

Sygn. akt I ACa 491/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 listopada 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Elżbieta Borowska
Sędziowie	:	SA Elżbieta Kuczyńska (spr.) SA Bogusław Suter
Protokolant	:	Anna Bogusławska

po rozpoznaniu w dniu 16 listopada 2016 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **R. G.**

przeciwko **Gminie F. i (...) S.A. w G.**

o zapłatę

na skutek apelacji powoda i pozwanego (...) S.A. w G.

od wyroku Sądu Okręgowego w Suwałkach

z dnia 2 marca 2016 r. sygn. akt I C 234/14

I. zmienia zaskarżony wyrok w pkt I, IV i V w ten sposób, że:

- w pkt. I zasądza od pozwanego (...) S.A. w G. na rzecz powoda R. G. kwotę 187 000,64 (sto osiemdziesiąt siedem tysięcy 64/100) złotych w tym:

a) kwotę 63 283,50 (sześćdziesiąt trzy tysiące dwieście osiemdziesiąt trzy 50/100) złotych z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 15 listopada 2013 r. do dnia zapłaty,

b) kwotę 121 476,14 (sto dwadzieścia jeden tysięcy czterysta siedemdziesiąt sześć 14/100) złotych z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 13 stycznia 2014 r. do dnia zapłaty,

c) kwotę 2 241 (dwa tysiące dwieście czterdzieści jeden) złotych z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 18 marca 2014 r. do dnia zapłaty,

- w pkt IV zasądza od pozwanego (...) S.A. w G. na rzecz powoda R. G. kwotę 16 177,40 (szesnaście tysięcy sto siedemdziesiąt siedem 89/100) złotych tytułem zwrotu części kosztów procesu,

- w pkt V nakazuje pobrać na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Suwałkach od (...) S.A. w G. kwotę 6 650,89 (sześć tysięcy sześćset pięćdziesiąt 89/100) złotych i od powoda R. G. z zasądzzonego roszczenia kwotę 1 662,72 (jeden tysiąc sześćset sześćdziesiąt dwa 72/100) złotych tytułem części brakujących kosztów sądowych.

II. oddala w pozostałej części apelację powoda.

III. oddala apelację pozwanego (...) S.A. w G..

IV. zasądza od powoda R. G. na rzecz pozwanego (...) S.A. w G. kwotę 1 481,60 (jeden tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden 60/100) złotych tytułem zwrotu części kosztów instancji odwoławczej.

V. nakazuje pobrać na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Suwałkach od (...) S.A. w G. kwotę 3 843 (trzy tysiące osiemset czterdzieści trzy) złote i od powoda R. G. z zasądzzonego roszczenia kwotę 2 562 (dwa tysiące pięćset sześćdziesiąt dwa) złote tytułem części brakującej opłaty od apelacji powoda.

(...)

UZASADNIENIE

Powód R. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. P.H.U. (...) wniósł o zasądzenie solidarnie od pozwanych Gminy F. i (...) S.A. (pierwotnie od (...)) kwoty 256 160,55 zł z ustawowymi odsetkami: od kwoty 63 283,50 zł od dnia 15.11.2013r. do dnia zapłaty; od kwoty 190 635,97 zł od dnia 13.01.2014r. do dnia zapłaty, od kwoty 2241,08 zł od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz o zasądzenie solidarnie od pozwanych na rzecz powoda kosztów procesu łącznie z kosztami zastępstwa prawnego. W uzasadnieniu pozwu wskazał, że jako podwykonawca dochodzi należności związanych z umową jaka wiązała go z (...) S.A. w G. (pierwotnie z (...)w S.), który był generalnym wykonawcą inwestycji realizowanej przez Gminę F.. Po wykonaniu robót powód wystawił faktury na dochodzone pozwem kwoty i wezwał pozwanych do ich zapłaty. Pozwani nie uregulowali należności: w kwocie 63 283,50 zł z faktury nr (...) z dnia 4.10.2013r. płatnej do dnia 14.11.2013r., w kwocie 190 635,97 zł z faktury nr (...) z dnia 12.12.2013r. płatnej do dnia 12.01.2014r. i w kwocie 2 241,08 zł obejmującej odsetki ustawowe w zapłacie innych faktur.

Pozwana Gmina F. wniosła o oddalenie powództwa w stosunku do niej i zasądzenie od powoda na jej rzecz kosztów procesu. Uzasadniając swoje stanowisko podała, iż prowadziła inwestycję pod nazwą budowa sieci wodno-kanalizacyjnej wraz oczyszczalnią ścieków w miejscowości F.. Umowę na wykonanie w/w inwestycji zawarła z pozwaną spółką (...) S.A. w dniu 12.10.2012r., a powód był podwykonawcą tego pozwanego. Zgodnie z § 11 ust 5 umowy faktury na rzecz pozwanego wykonawcy miały być opłacane po przedstawieniu oświadczenia podwykonawcy (powoda) o zapłacie wynagrodzenia należnego mu od wykonawcy za wykonaną część umowy. Ostatnia faktura przedstawiona przez wykonawcę nie została opłacona w całości, gdyż do Gminy F. wpłynęły pisma powoda, z których wynikało, że należności wobec niego nie zostały uregulowane. W tej sytuacji Gmina F. wstrzymała się z zapłatą pozwanej Spółce kwoty 253 919,47 zł licząc, że strony załatwią swoje spory przed upływem terminu płatności faktury tj. 60 dni. Jednak w tym okresie strony nie rozwiązały swoich sporów. Pozwana nie czuła się uprawniona do rozstrzygnięcia sporów pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą, i dlatego złożyła wniosek do Sądu Rejonowego w Suwałkach o wyrażenie zgody na złożenie spornej kwoty do depozytu sądowego. Sąd ten w dniu 17 lutego 2014 r. wydał postanowienie zezwalające Gminie na złożenie spornej kwoty do depozytu sądowego.

Pozwany (...) S.A. wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów procesu. Wskazał, że naliczył kary umowne i potrącił je z należnym powodowi wynagrodzeniem. Umowa została bowiem przez powoda wykonana po terminie, a w trakcie jej realizacji występowały opóźnienia uzasadniające naliczenie kar umownych.

Wyrokiem z dnia 2 marca 2016 r. Sąd Okręgowy w Suwałkach zasądził od pozwanego (...) S.A. w G. na rzecz powoda kwotę 128 080,30 zł, w tym: a) kwotę 31 641,75 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 15 listopada 2013 roku do dnia

zapłaty, b) kwotę 95 317,99 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 13 stycznia 2014 roku do dnia zapłaty, c) kwotę 1 120,54 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 18 marca 2014 roku do dnia zapłaty; oddalił powództwo w stosunku do pozwanego (...) S.A. w G. w pozostałym zakresie i w całości w stosunku do pozwanej Gminy F.; zniósł wzajemnie koszty procesu między powodem a pozwanym (...) S.A. w G.; nakazał pobrać od pozwanego (...) S.A. w G. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Suwałkach kwotę 8 270,56 zł tytułem brakujących kosztów sądowych; odstąpił od obciążania powoda kosztami zastępstwa prawnego na rzecz pozwanej Gminy.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Powód R. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. P.H.U. (...) i pozwany (...)w S. (obecnie (...) S.A. w G.) zawarli umowę w dniu 28 lutego 2013 r., której przedmiotem była realizacja części robót na inwestycji pn. Budowa sieci wodno-kanalizacyjnej wraz z oczyszczalnią ścieków w miejscowości F.. Zakres obowiązków powoda został szczegółowo określony w § 5 umowy, a termin realizacji oznaczono do 30 czerwca 2013 r. Umowa ta podległa zmianom w zakresie terminu jej realizacji i ostatecznie ustalono go na 30 września 2013 r. Po wykonaniu robót powód wystawił faktury na dochodzone pozwem kwoty i wezwał pozwanych do ich zapłaty. Pozwani nie uregulowali należności: w kwocie 63 283,50 zł z faktury nr (...) z dnia 4.10.2013r. płatnej do dnia 14.11.2013r., w kwocie 190 635,97 zł z faktury nr (...) z dnia 12.12.2013r. płatnej do dnia 12.01.2014 r. i w kwocie 2241,08 zł obejmującej odsetki ustawowe w zapłacie innych faktur. Do pozwanej Gminy F. wpłynęły pisma powoda, z których wynikało, że należności wobec niego nie zostały uregulowane. W tej sytuacji Gmina F. wstrzymała się z zapłatą wykonawcy kwoty 253 919,47zł i złożyła wniosek do Sądu Rejonowego w Suwałkach o wyrażenie zgody na złożenie spornej kwoty do depozytu sądowego. Sąd ten w dniu 17 lutego 2014 zezwolił Gminie F. na złożenie spornej kwoty do depozytu sądowego. Postanowienie to uprawomocniło się.

Z dalszych ustaleń wynika, że w § 5 umowy łączącej powoda i pozwaną Spółkę przewidziano m.in., że wykonawca ma wykonać przedmiot umowy zgodnie z dokumentacją techniczną, przedmiarem robót, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót, SIWZ oraz harmonogramem rzeczowo-terminowo-finansowym stanowiącym załącznik nr 2 do umowy. W harmonogramie realizację przedmiotu umowy podzielono na cztery miesięczne etapy: marzec 2013 r., kwiecień 2013 r., maj 2013 r. i czerwiec 2013 r. i na każdy etap przewidziano kwotowe wartości przerobów. Aneks nr (...) z 28 czerwca 2016 r. strony zmieniły termin wykonania przedmiotu umowy na 30 września 2013 r. i stwierdziły, że pozostałe warunki umowy pozostają bez zmian. Strony wprowadziły dodatkowy harmonogram rzeczowo - finansowy, w którym przewidziały inne kwotowe wartości przerobów miesięcznych wynoszące: czerwiec 2013 r. - 91 167,90 zł, lipiec 2013 r. - 189 064,44 zł, sierpień 2013 r. - 151 792,16 zł i wrzesień 2013 r. - 205 779,61 zł. Pierwszy harmonogram jednak nie został w całości anulowany, a pozwany (...) naliczał kary umowne na niewykonanie przerobów z pierwszego harmonogramu. W § 14 umowy strony przewidziały możliwość naliczenia kar umownych i z różnych podstaw: za opóźnienie w zakończeniu poszczególnych etapów realizacji przedmiotu umowy, za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji, za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy oraz za odstąpienie przez wykonawcę od umowy przed końcowym odbiorem. Postanowiły, że naliczone kary będą podlegać zsumowaniu. W aneksie do umowy nr (...) z dnia 14 marca 2013 r. przewidziano ponadto karę umowną za niezłożenie oświadczenia o zapłacie wynagrodzenia powodowi przez pozwanego wykonawcę.

Powodowi naliczono kary umowne w łącznej kwocie 554 856,09 zł, na którą to kwotę składają się :

- 1) kary za niedotrzymanie poszczególnych etapów określonych w pierwszym i drugim harmonogramie: a) za okres od 1 kwietnia 2013 r. do 15 maja 2013 r. (45 dni) w kwocie 122 046,75 zł, b) za okres od 15 maja 2013 r. do 30 czerwca 2013 r. (46 dni) w kwocie 124 758,90 zł, c) od 1 sierpnia 2013 r. do 15 sierpnia 2013 r. (15 dni) – w kwocie 40 682,25 zł, d) za bliżej nieokreślony okres w wysokości 67 017,69 zł,
- 2) za nieterminowe (70 dni opóźnienia, tj. od 1 października 2013 r. do 10 grudnia 2013 r.) wykonanie przedmiotu umowy w wysokości 189 850,50 zł;
- 3) za nieprzedstawienie dokumentu potwierdzającego otrzymanie wynagrodzenia w kwocie 10 500 zł.

Powodowi nie naliczono kar za luty 2013 r. i marzec 2013 r. Pozwany (...) zsumował naliczone kary umowne na kwotę 554 856,09 zł, jednak matematyczne zestawienie tych kwot wskazuje, iż karę o której mowa w piśmie z dnia 9 grudnia 2013r. tj. za nie dostarczenie dokumentu potwierdzającego otrzymania wynagrodzenia w wysokości 10 500 zł w tych obliczeniach pominięto.

O sposobie dokonanego potrącenia pozwany wykonawca informował powoda w kilku pismach, przy czym najbardziej precyzyjne pochodzi z 17 grudnia 2013 r. Pozwany oświadczył w tym piśmie powodowi, że posiada wobec niego wierzytelność w łącznej kwocie 554 856,09 zł z tytułu naliczonych kar umownych (wskazał, że kary zostały naliczone pismami z dnia 15 sierpnia 2013 r., 10 grudnia 2013 r., 9 grudnia 2013 r.) oraz, że przysługującą powodowi należność w łącznej wysokości 254 595,65 zł potrąca z należnościami Spółki (...) wynikającymi z naliczenia kar umownych. Stwierdził, że w wyniku potrącenia jego wierzytelność wobec powoda wynosi 289 760,44 zł i wezwał tym pismem powoda do zapłaty powyższej kwoty w terminie 3 dni.

Sąd ustalił, że powód nie wykonał prac o wartościach określonych w pierwszym i drugim harmonogramie rzeczowo-finansowym. Nie zapoznał się z dokumentacją techniczną i projektową we właściwym terminie. Nie zgłosił we właściwym czasie wątpliwości i zastrzeżeń do dokumentacji i spowodował opóźnienia w realizacji zadania. Wadliwie wykonał jeden z obiektów objęty umową (zbiornik (...)), czym spowodował szereg komplikacji w trakcie realizacji zadania. Wystąpiła potrzeba rozebrania zbiornika i ponownej jego budowy. Jednak nie wszystkie przerwy w realizacji zadania były zawinione przez powoda. Sąd ustalił, że przerwy o łącznej długości 105 dni były niezawinione. Niezawinione przerwy nie przekładały się wprost na opóźnienia w realizacji poszczególnych etapów zadania, bowiem na opóźnienia wpływały również inne czynniki, takie jak wadliwa organizacja robót, wadliwe wykonywanie niektórych obiektów, niezapoznanie się z dokumentacją projektową i techniczną.

Oceniając materiał dowodowy Sąd Okręgowy uznał, że zeznania świadków powoda są niewiarygodne w zakresie, w jakim dotyczą przyczyn rozebrania zbiornika (...), błędów projektowych i tempa prac. Z ostrożnością Sąd pierwszej instancji podchodził również do zeznań projektanta, gdyż miał on interes w zeznawaniu w określony sposób. Ponosi on odpowiedzialność materialną na podstawie umowy łączącej go z inwestorem za wady dzieła. Zeznania pozostałych świadków Sąd weryfikował innymi dowodami, głównie dowodem z opinii biegłych, który to dowód wskazał rzeczywiste przyczyny wystąpienia opóźnień w realizacji zadania i przyczyny rozebrania zbiornika (...). Odnosząc się do wniosków wynikających z opinii biegłych dotyczących przyczyn opóźnień w realizacji Sąd zauważył, że nie są one jednoznaczne. Zdaniem biegłych wystąpiły niezawinione przez powoda przerwy w realizacji inwestycji w wymiarze 105 dni, jednakże biegli nie potrafili podać, czy w takim samym stopniu przekładało się to niedotrzymanie terminów wykonania poszczególnych etapów inwestycji i niedotrzymanie terminu końcowego wykonania przedmiotu umowy. Występowały bowiem współprzyczyny opóźnień zawinione przez powoda. Dowód z opinii biegłych nie pozwolił też na jednoznaczne wyjaśnienie w jakim zakresie istniały podstawy do naliczenia kar umownych. Biegli podali bowiem, że nie sposób wskazać, jak roboty dodatkowe (wymiana i zagęszczenie gruntu) wpłynęły na wydłużenie terminów realizacji zadania.

Sąd wskazał, że okolicznością która nie została dokładnie w sprawie wyjaśniona jest wzajemne potrącenie wierzytelności. Pozwany wykonawca nie był w stanie wskazać dokładnie, które wierzytelności potrącił z wierzytelnościami powoda. Zsumował wierzytelności z naliczonych kar umownych i dokonał potrącenia, a w wyniku tej czynności wierzytelność pozwanego wobec powoda miała wynieść 289 760,44 zł. Spowodowało to konieczność wypowiedzania się również co do zasadności kar umownych niepotrąconych, pomimo że pozwany zastrzegł ich dochodzenie w odrębnym procesie. Nie było wiadome, czy przedstawiono do potrącenia wierzytelności pozwanego z tytułu kar umownych za niewykonanie przerobów w poszczególnych etapach określonych w harmonogramie robót (354 505,59 zł), czy za niedotrzymanie terminu końcowego (189 850,50 zł), czy też za nieprzedłożenie dokumentów (10 500 zł).

Sąd Okręgowy wskazał na okoliczności sporne między stronami i powołując się na opinię biegłych z zakresu budownictwa wywiódł, że w dniu 3.12.2013r. kierownik budowy zgłosił zakończenie robót i gotowość do odbioru końcowego. Łączna długość niezawinionej przez powoda przerwy w realizacji inwestycji wynosi 105 dni. Wskazał, iż z opinii wynikało, że powód po otrzymaniu dokumentacji technicznej od pozwanego wykonawcy nie przeanalizował

jej. Zgłoszenie uwag w pierwszym miesiącu od rozpoczęcia robót nie spowodowało żadnych przerw w realizacji inwestycji. Nie istniały bowiem błędy projektowe wymagające zmiany pozwolenia na budowę. Sąd zauważył, że zdaniem biegłych dokumentacja budowlana dostarczona podwykonawcy była kompletna, ponieważ realizacja robót konstrukcyjnych opisanych w Dziennikach Budowy nie mogła się odbywać bez dokumentacji geologicznej i konstrukcyjnej. Wskazał, iż według biegłych konieczność zagęszczenia i wybrania ziemi nie spowodowała komplikacji i nie wpłynęła na opóźnienie realizacji robót. Nadto, konieczność dozbrojenia zbiornika (...) również nie miała wpływu na terminy; brak jest dokumentów potwierdzających nieprawidłowość sporządzenia projektu konstrukcyjnego zbiornika (...), a normalne czynności w czasie realizacji obiektów budowlanych rozwiązywane „od ręki” za pośrednictwem nadzoru autorskiego. Za biegłymi wskazał Sąd, że konieczność zmiany receptury mieszanki betonowej nie miała wpływu na terminy; brak dokumentów oraz podstaw do stwierdzenia, że zaprojektowana receptura mieszanki betonowej była nieprawidłowa. Poza tym wykonywanie prac instalacyjnych sieci kanalizacyjnej, wodnej, elektrycznej i innych przez (...) i inne podmioty nie wpłynęło na terminy; gdyby powód nie pozostawał z zwłocę i zakończył roboty w terminie umownym nie zakłóciłby procesów technologicznych (...) i innych podmiotów, które tym samym musiałyby realizować roboty zgodnie z pierwotnie przyjętymi harmonogramami. Sąd wskazał, że zdaniem biegłych, przyczyną rozbiórki zbiornika (...) mógł być jedynie błędny sposób wykonania przez powoda oszalowania zbrojenia zbiornika oraz niefachowe i niestaranne zawibrowanie betonu, co spowodowało powstanie wżerów i prześwitów.

Opinię powyższą Sąd Okręgowy podzielił w całości wskazując, że nie została skutecznie zakwestionowana przez strony.

Za nietrafny Sąd uznał pogląd powoda, iż postanowienia umów zawieranych między inwestorem i generalnym wykonawcą muszą być tożsame z postanowieniami umów łączących generalnego wykonawcę z podwykonawcą. Wskazał, że umowa o podwykonawstwo to umowa w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawarta między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą, a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego nie ograniczają zasady swobody zawierania umów, tj. dowolnego ukształtowania stosunku prawnego w umowie pomiędzy generalnym wykonawcą i podwykonawcą co do terminu zakończenia i sposobu naliczania kar umownych. Sąd zauważył, że z treści art. 647¹ § 2 k.c. wynika, że skorzystanie przez wykonawcę z podwykonawców wymaga wskazania w treści umowy zakresu robót, jakie będzie wykonywał przy ich pomocy. Po drugie, zawarcie umowy z konkretnym podwykonawcą uzależnione jest od zgody inwestora. Akceptacja przez inwestora umowy z podwykonawcą nie oznacza, że umowy pomiędzy inwestorem i generalnym wykonawcą oraz generalnym wykonawcą i podwykonawcą muszą być tożsame. Chodzi jedynie o skutek w postaci solidarnej odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawców. Sąd wywiódł, że powód realizując tylko część zadania nie mógł oczekiwać, że termin wykonania zadania będzie taki sam, jaki wynika z umowy między inwestorem i generalnym wykonawcą albo, że otrzyma za swoje prace takie same wynagrodzenie, jak wykonawca generalny. Wiązała go umowa zawarta z generalnym wykonawcą, natomiast obowiązki inwestora względem podwykonawcy reguluje przepis 647¹ § 2 k.c.

Sąd przytoczył przepis art. 484 § 2 k.c. i zauważył, że w judykaturze prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym w żądaniu dłużnika nieuwzględniania roszczenia o zapłatę kary umownej mieści się również żądanie zmniejszenia tej kary. Wyjątek zachodzi wówczas, gdy żądanie oddalenia powództwa nie ma w istocie żadnego związku z karą umowną i nie wynika z kwestionowania jej co do zasady albo co do wysokości. Sąd Okręgowy uznał, że w przedmiotowej sprawie okoliczności wskazywane w pozwie pozwalały na przyjęcie, że w żądaniu powoda zawarty jest również wniosek o zmiarkowanie kar umownych, chociaż nie został wyrażony wprost. Przytoczył okoliczności, na jakie powoływał się powód (tj. fakt, że pozwany nie poniósł żadnej szkody oraz, że wykonawca w znacznej części wykonał roboty budowlane w terminie zbliżonym do terminu zakończenia realizacji robót, jak też naliczenie kar rażąco zawyżonych) i doszedł do wniosku, że naliczone powodowi kary umowne są rażąco wygórowane. Powód realizował zadanie o wartości 904.050,03 zł brutto, a naliczone kary wyniosły 554 856,09 zł. Sąd zauważył, iż konstrukcja umowy łączącej strony, w części dotyczącej kar umownych, wprowadza „wielokrotne naliczanie kar za

opóźnienie”, najpierw za niewykonanie przerobów na poszczególnych etapach, a następnie za niedotrzymanie terminu końcowego. Strony pomimo wprowadzenia aneksu nr (...) do umowy nie wyeliminowały z obiegu wcześniejszego harmonogramu rzeczowo – finansowego, w efekcie czego zadanie podzielono na osiem okresów cząstkowych o określonych wartościach przerobowych. Za niewykonanie przerobów każdego z tych okresów można było naliczać kary umowne.

W ocenie Sądu Okręgowego, wystąpienie również niezawinionych przez powoda opóźnień w realizacji przedmiotu umowy musiało przełożyć się na niezasadność nałożenia kar umownych. Skoro jednak nie istnieje prosty mechanizm pozwalający na wyliczenie wpływu niezawinionych przerw (105 dni) na występujące opóźnienia (istniały również zawinione przyczyny opóźnień) Sąd uznał, że wyliczone i potrącone kary umowne winny ulec zmniejszeniu o połowę, a niepotrącone kary należy zakwalifikować jako niezasadne. Za takim podglądem, w ocenie Sądu Okręgowego, przemawia również okoliczność, że niezawinione przerwy w prowadzonych robotach wystąpiły w początkowej fazie realizacji zadania i musiały oddziaływać na harmonogram robót (niewykonanie przerobów miesięcznych). Przedłużenie aneksem nr (...) końcowego terminu o 3 miesiące i zmiana harmonogramu przerobów miesięcznych nie wynikało z opisanych wyżej okoliczności, a z faktu że generalny wykonawca zawarł aneks do umowy z inwestorem. Przedłużenie aneksem nr (...) terminów przewidzianych w umowie zawartej przez powoda z pozwanym częściowo zniwelowało negatywne skutki tych przestojów. Uznając, że kary umowne należało obniżyć o połowę, Sąd zasądził połowę dochodzonej przez powoda kwoty z tytułu niezapłaconych faktur.

Odnośnie pozwanej Gminy Sąd Okręgowy wskazał, iż zwolniła się ona od odpowiedzialności składając świadczenie do depozytu sądowego i dlatego powództwo w stosunku do niej oddalił.

Orzekając o kosztach procesu pomiędzy powodem i pozwanym wykonawcą Sąd powołał się na regułę określoną w przepisie art. 100 k.p.c. Odstępując od obciążania powoda kosztami zastępstwa prawnego na rzecz pozwanej Gminy Sąd powołał się na art. 102 k.p.c., i wskazał, że uprawomocnienie się postanowienia o zezwoleniu na złożenie do depozytu sądowego nastąpiło w toku niniejszego procesu.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód oraz pozwana (...) S.A. z siedzibą w G..

Powód zaskarżył wyrok w części tj. zakresie punktu II, III i IV zarzucając:

1) naruszenie przepisów prawa materialnego tj.:

- art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p.) poprzez naruszenie wynikającej z tego przepisu zasady równego traktowania wykonawców, bezpodstawne przyjęcie, że zapisy umowy o podwykonawstwo zawartej pomiędzy pozwanym wykonawcą i powodem mogą zawierać postanowienia mniej korzystne dla powoda - podwykonawcy robót budowlanych, w porównaniu z warunkami wynikającymi z umowy pozwanych oraz z zasad określonych w SIWZ i załącznikach do niej,

- art.144 u.p.z., art. 147 p.z.p., art 148 p.z.p., art. 149 p.z.p. w zw. z art. 56 k.c. i art. 58 k.c. przez bezpodstawne przyjęcie, iż mimo wyraźnego zapisu w SIWZ sporządzonego przez Zamawiającego Sąd bezpodstawnie przyjął, że umowa zawarta z podwykonawcą może być inna, niż z wykonawcą, w tym w zakresie rodzaju i wysokości kar umownych a w konsekwencji bezpodstawne przyjęcie, iż pozwany E. miał prawo naliczać kary w wyższych wysokościach, niż wynikało to z umowy zawartej między pozwanymi oraz, że miał prawo naliczać kary za zabezpieczenie, które nie uległo zmianie (gwarancja bankowa przekazana przez powoda), oraz nie uwzględnienie, że zgodnie z art. 149 ustawy prawo zamówień publicznych ewentualna zmiana zabezpieczenia należy do uprawnień wykonawcy, w tym wypadku powoda, a zatem brak było podstawy do naliczania kary przez pozwanego wykonawcę w/g jego pisma z dnia 10.12.2013 r. w zakresie gwarancji,

- art. 353¹ k.c. poprzez jego błędne zastosowanie i nieuprawnione przyjęcie, że stronom umowy o podwykonawstwo przysługuje zasadniczo nieograniczona możliwość kształtowania postanowień umownych, nawet jeżeli w konsekwencji powoduje to modyfikację postanowień SIWZ mającego z istoty charakter bezwzględnie obowiązujący,

szczególnie w zakresie wysokości, sposobu i możliwości naliczania kar umownych w sposób mniej korzystny dla podwykonawcy przy rozliczeniach z generalnym wykonawcą, w porównaniu do warunków obowiązujących pomiędzy generalnym wykonawcą, a inwestorem wbrew sformalizowanej procedurze wyłaniania wykonawcy w trybie zamówień publicznych, gdzie SIWZ jest wiążące i niezmiennie w treści, i w tej sytuacji wzór umowy stanowił integralną część SIWZ przygotowanego przez pozwanego ad 2 i gdzie w § 8 ust.3 umowy wskazano zakaz zawarcia umowy z podwykonawcą, jak treść umowy zawartej przez zamawiającego z generalnym wykonawcą (pозwani ad 1 i ad 2) oraz art. 5 k.c. przez nadużycie prawa sprzecznie z przeznaczeniem tego prawa, co polega na tym, że pozwany ad 2 wprowadził do umowy mniej korzystne zapisy i niezgodne ze wzorcem zawartym w SIWZ i umową zawartą w/g tego wzorca z pozwanym ad 2, a z kolei pozwany ad 1 nie skontrolował tego mimo zapisu zakazującego zawieranie umowy innej treści z podwykonawcami i mimo że dopuścił podwykonawcę - powoda do wykonywania robót;

- art. 484 § 1 k.c. poprzez nieuprawnione przyjęcie, że pozwanemu ad.2 przysługiwało uprawnienie do naliczania kar umownych, w sytuacji, gdy w żaden sposób nie doszło z jego strony do wykazania ich zasadności, a przedstawiane w toku postępowania wyliczenia i oświadczenia w tym zakresie wywoływały wątpliwości Sądu co do prawidłowości zawartych w nich twierdzeń,

- art. 498 k.c. poprzez oddalenie roszczenia powoda w części ponad kwotę 128.080.30 zł przyjmując bezpodstawnie, iż w ogóle zaszła podstawa do naliczenia kar umownych i w sytuacji, gdy nie doszło do złożenia wyraźnego oświadczenia w zakresie potrącenia skonkretyzowanej wierzytelności pozwanego ad 2 z konkretnymi wierzytelnościami powoda,

- art. 483 k.c. przez bezpodstawne przyjęcie, że zaistniały przesłanki do naliczania kary umownej przez pozwanego ad 2 w szczególności, że wobec pozwanego ad 2 - pozwany ad 1 nie naliczył w żadnej mierze, w tym za działania czy zaniechania podwykonawcy żadnych kar umownych i pozwany ad 2 nie poniósł żadnej szkody,

- art. 651 k.c. poprzez nieprawidłowe uznanie, że ustanowiony w tym przepisie obowiązek niezwłocznego poinformowania inwestora lub głównego wykonawcy o okolicznościach powodujących niemożność prawidłowego prowadzenia robót ma charakter bezwzględny i nakłada na powoda absolutny obowiązek szczegółowego merytorycznego sprawdzenia przedstawionego mu projektu, ponieważ takie rozumienie tego przepisu wiązałoby się z koniecznością dodatkowego opóźnienia z rozpoczęciem prac budowlanych ze względu na potrzebę krytycznej analizy dokumentacji projektowej; ponadto równałoby się to z założeniem, że wykonawca dysponuje zarazem specjalistyczną wiedzą z zakresu metodologii projektowania obiektów budowlanych i wykonywania szczegółowych wyliczeń z tym związanych,

- art. 647 k.c. poprzez jego niezastosowanie i nieuwzględnienie faktu, że realizacja robót budowlanych musi uwzględniać ich wykonanie zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, w sytuacji, gdy powód zapoznawał się z nimi sukcesywnie w miarę postępu wykonywanych prac i początkowo nie zauważył konieczności wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej,

2) naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na wynik sprawy, w szczególności:

- art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 245 k.p.c. w zw. z art. 258 k.p.c. w zw. z art. 278 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, w szczególności w postaci zeznań świadków przesłuchiwanych w toku postępowania oraz opinii biegłych sporządzonej na użytek niniejszej sprawy, jak również dokumentów prywatnych sporządzonych i złożonych przez obie strony, w szczególności oświadczeń pozwanego ad. 2 o potrąceniu kar umownych; ustalenie stanu faktycznego ogólnikowo bez szczegółowego jego ustalenia, co istotnie wpłynęło na treść wyroku m.in. przez bezpodstawne nie uwzględnienie zapisu w dzienniku budowy z dnia 28.10.2013 r., gdzie prezes pozwanego ad 2 P. P. potwierdził i skwitował powodowi zakończenie robót i harmonogramy rzeczowo-finansowe wynikające z umowy, a w szczególności harmonogram załączony do aneksu z 19.11.2013r. do umowy pozwanych wskazał, iż roboty branży budowlanej zostały zakończone w X. 2013, bo brak jest jakichkolwiek zapisów w dalszych miesiącach, co oznacza wykonanie umowy przez powoda i jej skwitowanie, i co oznacza brak podstawy do naliczania kar umownych za niewykonanie umowy w terminie; wewnętrzną sprzeczność w uzasadnieniu wyroku gdzie Sąd I -ej instancji najpierw wskazuje, że termin ostateczny wykonania umowy dla podwykonawcy mógł być inny, niż dla wykonawcy generalnego

ze względu na inny zakres robót, a ostatecznie w uzasadnieniu wskazuje termin końcowego odbioru robót przez pozwanego ad1 od pozwanego ad 2, jako termin wiążący powoda dla naliczania kar umownych albowiem na str. 6 uzasadnienia w pkt. 2 wskazuje datę 10.12.2013r. jako datę zakończenia robót; niekonsekwencję w uzasadnieniu treści wyroku przez przyjęcie z jednej strony podzielenia opinii biegłych co braku zawinienia przez powoda przerw realizacji prac przez okres 105 dni oraz przez przyjęcie, że aneks nr (...) do umowy zawartej między powodem a pozwanym ad 2 w/g ustalenia na str. 14 uzasadnienia nie wynikał „z opisanych wyżej okoliczności” tj. z powodu nie zawinionych przez powoda okoliczności tylko z faktu, że „generalny wykonawca zawarł aneks do umowy z inwestorem”, a zatem konkluzja takiego ustalenia przez Sąd I-ej instancji winna być jednoznaczna, że okres 105 miał wpływ na wydłużenie umownego terminu (w tym po jego zmianie) na zakończenie robót czyli 105 dni liczonych od 30.09.2013r.; za bezpodstawne i niezgodnie ze stanem faktycznym Sąd I-ej instancji przyjął, iż po 5.08.2013r. pozwany ad 2 nie odstąpił od naliczonych kar umownych pismem z dnia 15.08.2013 r., skoro po tej dacie pozwany ad 2 zapłacił za faktury wskazane w tym piśmie, a co do których odnosił się naliczając kary, po wtóre dokonał w dniu 05.11.2013r. kompensaty wzajemnych faktur, resztę płacąc;

- art. 6 k.c. poprzez uznanie zasadności kar umownych naliczonych przez pozwanego ad. 2, pomimo, że z treści uzasadnienia wyroku wynika wprost, że przynajmniej w znacznej części nie udowodnił on słuszności swoich twierdzeń, z których wywiódł skutki prawne, co nie stanęło na przeszkodzie Sądowi w ich uwzględnieniu,

- art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewyjaśnienie podstaw prawnych i faktycznych przyjętego rozstrzygnięcia, w szczególności zaś uznanie za prawidłową własnej kalkulacji kar umownych sporządzonej na kwotę 67 017,69 zł za „bliżej nieokreślony okres” i przyjęcie tej kalkulacji, jako podstawy wyrokowania, jak również motywów, które powodowały uznanie przez Sąd I instancji, że najbardziej zasadne będzie obniżenie o połowę dochodzonej przez powoda należności, bez przytoczenia okoliczności tę decyzję uzasadniających; ponadto Sąd nie wyjaśnił podstawy faktycznej i prawnej oddalenia w całości powództwa przeciwko Gminie F.,

- art. 98 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie i nieobciążenie pozwanego ad. 2 w całości kosztami procesu,

- art. 100 k.p.c. poprzez jego błędne zastosowanie i wzajemne zniesienie kosztów postępowania, w sytuacji, gdy powództwo zasługiwało na uwzględnienie w całości, skutkiem czego kosztami w całości powinni zostać obciążeni obaj pozwani lub przynajmniej pozwany ad. 2.

Wskazując na powyższe powód wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonym zakresie i uwzględnienie powództwa w całości oraz o zasądzenie solidarnie od pozwanych na rzecz powoda kosztów postępowania i kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych za obie instancje, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Pozwana Spółka zaskarżyła wyrok z zakresie uwzględniającym powództwo i dotyczącym rozstrzygnięcia o kosztach procesu i kosztach sądowych wobec tego pozwanego zarzucając zaskarżonemu wyrokowi:

1) naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy:

- art. 232 k.p.c. poprzez przyjęcie, że pozwany nie wywiązał się z obowiązku dokładnego określenia wierzytelności oraz sposobu jej potrącenia z wierzytelnością powoda,

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie dyrektywy zasady swobody sędziowskiej w ocenie dowodu tj. uznanie, iż pisma z dnia 15 sierpnia 2013r., 9 grudnia 2013 r., 10 grudnia 2013 r. w sposób nieprecyzyjny wyjaśniały kwestię potrącenia wzajemnych wierzytelności,

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie dyrektyw zasady swobody sędziowskiej w ocenie dowodu tj. uznanie, iż powód wnosił do Sądu Okręgowego wnioski o miarkowanie kar,

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie dyrektywy zasady swobody sędziowskiej w ocenie dowodu poprzez uznanie za niezasadne kary umowne naliczone powodowi przez pozwanego oraz uznanie ich przez Sąd pierwszej instancji za niepotrącone z wierzitelnością powoda,

- art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 353¹ k.c. poprzez przekroczenie dyrektywy zasady swobody sędziowskiej w ocenie dowodu uznając, iż kary zawarte w umowie łączącej strony z dnia 28 lutego 2013 r. były zbyt wygórowane podczas, gdy strony zgodnie z zasadą swobody umów określoną w art. 353¹ k.c. ustaliły łączący je stosunek na dogodnych dla siebie warunkach,

2) naruszenie prawa materialnego tj.:

- art. 484 § 2 k.c. poprzez uznanie, iż pozwany wnioskował do Sądu Okręgowego w Suwałkach o miarkowanie kar zawartych w umowie z dnia 28 lutego 2013 r.,

- art. 353¹ k.c. poprzez uznanie, iż kary umowne określone przez strony w umowie z dnia 28 lutego 2013 r. były zbyt wygórowane.

Wskazując na powyższe pozwana Spółka wniosła o zmianę zaskarżonego w wyroku w części tj. w zakresie kwoty 128 081 zł poprzez oddalenie powództwa w tej części, zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego (...) S.A. kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, ewentualnie na wypadek uznania przez Sąd Apelacyjny, iż Sąd pierwszej instancji nie rozpoznał istoty sprawy lub zachodzi konieczność przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości, wniosła o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Częściowo zasadna jest apelacja powoda, zaś apelacja pozwanej Spółki w całości jest niezasadna.

Zasadnicze ustalenia Sądu pierwszej instancji były prawidłowe i znajdowały oparcie w materiale sprawy. Po przeanalizowaniu materiału dowodowego, Sąd drugiej instancji ustalenia te uznaje za własne. Nie zgadza się natomiast Sąd Apelacyjny z oceną stanu prawnego przeprowadzoną przez Sąd Okręgowy, zauważając, że nie jest ona kompletna i doprowadziła do wniosków, które nie znajdują dostatecznego uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy.

Na obecnym etapie sprawy, spór między stronami nadal ogniskuje się wokół wielu kwestii, które wymagają stanowczego rozstrzygnięcia, jako istotne dla jej rozstrzygnięcia. Przed ich rozstrzygnięciem należy wskazać, że strony nie są w sporze co do treści zawartej w dniu 28 lutego 2013 r. umowy podwykonawczej (k. 73 – 79), następnie zmienianej aneksami nr (...) z 14 marca 2013 r. (k. 82) i nr 2 z 28.06.2013 r. (k. 86).

Przedmiotem zasadniczej kontrowersji ze strony powoda – podwykonawcy, jest natomiast rozbieżność pomiędzy postanowieniami zawartej umowy podwykonawczej w zakresie m.in. uzgodnionych pomiędzy podwykonawcą i wykonawcą terminu wykonania umowy i kar umownych, a odnoszącymi się do tych kwestii postanowieniami umowy zawartej pomiędzy inwestorem tj. pozwana Gminą i wykonawcą. W apelacji powód nie godzi się ze stanowiskiem wyrażonym w tej mierze przez Sąd pierwszej instancji, zarzucając naruszenie szeregu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i w związku z tym także art. 56 i 58 k.c. (bez wskazania, której jednostki redakcyjnej ostatnio wymienionego przepisu dotyczy zarzut) oraz naruszenie art. 353¹ k.c.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, w tym zakresie akurat ocena Sądu pierwszej instancji była właściwa i nie naruszała przepisów prawa materialnego. Powołane przez skarżącego przepisy Prawa zamówień publicznych dotyczą zasad udzielania zamówień publicznych i znajdują zastosowanie w procesie udzielania takiego zamówienia (art. 1) przez zamawiającego, czyli podmiot obowiązany do stosowania ustawy PZP względem wykonawcy tj. podmiotu, który

ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożył ofertę lub zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. Powód nie był niewątpliwie tak rozumianym uczestnikiem postępowania o zamówienie publiczne, a jedynie podwykonawcą, którego udział i pozycja w realizacji zamówienia publicznego nie były w dacie zawierania przez strony umowy w jakikolwiek sposób regulowane przez Prawo zamówień publicznych (aż do wejścia w życie 24.12.2013 r. ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, /Dz. U. z 2013 r., poz. 1473/, która to ustawa pozostaje jednak bez wpływu na ocenę prawną w sprawie, stanowiąc, że do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych a niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej stosuje się przepisy dotychczasowe).

Brak jest jakichkolwiek argumentów prawnych i faktycznych przemawiających na rzecz stanowiska, że umowa zawarta pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą powinna w istocie powielać postanowienia umowy zawartej pomiędzy inwestorem i wykonawcą. Takich argumentów nie dostarcza też zapis § 8 ust. 3 umowy pozwanych (k. 218). Zapis stanowiący, że nie może być sprzeczności pomiędzy zapisami umów nie jest równoznaczny z zapisem, że umowa ma być jednakowa. Tym zapisem chroniony był interes zamawiającego – pozwanej Gminy, a nie podwykonawcy. Gwarantował on zamawiającemu prawo kontroli umowy wykonawcy z podwykonawcą w zakresie dla niego istotnym tj. przede wszystkim wysokości wynagrodzenia i terminów jego płatności w kontekście ewentualnej solidarnej z wykonawcą odpowiedzialności (art. 647¹ § 5 k.c.). Zawarta przez powoda i poprzednika prawnego pozwanej Spółki umowa o podwykonawstwo niewątpliwie natomiast stanowiła umowę odrębną od umowy zawartej pomiędzy pozwaną Gminą tj. inwestorem i wykonawcą, chociaż była z nią związana. W piśmiennictwie i judykaturze wskazuje się, że odrębność umowy o podwykonawstwo przejawia się tym, że podlega ona właściwym dla siebie regułom odnoszącym się do formy, treści zobowiązania, skutków niewykonania lub nienależytego wykonania. Umowa o podwykonawstwo może zatem przewidywać inne zasady ustalenia i wypłaty wynagrodzenia, inny termin wykonania umowy, a także zawierać inne regulacje dotyczące kar umownych, niż przyjęte w umowie inwestora i wykonawcy. W konsekwencji, zapisy umowy zawartej pomiędzy pozwanymi - wykonawcą i inwestorem ani nie musiały być wiernie odzwierciedlone w umowie podwykonawczej, ani nie wiążą powoda. Z odrębności umowy podwykonawczej mogą wynikać nawet znaczące różnice sytuacji prawnej podwykonawcy względem wykonawcy, a obowiązki podwykonawcy względem wykonawcy i wykonawcy względem inwestora nie muszą być identyczne. Stosunki wewnętrzne wynikające z umowy inwestor - wykonawca pozbawione są więc znaczenia prawnego dla oceny przedmiotu i zakresu odpowiedzialności podwykonawcy względem wykonawcy. Obie umowy mogły mieć różne terminy wykonania (zważyć tu trzeba na ich różny zakres); obie umowy mogły też mieć zastrzeżone różne kary umowne i w różnych wysokościach (ten problem trafnie przedstawił pełnomocnik pozwanej Gminy w załączniku do protokołu rozprawy - k. 662).

Przechodząc do bardziej szczegółowej oceny uregulowań umowy podwykonawczej w zakresie zastrzeżonych kar umownych należy wskazać, że o zakresie zastosowania kar umownych rozstrzyga treść dokonanego przez strony zastrzeżenia. Zarówno samo zastrzeżenie kary umownej, jak i szczegółowe jej uregulowania zależą przede wszystkim od umownego uznania i ułożenia przez strony w ramach swobody umów ustanowionej w art. 353¹ k.c. W judykaturze i piśmiennictwie nie ma wątpliwości co do tego, że co do zasady można też zastrzec kary z różnych tytułów związanych z innym przejawem niewykonania zobowiązania, o ile kary te wzajemnie się nie wykluczają. Przy tych samych założeniach, co do zasady, możliwe jest też w ramach swobody umów umówienie się przez strony, że kary umowne podlegają sumowaniu. Wskazać w tym miejscu można, że z orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika, że nie jest dopuszczalne np. kumulowanie kary umownej przewidzianej za nienależyte wykonanie zobowiązania z karą umowną za niewykonanie tego samego zobowiązania (wyrok z 28 stycznia 2011 r., I CSK 315/2010, LexisNexis nr (...), OSNC-ZD 2011, nr D, poz. 85). Taka sytuacja ma miejsce np. w wypadku kary zastrzeżonej na wypadek zwłoki lub opóźnienia w wykonaniu zobowiązania, należącej do kategorii nienależytego wykonania zobowiązania oraz kary umownej za odstąpienie od umowy będącej, zważywszy na skutki odstąpienia od umowy i związane z tym roszczenia, karą za niewykonanie umowy.

Odnosząc to do tej konkretnej umowy i jej § 14 wypada zauważyć, że zastrzeżone tam kary umowne z pkt a) i c) dotyczą nienależytego wykonania zobowiązania związanego z tym samym przejawem nienależytego wykonania tj. w zakresie terminowości świadczenia, ale nie pokrywają się ze sobą w pełni, gdyż nie zawsze nieterminowość w

zakończeniu poszczególnych elementów/etapów przedmiotu umowy musi skutkować nieterminowością w wykonaniu całego przedmiotu umowy. Nie muszą zatem w każdym przypadku ich naliczenia prowadzić do „podwójnego” obciążenia podwykonawcy karami pieniężnymi za to samo zdarzenie. Wykonawca może mieć słuszny i uzasadniony interes, aby mobilizować podwykonawcę do terminowego wykonywania umowy od początku jej wykonywania. Takie zastrzeżenie umowne nie może więc być, w ocenie Sądu Apelacyjnego, kwalifikowane z góry, jako praktyka sprzeczna z naturą instytucji kar umownych i zasadami współżycia społecznego, czyli wykraczająca poza zakreślone w art. 353¹ k.c. ramy swobody układania kontraktów. Efekt „podwójnego obciążenia” za to samo zdarzenie i w istocie możliwości osiągnięcia nieuzasadnionych korzyści przez wykonawcę, mógłby wystąpić gdyby kary umowne z obu tych punktów naliczono za nieterminowość, która wystąpiła w tym samym okresie, w szczególności w ostatnim okresie realizacji umowy. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, także w takiej sytuacji zobowiązany do ich zapłaty nie byłby pozbawiony ochrony prawnej z uwagi na możliwość zgłoszenia zarzutu nadmiernego wygórowania kary umownej (art. 484 § 2 k.c.).

Podsumowując ten wątek rozważań należy zatem stwierdzić, że przedstawiona w sprawie treść umowy łączącej powoda i pozwanego wykonawcę była dopuszczalna i mieściła się w granicach zasady swobody umów.

W dalszej kolejności należy wskazać, że co do zasady zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471). Wynika to zarówno z celu kary umownej, jak i umiejscowienia samych przepisów jej dotyczących. Podporządkowanie kary umownej podstawom odpowiedzialności kontraktowej sprawia, że zobowiązany do zapłaty tej kary może bronić się zarzutem - podobnie jak każdy dłużnik zobowiązany do naprawienia szkody stosownie do art. 471 k.c. - że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Należy jednak mieć na względzie, co uszło uwadze Sadu Okręgowego, że w umowie stron kary umowne zostały zastrzeżone za samo opóźnienie w zakończeniu poszczególnych elementów/etapów realizacji przedmiotu umowy, jak i w wykonaniu przedmiotu umowy (ust. 1 pkt a i c). Należy więc przypomnieć, że skutek uchybienia terminowi może przybrać postać albo zwłoki, albo opóźnienia, w zależności od tego, czy dłużnik za taki stan rzeczy odpowiada lub też nie odpowiada. W języku potocznym pojęcia „zwłoka” i „opóźnienie” częstokroć są mieszane lub utożsamiane. Tymczasem różnią się one zasadniczo. Dłużnik odpowiada za zwłokę, a opóźnienie zwykle - poza zobowiązaniem pieniężnym, bo wówczas wchodzi w grę obowiązek zapłaty odsetek (art. 481 § 1) - nie stwarza co do zasady negatywnych następstw prawnych. Za dopuszczalne - w ramach swobody kontraktowania - uznaje się jednak zastrzeżenie w umowie uprawnienia wierzyciela do żądania kary w wypadku, gdy przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania są okoliczności niezawinione przez dłużnika. O skuteczności takiej klauzuli przesądza zwłaszcza art. 473 § 1 k.c., dopuszczający możliwość modyfikacji ogólnych reguł odpowiedzialności dłużnika. W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego nie ulega wątpliwości, że zgodnie z tym przepisem dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu 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 (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., II CSK 180/10).

Skoro więc w tym przypadku mamy do czynienia z sytuacją, gdy podwykonawca zobowiązał się zapłacić karę umowną na skutek opóźnienia, a zatem niezależnie od jego przyczyn (zawinionych przez siebie lub nie), to w konsekwencji zobowiązał się ponosić rozszerzoną odpowiedzialność za nieterminowe wykonanie zobowiązania. Nie było zatem konieczne w sprawie badanie, czy do opóźnienia doszło z przyczyn za które on odpowiada.

Jednakże, również w tym przypadku, w judykaturze przyjmuje się, że odpowiedzialność dłużnika nie jest absolutna. Sąd Apelacyjny do tego poglądu przychylił się i podzielił pogląd wyrażony np. w wyżej cytowanym wyroku, że w szczególności dłużnik może uwolnić się od odpowiedzialności jeżeli nieterminowe wykonanie byłoby wynikiem okoliczności leżących wyłącznie po stronie kontrahenta. Rozwijając ten wątek należy wskazać, że w świetle art. 353¹ k.c. swoboda umów ograniczona jest właściwościami (naturą) stosunku prawnego, przepisami ustawy oraz zasadami współżycia społecznego. Strony zatem nie mogą w umowie tak rozszerzyć odpowiedzialności dłużnika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania ani dotyczącej kary umownej, by jej zakres był sprzeczny

z istotą (naturą) odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie zobowiązania oraz z naturą kary umownej. Nie mogą więc przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel, kara umowna bowiem jest sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Kara umowna - zgodnie z art. 483 i 484 k.c. - pełni funkcje odszkodowawczo-kompensacyjne, stymulujące dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania oraz represyjne. Jej istotą jest obciążenie dłużnika obowiązkiem zapłaty określonej kwoty za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez niego umowy, niezależnie od tego, czy wierzyciel poniósł szkodę. Niewątpliwie sprzeczne z tak ukształtowaną przez ustawodawcę istotą (naturą) kary umownej byłoby przyjęcie obciążenia dłużnika karą umowną wtedy, gdy do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy doszło z przyczyn obciążających wierzyciela. W takiej sytuacji nie byłoby w ogóle mowy o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu umowy przez dłużnika, a tym samym podstaw do jakiegokolwiek jego odpowiedzialności kontraktowej. Zatem, wykładnia klauzuli § 14 ust. 1 pkt a) i c) umowy stron prowadząca do wniosku, że w wyniku umownego rozszerzenia swojej odpowiedzialności powód - podwykonawca ponosi odpowiedzialność z tytułu kary umownej także za niewykonanie w terminie poszczególnych etapów umowy lub całego przedmiotu umowy z przyczyn leżących po stronie kontrahenta - wykonawcy, naruszałaby zarówno art. 65 § 1 k.c., nakazujący tłumaczenie oświadczeń woli tak jak tego wymagają zasady współzycia społecznego i ustalone zwyczaje oraz cel umowy, jak i art. 473 § 1 w związku z art. 56 i 353¹, 471, 483 § 1 oraz art. 484 § 1 k.c.

Przy uwzględnieniu tych okoliczności i ustaleń faktycznych w sprawie można wskazać, że przedmiotem sporu była część wynagrodzenia powoda za wykonane roboty: z faktury nr (...) w wysokości 63 283, 50 zł i z faktury (...) w wysokości 190 635,97 zł oraz skapitalizowane odsetki za opóźnienie w zapłacie faktur nr: (...), (...), (...). To ostatnie żądanie zostało udokumentowane przez powoda dokumentami złożonymi w sprawie (k. 32 – 35, 82 – 85, 90 – 92, 115 – 117), których pozwany (...) nie kwestionował.

Nadto, aczkolwiek, opłacając częściowo, do kwoty 166 606,96 zł, fakturę (...) pozwany wykonawca pierwotnie wskazywał, że dochodzoną obecnie przez powoda kwotę zatrzymuje jako „kompensata należności zabezpieczenie 10 % gwarancja” (k. 119 - 121), to wskazać należy, że w toku tego procesu powołując się na swoje pismo z 17 grudnia 2013 r. skierowane do powoda (k. 163) konsekwentnie utrzymywał, że nie uregulował w części dochodzonej pozewem faktury nr (...) oraz faktury (...), ponieważ potrącił wierzytelność powoda z własną wierzytelnością z tytułu naliczonych kar umownych (do kwoty 254 595,65 zł). Z tego względu nie mają wpływu na ocenę roszczenia powoda i zasadności dokonanego przez pozwanego wykonawcę potrącenia twierdzenia powoda i zarzuty apelacji, w których nawiązuje on do adnotacji o zabezpieczeniu gwarancji na dokumencie z k. 119.

Przedmiotem oceny Sądu powinna być zatem zasadność potrącenia kar umownych i słusznie tylko w takim zakresie Sąd Okręgowy rozważał sprawę. Trafnie też ocenił, że skoro we wspomnianym piśmie z 17.12.2013 r. pozwany wykonawca powoływał się na naliczenie kar umownych z różnych tytułów odwołując się do wcześniejszych swoich pism (z 15.08., 09.12. i 10.12) i nie określił ostatecznie, które kary umowne potrącił, to koniecznym było ocenienie zasadności naliczenia każdej z wymienionych w tych pismach kar. Pomimo tego słusznego stwierdzenia Sąd Okręgowy w dalszej części swoich rozważań nie dokonał faktycznie takiej oceny.

Należy więc w tym miejscu uzupełniająco wskazać, że w piśmie z 15.08.2013 r. (k. 95) powołano się na naliczenie kar umownych z tytułu „niewykonania przerobu opisanego harmonogramem” wskazując, że są one naliczane „za okres od 01.04.2013 r. do 15 maja 2013 r.” w wysokości 122 046,75 zł oraz za okres od końca czerwca „do dnia sporządzenia niniejszego pisma” tj. 46 dni w wysokości 124 758,90 zł i za niezrealizowanie „zakresu przypisanego na lipiec /.../ do dnia sporządzenia niniejszego pisma” w wysokości 40 682 zł. Jako łączną wysokość tak naliczonych kar umownych wskazano błędnie 354 505,59 zł, zamiast 287 487,65 zł, a powyższy błąd rachunkowy pozostał nieskorygowany także w piśmie z 17.12.2013 r. Należy dalej wskazać, że w sprawie ustalono, że powód w okresie od 06.03.2013 r. do 17.06.2013 r. nie mógł wykonywać przedmiotu umowy z uwagi na konieczność wymiany gruntów (roboty dodatkowe) i kolizję z linią energetyczną powodującą konieczność jej przeniesienia. Po tej dacie strony w dniu 28.06.2013 r. zawarły aneks

nr (...), którym wydłużyły termin wykonania umowy do 30.09.2013 r. tj. o 92 dni (k. 86). Stosownej korekcie uległ też harmonogram rzeczowo – terminowy, który pozwany zaakceptował (k. 87).

W tych okolicznościach i przy uwzględnieniu wyżej poczynionej uwagi, że sprzeczne z istotą kary umownej zastrzeżonej za nieterminowe wykonanie etapu umowy byłoby obciążenie dłużnika karą umowną wtedy, gdy do niezachowania terminu doszło z przyczyn obciążających wierzyciela, należy uznać, że pozwany nie wykazał uzasadnionych podstaw do naliczenia kary „za okres od 01.04.2013 r. do 15 maja 2013 r.” skoro powód nie mógł realizować umowy od 06.03. do 17.06. z powodu konieczności wykonania robót dodatkowych i z przyczyn obciążających zamawiającego (kolizja z linią energetyczną). Gdy chodzi o kary naliczone za okres od końca czerwca do 15.08.2013 r. tj. 46 dni w wysokości 124 758,90 zł i za niezrealizowanie „zakresu przypisanego na lipiec /.../ do 15.08.2013 r. tj. 15 dni w wysokości 40 682 zł, to należy wskazać, że wykonawca w piśmie z 15.08.2013 r., ale także w toku procesu, nie wskazał okoliczności umożliwiających kontrolę zasadności i prawidłowości naliczenia kary umownej za określoną ilość dni. Powód w czerwcu i lipcu wykonywał roboty budowlane, które – z powodu wadliwego wykonania zbiornika (...) nie zostały odebrane protokołem częściowego odbioru. Wskutek decyzji inwestora powód ponownie wykonywał zbiornik. Z pisma z 15.08. 2013 r. wynika, że pozwany uznawał, że wobec wadliwości prac wynik wszelkich prac zbrojarskich „przeszła istnieć”, stąd kwestionował żądanie zapłaty faktury (...). Pismem z 26.08.2013 r. (k. 98) powód powoływał się na anulowanie przez pozwanego pisma „z (...)z O.” tj. dotyczącego naliczenia kar umownych. W piśmie z 28.08.2013 r. powód wskazał zaawansowanie prac na 474 652, 24 zł brutto. Faktem jest, że następnie, w dniu 28.08.2013 r. i 10.09.2013 r. pozwana Spółka uiściła należność wynikającą z faktury (...) (k. 91 i 92), a 05.09.2013 r. powód wystawił kolejną fakturę tj. nr (...) na kwotę 232 632,70 zł, którą pozwana opłaciła w terminie zbliżonym do umownego (k. 116 i 117). Do 05.09.2013 r. powód wystawił faktury na kwotę 452 739,55 zł brutto łącznie, zaś w protokołach odbiorów częściowych odnotowano odbiór prac budowlanych o wartości 437 453, 57 zł netto tj. 538 067,89 brutto. Uaktualniony po zawarciu aneksu nr (...) harmonogram w okresie od czerwca do końca sierpnia przewidywał wykonanie prac o wartości 531 390,14 zł brutto. W okresie od czerwca do 05.09.2013 r. odebrano protokołami częściowego odbioru prace o wartości 379 804,84 brutto. Zważyć wreszcie należy, że uaktualniony harmonogram przewidywał prace o wartości łącznej 775 867,62 zł brutto, co przy uwzględnieniu prac odebranych przed jego uaktualnieniem (o wartości 158 263,05 zł brutto) daje ogólną wartość prac 934 130,67 zł brutto, zatem przewyższającą wartość umowną (904 050,03 zł brutto). Należy też mieć na względzie, że stan opóźnienia powoda powiązany był przede wszystkim z wadliwym wykonaniem zbiornika (...), co na skutek decyzji inwestora w zakresie wyboru sposobu usunięcia wady i wykonawcy, że wobec wadliwości prac wynik wszelkich prac zbrojarskich „przeszła istnieć” spowodowało konieczność rozbiórki i wykonania zbiornika na nowo. Spowodowało to, że stan opóźnienia w większym lub mniejszym stopniu trwał do końca wykonywania przedmiotu umowy i skutkowało następnie opóźnieniem oddania całego przedmiotu umowy oraz obciążeniem karami umownymi z § 14 ust. 1 pkt c). W tych okolicznościach Sąd Apelacyjny uznał, że brak jest dostatecznych podstaw do oceny, że kara umowna w piśmie z 15.08.2013 r. została naliczona prawidłowo i zasadnie.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, nie istniała też podstawa do naliczenia kary umownej zastrzeżonej w aneksie nr (...) (k. 82) tj. z tytułu nieprzedłożenia w terminie oświadczenia o otrzymaniu wynagrodzenia należnego za wykonaną część umowy. Zmieniony tym aneksem § 11 umowy stron przewidywał, że faktury będą płatne w terminie 30 dni od dostarczenia faktury zamawiającemu, oraz że wykonawca (powód) zobowiązuje się dostarczyć w ciągu 3 dni od daty wpłynięcia środków na konto w/w oświadczenie. Z pisma z 09.12.2013 r. (k. 158), na które powołano się w piśmie z 17.12.2013 r. wynika, że pozwany wykonawca karę tę naliczył w wysokości 10 500 zł za okres od 15.11.2013 do 9.12.2013 r. w związku z brakiem oświadczenia o zapłacie faktury nr (...) z 14.10.2013 r. Faktura ta nie została opłacona w całości, a jedynie w części, z adnotacją m.in. o zabezpieczeniu 10 % gwarancji (k. 119), przy czym powód zakwestionował zasadność zatrzymania części wynagrodzenia na zabezpieczenie gwarancji, a pozwany nie wykazał zasadności takiego zatrzymania (por. § 13 ust. 5 umowy) i ostatecznie wierzycielność powoda z tej faktury oświadczeniem zawartym w piśmie z 17.12.2013 r. potrącił z wierzycielnością z tytułu kar umownych.

Przechodząc wreszcie do kary umownej naliczonej z powołaniem się na § 14 ust. 1 pkt c) umowy należy wskazać, że jest bezsporne, że powód nie wykonał przedmiotu umowy w umówionym terminie tj. do 30.09.2013 r. oraz, że zastrzeżona

w tym postanowieniu umowy kara dotyczyła opóźnienia „w wykonaniu przedmiotu umowy”. Jak wynika z pism z 17.12.2013 r. i 10.12.2013 r. (k. 207) została ona naliczona za okres od 01.10.2013 r. do 10.12.2013 r. tj. za okres 70 dni. Zgodnie z umową (§ 1 ust. 1) przedmiot umowy został określony szczegółowo w załączniku nr 1 do umowy (którego nie przedłożono). Niemniej, z samego tekstu umowy można wnioskować, że przedmiotem umowy było wykonanie robót budowlanych oraz dostarczenie kompletu dokumentacji powykonawczej w 3 egzemplarzach (§ 5 ust. 18 i § 9 ust. 3). Powód zobowiązał się bowiem do przedłożenia wszystkich dokumentów niezbędnych do rozpoczęcia odbioru wraz z pisemnym powiadomieniem zamawiającego o gotowości wykonanych robót do odbioru. Z niekwestionowanych ustaleń faktycznych wynika, że wpis w Dzienniku Budowy o zakończeniu prac budowlanych miał miejsce 28.10.2013 r. (k. 323), a w dniu 20.11.2013 r. został sporządzony protokół przekazania „dokumentów uzupełniających”. W dniu 03.12.2013 r. zgłoszono gotowość do odbioru końcowego całej inwestycji. W dniu 10.12.2013 r. przystąpiono do odbioru końcowego robót przez pozwaną Gminę, a 12.12.2013 r. został sporządzony protokół odbioru końcowego (k. 151).

Jak wyżej wskazywano zastrzeżono karę umowną za samo opóźnienie, co uniemożliwiało powodowi skuteczne bronienie się przed jej zapłatą tylko poprzez wykazywanie braku swojej winy. Powód mógł natomiast bronić się wykazując zaistnienie przyczyn uniemożliwiających terminowe wykonanie umowy leżących wyłącznie po stronie kontrahenta. Taki charakter miała ustalona niemożność wykonywania przedmiotu umowy z powodu konieczności wymiany gruntów i przeniesienia linii energetycznej. Jak wynika z niekwestionowanego w tym zakresie stanu faktycznego zdarzenia te miały miejsce do 17 czerwca 2013 r. i skutkowały odpowiednim wydłużeniem - w dniu 28.06.2013 r. - terminu wykonania przedmiotu umowy w aneksie nr (...). Odmienną ocenę przyczyn zawarcia tego aneksu, wyrażoną na str. 14 uzasadnienia zaskarżonego wyroku Sąd Apelacyjny uznaje za nielogiczną i niekonsekwentną wobec faktu, wynikającego chociażby z zeznań świadków (M. B., P. D., P. U.), że także aneks nr (...) do umowy pozwanych był zawarty z powodu konieczności przebudowy linii elektrycznej. Z tego względu powód nie mógł po raz kolejny wywieść z tych okoliczności korzystnych dla siebie skutków, tym razem powołując je dla podważenia zasadności naliczenia kary umownej za opóźnienie. Co do innych okoliczności powoływanych przez powoda, w celu wykazania niezasadności naliczenia kary umownej z tego tytułu, w tym związanych z wykonaniem zbiornika (...), były one nieistotne, o tyle, że zmierzały do wykazania braku jego winy, co nie było wystarczające dla wyłączenia odpowiedzialności za proste opóźnienie.

Tym niemniej należy wskazać, że istotne było właściwe określenie okresu opóźnienia za które odpowiadał powód. Końcową jego datę, zgodnie z umową, powinien określać dzień „wykonania przedmiotu umowy” łączącej powoda z pozwanym podwykonawcą, a nie dzień wykonania przedmiotu umowy pozwanych, czy dzień przystąpienia do odbioru przez Inwestora. W umowie podwykonawczej, podobnie jak w art. 647 k.c., wyraźnie wyodrębniono pojęcie zakończenia wykonywania przedmiotu umowy (oddania) i odbioru przedmiotu umowy. Zakończenie wykonywania przedmiotu umowy otwierało możliwość zgłoszenia robót do odbioru i podjęcia czynności odbiorowych, w tym związanych z ujawnieniem wad i usterek, natomiast od odbioru robót uzależniona była możliwość wystawienia faktury końcowej i w konsekwencji zapłata wynagrodzenia. Z treści art. 647 k.c. wynika jednoznacznie, że zakończenie wykonywania przedmiotu umowy następuje w momencie oddania obiektu wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej (zgłoszenia robót do odbioru), a nie z chwilą odbioru obiektu przez zamawiającego. Końcowy odbiór robót przez zamawiającego nie jest zatem desygnatem zakończenia robót budowlanych i także w kontekście postanowień umownych nie może mieć znaczenia dla określenia daty zakończenia robót.

W konsekwencji powyższych rozważań należało ocenić, że stan opóźnienia uzasadniający naliczenie kary umownej z § 14 ust. 1 pkt c) zakończył się z dniem zgłoszenia zakończenia robót (wpis w dzienniku budowy z 28.10.2013 r.) i przekazania pozwanemu dokumentacji powykonawczej (protokół z 20.11.2013 r.). Pozwany wykonawca mógł zatem naliczyć karę za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy za okres do 20.11.2013 r. tj. 51 dni, do wysokości 138 319, 65 zł.

Przechodząc do kolejnej kwestii, należy stwierdzić, że zasadny był zarzut apelacji pozwanej Spółki naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisu art. 484 § 2 k.c. przez miarkowanie kary umownej bez wyraźnego żądania dłużnika. Sąd Okręgowy stanowisko swoje w tej mierze wyjaśnił odwołując się do judykatury, nie mniej zauważyć należy, że

w nowszej judykaturze możliwość miarkowania kary umownej bez żądania uprawnionego dłużnika została dość jednoznacznie odrzucona, co zdezaktualizowało wnioski wynikające z wcześniejszych judykatów. I tak w orzeczeniach SN: z dnia 16 kwietnia 2010 r., IV CSK 494/09, OSN-ZD 2010/4/115; z dnia 8 marca 2013 r., III CSK 193/12 LEX nr 1341679; z 23 lipca 2014 r. V CSK 503/13 (LEX nr 1504590) Sąd Najwyższy wyraził stanowczy pogląd, że do miarkowania przez sąd kary umownej konieczne jest zgłoszenie konkretnie sprecyzowanego przez dłużnika żądania, wskazującego na fakty, które pozwolą ocenić przesłankę rażącego wygórowania kary umownej. Podważanie przez dłużnika jedynie materialnoprawnej podstawy swojej odpowiedzialności, bez kwestionowania wysokości wyliczonej kary umownej, nie może stanowić podstawy do uwzględnienia późniejszego żądania miarkowania kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyrokach Sądu Najwyższego: z dnia 13 czerwca 2013 r., V CSK 375/12, LEX nr 1360347; z dnia 26 listopada 2008 r., III CSK 168/08, LEX nr 479329; z dnia 6 lutego 2008 r., II CSK 421/07, LEX nr 361437; z dnia 9 lutego 2005 r., II CK 420/04, LEX nr 301769; z dnia 18 czerwca 2003 r., (...) 240/01, niepubl.; z dnia 15 września 1999 r. III CKN 337/98, LEX nr 527125. Stanowisko to podziela Sąd Apelacyjny ponieważ znajduje ono silne wsparcie wprost w treści w art. 484 § 2 k.c. Przewidziane w nim uprawnienie dłużnika do żądania zmniejszenia kary umownej jest materialnoprawnym środkiem jego obrony przed żądaniem wierzyciela zapłaty tej kary. Jak wyraźnie wskazuje przepis, skorzystanie z tego środka obrony zależy od woli dłużnika. Jeżeli dłużnik chce z uprawnienia tego skorzystać musi złożyć w tym przedmiocie określone oświadczenie woli, a w toku procesu musi ono przybrać odpowiednią formę procesową - zarzutu procesowego miarkowania kary umownej. Skoro bowiem miarkowanie kary umownej jest dopuszczalne tylko na żądanie dłużnika, sąd nie może w tym zakresie działać z urzędu i uzasadniać tego działania doszukiwaniem się przejawów żądania w „okolicznościach wskazywanych w pozwie”. Oświadczenie dłużnika w tym zakresie powinno przybrać taką formę, by wierzyciel mógł podjąć odpowiednią obronę. Nic nie stoi także na przeszkodzie, aby dłużnik, który generalnie neguje w ogóle zasadę naliczenia kar umownych, zgłosił – z ostrożności procesowej - stosowny zarzut procesowy jako ewentualny na wypadek nie podzielenia zarzutów podnoszonych co do zasady. Bardziej liberalna wykładnia oświadczenia woli dłużnika, zakładająca, że żądanie miarkowania kary umownej można wyinterpretować z jego innych oświadczeń, nie znajduje dostatecznego uzasadnienia w powyższym przepisie, a już szczególnie w sytuacji, gdy dłużnik jest reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika procesowego.

Faktem jest jednak w tej sprawie, że w toku postępowania apelacyjnego pełnomocnik powoda zgłosił na rozprawie apelacyjnej – z ostrożności procesowej – żądanie miarkowania kar umownych wskazując ich rażące wygórowanie. Należy uwzględnić, że w powołanym wyżej wyroku z dnia 6 lutego 2008 r., II CSK 421/07 Sąd Najwyższy wskazał, że możliwe jest zgłoszenie zarzutu opartego na art. 484 § 2 k.c. do daty zamknięcia postępowania przed Sądem drugiej instancji. Z kolei w późniejszym wyroku – z 29 listopada 2013 r. I CSK 124/13, OSNC-ZD 2015/1/13 – ten kierunek znajduje potwierdzenie, gdyż rozpoznawany w niej zarzut dot. wysokości kary umownej został zgłoszony dopiero w apelacji. Także Sąd Apelacyjny przychylił się do takiego stanowiska, bowiem co do zasady, materialnoprawne środki obrony mogą być podnoszone do chwili zamknięcia rozprawy w instancji odwoławczej. Inną kwestią jest natomiast to, że zgłoszenie żądania miarkowania kary umownej dopiero w postępowaniu apelacyjnym podlega ograniczeniom dowodowym przewidzianym dla tego stadium postępowania sądowego i oznacza ograniczenie jego skuteczności do granic stanu faktycznego wykazanego przed sądem pierwszej instancji lub okoliczności opartych na nowych faktach i dowodach dopuszczalnych w postępowaniu przed sądem apelacyjnym.

Z tych względów chociaż zarzut apelacyjny pozwanej Spółki był uzasadniony, ostatecznie nie mógł spowodować uwzględnienia wniosku jej apelacji.

Przechodząc do kwestii oceny żądania miarkowania kar umownych należy wskazać, że z już okoliczności ustalonych przez Sąd pierwszej instancji, a niezakwestionowanych skutecznie w postępowaniu apelacyjnym wynikało, że powód wykonał przedmiot umowy, a jego opóźnienie nie przeszkodziło zakończeniu całej inwestycji w umówionym terminie przez pozwanego wykonawcę, który nie został też obciążony karą umowną przez pozwaną Gminę jako zamawiającego. Słusznie wskazywał Sąd Okręgowy, że miarkowanie kary umownej nie jest rzeczą łatwą, zawsze bowiem jest to ingerencja w postanowienia umowy łączącej strony i wymaga dokonania wnikliwej oceny, do jakich granic taka ingerencja jest uzasadniona. Trudno jest przy tym wskazać zamknięty katalog precyzyjnych przesłanek,

których zastosowanie byłoby adekwatne do każdej sprawy. Przykłady takich okoliczności, które mogą być ważne przy miarkowaniu zostały wskazane w bogatym w tej mierze dorobku judykatury, w tym w szeregu orzeczeń wymienionych przez Sąd pierwszej instancji. W oparciu o ich analizę można wskazać, że o jego potrzebie i zakresie decydują głównie okoliczności danej sprawy i pewna miara sędziowska (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2006 r. I CSK 259/06 LEX nr 398369).

Jak wskazuje się w orzecznictwie, m.in. w wyroku Sądu Najwyższego z 21 września 2007 r. V CSK 139/07 (OSNC – ZD 2008/3/72) kara umowna stanowi surogat odszkodowania należnego wierzycielowi od dłużnika z tytułu odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, pełni więc przede wszystkim funkcję kompensacyjną. Z tego powodu, choć należy się ona w zastrzeżonej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 k.c.), a obowiązek jej zapłaty powstaje nawet wtedy, gdy wierzyciel na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w ogóle szkody nie poniósł, normujące ją przepisy Kodeksu cywilnego nie pozbawiły całkowicie doniosłości relacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej, a godnym ochroną interesem wierzyciela. W wypadku dużej dysproporcji między wysokością kary umownej a interesem wierzyciela chronionym za pomocą kary umownej, dopuszczalne jest - na podstawie art. 484 § 2 k.c. - zmniejszenie, czyli tzw. miarkowanie, kary umownej przez sąd na żądanie dłużnika.

W wypadku miarkowania kary umownej ze względu na jej rażące wygórowanie za zasadnicze kryterium oceny rażącego wygórowania wskazuje się w orzecznictwie i piśmiennictwie również relację między wysokością zastrzeżonej kary umownej a wysokością należnego wynagrodzenia (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 1980 r., sygn. akt I CR 229/80, OSNC 1980, nr 12, poz. 243, i z dnia 11 listopada 2007 r., sygn. akt V CSK 139/07).

W tej sprawie nie ulega wątpliwości, że przedmiot umowy, choć z opóźnieniem, jednak został wykonany. Tym samym został ostatecznie zaspokojony interes wierzyciela tj. pozwanej Spółki, a w ostateczności także interes inwestora - pozwanej Gminy. Żaden z tych podmiotów w toku procesu nie powoływał się na to, że oddany z opóźnieniem przedmiot umowy podwykonawczej stracił dla nich wszelkie znaczenie. Pozwani, a szczególnie pozwany wykonawca, zrealizowali zatem swoje zamierzenia przy podjęciu inwestycji i zaspokoiли swój interes. Już ta okoliczność uzasadnia redukcję należnej według umowy kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy. Brak jest też podstaw do oceny, że skutek opóźnienia powoda pozwana Spółka doznała szkody.

Należy też wskazać, że kara umowna za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy została zastrzeżona w wysokości 0,3 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia tj. 2 712, 15 zł. W tym przypadku należna kara wynosi zatem aż 138 319,65 zł. Z relacji między wysokością należnej kary umownej a należnym powodowi wynagrodzeniem wynika, że kara umowna stanowi niemal 15,3 % wynagrodzenia brutto ustalonego w umowie na kwotę 904 050,03 zł brutto. Jest to kolejna okoliczność uzasadniająca ocenę, że kara umowna jest rażąco wygórowana.

Należy też wskazać, że karę za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy umiejscowiono w umowie stron obok kary umownej zastrzeżonej na rzecz kontrahenta na wypadek odstąpienia od umowy (w wysokości 15 % wynagrodzenia brutto tj. 135 607,50 zł). W umowie nie wyłączono prawa pozwanego wykonawcy do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych.

Należy także przypisać znaczenie (choć nie decydujące znacząco o zakresie redukcji) innej wynikającej z materiału sprawy okoliczności, a mianowicie temu, że prace budowlane z przyczyn niezależnych od powoda (wymiana gruntów i kolizja z linią energetyczną) zostały wydłużone częściowo na okres jesienny i zdarzało się, że złe warunki atmosferyczne – opady deszczu – uniemożliwiały ich sprawne prowadzenie (wpis do Dziennika Budowy na stronie 8 z 20.09. – k. 255 i nast.). Nadto, prace wykończeniowe były prowadzone równoległe z robotami prowadzonymi przez innego wykonawcę – instalacyjnymi, co powodowało utrudnienia dla ekipy powoda (por. zeznania świadka J. T., P. U.), jak też zdarzały się drobne przerwy wynikające z błędów w dokumentacji, oczekiwanie na dostarczenie stali zbrojeniowej, na przepusty (zeznania P. U., M. G.). Zdaniem Sądu, chociaż okoliczność te nie uzasadniały uwolnienia powoda od odpowiedzialności za przekroczenie terminu mogły być uwzględnione przy ocenie żądania miarkowania kary umownej.

Uwzględniono również, że znaczny okres czasu, w którym wystąpiło opóźnienie, to okres już po wykonaniu prac budowlanych, a opóźnienie wynikało wówczas tylko z niedostarczenia wymaganej do odbioru końcowego dokumentacji. Zakończenie robót budowlanych nastąpiło bowiem zgodnie z wpisem do dziennika budowy 28.10.2013 r., a dokumentację dostarczono pozwanemu dopiero 20.11.2013 r.

Przy końcowym odbiorze nie było też poważniejszych uwag do jakości robót powoda (protokół końcowego odbioru, zeznania G. S.).

W tych okolicznościach za nieuzasadnione należało uznać zarzuty apelacji pozwanej odnoszące się do kwestii miarkowania kary umownej.

Uwzględniając powyższe Sąd Apelacyjny uznał, iż zredukowanie należnej kary umownej o 1/2 tj. do kwoty 69 159,83 z jednej strony w dostateczny sposób uwzględni zasługujący na ochronę interes pozwanego wykonawcy, a z drugiej strony zapobiegnie nadmiernej uciążliwości kary umownej dla powoda - podwykonawcy, który ostatecznie wykonał przedmiot umowy, poniósł koszty związane z wykonaniem, w tym zatrudnienia pracowników. Tak zamiarkowana kara umowna i tak odpowiada około 51 % kary umownej, jaką pozwany mógłby uzyskać, gdyby z uwagi na opóźnienie powoda odstąpił od umowy.

Na koniec należy jeszcze odnieść się do zarzutu apelacji powoda dotyczącego rozstrzygnięcia oddalającego powództwo w stosunku do pozwanego inwestora – Gminy F.. Chociaż zarzut ten znajduje uzasadnienie, o tyle, że Sąd Okręgowy istotnie nie wyjaśnił szerzej przyczyn oddalenia powództwa w stosunku do pozwanej Gminy, ograniczając się do stwierdzenia, że zwolniła się ona od odpowiedzialności składając świadczenie do depozytu sądowego, to niedostatek uzasadnienia nie usprawiedliwia uwzględnienia wniosku apelacji powoda w tym zakresie. Rozstrzygnięcie Sądu było trafne, a wyjaśniając szerzej przyczynę oddalenia powództwa, należy przypomnieć, że niekwestionowanym było, iż po powzięciu wiedzy o sporze powoda i pozwanego co do wynagrodzenia pozwana wniosła i uzyskała zezwolenie sądu na złożenie spornego wynagrodzenia w kwocie 253 919,47 zł do depozytu sądowego (k. 375 – postanowienie z 14.05.2014 r. I Ca 151/14 Sadu Okręgowego w Suwałkach). Uzasadniając wniosek pozwana powołała się na podstawę z art. 467 pkt 3 k.c. i wskazała na powstanie sporu, kto jest wierzycielem. Zamawiający inwestor może złożyć do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy w przypadku istnienia zasadniczej wątpliwości zamawiającego co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy. Wątpliwość co do wysokości zapłaty i osoby wierzyciela może powstać w szczególności w przypadku naliczenia kar umownych podwykonawcy przez wykonawcę, czy też dokonania potrącenia z wynagrodzenia podwykonawcy. Okoliczności tej sprawy uzasadniają ocenę, że wątpliwość pozwanej, odpowiadającej wobec powoda solidarnie z wykonawcą na podstawie art. 647¹ § 5 k.c., co do podmiotu, któremu powinna uiścić w zaistniałym sporze kwotę złożoną do depozytu tytułem wynagrodzenia była uzasadniona, czego nie kwestionuje też skarżący powód. W tych okolicznościach istniała ustawowa przyczyna złożenia świadczenia do depozytu, złożenie było ważne, a skoro odpowiadało też treści zobowiązania - kwocie potrzebnej na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy, jego konsekwencją – zgodnie z art. 470 k.c. jest wygaśnięcie zobowiązania, tak samo jakby zostało ono spełnione do rąk wierzyciela, a powództwo o zasądzenie wynagrodzenia od pozwanej solidarnie z wykonawcą nie mogło być uwzględnione (tak: wyrok SN z 15.04.2005 r. I CK 735/04, Lex nr 183703, wyrok SN z 14.05.2004 r. IV CK 237/03, Lex nr 488949).

Należy również wskazać, że następstwem zgody inwestora na zawarcie umowy między wykonawcą a podwykonawcą jest powstanie po jego stronie ustawowej, solidarnej odpowiedzialności za cudzy dług, a mianowicie za zapłatę wynagrodzenia ustalonego według zasad obowiązujących i wiążących strony tej umowy, a więc wykonawcę i podwykonawcę. Inwestor nie jest współdłużnikiem w wykonaniu zobowiązania, stąd solidarna odpowiedzialność pozwanej Gminy dotyczy wyłącznie należnego wynagrodzenia, co oznacza, iż nie jest ani obowiązana, ani uprawniona do dokonywania zapłaty innych należności, niż wynagrodzenie, w tym odsetek należnych podwykonawcy od wykonawcy. Taki wniosek uzasadnia wykładnia gramatyczna art. 647¹ § 5 k.c., znajdująca potwierdzenie w ugruntowanej judykaturze w tym np. w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2012 r., IV CSK 91/12, (LEX nr 1275009). W odniesieniu zatem do części żądania powoda będącego wynikiem skapitalizowania odsetek za opóźnienie

należnych od wykonawcy (kwota 2 241 zł) również nie mogło być uwzględnione powództwo skierowane przeciwko Gminie F..

Powyższe okoliczności uzasadniają wniosek, iż powództwo powoda było zasadne tylko w stosunku do pozwanego wykonawcy (...) S.A. w G. do kwoty 187 000,64 zł (2 241 zł z tytułu skapitalizowanych odsetek za opóźnienie w zapłacie należności z faktur: (...), (...), (...) plus należność 63 283,50 zł z faktury (...) i pomniejszona o kwotę 69 159,83 zł należność z faktury (...) tj. 190 635,97 zł - 69 159,83 zł = 121 476,14 zł).

Z tych względów na mocy art. 386 § 1 k.p.c. i 385 k.p.c. orzeczono, jak w sentencji.

Zmiana zaskarżonego orzeczenia co do istoty skutkowałą koniecznością zmodyfikowania także orzeczenia w przedmiocie kosztów postępowania za pierwszą instancję, poprzez dostosowanie jego do ostatecznego wyniku procesu uzasadniającego stosunkowe rozdzielanie kosztów procesu i obciążenie nimi każdej ze stron w stosunku ok. 1/5 powód i ok. 4/5 pozwany wykonawca (art. 100 k.p.c.). Dlatego też na podstawie art. 100 k.p.c. należało zasądzić od pozwanego na rzecz powoda kwotę 16 177,40 zł tytułem zwrotu części kosztów procesu, na które składały się: opłata od pozwu 12 809 zł (k. 173) oraz wydatki powoda na opinię 2 000 zł (k. 622, opłaty skarbowe od pełnomocnictw (17 zł razy 2) i wynagrodzenie pełnomocników stron, którego wysokość - 7 200 zł - została ustalona w oparciu o § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jednolity Dz.U. z 2013 r., poz. 490). Na podstawie art. 113 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jednolity Dz.U. 2016, poz. 623) należało nakazać pobrać od każdej ze stron tytułem części kosztów opinii wyłożonych tymczasowo przez Skarb Państwa kwotę odpowiednio: od pozwanej Spółki 6 650,89 zł i od powoda z zasądzzonego roszczenia kwotę 1 662, 72 zł.

O kosztach postępowania apelacyjnego postanowiono w pkt IV na podstawie art. 100 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2015 poz.1804) obciążając nimi w ok. 2/5 powoda i ok. 3/5 pozwaną Spółkę. W konsekwencji zasądzono od powoda na rzecz pozwanej Spółki (...) kwotę 1 481 zł tytułem zwrotu części kosztów instancji odwoławczej na które składały się: opłata od apelacji pozwanej 6 404 zł i koszty pełnomocników stron – po 5 400 zł tj. łącznie 17 204 zł. Nadto, na podstawie art. 113 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych należało nakazać pobrać na rzecz Skarbu Państwa od powoda z zasądzzonego roszczenia 2 562 zł i od pozwanej Spółki 3 843 zł tytułem przypadających na nich zgodnie z wynikiem postępowania części brakującej opłaty od apelacji powoda. Natomiast pozwana Gmina F. w postępowaniu odwoławczym nie wносиła o zasądzenie na swoją rzecz kosztów tego postępowania.

(...)