

**Sygn. akt XII Ga 47/13**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 kwietnia 2013 roku

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: S.S.O. Grażyna Tarkowska

Sędziowie: S.O. Ewa Górniak

S.R. (del.) Magdalena Kiedrowicz – Kopeć (spr.)

Protokolant: stażysta D. K.

po rozpoznaniu w dniu 5 kwietnia 2013 roku w Gdańsku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G.**

przeciwko Przedsiębiorstwu (...) P Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości O.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda i pozwanego

od wyroku Sądu Rejonowego w Gdyni z dnia 9 listopada 2012 roku, sygn. akt VI GC 582/12

uchyla zaskarżony wyrok w całości i sprawę przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Gdyni, pozostawiając temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego.

Sygn. akt XII Ga 47/13

## UZASADNIENIE

Powód (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. domagał się zasądzenia od pozwanego Przedsiębiorstwa (...) P Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości O. kwoty 56.120,00 zł wraz z odsetkami w wysokości czterokrotności stopy kredytu lombardowego NBP od dnia 20 grudnia 2006 r. do dnia zapłaty oraz kosztami procesu tytułem zapłaty pozostałej części wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane w budynku Zakładu Produkcyjnego (...) w G. przy ul. (...).

Wyrokiem z dnia 9 listopada 2012 r. Sąd Rejonowy w Gdyni zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 10.873,50 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 5 marca 2009 r. do dnia zapłaty, oddalił powództwo w pozostałym zakresie ( pkt II ) oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 1.709,40 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania ( pkt III ).

Ustalając stan faktyczny Sąd Rejonowy wskazał, że dnia 18 sierpnia 2006 roku Przedsiębiorstwo (...) P Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O. (zamawiający) zawarł umowę z (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. (wykonawca).

Zgodnie z § 1 ust 1 umowy przedmiot umowy stanowiło wykonanie i montaż: prace fundamentowe, konstrukcyjne, wykończeniowe, prace ślusarsko-kowalskie, balustrady, daszki nad wejściami, elewacja, podłóża, posadzki, wykładziny, glazura, pokrycie dachu, obróbki blacharskie, orynowanie.

W ust. 2 § 1 zastrzeżono, że wykonawca wykona przedmiot umowy z materiałów za wyjątkiem stolarki aluminiowej oraz drewnianej, którą dostarczy zamawiający. Zamawiający wykona w swoim zakresie rozbiórkę stropu nad pomieszczeniem magazynowym. Zgodnie z ust 3 wykonawca wykona w całości przedmiot umowy osobiście. Na pisemne polecenie zamawiającego, wynikające z odpowiedniego polecenia inwestora, wykonawca był zobowiązany do zmniejszenia, bądź pominięcia robót stanowiących przedmiot umowy w zakresie wskazanym przez zamawiającego ( § 1 ust 5 ). W razie takiej zmiany zakresu robót wynagrodzenie określone w § 4 ust 1 miało zostać odpowiednio zmienione.

Dalej Sąd Rejonowy wskazał, że zgodnie z § 2 umowy termin rozpoczęcia robót określono na dzień 18 sierpnia 2006 roku, natomiast termin zakończenia robót na dzień 30 października 2006 roku. Na polecenie zamawiającego, wynikające z odpowiedniego polecenia inwestora, wykonawca był zobowiązany do zawieszenia robót lub wskazanej ich części na taki okres czasu i w taki sposób, jaki zamawiający uzna za konieczny. W takim wypadku termin wykonania przedmiotu umowy zostanie przedłużony o okres zawieszenia.

Zgodnie z § 3 ust 2 lit m) obowiązkiem wykonawcy było przyjęcie i wykonanie ewentualnych robót dodatkowych, zamiennych lub wynikających z awarii, a związanych z przedmiotem umowy. Przystąpienie do wykonywania robót, o których mowa mogło nastąpić wyłącznie na podstawie aneksu do niniejszej umowy, sporządzonego w oparciu o obustronnie podpisany protokół konieczności, a w przypadku awarii niezwłocznie po otrzymaniu polecenia od zamawiającego w formie ustnej, które następnie miało zostać potwierdzone pisemnie w ciągu 2 dni.

W myśl postanowień § 4 umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie całości przedmiotu umowy w wysokości netto 279.923,00 zł. Dla ewentualnych robót dodatkowych i zamiennych strony miały ustalać wynagrodzenie w drodze negocjacji. Należność za wykonane roboty miała być realizowana na podstawie faktur częściowych wystawionych w oparciu o harmonogram rzeczowo -finansowy podpisany i zaakceptowany przez strony oraz faktury końcowej wystawionej w terminie 7 dni od daty podpisania protokołu odbioru końcowego przedmiotu umowy przez strony i inwestora.

Następnie Sąd ustalił, że zgodnie z § 5 umowy warunkiem zgłoszenia do odbioru końcowego miało być całkowite zakończenie prac objętych umową, przekazanie dokumentacji powykonawczej wraz z niezbędnymi atestami, certyfikatami, dopuszczeniami oraz pomiarami po montażowymi stwierdzającymi pełną sprawność oddawanych elementów robót. Odbiór końcowy miał nastąpić w momencie podpisania przez strony i inwestora protokołu odbioru końcowego przedmiotu umowy.

Zgodnie z § 7 umowy wykonawca był zobowiązany do zapłaty zamawiającemu kary umownej za zwłokę w przekazaniu całości robót objętych poszczególnymi etapami jak i całym zakresem umowy - w wysokości 0,5 % wynagrodzenia za przedmiot umowy ustalonej w § 4, za każdy dzień zwłoki licząc od dnia określonego w umowie jako dzień zakończenia robót, a jeżeli opóźnienie przekracza 7 dni, w wysokości 1 % wynagrodzenia za przedmiot umowy ustalonego w § 4, za każdy następny dzień, licząc od ósmego dnia opóźnienia. Kara umowna miała podlegać potrąceniu z wynagrodzenia wykonawcy. Jeżeli zamawiający opóźniałby się z zapłatą wynagrodzenia wykonawcy wynikającego z jakiegokolwiek faktury, o której mowa w § 4 ust 4. zamawiający miał zapłacić karę w wysokości 1 % wartości faktury netto za każdy dzień zwłoki w dokonaniu płatności, a jeżeli opóźnienie przekroczyłoby 7 dni karę w wysokości 1,5 % za każdy następny dzień licząc od dnia ósmego.

Zgodnie z § 8 umowy przedstawicielami zamawiającego na budowie byli: R. W., M. B., K. J.. Przedstawicielem wykonawcy był J. K. (1). Każda zmiana umowy wymagała formy pisemnej pod rygorem nieważności ( § 9 umowy).

W dalszej części ustaleń faktycznych Sąd wskazał, że podczas wykonywania umowy z dnia 18.08.2006r. powstała konieczność wykonania robót dodatkowych.

Powód określił w kosztorysach wartość prac dodatkowych na kwoty 43.763,60 zł, 41.111,68 zł oraz 48.981,34 zł. Pozwany zweryfikował przedłożone przez powoda w tym zakresie oferty wraz z kosztorysami, obniżając wartość prac dodatkowych odpowiednio do kwot 35.482,43 zł, 33.830,54 zł oraz 5.610,67 zł tj. łącznie do kwoty 74.923,64 zł.

Dnia 9 października 2006 roku sporządzono protokół odbioru częściowego robót rozbiórkowych i dodatkowych. Protokół ten obejmowała prace wykonane od dnia 10 września 2006 roku do 5 października 2006 roku.

Dnia 25 października 2006 roku został sporządzony protokół odbioru wykonanych robót w okresie od dnia 21 sierpnia 2006 roku do dnia 25 października 2006 roku. Na podstawie protokołu odebrano następujące roboty: fundamenty, konstrukcja, roboty dodatkowe, a łączna wartość kosztorysu wykonawczego określono na: 162.820,34 zł minus 10 % = 146.538,31 zł. Protokół ten podpisany został przez przedstawicieli powoda i pozwanego. W dniu 25 października 2006 r. sporządzone zostało ponadto zestawienie wartości wykonanych robót.

Ponadto Sąd ustalił, że dnia 25 października 2006 roku powód obciążył pozwanego fakturą VAT nr (...) z tytułu wykonanych robót remontowo - budowlanych na kwotę 146.538,31 zł netto (178.776,73 zł brutto) z terminem płatności upływającym z 14-stym dniem od dnia wystawienia faktury. Dnia 14 listopada 2006 roku pozwany wpłacił na rzecz powoda kwotę 50.000,00 zł oraz dnia 17 listopada 2006 roku kwotę 47.651,97 zł.

Pismem z dnia 16 listopada 2006 roku powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 47.868,65 zł wskazując, iż ze względu na brak środków nie może zakończyć robót.

W pismach z dnia 15 listopada 2006 roku, 17 listopada 2006 roku, 21 listopada 2006 roku pozwany ponaglał powoda z wykonaniem robót objętych umową. Pozwany poinformował również, że będzie zmuszony do zlecenia niewykonanych przez powoda robót innemu wykonawcy, a kosztami wykonania zastępczego obciąży powoda.

Sąd ustalił również, że na terenie budowy znajdowało się kilku pracowników z ramienia podwykonawcy powoda oraz kilku pracowników powoda. Prace były wykonywane z opóźnieniem, co było spowodowane brakiem materiałów, które nie były dostarczane na czas. Za dostawę materiałów odpowiadał reprezentant powoda K. W..

Pismem z dnia 21 listopada 2006 roku powód poinformował pozwanego, że najpóźniej dnia 22 listopada 2006 roku ukończy wszystkie prace uzgodnione z K. J.. Pismem z dnia 24 listopada 2006 roku powód poinformował, że roboty objęte umową zostały zakończone i zwrócił się o wyznaczenie terminu odbioru. Pismem z dnia 28 listopada 2006 roku powód poinformował, że dnia 27 listopada 2006 roku M. B. potwierdził zakończenie zakresu robót powoda, uzgodnionego z K. J. i wezwał do dokonania odbioru.

Sąd wskazał, że dnia 4 grudnia 2006 roku sporządzono protokół odbioru wykonanych robót w okresie od dnia 27 października 2006 roku do dnia 24 listopada 2006 roku przy udziale R. W. oraz K. W.. Protokół obejmował wykonane prace: pokrycie dachu (wartość kosztorysu wykonawczego 69.998,00 zł minus izolacja z wełny 18.604,15 zł), podłóża i posadzki (2.152,02 zł), wstrzymane 10 % z poprzedniego protokołu (16.282,03 zł), minus nie wykonana konstrukcja stalowa (-23.827,90 zł). Łącznie wartość strony zgodnie określiły na kwotę 46.000,00 zł.

Dnia 4 grudnia 2006 roku sporządzono protokół obioru końcowego. Przedmiot odbioru stanowiły roboty: prace fundamentowe, konstrukcyjne, podłóża, pokrycie dachu, obróbki blacharskie, orynnowanie z wyłączeniem prac wykończeniowych, prac ślusarsko-kowalskich, balustrad, daszków nad wejściami, elewacji, wykładzin, glazury, które zostały uzgodnione pomiędzy stronami. W komisji znajdowali się: K. W. jako reprezentant powoda oraz K. J. i R. W. jako przedstawiciele pozwanego. Sporządzając protokół stwierdzono drobne usterki, które miały zostać usunięte zgodnie z umową. Wartość wykonanych robót strony zgodnie wyceniły na kwotę netto 192.538,31 zł, przy czym na sumę tę składała się kwota 117.614,67 zł, na którą strony określiły wartość robót wynikających z umowy pisemnej oraz kwota 74.923,64 zł, na którą strony zgodnie określiły wartość prac dodatkowych. W związku ze wzajemnym ustaleniem przez strony, że z tytułu wykonania przez powoda robót budowlanych pozwany nie uregulował na rzecz powoda kwoty

46.000 zł netto (56.120 zł brutto) powód dnia 05 grudnia 2006 roku obciążył pozwanego wystawioną na tę kwotę fakturą VAT nr (...) z terminem płatności upływającym z dniem 19 grudnia 2006 roku.

W końcowej części ustaleń faktycznych Sąd wskazał, że pismem z dnia 19 grudnia 2006 roku pozwany Przedsiębiorstwo (...) P Sp. z o.o. w O. poinformował powoda o naliczeniu kary umownej za zwłokę, wynoszącą 27 dni w wykonaniu przedmiotu umowy. Wartość kary umownej ustalona została przez pozwanego na kwotę 65.781,90 zł z powołaniem się na postanowienia § 7 ust 1 lit a umowy. Liczba dni, za które naliczono karę umowną odpowiadała liczbie dni, które upłynęły od daty zakończenia robót określonej w umowie do daty odbioru końcowego.

Sąd ustalił, że pismem z dnia 21 grudnia 2006 roku powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 56.120,00 zł. W odpowiedzi pozwany poinformował, że rozliczenie faktury VAT nr (...) nastąpiło zgodnie z pismem z dnia 19.12.2006 r. W piśmie z dnia 27 grudnia 2006 roku powód odesłał pozwanemu wystawioną notę księgową wskazując, że jej nie uznaje oraz wezwał do zapłaty kwoty 56.120,00 zł.

Powód wniósł do Sądu Rejonowego w Gdyni Wydział VI Gospodarczy o zawezwanie pozwanego do próby ugodowej, jednakże do zawarcia ugody nie doszło.

Rozważając Sąd Rejonowy wskazał, że stan faktyczny ustalił na podstawie oświadczeń stron w zakresie, w jakim nie były kwestionowane przez drugą stronę, dokumentów załączonych do akt sprawy. Sąd w oparciu o przepis art. 479(12) § 1 k.p.c. oddalił wnioski dowodowe zgłoszone przez powoda w piśmie procesowym z dnia 27 kwietnia 2012 roku oraz w piśmie procesowym z dnia 18 sierpnia 2012 roku jako spóźnione. Sąd ocenił jako wiarygodne zeznania świadka M. M., świadka M. B., świadka K. J., J. K. (2), zeznania prezesa zarządu pozwanego P. P., a prezesa zarządu powoda K. W. poza tą ich częścią, w której starał się on wykazać, iż nie było problemów z dostawami materiałów na teren budowy oraz, że zwracał się o aneks do umowy uwzględniający roboty dodatkowe i przesunięcie terminu, albowiem nie znalazło to potwierdzenia w zeznaniach pozostałych świadków.

W ocenie Sądu powództwo było częściowo zasadne.

Zdaniem Sądu umowa zawarta między stronami dnia 18 sierpnia 2006 roku odpowiada kodeksowej regulacji umowy o roboty budowlane zgodnie z art. 647 k.c. i art. 6471 § 1 k.c.

W niniejszej sprawie powód dochodził zapłaty kwoty 56.120,00 zł tytułem zapłaty za część wykonanych zgodnie z umową pisemną prac, za które pozwany należności nie uregulował. Pozwany natomiast zarzucił, że rozliczenie owej kwoty nastąpiło poprzez potrącenie naliczonej kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy.

Sąd powołując się na § ust. 1 lit. a oraz mając na uwadze przepis art. 483 § 1 k.c., zważył, że w niniejszej sprawie strony zastrzegły karę umowną na wypadek zwłoki w przekazaniu przez wykonawcę (w tym wypadku przez powoda) całości robót objętych umową i było to dopuszczalne albowiem obowiązek terminowego wykonania robót miał charakter niepieniężny.

Sąd wskazując, że zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.), uznał, że podporządkowanie kary umownej podstawom odpowiedzialności kontraktowej sprawia, że zobowiązany do zapłaty tej kary może się bronić zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Jednakże jakkolwiek sformułowanie art. 472 k.c. świadczy o tym, że jeśli nic innego nie wynika z ustawy lub czynności prawnej, odpowiedzialność kontraktowa dłużnika opiera się na zasadzie winy, to na podstawie art. 473 k.c. strony mogą w zasadzie dowolnie kształtować odpowiedzialność kontraktową, jedyne ograniczenie wynika z § 2 tego przepisu, stanowiącego że strony nie mogą jedynie wyłączyć odpowiedzialności za szkodę, którą dłużnik może wyrządzić wierzycielowi umyślnie.

Sąd podkreślił, że zgodnie z umową termin zakończenia robót został wyznaczony na dzień 30 października 2006 roku, natomiast zakończenie robót zostało potwierdzone przez przedstawiciela pozwanego na dzień 27 listopada

2006 roku. W niniejszej sprawie bezsporne między stronami pozostawało, że przedmiot umowy został oddany z opóźnieniem. Pozwany obciążył powoda karą umowną w kwocie 65.781,90 zł za 27 dni opóźnienia, przyjmując za podstawę naliczenia kary umownej wynagrodzenie przewidziane w umowie za wykonanie robót w kwocie 279.923,00 zł. Powód natomiast zarzucił, że opóźnienie w wykonaniu umowy nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych.

Sąd powołując się na zeznania świadków ustalił, iż opóźnienia w wykonywanych robotach powstały w wyniku braku materiałów. Za dostawę materiałów odpowiadał powód. (...) były dostarczane z opóźnieniem, co powodowało przestoje w wykonywanych pracach. Pozwany wskazał także jako powód opóźnień zbyt małą ilość pracowników na budowie z ramienia powoda, jednakże jak wynika z zeznań świadka J. K. (1) „budowę tą wykonywałem ja i 5 moich pracowników. Jeżeli był materiał to ta liczba pracowników w zupełności wystarczała” (k. 196). Wobec powyższego Sąd uznał za zasadne stanowisko pozwanego, że opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy nastąpiło z przyczyn od powoda zależnych, wobec czego zasadne było naliczenie przez pozwanego kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy.

Pozwany jako podstawę naliczenia kary umownej przyjął wynagrodzenie określone w § 4 umowy, jednakże Sąd zwrócił, uwagę, iż bezsporne było to, iż przedmiot umowy nie został wykonany przez powoda w całości i zakres robót powierzonych powodowi został w drodze uzgodnień stron zmniejszony. Wobec zmniejszenia zakresu umowy pomniejszeniu uległo również należne powodowi wynagrodzenie. Strony dnia 5 grudnia 2006 roku zweryfikowały kosztorys ofertowy będący załącznikiem umowy nr (...) i określiły wartość wykonanych robót na kwotę 192.538,31 zł netto (k. 68-71), wobec czego to ta kwota powinna stanowić w ocenie Sądu podstawę wyliczenia kary umownej za zwłokę, a nie kwota wynagrodzenia przyjęta za zakres robót określony umową, który został następnie przez strony ograniczony. W związku z powyższym Sąd Rejonowy uznał, iż kara umowna należna pozwanemu powinna zostać wyliczona w następujący sposób:  $7 \text{ dni} \times 0,5 \% \times 192.538,31 \text{ zł} = 6.738,84 \text{ zł}$ ,  $20 \text{ dni} \times 1 \% \times 192.538,31 \text{ zł} = 38.507,66 \text{ zł}$ , łącznie 45.246,50 zł.

W ocenie Sądu Rejonowego pozwany niezasadnie przyjął jako podstawę naliczenia kary umownej początkowo określone przez strony wynagrodzenie w kwocie 279.923,00 zł. Argumentował, że strony w zawartej dnia 18 sierpnia 2006 roku umowie określiły przedmiot umowy a w kosztorysie ofertowym określiły konkretnie wartość wykonywanych prac. Natomiast dnia 05 grudnia 2006 roku strony zmodyfikowały zawartą umowę ograniczając zakres prac wykonywanych przez powoda, co przedstawia zweryfikowany kosztorys ofertowy, z którego została wykreślona część pozycji. Ogólną wartość wykonanych robót ostatecznie określono na kwotę 192.538,31 zł. Wobec dokonania modyfikacji wartości wykonanych robót przez strony podstawy wyliczenia kary umownej nie mogła stanowić w ocenie Sądu początkowo ustalona wartość robót lecz wartość wykonanych robót (którą strony wspólnie ustaliły w dniu 5 grudnia 2006 r.). W świetle powyższego Sąd Rejonowy uznał, że pozwany zawyżył wartość naliczonej kary umownej. Prawdłowo wyliczona kara umowna należna pozwanemu od powoda wynosi kwotę 45.246,50 zł.

Zgodnie z § 7 ust 2 umowy kary umowne, o których mowa w ust. 1 pkt a, b i c podlegają potrąceniu z wynagrodzenia wykonawcy. Wobec powyższego postanowienia umownego pozwany uprawniony był do potrącenia kary umownej z wynagrodzenia powoda.

Sąd I instancji mając na uwadze przepisy art. 498 k.c., 499 k.c. oraz art. 479(14) § 4 k.p.c. uznał, że w niniejszej sprawie pozwany skonkretyzował swoje roszczenie wyliczając należną mu karę umowną i pismem z dnia 19 grudnia 2006 roku złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu. Jednakże pozwany w sposób niewłaściwy wyliczył należną mu karę umowną, która powinna wynosić 45.246,50 zł, wobec czego potrącenie dokonane przez pozwanego w złożonym powodowi oświadczeniu jest skuteczne jedynie do tej kwoty. W świetle powyższych ustaleń wiarygodność powoda względem pozwanego ulega umorzeniu do kwoty 45.246,50 zł, natomiast wiarygodność pozwanego ulega umorzeniu w całości. Po dokonaniu potrącenia wiarygodność należna powodowi od pozwanego wynosi 10.873,50 zł (56.120 zł – 45.246,50 zł).

Sąd zważył także, że powód domagał się zasądzenia kwoty 56.120,00 zł wraz z odsetkami umownymi w wysokości czterokrotności stopy kredytu lombardowego Narodowego Banku Polskiego od dnia 20 grudnia 2006 roku do dnia

zapłaty. Pozwany zarzucił natomiast, że wysokość odsetek żądanych przez powoda nie znajduje podstaw w treści umowy co oznacza, że powodowi przysługują odsetki w wysokości ustawowej. Pozwany zarzucił także, że roszczenie odsetkowe powoda uległo przedawnieniu za okres 3 lat wstecz od chwili wniesienia pozwu.

Sąd Rejonowy podkreślił, iż w postanowieniu umownym § 7 ust 4 umowy strony posłużyły się określeniem „kara” co sugeruje, że chodzi o karę umowną. Również konstrukcja owej kary zbliżona jest do skonstruowanej w tym samym paragrafie kary umownej za zwłokę w przekazaniu przez wykonawcę całości robót. Z uwagi na konstrukcję owej kary analogiczną do skonstruowanej przez strony kary za zwłokę w przekazaniu całości robót Sąd uznał, iż strony zastrzegły karę umowną na wypadek opóźnienia z zapłatą wynagrodzenia wykonawcy wynikającego z faktur co jest sprzeczne z art. 483 § 1 k.c. i na mocy art. 58 k.c. nieważne, umowa natomiast pozostaje ważna w pozostałych częściach. W świetle powyższego Sąd podzielił stanowisko pozwanego, iż powodowi należą się odsetki ustawowe.

Pozwany podniósł także zarzut przedawnienia roszczenia odsetkowego powoda za okres 3 lat wstecz od chwili wniesienia pozwu zgodnie z art. 118 k.c. Sąd Rejonowy uwzględnił powyższy zarzut. Jednocześnie wskazał, że termin płatności faktury nr (...) upływał z dniem 19 grudnia 2006 roku. Dnia 03 grudnia 2009 roku powód złożył w Sądzie Rejonowym w Gdyni Wydział VI Gospodarczy wniosek o zawezwanie do próby ugodowej Przedsiębiorstwa (...) P sp. z o.o. w O., przerywając tym bieg przedawnienia roszczenia wynikającego z w/w faktury. Jednakże powód zawezwał do próby ugodowej jedynie w sprawie zapłaty kwoty 56.120,00 zł, natomiast nie wskazał roszczenia o odsetki, wobec czego roszczenie odsetkowe powoda uległo przedawnieniu za okres 3 lat wstecz od chwili wniesienia pozwu w niniejszej sprawie. Pozew w niniejszej sprawie powód wniósł dnia 05 marca 2012 roku.

W świetle powyższych ustaleń Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 10.873,50 zł wraz z odsetkami w wysokości ustawowej od dnia 05 marca 2009 roku do dnia zapłaty na mocy art. 647 k.c. oraz art. 481 § 1 i 2 k.c.

Uznając dalej idące żądanie pozwu za niezasadne z przyczyn omówionych powyżej Sąd orzekł jak w punkcie drugim wyroku na podstawie cytowanych przepisów stosowanych a contrario.

O kosztach procesu Sąd orzekł w punkcie III sentencji wyroku zgodnie z zasadą stosunkowego rozdzielenia kosztów procesu, wyrażoną w art. 100 k.p.c., uznając, że powód przegrał sprawę w 81 %, a pozwany w 19 %.

Od powyższego wyroku apelację wywiódł pozwany zaskarżając wyrok w części, tj. w zakresie pkt I i III - oba w całości oraz zarzucił mu:

- naruszenie art. 65 § 1 i § 2 k.c. w zw. z § 7 ust. 1 lit. a) i w zw. z § 4 ust. 1 umowy nr (...) z dnia 18 sierpnia 2006 roku oraz treścią protokołu odbioru końcowego robót z dnia 4 grudnia 2006 roku, przez dokonanie wykładni oświadczeń woli stron w sposób oderwany od okoliczności, w których zostały one złożone, jak również z pominięciem zamiaru i celu umowy stron oraz treści zamieszczonych w przedmiotowym protokole odbioru, co doprowadziło sąd I instancji do niezasadnego przyjęcia, że w dniu 4 grudnia 2006 roku, ograniczając pierwotny zakres robót powoda (tj. w momencie, gdy pozostawał on już w zwłoce z oddaniem przedmiotu umowy i gdy dla obu stron oczywiste było, że nie jest on go w stanie ukończyć nawet pogłębiając rozmiar zwłoki, co zasadniczo legło u podstaw przedmiotowej zmiany zakresu robót i zakończenia umowy stron) i zmniejszając należne powodowi wynagrodzenie (do robót faktycznie przez niego wykonanych), strony dokonały również ustaleń, a w konsekwencji - ważnej i skutecznej zmiany umowy także co do zmniejszenia podstawy obliczania wartości kary umownej należnej pozwanemu od powoda za jego zwłokę,

- naruszenie art. 76 zd. pierwsze k.c. przez przyjęcie, że pomimo tego, iż dokonując powyższej zmiany umowy stron, zawartej przez nie w formie pisemnej i z zastrzeżeniem, że jej zmiany będą ważne i skuteczne tylko w przypadku dokonania ich z zachowaniem tej samej formy, zmniejszenie zakresu robót i korespondujące z tym zmniejszenie wynagrodzenia powoda, skutkowało także wiążącym, lecz nie objętym już formą pisemną zmniejszeniem podstawy obliczania wartości kary umownej należnej pozwanemu od powoda na podstawie § 7 ust. 1 lit. a) w zw. z § 4 ust. 1 umowy stron z dnia 18 sierpnia 2006 roku.

W konkluzji wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt I w całości i oddalenie powództwa również w tym zakresie, o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt III w całości przez rozstrzygnięcie o kosztach postępowania przed sądem I instancji, w tym o kosztach zastępstwa procesowego, według norm przepisanych, zgodnie z końcowym wynikiem sprawy, nadto o zasądzenie pozwanemu od powoda kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Od powyższego wyroku apelację wywiódł również powód zaskarżając wyrok w zakresie pkt. I - w części obejmującej rozstrzygnięcie o odsetkach od należności głównej, a także pkt II oraz pkt. III ww. wyroku, a nadto zarzucił:

- naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 316 k.p.c. w zw. z art. 479(14) § 2 k.p.c. poprzez oparcie przez Sąd I instancji rozstrzygnięcia zawartego w zaskarżonym wyroku na zarzucie braku materiałów budowlanych na placu budowy, za który to rzekomy brak odpowiadał reprezentant powoda K. W., co w ocenie Sądu I instancji spowodowało opóźnienie w wykonaniu prac, podczas gdy pozwana spółka jakiego zarzutu nie podniosła w treści odpowiedzi na pozew, dalszych pismach procesowych, ani w innych wcześniej sporządzonych dokumentach pochodzących od pozwanego złożonych do akt niniejszej sprawy, w tym pismach z 15.11.2006 r., 17.11.2006 r., 21.11.2006 r., 27.11.2006 r., 30.11.2006 r., 19.12.2006 r. oraz 21.12.2006 r.;

- sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, polegającą na przyjęciu, iż w zakresie zarzutu braku materiałów budowlanych na placu budowy powód „doskonale znał stanowisko pozwanego jeszcze przed wytoczeniem powództwa, albowiem strony wcześniej prowadziły rozmowy i korespondencję odnośnie terminowości wykonanych przez powoda prac budowlanych” (str. 9 uzasadnienia wyroku), podczas gdy z materiału dowodowego zgromadzonego w toku niniejszego postępowania wynika, iż do dnia rozprawy z 20 lipca 2012 r. powód nie miał wiedzy o zarzucie braku wystarczającej ilości materiałów powodującym rzekomo opóźnienie w wykonaniu prac, albowiem zarzut ten nie został zgłoszony w pismach kierowanych do powoda przez pozwanego, ani w toku postępowania o zawezwanie do próby ugodowej, jak również w treści odpowiedzi na pozew, czy też dowodowych dotyczących dowodów z zeznań świadków;

- naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 217 § 1 k.p.c., art. 227 k.p.c. w zw. z art. 479 § 1 k.p.c. poprzez oddalenie przez Sąd I instancji na rozprawie w dniu 26 października 2012 r. wniosków dowodowych zawartych w piśmie procesowym powoda z dnia 2 sierpnia 2012 r. o dopuszczenie i przeprowadzenie przez Sąd dowodu z dokumentów, tj. wyciągów z rachunku bankowego powodowej spółki (22 dokumenty), pisemnego oświadczenia z dnia 1 sierpnia 2012 r. J. W., a także dokumentów wydania materiałów budowlanych na zewnątrz WZ (6 dokumentów), zgłoszonych przez powoda w terminie dwutygodniowym od dnia, w którym wynikła potrzeba ich powołania (treść zeznań świadków złożonych na rozprawie w dniu 20 lipca 2012 r.), pomimo zgłoszenia przez pełnomocnika powoda do protokołu rozprawy z dnia 26 października 2012 r. zastrzeżenia o naruszeniu przez Sąd przepisów postępowania;

- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 476 k.c., stanowiącego, że „Dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi” i w konsekwencji wadliwe przyjęcie przez Sąd, że do zwłoki powoda określonej postanowieniem § 7 ust- 1 lit. a) umowy z dnia 18 sierpnia 2006 r. w niniejszej sprawie doszło, podczas gdy opóźnienie powoda w zakończeniu robót było wynikiem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi;

- naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 227 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie przez Sąd ustaleń co do przyczyn przekroczenia przez powoda pierwotnie ustalonego terminu zakończenia robót, bez przeprowadzenia dowodu z pisemnej opinii biegłego z zakresu budownictwa, wykonawstwa oraz kosztorysowania robót budowlanych, na okoliczność, czy roboty budowlane określone w kosztorysach otrzymanych przez kierownika robót świadka M. B. w okresie od 26 września 2006 r. do 9 października 2006 r. miały charakter robót dodatkowych realizowanych w ramach umowy NR (...) z dnia 18 sierpnia 2006 r., i konieczne było ich uprzednie wykonanie dla umożliwienia (...) Sp. z o.o. wykonania przedmiotu ww. umowy z dnia 18 sierpnia 2006 r., czy też ich wykonanie nie było niezbędne dla prawidłowego wykonania robót budowlanych określonych w ww. umowie z dnia 18 sierpnia 2006 r., a także czy

wykonanie ww. robót objętych kosztorysami powodowało konieczność wstrzymania przez (...) Sp. z o.o. wykonania całości lub części prac stanowiących przedmiot umowy NR (...) z dnia 18 sierpnia 2006 r., bowiem dokonanie ww. ustaleń w ocenie powoda wymagało wiadomości

specjalistycznych, pomimo zgłoszenia przez pełnomocnika powoda do protokołu rozprawy z dnia 26 października 2012 r. zastrzeżenia o naruszeniu przez Sąd przepisów postępowania w tym zakresie;

- naruszenie prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie przez Sąd I instancji granic swobodnej oceny dowodów w wyniku uznania, że tylko zeznania świadków potwierdzających braki materiałów budowlanych w miejscu prowadzenia robót, mają walor dowodu wystarczającego dla ustalenia zasadności naliczenia kary umownej, a inne nie - w tym opinia biegłego sądowego oparta na analizie dokumentacji, wpisach do dziennika budowy i korespondencji między stronami w toku prac oraz dokumenty złożone przez powoda do akt sprawy w dniu 2 sierpnia 2012 r.;

- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 359 § 2(1) i 2(2) k.c. poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż postanowienie § 7 ust. 4 umowy nr (...) z dnia 18 sierpnia 2006 r. dotyczące „kary” zastrzeżonej na rzecz wykonawcy (powoda) za opóźnienie w zapłacie przez zamawiającego (pozwanego) wynagrodzenia wynikającego z faktury VAT jest nieważne z mocy przepisu art. 58 § 1 k.c., ponieważ - zdaniem Sądu I instancji - „kara” o której mowa w przywołanym postanowieniu jest karą umowną w rozumieniu przepisu art. 483 k.c., podczas gdy zgodnym zamiarem stron, wyrażonym w tytule ww. § 7 „Kary umowne i odpowiedzialność odszkodowawcza, odsetki i odstąpienie od umowy”, było określenie stopy odsetek umownych za opóźnienie w płatności, której wysokość wskazuje na karny charakter ww. świadczenia ubocznego, a także, iż jest to świadczenie ekwiwalentne w stosunku do wysokości zastrzeżonych na rzecz zamawiającego kar umownych (§ 7 ust. 1 lit. a) umowy);

- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 118 k.c., art. 123 § 1 pkt 1) k.c., art. 124 § 1 k.c., poprzez wadliwe przyjęcie, że złożenie przez powoda w dniu 3 grudnia 2009 r. wniosku do Sądu Rejonowego w Gdyni o zawiązanie do próby ugodowej dotyczącego należności wynikającej z faktury VAT nr (...) z dnia 5 grudnia 2006 r. (wymagalnej od dnia 20 grudnia 2006 r.), wystawionej w oparciu o umowę (...) z dnia 18 sierpnia 2006 r. nie spowodowało przerwania biegu przedawnienia w zakresie przysługujących powodowi odsetek od należności głównej, a odsetki te - zdaniem Sądu I instancji - przysługują powodowi od dnia 5 marca 2009 r. do dnia zapłaty, tzn.; za ostatnie trzy lata przed dniem złożenia pozwu w niniejszej sprawie, podczas gdy zgodnie z przepisem art. 123 § 1 pkt 1) k.c. bieg przedawnienia przerywa się przez każdą czynność przed sądem przedsięwziętą bezpośrednio w celu dochodzenia lub ustalenia albo zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczenia, a przepis art. 185 § 1 k.p.c. wymaga aby wnioskodawca w zawiązaniu do próby ugodowej jedynie „oznaczył zwięźle sprawę”, co powód prawidłowo uczynił;

- wadliwe wyliczenie przez Sąd I instancji wysokości kary umownej przysługującej - zdaniem Sądu - pozwanemu oraz w konsekwencji jej zawyżenie o kwotę 17.607,06 zł, w związku z uzgodnioną i dokonaną przez strony w dniu 5 grudnia 2006 r. zmianą wartości umowy (kosztorys ofertowy z dnia 5 grudnia 2006 r. - zmniejszenie zakresu i wartości robót), wynikające z przyjęcia, że wynagrodzenie o którym stanowi postanowienie § 4 umowy (...) z dnia 18 sierpnia 2006 r. wyniosło 192.538,31 zł netto, podczas gdy faktycznie wyniosło ono 117.614,67 zł netto, ponieważ kwota 74.923,64 zł netto dotyczy wyłącznie wynagrodzenia za wykonywane w ramach przedmiotowej umowy roboty dodatkowe, które jednak nie zostały przez strony wymienione w postanowieniu § 4 umowy jako składnik wynagrodzenia uwzględniany przy obliczaniu kar umownych (45.246,50 zł - 27.639,44 zł ~ 17.607,06 zł);

- naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 316 § 1 k.p.c., art. 321 § 1 k.p.c. oraz art. 328 § 1 k.p.c. poprzez nierozpoznanie przez Sąd I instancji zawartego w pozwie o zapłatę żądania powoda miarkowania przez Sąd kary umownej naliczonej przez pozwanego (art. 484 § 2 k.c.), pominięcie w treści uzasadnienia wyroku zarzutów powoda, iż zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, a naliczona kara jest rażąco wygórowana, a także niewyjaśnienie z jakich względów zarzuty te zostały niewymienione w uzasadnieniu wyroku, pomimo uznania przez Sąd, że pozwany miał prawo obciążyć powoda karą umowną.

W konkluzji wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 45.246,50 zł wraz z odsetkami umownymi w wysokości czterokrotności stopy kredytu lombardowego Narodowego



Banku Polskiego, naliczanymi od kwoty 56.120,00 zł od dnia 20 grudnia 2006 r. do dnia zapłaty, rozstrzygnięcie o kosztach postępowania przed Sądem I instancji według norm przepisanych, w tym zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda zwrotu kosztów sądowych oraz kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3.600,00 zł oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17,00 zł, ewentualnie w razie uznania przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, że Sąd I instancji nie rozpoznał istoty sprawy, albo iż wydanie wyroku w niniejszej sprawie wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości, wniósł o uchylenie wyroku Sądu I instancji oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Ponadto, wniósł o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego według norm przepisanych, w tym zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 1.800,00 zł.

W odpowiedzi na apelację pozwanego, powód wniósł o jej oddalenie w całości oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych, uwzględnienie apelacji powoda z dnia 20 grudnia 2012 r. oraz zmianę zaskarżonego wyroku w sposób opisany w treści apelacji strony powodowej.

W odpowiedzi na apelację powoda, pozwany domagał się odrzucenia apelacji powoda w części dotyczącej rozstrzygnięcia o żądaniu zmniejszenia kary umownej, jako wniesionej od orzeczenia nieistniejącego i z tej przyczyny niedopuszczalnej, oddalenia apelacji w pozostałym zakresie, ewentualnie oddalenia apelacji w całości, w każdym przypadku zaś o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym, według norm przepisanych, stosownie do rozstrzygnięcia.

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

Apelacje powoda i pozwanego zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że brak jest podstaw dla odrzucenia apelacji powoda w części dotyczącej rozstrzygnięcia o żądaniu zmniejszenia kary umownej jako wniesionej od orzeczenia nieistniejącego i z tej przyczyny niedopuszczalnej. Na mocy art. 370 k.p.c. Sąd pierwszej instancji odrzuci na posiedzeniu niejawnym apelację wniesioną po upływie przepisane terminu, nieopłaconą lub z innych przyczyn niedopuszczalną, jak również apelację, której braków strona nie uzupełniła w wyznaczonym terminie. Zważyć należy, że celem postępowania sprawdzającego jest wyjaśnienie przez sąd pierwszej instancji szeroko pojmowanej kwestii dopuszczalności apelacji. Chodzi o skontrolowanie nie tylko, czy apelacja spełnia wymagania formalne i fiskalne oraz czy wniesiono ją w terminie, lecz także, czy w konkretnej sytuacji procesowej jest ona dopuszczalna pod względem przedmiotowym, tzn. czy dany wyrok podlega zaskarżeniu apelacyjnemu, oraz pod względem podmiotowym, tzn. z punktu widzenia formalnej legitymacji. Dokonywana kontrola ma więc charakter jedynie formalny, gdyż zagadnienia natury merytorycznej przekraczają zakres postępowania sprawdzającego. Z całą pewnością przewidziane w art. 484 § 2 k.c. uprawnienie do żądania zmniejszenia kary umownej jest co do zasady środkiem obrony pozwanego ( w tym jednak wypadku powoda ) prowadzącym do częściowego oddalenia powództwa ( a jak w rozpoznawanej sprawie częściowego oddalenia zgłoszonego przez pozwanego zarzutu potrącenia, a zatem może być realizowane jedynie w formie zarzutu merytorycznego (wyrok SN z dnia 26 listopada 2008 r., III CSK 168/08, LEX nr 479329). Z tego względu podlega ocenie w kontekście zasadności apelacji, a nie w ramach podejmowanych przez Sąd pierwszej instancji dokonujący czynności w ramach postępowania międzyinstancyjnego (por. postanowienie SN z dnia 6 marca 1973 r., II CZ 22/73, OSNC 1974, nr 1, poz. 16).

Na wstępie rozważań podkreślić należy, że kontrola instancyjna zarzucanego apelacjami naruszenia przepisów prawa materialnego może być dokonywana jedynie w kontekście prawidłowo poczynionych ustaleń faktycznych, w niewadliwie przeprowadzonym postępowaniu, stąd w pierwszej kolejności ocenie podlegają zarzuty dotyczące naruszenia przepisów proceduralnych, które determinują rozważania w zakresie prawa materialnego i ostatecznie przesądzają, czy Sąd Rejonowy rozpoznał istotę sprawy.

Nierozpoznanie istoty sprawy to zaniechanie przez sąd badania materialnej (istotnej) podstawy żądania pozwu oraz merytorycznych zarzutów pozwanego. Oceny, czy sąd rozpoznał istotę sprawy, dokonuje się na podstawie analizy żądań pozwu (odwołania) i przepisów prawa materialnego stanowiących podstawę rozstrzygnięcia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2001 r., II UKN 581/00, LEX nr 567859). Dlatego nierozpoznanie istoty sprawy zachodzi wówczas, gdy sąd pierwszej instancji rozstrzygnął nie o tym, co było przedmiotem sprawy, zaniechał w ogóle zbadania materialnej podstawy żądania, pominął całkowicie merytoryczne zarzuty zgłoszone przez stronę, rozstrzygnął o żądaniu powoda na innej podstawie faktycznej i prawnej niż zgłoszona w pozwie, nie uwzględnił (nie rozważył) wszystkich zarzutów pozwanego dotyczących kwestii faktycznych, czy prawnych rzutuujących na zasadność roszczenia powoda (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 6 grudnia 2001 r., I PKN 714/00, OSNP 2003 Nr 22, poz. 544; z dnia 12 lutego 2002 r., I CKN 486/00, OSP 2003 Nr 3, poz. 36; z dnia 12 września 2002 r., IV CKN 1298/00, LEX nr 80271; z dnia 9 stycznia 2001 r., I PKN 642/00, OSNAPiUS 2002 Nr 17, poz. 409 oraz z dnia 28 listopada 2000 r., IV CKN 175/00, LEX nr 515416).

Kierując się powyższymi wskazówkami Sąd Okręgowy doszedł do wniosku, że w sprawie, w której wniesiono obie apelacje Sąd Rejonowy nie rozpoznał istoty sprawy. Stwierdzić należy, że problem, który wyczerpuje istotę sprawy, a zarazem tworzy podstawę zarzutów obu apelacji sprowadza się do oceny czy powód ponosi odpowiedzialność za nieterminowe zakończenie robót, a zatem, czy istniały podstawy do naliczenia kary umownej przez pozwanego, a w rezultacie czy zarzut potrącenia pozwanego jest zasadny.

Słusznie zarzuca w apelacji powód, że Sąd Rejonowy nie wyjaśnił wszystkich

okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, a w szczególności, tych okoliczności, które w świetle zapisu umowy w § 7 ust. 1 lit a) zawartej w dniu 18 sierpnia 2006 r. wyjaśniały przyczyny zakończenia realizacji przedmiotu umowy z opóźnieniem 27-dniowym, co do tej okoliczności strony nie pozostawiały w sporze. W myśl ww. postanowienia umowy wykonawca był zobowiązany do zapłaty zamawiającemu kary umownej za zwłokę w przekazaniu całości robót objętych poszczególnymi etapami jak i całym zakresem umowy - w wysokości 0,5 % wynagrodzenia za przedmiot umowy ustalonej w § 4, za każdy dzień zwłoki licząc od dnia określonego w umowie jako dzień zakończenia robót, a jeżeli opóźnienie przekracza 7 dni, w wysokości 1 % wynagrodzenia za przedmiot umowy ustalonego w § 4, za każdy następny dzień, licząc od ósmego dnia opóźnienia. Kara umowna miała podlegać potrąceniu z wynagrodzenia wykonawcy.

Na podstawie art. 476 k.c. dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Z uregulowania art. 476 k.c. wynika zatem domniemanie prawne, że dłużnik nie dotrzymując terminu pozostaje w zwłoce. Wierzyciel nie musi, więc udowadniać, że niedotrzymanie terminu spełnienia świadczenia jest spowodowane okolicznościami, za które dłużnik odpowiada, a jedynie to, iż termin wykonania zobowiązania upłynął bezskutecznie. Dłużnik, który twierdzi, że nie popadł w zwłokę, lecz w opóźnienie zwykle niestwarzające negatywnych dla niego następstw prawnych (w tym także wynikających z art. 491 § 1 k.c.) powinien tę okoliczność wykazać (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2011 r. w sprawie V CSK 427/10, LEX nr 1095853).

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, na podstawie wyników postępowania dowodowego przeprowadzonego przez Sąd Rejonowy nie można z całą stanowczością, tak jak uczynił to Sąd Rejonowy, przyjąć, że strona powodowa popadła w zwłokę w wykonaniu umowy, a przyczyną zawinionego opóźnienia w wykonaniu prac był brak materiałów budowlanych na placu budowy, za który to brak odpowiedzialny był powód. Ustalenie to Sąd Rejonowy oparł na dowodach osobowych z zeznań M. M., M. B., K. J., J. K. (2). W ocenie Sądu Okręgowego stanowisko Sądu I instancji było przedwczesne.

Przede wszystkim w realiach niniejszej sprawy doszło do obrazy art. 479(12) § 1 k.p.c.,

Tytułem wstępu podkreślenia wymaga, iż powód powołał w pozwie i poparł dokumentami dołączonymi do niego twierdzenia, które zezwoliły Sądowi na uznanie żądania pozwu za uzasadnione w całości.

Zgodnie zaś z powołanym art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c. na powodzie spoczywał obowiązek podania w pozwie wszystkich twierdzeń oraz dowodów na ich poparcie, a powołanie dalszych twierdzeń i dowodów w toku postępowania następuje po wykazaniu, że nie istniała możliwość ich powołania w pozwie albo że potrzeba dokonania tego wynikła później.

Rolą procesową powoda jest dowiedzenie, że powództwo ma usprawiedliwione podstawy, a zatem również obowiązek swoistej zapobiegliwości, która musi jednak mieć racjonalne granice. Nie można wymagać od niego, by zgłaszał w pozwie dowody, również na te okoliczności, których przed wytoczeniem powództwa pozwany nie kwestionował (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2004 r. III CZP 115/03, OSNC 2005/5/77). Trudno również wymagać od powoda, aby zgłaszał w pozwie także takie twierdzenia i dowody, które antycypowałyby ewentualny sposób obrony pozwanego przy założeniu, że istniało - w chwili wniesienia pozwu - prawdopodobieństwo podjęcia przez dłużnika określonego sposobu obrony (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2006 r. V CSK 55/06).

Sąd Okręgowy w niniejszym składzie w pełni popiera również stanowisko wyrażone przez Sąd

Apelacyjny w Ł. z dnia 9 listopada 2012 r., sygn. akt I ACa 612/12, lex nr 1237047 zgodnie z którym, realizacja uzasadnionego ze wszech miar wymagania koncentracji dowodów nie może iść tak daleko, aby nakładać na strony obowiązek przewidzenia wszystkich możliwych wariantów przebiegu sprawy i na tę ewentualność sformułować w pozwie lub w odpowiedzi na pozew wszystkie twierdzenia, wnioski i zarzuty, które mogłyby mieć zastosowanie jedynie w prawdopodobnym jej przebiegu. Taki wymóg byłby nieracjonalny i odczytanie takiej jego treści z art. 479<sup>12</sup> i 479<sup>14</sup> k.p.c. jest nieuzasadnione. W przepisach art. 479<sup>12</sup> i art. 479<sup>14</sup> k.p.c. chodzi o potrzebę powołania dowodów, która, mimo starannego prowadzenia sprawy przez strony, może pojawić się w toku dynamicznie przebiegającego procesu później, aniżeli w pozwie czy, odpowiednio, w odpowiedzi na pozew.

Zdaniem Sądu Okręgowego w realiach rozpoznawanej sprawy wbrew stanowisku Sądu I instancji zgłoszenie przez powoda w piśmie procesowym z dnia 27 kwietnia 2012r. wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, na okoliczności w nim powołane, nie można uznać za spóźnione. Dokonując bowiem analizy korespondencji przedprocesowej stron należało dojść do wniosku, iż wprawdzie pozwany uzasadniając naliczenie kar umownych zgłoszonych do potrąceniu wskazywał na zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy przez powoda, jednakże nigdy wcześniej nie kwestionował, iż zlecone powodowi prace dodatkowe pozostawały niezależne w stosunku do pierwotnego zakresu prac i nie miały żadnego wpływu na terminowość wykonania prac objętych umową z dnia 18.06.2006r.

Z tego względu w ocenie Sądu Okręgowego zarzuty w tym zakresie sformułowane przez pozwanego w odpowiedzi na pozew dały podstawę do przyjęcia, iż potrzeba powołania dowodu z opinii biegłego w zakresie określonym w piśmie z dnia 27.04.2012r. powstała na skutek zarzutów zgłoszonych przez pozwanego w odpowiedzi na apelację.

To samo dotyczy wniosków dowodowych zgłoszonych przez powoda w piśmie z dnia 2 sierpnia 2012 r. Korespondencja przedprocesowa stron, a także zawezwanie do próby ugodowej, odpowiedzi na pozew i dalsze pisma stron składane w toku postępowania mogły sugerować, że przyczyną opóźnienia prac mogła być kwestia niezapewnienia wystarczającej liczby pracowników na budowie. Jeśli natomiast pozwany opierał swoją obronę na fackie braku materiałów, to winien był już w ramach swojej odpowiedzi na pozew zgłosić wszelkie dostępne na ten moment wnioski dowodowe. Co prawda zgłosił dowód z ww. zeznań świadków jednakże nie sprecyzował tezy dowodowej, co stwarzało po stronie powodowej przekonanie, iż brak materiałów nie jest przyczyną opóźnienia. Okoliczność ta wynikła dopiero z zeznań wnioskowanych przez niego świadków złożonych na rozprawie w dniu 20 lipca 2012r.

Fakt zatem powstania potrzeby powołania nowych dowodów w dniu 20 lipca 2012 r. przez powoda implikuje stwierdzenie, że powód mógł powołać dalsze twierdzenia, dowody i wnioski istotne z punktu widzenia rozstrzygnięcia niniejszej sprawy w terminie dwutygodniowym, który upływał dla niego 3 sierpnia 2012 r. Skoro, zaś powód

uczynił zadość wymogom określonym przez treść art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c., albowiem pismo procesowe zawierające dalsze twierdzenia i wnioski dowodowe wniósł do Sądu I Instancji pismem procesowym złożonym w biurze podawczym Sądu w dniu 2 sierpnia 2012 r., to nie można uznać twierdzenia, że Sąd I instancji nie dopuścił wskazanych w nim dowodów bez obrazu przepisu art. 479(12) § 1 k.p.c.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy, że w przepisach art. 479<sup>12</sup> i art. 479<sup>14</sup> k.p.c. chodzi o potrzebę powołania dowodów, która, mimo starannego prowadzenia sprawy przez strony, może pojawić się w toku dynamicznie przebiegającego procesu później, aniżeli w pozwie czy, odpowiednio, w odpowiedzi na pozew (por. wyrok SN z dnia 15 listopada 2006 roku, V CSK 243/06, LEX nr 358789). Zdaniem Sądu Okręgowego powód zgłaszając pismem z dnia 2 sierpnia 2012 r. nowe środki dowodowe, stanowiące reakcję na zeznania świadków, wykazał się inicjatywą dowodową i czyniąc to w terminie prekluzyjnym dwóch tygodni nie pozbawił się prawa skutecznego powoływania nowych środków dowodowych na późniejszym etapie postępowania w rozumieniu art. 479(12)§ 1 k.p.c. Brak natomiast uwzględnienia dowodów przez Sąd Rejonowy, oddalonych postanowieniem tego Sądu na rozprawie w dniu 26.10.2012 r., co do którego powód zgłosił zastrzeżenie w trybie art. 162 k.p.c., spowodował, że materiał dowodowy, na którym Sąd Rejonowy czynił ustalenia faktyczne był niekompletny i nie dawał wystarczających podstaw do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Sąd Rejonowy bez wątpienia naruszył także przepis art. 227 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. oddalając wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa, wykonawstwa oraz kosztorysowania robót budowlanych, na okoliczność tego, czy roboty budowlane określone w kosztorysach w okresie od 26 września 2006 r. do 9 października 2006 r. miały charakter robót dodatkowych realizowanych w ramach umowy nr (...) z dnia 18 sierpnia 2006 r. i konieczne było ich uprzednie wykonanie dla umożliwienia (...) Sp. z o.o. wykonania przedmiotu ww. umowy, czy też ich wykonanie nie było niezbędne dla prawidłowego wykonania robót budowlanych, a także czy wykonanie ww. robót objętych kosztorysami powodowało konieczność wstrzymania przez (...) Sp. z o.o. wykonania całości lub części prac. Powód co do tego postanowienia zgłosił także zastrzeżenie na mocy art. 162 k.p.c.

Podkreślić należy, że polemika między stronami opierała się na tym, że powód twierdził, że opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy nie było zawinione, albowiem pozwany zlecił dodatkowe prace w ramach umowy z dnia 18 sierpnia 2006 r., których wykonanie bezpośrednio wpłynęło na terminowość prac zleconych umową główną. Pozwany z kolei twierdził, że nie mogłyby być to dodatkowe prace, ponieważ wbrew postanowieniom § 9 umowy strony nie dokonały zmiany umowy, dla której została przewidziana forma pisemna pod rygorem nieważności. Wedle oceny pozwanego stanowiły one trzy niezależne dodatkowe umowy o roboty budowlane zawarte w odpowiedzi na pisemne oferty pozwanego z dnia 26.09.2006 r., 02.10.2006 r., 09.10.2006 r., na które zostały sporządzone pisemne kosztorysy podpisane przez strony. Sąd Rejonowy poza ustaleniem faktycznym, iż istotnie podczas wykonywania umowy zawartej między stronami powstała konieczność wykonania robót dodatkowych, nie rozstrzygnął w ogóle zagadnienia czy zleczone prace dodatkowe objęte były odrębną umową, czy stanowiły składnik umowy głównej, pomimo tego, że okoliczność ta stanowiła przedmiot kontrowersji między stronami. Sąd nie zajął się w ogóle kwestią związaną z określeniem charakteru prawnego tych prac, czy zostały wykonane w ramach tej samej umowy przy uwzględnieniu zapisów umowy dotyczących zmiany umowy (§ 9 umowy), a jeśli tak, jaki miały wpływ na wykonanie umowy w terminie.

Tymczasem ocena tej kwestii przebiegać musi na gruncie całokształtu materiału dowodowego, a w szczególności zeznań świadków i stron, a także postanowień umowy i jest istotna z tego punktu względu, że powód dodatkowe prace uzasadniał nierozzerwalnym powiązaniem z głównym przedmiotem umowy oraz uzależniał wykonanie przedmiotu umowy od uprzedniego wykonania przez powoda koniecznych prac dodatkowych, co stanowiło w jego ocenie, niezawinioną oraz niezależną od powoda rzeczywistą przyczynę zmiany terminu i opóźnienia zakończenia prac budowlanych zleconych powodowi umową główną. W tym celu w ocenie Sądu Okręgowego bez wątpienia konieczne byłoby przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, skoro dowód ten miał wyjaśnić, że konieczność wykonania robót dodatkowych wpływała na możliwość prowadzenia prac objętych zakresem umowy nr (...) i ich wstrzymanie, a w rezultacie wpływała na termin zakończenia robót przewidzianych umowa główną. Zaniechanie przeprowadzenia

dowodu z opinii biegłego przez Sąd Rejonowy niewątpliwie wpływa na rozpoznanie sprawy bez odniesienia się do tego, co w istocie stanowiło przedmiot sporu.

W tym stanie rzeczy trafnie podnosi powód, że Sąd Rejonowy uchybił sędziowskiej

ocenie dowodów wyrażonej w art. 233 § 1 k.p.c., albowiem nie przeprowadził wnioskowanych przez powoda w piśmie z dnia 2 sierpnia 2012 r. dowodów oraz dowodu z opinii biegłego sądowego stanowiących reakcję na zarzuty strony pozwanej, a zatem Sąd Rejonowy nie przeprowadził w całości postępowania dowodowego. Skoro, bowiem powód przytaczał okoliczności faktyczne i dowody w określonym czasie i pod określonymi rygorami procesowymi (art. 217 § 1 k.p.c.), to nie przeprowadzenie powyższych dowodów nieuchronnie doprowadziło do naruszenia art. 227 k.p.c., albowiem sąd odmówił przeprowadzenia dowodu na fakty mające istotne znaczenie w sprawie, błędnie uznając, że nie mają one takiego charakteru. Błędnie przeprowadzone postępowanie dowodowe nie jest kompatybilne z ustaleniami faktycznymi i nie może stanowić na obecnym etapie postępowania podstawy dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

W dalszej kolejności Sąd odniósł się do zarzutu apelacji powoda naruszenia art. 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 359 § 2(1) i 2(2), który zmierza do zakwestionowania przyjętego przez Sąd Rejonowy charakteru prawnego przewidzianej w postanowieniu § ust. 4 umowy „kary” za opóźnienie w zapłacie przez zamawiającego wynagrodzenia. Zadaniem skarżącego wykładnia przytoczonego postanowienia, która doprowadziła Sąd do ustalenia, że wspomniana kara jest "przewidzianą w art. 483 § 1 k.c. karą umowną", nie uwzględnia dyrektyw wykładni umowy (art. 65 k.c.).

Nie ulega wątpliwości, że kwestia charakteru wspomnianej kary jest sporna. W pozwie powód domagał się odsetek umownych w wysokości czterokrotności stopy kredytu lombardowego Narodowego Banku Polskiego od dnia 20 grudnia 2006 r. do dnia zapłaty, pozwany zaś w odpowiedzi na pozew zarzucił ich nieważność. W tej sytuacji niezbędne było poddanie będących źródłem kontrowersji postanowienie § 7 ust. 4 umowy wykładni na podstawie art. 65 k.c.

W związku z potrzebą rozstrzygnięcia wspomnianej kontrowersji w drodze przewidzianej w art. 65 k.c. wykładni umów, należy przypomnieć, że Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95 (OSNC 1995, nr 5, poz. 168) przyjął na tle tego przepisu tzw. kombinowaną metodę wykładni. Wyrazem tego stanowiska są także późniejsze orzeczenia, np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 1997 r., I KKN 825/97, OSNC 1998, nr 5, poz. 85 i z dnia 20 maja 2004 r., II CK 354/03, niepubl.).

Wspomniana metoda wykładni przyznaje pierwszeństwo - w wypadku oświadczeń woli składanych innej osobie - temu znaczeniu oświadczenia woli, które rzeczywiście nadały mu obie strony w chwili jego złożenia (subiektywny wzorzec wykładni). Podstawą tego pierwszeństwa jest zawarty w art. 65 § 2 k.c. nakaz badania raczej, jaki był zgodny zamiar stron umowy, aniżeli opierania się na dosłownym brzmieniu umowy.

To, jak strony, składając oświadczenie woli, rozumiały je można wykazywać zarówno za pomocą dowodu z przesłuchania stron, jak i innych środków dowodowych. Dla ustalenia, jak strony rzeczywiście pojmowały oświadczenie woli w chwili jego złożenia może mieć znaczenie także ich postępowanie po złożeniu oświadczenia, np. sposób wykonania umowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 1998 r., I PKN 532/97, OSNAPiUS 1999, nr 3, poz. 81).

Jeżeli okaże się, że strony różnie rozumiały treść złożonego oświadczenia woli, to za prawnie wiążące - zgodnie z kombinowaną metodą wykładni - należy uznać znaczenie oświadczenia woli ustalone według wzorca obiektywnego. W tej fazie wykładni potrzeba ochrony adresata oświadczenia woli, przemawia za tym, aby było to znaczenie oświadczenia, które jest dostępne adresatowi przy założeniu - jak określa się w doktrynie i judykaturze (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95) - starannych z jego strony zabiegów interpretacyjnych. Na ochronę zasługuje bowiem tylko takie zaufanie adresata do znaczenia oświadczenia woli, które jest wynikiem jego starannych zabiegów interpretacyjnych. Potwierdza to nakaz zawarty w art. 65 § 1 k.c., aby oświadczenia woli tłumaczyć tak, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje.

Ustalając powyższe znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym, że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Klóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego.

Przy wykładni oświadczenia woli należy - poza kontekstem językowym - brać pod uwagę

także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art. 65 § 1 k.c.). Obejmuje on w szczególności przebieg negocjacji (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 września 1998 r., I CKN 815/97, OSNC 1999, nr 2, poz. 38), dotychczasowe doświadczenie stron (por. wyrok Sąd Najwyższego z dnia 4 lipca 1975 r., III CRN 160/75, OSP 1977, nr 1, poz. 6), ich status (wyrażający się, np. prowadzeniem działalności gospodarczej). Należy podzielić pogląd, że także na gruncie prawa polskiego, i to nie tylko w zakresie stosunków z udziałem konsumentów (art. 385 § 2 k.c.), wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zredagowała umowę. Ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień umowy, nie dających usunąć się w drodze wykładni, powinna, bowiem ponieść strona, która zredagowała umowę (por. wyrok Sadu Najwyższego z dnia 5 marca 2010 r. w sprawie IV CSK 382/09, Lex nr 852584, wyrok Sadu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 26.09.2012 r. w sprawie I ACa 426/12, LEX nr 1223147).

Dokonana przez Sąd interpretacja spornego postanowienia umowy nie odpowiada przedstawionym wyżej wymaganiom. Przede wszystkim Sąd ograniczył się do badania tylko kontekstu językowego, co nie było wystarczające wobec tego, że pozwany kwestionując stanowisko powoda, ograniczył się do zarzutu jego nieważności § 7 ust. 4 umowy, zeznający w sprawie świadkowie w ogóle się na ten temat nie wypowiedzieli, a dopuszczając dowód z przesłuchania stron Sąd nie podjął próby wyjaśnienia rozumienia tego pojęcia przez strony oraz tego, kto sporządził tekst umowy. Wszystko to spowodowało, że Sąd Rejonowy nie dokonał wykładni tego postanowienia w rozumieniu art. 65 k.c. w sposób umożliwiający przyjęcie treści nadanej mu przez stronę pozwaną.

Nietrafny natomiast okazał się zarzut naruszenia art. 118 k.c., art. 123 § 1 pkt 1 k.c., art. 124 § 1 k.c. poprzez wadliwe przyjęcie, że złożenie przez powoda 3 grudnia 2009 r. wniosku do Sądu Rejonowego w Gdyni o zawezwanie do próby ugodowej nie spowodowało przerwania biegu przedawnienia w zakresie przysługujących powodowi odsetek od należności głównej. Problem wymogów, jakie powinno spełniać zawezwanie do próby ugodowej aby mogło stanowić zdarzenie przerywające bieg terminu przedawnienia (art. 123 § 1 pkt 1 k.c.), w tym głównie w kontekście stopnia sprecyzowania roszczenia, był przedmiotem analizy Sądu Najwyższego m.in. w wyroku z dnia 10 września 2006 r., sygn. akt V CSK 238/06 (niepubl.) oraz wyroku z dnia 25 listopada 2009 r., sygn. akt II CSK 259/09 (niepubl.). W judykatach tych wyrażono zasadne zapatrywanie, że zawezwanie do próby ugodowej przerywa bieg terminu przedawnienia na podstawie art. 123 § 1 pkt 1 k.c., ale jedynie co do wierzytelności w zawezwaniu tym precyzyjnie określonej zarówno co do przedmiotu, jak i jej wysokości. Takiemu podejściu, jak argumentuje się, nie sprzeciwia się wynikający z art. 185 § 1 k.p.c. obowiązek zwięzłego oznaczenia sprawy. W zawezwaniu do próby ugodowej, zgodnie z art. 185 § 1 k.p.c., należy wprawdzie zwięzle oznaczyć sprawę, to jednak wymóg ten należy przede wszystkim wiązać z obowiązkiem przedstawienia argumentacji uzasadniającej żądanie oraz przytaczania dowodów na jego poparcie.

Sąd Okręgowy w składzie orzekającym w sprawie w pełni podziela przyjęte w przywołanych orzeczeniach stanowisko, że zawezwanie do próby ugodowej może prowadzić do przerwania biegu przedawnienia jedynie w sytuacji, gdy jego treści w sposób jednoznaczny oznaczono wierzytelność, zarówno pod względem przedmiotu żądania, jak i jej wysokości. Tylko, bowiem taki sposób oznaczenia wierzytelności pozwala na jej jednoznaczną identyfikację, a tym samym wiązanie wynikających z art. 123 k.c. skutków w zakresie biegu terminu przedawnienia.

Z uzasadnienia wyroku Sąd Rejonowego wynika, że złożone przez powoda w dniu 3 grudnia 2009 r. do Sądu Rejonowego w Gdyni zawezwanie do próby ugodowej jedynie w sposób pośredni wskazywało, iż objęta zawezwaniem wierzytelność stanowiła wierzytelność dochodzoną przez powoda w niniejszym postępowaniu, określała, bowiem tylko należność główną 56.120 zł. bez odsetek. Tym samym nie ma podstaw do przyjęcia, że stosowne zawezwanie

do próby ugodowej stanowiło czynność prowadzącą do przerwania biegu terminu przedawnienia w odniesieniu do wierzytelności objętej żądaniem pozwu z rozpoznawanej sprawie.

Wreszcie podkreślić należy, że brak przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości uniemożliwił postawienie wniosku, że powód istotnie pozostawał w zwłoce, a zatem pozwany miał na podstawie § 7 ust. 1 pkt a uprawnienie do naliczenia kary umownej, a skoro tak, to zarzut naliczenia kary umownej jest przedwczesny. Niezależnie od tego podkreślić należy, że wspólny dla obu apelacji zarzut błędnego wyliczenia kary umownej przez Sąd Rejonowy oparty na przyjęciu przy wyliczeniu kary umownej wynagrodzenia za faktycznie wykonane prace, nie zaś wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie całości przedmiotu umowy w wysokości przewidzianej w § 4 ust. 1 umowy jest uzasadniony. Należy zwrócić uwagę na podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczenia jej wysokości, co znakomicie ułatwia realizację dochodzonego uprawnienia (wyrok SN z dnia 30 listopada 2006 r., I CSK 259/06, LEX nr 398369). Zważyć należy, że kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niezależnie od tego, w jakiej wysokości doznał szkody na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (wyrok SN z dnia 15 września 1999 r., III CKN 337/98, LEX nr 527125). Należy się ona więc bez względu na wysokość szkody (wyrok SN z dnia 20 marca 1968 r., II CR 419/67, LEX nr 6299; wyrok SA w Katowicach z dnia 22 czerwca 2006 r., I ACa 2321/05, LEX nr 217199).

Brak obowiązku wykazywania szkody sprawia natomiast, że kara umowna należy się, co do zasady w zastrzeżonej wysokości, bez względu na wysokość rzeczywiście poniesionej szkody (art. 484 § 1 zdanie pierwsze k.c.). Tak więc kara umowna pełni przede wszystkim funkcję kompensacyjną, jako postać odszkodowania i dlatego z reguły jest określana w umowach w wysokości zbliżonej do przewidywanej szkody. To sprawia, że zasadą jest niemożność żądania odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej (art. 484 § 1 zdanie drugie in principio k.c.), jak też dłużnik nie może się domagać zasądzenia kary poniżej umówionej wysokości.

W tym stanie rzeczy dokonana przez Sąd Rejonowy wykładnia § 7 ust. 1 lit. a w zw. z § 4 ust. 1 w zw. z art. 65 k.c. w kontekście treści protokołu odbioru końcowego z dnia 4 grudnia 2006 r. oraz kosztorysu ofertowego z 5 grudnia 2006 r. nie mogła prowadzić do wniosków przyjętych przez Sąd Rejonowy, natomiast mogła wpływać na ocenę zarzutu powoda miarkowania kary umownej. Podkreślić przy tym należy, że w sytuacji wykonania umowy potwierdzonej ww. protokołem, której wartość ostateczna zweryfikowana została ww. kosztorysem ofertowym nie może stanowić jej zmiany w rozumieniu art. 76 k.c., natomiast stanowi rozliczenie stron z wykonanego przez powoda przedmiotu umowy.

Art. 484 § 2 k.c. wyczerpująco określa przesłanki, które mogą stanowić podstawę miarkowania kary umownej. Nie uzależnia on w żaden sposób możliwości obniżenia kary umownej od przyjętego przez strony sposobu określenia jej wysokości, dlatego możliwe jest miarkowanie kary poprzez powiązanie jej wysokości z wartością nie wykonanej tylko części zobowiązania. Możliwość miarkowania wysokości kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. nie jest wyłączona w stosunkach między podmiotami gospodarczymi, w ramach prowadzonej przez nie działalności. Wykonanie większości robót przy akceptacji strony jej zlecającej może uzasadniać obniżenie kary, której wysokość została ustalona w odniesieniu do wartości całych robót. Z kolei ocena, czy kara jest w konkretnych okolicznościach rażąco wygórowana może uwzględniać szereg okoliczności, w tym także relację między wysokością kary umownej i wartością robót ustaloną w umowie, w której kara umowna została zastrzeżona.

W rozpoznawanej sprawie Sąd Rejonowy w żaden sposób nie odniósł się do zarzutu powoda miarkowania kary umownej zgłoszonego w piśmie procesowym powoda z dnia 27 kwietnia 2012 r., stanowiącego replikę powoda na odpowiedź na pozew. Zważyć należy, że powód zmierzający do obniżenia kary umownej wykazywał zasadność swego żądania przy pomocy zaoferowanych na jego poparcie dowodów, a także wskazywał na przesłanki obniżenia kary, bowiem z faktu ich zaistnienia powód wyciągał dla siebie korzystne skutki. W rezultacie fakt, iż Sąd Rejonowy nie odniósł się do merytorycznego zarzutu powoda, który jako przewidziane w art. 484 § 2 k.c. uprawnienie do żądania

zmniejszenia kary umownej jest środkiem obrony powoda prowadzącym do oddalenia zarzutu pozwanego potrącenia prowadzi do wniosku, iż Sąd sporządzając uzasadnienie naruszył przepis art. 328 § 2 k.p.c.

Reasumując Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, iż powyższej przedstawione okoliczności dały podstawę do stwierdzenia, iż Sąd Rejonowy nie przeprowadził postępowania dowodowego w całości, a poczynione na jego podstawie dowody nie mogły stanowić podstawy dla rozstrzygnięcia sprawy. Ponadto Sąd I instancji nie rozpoznał istoty sprawy, pominął, bowiem całkowicie merytoryczny zarzut powoda miarkowania kary umownej. Dlatego przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd zobligowany jest do przeprowadzenia dowodów zaoferowanych przez powoda w piśmie z dnia 2 sierpnia (...) i dowód z opinii biegłego sądowego, a następnie na podstawie tak zgromadzonych dowodów mając na uwadze art. 316 k.p.c. ocenić materialną podstawę pozwu poprzez zbadanie: czy zlecone prace dodatkowe stanowiły składnik umowy głównej strony, czy doszło, więc do zmiany umowy, czy stanowiły kilka odrębnych umów, jaki był ich charakter. W następnej kolejności Sąd zobowiązany jest rozważyć, czy prace dodatkowe pozostawały w nierozdzielalnym związku z umową główną, i związek ten spowodował, że ich wykonanie było konieczne dla wykonania umowy głównej i ostatecznie wpłynęło na termin wykonania przedmiotu umowy głównej. W tym celu konieczne jest przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego. W razie natomiast uznania, że istniały podstawy dla naliczenia kary umownej, rozpoznanie zarzutu powoda miarkowania kary umownej. Sąd Rejonowy obowiązany jest także dokonać wykładni § 7 ust. 4 w kontekście tego czy przewidziana „kara” za opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia stanowi w rozumieniu art. 483 k.c. karę umowną.

Z tych przyczyn na mocy art. 386 § 4 k.p.c. Sąd uchylił zaskarżony wyrok w całości i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Gdyni pozostawiając temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego.