

Sygn. akt I ACa 668/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 grudnia 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Bogusław Dobrowolski
Sędziowie	:	SA Irena Ejsmont - Wiszowata (spr.) SO del. Marek Szymanowski
Protokolant	:	Urszula Westfal

po rozpoznaniu w dniu 13 grudnia 2012 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **Skarbu Państwa - (...) Oddziału Straży Granicznej w K.**

przeciwko **E. O. i R. O.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 4 lipca 2012 r. sygn. akt I C 72/12

**uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu w Olsztynie do ponownego rozpoznania pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach instancji odwoławczej.**

## UZASADNIENIE

Skarb Państwa - (...) Oddział Straży Granicznej w K. wniósł o zasądzenie od E. O. i R. O., prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo (...) s.c. w D., solidarnie, kwoty 2.395.876 zł z ustawowymi odsetkami od 31 sierpnia 2011 r. do dnia zapłaty tytułem kar umownych za nienależyte wykonanie umowy o zastępstwo inwestycyjne z 5 lipca 2010 r., w zakresie obowiązków związanych z kontrolą procesu budowlanego oraz informowaniem inwestora (powoda) o jego przebiegu.

Pozwani wnieśli o oddalenie powództwa wskazując przede wszystkim, że określający obowiązki kontrolne i informacyjne inwestora zastępczego, załącznik nr 1 do umowy z 5 lipca 2010 r., faktycznie nie stanowił jej części. Załącznik ten nie zawiera odniesienia do umowy głównej oraz nie został podpisany przez strony tej umowy. Z obowiązków wynikających z samej umowy pozwani wywiązali się natomiast w sposób należyty. Pozwani powołali się

również na porozumienie z 12 sierpnia 2011 r., mocą którego rozwiązano umowę o zastępstwo inwestycyjne i które, w ocenie pozwanych, oznaczało, że strony zgodziły się nie dochodzić żadnych roszczeń wynikających z umowy, w tym kar umownych. O braku podstaw do ich naliczenia i należywym wykonaniu umowy ze strony pozwanych miał świadczyć również fakt wypłaty wynagrodzenia przez powoda. Z ostrożności procesowej pozwani podnieśli zarzut rażącego wygórowania kary umownej i wnieśli o jej miarkowanie.

Wyrokiem z 4 lipca 2012 r., Sąd Okręgowy w Olsztynie oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz pozwanych kwotę 7.217 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd I instancji ustalił, że po przeprowadzeniu procedury przetargowej, 5 lipca 2010 r., strony zawarły umowę o zastępstwo inwestorskie, na podstawie której pozwani mieli pełnić, w imieniu i na rachunek powoda, obowiązki inwestora zastępczego przy realizacji „Rozbudowy P. Straży Granicznej w B.” i (...) P. Straży Granicznej w G.”. W umowie pozwani zobowiązali się m.in. do złożenia raportu otwarcia, miesięcznych raportów o stanie zaawansowania realizacji inwestycji, raportów technicznych o problemach jakie wystąpiły w trakcie realizacji robót, oraz raportu końcowego. Strony ustaliły, że brak przedłożenia raportów wstrzymuje wypłatę wynagrodzenia inwestorowi zastępczemu (§ 10 umowy). W § 12 umowy określono obowiązek zapłaty przez inwestora zastępczego kar umownych w przypadku zwłoki w dostarczaniu raportów i wykonaniu obowiązków określonych w załączniku nr 1 do umowy - w wysokości 500 zł za każdy dzień zwłoki. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania innych postanowień umowy inwestor zastępczy mógł być obciążony karą umowną w wysokości 10% wynagrodzenia umownego.

Pismami z 13 września, 23 września i 29 listopada 2010 r. powód zarzucił pozwanym zbyt małą częstotliwość kontroli robót, brak przedstawienia protokołów z cotygodniowych porad koordynacyjnych i porad miesięcznych oraz brak pisemnych powiadomień o planowanych odbiorach częściowych robót i wezwał pozwanych do należytego wykonania umowy. Pracownicy wyznaczeni przez pozwanych organizowali na terenie budowy, średnio raz bądź dwa razy w tygodniu, spotkania przy udziale wykonawcy, w których przedstawiciele powoda nie zawsze uczestniczyli. W dzienniku budowy inspektorzy nadzoru oraz kierownik budowy odnotowywali podejmowane czynności, w tym odbiór prac częściowych i końcowych przy robotach zanikających. Pozwani sporządzali comiesięczne raporty zawierające informacje o stanie zaawansowania realizacji inwestycji, które powód akceptował, a następnie wypłacał pozwanym należne wynagrodzenie. Pozwani co do zasady nie sporządzali raportów z porad cotygodniowych, jedynie na telefoniczną prośbę Kierownika Zespołu Planowania i Rozliczeń, inspektor nadzoru (koordynator) B. B. (1) sporządził kilkadziesiąt protokołów cotygodniowych za okres od 15 lipca do 28 grudnia 2010 r.

Inwestycja rozbudowy P. Straży Granicznej w B. została zakończona, natomiast powód rozwiązał z wykonawcą umowę na budowę P. Straży Granicznej w G.. Dlatego, 12 sierpnia 2011 r., strony rozwiązały za porozumieniem umowę z 5 lipca 2010 r. oraz dokonały rozliczenia wynagrodzenia za czynności wykonane w ramach jej realizacji.

Sąd Okręgowy uznał, że powód nie udowodnił istnienia zobowiązania, będącego podstawą dochodzenia zapłaty kar umownych, tzn. faktu obowiązywania „załącznika nr 1” do umowy, ani faktu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań wynikających z umowy z 5 lipca 2010 r.

Sąd wskazał, że wprawdzie § 1 umowy stanowi, iż obowiązki inwestora zastępczego w zakresie realizacji przedmiotu umowy „zostały szczegółowo określone w załączniku nr 1 do umowy”, to brak jest jednak jednoznacznych dowodów na to, że przedstawiony przez powoda dokument jest załącznikiem, o którym stanowi umowa i że został on przedłożony pozwanym do zapoznania w trakcie postępowania przetargowego, bądź podpisywania umowy. Załączony przez powoda dokument nie zawiera odniesienia do żadnej, zaś w swej treści zawiera rozdział dotyczący „etapu poprzedzającego budowę”, w sytuacji gdy pozwani objęli obowiązki inwestora zastępczego w trakcie trwania zadań inwestycyjnych, na etapie ich znacznego zaawansowania. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymieniony był natomiast, jako załącznik nr 6 – wzór umowy, jednak bez załącznika określającego „Obowiązki i uprawnienia inwestora zastępczego”. Zawnioskowany przez powoda świadek D. K. także nie potwierdziła stanowiska powoda. Zeznała, że w umowie łączącej strony było wskazane, jakie są załączniki i że było ich cztery. Zeznania w tej

części Sąd ocenił jako sprzeczne zarówno z samą umową, która w § 1 stanowiła o jednym załączniku, jak i stanowiskiem powoda, który w pozwie również podnosił fakt istnienia tylko jednego załącznika - nr 1. Dlatego w tej części Sąd odmówił wiary zeznaniom tego świadka. Stanowiska powoda nie potwierdza także fakt zbiorczego przedłożenia przez B. B. (1) raportów cotygodniowych za okres od 15 lipca do 28 grudnia 2010 r. Świadek zeznał bowiem, że sporządził je tylko i wyłącznie na wyraźną prośbę kierownika projektu, nie zaś w związku z realizacją obowiązków umownych. Wyjaśnił, że pomiędzy nim, a kierownikiem projektu wystąpił spór na temat współpracy z projektantem i dlatego napisał pismo z 23 lipca 2010 r., powołując się na załącznik, który mu okazano. W piśmie tym świadek powołał się na pkt. 105 załącznika nr 1, zaś bezspornym jest, że takiego punktu „załącznik nr 1” nie zawiera.

Sąd uznał także, że powód nie udowodnił faktu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy z 5 lipca 2010 r. W oparciu o zeznania B. B. (1), Sąd przyjął, że przedstawiciele pozwanych byli obecni na miejscu zadań inwestycyjnych codziennie, jeżeli chodzi o B. i ok. 4-5 razy w tygodniu w G.. Informacje o odbiorze robót częściowych oraz zanikających były wpisywane do dziennika budowy. Świadek potwierdził także stanowisko pozwanych, że wszystkie raporty przewidziane umową z 5 lipca 2010 r. były sporządzone i dostarczone powodowi. Okoliczność tę potwierdza fakt wypłaty pozwanym wynagrodzenia za odebrane roboty częściowe. Zgodnie bowiem z § 9 ust. 6 umowy podstawę do wystawienia faktury przez inwestora zastępczego za wykonanie przedmiotu umowy za dany okres rozliczeniowy, stanowią właśnie zaakceptowane przez Zamawiającego miesięczne raporty.

Dodatkowo Sąd podkreślił, że strony w drodze porozumienia rozwiązały umowę i zgodnie ustaliły wysokość należnego jeszcze pozwanym wynagrodzenia. Pozwany wskazał, że porozumienie to „miało być ostatecznym porozumieniem między stronami”. Podał, że gdy otrzymał wezwanie do zapłaty kar umownych, a tydzień lub 10 dni później - projekt porozumienia, uznał, że kwestia powyższa została rozwiązana, tj. że kary umowne są nienależne i że „jest jasne, że załącznik nr 1 nie obowiązuje”. Twierdzenia te Sąd uznał za logiczne i uzasadnione. Skoro bowiem powód składa oświadczenie o należnym pozwanym wynagrodzeniu oraz zobowiązuje się je wypłacić bez żadnych zastrzeżeń i potrąceń, to można przyjąć, że uznał wykonanie umowy przez pozwanych za należyte i odstąpił od dochodzenia kar umownych.

Końcowo Sąd zwrócił również uwagę, że żądanie kary umownej przewyższającej ponad ośmiokrotnie umówione wynagrodzenie przeczy celowi zastrzegania kar umownych. Obwarowanie zobowiązania karą umowną ma na celu m.in. zwiększenie realności jego wykonania oraz ułatwienia naprawienia szkody powstałej w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Tymczasem bezspornym jest, że powód w związku z wykonywaniem przez pozwanych umowy nie poniósł żadnej szkody. Umowa została natomiast rozwiązana za porozumieniem stron bez żadnych zastrzeżeń ze strony powoda co do jakości wykonanych przez pozwanych obowiązków. W tym stanie rzeczy kara umowna prowadziła by do nieuzasadnionego wzbogacenia powoda i do obciążenia pozwanych kosztami całej inwestycji. Takie działanie podważa pewność obrotu prawnego i nie może korzystać z ochrony prawnej.

W tych okolicznościach, na postawie art. 483 i 484 k.c., Sąd I instancji oddalił powództwo.

Apelację od tego wyroku wniósł powód. Zaskarżając rozstrzygnięcie w całości zarzucił Sądowi I instancji:

1. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez:

a)

a) błędne przyjęcie, że załącznik nr 1 pt. „Obowiązki i uprawnienia inwestora zastępczego” nie stanowi integralnej części umowy z 5 lipca 2010 r., podczas gdy z treści umowy, SIWZ, pism powoda z 23 lipca, 13 września i 20 listopada 2010 r., wezwania do zapłaty, zeznań D. K. oraz okoliczności niekwestionowania istnienia i obowiązywania załącznika nr 1 w trakcie wykonywania umowy - wynika, że stanowił on integralną część umowy,

b) błędne przyjęcie, że załącznik nr 1 do projektu umowy nie został przedstawiony pozwanym w toku postępowania przetargowego, w sytuacji, gdy został on zamieszczony przez powoda w treści ogłoszenia o przetargu, a następnie doręczony pozwanym,

c) błędne przyjęcie, że pozwani prawidłowo realizowali umowę, w sytuacji gdy z zebranego materiału dowodowego, a w szczególności wyciągów z dzienników budowy, zeznań B. B. (1) oraz zeznań pozwanego wynika, że obowiązki umowne nie zostały wykonane w sposób należyty,

d) ustalenie, że wypłata wynagrodzenia kontraktowego świadczy o prawidłowym wykonywaniu umowy podczas gdy, zgodnie z umową okoliczności będące podstawą do naliczenia kar umownych nie pozwalały na wstrzymanie wypłat dla pozwanych, a do chwili zakończenia wykonywania umowy nie było możliwości naliczenia kar umownych i tym samym potrącenia ich z wcześniejszych transz wynagrodzenia,

2. naruszenie art. 484 § 1 k.c. przez jego niezastosowanie,

3. naruszenie art. 484 § 1 k.c. w zw. z art. 56 k.c. przez przyjęcie, że zawarcie porozumienia w przedmiocie rozwiązania umowy i poczynienie przez strony ustaleń co do wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, pozbawia wierzyciela możliwości dochodzenia kar umownych przewidzianych umową,

4. naruszenie art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 65 § 2 k.c. przez błędną wykładnię umowy i niezasadne uznanie, że załącznik nr 1 nie stanowił integralnej części umowy, pomimo że z brzmienia § 1 ust. 2, § 12 ust. 1 pkt 1, § 18 ust. 2 umowy wynika wniosek przeciwny,

5. naruszenie art. 56 k.c. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 65 § 2 k.c. przez błędną wykładnię porozumienia z dnia 12 sierpnia 2011 r. i w konsekwencji uznanie, że jego zawarcie skutkuje odstąpieniem przez wierzyciela od dochodzenia kar umownych,

6. naruszenie art. 476 k.c. w zw. z art. 6 k.c. przez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że to na wierzycielu spoczywa ciężar wykazania zaistnienia zwłoki po stronie dłużnika,

7. naruszenie art. 355 § 1 i 2 k.c. przez zaniechanie oceny zachowania pozwanych przez pryzmat wymaganego od przedsiębiorcy poziomu należytej staranności.

Z uwagi na powyższe powód wnosil o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie zgodnie z żądaniem pozwu.

**Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:**

**Apelacja była zasadna w zakresie, w jakim prowadziła do uchylecia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.**

Przedmiotem pozwu było żądanie zapłaty kary umownej za nienależyte wykonanie, wynikających z umowy o zastępstwo inwestorskie, obowiązków w zakresie szeroko pojętego nadzoru nad realizacją inwestycji oraz sprawozdawczości z wykonywania czynności nadzorczych (kontrolnych i koordynacyjnych). Naliczenie przez powoda kar umownych związane było m.in. z nienależytym wykonaniem (w ocenie powoda) obowiązku kontroli na terenach budów, prowadzenia comiesięcznych narad w przedmiocie postępu robót i cotygodniowych narad koordynacyjnych oraz przesyłania inwestorowi protokołów z tych narad. Obowiązki te zostały wyszczególnione w spornym dokumencie opisanym jako „Załącznik nr 1 do umowy nr ... Obowiązki i uprawnienia Inwestora zastępczego (ust. 2 pkt 4, 7 i 8). Z treści pozwu wynika jednak, że naliczenie kar umownych związane było również z nienależytym wykonaniem obowiązków wynikających stricte z tekstu umowy z 5 lipca 2010 r. Chodzi tutaj o obowiązek informowania inwestora o odbiorach częściowych robót (§ 4 pkt 1 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 umowy) oraz o obowiązek składania raportów miesięcznych, zawierających informacje o stanie zaawansowania realizacji inwestycji (§ 10 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 12

ust. 1 pkt 1 umowy). Reasumując, źródło obowiązków związanych z naliczeniem kary umownej nie było jednorodne i nie sprowadzało się wyłącznie do Załącznika nr 1.

W sprawie spór koncentrował się wokół istnienia podstawy naliczenia kar umownych w oparciu o dokument zatytułowany „Załącznik nr 1 do umowy nr ... Obowiązki i uprawnienia Inwestora zastępczego” (k. 84-92). Określając zakres łączącego strony stosunku prawnego należy oprzeć się przede wszystkim na treści podpisanego przez obie strony dokumentu umowy z 5 lipca 2010 r. Ta zaś jest wyraźna. Mianowicie w § 1 ust. 2 wskazuje, że obowiązki inwestora zastępczego, w zakresie realizacji przedmiotu umowy zostały szczegółowo określone w załączniku nr 1 do umowy. O załączniku nr 1 mowa jest również w § 12 ust. 1 umowy, regulującym kwestie naliczania kar umownych. Wreszcie w § 18 wskazano, że jednym z załączników, stanowiących integralną część umowy, jest załącznik nr 1 – „Obowiązki i uprawnienia Inwestora zastępczego”. W aktach sprawy znajduje się tylko jeden dokument o tej nazwie. Jest to dokument, zatytułowany „Załącznik nr 1 do umowy nr ... Obowiązki i uprawnienia Inwestora zastępczego” (k. 84-92), który według powoda, jest załącznikiem, o którym mowa w kontrakcie. Podpisanie umowy o określonej treści, a w szczególności zawierającej odniesienia do załączników, wywołuje doniosłe skutki dowodowe. Polegają one na tym, że ciężar dowodu ponad osnowę dokumentu umowy, obciąża tego, kto przeczy temu co zostało w nim zapisane. W tym stanie rzeczy, to na pozwanych, którzy podpisali umowę o treści jak wyżej (wskazującej na istnienie załącznika nr 1) spoczywał obowiązek wykazania, że nie dokładając należytej staranności podpisali umowę mimo faktycznego braku załącznika albo, że „załącznik” przedstawiony przez powoda nie jest tym, który zgodnie z treścią umowy ma stanowić jej integralną część. Temu obowiązkowi pozwani nie sprościli.

R. O. wskazał ogólnikowo, że nie przypomina sobie załączników, zaś w okoliczności złożenia przez powoda pism, powołujących się na ów załącznik (por. pismo z 26 lipca 2010 r. i 29 listopada 2010 r. – k. 12, 156) podał, że nie pamięta, aby mówił, że załącznik nr 1 go nie wiąże. W sytuacji gdyby załącznika faktycznie nie było logicznym byłoby zwrócenie na to uwagi kontrahentowi, zwłaszcza w sytuacji, gdy z owego załącznika wywodzi on określone zobowiązania kontraktowe. Jeśli chodzi o pismo z 23 lipca 2010 r. (k. 157), w którym B. B. (1) powołał się na załącznik nr 1, to wbrew twierdzeniom pozwanych (k. 237), posiadał on uprawnienia do sporządzenia pisma, jako osoba pełniąca, z ramienia inwestora zastępczego, funkcję inspektora nadzoru – koordynatora (§ 7 ust. 6 umowy). Nie jest również zasadne przywiązywanie wagi do wskazanego w treści pisma „pkt 105” załącznika nr 1, który nie występuje w dokumencie przedstawionym przez powoda. Po pierwsze, w treści pisma powołano się również na przepis, który w załączniku się znajduje (ust. 4 pkt 1). Po wtóre, z pisma wynika, że w spornym zakresie jest ono dotknięte zwykłą omyłką. Autor pisma zwrócił w nim uwagę na błędy projektu budowlanego, co wskazuje że chodzi tutaj o ust. „1 pkt 5” załącznika. Istotne są również zeznania samego zainteresowanego, który podał, że pomiędzy nim, a kierownikiem projektu była kontrowersja o to, czym zadaniem jest wystąpienie do projektanta oraz, że po okazaniu mu „jakiegoś załącznika” być może się pomylił (k. 245).

W sytuacji, gdy wersja pozwanych opiera się w zasadzie wyłącznie na twierdzeniach, przedstawiony materiał dowodowy wzmacnia argumentację powoda. Materiał ten stanowi m.in. dokumentacja przetargowa. I tak, w formularzu oferty (pkt 5) pozwani oświadczyli, że zapoznali się z SIWZ oraz że zawrą umowę na warunkach określonych w załączniku nr 6 do SIWZ, tj. we wzorze umowy (k. 124-127). Powód przedstawił wzór umowy (k. 128-129) oraz mający być z nią integralny -załącznik nr 1 do wzoru umowy, analogiczny w treści do spornego załącznika (k. 130-138). D. K., odpowiedzialna za procedury przetargowe u powoda, wskazała z kolei, że załączniki były przedstawione wraz z wzorem umowy. Podała też, zgodnie z treścią umowy (§ 18), że załączniki były cztery (k. 244v). Dlatego też nie sposób dopatrzeć się w zeznaniach tego świadka jakichkolwiek sprzeczności. Co się zaś dotyczy akcentowanego w sprawie etapu przystąpienia pozwanych do wykonywania umowy (etap zaawansowanych prac) nie jest wykluczone, że załącznik, określający również obowiązki na etapie poprzedzającym budowę (ust. 1) był po prostu przeniesieniem wzoru, który ma u powoda charakter uniwersalny. Na to wskazywałyby również zeznania B. B. (1), według którego porucznik B. podał, że „u nich do wszystkich umów zwyczajowo stosuje się takie załączniki” (k. 245). W tej zatem konkretnej sytuacji załącznik nr 1, z przyczyn oczywistych, pozwanych co najwyżej nie wiązał w ust. 1. Wreszcie, za przyjęciem wiedzy pozwanych co do całego spektrum ich obowiązków umownych, przemawia również „hurtowe” przekazanie protokołów z narad koordynacyjnych za rok 2010 (k. 25 – 73). Wskazywanie na

jedynie grzecznościowy charakter tej czynności („dla dobra współpracy”), wobec braku kategorięcznego stwierdzenia nieistnienia obowiązku w tym zakresie (np. w piśmie przewodnim z 11 stycznia 2011 r. – k. 24), należy traktować jako obliczone wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania.

Reasumując, obowiązki inwestora zastępczego regulowały postanowienia umowy (k. 47-83), uszczegółowione w załączniku nr 1 zatytułowanym „Obowiązki i uprawnienia Inwestora zastępczego” (k. 84-92). W oparciu o obowiązki uregulowane w umowie ujmowanej kompleksowo, należało rozstrzygnąć o zasadności żądania pozwu.

Przechodząc do meritum trzeba wstępnie wskazać, że zawarta przez strony umowa o zastępstwo inwestycyjne jest tzw. umową nienazwaną, nie unormowaną w przepisach jako odrębny typ zobowiązania. Podstawę do jej zawarcia stanowi art. 353<sup>1</sup> k.c. Istotą umowy o zastępstwo inwestycyjne jest powierzenie przez inwestora określonego projektu budowlanego, wybranemu podmiotowi, wykonywania wszystkich lub niektórych czynności z zakresu obsługi inwestycji budowlanej, mających na celu zapewnienie właściwego przebiegu realizacji tej inwestycji. Zarówno w praktyce obrotu gospodarczego, jak i w orzecznictwie przyjmuje się jednolicie, że do umów o zastępstwo inwestycyjne stosuje się przepisy kodeksu cywilnego dotyczące umowy zlecenia. Zakwalifikowanie umowy o zastępstwo inwestycyjne do rodzaju umów zlecenia skutkuje jej zaliczeniem do kategorii umów tzw. starannego działania. W ramach umowy inwestor zastępczy zobowiązuje się zatem do działania w określony sposób, a nie do osiągnięcia z góry określonego rezultatu (por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 10 sierpnia 2006 r., I ACa 190/06, nipubl.; Z. L., Zamawianie usług zastępstwa inwestycyjnego, Gmina (...), s. 20-23; E. W., Organizacja procesu budowlanego przy udziale inwestora zastępczego, BzG (...), [www.bzg.pl](http://www.bzg.pl) oraz H.J. O., Umowa o zastępstwo inwestycyjne, czy o powiernictwo, BzG (...), [www.bzg.pl](http://www.bzg.pl)). W umowie strony mogą dookreślić, jakie czynności, w ramach owego starannego działania, należy przedsięwziąć, zaś działanie niezgodne z ustaleniami mogą obwarować karami umownymi. Dopuszczalność zastrzeżenia kar umownych na gruncie samej umowy o zastępstwo inwestycyjne stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z 12 grudnia 2007 r. (V CSK 333/07, OSNC 2009/2/30).

Przeciwko możliwości naliczenia kar umownych (co do zasady) na gruncie umowy z 5 lipca 2010 r. podniesiono zarzut rozwiązania umowy oraz zawarcia porozumienia rozliczającego wynagrodzenie pozwanych za wykonane prace. Odnosząc się do kwestii skutków rozwiązania umowy, zastrzegającej kary umowne, należy wskazać na niesłuszność odrzucenia a priori wniosków zawartych w wyroku Sądu Najwyższego z 29 czerwca 2005 r. (V CK 105/05, Lex nr 395072). W wyroku tym Sąd Najwyższy uznał, że roszczenie o zapłatę kar umownych (podobnie jak roszczenie o naprawienie szkody wynikającej z nienależytego wykonania zobowiązania) nie traci bytu prawnego w następstwie zaistnienia prawnych skutków odstąpienia od umowy – ex tunc. Mimo wykonania uprawnienia do odstąpienia od umowy ukształtowane już prawne skutki stanu niewykonania zobowiązania lub nienależytego wykonania zobowiązania mogą bowiem trwać nadal. Pogląd ten można uznać obecnie za ugruntowany. Został on podzielony m.in. w wyroku Sądu Najwyższego z 5 października 2006 r. (IV CSK 157/06, OSNC 2007/7-8/114). W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy upatrywał podstawy wniosku o wygaśnięcie zobowiązania dotyczącego kary umownej w akcesoryjności jej zastrzeżenia. Jak podkreślił jednak Sąd Najwyższy w powołanym wyżej orzeczeniu, cecha akcesoryjności sama w sobie nie jest decydująca. Istotny jest zakres uzależnienia odpowiedzialności dłużnika od obowiązywania umowy tworzącej stosunek podstawowy, wzmocniony lub zabezpieczony zastrzeżeniem kary umownej. Ów zakres, nie zaś skutek wsteczny lub działanie na przyszłość odstąpienia, decyduje o wygaśnięciu lub utrzymywaniu się odpowiedzialności z tytułu kary umownej. Sąd Najwyższy uznał, że stopień tego uzależnienia (akcesoryjność) nie jest na tyle silny aby wraz ze stosunkiem głównym niweczyć zabezpieczające go sankcje. Wskazał przy tym, że utrzymywanie w mocy postanowień umownych zabezpieczających lub upraszczających wyrównanie szkody lub skłaniających dłużnika do wypełnienia zobowiązania jest zgodne z zasadami współczesnych regulacji prawa kontraktowego lub traktatowego. Z tych przyczyn Sąd Najwyższy uznał, że wykonanie prawa odstąpienia od umowy wzajemnej znosi prawa i obowiązki stron należące do jej istoty, natomiast wywołuje nowe roszczenia określone w ustawie oraz nie znosi odpowiedzialności z tytułu zastrzeżenia kary umownej. Mając na uwadze przedstawioną argumentację trzeba uznać, że jeżeli skutek w postaci utrzymania w mocy postanowień dotyczących kar umownych występuje przy odstąpieniu od umowy ze skutkiem ex tunc, to tym bardziej przy występie on przy rozwiązaniu umowy, które nie przyjmuje fikcji prawnej nieistnienia kontraktu oraz nie niweczy skutków prawnych

zdarzeń zaistniałych jeszcze w czasie jego obowiązywania. A zatem, jeżeli w dacie obowiązywania umowy strona dopuściła się działań mogących skutkować odpowiedzialnością ex contractu, to nie ma, co do zasady, przeszkód do aktualizacji, po rozwiązaniu umowy, roszczenia o zapłatę kar umownych przewidzianych na tę okoliczność. W niniejszej sprawie, na przeszkodzie nie stoi również porozumienie stron z 12 sierpnia 2011 r. Nie zawiera ono bowiem jednoznacznego oświadczenia o uznaniu za uregulowane wszystkich wzajemnych zobowiązań, w tym zrzeczenia się przez powoda roszczeń z tytułu kar umownych. Co więcej, wszelkie wątpliwości w tym zakresie rozwiewają działania faktyczne powoda, który w przeddzień zawarcia porozumienia wysłał pozwanym notę obciążeniową oraz kalkulację kar umownych (k. 15-22 – doręczone pozwanym 16 sierpnia 2011 r.), a następnie wezwanie do zapłaty (pismo z 3 września 2011 r. – k. 23).

Powracając do kar umownych żądanych w pozwie, należy wskazać, że w przypadku umów starannego działania podstawą do określenia tego, czy dłużnik wykonał należycie zobowiązanie, są postanowienia umowy regulujące powinności dłużnika, a w zakresie, w jakim umowa tego nie rozstrzyga, niezbędne jest rozważenie zachowania zobowiązanego z punktu widzenia kodeksowego miernika należytej staranności (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2000 r., II CKN 315/00, nie publ.). Przenosząc to na grunt niniejszej sprawy, przedmiotem ustaleń powinien być zakres wykonania przez pozwanych obowiązków wskazanych w pozwie oraz staranność ich wykonania z uwzględnieniem charakteru i celu umowy.

Z treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że Sąd Okręgowy zbadał jedynie wycinek czynności, których zaniechanie zarzucono pozwanym. Sąd odniósł się do obowiązku wizyt na budowach oraz odnotowywania ich w dzienniku budowy (ust. 2 pkt 4 załącznika nr 1) z tym, że nie zawarł rozważań dotyczących wszystkich okresów, za który powód dochodzi kar umownych. W oparciu o zeznania B. B. (1) Sąd wskazał też, że wszystkie raporty miesięczne (obowiązek z § 10 ust. 1 pkt 2 umowy) zostały powodowi dostarczone. Istotne jest jednak to, że w pozwie nikt tego nie kwestionował, a naliczenie kar umownych w tym zakresie związane było wyłącznie z opóźnieniem w dostarczeniu tych raportów (10 dni x 500 zł). Dostarczenie raportów, jak słusznie zauważono skutkowało wypłatą wynagrodzenia za dany okres rozliczeniowy stosownie do treści § 9 ust. 6 umowy i a contrario § 10 ust. 2 umowy. Z kolei do obowiązków określonych ust. 2 pkt 7 i 8 załącznika nr 1 (obowiązek odbywania narad cotygodniowych i comiesięcznych oraz przedstawiania protokołów z ich przebiegu) Sąd I instancji się nie odniósł. W zakresie zadania nr 1 (budowa placówki SG w G. I.) powód zarzucił brak przekazania protokołów z narad comiesięcznych oraz wybiórczość i opóźnienie w przedstawieniu protokołów z narad cotygodniowych (k. 6-7). Podobne zarzuty dotyczyły wykonania umowy w części dotyczącej zadania nr 2 (rozbudowa placówki SG w B. – k. 5).

Tylko szczegółowe ustalenia w zakresie zadań wykonanych przez pozwanych pozwalają na rozstrzygnięcie w kwestii istnienia podstaw do naliczenia kary umownej oraz ewentualnie o wysokości kary i zasadności wniosku o jej miarkowanie. Sąd Okręgowy podkreślił rażące wygórowanie kary umownej jednak nie przesądza to, że nie należy się ona powodowi w ogóle, chociażby ze względu na bezsporność opóźnienia w przekazaniu protokołów z narad cotygodniowych, które miały być przekazywane inwestorowi na bieżąco (w ciągu 2 dni od odbycia narady).

Rozstrzygając w niniejszej sprawie Sąd Apelacyjny miał na uwadze, że wskazane wyżej ustalenia oraz ewentualne miarkowanie kary umownej możliwe było do przeprowadzenia w toku postępowania apelacyjnego. Zakres ustaleń i ocen, który przypadłby w udziale Sądowi odwoławczemu skutkowałby jednak, zdaniem tego Sądu, naruszeniem konstytucyjnej gwarancji dwuinstancyjności procesu sądowego. Rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego byłyby w istocie pierwszymi – co do istoty sprawy, zaś ich zakwestionowanie możliwe byłoby ewentualnie tylko w drodze skorzystania z nadzwyczajnych środków zaskarżenia. W rezultacie powstała konieczność uchylecia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania (art. 386 § 4 k.p.c.).

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy, Sąd Okręgowy uzupełnił postępowanie dowodowe we wskazanym wyżej zakresie oraz wypowiedział się w kwestii istnienia podstaw do naliczenia kary umownej i jej wysokości, również w kontekście regulacji 484 § 2 k.c. oraz charakteru i celu umowy o zastępstwo inwestycyjne.