

Sygn. akt I ACa 347/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 września 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Maria Iwankiewicz (spr.)
Sędziowie:	SA Danuta Jezierska SA Eugeniusz Skotarczak
Protokolant:	sekr. sądowy Justyna Kotlicka

po rozpoznaniu w dniu 11 września 2014 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa Województwa (...)

przeciwko (...) Spółce Akcyjnej w B.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 27 stycznia 2014 r., sygn. akt I C 732/13

I. oddala obie apelacje,

II. zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 900 (dziewięćset) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Danuta Jezierska Maria Iwankiewicz Eugeniusz Skotarczak

Sygn. akt I ACa 347/14

UZASADNIENIE

W pozwie z 21 marca 2013 r. powód Województwo (...) w S., wniósł o zasądzenie na jej rzecz od pozwanej (...) S.A. z siedzibą w B., kwoty 142.667 złotych z odsetkami ustawowymi od 25 stycznia 2013 r. do dnia zapłaty oraz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu powód podał, że jego roszczenie wynika z kary umownej, obciążającej pozwaną za 6 dni zwłoki w wykonaniu umowy stron z 27 lipca 2011 r. robót budowlanych, w ramach projektu "(...) na odcinku C. - P.". na zasadzie przewidzianej w jej § 13 ust. 1 pkt 1 warunków umowy, stanowiących załącznik Nr 2 do przedmiotowej umowy.

W nakazie zapłaty, wydanym w postępowaniu upominawczym, w sprawie I Nc 118/13, z dnia 18 kwietnia 2013 r., Sąd Okręgowy w Szczecinie, uwzględnił w całości żądanie pozwu.

W sprzeciwie od tego nakazu zapłaty, pozwana (...) S.A. z siedzibą w B., wniosła o oddalenie powództwa w całości i o zasądzenie od powoda, na rzecz pozwanej, kosztów procesu według norm przepisanych.

Uzasadniając swoje stanowisko, pozwana zaprzeczyła, że popadła w zwłokę w wykonaniu umowy stron.

Wyrokiem z dnia 27 stycznia 2014 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie zasądził od pozwanego (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w B. na rzecz powoda - Województwa (...) w S. kwotę 71.333,50 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 25 stycznia 2013 r. do dnia zapłaty, a w pozostałej części powództwo oddalił. Orzekł nadto o kosztach znosząc wzajemnie między stronami koszty zastępstwa procesowego i zasądzając od pozwanego na rzecz powoda kwotę 3.567 zł tytułem zwrotu połowy opłaty od pozwu.

Orzeczenie tej treści Sąd pierwszej instancji wydał po dokonaniu ustaleń faktycznych, z których wynika, że w dniu 27 lipca 2011 r., strony zawarły umowę Nr (...), w ramach projektu współfinansowanego przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, w Ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa (...) na lata 2007 - 2013. Na podstawie tej umowy powód powierzył, a pozwana zobowiązała się do wykonania robót budowlanych, w ramach projektu "(...) na odcinku C. - P.". Strony uzgodniły, że termin zakończenia realizacji umowy przypadnie na 30 czerwca 2012 r. Wynagrodzenie dla pozwanej ustalono, zgodnie z ofertą Wykonawcy z 28 kwietnia 2011 r., na kwotę brutto 11.888.861,21 złotych. W § 2 umowy wykonawca - pozwany zobowiązał się wykonać i zakończyć realizację przedmiotu umowy do 30 czerwca 2012 r. Załącznikiem do tej umowy, na podstawie jej § 1 były "Warunki Umowy". W § 13 Warunków Umowy, które szczegółowo określały zarówno zakres robót, przedmiot zamówienia, wymogi materiałowe, harmonogram robót, wynagrodzenie wykonawcy i sposób rozliczenia robót, strony zastrzegły możliwość naliczenia przez powoda kar umownych, m.in. za zwłokę w wykonaniu przez pozwaną przedmiotu umowy, w określonym w umowie terminie, w wysokości 0,2 % całkowitej ceny brutto, podanej w ofercie za każdy dzień zwłoki.

Sąd Okręgowy ustalił, że strony pięciokrotnie zmieniały termin zakończenia realizacji umowy poprzez podpisywanie aneksów do niej. W dniu 22 czerwca 2012 r., w aneksie Nr (...) strony zmieniły termin zakończenia umowy na dzień 31 sierpnia 2012 r. W aneksie Nr (...), z 24 sierpnia 2012 r., strony zmieniły termin zakończenia prac na 15 października 2012 r. W aneksie tym podano, że termin zostaje zmieniony z uwagi na konieczność wykonania robót dodatkowych dotyczących wzmocnienia konstrukcji nawierzchni według projektu zamiennego, a nadto wykonania roboty zamiennej dotyczącej wykonania ścianek czołowych przepustu, stanowiących konsekwencję wprowadzenia nieistotnych zmian do Projektu Budowlanego. Następnie, w aneksie Nr (...), z 11 października 2012 r., strony zmieniły termin zakończenia prac na 7 grudnia 2012 r. W § 1 tego aneksu stwierdzono, że przesunięcie terminu zakończenia prac następuje w związku z wystąpieniem problemów technologicznych związanych z posadowieniem konstrukcji drogi, w tym poszerzeń i poboczy na obszarze gruntów słabonośnego podłoża i koniecznością wykonania robót wzmocniających podłoże i konstrukcję na podstawie warunków umowy w związku z umową i ustawą Prawo zamówień publicznych. W aneksie Nr (...) z 6 grudnia 2012 r. strony zmieniły termin zakończenia prac na 14 grudnia 2012 r. W § 1 tego aneksu ustalono, że przesunięcie terminu zakończenia realizacji umowy następuje w związku z wystąpieniem niesprzyjających warunków geotechnicznych, polegających na lokalnym podniesieniu się poziomu wód gruntowych, doprowadzających do zalania wykonywanego wykopu pod podbudowy z ułożoną w nim warstwą keramzytu i kruszywa. W aneksie Nr (...), z 14 grudnia 2012 r. termin zakończenia prac ustalono na 21 grudnia 2012 r. Jako powód przesunięcia terminu zakończenia realizacji umowy podano wystąpienie bardzo niesprzyjających warunków atmosferycznych.

Z ustaleń tego Sądu wynika, że w dniu 21 grudnia 2012 r., kierownik budowy - P. K. zgłosił zakończenie prac oraz gotowość do ich ostatecznego odbioru. Czynności związane z odbiorem wykonanych robót budowlanych zostały podjęte 22 grudnia 2012 r. W przeglądzie drogi uczestniczyli: Inżynier Projektu T. G., Z. N. - przedstawiciel (...) Spółki Jawnej E. N., w G., Kierownik Budowy P. K., Inżynier Budowy M. K.. W imieniu powoda w spotkaniu uczestniczyli: A. M., J. K., M. S.. W wyniku dokonanych oględzin, na terenie prowadzonych robót budowlanych,

zespół Inżyniera Projektu nie potwierdził zakończenia robót i gotowości oddania zadania do odbioru końcowego, stwierdzając następujące uchybienia po stronie pozwanej: 1. Nie zakończone oznakowanie poziome na odcinku około 2 km.

2. Braki w oznakowaniu poziomym szt. 3. 3. Brak słupków prowadzących (...), na odcinku od miejscowości Z., do miejscowości P.. 4. Nie ustawiono tablic unijnych. 5. Na odcinku około 2 km - 88+987 do 90+830 - zaniżone i nieufornowane pobocza z dużą ilością elementów kawałkowych, pochodzących z rozbiórki konstrukcji, co zagrażało bezpieczeństwu ruchu. 6. Brak połączenia krawędzi jezdni ze ściekiem trapezowym w km 92+350 do 92+450, natomiast ściek przed miejscowością L. wymagał ponownej regulacji. 7. Nieprawidłowo wyprofilowane rowy przydrożne, skarpy i przeciwskarpy, w wyniku czego tworzą się zastoiska wody przed przepustami na zjazdach. 8. Nieprawidłowości przy spoinach krawężników na łukach w miejscowości Z.. 9. Zlokalizowano zjazd i przepust, niewystępujący w projekcie. 10. Brak umocnienia dna wlotu przepustu w km 91+356.

11. Nieprawidłowości w ściankach czołowych przepustów pod zjazdami i ich niedostosowanie do wysokości poboczy. 12. Brak odpowiedniej barierki (...) na wysepce przy szkole w miejscowości Z.. 13. Nie zakończone kaskady w rowach przydrożnych na odcinkach ze spadami podłużnymi powyżej 3 %.

Sąd pierwszej instancji w ustaleniach tych wskazał, że w dniach 22 grudnia 2012 r., do 24 grudnia 2012 r., do godziny 12.00, pozwany wykonywał dalsze prace w ramach realizacji inwestycji drogowej. Prace te polegały na usunięciu części gruzu zalegającego na poboczach, ponadto na wymalowaniu tymczasowych znaków poziomych na jezdni, postawieniu oznakowania pionowego. Pomiędzy 22 grudnia 2012 r., a 24 grudnia 2012 r., warunki atmosferyczne nie zmieniły się. W dniu 24 grudnia 2012 r. około godziny 12.00, kierownik budowy - P. K. zgłosił ponownie zakończenie prac oraz gotowość do ostatecznego odbioru wykonanych prac. W dniu 27 grudnia 2012 r., Inżynier Projektu - T. G. stwierdził, że w tym dniu otrzymał zgłoszenie pozwanej o zakończeniu robót i gotowości do ich odbioru. Zaproponował rozpoczęcie odbioru w dniu 28 grudnia 2012 r., o godzinie 8.00. W dniu 28 grudnia 2012 r., komisja odbiorowa dokonała odbioru robót budowlanych objętych umową Nr (...), z 27 lipca 2011 r., i potwierdziła ich zakończenie na 27 grudnia 2012 r., oceniając jakość wykonanego zakresu robót oraz jakość zastosowanych materiałów, jako dobre. Roboty odebrano.

W dniu 28 grudnia 2012 r., sporządzono załącznik do protokołu odbioru końcowego robót, w którym komisja odbiorowa po przeglądzie wykonanych robót stwierdziła konieczność usunięcia szeregu wymienionych w nim szczegółowo usterek. Wykonanie uzupełnień i poprawień ustalono do dnia 30 maja 2013 r. Załącznik do protokołu podpisali A. M., M. S., J. K., T. G., P. K., M. K., Z. N..

Sąd Okręgowy ustalił też, że Kierownik Projektu - J. K. wystąpił z wnioskiem o naliczenie kary umownej, obciążającej pozwaną za 6 dni zwłoki, na zasadzie przewidzianej w § 13 ust. 1 pkt 1 warunków umowy. Kara umowna została wyliczona w następujący sposób: $11.888.861,21 \text{ złotych} \times 0,2 \% = 23.777.72 \text{ złotych}$ za każdy dzień zwłoki co pomnożone przez 6 dni = 142.666,32 złotych. Mając na uwadze powyższe, powód wystawił na rzecz pozwanej notę obciążeniową Nr (...), z 4 stycznia 2013 r. na kwotę 142.666,32 złotych, za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy zakreślając czternastodniowy termin do zapłaty. Nota ta stanowiła jednocześnie wezwanie do zapłaty, o czym pozwana została poinformowana. W odpowiedzi na wezwanie pozwana, w piśmie z 22 stycznia 2013 r., zakwestionowała zasadność obciążenia jej karą umowną, uzasadniając to brakiem zaistnienia jakichkolwiek przesłanek do jej naliczenia. Jednocześnie pozwana wskazała na fakt, że stwierdzone uprzednio wady, w żadnej mierze nie uniemożliwiły dokonania odbioru już po pierwszym zgłoszeniu gotowości do ich odebrania w dniu 21 grudnia 2012 r., ani nie uniemożliwiały one korzystania z przedmiotu umowy, zgodnie z jego przeznaczeniem. W piśmie tym pozwana zwróciła się też z wnioskiem o przedłużenie terminu zakończenia robót do 28 grudnia 2012 r. Pozwana do chwili wniesienia pozwu nie uiściła kwoty wynikającej z noty obciążeniowej Nr (...) z 4 stycznia 2013 r.

Ustaliwszy powyższe Sąd Okręgowy uznał powództwo za częściowo uzasadnione. Stwierdził, że stan faktyczny w zasadzie był niniejszej sprawie bezsporny, bowiem większość okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy została przez pozwanego przyznana; w szczególności co do zawarcia i wykonywania umowy łączącej strony

oraz co do okoliczności towarzyszących odbiorom z 22 grudnia 2012 r. i 28 grudnia 2012 r. Każda ze stron w inny sposób te okoliczności oceniała, a spór dotyczył zasadności naliczenia i wysokości kary umownej.

Sąd pierwszej instancji wskazał, że stan faktyczny sprawy ustalił na podstawie zeznań wszystkich świadków, które uznał za wiarygodne i dokumentów, których treść nie była przez strony kwestionowana, a Sąd ocenił ją jako spójną i logiczną. Według oceny tego Sądu zeznania świadków znalazły również potwierdzenie w treści pozostałych dowodów z dokumentów, a nadto korespondowały ze sobą wzajemnie.

Odnosząc się do twierdzeń pozwanego, że już w dniu 21 grudnia 2012 r., istniały podstawy do odebrania wykonanych przez pozwanego prac Sąd ten wskazał, że bezspornie w tym terminie do odbioru robót nie doszło. Świadczy o tym fakt, że protokół odbioru drogi, nie został podpisany w dniu 22 grudnia 2012 r., pomimo wszczęcia i przeprowadzenia całej procedury dotyczącej formalnego zakończenia robót, opisaną w łączącej strony umowie i warunkach umowy. Sąd Okręgowy zauważył, że postanowienia umowne i zawarte aneksy wyraźnie określały ostateczny termin zakończenia prac i komisyjnego przekazania robót powodowi na dzień 21 grudnia 2012 r. W tym terminie droga miała być w całości zakończona i oddana zamawiającemu. Od strony formalnej podpisanie protokołu odbioru końcowego stanowiło zakończenie robót. W ocenie Sądu pierwszej instancji pozwany przyjmując na siebie obowiązki wynikające z treści umowy miał świadomość, co oznacza oddanie drogi po jej remoncie, czy budowie, bowiem wynikało to z postanowień samej umowy, a poza tym pozwany jest podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w tym zakresie, a więc winien wiedzieć, w jaki sposób odbywa się końcowe przekazanie robót.

Sąd ten zaznaczył też, że pozwany podpisując umowę, godził się na zapłatę kar umownych, w przypadku wystąpienia okoliczności wskazanych w umowie, w wysokości 0,2 % dziennie, nawet za kilkudniowe opóźnienie w zakończeniu prac. Zwrócił uwagę, że pozwany wniósł o miarkowanie kary umownej, z uwagi na kilkudniowe przekroczenie terminu, a nadto z uwagi na brak jakiegokolwiek szkody po stronie powoda. Sąd Okręgowy podkreślił, że z treści umowy stron, a nadto z aneksów do tej umowy zmieniających termin jej realizacji, wynika jednoznacznie, że ostateczny termin zakończenia robót przypadał na 21 grudnia 2012 r. W tym terminie droga miała być w całości zakończona i oddana. Od strony formalnej podpisanie protokołu odbioru końcowego stanowiło zakończenie robót. Pozwany przyjmując na siebie obowiązki wynikające z treści umowy miał świadomość, co oznacza oddanie drogi po jej remoncie, czy budowie. Przede wszystkim wynikało to z postanowień umowy, a poza tym pozwany jest podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w tym zakresie, a więc winien wiedzieć, w jaki sposób odbywa się końcowe przekazanie robót. Sąd ten zauważył, że od chwili podpisania 7-ego aneksu do umowy, pozwany w żaden sposób nie sygnalizował powodowi potrzeby wydłużenia terminu ostatecznego zakończenia umowy. Należy zgodzić się tu z argumentem podniesionym przez powoda, że pozwany mógł to uczynić. Tym bardziej, że ostateczny termin realizacji umowy był pięciokrotnie przesuwany. W dniu 22 grudnia 2012 r., kiedy nie doszło do podpisania protokołu odbioru pozwany winien liczyć się z tym, że zbliża się okres świąteczny, a zatem wolny od pracy i powód może w tym okresie nie podjąć żadnych działań, zmierzających do odebrania robót.

Mając to na uwadze, Sąd Okręgowy przyjął, że pozwany w umówionym terminie nie zakończył prac objętych umową, choć się do tego zobowiązał. Świadczenie pozwanego, wynikające z umowy nie zostało spełnione, z uwagi na niewykonanie przez pozwanego prac w umówionym terminie. Sąd ten przywołał § 13 Warunków Umowy, które szczegółowo określały zarówno zakres robót, przedmiot zamówienia, wymogi materiałowe, harmonogram robót, wynagrodzenie wykonawcy i sposób rozliczenia robót, strony zastrzegły możliwość naliczenia przez powoda kar umownych, m.in. za zwłokę w wykonaniu przez pozwaną przedmiotu umowy, w określonym w umowie terminie, w wysokości 0,2 % całkowitej ceny brutto, podanej w ofercie za każdy dzień zwłoki. Skoro umówiony termin zakończenia robót upłynął w dniu 21 grudnia 2012 roku, a odbiór nastąpił faktycznie i formalnie 28 grudnia 2012 roku, to zaistniały warunki do naliczenia takiej kary.

Sąd pierwszej instancji nie podzielił argumentacji pozwanego, że opóźnienie w wykonaniu umowy odbyło się bez jego udziału, a co za tym idzie jest następstwem okoliczności, za które pozwany odpowiedzialności nie ponosi. Sąd uznał, że przeczy temu fakt, że pozwany nie wystąpił do powoda o przedłużenie terminu zakończenia umowy, z czego wcześniej pięciokrotnie korzystał. Nadto z materiału dowodowego wynika, że pozwany przystąpił do prac „wykończeniowych”

w dniu 22 grudnia 2012 r., po spotkaniu stron, na którym nie doszło do podpisania protokołu odbioru końcowego. Skoro pozwany przystąpił do wykonania jakichkolwiek prac i prace te wykonywał przez półtora dnia, należy przyjąć, że przyznał fakt nie wykonania robót w terminie ustalonym. Zdaniem tego sądu wykonywane przez pozwanego prace nie były jedynie pracami porządkowymi, albo „kosmetycznymi”, w stosunku do prac wykonanych na drodze, skoro pozwany przystąpił do ich wykonania i wykonał te prace, które polegały chociażby na wywiezieniu gruzu z pobocza, czy namalowaniu chociażby tymczasowym znaków poziomych, na jezdni, nie może teraz powoływać się na możliwość przesunięcia wykonania tych prac, z terminem na kilka miesięcy.

Sąd pierwszej instancji rozważył natomiast zarzut pozwanego co do nadmiernej wysokości kary umownej, należnej powodowi, w okolicznościach niniejszej sprawy uznając go za zasadny. Stwierdził, że w dniu podpisywania umowy pozwany miał świadomość wysokości kar przewidzianych za zwłokę w jej wykonaniu. Pozwany, jako wykwalifikowany podmiot miał podstawy zakładać, że w przypadku wyboru jego oferty, zdoła wykonać wszystkie prace w umówionym terminie, co jednak nie zmienia faktu, że musiał liczyć się również z ryzykiem, wynikającym z poślizgów w tego typu pracach związanych najczęściej z niesprzyjającymi warunkami atmosferycznymi. Tego typu ryzyko wpisane jest w funkcjonowanie podmiotów gospodarczych prowadzących prace na otwartej przestrzeni w trybie całorocznym. W tych okolicznościach Sąd ten uznał, że pozwany podjął to ryzyko i ostatecznie prac nie ukończono w terminie. Przytoczywszy treść przepisu art. 484 § 1 i § 2 k.c. Sąd Okręgowy wywodził, że z art. 484 § 2 k.c., wynikają dwie przesłanki zmniejszenia kary umownej, a mianowicie: wykonanie zobowiązania w znacznej części i rażące wygórowanie kary. Wskazał, że obie te przesłanki są równorzędne, a zatem wystąpienie którejkolwiek z nich uzasadnia miarkowanie kary umownej. Podał, że miarkowanie kary umownej zastrzeżonej na wypadek zwłoki w spełnieniu całości świadczenia jest, co do zasady dopuszczalne także ze względu na wykonanie przez dłużnika zobowiązania w znacznej części. Jednakże zmniejszenie kary z powołaniem się na tę przesłankę zależy od konkretnych okoliczności faktycznych, które pozwalają ocenić czy, i ewentualnie w jakim stopniu, częściowe wykonanie robót przed popadnięciem w zwłokę zaspokajało interes wierzyciela.

Sąd Okręgowy wskazał na stanowisko orzecznictwa odnoszące się do kwestii miarkowania kary umownej i ocenił, że w zaistniałych okolicznościach, powód miał podstawy do naliczenia kary umownej i to za cały okres opóźnienia, jednakże jej wysokość, ustaloną przy zawarciu umowy, uznał za rażącą wygórowaną.

Zdaniem Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie zachodzą obie przesłanki miarkowania kary umownej wskazane w art. 484 § 2 k.c. Zobowiązanie zostało wykonane w znacznej części w czasie, który nie wywołał dla pozwanego negatywnych konsekwencji. Wysokość kary umownej do wartości przedmiotu zamówienia - 0,2 % dziennie – nie znajduje uzasadnienia ekonomicznego, stanowiąc rażący przykład faktycznie nierównego statusu stron kontraktowych i wykorzystywania przez powoda, jako zamawiającego swojej silniejszej pozycji. Przede wszystkim Sąd ten miał na uwadze fakt, że oddanie drogi w dniu 28 grudnia 2012 r., nie zmieniło możliwości korzystania z niej. Po pierwsze przez cały czas trwania remontu drogi, była ona użytkowana i nie została zamknięta; ruch nie został wstrzymany i skierowany na inne drogi. Po drugie - w dniu 28 grudnia 2012 r., remont drogi i tak nie został ostatecznie, całkowicie zakończony. Po podpisaniu protokołu odbioru końcowego sporządzono bowiem załącznik, w którym wymieniono prace, a termin ich wykonania określono na 30 maja 2013 r. W związku z tymi okolicznościami Sąd pierwszej instancji uznał, że nie podpisanie protokołu odbioru drogi w dniu 21, czy 22 grudnia 2012 r., nie przyniosło powodowi żadnych ujemnych następstw w postaci konieczności organizowania objazdów itp., a tym bardziej, nie przyniosło powodowi żadnych szkód, a przynajmniej powód istnienia takich nie wykazał, ani nie wskazywał.

Sąd Okręgowy stwierdził też, że pomiędzy 22 grudnia 2012 r., a 28 grudnia 2012 roku, było półtora dnia roboczego. Dzień 22 grudnia 2012 r., to była sobota, a 24 grudnia 2012 r., przypadał w poniedziałek, jednakże 24 grudnia 2012 r., w Polsce obchodzona jest wigilia Bożego Narodzenia i powszechnie wiadomo, że czas pracy tego dnia zostaje skrócony, co najmniej o kilka końcowych godzin. Dlatego w jego ocenie należy liczyć ten dzień, jako połowę dnia roboczego, z uwagi na jego specyfikę. Następnie przypadały dwa dni wolne od pracy - Boże Narodzenie i 27 grudnia 2012 r., był dniem roboczym. Oceniając układ dni roboczych w czasie pomiędzy pierwotnym terminem zakończenia robót i terminem oddania tych robót, i biorąc pod uwagę, że w tym czasie pozwany nie mógł wykonać zbyt wiele prac, Sąd ten stwierdził, że istotnie niewielka była różnica, w stanie robót pomiędzy 22 grudnia 2012 r., a 28 grudnia 2012 r. Tym bardziej,

że warunki atmosferyczne były w tym czasie analogiczne. Sąd ten zaznaczył, że poczynione ustalenia wskazują na wykonywanie w tym czasie przez pozwanego przede wszystkim robót porządkowych, dotyczących poboczy, w postaci wywiezienia części gruzu pozostałego po przedniej nawierzchni, namalowano tymczasowe oznaczenia poziome na jezdni i ustawiono znaki pionowe. Na drodze, odbywał się ruch pojazdów.

W związku z powyższym, Sąd Okręgowy uznał, że pozwany mógł skutecznie żądać obniżenia wyliczonych kar. Miarkując wysokość należnej powodowi kary umownej, Sąd ten ustalił ją na kwotę 71.333,50 złotych, odpowiadającą połowie kary wyliczonej zgodnie z zapisem umowy, biorąc pod uwagę fakt, że z sześciu dni, za które naliczona została kara trzy dni były dniami świątecznymi (niedziela 23 grudnia 2012 r. i Boże Narodzenie w dniach 25 -26 grudnia 2012 r.). Zdaniem tego sądu, przyznanie kary umownej w wysokości odpowiadającej połowie „umówionej” kwoty spełni swą rolę kary, a jednocześnie nie będzie rażąco wygórowaną dolegliwością dla pozwanego.

W kontekście rozważań, dotyczących skróconego czasu pracy w dniu 24 grudnia 2012 r., dodatkowo Sąd pierwszej instancji odniósł się do twierdzeń pozwanego, że zgłoszenie robót do odbioru nastąpiło 24 grudnia 2012 r., o godzinie 12.34, pocztą elektroniczną. Powód w zasadzie nie kwestionując tego twierdzenia podał, że zgłoszenie zostało przyjęte przez przedstawiciela powoda w dniu 27 grudnia 2012 r. Takie twierdzenie nie stanowiło oczywistego zaprzeczenia, że zgłoszenie przez stronę pozwaną zostało przesłane w dniu 24 grudnia 2012 r. Zgłoszenie robót do odbioru w dniu 24 grudnia 2012 r., o godzinie 12.34, za pomocą poczty elektronicznej w ocenie Sądu Okręgowego działa jednakże na niekorzyść pozwanego, który powinien liczyć się z faktem, że w tym specyficznym dniu czas pracy mógł ulec skróceniu, a więc zgłoszenie może zostać odebrane dopiero 27 grudnia 2012 r.

O odsetkach Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 481 § 1 k.c. zasądzając je od dnia 25 stycznia 2013 r., gdyż termin zapłaty kary umownej, wynikający z noty obciążeniowej, upłynął w dniu 24 stycznia 2013 r. O kosztach Sąd ten orzekł na podstawie art. 100 k.p.c., który pozwala w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań wzajemne zniesienie lub stosunkowe rozdzielenie kosztów. Sąd zniósł wzajemnie koszty zastępstwa procesowego i nakazał pozwanemu zwrot połowy opłaty od pozwu.

Apelacje od tego wyroku wywiodły obie strony.

Powód zaskarżył wyrok w części, tj. w zakresie oddalającym powództwo co do kwoty 71.333,50 złotych zarzucając temu wyrokowi naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. w szczególności art. 484 § 2 k.c. poprzez błędne przyjęcie, że w przedmiotowej sprawie zaistniała przesłanka do miarkowania kary umownej w postaci jej rażącego wygórowania.

Podnosząc ten zarzut powód wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części i rozstrzygnięcie sprawy, co do istoty poprzez uwzględnienie powództwa w całości; ewentualnie z ostrożności procesowej o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Nadto wniósł o zasądzenie od pozwanego na swoją rzecz kosztów procesu, w tym kosztów

zastępstwa procesowego obejmujących postępowanie przez Sądem I i II instancji.

W uzasadnieniu powód nie zgodził się ze stanowiskiem Sądu pierwszej instancji, że dochodzona w toku postępowania, zastrzeżona w § 13 ust. 1 pkt 1 warunków umowy stron kara umowna, jest rażąco wygórowana.

W ocenie strony powodowej chybiony jest zarzut rażącego wygórowania kary umownej, bowiem Sąd Okręgowy błędnie ocenił, jakoby istotnym kryterium mającym wpływ na miarkowanie kary umownej winien być fakt, że oddanie drogi w dniu 28 grudnia 2012 roku, nie zmieniło możliwości korzystania z niej, gdyż była ona użytkowana przez cały czas trwania remontu i nie została zamknięta, tj. ruch nie został wstrzymany i skierowany na inne drogi. Przyjmuje się bowiem, że wierzyciel może domagać się kary umownej bez względu na powstanie szkody po jego stronie, albowiem tylko przy takim założeniu instytucja kary umownej jest odpowiednio silnym środkiem oddziaływania na niesolidnego kontrahenta i może odegrać rolę bodźca mobilizującego dłużnika do należytego wykonania zobowiązania. Chybione zatem są motywy Sądu pierwszej instancji zawarte w uzasadnieniu wyroku, że nie podpisanie protokołu odbioru w terminie 22 grudnia 2012 roku nie przyniosło powodowi żadnych szkód, co więcej istnienia takowych powod nie

wykazał. Zwłoka w terminowej realizacji zobowiązania wynika tylko i wyłącznie z zawinonego zaniechania strony pozwanej, która doskonale wiedziała kiedy upływa termin wykonania robót budowlanych i mimo powyższego nie podjęła starań, aby terminowi temu uczynić zadość. Apelujący podkreślił, że strony uprzednio pięciokrotnie zmieniały termin zakończenia realizacji umowy, a pomimo tego pozwany nie zaplanował w taki sposób realizacji pracy, aby ukończyć ich wykonanie w wydłużonym, w stosunku do treści zobowiązania pierwotnego, terminie realizacji. Wobec tego, że wyłączna wina za wystąpienie zwłoki w wykonaniu zobowiązania leżała po stronie pozwanego - instytucja miarkowania kary umownej na gruncie niniejszej sprawy nie powinna mieć zastosowania.

Również okoliczność, że w okresie od dnia 22 grudnia 2012 roku do dnia 28 grudnia 2012 roku przypadał okres świąteczny nie ma wpływu na miarkowanie kary umownej. Pozwany na realizację przedmiotu umowy dysponował okresem 18 miesięcy, a jako podmiot wykwalifikowany winien mieć świadomość, jakie ujemne konsekwencje będzie musiał ponieść w przypadku niezrealizowania w całości ciążącego na nim zobowiązania w umówionym terminie. Jest to tym bardziej oczywiste z uwagi na fakt, że strony w punkcie 1.3 § 15 Warunków Umowy zgodnie ustaliły, że „odbioru końcowego dokonuje się po całkowitym zakończeniu wszystkich robót składających się na przedmiot umowy” co ma kluczowe znaczenie w tej sprawie. Pozwany w umówionym terminie nie zakończył prac objętych umową, choć się do tego zobowiązał, a powód miał prawo odmówić dokonania odbioru do czasu ich całkowitej realizacji. Skoro zaś strony zastrzegły możliwość naliczenia przez powoda kar umownych, m.in. za zwłokę w wykonaniu przez pozwanego przedmiotu umowy w określonym terminie w wysokości 0,2% całkowitej ceny brutto podanej w ofercie za każdy dzień zwłoki, a łączna wysokość kary umownej dochodzonej w przedmiotowej sprawie stanowi jedynie około 1% wynagrodzenia brutto za wykonanie przedmiotu umowy, to błędne jest uznanie, że kara ta jest rażąco wygórowana.

Pozwany natomiast zaskarżył powyższe orzeczenie co do pkt. I., III. oraz IV. wnosząc o zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 35.666,75 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 25 stycznia 2013 roku do dnia zapłaty, a także o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

Zaskarżonemu wyrokowi pozwany zarzucił sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału, w szczególności poprzez przyjęcie, że:

- pozwany zgłosił zakończenie robót w dniu 27 grudnia 2012 roku, podczas gdy kierownik budowy pozwanego dokonał ogłoszenia zakończenia robót i gotowości do odbioru w dniu 24 grudnia 2012 roku,
- odbiór robót dokonany przez powoda w dniu 28 grudnia 2012 roku był jednocześnie datą zakończenia robót wykonanych przez pozwanego.

W uzasadnieniu pozwany wskazał, że nie kwestionuje rozstrzygnięcia Sądu w zakresie miarkowania kar umownych dochodzonych przez powoda, podniósł jednak, że okres czasu za jaki należą się powodowi kary został błędnie wyliczony przez Sąd pierwszej instancji, bowiem są one sprzeczne ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym. Apelujący podniósł, że wbrew ustaleniom Sądu Okręgowego ogłoszenie zakończenia robót zostało dokonane nie w dniu 27 grudnia 2012 roku, lecz w dniu 24 grudnia 2012 roku, co wyraźnie potwierdzili świadkowie A. M. oraz T. G.. Wskazał, że data 28 grudnia 2012 roku nie jest datą zakończenia prac, a odbioru robót. Decydujące znaczenie ma tu natomiast data zgłoszenia zakończenia prac, o ile w następstwie tego zgłoszenia prace zostaną odebrane, tak jak to miało miejsce w dniu 28 grudnia 2012 roku. Umowa zawarta przez strony w § 15 ust. 1.3 przewiduje dokonanie odbioru w terminie 14 dni od daty zgłoszenia przez wykonawcę zakończenia robót. Zgodnie z § 1 pkt 1.3 Warunków Umowy (załącznik nr 2 do umowy) data zakończenia robót to data wpisu kierownika budowy do dziennika budowy o zakończeniu robót potwierdzona wpisem do dziennika budowy przez inspektora nadzoru. Kierownik budowy dokonał wpisu w dniu 24 grudnia 2012 roku, co wynika wprost z treści dziennika budowy. Fakt potwierdzenia tej czynności dopiero w dniu 27 grudnia 2012 roku przez inspektora nadzoru pozostaje bez znaczenia wobec treści wyżej wskazanej umownej definicji daty zakończenia robót.

Zdaniem strony pozwanej przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało, że datą zakończenia robót był dzień 24 grudnia 2012 roku. W związku z tym żądanie przez powoda zapłaty kar umownych za okres dłuższy niż 3 dni jest

niczym nieuzasadnione. O ewentualnej zwłoce pozwanego można bowiem mówić jedynie w kontekście okresu 21-24 grudnia 2012 roku.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Żadna z apelacji nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Sąd Apelacyjny zaznacza, że uznał ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy za pełne, prawidłowe i znajdujące całkowite odzwierciedlenie w materiale dowodowym zebranym w sprawie. Tym samym tutejszy Sąd ustalenia te w całości podziela i przyjmuje je za własne, czyniąc integralną częścią poniższych rozważań. Wobec powyższego nie widzi konieczności ich ponownego szczegółowego przytaczania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 sierpnia 2001 roku, V CKN 348/00, LEX nr 52761, Prok.i Pr. 2002/6/40). Sąd pierwszej instancji prawidłowo również ocenił konsekwencje wypływające z tak ustalonego stanu faktycznego, wobec trafnie przyjętej podstawy prawnej wyrokowania w niniejszej sprawie.

Co do stanowisk prezentowanych przez strony przed Sądem pierwszej instancji: powód konsekwentnie twierdził, że strona pozwana jako wykonawca na dzień 21 grudnia 2012 r., pomimo zgłoszenia zakończenia wykonywania robót oraz gotowości do ich ostatecznego odbioru, nie wykonała na ten czas istotnej części umówionych robót, a w związku z tym do odbioru końcowego robót nie doszło pomimo podjęcia przez strony w dniu 22 grudnia 2012 r. niezbędnych czynności dla jego dokonania. Pozwana spółka natomiast konsekwentnie zaprzeczała, aby wady stwierdzone w dniu 22 grudnia 2012 r. nie kwalifikowały zgłoszonych przez nią robót do odbioru. Jednocześnie podważała te twierdzenia poprzez argumentację, że okoliczności stanowiące podstawę do zawarcia aneksu nr (...) do umowy nie uległy zmianie tj. nie poprawiły się warunki pogodowe przez co dotrzymanie terminu wykonania prac do dnia 21 grudnia 2012 r. było niemożliwe, a fakt ten pozwany zgłaszał stosownymi wpisami w dzienniku budowy. Mając na uwadze takie stanowiska obu stron procesu Sąd Odwoławczy wskazuje, że zasadnie Sąd Okręgowy doszedł do wniosku, że powód udowodnił fakt nie wykonania przez pozwaną zobowiązania w umówionym terminie, a zatem co do zasady przysługiwało mu uprawnienie do naliczenia pozwanej kary umownej.

Przedmiotem procesu było i jest obecnie ustalenie czy powodowi przysługuje roszczenie o zapłatę przez pozwaną kary umownej z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania - przez jej wykonanie po upływie wyznaczonego terminu. Zgodnie z przepisem art. 483 § 1 k.c. strony mogą zastrzec, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się w zastrzeżonej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 k.c.). Z przepisów tych wynika, że roszczenie o zapłatę kary umownej powstaje wówczas, gdy dłużnik nie wykonał lub nienależycie wykonał swoje zobowiązanie, a więc gdy powstaje po jego stronie odpowiedzialność kontraktowa (art. 471 i nast. k.c.). By ustalić czy pozwana nie wykonała umowy w terminie należało uprzednio przesądzić czy przewidziany w aneksie Nr (...) z 14 grudnia 2012 r. do umowy stron termin zakończenia prac na 21 grudnia 2012 r. został przez pozwaną spółkę dotrzymany. Tak więc decydującym dla zasadności roszczeń powoda było ustalenie czy na ten dzień tj. w dacie zgłoszenia zakończenia przez kierownika budowy obiekt budowlany był w całości zrealizowany - jak twierdzi pozwana czy też zakończenie robót budowlanych nastąpiło dopiero po kilku dniach od tego zgłoszenia.

W tym miejscu - odwołując się do treści art. 471 k.c. należy wskazać, że przy uwzględnieniu dyspozycji art. 6 k.c. ciężar dowodu dla ustalenia odpowiedzialności kontraktowej rozkłada się w ten sposób, że wierzyciel ma wykazać istnienie stosunku zobowiązaniowego oraz jego treść, fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania i poniesioną szkodę, natomiast dłużnik musi wykazać, że wykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Z reguły oznacza to konieczność wykazania, że taka sytuacja wystąpiła, jako skutek zdarzeń niezawinionych przez dłużnika. Sytuacja dowodowa wierzyciela, dla którego zastrzeżona została kara umowna jest o tyle lepsza, że nie ma on obowiązku wykazywać faktu poniesienia szkody. Na gruncie niniejszej sprawy powód powinien zatem wykazać: istnienie i treść zobowiązania łączącego go z dłużnikiem

oraz fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Pozwaną spółkę natomiast obciążał dowód w postaci wykazania że niewykonanie umowy w terminie nastąpiło na skutek niezawinionych przez nią okoliczności.

Sąd Apelacyjny zaznacza, że kontrakt stron w sposób precyzyjny wskazywał termin zakończenia robót, oznaczony przy uwzględnieniu treści aneksu Nr. (...) do tej umowy na dzień 21 grudnia 2012 r. W tym miejscu należy podkreślić, że w uzgodnionych przez strony Warunkach umowy, stanowiących załącznik do umowy stron Nr (...) z 27 lipca 2011 r. strony zawarły w § 1 – postanowienia ogólne - podstawowe definicje używane w dokumentach wchodzących w skład wszystkich części umowy. W punkcie 1.3 zapisały definicję daty zakończenia robót wskazując, że „jest to data wpisu kierownika budowy do dziennika budowy o zakończeniu robót potwierdzona wpisem do dziennika budowy przez inspektora nadzoru”. Definicja ta wskazuje na dwa elementy, które muszą zostać łącznie spełnione, aby móc mówić o „zakończeniu robót” w określonej dacie. Nie jest zatem, jak twierdzi obecnie pozwany, wystarczającą dla przyjęcia za datę zakończenia robót data dokonania wpisu do dziennika budowy przez kierownika budowy o zakończeniu robót, ale musi ona zostać potwierdzona także wpisem do dziennika budowy przez inspektora nadzoru. O tym, że nie jest to czynność wyłącznie techniczna, nie mająca znaczenia dla oceny rzeczywistego zakończenia robót świadczy nie tylko cytowany powyżej zapis ale także praktyka przyjęta przez strony. Wypada przypomnieć tylko w tym miejscu, że uprzednio już w dniu 21 grudnia 2012 r. kierownik budowy dokonał wpisu w dzienniku budowy o zakończeniu w tym dniu robót. W dniu 22 grudnia 2012 r. wpisem do dziennika budowy inspektor nadzoru nie potwierdził tego, wskazując na niezakończone roboty w zakresie wykonywania poboczy, oznakowania pionowego i poziomego. (k.96 akt.). Z materiału dowodowego zgromadzonego aktach tej sprawy wynika, że po wpisie kierownika budowy z 21 grudnia 2012 r. zostały podjęte w dniu 22 grudnia 2012 r. czynności przeglądu, celem stwierdzenia czy takie roboty istotnie zostały zakończone. Zatem inspektor nadzoru Z. N. miał możliwość oceny prawidłowości zapisu kierownika budowy przed dokonaniem przez siebie wpisu do dziennika budowy potwierdzenia takiego zakończenia robót. Protokół ze spotkania w sprawie odbioru robót z dnia 22 stycznia 2012 r. w którym uczestniczył inspektor nadzoru wskazuje, że istotnie występowały wymienione w tym protokole braki w postaci: nie zakończonego oznakowania poziomego na odcinku około 2 km, braki w oznakowaniu poziomym szt. 3. brak słupków prowadzących (...), na odcinku od miejscowości Z., do miejscowości P.. W protokole tym wskazano na nie ustawienie tablic unijnych, zanizone i nieuformowane pobocza z dużą ilością elementów kawałkowych, pochodzących z rozbiórki konstrukcji na odcinku około 2 km - 88+987 do 90+830 -, co zagrażało bezpieczeństwu ruchu, brak połączenia krawędzi jezdni ze ściekiem trapezowym w km 92+350 do 92+450, natomiast ściek przed miejscowością L. wymagał ponownej regulacji, nieprawidłowo wyprofilowane rowy przydrożne, skarpy i przeciwskarpy, w wyniku czego tworzą się zastoiska wody przed przepustami na zjazdach, nieprawidłowości przy spoinach krawężników na łukach w miejscowości Z.. Zaznaczono, że zlokalizowano zjazd i przepust, niewystępujący w projekcie, a nadto brak jest umocnienia dna wlotu przepustu w km 91+356, istnieją nieprawidłowości w ściankach czołowych przepustów pod zjazdami i ich niedostosowanie do wysokości poboczy, brak odpowiedniej barierki (...) na wysepce przy szkole w miejscowości Z., nie zakończone kaskady w rowach przydrożnych na odcinkach ze spadami podłużnymi powyżej 3 %. Wszystkie te braki stanowiły uzasadnienie dla braku potwierdzenia zakończenia robót przez inspektora nadzoru stosownym wpisem w dzienniku budowy.

W ocenie Sądu Odwoławczego, w tych okolicznościach brak podstaw do przyjęcia, że zgodnie z umową stron do zakończenia robót doszło już w dniu 24 grudnia 2013 r. kiedy to kierownik budowy dokonał wpisu o ich zakończeniu w dzienniku budowy i przesłał w tym dniu o godzinie 12:34 pocztą elektroniczną stosowną informację inspektorowi nadzoru. Przeciwnie - należy wnioskować, że informacja mailowa została skierowana do inspektora nadzoru w celu dokonania przez niego – zgodnie z umową stron - wpisu w dzienniku budowy potwierdzającego ten fakt. Wpis taki został dokonany w najbliższym możliwym terminie tj. 27 grudnia 2012 r. bezpośrednio po świętach Bożego Narodzenia. Istotnie trafnie ocenił Sąd Okręgowy, że biorąc pod uwagę datę wpisu dokonanego przez kierownika budowy – Wigilia – trudno wymagać, by inspektor nadzoru tego samego dnia dokonał w dzienniku budowy wpisu potwierdzającego zakończenie robót.

Apelacja strony pozwanej zatem jest niezasadna, interpretując wyraźne zapisy umowy stron co do daty zakończenia robót w sposób sprzeczny z ich brzmieniem i wcześniejszym stosowaniem przez same strony. Okoliczność, że wpis o zakończeniu robót do dziennika budowy został dokonany przez kierownika budowy w takim terminie, który w praktyce

uniemożliwił inspektorowi nadzoru dokonanie wpisu potwierdzającego tę okoliczność najwcześniej 27 grudnia 2012 r. Nie może obciążać strony powodowej, gdyż to pozwany ponosi ryzyko, że w godzinach popołudniowych 24 grudnia 2012 roku nie było możliwe potwierdzenie przez inspektora nadzoru czy istotnie takie zakończenie nastąpiło nie mówiąc już o stosownym wpisie tego potwierdzenia w dzienniku budowy, nawet jeżeli wchodziło w rachubę odebranie w tym terminie poczty elektronicznej. Dodać należy, że w ocenie Sądu drugiej instancji, pozwana nie wykazała braku swojego zawinienia w terminowym wykonaniu umowy.

Apelacja powoda także nie zasługiwała na uwzględnienie pomimo, że wykazała co do zasady przysługujące mu roszczenie w zakresie kar umownych. Niewątpliwie nieterminowe spełnienie świadczenia umownego przez wykonawcę budowlanego stanowi nienależyte wykonanie zobowiązania. Jednakże niezasadne są zarzuty sformułowane przez powoda w zakresie dokonanego przez Sąd Okręgowy miarkowania naliczonej pozwanej kary umownej.

W tym miejscu należy przypomnieć, że strony stosunku zobowiązaniowego mogą w ramach autonomii woli określać umownie zakres i sposób naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Podstawowym instrumentem prawnym służącym dokonywaniu tego rodzaju kontraktowych ustaleń jest właśnie kara umowna, określana też jako kara konwencjonalna czy kara wadialna (art. 483-484 k.c.). Kara umowna jest instrumentem o znacznym stopniu elastyczności. W modelu kary umownej przyjętym w kodeksie cywilnym prymat należy przyznać funkcji kompensacyjnej. Oddziaływanie przymuszającej i represyjnej pozostają skutkami wtórnymi, często faktycznymi i refleksowymi. Sprowadzają się do ubocznego, ekonomicznego lub psychologicznego efektu, wiążącego się z perspektywą konieczności świadczenia sumy pieniężnej lub z samym jej uiszczeniem. Kara umowna jest odszkodowaniem, którego swoistość polega na uprzednim zryczałtowaniu (vide: „Kara umowna” Jacek Jastrzębski, Wyd. Oficyna, 2006 r. s.177). Pogląd, że w razie zastrzeżenia kary umownej za zwłokę w spełnieniu świadczenia, kara umowna w zasadzie nie powinna podlegać miarkowaniu został poddany krytyce w nowszych wypowiedziach piśmiennictwa. Do takiego stanowiska przyłączył się również Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 19 kwietnia 2006 r. V CSK 34/06 (Lex nr 195426) stwierdził, że wykonanie w uzgodnionym terminie większości robót może uzasadnić obniżenie kary, której wysokość została ustalona w odniesieniu do całości robót. Podobny pogląd został zaprezentował też w późniejszych orzeczeniach tego Sądu, a mianowicie w wyroku z dnia 21 września 2007 r. w sprawie V CSK 139/07 (Biuletyn SN 2008/1/15), w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że miarkowanie kary umownej zastrzeżonej na wypadek zwłoki dłużnika w spełnieniu całości świadczenia jest co do zasady dopuszczalne także ze względu na wykonanie przez dłużnika zobowiązania w znacznej części. Pogląd taki znalazł również wyraz w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r. w sprawie II CSK 318/10 (OSNC-ZD 2011/4/80). W judykaturze zatem nie budzi wątpliwości, że w sytuacji gdy dłużnik w znacznej części wykonał zobowiązanie, a opóźnił się jedynie z pewną częścią swojego świadczenia, zastrzeżona w umowie kara za zwłokę o sztywnej wysokości może zostać zredukowana w oparciu o pierwszą z przesłanek wskazaną w przepisie art. 484 § 2 k.c. Podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie, że dla dłużnika jest to niewątpliwie okoliczność dużo łatwiejsza do wykazania w porównaniu z koniecznością udowodnienia, że kara jest rażąco wygórowana. Kształtowanie kary umownej za zwłokę w ten sposób, że dłużnik jest zobowiązany do zapłaty tej samej kwoty niezależnie od tego, czy opóźnił się z całością, czy jedynie z częścią swojego świadczenia jest w obrocie bardzo rozpowszechniony, co nie oznacza wszakże, że w pełni uzasadnione. Niewątpliwie biorąc pod uwagę jedną z podstawowych funkcji kary umownej jaką jest funkcja kompensacyjna - bardziej adekwatne byłoby wiązanie kary z niespełnioną na czas częścią świadczenia dłużnika. Dotyczy to zwłaszcza zwłoki w spełnieniu świadczenia podzielonego, bowiem na ogół z chwilą spełnienia jego części wierzyciel zaspokaja także proporcjonalnie swój interes jaki ma w wykonaniu zobowiązania. Nie ulega wątpliwości, że kara umowna za zwłokę także powinna być zatem proporcjonalna. Przywrócenie karze umownej proporcjonalności pozostaje w zgodzie także z inną jej funkcją – działaniem które ma nakłaniać dłużnika by dołożył najwyższych starań dla spełnienia świadczenia w terminie. Jeżeli bowiem dłużnik ma zapłacić taką samą wysokość kary umownej niezależnie od tego, czy na czas wykona jedynie niewielką część, połowę czy większość zobowiązania czy też nie wykona go w ogóle, to taka kara za zwłokę nie zachęca do terminowego wykonania świadczenia. Jeżeli natomiast częściowe wykonanie zobowiązania nie ma dla wierzyciela w ogóle znaczenia, albo ma znaczenie, ale niewielkie wówczas kara może mieć tę sama wysokość, niezależnie od tego z jaką częścią zobowiązania dłużnik popadł w zwłokę.

Sąd Apelacyjny odnosząc te ogólne uwagi do niniejszej sprawy podkreśla, że dla powoda wykonanie robót budowlanych chociaż nie w całości, ale w znacznej przeciw części, z uwagi na charakter przedmiotu umowy w postaci obiektu budowlanego – drogi publicznej - było przydatne, zaspokajało jego podstawowy interes za jaki należy uznać przejezdność drogi na odcinku objętym robotami, który to odcinek charakteryzował się po wykonanych pracach dobrym stanem technicznym. Ocena, czy kara jest w konkretnych okolicznościach rażąco wygórowana może uwzględniać szereg okoliczności, w tym: stosunek między wysokością kary umownej, a wartością zobowiązania, której dłużnik wykonał z opóźnieniem, relację między wysokością kary umownej i wartością robót ustaloną w umowie, w której kara umowna została zastrzeżona, stosunek kary umownej do odszkodowania, które należałoby się wierzycielowi na zasadach ogólnych, okres opóźnienia w terminowym wykonaniu umowy przyrównany do czasu jej trwania. Dla potwierdzenia poprawności takiego wykładania omawianego przepisu Sąd Odwoławczy za właściwe uznał przywołanie orzeczeń Sądu Najwyższego tej materii dotyczących. I tak w wyroku z dnia 23 maja 2013 r. w sprawie IV CSK 644/12 (Lex nr 1365722) Sąd Najwyższy stwierdził, że: dopuszczalne jest uwzględnianie stosunku między wysokością kary umownej a wartością wykonanego z opóźnieniem zobowiązania jako miernika oceny wysokości kary umownej. Jeżeli kara umowna jest równa bądź zbliżona do wartości zobowiązania, można ją uznać za rażąco wygórowaną. W wyroku z 16 lipca 1997 r. w sprawie II CKN 271/97 (LEX nr 1170565) Sąd Najwyższy uznał, że za rażąco wygórowaną można uznać dochodzoną karę umowną, jeżeli równa się ona bądź jest zbliżona do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono. Z kolei w wyroku z dnia 20 maja 1980 r. w sprawie I CR 229/80 (OSNC 1980/12/243) Sąd Najwyższy stwierdził, że o tym czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej nie może samo przez się decydować jej wysokość procentowa przyjęta w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484§ 2 k.c.

W rozpoznawanej sprawie okres opóźnienia wykonawcy w oddaniu całości prac objętych umową wyniósł 6 dni, z których część to dni świąteczne. Natomiast uzgodniony przez strony czas trwania umowy obejmował okres półroczny, a zatem okres opóźnienia w relacji do zaplanowanego czasu trwania prac remontowych nie był szczególnie długi, a przekroczenie ostatecznego terminu spełnienia świadczenia było w istocie nieznaczne. Stosunek kary umownej do umówionego wynagrodzenia przedstawiał się następująco: wynagrodzenie brutto to kwota 11.888.861, 21 a naliczona kara 142.667 zł. Tak wyliczona kara umowna jest zatem odczuwalna. Pozwana spóźniła się ze świadczeniem o sześć dni, a po terminie wykonała w zasadzie prace porządkujące, których wartość pieniężna nie była duża a wartość użytkowa także nie uniemożliwiała korzystania z drogi. To także musi wpływać na ocenę stosunku między wysokością kary umownej, a wartością zobowiązania wykonanego po terminie. Sąd Odwoławczy uznał, że z tego punktu widzenia kara była również rażąco wygórowana. Strony w umowie nie przewidziały okoliczności zwalniających wykonawcę od odpowiedzialności za nieterminowe zakończenie robót. Przy ocenie możliwości miarkowania tak skonstruowanej kary umownej nie sposób jednak pominąć oceny, że pozwana w ostatnich dniach wykonywania robót, po odmowie potwierdzenia ich gotowości do odbioru w dniu 22 grudnia 2012 r. borykała się ze złymi warunkami pogodowymi a mimo to wiele prac zrobiła w zasadzie w ciągu niespełna dwóch dni roboczych, by minimalnie przekroczyć umówiony termin zakończenia remontu. Niefortunnie dla niej nastąpił później okres świąt Bożego Narodzenia, który wstrzymał dalszy tok procedury zgłoszeniowej, przewidzianej przez strony.

Przy ocenie istnienia przesłanek do obniżenia kary umownej nie można też pomijać, o czym była mowa już wyżej, skutków opóźnienia dla zamawiającego roboty. Możliwość dochodzenia kary umownej nie jest wprawdzie uzależniona od wystąpienia szkody związanej z nienależytym wykonaniem zobowiązania, co podnosi w swojej apelacji powód, jednakże ocena zaistniałej z tego powodu szkody może mieć wpływ na ograniczenie samej wysokości dochodzonej kary umownej. W judykaturze zdecydowanie dominuje pogląd, że to właśnie wysokość szkody powinna stanowić podstawowe kryterium pozwalające na ocenę rażąco wygórowanego charakteru kary umownej (zob. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r. (III CZP 61/03, uchwała 7-osobowego składu SN, zasada prawna, OSNC 2004/5/69). Tak więc szkoda poniesiona przez zamawiającego (niezależnie od jej ostatecznego ujęcia w sensie kwotowym lub wskazania tylko jej realnej postaci) - stanowi jedno z kilku kryteriów, jakie mogą być brane pod

uwagę przy ocenie wygórowanego charakteru kary umownej w świetle art. 484 § 2 k.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2009 r. w sprawie III CSK 198/08 (LEX nr 523684)). W orzecznictwie przyjmuje się konsekwentnie, że choć dochodzenie kary umownej nie jest uzależnione od wystąpienia szkody związanej z nienależyтым wykonaniem zobowiązania, to ocena zaistniałej z tego powodu szkody może mieć wpływ na ograniczenie wysokości dochodzonej szkody. W związku z podniesionym zarzutem miarkowania kary trzeba niewątpliwie wziąć pod uwagę istnienie szkody oraz jej rozmiar, zwłaszcza że przesłanka „rażącego wygórowania” implikuje istnienie znacznej dysproporcji między poniesioną szkodą, a żadaną wysokością kary (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2007 r. w sprawie I CSK 270/07, Lex 530614). Brak szkody lub jej znikomość może uzasadniać w okolicznościach sprawy - miarkowanie kary umownej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2007 r. w sprawie II CSK 400/06, Lex 610076, z dnia 21 czerwca 2002 r. w sprawie V CKN 1075/00, Lex 566024, z dnia 2 czerwca 1970 r. w sprawie II CR 167/70, OSNC 1970/11/214). W piśmiennictwie kryterium to jest uszczegółowiane poprzez wskazanie, że proste przełożenie wysokości poniesionej przez wierzyciela szkody nie zawsze może stanowić automatyczną podstawę do redukcji kary konwencjonalnej (por. op. Cit. „Kara umowna” - Jacek Jastrzębski, Wyd. Oficyna 2006r. s. 334 i następne).

Sąd Apelacyjny w tym kontekście podkreśla bezsporny między stronami fakt, że przebudowywana droga w drugiej połowie grudnia 2012 r. była przejezdna i użytkowana bez żadnych utrudnień w ruchu drogowym, na co zwracał już uwagę Sąd Okręgowy. Trafnie Sąd ten przyjął, że w praktyce oznacza to, że powód nie poniósł wskutek nieterminowego wykonania umowy żadnej szkody, nie musiał organizować objazdów lub w inny sposób zabezpieczać utrudnień w ruchu. Zresztą sam powód nie twierdził ani przed tym Sądem ani w postępowaniu odwoławczym, by poniósł wskutek nieterminowego wykonania remontu drogi jakąkolwiek szkodę, kontestując wiązanie rozmiaru kary umownej ze szkodą co do zasady. Tymczasem w ocenie Sądu Odwoławczego brak po stronie powoda szkody, w świetle wskazanego wyżej ugruntowanego stanowiska judykatury, niewątpliwie uprawniał do miarkowania z tej przyczyny naliczonej pozwanemu kary umownej. W orzecznictwie sądowym przyjmuje się nadto, że kryterium oceny rażącego wygórowania kary umownej może być relacja jej wysokości do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych (wyrok SN z dnia 11 października 2007 r. IV CSK 181/07, OSNC-ZD 2008/2/48). Podkreślenia wymaga, że w wyroku z dnia 13 czerwca 2003 r. w sprawie III CKN 50/01 (M Praw.2011/7/380) Sąd Najwyższy stwierdził wręcz, że nawet kara umowna równa wysokości szkody może być rażąco wygórowana, jeżeli nadmiernie przekracza sumę, która należałaby się wierzycielowi z tytułu odszkodowania dochodzonego na zasadach ogólnych. Powód skoro nie poniósł żadnej szkody wskutek nienależytego wykonania umowy, poprzez nieterminowe spełnienie świadczenia przez stronę pozwaną (rozumiejąc przez to wszelkie negatywne konsekwencje niewykonania zobowiązania) nie miałby podstaw, by na zasadach ogólnych dochodzić od pozwanej odszkodowania.

Reasumując - Sąd Apelacyjny w konsekwencji uznał, że w sprawie istniały obie przesłanki do miarkowania kary umownej naliczonej przez powoda, tak jak ocenił to Sąd pierwszej instancji w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Przepis art. 484 § 2 k.c. określa przesłanki, które mogą stanowić podstawę miarkowania kary umownej, ale katalog kryteriów pozwalających na jej zmniejszenie nie jest zamknięty. Miarkowanie kary umownej jest instytucją tzw. prawa sędziowskiego. Ocena w tym zakresie, w zależności od okoliczności sprawy, należy więc do sądu orzekającego. Nie może mieć przy tym decydującego znaczenia jedynie jedno kryterium, np. relacja stawek umówionych przez strony oraz stawek stosowanych w obrocie (wyrok SN z

dnia 5.10.2011r., IV CSK 659/10, LEX nr 1102547). Mając to wszystko na uwadze, uwzględniając okoliczności faktyczne sprawy, Sąd Apelacyjny ostatecznie uznał, że uzasadnione jest miarkowanie kary umownej o 1/2. Sąd Apelacyjny oczywiście ma świadomość, że jest to bardzo duża redukcja, a nie jedynie kosmetyczne pomniejszenie naliczonej przez stronę powodową kwoty. Jednak w okolicznościach tej sprawy, należało uznać, że pomniejszenie kwoty kary umownej ostatecznie dokonane przez Sąd pierwszej instancji na poziomie jej połowy, znajduje pełne uzasadnienie, w szczególności z uwagi na tak na stosunek wysokości kary umownej do wartości zobowiązania wykonanego z opóźnieniem, ale przede wszystkim wobec oczywistego faktu wykonania w terminie zobowiązania w znakomitej części i spienienia się pozwanej jedynie z niewielką częścią robót.

Roszczenie o zapłatę kwoty wyliczonej kary umownej staje się wymagalne po wezwaniu - art. 455 k.c. Powód wezwał pozwaną do zapłaty kary notą obciążeniową, które to wezwanie zostało skierowane do strony pozwanej w dniu 4

stycznia 2012r. z wyznaczeniem 14-dniowego terminu zapłaty, stąd Sąd Okręgowy ustalił datę początkową naliczanie odsetek od dnia 25 stycznia 2012 r.

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny – na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił obie apelacje.

Danuta Jezierska Maria Iwankiewicz Eugeniusz Skotarczak