



Sygn. akt II CSK 796/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 października 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Marian Kocon (przewodniczący)

SSN Józef Frąckowiak

SSN Maria Szulc (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa Funduszu Kapitałowego R.

Spółki Akcyjnej w W.

przeciwko Województwu Z. - Urzędowi

Marszałkowskiemu w S.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym

w Izbie Cywilnej w dniu 30 października 2014 r.,

skargi kasacyjnej strony pozwanej

od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 25 lipca 2013 r.,

1) oddala skargę kasacyjną;

2) zasądza na rzecz powoda od pozwanego kwotę 3 600,- (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w S., po ponownym rozpoznaniu sprawy, zasądził na rzecz Funduszu Kapitałowego „R.” S.A. w S. od Województwa Z. – Urzędu Marszałkowskiego w S. kwotę 5.177.619,20 zł z tytułu kar umownych wobec skutecznego odstąpienia od umowy o roboty budowlane przez poprzednika prawnego powoda.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Apelacyjny zmienił powyższy wyrok w ten sposób, że zasądził kwotę 4.290.237,30 zł, a w pozostałym zakresie powództwo i apelację oddalił.

Sądy obu instancji ustaliły, że w 1983 r. poprzednik pozwanego, Skarb Państwa Wojewoda S., zawarł z E. – I. S.A. umowę o zastępstwo inwestycyjne przy wykonaniu II przedsięwzięcia inwestycyjnego Budowa Szpitala w Z. Inwestor zastępczy w dniu 12 marca 1991 r. zawarł z Przedsiębiorstwem Produkcyjno – Usługowym B. Wł. M. umowę o roboty budowlane, a następnie trójstronną umowę cesji z dnia 23 maja 1991 r. wszystkie prawa i obowiązki wykonawcy zostały przekazane spółce z ograniczoną odpowiedzialnością B. W umowie przewidziano, że wykonawca będzie sporządzał harmonogramy realizacji robót w terminie 30 dni od daty otrzymania informacji o wysokości limitu finansowego na każdy rok, a w razie niewykonywania robót wskutek braku limitu termin ich zakończenia będzie przesunięty. Kolejnymi aneksami strony ustaliły, że pisemne przekazanie informacji o limicie finansowym powinno nastąpić do dnia 31 stycznia każdego roku oraz uaktualniły wartość robót na kwotę 138.578.460 zł, przy czym wartość robót, które pozostały do wykonania po dniu 1 stycznia 1998 r. określiły na 96.738.898 zł.

Wojewoda P. wydał w dniu 2 lutego 2001 r. decyzję stwierdzającą, że z dniem 1 stycznia 1999 r. mienie Skarbu Państwa pozostające we władaniu Samodzielnego Publicznego Specjalistycznego ZOZ „Z.” staje się z mocy prawa mieniem województwa z./.../.

W roku 1999 nie została na cele inwestycji przyznana żadna kwota, a w roku 2000 po przejęciu jej przez Urząd Marszałkowski wykonawca został poinformowany, że harmonogram robót nie zostanie zaakceptowany przez ten Urząd. W uchwale Sejmiku Województwa w przedmiocie budżetu na ten rok nie wskazano żadnych

konkretnych środków finansowych przeznaczonych na przedmiotową inwestycję. W dniu 20 lutego 2001 r. inwestor zastępczy wpisał w dzienniku budowy, że nie zostały ustalone limity finansowe na realizację inwestycji oraz nie została wstrzymana budowa i wykonawca wykonuje dalsze roboty na własne ryzyko, a wykonawca dokonał wpisu, że przystępuje do zabezpieczenia robót i placu budowy. Tożsame wpisy zostały dokonane w dniach 25 października 2002 r., 6 kwietnia 2003 r. i 4 lutego 2004. Wykonawca sporządził projekt aneksu proponując przesunięcie terminu zakończenia robót o trzy lata, bezskutecznie prosił o rozmowy z inwestorem i o decyzję co do wstrzymania robót lub przesunięcia terminu ich zakończenia. Pismem z dnia 2 marca 2004 r. poinformował inwestora zastępczego, że jeżeli do dnia 10 marca 2004 r. nie otrzyma informacji w sprawie wznowienia robót, odstąpi od umowy, co uczynił pismem z dnia 15 marca 2004 r., zaś w dniach 18 marca 2004 r. i 12 października 2004 r. wystawił noty obciążeniowe nr 3/2004 i 3A/2004 z tytułu kar umownych.

Sąd drugiej instancji odnosząc się do zarzutów naruszenia przepisów postępowania wskazał, że dowody nie uwzględnione przez sąd pierwszej instancji nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia a wniosek o przeprowadzenie dowodu z dokumentów aktach upadłościowych wykonawcy w postępowaniu apelacyjnym został uznany za spóźniony w świetle art. 381 k.p.c.

Sąd Apelacyjny wskazując na związanie poglądem prawnym co do przysługiwania obu stronom legitymacji procesowej, wyrażonym w wyroku uchylającym wyrok Sądu Okręgowego, podzielił to stanowisko. Podstawę prawną następstwa prawnego pozwanego po Skarbie Państwa – Wojewodzie S. wywiódł z art. 74 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną (Dz. U. z 1998 r., nr 133, poz. 872; dalej ustawa). W jego ocenie wykładnia tego przepisu nie budzi wątpliwości, bo z jego treści wprost wynika, że samorządy województwa przejmują z dniem 1 stycznia 1999 r., mieszczące się w zakresie ich zadań i kompetencji inwestycje centralne, których inwestorami byli ministrowie lub dotychczasowi wojewodowie. Inwestycje centralne z mocy prawa stają się więc inwestycjami prowadzonymi przez samorządy województw i do ich przejęcia dochodzi wyłącznie w drodze spełnienia przesłanek ustawowych bez dodatkowych warunków, w tym działania

podmiotów przejmujących. Powołane przez pozwanego art. 47 ust. 1, 60 i 98 ustawy, art. 47 ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 1998 r., nr 91, poz. 576) oraz przepisy rozporządzeń Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 listopada 1998 r. w sprawie wykazu samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej oraz jednostek samorządu terytorialnego właściwych do przejęcia uprawnień organu, który je utworzył i z dnia 22 czerwca 2001 r. w sprawie wykazu samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, które zostały przejęte przez gminy, powiaty i samorządy województw (Dz. U. z 2001 r., nr 65, poz. 659) wskazują, że intencją ustawodawcy było, aby właściwa jednostka samorządowa weszła w drodze sukcesji generalnej w całokształt stanu prawnego jednostek organizacyjnych uprzednio zarządzanych lub utrzymywanych przez Skarb Państwa. W świetle powyższych przepisów nie ma podstaw do uznania, że zamiarem ustawodawcy było wyłączenie jakiejkolwiek inwestycji centralnej dotyczącej przekazanego mienia z zakresu zastosowania art. 74 ust. 1 ustawy i z tego względu treść wydanego na podstawie ustępu trzeciego tego przepisu rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 22 grudnia 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu przekazywania inwestycji centralnych podlegających przekazaniu (Dz. U. z 1998 r., nr 162, poz. 1139; dalej rozporządzenie) nie może mieć decydującego znaczenia dla ustalenia, czy doszło do przekazania konkretnej inwestycji centralnej. W świetle treści delegacji ustawowej zlecenie sporządzenia wykazu inwestycji centralnych sprowadzało się jedynie do opracowania spisu inwestycji czyli czynności o charakterze technicznym, stąd okoliczność pominięcia przedmiotowej inwestycji w tym rozporządzeniu w wykazie inwestycji podlegających przejęciu pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Za bezzasadny został uznany zarzut, że umowa z dnia 12 marca 1991 r. o roboty budowlane zawarta pomiędzy inwestorem zastępczym Przedsiębiorstwem Usług Inwestycyjnych E.-I., a wykonawcą Przedsiębiorstwem Produkcyjno – Usługowym B. Wł. M. nie wywołała skutków prawnych wobec Skarbu Państwa – Wojewody S. *Została ona zawarta w toku obowiązywania umowy o zastępstwo inwestycyjne* z dnia 1 grudnia 1983 r., zgodnie z którą inwestor zastępczy nie był zobowiązany do uzyskania akceptacji inwestora bezpośredniego co do umów zawieranych z wykonawcami. Wymóg ten został wprowadzony dopiero umową

numer 3/93 z dnia 1 września 1993 r., która aczkolwiek stanowi kontynuację umowy z 1 grudnia 1983 r., to nie modyfikuje skuteczności czynności prawnych dokonanych w okresie wcześniejszym. Sąd ten wskazał, że relacje pomiędzy inwestorem zastępczym a wykonawcą w zakresie realizacji umowy oraz składane przez inwestora oświadczenia potwierdzają tę legitymację, bo pozwany w toku postępowania przyznawał, że jest stroną umowy z dnia 12 marca 1991 r., realizował płatności z tytułu wynagrodzenia wykonawcy, Sejmik w 2008 r. podjął uchwałę zezwalającą na zmianę budżetu w celu zapłaty na rzecz syndyka upadłego wykonawcy kwoty 2.200.000 zł tytułem ewentualnej ugody.

W ocenie Sądu Apelacyjnego oświadczenie wykonawcy o odstąpieniu od umowy jest skuteczne, bo nastąpiło z przyczyn leżących po stronie pozwanego - nie złożył on w terminie umownym do dnia 31 stycznia 2004 r. oświadczenia o wysokości limitu finansowego przyznanego na ten rok lub o przesunięciu terminu zakończenia robót, co uniemożliwiało wykonawcy wywiązanie się z umowy w ustalonym terminie do dnia 31 grudnia 2005 r. Podjęcie uchwały budżetowej w dniu 23 lutego 2004 r., ogłoszonej dopiero w dniu 28 maja 2004 r., nie stanowiło realizacji tego obowiązku, jej treść bowiem nie pozwala na określenie kwoty przeznaczonej na inwestycję. Limity nie były również przyznawane w latach poprzednich, mimo że wykonawca wielokrotnie zwracał się do inwestora zastępczego o zgodę na wznowienie prac, wyznaczenie limitu finansowego lub wydanie innego postanowienia co realizacji zadania. Sąd drugiej instancji uznał termin wyznaczony przez wykonawcę w piśmie z dnia 2 marca 2004 r. na 10 marca 2004 r. za odpowiedni, jako wystarczający do podania limitu albo propozycji przedłużenia umowy.

Odnosząc się do podstawy naliczenia kary umownej Sąd Apelacyjny wskazał, że analiza treści § 3 lit. c aneksu nr 2 stanowiącego, że w razie odstąpienia od umowy w zakresie dalszej realizacji umowy zamawiający zapłaci kary umowne w wysokości 2 %, nie uprawnia do wnioskowania, że strony przewidziały kary umowne jedynie w razie odstąpienia przez zamawiającego a wyłączyły to uprawnienie gdy stroną odstępującą był wykonawca. W związku z brakiem środków finansowych strony postanowiły nałożyć na inwestora dodatkowe obowiązki w razie odstąpienia od umowy, w tym zastrzegły kartę umowną. Zasadne jest

zatem roszczenie co do kwoty 2.771.569,20 zł z tytułu kary umownej i kwoty 1.518.668,10 zł z tytułu skapitalizowanych odsetek za okres od 27.II.04r. do 24.X.08r. oraz dalszych odsetek z noty obciążeniowej nr 3/2004, natomiast należności ujęte w notie 3A/2004, jako stanowiące podwyższenie kary umownej wobec przeliczenia wartości robót na poziom cen z grudnia 2003 r., nie znajdują podstawy w postanowieniach umownych. W ocenie tego Sądu brak podstaw do miarkowania kary umownej w wysokości 2.771.569,20 zł, bo zysk wykonawcy przy uwzględnieniu pozostałych do wykonania robót wielokrotnie przekraczałby wysokość kary umownej. Nie stanowi okoliczności przemawiającej za miarkowaniem ustalenie wysokości kary na 2 % od wartości umownej jako pozostające w granicach standardowo stosowanych regulacji umownych oraz cena nabycia wierzytelności, na której wysokość miał wpływ sporny charakter wierzytelności i konieczność dochodzenia jej w drodze sądowej.

W skardze kasacyjnej pozwane Województwo Z. zaskarżyło powyższy wyrok w punkcie I.1, 1.3 i II i wniosło o jego uchylenie w tej części oraz przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, ewentualnie o uchylenie w zaskarżonej części i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie powództwa w całości. W ramach podstawy naruszenia prawa materialnego zarzuciło naruszenie art. 74 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy w zw. z § 1 ust. 1 pkt 1 i 2, ust. 2 pkt 1, § 2, § 3 i 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 22 grudnia 1998 r., niewłaściwe zastosowanie art. 491 § 1 w zw. z art. 65 § 1 k.c., niewłaściwe zastosowanie art. 353¹ w zw. z art. 483 § 1 w zw. z art. 58 § 3 w zw. z art. 65 § 2 k.c., art. 491 § k.c., art. 734 § 1 i 2 w zw. z art. 95 § 2 w zw. z art. 98 w zw. z art. 65 § 2 k.c. Naruszenie przepisów postępowania pozwany wywodził z naruszenia art. 98 § 1 w zw. z art. 100 zd. pierwsze k.p.c. oraz art. 227 w zw. z art. 232 zd. pierwsze w zw. z art. 258 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zarzuty naruszenia prawa materialnego zmierzają do zakwestionowania legitymacji biernej pozwanego (art. 74 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy w zw. z § 1 ust. 1 pkt 1 i 2, ust. 2 pkt 1, § 2, § 3 i 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 22 grudnia 1998 r. oraz art. 734 § 1 i 2 w zw. z art. 95 § 2 w zw. z art. 98 w zw. z art. 65 § 2 k.c.), skuteczności oświadczenia poprzednika prawnego powoda

o odstąpieniu od umowy (art. 491 § 1 w zw. z art. 65 § 1 k.c. i art. 491 § 1 k.c.) i zasadności naliczenia kary umownej (art. 353¹ w zw. z art. 483 § 1 w zw. z art. 58 § 3 w zw. z art. 65 § 2 k.c.).

Brak legitymacji biernej pozwany wywodzi z dwóch twierdzeń – po pierwsze, że art. 74 ust. 1 ustawy nie stanowi podstawy przeniesienia z mocy prawa ze Skarbu Państwa na jednostki samorządu terytorialnego praw i obowiązków związanych z inwestycjami centralnymi realizowanymi przez wojewodów, niewymienionymi w załączniku do rozporządzenia i po drugie, iż inwestor zastępczy nie miał umocowania do zawarcia w imieniu i na rachunek inwestora bezpośredniego umowy o roboty budowlane z dnia 12 marca 1991 r.

Zgodnie z art. 74 ust. 1 ustawy samorządy województw przejmują z dniem 1 stycznia 1999 r. mieszczące się w zakresie ich zadań i kompetencji inwestycje centralne, których inwestorami w dniu 31 grudnia 1998 r. byli ministrowie lub dotychczasowi wojewodowie. Ustęp trzeci tego przepisu stanowi, że szczegółowe zasady i tryb przekazywania samorządom województw oraz wykaz inwestycji podlegających przekazaniu określi Rada Ministrów w drodze rozporządzenia. Zważywszy na treść tego przepisu oraz art. 47 ust 1, art. 60 i 98 ustawy oraz art. 47 ust. 1 ustawy o samorządzie województw nie może być wątpliwości, że intencją ustawodawcy było przejęcie z dniem 1 stycznia 1999 r. całości praw i obowiązków Skarbu Państwa związanych z mieniem instytucji i państwowych jednostek organizacyjnych przejmowanych przez jednostki samorządu, inwestycjami centralnymi będącymi w toku oraz uprawnieniami i obowiązkami organów prowadzących lub utrzymujących przejmowane jednostki a w stosunku do zakładów opieki zdrowotnej uprawnieniami organu założycielskiego. W stosunku do mienia przejmowanych jednostek ustawodawca *expressis verbis* stwierdził, że staje się ono z mocy prawa mieniem właściwych jednostek samorządu terytorialnego (art. 60 ustawy), natomiast w pozostałych wymienionych przepisach posłużył się sformułowaniami kategorycznymi „przejmują z dniem 1 stycznia 1999 r.” (art. 74 ust. 1, art. 47 ust. 1 ustawy o samorządzie) albo „przejmują z dniem przejęcia jednostek organizacyjnych” (art. 98 ust. 1 ustawy). Powiązanie przejęcia określonych praw lub obowiązków lub inwestycji spełniających wymagania ustawowe z konkretną datą wskazuje, że przejęcie to nastąpiło z mocy prawa.

Dopełnienie koniecznych czynności technicznych przejęcia następowało w trybie rozporządzeń wydanych na podstawie delegacji ustawowych (art. 74 ust. 3 ustawy, art. 47 ust. 2a ustawy o samorządzie województwa), a w wypadku mienia Skarbu Państwa jego nabycie przez jednostkę samorządu terytorialnego stwierdzał wojewoda w drodze deklaratoryjnej decyzji (art. 60 ust. 2 ustawy). Treść art. 74 ust. 1 ustawy stwierdzająca, że przejęcie inwestycji centralnych następuje przez samorząd województwa z dniem 1 stycznia 1999 r. zaprzecza tezie pozwanego, że dla skutecznego przejęcia warunkiem koniecznym było umieszczenie jej w wykazie stanowiącym załącznik do rozporządzenia. Za Trybunałem Konstytucyjnym (wyrok z dnia 13 marca 2001 r., K 21/00, OTK z 2001 r., nr 3, poz. 49, Dz. U. z 2001 r., nr 22, poz. 262) wskazać należy, że nie było prawidłowe posłużenie się w tytule rozporządzenia terminem „szczegółowe zasady”, zarówno bowiem krąg jednostek, które przejmują inwestycje centralne, jak i kryteria tego przekazania określa art. 74 ust. 1 ustawy. Rozporządzenie jako akt podustawowy nie mogło regulować zasad przejęcia inwestycji a jedynie określać sposób i czynności konieczne do jego faktycznej realizacji. Analiza treści rozporządzenia wskazuje, że w tym celu na wojewodów został nałożony obowiązek przygotowania w terminie do dnia 31 grudnia 1998 r. protokołów zdawczo – odbiorczych zawierających dane określone w § 2 ust. 1 i dołączenia do protokołów kopii dokumentów określonych w art. 3 ust. 1. Organy przekazujące i organy przejmujące nie dokonywały żadnych czynności prawnych, a umowy zawarte z wykonawcami i umowa zawarta z inwestorem zastępczym podlegały cesji na rzecz jednostki samorządu terytorialnego z mocy prawa. W takiej sytuacji nie można przypisać, stanowiącemu załącznik do rozporządzenia wykazowi inwestycji centralnych podlegających przejęciu, charakteru aktu determinującego przejęcie inwestycji. Niedopuszczalna byłaby sytuacja, w której umowy o roboty budowlane z wykonawcami i umowa zawarta z inwestorem zastępczym podlegałyby cesji na rzecz województwa z mocy prawa, o ile inwestycja centralna spełniałaby warunki ustawowe określone w art. 74 ust. 1, a sama inwestycja nie zostałaby przejęta z przyczyny nie umieszczenia jej w wykazie, w konsekwencji inwestorem bezpośrednim byłby bowiem w dalszym ciągu Skarb Państwa. Umowy te były zawarte z osobami trzecimi spoza zakresu

podmiotów zdających i przyjmujących inwestycję i celem takiego unormowania było usunięcie wątpliwości co do ich skuteczności po zmianie inwestora bezpośredniego.

Nie budzi wątpliwości, że przedmiotowa inwestycja spełniała wymogi ustawowe określone w art. 74 ust. 1 ustawy i została przekazana protokołem zdawczo – odbiorczym z dnia 31 grudnia 1999 r. wraz z kopiami umów przez Wojewodę Z. Marszałkowi Województwa. Nie ma także sporu co do tego, że od 2000 r. pozwany wykonywał czynności inwestora bezpośredniego, podejmował decyzje co do przedmiotowej inwestycji, pozostawał w bezpośrednim kontakcie z inwestorem zastępczym i wykonawcą i płacił wynagrodzenie za prace zabezpieczające bezpośrednio ze swego rachunku bankowego. Kwestia natomiast finansowania inwestycji i czynności, które mógł podjąć pozwany po stwierdzeniu nie umieszczenia inwestycji w wykazie w rozporządzeniu, pozostaje poza zakresem rozpoznania sprawy.

Błędnie także wywodzi skarżący, dokonując analizy wyłącznie § 8 umowy z dnia 1 grudnia 1983 r. o zastępstwo inwestycyjne, że inwestor zastępczy nie miał umocowania do zawarcia w imieniu i na rachunek inwestora bezpośredniego umowy o roboty budowlane z dnia 12 marca 1991 r. Paragraf 2 pkt 4 tej umowy upoważniał bowiem inwestora zastępczego wprost do zawarcia umów z wykonawcami, a paragraf 8 ust.1 – co skarżący przyznaje – przyznawał mu upoważnienie do działania w imieniu inwestora bezpośredniego. Powołane w skardze ustępy 2 i 3 tego paragrafu stanowią wyjątek od zasady określonej w ustępie pierwszym w zakresie dochodzenia wykonania zobowiązania, kar umownych, odszkodowań oraz rękojmi nakładając na inwestora zastępczego obowiązek działania w tym zakresie w imieniu własnym oraz przekazania środków finansowych inwestorowi bezpośredniemu.

Druga grupa zarzutów zmierza do zakwestionowania skuteczności oświadczenia o odstąpieniu od umowy poprzez twierdzenie o braku tożsamości przyczyn wskazanych w piśmie wzywającym do wykonania zobowiązania oraz w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy. Tymczasem w obu pismach – z dnia 2 marca i 15 marca 2004 r. wykonawca wskazał na brak decyzji co do kontynuowania inwestycji, czy czym w pierwszym określił jedynie precyzyjniej etap, który powinien być wówczas wykonywany oraz zarzucił brak akceptacji

przedkładanych harmonogramów i finansowania na roku 2004. Wystarczającą przyczyną uznania oświadczenia za skuteczne jest wskazanie przez wykonawcę tylko jednego zasadnego zarzutu nie wykonania przez inwestora obowiązków umownych uniemożliwiających mu realizację umownie określonego zakresu robót. Jak podaje sam pozwany, wykonawca w piśmie z dnia 2 marca 2004 r. wskazywał na brak finansowania, co w świetle braku jakichkolwiek działań inwestora mimo obowiązku wskazania limitu finansowego do dnia 31 stycznia każdego roku i braku finansowania od 2001 r., wskazuje na odpowiedniość terminu wyznaczonego po miesiącu od zwłoki w wypełnieniu tego obowiązku umownego. Mając na uwadze, że harmonogram dostarczono inwestorowi już w styczniu z wyprzedzeniem obowiązku umownego wykonawcy, miał on wystarczający czas do podjęcia decyzji, czy inwestycja będzie kontynuowana, czy w dalszym ciągu zostanie wstrzymana a wykonawcy zostanie przedłużony termin do wykonania robót. Kwestia możliwości uzyskania środków na finansowanie w świetle ustawy o finansach publicznych nie może stanowić okoliczności uwalniającej inwestora, skoro była to inwestycja wieloletnia i nie podjął on żadnych działań w celu zmiany w drodze aneksu terminu wskazania źródeł i wysokości finansowania. Brak zatem podstaw do przyjęcia, że termin wyznaczony przez wykonawcę był, w świetle art. 491 § 1 k.c., terminem nieodpowiednim.

Zarzut niewłaściwego zastosowania art. 353¹ w zw. z art. 483 § 1 w zw. z art. 58 § 3 w zw. z art. 65 § 2 k.c. skarżący uzasadnia dokonaniem przez Sąd drugiej instancji niewłaściwej wykładni § 3 lit. c aneksu nr 1/B./98, z którego w jego ocenie nie wynika, czy kara umowna może być naliczona w przypadku odstąpienia od umowy, czy w razie faktycznego zaprzestania jej realizacji. Brzmienie tego postanowienia umownego nie pozostawia wątpliwości co do zgodnej woli stron, by kara umowna przysługiwała wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy w zakresie dalszej realizacji jej inwestycji. Wyraźny zapis wiąże prawo domagania się kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy przez wykonawcę, a nie w razie faktycznego zaprzestania jej realizacji przez inwestora bezpośredniego. Wątpliwość skarżącego nie jest zatem uzasadniona, zwłaszcza że umowę zawierały podmioty profesjonalne i użycie tego rodzaju sformułowań leży w granicach swobody umów określonej art. 353¹ k.c. Wywód w części dotyczącej

przesłanek żądania kary umownej (niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania o charakterze niepieniężnym, a nie złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy) zdaje się zmierzać do niedopuszczalnego zakwestionowania wiążącego ustalenia Sądu drugiej instancji, że pozwany nie wykonał niepieniężnych zobowiązań umownych.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 227 w zw. z 232 zd. pierwsze w zw. z 258 w zw. 391 § 1 k.p.c. podzielić trzeba pogląd skarżącego, że może on wykazywać, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Zaoferowane dowody osobowe na okoliczność możliwości uwzględnienia finansowania inwestycji w budżecie województwa nie mogły mieć jednak wpływu na rozstrzygnięcie. W braku finansowania pozwany, w świetle postanowień umownych, był zobowiązany do podjęcia decyzji w sprawie kontynuowania inwestycji i przedłużenia terminu wykonania robót, czego przez kilka lat nie uczynił i co miało istotny wpływ na planowanie prac przez wykonawcę i co mu uniemożliwiało zachowanie terminu umownego. Dowód z dokumentów w aktach upadłościowych miał służyć wykazaniu braku szkody wykonawcy ale, jak prawidłowo wskazał Sąd Apelacyjny, cena nabycia przez powoda wierzytelności z tytułu kar umownych od upadłego lub sytuacja finansowej wykonawcy nie mogą być utożsamiane ze jego szkodą, która polega na utracie zysku, który uzyskałby przy prawidłowym wykonaniu umowy przez pozwanego. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostają także takie okoliczności jak przyczyny upadłości wykonawcy czy zaspokojenie wierzycieli w całości w postępowaniu upadłościowym. Nie chodzi bowiem o szkodę wyrażoną ujemnym bilansem działalności wykonawcy, a o szkodę powstałą z powodu niewłaściwego wykonania umowy przez pozwanego. Wywód skarżącego dotyczący wysokości szkody w kontekście miarkowania kary umownej nie może odnieść skutku także z tej przyczyny, że w podstawie naruszenia prawa materialnego nie zarzucił on naruszenia art. 484 § 2 k.c., a więc zasadność odmowy miarkowania kary uchyla się spod kontroli kasacyjnej.

Zarzut naruszenia art. 98 § 1 w zw. z art. 100 zd. pierwsze k.p.c. w stanie prawnym obowiązującym po dniu 2 maja 2012 r. może być, zgodnie z art. 394² § 1 k.p.c., przedmiotem zażalenia do innego równorzędnego składu sądu drugiej

instancji, natomiast pozostaje poza zakresem podstawy naruszenia prawa procesowego określonej w art. 398³ § 1 k.p.c.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. o kosztach rozstrzygając zgodnie z art. 98 § 1 k.p.c., art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 i 398²¹ k.p.c. oraz § 6 pkt 7 oraz § 12 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2013 r., poz. 490).