

Sygn. akt V ACa 780/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 lutego 2013r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Barbara Kurzeja
Sędziowie:	SA Lucjan Modrzyk (spr.) SA Janusz Kiercz
Protokolant:	Anna Fic

po rozpoznaniu w dniu 27 lutego 2013r. w Katowicach

na rozprawie

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

przeciwko (...) w A.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie

z dnia 13 lipca 2012r., sygn. akt V GC 89/10

oddala apelację i zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt V ACa 780/12

UZASADNIENIE

Powódka (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w C. domagała się zasądzenia od pozwanej (...)w A.kwoty 1.626,740 zł tytułem kary umownej za zwłokę w wykonaniu robót budowlanych za okres od 1.07.2008r. do 15.12.2008r.

Wyrokiem zaocznym z 13 lipca 2011r. Sąd Okręgowy w Częstochowie uwzględnił powództwo w całości.

W sprzeciwie od wyroku zaocznego pozwana wniosła o oddalenie powództwa.

Zarzucała, że opóźnienie w wykonaniu robót budowlanych powstało na skutek okoliczności przez pozwaną niezawinionych w tym opadów ponadnormatywnych uniemożliwiających wykonywanie robót, występowaniu niskich temperatur a zatem ewentualna kara umowna powinna być zaliczona za okres od 1 listopada 2008r.

Wnosiła także pozwana o zmiarkowanie kary umownej z uwagi na znaczne wykonanie robót i rażące wygórowanie kary umownej.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy uchylił wyrok zaoczny tego Sądu i zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 1.626,740 zł z ustawowymi odsetkami od 29 lipca 2009r. oraz koszty procesu w kwocie 172.279,18 zł.

Rozstrzygnięcie to zapadło przy następujących ustaleniach faktycznych:

Strony procesu są przedsiębiorcami. Na podstawie umowy nr (...)z dnia 31 maja 2005r. z Wojewodą (...) działającym jako Instytucja Pośrednicząca powódka otrzymała ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego dofinansowanie do realizacji projektu „Budowa Zakładu (...) przy (...) Sp. z o.o. w S.”

w kwocie nie wyższej niż 14.243.925,00 zł. Całkowita wartość realizacji projektu miała wynosić 23.170.118,00 złotych. Umowa o dofinansowanie określała zasady przekazywania środków na budowę oraz uznawania poszczególnych wydatków jako kwalifikowane czyli podlegające dotowaniu. W § (...) ust.(...)ustalono termin rozpoczęcia projektu na dzień 14 marca 2005 r., oraz termin zakończenia jego realizacji - 15 lutego 2006r. W ust(...)przewidziano możliwość przesuwania terminu realizacji przez zawarcie aneksu – wyłącznie w uzasadnionych przypadkach.

Po przeprowadzeniu postępowania przetargowego wykonawcą inwestycji zostało konsorcjum firm : (...) w A., (...) Sp. z o.o.

w K., (...) w W. w A. oraz (...) w Ł.. Liderem konsorcjum ustanowiono (...) w A.. W dniu 20 kwietnia 2006r. strony zawarły umowę na projektowanie z wykonawstwem i dostawami urządzeń nr (...). Pozwana zobowiązała się do zaprojektowania i wykonania zadania inwestycyjnego „ (...) Sp. z o.o. w S.”. Zamawiający zobowiązał się do zapłaty wynagrodzenia w kwocie 23.707.246,18 zł brutto. Zgodnie z § (...) ust (...) umowy prace projektowe, roboty budowlane oraz dostawy urządzeń miały być wykonane według wymagań zamawiającego w programie Funkcjonalno – Użytkowym stanowiącym integralną część umowy. Termin wykonania prac objętych umową określono w § (...) ust.(...)umowy, wskazując jednocześnie, iż: rozpoczęcie robót mogło nastąpić od chwili podpisania Umowy, uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę należało dokonać w ciągu 6 miesięcy od daty podpisania, natomiast uzyskanie decyzji o pozwoleniu zintegrowanym – w ciągu 6 miesięcy od uzyskania pozwolenia na budowę. Wykonanie całości robót, odbiór inwestycji i uzyskanie pozwolenia na użytkowanie miały nastąpić nie później niż do dnia 31 sierpnia 2007r. W § (...)ust.(...)Strony zastrzegły jednocześnie, iż za termin zakończenia robót uznaje się datę podpisania protokołu odbioru końcowego – wystawienia świadectwa przyjęcia, o którym mowa w §(...)ust (...) i (...) umowy i uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. W (...) umowy strony zobowiązały się wzajemnie do zapłaty kar umownych. Wykonawcę zobowiązano do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej za zwłokę w oddaniu określonej w umowie inwestycji w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki.

Wykonawca zabezpieczył roszczenia z tytułu należytego wykonania umowy i rękojmi poprzez złożenie gwarancji bankowej w Banku (...) SA.

Umowa zawarta pomiędzy stronami była wielokrotnie aneksowana. W związku z przedłużającymi się procedurami administracyjnymi dotyczącymi wydania decyzji administracyjnych dwukrotnie podpisano aneks: pierwszy o numerze (...) z dnia 10 listopada 2006r, w którym strony dokonały zmian okresów realizacji robót ustalając nowe terminy: termin uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę ustalono na styczeń 2007r., uzyskanie decyzji o pozwoleniu zintegrowanym na listopad 2007r., termin wykonania całości robót, odbioru inwestycji, uzyskania pozwolenia na użytkowanie na 18 grudnia 2007r.

W dniu 26 września 2007r. strony zawarły aneks nr (...) do umowy, zmieniając terminy jej realizacji: uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę do lipca 2007r., uzyskanie decyzji o pozwoleniu zintegrowanym do maja 2008r. oraz wykonanie całości robót, odbiór inwestycji, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie do 15 maja 2008r.

Decyzja o pozwoleniu na budowę została wydana w dniu 11 lipca 2007r. Pozwana zgłosiła rozpoczęcie budowy z dniem 17 sierpnia 2007r. W dniu 16 sierpnia 2007r. protokolarnie przekazano plac budowy.

W dniu 9 kwietnia 2008r. strony podpisały kolejny aneks o numerze (...) dokonując zmiany terminu wykonania całości robót podpisania protokołu końcowego odbioru i złożenia wniosku o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, które miało nastąpić do 27 czerwca 2008r. Pozwana również pisemnie zadeklarowała wykonanie prac do dnia 27 czerwca 2008r.

W aneksie tym podwyższono również wynagrodzenie wykonawcy do kwoty 23.922.646,94 zł brutto. O każdej zmianie terminu zakończenia prac powódka informowała wydział zarządzania funduszami europejskimi Urząd (...). Termin realizacji umowy na dofinansowanie inwestycji mógł zostać przedłużony do końca 2008r. ze względu na przepisy regulujące przyznawanie tych grantów przez Unię Europejską.

Pozwana poinformowała powódkę, iż zakończenie inwestycji nastąpi do dnia 26 września 2008r. W dniu 20 listopada 2008r. strony zawarły Aneks nr (...) do Umowy. Dookreślono w nim pojęcie zakończenia robót, przez które strony rozumiały: datę podpisania odbioru końcowego (wystawienia świadectwa przyjęcia) i uzyskania przez wykonawcę w imieniu zamawiającego pozwolenia na użytkowanie. Jednocześnie strony dookreśliły także moment, do którego Zamawiającemu przysługuje prawo ciągłego naliczania kary umownej za zwłokę w zakończeniu robót. W tym zakresie Strony zmieniły(...) ust (...) lit(...) umowy, ustalając, że termin zwłoki będzie liczony do momentu wykonania całości robót, podpisania protokołu odbioru końcowego, usunięcia usterek i złożenia wniosku o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. W dniu 21 listopada 2008r. strony zawarły Aneks nr (...). W §(...) ust.(...)wprowadziły zmianę dotyczącą terminu zakończenia prac wskazując, iż będą za takową uznawały datę podpisania protokołu odbioru końcowego (wystawienia świadectwa przyjęcia) i uzyskania przez wykonawcę w imieniu zamawiającego pozwolenia na użytkowanie, pozwolenia na wytwarzanie odpadów, zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku dla kompostowni przyrmowej, pozwolenia na wytwarzanie odpadów oraz zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku.

W tym samym dniu pozwany zgłosił inwestycję do odbioru i doszło do podpisania protokołu odbioru końcowego z zastrzeżeniem usunięcia usterek i wykonania niedoróbek oraz z zastrzeżeniem występowania wad trwałych, które miały być potrącone z wynagrodzenia wykonawcy.

W dniu 15 grudnia 2008r. pozwana przedłożyła wnioski o uzyskanie decyzji .

W dniu 20 lipca 2009 r. powódka złożyła pozwanej oświadczenie o naliczeniu kary umownej w wysokości za 168 dni opóźnienia w wykonaniu inwestycji w wysokości 3.982.817,35 zł. (...) Sp. z o.o. zakwestionowała, zarówno zasadność naliczania kary umownej jak również jej wysokość. W dniu 29 lipca 2009r. powódka złożyła wobec gwaranta wezwanie do zapłaty i otrzymała z tytułu gwarancji bankowej kwotę 2.392.264,69 zł.

W dniu 26 maja 2010r. powódka ponownie wezwała pozwaną do zapłaty kwoty. Pozwana odmówiła. W trakcie realizacji inwestycji powódka wielokrotnie wystosowywała do pozwanej w trakcie realizacji umowy upomnienia, iż pozwana nie wykonuje prac terminowo i nie przestrzega ustalonego harmonogramu. Podczas realizacji inwestycji odbywały się cotygodniowe narady w sprawie budowy, na których zwracano pozwanej uwagę na opóźnienia w wykonaniu prac

Zgodnie z treścią Programu Funkcjonalno – Użytkowego - stanowiącego integralną część umowy, dotyczącego odpowiedzialności wykonawcy zamawiający zastrzegł,

że urządzenia i sprzęt przeznaczony do pracy na zewnątrz powinien być odporny na działanie warunków atmosferycznych. Wykonawca miał obowiązek uzyskać informacje na temat mających miejsce w regionie w przeszłości

warunków czy anomalii pogodowych i za pomocą zatwierdzonych środków zabezpieczyć plac budowy i realizowane prace przed ich ewentualnym negatywnym wpływem, tak aby prowadzenie robót było możliwe, również w warunkach zimowych. Wykonawca był również zobowiązany do sprawdzenia i zaktualizowania danych dotyczących przybliżonych lokalizacji istniejących instalacji podziemnych. Zaś wykonany projekt fundamentów powinien uwzględniać ekstremalne warunki, które mogą wystąpić w czasie budowy, w tym między innymi, najwyższe i najniższe poziomy wód gruntowych. Ponadto wykonawca miał obowiązek zaprojektować powierzchnię dróg i placów z betonu oraz utrzymywać wykopy w stanie wolnym od wody gruntowej, powodzi i opadów.

Bezpośrednimi przyczynami opóźnienia w realizacji inwestycji był brak właściwego zaangażowania potencjału wykonawcy: personelu sprzętu w pierwszych trzech miesiącach budowy tj. w miesiącach sierpień, wrzesień, październik 2007r. Wykonawca nie wprowadzał własnych metod zmierzających do przyśpieszenia tempa wykonawstwa, a w marcu 2008r. odmówił przygotowania harmonogramu robót w ujęciu tygodniowym co poprawiłoby możliwość wprowadzenia lepszej organizacji i kontroli prowadzonych prac. W trakcie realizacji budowy było łącznie 24 dni, w których przekroczony został poziom opadów 50mm. W Dzienniku Budowy nie odnotowano takich przypadków, w których wskutek niekorzystnych temperatur zostałyby wstrzymane prace budowlane. Odkrycie studzienki nie naniesionej na planszy uzbrojenia podziemnego i wskutek jej uszkodzenia napływ wód do wykopów fundamentowych budynku socjalnego nie miało istotnego wpływu na przebieg całej inwestycji, gdyż odwodnienie wykopu wykonano w ciągu 2 dni.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie w/w dokumentów opisanych szczegółowo w protokole rozprawy (k. 1502v-1503 akt), zeznań świadków oraz opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa. Powołane wyżej dokumenty nie budziły wątpliwości w zakresie ich autentyczności, której nie kwestionowała żadna ze stron. Opinia biegłego sądowego z zakresu budownictwa A. K. (1) ma walor obiektywny, gdyż została sporządzona w sposób prawidłowy i wyczerpujący a wiedza biegłego i posiadane wiadomości specjalne nie mogą być w sposób uzasadniony kwestionowane. Biegły sądowy opracował przedmiotową opinię po zapoznaniu się z całym materiałem dowodowym oraz po przeprowadzeniu szczegółowej analizy dokumentacji przedstawionej przez strony postępowania. Jednocześnie biegły w sposób wyczerpujący udzielił odpowiedzi na pytania dotyczące przedmiotu opinii oraz udzielił również wyczerpujących odpowiedzi i wyjaśnień w zakresie wątpliwości stron związanych z opracowaną opinią.

Sąd uznał zeznania świadków wymienionych wyżej w wykazie dowodów zarówno pracowników powódki oraz pozwanej za wiarygodne w zakresie w jakim pozostają one zgodne z materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie, w szczególności z wnioskami biegłego zawartymi w jego opinii. Zeznania pozostałych świadków Sąd również uznał za wiarygodne w zakresie w jakim pozostają one zbieżne z materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie, w pozostałym zakresie uznając je za gołosłowne. Sąd pominął zeznania świadka P. B. jako nic nie wnoszące do sprawy. Natomiast wniosek o przesłuchanie świadka B.K. został przez stronę pozwaną cofnięty.

Sąd Okręgowy przyznał walor wiarygodności wyjaśnieniem złożonym za powodową Spółkę przez wiceprezesa strony powodowej K. Ł., albowiem wyjaśnienia te pozostają zgodne z pozostałym materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie.

Sąd oddalił wniosek dowodowy pełnomocnika pozwanej o przeprowadzenie dowodu z dokumentów spółki dotyczących realnego przerobu odpadów uznając go za spóźniony w świetle prekluzji w postępowaniu gospodarczym, gdyż został złożony dopiero na rozprawie w dniu 29 czerwca 2012r. Zaś przedmiotem niniejszego procesu nie była kwestia ustalenia wysokości szkody jaką poniosła powódka, lecz kwestia zapłaty kar umownych, dla bytu których nie jest konieczne wykazywanie szkody.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

W przedmiotowej sprawie poza sporem pozostawało, że w dniu 20 kwietnia 2006r. strony zawarły umowę na projektowanie z wykonawstwem i dostawami urządzeń o nr (...). Na mocy postanowień powyższej umowy pozwana zobowiązała się do zaprojektowania

i wykonania zadania inwestycyjnego „(...) Sp. z o.o.”. Bezsporne również pozostawało to, iż inwestycja została wykonana z opóźnieniem. Z tego tytułu powódka naliczyła pozwanej kary umownej w łącznej wysokości 3.982.817,35 zł za 168 dni opóźnienia, zgodnie z § (...) w/w umowy (później aneksowanym). Pozwana zakwestionowała zarówno zasadność naliczonej kary umownej jak i jej wysokość i podniosła, iż do opóźnienia doszło z przyczyn od niej niezależnych i przez nią niezawinionych, a to uwagi na niekorzystne warunki atmosferyczne, tj. ponadnormatywne opady atmosferyczne

i temperatury powietrza poniżej 5°C uniemożliwiające prowadzenie robót betoniarskich, opóźnienia zamawiającego w zakończeniu prac związanych z zasilaniem energetycznym placu budowy w I fazie budowy, przez roboty dodatkowe związane z odkryciem istniejącej studzienki powodującej napływ wód naciekowych do wykopów, przez to, że zamawiający narzucił wykonawcy zmianę technologii wykonania nawierzchni dróg i placów inną niż

w przedstawionej przez niego ofercie i projekcie stanowiącym podstawę do uzyskania pozwolenia na budowę. Powód odrzucił również propozycję pozwanego na dostawę ładunków równoważnych do proponowanych w ofercie przetargowej, pomimo wstępnej wcześniejszej ich akceptacji.

Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Kara umowna wbrew swej nazwie, nie jest karą

w ścisłym tego słowa znaczeniu, lecz sankcją cywilnoprawną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Najistotniejszą funkcję, jaką pełni kara umowna, jest funkcja kompensacyjna. Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego. Jednocześnie ważnym zadaniem kary umownej jest zabezpieczenie wykonania zobowiązania, tym samym zwiększenie realności wykonania zobowiązania oraz ułatwienie naprawienia szkody. Zadania te można określić mianem funkcji stymulacyjnej kary umownej, bowiem zastrzeżenie kary umownej ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. Zastrzeżenie kary umownej jest więc środkiem jurydycznym, mającym na celu wzmocnienie więzi między stronami (vide: Agnieszka Rzepecka- Gil, Komentarz do art. 483§ 1 k.c., LEX 2011)

W wypadku zastrzeżenia kary umownej na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia niepieniężnego, kara umowna należy się jedynie w wypadku zwłoki dłużnika (476 k.c.) – nie można natomiast żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające

z art. 471 k.c. domniemanie, iż opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (vide: wyrok Sądu Najwyższego

z dnia 11 lutego 1999 r., III CKN 166/98, LEX nr 521867, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10).

Sąd Okręgowy podziela pogląd orzecznictwa i judykatury, iż wierzyciel, dla którego zastrzeżona została kara umowna nie ma obowiązku wykazywać faktu poniesienia szkody. Dla realizacji przysługującego mu roszczenia o zapłatę kary umownej musi jednak wykazać istnienie i treść zobowiązania łączącego go z dłużnikiem, a także fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2005r., V CK 869/04, LEX nr 150649) . To stanowisko jest tym bardziej uzasadnione,

iz Uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie III CZP 61/03 Sąd Najwyższy jako zasadę prawną wpisał, iż „zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty, w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody”. Zaś dłużnik, który zdaniem wierzyciela nie wykonał lub wykonał w sposób nienależyty zobowiązanie, może doprowadzić do wyłączenia swojej odpowiedzialności bądź to poprzez udowodnienie rzeczywistej przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, a nadto, że nie uzasadnia ona jego odpowiedzialności, bądź też przez wykazanie, iż przy wykonaniu zobowiązania dołożył należytej staranności.

Rozważenia zatem wymagało czy istnieją podstawy do przyjęcia, że doszło do nienależytego wykonania umowy przez pozwaną poprzez niedochowanie terminu realizacji inwestycji z przyczyn wyłączających jej odpowiedzialność. W ocenie Sądu Okręgowego pozwana nie wykazała istnienia okoliczności, które wyłączałyby jej odpowiedzialność za powstałe opóźnienie w zakończeniu prac.

Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w szczególności z zeznań świadków i opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa A. K. (1) wynikało

w sposób jednoznaczny, iż bezpośrednimi przyczynami opóźnienia w realizacji inwestycji był brak właściwego zaangażowania potencjału wykonawcy tj. personelu i sprzętu w pierwszych trzech miesiącach budowy tj. w miesiącach sierpień, wrzesień, październik 2007r. Podkreślenia również wymagało, iż decyzja o pozwoleniu na budowę została wydana w dniu 11 lipca 2007r. Zaś pozwana zgłosiła rozpoczęcie budowy dopiero z dniem 17 sierpnia 2007r. W dniu 16 sierpnia 2007r. protokolarnie przekazano plac budowy. Pozwana, która miała świadomość tego, iż proces rozpoczęcia faktycznej realizacji inwestycji przedłużył się

z uwagi na postępowania administracyjne, po uzyskaniu decyzji – pozwolenia na budowę nie rozpoczęła prac od razu tylko dopiero po upływie miesiące od uzyskania tej decyzji, w żaden sposób nie uzasadniając dlaczego zwlekała z rozpoczęciem prac budowlanych w najlepszym dla prowadzenia budowy okresie tj. w miesiącach letnich. Ponadto podczas realizacji inwestycji odbywały się cotygodniowe narady w sprawie zaawansowania prac na budowie, na których wielokrotnie proszono pozwaną o zwiększenie szybkości prac. Wykonawca nie wprowadzał jednak własnych metod zmierzających do przyśpieszenia tempa wykonawstwa

i odmówił przygotowania harmonogramu robót w ujęciu tygodniowym, co poprawiłoby możliwość wprowadzenia lepszej organizacji i kontroli prowadzonych prac.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja pozwanej, iż opóźnienie było spowodowane przyczynami od niej niezależnymi, w tym ponadnormatywnymi opadami

i niskimi temperaturami. Z opinii biegłego wynikało, iż ponadnormatywne opady wystąpiły

w ciągu 24 dni w okresie od czerwca do grudnia 2008r.. Tak więc większość z nich wystąpiła już po terminie przewidzianym do zakończenia inwestycji tj. po dniu 27 czerwca 2008r. Zaś wystąpienie temperatur poniżej 5°C nie zostało odnotowane w dzienniku budowy jako przyczyny, dla której wstrzymane zostały prace budowlane. Należało podkreślić,

iż inwestycja, której wykonania podjęła się pozwana była dużym przedsięwzięciem wymagającym zaangażowania wielu środków od strony technicznej i finansowej, w tym również dotacji unijnych. Z tego też tytułu inwestycja musiała być prowadzona w określony sposób i zakończona w określonym terminie. Ponadto budowa ze względu na swoją specyfikę – zakład zagospodarowania odpadów podlegała wielu wymogom formalnych dotyczących ochrony środowiska oraz warunkom technicznym. Strony w umowie ustalił, iż prace projektowe, roboty budowlane oraz dostawy urządzeń miały być wykonane według wymagań zamawiającego określonych w Programie Funkcjonalno – Użytkowym stanowiącym integralną część umowy. Na podstawie tego programu wykonawca był m.in. zobowiązany do zapewnienia urządzeń odpornych na działanie warunków atmosferycznych. Wykonawca miał obowiązek uzyskać informacje na temat mających miejsce w regionie w przeszłości warunków czy anomalii pogodowych i za pomocą zatwierdzonych środków zabezpieczyć plac budowy i realizowane prace przed ich ewentualnym negatywnym wpływem, tak aby prowadzenie robót było możliwe, również w warunkach zimowych. Ponadto pozwana jako profesjonalista opracowując harmonogram przebiegu procesu budowlanego powinna przewidzieć wystąpienie niekorzystnych warunków atmosferycznych w takim zakresie, aby

w maksymalnym stopniu zminimalizować ryzyko powstania strat z tego tytułu. Zatem zarzut, iż wystąpienie ponadnormatywnych opadów i niskich temperatur miało wpływ na powstanie opóźnienia nie można uznać za uzasadniony, ponieważ na pozwanej ciążył obowiązek zabezpieczenia się przed wystąpieniem ujemnych skutków anomalii pogodowych również poprzez zwiększenie intensywności prac w okresach, kiedy panowały sprzyjające warunki atmosferyczne.

Pozostałe argumenty pozwanej dotyczące prac związanych z zasilaniem energetycznym placu budowy w I fazie budowy, robót dodatkowych związanych z odkryciem istniejącej studzienki powodującej napływ wód ociekowych do wykopów, zmianą technologii wykonania nawierzchni dróg i placów inną niż w przedstawionej przez niego ofercie i projekcie stanowiącym podstawę do uzyskania pozwolenie na budowę oraz odrzucenia propozycji pozwanego na dostawę ładówek równoważnych do proponowanych w ofercie przetargowej, pomimo wstępnej wcześniejszej ich akceptacji, nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z postanowieniami Programu Funkcjonalno – Użytkowego wykonawca był zobowiązany do sprawdzenia i zaktualizowania danych dotyczących przybliżonych lokalizacji istniejących instalacji podziemnych. Zaś wykonany projekt fundamentów powinien uwzględniać ekstremalne warunki, które mogą wystąpić w czasie budowy, w tym między innymi, najwyższe i najniższe poziomy wód gruntowych. Ponadto wykonawca miał obowiązek zaprojektować powierzchnię dróg i placów z betonu oraz utrzymywać wykopy w stanie wolnym od wody gruntowej, powodzi i opadów. Biegły sądowy podkreślił, iż problem zakupu i dostawy ładówek innego typu niż wskazane w ofercie wykonawcy nie jest związany z procesem budowlanym i nie miał żadnego wpływu na ten proces. Stanowisku biegłego pozwana nie zaprzeczyła. Należy mieć na względzie także to, iż pozwana jest europejską firmą budowlaną o bardzo dużym doświadczeniu, które prowadzi wszelkiego rodzaju budowy, od dróg po obiekty wielkogabarytowe. To powoduje, iż powinna tak planować zakres prac, aby wywiązać się z terminów, ewentualnie nie zawierać umów, które z góry mogą wskazywać na niedotrzymanie terminu oddania inwestycji. Proces budowlany prowadziło konsorcjum firm i to one powinny tak zaplanować zakres i terminy wykonania prac, aby uwzględnić wszystkie ewentualne przeszkody w terminowym prowadzeniu prac budowlanych.

Zatem w ocenie Sądu Okręgowego powódka miała prawo do naliczenia kary umownej zgodnie z zapisami umowy zawartej pomiędzy stronami za okres 168 dni tj. od dnia 27 czerwca 2008r. do 15 grudnia 2008r. Należało wskazać, iż pozwana w żaden sposób nie wykazała, iż termin zakończenia prac ustalony przez strony aneksem nr(...)został zmieniony przez strony. Z akt sprawy wynikało, iż strony negocjowały późniejszy termin zakończenia prac ale nie został w tym przedmiocie podpisany żaden aneks, a tylko w ten sposób można było zmienić postanowienia umowy. Pozwana również nie kwestionowała terminu zakończenia realizacji tj. 15 grudnia 2008r.

Ponadto stanowisko pozwanej odnośnie zasadności naliczenia kary umownej jest sprzeczne. Z jednej strony w sprzeciwie od wyroku zaocznego pozwana zakwestionowała zasadność jej naliczenia, z drugiej strony nie kwestionowała okoliczności wypłacenia na poczet naliczonej kary umownej przez powódkę środków z gwarancji bankowej w wysokości 2.392.264,69 zł.

Pozwana podniosła również, iż naliczona przez powódkę kara umowna jest rażąco wygórowana. Należało podkreślić, iż wysokość określonej stawki kary umownej sama w sobie nie przesądza o rażącym wygórowaniu kary umownej. Dopiero wynikająca z tej stawki i okresu opóźnienia wysokość (kwota) kary umownej może być uznana za rażąco wygórowaną przy zastosowaniu prawidłowego kryterium oceny. Zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie jest kryterium stosunku wysokości kary umownej do wysokości odszkodowania należnego wierzycielowi. Wprawdzie powstanie roszczenia zapłaty kary umownej nie jest uzależnione od powstania szkody, to jednak brak szkody po stronie wierzyciela jest przesłanką do miarkowania kary umownej zgodnie z art. 483 k.c. i art. 484 § 2 k.c. Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10, LEX nr 785490).

Podkreślenia wymagało, iż kara umowna ma na celu zdyscyplinowanie dłużnika w celu realizacji zamówienia i musi być ona odczuwalna dla dłużnika. Pozwana podniosła, iż ewentualna kara umowna powinna wynosić 10 % wartości całej umowy, co pokrywałoby się z udzieloną przez nią gwarancją bankową, którą pozwana i tak miała przeznaczoną na wystąpienie tego rodzaju okoliczności. Świadczy

to, iż podpisując kontrakt, pozwana z góry zakładała, iż nie wywiąże się z niego w sposób należyty, a istotnym elementem umowy był przecież termin oddania inwestycji. Tym samym pozwana w żaden sposób nie odczułaby dolegliwości sankcji jaką jest kara umowna. Do działań pozwanej jako profesjonalisty występującego w obrocie prawnym, funkcjonującym od lat na rynku usług budowlanych

i cieszącego się dużą renomą wymaga się szczególnej staranności w prowadzonej przez siebie działalności jak również znajomości przepisów prawa. Należyta staranność pozwanej określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez niej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności

i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego

w Katowicach z dnia 6 kwietnia 2006 r., I ACa 2213/05, LEX nr 196076). Pozwana składała wnioszek o miarkowanie kary umownej i miarkowanie takie jest możliwe, ale winny zająć określone warunki umożliwiające zastosowanie takiego miarkowania. Jednym z elementów miarkowania jest kryterium stosunku wysokości kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela. Fakt opóźnienia w oddaniu inwestycji w terminie ok. 6 miesięcy niewątpliwie skutkowa szkodą dla wierzyciela w postaci braku wykorzystywania tych instalacji przez okres kiedy trwała budowa. Biorąc pod uwagę, iż kara umowna w tej konkretnej sprawie wynosi 16% wartości wynagrodzenia pozwanej powoduje, iż nie jest ona wygórowana i nie zachodzą przesłanki do jej miarkowania. To na pozwanym spoczywał obowiązek wykazania nadmiernego wygórowania kary umownej w konkretnej sytuacji.

Ze zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie wynika teza przeciwna, iż wina w zakresie niedotrzymania terminu leży całkowicie po stronie pozwanej. Sama wysokość określonej stawki kary umownej nie przesądza o rażącym wygórowaniu kary umownej. Nie ma możliwości oceny wygórowania kary umownej tylko na podstawie takiej, iż stawki kar umownych stanowią inny procent w innych umowach. Każdą sytuację należy oceniać na podstawie okoliczności w danej sprawie, a nie teoretycznie. Zdaniem Sądu w tej konkretnej sprawie roszczenie powódki jest uzasadnione i usprawiedliwione okolicznościami. Powódka w toku całego procesu budowlanego działała w sposób rzetelny, godziła się na niektóre zmiany terminów wykonania prac budowlanych, czyli uwzględniła słuszne żądania pozwanej. Odbywały się narady na placu budowy, co świadczy o staranności działania powódki. Pozwana nie wykazała w żaden sposób swojego wniosku o miarkowanie kary umownej, co więcej nie podała jaka wysokość kary umownej byłaby adekwatna do tej konkretnej sytuacji. Stanowisko, że ta wysokość to kaucja gwarancyjna „legalizowałaby” sytuację, iż strona umowy działa w sposób nierzetelny i podpisując umowę ma pełną świadomość, iż nie dotrzyma terminu jej wykonania. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., VCSK 139/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2002 r. VCKN 1075/00).

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy uwzględnił żądanie powódki w całości. Podstawę prawną wyroku stanowi art. 483§1 k.c. w związku z art. 484 § 1 i § 2 k.c. i § 12 umowy z dnia 20 kwietnia 2006r. wraz z aneksami, a co do roszczenia o odsetki art. 481 k.c.

O kosztach Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98§ 1 i § 3 k.p.c. Na zasądzoną kwotę składają się opłata od pozwu, koszty zastępstwa procesowego, oraz poniesione przez stronę powodową koszty związane z wynagrodzeniem biegłego i tłumacza przysięgłego.

Apelację od powyższego wyroku wniosła pozwana podnosząc zarzuty:

I. naruszenia przepisów prawa procesowego, które miało wpływ na wynik sprawy, to jest:

1) art. 229 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c. poprzez uznanie przez Sąd, że pozwany nie wykazał wysokości szkody, którą poniósł powód, podczas gdy powód na rozprawie w dniu 04 stycznia 2012r. przyznał, że szkoda wynosiła około 400.000 zł, zatem okoliczność ta została przyznana przez powoda i nie była kwestionowana przez pozwanego;

2) art. 230 k.p.c. w zw. z 233 § 1 k.p.c. poprzez wyprowadzenie przez Sąd wniosków nie wynikających ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, to jest uznanie przez Sąd I instancji, że wina w zakresie niedotrzymania terminu zakończenia umowy leży wyłącznie po stronie pozwanego, podczas gdy sam powód w pismach z dnia 26.05.2008r. oraz z dnia 24.09.2008r. przyznał,

iż przyczyną opóźnień w wykonaniu prac są okoliczności niezależne i niezawinione przez pozwanego;

3) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez oparcie się przez Sąd wybiórczo i jednostronnie na twierdzeniach Powoda, co do okoliczności zwłoki w wykonaniu umowy

z pominięciem zeznań świadka Pozwanego A.K.i nie odniesieniem się do tych zeznań w uzasadnieniu wyroku;

4) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędne uznanie przez Sąd I Instancji, że pozwany nie kwestionował naliczenia kar umownych, co do kwoty 2.392.264,69 zł., która na żądanie powoda została wypłacona z udzielonej przez pozwanego gwarancji bankowej, podczas gdy Pozwany konsekwentnie, już w pismach z dnia 03.08.2009r. oraz 14.12.2010r. kwestionował naliczenie kar umownych w całości;

II. naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest:

1) art. 65 § 1 i 2 kodeksu cywilnego poprzez niewłaściwą wykładnię oświadczenia Stron oraz umowy w zakresie funkcji udzielonej gwarancji bankowej, która to stanowi zabezpieczenie [...] i niezasadne uznanie przez Sąd II instancji, że udzielając takiej gwarancji pozwany z góry zakładał, że nie wywiąże się z umowy w sposób należyty, a pozwana „w żaden sposób nie odczułaby dolegliwości sankcji, jaką jest kara umowna”;

2) naruszenie przepisu prawa materialnego, art. 471 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 kodeksu cywilnego poprzez niezastosowanie tego przepisu w sytuacji, kiedy biegły powołany w sprawie oraz powód uznali, że część opóźnienia powstała z przyczyn, za które pozwany nie odpowiada;

3) naruszenie art. 484 § 2 kodeksu cywilnego poprzez jego niezastosowanie i oddalenie żądania pozwanego o miarkowanie kary umownej, pomimo, że istnieją przesłanki do miarkowania kary umownej, jako że kara ta jest rażąco wygórowana.

Wskazując na powyższe zarzuty domagała się pozwana zmiany zaskarżonego wyroku i oddalenia powództwa i zasądzenia od powódki kosztów procesu za obie instancje.

Powódka w odpowiedzi na apelację wniosła o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył:

Apelacja pozwanej nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż zaskarżony wyrok jest trafny i odpowiada prawu.

Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje jako własne ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd pierwszej instancji jako dokonane bez przekroczenia uprawnień do swobodnej oceny dowodów zgodnie z art. 233 § 1 k.p.c. jak również ocenę Sądu pierwszej instancji co do zasadności roszczenia o zapłatę kary umownej i brak podstaw do uznania, że zwłoka w zakończeniu robót powstała z przyczyn niezawinionych przez pozwaną, a także braku podstaw do miarkowania kar umownych.

W pierwszej kolejności rozważyć należało zarzuty naruszenia przepisów postępowania- art. 230 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c. oraz naruszenia art. 471 k.c. odnoszących się do ustaleń Sądu pierwszej instancji dotyczących przyczyn opóźnienia w wykonywaniu robót.

Nie mogą odnieść zamierzonego skutku zarzuty, iż powódka w pismach z 26.05.2008r. (k. 1251) i 24.09.2008r. (k. 1269) kierowanych do Dyrektora Wydziału (...) Urzędu Wojewódzkiego w K. przyznała, że niedotrzymanie terminu zakończenia robót (27.06.2008r- bezsporne) powstało z przyczyn niezawinionych przez pozwaną).

Przed wszystkim należy zauważyć, iż pismo to nie jest skierowane do pozwanej a także, że powódka nie występowała o zgodę na zmianę umowy łączącej ją z pozwaną

w zakresie przedłużenia terminu wykonania robót przez pozwaną, a o zmianę terminów realizacji projektu w związku z jego finansowaniem z funduszy europejskich.

Z pisma z 26.05.2008r. wynika, że powódka zwróciła uwagę, że wobec niewykonania zaplanowanego zakresu robót przez pozwaną w kwietniu 2008r. wykonawca przedłużył harmonogram przewidujący zakończenie prac do 26.09.2008r., a także, że aktualnie występuje potrzeba dostosowania projektów wykonawczych do rzeczywistych warunków gruntowych. W żadnym razie nie wynika z tego, iż powódka uznała, że pozwana nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie. Wskazanie na okoliczności istniejące wcześniej, a dotyczące wydłużenia procedur administracyjnych są bez znaczenia, skoro z tego tytułu przedłużono pierwotny termin wykonania robót do 18 grudnia 2007r. (aneksem nr (...)), następnie do 15 maja 2008r. (aneksem nr (...)), a ostatecznie do 27 czerwca 2008r. (aneksem nr (...)).

W piśmie z 24 września 2009r. powódka wskazał, że obecnie utrzymujące się opady deszczu opóźniają prace wykończeniowe.

Zauważyć należy, iż okoliczność ta miała miejsce (poza 3 dniami w czerwcu 2008r.) w lipcu i sierpniu 2008r., a więc już po upływie umownego terminu wykończenia robót, a więc pozostaje bez wpływu na dotrzymanie tego terminu.

Trafnie także uznał Sąd pierwszej instancji za niewiarygodne zeznania A. K. w części, w której zeznania te nie znajdują potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym, w tym w szczególności w opinii biegłego A. K. (1).

Należy zwrócić uwagę, że większość zarzutów pozwanej zawartych także w zeznaniach świadka A. K. dotyczy sposobu wykonywania robót budowlanych przez pozwaną, a zatem ocena ich prawidłowości wymaga wiadomości specjalnych. Dowód z zeznań świadka może wskazywać na określone fakty, ale jeśli ich ocena wymaga wiadomości specjalnych, to dowód z zeznań świadka nie może zastąpić dowodu z opinii biegłego.

Kwestia współpracy stron przy wykonywaniu umowy w tym braku współpracy ze strony powódki mogłaby wpływać na terminowość wykonywania robót ale tylko wtedy, gdyby zachowanie inwestora opóźniało roboty. Tymczasem jak wynika z powołanych opinii biegłego protokołów z narad to powódka wskazywała na opóźnienie w wykonywaniu robót przez pozwaną, brak postępu robót, brak zaangażowania sprzętu i personelu, wadliwe wykonywanie robót wpływające na ich terminowość. Także w zapisach dziennika budowy brak jest jakichkolwiek zapisów wskazujących na brak współdziałania powódki przy wykonywaniu robót.

W przekonywujący sposób biegły w pisemnej opinii wskazał, że wykonanie nawierzchni dróg i placów z kostki brukowej przewidziane w projekcie opracowanym przez pozwaną jest sprzeczne z Programem Funkcjonalno Użytkowym stanowiącym załącznik do umowy i już 13 listopada 2007r. powódka zakwestionowała ten projekt, a pozwany miał przygotować projekt zamienny.

Trafne jest także ustalenie i ocena Sądu pierwszej instancji, iż ponadnormatywne opady mające miejsce w czerwcu, lipcu i sierpniu 2008r. nie miały wpływu na dotrzymanie umownego terminu zakończenia robót.

Zwrócić należy uwagę, że takie opady mogłyby mieć znaczenie tylko wtedy, gdyby miały miejsce w okresie wykonywania robót przed upływem umownego terminu. Opady w lipcu i sierpniu 2008r. a więc po dniu 27 czerwca 2008r. nie mają jakiegokolwiek znaczenia dla oceny, czy pozwana dotrzymała umownego terminu zakończenia robót.

Jest oczywiste, że gdyby termin ten został dochowany, to późniejsze ulewne opady nie wpływałyby na wykonanie robót już zakończonych.

Bez znaczenia są również opady w czerwcu 2008r. (3 dni). Jak trafnie zarzucała powódka, gdyby pozwana nie opóźniła się z rozpoczęciem robót (o miesiąc), nie wykonywała ich z opóźnieniem na skutek małego zaangażowania sił ludzkich i sprzętu lub wadliwie co wynika z opinii biegłego, w czerwcu 2008r. roboty byłyby na wykończeniu, trwałyby roboty wykończeniowe wewnątrz obiektu przy wykańczaniu których opady nie stanowiłyby żadnej przeszkody.

Trafnie także ustalił Sąd pierwszej instancji, na podstawie opinii biegłego, iż w dzienniku budowy nie odnotowano wstrzymania prac na skutek temperatury poniżej 5°C.

Nie może także zostać uwzględniony zarzut, że na termin wykonania robót wpływ miało opóźnienie zawarcia przez powódkę umowy na przyłączenie energii do stacji trafo.

Sąd pierwszej instancji prawidłowo ustalił na podstawie opinii ustnej biegłego i zeznań świadka K. S., że brak podpisania umowy o zasilenie zakładu w energię nie miało żadnego wpływu na przebieg budowy, gdyż budowa nie była zasilana z tej stacji, która miała służyć do zasilania urządzeń zakładu po jego uruchomieniu, a wcześniejsze podpisanie umowy spowodowałoby jedynie generowanie kosztów po stronie powódki.

Zeznania świadka A. K.co do braku zgody powódki na zmianę typu ładowarek w żadnym razie nie mogą być podstawą ustalenia, że wpływało to na termin wykonania robót. Żądanie powódki aby były to ładowarki przewidziane specyfikacją projektową nie można uznać za brak współdziałania przy wykonywaniu zobowiązania.

Świadek zeznał wprawdzie, że spowodowało to przesunięcie terminu ale nie można na podstawie tych zeznań ustalić zakresu ewentualnego przesunięcia terminu robót, a przede wszystkim jaki wpływ na termin wykonania robót miało dostarczenie ładowarek tym bardziej, że jak wynika z zeznań świadka K. S. protokół odbioru ładowarek został podpisany przed 27 czerwca 2008r. tj. umownym terminem wykonania robót.

Prawidłowo zatem Sąd pierwszej instancji uznał zeznania świadka A. K.jako nie znajdujące potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym a nadto zeznania te w części są sprzeczne z opinią biegłego i nie mogą stanowić dowodu, na podstawie którego można czynić ustalenia faktyczne skoro dotyczą okoliczności wymagających wiadomości specjalnych.

Nie może zostać także uwzględniony zarzut naruszenia art. 484 § 2 k.c. oraz naruszenia przepisów postępowania z art. 229 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c. odnoszący się do odmowy miarkowania kar umownych zgodnie z art. 484 § 2 k.c.

Przepis ten pozwala na miarkowanie wysokości zastrzeżonej i należnej kary umownej w przypadku nastąpienia jednej z przesłanek określonych w tym przepisie tj. znacznego wykonania zobowiązania lub rażącego wygórowania kary umownej.

Wprawdzie skarżąca nie podniosła w apelacji zarzutu, iż Sąd pierwszej instancji z naruszeniem art. 484 § 2 k.c. nie dokonał miarkowania kary umownej z uwagi na znacznie wykonanie zobowiązania to jednak w granicach apelacji Sąd Apelacyjny bierze pod uwagę z urzędu naruszenie prawa materialnego.

Takiego naruszenia Sąd Apelacyjny się nie dopatrywał.

Możliwość miarkowania kary umownej za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania z uwagi na jego wykonanie w znacznej części jest w orzecznictwie sporne.

Sąd Apelacyjny w Katowicach podziela pogląd wyrażony m.in. w orzecznictwie, zgodnie z którym miarkowanie kary umownej zastrzeżonej na wypadek zwłoki w spełnieniu całości świadczenia jest co do zasady dopuszczalne także ze względu na wykonanie przez dłużnika zobowiązania w znacznej części, ale należy brać pod uwagę konkretne okoliczności faktyczne, które pozwalają ocenić czy i ewentualnie w jakim stopniu częściowe wykonanie robót

przed popadnięciem w zwłokę zaspokajało interes wierzyciela, a więc w przypadku robót budowlanych wykonanie wyodrębnionych prac pozwala wierzycielowi na korzystanie z ich rezultatu.

W niniejszej sprawie jest bezsporne, iż na dzień 27 czerwca 2008r. roboty nie były wykonane na tyle, aby powódka mogła korzystać z wykonanego przedmiotu umowy, a zatem brak jest podstaw do miarkowania kary umownej z uwagi na znaczne wykonanie zobowiązania zgodnie z art. 484 § 2k.c.

Nie zasługuje także na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 484 § 2k.c. poprzez odmowę miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie i związane nim zarzuty naruszenia przepisów postępowania – art. 229 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c.

W utrwalonym orzecznictwie prezentowany jest pogląd, który Sąd Apelacyjny w tym składzie w pełni podziela, iż wierzyciel domagający się kary umownej nie jest obowiązany do wykazywania, iż poniósł szkodę ani jej wysokości. Brak szkody lub jej niewielka wysokość może być natomiast podstawą do miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie skoro kara umowna jest surogatem odszkodowania za nienależyte wykonanie zobowiązania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela. Oceny zatem wymaga która ze stron- wierzyciel dochodzący kary umownej czy dłużnik domagający się jej miarkowania obowiązany jest udowodnić czy wierzyciel poniósł szkodę w określonej wysokości czy też nie poniósł szkody w ogóle.

Do oceny tej zastosowanie ma ogólna reguła ciężaru dowodu wskazane w art. 6 k.c. zgodnie z którą ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Jak wskazano powyżej dochodzenie kary umownej nie jest obwarowane wykazaniem poniesienia szkody, skoro kara umowna przysługuje bez względu na to czy wierzyciel poniósł szkodę i w jakiej wysokości. Powódka jako wierzyciel nie była zatem obowiązana do wykazywania szkody ani jej wysokości, a wystarczające było, iż w odpowiedzi na wniosek pozwanej o miarkowanie kary podniosła, że szkodę poniosła. To pozwana domagając się miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie obowiązana była do udowodnienia, iż powódka nie poniosła szkody w ogóle lub że pomiędzy wysokością szkody a wysokością kary umownej istnieje rażąca różnica, skoro jest to przesłanka miarkowania kary umownej zgodnie z art. 484 § 2 k.c. i pozwana z tego faktu wywodzi skutki prawne.

Powódka w odpowiedzi na sprzeciw pozwanej od wyroku zaocznego, w piśmie procesowym z 09.08.2011r. zarzuciła, że poniosła szkodę majątkową, gdyż na skutek zwłoki w wykonaniu robót nie mogła korzystać z sortowni odpadów, a więc nie mogła zmniejszać opłaty marszałkowskiej z tytułu segregacji odpadów i zmniejszać ilości odpadów przekazywanych na składowisko.

Zgodnie z art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. w zw. z art. 479¹⁸ § 3 k.p.c. pozwana najpóźniej w odpowiedzi na powyższe pismo powinna złożyć wnioski dowodowe co do nieponiesienia przez powódkę szkody.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 229 k.p.c. poprzez odmowę przyjęcia, że powódka przyznała (w toku przesłuchania wiceprezesa zarządu K. Ł. - k. 1396), że poniosła szkodę w wysokości 400.000 zł. Przesłuchiwany w charakterze strony K. Ł. wskazał, że utracona opłata marszałkowska to 400.000 zł (8000 ton x 50 zł). Zwrócić jednak należy uwagę, że zeznający wskazał, że dotyczy to tylko jednej instalacji.

W piśmie z 11 czerwca 2012r. powódka wskazała, że z uwagi na opóźnienie w zakończeniu budowy zmuszona była do składowania odpadów i odprowadzenia opłaty środowiskowej za korzystanie ze środowiska (opłata marszałkowska) i mając na uwadze wydajność instalacji - 85.000 ton, półroczny okres opóźnienia i wysokość opłaty (75 zł w 2008r.) to jej szkoda wyniosła 3.187,500 zł. Kolejna szkoda wynika z opóźnienia w budowanie kompostowni (20.000 ton rocznie x 0,5 x 75 zł) i wyniosła 750.000 zł, a ponadto poniosła koszty budowy dodatkowych kwater w wysokości ok. 1.000.000 zł.

Pomimo jednoznacznego stanowiska powódki pozwana nie przedłożyła żadnego dowodu co do wysokości szkody poniesionej przez powódkę ani nie złożyła skutecznie w tym zakresie wniosku dowodowego. Jak wskazano powyżej

wniosek taki złożony być powinien zgodnie z art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. w zw. z art. 479¹⁸ § 3 k.p.c. w sprzeciwie od wyroku zaocznego, a najpóźniej w odpowiedzi na pismo powódki z 09.08.2011r.

Oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z dokumentów spółki dotyczących realnego przerobu odpadów złożonego na ostatniej rozprawie w dniu 29 czerwca 2012r. było zatem w świetle powyższego przepisu uzasadnione, a jego ewentualne naruszenie przez Sąd pierwszej instancji nie poddaje się kontroli instancyjnej, skoro pozwana na rozprawie nie zwróciła Sądowi pierwszej instancji uwagi na naruszenie przepisów postępowania zgodnie z art. 102 k.p.c.

Tym samym skarżąca nie wykazała aby kara umowa za prawie półroczną zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy o roboty budowlane była rażąco wygórowana w porównaniu do poniesionej przez powódkę szkody, co oznacza, że brak podstaw do miarkowania kary umownej zgodnie z art. 484 § 2 k.c.

Kara umowna nie jest także rażąco wygórowana w porównaniu do wysokości wynagrodzenia pozwanej za wykonanie robót budowlanych.

Nie może stanowić podstawy do miarkowania kary fakt, że stanowi ona ok. 16% wynagrodzenia pozwanej. Stawki kary umownej 0,1% wynagrodzenia dziennie są standardowe, natomiast wysokość kary umownej wynika z rażącego (prawie półrocznego) okresu zwłoki w porównaniu do umownego (niecałe 12 miesięcy) okresu wykonywania umowy. Gdyby pozwana wykonała roboty z opóźnieniem 1-2 miesięcy, kara umowna stanowiłaby tylko ok. 5% wynagrodzenia, a więc tylko znaczna zwłoka pozwanej w wykonaniu zobowiązania powoduje, że kara umowna jest wysoka ale brak podstaw do uznania jej z powyższych przyczyn za rażącą. Zarzut naruszenia art. 65 § 1 i 2 k.c. jest również niezasadny. W istocie skarżąca odnosi go nie do wykładni postanowień umownych o ustanowieniu gwarancji bankowej, a do błędnej oceny treści jej oświadczenia woli.

Nawet jeśli błędna jest ocena Sądu pierwszej instancji, iż udzielając gwarancji bankowej pozwana z góry zakładała, że nie wywiąże się z umowy w sposób należyty, to nie ma to wpływu na treść rozstrzygnięcia. Gwarancja bankowa została udzielona jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy (§ (...)ust.(...)umowy), a więc powódka jako beneficjent mogła domagać się jej realizacji także w przypadku zwłoki w wykonaniu umowy jako zaspokojenia jej roszczeń z tytułu kar umownych za zwłokę, a w przypadku gdy wysokość gwarancji nie pokrywa tych roszczeń, powódka może domagać się ich niezaspokojonej części na drodze sądowej.

Takiej wykładni umowy o roboty budowlane pozwana nie kwestionowała i rozważenia Sądu pierwszej instancji co do intencji pozwanej, iż z góry zakładała, że nie wykona zobowiązania w terminie pozostaje bez wpływu na treść rozstrzygnięcia.

W konsekwencji zarzuty apelacji pozwanej nie znajduje uzasadnienia a zatem jej apelacja jest bezpodstawna i zgodnie z art. 385 k.p.c. podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. obciążając pozwaną należnymi powódce kosztami zastępstwa procesowego.

Na podstawie art. 350 k.p.c. sprostowano niedokładność zaskarżonego wyroku, gdyż skoro sprzeciw pozwanej nie został uwzględniony w żadnej części to brak było podstaw aby zgodnie z art. 347 k.p.c. uchylić go w jakiegokolwiek części. O kosztach procesu przed Sądem pierwszej instancji orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. i art. 108 § 1k.p.c., gdyż na skutek zaskarżenia wyroku zaocznego rozstrzygnięcie o kosztach procesu upadło i należało o nim orzec w orzeczeniu kończącym postępowanie.

(...)