

Sygn. akt I ACa 911/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 kwietnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Mirosława Gołuńska (spr.)
Sędziowie:	SA Stanisław Stankiewicz SO del. Tomasz Żelazowski
Protokolant:	sekr.sądowy Justyna Kotlicka

po rozpoznaniu w dniu 20 marca 2014 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.

przeciwko Skarbowi Państwa - Ministerstwu Obrony Narodowej, Komendantowi (...) w Ś.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 14 października 2013 r., sygn. akt I C 430/12

I. oddała obie apelacje,

II. znosi między stronami koszty postępowania apelacyjnego.

Stanisław Stankiewicz Mirosława Gołuńska Tomasz Żelazowski

Sygn. akt I ACa 911/13

UZASADNIENIE

Powódka (...) Spółka z o.o. w S. domagała się o zasądzenia od pozwanego Skarbu Państwa – Ministerstwa Obrony Narodowej, Komendanta (...) w Ś. kwoty 923.000 zł. z odsetkami ustawowymi od 23 stycznia 2012 r., a nadto zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Powódka wskazała, że 5 maja 2011 roku zawarła ,po przeprowadzeniu przetargu , z pozwanym umowę nr (...), której przedmiotem była naprawa mechanizmów i systemów okrętowych oraz konserwacja podwodnej części kadłuba (...) B.. Realizacja umowy przebiegała bez zakłóceń i uwag zamawiającego, do czasu awarii prądnicy w trakcie prób „na uwięzi” , awaria miała miejsce po pozytywnym odbiorze przez pozwanego na podstawie Karty Odbioru (...) Powódka

twierdziła, że przyczyna awarii była niezależna od jej działań, z kolei na termin usunięcia awarii wpływ miała osoba trzecia – posiadacz niezbędnego dźwigu, powódka nie obciążyła zamawiającego kosztami remontu prądnicy. Po dokonanej odbiorze okrętu powódka wystawiła fakturę na kwotę 7.100.000 zł . z czego pozwany 30 grudnia 2011 r. zapłacił 6.177.000 zł.

Pozwany Skarb Państwa - Ministerstwo Obrony Narodowej, Komendant (...) w Ś., w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powódki kosztów postępowania . Według pozwanego powódka pominęła fakt nałożenia na nią kary umownej, która została potrącona z ustalonego wynagrodzenia. Oznacza to ,że powódka obecnie dochodzi zapłaty kwoty odpowiadającej karze umownej, a nie niezapłaconego wynagrodzeniu , do tego powódka nie wniosła o miarkowanie samej kary umownej. Pozwany wskazał ,że w piśmie z 23 grudnia 2011 roku powódka została poinformowana o wystąpieniu 13 dni zwłoki w terminowym wykonaniu umowy oraz o potrąceniu z tego tytułu kary umownej z ostatecznej faktury zgodnie z postanowieniami zawartej umowy. Pozwany podkreślił ,że prądnica prądu stałego była objęta umową podstawową w Dziale elektromechanicznym – część elektryczna, poz. 3, str. 87, wykazu prac remontowych; jej uszkodzenie nastąpiło w trakcie prób zdawczo-odbiorczych silnika, prądnicy i układu elektronicznego nadzorującego prace wyżej wymienionego zespołu, ostatecznie zamontowana na okręcie została 23 grudnia 2012 roku. Niewykonanie umowy w terminie dało pozwanemu podstawę nałożenia na powódkę kary umownej w wysokości 1 % wartości przedmiotu umowy dziennie.

Powódka w piśmie procesowym z 29 czerwca 2012 roku twierdziła, że pozwany nie przedstawił dowodu złożenia oświadczenia o naliczeniu kar umownych oraz ich potrąceniu z wierzytelności wzajemnej. Podniosła też, że kara umowna może zostać naliczona jedynie w przypadku zawinonego przez dłużnika niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Umowa łącząca strony przewidywała istnienie winy, jako warunku naliczenia kary umownej (§ 10) . Tym samym brak winy dłużnika przy niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania uniemożliwia dochodzenie odpowiedzialności z tytułu kary umownej. Opóźnienie było spowodowane awarią prądnicy po jej odbiorze przez pozwanego i było niezależne od działań powódki i przeprowadzonych przez nią prób remontowych. Według powódki w związku z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu, to pozwany winien wykazać zaistnienie przesłanek naliczenia kar umownych. Według powódki oświadczenie o potrąceniu nie spełniało kryteriów z art. 60 k.c.- pozwany nie oświadczył, że nalicza karę umowną lecz że ją naliczy. Powódka argumentowała następująco : do potrącenia można przedstawić jedynie wierzytelności wymagalne, a pozwany w dacie potrącenia takiej nie posiadał, z uwagi na brak właściwego oświadczenia skierowanego do powódki z żądaniem zapłaty kary umownej w określonym terminie. W każdym razie oświadczenie o potrąceniu nie może być dorozumiane. Na wypadek uwzględnienia racji pozwanej co do kar umownych, powódka wniosła o miarkowanie kary umownej w trybie art. 484 § 2 k.c. twierząc ,że zachodzą obie przesłanki miarkowania kary umownej zobowiązanie bowiem zostało wykonane w znacznej części ,a kara jest rażąco wygórowana.

Pozwany, w piśmie procesowym z 3 lipca 2012 roku wskazał, że w trakcie prac remontowych powódka nie zgłaszała uwag, co do stanu technicznego prądnicy dodając ,że termin remontu poszczególnych urządzeń nie mógł przekraczać końcowego terminu remontu samej jednostki. Powódka jako dłużnik winna udowodnić, że opóźnienie ze spełnieniem świadczenia wynika z okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi. W kolejnym piśmie procesowym z 25 lipca 2012 roku oświadczył, że skutecznie naliczył i potrącił z wynagrodzenia wykonawcy karę umowną, której aktualnie powódka dochodzi jako niezapłaconej części wynagrodzenia. Jako dowód świadomości naliczenia i potrącenia kary umownej wskazał pismo z 23 grudnia 2012 roku, w którym powódka zwraca się z wnioskiem o umorzenie części kar umownych w kwocie 830.700 złotych oraz pismo Ministra Obrony Narodowej z 29 lutego 2012 roku wskazujące na potrącenie. Nadto załączył oświadczenie o potrąceniu złożone przez Komendanta (...) w Ś. .

Powódka w piśmie procesowym z 31 sierpnia 2012 roku wskazała, że nie ma fizycznej możliwości zapoznania się ze wszystkimi urządzeniami znajdującymi się na okręcie przed ich demontażem do remontu. Twierdziła nadal , że wywiązała się z umowy, ponieważ z karty remontu prądnicy prądu stałego wynika, iż była zobowiązana jedynie do konserwacji uzwojeń; w tym zakresie prace zostały odebrane. Wytknęła pozwanej nieprawidłową eksploatację prądnicy w ciągu kilku lat poprzedzających remont oraz konieczność przeprowadzenia prac dodatkowych w stosunku do przewidzianych umową, których umowa nie uwzględniała zarówno w zakresie czasu, jak i kosztów wynoszących

65.000 złotych. Pozwany odebrał zarówno zakres prac dotyczących konserwacji uzwojeń, jak i całej prądnicy, co stanowi dowód należytego wykonania umowy. Odnosząc się do potrącenia wskazała, że pozwany dokonał potrącenia dopiero 20 lipca 2012 roku. Dla skuteczności potrącenia koniecznym jest wymagalność obu wierzytelności, a z pisma z 23 grudnia 2011 roku nie wynika fakt naliczenia kar umownych, a jedynie zamiar ich naliczenia.

Pozwany w piśmie z 16 października 2012 r. zakwestionował, jako dowód, prywatną opinię biegłego, wskazał na zakres prac remontowych prądnicy prądu stałego, wykraczający poza konserwację uzwojeń. W piśmie z 12 sierpnia 2013 r. podtrzymał twierdzenie o poinformowaniu oferentów o zmianie warunków przetargu oraz wzoru umowy przed upływem terminu do złożenia oferty tj. przed dniem 4 kwietnia 2011 roku.

Sąd Okręgowy w Szczecinie wyrokiem z dnia 14 października 2013 r.: zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 830 700 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 23 stycznia 2012 r. (pkt I.), w pozostałej części powództwo oddalił (pkt II.) , a nadto zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 46.150 zł. tytułem kosztów sądowych i kwotę 7.217 zł. tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Orzeczenie to zostało poprzedzone następującymi ustaleniami :

Skarb Państwa-Ministerstwo Obrony Narodowej, K. (...) w Ś., ogłosił postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na udzielenie zamówienia publicznego. Przedmiotem postępowania było wyłonienie wykonawcy remontu jednostki pływającej (...). Remont miał obejmować naprawę mechanizmów i systemów okrętowych oraz konserwację podwodnej części kadłuba. W ramach remontu wykonawca miał obowiązek m.in.zdemontować prądnicę prądu stałego i przetransportować ją na warsztat; zdemontować łożyska nośne i wymienić je na nowe; wymyć, wysuszyć i uzupełnić powłokę lakierniczo-izolacyjną uzwojeń wirnika i stojana; zamontować prądnicę na okręcie; przeprowadzić pomiar stanu izolacji i próby prądnicy pod obciążeniem podczas prób na stanowisku prób; po przeprowadzeniu prób i pomiarów stanu izolacji karty pomiarów dostarczyć oficerowi nadzorującemu; przed montażem na okręcie wykonać malowanie obudowy prądnicy; zamontować prądnicę na okręcie. Termin realizacji umowy określono w warunkach przetargu na 20 października 2011 roku; natomiast w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik do warunków przetargu oraz warunkach taktyczno - technicznych stanowiących szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - na 30 października 2011 roku. Wskazane postępowanie było prowadzone według regulacji zawartych w Decyzji nr (...) Ministra Obrony Narodowej z 26 lipca 2006 roku, w sprawie zasad i trybu zawierania w resorcie Obrony Narodowej umów, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy. Podkreślił następnie Sąd ,że w pkt 9 pdpkt a) warunków taktyczno – technicznych (stanowiących szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) ustalono, że wykonawca ponosi odpowiedzialność (ryzyko pożaru, uszkodzenia itp.) za szkody będące wynikiem prowadzonych prac w trakcie trwania remontu od dnia podpisania „Protokołu Przyjęcia Okrętu do Remontu” do czasu formalnego przyjęcia okrętu przez użytkownika tj. dnia podpisania przez strony „Protokołu Zdawczo – Odbiorczego”. Z pkt 11 warunków wynika , że termin naprawy urządzeń, które uległy uszkodzeniu w trakcie remontu w okolicznościach wyszczególnionych w pkt 9, nie mógł przekraczać terminu zakończenia prac remontowych . Skoro warunki taktyczno-techniczne były integralną częścią dokumentacji przetargowej były też częścią zawartej po przetargu umowy .Wykonawca zobowiązał się do sporządzenia szczegółowego kosztorysu prac ujętych w „Protokole Oględzin Okrętu w Doku”, a następnie, w okresie pięciu dni kalendarzowych, od daty podpisania protokołu, przesłania go wraz z protokołem na adres zamawiającego. Realizacja remontu jednostki pływającej miała zapewnić odtworzenie wszystkich parametrów taktyczno-technicznych sprzętu i systemów okrętowych, podlegających remontowi, określonych w opisie technicznym okrętu, w dokumentacji techniczno-ruchowej urządzeń do wartości (jak dla urządzeń po remoncie) oraz odtworzenie ich technicznych zasobów pracy (resursów) . Wykonawcy przed złożeniem oferty mieli możliwość bezpośredniego zapoznania się ze stanem jednostki, co jednak, z uwagi na stopień skomplikowania mechanizmów okrętu, nie dawało faktycznej możliwości precyzyjnego określenia zakresu wszystkich prac, jakie będą musiały być wykonane dla przywrócenia okrętu do pełnej sprawności, po kilkuletnim okresie zaniechania eksploatacji. Wykonawcom zagwarantowano możliwość porozumiewania się z zamawiającym, w tym zadawania mu pytań, co do treści warunków przetargu. Zamawiający ustalił, że z wykonawcami będzie się porozumiewał za pomocą faksu lub drogą elektroniczną zastrzegając ,że w każdym czasie, przed upływem terminu składania ofert, może zmienić warunki przetargu, przy czym dokonaną w ten sposób zmianę przekaże niezwłocznie

wszystkim wykonawcom, którym przekazano warunki przetargu. W piśmie z dnia 14 marca 2011 roku, skierowanego do wykonawcy zamawiający poinformował o wprowadzeniu w trybie § 28 ust 2 decyzji (...) zmiany w warunkach przetargu oraz załącznikach do warunków przetargu w tym wzorze umowy. Zmianie uległ zapis dotyczący kary umownej w ten sposób, że w miejsce 0,1 %, zamawiającemu przysługuje kara umowna w wysokości 1% wartości brutto umowy niezrealizowanej w terminie za każdy dzień zwłoki w realizacji umowy. Taka sama informacja, obok innych, znalazła się w piśmie z 16 marca 2011 roku. Termin składania ofert upływał 4 kwietnia 2011 roku, tego dnia miało nastąpić otwarcie ofert. Jedynym kryterium wyboru oferty była cena. Po przeprowadzeniu oceny ofert, zamawiający, w wyniku aukcji elektronicznej, uznał za zwycięzcę postępowania (...) Sp. z o.o. w S. . Stan techniczny remontowanej jednostki (...) B. był zły, że nie była ona w stanie odbyć samodzielnie rejsu między portami w Ś. i S., gdzie miał być wykonany jej remont i jednostka została doholowana. Strony przewidziały, że po przeprowadzeniu remontu, do odbioru okrętu konieczne będzie przeprowadzenie szeregu prób - na uwięzi oraz na morzu. Próby swoim zakresem obejmowały wszystkie remontowane elementy jednostki w tym wchodzące w skład wyposażenia nawigacyjnego, łączności, broni podwodnej, artyleryjskiego, obserwacji technicznej. Wykonawca z uwagi na procedury zamawiania wyjścia w morze, na 14 dni przed terminem gotowości do zakończenia objętych umową prac zobowiązał się powiadamiać Regionalne Przedstawicielstwo Wojskowe, Użytkownika i Zamawiającego; w uzgodnionym terminie komisja złożona z przedstawiciela Zamawiającego, RPW oraz Wykonawcy miała dokonać odbioru prac wraz z podpisaniem sporządzonego przez wykonawcę protokołu zdawczo-odbiorczego. Odbiór końcowy miał się odbywać przez Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe według procedur określonych w (...).

Z uwagi na potrzebę zawarcia szeregu umów na prace dodatkowe strony zmieniły termin zakończenia prac najpierw na 2 grudnia, a następnie na 9 grudnia 2011 roku postanawiając w § 6 aneksu nr (...) , że usługę przyjmuje się za wykonaną w dacie odbioru prac i podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego przez komisję zdawczo-odbiorczą ze strony zamawiającego, wykonawcy i przedstawiciela RPW. Strony skróciły również czas, w jakim wykonawca, ze względu na procedury zamawiania wyjścia jednostki w morze, miał powiadomić RPW, użytkownika i zamawiającego z 14 do 7 dni. W dniu 30 listopada 2011 roku zamawiający dokonał odbioru prądnicy prądu stałego, po przeprowadzeniu prac przewidzianych w wykazie prac remontowych. Odbioru dokonał RPW, oraz przedstawiciel użytkownika A. S.; natomiast wykonawcę reprezentował inżynier nadzorujący prace remontowe – M. K.. 7 grudnia 2011 roku, podczas prób na uwięzi, doszło do awarii przedmiotowej prądnicy pracującej na potrzeby trału minowego. W wyniku awarii, rozerwaniu i przypaleniu uległa osłona części czołowej wirnika prądnicy, uszkodzeniu i przypaleniu uległ też sam wirnik oraz cewki stojanu. Uszkodzenie prądnicy uniemożliwiło przeprowadzenie prac polegających na dotarciu silnika połączonego z prądnicą. W trakcie trwania remontu wykonawca nie złożył protokołu weryfikacyjnego o zwiększenie zakresu prac remontowych prądnicy, co wskazywało, że w tym czasie zakres prac remontowych prądnicy, jak i jej stan techniczny nie budził u wykonawcy zastrzeżeń. O awarii wykonawca poinformował zamawiającego w piśmie z 8 grudnia 2011 roku, wskazując termin zakończenia prac na dzień 29 grudnia 2011 roku i prosząc o spotkanie z zamawiającym 9 grudnia 2011 roku. Nie uzyskał jednak przesunięcia terminu realizacji przedmiotu zamówienia, mimo przedstawienia szeregu okoliczności uzasadniających taką decyzję. W dniu 23 grudnia 2011 roku, po przeprowadzeniu prób na postoju w zakresie zespołu prądu stałego oraz prób morskich w dniach 10-20 grudnia 2011 roku, zamawiający dokonał odbioru jednostki pływającej (...) B.. Protokół odbioru stanowił podstawę do wystawienia i opłacenia faktury. Następnie w dniu 23 grudnia 2011 roku wykonawca wystawił K. (...) w Ś. fakturę za przeprowadzoną usługę na umówione wynagrodzenie 7.100.000 zł. W piśmie z 23 grudnia 2011 roku do Spółki (...), K. (...) w Ś. skierowała oświadczenie, że w związku z zakończeniem prac remontowych po terminie, wynikającym z umowy podstawowej Nr (...) z 5 maja 2011 roku w dniu 23 grudnia 2011 roku naliczy kary umowne zgodnie z treścią § 10 pkt 3 wskazanej umowy. Wysokość kary wynosi 923.000 złotych, co stanowi 1% liczony od wartości brutto umowy, to jest kwoty 7.100.000 złotych. Dalej zamawiający wyjaśniał, że termin zakończenia umowy przypadł na dzień 9 grudnia 2011 roku, a zakończenie robót zostało potwierdzone stosownym protokołem zdawczo-odbiorczym z 23 grudnia 2011 roku, co daje 13 dni zwłoki. Wykonawca oświadczył, że kara zostanie potrącona z ostatecznej kwoty faktury nr (...).

Po tak poczynionych ustaleniach Sąd pierwszej instancji uznał ,że powództwo o zapłatę w przeważającej części jest uzasadnione.

W pierwszej kolejności Sąd oceniał skutki złożenie oświadczenia przez pozwanego o potrąceniu kwoty naliczonych kar umownych z wynagrodzenia należnego powódce jako wykonawcy remontu jednostki pływającej (...) B.. Powódka zarzucała bowiem ,że pozwany nie złożył oświadczenia o naliczeniu kar umownych oraz o potrąceniu tak naliczonej kwoty z należnego jej wynagrodzenia .Na tej podstawie powódka domagała się zapłaty reszty umówionego wynagrodzenia .Co do oświadczeń pozwanego - Sąd stwierdził , że przedłożone przez pozwanego oświadczenie Komendanta (...) w Ś. z dnia 20 lipca 2012 roku, o naliczeniu i potrąceniu z wynagrodzenia wykonawcy kary umownej w wysokości 923.000 złotych , jest dopuszczalne , prawidłowe i skuteczne dodając nadto , że również wcześniejsze oświadczenie tegoż Komendanta z dnia 23 grudnia 2011 roku spełnia wymogi stawiane oświadczeniu o potrąceniu i było skuteczne . Przywołując treść przepisu art. 499 k.c. Sąd wskazał ,że potrącenia dokonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie, ma ono moc wsteczną od chwili, kiedy stało się możliwe , oświadczenie o potrąceniu nie musi być złożone w formie szczególnej i dla swej skuteczności nie musi być sformułowane w trybie dokonanym. Dalej podkreślił Sąd ,że zgodnie z art. 60 k.c., z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny. Oznacza to ,według Sądu ,że nie ma znaczenia, czy potrącenie zostało dokonane w związku z oświadczeniem z 23 grudnia 2011 roku, czy też dopiero w toku procesu. Potrącenie nastąpiło w chwili, gdy dwie wierzytelności stały się wymagalnego co miało miejsce w dniu 23 grudnia 2011 roku. W tej dacie nastąpił odbiór okrętu po remoncie i powód uzyskał roszczenia o zapłatę wynagrodzenia z tego tytułu. Dla skuteczności potrącenie nie było konieczne wcześniejsze obliczenie wysokości wierzytelności i na tej podstawie wezwanie do jej zapłaty. Obliczenie wysokości wierzytelności jest czynnością czysto techniczną leżącą w gestii wierzyciela.

Sąd następnie odniósł się do twierdzenia powódki ,że w sprawie nie istniały w ogóle podstawy do naliczenia kary umownej ponieważ nie ponosi ona jako wykonawca winy za zaistniałe opóźnienie , tym samym nie można mówić o zwłoce, która to dawała dopiero zamawiającemu uprawnienie do naliczenia kary umownej.

Postanowienia umowne określały sposób i termin zakończenia prac .Dla Sądu było oczywiste, że wykonawca w umówionym terminie nie zdołał ich wszystkich wykonać. Celem remontu było doprowadzenie okrętu do stanu gotowości operacyjnej- wszystkie jego podzespoły miały być sprawne. Awaria prądnicy uniemożliwiła nie tylko odbiór tego elementu okrętu, lecz również kolejnych z nim powiązanych, to jest silnika zespolonego z prądnicą oraz automatyki sterującej tym zespołem. Niesprawna prądnica była elementem urządzenia trałującego, opóźnienie dotyczyło podstawowego urządzenia okrętu, determinującego możliwość jego wykorzystywania operacyjnego, zgodnie z przeznaczeniem. Do tego powódka nie sygnalizowała pozwanemu potrzeby rozszerzenia prac, związanych z remontem prądnicy, z uwagi na jej stan techniczny . Powódka ograniczyła się do wykonania robót w pierwotnie określonym zakresie, ustalonym przed demontażem i przeglądem urządzenia, związanym z jego konserwacją. Choć awaria prądnicy była zaskoczeniem dla wykonawcy to nie zmienia faktu, że powódka w umówionym terminie remontu nie zakończyła. Dla uznania racji pozwanego co do zakończenia robót po terminie, w ocenie Sądu Okręgowego przesądzające znaczenie miał zapis pkt 9 pdpkt a) warunków taktyczno – technicznych, z którego wynika, że wykonawca ponosi odpowiedzialność (ryzyko pożaru, uszkodzenia itp.) za szkody będące wynikiem prowadzonych prac w trakcie trwania remontu od dnia podpisania „Protokołu Przyjęcia Okrętu do Remontu” do czasu formalnego przyjęcia okrętu przez Użytkownika tj. dnia podpisania przez strony „Protokołu Zdawczo – Odbiorczego”. Taki zapis - wedle Sądu pierwszej instancji - oznacza ,że wykonawca przyjął na siebie odpowiedzialność za wszelkie usterki, a w konsekwencji szkody, jakie mogły powstać w czasie prac remontowych. Od momentu przejścia okrętu do naprawy do chwili ostatecznego zwrócenia okrętu użytkownikowi po naprawie. Nie miało przy tym znaczenia, czy szkody które mogły powstać były spowodowane winą wykonawcy czy też nie. Z ocenianego zapisu wynika, że wykonawca przyjął na siebie odpowiedzialność również na zasadzie ryzyka, z przyczyn przez niego niezawinionych. Tak wykładając powyższy zapis warunków taktyczno-technicznych Sąd uznał ,że nie miało już znaczenia z jakiej przyczyny prądnica uległa uszkodzeniu w czasie prób na uwięzi; w szczególności bez znaczenie było czy doszło do tego bez winy wykonawcy. Sąd przyjął ,że w każdej sytuacji uszkodzenia, wykonawca ponosił odpowiedzialność na zasadzie ryzyka. Skoro do wydania remontowanego okrętu użytkownikowi nie doszło w umówionym terminie , tj.do 9 grudnia 2011 r. oznacza to , że powódka ponosił odpowiedzialność za opóźnienie. Przedmiotem świadczenia powódki było doprowadzenie jednostki do stanu sprawności. Tak określone świadczenie to nie zostało spełnione z uwagi na niewykonanie remontu

w umówionym terminie, za co wykonawca przyjął na siebie odpowiedzialność. Zapis § 10 ust. 3 umowy określał, że zamawiającemu przysługuje kara umowna w wysokości 1% wartości brutto umowy niezrealizowanej w terminie za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w realizacji umowy. Umówiony termin zakończenia robót i odbioru jednostki ustalono na 9 grudnia 2011 roku, odbiór 23 grudnia 2011 roku oznacza 13 dni zwłoki co uprawniało zamawiającego do naliczenia kary umownej.

Odnosząc się do wysokości kary umownej Sąd poczynił następujące ustalenia: z postanowienia warunków przetargu oraz z wzoru umowy zmienionych na podstawie § 28 ust 2 Decyzji nr (...) z 26 lipca 2006 roku, w sprawie zasad i trybu zawierania w resorcie obrony narodowej umów, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy (Dz. Urz. MON Nr 14 poz. 179) wynika, że ogłoszenia i warunki przetargu, a także zaproszenie do negocjacji z kilkoma wykonawcami mogły być zmienione lub odwołane, o ile zamawiający zastrzegł to w ich treści. Takie zastrzeżenie znalazło się w treści warunków przetargu w rozdziale VII oraz XVIII i wynika z nich, że zmiana powinna nastąpić przed upływem terminu do złożenia oferty. Dla skuteczności zmian należało zakomunikowanie ich wykonawcom startującym w przetargu. Rozdział VII warunków przetargu przewidywał sposoby komunikacji zamawiającego i wykonawców-faksem lub drogą elektroniczną. Pisma zamawiającego z 14 i 16 marca 2011 roku przekazane powodowej spółce drogą faksu dowodzą, że zamawiający dopełnił obowiązku zawiadomienia o zmianie treści warunków przetargu oraz wzorca umowy. Powódka w dniu podpisywania umowy знаła wysokość kar przewidzianych za zwłokę w wykonaniu umowy. W sytuacji spowolnienia gospodarczego, przedsiębiorstwa zmuszone są godzić się na wyższy poziom ryzyka, dla utrzymania się na rynku i to uczyniła powódka. Pozwany nie przedstawił natomiast żadnych okoliczności uzasadniających konieczność podwyższenia kar umownych. Przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało w ocenie Sadu pierwszej instancji, że jedyną funkcją kar umownych było dyscyplinowanie wykonawcy tak by umówione prace przeprowadził jak najszybciej.

Następnie Sąd przypomniał treść przepisu art. 484 k.c., który stanowi, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (§1).. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana (§ 2).

Oddany do remontu (...) został przywrócony do eksploatacji, jako wartościowa jednostka. Pozwany zarzucał powódce wyłącznie uchybienie terminowi realizacji umowy, nie przedstawił żadnych okoliczności wskazujących by brak sprawnej jednostki we flocie doprowadził do jakichkolwiek utrudnień, a tym bardziej spowodowała szkodę u pozwanego.

W konsekwencji takich ustaleń faktycznych i rozważań prawnych, Sąd pierwszej instancji uznał, że choć pozwany miał podstawy do naliczenia kary umownej, to jednak jej wysokość (niejako narzucona przez zamawiającego) była rażąco wygórowana. W sprawie, według Sądu Okręgowego, zachodziły obie przesłanki miarkowania kary umownej z art. 484 § 2 k.c.- zobowiązanie zostało wykonane w całości w czasie, który nie wywołał dla pozwanego negatywnych konsekwencji, a wysokość kary umownej do wartości przedmiotu zamówienia - jeden procent dziennie - nie miała uzasadnienia ekonomicznego i stanowiła w ocenie Sądu rażący przykład faktycznie nierównego statusu stron kontraktowych oraz wykorzystywania przez pozwanego, jako zamawiającego, silniejszej pozycji rynkowej. W konsekwencji Sąd uznał, że powództwo jest w przeważającej części uzasadnione, to jest w takiej, w jakiej wysokość kary umownej została zmieniona przez podwyższenie przez zamawiającego w trybie § 28 ust 2 Decyzji nr (...) z 26 lipca 2006 roku. Uznał ostatecznie Sąd, że właściwą będzie kara naliczona w wysokości jak w pierwotnym wzorcu umowy dodając, że pozwany naliczył karę umowną na podstawie jednostronnie określonego, rażąco nadmiernego wymiaru, a więc w zawyżonej wysokości. Oznacza to, że dokonując potrącenia tak określonej, zawyżonej kary umownej, sam popadł w zwłokę wobec wykonawcy w zapłacie wynagrodzenia, stanowiącego różnicę naliczonej kary umownej z tą, jaka wynikała z wzorca umowy sprzed zmiany. Co do należności odsetkowych od zasądzzonego świadczenia - wskazała Sąd, że zgodnie z art. 481 § 1 k.c. jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może

żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

W konsekwencji takich ustaleń Sąd orzekł jak w punkcie pierwszym i drugim wyroku.

O kosztach procesu orzekł Sąd kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania - art. 98 k.p.c. i art. 100 k.p.c., z uwzględnieniem faktu, iż powód uległ tylko w nieznaczej części swego żądania.

Apelacje od wyroku Sądu pierwszej instancji wniosły obie strony, w różnym oczywiście zakresie kwestionując powyższe rozstrzygnięcie.

Powódka zaskarżyła wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie w części oddalającej powództwo ponad kwotę 830.700 wnosząc o jego zmianę w punkcie I i zasądzenie od pozwanego kwoty 923.000 zł z odsetkami ustawowymi od 23 stycznia 2012 roku oraz uchylenie zaskarżonego wyroku w punkcie , a nadto zasądzenia kosztów procesu i kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych. Wskazanemu orzeczeniu apelująca zarzuciła :

1. naruszenie norm prawa materialnego wyrażonej art. 484 §1 k.c. przez jego błędną wykładnię i wskazanie, że kara umowna należy się bez względu na występowanie winy dłużnika,
2. naruszenie norm prawa procesowego wyrażonej art. 233 k.p.c. w zw. z art. 484 §1 k.c. poprzez przyjęcie, że powódka w umowie przyjęła na siebie odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, za wszystkie zdarzenia w czasie wykonywania umowy.
3. naruszenie norm prawa procesowego wyrażonej art. 233 .k.p.c. w zw. z art. 484 §2 k.c. poprzez zastosowanie instytucji miarkowania kar umownych.

Powódka przekonywała, że nie doszło do modyfikacji charakteru jej odpowiedzialności dla naliczenia kar przez zamawiający Skarb Państwa. W jej ocenie analiza treści Warunków Taktyczno-Technicznych, stanowiących załącznik nr(...) do warunków przetargu, nie uprawnia w żadnym wypadku do wniosku, że kara umowna oderwana jest od zawinienia i, że odpowiadała ona na zasadzie ryzyka szeroko takie swoje stanowisko uzasadniając. Podkreśliła, że kara umowna należy się wierzycielowi bowiem tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność dłużnik. Oznacza to, że to wierzyciel dla realizacji roszczenia o zapłatę kary musi wykazać istnienie i treść zobowiązania łączącego go z dłużnikiem, a także fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania będąc zwolniony tylko z obowiązku wykazywania szkody. Gdy strony w umowie zawarły zapisy w przedmiocie kar umownych to zachowanie dłużnika uzasadniające naliczenie kar umownych musi być zawinione, a pozwany że tak było w tej sprawie nie wykazał. Powódka dowodziła, że nie ponosi winy, że doszło do powstania awarii prądnicy prądu stałego, dodając, iż z dowodu z opinii biegłego (pozasądowej) wynika, że przyczyną uszkodzenia były okoliczności niezależne od wykonawcy. Powódka jedynie z tzw. ostrożności procesowej podnosiła, że z uwagi na przyznanie przez stronę pozwaną braku jakiegokolwiek szkody oraz przekroczenie jedynie o 13 dni umówionego terminu wykonania umowy uzasadnione jest znaczne zmiarkowanie kar umownych, nawet poniżej ustalonego przez Sąd pierwszej instancji - 0,1 %. Przyjęta przez Sąd pierwszej instancji kara umowna to znaczna kwota 7.639 zł. dziennie, kara umowna nie powinna natomiast prowadzić do „nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela”.

Pozwany wyrok Sądu Okręgowego zaskarżył w części, a mianowicie co do rozstrzygnięcia zawartego w punkcie I w którym Sąd powództwo uwzględnił do kwoty 830 700 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 23 stycznia 2012r. oraz w zakresie pkt. III zawierającego rozstrzygnięcie o kosztach procesu (kwoty 46.150,00 zł. tytułem zwrotu kosztów sądowych i 7.217,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego) . Zaskarżonemu wyrokowi pozwany zarzucił :

naruszenie przepisów prawa materialnego, a w szczególności przepisu art. 484 § 2 k.c. poprzez uznanie, iż zachodziły przesłanki miarkowania kary umownej w postaci „rażąco wygórowanej kary umownej” oraz dokonanie miarkowania kary, w wysokości „różnicy naliczonej kary umownej z tą jaka wynikała z wzorca umowy o treści sprzed zmiany” i jednocześnie uznanie że pozwany był zobowiązany do zapłaty w tej wysokości wynagrodzenia stronie powodowej.

W konsekwencji takiego zarzutu pozwany wnosił o zmianę wyroku w zaskarżonej części przez oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie na rzecz strony pozwanej Skarbu Państwa - Ministra Obrony Narodowej, Komendanta (...) w Ś. kosztów procesu, w tym na rzecz Skarbu Państwa - Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa - kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Pozwany podkreślał, że w ustalonym przez Sąd pierwszej instancji stanie faktycznym, tj. ustalenia faktu niewykonanie przez powoda zobowiązania wynikającego z umowy z 5 maja 2011 r. w terminie i jego odpowiedzialności za awarię prądnicy prądu stałego, przy braku złożenia przez zastrzeżeń do zakresu prac remontowych, stanu technicznego jednostki pływającej przed odbiorem do remontu, jak i braku sporządzenia protokołu weryfikacyjnego dotyczącego ewentualnego zwiększenia zakresu prac remontowych prądnicy, pomimo istnienia takich możliwości, Sąd prawidłowo przyjął, że zamawiający był uprawniony do nałożenia kary umownej

Pozwany zarzucał, że Sąd Okręgowy w sposób niewłaściwy, powołując się na art. 484 §2 k.c., dokonał miarkowania naliczonej i potrąconej kary umownej jako rażąco wygórowanej. Wynika to stąd, że Sąd dokonując miarkowania kary umownej za zwłokę nie oparł się na ogólnie przyjętych zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie przedmiotu, kryteriach miarkowania kary. Przyjął natomiast, że naliczona i potrącona kara umowna jest rażąco wygórowana i winna być zmiarkowana do wysokości „różnicy naliczonej kary umownej z tą jaka wynikała z wzorca umowy, o treści sprzed zmiany” i uznając, że różnica ta stanowi kwotę wynagrodzenia, którą pozwany był zobowiązany zapłacić na podstawie umowy z dnia 5 maja 2011 r. Pozwany przekonywał, szeroko to uzasadniając, że nie sposób przyjąć zasadności stwierdzenia, że różnica pomiędzy 0,1 % (0,1% opustu cenowego wartości brutto umowy niezrealizowanej w terminie za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, nie więcej niż 10 % wynagrodzenia), a 1% (wartości brutto umowy niezrealizowanej w terminie) stanowiło, kwotę wynagrodzenia, którą pozwany byłby zobowiązany do zapłaty na mocy zawartej w dniu 5 maja 2011 r. umowy. Powódka przed złożeniem oferty uprawniona była do zapoznania się z treścią dokumentacji przetargowej, dokumentacji technicznej, jak i do złożenia zastrzeżeń. Zamawiający skutecznie poinformował o zmianie warunków przetargu, jak i niektórych postanowień projektu umowy. Powódka w okresie 14 dni miała czas na podjęcie decyzji, oszacowanie – kosztów, ceny, wysokości ewentualnej kary w razie niewykonania umowy w terminie, miała więc odpowiedni czas by dostosować sposób i właściwe zarządzanie realizacją projektu w stosunku do stopnia ryzyka.

Według pozwanego Sąd nie dokonał właściwego co do zasady i co do wysokości miarkowania kary opierając się na kryterium wysokości wynagrodzenia, skoro wysokość zmiarkowanej kary odniósł do wysokości „różnicy naliczonej kary umownej z tą jaka wynikała z wzorca umowy o treści sprzed zmiany”, uznając równocześnie, że różnica ta stanowi kwotę wynagrodzenia, którą pozwany był zobowiązany zapłacić powodowi na mocy zawartej umowy z dnia 5 maja 2011 r. Sąd nie odniósł się więc w istocie do rzeczywistego wynagrodzenia wynikającego z umowy z dnia 5 maja 2011 r.

Pozwany podniósł, że nie mógł korzystać do dnia 23 grudnia 2011 r. z w pełni sprawnego okrętu wojennego, a w szczególności był pozbawiony możliwości wykorzystania podstawowego urządzenia okrętu, z uwagi na powstanie usterki, za którą zgodnie z warunkami taktyczno - technicznymi to powódka ponosiła odpowiedzialność. Pozwany podkreślała też, że konieczność terminowego wykonania remontu i jego odebrania była spowodowana obowiązkiem wydatkowania środków publicznych do końca danego roku tj. 2011. Tak więc sam fakt niewykonania zobowiązania przez dłużnika stanowił bezprawne względem wierzyciela naruszenie jego uprawnień. Celem remontu było zapewnienie stanu gotowości operacyjnej wszystkich urządzeń i podzespołów, a zwłaszcza podstawowego urządzenia tralującego na okręcie. Opóźnienie dotyczyło podstawowego urządzenia okrętu, determinującego możliwość jego wykorzystania operacyjnego oraz powiązanych z nim podzespołów, umowa miała być wykonana jednorodnjowo .

Oznacza to ,że nie można mówić o przesłance znacznego wykonania zobowiązania lecz o nienależywym wykonaniu umowy na wypadek czego była zastrzeżona kara umowna .

Sąd Apelacyjny zważył , co następuje :

obie apelacje są nieuzasadnione co prowadziło do ich oddalenia .

Wynikający z art. 378 § 1 k.p.c. obowiązek rozpoznania sprawy w granicach apelacji oznacza zarówno zakaz wykroczenia poza te granice, jak i nakaz rozważenia wszystkich podniesionych w apelacji zarzutów i wniosków. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, mającej moc zasady prawnej (OSNC 2008, Nr 6, poz. 55), sąd apelacyjny jest związany jedynie takimi uchybieniami przepisów postępowania, które zostały podniesione w apelacji. Bez podniesienia w apelacji lub postępowaniu apelacyjnym właściwych zarzutów w tym zakresie sąd apelacyjny nie może więc wziąć pod rozwagę popełnionych przez sąd pierwszej instancji uchybień przepisom postępowania, w granicach zaskarżenia bierze jednak pod uwagę nieważność postępowania . Sąd apelacyjny powinien zastosować właściwe przepisy prawa materialnego, a więc także usunąć ewentualne błędy prawne sądu pierwszej instancji, niezależnie od tego, czy zostały one wytknięte w apelacji.

Przy rozbudowanych zarzutach apelacyjnych przedmiotem oceny sądu II instancji w pierwszej kolejności są zarzuty procesowe, bowiem ocena prawidłowości zastosowania przepisów prawa materialnego możliwa jest z reguły dopiero po stwierdzeniu, że ustalenia faktyczne stanowiące podstawę zastosowania prawa materialnego zostały dokonane przy prawidłowym stosowaniu przepisów procesowych . Apelujące strony nie zgłaszały zarzutu nieważności postępowania, a Sąd Odwoławczy z urzędu jej nie stwierdził. Podstawę faktyczną orzeczenia stanowi stan faktyczny rozpoznawanej sprawy. Ustalenie to jest wynikiem przede wszystkim oceny dowodów przeprowadzonych przez sąd w toku postępowania . Zgodnie z art.233 § 1 k.p.c. Sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania , na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału. Stan faktyczny ustalony przez Sąd pierwszej instancji co do podstawowych, a istotnych w sprawie faktów nie jest między stronami sporny ,stąd też jest akceptowany przez Sąd Apelacyjny ,bez jego powtarzania , za wyjątkiem kilku faktów , które zostaną poniżej opisane. Podstawową w sprawie okazała się kwestia kwalifikacji prawnej ustalonego stanu faktycznego , a po części również wyłożenia przepisów prawa materialnego mających w sprawie zastosowanie .

Powódka zarzucała ,że Sąd pierwszej instancji w sposób nieuprawniony przyjął ,że strony dokonały zmiany reguł odpowiedzialności wykonawcy z odpowiedzialności na zasadzie winy na odpowiedzialność na zasadzie ryzyka. Taki zarzut szeroko rozwinięty i uzasadniony w apelacji powódki okazał się jak najbardziej słuszny .Sąd Odwoławczy uznając jego zasadność stwierdza już tylko jedynie ,że całkowicie podziela przytoczoną na jego poparcie argumentację , w tym co do wyłożenia warunków umowy (w szerokim zakresie – z uwzględnieniem warunków przetargu oraz treści załączników , w tym nr (...)), stąd nie ma potrzeby jej powtarzania .Oznacza to ,że strony umowy ustaliły ,iż w razie nienależytego wykonania umowy wykonawca odpowiadała jedynie wówczas jeżeli zostało to spowodowane okolicznościami za które ponosi odpowiedzialność. Zresztą kontrahent powódki -pozwany w sprawie Skarb Państwa - nie twierdził ,że było inaczej. Co do podstaw odpowiedzialność powódki za nieterminowe wykonanie umowy , przekładając się w sprawie na dopuszczalność naliczania kar umownych :

kara umowna jest sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Dłużnik nie jest zobowiązany do zapłaty kary umownej w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 r. I CSK 748/12 LEX nr 1378171). W doktrynie i orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że choć odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest uwarunkowana poniesieniem przez wierzyciela szkody, to jest uwarunkowana pozostałymi przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 k.c. Kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Inaczej - zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od

obowiązku zapłaty kary w sytuacji wykazania , że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Tak więc przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa . Oczywiście zgodnie z art. 473 § 1 k.c. dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu zaistnienia oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Może zatem rozszerzyć swoją odpowiedzialność kontraktową przyjmując odpowiedzialność także za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z przyczyn od niego niezależnych, np. z powodu siły wyższej. Słusznie jednak wskazuje się w literaturze i orzecznictwie, że jeżeli strony chcą rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika, to zgodnie z art. 473 § 1 k.c. muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność .Przeprowadzenie przez dłużnika dowodów ekskulpujących powoduje uchylenie obowiązku świadczenia kary umownej w tych stosunkach zobowiązaniowych , których dłużnik odpowiada na zasadzie winy. Zasadniczo przyjmuje się ,że nie można uniezależnić obowiązku zapłaty kary umownej od zawinienia dłużnika. Możliwość całkowitego oderwania kary umownej od przesłanki winy rodziłoby zobowiązanie o charakterze gwarancyjnym i pozostawałoby w sprzeczności z istota kary umownej jako świadczenia powiązanego z odpowiedzialnością dłużnika ex contractu , za dopuszczalne przyjmuje się - o czym już wyżej była mowa- wskazanie przez strony ściśle określonych okoliczności , w których pomimo braku winy dłużnik zobligowany jest do zapłaty kary umownej (art. 473 § 1 k.c.)Wprowadzenie do umowy tak określonego zastrzeżenia kary umownej prowadzić będzie do nadania jej przede wszystkim funkcji stymulacyjnej i represyjnej (System prawa cywilnego ,tom 5,pod. Red. E.Łętowskiej,CH BECK,Instytut Nauk Prawnych PAN.Warszawa 2006 , s.965).

W rozpoznawanej sprawie ,wbrew wnioskowi Sądu pierwszej instancji, strony nie dokonały modyfikacji odpowiedzialności związanej z zawinieniem .W podsumowaniu tej części rozważań prawnych Sąd podkreśla ,że kara umowna, zastrzeżona na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania, należy się wówczas gdy dojdzie do zwłoki dłużnika (art. 476 k.c.). Dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność. (por .wyroki Sądu Najwyższego - z dnia 7 lipca 2005 r., VCK 869/04, Lex nr 150649 oraz z dnia 6 października 2010 r. II CSK 180/10 ,LEX nr 970070). Ma racje powódka ,że wierzyciel, dla którego zastrzeżona została kara umowna dla realizacji przysługującego mu roszczenia o zapłatę kary umownej musi wykazać istnienie i treść zobowiązania łączącego go z dłużnikiem, a także fakt nienależytego wykonania zobowiązania , z kolei dłużnik ,w tej sprawie powódka , musi obalić wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność. Sąd Okręgowy błędnie przyjmując ,że odpowiedzialność powódki oparta jest na zasadzie ryzyka , w tym również w zakresie odpowiedzialności za sama awarię prądnicy prądu stałego , kwestii zawinienia powódki jako wykonawcy w nieterminowym wykonaniu umowy nie badał szerzej . Nie jest jednak uzasadniona konkluzja powódki zawarta w apelacji ,że wykazała ona ,że nie ponosi winy za to ,iż doszło do awarii prądnicy . Sąd pierwszej instancji wyliczając dowody na których się oparł stwierdził wprawdzie ,że za wiarygodne uznał zeznania świadka M. K. ,który w sposób rzeczowy i z rozeznaniem materii sprawy przedstawiał okoliczności, jakie wiązały się z uszkodzeniem prądnicy prądu stałego na (...) B.. Zeznania tego świadka w ocenie Sądu znalazły potwierdzenie w treści pozostałych dowodów z zeznań świadków, jak również z dokumentów, a w szczególności w opinii biegłego zakładu ubezpieczeń. Sąd zastrzegł ,ze jest to prywatna opinia pozasądowa , kierując się jednak ogólną zasadą swobody oceny materiału dowodowego oraz porównując treść tego prywatnego dokumentu, z pozostałymi dowodami Sąd ,że „ nie znalazł przesłanek, aby odmówić mu waloru prawdziwości i rzetelności”. Dalej - pozostałe zeznania świadków nie wzbudziły zastrzeżeń Sądu, co do swojej wiarygodności, uznając je za logiczne i spójne zarówno wewnętrznie, jak i w kontekście innych dowodów, Sąd przyjął je za podstawę ustaleń faktycznych . Taka ocena dowodów przedstawiona przez Sąd pierwszej instancji w pisemnym uzasadnieniu wyroku miała w ocenie powódki uprawniać do wniosku ,że Sąd przyjął ,iż przyczyną awarii prądnicy były okoliczności niezależne (niezawinione) przez powódkę. W ustalonym stanie faktycznym , zważywszy na przeprowadzone dowody , taka konkluzja jest jednak nieuprawniona. Dodać trzeba ,że z zeznań świadka M. K. ,nadzorującego z ramienia powodowej spółki remont jednostki (...) B. , wynika iż wykonawca nie znał przyczyn awarii .Świadek zeznał wprost : „trudno było ustalić przyczynę awarii. Mechanicy uważali ,że leży ona po stronie silnika, a elektrycy ,ze po stronie prądnicy. Gdy w maszynowni ulotnił się dym było widać ,że problem tkwi w

prądnicy, było widać przepalony element - pokrywą wirnika. Stwierdzono, że została uszkodzona izolacja z włókna szklanego wirnika. Świadek ten przyznała też, że uruchomienie prądnicy na warsztacie miało na celu ewentualne zgłoszenie uwag przez komisję. Przyznał świadek wprost, że obowiązkiem wykonawcy było uruchomienie urządzenia - prądnicy prądu stałego - na okręcie, do czego ostatecznie skutecznie nie doszło. Potwierdził też, że skład komisji przy uruchomieniu prądnicy na okręcie nie był prawidłowy. W sprawie jest niesporne, że powódka już w pozwie wносиła o dowód z opinii biegłego mającego ustalić przyczyny awarii prądnicy prądu stałego (k.2-v; k.117). Sąd pierwszej instancji postanowieniem z dnia 22.02.2013 r. zobowiązał stronę do uiszczenia zaliczki na poczet wynagrodzenia biegłego, pod rygorem pominięcia dowodu (k.226), powodowa spółka żadaną zaliczkę w kwocie 3 000 zł uiszczyła (k. 235). Na rozprawie z dnia 20.03.2013 r. Sąd postanowił wniosek powódki o dowód z opinii biegłego pozostawić bez rozpoznania, do czasu doręczenia określonej dokumentacji (czyli do 6.08.2013 r.). Ostatecznie brak postanowienie dowodowego Sądu pierwszej instancji w przedmiocie tegoż dowodu. Niesporne jest przy tym, że powódka w apelacji nie sformułowała zarzutu uchybienia przez Sąd procedurze z przyczyn opisanych wyżej, tj. pominięcia dowodu z opinii biegłego sądowego, a to z kolei oznacza, że powyższego uchybienia Sąd odwoławczy nie może brać pod uwagę z urzędu. Oznacza to w konsekwencji, że powódka nie obaliła domniemania wynikającego z art. 471 k.c., tj. że niewykonanie umowy w terminie (nienależyte jej wykonania) nastąpiło w wyniku okoliczności za które ponosi ona odpowiedzialność. Dodać trzeba, że opinia pozasądowa przedłożona do akt sprawy stanowi jedynie wyraz stanowisko strony ją przedkładającej (była zresztą kwestionowana przez stronę przeciwną), stąd nie można przy jej pomocy ustalić przyczyn awarii prądnicy.

Co do oceny ostatniego z zarzutów apelacji powódki – można tego dokonać dopiero po ustaleniu czy w stanie faktycznym sprawy, w zakresie nie kwestionowanym przez strony, doszło do naruszenia art. 484 § 2 k.c. Sąd konieczne jest przejście do zarzutów apelacyjnych pozwanego. Pozwany w apelacji zarzucał, że w prawidłowo ustalonym stanie faktycznym Sąd pierwszej instancji niesłusznie zastosował przepis art. 484 § 2 k.c. Pozwany twierdził więc o błędnym przyjęciu przez Sąd Okręgowy, że doszło do spełnienia przesłanek w przepisie powyższym sformułowanych, w niespornych zasadniczo okolicznościach faktycznych sprawy. Naruszenie prawa materialnego przez błędne zastosowanie może być skutecznie podniesione wówczas, gdy został ustalony w sposób niewadliwy stan faktyczny sprawy. Zarzut naruszenia prawa materialnego musi bowiem uwzględniać stan faktyczny ustalony przez sąd pierwszej instancji, a nie stan faktyczny projektowany przez stronę podnoszącą zarzut naruszenia prawa materialnego. Taka sytuacja występuje w przedmiotowej sprawie jako, że pozwany zasadniczo nie kwestionuje faktów stanowiących podstawę wydanego w sprawie przez Sąd pierwszej instancji wyroku. Zarzucane przez pozwanego naruszenie prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie jest równoznaczne z tzw. błędem subsumcji, czyli błędnym przyjęciu lub zaprzeczeniu związku, jaki występuje między faktami ustalonymi w procesie, a normą prawną. Pozwany zarzucał, że w prawidłowo ustalonym stanie faktycznym, bez sformułowania zarzutu jego niepełnego czy też błędnego ustalenia (np. w wyniku niewłaściwej oceny dowodów) Sąd pierwszej instancji dokonał błędnej subsumcji. Pozwany zarzucał też, że Sąd Okręgowy nadto dokonał błędnej wykładni art. 484 § 2 k.c.

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 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 (Kara umowna, Jacek Jastrzębski, Oficyna, 2006r., s.177). Pogląd, że w razie zastrzeżenia kary umownej za zwłokę w spełnieniu świadczenia, kara umowna w zasadzie nie powinna podlegać miarkowaniu została poddana krytyce w nowszych wypowiedziach piśmiennictwa, do tej oceny przyłączył się również Sąd Najwyższy. W wyroku z dnia 19 kwietnia 2006 r., V CSK 34/06 (Lex nr 195426) stwierdził mianowicie, 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 : w wyroku z dnia 21.09.2007 r., VCSK 139/07 (Biuletyn SN 2008/1/15) 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. Podobny pogląd został wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26.01.2011 r., II CSK 318/10 (OSNC-ZD 2011/4/80). Oznacza to ,że w sytuacji gdy dłużnik w znacznej części wykonał zobowiązanie , a opóźnił się jedynie z częścią świadczenia , zastrzeżona w umowie kara za zwłokę o sztywnej wysokości może zostać zredukowana w oparciu o pierwszą z przesłanek art. 484 § 2 k.c. Podkreśla się ,że dla dłużnika jest to niewątpliwie okoliczność dużo łatwiejsza do wykazania w porównaniu do 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 świadczenia , jest w obrocie bardzo rozpowszechniony ,co nie oznacza wszakże ,że w pełni uzasadnione. Niewątpliwie biorąc pod uwagę jedną z podstawowych funkcji kary umownej - funkcję kompensacyjną - bardziej adekwatne byłoby wiązanie kary z niespełnioną na czas całością świadczenia . Dotyczy to zwłaszcza zwłoki w spełnieniu świadczenia podzielnego :na ogół z chwilą spełnienia jego części wierzyciel zaspokaja także proporcjonalnie swój interes jaki ma w wykonaniu zobowiązania; kara umowna za zwłokę także powinna być zatem proporcjonalna .Przywrócenie karze proporcjonalności pozostaje w zgodzie także z inną jej funkcją - nakłaniającą dłużnika do świadczenia w terminie. Jeżeli bowiem dłużnik ma zapłacić tę sama karę u mowną niezależnie od tego ,czy na czas wykona połowę zobowiązania czy też nie wykona go w ogóle, kara za zwłokę zupełnie 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.

Z kolei 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 do czasu jej trwania. Dla potwierdzenia poprawności takiego wykładania omawianego przepisu Sąd Odwoławczy za właściwe uznał przywołanie orzeczeń Sądu Najwyższego . I tak w wyroku z dnia 23.05.2013 r. ,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 .07.1997 r. ,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 20.05.1980 r., I CR 229/80 (OSNC 1980/12/243) 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 13 dni ; uzgodniony przez strony czas trwania umowy obejmował okres kilku miesięcy - było to 218 dni , a zatem okres opóźnienia w relacji do zaplanowanego czasu trwania prac remontowych nie był szczególnie długi, przekroczenie wynosiło ok. 5 % umówionego czasu wykonania umowy. Stosunek kary umownej do umówionego wynagrodzenia przedstawiał się następująco : kwota 7 100 000 zł do 923 000 zł, co oznacza że kara umowna stanowiła aż 13 % umówionego wynagrodzenia (na które to oprócz robocizny składały się koszty zakupu materiałów i które w całości było płacone dopiero do 30 dni po zakończeniu umowy –odbiorze prac i wystawieniu faktury końcowej). Powódka po terminie wykonała prace o wartości ok. 50 000 zł (por. oświadczenie prezesa zarządu powodowej spółki złożone na rozprawie w dniu 30.08.2013 r. i nie kwestionowane przez stronę pozwaną) - oznacza to ,że prace wykonane po terminie stanowiły wartościowo 0,7 % umówionych. Z kolei stosunek między wysokością kary umownej , a wartością

zobowiązania wykonanego po terminie to odpowiednio : 923 000 zł do kwoty 50 000 zł. , daje 5 % (5,4) . 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 tego , jakie były rzeczywiste przyczyny opóźnienia w zakończeniu prac. Ustalenia dokonane w sprawie wskazują , że nieterminowe wykonanie umowy było spowodowane awarią prądnicy prądu stałego ,której uszkodzenie z kolei wynikało z przyczyny zewnętrznej - prawdopodobnie z powodu starości izolacji , aczkolwiek - co należy podkreślić - ustalenia faktyczne poczynione w tym zakresie są niepełne . Niesporne jest też, że powódka zrobiła wiele by minimalnie przekroczyć umówiony termin zakończenia remontu ,w części była tu uzależniona od podmiotów trzecich (kwestia dźwigu) , nie domagała się też od pozwanego zwrotu niewątpliwie dodatkowo poniesionych kosztów w kwocie kilkudziesięciu tysięcy złotych.

Przy ocenie istnienia przesłanek do obniżenia kary umownej nie można też pomijać skutków opóźnienia dla zamawiającego roboty. Możliwość dochodzenia kary umownej nie jest wprawdzie uzależniona od wystąpienia szkody związanej z nienależytym wykonaniem zobowiązania, jednakże ocena zaistniałej z tego powodu szkody może mieć wpływ na ograniczenie wysokości dochodzonej kary umownej. Pogląd ,że to wysokość szkody powinna stanowić podstawowe kryterium pozwalające stwierdzić rażąco wygórowany charakter kary umownej, zdecydowanie dominuje w judykaturze (zob. uzasadnienie uchwały SN (7) - zasady prawnej z dnia 6.11.2003 r.,III CZP 61/03 ,OSNC 2004/5/69) . Tak więc szkoda poniesiona przez zamawiającego - tu prace remontowe (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., 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 nienależytym 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 ze przesłanka „rażącego wygórowania „ implikuje istnienie znacznej dysproporcji między poniesioną szkoda , a żądana karą (wyrok SN z dnia 21.11.2007 r., I CSK 270/07,LEX nr 530614). Brak szkody lub jej znikomość może uzasadniać w okolicznościach sprawy - miarkowanie kary umownej (wyrok SN z dnia - 11.01.2007 r.,II CSK 400/06,LEX nr 610076 ; z dnia 21.06.2002 r.,V CKN 1075/00,LEX nr 566024 czy też z dnia 2.06.1970 r.,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. Kara umowna -Jacek Jastrzębski ,Oficyna ,2006r., s. 334 i następne) .

Z twierdzeń powódki , niezakwestionowanych przez pozwaną , a potwierdzonych wprost zeznaniami świadka B. R. - dowódcy remontowanego okrętu- wynika, że jednostka ta (która od kilku zresztą już lat nie wypływała w morze) miała zaplanowane wyjście w morze dopiero w kilka miesięcy po zakończonym remoncie , a mianowicie w marcu 2012 r. Stąd twierdzenia powódki , że pozwany w praktyce nie poniósł wskutek nieterminowego wykonania umowy żadnej szkody okazało się uzasadnione. Pozwany bezpośrednio przed zamknięciem rozprawy , w ostatnim słowie (już po twierdzeniach powódki o braku szkody) w żaden sposób nie wskazał na czym by jego ewentualna szkoda z przyczyny nieterminowego zakończenia remontu polegała. Brak po stronie pozwanego szkody uprawniał niewątpliwie również do miarkowania naliczonej kary umownej. W wyroku z dnia 13.06.2003 r. ,III CKN 50/01 (M Praw.2011/7/380) Sąd Najwyższy stwierdził ,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 . 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 11.10.2007 r., IV CSK 181/07,OSNC-ZD 2008/2/48).

Pozwany zamawiający remont okrętu skoro nie poniósł wskutek nienależytego wykonania umowy żadnej szkody (rozumiejąc przez to wszelkie negatywne konsekwencje niewykonania zobowiązania) nie miałby podstaw by na zasadach ogólnych dochodzić od powódki odszkodowania.

Podsumowując poczynione przez Sąd pierwszej instancji , w zakresie akceptowanym przez Sąd odwoławczy oraz poczynione powyżej ustalenia Sąd Apelacyjny podkreśla , że strony nie kwestionowały faktu zawarcia umowy i jej warunków , a w szczególności umówionego wynagrodzenia , terminu zakończenia remontu , sposobu odbioru okrętu, wysokości oraz podstaw naliczania kar umownych . Powódka nie obaliła , o czym szerzej była mowa wyżej ,domniemania zawinięcia w nienależnym (nieterminowym) wykonaniu umowy.Wynagrodzenie należne powódce to kwota 7 100 000 zł ,co oznacza że kara umowna za nieterminowe wykonanie umowy wynosiła 923 000 zł (7 100 000 zł x 13 %). W sprawie należy nadto jeszcze odnieść się do jednej kwestii , a mianowicie do daty skutecznego potrącenia przez pozwanego (zamawiającego) naliczonej kary umownej z umówionego wynagrodzenia dla powódki. Sąd Apelacyjny ,odmiennie niż Sąd pierwszej instancji przyjął ,że oświadczenie o potrąceniu przez zamawiającego zostało złożone powódce dopiero w trakcie procesu (lipiec 2013 roku). W § 8 umowy z dnia 5 maja 2011 r. strony ustaliły ,że wynagrodzenie wykonawcy zostanie zapłacone przez zamawiającego w terminie 30 dni od daty otrzymania faktury oraz podpisanego przez strony protokołu zdawczo-odbiorczego . Faktura końcowa , z terminem płatności dla zamawiającego do dnia 22.01.2012 r., została wystawiona 23.12.2011 r. Z adnotacji zamawiającego poczynionych na jej odwrocie (k. 83-v) wynika ,że była ona przedmiotem oceny przez pozwanego poczynając od dnia 27.12.2011 r., a przelew części wynagrodzenia powódki w kwocie 6 177 000 zł nastąpił w dniu 30.12.2011 r. Oznacza to , że na dzień 23.12.2011 r. roszczenie powódki o zapłatę wynagrodzenia nie było jeszcze wymagalne , na ten czas pozwany nie wezwał też do zapłaty należnej mu z tytułu kary umownej kwoty pieniężnej. Ocena potrącenia dokonanego przed nadejściem terminu wymagalności budzi pewne wątpliwości. Jasne jest ,że takie przedwczesne oświadczenie wierzyciela nie pociąga za sobą skutku w postaci umorzenia wierzytelności .Powstaje jednak pytanie o jego konwalidację. Problem sprowadza się do tego ,czy potrącenie takie uzyska skuteczność po spełnieniu się przesłanki , czy też dla osiągnięcia skutku - konieczne jest złożenie we właściwym czasie kolejnego oświadczenia woli. Generalnie wprawie polskim nie dopuszcza się konwalidacji czynności jednostronnych (np. art. 19,art. 104 k.c.) . Nadto ,według powszechnego zapatrywania - potrącenie nie może być dokonane pod warunkiem ani z zastrzeżeniem terminu. Złożenie oświadczenie przed nadejściem terminu wymagalności , można potraktować jako potrącenie , pod warunkiem ,że wierzytelność potrącającego stanie się wymagalna .Warunkowy charakter oświadczenia pociąga za sobą jego bezwzględną nieważność (Potrącenie w prawie cywilnym, Małgorzata Pyziak - Szafnicka, Zakamycze 2002, s. 105. r.). Jakkolwiek oświadczenie o potrąceniu może przybrać dowolną formę to nie powinno mieć charakteru wyłącznie dorozumianego, wola osoby dokonującej potrącenia powinna tę wolę ujawniać w sposób dostateczny . Przenosząc powyższe do rozpoznawanej sprawy , uwzględniając nadto treść oświadczenia pozwanego zawartego w piśmie z dnia 23.12.2011 r. , przy braku z jego strony jakiegokolwiek wezwania powódki do zapłaty naliczonej kary umownej (art. 455 k.c.) , Sąd Odwoławczy ostatecznie zgodził się z powódką ,że do potrącenia kary umownej z należnego jej wynagrodzenia nie doszło w grudniu 2011 r. , lecz dopiero w trakcie procesu. Takiej oceny nie zmienia fakt ,iż powódka niejako zaporowo wносиła o miarkowanie kary umownej (której naliczenie musiała przecież przewidywać). Dodać w tym miejscu można ,że - wbrew przekonaniu pozwanego - złożenie oświadczenia o potrąceniu nie wyłącza prawa do domagania się miarkowania kary umownej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2007 r. I CSK 270/07, LEX nr 530614). Roszczenie o zapłatę kwoty wyliczonej kary umownej staje się wymagalne po wezwaniu - art. 455 k.c.

Sąd Apelacyjny w konsekwencji uznał ,że w sprawie istniały obie przesłanki do miarkowania kary umownej naliczonej przez pozwanego , co już szerzej uzasadnił wyżej . Przepis art. 484 § 2 k.c. wyczerpująco określa przesłanki , które mogą stanowić podstawę miarkowania kary umownej. Nie uzależnia on w żaden sposób możliwości obniżenia kary umownej od przyjętego przez strony sposobu określenia jej wysokości. Pogląd, wedle którego miarkowaniu kary sprzeciwia się powiązanie jej wysokości z wartością nie wykonanej tylko części zobowiązania nie znajduje żadnego uzasadnienia (por .wyrok SN z dnia 25.03.2011r. , IV CSK 401/10,LEX nr 1108517). Co istotne katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie jest zamknięty. Ocena w tym zakresie, w zależności od okoliczności sprawy, należy 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). Sąd pierwszej instancji w sposób nieprawidłowy redukował karę umowną. Ma oczywiście rację pozwany, że nie sposób przyjąć zasadności stwierdzenia, iż różnica pomiędzy 0,1 % (0,1% opustu cenowego wartości brutto umowy niezrealizowanej w terminie za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, nie więcej niż 10 % wynagrodzenia), a 1% (wartości brutto umowy niezrealizowanej w terminie) stanowiło, kwotę wynagrodzenia, którą pozwany byłby zobowiązany do zapłaty na mocy zawartej w dniu 5 maja 2011 r. umowy. Ustalone między stronami wynagrodzenie było przecież co do wysokości niekwestionowane. Z porównania dwóch postanowień tj. aktualnego na dzień złożenia oferty przez powódkę § 10 ust. 2 projektu wzorca umowy i postanowienia § 10 ust. 3 umowy którą powódka zawarła z zamawiającym wynika, że dokonana zmiana nie była, wbrew twierdzeniom pozwanego, korzystna dla wykonawcy, ostatecznie to w sposób rachunkowy wykazuje zaistniały pomiędzy stronami spór. Powódka na taką zmianę, podpisując umowę, zgodziła się, aczkolwiek zmiana ta w sposób oczywisty była dla niej niekorzystna szerzej takie swoje stanowisko uzasadniając realiami tej konkretnej sprawy. Pozwany w toku rozprawy w dniu 6.06.2013 r. wprost przyznał, że § 10 zmieniono z przyczyny nie wykonywania terminowo umów przez innych wykonawców. Uwzględniając szeroko opisane przez Sąd pierwszej instancji okoliczności w jakich doszło do zawarcia umowy (w tym reguły ekonomii, realia gospodarcze), sposobu jej wykonania, z odwołaniem się charakteru zamawiającego (z uwagi na potrzebę zachowania równowagi stron kontraktu), z uwzględnieniem jedynie pośrednio przyczyny zamiany § 10 łączącej strony umowy, w oparciu się przede wszystkim na podanych i omówionych powyżej miernikach redukcji kary umownej (s.21-22) i pamiętając, że miarkowanie kary umownej jest instytucją tzw. prawa sędziowskiego Sąd Apelacyjny ostatecznie uznał, że uzasadnione jest miarkowanie kary umownej z kwoty 923 000 zł do 92 300 zł czyli do jej 1/10. Sąd oczywiście ma świadomość, że jest to bardzo duża redukcja, jednak w okolicznościach tej sprawy, ostatecznie uzasadniona (istotne dla Sądu było przy miarkowaniu kary umownej i to, że wysoką karę umowną zamawiający narzucił zasadniczo kontrahentowi wyłącznie dla zapewnienia terminowego zakończenia remontu, co z kolei wiązało się z koniecznością wydatkowania posiadanych na wynagrodzenie dla wykonawcy środków budżetowych do końca grudnia 2011 r. „powyższe udało się w pełni zrealizować”). Oddziaływanie przymuszającej kary zostało zrealizowane w pełni.

W konsekwencji rozstrzygnięcia Sądu pierwszej instancji należało ocenić jako prawidłowe aczkolwiek z odmiennym, przytoczonym powyżej uzasadnieniem, w tym również w zakresie wykładni przepisów prawa materialnego mających w sprawie zastosowanie, w szczególności przepisu art. 484 § 2 k.c. Słusznie natomiast Sąd ten przyjął, że w sprawie zaistniały obie przesłanki z art. 484 § 2 k.c. do miarkowania kary umownej. Wbrew przekonaniu pozwanego terminowe wykonanie zobowiązania w znacznej części uprawnia do miarkowania kary. W przypadku remontowanego okrętu przez cały czas był on w posiadaniu pozwanej, na statku przebywali jej pracownicy (pełnili służby), w określonym zakresie mógł on być (i zapewne był) wykorzystywany pomimo trwania prac remontowych. W ustalonym stanie sprawy brak było oczywiście podstaw do uwzględnienia redukcji kary umownej w jeszcze większym zakresie, czego oczekiwała powódka (trzeci zarzut apelacyjny).

W konsekwencji obie apelacje złożone w sprawie Sąd Apelacyjny oddalił jako nieuzasadnione, w oparciu o art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. z uwzględnieniem przepisów - art. 98§1 i 3, art. 99, art. 109§1 i art. 391 § 1 k.p.c. (koszty obu stron procesu na etapie postępowania apelacyjnego były porównywalne, nieznacznie wyższe byłoby wynagrodzenie z tytułu kosztów zastępstwa po stronie powódki „wygrywającej” apelację pozwanego o wyższym przedmiocie zaskarżenia).

Stanisław Stankiewicz Mirosława Gołuńska Tomasz Żelazowski