

Sygn. akt I ACa 705/16

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 marca 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Ewa Giezek
Sędziowie:	SA Małgorzata Idasiak-Grodzińska SO del. Rafał Szurka (spr.)
Protokolant:	sekretarz sądowy Agata Karczevska

po rozpoznaniu w dniu 8 marca 2017 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa A. J. i M. S.

przeciwko D. S.

o zapłatę

i z powództwa wzajemnego D. S.

przeciwko A. J. i M. S.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda – pozwanego wzajemnego A. J.

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 28 stycznia 2016 r. sygn. akt IX GC 375/13

1/ oddala apelację,

2/ zasądza od powoda – pozwanego wzajemnego A. J. na rzecz pozwanego – powoda wzajemnego D. S. kwotę 3.600 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt I ACa 705/16

## UZASADNIENIE

Powodowie, A. J. i M. S., wnieśli pozew przeciwko pozwanemu, D. S., w którym domagali się zasądzenia solidarnie kwoty 100.445,06 zł z odsetkami ustawowymi od 19 sierpnia 2012 r. do dnia zapłaty, oraz o zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. W uzasadnieniu pozwu powodowie

wskazywali, że z pozwanym łączyła ich umowa, której przedmiotem było wykonanie elewacji na (...) Centrum (...) w G., przy czym jego prace nie zostały zakończone w umówionym terminie do dnia 17 kwietnia 2012 r. Pismem z dnia 29 maja 2012 r. pozwany wezwał powodów do odbioru całości robót, wyznaczając termin odbioru na dzień 5 czerwca 2012 r. Pismo to powodowie otrzymali w przeddzień planowanego terminu odbioru, co naruszało postanowienia umowy łączącej strony. W dniu 12 czerwca 2012 r. strony spotkały się w celu sporządzenia protokołu zaawansowania zleconych pozwanemu prac i podpisania protokołów odbioru robót przez niego dotychczas wykonanych, przy czym czynności te zostały przerwane przez pozwanego, który domagał się spisania protokołów końcowych pozostałych prac, mimo faktycznego ich nie wykonania w całości, w celu rozliczenia się z wykonanych dotychczas prac. Pozwany w dniu 5 lipca 2012 r. wystawił fakturę za wykonane prace na podstawie sporządzonego przez siebie jednostronnego protokołu odbioru z dnia 5 czerwca 2012 r. W dniu 24 lipca 2012 r. powodowie i pozwany stawili się na terenie budowy, ale pozwany nie wyrażał woli współpracy i porozumienia się co do zakończenia prac i spisania protokołów odbiorów końcowych - w związku z tym powodowie jednostronnie spisali protokół odbioru prac wykonanych przez pozwanego. Następnie wezwali pozwanego do zapłaty kary umownej na podstawie umowy w wysokości 226.001,39 zł za 90 dni zwłoki, uwzględniając przestój powstały nie z winy pozwanego w okresie od dnia 14 marca 2012 r. do dnia 21 marca 2012 r., przy czym pozwem domagali się zapłaty kary umownej wyłącznie za 40 dni zwłoki pozwanego tj. za okres od dnia 18 kwietnia 2012 r. do dnia 5 czerwca 2012 r., uwzględniając przy tym tygodniowy przestój w okresie od 14 marca 2012 r. do 21 marca 2012 r. zaistniały nie z winy pozwanego, z uwagi na to, iż należna im wyższa kara byłaby niewspółmierna i rażąco wygórowana. Podstawa prawna żądania pozwu wynikała z art. 483 § 1 kc. i 484 § 1 kc.

Pozwany D. S. wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powodów kosztów procesu według norm przepisanych. Ponadto D. S. wniósł powództwo wzajemne o zasądzenie od pozwanych wzajemnych solidarnie kwoty 90.843 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 22 lipca 2012 r. i zasądzenie kosztów procesu według norm przepisanych. W uzasadnieniu swojego stanowiska pozwany w przypadku zasądzenia przez Sąd zgodnie z roszczeniem powodów podniósł zarzut potrącenia dochodzonych przez nich kwot o kwotę dochodzoną pozwem wzajemnym, na którą składała się kwota wynikająca z faktury VAT nr (...). Pozwany wskazał, iż rozpoczął współpracę z powodami na terenie budowy (...) Centrum (...) w G. już w listopadzie 2011 r., przy czym początkowo prace wykonywał na podstawie ustnej umowy. Już w styczniu powodowie spóźniali się z dostarczeniem materiałów, w lutym oraz marcu pozwany z powodu braku materiału nie był w stanie wykonać żadnych czynności wynikających z umowy. W następstwie problemów z dostawą materiałów budowlanych oraz z wypłatą wynagrodzenia za wykonaną pracę w marcu 2012 r. pozwany zamierzał zakończyć swoją współpracę z powodami, w związku z czym powodowie zobowiązali się do spłaty zaległych należności oraz zapewnienia w pisemnej umowie, że zapłacą pozwanemu do dnia 28 marca 2012 r. kwotę 45.000 zł. W marcu 2012 r. strony podpisały umowę nr (...) z datą na (...). Kierownik kontraktu z ramienia (...) S.A. M. J. wystąpił w marcu 2012 r. do pozwanego z propozycją, by ten zgodził się na wykonanie dodatkowych czynności na budowie. Po otrzymaniu zapewnienia, że powodowie uregulują wszystkie należności wynikłe z dodatkowego zlecenia pozwany zgodził się na wykonanie części elewacji ściany południowej. Pozwany zakończył prace w dniu 22 kwietnia 2012 r., a po tym terminie prowadził prace wykończeniowe w zakresie dodatkowych czynności, na które zgodził się za namową M. J.. Pozostałe do zrobienia wykończenia i obróbki okien były opóźnione z powodu braku materiału, który miał być dostarczony przez powodów. Pismem z dnia 29 maja 2012 r. pozwany wezwał powodów do odbioru końcowego robót, a w związku z brakiem ich stawiennictwa 5 czerwca 2012 r. przystąpił do jednostronnego odbioru końcowego inwestycji. W związku wykonaniem umowy pozwany wystawił i doręczył powodom fakturę VAT nr (...). Z uwagi na protesty ze strony powodów oraz chęć zakończenia konfliktu i otrzymania wynagrodzenia za wykonaną pracę 12 czerwca 2011 r. strony przystąpiły ponownie do odbioru prac. Zgodnie z przygotowanymi przez powodów czterema protokołami odbioru końcowego robót z tego dnia prace na terenie (...) Centrum (...) w G. zostały zakończone 23 marca 2012 r. Pozwany nie podpisał trzech protokołów, gdyż nie zgadzał się z ich treścią. Zdaniem pozwanego, wystosowane przez powodów żądanie zapłaty kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu prac przez pozwanego w wysokości 1 % wartości umowy za każdy dzień zwłoki było nieuzasadnione, bo przekroczenie terminu wykonania umowy nie nastąpiło z przyczyn leżących wyłącznie po stronie powoda, gdyż z winy powodów dochodziło do opóźnień w dostawie materiałów budowlanych. Nadto w podstawowym zakresie obowiązków pozwanego nie znajdowało się montowanie, wymiana okien oraz parapetów, oczyszczanie kostki brukowej i krawężników. W związku tym pozwany twierdził również, iż nie przekroczył terminu wykonania zleconych mu prac. Zanegował także, aby uszkodzenie okien oraz parapetów, a także

zabrudzenie elewacji, nastąpiło z jego winy. Wskazanie kolejnych uchybień (które nie znajdowały potwierdzenia w żadnym z protokołów) miało na celu wydłużenie oraz utrudnienie prac pozwanego oraz usprawiedliwienie opóźnień w wypłacaniu należnego mu wynagrodzenia. Ponadto zdaniem pozwanego o zakończeniu prac należało mówić w momencie faktycznego ich wykonania, a nie podpisania protokołu. Według pozwanego powodowie utracili podstawę do naliczenia kary umownej w dniu 28 marca 2013 r., gdyż zgodnie z treścią § 5 pkt 5 umowy strony ustaliły jednorazowy wyjątek od zasady płatności - powód miał zapłacić na rzecz pozwanego kwotę 45.000 zł brutto, a w razie nie dotrzymania tego terminu wykonawca miał prawo do przerwania prac bez konsekwencji w postaci kar. Mimo faktu, że dochodzenie przez powodów kary umownej było bezzasadne, pozwany podnosił również zarzut jej rażącego wygórowania i na podstawie art. 484 § 2 kc. wnosił o zmniejszenie kary umownej, gdyż zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, jak również kara umowna była rażąco wygórowana. Z kolei uzasadniając żądanie powództwa wzajemnego pozwany główny - powód wzajemny wskazał, iż domagał się zasądzenia kwoty 90.842,86 zł z tytułu rozliczenia faktury nr (...) wystawionej w związku z wykonaniem umowy stron.

Powodowie główni - pozwani wzajemni wnieśli o oddalenie powództwa wzajemnego w całości i zasądzenie od pozwanego głównego - powoda wzajemnego solidarnie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, przy czym podnosili zbieżną argumentację faktyczną i prawną.

Wyrokiem z dnia 28 stycznia 2016 roku Sąd Okręgowy w Gdańsku oddalił powództwo główne i zasądził solidarnie od powodów głównych na rzecz pozwanego głównego kwotę 3.617 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu (punkty I i II wyroku), zasądził od pozwanych wzajemnych solidarnie na rzecz powoda wzajemnego kwotę 2.270,91 złotych wraz z odsetkami ustawowymi od 22 lipca 2012 roku do dnia zapłaty, oddalając w pozostałej części powództwo wzajemne i zasądził od powoda wzajemnego na rzecz pozwanych wzajemnych solidarnie kwotę 3.700 złotych tytułem kosztów procesu (punkty III, IV i V wyroku) oraz orzekł o kosztach sądowych w postaci wydatków w toku postępowania (punkt VI wyroku). Sąd I instancji ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu (...) wspólnicy spółki cywilnej o nazwie D. - A. J. i M. S., oraz D. S., prowadzący działalność gospodarczą, zawarli pisemną umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie elewacji na (...) Centrum (...) w G. wraz z pracami przygotowawczymi, postawieniem i najmem części rusztowania zgodnie z projektem technicznym przekazanym wykonawcy w formie elektronicznej w dniu podpisania umowy; wykonanie elewacji ściany północnej, wykonanie elewacji ściany wschodniej i wykonanie części elewacji ściany południowej o szerokości 18 m i wysokości 19,52 m, zawierającej 50 okien. Całość materiałów niezbędnych do wykonania prac miał dostarczyć zlecający. Prace miały zostać wykonane zgodnie z załączonym harmonogramem w terminie od 12 grudnia 2011 r. do 17 kwietnia 2012 r. Odbiór prac miał następować na podstawie częściowych odbiorów wykonanych prac. O terminie dokonania odbioru częściowego wykonawca miał poinformować zlecającego co najmniej na 2 dni przed planowanym terminem odbioru prac. Z odbioru częściowego miał być spisany protokół, który powinien zostać podpisany przez uprawnionych przedstawicieli obu stron. Zlecający miał przystępować do odbioru prac częściowych we wskazanych przez wykonawcę terminach nie krótszych niż 3 dni. Nieprzystąpienie uprawnionego przedstawiciela zlecającego do odbioru częściowego we wskazanym przez wykonawcę terminie było równoznaczne z przyjęciem przez zlecającego odbioru częściowego bez zastrzeżeń i uprawniało wykonawcę do wystawienia faktury VAT za tą część wykonanych robót. W przypadku wykrycia wad w trakcie dokonywania odbioru częściowego zlecający miał opisać je w protokole odbioru częściowego oraz ustalić z wykonawcą termin na ich usunięcie, z zastrzeżeniem, że termin ten nie mógł być krótszy niż 5 dni. Termin na usunięcie wad miał być jednocześnie terminem dokonania ponownego odbioru częściowego i powinien zakończyć się sporządzeniem protokołu odbioru częściowego, podpisanego przez uprawnionych przedstawicieli obu stron.

Wykonawca miał otrzymać wynagrodzenie obliczone jako iloczyn ceny jednostkowej oraz ilości wykonanych robót/powierzchni wynajętego rusztowania, stwierdzonych w protokołach odbiorów częściowych oraz w protokole odbioru końcowego. Strony ustaliły w umowie wskazane wartości cen jednostkowych. W razie zwłoki w wykonaniu prac zlecającemu przysługiwało prawo do kary umownej w wysokości 1 % wartości umowy za każdy dzień zwłoki. Za zwłokę w wykonaniu prac strony rozumiały przekroczenie terminu wykonania umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy. Za wykonane prace D. S. wystawił dla powodów cztery faktury VAT, które zostały zapłacone.

Kontrolowaniem wykonania prac zajmował się kierownik kontraktu, M. J., przy czym D. S. miał się zajmować według jego wiedzy wykonaniem całości elewacji (prace związane z montażem styropianu i płytek klinkierowych, które częściowo wykonywał również za pomocą podwykonawcy w postaci przedsiębiorstwa o nazwie I. (...)). Prace elewacyjne na poszczególnych ścianach były kończone około połowy maja 2012 r., maksymalnie trwały do 30 czerwca 2012 r. Wykonywano dość dużo poprawek, głównie z uwagi na elastyczne spoiny przy parapetach, co było robione w maju - czerwcu 2012 r. Pozwany wykonywał wskazane prace, przy czym miały miejsce przerwy w pracy z uwagi na brak materiałów.

Pismem z dnia 29 maja 2012 r. (wysłanym tego dnia listem poleconym ekspresowym - doręczonym adresatowi 4 czerwca 2012 r.) D. S. wezwał do odbioru robót zgodnie z umową na dzień 5 czerwca 2012 r., przy czym wskazał, że prace zostały wykonane zgodnie z załączonym harmonogramem w terminie zgodnym z umową od 12 grudnia do 17 kwietnia 2012 r. oraz zgodnie ze sztuką budowlaną. W odpowiedzi A. J. wskazał, że proponowany termin odbioru nie jest możliwy z uwagi na zaplanowane inne czynności zawodowe i wniósł o wyznaczenie innego terminu. W dniu 5 czerwca 2012 r. D. S. sporządził jednostronny protokół odbioru końcowego i przekazania - przyjęcia inwestycji do eksploatacji, wskazując, że po stronie zamawiającego nie stawił się nikt. Wykonawca stwierdził, iż na dzień spisania protokołu zakończył prace budowlane, był gotowy do ich ostatecznego oddania, jak również teren budowy został uprzątnięty i pozostawiony w należyтым porządku. Brak było widocznych wad wykonanych prac. Nadto wskazał zakres wykonanych prac. W dniu 12 czerwca 2012 r. przedstawiciele zamawiającego oraz wykonawca D. S. sporządzili protokół odbioru końcowego robót na ścianie zachodniej zakończonych 23 marca 2012 r., w którym stwierdzono jedynie wykonanie elewacji w systemie lekko-mokrym na powierzchni 19,8 m o wartości 1.980 zł. Protokół ten został podpisany przez wszystkich uczestników tej czynności, przy czym czynności odbioru nie zostały zakończone. Pismem z dnia 3 lipca 2012 r. powodowie wezwali D. S. - w związku z przerwaniem przez niego czynności odbiorowych 12 czerwca 2012 r. - do wskazania terminu, w którym zamierzał dokończyć czynności związane z odbiorem prac i spisaniem stosownych końcowych protokołów odbioru. Powodowie przygotowali ponadto na ten dzień również protokoły odbioru końcowego robót dotyczących pozostałych ścian, w których stwierdzili zakres ich zakończenia do dnia 23 marca 2012 r.

D. S. wystawił dla (...) s.c. fakturę VAT nr (...) za wykonanie elewacji ścian wraz z oknami, postawienie rusztowania i prace przygotowawcze zgodnie z umową na kwotę 90.842,86 zł brutto (73.855,98 zł netto) z terminem płatności 13 lipca 2012 r. D. S. poinformował powodów, że na podstawie art. 488 w zw. z art. 490 kc. wstrzymał się z dalszym wykonywaniem świadczenia robót budowlanych w (...) Centrum (...) w G. i nie będzie podejmować żadnych robót do czasu zapłaty za fakturę VAT nr (...) z 5 lipca 2012 r. Pismem z 15 lipca 2012 r. A. J. wezwał D. S. do usunięcia usterek związanych z wykonywanymi pracami na (...) Centrum (...) w G. w nieprzekraczalnym terminie do 17 lipca 2012 r. W dniu 24 lipca 2012 r. został spisany protokół odbioru końcowego robót, ze wskazaniem zakresu robót i stwierdzonych wad w ich wykonaniu. Protokół został podpisany przez przedstawicieli zamawiającego. D. S. stawił się później, przy czym oświadczył, że nie może podpisywać żadnych dokumentów osobiście ponieważ jedyną osobą do kontaktu z nim jest jego pełnomocnik prawny. Przedstawiciele zamawiającego zaproponowali przesunięcie terminu odbioru na zasadzie porozumienia stron na 30 lipca, ale D. S. również odmówił podpisania dokumentu.

Pismem z 1 sierpnia 2012 r. powodowie zaprzeczyli twierdzeniom i zarzutom D. S. kierowanym pod ich adresem. Ponadto na podstawie § 5 pkt 1 i 2 umowy stron obciążyli go karą umowną w wysokości 90 % wartości umowy, tj. 1 % za każdy dzień zwłoki za okres od 25 kwietnia 2012 r. (7 dni przestoju w związku z brakiem materiału u producenta) do 24 lipca 2012 r. (90 dni). Wartość zleconych prac wynikała ze stawek określonych w umowie, a zatem wynosiła łącznie 251.112,65 zł - nałożona kara umowna wynosiła 226.001,39 zł. W związku z tym wezwali go do zapłaty tej należności w terminie do 18 sierpnia 2012 r. Ponadto wskazali, że dotychczas wypłacona mu należność w kwocie 242.644,95 zł nie była zasadna, gdyż nie wykonał w całości zleconych prac, a kosztami jej dokończenia zostanie dodatkowo obciążony, co spowoduje, iż otrzymał zbyt wysoką należność do wykonanych przez prac. W odpowiedzi na to pozwany zakwestionował skuteczność protokołu z dnia 24 lipca 2012 r., wskazując, że stosowny odbiór został dokonany w dniu 5 czerwca 2012 r. Wskazywał przy tym, że w dniu 4 czerwca 2012 r. faktycznie zakończył prace, zanegował istnienie usterek i ich związek z jego pracami, jak również twierdził, iż zaniżony został metraż wykonanych

przez niego prac. Twierdził również, że nie została mu zapłacona kwota 45.000 zł brutto wskazana w umowie i domagał się jej zapłaty z odsetkami.

Prace związane z remontem (...) Centrum (...) w G. zakończyły się w październiku 2012 r., gdy został dokonany ich odbiór i uzyskano pozwolenie na użytkowanie. Natomiast samo potwierdzenie wykonania wszystkich robót branży ogólnobudowlanej przez inspektora nadzoru zostało dokonane wpisem do dziennika budowy 18 lipca 2012 r.

Po tych ustaleniach Sąd Okręgowy dokonał oceny przeprowadzonych dowodów w postaci zeznań świadków, stron, przedstawionych dokumentów oraz opinii biegłego, i wskazał, że nie było jakichkolwiek podstaw do uznania za wiarygodne twierdzeń powoda, iż pozwany zakończył prace na końcu lipca - początku sierpnia 2012 r., przy czym miał wykonać 95 % swojego zadania (co miało sprowadzać się do braku fragmentu ściany wschodniej w części dwóch dolnych rzędów okien i ściany południowej we fragmencie na dole), gdyż niezależnie od zeznań świadków okoliczności te nie znajdowały również żadnego odzwierciedlenia w treści protokołów odbioru sporządzanych przez powodów (w istocie zbieżnych w zakresie ilości wykonanych przez pozwanego prac w wersji przygotowanej przez nich na 12 czerwca i 24 lipca 2012 r.). Nie do zaakceptowania jako wiarygodne pozostawały także twierdzenia powoda, iż do kwietnia 2012 r. pozwany wykonał 70 % całego zakresu prac, gdyż taka ocena nie znajdowała odzwierciedlenia w jakimkolwiek innym dowodzie. Zważył, że strony sporu łączyła umowa o podwykonawstwo robót budowlanych (art. 647 kc. w zw. z art. 647<sup>1</sup> kc). Powodowie byli podwykonawcą wykonawcy prac obejmujących roboty budowlane, przy czym przedmiotem prac w umowie stron było wykonanie części prac związanych z remontem budynku (...) Centrum (...) w G. w postaci prac elewacyjnych. Odnośnie kwestii okresu opóźnienia pozwanego w wykonaniu prac Sąd I instancji wskazał, iż w toku postępowania nie udało się zebrać dostatecznie obiektywnych dowodów, które pozwalałyby w sposób nie budzący wątpliwości na ustalenie terminu zakończenia prac przez pozwanego, rozbieżności między stronami w tym zakresie były dość znaczące, a ustalenie tego terminu miało istotny wpływ na ustalenia istnienia opóźnienia pozwanego w wykonaniu prac. Niewątpliwie pozwany nie mógł zakończyć prac we wskazywanym przez powodów terminie 24 lipca 2012 r., gdy wszystkie prace ogólnobudowlane zostały zakończone do dnia 18 lipca 2012 r. Protokół odbioru robót elewacyjnych sporządzony przez powodów w dniu 24 lipca 2012 r. nie mógł również stanowić dowodu, iż w tej dacie powodowie dokonywali czynności w zakresie odbioru prac elewacyjnych wykonanych przez pozwanego - jak wskazał biegły sądowy prace elewacyjne można odbierać jedynie z rusztowań ustawionych przy elewacji (wówczas już ich zapewne nie było), ich odbiór jest wieloetapowy i z reguły nie można go dokonać w jednym dniu, czego powodowie w żaden sposób nie zakwestionowali. Tym samym za trafne należało uznać stanowisko biegłego, że przedmiotem odbioru w tej dacie mogło być jedynie to do czego strony miały wówczas dostęp, czyli zabrudzenia kostki brukowej i krawężników (niewątpliwie można to było zobaczyć z poziomu terenu) oraz sprawdzenie szyb w oknach i parapetów zewnętrznych. Z kolei z treści projektów protokołów sporządzonych wcześniej przez powodów (protokołów niepodpisanych) wynikało, że prace były wykonywane w okresie od 12 grudnia 2011 r. do dnia 23 marca 2012 r. (strony potwierdziły to w sposób nie budzący wątpliwości podpisując protokół odnośnie części elewacji północnej oraz zachodniej), ale takich twierdzeń nie przedstawiał również pozwany, co wykluczało uznanie, że pozwany zakończył prace do tego dnia. W ocenie Sądu Okręgowego nie można było również - tak jak to czynił biegły sądowy, przedstawiając przy tym swoje stanowisko w sposób niekategoryczny, podkreślając na rozprawie, iż nie mógł tym zakresie przedstawić jednoznacznego ustalenia, a jedynie „skłaniał się do przyjęcia” wskazanego przez siebie poglądu -skutecznie ustalać terminu zakończenia prac przez pozwanego w oparciu o akceptowany przez powodów czas najmu rusztowań na 88 dni, gdyż przeliczenie tego czasu i ustalenie, że były potrzebne do wykonania robót do dnia 28 marca 2012 r. pomijało soboty, niedziele i święta, które - w świetle twierdzeń powodów niekwestionowanych przez pozwanego - miały nie być wliczane w koszty najmu. Umowa przewidywała wykonanie prac do dnia 17 kwietnia 2012 r., przy czym pozwany przyznawał, iż w tym terminie ich faktycznie nie wykonał, gdyż w odpowiedzi na pozew wskazywał termin ich zakończenia na dzień 22 kwietnia 2012 r. Jednocześnie pozwany nie potrafił w żaden racjonalny sposób wytłumaczyć przyczyn, które leżały u podstaw zgłoszenia przez niego wykonania prac objętych umową stron pismem z dnia 29 maja 2012 r. (pierwotnie pozwany nie wskazywał przy tym, aby w jakiegokolwiek innej formie wzywał powodów do odbioru wykonanych prac, a dopiero w toku procesu zaczął przedstawiać twierdzenia, iż wcześniej zgłaszał zakończenie prac w formie ustnej), w którym wyznaczył termin odbioru prac na dzień 5 czerwca 2012 r. W żadnej mierze takim wytłumaczeniem nie mogły być wskazywane przez pozwanego prowadzenie po dniu 22

kwietnia 2012 r. prac wykończeniowych w zakresie bliżej nieokreślonych dodatkowych czynności, na które miałyby się zgodzić za namową M. J., jak również wskazanie, że pozostałe do zrobienia wykończenia i obróbki okien były opóźnione z powodu braku materiału, który miał być dostarczony przez powodów, a przy tym te okoliczności nie znajdowały odzwierciedlenia w materiale dowodowym. W świetle elementarnych zasad doświadczenia życiowego nie sposób w tej sytuacji przyjąć, iż pozwany wykonał prace objęte umową stron, a następnie przez blisko 40 dni czekał ze zgłoszeniem ich do odbioru, zwłaszcza, gdy uwzględnić profesjonalne prowadzenie działalności gospodarczej przez pozwanego i świadomość grożących mu z tego tytułu kar umownych. Niewątpliwie za trafne należało uznać w tym zakresie stanowisko powodów, iż terminowe wykonanie prac przez pozwanego skutkowało by z całą pewnością zwróceniem się do nich znacznie wcześniej o dokonanie odbioru prac. Jednocześnie nie można było wyprowadzać żadnej okoliczności z faktu, że pozwany stawiał się u powodów w dniu 12 czerwca 2012 r. w celu podpisania protokołów odbioru wykonanych prac, które faktycznie nie zostały podpisane, gdy z ich treści przygotowanej przez powodów wynikało, że pozwany faktycznie wykonał całość prac objętych umową stron (wskazać bowiem należało, że dokumenty przygotowane przez powodów nie określały, aby prace, które były przedmiotem odbioru, nie zostały w jakiejś części wykonane przez pozwanego). Charakterystyczne pozostawało bowiem to, że powodowie - pomimo przedstawiania przez siebie twierdzeń o braku wykonania prac przez pozwanego w tej dacie - nie tylko sami przygotowywali wskazane dokumenty, ale również w kolejnym piśmie skierowanym do pozwanego z dnia 3 lipca 2012 r. nie wskazywali, aby w dniu 12 czerwca 2012 r. jakiegokolwiek prace nie były przez niego jeszcze zakończone, a twierdzili jedynie, iż tego dnia doszło do niezapowiedzianego przez pozwanego przerwania odbioru prac i wzywali go do wskazania terminu, w którym zamierzał dokończyć czynności związane z odbiorem prac i spisaniem stosownych protokołów odbioru, a nie - jak twierdzili - do zakończenia prac lub wskazania terminu ich zakończenia. Tym samym nie było podstaw do uznania za prawdziwe twierdzeń powodów, że nie doszło do sporządzenia protokołów odbioru wykonanych prac w dniu 12 czerwca 2012 r. z uwagi na ich niedokończenie przez pozwanego i jego znaczną zwłokę. Fakt ich niepodpisania przez żadną ze stron jako protokołów odbioru nie oznaczał w tej sytuacji, że nie stwierdzały one faktu zakończenia prac w nich opisanych, gdyż przyczyny ich nie podpisania nie wynikały z takiego zdarzenia. Brak przy tym było logiki w twierdzeniu powodów, iż pozostałe prace nie zostały wówczas odebrane z powodu przerwania ich odbioru przez pozwanego, który domagał się spisania protokołów końcowych tych prac, mimo faktycznego ich nie wykonania w całości, w celu rozliczenia się z wykonanych dotychczas prac, gdyż gdyby taka sytuacja miała miejsce to nic nie stało na przeszkodzie, aby powodowie sporządzili protokół odbioru określający stan zaawansowania prac, czego nie uczynili (sporządzili natomiast protokoły, w których przedstawili wyczerpująco wszystkie prace wykonane przez pozwanego). W ocenie Sądu meriti nie można było również przykładac nadmiernej wagi do faktu, iż jednostronny protokół odbioru prac sporządzony przez pozwanego został spisany i opatrzony datą 5 czerwca 2012 r., nawet jeśli został on sporządzony przez pozwanego dopiero po tym, jak nie doszło do podpisania protokołów z dnia 12 czerwca 2012 r., czy został sporządzony w sposób sprzeczny z postanowieniami umowy stron. Istotne bowiem pozostawało ustalenie kiedy pozwany zakończył prace, a nie kiedy mogło dojść do ich odbioru przez strony i dla kwestii zwłoki pozwanego traciła znaczenie, gdy uznać, że pozwany zakończył prace w dniu zgłoszenia gotowości do ich odbioru, czego powodowie nie zdołali skutecznie podważyć. Dalej w tej kwestii Sąd wyraził pogląd, że wbrew twierdzeniom powodów do odmiennych wniosków nie prowadziła okoliczności, iż pozwany w piśmie z 9 lipca 2012 r. oświadczył, iż „wstrzymuje się z dalszym wykonywaniem świadczenia robót budowlanych w (...) Centrum (...) w G.". Przyczyny złożenia przez pozwanego takiego oświadczenia mogły się bowiem odnosić do oczekiwanych przez powodów poprawek lub prac porządkowych, a nie wykonania tych prac jako całości - co istotne zarówno powodowie w piśmie, na które pozwany udzielił odpowiedzi, jak i pozwany we wskazanym piśmie nie określali jakie to prace zostały jeszcze niewykonane przez pozwanego, co niewątpliwie miałyby miejsce, gdyby podstawowe prace objęte umową stron nie zostały faktycznie wykonane. Tym samym nie można było twierdzić, że bezsprzecznie przemawiało to za tym, że przedmiot umowy jeszcze do dnia 9 lipca 2012 r. nie został przez pozwanego w całości wykonany. Treść tak ogólnikowo sformułowanego oświadczenia pozwanego o wstrzymaniu się z pracami bynajmniej nie świadczyła jednoznacznie o tym, że na dzień składania przez niego tego oświadczenia, pozwany miał świadomość, że pozostały mu do wykonania jeszcze prace określone w umowie, do której zresztą pozwany w treści tego pisma się nie odwoływał. Nadto wskazanie przez pozwanego w piśmie z dnia 13 sierpnia 2012 r., że na dzień 5 czerwca 2012 r. faktycznie zakończył roboty budowlane, było wynikiem li tylko skrótu myślowego wynikającego z faktu, że pozwany odwoływał się do sporządzonego na ten dzień przez siebie jednostronnego protokołu odbioru prac, a nie dawało podstaw wyrwane z kontekstu sformułowanie tego pisma do

wniosku, że pozwany zakończył fizycznie wykonywanie prac w tej dacie. Wbrew twierdzeniom powodów również nie wnosila do oceny tej istotnej okoliczności treść wpisu w dzienniku budowy z 20 lutego 2012 r., w którym kierownik robót budowlanych zgłosił do odbioru wykonanie izolacji cieplnej elewacji na ścianie od strony budynku nr (...) oraz mocowanie płyt I. za pomocą dybli systemowych - tylko płyty izolacyjne, gdyż prace te dotyczyły części elewacji wykonywanej przez pozwanego jednej ze ścian i tylko przymocowania styropianu (bez płytek klinkierowych)). Niezależnie od dokładności zacytowania tego fragmentu dziennika przez biegłego sądowego to nie wskazywał on również, aby można było z niego wyprowadzać jakiegokolwiek wnioski odnośnie zakończenia prac przez pozwanego.

Reasumując kwestię terminu zakończenia prac przez pozwanego, w ocenie Sądu I instancji, w oparciu o całość materiału dowodowego przedstawionego przez strony uznać należało, iż pozwany zakończył wykonywanie swoich prac w dacie zgłoszenia ich do odbioru powodom (29 maja 2012 r.). Takie ustalenie - z uwzględnieniem wskazanych wyżej uwag - nie podważało wiarygodności opinii biegłego sądowego w pozostałym zakresie, gdyż w istocie w tej części opinii biegły w niewielkim stopniu mógł się posłużyć posiadanymi wiadomościami specjalnymi. Taka konstatacja uzasadniała przyjęcie, iż powodowie mogli się co do zasady skutecznie domagać zapłaty kary umownej. W myśl przepisu art. 483 § 1 kc. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Z kolei w myśl art. 484 § 1 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. Natomiast § 2 tego ostatniego przepisu stanowi, że jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. W umowie strony przewidziały, że w razie zwłoki w wykonaniu prac powodom przysługiwało prawo do kary umownej w wysokości 1 % wartości umowy za każdy dzień zwłoki, przy czym za zwłokę w wykonaniu prac strony rozumiały przekroczenie terminu wykonania umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy. Zwłoka stanowiła niewątpliwie opóźnienie kwalifikowane, do którego znajdowały zastosowanie ogólne reguły z art. 471 kc. (dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi). Tym samym na pozwanym spoczywał ciężar dowodu, iż jego opóźnienie w wykonaniu prac nie było zawinione (było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności), a pozwany w niewielkim stopniu sprostą temu dowodowi, gdyż wykazał jedynie, że z winy powodów miał miejsce przestój od dnia 14 do 21 marca 2012 r., co przesunęło termin wykonania umowy do dnia 25 kwietnia 2012 r. Natomiast opóźnienie pozwanego w wykonaniu umowy stron za okres od 26 kwietnia do 29 maja 2012 r. stanowiło w ocenie Sądu w tej sytuacji - przy braku wiarygodnych dowodów ze strony pozwanego odnośnie przyczyn tego opóźnienia - jego zwłokę w wykonaniu umowy, za którą ponosił odpowiedzialność w postaci obowiązku zapłaty kar umownych.

W związku z powyższym Sąd Okręgowy wskazał, że powodowie mogli się domagać od pozwanego zapłaty kary umownej za 34 dni zwłoki pozwanego w wykonaniu umowy, co uwzględniając wysokość ustalonej kary odpowiadało 34 % wartości umowy. Pojęcia „wartości umowy” strony zdefiniowały w treści umowy, w którym wskazano, iż całkowitą wartość umowy stanowi „suma poszczególnych iloczynów cen jednostkowych zawartych w § 3 ust. 2 ppkt a, b, c, c, e wymnożonych z ilością metrów opisaną w zakresie zleconych prac zgodnie z obmiarem powykonawczym wykonanym z natury”, co w świetle konstrukcji umowy wskazywało, iż odnosiło się to do wartości netto (w sposób wyraźny wskazywała na to również treść § 3 ust. 3 umowy, w którym określono, że ceny jednostkowe z wcześniejszego ustępu stanowią wartość netto i zostaną powiększone o należny podatek VAT). W braku wyraźnego odwołania się stron umowy do wartości umowy wyrażonej w cenach brutto, nie było tym samym podstaw do naliczania tej kary umownej od wysokości wynagrodzenia należnego pozwanemu od powodów w kwocie brutto (powodowie wskazywali, iż karę tą naliczali od kwoty 251.112,65 zł, tj. kwoty brutto). Konieczne było natomiast sprawdzenie prawidłowości ustalenia wartości umowy, co następnie pozwalało na określenie wysokości kary umownej, której powodowie mogliby się domagać w toczącym się postępowaniu. Jednocześnie Sąd dodatkowo wskazał, iż z postanowienia § 5 ust. 2 umowy nie wynikało, że naliczenie kary umownej za przekroczenie terminu wykonania umowy możliwe jest wyłącznie w sytuacji, gdy nastąpiło ono z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy w sposób rozumiany przez pozwanego. Stwierdzenie w piśmie z 20 marca 2012 r. braku materiałów niezbędnych do wykonania umowy w terminie od

14 do 21 marca 2012 r. pozwalało na wniosek, iż opóźnienie za ten okres (wynoszący 8 dni) nie nastąpiło z winy pozwanego, ale nie odnosiło się to do całości opóźnienia pozwanego w wykonaniu umowy - wskazanie w umowie stron, iż kara umowna może być naliczona za opóźnienie wyłącznie z winy wykonawcy, w świetle zasad logiki i prawidłowej wykładni (uwzględniającej zasady z art. 65 kc.) nie dawało podstaw do wniosku, iż zwłoka pozwanego w jakimś okresie wykonywania umowy powodowała utratę przez powodów uprawnienia do naliczenia kary umownej za pozostały okres opóźnienia, który był wynikiem przyczyn leżących wyłącznie po stronie pozwanego. Umowa stron w tym zakresie nie uzasadniała istnienia wątpliwości, co do jej treści, które należałoby tłumaczyć na niekorzyść strony redagującej umowę, a wskazane postanowienie umowne nie było niejasne. Inną rzeczą był fakt, że kara umowna zgodnie z § 5 ust. 2 umowy mogła być naliczona za przekroczenie terminu wykonania umowy. Nie było natomiast podstaw do uznania, iż powodowie utracili podstawę do naliczenia kary umownej 28 marca 2013 r., gdyż zgodnie z treścią § 5 pkt 5 umowy strony ustaliły jednorazowy wyjątek od zasady płatności. Niezależnie od tego jakie kwoty wpłacili powodowie pozwanemu (faktycznie uregulowali jedynie należności wynikające z wystawionych przez pozwanego faktur, a nie dokonali wpłaty wskazanej dodatkowej kwoty) to pozwany nie skorzystał z uprawnienia wynikającego z tego postanowienia umownego, gdyż kontynuował prace i zakończył je, choć z opóźnieniem - skoro pozwany nie przerwał wykonania prac po dniu 28 marca 2013 r., a wręcz przeciwnie - kontynuował je i zakończył to tym samym nie można było przyjąć, że nie skorzystał przez pozwanego ze wskazanego uprawnienia pozbawiało powodów możliwości dochodzenia kary umownej.

Następnie Sąd Okręgowy dokonał ustalenia wartości umowy zgodnie z regułami wskazanymi wyżej, na potrzeby określenia wysokości kary umownej, i jego zdaniem w świetle wskazanych uwag wartość umowy stron zamykała się kwotą 216.739,70 zł (ściana północna - 85.809,70 zł, ściana wschodnia - 46.120 zł i ściana południowa - 84.810 zł) i od tej kwoty powodowie mogli się domagać wyliczenia kary umownej. Uwzględniając treść postanowienia § 5 ust. 1 umowy stron wysokość kary umownej należnej powodom od pozwanego winna wynieść 34 % z tego wynagrodzenia, co odpowiadałoby kwocie 73.691,50 zł. Za w pełni usprawiedliwiony Sąd uznał zarzut pozwanego, iż kara umowna naliczona przez powodów zgodnie z umową stron we wskazanej wyżej wysokości byłaby rażąco wygórowana, co dawało pozwanemu uprawnienie do żądania zmniejszenia tej kary umownej zgodnie z art. 484 § 2 kc. „Rażąco wygórowanie” jako okoliczność uzasadniająca miarkowanie kary umownej musi być postrzegana jako porównanie rozmiaru poniesionej szkody w wyniku naruszenia zobowiązania w stosunku do wysokości zastrzeżonej kary umownej. Kryterium oceny rażącego wygórowania może być także relacja jej wysokości do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych. Natomiast sama dysproporcja, nawet znaczna, nie uzasadnia zarzutu o rażącym wygórowaniu kary umownej. Celem zastrzeżenia kary umownej jest wywarcie na dłużniku presji, żeby on swoje zobowiązanie wykonał w sposób należyty. Kara umowna jest niezależna od wysokości szkody, niemniej jednak przysługuje wyłącznie w wypadku, gdy podmiot uprawniony do żądania kary umownej w istocie poniósł szkodę. Kara umowna nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się podmiotu uprawnionego, w sytuacji, gdy nie poniósł on żadnej szkody w związku z niewykonaniem zobowiązania. W świetle wskazanych wyżej okoliczności, gdy powodowie nie wykazali, czy i w jakiej wysokości ponieśli szkodę w związku ze zwłoką pozwanego w wykonaniu umowy stron, w szczególności nie wykazali, aby ponosili jakiegokolwiek koszty najmu rusztowań po dniu 29 maja 2012 r., starty materiałowe na skutek niegospodarności pracowników powoda, czy wykonawca zlecający im prace nie zapłacił im jakiś należności za ich wykonanie. Miarkowanie kary umownej z uwagi na jej „rażące wygórowanie” winno się sprowadzać przede wszystkim do oceny porównania rozmiaru szkody poniesionej przez powodów w wyniku niewykonania umowy przez pozwanego w stosunku do wysokości zastrzeżonej kary umownej. Nadto – zdaniem Sądu Okręgowego - w świetle art. 484 § 2 kc dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane. „Znaczne wykonanie” jest postrzegane jako część wykonania zobowiązania przekraczająca jego połowę. Ocena, czy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, powinna następować również na podstawie kryterium przydatności przedmiotu świadczenia dla wierzyciela oraz z punktu widzenia kryteriów wykonania zobowiązania ustanowionych w art. 354 kc. Wskazać natomiast należało, iż pozwany wykonał praktycznie całość zleconych mu prac (nawet powód A. J. podczas swojego przesłuchania wskazywał na wykonanie przez pozwanego około 95 % zakresu zleconych mu prac), jak również szereg prac dodatkowych, które nie były uwzględnione w pierwotnej umowie stron. Wskazano, iż co do zasady za niedopuszczalne uznać należy odwołanie się do konstrukcji nadużycia prawa

podmiotowego dla obniżenia kary umownej. Celowi temu służy bowiem konstrukcja przewidziana w art. 484 § 2 kc, który wyłącza możliwość dodatkowego stosowania art. 5 kc do roszczeń o zapłatę kary umownej.

W świetle wskazanych uwag, gdy pozwany wykonał swoje zobowiązanie w znacznej części, a łączny koszt naprawy usterek wskazywany przez powodów -zakładając ich spowodowanie przez pozwanego - sprowadzał się do wielkości rzędu 3.700 zł, przy braku wykazania przez powodów, iż zwłoka pozwanego spowodowała jakąkolwiek skonkretyzowaną szkodę, uzasadniał miarkowanie wysokości kary umownej do wysokości odpowiadającej 10 % wartości przedmiotu umowy, co odpowiadało kwocie 21.673,97 zł. Wartość ta powinna w pełni rekompensować powodce konieczność m. in. zaangażowania dodatkowych środków w usunięcie ewentualnych usterek prac pozwanego i ich dokończenie własnymi siłami, czy dłuższego korzystania z najmowanego od niego rusztowania, gdyż nie budziło wątpliwości Sądu, że powodowie ponieśli takie dodatkowe koszty, choć były one często niewymierne i trudne do wykazania. Kara umowna w tej kwocie stanowiła również odczuwalną sankcję dla pozwanego za zawinione przez niego opóźnienie w wykonaniu prac. Pozwany nie przedstawił kalkulacji wynagrodzenia, która stanowiła podstawę zawarcia umowy stron i można przypuszczać, że wysokość zysku z tytułu zawartej umowy szacował na wielkość nie przekraczającą 20 % wartości umowy, ale fakt opóźnienia się w wykonaniu umowy o ponad miesiąc czasu, gdy wielkość kary umownej za opóźnienie była mu praktycznie z góry znana, nie mógł pozostawać bez wpływu na wysokość kary umownej (wielkość zwłoki pozwanego przekładała się automatycznie na wysokość kary, a pozwany przekroczył o blisko 25 % czas na wykonanie prac objętych umową w stosunku do terminów przewidzianych w umowie). Sąd wskazał przy tym, iż w pozwie wzajemnym pozwany dochodził zapłaty od powodów należnego mu wynagrodzenia za prace wykonane zgodnie z umową stron w kwocie 90.842,86 zł z tytułu rozliczenia faktury nr (...) z 5 lipca 2012 r., która obejmowała wyliczone wcześniej należności za wykonanie całości prac elewacyjnych na ścianach północnej, wschodniej i południowej oraz koszty związane z rusztowaniami pomniejszone o wypłacone pozwanemu wynagrodzenie w łącznej kwocie 242.644,95 zł (k. 28 akt). Łączna wartość prac wykonanych przez pozwanego zamykała się jednak kwotą niższą - 216.739,70 zł netto, a tym samym należne pozwanemu wynagrodzenie za ich wykonanie winno odpowiadać kwocie 266.589,83 zł brutto (216.739,70 zł + podatek VAT 23 %, tj. 49.850,13 zł). Różnica wynikająca z tego wyliczenia i zapłaconego zgodnie z umową wynagrodzenia pozwanego odpowiadała tym samym kwocie 23.944,88 zł i takiej części pozwany posiadał wobec powodów wierzytelność wzajemną.

W ocenie Sądu również nie można było przyjąć - jak chcieli powodowie - iż pojedyncze usterki (niezależnie od zawinienia pozwanego w ich spowodowaniu) pozwalały powodom na odmowę dokonania odbioru końcowego robót wykonanych przez pozwanego, a tym samym wpływały w termin wymagalności jego roszczenia. Niewątpliwie umownemu obowiązkowi wykonawcy lub dalszemu podwykonawcy robót budowlanych oddania (wydania) tych robót odpowiadał obowiązek inwestora (generalnego wykonawcy lub podwykonawcy) odebrania odpowiednich robót i zapłaty umówionego wynagrodzenia, wynikający wprost z art. 647 kc Jeżeli podwykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonawca obowiązany był dokonać ich odbioru. W sytuacji, gdy wymagalność roszczenia o wynagrodzenie za wykonane roboty uzależniona jest od protokolarnego odbioru robót, decydujące znaczenie ma nie tylko sporządzenie takiego protokołu, ale w razie jego braku, bądź odsunięcia tej czynności w czasie, w stosunku do okresu, w którym wykonano roboty, istotne znaczenie mają przyczyny, które to spowodowały. W sytuacji, gdy zamawiający z przyczyn leżących po jego stronie uchybia obowiązkowi odbioru robót to dochodzi do zwłoki po jego stronie i taka sytuacja pozostaje bez wpływu na roszczenia wykonawcy, który uprawniony był do żądania zapłaty wynagrodzenia, a jego roszczenie w tym zakresie stawało się wymagalne z chwilą, w której po spełnieniu obowiązków przez wykonawcę ten odbiór powinien nastąpić. Tym samym zaniechania powodów w zakresie dokonania odbioru wykonanych robót oraz sporządzenia zgodnie z treścią umowy odpowiedniego dokumentu nie wpływały na wymagalność roszczenia pozwanego o wynagrodzenie za wykonane prace. Jak wskazano przesłanką do odmowy dokonania odbioru końcowego robót pozwanego nie mogły być również wskazywane wady lub usterki prac, gdyż nawet stwierdzenie istnienia wad robót przy ich odbiorze nie oznaczało niewykonania zobowiązania. Niewykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza normalne ich wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość (wady istotne), a tego rodzaju okoliczności nie występowały w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy. Natomiast wypłata wynagrodzenia podwykonawcy robót

budowlanych nie mogła być uzależniona od braku jakichkolwiek usterek lub wad. Z kolei występowanie innych wad mogło być oceniane jedynie w kategoriach nienależytego wykonania zobowiązania.

W świetle wskazanych wyżej okoliczności Sąd Okręgowy ocenił, że wierzytelność pozwanego z tytułu zapłaty wskazanego wyżej wynagrodzenia stawała się wymagalna i uprawniała go do wystawienia stosownej faktury VAT, niezależnie od brzmienia § 3 ust. 4 umowy, gdy powodowie i pozwany nie dokonali odbioru prac 12 czerwca 2012 r. Tym samym wierzytelność pozwanego dochodzona pozwem wzajemnym stała się wymagalna przed dniem 22 lipca 2012 r., co uprawniało pozwanego do domagania się odsetek za opóźnienie na podstawie przepisu art. 481 § 1 kc. Pozwany zgłosił przy tym zarzut potrącenia (k. 47 akt) dochodzonych przez powodów kwot z kwotą dochodzona pozwem wzajemnym, przy czym stosowne oświadczenie zamieszczone w odpowiedzi na pozew wywoływało skutki wobec powodów z chwilą doręczenia im tego pisma. Podniesiony zarzut potrącenia z uwagi na złożenie go bezpośrednio przez pozwanego w piśmie procesowym stanowił również materialnoprawne oświadczenie o potrąceniu i wywoływał skutek w postaci umorzenia wierzytelności powodów z tytułu naliczonych przez nich i należnych im we wskazanej wyżej wysokości kar umownych. W myśl przepisu art. 498 § 1 kc gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Zgodnie z § 2 tego przepisu wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej. Z kolei zgodnie z art. 499 kc potrącenia dokonuje się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. Oświadczenie ma moc wsteczną od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe. W świetle przedstawionych wyżej okoliczności strony posiadały wzajemne wierzytelności, które spełniały przesłanki potrącenia, a pozwany złożył stosowne oświadczenie, które doprowadziło do umorzenia wierzytelności powodów z tytułu należnej im kary umownej (21.673,97 zł) z uwagi na jej niższą wysokość od należnego pozwanemu wynagrodzenia w kwocie 23.944,88 zł.

Mając powyższe okoliczności na względzie należało oddalić powództwo główne na podstawie przepisów art. 484 § 1 i 2 kc w zw. z art. 498 § 1 kc i art. 499 kc. O kosztach procesu związanych z powództwem głównym orzeczono na podstawie przepisu art. 98 § 1 kc. Powodowie główni przegrali sprawę w całości i byli zobowiązani zwrócić pozwanemu głównemu koszty procesu, na które składały się: wynagrodzenie pełnomocnika pozwanego głównego - 3.600 zł i opłata skarbową od pełnomocnictwa - 17 zł.

Z kolei również przedstawione wcześniej okoliczności, zdaniem Sądu I instancji, uzasadniały zasądzenie od pozwanych wzajemnych A. J. i M. S. na rzecz powoda wzajemnego D. S. solidarnie kwoty 2.270,91 zł (stanowiącej różnicę wierzytelności pozostałych po dokonaniu umorzenia wierzytelności powodów głównych kwot 23.944,88 zł i 21.673,97 zł) z odsetkami ustawowymi od 22 lipca 2012 r. na podstawie przepisów art. 547 kc w zw. z art. 547 kc, art. 471 kc i art. 864 kc oraz art. 481 kc, a w pozostałej części należało oddalić powództwo wzajemne. O kosztach procesu związanych z powództwem wzajemnym orzeczono na podstawie przepisu 100 zd. 2 kpc. Pozwani wzajemni ulegli co do nieznaczącej części żądań powoda wzajemnego, a tym samym ten ostatni był zobowiązany do zwrócić im koszty procesu, na które składały się: wynagrodzenie pełnomocnika pozwanych wzajemnych 3.600 zł i opłata sądowa od skargi na orzeczenie referendarza 100 zł. W toku postępowania z powództwa wzajemnego pozostały również niezaspokojone koszty związane z wydatkami Skarbu Państwa związanymi z opinią biegłego (suma związanych z tym wydatków zamknęła się kwotą 2.913,38 zł, z czego z zaliczki uiszczonej przez powoda wzajemnego pokryta została kwota 2.000 zł i do rozliczenia pozostała kwota 913,38 zł), o których orzeczono w punkcie VI wyroku.

Pismem z dnia 18 maja 2016 roku apelację od powyższego wyroku wniósł jedynie powód, A. J., działający przez pełnomocnika dotychczas reprezentującego powodów głównych, zaskarżając wyrok w części, tj. w punkcie I wyroku odnośnie oddalenia powództwa głównego w zakresie kwoty 41.077,03 złotych wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie oraz w punkcie II i III wyroku. Powód podniósł zarzuty naruszenia przepisów postępowania, które mogły mieć wpływ na wyniki sprawy, tj.

- art. 233 § 1 kpc poprzez całkowicie dowolną ocenę treści pisma pozwanego z dnia 13 sierpnia 2012 roku oraz nadanie mu zupełnie odmiennego znaczenia aniżeli wprost z niego wynikającego, w którym wyraźnie wprost przyznał, że

faktycznie zakończył pozwany prace w dniu 5 czerwca 2012 roku, co wykluczało ustalenie tego faktu na dzień 29 maja 2012 roku, i poprzez bezpodstawną odmowę wiarygodności zeznaniom powoda oraz świadka P. R. w zakresie zaawansowania prac pozwanego na dzień 5 czerwca 2012 roku oraz ich zakończenia,

- art. 328 § 2 kpc poprzez niewyjaśnienie w treści uzasadnienia z jakich przyczyn Sąd odmówił mocy dowodowej piśmie pozwanego z dnia 13 sierpnia 2012 roku, dokonanie wewnętrznie sprzecznych ustaleń w zakresie rzekomego nieponiesienia przez powodów szkody w wyniku nieterminowego wykonania prac i dokonanie niejednoznacznych ustaleń w przedmiocie wykonania przez pozwanego 95 % prac budowlanych, bez ustalenia na jaki moment te prace miały zostać wykonane w powyższym zakresie oraz bez ustalenia, czy te prace zostały kiedykolwiek wykonane w pełnym zakresie,

co w konsekwencji spowodowało błąd istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez ustalenie, że pozwany faktycznie zakończył prace w dniu 29 maja 2012 roku, w konsekwencji błędne ustalenie okresu zwłoki przez jedynie 34 dni, mimo że liczba dni zwłoki wynosiła co najmniej 40 dni, do dnia 5 czerwca 2012 roku, i ustalenie, że powodowie nie ponieśli szkody.

Powód zarzucił także naruszenie prawa materialnego, art. 6 kc poprzez niewłaściwy rozkład dowodów i przeniesieniu na powoda obowiązku udowodnienia okoliczności poniesienia szkody, skoro to na pozwanym ciążył obowiązek dowodu w tym zakresie, art. 484 § 2 kc poprzez niewłaściwe zastosowanie i uwzględnienie przy miarkowaniu kary umownej okoliczności, które nie mogą być przesłankami do obniżenia kary umownej, oraz że w sprawie zachodziły przesłanki do co najmniej czterokrotnego zmniejszenia kary umownej.

Mając powyższe zarzuty na względzie powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie I poprzez zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kwoty 41.077,03 złotych wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 19 sierpnia 2012 roku do dnia zapłaty, zmianę wyroku w punkcie II poprzez zasądzenie od pozwanego głównego na rzecz powoda głównego kosztów procesu według norm przepisanych, i zmianę wyroku w punkcie III poprzez oddalenia powództwa wzajemnego również co do kwoty 2.270,91 złotych wraz z odsetkami. Powód wniósł także o zasądzenie od pozwanego na swoją rzecz kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym (k. 519-527 akt).

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o jej odrzucenie, zaś w przypadku stwierdzenia braku podstaw do odrzucenia, o jej oddalenie w całości, i zasądzenie od powoda - pozwanego wzajemnego, na rzecz pozwanego - powoda wzajemnego, kosztów procesu według norm przepisanych. W uzasadnieniu pozwany podniósł zarzut braku legitymacji powoda do wniesienia apelacji, w sytuacji gdy konieczny jest udział wszystkich współników w charakterze skarżących, niezależnie od tego wskazał, że zarzuty powoda stanowią wyłącznie polemikę z prawidłowymi ustaleniami Sądu (k. 543-545 akt).

Na rozprawie apelacyjnej pełnomocnik powoda wskazał, że intencją pełnomocnika było zaskarżenie wyroku w imieniu obu powodów.

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

Apelacja podlegała oddaleniu.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że bezspornie z treści apelacji wynika, że została ona wywiedziona wyłącznie przez powoda, A. J., czyli przez jednego z dwóch współników spółki cywilnej (...). Wynika to z samej formy i treści apelacji z dnia 18 maja 2016 roku, jej układu i sformułowanych w niej wniosków. Po pierwsze, w oznaczeniu stron postępowania apelacyjnego, na pierwszej stronie apelacji wskazano jedynie na jednego współnika, jako powoda, którego reprezentuje pełnomocnik, a przed Sądem I instancji ten sam pełnomocnik reprezentował obu powodów – współników (przy czym sam zakres pełnomocnictwa tego samego pełnomocnika nie zmienił się na etapie postępowania przed sądem apelacyjnym). Po drugie, wyraźnie w treści apelacji wskazano, że „działając powoda (pozwanego wzajemnego) A. J., jako jego wykazany w sprawie pełnomocnik”, co oznacza, że pełnomocnik wywiódł apelację jedynie w imieniu wskazanego powoda – jednego ze współników. Po trzecie wreszcie, wniosek o zmianę

zaskarżonego wyroku jednoznacznie wskazuje o zmianę na korzyść wyłącznie jednego z powodów – współników, poprzez zasądzenie wyłącznie na jego rzecz wskazanej kwoty wraz z kosztami procesu (strona 3 apelacji). Także sama treść uzasadnienia apelacji jedynie potwierdza takie stanowisko, i nie wprowadza w tym zakresie żadnych wątpliwości, wyraźnie mówiąc o jednym powodzie. Tym samym brak było podstaw do przyjęcia, że faktyczną intencją pełnomocnika było wywiedzenie apelacji także na rzecz drugiego z powodów – współników, albowiem sama treść apelacji wyraźnie temu przeczy i w żaden sposób nie potwierdza takiej intencji. Z tych samych względów brak było jakichkolwiek podstaw do uznania, że doszło w tym zakresie jedynie do omyłki ze strony pełnomocnika skarżącego, mając na uwadze użyte jednoznaczne twierdzenia i sformułowania w treści apelacji, które były efektem czynności samego pełnomocnika. Skoro tak, to słuszny był co do zasady zarzut pozwanego, zawarty w odpowiedzi na apelację, o braku legitymacji czynnej powoda w postępowaniu apelacyjnym, tj. do samodzielnego zaskarżenia wyroku w niniejszej sprawie. Sąd Apelacyjny podziela bowiem pogląd prawny, wyrażony w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2011 roku w sprawie III CZP 130/10 (opubl. OSNIC 2011/9/100), zgodnie z którym współnik spółki cywilnej nie jest legitymowany do dochodzenia wierzytelności wchodzącej w skład majątku wspólnego współników tej spółki. W uzasadnieniu wskazano, że w judykaturze nie ma potwierdzenia wprost współuczestnictwa koniecznego współników spółki cywilnej po stronie powodowej, ale taką konkluzję można wyprowadzić pośrednio z zastosowanej argumentacji. Sąd Najwyższy wyraził mianowicie pogląd, że po rozwiązaniu spółki cywilnej każdy współnik może przed podziałem majątku wspólnego samodzielnie dochodzić przypadającej mu części wierzytelności, w granicach przysługującego udziału w tym majątku (orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2002 r., I CKN 1118/00, Biul. SN 2003, nr 3, poz. 16, z dnia 10 lutego 2004 r., IV CK 12/03, OSNC 2005, nr 3, poz. 44 i z dnia 11 lutego 2009 r., V CSK 325/08, OSNC-ZD 2009, nr 4, poz. 101). Taka możliwość - jak podkreślono - otwiera się dopiero po rozwiązaniu spółki, gdy do majątku współników mają zastosowanie przepisy o współwłasności w częściach ułamkowych (art. 875 § 1 kc). Takiej możliwości nie było natomiast przy istnieniu współwłasności łącznej, w czasie trwania spółki. W judykaturze nie zostało potwierdzone w konsekwencji uprawnienie współnika istniejącej spółki cywilnej do samodzielnego dochodzenia wierzytelności wchodzącej w skład majątku wspólnego. W piśmiennictwie przeważa też pogląd, iż w sprawach o zasądzenie wierzytelności należącej do majątku wspólnego łączy współników spółki cywilnej współuczestnictwo materialne konieczne, oparte na wspólności praw i obowiązków, wynikające z istoty stosunku prawnego (art. 72 § 1 pkt 1 i § 2 kpc). Występuje tu bowiem jednakowa sytuacja prawna tych osób z uwagi na treść żądania i potrzebę rozciągnięcia na nich skutecznej ochrony prawnej. W przepisach dotyczących spółki cywilnej nie ma postanowień upoważniających poszczególnych współników do samodzielnego dochodzenia "praw przysługujących spółce". Przepisem takim nie jest art. 866 kc, upoważniający współnika do reprezentowania wszystkich współników. Nie ma również zastosowania art. 209 kc i 366 kc. Za trafny zatem należy uznać pogląd potwierdzający istnienie współuczestnictwa materialnego koniecznego po stronie czynnej współników istniejącej spółki cywilnej w procesie o zasądzenie wierzytelności należącej do ich majątku wspólnego. O takim charakterze współuczestnictwa świadczy wspólność praw i obowiązków wynikających ze współwłasności łącznej, wymagająca łącznego występowania w sprawie wszystkich uprawnionych podmiotów. Wspólność łączna oznacza niepodzielność majątku oraz brak określenia wysokości udziałów przysługujących poszczególnym współnikom. Każdy z nich jest współwłaścicielem majątku jako całości oraz każdej rzeczy i prawa wchodzących w jego skład. Przed rozwiązaniem spółki nie da się więc uzasadnić samodzielnej legitymacji współnika do żądania na własną rzecz wierzytelności objętej taką wspólnością. Byłoby to w istocie roszczenie ukierunkowane na powiększenie majątku odrębnego współnika. Art. 863 kc ma charakter imperatywny, wyłączający możliwość korekt ze strony współników. Należy więc podzielić wyrażone w judykaturze stanowisko, że samodzielna legitymacja do dochodzenia na własną rzecz przypadającej mu części wierzytelności współnik spółki cywilnej uzyskuje dopiero po jej rozwiązaniu. Nie można zaaprobować poglądu dopuszczającego zastosowanie w drodze analogii art. 864 kc dla określenia zasad udziału współników po stronie czynnej. Przede wszystkim należy wskazać, że w polskim prawie nie ma przepisów zastrzegających solidarność wierzycieli, a między aktywami i pasywami spółki cywilnej występują zasadnicze różnice. Nie jest też adekwatne odwołanie się do treści art. 209 kc, dotyczącego współwłasności w częściach ułamkowych, nieodnoszącego się do współwłasności łącznej (zob. art. 196 § 2 kc), tym bardziej że nie stanowią czynności zachowawczych spory z osobami trzecimi o wykonanie zobowiązań związanych z gospodarowaniem rzeczą wspólną (por. cyt. orzeczenie Sądu

Najwyższego z dnia 11 lutego 2009 r., V CSK 325/08). Przepisy o współwłasności łącznej spółki cywilnej nie odsyłają też do przepisów o współwłasności w częściach ułamkowych.

Konsekwencją współuczestnictwa koniecznego czynnego jest istnienie łącznej legitymacji procesowej, wymagającej występowanie w sprawie wszystkich uprawnionych w charakterze powodów. W niniejszej sytuacji procesowej konieczny jest zatem udział w charakterze powodów wszystkich współników, a tym samym w przypadku zaskarżenia wyroku, który został wydany na skutek powództwa współników spółki cywilnej o zapłatę, zaskarżenia go przez wszystkich współników spółki cywilnej. Bezspornym jest bowiem, iż roszczenie powodów, które było przedmiotem postępowania przed Sądem I instancji, dotyczyło wierzytelności spółki, wchodzącej w skład majątku spółki, a sama spółka nie uległa rozwiązaniu. Tymczasem apelację wniósł wyłącznie jeden współnik, który wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku wyłącznie na swoją korzyść. W tej sytuacji stwierdzić należało brak legitymacji procesowej po stronie apelującego. Legitymacja procesowa stanowi zawsze przesłankę materialnoprawną, przesądzającą o zasadności żądania strony, a zatem wymaga wydania orzeczenia merytorycznego. Jej brak nie stanowi braku formalnego, w rozumieniu art. 368 kpc. Stąd też jej brak po stronie apelującego przesądzał już tylko z tej przyczyny o oddaleniu apelacji, bez potrzeby merytorycznego odnoszenia się do zarzutów apelacji, na podstawie art. 385 kpc w związku z art. 72 § 2 kpc.

Niezależnie od powyższego, Sąd Apelacyjny w ramach kontroli instancyjnej wydanego w sprawie orzeczenia, w granicach wyznaczonych wniesioną apelacją, dokonał także oceny zaskarżonego wyroku, i uznał, że odpowiada on prawu. Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy i czyni je podstawą również własnego rozstrzygnięcia. Podziela także dokonaną przez ten Sąd ocenę przeprowadzonych w sprawie dowodów, jako nienaruszającą zasady oceny dowodów, która wynika z art. 233 § 1 kpc. W apelacji postawione zostały zarzuty naruszenia prawa materialnego, jak i procesowego. Zauważyć trzeba, że prawidłowość zastosowania lub wykładni prawa materialnego może być właściwie oceniona jedynie na kanwie niewadliwie ustalonej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia. Skuteczne zatem zgłoszenie zarzutu dotyczącego naruszenia prawa materialnego wchodzi zasadniczo w rachubę tylko wtedy, gdy ustalony przez Sąd pierwszej instancji stan faktyczny, będący podstawą zaskarżonego wyroku, nie budzi zastrzeżeń (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 1997 roku, II CKN 60/97).

Wbrew twierdzeniom apelującego ustalenia, których dokonał Sąd Okręgowy, nie naruszają zasad określonych w przepisie art. 233 § 1 kpc. Możliwość skutecznego kwestionowania ustaleń, stanowiących podstawę wyrokowania, istnieje zawsze wtedy, gdy można sądowi zarzucić błąd logicznego rozumowania i naruszenie zasad wnioskowania, poczynienie ustaleń oczywiście sprzecznych z zebranymi dowodami i z nich nie wynikających, zignorowanie zasad doświadczenia życiowego i pewnego poziomu świadomości prawnej, które mają znaczenie w procesie rozważania materiału dowodowego w oparciu o zasadnicze ustawowe kryterium bezstronności, racjonalności i wszechstronności oceny odnoszącej się do powiązania dowodu ocenianego z innymi zebranymi dowodami w sposób umożliwiający kontrolę poprawności przyjętego rozumowania (por. m.in. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2002 roku, IV CKN 1316/00, Lex nr 80273; z dnia 27 września 2002 roku, II CKN 817/00, Lex nr 56906; z dnia 14 marca 2002 roku, IV CKN 859/00, Lex nr 53923; z dnia 15 listopada 2000 roku, IV CKN 1383/00, Lex nr 52544; z dnia 29 września 2000 roku, V CKN 94/00, Lex nr 52589; z dnia 16 maja 2000 roku, IV CKN 1097/00, Lex nr 52624; z dnia 10 czerwca 1999 roku, II UKN 685/98, OSNAPIUS 2000, nr 17, poz. 655; z dnia 20 marca 1980 roku, II URN 175/79, OSNC 1980, nr 10, poz. 200). Dlatego też inna dopuszczalna ocena zebranych dowodów nie rozstrzyga o możliwości przyjęcia, iż sąd orzekający popełnił błąd ustaleń faktycznych, chyba że jego rozumowanie jest dotknięte wadami wcześniej omówionymi lub wynika z popełnionych błędów w prowadzeniu postępowania dowodowego, które mogą być skutecznie zarzucane w postępowaniu apelacyjnym.

W zakresie oceny postępowania dowodowego w pierwszej kolejności podlegają analizie zarzuty dotyczące gromadzenia materiału dowodowego, w dalszej zaś – zarzuty dotyczące oceny zebranego materiału dowodowego. Powód w apelacji nie podniósł zarzutów dotyczących sposobu gromadzenia materiału dowodowego. W rezultacie uznać należało, że – po pierwsze – Sąd a quo dysponował wystarczającym materiałem dowodowym, zebrany prawidłowo, a po drugie – dokonał prawidłowej jego oceny, nie wykraczając poza granice dyspozycji art. 233 § 1 kpc. W ramach tej oceny Sąd I instancji miał podstawy do ustalenia na bazie pisma pozwanego z dnia 29 maja

2012 roku (k. 14 akt), wyznaczającego termin odbioru robót na dzień 5 czerwca 2012 roku, że z dniem sporządzenia tego pisma pozwany faktycznie zakończył wykonywane prace. Trudno bowiem racjonalnie przyjąć, aby wzywający do odbioru robót, nie był faktycznie przygotowany na taką czynność w chwili, w której do niej sam wzywa. Innymi słowy, trudno racjonalnie wytłumaczyć, że strona procesu budowlanego przyjmuje na siebie ewentualne ryzyko nieprzygotowania się do czynności odbioru prac i liczy, że w okresie, który ma jeszcze upłynąć, będzie jeszcze mogła zakończyć prowadzone prace. Taka sytuacja oczywiście nie jest zupełnie wykluczona, lecz w tej sprawie to jedynie niczym nie poparte, szczególnie dowodowo, założenie, skoro faktycznie powodowie nawet w dniu wyznaczonym 5 czerwca 2012 roku nie uczestniczyli w czynności odbioru. Oprócz możliwości oparcia się na treści pisma z dnia 29 maja 2012 roku, dokonane w tym przedmiocie ustalenia Sądu Okręgowego należy ocenić przez pryzmat obiektywnych dowodów, przeprowadzonych w sprawie. Tutaj przypomnieć należy, że przesłuchany w sprawie świadek M. J., który nie był powiązany z żadną ze stron procesu, albowiem był on przedstawicielem inwestora, zeznał, że prace były kończone przez pozwanego w okresie kwietnia i maja 2012 roku (k. 142 akt). Jednocześnie Sąd Okręgowy, dokonał oceny zeznań powoda A. J. oraz świadka P. R., i wskazał w jakim zakresie treść tych dowodów uznał za wiarygodne, a w jakim nie. Przypomnieć tylko należy, że świadek P. R., w czasie inwestycji występował w imieniu powodów, zatem był związany z tą stroną procesu, w przeciwieństwie do świadka M. J.. Z powyższych przyczyn nie można podnieść skutecznego zarzutu, iżby ustalenia Sądu I instancji co do momentu faktycznego zakończenia prac przez pozwanego były całkowicie dowolne, sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, wreszcie że bezpodstawnie odmówiono wiarygodności odmiennym twierdzeniom powoda czy wskazanego świadka. Niezależnie od tego zauważyć należy to, co już zauważył także Sąd Okręgowy, że same twierdzenia stron w zakresie momentu zakończenia prac przez pozwanego, były nie tylko odmienne, ale i zmienne w ramach jednej strony, mając na uwadze same twierdzenia w toku procesu, jak i w pismach stron jeszcze przed wytoczeniem powództwa, i tak też należy oceniać treść pisma pozwanego z dnia 13 sierpnia 2012 roku.

Oczekiwanego przez skarżącego skutku nie może też odnieść kolejny z grupy omawianych zarzutów, tj. zarzut naruszenia art. 328 § 2 kpc, poprzez niewyjaśnienie przez Sąd w uzasadnieniu przyczyn odmowy mocy dowodowej powyższego pisma pozwanego, dokonanie sprzecznych ustaleń w zakresie rzekomego nieponiesienia przez powodów szkody w wyniku nieterminowego wykonania prac przez pozwanego, czy dokonanie niejednoznacznych ustaleń w przedmiocie zaawansowania prac pozwanego. Podkreślić należy, że zarzut naruszenia wskazanego przepisu procesowego tylko w wyjątkowych wypadkach może stanowić podstawę wzruszenia wyroku Sądu I instancji. Ma to miejsce zwłaszcza wówczas, gdy wadliwości uzasadnienia wyroku są na tyle istotne, że nie jest możliwe odtworzenie toku rozumowania Sądu, który doprowadził go do wydania orzeczenia określonej treści lub w przypadku zastosowania prawa materialnego do niedostatecznie jasno ustalonego stanu faktycznego. Taka sytuacja nie zachodzi w niniejszej sprawie, i nawet nie odniesienie się wprost w uzasadnieniu przez Sąd do wskazywanych przez powoda kwestii, było bez wpływu na sposób rozstrzygnięcia sprawy. Wyjaśniając w tym zakresie, odnośnie charakteru pisma pozwanego z dnia 13 sierpnia 2012 roku, Sąd Apelacyjny wyraził swoje stanowisko już wyżej, w oparciu także o dokonaną ocenę Sądu I instancji. Odnośnie ustalenia co do braku szkody, w istocie Sąd I instancji, zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie ustalił, aby taką szkodę powodowie ponieśli, niezależnie od ciężaru dowodu w tym zakresie, o czym szerzej niżej. Brak zatem tutaj zasadności zarzutu sprzeczności w ustaleniach. Wreszcie co do poziomu procentowego zaawansowania prac pozwanego, w uzasadnieniu Sądu I instancji wskazano na przesłanki tego poglądu Sądu.

Nie mogły odnieść skutku także zarzuty naruszenia prawa materialnego. W aspekcie art. 6 kc, to wprawdzie Sąd I instancji błędnie wskazał w uzasadnieniu swojego wyroku, że to powód nie wykazał, aby poniósł szkodę w wyniku nieterminowego wykonania przez pozwanego zobowiązania, albowiem to na dłużniku ciąży obowiązek udowodnienia, iż wierzyciel nie poniósł szkody, to jednak takie wskazanie, nie powoduje konieczności zmiany ustaleń Sądu Okręgowego w tym przedmiocie, w konsekwencji nie powoduje zmiany wyroku. Można wręcz stwierdzić, że faktycznie pozwany wywiązał się procesowo z tego obowiązku dowodowego, skoro to on powołał w charakterze świadka M. J., który zeznał, że powodowie, w ramach prowadzonej spółki, która była podwykonawcą, nie dostali żadnych kar w procesie budowlanym, ostatecznie zakończyli swoje prace w terminie, jaki określił (...), były pewne poprawki prac, ale ostatecznie zostały one nadgonione i zakończone w terminie (k. 142 akt). Mając na uwadze tylko ten materiał dowodowy w omawianym przedmiocie, z braku innych dowodów, w szczególności przeciwnych, Sąd I instancji miał

uzasadnione podstawy do poczynienia takich ustaleń w aspekcie szkody powodów. Apelujący podniósł także zarzuty niewłaściwego zastosowania art. 484 § 2 kc, także w aspekcie braku szkody. Przypomnieć należy, że faktycznie, jak wskazał apelujący, co do zasady szkoda nie jest przesłanką powstania roszczenia o zapłatę kary umownej, **jednakże** jej brak lub nieznaczna wysokość może stanowić jedno z kryteriów redukowania kary umownej w świetle komentowanego przepisu (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 maja 2006 roku, V CSK 55/06). W konsekwencji ustalenia braku szkody po stronie powodów, istniała już zatem jedna przesłanka do miarkowania kary umownej. Dalej, nie kwestionując charakteru kary umownej jako sankcji za sam fakt nienależytego wykonania umowy przez pozwanego, to jednak przepisy które ją normują, nie pozbawiły doniosłości relacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a godnym ochrony interesem wierzyciela, i w przypadku dużej dysproporcji między wysokością kary umownej a chronionym za jej pomocą interesem wierzyciela, dozwolone jest jej miarkowanie, także gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Przy tej ocenie nie wyklucza się uwzględnienia relacji między wysokością zastrzeżonej kary a wysokością wynagrodzenia należnego stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej, ale za zasadnicze kryterium tej oceny uznaje się stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 lutego 2014 roku, V CSK 45/13, OSN 2015/6/56). Podzielając ten pogląd, w ocenie Sądu Apelacyjnego zaistniały niespornie podstawy do miarkowania kary umownej, i to w sposób, jaki uczynił Sąd I instancji. Powtórzyć za nim należy fakt braku szkody po stronie powodów, i dodatkowo jako przesłankę do miarkowania, także stosunek wyliczonej z umowy kary do wartości wynagrodzenia, należnego pozwanemu, która to wysokość obliczona szczegółowo przez Sąd Okręgowy nie była przez apelującego kwestionowana. Na tej podstawie wskazać trzeba, że wartość kary umownej z umowy, przekracza 1/3 część kwoty wynagrodzenia. Przy jednoczesnym braku szkody po stronie powodów, sama ta okoliczność uprawniała do przyjęcia tezy o rażącej dysproporcji, i w konsekwencji do miarkowania kary do poziomu 10 %, jak to uczynił Sąd I instancji, bez potrzeby odwoływania się także do kwestii zakresu wykonania prac przez pozwanego. Jedynie na marginesie zauważyć należy, że także sam apelujący, po dokonaniu obliczenia kary z umowy, w apelacji sam dokonał miarkowania kary do poziomu 30 %, powołując się jedynie na stosunek między wysokością kary a wartością umowy, a zdaniem Sądu Apelacyjnego występuje także jeszcze jedna dodatkowa przesłanka miarkowania – braku szkody – która w orzecznictwie jest traktowana jako podstawowa i główna. Reasumując, także zarzuty merytoryczne powoda z apelacji, nie były uzasadnione.

Wobec powyższego apelację powoda Sąd Apelacyjny oddalił na podstawie art. 385 kpc (punkt 1 wyroku).

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd orzekł na podstawie art. 98 kpc w związku z art. 108 § 1 kpc, w związku z przepisami rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. z 2015 roku, poz. 1800 z późn.zm.), w brzmieniu obowiązującym na dzień wniesienia apelacji, tj. do dnia 26 października 2016 roku, orzekając w tym zakresie o należnych kosztach zastępstwa procesowego pozwanego w postępowaniu odwoławczym przed sądem apelacyjnym w stawce wynoszącej, zgodnie z przepisami, 75 % stawki określonej w § 2 pkt 5 rozporządzenia w poprzednim brzmieniu (punkt 2 wyroku).

SSA Ewa Giezek SSA Małgorzata Idasiak-Grodzińska SO del. Rafał Szurka