



Sygn. akt III CSK 62/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 kwietnia 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Krzysztof Strzelczyk (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Anna Owczarek

SSN Maria Szulc

Protokolant Katarzyna Bartczak

w sprawie z powództwa wzajemnego Syndyka Masy Upadłości "U." sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej w S.

przeciwko pozwanemu wzajemnemu Uczniowskiemu Klubowi Sportowemu "W." w K.

przy uczestnictwie interwenienta ubocznego po stronie powoda wzajemnego Gminy Miejskiej K.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej

w dniu 5 kwietnia 2013 r.,

skargi kasacyjnej Uczniowskiego Klubu Sportowego "W." w K.

od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 17 października 2011 r.,

- 1) uchyla zaskarżony wyrok w części rozstrzygającej o kosztach postępowania apelacyjnego oraz oddalającej apelację pozwanego wzajemnie Uczniowskiego Klubu Sportowego "W."**

- w K. od wyroku Sądu Okręgowego w K. z dnia 18 marca 2011 r. uwzględniającego powództwo wzajemne (punkt IV) co do kwoty 110.237,36 (sto dziesięć tysięcy dwieście trzydzieści siedem złotych i trzydzieści sześć groszy) złotych z odsetkami ustawowymi od tej kwoty i w tym zakresie przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu,
- 2) oddala skargę kasacyjną w pozostałej części,
 - 3) pozostawia Sądowi Apelacyjnemu rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.

Wyrokiem z dnia 17 października 2011 r., Sąd Apelacyjny oddalił apelację powoda głównego i pozwanego wzajemnie Uczniowskiego Klubu Sportowego „W.” w K. (dalej - „Klub”) wniesioną od wyroku Sądu Okręgowego w K. z dnia 18 marca 2011 r., którym oddalone zostało powództwo główne skierowane przeciwko U. Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w S. (dalej - „Spółka”) o zapłatę:

- 1) kwoty 208.313 zł wraz z odsetkami z tytułu części kary umownej za opóźnienie w wykonaniu umowy, pozostałej do zapłaty po dokonaniu potrącenia kary umownej z tego tytułu w kwocie 320.749,74 zł z wierzytelnością Spółki z tytułu części wynagrodzenia za wykonane prace w kwocie 112.437,50 zł;
- 2) kwoty 156.922,57 zł z tytułu kary umownej za odstąpienie przez Klub od umowy z przyczyn leżących po stronie Spółki;
- 3) kwoty 132.653,84 zł z tytułu odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy, obejmujące 82.499,18 zł w związku z zamianą kruszywa na żużel oraz 50.136,66 zł w związku z mniejszym zakresem prac drenarskich;
- 4) oraz kwoty 83.616,48 zł z tytułu odszkodowania w związku z niewykonaniem nawierzchni (32.369,53 zł) i niewykonaniem kanalizacji opadowej (51.246,95 zł),

oraz zasądzone zostało powództwo wzajemne w kwocie 205.960,13 zł wraz z bliżej określonymi odsetkami ustawowymi, z dochodzonej tym powództwem kwoty 257.064,41 zł wraz z odsetkami ustawowymi, a ponadto zasądził od Klubu na rzecz Spółki kwotę 5.400 tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Gmina Miejska K. przystąpiła do sprawy w charakterze interwenienta ubocznego po stronie pozwanej.

Za podstawę wyroku Sąd Apelacyjny przyjął następujące ustalenia i wnioski. Według ustaleń Sądu Okręgowego, Klub zawarł z interwenientem ubocznym umowę o zastępstwo inwestycyjne, na mocy postanowień której pełnił funkcję inwestora zastępczego w związku z budową boiska szkolnego. W wyniku przetargu

zorganizowanego przez Klub wykonawcą prac została Spółka, która z kolei zleciła wykonanie prac podwykonawcy S. B. Klub nie miał doświadczenia w realizacji tego typu inwestycji. Po pewnym czasie wszedł w konflikt z interwenientem ubocznym, Spółką i podwykonawcą, w wyniku którego doszło do rezygnacji osoby pełniącej funkcję inspektora nadzoru. W dniach od 9 do 18 stycznia 2008 r. Klub zamknął boisko uniemożliwiając dalsze prace. Ostatecznie interwenient uboczny wypowiedział Klubowi umowę o zastępstwo inwestycyjne, a następnie w dniu 12 maja 2008 r. pozwana Spółka odstąpiła od umowy z Klubem.

Sąd Okręgowy przyjął, że podstawową przyczyną opóźnień w realizacji inwestycji, jak również przyczyną odstąpienia od umowy wzajemnej przez pozwaną spółkę Unipol, była nieumiejętność koordynowania prac przez Klub, niemający jakiegokolwiek doświadczenia w tym zakresie. Klub popadł w konflikt nawet z interwenientem ubocznym, z którym łączyła go umowa o zastępstwo inwestycyjne oraz z inspektorem nadzoru, a trudno przyjąć, że nikt inny, poza Klubem, nie był zainteresowany prawidłowym przebiegiem procesu inwestycyjnego. W ocenie Sądu Okręgowego, Klub próbował realizować swoje interesy, przejmując pieniądze przekazywane przez interwenienta ubocznego i przeznaczone na wynagrodzenie za prace wykonane, zaakceptowane i zgłoszone przez sam Klub. Tymczasem interwenient przekazywał środki na wynagrodzenie dla Spółki, nie upoważniając Klubu do dysponowania nimi w inny sposób. Brak należytej współpracy ujawnił się również w związku z przedłużaniem czasu realizacji umowy. Interwenient uboczny zawarł z Klubem aneks do umowy, przedłużający jej wykonanie do czerwca 2008 r., i oczekiwał tego samego w relacjach między Klubem a Spółką. Jedną z przyczyn zawarcia aneksu było rozstrzygnięcie przetargu i rozpoczęcie prac później, niż strony przewidywały. Jednak Klub nie podpisał takiego aneksu ze Spółką, obstając przy nierealnym terminie wykonania inwestycji i w związku z tym wzywając Spółkę w styczniu 2008 r., po upływie pierwotnego terminu wykonania umowy, do przedłożenia gwarancji należytego wykonania kontraktu. W odpowiedzi na to Spółka wyraziła gotowość przedłożenia stosownej gwarancji pod warunkiem przedłużenia jej terminu realizacji prac. Zdaniem Sądu Okręgowego, kwestię tę należy ocenić z uwzględnieniem stanowiska interwenienta ubocznego, który jako inwestor

bezpośredni, przedłużając Klubowi jako inwestorowi zastępczemu termin wykonania prac, tym samym uznał opóźnienie w wykonaniu prac za uzasadnione. Niezrozumiały był także sprzeciw Klubu odnośnie do umieszczenia na boisku – w oparciu o ustalenia techniczne uzgodnione z interwenientem ubocznym - logo przedsiębiorstwa, finansującego realizację inwestycji w kwocie 300.000 zł. Ponadto Sąd Okręgowy wskazał, że prowadzenie robót przez 13 dni utrudniały warunki atmosferyczne, a w okresie od 9 do 18 stycznia 2008 r. boisko zostało zamknięte przez Klub. Poza tym każda, nawet drobna, decyzja wymagała wielokrotnych rozmów, a niekiedy spotkań z udziałem interwenienta. Decyzje inspektora nadzoru były notorycznie kwestionowane przez Klub, który mimo braku zaufania nie zwolnił go od razu i nie zatrudnił na jego miejsce osoby zaufanej, a po jego rezygnacji nie był w stanie przez dłuższy czas znaleźć zastępcy. Biorąc pod uwagę te okoliczności Sąd Okręgowy uznał, że Spółka nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienia w realizacji inwestycji.

W dalszej kolejności Sąd Okręgowy przyjął, że Spółka uprawniona była do odstąpienia od umowy z Klubem ze względu na wypowiedzenie Klubowi umowy o zastępstwo inwestycyjne przez interwenienta ubocznego, w sytuacji, gdy interwenient zapewniał wyłączne finansowanie inwestycji. Chociaż Klub poinformował Spółkę, że interwenient nie miał podstaw do odstąpienia od umowy, to trudno oczekiwać, iż Spółka będzie rozważać, kto ma rację w sporze. Skoro zaś Spółka miała prawo odstąpić od umowy, to Spółce, a nie Klubowi, przysługuje roszczenie o zapłatę zryczałtowanej kary umownej. Sąd Okręgowy podkreślił, że Spółka jako przyczynę odstąpienia wskazała dwie okoliczności - nieprzedstawienie gwarancji zapłaty oraz brak współpracy, wskazując na art. 491 k.c. jako podstawę odstąpienia. W ocenie Sądu Okręgowego przepis ten ma zastosowanie w sprawie. Jeszcze w lutym 2008 r. Klub zatrzymał część należnego Spółce wynagrodzenia w kwocie około 95.000 zł, a następnie w marcu 2008 r. nie zapłacił kolejnej kwoty 16.000 zł. Z tego względu w maju 2008 r. Klub pozostawał w zwłoce w zapłacie wynagrodzenia należnego Spółce. Zdaniem Sądu Okręgowego, zgodnie z art. 490 § 1 k.c., Spółka mogła również żądać zabezpieczenia, a jego brak uzasadniał wypowiedzenie umowy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że po wypowiedzeniu Klubowi umowy o zastępstwo inwestycyjne

wątpliwa była obiektywna możliwość spełnienia świadczenia przez Klub. Z powyższych względów Sąd Okręgowy uznał za niezasadne roszczenie Klubu o zapłatę kwoty 156.922,57 zł tytułem zapłaty kary umownej za odstąpienie od umowy.

Sąd Okręgowy uznał również za niezasadne roszczenie powodowe Klubu o zapłatę odszkodowania w kwotach 132.653,84 zł oraz 83.616,48 zł. Za podstawę prawną rozstrzygnięcia w części dotyczącej powództwa głównego Sąd Okręgowy przyjął art. 483 § 1 k.c. oraz art. 471 k.c.

W zakresie powództwa wzajemnego Sąd Okręgowy uwzględnił roszczenie Spółki o zapłatę kwoty 95.722,77 zł z tytułu wynagrodzenia na podstawie art. 647 k.c., skoro potrącenie kary umownej z tą kwotą dokonane przez Klub okazało się niezasadne, o zapłatę kwoty 78.461,29 zł z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy na podstawie art. 483 § 1 k.c., skoro Spółka uprawniona była do odstąpienia od umowy ze względu na odstąpienie przez inwestora bezpośredniego od umowy z inwestorem zastępczym, oraz o zapłatę kwoty 31.776,07 zł z tytułu utraconych korzyści w zakresie niewykonanych prac na podstawie art. 471 k.c., skoro z opinii biegłego wynikało, że gdyby Spółka wykonała całość umówionych prac, uzyskałaby dochód nie przekraczający tej kwoty.

Powodowy Klub wniósł apelację od wyroku Sądu Okręgowego oddalającego powództwo główne i uwzględniającego powództwo wzajemne. Sąd Apelacyjny oddalając apelację Klubu uznał za prawidłowe ustalenia Sądu Okręgowego oraz uzupełnił je własnymi ustaleniami. Wskazał, że umowa o zastępstwo inwestycyjne między Klubem a interwenientem ubocznym została zawarta w dniu 12 września 2007 r. Umowa ta została zawarta na okres do dnia 10 grudnia 2007 r. Następnie strony dwukrotnie przedłużyły jej obowiązywanie odpowiednio do dnia 20 grudnia 2007 r. oraz do 13 czerwca 2008 r. Z kolei w dniu 7 listopada 2007 r. między Klubem a Spółką została zawarta umowa o wykonanie zadania inwestycyjnego dotyczącego bliżej określonych obiektów sportowych. Termin rozpoczęcia prac ustalono na dzień 12 listopada 2007 r., a ich zakończenia - na 45 dzień licząc od podpisania umowy. Strony ustaliły wynagrodzenie zryczałtowane w kwocie 1.569.255,74 zł netto. W umowie przewidziano także kary umowne, które

wykonawca miał zapłacić za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy, za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi i gwarancji oraz za odstąpienie od umowy z przyczyn niezawinionych przez zamawiającego. Natomiast względem zamawiającego przewidziano zapłatę kar umownych za odstąpienie od umowy z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę, a leżących po stronie zamawiającego oraz za odstąpienie od umowy z powodu opóźnienia w zapłacie faktur trwającego ponad trzy miesiące. W umowie strony zastrzegły także możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego. Ponadto ustalone zostały podstawy odstąpienia każdej ze stron od umowy. Oprócz przypadków określonych w Kodeksie cywilnym, wykonawca mógł odstąpić od umowy, jeśli zamawiający odmawia odbioru robót zanikających bez uzasadnionych przyczyn, zwleka z zapłatą faktur przez czas dłuższy niż trzy miesiące lub nie wywiązuje się ze swoich zobowiązań umownych. Z kolei zamawiający mógł odstąpić od umowy, gdy zostanie ogłoszona upadłość wykonawcy, gdy wykonawca przerwie wykonywanie robót i nie realizuje ich przez okres 7 dni, gdy opóźnienie w wykonawstwie przekracza 14 dni, gdy wykonawca bez uzasadnionych przyczyn nie rozpoczął robót i nie kontynuuje ich pomimo dodatkowego wezwania, gdy wykonawca nie wywiązuje się ze swoich zobowiązań umownych, gdy wykonawca prowadzi roboty w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową i pomimo wezwania nie usunie wad lub ich przyczyn w wyznaczonym terminie.

Sąd Apelacyjny ustalił ponadto, że dwa dni po rozpoczęciu robót wpisem do dziennika budowy z dnia 14 listopada 2007 r. kierownik budowy M. K. zwrócił się o uzgodnienie możliwości zastosowania przy wykonaniu podbudowy kruszywa z recyklingu zamiast kruszywa kamiennego. Wpisem z dnia 19 listopada 2007 r. projektant J. D. wyraził na to zgodę, pod warunkiem przedstawienia stosownych certyfikatów i dokumentów dopuszczających kruszywo stosowania w celach budowlanych. Podobną zgodę wyraził inspektor nadzoru J. S. wpisem z dnia 20 listopada 2007 r.

Następnie Sąd Apelacyjny ustalił, że pismem z dnia 7 stycznia 2008 r. Klub wstrzymał wykonywanie prac na płycie boiska, podając jako przyczynę wykonanie drenażu i podbudowy niezgodnie z projektem. Poleciał także usunięcie z placu budowy żużla oraz powiadomił o rezygnacji J. S. z funkcji inspektora nadzoru z

dniem 19 grudnia 2007 r. Do dnia 18 stycznia 2008 r. Klub uniemożliwiał także wjazd na teren budowy.

W piśmie z dnia 9 stycznia 2008 r. interwenient uboczny wezwał Klub do usunięcia nieprawidłowości w wykonywaniu obowiązków wynikających z umowy o zastępstwo inwestycyjne. Zaakceptował również zastosowane kruszywo i wyraził zgodę na rozpoczęcie realizacji robót dodatkowych. Sąd Apelacyjny ustalił, że ze względów technologicznych i organizacyjnych roboty dodatkowe nie musiały być wykonywane jednocześnie z pracami objętymi umową.

W piśmie z dnia 14 stycznia 2008 r., powołując się na upływ ważności gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania robót, spowodowany przekroczeniem terminu ich wykonania, Klub zwrócił się do Spółki o przedstawienie gwarancji do czasu planowanego zakończenia prac. W odpowiedzi na to Spółka wyraziła gotowość przedstawienia takiej gwarancji, o ile podpisany zostanie aneks do umowy ustalający termin zakończenia robót na dzień 30 czerwca 2008 r. Następnie w piśmie z dnia 14 marca 2008 r. Spółka wezwała Klub do konstruktywnej współpracy, w tym do formalnego uregulowania robót dodatkowych, warunkujących w jej ocenie prawidłowe wykonanie robót będących przedmiotem umowy i wyraziła obawy o możliwość kontynuacji umowy. W przypadku niespełnienia tych warunków Spółka zagroziła odstąpieniem od umowy z winy Klubu.

W piśmie z dnia 17 marca 2008 r. interwenient uboczny zarzucił Klubowi dalszy brak współpracy z wykonawcą oraz z przedstawicielami interwenienta nadzorującymi wykonanie zadania, polegający na wymuszaniu na wykonawcy robót dodatkowych bez formalnego ich zlecenia, narzucaniu własnej interpretacji dokumentów przetargowych, umów i przepisów prawa, uniemożliwiających uzgodnienie kwestii spornych, częstych zmian inspektora nadzoru i dopuszczenie do pełnienia tej funkcji osoby nieumocowanej. W przypadku niezastosowania się do wezwania interwenient zagroził Klubowi odstąpieniem od umowy o zastępstwo inwestycyjne.

W dalszej kolejności Sąd Apelacyjny ustalił, że w piśmie z dnia 3 kwietnia 2008 r. interwenient uboczny złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia

12 września 2007 r. o zastępstwo inwestycyjne, powołując się na wykonanie przez Klub tej umowy w sposób nienależyty i brak poprawy w wykonaniu obowiązków przez Klub, pomimo dodatkowego wezwania. W uzasadnieniu oświadczenia interwenient podał, że Klub nie przystąpił do konstruktywnej współpracy z wykonawcą i przedstawicielami interwenienta nadzorującymi wykonanie zadania, nie dotrzymał terminów sporządzenia protokołów konieczność w odniesieniu do robót dodatkowych. W piśmie z dnia 4 kwietnia 2008 r. interwenient powiadomił Spółkę o swym odstąpieniu od umowy o zastępstwo inwestycyjnej zawartej z Klubem i oświadczył, że z dniem odstąpienia przejęła obowiązki inwestora w zakresie określonym umową z dnia 7 listopada 2007 r. o realizację zadania inwestycyjnego.

W kolejnym piśmie z dnia 7 kwietnia 2008 r. pozwana Spółka, powołując się na odstąpienie interwenienta od umowy o zastępstwo inwestycyjne, poinformowała Klub o wstrzymaniu robót do czasu uzgodnienia z inwestorem bezpośrednim kwestii niezbędnych do zakończenia prac budowlanych. Następnie w odpowiedzi na wezwanie Klubu do kontynuowania robót, w piśmie z dnia 10 kwietnia 2008 r. Spółka zażądała przedstawienia gwarancji zapłaty za wykonane roboty i roboty dodatkowe w terminie 7 dni, powołując się na art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Dz. U. Nr 180, poz. 1758 ze zm. - dalej jako u.g.z.), uzasadniając swe żądanie skomplikowanym stanem prawnym. Żądanie to Spółka ponowiła w piśmie z dnia 14 kwietnia 2008 r.

Ostatecznie w piśmie z dnia 12 maja 2008 r. Spółka złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 7 listopada 2007 r. o realizację zadania inwestycyjnego w zakresie niewykonanym do dnia złożenia tego oświadczenia, powołując się na niewykonanie przez Klub zobowiązania przedłożenia gwarancji zapłaty za wykonane roboty budowlane i roboty dodatkowe, wynikającego z art. 4 ust. 1 wspomnianej ustawy z dnia 9 lipca 2003 r., oraz na notoryczną odmowę współdziałania. Jako podstawę odstąpienia Spółka wskazała niewywiązywanie się przez Klub z zobowiązań umownych oraz art. 491 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego.

Nie uznając skuteczności oświadczenia o odstąpieniu złożonego przez Spółkę, w dniu 16 maja 2008 r. Klub złożył oświadczenie o odstąpieniu od tej

umowy, powołując się na przerwanie robót i ich nierealizowanie przez okres 7 dni, opóźnienie w wykonawstwie przekraczające 14 dni, niewywiązywanie się wykonawcy z zobowiązań umownych, prowadzenie robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową i nieusunięciu wad w wyznaczonym terminie pomimo wezwania, oraz na brak współpracy wykonawcy z zamawiającym.

W ramach oceny prawnej powyższych ustaleń Sąd Apelacyjny przyjął, że Klub, działając jako inwestor zastępczy, zawarł umowę o realizację inwestycji w swoim imieniu i dlatego do niego należy dochodzenie roszczeń wynikłych z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o realizację inwestycji. Podstawę do tego stanowi umocowanie zawarte w umowie o zastępstwo inwestycyjne. Jednak sytuacja ta uległa zmianie, gdy doszło do odstąpienia od umowy o zastępstwo inwestycyjne. Sąd Apelacyjny podkreślił, że bez względu na to, czy doszło do skutecznego odstąpienia, czy też wypowiedzenia umowy o zastępstwo inwestycyjne, dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy znaczenie ma jedynie to, że stosunek prawny między interwenientem a Klubem ustał w następstwie oświadczenia złożonego w dniu 3 kwietnia 2008 r.

W sytuacji, gdy interwenient uboczny jako inwestor bezpośredni odstąpił od umowy zawartej Klubem jako investorem zastępczym i powiadomił o tym fakcie Spółkę, zaznaczając, że przejął wszystkie funkcje inwestorskie, w ocenie Sądu Apelacyjnego obawy Spółki związane z możliwością wywiązania się przez Klub z obowiązku zapłaty wynagrodzenia znajdowały usprawiedliwienie. Nie mogło to pozostać bez wpływu na wykonanie umowy o realizację inwestycji, tym bardziej, że wyłącznie interwenient finansował inwestycję. Wstrzymanie robót i żądanie przedstawienia przez Klub gwarancji zapłaty wykonane roboty na podstawie art. 4 ust. 1 u.g.z. należało uznać za uzasadnione.

Przywołując art. 5 ust. 3 u.g.z., w myśl którego brak wystarczającej gwarancji zapłaty stanowił przeszkodę w wykonaniu robót z przyczyn dotyczących zamawiającego, Sąd Apelacyjny podkreślił, że Spółka dwukrotnie wzywała Klub do przedstawienia gwarancji ze względu na zaistniały stan prawny, stąd złożone przez nią w piśmie z dnia 12 maja 2008 r. oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 7 listopada 2007 r. należy ocenić jako skuteczne w świetle art. 491 § 1 i 2 k.c.

W dalszej kolejności Sąd Apelacyjny podzielił ocenę Sądu Okręgowego co do braku zasadności roszczeń Klubu z tytułu kar umownych za opóźnienie. Ustalone w sprawie okoliczności nie stanowiły podstaw do przyjęcia, że Spółka ponosi odpowiedzialność za nienależyte wykonanie umowy polegające na opóźnieniu w wykonaniu zadania inwestycyjnego. Sąd Apelacyjny podzielił także ocenę Sądu Okręgowego co do niezasadności dochodzonych przez Klub roszczeń odszkodowawczych.

Sąd Apelacyjny podzielił również ocenę Sądu Okręgowego o zasadności roszczeń Spółki objętych powództwem wzajemnym. Roszczenie o zapłatę wynagrodzenia nie było kwestionowane i należało je uwzględnić, skoro niezasadne okazało się dokonane przez Klub potrącenie z tym wynagrodzeniem kary umownej za opóźnienie. Na przeszkodzie do jego uwzględnienia nie stało odstąpienie Spółki od umowy, ponieważ dotyczyły jedynie niewykonanej części umowy. Zasadne uwzględniono też roszczenie Spółki o zapłatę kary umownej za odstąpienie od umowy, biorąc pod uwagę, że do odstąpienia doszło z przyczyn leżących po stronie Klubu. Interwenient odstąpił bowiem od umowy zawartej z Klubem, wobec czego zaistniała obawa o dalsze finansowanie inwestycji, a Klub nie przedstawił wspomnianej gwarancji zapłaty na żądanie Spółki. Trafnie w ocenie Sądu Apelacyjnego uwzględniono także roszczenie Spółki z tytułu utraconych korzyści w zakresie niewykonanych prac, skoro na Klubie spoczywa odpowiedzialność za szkodę polegającą na utracie przez Spółkę zysku, jaki osiągnęłyby, gdyby do odstąpienia od umowy nie doszło i pozostałe do wykonania roboty zostałyby wykonane.

Powodowy Uczniowski Klub Sportowy „W.” z siedzibą w K. wniósł skargę kasacyjną od wyroku Sądu drugiej instancji oddalającego apelację skierowaną do wyroku oddalającego powództwo główne oraz uwzględniającego powództwo wzajemne. W ramach skargi kasacyjnej odnoszącej się do ostatecznie uwzględnionego powództwa wzajemnego powodowy Klub zarzucił naruszenie zarówno przepisów postępowania jak i przepisów prawa materialnego. Pierwszą podstawę skargi kasacyjnej (art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.) wypełnił zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. przez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów. Ponadto na podstawie określonej w art. 398³ § 1 pkt 1

k.p.c. skarżący Klub zarzucił naruszenie art. 471 k.c. przez niewłaściwe zastosowanie, art. 491 § 1 i 2 k.c. przez błędną wykładnię oraz art. 484 § 1 k.c. przez jego niezastosowania i przyjęcie, że wykonawca jest uprawniony do równoczesnego dochodzenia kary umownej i odszkodowania.

Na tych podstawach powodowy Klub wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

I. Zmiana sposobu prowadzenia postępowania upadłościowego wobec spółki U., do której doszło na etapie postępowania kasacyjnego ma bezpośredni wpływ na dalszy tok tego postępowania. Z treści art. 398¹² k.p.c. wynika, że w postępowaniu przed Sądem Najwyższym aktualne jest zawieszenie postępowania w wypadkach określonych w art. 173 - 175¹ k.p.c., a zatem także w wypadku określonym w art. 174 § 1 pkt 4 k.p.c., gdy ogłoszono upadłość obejmującą likwidację majątku strony. Wprawdzie początkowo została ogłoszona upadłość spółki Unipol z opcją zawarcia układu, to jednak w dalszym toku postępowania upadłościowego postanowieniem Sądu Rejonowego z dnia 16 maja 2012 r. opcja ta została zmieniona na upadłość obejmującą likwidację majątku. Na równi z ogłoszeniem upadłości likwidacyjnej (art. 91 u.p.n.) należy traktować wydanie postanowienia o zmianie sposobu prowadzenia postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu na postępowanie obejmujące likwidację majątku dłużnika.

Z tych względów w obecnym stanie sprawy skarga kasacyjna powodowego Klubu (pozwanego wzajemnie) podlega rozpoznaniu w odniesieniu do orzeczenia Sądu drugiej instancji jedynie co do oddalenia apelacji powoda (pozwanego wzajemnie) w zakresie uwzględnionego powództwa wzajemnego syndyka masy upadłości spółki U., który stosownie do treści art. 174 § 3 k.p.c., złożył oświadczenie o wstąpieniu do postępowania.

II. Oceniając w tych ramach zarzucane naruszenie art. 233 § 1 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. trzeba podnieść, że treść oraz konstrukcja art. 398³ k.p.c. wskazują, iż choć generalnie dopuszczalne jest oparcie skargi kasacyjnej na podstawie naruszenia przepisów postępowania, to jednak z wyłączeniem zarzutów

dotyczących ustalenia faktów lub oceny dowodów, choćby naruszenie odnośnych przepisów mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Wobec tego niedopuszczalne jest oparcie skargi kasacyjnej na podstawie, którą wypełniają takie właśnie zarzuty. W art. 398³ § 3 k.p.c. wprawdzie nie wskazuje się *expressis verbis* konkretnych przepisów, których naruszenie, w związku z ustalaniem faktów i przeprowadzaniem oceny dowodów, nie może być przedmiotem zarzutów wypełniających drugą podstawę kasacyjną, nie ulega jednak wątpliwości, że obejmuje on art. 233 k.p.c., albowiem właśnie ten przepis określa kryteria oceny wiarygodności i mocy dowodów (wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 19 października 2010 r., II PK 96/10, niepubl., z dnia 24 listopada 2010 r., I UK 128/10, niepubl., czy też z dnia 24 listopada 2010 r., I PK 107/10, niepubl.). Dlatego podnoszony w skardze kasacyjnej zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. nie może być rozpatrywany przez Sąd Najwyższy.

Wobec bezzasadności tego zarzutu podniesionego w ramach kasacyjnej podstawy naruszenia przepisów postępowania i konsekwencji tego wobec związania Sądu Najwyższego ustaleniami Sądu drugiej instancji (art. 398¹³ § 3 k.p.c.) odnośnie do okoliczności, które doprowadziły do przekroczenia terminu wykonania robót budowlanych, należy podzielić stanowisko Sądu drugiej instancji, iż brak było podstaw do uznania, że pozwana spółka ponosi odpowiedzialność za opóźnienie w realizacji inwestycji, a wobec tego powodowemu Klubowi nie przysługiwała wierzytelność z tytułu kary umownej za opisane opóźnienie, która nadawałaby się do potrącenia z wierzytelnością pozwanego wykonawcy z tytułu należnego mu na podstawie art. 647 k.c. wynagrodzenia za wykonane prace, które zostało zatrzymane przez inwestora zastępczego. Ponieważ powodowy Klub poza potrąceniem własnej wierzytelności oraz zgłoszeniem roszczeń w ramach powództwa głównego nie kwestionował przysługującej wykonawcy zatrzymanej części jego należnego wynagrodzenia, Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. oddalił skargę kasacyjną pozwanego wzajemnie Klubu w tej części.

III. W pozostałej części wyrok Sądu drugiej instancji oddalający apelację powodowego Klubu skierowaną do uwzględnionego powództwa wzajemnego podlega uchyleniu, a sprawa w tym zakresie zostaje przekazana do ponownego rozpoznania Sądowi drugiej instancji.

Odstąpienie od umowy, uregulowane między innymi w art. 394 § 1, 395, 491, 492, 636 § 1, 640, 649 § 1 k.c., oznacza jednostronne oświadczenie woli strony zobowiązanej, na mocy którego dochodzi do rozwiązania umowy (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 stycznia 2007 r., V CSK 411/06, niepubl.). W ten sposób strona umowy wykonując prawno kształtujące uprawnienie doprowadza do ustania stosunku prawnego, pomimo że co do zasady powinien on mieć charakter trwały, a ewentualna zmiana treści stosunku prawnego albo jego zniesienie może nastąpić tylko za zgodą obu stron tego stosunku. Do skutecznego wykonania uprawnienia dochodzi jedynie wtedy, gdy strona odstępująca od umowy zachowała termin do jego dokonania, a ponadto wystąpiły okoliczności uzasadniające, według przepisów prawa materialnego lub treści stosunku prawnego, wykonanie tego uprawnienia. Dlatego niezbędnym elementem oświadczenia woli stanowiącego wykonanie uprawnienia kształtującego powinno być wskazanie okoliczności, które usprawiedliwiały odstąpienie od umowy. Jedynie w wyjątkowych przypadkach brak wskazania tych okoliczności nie będzie powodował nieskuteczności odstąpienia od umowy, gdy z okoliczności poprzedzających (np. z prowadzonej przez strony korespondencji) albo towarzyszących wykonaniu uprawnienia prawno kształtującego będzie wynikała jednoznaczna podstawa faktyczna stanowiąca przyczynę wykonania przez stronę tego uprawnienia (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 1 kwietnia 2011 r., III CSK 220/10, niepubl.).

Powyższe wyjaśnienia są istotne, albowiem pozwana spółka, poza żądaniem zasądzenia świadczenia tytułem wynagrodzenia za wykonane roboty, swoje roszczenia objęte powództwem wzajemnym wywodzi ze skutecznego odstąpienia od umowy.

Według ustaleń Sądu pierwszej instancji, które podzielił Sąd Apelacyjny, pozwana spółka U. jako przyczynę odstąpienia od umowy o roboty budowlane dokonanego na piśmie z dnia 12 maja 2008 r. podała nieprzedstawienie gwarancji zapłaty i brak współpracy oraz jednocześnie jako podstawę prawną odstąpienia wskazała art. 491 k.c.. Ustalając i oceniając te same okoliczności i zasądzając od pozwanego wzajemnie kwotę 78.461,29 złotych tytułem kary umownej za odstąpienie od umowy oraz kwotę 31.776,07 złotych tytułem utraconych korzyści w zakresie prac niewykonanych, Sąd Apelacyjny wskazał, że do odstąpienia od

umowy doszło z przyczyn leżących po stronie powodowego Klubu. Sąd drugiej instancji wymienił wskazane w § 24 umowy strony przypadki uprawniające do odstąpienia od umowy. Podniósł, że spółka U. miała prawo żądać od inwestora zastępczego nie tylko stosowania się do zobowiązań umownych i realizacji zasady współdziałania, ale także domagać się gwarancji zapłaty. Skoro powodowy klub nie reagował na żądania wykonawcy, był on według sądu uprawniony do wypowiedzenia umowy.

Przytoczone ustalenia faktyczne i brak jednoznacznego wskazania rzeczywistej przyczyny uprawniającej pozwaną spółkę U. do odstąpienia od umowy nie pozwala w postępowaniu kasacyjnym na dokonanie oceny, czy doszło do zarzucanego naruszenia art. 491 § 1 i 2 k.c., jak również, czy były inne, uzasadnione podstawy do odstąpienia od umowy o roboty budowlane przez wykonawcę.

Niezbędną przesłanką umownego zastrzeżenia prawa odstąpienia od umowy jest określenie terminu, którym strony mogą z tego prawa skorzystać. Z kolei do skutecznego wykonania ustawowego uprawnienia do odstąpienia od umowy przewidzianego w art. 491 § 1 i 2 k.c. konieczne jest wyznaczenie drugiej stronie dodatkowego terminu do wykonania zobowiązania z umowy wzajemnej z jednoczesnym zagrożeniem odstąpienia od umowy w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu. Tak jak nieważne jest (art. 58 § 1 i 3 k.c.) zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia nieograniczone żadnym terminem (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2010 r., V CSK 177/2010, niepubl.), tak również nieskuteczne będzie wykonanie ustawowego prawa odstąpienia od umowy na podstawie art. 491 k.c., które nie zostało poprzedzone wyznaczeniem odpowiedniego terminu do wykonania zobowiązania z zagrożeniem wykonania prawa do odstąpienia. Skuteczne odstąpienie od umowy wzajemnej uregulowane w art. 491 k.c. wymaga od wierzyciela dokonania dwóch oddzielnych czynności. Pierwszą jest wyznaczenie odpowiedniego terminu do wykonania zobowiązania z zagrożeniem odstąpienia. Drugą czynnością jest złożenie samego oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 2000 r., II CKN 287/00, niepubl.; z dnia 29 czerwca 2004 r., II CK 398/03, niepubl.).

Jednocześnie trzeba mieć na względzie, że zwłoka w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej o której mowa w art. 491 § 1 i 2 k.c. odnosi się zarówno do zobowiązań określonych w umowie stron jak również do zobowiązań określonych w przepisach, które mają zastosowanie do umowy łączącej strony. Oznacza to, że w stanie prawnym w jakim była zawarta umowa i w jakim była wykonywana, do skutecznego odstąpienia od umowy ze względu na zwłokę w udzieleniu przez zamawiającego wystarczającej gwarancji zapłaty niezbędne było uprzednie wyznaczenie odpowiedniego, dodatkowego terminu do wykonania tego zobowiązania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu wykonawca będzie uprawniony do odstąpienia od umowy.

Pomimo przyjęcia przez Sąd drugiej instancji art. 491 § 1 i 2 k.c. jako podstawy skutecznego odstąpienia od umowy przez wykonawcę, brak jest niezbędnych ustaleń tym zakresie, które pozwalałyby ocenić, czy zostały spełnione wszystkie wymienione w tych przepisach przesłanki odstąpienia od umowy.

Wniosek ten jest aktualny także w odniesieniu do uznanej na podstawie art. 491 k.c. przez Sąd pierwszej instancji i aprobowanej przez Sąd Apelacyjny przyczyny odstąpienia od umowy, związanej z brakiem przedstawienia przez inwestora gwarancji zapłaty. Także i w tym przypadku, wobec zastosowania art. 491 k.c., przed złożeniem oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy, niezbędne było uprzednie wyznaczenie inwestorowi odpowiedniego terminu do przedstawienia gwarancji zapłaty z zagrożeniem odstąpienia od umowy w razie bezskutecznego upływu tego terminu. W stanie prawnym obowiązującym w chwili podjętych przez strony czynności zmierzających do zniesienia łączącego ich stosunku prawnego brak było ustawowej podstawy do bezpośredniego odstąpienia od umowy w razie nieuzyskania przez wykonawcę żądanej gwarancji zapłaty. Dotyczący tej kwestii art. 5 ust. 1 i 2 u.g.z. utracił moc obowiązującą z dniem 30 czerwca 2007 r. na skutek wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 listopada 2006 r. (sygn. akt K 47/04, OTK-A 2006/10/153). Warto jedynie zwrócić uwagę, że niezbędną przesłanką odstąpienia wykonawcy od umowy o roboty budowlane na podstawie art. 5 ust. 2 u.g.z. było skuteczne wykonanie przez niego uprawnienia wynikającego z art. 5 ust. 1 tej ustawy (zob. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2006 r., II CSK 254/06, OSNC- ZD 2008/1/10, Biul. SN 2007/2/13).

Dopiero art. 649⁴ § 1, wprowadzony do Kodeksu cywilnego z dniem 16 kwietnia 2010 r., który ma zastosowanie do umów o roboty budowlane zawartych po tym dniu (art. 1 pkt 2, 2 ustawy z dnia 8 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny Dz. U. Nr 40, poz. 222), dopuścił możliwość odstąpienia od umowy, jeżeli wykonawca nie uzyska żądanej zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie, nie krótszym niż 45 dni.

Podobny zarzut, braku odpowiednich ustaleń, można postawić w związku z ewentualnym rozważeniem możliwości zastosowania w sprawie art. 492 k.c., który, w razie zwłoki jednej strony, zastrzega drugiej stronie prawo bezzwłocznego odstąpienia od umowy, bez wyznaczania dodatkowego terminu do wykonania zobowiązania, jeżeli uprawnienie do odstąpienia zostało zastrzeżone w umowie na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym (tzw. klauzula *lex commissoria*), jak również wtedy, gdy wykonanie zobowiązania przez jedną ze stron po terminie nie ma dla drugiej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na niemożliwość osiągnięcia przez tę stronę zamierzonego celu umowy (por. wyroki Sądu Najwyższego z 5 czerwca 2002 r., sygn. akt II CKN 701/00, OSP 2003, nr 10, poz. 124; z dnia 6 maja 2004 r., sygn. akt II CK 261/03, niepubl.; z dnia 5 października 2006 r., sygn. akt IV CSK 157/06, OSNC 2007, nr 7-8, poz. 114). W obu stanach faktycznych odstąpienie od umowy uzależnione jest od zwłoki drugiej strony w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, a zatem dotyczy to takich przypadków, gdy niewykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona ta ponosi odpowiedzialność.

Strona, którą odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy, może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, lecz również naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania (art. 494 k.c.). Do tej odpowiedzialności stosuje się art. 471 k.c. Dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Odpowiedzialność kontraktowa oparta jest na winie dłużnika i to winie domniemanej (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2005 r., III CSK 586/04, niepubl.). Zakres obowiązku

odszkodowawczego określa art. 361 § 2 k.c. i obejmuje on straty, które poszkodowany poniósł oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono. Wprawdzie na skutek odstąpienia od umowy wykonawca zostaje zwolniony od dalszego wykonywania robót budowlanych ale nie oznacza to, że nie podlega rekompensacie szkoda z tytułu utraconych korzyści, jakie ten wykonawca osiągnąłby, gdyby umowa została w całości wykonana. Jednocześnie wymaga podkreślenia, iż inny charakter ma roszczenie określone w art. 649⁴ § 3 k.c. a wcześniej w art. 5 ust. 3 u.g.z. (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 1990 r., II CR 184/90. Pr. Gosp. 1993, z. 3, s. 20).

Dlatego co do zasady, przy spełnieniu przesłanek określonych w art. 471 k.c., rozważań, nie można wykluczyć poniesienia przez wykonawcę szkody w związku z odstąpieniem przez niego od umowy o roboty budowlane z przyczyn leżących po stronie inwestora.

Słusznie natomiast podnosi się w skardze kasacyjnej, że ewentualne zasądzenie odszkodowania z tego tytułu na rzecz spółki U. narusza art. 484 § 1 k.c. albowiem w braku odmiennych postanowień umownych niedopuszczalne jest żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej. Jednocześnie trafnie wskazuje się w uzasadnieniu tego zarzutu, że w umowie stron brak jest stosownego zastrzeżenia uprawniającego wykonawcę do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego.

IV. Z tych wszystkich względów Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. uchylił zaskarżony wyrok w części oddalającej apelację powodowego Klubu od wyroku Sądu pierwszej instancji uwzględniającego powództwo o zapłatę kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy (78.461,29 złotych z odsetkami ustawowymi) oraz z tytułu odszkodowania (31.776,07 złotych z odsetkami ustawowymi) i w tym zakresie przekazał sprawę Sądowi drugiej instancji do ponownego rozpoznania.

Jak wynika z wcześniejszych rozważań, w związku z zawieszeniem z dniem 16 maja 2012 r. postępowania kasacyjnego (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2013 r.) pozostaje do rozpoznania skarga kasacyjna powodowego Uczniowskiego Klubu Sportowego „W.” skierowana do wyroku Sądu

Apelacyjnego z dnia 17 października 2011 r. oddalającego apelację powoda od wyroku Sądu pierwszej instancji oddalającego powództwo główne.