

Sygn. akt I ACa 541/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 listopada 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Małgorzata Idasiak-Grodzińska
Sędziowie:	SA Monika Koba (spr.) SO del. Urszula Malak
Protokolant:	staż. Jan Kotula

po rozpoznaniu w dniu 14 listopada 2013 r. w Gdańsku na rozprawie  
sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Budownictwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w M.  
przeciwko Powiatowi (...)

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Elblągu

z dnia 29 maja 2013 r. sygn. akt I C 76/12

I/ prostuje niedokładność w oznaczeniu powoda w zaskarżonym wyroku w ten

sposób, że nazwę: Przedsiębiorstwa Budownictwa (...) Spółki z o.o.

ujmuje w cudzysłów;

II/ zmienia zaskarżony wyrok:

a) w punkcie II (drugim) w ten sposób, że zasądza dodatkowo od pozwanego

Powiatu (...) na rzecz powoda „Przedsiębiorstwa Budownictwa

(...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością” w M. kwotę

27.736,22 zł (dwadzieścia siedem tysięcy siedemset trzydzieści sześć

złotych 22/100) z ustawowymi odsetkami od dnia 28 grudnia 2011 roku

do dnia zapłaty, oddalając powództwo w pozostałej części;

b) w punkcie III (trzecim) w ten sposób, że zasądzoną w nim od pozwanego

na rzecz powoda kwotę 4.050,60 zł podwyższa do kwoty 7.667,60 zł

(siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt siedem złotych 60/100);

III/ oddala apelację w pozostałej części;

IV/ zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 455,13 zł (cztery

pięćdziesiąt pięć złotych 13/100) tytułem zwrotu kosztów postępowania

apelacyjnego.

Na oryginale właściwe podpisy.

Sygn. akt I ACa 541/13

## UZASADNIENIE

Powód Przedsiębiorstwo Budownictwa (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w M. wniósł o zasądzenie od pozwanego Powiatu (...) kwoty 138.682 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 28 grudnia 2011 r. tytułem wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane.

Pozwany domagał się oddalenia powództwa, argumentując, iż z należnego powodowi wynagrodzenia dokonał potrącenia kary umownej w kwocie 138.682 zł z uwagi na niewykonanie zobowiązania w terminie.

Wyrokiem z dnia 29 maja 2013 r. Sąd Okręgowy w Elblągu w punkcie pierwszym zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 55.472,44 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 28 grudnia 2011 r. do dnia zapłaty i w punkcie drugim oddalił powództwo w pozostałym zakresie. W punkcie trzecim sprostowanym postanowieniem z 13 czerwca 2013r (k. 471 verte i k.480) Sąd I instancji orzekł o kosztach procesu zasądając od pozwanego na rzecz powoda z tego tytułu kwotę 4.050,60 zł. W punkcie czwartym nakazał natomiast zwrócić powodowi kwotę 358,78 zł tytułem nadpłaconych wydatków.

Sąd I instancji ustalił, że w dniu 15 lipca 2011 r. strony zawarły umowę na wykonanie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą Termomodernizacja budynku siedziby Zarządu Dróg Powiatowych w O. przy ul. (...). W § 1 ust. 3 umowy określono zakres prac budowlanych, zaś w § 2 ust. 2 termin wykonania zamówienia na dzień 30 września 2011 r. Powód zlecił wykonanie robót budowlanych podwykonawcy - firmie (...). Podwykonawca przystąpił do prac budowlanych w dniu 17 sierpnia 2011 r., czyli po upływie 21 dni od protokolarnego przekazania terenu budowy. Prace budowlane wykonywane były przy niewielkim zaangażowaniu osobowym i sprzętowym. W dniu 5 września 2011 r. inspektor nadzoru J. D. w dzienniku budowy wpisał uwagę o potrzebie zwiększenia prac budowlanych. Potrzebę tę w tej samej dacie potwierdził wpisem w dzienniku budowy jej kierownik J. S.. Podczas wykonywania robót budowlanych powstała konieczność przeprojektowania zejścia do piwnicy budynku. W związku z tym pozwany wystąpił o zmianę pozwolenia na budowę w oparciu o projekt zamienny, a następnie zlecono powodowi wykonanie robót zamiennych zejścia do piwnicy budynku. Podwykonawca powoda przystąpił do wykonania przebudowy schodów zewnętrznych zejścia do piwnicy oraz zadaszenia schodów pomiędzy dniem 21 i 24 września 2011 r., w oparciu o decyzję z dnia 13 września 2011 r. i stanowiącą jej załącznik dokumentację zamienną projektu budowlanego. Normatywny czas na wykonanie robót dodatkowych wynosił 27 dni. Wykonywanie robót dodatkowych nie wstrzymywało pozostałych prac budowlanych objętych umową. Powód na dzień 30 września 2011 r. nie wykonał następującego zakresu robót objętych umową: montażu komina dwuosobowego żaroodpornego, wymiany drzwi zewnętrznych, obróbki blacharskich murków ogniowych, doklejenia papy przy obróbkach, roboty

murowanego komina wentylacyjnego na wysokim dachu, malowania elewacji, nie uprzątnął terenu budowy oraz nie złożył dokumentów wymaganych do odbioru. Niewykonanie powyższych prac budowlanych nie miało związku z wykonywaniem prac dotyczących zejścia do piwnicy budynku w oparciu o projekt zamienny. Zaawansowanie prac budowlanych realizowanych w oparciu o projekt zamienny zejścia do piwnicy budynku na dzień 30 września 2011 r. wynosiło 51,70 %. Roboty dodatkowe związane z przyklejeniem dodatkowej warstwy styropianu zwiększały normatywny nakład pracy o 75, 3616 r-g. Z kolei zmiana technologii sposobu docieplenia stropodachu części niższej budynku zmniejszyła normatywny nakład pracy na wykonanie przedmiotu umowy o 432,1846 r-g. Zmiany w sposobie wykonania robót budowlanych nie miały negatywnego wpływu na termin końcowy wykonania robót objętych umową. Powód w piśmie z dnia 23 września 2011 r. zwrócił się do pozwanego o przedłużenie terminu wykonania robót do dnia 30 października 2011 r. nie uzyskując zgody inwestora, co znalazło wyraz w jego piśmie z dnia 29 września 2011 r. Roboty budowlane zakończono w dniu 12 listopada 2011 r. W dniu 24 listopada 2011 r. miał miejsce skuteczny odbiór końcowy robót budowlanych, co znalazło odzwierciedlenie we wpisach kierownika budowy i inspektora nadzoru inwestorskiego, w dzienniku budowy oraz w protokołach odbioru. Wówczas przedstawiono wymagany przez § 5 ust. 8 umowy kosztorys powykonawczy. W dniu 25 listopada 2011 r. powód wystawił fakturę, w której określił należne mu wynagrodzenie na kwotę 151.062,97 zł brutto. Pozwany w dniu 23 grudnia 2011 r. zapłacił powodowi kwotę 12.381,89 zł, albowiem pozostałą część wynagrodzenia określonego przez powoda tj. 138.681,08 zł potrącił z przysługującą mu wierzytelnością z tytułu kary umownej wynikającej z § 7 ust.1 pkt. 1 i 3 umowy z dnia 15 lipca 2011 r., obejmującej okres opóźnienia w wykonaniu zobowiązania wynoszący 54 dni, biegnący od dnia 1 października 2011 r. do dnia 23 listopada 2011 r.

Sąd Okręgowy zważył, że osiłą sporu w niniejszej sprawie było zaistnienie przesłanek uprawniających pozwanego do żądania od powoda kary umownej wynikającej z § 7 ust.1 pkt 1 i 3 umowy z dnia 15 lipca 2011 r. Pozwany konsekwentnie twierdził, że powód, z przyczyn go obciążających, nie wykonał umowy w terminie tj. do dnia 30 września 2011 r. Opóźnienie w wykonaniu robót objętych umową, zdaniem powoda, wyniosło 54 dni. Podkreślano także, że w terminie umownym nie przedstawiono dokumentów, o których mowa w § 5 ust.8 umowy. Powód akcentował z kolei, że opóźnienie w wykonaniu robót budowlanych nie wynikało z przyczyn leżących po jego stronie, stanowiło zaś konsekwencję zlecenia mu robót zamiennych oraz robót dodatkowych. Zdaniem Sądu orzekającego powód przy wykonywaniu umowy posługiwał się podwykonawcą, za którego działania ponosi pełną odpowiedzialność wobec pozwanego. Poza sporem było, że podwykonawca powoda przystąpił do prac budowlanych dopiero w dniu 17 sierpnia 2011 r., zatem dopiero po upływie 21 dni od przekazania terenu budowy, co miało miejsce w dniu 26 lipca 2011 r. Sąd Okręgowy uznał za wiarygodne zeznania świadków M. O., J. D., S. P. (1), M. Ż., z których wynikało, że tempo prac budowlanych nasuwało zastrzeżenia, wielokrotnie na terenie budowy nie prowadzono żadnych prac, miały miejsce kilkudniowe przestoje. Znalazło to także wyraz w zapisach w dzienniku budowy. Niezależnie od powyższego, stan robót budowlanych w sposób obiektywny przedstawia dokumentacja zdjęciowa załączona do pisma pozwanego z dnia 16 maja 2012 r. W oparciu o opinię biegłego z zakresu budownictwa S. P. (2) której strony ostatecznie nie kwestionowały, Sąd orzekający ustalił, że roboty dodatkowe związane z wykonaniem innego, w stosunku do pierwotnego projektu, zejścia do piwnicy budynku w żaden sposób nie wstrzymywały wykonywania prac budowlanych objętych umową. Innymi słowy, niewykonanie w dniu 30 września 2011 r. części prac wymienionych w § 1 ust. 3 umowy nie miało związku z wykonywaniem prac budowlanych dotyczących zejścia do piwnicy. Sąd ten podkreślił także, że na dzień 30 września 2011 r. zaawansowanie prac dotyczących budowy zejścia do piwnicy budynku wynosiło 51,70 %, zaś rozpoczęły się one pomiędzy 21 i 24 września 2011 r., z kolei normatywny czas ich wykonywania to zgodnie z opinią biegłego 27 dni. W oparciu o powyższe Sąd I instancji zważył, że powód (w istocie jego podwykonawca) był w stanie realizować prace zamienne (dodatkowe), równoległe do pozostałych robót objętych umową, niezależnie od tego, czy dysponował projektem zamiennym, skoro do dnia 30 września 2011 r. zrealizował około 50 % z zakresu tych prac, które według wyliczeń biegłego, miały trwać 27 dni. Szacunkowo zatem można w ocenie Sądu orzekającego przyjąć, że roboty przy zejściu do piwnicy powinny być zakończone do dnia 13 października 2011 r., bowiem od dnia 30 września 2011 r. pozostało do wykonania 48,30 % zakresu prac. Moment przekazania powodowi projektu zamiennego nie miał znaczenia o tyle, że jego brak nie wstrzymał definitywnie prac budowlanych przy zejściu do piwnicy. Ponadto sytuacja ta nie powodowała, że tempo prac wynikających z umowy musiało ulec zmniejszeniu. Zdaniem Sądu I instancji, powoda nie może obciążać ten stan rzeczy, który wynikał z konieczności

przeprojektowania wejścia do piwnicy budynku co wydłużyło termin realizacji robót budowlanych w tym zakresie. Niemniej jednak powyższe stwierdzenie nie może także implikować wniosku, że pozostały zakres robót objętych umową nie mógł być przez powoda wykonany w terminie umownym tj. przed dniem 30 września 2011 r. W ocenie Sądu Okręgowego fakt niewykonania części przedmiotu umowy w terminie umownym obciąża powoda, bowiem nie wykazał on, że ten stan rzeczy jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. W kontekście tego stwierdzenia podkreślenia wymaga wynikający z opinii biegłego wniosek, że zmiana technologii wykonania części robót (przyklejenie drugiej warstwy styropianu, zmiana docieplenia stropodachu w niższej części budynku) nie wpłynęła na normatywny czas wykonywania tych robót, przeciwnie, spowodowała, że powód zaoszczędził 432 r - g, a zatem tym bardziej powinien być w stanie wywiązać się z umowy, jeżeli chodzi o termin wykonania robót. Tymczasem na dzień 30 września 2011r szereg prac objętych umową nie został wykonany, co potwierdza dokumentacja fotograficzna załączona przez pozwanego (k.233-248) oraz opinia biegłego i co nie było kwestionowane przez powoda. Wskazał Sąd Okręgowy, iż powód uchybił także obowiązkowi wynikającemu z § 5 ust. 8 umowy, który był objęty karą umowną (§ 7 ust. 3 umowy), bowiem kosztorys powykonawczy i operat kolaudacyjny przedstawił pozwanemu dopiero w dniu 23 listopada 2011 r.

W konsekwencji Sąd Okręgowy przyjął, iż nienależyte wykonanie przez powoda umowy łączącej strony, polegające na zwłoce w wykonaniu robót budowlanych oraz przedstawieniu inwestorowi dokumentacji wymaganej przez umowę, jest następstwem okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność. Obrona powoda przed podnoszonym przez stronę pozwaną zarzutem naruszenia stosunku zobowiązaniowego nie powiodła się, stąd wchodzi w rachubę jego odpowiedzialność z tytułu ustalonej w umowie łączącej strony kary umownej. Przedstawionego wyżej poglądu nie mogły zmienić zeznania J. S., P. M. i A. Z., bowiem przedstawili oni, zwłaszcza dwaj pierwsi świadkowie, własne poglądy co do przebiegu robót budowlanych, zbyt odwoływali się do kwestii zmiany projektu zejścia do piwnicy budynku na uzasadnienie opóźnienia w wykonaniu pozostałej części prac budowlanych, co jak wynika z wniosków opinii biegłego, nie mogło mieć wpływu na tempo i przebieg tych prac.

Sąd Okręgowy zważył dalej, że wina dłużnika w niewykonaniu lub w nienależytym wykonaniu zobowiązania umownego nie wyłącza możliwości obniżenia kary umownej w oparciu o art. 484 § 2 kc. Z § 7 ust.1 pkt.1 umowy wynika, że kara dotyczy opóźnienia w wykonaniu całości, bądź części przedmiotu umowy. Kara umowna została odniesiona do wynagrodzenia netto przysługującego powodowi należnego od wartości wszystkich robót budowlanych. Zdaniem Sądu I instancji przyjęć zatem można na gruncie treści § 7 ust.1 pkt.1 umowy, że co do zasady wchodzi w rachubę miarkowanie kary umownej z uwagi na wykonanie przez powoda w umówionym terminie części zobowiązania. Tego rodzaju rozwiązanie dopuszczono w orzecznictwie Sądu Najwyższego, przy czym zastrzegano, że musi ono opierać się na założeniu, że częściowe wykonanie zobowiązania zaspokaja godny ochrony interes wierzyciela. Porównując umowny zakres robót budowlanych z zakresem tych robót, których nie wykonano do dnia 30 września 2011 r. (za wyjątkiem robót dotyczących wejścia do piwnicy budynku, bowiem zmiana pierwotnego projektu budowlanego, a tym samym sposobu wykonania tych prac budowlanych wpłynęła na czas, kiedy mogły być zakończone, co nie może obciążać powoda) Sąd I instancji stwierdził, że nie jest on znaczny, innymi słowy, powód w znacznej części wykonał zobowiązanie do w/w daty. Okoliczności faktyczne sprawy, w tym głównie ustalone na bazie twierdzeń pozwanego inwestora, nie wskazują aby częściowe wykonanie zobowiązania w terminie umownym nie miało dla niego znaczenia. Sąd orzekający zważył nadto, że zmniejszenie zastrzeżonej kary umownej może opierać się na łącznym stosowaniu obu wskazanych w art. 482 § 2 kc podstaw miarkowania. Tym bardziej istnieje do tego podstawa in concreto z uwagi na fakt, że ta zastosowana wobec powoda jest rażąco wygórowana. Sąd I instancji zważył, że wśród kryteriów, na jakie wskazuje się na gruncie oceny rażącego wygórowania kary umownej spotkać można stosunek jej wysokości do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela, ewentualnie wysokości odszkodowania przysługującego wierzycielowi na zasadach ogólnych. Ponadto wskazuje się na relacje między wysokością kary umownej, a wysokością wynagrodzenia należnego stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej, a także na kryterium o charakterze słusnościowym. Celem miarkowania kary umownej ma być zapobieżenie dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary, a godnym ochrony interesem wierzyciela. Kara umowna będąc surogatem odszkodowania nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia podmiotu uprawnionego. Przenosząc powyższe uwagi na realia sprawy Sąd I instancji doszedł do wniosku o tym, że wyliczona przez pozwanego kara umowna stanowi 91,80 %

należnego mu wynagrodzenia, określonego w fakturze z dnia 25 listopada 2011 r. Zdaniem Sądu z tego punktu widzenia kara ta jawi się jako rażąco wygórowana. Pochłania ona praktycznie całość świadczenia należnego powodowi, w sytuacji kiedy ostatecznie wykonał wszystkie roboty objęte umową. W toku postępowania pozwany nie wskazywał na okoliczności faktyczne świadczące o poniesieniu szkody majątkowej. Jakkolwiek samo opóźnienie w wykonaniu zobowiązania przez dłużnika stanowi o naruszeniu interesów wierzyciela, to nie zawsze skutkuje powstaniem szkody po jego stronie, co potwierdza stan faktyczny sprawy. Znamienne dla omawianego w tym miejscu aspektu sprawy są zeznania M. O. – kierownika Zarządu Dróg Powiatowych w O., z których nie wynika, że doszło do powstania szkody po stronie pozwanego. Sąd Okręgowy dodał, że ani świadomość stron ani zasada swobody stosunków zobowiązaniowych nie stoi na przeszkodzie uznaniu zastrzeżonej kary umownej za wygórowaną. Okres opóźnienia strony powodowej wynoszący 54 dni, w stosunku do okresu, w jakim miała być wykonana umowa, biegnącego od dnia 26 lipca 2011 r. tj. od przekazania placu budowy - 71 dni, wynosi aż 76 %. Opóźnienie powoda z tego punktu widzenia ma charakter znaczny, co wpływa na to, iż miarkowanie kary umownej nie może być nadmierne, gdyż powodowałoby zachwianie jednoczesnej, w procedurze miarkowania, ochrony interesów inwestora. Jeżeli zatem weźmie się pod uwagę, że pozwany nie doznał szkody majątkowej w związku z opóźnionym wykonaniem robót budowlanych przez powoda, a z drugiej strony, że okres opóźnienia jest znaczny, to należało zdaniem Sądu orzekającego dojść do wniosku, że ustalona w umowie kara umowna (2% wynagrodzenia netto za każdy dzień opóźnienia) powinna być obniżona o 40 %, a więc do wskaźnika wynoszącego 1,2 % wynagrodzenia netto za każdy dzień opóźnienia. W tej sytuacji kara umowna wynosi 83.208,64 zł. Wynagrodzenie należne stronie powodowej stanowi kwotę 151.062,97 zł. Pozwany zapłacił do tej pory powodowi 12.381,89 zł, stąd do zapłaty pozostała kwota dochodzona pozwem, jednakże z uwagi na wysokość zamiarkowanej kary umownej (83.208,64 zł) do zapłaty na rzecz powoda pozostaje kwota 55.472,44 zł. W pozostałym zakresie zaś powództwo podlegało oddaleniu.

Odsetki ustawowe od zasądzzonego świadczenia głównego w wyżej wymienionej wysokości Sąd I instancji zasądził zgodnie z żądaniem pozwu ponieważ powód wystawiając fakturę określił w niej termin płatności na 30 dni, które upływały przed wymienioną datą. O poniesionych przez strony kosztach procesu, które na zasadzie kompensaty stosunkowo rozdzielono, Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 100 zd.1 kpc w zw. z art. 98 § 3 kpc. Miał na uwadze, iż powód wygrał sprawę w 40%, poniósł koszty w łącznej kwocie 15.552 zł, natomiast pozwany poniósł koszty w kwocie 3617 zł, a łączne koszty procesu za I Instancję wyniosły 19.169 zł.

Powyższy wyrok zaskarżył apelacją powód w części, tj. w zakresie punktu drugiego i trzeciego i wniósł o jego zmianę przez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda dodatkowo kwoty 83.209,56 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 28 grudnia 2011 r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu za obie instancje.

Skarżący zarzucił naruszenie prawa materialnego, tj. art. 484 § 2 kc poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że w ustalonym stanie faktycznym w szczególności w kontekście stwierdzenia, że pozwany nie poniósł szkody wskutek opóźnienia w zakończeniu przedmiotu umowy nr (...)/ (...) z dnia 15.07.2011 (opóźnienia w wykonaniu robót budowlanych czy też opóźnienia dokonania odbioru końcowego robót), zachodzą podstawy do miarkowania kary umownej z powodu jej rażącego wygórowania jedynie o 40% w sytuacji, gdy kara umowna pozostała rażąco wygórowana nawet po dokonaniu takiego miarkowania - stanowiąc 55% wynagrodzenia umownego powoda (1,2% za każdy dzień opóźnienia). Zarzucił nadto naruszenie prawa materialnego art. 483 §1 kc w związku z art. 471 kc poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, polegające na przyjęciu w ustalonym stanie faktycznym, że zmiana dokumentacji projektowej w zakresie przebudowy schodów zewnętrznych oraz zadaszenia schodów, skutkująca zmianą zakresu robót wykonywanych przez powoda (wykonanie robót dodatkowych o normatywnym czasie trwania 27 dni) nie świadczy o tym, że opóźnienie w wymiarze 27 dni było skutkiem okoliczności za które powód nie ponosi odpowiedzialności.

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja jest częściowo zasadna.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy i czyni je podstawą również własnego rozstrzygnięcia. Ustalenia te znajdują oparcie w zebranych w postępowaniu pierwszoinstancyjnym materiale dowodowym, oparte są na prawidłowej jego ocenie, spełniającej wymogi art.233§1 kpc i nie zostały w postępowaniu apelacyjnym zakwestionowane, apelacja koncentruje się bowiem jedynie na zarzutach naruszenia prawa materialnego. Skarżący nie zgłosił żadnych zarzutów dotyczących naruszenia przez Sąd Okręgowy prawa procesowego, a Sąd odwoławczy związany jest uchybieniami prawa procesowego wskazanymi przez stronę w apelacji (por. uchwała składu siedmiu sędziów SN z 31 stycznia 2008, III CZP 49/07, OSNC 2008/6/55). Natomiast Sąd Apelacyjny z urzędu nie stwierdził, by doszło do uchybień skutkujących nieważnością postępowania (art. 378§1 kpc).

Sąd Apelacyjny podziela zasadniczo także rozważania prawne poczynione przez Sąd Okręgowy i się do nich odwołuje bez potrzeby ich ponownego powtarzania.

Bezzasadny był zarzut naruszenia art.483§1 kc w zw z art.471 kc. W tym zakresie skarżący nie kwestionując ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Okręgowy uznaje, iż wobec przyjęcia, że powód mógł przystąpić do wykonywania robót związanych z zejściem do piwnicy po uzyskaniu przez inwestora zmiany pozwolenia na budowę w oparciu o projekt zamienny pod koniec września 2011r, to czas wykonywania tych robót nie może być traktowany jako zawinione opóźnienie w ich realizacji. Wobec ustalenia przez biegłego, iż czas normatywny na wykonanie tych robót wynosi 27 dni, skarżący stoi na stanowisku, iż czas ten powinien być doliczony do określonego umową czasu przewidzianego na realizację inwestycji, a to z kolei prowadzi do wniosku, że za 27 dni opóźnienia powód nie może ponosić odpowiedzialności, a kara umowna za ten okres nie powinna być naliczona.

Stanowiska tego nie sposób podzielić. Przede wszystkim z poczynionych w sprawie ustaleń wynika, iż prace związane z realizacją zejścia do piwnicy rozpoczęły się 21 i 24 września 2011r, a mimo normatywnego czasu ich wykonywania określonego przez biegłego na 27 dni, na dzień 30 września 2011r zaawansowanie wykonania tych prac wynosiło 51,70%, z czego wniosek, że po okresie umownym pozostało do wykonania jedynie 48,30% tych prac i jak prawidłowo przyjął Sąd Okręgowy powinny być one zakończone do 13 października. Przyjąć również należy, za tym Sądem, iż data przekazania powodowi projektu zamiennego przez pozwanego, o tyle nie miała znaczenia, iż jego brak jak wynika z opinii biegłego nie wstrzymywał definitywnie prac budowlanych przy zejściu do piwnicy.

Z powyższego nie sposób jednak wyprowadzić wniosku jakoby za okres 13 dni po upływie okresu umownego w ogóle nie należała się kara umowna za opóźnienie w realizacji prac.

Z poczynionych w sprawie ustaleń w oparciu o opinię biegłego wynika bowiem jednoznacznie, iż zlecenie powodowi zamiennych prac budowlanych obejmujących wykonanie zejścia do piwnicy nie wstrzymywało w żaden sposób realizacji pozostałych prac budowlanych objętych umową, a zmiana technologii wykonywania części robót w postaci przyklejenia drugiej warstwy styropianu i zmiana docieplenia stropodachu w niższej części budynku nie wpłynęła na normatywny czas wykonywania tych robót, a w istocie doprowadziła do zaoszczędzenia przez powoda 432 r-g, co nie przełożyło się jednak na terminowe wykonanie umowy.

Skoro powód mógł terminowo, bez wykonania zejścia do piwnicy, wykonać wszystkie prace objęte umową z 15 lipca 2011r, a jak się okazało szereg tych prac wymienionych szczegółowo w motywach rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego (k.482), według stanu na 30 września 2011r nie zostało wykonanych, a opóźnienie to pozostawało bez jakiegokolwiek związku ze zleceniem prac zamiennych obejmujących zejście do piwnicy, to nie sposób jest twierdzić, że za nieterminowe wykonanie tych prac, objętych pierwotną umową powód nie ponosi odpowiedzialności. Nie sposób również akceptować tezy jakoby usprawiedliwione opóźnienie w realizacji prac zamiennych związanych z wykonaniem zejścia do piwnicy, zwalniało powoda z odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie pozostałych prac.

Argumentacja skarżącego w tym zakresie nie uwzględnia postanowień umowy łączącej strony, zgodnie z którą kara umowna należała się za opóźnienie w wykonaniu całości lub części przedmiotu umowy (§7 ust.1 pkt 1), wystarczy zatem, że opóźnienie dotyczyło części prac objętych umową, a nie tylko ich całości. Stanowisko skarżącego zasługiwałoby zatem na uwzględnienie, gdyby wszystkie prace zostały wykonane do 30 września 2011r, a powód

zalegał jedynie z wykonaniem prac zamiennych zejścia do piwnicy. Poza sporem jednak pozostaje, że stan faktyczny sprawy kształtuje się w tym zakresie odmiennie. Powód nie wykazał zatem by według stanu na 30 września 2011r, nie zalegał bez swej winy z wykonaniem części robót objętych umową, co czyni bezzasadnym zarzut naruszenia art.483§1 kc w zw z art.471 kc. Do powstania obowiązku zapłaty kary umownej niezbędne jest bowiem istnienie skutecznego postanowienia umownego kreującego obowiązek świadczenia kary oraz niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez powoda, które to przesłanki zostały w sprawie spełnione. Powód z przyczyn wyżej podniesionych nie obalił przy tym skutecznie domniemania wynikającego z art.471 kc, mimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu.

Częściowo zasadny był zarzut naruszenia art.484§2 kc, albowiem mimo dokonanego przez Sąd Okręgowy miarkowania kary umownej poprzez jej obniżenie o 40% ( z kwoty 138.681,08 zł do 83.208,64 zł) kara ta nadal , jak trafnie podnosi skarżący jest rażąco wygórowana.

Sąd Okręgowy w sposób prawidłowy zinterpretował art. 484§2 kc oraz przytoczył kryteria, które w świetle tej regulacji mogą prowadzić do redukcji kary umownej, jednak zakres miarkowania kary umownej zastosowany w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy należy uznać za niewystarczający.

Sąd Okręgowy miarkując karę umowną uwzględnił, iż powód do 30 września 2011r wykonał zobowiązanie w znacznej części, a wierzyciel na skutek zwłoki w realizacji zobowiązania nie poniósł żadnej szkody. Z drugiej strony miał na względzie, iż samo opóźnienie w realizacji zobowiązania stanowi naruszenie interesów inwestora, a okres opóźnienia wyniósł łącznie 54 dni czyli był znaczny, skoro stanowił 76% okresu w którym miała być zrealizowana umowa, licząc od przekazania placu budowy. W konsekwencji uznał, iż kara umowna w kwocie 138.681,08 zł stanowiąca 91,80% należnego powodowi wynagrodzenia jest rażąco wygórowana i zmiarkował ją do kwoty 83.208,64 zł ( 1,2% wynagrodzenia netto za każdy dzień opóźnienia, zamiast 2% wynagrodzenia netto za każdy dzień opóźnienia uzgodnionego przez strony).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego tak ustalona kara umowna nadal jest rażąco wygórowana, przez dostatecznie nie uwzględnienie, iż wierzyciel nie poniósł na skutek zwłoki dłużnika szkody majątkowej, a wysokość kary stanowi około 55% wynagrodzenia umownego.

W konsekwencji Sąd Apelacyjny uznaje, iż w stanie faktycznym sprawy kara umowna powinna być zmniejszona o 60% czyli z kwoty 138.681,08 zł do kwoty 55.472,43 zł (0,8% wynagrodzenia umownego netto / 128 408,41 zł / za dzień opóźnienia x 54 ). Wobec ustalenia, iż wynagrodzenie powoda powinno wynosić 151.062,97 zł, z czego pozwany wypłacił 12.381,89 zł, a Sąd Okręgowy w punkcie pierwszym wyroku zasądził 55.472,44 zł, do zasądzenia pozostaje kwota 27.736,22 zł stanowiąca różnicę między należnym powodowi wynagrodzeniem 151.062,97 zł, a ostatecznie określoną przez Sąd Apelacyjny karą umowną stanowiącą 40% kary ustalonej w oparciu o postanowienie umowne (55.472,43 zł).

Mechanizm miarkowania kary umownej ma umożliwiać dokonanie oceny czy ustalona kara umowna uwzględniając konkretne okoliczności niewykonania czy nienależytego wykonania zobowiązania, nie pozostaje w dysproporcji do zaistniałych z tego powodu skutków dla obu stron stosunku obligacyjnego. Instrument miarkowania musi być jednak stosowany ostrożnie, przy możliwie szerokim poszanowaniu woli stron, zwłaszcza w obrocie profesjonalnym, gdzie można oczekiwać większej staranności i umiejętności oceny ryzyka związanego z zaakceptowaniem postanowień kontraktowych odnoszących się do kary umownej. Powściągliwe stosowanie prawa redukcji dyktuje również wykładnia funkcjonalna, skoro miarkowanie osłabia zarówno stymulacyjno- represyjny jak i kompensacyjny skutek kary umownej.

Za dalszą redukcją kary do 40% jej wartości przemawia stosunek wartości całego zobowiązania do wysokości kary umownej, która w wysokości naliczonej przez pozwanego stanowiła 91,80%, a w wysokości określonej przez Sąd Okręgowy stanowi 55% wynagrodzenia umownego, co nadal stanowi nieadekwatną do okoliczności sprawy dysproporcję. Kara umowna zredukowana do 40% i wynosząca 55.472,43 zł, stanowi około 36% wynagrodzenia umownego netto, co z jednej strony zapewnia jej dolegliwość, niezbędną z uwagi na funkcję represyjną i stymulacyjną,

którą jej nadały strony w umowie, a z drugiej strony zapewnia zachowanie adekwatnych proporcji między wysokością kary umownej, a wysokością wynagrodzenia wykonawcy.

Przesłanką przemawiającą za dalszą redukcją kary umownej do tego poziomu jest również poczynione przez Sąd Okręgowy ustalenie, iż pozwany nie poniósł szkody majątkowej, na skutek zwłoki w realizacji zobowiązania przez powoda.

Udowodnienie przez dłużnika, iż wierzyciel nie poniósł szkody, co do zasady nie zwalnia go od zapłaty kary umownej, a w art.484§1 zd.1 kc ustawodawca *expressis verbis* zanegował istnienie bezpośredniej zależności między wysokością zaistniałej szkody a wysokością roszczenia o karę umowną (por. wyrok SN z 2.06.1970r. , II CR 167/70, OSNCP 1970 Nr 11 poz. 214, wyrok SN z 7.02.1975r., III CR 406/74, OSNC 1976 Nr 2 poz. 34, wyrok SN z 20.05.1980r, OSNCP 1980 Nr 12 poz. 243, uchwała SN (7) z 6.11.2003r., III CZP 61/03, OSP 2004 Nr 9 poz. 115 mająca moc zasady prawnej z głosem J. Jastrzębskiego).

Okoliczności powstania szkody i jej wysokość nie są natomiast całkowicie pozbawione znaczenia, mogą być bowiem przez Sąd badane na potrzeby miarkowania kary umownej (art. 484§2 kc). Nie prowadzą one do uchylenia obowiązku zapłaty kary umownej, ale mogą doprowadzić do zredukowania jej wielkości, która to redukcja w ocenie Sądu Apelacyjnego niedostatecznie została dokonana przez Sąd Okręgowy, skoro kara stanowi 55% wynagrodzenia umownego, bez szkody majątkowej po stronie wierzyciela.

Z drugiej strony postulowana przez skarżącego redukcja ponad 40% kary umownej nie zasługuje na uwzględnienie prowadziłaby bowiem do zatracenia funkcji stymulacyjnej i represyjnej kary umownej którą jej nadały strony. Za odmową dalszej redukcji kary umownej przemawia także czas trwania naruszenia przez dłużnika obowiązków kontraktowych, zwłaszcza, że strony terminowemu wykonaniu umowy nadały dużą wagę, o czym świadczy zarówno wysokość kary umownej jak i jej naliczanie za każdy dzień opóźnienia, co uwypukla represyjną i stymulacyjną funkcję kary umownej, abstrahującą od wystąpienia po stronie wierzyciela kary majątkowej.

Przedsiębiorca, który zawiera umowę z terminem wykonania 2,5 miesiąca, przy świadomości wysokich kar umownych za opóźnienie w realizacji zobowiązania, a przystępuje do jej wykonania 21 dni po przekazaniu placu budowy, prowadząc dodatkowo prace budowlane przy niewielkim zaangażowaniu osobowym i sprzętowym, nie może oczekiwać redukcji kary umownej w sposób niwelujący funkcje represyjną i stymulacyjną tej kary. Odmienne stanowisko skarżącego pomija, iż zagrożenie wysoką karą umowną ma dyscyplinować dłużnika do terminowego wykonania zobowiązania, a obowiązek świadczenia kary umownej ma stanowić dla dłużnika także sankcję za sam fakt nienależytego wykonania zobowiązania, niezależnie od wystąpienia po stronie wierzyciela szkody majątkowej.

Redukcja kary umownej w oczekiwanym przez skarżącego zakresie (0,2% za każdy dzień opóźnienia) ingerowałaby w postanowienia umowy łączącej strony w sposób eliminujący funkcję represyjną i stymulacyjną kary umownej, premiując postępowanie powoda, który mimo wysokiego ryzyka zagrożenia karami umownymi realizował umowę w sposób, który doprowadził do opóźnienia w realizacji zobowiązania.

Tymczasem sam fakt niewykonania zobowiązania w terminie narusza interesy wierzyciela, który co oczywiste jest zainteresowany terminowym wykonaniem zobowiązania. Zastrzeżona kara umowna ma mu rekompensować wszystkie niedogodności powstałe z tego tytułu, choćby nie wiązały się ze szkodą majątkową. Niewątpliwie przedłużone prowadzenie inwestycji prowadziło do utrudnień w bieżącym funkcjonowaniu organu administracji, którym jest Zarząd Dróg Powiatowych w O., którego budynek objęty był umową stron. Umowa dotycząca termomodernizacji budynku, nakierowana była przy tym na poprawę jego funkcjonalności i kosztów użytkowania, co nie zostało z przyczyn obciążających podwykonawcę powoda, za którego skarżący ponosi odpowiedzialność, zrealizowane w terminie. Etap do którego inwestycja została zrealizowana według stanu na 30 września 2011r, jest przy tym zilustrowany w dokumentacji fotograficznej znajdującej się w aktach sprawy (k.230-237).

W konsekwencji zbyt daleko idąca redukcja kary umownej, czyniąca karę tą niedolegliwą z punktu widzenia powoda czy jego podwykonawcy, mogłaby prowadzić do zachwiania ochrony interesów inwestora i bagatelizowania



obowiązków umownych zagrożonych karą umowną, skoro w razie potrzeby można uzyskać jej redukcję do poziomu akceptowalnego z punktu widzenia interesów ekonomicznych zobligowanego do uiszczenia tej kary.

Kara umowna zredukowana do kwoty 55.472,43 zł, założenia te spełnia z jednej strony jest bowiem dolegliwa, a z drugiej strony nie jest rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484§2 kc.

Nie można również podzielić argumentacji apelacji jakoby za dalej idącą redukcją kary miał przekonywać §7 ust.1 pkt 4 umowy stron, w którym strony ustaliły, iż zamawiającemu należy się kara umowna w wysokości 20% wynagrodzenia umownego netto z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn obciążających wykonawcę (k.27). Z powyższego postanowienia umownego skarżący wyciąga wniosek, iż gdyby z jego przyczyn doszło do odstąpienia od umowy zapłaciłby karę umowną w wysokości 20% wynagrodzenia umownego netto, tymczasem w rozpatrywanym przypadku ostatecznie wykonał umowę w całości i to w taki sposób, że wierzyciel nie poniósł szkody, a obciążająca go kara umowna jest znacznie większa. Wysuwając ten argument skarżący nie dostrzega, iż zgodnie z §7 ust.1 pkt 1 umowy stron, w razie opóźnienia za wykonanie przedmiotu umowy w całości lub w części, kara umowna będzie wynosiła zgodnie z ustaleniami stron 2% wynagrodzenia netto za wykonanie przedmiotu umowy, za każdy dzień opóźnienia, z zastrzeżeniem, że kary te są należne zamawiającemu również w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (k.27). Oznacza to, iż wbrew zarzutom apelacji kara umowna z tytułu opóźnienia w realizacji części lub całości przedmiotu umowy podlegała kumulacji z karą za odstąpienie od umowy z przyczyn obciążających wykonawcę, wysokość kary za odstąpienie od umowy nie jest zatem argumentem mającym przemawiać za obniżeniem kary za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania.

Nie przekonuje również argument, jakoby przy miarkowaniu kary umownej Sąd nie powinien uwzględniać okresu opóźnienia w realizacji inwestycji, skoro w orzecznictwie i doktrynie zgodnie przyjęto, iż jednym z elementów uwzględnianych przez Sąd przy stosowaniu art. 484§2 kc jest zakres i czas trwania naruszenia przez ubiegającego się o redukcję powinności kontraktowych i stopień jego zawinienia. W konsekwencji uznaje się, że incydentalne naruszenie obowiązków umownych przemawia za większą redukcją kary, a znaczące naruszenie obowiązków umownych za nie dokonywaniem redukcji lub jej zmniejszeniem.

Ponadto, argumentacja skarżącego w tym zakresie całkowicie abstrahuje od treści umowy podpisanej przez strony. Tymczasem strony w ramach przysługującej im swobody umów (art. 353<sup>1</sup> kc) i autonomii woli mogły wykorzystać ten instrument prawny do celów założonych przez zamawiającego. Naliczanie kary umownej za opóźnienie w realizacji zobowiązania od wartości całej umowy za każdy dzień opóźnienia oznacza położenie nacisku na funkcję stymulacyjną kary umownej, która niezależnie od funkcji kompensacyjnej ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania jak i funkcję represyjną, będącą cywilnoprawną sankcją za działanie lub zaniechanie dłużnika niezgodne z umową.

Oczekiwanie skarżącego który uznaje, iż nie powinien ponosić, żadnej bądź symboliczną odpowiedzialność finansową za nienależyte wykonanie zobowiązania, bagatelizując interes drugiej strony umowy i założone przez strony funkcje kary umownej, nie może być aprobowane.

Z przytoczonych względów na podstawie art. 386§1 kpc orzeczono jak w punkcie II a sentencji, zasądzając dodatkowo od pozwanego na rzecz powoda kwotę 27.736,22 zł z ustawowymi odsetkami od 28 grudnia 2011r do dnia zapłaty tytułem brakującej części wynagrodzenia, z uwagi na ostateczne ustalenie kary umownej na kwotę 55472,43 zł i oddalając powództwo w pozostałej części. Uwzględnienie żądania dodatkowo co do kwoty 27.736,22 zł powodowało konieczność zmiany rozstrzygnięcia o kosztach procesu za I Instancję, ostatecznie powód wygrał sprawę co do kwoty 83.208,65 zł, czyli w 60%. Skoro łączne koszty procesu za I Instancję wyniosły 19.169 zł, z czego powód poniósł 15.552 zł, a pozwany 3617 zł, to zmieniona proporcja wyniku procesu za I Instancję uzasadniała zmianę rozstrzygnięcia w punkcie III zaskarżonego wyroku, sprostowanego postanowieniem Sądu Okręgowego z 13 czerwca 2013r, przez podwyższenie zasądzonej w nim kwoty tytułem kosztów procesu z 4050,60 zł do 7.667,60 zł, o czym orzeczono jak w punkcie II b sentencji. W pozostałym zakresie apelacja podlegała oddaleniu jako bezzasadna na podstawie art. 385 kpc o czym orzeczono jak w punkcie III sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono jak w punkcie IV dokonując ich stosunkowego rozdzielenia stosownie do wyniku sporu w instancji odwoławczej na podstawie art.100 kpc. Powód wygrał sprawę w postępowaniu apelacyjnym w 33%, poniesione przez niego koszty wyniosły 6861 zł ( 4161 zł opłata od apelacji, 2700 zł koszty zastępstwa). Pozwany wygrał sprawę w postępowaniu apelacyjnym w 67%, poniesione przez niego koszty wyniosły 2700 zł tytułem zastępstwa procesowego. Łączne koszty postępowania apelacyjnego poniesione przez strony wyniosły 9561 zł, co przy ustalonym procencie wygrania sprawy przez powoda uzasadnia zasądzenie na jego rzecz od pozwanego kwoty 455,13 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sprostowania niedokładności w oznaczeniu powoda w zaskarżonym wyroku dokonano na podstawie art. 350§3 w zw z 350§1 kpc ujmując wymienioną w zaskarżonym wyroku nazwę powoda w cudzysłów zgodnie z nazwą powoda ujawnioną w KRS (k. 14-23).