

Sygn. akt I ACa 374/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 czerwca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu, I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Bogdan Wysocki (spr.)
Sędziowie:	SSA Hanna Małaniuk SSA Mikołaj Tomaszewski
Protokolant:	st. sekr. sądowy Monika Ćwirko

po rozpoznaniu w dniu 5 czerwca 2013 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa **Gminy C.**

przeciwko (...) **spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.**

o zapłatę

oraz z powództwa wzajemnego (...) **spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.**

przeciwko **Gminie C.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego-powoda wzajemnego

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu, XIII Wydział Cywilny z siedzibą w Lesznie

z dnia 16 września 2011 r., sygn. akt XIII C 629/10

I. zmienia zaskarżony wyrok:

a) **w punkcie 2 w ten sposób, że zasądza od pozwanego wzajemnego Gminy C. na rzecz powoda wzajemnego (...) spółki z o.o. w W. kwotę 267.063,80 zł (dwieście sześćdziesiąt siedem tysięcy sześćdziesiąt trzy złote osiemdziesiąt groszy) z ustawowymi odsetkami od dnia 23 października 2009r do dnia zapłaty;**

b) **w punkcie 3 w ten sposób, że zasądza od pozwanego wzajemnego na rzecz powoda wzajemnego kwotę 23.480 zł (dwadzieścia trzy tysiące czterysta osiemdziesiąt złotych) tytułem kosztów procesu;**

II. w pozostałej części apelację oddala;

III. zasądza od pozwanego wzajemnego na rzecz powoda wzajemnego kwotę 29.008 zł (dwadzieścia dziewięć tysięcy osiem złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego i kasacyjnego;

IV. nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa (Sąd Apelacyjny w Poznaniu) tytułem brakującej części opłaty od skargi kasacyjnej:

a) **od powoda wzajemnego z zasądzonych na jego rzecz roszczenia kwotę 685 zł (sześćset osiemdziesiąt pięć złotych);**

b) **od pozwanego wzajemnego kwotę 6.926 zł (sześć tysięcy dziewięćset dwadzieścia sześć złotych).**

M. Tomaszewski B. Wysocki H. Małaniuk

UZASADNIENIE

Powódka Gmina C. wniosła o zasądzenie od **pozwaney spółki (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.** kwoty 85.992,54 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 1 stycznia 2010 r. tytułem dalszej części kary umownej.

Pozwana powództwem wzajemnym wniosła o zasądzenie kwoty 292.206 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 23 października 2009 r. tytułem wynagrodzenia za wykonanie boiska sportowego z infrastrukturą, dobrowolnie obniżonego o 10% wobec wykonania robót z opóźnieniem.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa, ewentualnie o miarkowanie kary umownej.

Pozwana wzajemna wniosła o oddalenie powództwa.

Wyrokiem z dnia 16 września 2011 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu Ośrodek Zamiejscowy w Lesznie oddalił powództwo główne i wzajemne, kosztami procesu obciążył strony w zakresie przez nie poniesionym.

Z podstawy faktycznej rozstrzygnięcia wynika, że strony w dniu 2 października 2008 r., w trybie prawa zamówień publicznych zawarły umowę o budowę ogólnodostępnego boiska sportowego z nawierzchnią poliuretanową przy Szkole Podstawowej w C., przyjmując termin wykonania do dnia 21 listopada 2008 r. i wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 324.500,30 zł brutto, płatne po wystawieniu faktury na podstawie protokołu odbioru, po zakończeniu całości robót. W § 10 zastrzeżono karę umowną, m.in. za opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego w okresie; pierwszych 30 dni kalendarzowych opóźnienia, liczonego za każdy dzień opóźnienia, 0,3% wynagrodzenia umownego w okresie kolejnych 30 dni kalendarzowych opóźnienia, liczonego za każdy dzień opóźnienia oraz 0,5% wynagrodzenia umownego za każdy następny dzień opóźnienia.

Gmina C. przekazała pozwaney spółce teren budowy 16 października 2008 r. Do 21 października 2009 r. wykonana została betonowa podbudowa boiska. Od 30 października 2008 r. do początku kwietnia 2009 r. nie wykonywano robót. 10 listopada 2008 r. pozwana poinformowała, że z przyczyn technicznych nie jest możliwe wykonywanie dalszych prac. W dniu 5 grudnia 2008 r. powódka wezwała do wykonania robót, w odpowiedzi pozwana oświadczyła, że nie może ich podjąć ze względu na złe warunki meteorologiczne.

Do położenia powierzchni poliuretanowej wymagane są odpowiednie warunki atmosferyczne, w tym temperatura powyżej 10 stopni w skali Celsjusza i brak opadów atmosferycznych. W okresie od 21 października do 21 listopada 2008 r. temperatura powietrza w dzień wynosiła od 2,2 do 17,6 stopnia, przeważnie była to jednak temperatura wahająca się od 8,5 do 10 stopni Celsjusza, w nocy od -1,1 do 11,9 stopnia, przeważnie powyżej 7,5 stopnia. W tym okresie: nie odnotowano opadów atmosferycznych w ciągu 15 dni, znikome opady w okresie 6 dni, obfite deszcze przez 6 dni. W nocy 4/5 sierpnia 2009 r. wandalie zabrudzili farbą powierzchnię poliuretanową, co wymagało kolejnych napraw, zakończonych 31 sierpnia 2009 r. Prace zostały zakończone 3 września 2009 r.

22 września 2009 r. pozwana wystawiła fakturę na kwotę 324.500,30 zł tytułem wynagrodzenia. Powódka wyliczyła karę umowną w kwocie 412.115 zł z tytułu opóźnienia, po korekcie w kwocie 410.492,84 zł, obejmującą okres opóźnienia od 22 listopada 2008 r. do 7 września 2009 r.

23 października 2009 r. Gmina złożyła oświadczenie o potrąceniu kary umownej z wierzytelnością z tytułu wynagrodzenia.

Kwota dochodzona pozwem głównym stanowi pozostałą część kary umownej. Powódka zaniechała ubiegania się o dofinansowanie ze środków Funduszu (...) przyjmując, że na skutek potrącenia nie zapłaci pozwanej wynagrodzenia.

W ocenie Sądu Okręgowego okoliczności sprawy uzasadniają naliczenie kary umownej zgodnie z treścią § 10 pkt.2 ppkt.a umowy z dnia 2 października 2008 r. Skoro powódka nie wydatkowała na wykonanie zadania żadnych własnych środków, to żądanie zapłaty kary umownej przekraczającej wartość przedmiotu umowy sąd uznał za nieuzasadnione i uwzględnił stanowisko pozwanej (powódki wzajemnej) zawarte w odpowiedzi na pozew stosując instytucję miarkowania kary umownej (art. 484 § 2 k.c.). Z tego względu roszczenie powódki w zakresie żądania kwoty dochodzonej pozwem podlegało oddaleniu.

Sąd Okręgowy oddalił również powództwo wzajemne o zapłatę wynagrodzenia. Powódka (pозwana wzajemna) złożyła w dniu 23 października 2009 r. oświadczenie o potrąceniu wierzytelności, a mianowicie naliczoną karę umowną z tytułu opóźnienia w wykonaniu umowy z dnia 2 października 2008 r. w kwocie 412.115 zł z wierzytelnością pozwanej spółki (powódki wzajemnej) tj. wynagrodzeniem wynikającym z faktury z dnia 22 września 2009 r. na kwotę 324.500,30 zł. Spółka spóźniając się z wykonaniem o ponad 9 miesięcy boiska doprowadziła do tego, że wysokość kary umownej przewyższała wysokość wynagrodzenia.

Apelację od powyższego wyroku w części oddalającej powództwo wzajemne i rozstrzygającej o kosztach postępowania (tj. co do pkt II i III wyroku) wniosła pozwana - powódka wzajemna.
Zaskarżonemu wyrokowi zarzucała:

- obrazę art. 328 § 2 k.p.c. polegającą na nie ujawnieniu w treści uzasadnienia wyroku jakichkolwiek rozważań dotyczących oceny zasadności twierdzeń i zarzutów pozwanej – powódki wzajemnej dotyczących nieważności zapisu §10 ust.2 umowy z dnia 2 października 2008 r. z uwagi na jego sprzeczność z art. 484 § 1 k.c. oraz z zasadami współżycia społecznego oraz skutków tej nieważności (...),
- sprzeczność oceny prawnej dokonanej przez Sąd I instancji z treścią art. 647 k.c. związku z art. 471 k.c. oraz § 4 ust. 1 umowy z dnia 2 października 2008 r.,
- błędy logiczne w ocenie stanu faktycznego poprzez stwierdzenie, że przekazanie placu budowy 16 października 2008 r. tj. po upływie 14 dni od podpisania umowy nie miało wpływu na niewykonanie boiska w pierwotnie przyjętym w umowie terminie,
- sprzeczność ustaleń stanu faktycznego z zebrany w sprawie materiałem dowodowym w zakresie przekazania placu budowy,
- sprzeczność ustaleń z treścią umowy z dnia 2 października 2008 r. oraz SIWZ i dokumentacją techniczną, poprzez przyjęcie, że pozwany miał obowiązek wykonania prac uzależnionych od warunków pogodowych przy zastosowaniu innej technologii kładzenia, nagrzewnic, namiotów itd.,
- naruszenie art. 484 § 1 k.c. w związku z art. 471 k.c. oraz art. 472 k.c., poprzez przyjęcie, że wystąpienie niekorzystnych warunków atmosferycznych, uniemożliwiających położenie nawierzchni poliuretanowej w sposób zgodny z zaleceniami technicznymi producenta, stanowi okoliczność za którą pozwany ponosi odpowiedzialność, że okres od zniszczenia nawierzchni boiska przez nieznanymi sprawców do czasu usunięcia skutków tych zniszczeń tj. okres od 4 sierpnia 2009 r. do dnia 28 sierpnia 2008 r. (łącznie 24 dni) oraz okres od daty zgłoszenia

prac do odbioru końcowego do momentu podpisania protokołu końcowego tj. od 3 września do 7 września 2008 r. (łącznie 4 dni) jest okresem zawinonego opóźnienia pozwanego i uzasadnia naliczenie kar umownych,

- błędy w ustaleniu faktycznego okresu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, polegające na przyjęciu przez Sąd I instancji, że zwłoka wynosiła 9 miesięcy,
- art.484 § k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie instytucji miarkowania kary tj. pominięcie wskazania, że zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie jest kryterium stosunku wysokości kary umownej do wysokości odszkodowania należnego wierzycielowi,
- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. oraz art. 328 § 2 k.p.c. poprzez dokonanie oceny wiarygodności i mocy dowodów z naruszeniem obowiązku wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, w szczególności przejawiające się odmówienie wiarygodności zeznaniom świadków zgłoszonych przez pozwanego w osobie M. L., G. W. oraz zeznaniom A. R..

Wskazując na powyższe zarzuty pozwana – powódka wzajemna wniosła o zasądzenie od powódki - pozwanej wzajemnej na jej rzecz kwoty 292.206 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 23 października 2009 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie od powódki – pozwanej wzajemnej kosztów procesu za obie instancje ewentualnie uchylenie wyroku w części zaskarżonej i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji.

Powódka pozwana wzajemna wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie od apelującej spółki na jej rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu wyrokiem z dnia 17 stycznia 2012 r. oddalił apelację pozwanej - powódki wzajemnej. Sąd Apelacyjny uznał, że uzasadnienie Sądu pierwszej instancji zawiera elementy konstrukcyjne niezbędne dla oceny prawidłowości rozstrzygnięcia. Możliwe było naliczenie kary umownej za cały czas opóźnienia, gdyż niekorzystne warunki pogodowe i uszkodzenie boiska przez nieznaną sprawców nie mogą stanowić okoliczności, które nie obciążają wykonawcy. Odnosząc się do zarzutu obrazy art. 484 § 2 k.c., Sąd Apelacyjny podkreślił, że kara umowna ma z jednej strony skłonić dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania, z drugiej - stanowić dla niego rodzaj dolegliwości bez względu na przyczynę niewykonania czy nienależytego wykonania zobowiązania. W ocenie Sądu Odwoławczego skoro powódka od umowy nigdy nie odstąpiła - brak było również podstaw do przyjęcia, że wysokość kary umownej powinna odpowiadać wyliczeniu wykonawcy, który zrezygnował z dochodzenia 10% wynagrodzenia w nawiązaniu do innego postanowienia umowy, przewidującego karę w takiej wysokości w razie odstąpienia przez zamawiającego od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Pozwana - powódka wzajemna wniosła skargę kasacyjną od powyższego wyroku opartą na obu podstawach z art. 398³ § 1 k.p.c. W ramach podstawy prawa materialnego skarżąca powołała naruszenia: art. 483 § 1 k.c., art. 471 § 1 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c. i art. 5 k.c., art. 481 § 1 k.c., art. 473 § 1 k.c., art. 476 k.c., art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c. oraz art. 647 k.c., art. 647 k.c. w zw. z art. 65 k.c., art. 484 § 2 k.c. W ramach podstawy naruszenia przepisów postępowania podniesiono obrazę art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c.

Wyrokiem z dnia 16 stycznia 2013 r. Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w Poznaniu, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.

W ocenie Sądu Najwyższego nie można odmówić zasadności skardze w części wskazującej na naruszenie art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c. przez błędne zastosowanie. Jeżeli dłużnik może bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności to dla zmiany, polegającej na poszerzeniu lub ograniczeniu zakresu takiej obrony, niezbędna byłaby podstawa prawna. Ustawodawca wprowadził ją wprost m.in. ograniczeniem odpowiedzialności dłużnika do obowiązku wydania surogatów, w wypadku zbycia, utraty lub uszkodzenia rzeczy będącej przedmiotem świadczenia z wyjątkiem zwłoki dotyczącej świadczenia rzeczy oznaczonej co do tożsamości (art. 475 § 2 k.c., art. 478 k.c.), szkód spowodowanych przez inwestora (art. 655

k.c.). Szczególne przepisy regulują także następstwa niemożliwości świadczenia. W obowiązującym stanie prawnym brak podstaw do wywiedzenia z powyższych norm ograniczeń, do których odwołał się Sąd Apelacyjny. Dopiero bowiem element obiektywnej bezprawności zachowania dłużnika umożliwia postawienie mu zarzutu subiektywnie wadliwego postępowania. Miernik staranności, z którym należy zestawić zachowanie dłużnika, aby ocenić je jako niewłaściwe (nienależyte), musi mieć charakter obiektywny. Jeżeli ustawa nie stanowi inaczej i nic innego nie wynika z umowy stron dłużnik, który zachował należyłą staranność, nie ponosi odpowiedzialności na niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Przy ocenie tej uwzględniać należy każdorazowo właściwość zobowiązania i cel umowy. Skarżący odwołuje się do obiektywnej przyczyny czasowej przerwy w wykonywaniu na otwartym terenie kilkietapowych prac budowlanych, polegających na robotach przygotowawczych (zniwelowanie terenu, korytowanie), kładzeniu kilku warstw betonowej podbudowy, następnie syntetycznej nawierzchni docelowej z poliuretanu, wymagających zachowania właściwego reżimu i kolejności, w tym sezonowania kolejnych poziomów dla i osiągnięcia ich właściwej jakości. Nie można odmówić racji skarżącej, że prace takie nie mogły być z przyczyn technologicznych i zgodnie ze sztuką budowlaną realizowane w warunkach niskich temperatur i nadmiernej wilgotności powietrza. Ich kontynuowanie nie mogłoby bowiem doprowadzić do realizacji celu umowy, jakim było wykonanie boiska o określonych właściwościach użytkowych i parametrach jakościowych. Zatem, co do zasady, okolicznością ograniczającą zakres odpowiedzialności dłużnika za nienależyte wykonanie zobowiązania polegające na opóźnieniu świadczenia może być także obiektywnie istniejąca i niezależna od niego przyczyna, czasowo uniemożliwiająca wykonanie i zobowiązania. Nie jest wykluczone odwoływanie się do takiej przyczyny, jeżeli powstała ona lub trwa nadal po upływie terminu spełnienia świadczenia. Za powyższym stanowiskiem przemawia również wzgląd na potrzebę racjonalnego wyważania interesów uczestników obrotu prawnego.

W ocenie Sądu Najwyższego rozważenia wymaga, czy podstawą ustalenia wysokości kary umownej za opóźnienie powinien być jeden termin o charakterze ciągłym, czy też możliwe jest przyjęcie jej jako sumy należności wyliczonych odpowiednio do kolejnych okresów opóźnienia. Istota i cel omawianej instytucji prawnej nie sprzeciwiają się przyjęciu, w indywidualnych okolicznościach danej sprawy, że określona suma w rozumieniu art. 483 § 1 k.c. obejmuje należności wyliczone łącznie za różne, nie pozostające w bezpośredniej ciągłości czasowej terminy.

Naruszenie art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c. uzasadnia podstawę kasacyjną określoną art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c. w stopniu skutkującym koniecznością wydania orzeczenia kasatoryjnego (art. 398¹⁵ § 1 k.p.c.).

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelację w znacznej części należy uznać za zasadną, chociaż nie sposób podzielić większości podnoszonych w niej zarzutów.

Dotyczy to w szczególności zarzutów o charakterze procesowym.

Ustalenia faktyczne sądu I instancji nie budzą wątpliwości i stąd Sąd Apelacyjny przyjmuje je za podstawę własnego rozstrzygnięcia.

Ustalenia te zostały poczynione w oparciu o wszechstronne rozważenie całego zebranego w sprawie materiału dowodowego, którego ocena, przeprowadzona w pisemnym uzasadnieniu wyroku, jest pełna, zgodna z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Polemika apelacji w tym przedmiocie sprowadza się natomiast wyłącznie do forsowania własnej wersji stanu faktycznego, opartej o konkurencyjną, korzystną dla skarżącego ocenę dowodów.

W tej sytuacji nie może być mowy o zasadności zarzutu naruszenia przepisu art. 233§1kpc.

W świetle ugruntowanego stanowiska judykatury do naruszenia tego przepisu mogłoby dojść tylko wówczas, gdyby skarżący wykazał uchybienie podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych

dowodów, tj. zasadom logicznego myślenia, doświadczenia życiowego i właściwego kojarzenia faktów (tak m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 grudnia 2005 r. w spr. III CK 314/05, LEX nr 172176).

Podobnie, zarzut błędnych ustaleń faktycznych nie może polegać jedynie na zaprezentowaniu przez skarżącego stanu faktycznego, ustalonego przez niego na podstawie własnej oceny dowodów, choćby ocena ta również była logiczna i zgodna z doświadczeniem życiowym (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2005 r. w spr. IV CK 387/04, LEX nr 177263).

Jeżeli bowiem z materiału dowodowego sąd wyprowadził wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to taka ocena sądu nie narusza prawa do swobodnej oceny dowodów, choćby w równym stopniu, na podstawie tego samego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne (zob. np.. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2005r w spr. IV CK 122/05, LEX nr 187124).

Inną rzeczą jest, że ustalenia faktyczne sądu, które kwestionowane są w apelacji (por. pkt. II.3 zarzutów środka zaskarżenia), nie mogłyby mieć, z przyczyn, o których dalej będzie mowa, decydującego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Bez znaczenia w szczególności było, czy powódka w dniu 3 października 2008r informowała pozwanego o możliwości przejęcia placu budowy a także kiedy nastąpiło rozpoczęcie prac przez G. Ż., podwykonawcy pozwanego, a zarazem wyznaczonego przez niego kierownika budowy.

Wymaga też podkreślenia, że niektóre z zarzutów, które skarżący zdaje się wiązać z kwestiami natury procesowej i wadliwym ustaleniem stanu faktycznego (pkt. II.2, III.1 i V zarzutów apelacyjnych) w rzeczywistości dotyczą stosowania prawa materialnego, bowiem związane są bądź z wykładnią zawartej między stronami umowy (art. 65 § 2 kc), bądź to subsumcją ustalonego stanu faktycznego pod przepisy art. 471 kc, art. 483 kc oraz art. 484 kc.

Z kolei jako spóźniony (art. 381 kpc) podlegał pominięciu wniosek dowodowy powódki, zawarty w piśmie procesowym z dnia 4 czerwca 2013r, o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny budownictwa, w celu ustalenia, czy warunki meteorologiczne umożliwiały wykonanie przedmiotu umowy w terminie do dnia 21 listopada 2011r.

Potrzeba powołania takiego dowodu jawiła się jako oczywista na etapie postępowania przed sądem I instancji, w którym powódka oponowała twierdzeniom pozwanego, jakoby warunki atmosferyczne uniemożliwiały wykonawcy wywiązanie się z realizacji umowy w uzgodnionym terminie.

Przechodząc natomiast do zarzutów naruszenia prawa materialnego, nie sposób uznać, aby umowa stron z dnia 2 października 2008r, w części, w jakiej zastrzegała ona kary umowne na rzecz zamawiającego w przypadku opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy (§ 10), była nieważna (art. 58 § 1 kc) z uwagi na sprzeczność jej postanowień z art. 471 kc, art. 483 § 1 kc lub art. 484 § 1 kc.

Za podstawę nieważności nie możnaby w każdym razie uznać okoliczności, iż w umowie nie wskazano szczegółowo przyczyn opóźnienia wykonawcy, które będą mogły stanowić podstawę naliczania kar umownych.

Ważność umowy stron w omawianym zakresie została przy tym przesądzona w wydanym w rozpoznawanej sprawie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2013r w sprawie II CSK 331/12, który wiąże Sąd Apelacyjny z uwagi na treść art. 398²⁰ kpc.

Z kolei, mając także na uwadze stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w w/w wyroku z dnia 16 stycznia 2013r, podzielić należy podniesiony w apelacji zarzut naruszenia przez sąd I instancji przepisów art. 471 kc w zw. z art. 483 § 1 kc oraz art. 484 § 1 kc, poprzez przyjęcie, że pozwany (powód wzajemny) ponosi odpowiedzialność za zapłatę kar umownych z tytułu opóźnienia w każdym przypadku, również wówczas, gdy doszło do niego na skutek okoliczności, za które wykonawca nie odpowiada.

Taka wykładnia pozostaje w sprzeczności z treścią przepisów art. 471 kc i art. 483 kc oraz ich utrwaloną wykładnią (por. wypowiedzi judykatury przytoczone w w/w wyroku Sądu Najwyższego).

Rozszerzona odpowiedzialność wykonawcy, w zakresie przyjętym przez Sąd Okręgowy, wymagałaby wyraźnego zastrzeżenia umownego (art. 473 § 1kc), którego brak w umowie stron z dnia 2 października 2008r.

Oznacza to, iż skarżący mógł uwolnić się od obowiązku zapłaty kar umownych, wykazując, że poszczególne okresy opóźnienia (zaistniałe również po terminie umownym oddania robót) w wykonaniu przedmiotu umowy są skutkiem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Apelujący w toku procesu powoływał się tu na szereg okoliczności, z których jednak za usprawiedliwione można uznać jedynie warunki atmosferyczne, uniemożliwiające prowadzenie robót, z uwagi na szczególne wymagania technologiczne, związane z charakterem budowanego obiektu.

Nie ma natomiast podstaw, aby za usprawiedliwiające pozwanego jako wykonawcę opóźnienie uznać okres od 2 do 16 października 2008r, co skarżący wiązał z rzekomym opóźnieniem się przez powoda z oddaniem terenu inwestycji.

W rzeczywistości pozwany w toku procesu nie wykazał, aby zamawiający w jakikolwiek sposób utrudniał mu natychmiastowe przystąpienie do wykonywania prac, np. poprzez odmowę protokolarnego przekazania placu budowy.

Za zgoła absurdalną natomiast trzeba uznać argumentację, zgodnie z którą zamawiający po podpisaniu umowy miałby jakiś szczególny obowiązek „zapraszania” wykonawcy czy ponaglenia go do wykonywania umowy, w tym do przyspieszenia protokolarnego przejścia przez niego terenu budowy.

W każdym razie takiego obowiązku po stronie powoda nie da się wyprowadzić z treści zawartej między stronami umowy.

Z kolei za niezrozumiałą należy uznać zarzut opóźniania się przez powoda z odbiorem prac wstępnych (budowy podłoża) wykonywanych przez G. Ż..

Zakończenie tych prac miało miejsce w dniu 29 października 2008r, a już następnego dnia prace te zostały odebrane bez zastrzeżeń przez inspektora nadzoru, przy czym obie te czynności znalazły odzwierciedlenie w postaci odpowiednich wpisów w uproszczonym dzienniku budowy (k.289 akt).

Wymaga przy tym podkreślenia, że przedmiotowy dziennik przez cały czas znajdował się w posiadaniu G. Ż., czyli podwykonawcy pozwanego, a zarazem wyznaczonego przez niego kierownika budowy (por. zeznania w/w świadka na rozprawie z dnia 32 marca 2011r, k.295-296 akt).

Jeżeli zatem pozwany nie miał wiedzy o dokonanej odbiorze, to było to albo wynikiem braku zainteresowania z jego strony prowadzoną inwestycją albo zaniechaniami po stronie osób, za które ponosił odpowiedzialność.

Skarżący nie mógł też skutecznie uwolnić się od odpowiedzialności za opóźnienie spowodowane zniszczeniem przez osoby trzecie części nawierzchni boiska w sierpniu 2009r.

Trafnie bowiem sąd I instancji przyjął, że do obowiązków pozwanego (powoda wzajemnego) jako wykonawcy należało odpowiednie zabezpieczenie placu budowy przed ewentualnymi potencjalnymi szkodami, jakie mogą wyrządzić osoby trzecie (por. art. 22 pkt. 1 i 3d ustawy z dnia 7 lipca 1994r – Prawo budowlane, tekst jedn. Dz. U. z 2010r, nr 243, poz. 1623 ze zm.).

Natomiast, jeżeli chodzi o opóźnienie, wynikające z nieodpowiednich warunków atmosferycznych, należy stwierdzić, że z wymogów technologicznych producenta (rekomendacja techniczna, k. 62-79 akt) wynika, iż do położenia

nawierzchni poliuretanowej konieczne były odpowiednie warunki atmosferyczne, w postaci temperatury powietrza przekraczającej 10° C oraz braku opadów atmosferycznych.

Takie warunki pogodowe panowały do dnia 16 listopada 2008r (por.dane meteorologiczne, dołączone do odpowiedzi na pozew, k. 47-54 akt.).

Oznacza to, że wykonawcy zabrakło 5 dni do wykonania przedmiotu umowy w uzgodnionym terminie).

Następnie, aż do dnia 28 marca 2009r nie było warunków umożliwiających prowadzenie robót zgodnie z reżimem technologicznym i ten okres należy uznać za usprawiedliwiający opóźnienie wykonawcy w wykonaniu przedmiotu umowy. Należy doliczyć do niego 5 dni, brakujących do 7-tygodniowego okresu umownego, co oznacza, że, chcąc uwolnić się od skutków opóźnienia pozwany winien oddać przedmiot robót najpóźniej do dnia 2 kwietnia 2009r.

Od tego dnia wykonawca pozostawał w opóźnieniu, co do którego nie wykazał, aby było ono skutkiem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Wymaga podkreślenia, że od dnia 29 marca 2009r przez dwa miesiące warunki atmosferyczne w pełni pozwalały na wykonywanie prac zgodnie z wymogami technologicznymi.

Opóźnienie, za które powódka mogła naliczać kary umowne, trwało jednak jedynie do dnia 3 września 2009r, bowiem tego dnia, w godzinach rannych pozwany zgłosił gotowość oddania przedmiotu umowy (k. 55).

Oczywiście, nie ma jakichkolwiek podstaw, aby z okresu tego wyłączać, jak chce tego skarżący (por. pismo z dnia 27 maja 2013r) pojedyncze dni, w których prace teoretycznie nie mogłyby być wykonywane z uwagi na opady deszczu.

Pozwany w żaden sposób nie próbował nawet wykazywać, aby opady w tych konkretnych dniach stały na przeszkodzie w rozpoczęciu lub kontynuowaniu prac.

Ostatecznie zatem pozwany odpowiada za skutki 154 dni opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy (3 kwietnia – 3 września 2009r).

Kary umowne za ten okres, wyliczone zgodnie z treścią postanowień § 10 umowy stron, wyniosłyby w tej sytuacji łącznie kwotę **191.455 zł**, zgodnie z następującym rozliczeniem:

- 30 dni x 324.500,30 zł x 0,1 % = 9.735 zł;

- 30 dni x 324.500,30 zł x 0,3 % = 29.205 zł;

- 94 dni x 324.500,30 zł x 0,5 % = 152.515 zł

razem 191.455 zł.

Zgodzić jednak należy się z pozwanym (powodem wzajemnym), że zaistniały podstawy, o jakich mowa w art. 484 § 2 kc, uzasadniające miarkowanie tak wyliczonych kar, i to w znacznym stopniu.

Po pierwsze przedmiot umowy został wykonany i oddany zamawiającemu.

Nie ulega także wątpliwości, że wysokość kary umownej, jaka miałyby obciążać wykonawcę, jest rażąco wygórowana, skoro przekraczałaby 150% wartości wynagrodzenia za roczne opóźnienie w wykonaniu umowy.

Wreszcie, nie można pominąć okoliczności, iż opóźnienie pozwanego w wykonaniu umowy nie wywołało uchwytnych, ujemnych następstw po stronie zamawiającego.

Nie ma podstaw do przyjęcia, że powodowa gmina z tego tytułu miałyby ponieść jakąś hipotetyczną szkodę majątkową. Nie mogłyby ona w każdym razie polegać na pozbawieniu jej dofinansowania inwestycji ze środków państwowych,

skoro, jak to prawidłowo ustalił sąd I instancji, powódka dobrowolnie zrezygnowała z takiego dofinansowania, licząc na skuteczność potrącenia całego należnego wykonawcy wynagrodzenia z należnościami z tytułu kar umownych.

Z kolei opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy nie mogło wywołać odczuwalnych perturbacji w funkcjonowaniu gminy i jej mieszkańców.

Przedmiotem tej umowy był bowiem obiekt o charakterze stricte sportowo-rekreacyjnym, czyli nie mający tak ważnego znaczenia dla codziennego życia mieszkańców, jak np. drogi czy infrastruktura komunalna.

Okoliczności te uzasadniają redukcję (miarkowanie) naliczonych kar umownych o 70%, czyli do kwoty **57.436,50 zł** (191.455 zł x 30%).

Wynika z tego, że powodowi wzajemnemu należy się ostatecznie z tytułu dochodzonego pozwem wzajemnym wynagrodzenia kwota **267.063,80 zł** (324.500,30 zł – 57.436,50 zł) i tylko co kwoty przekraczającej tak wyliczoną należność za skuteczne można uznać dokonane przez powoda potrącenie wynagrodzenia wykonawcy z obciążającymi go karami umownymi.

W opóźnieniu z zapłatą tej należności, uzasadniającym prawo pozwanego (powoda wzajemnego) do żądania odsetek ustawowych (art. 481 kc), powódka pozostaje od dnia 23 października 2009r, tj. od dnia następnego po upływie terminu zapłaty, wynikającego z faktury VAT nr (...) z dnia 22 września 2009r (k. 15).

Skutkuje to zmianą zaskarżonego wyroku w omówionym wyżej kierunku.

Pociąga to zarazem za sobą zmianę zawartego w wyroku rozstrzygnięcia o kosztach procesu.

Koszty związane z powództwem wzajemnym podlegały stosunkowemu rozliczeniu (art. 100 zd. 1 kpc), przy założeniu, że roszczenia tego powództwa uwzględnione zostały ostatecznie w ok. 91 % (267.063,80 zł/292.206 zł).

Pozwany (powód wzajemny) poniósł koszty w wysokości łącznej 21.828 zł (opłata od pozwu wzajemnego 14.611 zł i koszty zastępstwa 7.217 zł), co oznacza, że powódka (pозwana wzajemna) jest obowiązana do zwrotu mu kwoty 19.863 zł (21.828 zł x 91 %).

Nadto pozwany miał prawo żądać zasądzenia na jego rzecz w całości kosztów zastępstwa procesowego w sprawie z powództwa głównego (3.617 zł), skoro powództwo to oddalono w całości (art. 98 § 1 i 3 kpc, art. 99 kpc)

Razem zatem za postępowania pierwszoinstancyjne powódka zobowiązana jest do zapłaty pozwanemu z tytułu zwrotu kosztów procesu kwoty 23.480 zł (19.863 zł + 3.617 zł).

Stąd na podstawie przepisu art. 386 § 1 kpc oraz powołanych wyżej przepisów prawa materialnego Sąd Apelacyjny orzekł jak punkcie I sentencji wyroku.

Z przyczyn, o których była wyżej mowa, dalej idące zarzuty i wnioski apelacji okazały się bezzasadne.

Dlatego na podstawie przepisu art. 385 kpc orzeczono jak w punkcie II wyroku.

Na analogicznych jak powyższe zasadach podlegają rozliczeniu koszty postępowania apelacyjnego i kasacyjnego.

Pozwany (powód wzajemny) w trakcie tych postępowań poniósł koszty procesu w łącznej wysokości 32.411 zł (opłata od apelacji 14.611 zł, częściowa opłata od skargi kasacyjnej 7.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym 2 x 5.400 zł) a powódka (pозwana wzajemna) w wysokości 5.400 zł (wynagrodzenie pełnomocnika w postępowaniu apelacyjnym).

Razem omawiane koszty zamknęły się zatem kwotą 37.811 zł (32.411 zł + 5.400 zł), z czego pozwanego obciąża 3.403 zł (37.811 zł x 9%).

Oznacza to, że powódka z tego tytułu powinna zwrócić pozwanemu kwotę 29.008 zł (32.411zł – 3.403 zł).

Dlatego na podstawie przepisów art. 98 § 1 i 3 kpc, art. 99 kpc oraz art. 100 zd. 1 kpc w zw. z art. 391 § 1 zd. 1 kpc., przy uwzględnieniu § 2 ust. 1 i 2 oraz § 12 ust. 1 pkt. 2) i ust. 4 pkt. 1) w zw. z § 6 pkt. 7) 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 ze zm.) Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie III wyroku.

Z kolei, stosunkowo do końcowego wyniku postępowania odwoławczego, strony zobowiązane są do zwrotu na rzecz Skarbu Państwa w odpowiednich proporcjach (powód wzajemny w 9%, pozwana wzajemna w 91%) brakujących kosztów sądowych, obejmujących część opłaty od skargi kasacyjnej, w wysokości 7.611 zł, od której powód wzajemny został zwolniony.

Stąd na podstawie przepisów art. 113 ust. 1 i ust. 2 pkt. 1) ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych orzeczono jak w punkcie IV wyroku.

/-/ M. Tomaszewski /-/ B. Wysocki /-/ H. Małaniuk