

Sygn. akt I ACa 266/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 października 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Małgorzata Idasiak-Grodzińska
Sędziowie:	SA Zbigniew Merchel SO del. Krzysztof Gajewski (spr.)
Protokolant:	sekretarz sądowy Agata Karczewska

po rozpoznaniu w dniu 18 października 2016 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa B. D.

przeciwko Zakładowi (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w T.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 27 kwietnia 2015 r. sygn. akt IX GC 661/13

I. oddała apelację,

II. zasądza od pozwanego na rzecz powódki kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu kosztów w postępowaniu apelacyjnym.

SSO del. Krzysztof Gajewski SSA Małgorzata Idasiak-Grodzińska SSA Zbigniew Merchel

Sygn. akt I ACa 266/ 16

UZASADNIENIE

Powódka B. D. wniosła pozew przeciwko pozwanej Zakładowi (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w T. o zapłatę kwoty 260.000 zł z ustawowymi odsetkami od 15 lutego 2013 r. do dnia zapłaty, a ponadto zasądzenie kosztów procesu według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwu powódka wskazała, iż zawarła z pozwaną umowę, której przedmiotem było wykonanie kanalizacji sanitarnej, przy czym pozwana zapłaciła jej część należnego wynagrodzenia w kwocie 943.767,79 zł, odmawiając zapłaty kwoty 260.000 zł, na którą składała się kwoty 240.000 zł potrącona tytułem kary umownej

i 20.000 zł stanowiące zabezpieczenie odtworzenia nawierzchni. Powódka twierdziła, że w całości odtworzyła nawierzchnię, a odnośnie naliczonych kar umownych wskazywała, że nie było podstaw do ich naliczenia.

Pozwany Zakład (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w T. wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powódki kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Pozwana zaprzeczyła, aby jej intencją, na którymkolwiek etapie postępowania przetargowego i realizacji zawartej umowy, było zastrzeżenie kar umownych w przypadku nieterminowości wykonania umowy czy usunięcia wad wykonanych robót na wypadek zwłoki powódki, przy czym wskazywała, iż obowiązek zapłaty kar umownych był niezależny od zawinienia opóźnienia, a wynikał z możliwości rozszerzenia odpowiedzialności powódki w oparciu o treść art. 473 § 1 k.c. Ponadto zdaniem pozwanej powódka odpowiadała za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy.

W toku postępowania pozwana Zakład (...) spółka z o. o. w T. wniosła 2 kwietnia 2014 r. pozew wzajemny, w którym domagała się zasądzenia od powódki głównej i pozwanej wzajemnej B. D. na rzecz pozwanej głównej i powódki (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w T.: kwoty 380.000 zł z odsetkami ustawowymi od dnia wytoczenia powództwa wzajemnego, a ponadto zasądzenia kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Powódka główna pozwana wzajemna B. D. w odpowiedzi na pozew wzajemny wniosła o oddalenie tego powództwa i zasądzenie kosztów procesu w zakresie powództwa wzajemnego według norm przepisanych.

Dla pewnego uproszczenia w dalszej części uzasadnienia powódka główna i pozwana wzajemna B. D. będzie określana jako powódka, a pozwana główna i powódka (...) spółka z o. o. w T. jako pozwana.

Wyrokiem z dnia 27 kwietnia 2015r. Sąd Okręgowy:

I. zasądził od pozwanej głównej na rzecz powódki głównej kwotę 140.000 zł z odsetkami ustawowymi od 15 lutego 2013r. do dnia zapłaty,

II. oddalił powództwo główne w pozostałej części,

III. zasądził od pozwanej głównej na rzecz powódki głównej kwotę 7.597 zł tytułem części kosztów procesu,

IV. oddalił powództwo wzajemne,

V. zasądził od powódki wzajemnej na rzecz pozwanej wzajemnej kwotę 7.200 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach i rozważaniach:

W uzgodnieniach Prezydenta Miasta T. dotyczących dokumentacji na wykonanie kanalizacji sanitarnej i wodociągu w T. (m. in. Etap V) wyrażono zgodę na zajęcie działek w celu zrealizowania inwestycji z uwagami, iż m. in. istniejące nawierzchnie dróg i chodników należy przywrócić do stanu poprzedniego.

B. D. (wykonawca) i Zakład (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w T. (zamawiający - dalej nazywana w skrócie: Zakład) zawarli 6 listopada 2012 r. umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych p. n. „Kompleksowe wyposażenie w kanalizację sanitarną miasta T. - Etap V” w zakresie szczegółowo określonym w ofercie wykonawcy, w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i dokumentacji projektowej. Wykonawca uznał, że dokumentacja projektowa była kompletna z punktu widzenia celu, jakiemu ma służyć. Podstawą zawarcia umowy był przetarg nieograniczony o wartości zamówienia poniżej progów ustalonych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych i nie przekraczającej wyrażonej w złotych równowartości 5.000.000 euro. Przedmiot umowy miał zostać wykonany z materiałów dostarczonych przez wykonawcę.

Termin rozpoczęcia robót będących przedmiotem umowy został ustalony na 9 listopada 2012 r., a termin zakończenia robót ustalono na 15 grudnia 2012 r. Termin sporządzenia i przekazania zamawiającemu kolaudacji powykonawczej

wraz z inwentaryzacją geodezyjną powykonawczą (również w wersji numerycznej) miał nastąpić najpóźniej w dniu odbioru końcowego.

Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy zostało ustalone jako wynagrodzenie ryczałtowe zgodnie z ofertą wykonawcy na kwotę cena umowna netto 978.673 zł (podatek VAT 23 % - 225.094,79 zł), a brutto 1.203.767,79 zł. Dopuszczono zmianę ceny umownej przedmiotu zamówienia w przypadku urzędowej zmiany stawki podatku VAT. Wykazana przez wykonawcę w ofercie cena umowna netto miała obowiązywać w okresie trwania umowy i nie podlegać zmianom, przy czym uwzględniała wszystkie koszty jakie wykonawca miał ponosić z tytułu realizacji przedmiotu umowy.

Wynagrodzenie wykonawcy miało być rozliczane na podstawie faktury VAT wystawionej przez wykonawcę (zgodnej z potwierdzonym przez inspektora nadzoru i zatwierdzonym przez zamawiającego protokołem odbioru robót). Rozliczenie końcowe za wykonanie przedmiotu umowy miało nastąpić na podstawie faktury VAT wystawionej przez wykonawcę w oparciu o protokół odbioru końcowego przedmiotu umowy, zatwierdzony przez zamawiającego. Zamawiający miał obowiązek zapłaty faktury w terminie do 14 dni licząc od daty jej doręczenia zamawiającemu.

W § 12 umowy wykonawca zobowiązał się zapłacić zamawiającemu kary umowne m. in.: za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 10.000 zł za każdy dzień opóźnienia zgodnie z § 3 pkt 2, za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym, odbiorze pogwarancyjnym lub odbiorze w okresie rękojmi - w wysokości 10.000 zł za każdy dzień opóźnienia, liczony od upływu terminu wyznaczonego zgodnie z postanowieniami § 15 ust. 12 na usunięcie wad.

Integralnymi składnikami umowy były: zawiadomienie o udzieleniu zamówienia, oferta przedłożona przez wykonawcę w postępowaniu, SIWZ i Opis Przedmiotu Zamówienia, który stanowiła dokumentacja projektowa oraz Ogólne i Szczegółowe Specyfikacje (...).

W szczególnie uzasadnionych przypadkach dopuszczalna była zmiana sposobu spełnienia świadczenia przed zawarciem umowy na skutek okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty lub zmiany te były korzystne dla zamawiającego, a wykonawca wyraziłby na nią zgodę. Zmiany sposobu spełnienia świadczenia nie mogły dotyczyć zobowiązań wykonawcy zawartych w ofercie, które były oceniane w toku postępowania. Zakazano zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynikała okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te były korzystne dla zamawiającego.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia dla tej inwestycji przewidywała możliwość zmiany umowy w stosunku do złożonej oferty m. in w stosunku do terminu realizacji umowy z uwagi np. na zmiany spowodowane warunkami atmosferycznymi (w szczególności warunki atmosferyczne uniemożliwiające prowadzenie robót, w tym temperatura powietrza poniżej 0 °C, czy gwałtowne opady deszczu), zmiany spowodowane warunkami geologicznymi (w szczególności odmienne od przyjętych w dokumentacji projektowej warunki geologiczne np. kategorie grunty, głazy itp., czy odmienne od przyjętych w dokumentacji projektowej warunki terenowe np. istnienie podziemnych sieci, instalacji, urządzeń lub nie zinwentaryzowanych obiektów budowlanych itp.). Te postanowienia stanowiły katalog zmian, na które zamawiający mógł wyrazić zgodę, ale nie stanowiły jednocześnie zobowiązania do wyrażenia zgody.

Ponadto we wskazanej specyfikacji określono, że po robotach budowlano - montażowych teren należało doprowadzić do stanu jak przed robotami, w tym odtworzyć nawierzchnię dróg, chodników i podjazdów.

Kryterium przetargowe stanowiły cena i terminu wykonania umowy ten ostatni był dla Zakładu jako zamawiającego niezwykle istotny, gdyż na wykonanie inwestycji pozyskano pieniądze z Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska, które musiały być wydane do końca roku. Ustalony umowie, zgodnie z ofertą B. D., termin wykonania robót, nie był terminem zbyt krótkim, który uniemożliwiałby ich wykonanie. Na pięć złożonych w postępowaniu

przetargowym ofert, oferta B. D. w zakresie kryterium „termin wykonania” zajęła dopiero czwarte miejsce z terminem 36 dni - pozostali wykonawcy oferowali terminy 22 dni, 30 dni, 33 dni oraz 40 dni.

Na etapie postępowania przetargowego B. D. wystąpiła pismem z 15 października 2012 r. z m. in. pytaniem: „w związku z faktem, iż jednym z kryteriów oceny ofert jest termin wykonania robót oraz krótkim terminem zakończenia robót (17.12.2012 r.) prosimy o orientacyjne wskazanie terminu przekazania placu budowy. Zwracamy uwagę, iż w zależności od tej daty faktyczny termin na wykonanie przedmiotu zamówienia waha się pomiędzy 14 a 38 dni, co stanowi znaczącą różnicę”. W odpowiedzi Zakład poinformował, iż plac budowy zostanie przekazany niezwłocznie, tj. najpóźniej trzeciego dnia po dniu ważnego zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu.

Plac budowy został przekazany B. D. 9 listopada 2012 r., po czym zostało przygotowane zaplecze, uzyskano podłączenie prądu i składane były wnioski materiałowe.

B. D. prowadziła prace budowlane tylko na połowie jezdni (jeden pas ruchu) - decyzja z 5 listopada 2012 r. nie została jej doręczona przy zawarciu umowy (w tym dniu nie była jeszcze ostateczna), a dowiedziała się o tej decyzji przypadkiem, dopiero w trakcie wykonywania robót budowlanych. Przy ubieganiu się o udzielenie zamówienia i przy zawarciu umowy B. D. zapoznała się z decyzją z 26 maja 2008 r., która nakazywała przywrócić do stanu pierwotnego istniejące nawierzchnie dróg i chodników.

B. D. składała do Zakładu następujące wnioski o zatwierdzenie materiałów: studnie kanalizacyjne (...) Tornado z uszczelką bentonitową - wniosek złożony 12 listopada 2012 r. (ponownie złożony 14 listopada 2012 r.), a 14 listopada 2012 r. podpisany przez kierownika działu inwestycji i zamówień publicznych (zatwierdzony przez zamawiającego 15 grudnia 2012 r.), rury z polipropylenu - wniosek złożony 12 listopada 2012 r., a zatwierdzony przez zamawiającego 15 listopada 2012 r., właz kanałowy P. P.-TOP L - wniosek złożony 13 listopada 2012 r., a zatwierdzony przez zamawiającego 15 listopada 2012 r., mieszanki kruszywa naturalnego - wnioski złożone 21 listopada 2012 r., a zatwierdzone przez zamawiającego 26 listopada 2012 r.

Zatwierdzenie wniosków materiałowych pozwalało wykonawcy na dokonanie zamówień niezbędnych materiałów do wykonania prac, przy czym konieczne było jeszcze oczekiwanie na dostarczenie zamówionych rzeczy przez producenta (np. krawężniki, czy studnie były dostarczane w ciągu 2-4 tygodni). W protokole z rady budowy nr 1 z 26 listopada 2012 r. zawarto zapis, że „procedury zatwierdzeń są realizowane bez zbędnej zwłoki w sposób umożliwiający wykonawcy zachowanie ciągłości robót”, do czego B. D. nie wniosła uwag. W żadnym z protokołów z rady budowy nie stwierdzono opóźnień związanych z zatwierdzeniem wniosków materiałowych. Konieczne było również zatwierdzenie czasowej organizacji ruchu na czas prac budowlanych w ciągu ul. (...) w T. - B. D. przedstawiła stosowny wniosek 14 listopada 2012 r. i tego samego dnia Komendant Powiatowy (...) w T. zaopiniował go pozytywnie, po czym 16 listopada 2012 r. stosownego uzgodnienia dokonał Zakład Usług (...) Zarząd Dróg.

W dniu 22 listopada 2012 r. dyrektor Zakładu Usług (...) z upoważnienia Prezydenta Miasta T. po rozpatrzeniu wniosku B. D. z tego samego dnia zezwolił na zajęcie pasa drogowego ul. (...) w celu wykonania kolektora kanalizacji sanitarnej - etap V, przy czym wskazano, że nawierzchnie pasa drogowego należy przywrócić do stanu pierwotnego.

B. D. rozpoczęła prace 19 listopada 2012 r. Zakład wyznaczył B. D. termin na rozpoczęcie prac na 20 listopada 2012 r., a jeszcze 19 listopada 2012 r. wykonywane były prace przez geodetę. Do 26 listopada 2012 r. wykonywane były prace rozbiórkowe. Na kolejnych radach budowy przedstawiciele Zakładu stwierdzali opóźnienia w realizacji robót, jednocześnie każdorazowo wskazując, że kolejne aktualizacje harmonogramu robót nie zmieniają warunków kontraktowych w zakresie terminowym i rzeczowym. Zwracano też wykonawcy uwagę, że ilość brygad pracujących na budowie nie była zgodna z harmonogramem przedstawionym przez B. D. - początkowo pracowały 2 brygady, a od 26 listopada 2012 r. 4 brygady, po czym po 11 grudnia 2012 r. nawet 7 brygad (przy robotach liniowych). Od 28 do 29 listopada 2012 r. ciągłe opady uniemożliwiły prowadzenie prac ziemnych. Z kolei od 7 do 9 grudnia 2012 r. ze względu na niskie temperatury prowadzone były tylko prace porządkowe (od 3 do 12 grudnia 2012 r. były temperatury ujemne - w ciągu dnia średnio rzędu -2 —5 °C). Przy ujemnych temperaturach nie można było układać rur PCV, choć było to robione - rury były ogrzewane w kanałach (utrudnione było zasypywanie rur - materiał do zasypywania rur musiał być

sypki i nie mógł być używany zbrzyłowany materiał z wykopu, który mógłby uszkodzić rurę, jak również uniemożliwił uzyskanie odpowiedniego stopnia zagęszczenia gruntu).

W trakcie wykonywania prac stwierdzono istnienie w podbudowie drogi zbrojonych płyt betonowych o grubości 15-20 cm (na całej długości jezdni asfaltowej) oraz monolitycznej płyty betonowej o grubości 40 cm - płyty były popękane i częściowo zbrojone, co wymagało ich kruszenia i nie można ich było wbudować drugi raz, a w dokumentacji projektowej i SIWZ nie było informacji o takiej strukturze podbudowy. Ich istnienie powodowało duże trudności w rozbieraniu nawierzchni i zwalniało tempo prac, gdyż zajmowało to czas pracy jednej brygady na około 1 tydzień (faktycznie wykonywane to było stopniowo do 10 grudnia 2012 r.). Zamawiający i inspektor nadzoru wyrazili zgodę na pozostawienie istniejących płyt betonowych jako podbudowy pod odtwarzaną nawierzchnią asfaltową pod warunkiem, że płyty nie będą popękane i uszkodzone oraz pod płytami będzie grunt rodzimy - docinana w takiej sytuacji mogła być tylko istniejąca nawierzchnia asfaltowa

Na początku grudnia 2012 r. na odcinku od studni nr 25 do studni nr 14 stwierdzono występowanie innych rzędnych terenu niż wskazane w projekcie budowlanym (na 4-5 odcinkach rzędne były wyżej o 0,6 -lm niż w projekcie), co spowodowało konieczność wykonania dodatkowych wykopów i usunięcia gruntu - wykop musiał być głębszy (wymagało kilka dodatkowych dni pracy), a dopiero pomiary geodezyjne umożliwiły sprawdzenie tego.

Ponadto w trakcie wykonywania robót B. D. napotkała 7 grudnia 2012 r. na niezinventaryzowaną kolizję z kanalizacją deszczową, która wywołała konieczność wybudowania dodatkowej komory murowanej z przykryciem płytą żelbetową, co wymagało uzgodnień z właścicielami kanalizacji deszczowej i właścicielami nieruchomości przy ul. (...). Z powodu tej kolizji prace na tym odcinku wstrzymano do czasu podania rozwiązania - wpisem w dzienniku budowy z 10 grudnia 2012 r. inspektor nadzoru wskazał sposób rozwiązania istniejącej kolizji, ale nie został wówczas przekazany rysunek konstrukcyjny sporządzony przez projektanta. Projekt komory Zakład przekazał B. D. 10 grudnia 2012 r., ale dostarczona dokumentacja była niekompletna i wymagała uzupełnienia w zakresie konstrukcji płyty najazdowej (rozrysowania zbrojenia płyty na komorze) - ostatecznie dopiero 7 stycznia 2013 r. przedstawiono tę dokumentację, przy czym samo przygotowanie płyty wymagało około tygodnia czasu (nie można było kupić gotowej).

Pismem z 12 grudnia 2012 r. B. D. w związku ze stwierdzoną kolizją kanalizacji sanitarnej z kanalizacją deszczową zwróciła się o przesunięcie realizacji umowy do 20 stycznia 2013 r. oraz przekazanie wykonawcy uzgodnionych rozwiązań projektowych umożliwiających prawidłowe ukończenie przedmiotu zamówienia (wskazując na konieczność uzgodnionych rozwiązań projektowych z właścicielami kanalizacji deszczowej i ulicy (...)), jak również opóźnienie spowodowane warunkami pogodowymi i stwierdzone występowanie w terenie innych rzędnych niż wskazane w projekcie (konieczność dokonania robót dodatkowych, pogłębienie wykopów i usunięcie dodatkowego gruzu).

Prezes zarządu Zakładu wskazywał wykonawcy, aby w temperaturach ujemnych nie była wykonywana warstwa wierzchnia asfaltu. W przedmiarach inwestorskich założono ułożenie około 16 mb krawężnika, a Zakład wymagał odtworzenia 400 mb. W dniu 13 grudnia 2012 r. Zakład zwrócił się do B. D. o podanie ceny jednostkowej krawężnika, po czym w piśmie z 14 grudnia 2012 r. uznał konieczność przeprowadzenia robót dodatkowych i sporządzenia protokołu konieczności. Zakład następnie kupił u B. D. 394 sztuki krawężnika betonowego o wymiarach 15 na 30 cm na cenę jednostkową 15,04 zł/sztuka.

W odpowiedzi na propozycję B. D. odnośnie zmiany terminu zakończenia wykonania umowy Zakład odmówił w piśmie z 15 stycznia 2013 r., przy czym wskazał, iż zaistniałe wady dokumentacji nie miały wpływu na wydłużenie terminu, gdyż wykonawca mógł wykonywać inne czynności.

B. D. zakończyła budowę 8 stycznia 2013 r., o czym zawiadomiła pismem z tego dnia Zakład i dokonano stosownego wpisu w dzienniku budowy. Sporządzono wówczas również protokół w sprawie odbudowy zajmowanego terenu pasa drogowego po wykonaniu budowy kanalizacji sanitarnej DN 400 mm na ul. (...) w T. na odcinku od budynku nr (...) do granicy miasta w miejscowości Ś..

W dniu 21 stycznia 2013 r. zostało sporządzone świadectwo przejęcia (protokół odbioru końcowego) przez komisję z udziałem przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy, inspektora nadzoru inwestorskiego oraz przedstawicieli użytkownika ((...) w T.). Komisja postanowiła odebrać przedstawione jej roboty z zastrzeżeniem wykonania przez wykonawcy zaleceń i decyzji organów nadzoru budowlanego. Wskazano w szczególności, że w nawiązaniu do protokołu odbioru zajmowanego pasa drogowego z 8 stycznia 2013 r. wykonawca w terminie do 17 maja 2013 r. wykona poprawy odebranej warunkowo nawierzchni drogowej i dostarczy do zamawiającego ostateczny odbiór zajmowanego pasa drogowego, przy czym wykonawca oświadczył, że nie zgadzał się z zapisem w pkt 3 protokołu odbioru zajmowanego pasa drogowego i poinformował, że nie wykona robót odtworzenia chodnika zgodnie z tym zapisem. Nadto wykonawca wskazał, że podtrzymuje swoje stanowisko odnośnie przedłużenia terminu umownego robót, o które wnioskował pismem z 12 grudnia 2012 r.

Na skutek opóźnienia w wykonaniu prac Zakład nie poniósł szkody, gdyż kolektor, który miał być podłączony do sieci kanalizacyjnej od strony gminy wiejskiej nie był gotowy w momencie zakończenia prac. Ponadto Zakład uzyskał całość oczekiwanej pożyczki z Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska na sfinansowanie tej inwestycji.

W dniu 21 stycznia 2013 r. B. D. wystawiła dla Zakładu fakturę VAT nr (...) na kwotę 1.203.767,79 zł brutto za kompleksowe wyposażenie w kanalizację sanitarną Miasta T. - budowę kolektora sanitarnego A2 - etap V, z terminem płatności 14 dni od daty otrzymania faktury. Zakład zapłacił B. D. kwotę 943.767,79 zł, odmawiając zapłaty kwoty 260.000 zł. Na tą kwotę składała się kwota 240.000 zł potrącona tytułem kary umownej naliczonej zgodnie z § 12 ust. 1 pkt a umowy (za opóźnienie w terminie zakończenia robót) oraz kwota 20.000 zł stanowiąca zabezpieczenie odtworzenia nawierzchni. B. D. poprawiła część prac związanych z nawierzchnią do maja 2013 r. - w czasie zimy jej pracownicy dosypali tłuczeń, a w kwietniu poprawiono płytki i część narożników ul. (...), na której były wykonywane prace.

Zakład 10 czerwca 2013 r. zlecił wykonawstwo zastępcze (...) spółce z o. o. w R. w zakresie odbudowania nawierzchni chodnika w ul. (...) (prawa strona) na odcinku od budynku nr (...) do skrzyżowania z ul. (...) (nowa nawierzchnia z kostki polbruk), odbudowanie nawierzchni gruntowo - tłuczniowej w ul. (...) do granic miasta, odtworzenie zasypanego chodnika oraz naprawy nawierzchni tłuczniowej zniszczonej przez najeżdżanie ciężkiego sprzętu podczas prowadzenia robót na odcinku ul. (...) wzdłuż posesji G. 55 za kwotę 46.147,51 zł brutto, z terminem wykonania do 28 czerwca 2013 r., wskazując B. D., że koszt ten zostanie pokryty z zatrzymanej kwoty 20.000 zł i z zabezpieczenia należytego wykonania robót.

Pismem z 10 lipca 2013 r. B. D. wezwała Zakład do dobrowolnej zapłaty, ale nie przyniosło to rezultatu.

Pismem z 13 stycznia 2014 r. Zakład cofnął notę księgową nr (...) z 10 lipca 2013 r. na kwotę 46.147,51 zł i wezwanie do zapłaty z 12 lipca 2013 r. na tą kwotę, wzywając jednocześnie B. D. do zapłaty kwoty 380.000 zł z tytułu naliczonych kar umownych za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym, potwierdzonych protokołem z 8 stycznia 2013 r. oraz protokołem końcowym z 21 stycznia 2013 r., w których dokonano odbioru robót pod warunkiem ich usunięcia w terminie do 17 maja 2013 r. Kwota ta została ustalona jako iloczyn dni opóźnienia od 18 maja 2013 r. do dnia poprzedzającego zgłoszenie wykonania robót w trybie wykonania zastępczego, które nastąpiło 25 czerwca 2013 r. (38 dni) oraz kwoty 10.000 zł za każdy dzień opóźnienia.

Okoliczności faktyczne w istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy kwestiach Sąd ustalił przede wszystkim na podstawie przedstawionych przez strony dokumentów, których prawdziwość nie budziła większych wątpliwości, gdyż nie były przedmiotem zarzutów stron, jak również nie ujawniły się inne okoliczności, które uzasadniałyby uznanie, że wynikające z nich fakty pozostawały niezgodne z prawdą. Sąd Okręgowy ocenił wiarygodność poszczególnych dowodów, szczegółowo określając, w jakim zakresie dał im wiarę.

Sąd I instancji wskazał, iż istota sporu między stronami sprowadzała się do ustalenia w pierwszym rzędzie, czy pozwana była uprawniona do naliczenia kar umownych, przy czym konieczna była ocena czy kary te przysługiwały jej za sam fakt opóźnienia pozwanej w wykonaniu prac (niezależnie od przyczyn), czy za opóźnienie zawinione.

Wskazać przy tym należało, iż treść § 12 ust. 1 a umowy stron nie pozostawiała wątpliwości, iż strony zastrzegły karę umowną w wysokości 10.000 zł za każdy dzień opóźnienia. Podkreślenia wymagało również wskazanie, że umowa była zawierana w wyniku postępowania przetargowego prowadzonego na podstawie ustawy o zamówieniach publicznych, co w istotnym stopniu ograniczało możliwość ustalenia zgodnego zamiaru i woli stron umowy - projekt umowy stanowił bowiem załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i jej istotne postanowienia (w tym dotyczące przyczyn uzasadniających naliczenie kar umownych) nie podlegały negocjacom między stronami. Nie było przy tym również podstaw, aby przy zastosowaniu zasad wykładni wskazanych w art. 65 k.c. przyjmować, iż intencją pozwanej, na którymkolwiek etapie postępowania przetargowego, zawarcia umowy lub jej wykonania, było zastrzeżenie kar umownych w przypadku nieterminowości wykonania umowy, czy usunięcia wad wykonanych robót na wypadek zwłoki powódki. Wzór umowy, stanowiący załącznik do SIWZ, pozostał przez cały okres postępowania przetargowego niezmienny i od początku zawierał postanowienie o przyjęciu przez wykonawcę, któremu udzielone zostanie zamówienie, obowiązku zapłaty kar umownych w przypadku opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy. Fakt, iż strony umowy używając takiego zwrotu nie miały na myśli „zwłoki” znajdował przy tym również odzwierciedlenie w zeznaniach powódki B. D., która wskazywała, iż pod pojęciem opóźnienia rozumiała „niedotrzymanie terminu”, a więc zdarzenie niezależne od przyczyn takiego stanu rzeczy, wskazując przy tym na kalkulowane przez siebie ryzyko gospodarcze w tym zakresie i oczekując w przypadku niezawinionego przez siebie opóźnienia aneksowania umowy przez wydłużenie terminu jej trwania Niewątpliwie obie strony sporu jako podmioty profesjonalne, działające na rynku od wielu lat (powódka prowadziła swoją działalność od 23 lat) potrafiła odróżnić przyczyny opóźnienia, a tym samym można było zasadnie zakładać, że powódka przyjęła na siebie odpowiedzialność obiektywną za niewykonanie zobowiązania wskutek okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi. Pozwana wprost wskazywała na taką intencję po swojej stronie i brak było podstaw do przyjęcia, przy zastosowaniu reguły wyrażonej w art. 65 § 2 k.c., aby zgodny zamiar stron i cel umowy był inny, niż wynikała to z brzemienia umowy. Okoliczność ta w sposób wyraźny znajdowała również odzwierciedlenie na etapie postępowania przetargowego, gdzie ustalono jako kryterium przetargowe ceną i termin wykonania umowy, co wskazywało, że termin ten był dla pozwanej jako zamawiającego niezwykle istotny. Niewątpliwie nie był to termin zbyt krótki, który uniemożliwiałby, przy dołożeniu należytej staranności ze strony powódki, wykonywanie prac, na co wskazywał fakt, iż inni przedsiębiorcy biorący udział w przetargu oferowali krótsze terminy, co wskazywało, że termin zaoferowany przez powódkę był realny do dotrzymania z powodów technologicznych i typowych przyczyn zewnętrznych. W żadnej mierze nie pozwalały na odmienne ustalenia postanowienia zamieszczone w części I rozdział 21 pkt 4 ppkt 1 SIWZ, które przewidywały szereg okoliczności, wskutek których nie było możliwe dotrzymanie pierwotnego terminu wykonania umowy i konieczna była jej zmiana. Okoliczności te niewątpliwie stanowiły przypadki zdarzeń niezależnych od wykonawcy robót, które mogły wywołać opóźnienie ale pozwany w treści SIWZ dopuściła jedynie zmianę umowy w przypadku wystąpienia takich okoliczności - nie dawały te postanowienia podstaw do żądania zmiany umowy, czego powódka miała również świadomość, gdyż nie podjęła stosownych działań przez wystąpienie z żądaniem opartym na treści art. 357¹ k.c.

Dopuszczalność rozszerzenia odpowiedzialności umownej powódki znajdowała przy tym oparcie w treści art. 473 § 1 k.c. Nie było to przy tym: kara umowna w znaczeniu wskazanym ściśle w treści art. 483 § 1 k.c. sposób wyraźny przepis ten odnosił się bowiem do naprawienia szkód wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, przez co nawiązywał do zasad odpowiedzialności wynikających z art. 471 k. Natomiast jeżeli strony w umowie uzależniłyby zapłatę oznaczonej sumy; pieniężnej od samego niespełnienia lub nienależytego spełnienia świadczenia, bez względu na to, czy dłużnik jest odpowiedzialny za taki stan rzeczy, to ustanowiły klauzulę gwarancyjną, a nie karę umowną, przy czym w praktyce tego rodzaju zastrzeżenia określone są jako kary umowne, ale o jej charakterze rozstrzyga jej treść, a nie nazwa klauzuli. W rezultacie pozbawione znaczenia były uwagi powódki, iż 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 odpowiedzialność, gdyż regulacja ta znajdowała zastosowanie w przedmiotowej sprawie.

W konsekwencji powódka nie mogła skutecznie podnosić zarzutu, że opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy powstało na skutek okoliczności, za które powódka nie ponosiła odpowiedzialności, skoro roszczenie o zapłatę kary umownej powstało w tym przypadku za sam fakt opóźnienia bez względu na przyczynę. Zbędne było tym

samym rozstrzygnięciu o winie lub braku winy powódki w niespełnieniu świadczenia w terminie. Skutkowało to również oddaleniem wniosku dowodowego powódki o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność tego, że uchybienie przez powódkę terminowi wykonania umowy nastąpiło z przyczyn od niej niezależnych, niezależnie od wadliwości sformułowanej tezy do biegłego (co także stanowiło podstawę oddalenia tego wniosku - biegły nie był uprawniony do wypowiedzania się w kwestiach ocen prawnych, a do tego zmierzała sformułowana przez powódkę teza dowodowa).

Niezależnie od tego należało wskazać, iż okoliczności przedstawione przez powódkę jako uzasadniające uznanie zawinionego opóźnienia pozwanej

jedynie częściowo były usprawiedliwione.

Powódka wskazywała, iż procedura zatwierdzania wniosków materiałowych przez pozwaną zakończyła się dopiero 26 listopada 2012 r., a w konsekwencji dopiero po ich zatwierdzeniu mogła nabyć stosowne materiały. Rzecz jednak w tym, iż ostatnia data dotyczyła wniosków złożonych przez powódkę 21 listopada 2012 r. (dwóch mieszanek kruszywa naturalnego), czyli 15 dni po zawarciu umowy, a nie było żadnych przeszkód ze strony powódki, aby te i wcześniejsze wnioski złożyć dużo wcześniej. Pozwana przy tym generalnie zatwierdzała wnioski materiałowe po 1 - 2 dniach, a jedynie w przypadku dwóch ostatnich wniosków czas trwania tego zatwierdzenia wyniósł 5 dni, przy czym w czasie trwania prac powódka nie zgłaszała z tego tytułu żadnych zastrzeżeń (w sposób wyraźny wynikało to z treści protokołu z rady budowy nr 1 z 26 listopada 2012 r.), co - jak należy przypuszczać - było wynikiem tego, iż ostatnie z zamówionych materiałów miały być wykorzystywane do prac wykończeniowych (zasypywania wykopów lub wyrównywania drogi) i nie wpływał w żaden sposób na terminowość wykonania jej prac.

Z kolei konieczność uzyskania przez powódkę zatwierdzenia czasowej organizacji ruchu, co nastąpiło 16 listopada 2012 r., wynikała z postanowień SIWZ, w których wskazano, że przed rozpoczęciem robót budowlanych wykonawca uzyska zezwolenie na zajęcie pasa drogowego, a ten obowiązek powódki w zakresie opracowania na własny koszt projektu organizacji ruchu zgodnego z obowiązującymi przepisami i uzyskanie wymaganych prawem uzgodnień wynikał także z postanowienia § 7 ust. 2 lit. n umowy stron. Tym samym powódka na etapie opracowywania oferty miała świadomość konieczności uzyskania takiego zatwierdzenia, jak również miał wiedzę o tym, jak wygląda procedura uzyskania zatwierdzenia czasowej organizacji ruchu i jak należy oszacować prawidłowo termin realizacji biorąc pod uwagę konieczność przeprowadzenia takiej procedury i uzyskania decyzji zatwierdzającej projekt czasowej organizacji ruchu. Powódka tymczasem wystąpiła o uzgodnienie i zatwierdzenie czasowej organizacji ruchu dopiero 14 listopada 2012 r. (8 dni po zawarciu umowy), a nie było przeszkód, aby obowiązek ten spełnić w dniu zawarcia umowy.

Zasadnicze wątpliwości budziło również wskazanie przez powódkę, iż warunki pogodowe w okresie od 28 do 30 listopada 2012 r. oraz od 3 do 12 grudnia 2012 r. uniemożliwiały prowadzenie robót. Przede wszystkim bowiem z treści dziennika budowy wynikało, iż prace zostały przerwane jedynie na dwa, a nie trzy dni (28 - 29 listopada 2012 r., gdy opady były zbyt duże), a w kolejnym wskazywanym przez nią okresie - niezależnie od tego czy niskie temperatury utrudniały lub uniemożliwiały wykonywanie prac - prace były kontynuowane (w szczególności zgłaszano ich odbiór, a jedynie 7 grudnia 2012 r. w dzienniku budowy został zamieszczony wpis kierownika budowy odnośnie prowadzenia tylko prac porządkowych z uwagi na niskie temperatury, przy czym wstrzymanie pozostałych prac było wynikiem napotkania przez pracowników powódki kolizji z kanalizacją deszczową, a prace kontynuowano od 10 grudnia 2012 r. po przedstawieniu sposobu rozwiązania tej kolizji przez inspektora nadzoru). W tej sytuacji - niezależnie od wiarygodności wydruków „9 dziennych wykresów pogodowych” (ich wiarygodność była wątpliwa o tyle, że wykresy te nie dawały podstaw do przyjęcia, że dotyczyły T.; nie zawierały opisu, który umożliwiłby identyfikację autora wykresów, daty, miejsca pomiarów czy sposobu pomiarów), znajdujących potwierdzenie w złożonej przez pozwaną analizie sporządzonej przez Agencję (...) - kwestia przeszkód wynikających z uwagi na warunki pogodowe dotyczyła faktycznie tych dwóch dni w listopadzie. Podkreślenia przy tym również wymagało to, że powódka złożyła swoją ofertę 26 października 2012 r., a zadeklarowała termin zakończenia wszystkich robót budowlanych na 15 grudnia 2012 r. - tym samym niewątpliwie miała świadomość, w jakim okresie będzie realizować roboty i przyjęła na siebie ryzyko wystąpienia niekorzystnych warunków pogodowych, które mogą zakłócić proces realizacji i powinna

kalkulować związane z tym ryzyko (wskazane przez powódkę warunki pogodowe o tej porze roku nie stanowiły bowiem zjawisk niespotykanych lub nieoczekiwanych, których nie można było przewidzieć). Istotne pozostawało jednak również to, że powódka rozpoczęła prace dopiero 19 listopada (10 dni po dacie przekazania placu budowy), choć wcześniej warunki pogodowe były sprzyjające.

Istotne znaczenie dla przyczyn opóźnienia powódki, których nie można było zakwalifikować jako zawinione przez nią, był fakt, że w dokumentacji projektowej nie przewidziano, że w podbudowie drogi, którą należy odtworzyć i ułożyć na niej nawierzchnię asfaltową, znajdują się zbrojone płyty betonowe o grubości 15-20 cm oraz monolityczna płyta betonowa o grubości 40 cm, a także stwierdzono występowanie innych rzędnych terenu niż wskazane w projekcie budowlanym, co spowodowało konieczność wykonania dodatkowych wykopów i usunięcia gruntu. Ponadto w trakcie wykonywania robót powódka napotkała na niezainwentaryzowaną kolizję z kanalizacją deszczową, która wywołała konieczność wybudowania dodatkowej komory murowanej z przykryciem płytą żelbetową. Bez istotnego znaczenia było to, że powódka w trakcie rad budowy, nie zgłaszała konkretnych roszczeń w związku z tymi okolicznościami. O ile można uznać, że takie przypadki są naturalne w trakcie wykonywania robót i podobne problemy mieli wykonawcy realizujący poprzednie etapy projektu, to konieczność wykonania w związku z tym prac dodatkowych - wydłużających czas wykonania umowy - nie można uznać za zależne od powódki i oczekiwać, że kalkulując ofertę powinna przewidzieć możliwość wystąpienia takich okoliczności. Stwierdzone w stosunku do dokumentacji projektowej zmiany w terenie miały niewątpliwie wpływ na terminowość wykonania umowy, a niczego nie zmieniał w tym zakresie fakt, że w zakresie odkrycia płyt betonowych w podbudowie pozwana wyraziła zgodę na pozostawienie istniejących płyt betonowych jako podbudowy, skoro konieczne było ich kruszenie: (ewentualnie cięcie), po którym i tak nie nadawały do wykorzystania jako podbudowa drogi.

Nie mogła mieć natomiast znaczenia dla oceny zawinienia opóźnienia przez powódkę okoliczność, iż w przedmiarach inwestorskich założono ułożenie około 16 mb krawężnika, a pozwana wymagała odtworzenia 400 mb. Prace te zostały zakwalifikowane jako roboty dodatkowe, za które no wódka otrzymała uzgodnione wynagrodzenie. Tym samym nie było podstaw do twierdzenia, że wykonanie tych prac było przyczyną przedłużenia czasu trwania robót wynikających z umowy stron, gdyż powódka zobowiązując się wykonać roboty, które wykraczały poza zakres umowy podstawowej, powinna dostosować obsadę frontu robot lub zmienić harmonogram robót tak, aby zapewnić terminowość wykonania przedmiotu umowy i prac dodatkowych.

Podkreślenia natomiast wymagało to, że powódka z jednej strony rozpoczęła prace stosunkowo późno od momentu przejęcia placu budowy (po 10 dniach), a przy tym na placu budowy pracowały początkowo tylko dwie brygady, choć zgodnie z harmonogramem powinny być cztery, co również prowadziło do stwierdzenia opóźnienia w wykonaniu robót na kolejnych radach budowy. Okoliczności te niewątpliwie obciążały powódkę.

Kwestia zmiany terminu umowy była natomiast uzależniona od zgodnej woli obu stron, przy czym pozwana nie wyraziła zgody na dokonanie zmiany terminu wykonania umowy w oparciu o jej postanowienie § 22 ust. 4, zgodnie z którym zakazywało się zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba, że konieczność wprowadzenia takich zmian wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te były korzystne dla zamawiającego. Wątpliwie było czy wskazana wyżej część z przedstawionych przez powódkę okoliczności nie mieściła się w dyspozycji tego postanowienia umownego (w zakresie stwierdzonych błędów projektowych), ale wobec kryterium terminu wykonania umowy jako podstawy wyboru oferty w zamówieniu publicznym, zmiana tego terminu mogła być oceniana jako niezgodna z przepisami Prawa zamówień publicznych, w szczególności z art. 144 tej ustawy.

W ocenie Sądu Okręgowego nie było natomiast podstaw do uznania, iż naliczenie przez pozwaną kary umownej za uchybienie przez powódkę umownemu terminowi zakończenia robót budowlanych i potrącenie jej należnym powódce wynagrodzeniem za wykonane roboty budowlane pozostawało w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego i stanowił nadużycie prawa. Wątpliwa w ogóle była dopuszczalność uznania możliwość podniesienia takiego zarzutu przez powódkę - generalnie bowiem zarzutem art. 5 k.c. można się bronić przed dochodzonym roszczeniem, co przypadku powództwa głównego nie miało miejsca (wskazane przez powódkę orzeczenie Sądu Najwyższego dotyczyło

sytuacji odmiennej, gdy powód dochodził roszczenia o zapłatę kary umownej). Powódka również nie wskazała żadnej konkretnej zasady współżycia społecznego, która byłaby naruszona przez pozwaną, a tym samym jej ogólny zarzut w tym zakresie nie poddawał się weryfikacji pod kątem istnienia i naruszenia tego rodzaju zasady. Sam fakt, iż wystąpiły niezawinione przez powódkę okoliczności, które częściowo były zawinione przez pozwaną, a które w ocenie powódki powinny spowodować zmianę umowy w zakresie terminu jej zakończenia, nie pozwalał w szczególności na uznanie istnienia lojalności i uczciwości w obrocie gospodarczym.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy występowały natomiast przesłanki do miarkowania kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. Zobowiązanie zostało bowiem wykonane przez powódkę w całości, choć opóźnienie nie mogło być oceniane jako stosunkowo niewielkie (sięgało bowiem 65 % całego czasu przewidzianego na wykonanie umowy). Wskutek opóźnienia powódki pozwana nie poniosła żadnej szkody, a z pewnością nie przedstawiła jakichkolwiek wiarygodnych twierdzeń w tym zakresie. Nadto w świetle okoliczności powodujących opóźnienie powódki - leżących częściowo po stronie pozwanej (wynikających z braków projektowych) - zastrzeżenie kary umownej w wysokości 10.000 zł za każdy dzień opóźnienia musiało być oceniane jako kara rażąco wygórowana, gdyż pozbawiało powódkę około 20 % przychodu z umowy, co stanowiło nadmierną dolegliwość. Nie oznaczało to możliwości zwolnienia powódki z całości tej kary umownej, gdyż kara umowna pełniła nie tylko funkcję kompensacyjną szkody, ale również funkcje gwarancyjne, które wysuwały się na pierwszy plan z uwagi na oderwanie w umowie stron odpowiedzialności powódki od jej zawinienia w opóźnieniu wykonania umowy, co nie pozbawiało w ocenie Sądu możliwości miarkowania wynikającego z tego obowiązku na takich samych zasadach jak dla typowej kary umownej. Uwzględniając wskazane wyżej okoliczności, jak i wielkość opóźnienia powódki z przyczyn leżących po jej stronie, należało w ocenie Sądu zmniejszyć wysokość należnej pozwanej od powódki kary umownej do kwoty odpowiadającej 50 % naliczonej wartości, przy czym w takiej też części jej wartość w sposób zbliżony odpowiadała równowartość opóźnienia zawinionego przez powódkę w wykonaniu prac (tj. 12 dni opóźnienia, co odpowiadało kwocie 120.000 zł, a wynikało przede wszystkim z opóźnionego rozpoczęcia przez nią prac budowlanych w stosunku do terminu przekazania jej placu budowy i opieszalności ich wykonywania na pierwszym etapie umowy (wynikającej z mniejszej ilości pracowników niż to wynikało z ustaleń stron), czego konsekwencją były dalsze zdarzenia wpływające na wielkość opóźnienia - poza zawinionymi przez pozwaną). W efekcie należna pozwanej od powódki kara umowna winna zamknąć się kwotą 120.000 zł i taką też wierzytelność pozwana mogła skutecznie przedstawić do potrącenia z wierzytelnością powódki z tytułu zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace doprowadzając do umorzenia części wierzytelności powódki z tego tytułu w kwocie 120.000 zł na podstawie przepisów art. 498 § 1 i 2 k.c.

Mając powyższe okoliczności na względzie należało na podstawie przepisu art. 647 k.c. (strony sporu łączyła umowa o roboty budowlane) zasądzić od pozwanej głównej na rzecz powódki głównej kwotę 140.000 zł, na którą składały się nieskutecznie potrącona wierzytelność z tytułu nienależnej części kary umownej w wysokości 120.000 zł i bezpodstawnie zatrzymana kwoty 20.000 zł, a w pozostałej części powództwo podlegało oddaleniu. O odsetkach za opóźnienie Sąd orzekł w myśl przepisu art. 481 § 1 k.c.

W zakresie powództwa głównego o kosztach procesu orzeczono na podstawie przepisu art. 100 k.p.c. stosując zasadę ich stosunkowego rozdzielenia.

Oдноśnie powództwa wzajemnego podlegało ono oddaleniu na podstawie przepisu art. 483 § 1 k.c. a contrario, a o związanych z nim kosztach procesu należało orzec na podstawie przepisu art. 98 § 1 k.p.c. Powódka wzajemna przegrała w tym zakresie sprawę w całości i była zobowiązana zwrócić pozwanej wzajemnej poniesione przez nią koszty

procesu, na które składało się wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 7.200 zł.

Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany zaskarżając go w zakresie punktu I co do kwoty 120.000 zł oraz co do kosztów postępowania określonych w punkcie III wyroku.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono naruszenie przepisów prawa materialnego polegające na błędnej interpretacji oraz niewłaściwym zastosowaniu przepisu art. 484 § 2 kc, poprzez uznanie przez Sąd, że w przedmiotowej sprawie wystąpiły przesłanki do miarkowania kary umownej oraz stwierdzeniu, że zastrzeżona w § 12 ust. 1 umowy łączącej

strony kara umowna za opóźnienie była rażąco wygórowana i w związku z tym powinna być zmniejszona do kwoty odpowiadającej 50% naliczonej wartości kary.

Wskazując na powyższe wniesiono o uchylenia zaskarżonego wyroku w części dotyczącej pkt. I i oddalenie powództwa co do kwoty 120.000 zł ewentualnie uchylenie wyroku w powyższym zakresie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz zasądzenie od strony powodowej na rzecz pozwanej kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w obu instancjach.

W uzasadnieniu obszernie odniesiono się do wspomnianego zarzutu.

W odpowiedzi na apelację strona powodowa wniosła o oddalenie apelacji oraz zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Zawarty w apelacji zarzut dotyczył błędnej interpretacji oraz niewłaściwego zastosowania przepisu art. 484 § 2 kc, poprzez uznanie, iż w sprawie wystąpiły przesłanki miarkowania kary.

Zgodnie z art. 484 § 1 i 2 kc w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. 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.

W orzecznictwie za ugruntowany uznać należy pogląd, iż jedynie na wniosek dłużnika sąd może miarkować karę umowną, zaś wniosek taki powinien być zgłoszony w sposób wyraźny, tym bardziej gdy dłużnik reprezentowany jest przez adwokata, (por. orz. Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 2003r., II CKN 240/01). Wbrew zawartym w apelacji zarzutom w piśmie z dnia 27 grudnia 2013r. (k. 203-206) powódka jednoznacznie wskazała, iż w sprawie zachodzą przesłanki do miarkowania kary umownej, określając jednocześnie podstawy do stosowania wspomnianej instytucji, takie jak wykonanie zobowiązania w całości, niewielki okres opóźnienia, brać szkody, jak również rażąco wygórowany jej wymiar (k. 206). Wspomniane okoliczności i umiejscowienie ich w realiach stanu faktycznego mniejszej sprawy pozwalają na stwierdzenie, iż wymóg złożenia skutecznego wniosku o miarkowanie kary został przez powódkę spełniony.

W n/n sprawie określając charakter regulacji wynikającej z § 12 umowy z dnia 6 listopada 2012r. Sąd Okręgowy zasadnie uznał, iż przyjął on formę klauzuli gwarancyjnej. Wskazania wymaga, że w granicach swobody kontraktowej (art. 353¹ k.c., art. 473 § 1k.c.) strony mogą umownie ukształtować zakres odpowiedzialności, kompensacji i rozkład ryzyka ponoszenia skutków niewykonania zobowiązania. Przepisy o karze umownej za niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zobowiązania niepieniężnego (art. 483 k.c.) mają charakter dyspozytywny. Od kary umownej odróżnić należy dopuszczalne zastrzeżenie o charakterze gwarancyjnym, nakładające obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania wskutek okoliczności, za które odpowiedzialności dłużnik nie ponosi. Z art. 471 k.c. wynika, iż dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody spowodowanej nie tylko jego zawinionym zachowaniem, ale także innymi okolicznościami. Przepis art. 473 k.c. zaś jednoznacznie pozwala na to, aby krąg okoliczności, o których mowa w art. 471 k.c. został przez ustawę lub umowę stron rozszerzony. Za dopuszczalną, na tle wspomnianych przepisów, uznać należy więc możliwość, iż odszkodowanie może przysługiwać wierzycielowi jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie będzie następstwem innych okoliczności, niż tylko zawinione zachowanie dłużnika. Nie ma też żadnych przeszkód, aby strony umówiły się, że odszkodowanie to przybierze, również i wtedy, postać kary umownej (por. orz. Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2003r., IV CKN 300/01, orz. Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010r., V ACa 267/10). Konsekwencją przyjęcia przez strony możliwości zastrzeżenia kary umownej w przypadku rozszerzenia

odpowiedzialności strony umowy na podstawie art. 473 k.c. jest prawo powoływania się przez nią także na instytucję miarkowania kary. Jedynie na marginesie stwierdzić należy, iż nawet, gdyby wspomnianego stanowiska nie podzielić, to podstawy złagodzenia konsekwencji wynikających z zastosowania art. 473 k.c. należałoby doszukiwać się w treści art. 5 k.c., przy czym podstawy jego stosowania byłyby przynajmniej analogiczne do przesłanek wynikających z zasady miarkowania kary umownej.

W art. 484 § 2 kc ustawodawca przewidział możliwość częściowego zwolnienia się od obowiązku zapłaty kary umownej, w sytuacji gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub kara umowna jest rażąco wygórowana. Zważywszy, iż miarkowanie kary umownej stanowi odstępstwo od zasady realnego wykonania zobowiązania (art. 354 § 1), wyliczenie zawarte w art. 484 § 2 należy uznać za wyczerpujące. Wymienione przesłanki są równorzędne i rozłączne. Wystąpienie jednej z nich umożliwia już sądową redukcję kary umownej. Zawarta w art. 484 § 2 kc norma prawna znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy w świetle oceny określonego stanu faktycznego można mówić o tym, że kara umowna w zastrzeżone wysokości jawić się będzie jako nieadekwatna (P. Drapała, glosa do wyroku SN z 23.03.2006, 17.12.2008, IV CSK 89/05). Ustawodawca jako przesłanką posługuje się niedookreślonym pojęciem "rażące wygórowanie kary", tym samym rezygnuje ze wskazania stanów faktycznych co do przesłanek uzasadniających miarkowanie kary umownej, pozostawiając ich ustalenie uznaniu sędziowskiemu na podstawie okoliczności konkretnej sprawy. W judykaturze przyjmuje się, że miarkowanie kary mogą uzasadniać między innymi: rażąca dysproporcja pomiędzy poniesioną szkodą w wysokości należnej kary umownej bądź brak szkody, czy wartość wykonanego z opóźnieniem zobowiązania do wysokości należnej kary umownej (por. wyroki Sądu Najwyższego z 11.10.2007, IV CSK 181/07, czy z 20.05. (...), 1 CR 229/80). Dopuszczalne jest też uwzględnianie stosunku między wysokością kary umownej a wartością wykonanego z opóźnieniem zobowiązania jako miernika oceny wysokości kary umownej (por. wyrok Sądu Najwyższego z 23.05.2013, IV CSK 644/12, czy z 13.02.2014, V CSK 45/13). Co więcej nie jest wykluczone uznanie dochodzenia roszczenia o zapłatę kary umownej za nadużycie prawa na podstawie art. 5 k.c. (por. wyrok SN z 15.10.2008, I CSK 126/08) orz. SA w S. z dnia 2 lipca 2015r., I ACa 408/ 15). Wskazać jednocześnie należy, że w razie rozszerzenia na podstawie art. 473 § 1 k.c. odpowiedzialności dłużnika z tytułu kary umownej (art. 483 § 1 k.c.), nie można przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika, jednak nie na skutek okoliczności za które odpowiedzialność ponosi inwestor (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 r., I CSK 748/ 12, wyrok SA w Lublinie z dnia 11 czerwca 2014 r., I A Ca 136/14).

W n/n sprawie poza sporem było, iż powódka wykonała prawidłowo całość prac wynikających z umowy z dnia 6 listopada 2012r. Nie budzi wątpliwości, iż częściowo ponosi ona odpowiedzialność za opóźnienie w ich wykonaniu, zaś jej wina polegała na zbyt późnym rozpoczęciu prac i zbyt opieszałym prowadzeniu ich na wstępnym etapie, opóźnieniu w składaniu wniosków o zatwierdzenie materiałów, czy zatwierdzenie czasowej organizacji ruchu. Część okoliczności wpływających na wydłużenie czasu trwania robót była od stron niezależna jak opady deszczu, czy odkrycie w podbudowie dróg: zbrojonych płyt betonowych, co wymagało ich kruszenia i jednocześnie zwolniło tempo prac. Bezsporne było jednocześnie, iż wydłużenie terminu oddania robót wywołane było także postępowaniem pozwanej, która przyjęła niewłaściwe rzędne, co spowodowało, iż zaszła potrzeba wykonanie, dodatkowych wykopów i usunięcia gruntu. Ponadto powódka napotkała niezinventaryzowaną kolizję z kanalizacją deszczową, która wywołała konieczność wybudowania dodatkowej komory murowanej z przykryciem płytą żelbetową. Powyższe czynności wymagały długotrwałych uzgodnień z właścicielami kanalizacji deszczowej i właścicielami nieruchomości przy ul. (...). Podkreślenia wymaga przy tym, iż inspektor nadzoru dopiero w dniu 10 grudnia 2012r. wskazał sposób rozwiązania istniejącej kolizji, jednak przekazana dokumentacja projektowa nie była kompletna i wymagała uzupełnienia, co nastąpiło dopiero w dniu 7 stycznia 2013r. Samo przygotowanie płyty najazdowej wymagało około tygodnia czasu, albowiem nie można było kupić gotowej.

Uwzględniając powyższe rozważania i ustalenia Sąd Apelacyjny stanął na stanowisku, iż w sprawie występowały przesłanki do miarkowania kary

Biorąc powyższe pod uwagę Sąd Apelacyjny na mocy art. 385 kpc oddalił apelację uznając, iż nie zasługuje ona na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 98 kpc w związku z § 6 pkt 6 i § 12 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. z 2013 r. poz. 461 oraz z 2015 r. poz. 616 i 1079) i obciążył nimi pozwaną, jako stronę przegrywającą postępowanie.