

Sygn. akt I ACa 129/17

## WYROK

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 8 czerwca 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny

w składzie:

|                 |   |
|-----------------|---|
| Przewodniczący: | SSA Andrzej Struzik (spr.)                |
| Sędziowie:      | SSA Grzegorz Krężolek<br>SSA Robert Jurga |
| Protokolant:    | sekr. sądowy Katarzyna Rogowska           |

po rozpoznaniu w dniu 8 czerwca 2017 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa(...)Spółki Komandytowo - Akcyjnej w K.

przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w B.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 30 września 2014 r. sygn. akt IX GC 247/12

**1. oddala apelację w części objętej orzeczeniem zawartym w punkcie 1 podpunkcie I w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach procesu i w punkcie 1 podpunkcie II wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 7 maja 2015 r. sygn. akt I ACa 250/15;**

**2. zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 9 950 zł (dziewięć tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego i kasacyjnego.**

SSA Grzegorz Krężolek SSA Andrzej Struzik SSA Robert Jurga

**Sygn. akt I ACa 129/17**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 30 września 2014 roku Sąd Okręgowy w Krakowie zasądził od pozwanej (...) Sp. z o.o. w B. na rzecz powódki (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w K. kwotę 110.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami od 1 marca 2012 roku oraz kosztami postępowania 12.700 zł. Zasądzona kwota stanowi dochodzoną przez powódkę

jako inwestora część kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z winy pozwanej jako wykonawcy inwestycji pod nazwą (...) w K. przy ul. (...).

Wydając taki wyrok sąd I instancji ustalił, co następuje:

Strony zawarły umowę o roboty budowlane [k.26] w dniu 11 października 2011 r. Pozwany wykonawca zobowiązał się wybudować część inwestycji pn. Miasto P. w K. przy ul. (...) w postaci budynków nr (...) wraz z zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą techniczną.

W § (...) strony ustaliły, że zakres robót oraz rodzaj i gatunek materiałów budowlanych wyznaczają projekt architektoniczny, projekt zagospodarowania terenu i projekt wykonawczo-konstrukcyjny (opracowane przez (...) Sp. z o.o.). W § (...) strony ustaliły wynagrodzenie 3.400 zł netto za metr powierzchni użytkowej lokali.

W §(...) umowy strony ustaliły karę umowną na 720.000 zł płatną w przypadku rozwiązania umowy z winy którejkolwiek strony w przypadkach określonych w umowie w p(...), m.in. za opóźnienie przekraczające 14 dni w dwóch pierwszych miesiącach w stosunku do harmonogramu zawartego w załączniku nr (...) [k. 195].

Harmonogram dzielił prace na 18 miesięcznych etapów. § (...) ust.(...) umowy określał procedurę jej rozwiązania. Strona zamierzająca odstąpić od umowy zobowiązana była wysłać upomnienie stronie, którą obciążały okoliczności z p(...), i po bezskutecznym upływie 21 dni od doręczenia upomnienia mogła złożyć oświadczenie o odstąpieniu od umowy.

Powód przekazał projekt konstrukcyjny, projekty wykonawcze budynków i teren protokolarnie w dniach 11 i 13 października 2011r. [protokoły k.36,37].

Prace zgodnie z umową (§ (...)) rozpoczęto w dniu 2 listopada 2011 r.

Początkowo kierownikiem budowy wyznaczonym przez pozwanego był S. L. (od 3 listopada do 12 grudnia 2011 r.) a następnie K. S. (1). Wg powodowego inwestora przyczyną zmiany na tym stanowisku było niewykonywanie przez kierownika swoich obowiązków, a wg pozwanego wykonawcy stan zdrowia (notatka o zmianie kierownika budowy z dnia 9 grudnia 2011 r. k.47). Początkowo roboty wykonywało 5 pracowników pozwanego, a potem stopniowo zwiększała się ilość pracowników na budowie (notatki z narad k.41-48). Początkowo wykonawca dysponował tylko jedną koparką [zeznanie inspektora nadzoru A. P. k.271 1h 21m].

Ponieważ po sporządzeniu projektu konstrukcyjno-wykonawczego nastąpiła zmiana projektu budowlanego i pozwolenia na budowę, „wykonawca przyjął do wiadomości że projekt wykonawczo-konstrukcyjny wymaga dostosowania do projektu architektonicznego zamiennego” (§ (...)umowy), co wg inwestora oznaczało obowiązek zamówienia dostosowania przez wykonawcę, a wg wykonawcy oznaczało jedynie obowiązek wskazania projektantowi zakresu zmian.

Wobec sporu inwestor na naradzie 14 grudnia 2011 r. zawiadomił wykonawcę, iż zamówił dostosowanie, lecz kosztem 56.000 zł netto obciążył wykonawcę [notatka k.48].

Powodowy inwestor zawarł umowę z zakładem energetycznym o dostawę energii elektrycznej 23 listopada 2011r. [k.151], a prąd na budowie podłączono dnia 2 grudnia 2011 r. [notatki k. 43,44,46]. Do tego czasu pozwany wykonawca korzystał z generatora na olej napędowy, co wywoływało protesty okolicznych mieszkańców z powodu hałasu w godzinach wieczornych.

W trakcie negocjacji umowy inwestor zgodził się na czasowe składowanie ziemi z wykopów na sąsiedniej działce także należącej do inwestora, lecz już w listopadzie inwestor polecił wywóz ziemi zgodnie z ustaleniem zawartym w p(...)protokołu przekazania terenu [k.37v].

Dnia 7 grudnia 2011 r. wykonawca złożył wyjaśnienia dotyczące przyczyn opóźnienia w wykonywanych pracach przypadających na pierwszy miesiąc [k.97].

Jako przyczyny wykonawca wskazał: obowiązek wywozu ziemi wbrew wcześniejszym ustaleniom, brak prądu przez cały listopad, brak prądu przez cały dzień na skutek uszkodzenia kabla niezaznaczonego w dokumentacji przekazanej przez inwestora, natrafienie podczas prac fundamentowych na resztki starych fundamentów, których samo skucie zajęło 4 dni, wykonanie wykopów pod nieujęty w dokumentacji łącznik budynków nr(...)

Protokołem z 8 grudnia 2011 r. [k.55-58] inwestor odebrał warunkowo prace za I miesiąc. Wykonawca wystawił fakturę za I etap [k.59], a inwestor zapłacił.

Pismem z 19 grudnia 2011 r. inwestor zaprzeczył, aby strony ustaliły możliwość pozostawienia ziemi na sąsiedniej działce, oraz podniósł, iż na mocy § (...) umowy inwestora obciążało tylko wskazanie punktu poboru prądu i uzgadniając z zakładem energetycznym przyłączy inwestor wykonał obowiązek wykonawcy, w dokumentacji był łącznik między budynkami.

W dniu 20 grudnia 2011 r. inwestor przekazał wykonawcy część nowego projektu wykonawczo-konstrukcyjnego dotyczącą fundamentów [protokół k.99]. Kolejne śródowe spotkania odbywały się na budowie od 21 grudnia 2011 r. do 1 lutego 2012 r. [notatki k.60-70], na których inwestor upominał wykonawcę w kwestii terminowości prac oraz wskazywał, że nie zostały ukończone prace z listopada 2011 r. (wykop, chudy beton, wywóz i utylizacja ziemi i gruzu) i grudnia (zbrojenie płyty fundamentowej, izolacja i betonowanie płyty).

Wykonawca natomiast zgłaszał brak dokumentacji, wzywał o spotkania z inspektorem nadzoru d/s elektryki oraz z projektantem (...) studio, zgłosił, że podczas wykopów w ziemi wyłonił się blok betonowy i wezwał o inwentaryzację podziemnych budowli w terenie wykopu.

Pismem z 16 stycznia 2012 r. [k.64] powód wystosował upomnienie do pozwanego wykonawcy w trybie § (...) umowy wzywając do wykonania zaległych prac w terminie 21 dni pod groźbą wypowiedzenia umowy i zapłaty kary. Pracami tymi były przypadające na grudzień prace ujęte w harmonogramie pod poz. (...), tj. płyta denna i izolacje garaży.

Pismem z 18 stycznia 2012 r. [k.71] pozwany wykonawca odpowiedział, że nie otrzymał dokumentacji wykonawczej na roboty objęte budową, a dokumentacja przekazana do tej pory nie zawierała w ogóle dokumentacji prowadzenia prac ziemnych i sposobu zabezpieczenia wykopu (a sposób przedstawiony w dokumentacji technicznej jest niemożliwy do wykonania). Pozwany wezwał do urealnienia harmonogramu. Ponadto wskazał, że wykonał roboty dodatkowe, które też opóźniły budowę, tj. utylizację starych budowli ujawnionych podczas wykopów, pogłębienie na stopy pod słupy, wywóz ziemi w listopadzie i za które chciałby uzyskać wynagrodzenie. Część tych żądań pozwany powtórzył pismem z 19 stycznia 2012 r. [k.73].

Pismem z 23 stycznia 2012 r. (k.100) inwestor poinformował, że projekt wykonawczy zamienny dla inwestycji jest do odbioru w siedzibie spółki, lecz po zgłoszeniu się wykonawcy odmówił jego wydania bez zapłaty wynagrodzenia 56.000 zł netto.

Od 27 stycznia 2012 r. [notatka z 1 lutego 2012r. k.70, pismo wykonawcy z 27 stycznia k.74] zostały wstrzymane prace na budowie z powodu niskich temperatur (poniżej  $-10^{\circ}\text{C}$ ), co zostało zarządzone przez Kierownika Budowy (dostawca betonu wstrzymał jego produkcję do dnia 7 lutego 2012 r.)

Pismem z 1 lutego 2012 r. [k.75] inwestor wezwał wykonawcę na spotkanie w celu omówienia dodatkowych gwarancji na realizację umowy ze względu na jego miesięczne opóźnienie w pracach. Pismem z 3 lutego 2012 r. [k.76] pozwany przedstawił przyczyny opóźnienia (brak projektu, prace dodatkowe w postaci usuwania starych fundamentów i wywozu ziemi, mrozy) oraz wezwał do przedłożenia gwarancji zapłaty za roboty w terminie 30 dni od otrzymania

pisma. Pismem z 7 lutego 2012 r. [k.78] powód kolejny raz upomniał pozwanego w sprawie terminowości robót i wezwał do podjęcia prac, gdyż większość budów w K. już ruszyła po ustaniu mrozów.

Pismem z 17 lutego 2012 r. [k.79] powód odstąpił od umowy z winy pozwanego, wezwał do zapłaty kary 720.000 zł i do sporządzenia inwentaryzacji prac. Pismem z 24 lutego 2012 r. [k.83] pozwany uznał odstąpienie za bezskuteczne i wezwał do rozliczenia się z nim oraz zapłaty kar umownej na podstawie § (...) umowy.

W dniu 27 lutego 2012 r. strony przystąpiły do inwentaryzacji wykonanych robót, lecz ze względu na rozbieżności sporządziły odrębne protokoły [powoda k.88, pozwanego k.91].

W zakresie dotyczącym wywozu ziemi jako przyczyny opóźnienia wskazał Sąd Okręgowy po uprzedniej analizie zeznań przesłuchanych świadków, że tezie wykonawcy brak takiej pozycji w harmonogramie [k.195] nie świadczy o jej wyłączeniu, gdyż zazwyczaj wywóz nie stanowi osobnej pozycji, lecz wchodzi w zakres wykopów (poz. (...)). Dlatego sąd ustalił, iż inwestor zgodził się tylko na czasowe składowanie ziemi z wykopów na sąsiedniej działce. Sąd nie ustalił czasu, na jaki zgoda została udzielona, i czy polecenie wywozu złożonej ziemi już w listopadzie 2011r. było zgodne z tymi ustaleniami (być może strony w ogóle tego nie uzgodniły pozostawiając czas wywozu do późniejszego uzgodnienia).

W ocenie Sądu Okręgowego nieistotny był spór, kogo w świetle § (...) umowy obciążało zamówienie zmian w projekcie konstrukcyjno-wykonawczym i zapłata za nie. Wykonawca podnosił, że brak zamiennego projektu konstrukcyjno-wykonawczego spowolnił jego prace. Jednakże postępowanie dowodowe nie potwierdziło tej tezy. Koordynator wykonawcy M. G. zeznał, że w drugim miesiącu brak projektu zaczął przeszkadzać [k.204 29m], lecz nie wskazał żadnego konkretnego przestoju. Równie niekonkretne co do tego faktu było zeznanie kolejnego koordynatora wykonawcy M. P. [k.265 13m]. Z zeznania kierownika budowy K. S. wynika, że w zakresie niezbędnym dla robót fundamentowych konieczne fragmenty dokumentacji otrzymał na czas [k.268 42m].

Prezes wykonawcy zeznał, że płyta denna nie została wylana w grudniu 2011 r. ze względu na brak projektu w zakresie jej uzbrojenia [k.308 41m]. Wykonawca nie wpisał w dzienniku budowy wstrzymania wykonania płyty dennej z powodu braku dokumentacji. Samo zeznanie prezesa strony powodowej, iż przyczyną niewykonania płyty dennej zgodnie z harmonogramem był brak dokumentacji, jest niewystarczającą podstawą do ustalenia takiego związku.

W ocenie Sądu Okręgowego treść umowy potwierdza wersję powoda, iż inwestor zobowiązany był tylko do wskazania miejsca, w którym wykonawca mógł podłączyć prąd budowlany (§ (...) umowy) – a contrario obowiązek zawarcia umowy z zakładem energetycznym obciążał pozwanego wykonawcę. Ponadto spór ten był nieistotny, gdyż wykonawca nie wykazał, że opóźnienie było skutkiem korzystania z generatora zamiast z przyłącza.

Zdaniem Sądu Okręgowego sam wykonawca ocenił opóźnienie spowodowane ujawnieniem starych fundamentów i braku prądu budowlanego na co najwyżej 8 dni [k.311 27m] i wobec tego fakt ten nie usprawiedliwia niewykonania płyt dennej przewidzianej na grudzień 2011r. do 27 stycznia 2012 r. (po tym dniu płyta nie mogła być wykonywana ze względu na mrozy).

Na podstawie powyższych okoliczności uznał Sąd Okręgowy, że inwestor miał prawo do odstąpienia od umowy pismem z 17 lutego 2012 r. [k.79] i przysługuje mu kara umowna 720.000 zł z § (...) umowy. Okoliczności podniesione przez wykonawcę co najwyżej uzasadniają miarkowanie kary, lecz inwestor dochodzi tylko 110.000 zł, tj. 15,28% kary. Niewątpliwie ewentualne miarkowanie kary nie wyniosłoby aż 85%.

O kosztach procesu orzekł Sąd Okręgowy na podstawie art. 98 K.p.c. uznając, że powodowi przysługuje zwrot opłaty 5.500 zł i kosztów zastępstwa 7.200 zł.

Apelację od wyroku złożył pozwany wykonawca zaskarżając wyrok w całości.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił;

- naruszenie przepisów postępowania, a to:

- art. 233 § 1 k.p.c. przez brak wszechstronnego rozważenia całego materiału dowodowego i w efekcie błędne ustalenie, że;

a/ inwestor zgodził się na czasowe składowanie ziemi z wykopów na sąsiedniej działce, gdy w toku negocjacji poprzedzających zawarcie umowy strony ustaliły, że dla obniżenia kosztów z zakresu robót ziemnych zostanie usunięta pozycja dotycząca wywozu ziemi;

b/ wykonawca otrzymał na czas fragment dokumentacji zamiennej konstrukcyjno-wykonawczej w zakresie niezbędnym dla robót fundamentowych, podczas gdy pierwsze celowe rysunki zostały przekazane dopiero 20 grudnia 2011 r., zaś roboty, dla których były one niezbędne miały być wykonane w okresie od 1 do 31 grudnia 2011 r.;

- art.227 i 278 § 1 k.p.c. przez pominięcie dowodu z opinii biegłego ds. budownictwa na okoliczność możliwości prowadzenia robót przewidzianych harmonogramem na drugi miesiąc realizacji umowy bez dysponowania przez wykonawcę zamienną dokumentacją projektową wykonawczo-konstrukcyjną;

- naruszenie przepisów prawa materialnego, a to § (...) ust.(...) lit.(...) umowy o roboty budowlane z dnia 11 października 2011 r. poprzez jego zastosowanie w sytuacji w której opóźnienie do jakiego doszło przy wykonaniu prac budowlanych powstało dopiero w trzecim miesiącu prac budowlanych, a zatem nie mogło stanowić podstawy odstąpienia bez uprzedniego określenia 30 dniowego terminu.

Wobec treści zarzutów pozwany domagał się przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego na okoliczność możliwości przeprowadzenia przez stronę pozwaną robót przewidzianych harmonogramem na drugi miesiąc bez dysponowania zamienną dokumentacją projektowo wykonawczo – konstrukcyjną, którą otrzymał dopiero 20 grudnia 2011 r.

Na tych podstawach domagał się zmiany zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa i zasądzenia kosztów za obie instancje sądowe ewentualnie uchylenia zaskarżonego orzeczenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Strona powodowa wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Wyrokiem z dnia 7 maja 2015 roku Sąd Apelacyjny w Krakowie zmienił powyższy wyrok w ten sposób, że miarkując zasądzoną karę umowną obniżył ją do 55.000 zł i oddalił powództwo w pozostałym zakresie, obniżając zasądzoną kwotę kosztów procesu do 2.750 zł, a w pozostałej części apelację oddalił i zasądził od powódki na rzecz pozwanej kwotę 2.750 zł tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Uzasadniając powyższy wyrok Sąd Apelacyjny stwierdził bezzasadność zgłoszonego w apelacji wniosku dowodowego, tak z uwagi na utratę zarzutu będącą konsekwencją niezgłoszenia zastrzeżenia do protokołu w trybie art. 162 k.p.c., jak i z uwagi na niezwykle ogólną tezę dowodową, co do braku dokumentacji wykonawczej jako przyczyny opóźnienia w wykonaniu prac, przy jednoczesnym niewskazaniu, które z dokumentów cząstkowych dokumentacji zastępczej zostały jej wydane do dnia 20 grudnia 2011 r. i jaka była ich treść w porównaniu do treści dokumentacji dostarczonej pozwanemu wykonawcy w dniu 23 stycznia.

Wskazując, że przyjęte w umowie ukształtowanie kary umownej mieści się w granicach swobody kontraktowej oraz że stanowisko pozwanego dotyczy trzech przyczyn egzoneracyjnych (braku właściwego współdziałania wierzyciela przy przekazywaniu dokumentacji projektowej, bezzasadnego obciążenia wykonawcy obowiązkiem wywozu ziemi oraz warunków atmosferycznych uniemożliwiających realizację prac i nieprzewidzianych wobec wadliwego wykonania przez inwestora prac geologicznych dodatkowych robót, które obciążyły wykonawcę), Sąd Apelacyjny stwierdził, że istota sporu sprowadzała się do wyjaśnienia następujących okoliczności:

- zakresu robót przewidzianych na drugi miesiąc inwestycji;

- czy inwestor był uprawniony do upomnienia wykonawcy w dniu 16 stycznia 2012 r. do wykonania zaległych robót i czy termin 21 dni był możliwy do zachowania przez wykonawcę, a w szczególności zakresu prac zastrzeżonych harmonogramem na drugi miesiąc inwestycji, które nie zostały wykonane w terminie do dnia 16 stycznia 2012 r.;

- zakresu robót wykonanych w terminie do dnia 17 lutego 2012 r. (data odstąpienia od umowy przez powodowego inwestora), a w szczególności czy przyczyny niewykonania tych robót obciążały stronę pozwaną, a w tym ostatnim zakresie znaczenie przyczyn opisanych przez pozwanego jako egzoneracyjne.

W tym zakresie ustalił Sąd Apelacyjny, rozpoznając poprzednio sprawę, uzupełnił i częściowo zmienił ustalenia sądu I instancji w następujący sposób:

Harmonogram robót przewidzianych na drugi miesiąc obejmował wykonanie następujących robót ;

- chudy beton (poz.4) o ryczałtowej wartości 23.481,42 zł ( z pierwszego miesiąca robót) ;

- instalacja p.wodna płyty dennej (poz.5) o ryczałtowej wartości 48.558,87 zł;

- płyta denna (po.6) o ryczałtowej wartości 81.991, 44 zł

- zbrojenie płyty dennej (poz.7) o ryczałtowej wartości 93.539,26 zł;

- instalacja p.wilgociowa garaż (poz.13) o ryczałtowej wartości 25.746,49 zł ;

- instalacja styrodur 6 cm garaż (poz.14) o ryczałtowej wartości 2.385,56 zł;

- instalacja ze styropianu twardego (poz.15) o ryczałtowej wartości 498,81 zł.

Łączna wartość robót odpowiadała kwocie ok. 250.000 zł.

(dowód : harmonogram robót k. 195 akt).

Za pierwszy miesiąc prac (obejmujących inne roboty od powyżej opisanych) strona pozwana otrzymała wynagrodzenie w wysokości 158.442 zł.

(dowód faktura VAT k.59 akt)

W dniu 16 stycznia 2012 r. (k.64 akt) strona powodowa wystosowała do pozwanego upomnienie z zakreśleniem 21 dniowego terminu do wykonania opisanych wyżej prac.

W odpowiedzi strona pozwana (k.71 akt) wskazała, że przyczyną niewykonania prac jest brak dokumentacji wykonawczej oraz wyjaśniła, że wykonano płytę fundamentową (terminologicznie odpowiada pojęciu płyty dennej) w osiach od A do E oraz trwają roboty przy wykonaniu zbrojenia na w osiach (...). Nadto wskazała na konieczność wykonania robót dodatkowych oraz nieporozumienie dotyczące wywozu ziemi.

(dowód : treść korespondencji stron na wskazanych wyżej kartach akt, a nadto pismo strony pozwanej z k. 76 akt - z dnia 3 lutego 2012 r.- w którym wskazuje, że 18 stycznia 2012 r. wezwano powoda do przedłożenia dokumentacji wykonawczej )

Stosownie do §(...) umowy pozwany wykonawca przyjął do wiadomości, że projekt wykonawczo-konstrukcyjny wymaga dostosowania do projektu architektoniczno-zamiennego.

(dowód : umowa stron k. 26 akt).

Fakt wykonania zbrojenia na odcinku (...) potwierdzony został w dniu 25 stycznia 2012 r. wpisem ze strony inspektora nadzoru, jako wykonany bez uwag.

(dowód: dziennik budowy k.54 akt)

W dniu 27 stycznia 2012 r. kierownik budowy zgłosił do odbioru zbrojenie kompletne płyty dennej. Roboty te nie zostały odebrane z powodu panujących mrozów.

W dniu 30 stycznia 2012 r. inspektor nadzoru nie zezwolił na betonowanie z uwagi na brak zabezpieczenia mieszanki betonowej.

(dowód wpis w dzienniku budowy k. 54 akt)

W dniu 25 stycznia 2012 r. doszło do spotkania w którym strony nie doszły do porozumienia co do określenia strony na której spoczywa obowiązek zabezpieczenia wykopu.

(dowód notatka służbowa nr. 14 k.69 akt)

W dniu 27 stycznia 2012 r. strona pozwana powiadomiła powodowego inwestora, że do dnia 7 lutego 2012 r. firma (...) wstrzymała produkcję i dostawę betonu.

(dowód pismo k.74 akt)

W dniu 1 lutego 2012 r. ponownie wezwano wykonawcę do zabezpieczenia krawędzi wykopu a nadto stwierdzono, że od dnia 27 stycznia 2012 r. występują niskie temperatury (poniżej minus 10 stopni C), z zastrzeżeniem inwestora, że niska temperatura nie stanowi podstawy do prowadzenia innych prac poza betonowaniem.

(dowód notatka służbowa nr. 15 k. 70 akt).

W dniu 1 lutego 2012 r. strona powodowa ponownie wezwała pozwanego wykonawcę do realizacji prac i przedstawienia gwarancji należytego wykonania.

(dowód pismo k. 75 akt)

W odpowiedzi strona pozwana wskazała, że od 27 stycznia 2012 r. roboty zostały wstrzymane z uwagi na panujące mrozy, a nadto iż dopiero w dniu 23 stycznia 2012 r. otrzymała od strony powodowej stosowną dokumentację po uprzednim zagrożeniu rozwiązania umowy w oparciu o treść art. 651 k.c., jednocześnie stwierdzając, że brak jest podstaw dla sfinansowania przez wykonawcę kosztów opracowania dokumentacji wykonawczej zamiennej.

(dowód: pismo k. 76-77 akt)

W dniu 7 lutego 2012 r. strona powodowa poinformowała pozwanego wykonawcę o przejęciu dziennika budowy.

(dowód pismo k. 78 akt)

W dniu 17 lutego 2012 r. strona powodowa odstąpiła od umowy stwierdzając, że opisane w harmonogramie roboty nie zostały wykonane.

(dowód pismo k.79 akt)

W dniu 27 lutego 2012 r. spisano dwa dokumenty dotyczące inwentaryzacji wykonanych prac. Z opracowanych przez strony dokumentów wynika, że :

- chudy beton (poz.4) ( z pierwszego miesiąca robót) w ocenie powoda nie wykonano części „3” od osi L do P według oceny pozwanego w 50% ;

- instalacja p.wodna płyty dennej (poz.5) wykonana została częściowo, a sporny jest zakres wykonania;

- płyta denna (po.6) została wykonana częściowo a to od osi A do osi E ;
- zbrojenie płyty dennej (poz.7) w ocenie pozwanego zostało wykonane częściowo.

Pozostałe roboty, a to: instalacja p.wilgociowa garaż (poz.13) instalacja styrodur 6 cm garaż (poz.14), instalacja ze styropianu twardego (poz.15) nie zostały wykonane.

(dowód :protokoły z k.88 do 91 akt).

Jest w sprawie bezsporne, że za wykonanie części prac przewidzianych w drugim miesiącu strona powodowa nie zapłaciła wynagrodzenia pozwanemu wykonawcy.

Jest też w sprawie niewątpliwe, że harmonogram robót przewidywał 18 miesięczny cykl budowy oraz iż wynagrodzenie z tego tytułu sięgać miało kwoty 14.756.204 zł., zaś wynagrodzenie za dwa pierwsze miesiące ok. 500.000 zł.

(por. harmonogram z k. 195-196 akt)

Sąd Apelacyjny wskazał, że powyższe okoliczności faktyczne nie budzą żadnych wątpliwości, jako wynikające z dokumentów dołączonych przez strony postępowania.

Za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy uznał Sąd Apelacyjny okoliczności związane z wywozem ziemi i nieprzewidzianymi przeszkodami w prowadzeniu wykopów, a to z uwagi na czas opóźnienia w drugim miesiącu robót oraz okoliczność, że uporanie się z tymi problemami zajęłoby kilka dni. Doniosłe znaczenie miała natomiast ocena, jaki wpływ na czas wykonania robót miała kwestia dostarczenia dokumentacji zamiennej oraz warunków pogodowych. Sąd uznał, że na etapie prac, na którym przerwano roboty, opracowanie szczegółowej dokumentacji w postaci projektu wykonawczego było potrzebne, jednak wykonawca przyjął wcześniej do wiadomości konieczność dostosowania projektu i konsultacji z jego autorem, a wobec przeszkód w kontynuowaniu prac wywołanych brakiem wymaganych dokumentów mógł skorzystać z art. 651 k.c. i zawiadomić inwestora, co uczynił dopiero 18 stycznia 2012 r. Do tej daty na wykonawcy spoczywała zatem odpowiedzialność za nieterminowe wykonanie robót, nawet spowodowane brakiem dokumentacji. W świetle postanowień umowy dodatkowy termin wykonania opóźnionych prac wynosi 14 dni. W okresie od dnia 27 stycznia do 7 lutego 2012 r. realizacja prac nie była możliwa z uwagi na warunki atmosferyczne, ale i po tej dacie żadne prace nie były realizowane. Istota problemu polega zatem na ocenie, czy pozwana mogła wykonać roboty w terminie od dnia 17 stycznia 2012 r. na podstawie dokumentacji przekazanej w dniu 20 grudnia 2011 r., a w okresach 23-26 stycznia 2012 r. i 8-17 lutego 2012 r. na podstawie współdziałania z projektantem bądź dokumentacji przekazanej w dniu 23 stycznia 2012 r. Zdaniem sądu odwoławczego pozwany nie wykazał, aby w tym okresie nie mógł zniwelować opóźnienia w wykonaniu prac, które zgodnie z harmonogramem winny być wykonane przed dniem 2 stycznia 2012 r. Wykonanie robót dodatkowych nie powinno zająć więcej niż 8-10 dni, a zatem opóźnienie stąd wynikające winno zostać zniwelowane jeszcze przed upomnieniem pozwanego przez powoda. Sąd wskazał, że od czasu tego upomnienia do odstąpienia od umowy upłynęło 30 dni, w tym 19 dni, w których możliwym było prowadzenie robót. Niemniej jednak świadomość obu stron konsekwencji braku dokumentacji i wynikający stąd obowiązek inwestora podjęcia stosownych działań jeszcze przed dniem 23 stycznia 2012 r. oraz fakt, że zerwanie umowy w pierwszym okresie jej obowiązywania, przy zaangażowaniu znacznych środków własnych wykonawcy, wartość wynagrodzenia za pierwsze dwa miesiące prac oraz fakt, że pozwany otrzymał około 150.000 zł, a kara umowna w wysokości 110.000 zł pochłonęłaby niemal całość otrzymanego wynagrodzenia, wskazują na rażącą wysokość dochodzonej kary umownej i stanowią podstawę od jej miarkowania na podstawie art. 484 § 2 k.c., zaś odpowiednią karą będzie kwota 55.000 zł.

Po rozpoznaniu skargi kasacyjnej powódki wyrokiem z dnia 26 października 2016 r. Sąd Najwyższy uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego zmieniając zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego, a to rozstrzygnięcie o kosztach procesu zawarte w punkcie 1 ppkt I powyższego wyroku Sądu Apelacyjnego oraz orzeczenie o częściowym oddaleniu powództwa zawarte w punkcie I ppkt II i orzeczenie o kosztach postępowania apelacyjnego zawarte w punkcie 3 i przekazał sprawę w tym zakresie do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w Krakowie, pozostawiając temu sądowi



rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego. Sąd Najwyższy zakwestionował stanowisko Sądu Apelacyjnego, iż żądanie miarkowania kary umownej nie musi być podniesione wprost, ale już samo zakwestionowanie obowiązku jej zapłaty przez wniosek o oddalenie powództwa winno być traktowane jako wniosek o jej miarkowanie. Przedstawiając stanowiska dotyczące tej kwestii Sąd Najwyższy uznał za zasadne stanowisko pośrednie wskazujące, że dla przyjęcia, iż wniosek o miarkowanie kary umownej został sądowi przedstawiony wystarczy podniesienie zarzutu zawierającego twierdzenie o rażącym wygórowaniu kary, odpowiadające sformułowaniu ustawowej przesłanki miarkowania. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy Sąd Najwyższy wskazał jednak, że pozwana w sprzecznie od nakazu zapłaty i w piśmie procesowym z dnia 30 lipca 2012 r. powołała, jako podstawę wniosku o oddalenie powództwa, niewłaściwe wykonanie zobowiązania i naruszenie przez powódkę dochodząca zasądzenia kary zasad współżycia społecznego, a następnie na rozprawie w dniu 4 grudnia 2012 r., w odpowiedzi na pytanie sądu czy wnioskuje miarkowanie kary umownej oświadczyła, że „dochodzona jest tylko część kary umownej, więc na tym etapie wniosek o miarkowanie nie był uzasadniony”. Sąd Najwyższy stwierdził następnie, że podniesienie zarzutu nadużycia prawa podmiotowego w sprawie o zasądzenie kary umownej jest dopuszczalne, a jego zgłoszenie nie jest równoznaczne ze zgłoszeniem wniosku o miarkowanie. W konsekwencji trafny okazał się podniesiony w skardze kasacyjnej zarzut niewłaściwego zastosowania art. 484 § 2 k.c. poprzez dokonanie miarkowania kary umownej z urzędu, bez wyraźnego zarzutu dłużnika. Niemniej jednak Sąd Apelacyjny odwołując się do art. 484 § 2 k.c. jako podstawy rozstrzygnięcia reformatoryjnego, zaniechał oceny roszczenia w aspekcie naruszenia prawa materialnego, tj. nadużycia prawa podmiotowego (art. 5 k.c.) oraz oceny zasadności dalszych zarzutów apelacyjnych, co skutkowało uchynieniem zaskarżonego orzeczenia. Sąd Najwyższy wskazał, że rozpoznając ponownie sprawę sąd powinien zwrócić uwagę, czy kluczowa dla rozstrzygnięcia sporu kwestia wydania zmodyfikowanej dokumentacji technicznej, niezbędnej dla wykonania robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, została prawidłowo ustalona.

Po wydaniu powyższego wyroku przez Sąd Najwyższy pozwana w piśmie procesowym z dnia 24 kwietnia 2017 r. wniosła o zmniejszenie kary umownej do kwoty 55.000 zł w oparciu o przepis art. 484 § 2 k.c., z uwagi na rażące jej wygórowanie. Pozwana wskazała przy tym, że zgłoszenie na tym etapie postępowania zarzutu rażącego wygórowania kary umownej wynika z analizy argumentacji przedstawionej przez Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 maja 2015 r. co do kwestii, którą ze stron umowy obciążał obowiązek zlecenia wykonania projektu wykonawczego zamiennego oraz zapłaty za to opracowanie i nadanie im innego znaczenia na płaszczyźnie prawa materialnego aniżeli nadał skarżący. W szczególności, zdaniem pozwanego, przyjęcie, że rzeczą inwestora było dopełnienie tego obowiązku, ale jego niedopełnienie przez inwestora nie prowadzi do stwierdzenia braku podstaw do zwolnienia wykonawcy od obowiązku zapłaty kary umownej, uzasadnia stanowisko, że okoliczności te powinny zostać uwzględnione w kontekście zarzutu rażącego wygórowania kary umownej. Pozwana wskazała przy tym, że wszystkie okoliczności, jakie powinny zostać wzięte pod uwagę przy zaaprobowaniu ujęcia przedstawionego przez Sąd Apelacyjny, znajdują potwierdzenie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym i brak jest konieczności jego uzupełniania w postępowaniu odwoławczym.

Powódka w piśmie procesowym z dnia 5 czerwca 2017 r. podniosła, że zarzut miarkowania kary umownej jest spóźniony i jako taki winien zostać pominięty. Odniosła się też merytorycznie do tego zarzutu twierdząc, że brak jest podstaw do miarkowania kary.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności zauważyć trzeba, że wydany w tej sprawie wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 7 maja 2015 r. został zaskarżony skargą kasacyjną wyłącznie w części oddalającej powództwo i tylko w tym zakresie (a także orzeczenia o kosztach postępowania) został uchylony. W konsekwencji wyrok ten w części uwzględniającej powództwo i oddalającej apelację jest prawomocny, i zgodnie z art. 365 § 1 k.p.c. wiąże sąd w dalszym postępowaniu, a tym samym przesądza, że roszczenie o zapłatę kary umownej co do zasady jest słuszne, zaś otwartą pozostawia tylko wysokość kary umownej, jakiej domagać się może powódka. Ponieważ w okolicznościach objętych zakresem rozpoznania przez sąd, a wyznaczonych podstawą faktyczną powództwa, kara umowna należna była tylko w sytuacji, gdy odstąpienie przez powódkę od umowy było wynikiem opóźnienia, za które odpowiada pozwana, to tym samym przesądzona jest odpowiedzialność pozwanej za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania co najmniej w zakresie

czasowym uzasadniającym zastrzeżone w umowie uprawnienie powódki do odstąpienia od umowy. Oznacza to, że żadna z okoliczności wskazywanych przez pozwaną jako usprawiedliwiająca opóźnienie, czy to rozważana z osobna, czy też wespół z pozostałymi okolicznościami, nie może usprawiedliwić opóźnienia w wykonaniu prac objętych harmonogramem dla pierwszych dwóch miesięcy umowy, a przekraczającego wynikające z umowy terminy dla usunięcia opóźnienia, a przez to zniweczyć zasadności roszczenia o zapłatę kary umownej. Stąd zarzuty apelacji pozwanej, jak i okoliczności wskazane w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego, mogą być rozważane tylko o tyle, o ile mają wpływ na wysokość dochodzonego roszczenia, a nie na samą zasadę. Pamiętać przy tym trzeba, że zgodnie z art. 398<sup>20</sup> k.p.c. sąd, któremu sprawa została przekazana, jest związany wyłącznie wykładnią prawa dokonaną w sprawie przez Sąd Najwyższy.

Odnosząc się w powyższym kontekście do ustaleń faktycznych przyjętych przez Sąd Okręgowy za podstawę zaskarżonego wyroku, przy uwzględnieniu ich uzupełnienia i częściowej korekty dokonanej przez Sąd Apelacyjny przy poprzednim rozpoznaniu sprawy, Sąd Apelacyjny ponownie sprawę rozpoznając ustalenia te aprobuje i przyjmuje za podstawę swego orzeczenia. Rozważając zarzuty apelacji dotyczące ustaleń faktycznych zauważyć trzeba, że co do kwestionowanego w apelacji ustalenia dotyczącego zgody inwestora na składowanie ziemi na sąsiedniej działce Sąd Apelacyjny poprzednio rozpoznając sprawę stwierdził, że ewentualne opóźnienie wywołane obowiązkiem wywozu ziemi nie uzasadniałoby przekroczenia tego okresu opóźnienia, który w świetle postanowień umowy uzasadniał wezwanie do usunięcia opóźnienia a następnie odstąpienie od umowy, a Sąd Apelacyjny w obecnym składzie takie stanowisko akceptuje w pełni podzielając argumentację przedstawioną na jego uzasadnienie. Z kolei w odniesieniu do podniesionego w apelacji zarzutu dotyczącego daty otrzymania nowego projektu wykonawczo-konstrukcyjnego w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku jest zawarte stwierdzenie, że część tego projektu wykonawca otrzymał 20 grudnia 2011 r., a zatem takie samo, jak okoliczność, która według treści zarzutu powinna zostać ustalona. Tak sąd I instancji, jak i następnie sąd II instancji analizował kwestię wpływu tej okoliczności oraz faktu, że nie był to pełny projekt wykonawczo-konstrukcyjny, dochodząc do wniosku, że zaniechanie przez pozwaną wpisania do dziennika budowy, iż brak dokumentacji stanowi przeszkodę w kontynuowaniu prac, względnie zawiadomienia o tej przeszkodzie inwestora w inny sposób, w celu wykonania obowiązku określonego w art. 651 k.c. powoduje, iż nie można przyjąć, aby ten brak usprawiedliwiał niewykonanie płyty dennej w terminie, a tym bardziej po jego przedłużeniu o czas przewidziany dla usunięcia opóźnienia. Co istotne, jak ustala sąd I instancji, po otrzymaniu przez wykonawcę od inwestora w dniu 20 grudnia 2011 r. części nowego projektu wykonawczo-konstrukcyjnego dotyczącej płyty fundamentowej (płyty dennej) w każdą środę w okresie od dnia 21 grudnia 2011 r. do dnia 1 lutego 2012 r. odbywały się na budowie spotkania inwestora i wykonawcy, w trakcie których inwestor upominał wykonawcę w kwestii terminowości prac. Na żadnym z tych spotkań w okresie poprzedzającym pisemne upomnienie wykonawcy z dnia 16 stycznia 2012 r. (to jest na spotkaniach w dniach: 21 i 28 grudnia 2011 r. oraz 4 i 11 stycznia 2012 r.) wykonawca nie zgłaszał, że część dokumentacji, która otrzymał w dniu 20 grudnia 2011 r. nie jest wystarczająca do wykonania prac przewidzianych harmonogramem na grudzień 2011 r. Po raz pierwszy takie stwierdzenie pojawiło się na naradzie w dniu 18 stycznia 2012 r, to jest po otrzymaniu przez wykonawcę pisemnego upomnienia z dnia 16 stycznia 2012 r. [dowód: notatki z narad k. 60-63 i k. 68].

Zwrócić natomiast trzeba uwagę, że sąd I instancji poprawnie ustalił, że w dniu 23 stycznia 2012 r. inwestor poinformował wykonawcę, że projekt wykonawczy zamienny jest do odbioru w siedzibie spółki, lecz po zgłoszeniu się wykonawcy odmówił jego wydania bez zapłaty wynagrodzenia za ten projekt w kwocie 56.000 zł netto. Sąd Apelacyjny poprzednio rozpoznając sprawę ustalenia tego nie skorygował, jednak następnie w swych rozważaniach odnosił się do daty 23 stycznia 2012 r. jako daty otrzymania przez wykonawcę pełnego projektu wykonawczego zamiennego, pomimo iż uznał, że obowiązek poniesienia kosztów dokumentacji zamiennej obciążał powódkę. Skoro dokumentacja ta nie została jednak wykonawcy wydana, to w opisanej sytuacji nie można z faktem poinformowania wykonawcy o możliwości odbioru dokumentacji wiązać żadnych skutków co do jego dalszych obowiązków. Zatem fakt, że w dniu 23 stycznia 2012 r. dokumentacja zamienna była gotowa, jest prawnie irrelevantny. Wskazane wyżej okoliczności dotyczące zachowania się wykonawcy po otrzymaniu w dniu 20 grudnia 2011 r. części dokumentacji zamiennej prowadzą jednak do akceptacji stanowiska sądu I instancji, opartego także na rozważonym przez ten sąd osobowym materiale dowodowym, że kwestia opóźnienia w przekazaniu dokumentacji zamiennej nie była

przyczyną opóźnienia w wykonaniu prac przewidzianych harmonogramem na drugi miesiąc budowy w zakresie większym, niż uzasadniające upomnienie przewidziane § (...)pkt(...) umowy, a następnie możliwe do usunięcia w czasie poprzedzającym odstąpienie od umowy. Na marginesie zauważyć trzeba, że taki wniosek znajduje też oparcie w związaniu sądu obecnie rozpoznającego sprawę prawomocnym wyrokiem uwzględniającym powództwo co do zasady, gdyż rozumowanie przeciwnie musiałoby prowadzić do konstatacji o braku podstaw do odstąpienia od umowy przez inwestora, a tym samym o bezzasadności zasądzenia kary umownej nawet w części, w jakiej prawomocnie karę tę zasądzono.

Sąd Apelacyjny w obecnym składzie w pełni podziela natomiast stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 maja 2015 roku odnośnie zarzutów apelacji dotyczących pominięcia dowodu z opinii biegłego oraz dotyczącego interpretacji postanowienia § (...) ust. (...) lit.(...) umowy łączącej strony co do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy w wyniku opóźnienia w realizacji prac mającego miejsce w drugim miesiącu robót. Pełna akceptacja tego stanowiska oraz związanie samą zasadą odpowiedzialności pozwanej powoduje zbędność powtarzania argumentacji przedstawionej poprzednio przez Sąd Apelacyjny.

Odnosząc się do faktu zgłoszenia przez pozwaną w piśmie procesowym z dnia 24 kwietnia 2017 r. wniosku o miarkowanie kary umownej w pierwszej kolejności zauważyć trzeba, że postępowanie w tej sprawie rozpoczęło się w dniu 5 marca 2012 r. (data wniesienia pozwu), a zatem przed dniem 3 maja 2012 r., to jest dniem wejścia w życie ustawy z dnia 16 września 2011 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw. Oznacza to, że zgodnie z przepisem art. 9 ust. 1 te same ustawy w sprawie mają zastosowanie przepisy o postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych, uchylone wyżej powołaną ustawą. Zastosowanie znajduje zatem przepis art. 479<sup>14</sup> § 2 w zw. z art. 479<sup>14a</sup> k.p.c. nakazujący pozwanej podanie w sprzeciwie od nakazu zapłaty wszelkich twierdzeń, zarzutów oraz dowodów na ich poparcie pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania, chyba iż wykaże, że ich powołanie w sprzeciwie od nakazu zapłaty nie było możliwe albo że potrzeba powołania wynika później. Odnosi się to także do żądania miarkowania kary umownej. Podniesione przez pozwaną w piśmie procesowym z dnia 24 kwietnia 2017 r. twierdzenie jakoby potrzeba zgłoszenia zarzutu miarkowania kary umownej wynika dopiero po sporządzeniu przez Sąd Apelacyjny uzasadnienia wyroku z dnia 7 maja 2015 r. jest nietrafne. Trzeba mieć na uwadze, że Sąd Apelacyjny miarkując tę karę nie odwoływał się do żadnych nowych okoliczności, które nie byłyby znane stronom od początku procesu. Miarkowanie było wynikiem rozważenia przez sąd okoliczności od początku podnoszonej przez pozwaną, a to spoczywania obowiązku dostarczenia projektu wykonawczego zmiennego na powódce w zestawieniu z faktami znanymi obu stronom od początku procesu, a mianowicie zerwania umowy w pierwszym okresie jej obowiązywania, wartości prac w tym czasie wykonanych i otrzymanego przez pozwaną wynagrodzenia oraz wysokości dochodzonej części kary umownej. Co więcej, znając te okoliczności pozwana na rozprawie w dniu 4 grudnia 2012 r. na pytanie sądu jednoznacznie stwierdziła, że wobec dochodzenia przez powódkę tylko części kary umownej na tym etapie postępowania wniosek o miarkowanie kary umownej nie był uzasadniony. Odmienne ocena Sądu Apelacyjnego mogła tylko uświadomić pozwanej błąd w jej rozumowaniu co do bezzasadności wniosku, co jednak nie czyni zasadnym uznania, że uświadomienie tego błędu jest tożsame z pojawieniem się potrzeby zgłoszenia wniosku o miarkowanie kary. Niewątpliwie nie można też przyjąć, że pozwana nie zgłosiła we właściwym czasie wniosku o miarkowanie kary umownej będąc przeświadczoną, że samo żądanie oddalenia powództwa o zapłatę kary umownej wniosek taki w sobie zawiera, skoro jednoznacznie oświadczeniem stwierdziła, że wniosku takiego nie składa. W tych okolicznościach uznać należy, że pozwana, stosownie do uregulowania zawartego w art. 479<sup>14</sup> § 2 w zw. z art. 479<sup>14a</sup> k.p.c. utraciła prawo żądania miarkowania kary umownej poniżej jej części będącej przedmiotem tego procesu.

Dwie wyżej wskazane przyczyny, a to związanie sądu prawomocnym wyrokiem stosownie do art. 365 § 1 k.p.c. oraz utrata przez pozwaną zarzutu miarkowania kary umownej stosownie do art. 479<sup>14</sup> § 2 w zw. z art. 479<sup>14a</sup> k.p.c. powodują, że sąd II instancji ponownie rozpoznając sprawę jest zobligowany do przyjęcia, iż kara umowna za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanej jest powódce należna oraz że nie może ona zostać w wyniku miarkowania obniżona poniżej dochodzonej w tej sprawie kwoty 110.000 zł. W konsekwencji koniecznym staje się rozważenie, czy domaganie się przez powódkę kary umownej w wysokości przekraczającej 55.000 zł, ale

nie przewyższającej kwoty 110.000 zł, nie stanowi nadużycia prawa. Podnosząc zarzut z art. 5 k.c. pozwany jest zobowiązany wskazać, jakie zasady współzycia społecznego zostają naruszone przez czynienie przez powoda użytku z przysługującego mu prawa podmiotowego i na czym naruszenie to polega. Zarzut sprzeczności żądania zapłaty kary umownej z zasadami współzycia społecznego pozwana podniosła w sprzeciwie od nakazu zapłaty i kierowała go do całości dochodzonej kwoty (k. 115-116). Zarzut ten został podniesiony w kontekście wcześniejszych wywodów dotyczących przyczyn opóźnienia w wykonaniu przewidzianych harmonogramem prac, które zdaniem pozwanej wynikały z zawinionych zaniechań powódki i czynników pogodowych. W konsekwencji pozwana twierdziła, że winy za opóźnienie nie ponosi. Niemniej jednak, z uwagi na twierdzenie powódki, zgodnie z którym nie ma potrzeby badania tego, czy opóźnienie w wykonaniu robót przewidzianych na drugi miesiąc było przez pozwaną zawinione, twierdziła, że w takim wypadku żądanie zapłaty kary umownej stoi w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego. Wskazywała, że wysuwanie przez podmiot odpowiedzialny za opóźnienie żądania zapłaty kary umownej jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego. W konsekwencji takiego sformułowania zarzutu naruszenia art. 5 k.c. aktualizuje się on tylko w wypadku, gdyby przyjąć, że pozwana nie ponosi winy opóźnienia realizacji prac przewidzianych harmonogramem na drugi miesiąc, a pomimo to, w świetle postanowień umowy byłaby zobligowana do zapłaty kary umownej. Tymczasem w rozpoznawanej sprawie sytuacja wskazana jako podstawa zarzutu z art. 5 k.c. nie miała miejsca, gdyż tak sąd I instancji, jak i sąd II instancji prawomocnie przesądzając o obowiązku zapłaty kary umownej przyjęły, że podstawą odpowiedzialności pozwanej jest opóźnienie przez nią zawinione. Sąd Apelacyjny obecnie rozpoznając sprawę w pełni podziela takie stwierdzenie z przyczyn, które zostały wyżej wskazane. Pozwana nie twierdziła, że dochodzenie kary umownej od dłużnika, którego zawinione działanie lub zaniechanie doprowadziło do zerwania umowy, miałyby pozostawać w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego. W konsekwencji podniesiony zarzut naruszenia art. 5 okazał się bezzasadny.

Z powyższych przyczyn apelacja także i w części, w jakiej została uwzględniona wyrokiem z dnia 7 maja 2015 roku, okazała się bezzasadna i na podstawie art. 385 k.p.c. podlegała oddaleniu.

O kosztach postępowania apelacyjnego i kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. Z tytułu kosztów postępowania apelacyjnego zasądzono od pozwanej, jako strony przegrywającej sprawę, na rzecz powódki wynagrodzenie pełnomocnika będącego radcą prawnym w wysokości podwójnej stawki minimalnej określonej przepisami § 6 pkt 6 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu. Zastosowanie przepisów tego rozporządzenia wynikało z faktu, że postępowanie apelacyjne zostało wszczęte w dniu 23 grudnia 2014 r. (data nadania apelacji w urzędzie pocztowym), a zatem przed dniem wejścia w życie rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (§ 21 tego rozporządzenia). Przyjmując dwukrotność stawki minimalnej miał sąd na uwadze fakt dwukrotnego rozpoznawania sprawy w postępowaniu apelacyjnym. Na koszty postępowania kasacyjnego złożyły się: opłata od skargi kasacyjnej w wysokości 2.750 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika – radcy prawnego w wysokości stawki minimalnej określonej przepisami § 6 ust. 6 w zw. z § 10 ust. 4 pkt 2 powołanego wyżej rozporządzenia z dnia 28 września 2002 r., przy uwzględnieniu, że wniesienie skargi kasacyjnej nastąpiło jeszcze w okresie jego obowiązywania.

SSA Grzegorz Krężolek SSA Andrzej Struzik SSA Robert Jurga