



WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

27 kwietnia 2023 r.

Sąd Najwyższy w Izbie Cywilnej w składzie:

SSN Monika Koba (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Grzegorz Misiurek

SSN Marta Romańska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym 27 kwietnia 2023 r. w Warszawie,
skarg kasacyjnych D. spółki akcyjnej w M. (Hiszpania) i Skarbu Państwa -
Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie
od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie
z 21 stycznia 2022 r., VI ACa 567/21,
w sprawie z powództwa D. spółki akcyjnej w M. (Hiszpania)
przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych
i Autostrad w Warszawie
o zobowiązanie i zapłatę,

**uchyla zaskarżony wyrok w części oddalającej powództwo
o zapłatę kwoty 2 453 927,40 (dwa miliony czterysta pięćdziesiąt
trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia siedem złotych i czterdzieści
groszy) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 23 lutego
2016 r. (punkt 1), oddalającej apelację pozwanego w pozostałej
części (punkt 2) oraz rozstrzygającej o kosztach postępowania**

apelacyjnego (punkt 3) i w tym zakresie przekazuje sprawę Sądowi Apelacyjnemu w Warszawie do ponownego rozpoznania oraz rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z 17 maja 2021 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od pozwanego Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz powoda D. spółki akcyjnej w M. (dalej: „D.”) kwotę 11 267 838,84 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od 23 lutego 2016 r. i oddalił powództwo w pozostałym zakresie.

Sąd pierwszej instancji ustalił między innymi, że 6 grudnia 2011 r. strony zawarły kontrakt o udzielenie zamówienia publicznego pt. „budowa drogi ekspresowej [...], odcinek K.– L. – P. , Zadanie nr 3: odcinek węzeł „D.” - węzeł „L.” (wraz z węzłem) i odcinek drogi krajowej nr [...]1 klasy GP: węzeł „L.” - granica administracyjna miasta L.”.

Czas trwania umowy został dwukrotnie przedłużony w dniu 23 stycznia 2014 r. (aneks nr 1) o 49 dni, z uwagi na wystąpienie wyjątkowo niesprzyjających warunków klimatycznych, oraz w dniu 14 lipca 2014 r. (aneks nr 2) o kolejne 64 dni, ponieważ w trakcie wykonywania robót powód natrafił na nieprzewidziany obiekt archeologiczny. W wyniku zawarcia tych aneksów czas na ukończenie robót został przedłużony do 27 marca 2014 r.

Sąd Okręgowy poczynił szczegółowe ustalenia dotyczące realizacji kontraktu, w tym przebiegu współpracy między powodem a inżynierem kontraktu (dalej: „Inżynier”) oraz zdarzeń, które wpłynęły na terminowość wykonania robót.

Ustalił między innymi, że pozwany przekazał powodowi błędną i niepełną dokumentację projektową dla robót z branży energetycznej, co spowodowało opóźnienie w wykonywaniu robót. W związku z brakiem akceptacji przez Inżyniera geosyntetyku K. do wzmocnienia nasypów, powód nie mógł rozpocząć wykonywania robót. Ostatecznie Inżynier zaakceptował zgłoszony przez powoda geosyntetyk, a

przedłużający się termin jego zatwierdzenia nie miał wpływu na czas ukończenia robót.

W zakresie przebudowy sieci gazowej i kanalizacyjnej ustalił, że w trakcie realizacji robót wystąpiło zjawisko wypłymania gazociągu, a przewidziany w dokumentacji projektowej rodzaj rur nie uzyskał akceptacji Zakładu Gazownictwa L.; nie było też możliwości zastosowania kamionkowych rur kanalizacyjnych przewidzianych w ST. Wystąpiła też konieczność uzupełnienia dokumentacji projektowej w zakresie współrzędnych geodezyjnych dotyczących załamań pionowych wodociągów. Brak było też możliwości prowadzenia robót na działce nr [...] w miejscowości D. i doszło do kolizji robót z niezinwentaryzowanym zbiornikiem nieczystości przy posesji [...]. Powód wykonując roboty natrafił również na skupisko drzew nieujętych w planie wycinki drzew, kolidujące z nowobudowaną siecią gazową. Ponadto w trakcie realizacji robót związanych z przepięciem sieci gazowej średniego ciśnienia natrafił na istniejący fragment sieci gazowej nieujętej w dokumentacji projektowej. Okoliczności te miały wpływ na roboty określone w harmonogramie w sekcji WL,1,4,5, 6, 7.

Zgodnie z umową powód obowiązany był wyłącznie do badania stateczności skarp nasypów o wysokości równej bądź wyższej niż 5 metrów, które stanowiły niespełna 10% długości nasypów trasy głównej budowanego odcinka drogi [...]. W trakcie wykonywania kontraktu, Inżynier wydał polecenie wykonania badań stateczności wszystkich nasypów realizowanych w ramach kontraktu, w tym o wysokościach mniejszych niż 5 metrów stanowiących ponad 90% nasypów trasy głównej budowanego odcinka drogi [...]. Powód sukcesywnie wykonywał i przekazywał Inżynierowi pozostałe analizy stateczności, w tym dla odcinków nasypów o wysokości pomiędzy 3,5 a 5 metrów. Okoliczności te nie miały wpływu na czas ukończenia robót.

W trakcie wykonywania robót okazało się także, że występuje kolizja w dokumentacji projektowej pomiędzy materacem bazowym a konstrukcją nawierzchni. Zdarzenie to miało wpływ na roboty określone w harmonogramie w sekcji WJ, 1, 2, 4, 5, 6 i trwało w okresie od 7 września 2012 r. do 17 października

2012 r. tj. od zgłoszenia kolizji przez wykonawcę do przekazania przez Inżyniera schematów połączenia poszczególnych warstw konstrukcji nawierzchni.

Po rozpoczęciu robót dotyczących wykonywania łąw fundamentowych przy podporze 2 wiaduktu drogowego WD-08 powód zidentyfikował błąd w dokumentacji projektowej polegający na przesunięciu osi ciosów na podporze nr 2. Okoliczności te miały wpływ na roboty określone w harmonogramie w sekcji 1. Postępowanie z tym związane trwało w okresie od 28 maja 2013 r. do 6 czerwca 2013 r. tj. od zgłoszenia błędów przez wykonawcę do dostarczenia przez Inżyniera rewizji rysunków.

Zastane na placu budowy warunki gruntowe odbiegały od przewidzianych w dokumentacji projektowej; podłoże na części placu budowy nie spełniało wymogów wytrzymałościowych dla bezpośredniego posadowienia drogi. Wykonanie wzmocnienia podłoża w wykopach, powstałe w wyniku niedostosowania dokumentacji projektowej do rzeczywistych warunków gruntowych panujących na placu budowy, spowodowało opóźnienie w wykonywaniu robót.

Z uwagi na zmianę przez projektanta parametrów zagęszczenia gruntów drogi ekspresowej [...] wykonawca wykonał dodatkowe roboty, które nie były objęte kontraktem głównym. Zdarzenie to miało wpływ na roboty określone w harmonogramie w sekcji WJ, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8.

Wystąpiły także braki i błędy w dokumentacji projektowej dotyczące wykonania дренаżu odwadniającego pas rozdzielający jezdnie. Postępowanie związane z tym zdarzeniem miało wpływ na roboty określone w harmonogramie w sekcji WL, WJ, 3, 4, 5, 6, 8. Okresy, w których opóźnienia z tego względu wystąpiły to: 29 stycznia 2014 r. - 8 maja 2014 r. (brak rozwiązania projektowego dla дренаżu) oraz 19 lipca 2013 r. - 20 sierpnia 2013 r. (brak rozwiązania projektowego dla odwodnienia przejazdu awaryjnego).

Sąd Okręgowy ustalił również, że przekazana przez pozwanego dokumentacja projektowa dla przepustów nr 6.3, 12, 12.2, 12.3 była wadliwa. Zdarzenie to miało wpływ na roboty określone w harmonogramie w sekcji WJ oraz 6. Okresy, w których z tego względu opóźnienia wystąpiły to: 11 - 22 lipca 2013 r. (opóźnienie w przekazaniu dokumentacji); 14-16 października 2013 r. (roboty dodatkowe dla przepustu 6.3); 29-31 lipca 2013 r. (roboty dodatkowe dla przepustu

12); 3 - 11 września 2013 r. (roboty dodatkowe dla przepustu 12.2); 4- 5 grudnia 2013 r. (roboty dodatkowe dla przepustu 12.3).

Powód wykonał dwie nitki obiektu WS-13A zgodnie z dokumentacją projektową. Po ich wykonaniu, w ramach inwentaryzacji powykonawczej okazało się, że niezbędne jest wykonanie korekty niwelety dla obu jezdni obiektu WS-13 A. Na tym etapie ujawniły się bowiem błędy w dokumentacji projektowej przekazanej przez pozwanego. Konieczność reprofilacji skutkowałą opóźnieniem wykonania robót. Powstała również konieczność korekty niwelety dla nitki lewej i prawej obiektu WS-13 A. Inżynier przesłał powodowi dodatkową dokumentację realizacyjną odnośnie do korekty niwelety dla nitki lewej i prawej obiektu WS- 13 A polecając wykonanie tych robót. Zdarzenie to trwało w okresie od 9 kwietnia 2013 r. do 5 lipca 2013 r. (87 dni) i miało wpływ na roboty określone w harmonogramie w sekcji WL.

Strony ustaliły pierwotny termin ukończenia robót na 6 grudnia 2013 r. W wyniku okoliczności powodujących opóźnienie w realizacji kontraktu termin wykonywania części robót planowanych pierwotnie na okres letnio - jesienny uległ przesunięciu na okres zimowy. W okresie od 7 grudnia 2013 r. do 19 marca 2014 r. niskie temperatury powietrza oraz intensywne opady deszczu i śniegu uniemożliwiły wykonywanie części robót zgodnie z zasadami wiedzy technicznej. Odpowiedzialność za część z tych opóźnień została przyznana przez pozwanego w aneksach do umowy, w których doszło do przedłużenia czasu na ukończenie robót o 113 dni, tj. od 7 grudnia 2013 r. do 27 marca 2014 r. Pozwany i Inżynier przyznali, że przez 80 dni brak było możliwości wykonywania robót ze względu na niekorzystne warunki atmosferyczne. Wykonanie poszczególnych robót w ramach tego zdarzenia miało wpływ na roboty ujęte w harmonogramie w sekcji WJ/WL/1,2/3/4/5/6/7,8. Zdarzenia mające faktyczny wpływ na opóźnienie prac miały miejsce w okresach: 20 grudnia 2013 r. - 9 marca 2014 r. (wszystkie roboty - 80 dni); 7 grudnia 2013 r. - 19 grudnia 2013 r. (układanie papy termozgrzewalnej - 13 dni); 15 - 19 marca 2014 r. (układanie podbudowy z betonu asfaltowego - 5 dni).

W trakcie realizacji kontraktu okazało się, że konieczne jest wykonanie robót dodatkowych w zakresie oznakowania pionowego i poziomego, rozbudowy wygrodzienia z siatki oraz budowy odwodnienia na drodze DD6. Dnia 12 maja

2014 r. strony zawarły umowę dotyczącą robót dodatkowych, których wykonanie było niezbędne celem zrealizowania kontraktu. Po podpisaniu umowy powód zauważył niezgodność zakresu robót dotyczących wygradzenia z siatki z decyzją środowiskową, a rewizja dokumentacji projektowej dotyczącej rozbudowy wygradzenia z siatki nie umożliwiała usunięcia występującego problemu, ponieważ rozwiązanie to nie uwzględniało okoliczności związanych z wysokością i przebiegiem wygradzenia w rejonie przepustów, rowów i dojsć do ekranów. Zdarzenie to nie miało wpływu na przedłużenie prac. Dla uzyskania świadectwa przejęcia dla umowy głównej nie było wymagane uzyskanie przez wykonawcę pozytywnego wyniku audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego. Wykonawca realizował roboty w wykonaniu umowy podstawowej równocześnie z robotami w ramach umowy dodatkowej.

Sąd Okręgowy ustalił także w jakich datach powód zgłaszał Inżynierowi konkretne przeszkody w realizacji robót, w tym potrzebę wykonania robót dodatkowych, w jakich datach otrzymywał od Inżyniera rozwiązania zaistniałych w trakcie robót problemów, w tym dodatkową dokumentację projektową i jakie w tym zakresie występowały opóźnienia po stronie pozwanego, a także ich związek przyczynowy z terminem zakończenia prac.

Zdarzenie w postaci napotkania przez wykonawcę obiektu archeologicznego pomiędzy drogą dojazdową nr [...] a trasą główną [...] nie miało wpływu na przedłużenie prac. Wpływu takiego nie miało także usunięcie skorodowanego betonu, w związku z pracami na kapach chodnikowych wiaduktu WD – 13 H. Zdarzenie w postaci napotkania przez wykonawcę obiektu archeologicznego w rejonie obiektu WD-08 około km. 3+400 miało natomiast wpływ na przedłużenie prac ujętych w harmonogramie w sekcji 2. przez 79 dni (od 27 stycznia 2014 r. do 15 kwietnia 2014 r.)

Sąd Okręgowy ustalił także, że okoliczności stwierdzone w opinii Politechniki Poznańskiej w Poznaniu (dalej: „Instytut”), jako przyczyny opóźnienia uniemożliwiły również powodowi wykonanie wymaganej minimalnej ilości wykonania w terminie wynikającym z załącznika do jego oferty, tj. do 14 grudnia 2012 r. W wyniku tych

opóźnień powód miał możliwość wykonania wymaganej minimalnej ilości wykonania najwcześniej 30 kwietnia 2013 r.

Sąd Okręgowy stwierdził, że w sprawie nie zaistniały okoliczności, które skutkowały powstaniem przekroczenia czasu na ukończenie leżące po stronie wykonawcy. Zaistniały natomiast okoliczności obciążające zamawiającego w postaci: opóźnienia w przekazaniu części dokumentacji projektowej w branży energetycznej, konieczności zmian w sposobie realizacji robót, odmiennego od zaprojektowanego typu stacji transformatorowej STSRu - 20/250 oraz w projekcie zasilania budynku mieszkalnego na działkach nr 489/2 i nr 493/12, konieczności zmiany rzędnej posadowienia gazociągu wysokiego ciśnienia na ode. 5 - 6 w km 9 + 680 - 9 + 730 oraz na ode. 3 - 4 w km 8 + 790 - 8 + 950, konieczności wprowadzenia zmiany typu rury osłonowej gazociągu średniego ciśnienia z SDR 17,6 PE 100 DN 355 mm na SDR 11 PE 100 DN 355 mm w km 6 + 866, korekty przebiegu trasy wodociągu i gazociągu średniego ciśnienia ze względu na kolizję, uzupełnienia danych projektowych o współrzędne dot. załamań wodociągów, zmiany trasy przyłącza gazowego przy przebudowywanym gazociągu średniego ciśnienia ze względu na kolizję, wyjaśnienia zapisów specyfikacji technicznej dotyczących parametrów rur przeciskowych kamionkowych dla kanalizacji sanitarnej, wycinki drzew nieujętych w planie, i wykonania robót dodatkowych związanych z fragmentem sieci gazowej średniego ciśnienia nie uwzględnionego w dokumentacji projektowej, kolizji materaca bazowego z konstrukcją nawierzchni, błędów projektowych dla obiektu WD - 08, wykonania dodatkowego ulepszenia podłoża w wykopie), braku rozwiązań projektowych dla drenażu odwadniającego pas rozdziału od km 1 + 610 do 5 + 650 oraz od km 5 + 750 do 11 + 200 oraz dla odwodnienia przejazdu awaryjnego w km od 5 + 650 do km 5 + 750, opóźnienia zamawiającego w przekazaniu dokumentacji projektowej dla wzmocnień przepustów nr 6.3, 12, 12.2, 12.3, realizacji robót dodatkowych dla przepustu 6.3, 12, 12.2, 12.3, błędów w dokumentacji projektowej skutkujących koniecznością wykonania reprofilacji płyty pomostu WS - 13 A, otrzymywania od Inżyniera po dniu 13 czerwca 2014 r. rysunków oraz poleceń dotyczących robót zamiennych i dodatkowych.

Ponadto zaistniały okoliczności, które skutkowały powstaniem przekroczenia czasu na ukończenie o charakterze obiektywnym w postaci: wstrzymania robót

z powodu wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych oraz napotkania obiektu archeologicznego.

Sąd Okręgowy ustalił również, że nie zaistniały okoliczności leżące po stronie wykonawcy, które skutkowały powstaniem opóźnienia co do wykonania wymagalnej minimalnej ilości wykonania robót. Wystąpiły one natomiast po stronie zamawiającego. Należały do nich: opóźnienia w przekazaniu części dokumentacji projektowej w branży energetycznej, przedłużenia czasu w związku z koniecznością zmian w sposobie realizacji robót, robót dodatkowych związanych z zasilaniem domu mieszkalnego nr [...] A po przebudowie kolizji nr 6 nn, odmiennego od zaprojektowanego typu stacji transformatorowej STSRu - 20/250, zmian w projekcie zasilania budynku mieszkalnego na działkach nr [...]1 i nr [...]2, konieczności zmiany rzędnej posadowienia gazociągu wysokiego ciśnienia na ode. 5 - 6 w km 9 + 680 - 9 + 730, oraz na ode. 3 - 4 w km 8 + 790 - 8 + 950, konieczności zmiany typu rury osłonowej gazociągu średniego ciśnienia z SDR 17,6 PE 100 DN 355 mm na SDR 11 PE 100 DN 355 mm w km 6 + 866, wprowadzenia korekty przebiegu trasy wodociągu i gazociągu średniego ciśnienia ze względu na kolizję, uzupełnienia danych projektowych o współrzędne dot. załamień wodociągów, zmiany trasy przyłącza gazowego przy przebudowywanym gazociągu średniego ciśnienia ze względu na kolizję, wyjaśnienia zapisów specyfikacji technicznej dotyczących parametrów rur przeciskowych kamionkowych dla kanalizacji sanitarnej, wycinki drzew nieujętych w planie, wykonania robót dodatkowych związanych z fragmentem sieci gazowej średniego ciśnienia nie uwzględnionego w dokumentacji projektowej, kolizji materaca bazowego z konstrukcją nawierzchni. Jednocześnie w tym zakresie nie zaistniały okoliczności, które skutkowałyby powstaniem przekroczenia czasu na ukończenie o charakterze obiektywnym.

Zrealizowanie zgodnie z kontraktem wymagalnej minimalnej ilości wykonania miało polegać na wykonaniu w terminie do 14 grudnia 2012 r. robót o wartości nie mniejszej niż 30% zaakceptowanej kwoty kontraktowej. Na 14 grudnia 2012 r. powód wykonał roboty o wartości 14,8% zaakceptowanej kwoty kontraktowej, wymaganą minimalną ilość wykonania osiągnął dopiero 30 kwietnia 2013 r. Wszystkie roboty budowlane związane z umową zostały wykonane przez wykonawcę do 23 grudnia 2014 r.

Zgodnie z klauzulą 8.14 warunków kontraktu (dalej także jako: „WK”) zamiast zapłaty kary umownej określonej w klauzuli 8.7 (c) WK wykonawca mógł przedstawić zamawiającemu zabezpieczenie zakończenia robót w czasie na ukończenie, w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, na kwotę równą wysokości należnej kary umownej. Uzgodniono, że zamawiający zwraca wykonawcy powyższą gwarancję bezzwłocznie po otrzymaniu od Inżyniera świadectwa przejęcia, jeżeli czas na ukończenie został dotrzymany. W przeciwnym wypadku zamawiający uprawniony będzie do wyegzekwowania należności wynikającej z kary umownej. Przesłanką do skorzystania z gwarancji na podstawie klauzuli 8.14 W.K było niewykonanie robót w czasie na ukończenie.

Powód przekazał pozwanemu zabezpieczenie wykonania oraz zakończenia robót w czasie na ukończenie w formie gwarancji bankowych wystawionych przez Bank spółkę akcyjną oddział w Polsce na łączną kwotę 11 267 838,84 zł. (klauzula 4.2 oraz 8.14 WK). Zabezpieczenie wykonania służyło wyłącznie pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania kontraktu oraz z tytułu gwarancji jakości.

Przedmiotem ustaleń Sądu pierwszej instancji było również to, że w piśmie z 23 marca 2015 r. pozwany zażądał od powoda zapłaty kwoty 11 267 838,84 zł z tytułu kar umownych w tym za niewykonanie w terminie wymagalnej minimalnej ilości wykonania kwoty 4 653 055,68 zł (klauzula 8.7 lit. c WK.) oraz kwoty 6 614 783,16 zł za niedotrzymanie terminu na ukończenie robót zgodnie z kontraktem zmienionym aneksami nr 1 i 2 (klauzula 8.7 lit. a WK). Pozwany 27 marca 2015 r. wezwał gwaranta do wypłaty z tytułu gwarancji kwoty 4 653 055,68 zł oraz kwoty 6 614 783,16 zł. Gwarant w dniach 7 i 14 kwietnia 2015 r. wypłacił pozwanemu łącznie 11 267 838,84 zł. Powód zgodnie z umową gwarancji zwrócił gwarantowi równowartość środków wypłaconych pozwanemu.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że powództwo zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Nie znalazł podstaw do uwzględnienia żądania zobowiązania pozwanego do złożenia oświadczenia woli, zmierzającego do przedłużenia terminu zakończenia przedmiotu umowy do 23 grudnia 2014 r. Stanął na stanowisku, że bezzasadna

odmowa przedłużenia terminu na ukończenie robót nie tworzy po stronie powoda tego rodzaju roszczenia. Ponadto umowa została już w całości wykonana, a nie można żądać ukształtowania stosunku prawnego po wykonaniu zobowiązania.

Za uzasadnione w całości uznał natomiast żądanie zapłaty.

Stwierdził, że roszczenie to powód oparł na twierdzeniu, iż pozwany niezasadnie obciążył go karami umownymi na kwotę 11 267 838,84 zł, które na jego żądanie zostały wypłacone przez gwaranta, a następnie zwrócone przez powoda gwarantowi. Pozwany powinien zatem naprawić szkodę wynikłą z nienależytego wykonania kontraktu, które polegało na nieuzasadnionym pobraniu kar umownych (art. 471 k.c.) ewentualnie zwrócić pobraną od gwaranta kwotę na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 k.c.)

Sąd Okręgowy wskazał, że strony łączyła umowa o roboty budowlane. Obowiązkiem pozwanego było zatem dostarczenie prawidłowego projektu, udostępnienie terenu budowy i zapłata wynagrodzenia wynikającego z kontraktu. Obowiązkiem powoda było zaś oddanie obiektu w terminie przewidzianym w kontrakcie (art. 647 k.c.) Ponadto, na stronach ciążył obowiązek współdziałania we wszystkich fazach procesu budowlanego.

Analizując postanowienia kontraktu łączącego strony stwierdził, że na podstawie klauzuli 4.1 WK powód miał obowiązek wykonania robót budowlanych zgodnie z kontraktem (w tym specyfikacją techniczną i dokumentacją projektową dostarczoną przez pozwanego). Ciążył na nim jedynie obowiązek projektowy w zakresie wskazanym w klauzuli 1.5.2.2 ST DM 00.00.00 i ograniczał się on między innymi do rysunków roboczych, projektów robót tymczasowych czy projektów organizacji ruchu na czas budowy. Zgodnie z klauzulą 1.5.2.1 ST DM 00,00.00 to pozwany miał obowiązek dostarczenia między innymi prawidłowego projektu budowlanego, architektoniczno - budowlanego oraz wykonawczego.

Termin spełnienia świadczenia powoda określony został natomiast w klauzuli 1.1.3.3 WK jako czas na ukończenie i oznaczał on czas na ukończenie robót lub odcinka według subklauzuli 8.2 WK, z uwzględnieniem subklauzuli 8.4, obliczony od daty rozpoczęcia. W rubryce „Czas na Ukończenie” załącznik do oferty wskazywał „24 miesiące od daty rozpoczęcia robót”. Termin ten znalazł odzwierciedlenie

w punkcie 5 aktu umowy. Data rozpoczęcia w rozumieniu klauzuli 1.1.3.2 WK oznaczała datę, o której powiadomienie zostało dane według subklauzuli 8.1. WK; klauzula 8.4 WK przewidywała również przesłanki i procedurę zmiany czasu na ukończenie.

Sąd Okręgowy wskazał, że podział ryzyk między stronami kontraktu został ustalony w klauzuli 17.3 WK. Zagrożeniami stanowiącymi ryzyko pozwanego były między innymi użytkowanie lub zajęcie przez pozwanego jakiegokolwiek części robót oraz projektowanie jakiegokolwiek części robót przez personel zamawiającego lub inne osoby, za które pozwany jest odpowiedzialny. Inżynier zgodnie z klauzulą 1.1.2.6 WK wchodzi w skład personelu pozwanego, za działania którego ponosi on odpowiedzialność (art. 474 k.c.). Pozwany ponosi także odpowiedzialność za utrudnienia wynikające z charakterystyki terenu budowy wpływające na prawidłowe wykonanie robót budowlanych (art. 651 k.c.). Zostało to potwierdzone w klauzuli 4.12 WK, dotyczącej skutków wystąpienia nieprzewidywalnych warunków fizycznych na placu budowy. Nieprzewidywalnymi warunkami fizycznymi na podstawie klauzuli 1.1.6.8 WK są warunki racjonalnie niemożliwe do przewidzenia przez doświadczonego wykonawcę do daty składania dokumentów ofertowych, czyli przed wnikliwym zbadaniem placu budowy. Warunki klimatyczne nie stanowią „warunków fizycznych”, o których mowa w klauzuli 4.12 WK. Opóźnienia wywołane warunkami klimatycznymi obciążają pozwanego.

Kolejno Sąd Okręgowy wskazał, że na podstawie klauzuli 8.3 WK wykonawca był obowiązany przedłożyć Inżynierowi harmonogram robót w ciągu 28 dni od dnia otrzymania powiadomienia o dacie rozpoczęcia robót. Zgodnie z kontraktem 14 grudnia 2011 r. wykonawca przedłożył Inżynierowi harmonogram robót przedstawiający między innymi przewidywany czas ich trwania oraz zamierzoną kolejność ich wykonywania. Inżynier zgłaszał jednak uwagi do przedłożonego harmonogramu, które były uwzględniane przez powoda. Ostatecznie w dniu 30 kwietnia 2012 r. Inżynier zatwierdził harmonogram robót. Sąd Okręgowy wskazał także, że zgodnie z harmonogramem głównymi zadaniami znajdującymi się na ścieżce krytycznej realizacji kontraktu były roboty drogowe oraz obiekt WS-13A.

Sąd Okręgowy w całości podzielił wnioski wynikające z przeprowadzonego w sprawie dowodu z opinii Instytutu, uznając opinię za rzetelną, wiarygodną i fachową. W konsekwencji przyjął, że w sprawie nie zaistniały okoliczności, które skutkowały powstaniem przekroczenia czasu na ukończenie oraz przekroczeniem wykonania wymagalnej minimalnej ilości wykonania robót leżące po stronie wykonawcy. Zaistniały natomiast okoliczności szczegółowo przytoczone w podstawie faktycznej zaskarżonego orzeczenia, powodujące przekroczenie czasu realizacji robót obciążające zamawiającego.

Wskazał, że zgodnie z klauzulą 4.2 WK oraz 8.14 WK przesłanką skorzystania z gwarancji było wyłącznie posiadanie przez pozwanego roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania kontraktu lub z tytułu gwarancji jakości. Pozwany zażądał od powoda wypłaty kwot na zaspokojenie roszczeń z tytułu kar umownych za przekroczenie czasu na ukończenie oraz niewykonanie wymaganej minimalnej ilości wykonania.

W piśmie z 23 marca 2015 r. wystąpił o zapłatę kwoty 4 653 055,68 zł tytułem kary umownej za 98 dni zwłoki za niedotrzymanie warunku nr 8.13 załącznika do oferty wymaganej minimalnej ilości wykonania robót. Karę naliczył na podstawie klauzuli 8.7 lit. c WK licząc po 47 480,16 zł za każdy dzień zwłoki ($98 \text{ dni} \times 47 480,16 = 4 653 055,68 \text{ zł}$), wskazując, że kwota 47 480,16 zł stanowi wartość 0,01% zaakceptowanej kwoty kontraktowej.

Wystąpił także w innym piśmie z 23 marca 2015 r. do powoda o zapłatę kwoty 6 614 783,16 zł tytułem kary umownej za 191 dni zwłoki za niedotrzymanie warunku nr 1.1.3.3 załącznika do oferty czasu na ukończenie. Uznał, że powód przekroczył termin wykonania umowy o 271 dni, ale co do 80 dni stwierdził, że opóźnienie nie było spowodowane okolicznościami niezawinionymi od powoda ($271 - 80 = 191$). Pozwany naliczył tę karę na podstawie klauzuli 8.7 lit. a WK licząc po 47 480,16 zł za każdy ze 131 dni zwłoki ($131 \text{ dni} \times 47 480,16 = 6 219 900,96 \text{ zł}$), ponownie wskazując, że kwota 47 480,16 zł stanowi wartość 0,01% zaakceptowanej kwoty kontraktowej oraz dodatkowo licząc po 6 581,37 zł za każdy z pozostałych 60 dni zwłoki ($60 \text{ dni} \times 6 581,37 = 394 882,20 \text{ zł}$), wyjaśniając, że kwota 6 581,37 zł stanowi następstwo redukcji wysokości kary umownej za 1 dzień zwłoki proporcjonalnie do

wartości robót już wykonanych (47 480,16 zł x 65 813 719,53 (wartość robót niewykonanych - brakujących do wykonania całości kontraktu) x 474, czyli 801 609,99 zł (zaakceptowana kwota kontraktowa).

Mając na względzie, że przesłankami powstania roszczenia o zapłatę kary umownej na podstawie klauzuli 8.7 (c) WK są: niewykonanie wymagalnej minimalnej ilości wykonania robót w terminie określonym w załączniku do oferty powoda (14 lutego 2012 r.) oraz zwłoka powoda w niewykonaniu wymagalnej minimalnej ilości wykonania robót w tym terminie uznał, że pozwany nie jest uprawniony do otrzymania od powoda kary umownej, albowiem po jego stronie nie zaistniała zwłoka. Pozwany pobrał zatem należność z tego tytułu w kwocie 4 653 055,68 zł bezpodstawnie.

Sąd Okręgowy stwierdził także, że nie zaistniała zwłoka powoda dotycząca czasu na ukończenie robót a pozwany nienależycie wykonał zobowiązanie poprzez nieuzasadnioną odmowę częściowego przedłużenia czasu na ukończenie. Wskazał, że przesłankami powstania roszczenia pozwanego o zapłatę kary umownej na podstawie klauzuli 8.7 (a) WK są: przekroczenie czasu na ukończenie robót (23 grudnia 2013 r.) oraz zwłoka powoda powodująca przekroczenie czasu na ukończenie, czego w sprawie nie ustalono. Pozwany pobrał zatem również w tym przypadku należność z tego tytułu w kwocie 6 614 783,16 zł bezpodstawnie.

Te rozważania doprowadziły Sąd Okręgowy do wniosku, że Skarb Państwa łącznie z tytułu obu kar umownych pobrał bezpodstawnie kwotę 11 267 838,84 zł (4 653 055,68 zł + 6 614 783,16 zł). Wskazał, że żądanie wypłaty z gwarancji kwoty 11 267 838,84 zł pomimo braku uzasadnionego roszczenia o zapłatę kary umownej w tej wysokości stanowiło nienależyte wykonanie kontraktu. W konsekwencji na podstawie art. 471 k.c. w zw. z klauzulami 4.2 i 8.14 WK pozwany obowiązany jest do naprawienia szkody poniesionej przez powoda w zakresie kwoty 11 267 838,84 zł, którą zwrócił gwarantowi zgodnie z umową gwarancji.

Wyrokiem z 21 stycznia 2022 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie orzekając na skutek apelacji pozwanego zmienił częściowo zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym w ten tylko sposób, że oddalił powództwo o zapłatę kwoty 4 510 615,20 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie, liczonymi od tej kwoty od dnia

23 lutego 2016 r. (pkt 1), oddalił apelację pozwanego w pozostałej części (pkt 2) i zniósł wzajemnie pomiędzy stronami koszty postępowania apelacyjnego (pkt 3).

Nie podzielił stanowiska skarżącego, że Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sprawy z uwagi na nie odniesienie się do jego zarzutów dotyczących nie dochowania procedury zgłaszania roszczeń określonych w subklauzuli 20.1 WK. Sąd ten nie dokonał wprawdzie analizy łączącego strony stosunku prawnego w płaszczyźnie wyczerpania przez wykonawcę trybu wskazanego w subklauzuli 20.1 WK, nie oznacza to jednak, że istota sprawy nie została rozpoznana. Zaoferowany przez powoda materiał dowodowy, pozwalał bowiem na przyjęcie, że skutecznie dokonywał on czynności, które wynikały z tej subklauzuli.

Analiza subklauzuli 20.1 (zmodyfikowanej szczegółowymi warunkami kontraktu) w ocenie Sądu Apelacyjnego nie wskazuje, aby strony wprowadziły szczególny tryb dla manifestowania przez wykonawcę powiadomienia. Brak w niej jakichkolwiek sformalizowanych czynności, nałożonych na wykonawcę, których podjęcie byłoby konieczne do wywołania skutków związanych z zawiadomieniem. Mogło być ono zatem dokonane w dowolnej formie, o ile wykonawca wyraził wolę wywołania skutku wskazanego w tej subklauzuli.

Wskazał, że jest to o tyle istotne, że wykonawca – co prawidłowo ustalił Sąd Okręgowy - wielokrotnie kierował do Inżyniera pisma informujące, bezpośrednio, lub pośrednio, o woli domagania się przedłużenia czasu na ukończenie, czy też odwołujące się do subklauzuli 20.1 WK. Czynił to między innymi w pismach z 10 sierpnia 2012 r., 28 sierpnia 2012 r., 4 września 2012 r., 17 września 2012 r., 28 listopada 2012 r., 24 stycznia 2014 r., czy 6 marca 2014 r. Oświadczenia powoda w zasadzie nie wzbudzały wątpliwości, jako zawiadomienia w rozumieniu subklauzuli 20.1 WK. Ponadto w razie jakichkolwiek wątpliwości co do intencji autora tych pism, Inżynier mógł wszcząć czynności sanujące. Skoro tego rodzaju działania nie były podejmowane, to domniemywać należy, że pisma powoda interpretował jako zawiadomienia w rozumieniu subklauzuli 20.1.

Ubocznie Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę, iż bez znaczenia było, że przynajmniej w części opóźnienia w wykonaniu kontraktu wynikały z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Zgodnie bowiem z subklauzulą 8.4 opóźnienie,

utrudnienie lub uniemożliwienie, spowodowane przez zamawiającego, lub jego personel, innych wykonawców zamawiającego na placu budowy lub możliwe im do przypisania również było objęte zakresem normowania subklauzuli 20.1, a zatem również w tego rodzaju sytuacji wykonawca zobowiązany był wystąpić ze stosownym zawiadomieniem.

Sąd Apelacyjny podzielił natomiast zarzut pozwanego, dotyczący ustaleń faktycznych, choć nie zaakceptował jego argumentacji w zakresie, w jakim zmierzała do zakwestionowania dowodu z opinii Instytutu. Uznał, że został on prawidłowo oceniony przez Sąd Okręgowy jako wiarygodny. Stwierdził, że na podstawie tej opinii możliwe było ustalenie, iż - z uwagi na okoliczności niezależne od wykonawcy - wymagana ilość minimalna wykonanych robót powinna zostać przez niego osiągnięta 6 kwietnia 2013 r., zaś czas na ukończenie powinien zostać osiągnięty 14 października 2014 r. Sąd Okręgowy nie dokonał w tym zakresie prawidłowej oceny tego dowodu, co nie oznacza, że opinia Instytutu została sporządzona wadliwie.

W oparciu o dowód z opinii Instytutu Sąd Apelacyjny uznał, że powód ponosi częściową odpowiedzialność, zarówno za przekroczenie czasu na wykonanie wymagalnej minimalnej ilości wykonania, jak też przekroczenie czasu na ukończenie. W jego ocenie osłabia to podstawowy argument podnoszony przez skarżącego w apelacji, że biegli nie wzięli pod uwagę opóźnień leżących po stronie wykonawcy.

Również dalsze podnoszone w apelacji zarzuty co do tego dowodu uznał za nietrafne. Miał na względzie, że w opinii dużo miejsca poświęcono identyfikacji tych opóźnień, które znajdowały się na tzw. ścieżce krytycznej i skutkowały opóźnieniem w wykonaniu całego kontraktu, od tych prac, których opóźnienie w wykonaniu nie znajdowało się na ścieżce krytycznej realizacji kontraktu. Mając na uwadze to rozróżnienie stwierdził, że pozwany zasadnie zwracał uwagę na opóźnienia w wykonaniu poszczególnych prac przez wykonawcę i przedstawił w tym zakresie szeroki materiał dowodowy. Jednak, tylko te opóźnienia wykonawcy, które znajdowały się na ścieżce krytycznej, miały wpływ na ostateczne osiągnięcie wskazanych w kontrakcie terminów na wykonanie wyżej wskazanych dwóch etapów prac.

Przekonuje to również o niezasadności zarzutów apelacji dotyczących posługiwania się przez Instytut harmonogramem powykonawczym sporządzonym przez powoda zamiast dziennika budowy. Stwierdził, że nie można kategorycznie przyjąć, iż harmonogram ten jest nierzetelny z tej tylko przyczyny, że został sporządzony przez wykonawcę. Przede wszystkim jednak, szczegółowa analiza terminów wykonania poszczególnych prac budowlanych w ramach kontraktu, nie była celowa. Wynika to z faktu, że przy ocenie zasadności naliczenia kar umownych istotne jest uchwycenie opóźnień w realizacji wymagalnej minimalnej ilości wykonania oraz czasu na ukończenie. Dla rozstrzygnięcia sporu koniecznym było zatem ustalenie zaawansowania prac we wskazanych w kontrakcie datach, w których prace te winny zostać już ukończone. Dynamika wykonywania innych prac była istotna o tyle, o ile opóźnienia wpływały ostatecznie na opóźnienia w wykonaniu wymagalnej minimalnej ilości wykonania oraz czasu na ukończenie. Pozwany celem skutecznego zakwestionowania opinii Instytutu musiałby zatem wykazać, że poszczególne prace, które były wykonane z opóźnieniem z przyczyn leżących po stronie wykonawcy skutkowały większym, aniżeli wynika to z opinii opóźnieniem w realizacji kontraktu. W ten sam sposób Sąd Apelacyjny ocenił zarzuty dotyczące biernego zachowania się powoda w pierwszym etapie trwania umowy.

Stwierdził także, że twierdzenia pozwanego co do braku po stronie powoda potencjału wykonawczego oraz podwykonawców, nie znajdują potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. Jego zdaniem zawarcie umowy w wyniku zamówienia publicznego, stwarza domniemanie faktyczne, że podmiot wyłoniony w jego toku posiada potencjał pozwalający na wykonanie kontraktu, twierdzenie przeciwne powinno zatem zostać udowodnione. Sąd Apelacyjny nie dostrzegł w materiale dowodowym sprawy dowodów, które pozwalałyby przyjąć zwłokę powoda w wykonaniu kontraktu w zakresie większym, aniżeli wynika to z opinii Instytutu.

Uznając, że Sąd Okręgowy trafnie uczynił opinię Instytutu podstawą swojego rozstrzygnięcia nie podzielił zarzutów apelacji dotyczących pominięcia przez ten Sąd wniosku pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego lub instytutu. Jako bezzasadne ocenił też zarzuty apelacji dotyczące pominięcia dowodów

zaoferowanych przez pozwanego przy pismach z 5 stycznia 2021 r., z 6 kwietnia 2021 r. oraz z 14 kwietnia 2021 r.

Zwrócił uwagę, że pismo z 5 stycznia 2021 r. nie zawierało wniosków o dopuszczenie dowodów poza wnioskiem o dopuszczenie dowodu z opinii innego Instytutu. Dotyczy to także pisma z 6 kwietnia 2021 r. Odnośnie do pisma z 14 kwietnia 2021 r. i złożonych przy nim załączników, stwierdził, że pozwany wydawał się w nich twierdzić, że D. przedstawiając przejściowe świadectwa płatności za poszczególne grupy wykonanych prac, przyznawał, że prace te wykonywał z opóźnieniem. W ocenie Sądu Apelacyjnego nawet jeżeli tego rodzaju sytuacja miała miejsce, to mogła ona wynikać z wielu różnych przyczyn, a nie tylko z tej, na którą wskazuje skarżący. Świadectwa płatności mogły być sporządzane przez wykonawcę nierzetelnie z uwagi na słabe rozeznanie w wykonanych już pracach, problemy w terminowym ich przedkładaniu ze względu na pracochłonność ich przygotowania, a także zainteresowanie z przyczyn podatkowych opóźnionym otrzymaniem wynagrodzenia, czy też jego uzyskaniem w terminie późniejszym w celu pokrzywdzenia wierzycieli.

Z tych przyczyn Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do uzupełniającego przeprowadzenia na wniosek pozwanego postępowania dowodowego w postępowaniu apelacyjnym. Uznał, że materiał dowodowy zgromadzony w postępowaniu pierwszoinstancyjnym jest kompletny i wiarygodny i pozwala na dokonanie istotnych dla rozstrzygnięcia ustaleń faktycznych.

W konsekwencji stwierdził, że zarzuty naruszenia art. 483 § 1 k.c. oraz art. 484 § 1 k.c., a także art. 471 k.c. były trafne, o tyle o ile apelujący skutecznie zakwestionował ustalenia taktyczne dokonane przez Sąd Okręgowy w zakresie uzasadnionego przedłużenia terminów odpowiednio do 6 kwietnia 2013 r. (tego dnia powinna zostać wykonana wymagalna minimalna ilość wykonania) oraz do 13 października 2014 r. (tego dnia powinien upłynąć czas na ukończenie).

Od tych dat – w ocenie Sądu Apelacyjnego - pozwany uprawniony był do naliczania kar umownych, na zasadach określonych w kontrakcie, to jest w wysokości 0,01% zaakceptowanej kwoty kontraktowej, za każdy dzień zwłoki, zarówno w stosunku do wymaganej minimalnej ilości wykonania (Subklauzula 8.7 c),

jak i czasu na ukończenie (Subklauzula 8.7 a). Skoro zaakceptowana kwota kontaktowa, która zgodnie z Subklauzulą 1.1.4.1., wynosiła 474 801 609,99 zł (pkt 4.1 umowy z 6 grudnia 2011 r.), to dzienna wysokość każdej z tych kar umownych wynosi 47 480,16 zł.

Wskazał Sąd Apelacyjny, że pozwanemu przysługiwały kara umowna z tytułu przekroczenia terminu wymaganej minimalnej ilości wykonania za okres od 6 kwietnia 2013 r., czyli od dnia, w którym powód winien osiągnąć stan wykonania wymaganej minimalnej ilości wykonania do 30 kwietnia 2013 r., w którym stan ten osiągnął (łącznie 24 dni). Przyjął, że dzienna kara z tego tytułu wynosiła 47 780,16 zł, co oznacza, że należna kara umowna wynosi 1 139 523,84 zł (47 780,16 zł x 24). W zakresie czasu na ukończenie stwierdził, że prace powinny zostać oddane 13 października 2014 r., a do ich ukończenia doszło w dniu 23 grudnia 2014 r. (71 dni opóźnienia). Należna kara umowna z tego tytułu wynosi zatem 3 371 091,36 zł (47 780,16 zł x 71).

Łącznie zatem pozwanemu należały się kary umowne w kwocie 4 510 615,20 zł (1 139 523,84 zł + 3 371 091,36 zł), co uzasadniało zmianę w tym zakresie rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego i oddalenie w tej części powództwa.

Stwierdził Sąd Apelacyjny, że powołując się na subklauzulę 10.1 pozwany w piśmie z 23 marca 2015 r. naliczał dodatkową karę umowną w kwocie 6 581,37 zł za 60 dni zwłoki związanych z przejęciem całości robót potwierdzonego świadectwem przejęcia [...]. Kwestia ta nie została jednak wyjaśniona w stopniu umożliwiającym uznanie naliczenia tej kary za zasadną.

Zwrócił w tym kontekście uwagę na subklauzulę 8.7, z której wynika, iż pozwany uprawniony był do naliczania kar umownych jedynie w przypadku wystąpienia, któregośkolwiek ze wskazanych tam sześciu zdarzeń: przekroczenie czasu na ukończenie, odstąpienie od kontraktu, niewykonanie wymaganej minimalnej ilości wykonania, przekroczenie terminu na złożenie harmonogramu, niedotrzymanie terminu uprzątnięcia placu budowy, niedotrzymanie terminu usunięcia wad oraz wykonania drobnych zaległych prac. Nie znajdując sposobu do identyfikacji tak naliczanej kary umownej i mając na względzie, że ciężar

udowodnienia, iż została ona naliczona prawidłowo obciążał pozwanego, uznał, iż brak było podstaw do naliczenia kary umownej również w tym zakresie.

W skardze kasacyjnej powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w części obejmującej: punkt 1 sentencji w zakresie w jakim Sąd oddalił powództwo co do kwoty 2 453 927,40 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie, liczonymi od tej kwoty od 23 lutego 2016 r. oraz punkt 3 sentencji.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie prawa materialnego poprzez niewłaściwe zastosowanie:

1. art. 65 § 1 i 2 k.c. i dokonanie błędnej wykładni umowy, co polegało na błędnym przyjęciu, że w okresie od 25 października 2014 r. do 23 grudnia 2014 r. (60 dni) pozwanemu przysługiwała kara umowna obliczona na podstawie stawki dziennej 47.480,16 zł wynikającej z klauzuli 8.7 WK, podczas gdy prawidłowa wykładnia umowy, uwzględniająca jej jednoznaczną treść, zgodny zamiar stron, jak również zgodne rozumienie umowy w toku jej wykonywania oraz postępowania powinna prowadzić do konkluzji, że w tym okresie pozwanemu przysługiwała kara umowna obliczona na podstawie stawki dziennej 6.581,37 zł wynikającej z klauzuli 10.2 WK, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania, że pozwany był uprawniony do naliczenia kar umownych w łącznej kwocie 4.510.615,20 zł, a nie 2.056.687,80 zł;
2. art. 65 § 1 k.c. i dokonanie błędnej wykładni oświadczenia woli pozwanego zawartego w piśmie z 23 marca 2015 r. (ewentualnie art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 65¹ k.c. i dokonanie błędnej wykładni oświadczenia wiedzy pozwanego zawartego w piśmie z 23 marca 2015 r.), co polegało na błędnym przyjęciu, że wynika z niego rzekomo, iż pozwany "naliczał dodatkowo karę umowną w wysokości 6 581,37 zł za 60 dni zwłoki związanych z przejęciem całości Robót potwierdzonego Świadectwem Przejęcia [...]", podczas gdy oświadczenie to dotyczyło tylko jednej kary umownej z tytułu przekroczenia czasu na ukończenie, której jednym z elementów (a nie "dodatkową karą umowną") było wyliczenie kary umownej za okres 60 dni według obniżonej stawki 6.581,37 zł (zgodnie z Klauzulą 10.2 WK), a zatem oświadczenie to potwierdzało, (co zostało przyznane przez pozwanego w toku postępowania)

że za okres 60 dni po dacie podanej w świadectwie przejęcia pozwanemu należy się kara umowna za przekroczenie czasu na ukończenie obliczona według stawki dziennej 6.581,37 zł wynikającej z klauzuli 10.2 WK (a nie stawki dziennej 47.480,16 zł wynikającej z klauzuli 8.7 WK);

3. art. 484 § 1 w zw. z art. 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z klauzulą 8.7 lit. a oraz w zw. z klauzulą 10.2 WK poprzez jego błędne zastosowanie polegające na błędnym uznaniu, że kara umowna należna pozwanemu za przekroczenie czasu na ukończenie wynosi 3.371.091,36 zł, co przekracza wysokość kary umownej za przekroczenie czasu na ukończenie, która została zastrzeżona w kontrakcie (w wysokości 917.163,96 złotych), a która uwzględnia zredukowaną stawkę dzienną kary umownej na podstawie Klauzuli 10.2 WK;

4. naruszenie przepisów postępowania:

1. art. 156² w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez ich niezastosowanie i orzeczenie co do wysokości kar umownych należnych pozwanemu za przekroczenie czasu na ukończenie wyłącznie w oparciu o klauzulę 8.7 WK, z pominięciem Klauzuli 10.2 WK (mimo że w toku postępowania żadna ze stron nie dopuszczała orzeczenia kary umownej za cały okres zwłoki wyłącznie na podstawie Klauzuli 8.7 WK., z pominięciem 10.2 W.K.) - przy jednoczesnym braku poinformowania stron, w tym powoda, o możliwości zmiany podstawy prawnej naliczania kary umownej przed wydaniem wyroku, co uniemożliwiło powodowi wypowiedzenie się co do tej podstawy prawnej;
2. art. 321 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez ich niezastosowanie i orzeczenie przez Sąd Apelacyjny (i) co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem, gdyż żądanie powoda nie obejmowało zwrotu kary umownej za przekroczenie czasu na ukończenie w okresie od 25 października 2014 r. do 23 grudnia 2014 r. (60 dni) naliczonej w kwocie 2.848.809,60 zł (z pominięciem Klauzuli 10.2 WK według stawki dziennej 47.480,16 zł oraz (ii) wykroczenie przez Sąd Apelacyjny poza ramy postępowania (poza podstawę faktyczną powództwa), polegające na oddaleniu powództwa co do kwoty 2.848.809,60 zł z powodu uznania, że pozwany uzyskał kosztem powoda z gwarancji karę umowną za przekroczenie czasu na ukończenie w okresie od 25 października 2014 r. do

23 grudnia 2014 r. (60 dni) w kwocie 2.848.809,60 zł, podczas gdy żadna ze stron postępowania nie twierdziła w toku procesu, aby pozwany naliczył lub uzyskał taką karę umowną od powoda (w takiej wysokości i naliczonej na podstawie klauzuli 8.7 WK);

co doprowadziło do naruszenia art. 45 ust. 1 Konstytucji i skutkowało pozbawieniem powoda prawa do sądu i możliwości obrony jego praw, gdyż nie miał możliwości zajęcia stanowiska co do podstawy prawnej prowadzącej do częściowego oddalenia przez Sąd Apelacyjny powództwa, w tym przyjętej przez ten Sąd wykładni umowy, czy też stawki dziennej kary umownej w okresie od 25 października 2014 r. do 23 grudnia 2014 r. (60 dni), która była sprzeczna z dotychczasowym zgodnym rozumieniem sposobu naliczania kary umownej przez strony, co stanowi przyczynę nieważności postępowania w zaskarżonej części na podstawie art. 379 pkt 5 k.p.c.

Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o uchylenie i zmianę wyroku w zaskarżonej części przez oddalenie powództwa o zapłatę kwoty 2 056 687, 80 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od tej kwoty od 23 lutego 2016 r. ewentualnie uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie w tym zakresie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, a także orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego oraz kasacyjnego.

Pozwany w odpowiedzi na skargę wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego.

Pozwany w skardze kasacyjnej zaskarżył natomiast wyrok Sądu Apelacyjnego w części tj. w pkt 1, w zakresie w jakim Sąd utrzymał w mocy wyrok Sądu Okręgowego tj. w zakresie zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda kwoty 6.757.223,64 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od 23 lutego 2016 r.; w pkt 2, w którym Sąd oddalił apelację w pozostałej części; w pkt 3, orzekającym o kosztach postępowania apelacyjnego.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania:

1) art. 378 § 1 w związku z art. 382 oraz art. 386 § 4 k.p.c. poprzez rozpoznanie apelacji bez uwzględnienia jej granic i zakresu zaskarżenia, tj. bez dokonania

merytorycznej, kompleksowej oceny zaskarżonego wyroku i bez ponownego merytorycznego, pełnego, kompleksowego rozpoznania sprawy w granicach zaskarżenia, zgodnie z obowiązującym modelem apelacji pełnej, w szczególności poprzez brak merytorycznego, pełnego, kompleksowego odniesienia się do zarzutów pozwanego dotyczących niedochowania przez powoda terminów i procedury zgłaszania roszczeń oraz skutków z tego wynikających (subklauzula 20.1 WK) w postaci wygaśnięcia roszczeń,

2) art. 378 § 1 w związku z art. 382 k.p.c. poprzez brak odniesienia się do zarzutu dotyczącego niezasadnego doliczenia przez Sąd pierwszej instancji do dodatkowego czasu na ukończenie okresu 80 dni za które pozwany nie naliczył wykonawcy kary umownej,

3) art. 378 § 1 w związku z art. 382 k.p.c. poprzez pominięcie materiału zgromadzonego w postępowaniu odwoławczym w postaci Przejściowego Świadcstwa Płatności nr 9, nr 10, i nr 11,

4) art. 378 § 1 w związku z art. 382 k.p.c. oraz art. 327¹ § 1 pkt 1 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez brak szczegółowego odniesienia się w uzasadnieniu wyroku do zarzutów apelacji dotyczących błędu w ustaleniach stanu faktycznego polegających na ustaleniu następujących faktów niezgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy lub nieustaleniu przez Sąd faktów istotnych dla rozstrzygnięcia tj.

a) braku odniesienia się do zarzutu błędnego ustalenia, że w sprawie nie zaistniały okoliczności, które skutkowały powstaniem przekroczenia czasu na ukończenie leżącego po stronie wykonawcy,

b) braku odniesienia się do zarzutu błędnego ustalenia, że zaistniały okoliczności, które skutkowały powstaniem przekroczenia czasu na ukończenie leżące po stronie zamawiającego w postaci: opóźnienia w przekazaniu części dokumentacji projektowej w branży energetycznej, przedłużenia czasu w związku z koniecznością zmian w sposobie realizacji robót, odmiennego od zaprojektowanego typu stacji transformatorowej STSRu - 20/250, zmian w projekcie zasilania budynku mieszkalnego na działce nr [...]1 oraz na działce nr [...]2, konieczności zmiany rzędnej posadowienia gazociągu wysokiego ciśnienia na ode. 5 - 6 w km 9 + 680 - 9 + 730, konieczności zmiany rzędnej posadowienia gazociągu

wysokiego ciśnienia na ode. 3 - 4 w km 8 +790 - 8 + 950, konieczności zmiany typu rury osłonowej gazociągu średniego ciśnienia z SDR 17,6 PE 100 DN 355 mm na SDR 11 PE 100 DN 355 mm w km 6 + 866, konieczności wprowadzenia korekty przebiegu trasy wodociągu i gazociągu średniego ciśnienia ze względu na kolizję, konieczności uzupełnienia danych projektowych o współrzędne dot. załamania wodociągów, konieczności zmiany trasy przyłącza gazowego przy przebudowywanym gazociągu średniego ciśnienia ze względu na kolizję, konieczności wyjaśnienia zapisów specyfikacji technicznej dotyczących parametrów rur przeciskowych kamionkowych dla kanalizacji sanitarnej, konieczności wycinki drzew nieujętych w planie, konieczności wykonania robót dodatkowych związanych z fragmentem sieci gazowej średniego ciśnienia nie uwzględnionego w dokumentacji projektowej, kolizji materaca bazowego z konstrukcją nawierzchni, błędów projektowych dla obiektu WD - 08, konieczności wykonania dodatkowego ulepszenia podłoża w wykopie, braku rozwiązania projektowego dla drenażu odwadniającego pas rozdziału od km 1 + 610 do 5 + 650 oraz od km 5 + 750 do 11 + 200, braku rozwiązania projektowego dla odwodnienia przejazdu awaryjnego w km od 5 + 650 do km 5 + 750, opóźnienia zamawiającego w przekazaniu dokumentacji projektowej dla wzmocnień przepustów nr 6.3, 12, 12.2, 12.3, realizacji robót dodatkowych dla przepustu 6.3, realizacji robót dodatkowych dla przepustu 12, realizacji robót dodatkowych dla przepustu 12.2, realizacji robót dodatkowych dla przepustu 12.3, błędów w dokumentacji projektowej skutkujących koniecznością wykonania reprofilacji płyty pomostu WS -13 A, otrzymywania od Inżyniera po dniu 13 czerwca 2014 r. rysunków oraz poleceń dotyczących robót zamiennych i dodatkowych,

c) braku odniesienia się do zarzutu błędnego ustalenia, że w sprawie nie zaistniały okoliczności, które skutkowały powstaniem opóźnienia co do wykonania wymagalnej minimalnej ilości wykonania robót leżące po stronie wykonawcy,

d) braku odniesienia się do zarzutu błędnego ustalenia, że zaistniały okoliczności, które skutkowały powstaniem opóźnienia co do wykonania wymagalnej minimalnej ilości wykonania robót leżące po stronie zamawiającego w postaci: opóźnienia w przekazaniu części dokumentacji projektowej w branży energetycznej, przedłużenia czasu w związku z koniecznością zmian w sposobie realizacji robót, robót dodatkowych związanych z zasilaniem domu mieszkalnego nr [...]A po

przebudowie kolizji nr 6 nn, odmiennego od zaprojektowanego typu stacji transformatorowej STSRu - 20/250, zmian w projekcie zasilania budynku mieszkalnego na działce nr [...]1 oraz na działce nr [...]2, konieczności zmiany rzędnej posadowienia gazociągu wysokiego ciśnienia na ode. 5 - 6 w km 9 + 680 - 9 + 730, konieczności zmiany rzędnej posadowienia gazociągu wysokiego ciśnienia na ode. 3 - 4 w km 8 + 790 - 8 + 950, konieczności zmiany typu rury osłonowej gazociągu średniego ciśnienia z SDR 17,6 PE 100 DN 355 mm na SDR 11 PE 100 DN 355 mm w km 6 + 866, konieczności wprowadzenia korekty przebiegu trasy wodociągu i gazociągu średniego ciśnienia ze względu na kolizję, konieczności uzupełnienia danych projektowych o współrzędne dot. załamań wodociągów, konieczności zmiany trasy przyłącza gazowego przy przebudowywanym gazociągu średniego ciśnienia ze względu na kolizję, konieczności wyjaśnienia zapisów specyfikacji technicznej dotyczących parametrów rur przeciskowych kamionkowych dla kanalizacji sanitarnej, konieczności wycinki drzew nieujętych w planie, konieczności wykonania robót dodatkowych związanych z fragmentem sieci gazowej średniego ciśnienia nie uwzględnionego w dokumentacji projektowej, kolizji materaca bazowego z konstrukcją nawierzchni,

e) braku odniesienia się do zarzutu nieustalenia przez Sąd pierwszej instancji faktów istotnych dla rozstrzygnięcia, tj. że wystąpiła zwłoka po stronie powoda w rozpoczęciu robót i realizacji robót, w szczególności w branży elektroenergetycznej, branży gazowniczej (sieci gazowej), branży wodociągowo - kanalizacyjnej, powód nie posiadał potencjału technicznego do realizacji robót branży energetycznej, branży gazowniczej (sieci gazowej), branży wodociągowo - kanalizacyjnej, powód nie mógł wykonywać robót zgodnie z zatwierdzonym harmonogramem gdyż nie posiadał zakontraktowanych podwykonawców branży energetycznej, branży gazowniczej (sieci gazowej), branży wodociągowo - kanalizacyjnej, którzy realizowaliby roboty, powód przedkładając do zatwierdzenia rewizję harmonogramu w 2013 r. potwierdził, że ukończy wszystkie roboty w czasie na ukończenie tj. do dnia 06.12.2013 r., powód przedstawiał roszczenia z uchybieniem terminów i warunków formalnych kontraktowych wynikających z subklauzuli 20.1 warunków kontraktu, wskutek czego roszczenia jego wygasły, powód rozpoczął wykonanie materaca bazowego z kilkumiesięcznymi opóźnieniami

a nadto w trakcie realizacji prac roboty wykonywał nienależycie, co skutkowało m.in. koniecznością dokonania robót naprawczych, w tym rozebrania i wykonania ponownego, powód ze zwłoką zawiadomił pozwanego o wadzie dokumentacji projektowej obiektu WD-08, nastąpiła zwłoka powoda w rozpoczęciu i realizacji przepustów, powód ze zwłoką realizował prace szczegółowo wymienione i opisane w odpowiedzi na pozew, m.in. był w zwłoce w wykonywaniu: robót drogowych (na DP2216L, w sekcji WJ i WL, w sekcji 7, w sekcji 3 ekranów na sekcji WL, na drogach dojazdowych w sekcji WL, w sekcji 5, barier w sekcji 1, w sekcjach 1-2, WJ, 3 i 5, ekranów akustycznych w sekcji 7 i 1, na drogach dojazdowych w sekcji 5 i 7, robót odwodnieniowych na drodze wojewódzkiej nr [...]3, barier na sekcji 7, robót odwodnieniowych na sekcji 3 i w sekcji WL, barier na sekcji 7. Ponadto powód nie był przygotowany do realizacji kontraktu (m. in. brak mobilizacji, materiałów, dojazdów do placu budowy), realizował roboty z błędami wykonawczymi (m. in. brak odwodnienia terenu, brak dróg technologicznych, degradacja terenu, naruszanie warunków kontraktu w zakresie odbiorów), realizował roboty niezgodnie z harmonogramem na wszystkich obiektach inżynierskich, również tam gdzie nie zgłaszał żadnych przeszkód w tym błędów projektowych,

5) art. 286 k.p.c., art. 278 § 1 k.p.c. i art. 290 § 1 i § 3 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez uznanie za wiarygodną opinię Instytutu, pomimo zgłaszanych do opinii zastrzeżeń, w tym dotyczących przyjętej metodologii, pomimo nieuwzględnienia przez opinię wszystkich okoliczności realizacji umowy i dokumentów znajdujących się w aktach, w szczególności nie uwzględnienie dokumentów powołanych przez pozwanego, oraz pominięcie w opinii okoliczności wskazujących na zwłokę wykonawcy w realizacji kontraktu oraz pominięcie wniosku pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii instytutu lub biegłego innego niż Politechnika Poznańska na okoliczność jak w punkcie litera A punkt I podpunkt od 1 do 7 litery od a do j postanowienia Sądu Okręgowego w Warszawie z 12 marca 2020 r. (sygn. akt XXV C 3/16).

II. naruszenie przepisów prawa materialnego:

1) art. 65 § 1 i § 2 k.c. przez niewłaściwe zastosowanie polegające na błędnej wykładni postanowień subklauzuli 20.1. WK polegające na uznaniu, że każde pismo

wykonawcy, odwołujące się do tej subklauzuli lub też w którym wykonawca domaga się przedłużenia czasu na ukończenie stanowi terminowe i formalne poprawnie zgłoszenie jego roszczenia, skutkujące przerwaniem terminu zawitego i brakiem wygaśnięcia roszczenia,

2) art. 483 § 1 k.c. i art. 484 § 1 k.c. w związku z klauzulą 8.7 (c) WK przez niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, że pozwany nie jest uprawniony do otrzymania od powoda całej kwoty z tytułu kary umownej, związanej z nieosiągnięciem w terminie wymaganej minimalnej ilości wykonania oraz, że pozwany nie był uprawniony do pobrania należności z tytułu kary umownej w pełnej kwocie 4.653.055,68 złotych gdyż nie zostały spełnione przesłanki umowne do naliczenia kary umownej,

3) art. 483 § 1 k.c. i art. 484 § 1 k.c. w związku z klauzulą 8.7 (a) WK przez niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, że pozwany nie jest uprawniony do otrzymania całej kwoty z tytułu kary umownej związanej z przekroczeniem czasu na ukończenie, oraz za przekroczenie czasu na ukończenie w pełnej kwocie 6.614.783,16 złotych, gdyż nie zostały spełnione przesłanki umowne do naliczenia kary umownej,

4) art. 471 k.c. w związku z klauzulą 4.2 oraz klauzulą 8.14 WK przez niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, że pozwany nie był uprawniony do żądania zapłaty kar umownych w zakresie nieosiągnięcia w terminie wymaganej minimalnej ilości wykonania oraz przekroczenia czasu na ukończenie, żądanie wypłaty z gwarancji należytego wykonania kontraktu pozostałej kwoty 6.757.223,64 zł w warunkach braku uzasadnionego roszczenia o zapłatę kar umownych w wyżej wymienionej wysokości stanowiło nienależyte wykonanie przez pozwanego kontraktu i z tego względu obowiązany jest do naprawienia szkody poniesionej przez powoda w wyniku nienależytego wykonania kontraktu przez pozwanego w kwocie 6 757 223,64 zł.

Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i orzeczenie co do istoty sprawy przez oddalenie powództwa D. w całości tj. również w zakresie kwoty 6 757 223,64 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 23 lutego 2016 r. oraz zasądzenie kosztów procesu.

Powód w odpowiedzi na skargę wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Obie skargi kasacyjne zasługują na uwzględnienie.

Konstrukcja skargi kasacyjnej powoda uzasadnia w pierwszej kolejności rozpoznanie zarzutów naruszenia prawa materialnego, ich podzielenie czyni bowiem – w okolicznościach sprawy - bezzasadnymi zarzuty naruszenia prawa procesowego.

Spór między stronami sprowadzał się do rozstrzygnięcia zasadności naliczenia przez pozwanego kar umownych za przekroczenie czasu na ukończenie oraz niewykonanie wymaganej minimalnej ilości wykonania, rozliczonych z ustanowionego przez powoda zabezpieczenia w postaci gwarancji bankowej.

Z poczynionych w sprawie ustaleń wynika, że pozwany w piśmie z 23 marca 2015 r, wystąpił o zapłatę kary umownej w kwocie 4 653 055,68 zł obejmującej 98 dni zwłoki za niedotrzymanie warunku nr 8.13 załącznika do oferty wymaganej minimalnej ilości wykonania robót. Karę naliczył na podstawie klauzuli 8.7 lit. c WK licząc po 47 480,16 zł za każdy dzień zwłoki ($98 \text{ dni} \times 47 480,16 = 4 653 055,68 \text{ zł}$), wskazując, że kwota 47 480,16 zł stanowi wartość 0,01% zaakceptowanej kwoty kontraktowej.

W kolejnym piśmie z 23 marca 2015 r. – istotnym z perspektywy podstaw skargi kasacyjnej powoda - wystąpił natomiast o zapłatę kary umownej w kwocie 6 614 783,16 zł za 191 dni zwłoki za niedotrzymanie warunku nr 1.1.3.3 załącznika do oferty czasu na ukończenie. Przyjął, że powód przekroczył termin wykonania umowy o 271 dni, ale co do 80 dni opóźnienie nie było spowodowane okolicznościami przez niego zawinionymi ($271 - 80 = 191$). Kara ta została naliczona na podstawie klauzuli 8.7 lit. a WK licząc po 47 480,16 zł za każdy ze 131 dni zwłoki ($131 \text{ dni} \times 47 480,16 = 6 219 900,96 \text{ zł}$), z uwzględnieniem, że kwota 47 480,16 zł stanowi wartość 0,01% zaakceptowanej kwoty kontraktowej oraz za każdy z pozostałych 60 dni zwłoki po 6 581,37 zł ($60 \text{ dni} \times 6 581,37 = 394 882,20 \text{ zł}$). Wyjaśnił, że kwota 6 581,37 zł

stanowi następstwo redukcji wysokości kary umownej za 1 dzień zwłoki proporcjonalnie do wartości robót już wykonanych ($47\,480,16\text{ zł} \times 65\,813\,719,53$ (wartość robót niewykonanych - brakujących do wykonania całości kontraktu) $\times 474$, czyli $801\,609,99\text{ zł}$ (zaakceptowana kwota kontraktowa).

Sąd Okręgowy nie stwierdzając podstaw do naliczenia kar umownych zasądził na rzecz powoda całą pobraną z gwarancji kwotę $11\,267\,838,84\text{ zł}$ ($4\,653\,055,68\text{ zł} + 6\,614\,783,16$). Sąd Apelacyjny przyjął natomiast - odmiennie oceniając wnioski wynikające z opinii Instytutu - że pozwany częściowo miał podstawy do naliczenia kar umownych. Stał na stanowisku, że przysługiwały mu kara umowna z tytułu przekroczenia terminu wymaganej minimalnej ilości wykonania za okres od 6 kwietnia 2013 r., czyli od dnia, w którym powód winien osiągnąć stan wykonania wymaganej minimalnej ilości wykonania, do 30 kwietnia 2013 r., w którym stan ten osiągnął (łącznie 24 dni). Przyjął, że dzienna kara z tego tytułu wynosiła $47\,780,16\text{ zł}$, co oznacza, że należna kara umowna wynosi $1\,139\,523,84\text{ zł}$ ($47\,780,16\text{ zł} \times 24$).

W zakresie czasu na ukończenie stwierdził natomiast, że prace powinny zostać oddane 13 października 2014 r., a do ich ukończenia doszło 23 grudnia 2014 r. (71 dni opóźnienia). Należna kara umowna z tego tytułu wynosi zatem jego zdaniem $3\,371\,091,36\text{ zł}$ ($47\,780,16\text{ zł} \times 71$). Od tych dat – w ocenie Sądu Apelacyjnego - pozwany uprawniony był do naliczania kar umownych, na zasadach określonych w kontrakcie, to jest w wysokości 0,01% zaakceptowanej kwoty kontraktowej, za każdy dzień zwłoki, zarówno w stosunku do wymaganej minimalnej ilości wykonania (Subklauzula 8.7 c), jak i czasu na ukończenie (Subklauzula 8.7 a). Skoro zaakceptowana kwota kontraktowa, która zgodnie z Subklauzulą 1.1.4.1., wynosiła $474\,801\,609,99\text{ zł}$ (pkt 4.1 umowy z 6 grudnia 2011 r.), to dzienna wysokość każdej z tych kar umownych wynosi $47\,480,16\text{ zł}$.

U podstaw zmiany rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego i częściowego uwzględnienia apelacji pozwanego legło zatem stwierdzenie, że łącznie pozwanemu należały się kary umowne w kwocie $4\,510\,615,20\text{ zł}$ ($1\,139\,523,84\text{ zł} + 3\,371\,091,36\text{ zł}$), co uzasadniało oddalenie w tej części powództwa (punkt 1 sentencji).

Powód zaskarżył to rozstrzygnięcie jedynie w części obejmującej punkt 1 sentencji w zakresie w jakim Sąd Apelacyjny oddalił powództwo co do kwoty 2 453 927,40 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie, liczonymi od tej kwoty od 23 lutego 2016 r. oraz punkt 3 sentencji rozstrzygający o kosztach postępowania apelacyjnego. Oznacza to, że powód w skardze kasacyjnej nie zakwestionował wyroku Sądu Apelacyjnego w zakresie w jakim Sąd ten zmienił wyrok Sądu Okręgowego i oddalił powództwo co do kwoty 2 056.687,80 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie, liczonymi od tej kwoty od 23 lutego 2016 r. (4 510 615, 20 zł - 2 453 927,40 zł). W części co do kwoty 2 056.687,80 zł przesądzono zatem, że pozwany miał podstawy do naliczenia kary umownej i jej rozliczenia z gwarancji bankowej, co przyznał w uzasadnieniu skargi (k. 12 611 i k. 12 630)

Trafnie powód zarzucił, że Sąd Apelacyjny dokonał błędnej wykładni umowy łączącej strony oraz pisma pozwanego z 23 marca 2015 r. obliczając wysokość kary umownej za zwłokę w wykonaniu robót w czasie na ukończenie. Wadliwie bowiem wyliczył wysokość stawki dziennej kary umownej za okres 60 dni (od 25 października 2014 r. do 23 grudnia 2014 r.), przypadających po przejęciu 24 października 2014 r. części robót przez pozwanego na podstawie pierwszego świadectwa przejęcia. Przyjął bowiem, że stawka dzienna kary umownej powinna być za ten okres obliczona na podstawie klauzuli 8.7 WK (47 480, 16 zł), podczas gdy powinna być ona określona na podstawie klauzuli 10.2 WK i wynosić 6581, 37 zł. Strony w klauzuli 10.2 WK przyjęły bowiem redukcję dziennej stawki kary umownej za opóźnienie w ukończeniu robót w czasie na ukończenie za okres przypadający po dacie wskazanej w świadectwie przejęcia, co Sąd Apelacyjny pominął dokonując wybiórczej wykładni umowy. Uzgodniły, że za jakikolwiek okres opóźnienia po dacie wskazanej w świadectwie przejęcia dla części robót redukcja kary umownej (odszkodowania umownego) za opóźnienie będzie obliczona jako proporcja udziału wartości tak poświadczonej części w wartości robót jako całości. Intencją stron było zatem naliczanie kary umownej od wartości robót tylko w takim zakresie, w jakim nie zostały one po wykonaniu przez powoda przyjęte przez pozwanego.

Wadliwość stanowiska Sądu Apelacyjnego w tym zakresie wynika jednoznacznie zarówno z treści umowy, jak również ze zgodnego jej rozumienia

przez strony w toku jej wykonywania, o czym świadczy w szczególności pismo pozwanego z 23 marca 2015 r. dotyczące naliczenia tej kary. Ocenę tę wspiera także stanowisko zajmowane przez strony w toku postępowania przed Sądami *meriti*. Kara umowna za ten okres powinna zatem wynosić 394 882, 20 zł (60 x 6581, 37 zł) a nie 2 848 809,60 zł (60 x 47 480, 16 zł), co przyznawał pozwany wyliczając należną mu za ten okres karę umowną (k. 598).

Sąd Apelacyjny wadliwie także zinterpretował oświadczenie woli zawarte przez pozwanego w piśmie z 23 marca 2015 r. przyjmując, że nalicza on dodatkową karę umowną w kwocie 6581,37 zł za 60 dni zwłoki w sytuacji, gdy z oświadczenia tego jednoznacznie wynika (k. 597 – 598), że pozwany naliczał jedną karę umowną z tytułu przekroczenia czasu na ukończenie, której jednym z elementów było wyliczenie kary umownej za okres 60 dni według obniżonej stawki dziennej 6581,37 zł zgodnie z klauzulą 10.2 WK, a nie stawki dziennej 47 480,16 zł wynikającej z klauzuli 8.7 WK. Świadczy o tym nie tylko przedstawiony w tym piśmie sposób wyliczenia kary umownej ale także odwołanie się do klauzuli 10.2 WK (k. 268 – 269), która przewidywała redukcję dziennej stawki kary umownej za opóźnienie w ukończeniu robót w czasie na ukończenie za okres przypadający po dacie wskazanej w świadectwie przejęcia dla części robót (24 października 2015 r.). Nie uwzględnienie uzgodnionej przez strony redukcji dziennej stawki kary umownej po wystawieniu świadectwa przejęcia dla części robót spowodowało zatem ustalenie wysokości tej kary w wysokości przewyższającej wysokość zastrzeżoną w kontrakcie.

Zarzuty naruszenia art. 484 § 1 w zw. z art. 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z klauzulą 8.7 lit. a WK oraz klauzulą 10.2 WK zasługiwały zatem na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia art. 156² w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. oraz art. 321 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., a także art. 379 pkt 5 k.p.c. są natomiast bezzasadne. Sąd Apelacyjny błędnie bowiem – z przyczyn wyżej podniesionych – naliczył stawkę dzienną kary umownej, a nie orzekał co do kary umownej nie objętej żądaniem pozwu ewentualnie w oparciu o podstawy prawne naliczenia kary umownej, które były zaskoczeniem dla powoda, z uwagi na pominięcie klauzuli 10.2 WK. Dokonanie

błędnej wykładni umowy łączącej strony nie świadczy ani o zmianie podstawy prawnej żądania (art. 471 k.c.) ani o wyjściu ponad żądanie pozwu.

Z przytoczonych względów skarga kasacyjna powoda zasługiwała na uwzględnienie, co uzasadniało uchylenie zaskarżonego wyroku w punkcie pierwszym w części uwzględniającej apelację pozwanego i oddalającą powództwo co do kwoty 2 453 927, 40 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi od tej kwoty od dnia 23 lutego 2016 r. oraz orzekającym o kosztach postępowania apelacyjnego (punkt 3) i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego (art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. oraz art. 108 § 2 w zw. z art. 391 §1 i 398²¹ k.p.c.).

Na uwzględnienie zasługiwała także w całości skarga kasacyjna pozwanego, choć jedynie część podniesionych w niej zarzutów okazała się uzasadniona.

Według przyjętego w kodeksie postępowania cywilnego modelu apelacji pełnej, postępowanie przed sądem drugiej instancji ma charakter merytoryczny i jest kontynuacją postępowania pierwszoinstancyjnego (art. 382 k.p.c.) (zob. m.in. uchwała Sądu Najwyższego z 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008, nr 6, poz. 55 oraz postanowienia Sądu Najwyższego z 13 października 2017 r., I CZ 90/17, niepubl., i z 29 września 2017 r., V CZ 58/17, niepubl.). W postępowaniu apelacyjnym, które ma charakter merytoryczny – powinny zatem zostać zbadane wszystkie kwestie, które nie zostały w sposób wystarczający rozważone przez Sąd Okręgowy, a Sąd ten jest zobowiązany naprawić dostrzeżone wadliwości i należycie zastosować prawo materialne (zob. m.in. postanowienia Sądu Najwyższego z 9 lutego 2017 r., III CZ 2/17, niepubl.; z 6 kwietnia 2017 r., IV CZ 139/16, niepubl.; i z 13 kwietnia 2017 r., I UZ 5/17, niepubl.). Powinność rozpoznania sprawy w granicach apelacji oznacza nakaz wzięcia pod uwagę, rozważenia i oceny wszystkich podniesionych w niej zarzutów i wniosków (zob. m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z 21 sierpnia 2003 r., III CKN 329/01, OSNC 2004, nr 10, poz. 161).

Trafnie skarżący zarzuca, że Sąd Apelacyjny nie wywiązał się dostatecznie z tych obowiązków, a warstwa motywacyjna zaskarżonego wyroku dowodzi także naruszenia art. 327¹ § 1 pkt 1 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c.

Sprawa dotyczyła realizacji skomplikowanej inwestycji drogowej, w ramach której istotne było zdiagnozowanie z jakich przyczyn doszło do opóźnień i kto był za

nie odpowiedzialny, a także czy konkretne opóźnienia pozostawały w związku przyczynowym z nie ukończeniem robót w ustalonym w umowie czasie na ukończenie oraz nie uzyskaniem wymagalnej minimalnej ilości wykonania robót. Oceny także wymagało, czy powód zachował przewidzianą umową procedurę pozwalającą mu ubiegać się o przedłużenie terminu na wykonanie oraz jakie konsekwencje spowodowało ewentualne nie dochowanie tych wymogów. Kwestie te były bowiem kluczowe dla rozstrzygnięcia, czy pozwany prawidłowo naliczył kary umowne.

Sąd Okręgowy poczynił w tym zakresie szczegółowe ustalenia faktyczne do których Sąd Apelacyjny odniósł się jedynie częściowo, co nie pozwala jednoznacznie stwierdzić w jakim zakresie ustalenia te podzielił i uczynił podstawą również swojego rozstrzygnięcia, a w jakim zakresie je zanegował. Nie jest w szczególności jasne jakie ustalenia Sąd Apelacyjny poczynił na podstawie odmiennie ocenionej w postępowaniu apelacyjnym opinii Instytutu. Z podstawy faktycznej rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego jednoznacznie bowiem wynika, że Sąd ten nie stwierdził żadnej zwłoki po stronie powoda, co uzasadniało uwzględnienie jego powództwa w całości. Sąd Apelacyjny przyjął natomiast, że na podstawie opinii Instytutu możliwe było ustalenie, iż - z uwagi na okoliczności niezależne od wykonawcy - wymagana ilość minimalna wykonanych robót powinna zostać przez wykonawcę osiągnięta 6 kwietnia 2013 r., zaś czas na ukończenie powinien zostać osiągnięty 14 października 2014 r.

Wydów ten nie znalazł jednak oparcia w konkretnej podstawie faktycznej rozstrzygnięcia, której Sąd Apelacyjny nie skonstruował, a stanowisko Sądu w tym przedmiocie powinno być jednoznacznie wyrażone, a nie pozostawać w sferze domysłów i podlegać rekonstrukcji stron i sądu kasacyjnego (zob. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 7 stycznia 2014 r., II PK 106/13, M.Pr. Pracy 2014/5, str. 257). Nie jest w szczególności jasne w jakiej części w związku z wyprowadzeniem odmiennych wniosków z opinii Instytutu zarzuty skarżącego dotyczące zawinionych opóźnień w realizacji robót po stronie wykonawcy zostały podzielone.

Ustanowiony w art. 378 § 1 k.p.c. obowiązek rozpoznania sprawy w granicach apelacji oznacza zarówno zakaz wykraczania poza te granice jak i nakaz rozważenia wszystkich zarzutów i wniosków podniesionych w apelacji (zob. m.in. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008, nr 6, poz. 55). W rozpoznawanym przypadku wymogi te nie zostały zrealizowane.

W apelacji pozwany zgłosił szereg zarzutów naruszenia prawa procesowego i materialnego, które nie zostały rozpoznane w pełnym zakresie (k. 12 410 – 12 446). W szczególności zgłosił szczegółowe zarzuty dotyczące podstawy faktycznej rozstrzygnięcia w punkcie 2 apelacji pkt a – e (k. 12 412 – 12 414) koncentrujące

się na ustaleniach związanych z przyjęciem przez Sąd pierwszej instancji, że nie zaistniały okoliczności dotyczące powstania przekroczenia czasu na ukończenie oraz wykonania minimalnej ilości wykonania robót leżącego po stronie wykonawcy, a także zaistnienia okoliczności, które skutkowały powstaniem przekroczenia czasu wykonania minimalnej ilości wykonania robót oraz czasu na ukończenie po stronie zamawiającego. Zgłosił także zarzuty dotyczące nie poczynienia przez Sąd Okręgowy ustaleń dotyczących okoliczności, które wystąpiły w trakcie realizacji kontraktu szczegółowo wymienionych w punkcie 2 e apelacji (k. 12 413 – 12 414).

Dokonana w tym zakresie przez Sąd Apelacyjny ocena jest tak ogólna i wybiórcza, że nie można odmówić racji skarżącemu, że narusza art. 378 § 1 w zw. z art. 382 k.p.c. Z jednej bowiem strony Sąd Apelacyjny uznał podniesione w tym zakresie zarzuty za trafne, odmiennie od Sądu Okręgowego oceniając dowód z opinii Instytutu. Z drugiej jednak strony nie ustosunkował się do zarzutów apelacji, które wskazywały na znacznie większy niż stwierdzony w opinii uzupełniającej Instytutu z 9 listopada 2020 r. zakres opóźnień obciążających wykonawcę. Odwołanie się w tym zakresie do opinii Instytutu nie może być zatem uznane za wystarczające, skoro była ona kwestionowana przez pozwanego, który wskazywał na szereg dowodów i argumentów, które w jego ocenie wskazywały na wadliwość tej opinii.

Sąd Apelacyjny mógł tej oceny nie podzielić, ale jako Sąd merytorycznie rozpoznający sprawę powinien szczegółowo odnieść się do zarzutów apelacji w tym zakresie. Sąd Apelacyjny stwierdził wprawdzie, że nie dostrzega w obszernym materiale dowodowym dowodów, które pozwalałyby w sposób kategoryczny przyjąć zawinienie powoda w opóźnieniu w wykonaniu kontraktu w zakresie większym, aniżeli wynika to ze sporządzonych w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, jednak ocena ta jest arbitralna, skoro nie została poprzedzona szczegółową analizą zarzutów apelacji dotyczących tej kwestii. Uchybienie to mogło mieć wpływ na wynik sprawy, nie można bowiem wykluczyć, że zarzuty apelacji mogły być przez Sąd Apelacyjny częściowo podzielone, co mogłoby doprowadzić do odmiennego skonstruowania podstawy faktycznej wyroku Sądu drugiej instancji.

W motywach zaskarżonego orzeczenia brak także jakiegokolwiek odniesienia do zarzutu podniesionego w uzasadnieniu apelacji dotyczącego niezasadnego, w ocenie skarżącego, doliczenia przez Sąd pierwszej instancji, w ślad za opinią

Instytutu, do dodatkowego czasu na ukończenie okresu 80 dni za które jak wynika z poczynionych w sprawie ustaleń zamawiający nie naliczył wykonawcy kary umownej wydłużył mu bowiem w tym zakresie termin na wykonanie (k. 12 441-12 442, str. 32 apelacji). Stwierdzenie przez Sąd Apelacyjny, że Sąd Okręgowy prawidłowo ocenił opinię Instytutu, bez jakiegokolwiek odniesienia się do argumentacji skarżącego nie może być uznane za wystarczające. Uchybienie to może mieć wpływ na wynik sprawy, skoro dotyczy rozmiaru należnej pozwanemu kary umownej.

Nie można natomiast zgodzić się z tezą, że Sąd Apelacyjny nie odniósł się do zarzutów apelacji dotyczących niedochowania przez powoda terminów i procedury zgłaszania roszczeń zgodnie z Subklauzulą 20.1. WK i braku dokonania przez Sąd Okręgowy oceny zasadności żądania pozwu w tym kontekście. Sąd Apelacyjny dokonał bowiem oceny tego zarzutu na stronach 56-59 uzasadnienia (k. 12 582 – 12 585). Brak odniesienia się do zarzutu dotyczącego nie zachowania terminu na przedstawienie ostatecznego roszczenia zgodnie z akapitem 9 subklauzulą 20.1. WK było jak się wydaje efektem przyjęcia, że kontrakt nie nakładał w tym zakresie na wykonawcę obowiązku przestrzegania sformalizowanej procedury. Odmiennej natomiast kwestią jest czy ocena ta z perspektywy poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych i wykładni Subklauzuli 20.1. WK była trafna.

Zarzut naruszenia art. 378 § 1 w zw. z art. 382 k.p.c. w zakresie w jakim odnosi się do przejściowych świadectw płatności jest bezzasadny. Sąd Apelacyjny odniósł się bowiem do przejściowych świadectw płatności nr 9, nr 10 i nr 11 na str. 63 - 64 uzasadnienia (k. 12 589 – 12 590). Kwestia natomiast czy wyprowadził prawidłowe wnioski z tych dowodów uznając, że nie wynika z nich by wykonawca pozostawał w opóźnieniu z wykonaniem zakontraktowanych prac na etapie, którego dotyczą te dowody, nie może być poddane ocenie w postępowaniu kasacyjnym (art. 398¹³ § 2 i art. 398³ § 3 k.p.c.).

Odmiennej kwestią jest, że skarżący w apelacji twierdził, że dowody z świadectw płatności zostały przez Sąd Okręgowy pominięte (k. 12 411, str. 2 apelacji) i domagał się dopuszczenia z nich dowodów w postępowaniu apelacyjnym (k. 12 417 , str. 8 apelacji). Sąd Apelacyjny jak się wydaje poddał te dokumenty ocenie, mimo, że formalnie nie przeprowadził z nich dowodu. Kwestia ta pozostaje

jednak poza kognicją Sądu Najwyższego, skarżący nie zgłosił bowiem zarzutu naruszenia art. 381 k.p.c., a Sąd Najwyższy w postępowaniu kasacyjnym jest związany podstawami skargi (art. 398¹³ § 1 k.p.c.). Zgłoszenie zarzutu naruszenia art. 382 k.p.c. nie jest w tym wypadku wystarczające, przepis ten dotyczy bowiem dowodów pominiętych w procedurze oceny dowodów, mimo że stanowiły one element zgromadzonego przez Sąd materiału dowodowego sprawy (zob. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 5 lipca 2018 r., I CSK 518/17, niepubl.).

Zarzut naruszenia art. 286 k.p.c., art. 290 § 1 i 3 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. usuwa się spod kontroli Sądu Najwyższego, dotyczy bowiem przeprowadzenia przez Sąd Apelacyjny błędnej oceny dowodu z opinii Instytutu i uznania opinii tej za wiarygodną i mogącą stanowić podstawę rozstrzygnięcia mimo, że biegli posłużyli się błędną metodologią, a opinię sporządzili opierając się na harmonogramie powykonawczym. Na bazie tak sformułowanego zarzutu skarżący neguje następnie stanowisko Sądu Apelacyjnego o braku potrzeby dopuszczenia dowodu z opinii innego instytutu lub biegłego.

W postępowaniu kasacyjnym kwestionowanie przeprowadzonej przez Sąd drugiej instancji oceny zgromadzonych w sprawie dowodów jest niedopuszczalne, także wtedy gdy zarzuty skargi dotyczą opinii biegłych czy dokumentów źródłowych na których oparli swoją opinię (art. 398³ § 3 k.p.c.).

Sąd Najwyższy jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia (art. 398¹³ § 2 k.p.c.). Związanie to oznacza, że ocena zarzutów naruszenia prawa materialnego, podniesionych w skardze kasacyjnej, może odbywać się wyłącznie w odniesieniu do dokonanych przez sąd drugiej instancji ustaleń faktycznych, stanowiących podstawę zaskarżonego orzeczenia, których Sąd Najwyższy - w ramach kontroli kasacyjnej – nie może uzupełnić nowymi okolicznościami, nieustalonymi przez Sąd drugiej instancji (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z 29 lipca 1999 r., II UKN 56/99, OSNAPiUS 2000, nr 22, poz. 829; z 24 lipca 2006 r., I PK 299/05, OSNCP 2007r., nr 15-16, poz. 214, i z dnia 17 czerwca 2009 r., IV CSK 48/09, niepubl.). W judykaturze utrwalone jest stanowisko, że ocena czy właściwie zastosowano przepisy prawa materialnego jest możliwa jedynie w przypadku, gdy dokonano niezbędnych w tym zakresie ustaleń faktycznych. Brak precyzyjnych ustaleń faktycznych stanowi sytuację uniemożliwiającą ocenę prawidłowości wykładni i zastosowania przez sąd drugiej instancji prawa materialnego, a więc przytoczonych w skardze zarzutów naruszenia art. 483 § 1, art. 484 § 1 k.c., art. 65 § 2 k.c. oraz art. 471 k.c. (zob. m. in. wyroki Sądu Najwyższego z 7 maja 2002 r., I CKN 105/00, niepubl.; z 11 kwietnia 2006 r., I PK 164/05, M.P.Pr. 2006/10/541; z 26 lipca 2007 r., V CSK 115/07, M.Prawn. 2007/17/930; i z 11 stycznia 2008 r., V CSK 240/07, niepubl.). Wobec niemożności naprawienia tej wadliwości i dokonania rekonstrukcji ustaleń faktycznych na etapie postępowania kasacyjnego, nie jest możliwe

stwierdzenie czy zaskarżone orzeczenie odpowiada prawu w zaskarżonym zakresie, co czyni koniecznym jego uchylenie.

Stwierdzić jedynie można, że trafnie skarżący zarzuca, iż Sąd Apelacyjny z naruszeniem art. 65 § 2 k.c. przyjął, że procedura przewidziana w subklauzuli 20.1 WK w brzmieniu ustalonym szczególnymi warunkami kontraktu (k. 246 i k. 281 -282) nie była sformalizowana, a wykonawca mógł domagać się przedłużenia czasu na ukończenie w dowolnej formie i terminie. Ocenie tej w sposób jednoznaczny przeczy treść tej subklauzuli, która uzależnia uzyskanie przedłużenia czasu na ukończenie od spełnienia warunków, o których w niej mowa i to pod rygorem wygaśnięcia roszczenia. Nie można zatem odmówić racji pozwanemu, że Sąd Apelacyjny powinien przeanalizować każde zgłoszone przez powoda roszczenie pod kątem spełnienia warunków subklauzuli 20.1 WK i w zależności od wyników tych ustaleń rozważyć, czy doszło do ich częściowego wygaśnięcia i jaki jest wpływ wygasłych roszczeń na osiągnięcie wymaganej minimalnej ilości wykonania oraz czasu na ukończenie. Nie jest w tym zakresie wystarczające ogólnikowe stwierdzenie, że powód składał w tym przedmiocie pisma z 10 sierpnia 2012 r., z 28 sierpnia 2012 r., 4 września 2012 r., 17 września 2012 r., 28 listopada 2012 r., 6 marca 2014 r. oraz 24 stycznia 2014 r., bez analizy i dokonania szczegółowych ustaleń czy spełnione zostały wymogi z subklauzuli 20.1 WK. Nie jest też wystarczające stwierdzenie, że powód skutecznie dokonywał powiadomień na podstawie subklauzuli 20.1 WK, skoro Sąd Apelacyjny dokonał wykładni aktów staranności, które powód był zobligowany dokonać, w sposób sprzeczny z treścią tej subklauzuli.

Nie zasługuje na podzielenie stanowisko powoda, że zasadność roszczenia o przedłużenie czasu na ukończenie została już prawomocnie przesądzona przez oddalenie powództwa o zobowiązanie pozwanego do złożenia oświadczenia woli. Powództwo to zostało oddalone z uwagi na brak podstaw do konstruowania takiego roszczenia z przyczyn wyjaśnionych w uzasadnieniu orzeczenia Sądu pierwszej instancji. Oddalenie tego powództwa nie stoi na przeszkodzie zbadaniu na potrzeby analizy zasadności roszczenia odszkodowawczego powoda, czy spełnił on wymogi kontraktowe wynikające z subklauzuli 20.1 WK.

Zaznaczenia w tym kontekście wymaga, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego wyrażono pogląd, że przewidziany w klauzuli 20.1 wzorca umownego

FIDIC termin do zawiadomienia zamawiającego przez wykonawcę o okolicznościach uzasadniających przedłużenie terminu na wykonanie robót lub uzasadniającym wynagrodzenie za roboty dodatkowe jest umownym terminem zawitym do dokonania umownego aktu staranności, pod rygorem utraty określonego uprawnienia. Co do zasady zastrzeganie takich umownych terminów jest na gruncie zasady swobody umów dopuszczalne (art. 353¹ k.c.). Jego skuteczność podlega jednak badaniu na gruncie konkretnego stosunku umownego (zob. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 23 marca 2017 r., V CSK 449/16, OSNC ZD 2017, nr D, poz. 67 oraz uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2016 r., III CZP 19/16, OSNC 2017, nr 4, poz. 42).

Rzeczą Sądu Apelacyjnego było zatem rozważenie, czy zgłaszając roszczenie o przedłużenie czasu na ukończenie powód każdorazowo dochował wymogów formalnych w tym terminów zgłaszania roszczeń wynikających z subklauzuli 20 WK, strony zmodyfikowały bowiem w tym zakresie ogólne zasady odpowiedzialności za opóźnienie. W przypadku natomiast stwierdzenia, że powód nie dochował w tym zakresie przewidzianych w umowie terminów notyfikacyjnych i aktów staranności, rozważenia wymagało znaczenie tych okoliczności dla skuteczności naliczenia przez pozwanego kar umownych i ich rozliczenia z ustanowionego zabezpieczenia w postaci gwarancji bankowej.

Badanie *in concreto* ważności czy skuteczności subklauzuli 20.1 WK w kontekście przekroczenia przez strony granic autonomii w zakresie zastrzeżenia umownego terminu zawitego, uchyła się natomiast od oceny Sądu Najwyższego w postępowaniu kasacyjnym. Zagadnienia te nie zostały bowiem objęte podstawami skargi.

Pozwany w skardze kasacyjnej zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w części tj. w pkt 1, w zakresie w jakim Sąd utrzymał w mocy wyrok Sądu Okręgowego tj. w zakresie zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda kwoty 6.757.223,64 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od 23 lutego 2016 r.; w pkt 2, w którym Sąd oddalił jego apelację w pozostałej części oraz w pkt 3, orzekającym o kosztach postępowania apelacyjnego.

W związku ze wskazanym w skardze kasacyjnej zakresem zaskarżenia stwierdzić należy, że punkt pierwszy sentencji wyroku Sądu Apelacyjnego dotyczy

wyłącznie uwzględnienia apelacji pozwanego, nie zawiera zatem rozstrzygnięcia dla niego niekorzystnego. W punkcie tym Sąd Apelacyjny uwzględnił częściowo apelację pozwanego przez wydanie orzeczenia reformatoryjnego w ramach którego dokonał zmiany niekorzystnego dla niego rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego i oddalił powództwo odnośnie do kwoty 4 510 615, 20 zł (art. 386 § 1 k.p.c.). Na skutek skargi kasacyjnej powoda wyrok w tej części został uchylony co do kwoty 2 453 927, 40 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi od tej kwoty od 23 lutego 2016 r., a w pozostałym zakresie co do kwoty 2 056.687,80 zł w uwzględnieniu apelacji pozwanego powództwo zostało prawomocnie oddalone, czego powód w skardze kasacyjnej nie zakwestionował.

W procesie cywilnym zakres możliwych rozstrzygnięć sądu odwoławczego określa art. 386 § 1 – 3 k.p.c. i brak w tym katalogu orzeczenia o utrzymaniu w mocy zaskarżonego wyroku. Orzeczenie oddalające apelację pozwanego co do kwoty 6.757.223,64 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od 23 lutego 2016 r. zostało zawarte w punkcie 2 sentencji zaskarżonego orzeczenia. Skarżący objął ten punkt zakresem zaskarżenia, brak było zatem przeszkód do merytorycznego rozpoznania jego skargi kasacyjnej. Przyjąć należy, że pozwany odwołując się w zakresie zaskarżenia do punktu pierwszego sentencji wyroku Sądu Apelacyjnego w istocie opisowo określił zakres zaskarżenia wynikający z niekorzystnego dla niego rozstrzygnięcia o oddaleniu jego apelacji w pozostałej części, zawartego w punkcie drugim sentencji zaskarżonego orzeczenia. Z tych przyczyn Sąd Najwyższy nie odrzucał skargi kasacyjnej pozwanego, w części w jakiej została skierowana do korzystnego dla niego rozstrzygnięcia zawartego w punkcie pierwszym sentencji zaskarżonego orzeczenia.

Sąd Apelacyjny ponownie rozpoznając sprawę będzie zatem zobligowany orzec o apelacji pozwanego co do kwoty 6.757.223,64 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od 23 lutego 2016 r. (punkt 2 sentencji) oraz co do kwoty 2 453 927,40 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi od tej kwoty od 23 lutego 2016 r. (punkt 1 sentencji w zakresie zaskarżonym przez powoda), czyli łącznie co do kwoty 9 211 151,04 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi od tej kwoty od 23 lutego 2016 r.

Z przytoczonych względów skarga kasacyjna pozwanego zasługiwała na uwzględnienie, co uzasadniało uchylenie zaskarżonego wyroku w punkcie 2 oraz orzekającym o kosztach postępowania apelacyjnego (punkt 3) i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego (art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. oraz art. 108 § 2 w zw. z art. 391 §1 i 398²¹ k.p.c.).

[SOP]

[a!]