

Sygn. akt I ACa 343/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 listopada 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Lublinie, I Wydział Cywilny

w składzie:

| | |
|-------------------------|------------------------------|
| Przewodniczący - Sędzia | SA Bożena Oworuszko |
| Sędzia: | SA Jerzy Nawrocki (spr.) |
| Sędzia: | SO del. Andrzej Mikołajewski |
| Protokolant | st.sekr.sądowy Dorota Kabala |

po rozpoznaniu w dniu 5 listopada 2015 r. w Lublinie na rozprawie

sprawy z powództwa (...)

(...)Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

przeciwko Gminie F.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda od wyroku Sądu Okręgowego w Zamościu

z dnia 26 lutego 2015 r., sygn. akt I C 644/13

I. oddala apelację;

II. zasądza od powoda Syndyka Masy Upadłości Przedsiębiorstwa (...)

i (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. na rzecz pozwanego Gminy F. kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

I A Ca 343/15

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 26 lutego 2015 r. Sąd Okręgowy w Zamościu po rozpoznaniu sprawy z powództwa Syndyka Masy Upadłości Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

przeciwko Gminie F. o zapłatę zasądził od Gminy F. na rzecz powoda 16.229,52 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 5.409,84 zł od dnia 25 listopada 2010 r. oraz od kwoty 10.819,68 zł od dnia 23 kwietnia 2012 r.

Oddalił powództwo w pozostałym zakresie.

Zasądził od Syndyka Masy Upadłości Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. na rzecz Gminy F. kwotę 2.021,10 zł tytułem zwrotu kosztów procesu i nakazał ściągnąć od niego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 2.064,98 zł tytułem wydatków wyłożonych tymczasowo przez Skarb Państwa.

Powód dochodził w pozwie zapłaty części niezapłaconego wynagrodzenia za roboty budowlane, które pozwana Gminę potrafiła z nienależną jej wierzytelnością z tytułu kar umownych (k. 2 – 23).

Pozwana wносиła o oddalenie powództwa, podnosząc zarzut potrącenia kwoty dochodzonej pozwem jako kary umownej (k. 63 – 68, 109).

Pismem z dnia 15 kwietnia 2012 r. powodowa Spółka rozszerzyła powództwo do kwoty 158 697,44 zł. Dodatkowo żądana kwota 57 708,16 zł stanowiła z kolei należność powódki z tytułu przysługującej jej wobec pozwanej kary umownej (k. 128 – 135).

W toku procesu ogłoszono upadłość powodowej Spółki i powództwo popierał syndyk masy upadłości (k. 261, 268, 380).

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 9 kwietnia 2010 r. Gmina F. oraz Przedsiębiorstwo (...) Spółka z o.o. z siedzibą w K. zawarły umowę na wykonanie robót budowlanych Nr GK. (...) (umowa Nr GK. (...) – k. 29 – 38). Umowa została zawarta w trybie art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, w wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego na roboty budowlane, zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zatwierdzoną w dniu 2 marca 2010 r. przez Burmistrza F..

Termin wykonania przedmiotu umowy został ustalony do dnia 10 sierpnia 2010r. Termin wykonania mógł być przesunięty za zgodą zamawiającego w przypadku m. in. wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych (oberwania chmury, gwałtownej ulewy, gwałtownej wichury). Zgodnie z umową, czynniki takie miały być stwierdzone protokolarnie przez strony umowy. Protokoły winny zawierać uzasadnienia, z których jasno wynika wpływ na terminowość wykonania zamówienia lub jego części, zgodnie z technologią założoną w dokumentacji projektowej (z załączeniem dokumentacji fotograficznej).

Zamawiający nie miał obowiązku przedłużania terminu wykonania robót, jeżeli wykonawca w ciągu 14 dni od zaistnienia okoliczności nie przedłożył szczegółowego uzasadnienia wniosku o przedłużenie terminu (§ 3 umowy).

Do obowiązków zamawiającego należało m.in. przekazanie wykonawcy terenu budowy w terminie 7 dni od dnia podpisania umowy oraz przekazanie dokumentacji projektowej, która określała przedmiot umowy w ramach zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego wraz z oświadczeniem o jego kompletności (§ 4, 5 umowy).

Strony w § 16 umowy przewidziały możliwość naliczenia kar umownych.

Pracownik Urzędu Gminy F. – A. W. kontaktował się telefonicznie w okresie 7 dni po zawarciu umowy, z kierownikiem budowy z ramienia wykonawcy - L. W., celem przystąpienia do przekazania placu budowy. Wykonawca w tym czasie wykonywał inwestycje drogowe na rzecz innych podmiotów, gdzie L. W. był także kierownikiem budowy.

L. W. zgłosił się do odbioru przedmiotowego placu budowy dopiero 27 kwietnia 2010 r. Wówczas sporządzono protokół przekazania terenu budowy. W przekazaniu uczestniczył także inspektor nadzoru A. D. (protokół – k. 44).

Pomimo odbioru placu budowy wykonawca nie przystępował do wykonania umowy (zeznania świadka A. D. – k. 141v.), informując, że ma trudności z przemieszczeniem sprzętu. W maju, czerwcu i znaczną część lipca były dobre warunki pogodowe.

Pismem z dnia 30 czerwca 2010 r. wykonawca zawiadomił inwestora o błędzie w dokumentacji geodezyjnej (pismo – k. 45). Wezwany przez Gminę projektant usunął wady. Usunięcie wad części projektu doprowadziło do sześciodniowego

opóźnieniem, tj. od dnia 1 lipca 2010 r. do 6 lipca 2010 r. (pismo Burmistrza Gminy F. do wykonawcy z dnia 7 września 2011 r. – k. 156).

Wykonawca przetransportował sprzęt na teren budowy dopiero 2 lipca 2010 r. Faktyczne rozpoczęcie robót, dokumentowane w dzienniku budowy rozpoczęło się 2 lipca 2010 r. (wpisy w dzienniku budowy – k. 169).

Weześniej podwykonawcy prowadzili tylko roboty brukarskie (wymiana chodnika) przy ul. (...), które trwały jeszcze we wrześniu (zeznania świadka L. W. – k. 138v. – 139, kosztorys ofertowy dla podwykonawcy B. G. – k. 49 - 50).

Pod koniec lipca 2010 r. pogorszyły się warunki atmosferyczne, nastąpiły opady deszczu.

Wykonawca pismem z dnia 25 sierpnia 2010 r. zwrócił się do pozwanej z prośbą o przedłużenie terminu wykonania zadania do dnia 30 września 2010 r., „ze względu na niesprzyjające warunki atmosferyczne występujące w ostatnim czasie oraz nachodzące na siebie terminy robót” (pismo – k. 48).

Odpowiedź pozwanej była odmowna.

Biegły z zakresu budownictwa E. F. biorąc pod uwagę również złożone przez powoda dane IMiGW zaopiniował, że opady deszczu mogły utrudniać wykonywanie prac budowlanych: w miesiącu lipcu przez 11 dni, w miesiącu sierpniu przez 9 dni, w miesiącu wrześniu przez 5 dni. Biorąc pod uwagę umowny termin zakończenia prac – 10 sierpnia 2010 r., tylko przez dwa dni nie można było z tego powodu wykonywać robót (opinia pisemna – k. 324 – 329). Jednakże wykonawca powinien brać pod uwagę zarówno warunki pogodowe, jakie panują w okresie letnim (ustna opinia biegłego – k. 378 – 380).

W dniu 24 września 2010 r. wykonawca zgłosił do odbioru wykonanie zadania (pismo – k. 51).

Dnia 27 września 2010 r. inspektor nadzoru A. D. stwierdził liczne niewykonane elementy robót i szczegółowo wykazał je wpisem w dzienniku budowy. Poleciał w terminie do dnia 7 października 2010 r. wykonać brakujące elementy robót oraz dołączyć badanie laboratoryjne próbek betonu.

W dniu 7 października 2010 r. inspektor nadzoru stwierdził, że do tego dnia nie wykonano brakujących robót i wyznaczył kolejny termin ich wykonania – do dnia 22 października 2010 r.

Protokolarny odbiór robót miał miejsce w dniu 22 października 2010 r. (str. 8 i 8v. dziennika budowy – k. 169).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dokumentów dołączonych do akt sprawy, opinii biegłego z zakresu budownictwa drogowego E. F., a także zeznań świadków: L. W., A. W. i A. D., które są zgodne w wnioskami wypływającymi z dokumentów.

Sąd uznał za niewiarygodne zeznania świadka P. S., który stwierdził, iż wykonawca był gotów na przejęcie terenu budowy przed dniem 27 kwietnia 2010 r. Stwierdzenie to pozostaje w sprzeczności z zeznaniami pozostałych świadków, w tym kierownika budowy L. W.. Nadto świadek nadmiernie eksponuje utrudnienia w pracach związane z opadami atmosferycznymi nie biorąc pod uwagę, że większa częstotliwość opadów miała miejsce już po upływie terminu do umownego zakończenia robót.

Sąd Okręgowy uznał powództwo o zapłatę za częściowo uzasadnione.

Strony łączyła umowa o roboty budowlane, o której mowa w przepisie art. 647 k.c. Obowiązkiem pozwanej była zapłata przez pozwaną na rzecz wykonawcy wynagrodzenia na podstawie faktury wystawionej przez niego po odbiorze końcowym przedmiotu umowy (§ 11 ust. 2 i § 12 umowy – k. 34).

Po dokonaniu końcowego obmiaru robót wykonawca wystawił za realizację zadania fakturę VAT Nr (...) z dnia 22 października 2010 r. na kwotę 915 321,66 zł (kopia faktury – k. 55).

Co do zasady pozwana nie kwestionowała prawidłowości naliczenia wynagrodzenia według faktury, jednak potrąciła z wynagrodzenia wykonawcy karę umowną w wysokości 100 989,28 zł. , mnożąc za każdy dzień zwłoki [72] przez kwotę 1 803,38 zł (wyliczenie – k. 56 - 57).

Strona powodowa nie kwestionowała wyliczenia kwotowego za jeden dzień zwłoki. Wg tej samej stawki naliczyła pozwanej kary umowne w piśmie rozszerzającym powództwo, w którym domagała się zasądzenia kwoty z tytułu należnych jej kar umownych od zamawiającego (k. 128 – 124).

Kwestia wysokości kary umownej za jeden dzień zwłoki nie była więc między stronami sporna. Strony uzasadniały swoje roszczenia z tytułu kar umownych postanowieniami umowy. Każda ze stron uzasadniała wysokość roszczenia z tego tytułu za różny okres.

Zgodnie z art. 498 § 1 k.c., gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze, jeżeli obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed Sądem.

Zgodnie z § 16 ust. 1 pkt a umowy wykonawca był zobowiązany do zapłaty kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0.2 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki [k. 35].

Wykonanie robót budowlanych miało nastąpić do 10 sierpnia 2010 r. Faktycznego zakończono roboty 21 października 2010 r. (wpisy inspektora nadzoru w dzienniku budowy – k. 169). Zwłoka w wykonaniu przedmiotu umowy, według wyliczeń pozwanej, wynosiła więc 72 dni. Licząc po 1 803,38 zł za każdy dzień zwłoki kara umowna należna inwestorowi od wykonawcy za ten okres wyniosłaby 129 843,36 zł.

Pozwana zaniechała jednak żądania kary umownej za 10 dni ze względu na przekazanie placu budowy wykonawcy z takim opóźnieniem oraz za 6 dni przeznaczonych na uzupełnienie dokumentacji (od 1 lipca 2010 r. do 6 lipca 2010 r.). Łączna kwota zmniejszenia kar umownych dokonana przez pozwaną wynosi 28 854,08 zł (wyliczenie – k.17).

W oparciu o takie wyliczenie pozwana Gmina dokonała potrącenia należność wykonawcy z tytułu zapłaty o kwotę 100 989,28zł.

Sąd uznał, że złe warunki atmosferyczne nie uzasadniały zwłoki wykonawcy. Wykonawca przystąpił do wykonania zasadniczych prac dopiero w dniu 2 lipca 2010 r., a więc po upływie dwóch miesięcy od odbioru terenu budowy. Do wykonania zadania, które miało zakończyć się 10 sierpnia 2010 r. pozostał mu miesiąc i osiem dni. Był to czas krótszy niż ten, przez który wykonawca nie podejmował robót budowlanych. W ocenie Sądu niezwłoczne przystąpienie do wykonywania zadania inwestycyjnego, w okresie kiedy warunki atmosferyczne były sprzyjające, pozwoliłoby terminowo wywiązać się ze zobowiązań umownych.

Ponadto nawet intensywne opady atmosferyczne w okresie letnim nie są zjawiskiem nadzwyczajnym, a wykonawca powinien mieć na uwadze również trudności związane ze zjawiskami atmosferycznymi. Termin wykonania umowy zgodnie z jej postanowieniami, mógł być przesunięty za zgodą zamawiającego tylko w przypadku wystąpienia takich niekorzystnych warunków atmosferycznych jak oberwanie chmury, gwałtowna ulewa, gwałtowna wichura (§ 3 ust. 2 pkt 1 umowy).

Czynniki te winny być jednak stwierdzone protokolarnie przez strony umowy. Protokoły winny zawierać uzasadnienie, z którego jasno wynika wpływ na terminowość wykonania prac lub ich części (z załączeniem dokumentacji fotograficznej).

Strona powodowa nie złożyła dokumentu w postaci takiego protokołu, ani nie udowodniła, że opady intensywne pod koniec lipca i w kolejnych miesiącach miały cechy: oberwania chmury, gwałtownej ulewy, gwałtownej wichury. Wręcz przeciwnie, z zapisów w dzienniku budowy wynika, że od dnia 2 lipca 2010 r. roboty budowlane były sukcesywnie wykonywane i zgłaszane do odbioru inspektorowi nadzoru.

Podanie o przedłużenie terminu wykonania zadania było złożone w dniu 28 sierpnia 2010 r., a więc po upływie terminu wykonania (10 sierpnia 2010 r.). Nie wskazano w nim na warunki atmosferyczne jako przyczynę opóźnienia. Jako przyczynę wniosku wskazano „nakładające na siebie terminy robót”.

Fakt, że strona powodowa podjęła się wykonania kilku zadań budowlanych jednocześnie, bądź w nakładających się okresach realizacji, również nie stanowi okoliczności uzasadniającej jej opóźnienie.

Sąd jednak korzystnie dla strony powodowej uznał, w ślad za opinią biegłego z zakresu budownictwa drogowego E. F., że w okresie przed upływem umownego terminu wykonania zadania warunki atmosferyczne w ciągu dwóch dni mogły obiektywnie uniemożliwiać kontynuację prac budowlanych i o ten czas pomniejszył karę umowną naliczoną przez pozwaną wykonawcy. Stanowiło to kwotę 3 606,56 zł (1 803,28 zł x 2 dni). Nadto jeżeli pozwana nie naliczyła wykonawcy kary umownej za nieterminowe przekazanie placu budowy, to od dnia 16 kwietnia 2010r. do 27 kwietnia 2010 r. upłynęło 11 (a nie 10 dni) i jeszcze naliczona przez pozwaną za ten jeden dzień kara umowna nie jest uprawniona.

W oparciu o te wyliczenia Sąd uznał, że zarzut potrącenia zgłoszony przez pozwaną nie jest uzasadniony do sumy 5 409,84 zł (3 606,56 zł + 1 803,28 zł) i do tej kwoty zostało uwzględnione powództwo o zapłatę wynagrodzenia zgłoszone w pozwie zasadniczym, z ustawowymi odsetkami od dnia 25 listopada 2010 r. do dnia zapłaty.

Zgodnie z § 12 ust. 2 umowy należność za wykonane prace powinna być uiszczona w ciągu miesiąca od dostarczenia faktury do inwestora. Wykonawca złożył fakturę w Urzędzie Gminy we F. 25 października 2010 r. Roszczenie w zakresie kwoty 5 409,84 zł jest więc wymagalne od dnia 25 listopada 2010 r.

Zasadne było natomiast potrącenie kar umownych za dalsze okresy opóźnienia wykonania robót, do faktycznego ich odbioru. Zgłoszenie przez wykonawcę do odbioru „wykonania zadania” pismem z dnia 24 września 2010 r. nie może być uznane za skutecznie dokonane, skoro faktycznie trwała jeszcze jego realizacja do dnia 21 października 2010 r., o czym świadczą wpisy inspektora nadzoru w dzienniku budowy oraz zeznania świadka A. D. (k. 142).

Ewentualny brak specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót w dokumentacji projektowej, w rozumieniu ustawy o zamówieniach publicznych, nie ma istotnego znaczenia w sprawie, bowiem materiał dowodowy nie wskazuje, by wykonawca w czasie realizacji zadania powoływał się na jakiegokolwiek przeszkody w wykonaniu robót (opinia biegłego z zakresu budownictwa drogowego E. F.– k. 398 – 398v., 381). Wykonawca posiadał duże doświadczenie w realizacji tego typu prac budowlanych: we wcześniejszym okresie realizował podobne zadanie na rzecz pozwanej Gminy, zaś w czasie wykonywania przedmiotowego zadania budował drogi również na rzecz innych podmiotów.

Odnosząc się do powództwa w części rozszerzonej, dotyczącej żądania kar umownych od pozwanej na rzecz strony powodowej, Sąd uznał, że zasadne jest żądanie zasądzenia kwoty z tego tytułu za sześć dni, w ciągu których usuwane były wady projektu (od 1 lipca 2010 r. do 6 lipca 2010 r., według rozliczenia pozwanej – k. 57).

Podstawę naliczenia kar umownych w tym zakresie stanowi §16 ust. 2 pkt „b” umowy, który stanowi , że zamawiający zapłaci karę umowną za zwłokę w usunięciu wad w częściach projektu. Łączna wysokość kary umownej z tego tytułu wynosi 10 819,68 zł (1 803,28 zł x 6 dni). Odsetki od tej kwoty zastały zasądzone od dnia rozszerzenia powództwa, zgodnie z żądaniem strony powodowej.

Sąd uznał, że nie jest uzasadnione żądanie powoda zasądzenia kar umownych od pozwanej za nieterminowe przekazanie terenu budowy na podstawie § 16 ust. 2 pkt „c” mowy. Przekazanie placu budowy nastąpiło z opóźnieniem, ale pozwanej nie można przypisać winy, skoro kierownik budowy, pomimo monitów inwestora nie stawił się celem dokonania odbioru.

Również w kwestii terminowości odbioru robót nie mogą być naliczone pozwanej kary umowne, skoro zgodnie z uprzednio wywiedzioną argumentacją przedmiot zadania nie był jeszcze faktycznie wykonany i tym samym zdatny do odbioru.

W ocenie Sądu w sytuacji, gdy obie strony żądały kar umownych, Sąd nie znalazł podstaw do ich miarkowania na mocy art. 484 § 2 k.c.

Z tych względów Sąd Okręgowy uwzględnił powództwo do kwoty 16 229,52 zł wraz z wymagalnymi odsetkami, oddalając je w pozostałym zakresie.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c., według którego w razie częściowego uwzględnienia żądań, koszty będą wzajemnie zniesione lub stosunkowo rozdzielone.

Roszczenie powoda zostało uwzględnione jedynie częściowo - w 10 %. Powód poniósł koszty procesu w kwocie 12.189 zł w tym 3.600 zł tytułem zastępstwa procesowego, 5.050 zł tytułem opłaty od pozwu, 3.139 zł tytułem opłaty od rozszerzonego powództwa oraz 400 zł tytułem zaliczki na wynagrodzenie biegłego. Pozwany poniósł natomiast koszty w kwocie 3.600 zł tytułem zastępstwa procesowego. Razem koszty procesu wyniosły 15.789 zł.

Powodowi należy się 10 % z kwoty 15.789 zł, co stanowi kwotę 1.578,90 zł. Pozwany poniósł koszty w kwocie 3.600 zł, należało więc mu przyznać kwotę 2.021,10 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010r., Nr 90, poz. 594, j.t.) Sąd nakazał ściągnąć od powoda kwotę 2.064,98 zł tytułem wydatków wyłożonych tymczasowo z budżetu Skarbu Państwa.

Apelację od tego wyroku wniósł powód zaskarżając wyrok w części oddalającej powództwo i zasądzającej od niego koszty procesu oraz obciążającej go kosztami sądowymi.

Apelujący zarzucał Sądowi pierwszej instancji:

1. naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, to jest: art. 233 § 1 KPC poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów poprzez:

- przyjęcie, że pozwanej nie można przypisać winy w przekazaniu placu budowy wobec faktu, że kierownik budowy, pomimo monitów inwestora nie stawiał się celem dokonania odbioru, w sytuacji, gdy okoliczność ta, to jest monity ze strony inwestora, nie wynika z żadnego środka dowodowego i nie została w żaden sposób udowodniona, co w konsekwencji skutkowało oddaleniem powództwa w zakresie kwoty 19.837,18 zł stanowiącej karę umowną za nieprzekazanie w terminie placu budowy,
- uznanie za niewiarygodne zeznań świadka P. S. między innymi jako sprzecznych z zeznaniami świadka L. W. podczas, gdy w rzeczywistości taka sprzeczność nie zachodzi i brak jest podstaw do uznania, że zeznania te są niewiarygodne w zakresie, w jakim uznał to Sąd,
- uznanie, że winę za późniejsze zakończenie prac ponosi wykonawca, co w konsekwencji skutkowało naruszeniem art. 484 § 1 kc poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i uznanie, że pozwanej należy się kara umowna wysokości 95.579,44 (pomniejszonej o kwotę 5.409,84 zł, co do której Sąd uznał stanowisko powoda) w sytuacji, gdy chociażby z opinii biegłego wynika, że przez 11 dni lipca nie mogły być wykonywane prace z powodu opadów deszczu i tym samym kary umowne należałoby obniżyć o kwotę 19.837,18 zł, a ponadto co do pozostałej kwoty kar umownych wykazane zostało, że powódka w ogóle nie ponosi winy za późniejsze zakończenie prac.

2. naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, to jest art. 328 § 2 kpc poprzez:

- stwierdzenie w uzasadnieniu wyroku, że „w sytuacji, gdy obie strony żądały kar umownych, Sąd nie znalazł podstaw do ich obniżenia” bez wskazania jakiegokolwiek podstawy prawnej, na której Sąd oparł założenie, że w takiej sytuacji, nie można zmiarkować kar umownych,

- niewypowiedzenie się przez Sąd w uzasadnieniu skarżonego wyroku, co do wszystkich okoliczności podnoszonych przez powódkę w zakresie przyczyn oddania przedmiotu umowy w późniejszym terminie,
- niewypowiedzenie się przez Sąd w uzasadnieniu skarżonego wyroku w ogóle, co do przesłanek zamiarkowania kar umownych, to jest znacznego wykonania zobowiązania i rażąco wygórowanych kar umownych i ograniczenie się do lakonicznego stwierdzenia jak powyżej,

3. naruszenie prawa materialnego, to jest art. 483 § 1 Kodeksu Cywilnego w związku z § 16 ust. 1 litera (...) umowy nr(...) roku poprzez jego niezastosowanie i oddalenie powództwa co do kary umownej za nieoddanie placu budowy w terminie jak i za nieprzystąpienie do odbioru prac w umówionym terminie, w sytuacji, gdy z ustalonego stanu faktycznego wynika, że przystąpiono do odbioru z opóźnieniem, co stanowi samoistną przesłankę do naliczenia kar umownych, bez związku z faktem, czy prace te zostały zakończone czy nie - taka bowiem okoliczność mogła zostać stwierdzona dopiero podczas czynności odbiorowych, do których pozwany nie przystąpił w umówionym terminie,

4. naruszenie prawa materialnego, to jest art. 484 § 2 kc poprzez jego niezastosowanie i niedokonanie miarkowania kar umownych, w sytuacji, gdy z materiału dowodowego w sprawie wynika, że zobowiązanie wykonane zostało w znacznej części, do wykonania zostały tylko drobne elementy, a ponadto kara jest rażąco wygórowana, zgodnie z argumentacją przedstawianą w toku procesu, a ponadto Sąd sam ustalił, że po terminie umownym wykonania zobowiązania, występowały dni, w których z powodu opadów atmosferycznych nie mogły być wykonywane prace - co przy zastosowaniu instytucji miarkowania kary powinno mieć wpływ na jej wysokość i spowodować jej obniżenie przez Sąd.

Powód wnosił o zmianę wyroku:

a) punkcie II poprzez zasądzenie od pozwanej Gminy F. na rzecz powoda Syndyka Masy Upadłości Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w K. dalszej kwoty 142.467,92 zł z odsetkami ustawowymi od kwot:

- 46.886,38 zł od dnia 23 kwietnia 2012 roku do dnia zapłaty,

- 95.581,54 zł od dnia 25 listopada 2010 roku do dnia zapłaty,

b) w punkcie III poprzez zasądzenie od pozwanej Gminy F. na rzecz powoda Syndyka Masy Upadłości Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w K. zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, za I instancję, plus 17,00 zł koszt pełnomocnictwa,

c) w punkcie IV poprzez obciążenie kosztami 2.064,98 zł pozwanej Gminy F..

d) zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, za II instancję.

Pozwana wносиła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów procesu.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja powoda jest bezzasadna i podlega oddaleniu na podstawie art. 385 kpc.

W pierwszej kolejności nie są uzasadnione zarzuty naruszenia prawa procesowego, a w szczególności art. 233 § 1 kpc. Sąd Okręgowy dokonał ustaleń faktycznych w oparciu o przedstawiony mu materiał dowodowy nie naruszając przepisów procedury w tym zakresie i nie naruszając zasady swobodnej oceny dowodów. Wyprowadzone z ustaleń przez Sąd pierwszej instancji wnioski są logiczne i nie są sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego. Ustalenia

Sądu pierwszej instancji i wnioski tego Sądu, Sąd Apelacyjny w większości aprobuje i poprzynjuje za własne z wyjątkami, o których niżej. Wyjątki te nie miały wpływu na treść rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego.

Skoro powód wywodził swoje roszczenie o zapłatę z tytułu kary umownej za opóźnienie pozwanej w przekazaniu mu placu budowy, to zgodnie z art. 6 kc powoda obciążał dowód na okoliczności uzasadniające jego roszczenie z tego tytułu. Na podstawie zeznań świadka Sąd uznał, że wykonawca był wzywany do przejęcia placu budowy, jednakże ze względu na spiętrzenie robót wynikających z innych umów nie był w stanie przejąć placu budowy wcześniej. Oczywistym jest zatem, że przyczyny opóźnienia w odebraniu placu robót nie mogą obciążać zamawiającego. Znajdujący się w aktach sprawy na k. 44 protokół odbioru placu robót z dnia 27 kwietnia 2010r. nie zawiera żadnych wpisów wskazujących na opóźnienie inwestora w tym zakresie. Z tego względu ustalenia Sądu co do braku podstaw do uznania opóźnienia inwestora są prawidłowe i skutkują brakiem podstaw do obciążenia zamawiającego karami umownymi z tego tytułu.

W pełni przekonujący jest wywód Sądu Okręgowego co do wyłącznej winy powoda za opóźnienie w wykonaniu umowy i wyliczenie kary umownej należnej z tego tytułu pozwanej Gminie. W ocenie Sądu Apelacyjnego wyliczenie dokonane przez Sąd Okręgowy jest nawet korzystniejsze dla powoda, aniżeli wynikałoby to ze stanowiska Sądu Okręgowego zajętego w uzasadnieniu wyroku.

Sąd Okręgowy wskazał bowiem jednoznacznie, że opóźnienie w realizacji umowy wynikało z opóźnienia powoda w początkowym okresie wykonywania umowy i ponad dwumiesięcznym opóźnieniu w przystąpieniu do wykonywania robót. Zarówno w maju jak i w czerwcu warunki pogodowe całkowicie sprzyjały realizacji umowy. Ustalenia te mają pełne uzasadnienie w materiale dowodowym. Gdyby zatem powód przystąpił do wykonywania umowy po przejęciu placu robót, to do opóźnienia by nie doszło. Co więcej powód złożył wniosek o przedłużenie terminu wykonania umowy po upływie pierwotnego terminu wykonania umowy, i nie wskazywał przyczyn uzasadniających wniosek o zmianę terminu, w oparciu o okoliczności wskazane w umowie jako podstawa do zmiany terminu wykonania umowy.

Z tych względów w ocenie Sądu Apelacyjnego nie było podstaw do pomniejszenia kary umownej należnej od powoda ze względu na złe warunki pogodowe w lipcu [11 dni], ale nie było także podstaw do uwzględnienia złych warunków atmosferycznych w ciągu dwóch dni w sierpniu, co uczynił Sąd Okręgowy. W tym zakresie w ocenie Sądu Apelacyjnego stanowisko Sądu pierwszej instancji nie jest konsekwentne. Jednakże jest korzystne dla powoda, a wobec niezaskarżenia wyroku przez pozwaną, w tym zakresie wyrok nie może być zmieniony.

Nie są uzasadnione zarzuty naruszenia przez Sąd pierwszej instancji art. 328 kpc.

Strona powodowa w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji nie zgłaszała wniosku o miarkowanie kary umownej. Jak wynika z art. 484 § 2 kc Dłużnik, który zamierza zgłosić swoje żądanie oparte na tym przepisie obowiązany jest wyraźnie takie żądanie sformułować oraz wykazać jego zasadność za pomocą dowodów na jego poparcie, a także wskazać przesłanki obniżenia kary (wyrok SN z dnia 6 lutego 2008 r., II CSK 421/07, LEX nr 361437). Wprawdzie powód zgłosił takie żądanie w apelacji, co nie jest wykluczone, nie przedstawił jednakże w tym zakresie żadnych dowodów na okoliczności uzasadniające żądanie.

Niezależnie od powyższego Sąd Apelacyjny zgadza się z zasadniczym wnioskiem Sądu Okręgowego w tym względzie, że w sytuacji gdy obydwie strony żądały uwzględnienia roszczenia o zapłatę kary umownej od przeciwnika w oparciu takie samo kryterium jej wyliczenia, miarkowanie kary umownej tylko w stosunku do jednej strony naruszałoby zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego.

W konsekwencji bezzasadności zarzutów naruszenia prawa procesowego nie są uzasadnione podnoszone w apelacji zarzuty naruszenia prawa materialnego - art. 483 § 1 kc w związku z § 16 ust. 1 litera D umowy i art. 484 § 2 kc .

Z tych względów Sąd Apelacyjny oddalił apelację i na podstawie art. 98 § 1 i 3 kpc w zw. z § 2 ust. 2 , § 6 pkt 6 i § 12 ust 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego

ustanowionego z urzędu [Dz. U. Nr 163, poz. 1349] zasądził od powoda na rzecz pozwanej Gminy koszty procesu w postępowaniu apelacyjnym w kwocie 2 700zł.