przez instytut naukowy wymagałoby także odniesienia się do zagadnienia, czy istniała techniczna możliwość wykonania przez powoda projektu budynku ze 135 miejsc postojowymi. Również Sąd Apelacyjny nie wyłączył, aby intencją powoda było wykazanie za pomocą dowodu z instytutu naukowego możliwości wykonania projektu budynku przewidującego 135 miejsc postojowych. Wskazane naruszenie norm prawa procesowego mogło mieć istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, gdyż

miało znaczenie dla oceny, czy strony w ogóle zawarły ważną umowę, z której dochodziły roszczenia, a jeżeli tak, czy zachodziły przesłanki do oczekiwanej przez powoda współpracy pozwanego przy wykonywaniu zobowiązania.

Nie były natomiast uzasadnione zarzuty naruszenia prawa materialnego podniesione w skardze kasacyjnej powoda wzajemnego, które kwestionowały zasadność stanowiska Sądu Apelacyjnego wyłączającego możliwość łącznego żądania kary umownej zastrzeżonej na wypadek nienależytego wykonania umowy (polegającego na opóźnieniu w wykonaniu umowy) z karą umowną przewidzianą na wypadek odstąpienia od umowy. Zgodnie z art. 483 § 1 k.c., można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Abstrahując w tym miejscu uzasadnienia od skutków prawnych, jakie wywołuje odstąpienie od umowy, należy podkreślić, że tego rodzaju kara umowna nie przysługuje dosłownie w związku ze skorzystaniem przez jedną ze stron umowy z uprawnienia prawnokształtującego w postaci odstąpienia od umowy, lecz za szkodę, jaką ponosi strona, która z tego uprawnienia skorzystała, w następstwie odstąpienia od umowy. Nie zapominając o tym, że postanowienia umowne podlegają wykładni zgodnie z art. 65 k.c., jak trafnie przyjęto w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2007 r., III CSK 288/06 (OSP 2009, nr 4, poz. 39) zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy można zatem traktować jako formę uproszczenia redakcji warunków umowy, która pozwala na przyjęcie przez strony, że wypadki niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, stanowią jednocześnie podstawę do domagania się zapłaty kary umownej. Niekiedy formułuje się tezę o tym, że kara umowna jest surogatem odszkodowania. W uzasadnieniu uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03 (OSNC 2004, nr 5, poz. 69) wyjaśniono, że myśl, iż kara umowna jest tzw. surogatem odszkodowania, nie oznacza bynajmniej tego, że kara umowna ma „zastąpić” jedynie odszkodowanie w związku z powstającą po stronie wierzyciela szkodą majątkową. Sformułowanie „surogat odszkodowania” należy rozumieć w tym sensie, że strony przy zawarciu umowy określają z góry wysokość należnego wierzycielowi odszkodowania na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika

i odszkodowanie (kara umowna) kompensuje wszystkie negatywne dla wierzyciela konsekwencje wynikające ze stanu naruszenia zobowiązania. Niekiedy operuje się w tej sytuacji pojęciem tzw. szkody ogólnej, innej niż zindywidualizowana szkoda majątkowa wierzyciela. Innymi słowy, chodzi tu o szkodę wierzyciela w szerszym ujęciu, niż szkodę majątkową wynikającą z art. 361 § 2 k.c.

Kara umowna może być przewidziana zarówno, za szkodę spowodowaną, ogólnie ujętym, nienależytym wykonaniem zobowiązania, jak również za szkodę spowodowaną poszczególnymi przejawami nienależytego wykonania zobowiązania, np. za opóźnienie albo zwłokę w spełnieniu świadczenia. Niewykonanie zobowiązania nie może być zarazem postacią nienależytego wykonania zobowiązania. O nienależytym wykonaniu zobowiązania można mówić jedynie do chwili, gdy strony łączy węzeł obligacyjny, a wynikające z niego obowiązki były wykonywane nienależycie, np. co do miejsca, jakości, czy terminu spełnienia świadczenia. Jeżeli następuje odstąpienie od umowy dochodzi do niewykonania zobowiązania. Przesądził o tym sam ustawodawca, który w art. 494 k.c., przyjął, że w razie odstąpienia od umowy, strona, która odstąpiła od umowy, może dochodzić naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. Konsekwentnie więc należy przyjąć, że skoro nienależyte wykonania zobowiązania nie jest zarazem niewykonaniem zobowiązania również nie zachodzi tożsamość pomiędzy szkodą doznaną przez stronę umowy na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Szkoda doznana na skutek niewykonania zobowiązania pochłania szkodę powstałą wskutek nienależytego wykonania zobowiązania, w tym więc szkodę doznaną przez stronę do czasu odstąpienia od umowy. Zatem, jeżeli umowa przewiduje odrębną karę umowną „na wypadek odstąpienia od umowy” („w związku z odstąpieniem od umowy”), to jest to kara umowna za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania, której częścią jest szkoda, wcześniej doznana, na skutek nienależytego wykonania zobowiązania. Wobec tego nie można przyjąć, aby w takim przypadku strona mogła żądać kary umownej przewidzianej za szkodę spowodowaną nienależytym wykonaniem zobowiązania oraz kary umownej za szkodę wynikłą z niewykonania zobowiązania (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 1984 r., III CZP 70/83, OSNC

1984, nr 8, poz. 131, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 2011 r., I CSK 315/10, OSNC-ZD 2011, nr 4, poz. 85). Kary te bowiem logicznie się wykluczają.

Konstrukcja kary umownej z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania zakłada, że dojdzie do wykonania zobowiązania, ale w sposób nienależyty, natomiast konstrukcja kary umownej na wypadek niewykonania zobowiązania zakłada, że zobowiązanie nie zostanie wykonane. Podstawą przyjęcia w umowie określonych, co do wysokości, kar umownych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest zawsze pewna kalkulacja przyszłej, hipotetycznej szkody (obejmującej szkodę majątkową i inne negatywne konsekwencje), jaką poniesie strona w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Kara umowna przewidziana w związku z odstąpieniem od umowy zakłada, że umowa nie zostanie wykonana. Należy mieć przy tym na uwadze specyficzną szkodę, jaką ponosi strona na skutek niewykonania zobowiązania z powodu odstąpienia od umowy. Rozmiar tej szkody jest zazwyczaj zależny od szkody doznanej wcześniej na skutek określonego przejawu nienależytego wykonania zobowiązania uzasadniającego odstąpienie od umowy. W skład tej szkody będą wchodzić także wszelkie koszty, jakie poniosła strona w związku z koniecznością odstąpienia od niej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2002 r., I CKN 486/00, OSP 2003, nr 3, poz. 36). Z drugiej strony, w razie odstąpienia od umowy, strona wykonująca to uprawnienie będzie zwolniona z obowiązku świadczenia wzajemnego, co powinno być uwzględnione przy określaniu wysokości doznanej przez nią szkody, zgodnie z zasadą *compensatio lucri cum damno* (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 1956 r., I CR 1505/54, OSPiKA 1957, nr 1, poz. 4, wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 2 czerwca 2010 r., I ACa 334/10 POSAG 2010, nr 3, poz. 4). Jeżeli więc strony przewidziały karę umowną w związku z odstąpieniem od umowy, nie różnicując jej wysokości od przyczyn, które spowodowały odstąpienie od umowy – tak jak to uczyniono w umowie łączącej strony - należy przyjąć, że tak określona kara umowna miała rekompensować pełną szkodę, jakiej dozna strona na skutek niewykonania zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy. Podstawą przyjęcia tak określonej, co do wysokości, kary umownej była bowiem określona kalkulacja hipotetycznej szkody, jaką poniesienie strona w związku

z niewykonaniem zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy. Wyklucza to – w razie braku wyraźnego postanowienia umownego - możliwość równoczesnego dochodzenia kary umownej zastrzeżonej na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania. Dopuszczalność dochodzenia kary umownej przewidzianej w związku z odstąpieniem od umowy - za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania - oraz kary umownej przewidzianej za szkodę spowodowaną określonym przejawem nienależytego wykonania zobowiązania poprzedzającego odstąpienie od umowy musiałyby wyraźnie wynikać z umowy. W takim przypadku, należałoby przyjąć, że strony przewidziały jedną karę umowną za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania, ale jedynie skonstruowaną – odnośnie do sposobu jej obliczenia – z zsumowania dwóch kar: jednej, zastrzeżonej dla zrekompensowania skutków szkody spowodowanej określonym przejawem nienależytego wykonania zobowiązania w okresie poprzedzającym odstąpienie od umowy oraz drugiej, przewidzianej za dalszą część szkody wywołanej niewykonaniem zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy. Należy mieć również na uwadze, że odstąpienie od umowy, także dokonane na podstawie przepisów ustawy, wywołuje skutek *ex tunc*, określony w art. 395 § 2 k.c., tj. umowa uważana jest za niezawartą (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2008 r., II CSK 385595, uzasadnienie wyroku z dnia 21 października 2010 r., IV CSK 112/10, OSNC-ZD- 2011, nr 2, poz. 40). W konsekwencji, zgodnie z przyjmowaną w orzecznictwie, chociaż nie wyrażoną w przepisach zasadą *accessorium sequitur principale*, przestają obowiązywać także postanowienia umowne dotyczące kary umownej, dzieląc los zobowiązania głównego. Utrzymują się natomiast jedynie te z nich, przełamując powołaną wyżej zasadę, przewidziane przez strony właśnie na wypadek odstąpienia od umowy, tj. gdy w następstwie wykonania przez jedną ze stron umowy uprawnienia prawnokształtującego, umowę uważa się za niezawartą, a tym samym aktualizuje się odpowiedzialność odszkodowawcza, na podstawie art. 494 w zw. z art. 471 k.c., drugiej ze stron umowy (por. uzasadnienie uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 1987 r., III CZP 82/86 (OSNC 1987, nr 12, poz. 189).

Z tych względów skarga kasacyjna powoda wzajemnego jako nieuzasadniona podlegała oddaleniu na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. Uwzględniając

natomiast skargę kasacyjną powoda (pozwanego wzajemnego), orzeczono na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. oraz art. 108 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 i art. 398²¹ k.p.c., jak w sentencji.