

Sygn. akt I ACa 384/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 września 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Mirosława Gołuńska (spr.)
Sędziowie:	SA Agnieszka Sołtyka SO del. Tomasz Żelazowski
Protokolant:	sekr. sądowy Justyna Kotlicka

po rozpoznaniu w dniu 11 września 2013 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa W. N.

przeciwko Gminie M.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim

z dnia 27 marca 2013 r., sygn. akt I C 826/12

I. zmienia zaskarżony wyrok w punktach pierwszym i trzecim w ten sposób, że:

- 1. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 210.223,50 złotych (dwieście dziesięć tysięcy dwieście dwadzieścia trzy złote i 50 groszy)
z ustawowymi odsetkami od dnia 10 listopada 2010 roku oddalając powództwo w pozostałej części,**
- 2. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 10.519 złotych (dziesięć tysięcy pięćset dziewiętnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu,**

II. oddala apelację pozwanej w pozostałej części,

III. zasądza od powoda na rzecz pozwanej 7.177,50 złotych (siedem tysięcy sto siedemdziesiąt siedem i pięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Agnieszka Sołtyka Mirosława Gołuńska Tomasz Żelazowski

Sygn.akt I A Ca 384/13

UZASADNIENIE

Powód W. N. wniósł o zasądzenie od pozwanej Gminy M. kwoty 420.746,94 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 10 listopada 2011r. jako zwrot niezasadnie naliczonej kary umownej za zwłokę w wykonaniu umowy domagając się nadto zasądzenia od pozwanej kosztów procesu .

W uzasadnieniu wskazał ,że zawarł z Gminą umowę o wykonanie kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy M. . Na dzień 29.04.2011r. wykonał całość projektu, a zastrzeżenia inwestora mogły dotyczyć jedynie wadliwości niektórych elementów. Powód wnosił o ewentualne uwzględnienia przyczynienia się Gminy do powstania opóźnienia lub miarkowania wysokości nałożonej kary umownej .

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa i o zasądzenie od powoda kosztów procesu .

Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim wyrokiem z dnia 27 marca 2013r. zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 368 994, 94 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 10 listopada 2011r .,oddalił powództwo w pozostałej części oraz zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 23 891,93 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Orzeczenie to zostało poprzedzone następującymi ustaleniami :

13 maja 2010r. Gmina M. i PPHU (...) -W. N. zawarli umowę o roboty budowlane, której przedmiotem była budowa kanalizacji sanitarnej z przykanalikami i przepompowniami i dojazdami w miejscowościach G.- W.- oczyszczalnia ścieków Ś. W. zgodnie z projektem budowlanym, specyfikacją istotnych warunków zamówienia, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót oraz zgodnie z zasadami rzetelnej wiedzy technicznej i sztuką budowlaną. Ustalono , że wykonawca zakończy prace w terminie do 13.12.2010r. za wynagrodzeniem ryczałtowym w wysokości 2 .749. 983,32 zł. brutto. W § 10 umowy ustalono , że jeżeli w trakcie odbioru robót lub wcześniej okaże się, że wykonawca wykonuje przedmiot umowy albo jego poszczególne elementy wadliwie, to zamawiający odmówi odbioru wzywając jednocześnie wykonawcę do usunięcia wad w określonym przez strony terminie. Przyczyna odmowy dokonania odbioru oraz spostrzeżone wady przedmiotu odbioru będą zaznaczone w protokole. W §12 umowy strony określiły odpowiedzialność za nienależyte wykonanie umowy w ten sposób, że wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne:

- za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego brutto za wykonanie przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki,

- za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego brutto za roboty , których wady dotyczą, za każdy dzień zwłoki liczony od upływu terminu wyznaczonego na usunięcie wad.

Następnie Sąd przedstawił po kolei podejmowane przez wykonawcę próby uzgodnienia z zamawiającym zmiany umowy w części poprzez zmianę projektu i zastosowanie innego materiału w dolnej części montowanych w kanalizacji studni , z dokładnym opisaniem pism na tę okoliczność wymienianych : i taka pierwszym pismem z dnia 19.07.2010r. powód zwrócił się do pozwanego o akceptację zmiany materiału poprzez możliwość zastosowania w dolnej części studni (monolitycznego dna studni) bez zabetonowanej powłoki z TWS – tworzywo sztuczne zbrojone wzmocnione włóknem szklanym na bazie stopu żywicznego, hybrydowego. W odpowiedzi na to pismo - przyszły użytkownik kanalizacji sanitarnej- M. Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. zo.o. w M. w piśmie z dnia 27.07.2010r. nie wyraziło zgody na zastosowanie proponowanych przez wykonawcę tłoczni ścieków (...) G., a także na odstępianie od zaprojektowanych w studniach rewizyjnych polipropylenowych kinet (...). Powód więc w piśmie z dnia 30.07.2010r. zaproponował zastosowanie studni betonowych zabezpieczonych powłoką ochronną I. F., firmy (...) na trasie kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej w miejscowościach W. i G. , z wyłączeniem odcinka S53- S1 w miejscowości G.. Uzasadniał to tym, że studnie betonowe (z wyłączeniem wspomnianego fragmentu) nie będą miały kontaktu ze ściekami rozprężonymi, które poprzez zastanie w przewodach tłocznych mogą przybierać charakter agresywny. Pismem z dnia 12.08.2010r. skierowanym do Gminy (...) oświadczyło, że wyraża zgodę na zastosowanie powłok

ochronnych I. F., w miejsce zaprojektowanych polipropylenowych (...), z tym zastrzeżeniem, iż dotyczy to wyłącznie tych studni, które nie będą miały kontaktu ze ściekami pochodzącymi z zamkniętych układów tłoczonych i zgoda wydana zostaje pod warunkiem, że powłoki te zostaną wykonane ściśle według instrukcji producenta zawartej w karcie technicznej. Pismem z dnia 6.09.2010r. H. N. z Pracowni Projektowo- Usługowej H. N. – projektant wskazała, że zaproponowane przez powoda rozwiązania zamienne dotyczące studni zabezpieczają jej elementy przed korozją jednakże w jej ocenie są niższej jakości w stosunku do rozwiązań przyjętych w dokumentacji projektowej. Następnie firma (...) zasugerowała użytkownikowi ponowną weryfikację zaproponowanych przez powoda rozwiązań technicznych. Pismem z dnia 17.09.2010r. (...)skierowanym do Gminy M. wniosło uwagi do proponowanych przez powoda materiałów służących do wykonania tłoczni, nadto wskazało na konieczność zastosowania szafy sterowniczej wyposażonej w liczniki ilości załączonych pomp oraz zainstalowanie i uruchomienie monitoringu stanów awaryjnych poprzez wysyłanie komunikatów sms na wskazane numery telefonów. W nawiązaniu do powyższych uwag powód wskazał, że realizacja oczekiwań użytkownika związanych z modułem tłoczni wiązać się będzie ze zmianą materiału co spowoduje dodatkowe koszty i wydłużenie terminu dostawy do 10 tygodni. Nadto nie ma możliwości zmiany modułu tłoczni P 12 W.. Projektant H. N. pismem z dnia 3.03.2011r. po przeanalizowaniu systemu kanalizacji sanitarnej dopuściła wykonanie dolnej części studni bez wkładki (...) zgodnie z propozycją wykonawcy.

Gmina ostatecznie pismami z dnia 8.04.2011r. i 19.04.2011r. zwróciła się do powoda z zapytaniem czy rozpoczął czynności zmierzające do wymiany wykonanych studni pokrytych powłoką izolacyjną na studnie z wkładką typu (...) jak przewiduje to dokumentacja projektowa.

Pismem z dnia 27.04.2011r. powód zwrócił się z wnioskiem o dokonanie przeglądu technicznego nowowymaganej sieci kanalizacji proponując termin przeglądu na dzień 29.04.2011r. W odpowiedzi (...) jako przyszły użytkownik kanalizacji sanitarnej pismem z dnia 28.04.2011r. zaproponował wykonanie przeglądu na dzień 5.05.2011r. ,ostatecznie wyznaczono termin odbioru robót na dzień 6.05.2011r. W dniu 5.05.2011r. dokonano natomiast przeglądu technicznego sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej. Stwierdzono, że zastosowane w studniach betonowych włazy żeliwne posiadają istotne wady oraz stwierdzono, że w większości studni wykonano kinety betonowe zamiast kinet polipropylenowych. Wobec powyższego wskazano wykonawcy szereg zaleceń.

W dniu 6.05.2011r. sporządzono protokół z ostatecznego odbioru robót. Stwierdzono w nim , że roboty związane z budową kanalizacji zostały wykonane w terminie , brak jest natomiast zgodności wbudowanych studni z dokumentacją projektową. Zaznaczono ,że zakres wykonanych robót jest niezgodny z zatwierdzoną dokumentacją projektową w zakresie zastosowanych materiałów – dna studni. Projekt przewidywał wykonanie studni z dennicą z powłoką polipropylenową typu (...), natomiast wykonawca zastosował dennice betonowe. Gmina odmówiła więc odbioru i zobowiązała wykonawcę robót do wykonania kanalizacji zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją projektową w terminie do 30.06.2011r.

W dniu 10.05.2011r. dokonano przeglądu technicznego sieci kanalizacji sanitarnej tłocznej, w którym stwierdzono, że w studniach i komorach w rurociągu tłoczonym zastosowano włazy posiadające istotne wady, które jednocześnie nie są równoważne z włazami określonymi w dokumentacji projektowej. Pismem z dnia 28.06.2011r. powód poinformował inwestora , że trwają prace montażowe wkładek polipropylenowych typu (...) do dennic studni betonowych. Z uwagi na fakt, że montaż wkładek jest uzależniony od terminów dostaw materiału przez producenta firmę (...) z P. wykonawca nie jest w stanie wykonać ich montażu w terminie do 30.06.2011r. Wobec powyższego powód wniósł o wydłużenie terminu usunięcia stwierdzonych usterek do 31.07.2011r. Pismem z dnia 26.07.2011r. projektant H. N. dopuściła zastosowanie technologii montażu wkładek (...) w istniejących studniach na budowie. Kolejne przeglądy sieci kanalizacji grawitacyjnej i tłocznej odbywały się w dniach 8,9 i 12 września 2011r.

Pismami z dnia 30.09.2011r. i 3.10.2011r. powód zawiadomił Gminę M. oraz (...) w M. o usunięciu usterek oraz zgłosił gotowość odbioru końcowego zadania inwestycyjnego. Protokołem odbioru końcowego robót z dnia 10.10.2011r. stwierdzono, że inwestycja została doprowadzona do zgodności z opracowaną dokumentacją projektową, wskazując jedynie, że należy wymienić wadliwie działającą antenę nadawczą (...). W dniu 10.10.2011r. powód wystawił fakturę

VAT za wykonanie kanalizacji sanitarnej z przykanalikami i przepompowniami i ich dojazdami na kwotę 537 049,66 zł brutto . Termin płatności upływał w dniu 9.11.2011r.

W dniu 20.10.2011r. Gmina wystawiła notę księgową nr (...), którą obciążyła wykonawcę karą umowną za zwłokę w wykonaniu umowy (...) z dnia 13.05.2010r. w wysokości 420.746,94 zł., tj. 2.749.983,32 x0,10%/dzień x153 dni. Koszty wykonania studni z wkładkami (...) wyniosły 250.000 do 300.000 zł

Po tak poczynionych ustaleniach ,po dokonaniu ich kwalifikacji prawnej ,Sąd uznał powództwo za uzasadnione w znacznej części.

Wskazał ,że strony łączyła umowy o roboty budowlane, jej przedmiotem była budowa kanalizacji sanitarnej z przykanalikami i przepompowniami i dojazdami w miejscowościach G.- W.- oczyszczalnia ścieków Ś. W. (art.647 k.c.). Umowa miała być realizowana zgodnie z projektem budowlanym, specyfikacją istotnych warunków zamówienia, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót oraz zgodnie z zasadami rzetelnej wiedzy technicznej i sztuką budowlaną. Niekwestionowane było ,że projekt techniczny budowy kanalizacji sanitarnej przewidywał wykonanie w studniach rewizyjnych kinet z powłoką polipropylenową typu (...) , jak i to że wykonawca zamontował niezgodnie z projektem dennice betonowe. Choć wykonawca czynił starania o zmiany w zakresie realizacji zaprojektowanych w studniach rewizyjnych polipropylenowych kinet (...) na co ostatecznie , po wymianie szeregu pism , w tym z przyszłym użytkownikiem sieci oraz projektantem budowy kanalizacji , inwestor nie wyraził nie zgody . Oznacza to ,że do zmiany umowy w tym zakresie nie doszło. Zauważył Sąd ,że choć powód twierdził , że uzyskał od pracowników Gminy M. ustne zapewnienie, że jeżeli użytkownik ((...)) i projektant zgadzają się na zamianę wkładek to inwestor również nie sprzeciwia się tej zamianie to powyższe nie znalazło potwierdzenia w materiale dowodowym zebrany w sprawie tym bardziej , że projektowana przez wykonawcę zmiana umowy powinna mieć formę pisemną (§ 17 umowy).Gmina uzyskała dotację unijną na realizację inwestycji zgodnie z projektem technicznym i obawiała się ,że odstępstwo od projektu technicznego mogłoby spowodować utratę dotacji z funduszy unijnych .

W konsekwencji uznał Sąd ,że powód nie wykonał należycie umowy co znajduje odzwierciedlenie w treści protokołu odbioru robót z dnia 6.05.2011r . Wynika z niego mianowicie ,że zakres wykonanych robót jest niezgodny z zatwierdzoną dokumentacją projektową w zakresie zastosowanych materiałów - dna studni oraz to , że przedstawiciele powoda (wykonawcy) nie zgłosili zastrzeżeń , przyjmując zalecenia komisji do wykonania.

Podkreślił dalej Sąd ,że w oparciu o art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Przedmiotem umowy łączącej strony tego procesu było wykonanie dzieła budowlanego zgodnie min. z projektem budowlanym (§ 1) , brak powyższej zgodności oznacza niewykonanie umowy w sposób właściwy, a tym samym świadczy o zwłoce w wykonaniu przedmiotu umowy. Powyższe uprawniało pozwaną jako zamawiająca do obciążenia powoda karą umowną wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego brutto za wykonanie przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki. W sprawie nie budziło wątpliwości , że powód wykonał umowę w znacznej części .Koszty wykonania inwestycji wyniosły 2.749.983,32 zł. brutto (netto - 2.254.084,69 zł) .

Według Sądu okoliczność , że znaczna część robót została przez powoda wykonana uzasadniała obniżenie kary umownej .

Wskazała Sad ,że przepis art. 484 § 1 k.c. stanowi , że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Jeżeli jednak zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej (§ 2). Miarkowanie kary umownej zastrzeżonej na wypadek zwłoki w spełnieniu całości świadczenia jest co do zasady dopuszczalne także ze względu na wykonanie przez dłużnika zobowiązania w znacznej części z tym, iż zależy to już od konkretnych okoliczności faktycznych, które pozwalają ocenić czy, i ewentualnie w jakim stopniu, częściowe wykonanie robót przed popadnięciem w zwłokę zaspokajało interes wierzyciela . Dla wzmocnienia swojego stanowisko

co do możliwości miarkowania kary umownej przy znacznym wykonaniu umowy Sąd powołał się na orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz poglądy piśmiennictwa zauważając, że w piśmiennictwie postuluje się, by dokonując miarkowania odszkodowania w oparciu o przesłankę wykonania zobowiązania w znacznej części, dokonać procentowego obniżenia kary umownej. Oznacza to w praktyce, że sąd powinien więc ustalić próg wykonania zobowiązania, który można uznać za znaczny i w razie ustalenia, że w danych okolicznościach doszło do przekroczenia tego progu, powinien obniżyć karę proporcjonalnie do jego przekroczenia.

Przenosząc powyższe do rozpoznawanej sprawy Sąd stwierdził, że skoro powód wykonała roboty w 87,7 %, a nie wykonał w 12,7 % to w takim procencie należy obciążyć go karą umowną, daje to kwotę 51.752 zł. Wyliczenia rachunkowe Sądu wyglądały przy tym następująco:

wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie umowy wynosiło brutto 2 749 983,32 zł.

Strony zgodnie określiły koszty wykonania studni rewizyjnych z wkładkami (...) na 250.000- 300.000 zł, średnia wartość wykonania wkładek (...) to kwota 275.000 zł netto, a 338.250 zł brutto. Wartość prac związanych z wykonaniem wkładek (...) do wartości kontraktu to 12,3 %. Taki procent z kary umownej 420.746,94 zł dał karę, którą w ocenie Sądu powoda należało obciążyć.

Sąd stwierdził, że obciążenie wykonawcy karą umowną w wysokości 420.746,94 zł przy uwzględnieniu wartości robót, które nie zostały przez niego należycie wykonane było wygórowane. Uwzględniając powyższe okoliczności Sąd zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 368. 994,94 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 10.11.2011 r. do dnia zapłaty (420.746,94 zł - 51.752 zł).

W pozostałym zakresie Sąd powództwo oddalił jako nieuzasadnione.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art.100 k.p.c. szerzej takie swoje rozstrzygnięcie uzasadniając.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w części uwzględniającej powództwo oraz rozstrzygającej o kosztach procesu wniosła pozwana Gmina.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła:

naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. przepisów art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 471 i 484 § 1 k.c. poprzez błędne ich zastosowanie, polegające na przyjęciu, że wykonanie kanalizacji sanitarnej w znacznej części (bez osłon polipropylenowych typu (...) dennic w studniach rewizyjnych) uzasadnia miarkowanie kary umownej, mimo że dla pozwanej wykonanie częściowe nie miało znaczenia, z uwagi na cel umowy znany powodowi.

Apelująca przypomniała, że strony umówiły się, że w razie zwłoki w wykonaniu zamówienia wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki.

Zgodnie zaś z art. 484 § 1 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wierzycielowi należy się kara umowna w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na rozmiar poniesionej szkody. Nienależyte wykonanie kanalizacji przez powoda uprawniało więc Gminę do potrącenia z wynagrodzenia wykonawcy kary umownej w wysokości przewidzianej w umowie.

Gmina podkreśliła, że samo odebranie robót, wykonanych niezgodnie z projektem, oznaczałoby dla niej obowiązek zwrotu uzyskanej dotacji (art. 126 i 169 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych). Co do ewentualnej rezygnacji zamawiającej z montowania osłon polipropylenowych –powyższe powinno przyjąć postać aneksu do umowy, z tym iż jego zawarcie powinno uwzględniać art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Gmina podkreśliła, że studnie rewizyjne są elementem kanalizacji sanitarnej na odcinkach, na których występuje grawitacyjnie spływ ścieków i ich odbiór od wytwórców. Są więc usytuowane w różnych miejscach całej budowanej

sieci. Z uwagi na cel określony w umowie, a więc wybudowanie kanalizacji sanitarnej w której dennice w studniach rewizyjnych zabezpieczone będą powłokami polipropylenowymi, wykonanie częściowe nie miało dla pozwanej żadnego znaczenia. Gmina nie mogła rozpocząć eksploatacji wybudowanej sieci, bez uprzedniego oddania jej do użytku. Z kolei oddanie do użytku mogło nastąpić jedynie i sieci ukończonej. Ta zaś w umówionym terminie ukończona nie była. Brak osłon uniemożliwiał eksploatację kanalizacji, gdyż nie jest to drobna wada, którą można usunąć już po odbiorze, w trakcie eksploatacji. Zbudowana kanalizacja stanowi jeden ciąg rur, studni rewizyjnych i przepompowni, którymi odprowadzane są ścieki z wsi G. i osady W. do oczyszczalni ścieków w Ś. W.. Z kanalizacji tej nie można było wydzielić choćby jej części, przy użyciu której - w umówionym terminie z tych miejscowości - można było odprowadzać ścieki do oczyszczalni.

Wprawdzie strony zeznały, że kanalizację w dacie odbioru w maju 2011 r. można było użytkować, to jednak przystąpienie do użytkowania obiektu w takim stanie oznaczałoby zgodę na eksploatację kanalizacji w standardzie gorszym niż została przez Gminę zamówiona i to ze wszystkimi dla niej ujemnymi konsekwencjami.

Skoro powód w umówionym terminie nie zrealizował dzieła budowlanego zgodnie z projektem, był więc w zwłoce w wykonaniu przedmiotu umowy, to zamawiająca była uprawniona do obciążenia powoda karą umowną wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto za wykonanie przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki. Częściowe wykonanie dzieła budowlanego nie zaspakajało w żaden sposób interesu zamawiającej. Zarzuciła pozwana, że Sąd Okręgowy uznając inaczej nie wskazał na czym to oparł, nie zajął się bowiem tym zagadnieniem ani w ustaleniach faktycznych, ani w rozważaniach. Bez dokonania tej oceny i bez stwierdzenia, że interes wierzyciela jest w odpowiedniej części zaspokojony w ocenie skarżącej nie można zastosować miarkowania kary umownej przewidzianej w art. 484 § 2 k.c.

Przy tak skonstruowanych i uzasadnionych zarzutach pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w zaskarżonej części oraz o zasądzenie od powoda na jej rzecz kosztów postępowania procesowego, z uwzględnieniem kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych,

ewentualnie uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Gorzowie Wlkp.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

apelacje pozwanej w części okazała się uzasadniona doprowadzając do wydania orzeczenia reformatoryjnego.

Sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiążą go natomiast zarzuty naruszenia prawa procesowego; w granicach zaskarżenia bierze natomiast zawsze z urzędu pod uwagę nieważność postępowania (por. uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r., o sygn. akt III CZP 49/07, Lex nr 341125). W rozpoznawanej sprawie skarżąca nieważności postępowania nie zarzucała, a Sąd II instancji z urzędu też się jej nie dopatrył. W apelacji pozwanej zawarte są zarzuty naruszenia wyłącznie materialnego przez błędne jego zastosowanie. Strona skarżąca nie zarzuciła natomiast wprost Sądowi I instancji poczynienie niewłaściwych czy też niepełnych ustaleń faktycznych koniecznych dla prawidłowego wyrokowania w sprawie.

Wstępnie stwierdzić należy, że Sąd I instancji zrealizowane postępowanie dowodowe przeprowadził w sposób prawidłowy i na podstawie jego wyników poczynił zasadniczo trafne, aczkolwiek w części niepełne, ustalenia faktyczne. Ustalenia te Sąd Odwoławczy czyni częścią własnego uzasadnienia, nie znajdując potrzeby ponownego, szczegółowego ich przytaczania. Trafna też jest kwalifikacja prawna dochodzonego roszczenia przedstawiona przez Sąd Okręgowy. Prawidłowe, aczkolwiek niepełne i jako takie wymagające pogłębienia, są wywody Sądu I instancji dotyczące prawa materialnego znajdującego zastosowanie dla rozstrzygnięcia sporu w niniejszej sprawie. Dodać trzeba, że pozwana nie zawarła w apelacji żadnych wniosków dowodowych stąd Sąd II instancji orzekał na podstawie materiału dowodowego zebranego w I instancji (art. 382 k.p.c.) sprawdzając jedynie czy dokonano jego prawidłowej

i pełnej oceny, pamiętając o tym, że w postępowaniu cywilnym za przedmiot dowodu uznaje się fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie (art. 227 k.p.c.).

Co do stanu faktycznego :

strony łączyła umowa o roboty budowlane z dnia 13 maja 2010 r., jej przedmiotem była budowa kanalizacji sanitarnej z przykanalikami, przepompowniami i ich dojazdami w miejscowości G. -W.- oczyszczalnia (...). W. -etap I. za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 2 749 983,32 zł brutto. Projekt techniczny budowy kanalizacji sanitarnej przewidywał wykonanie w studniach rewizyjnych kinet (dennic) z powłoką polipropylenową typu (...). Strony nie dokonały zmiany umowy w zakresie wykonania studni rewizyjnych, a wykonawca wbrew warunkom umowy zamontował w studniach rewizyjnych dennice betonowe bez osłon polipropylenowych. Zamawiająca w maju 2011 roku odmówiła odbioru robót. Ostatecznie do odbioru końcowego robót doszło za protokołem z dnia 10.10.2011 r. Strony zgodnie określiły koszt wykonania studni z wkładkami (...) na kwotę 250 000 – 300 000 zł.

Co do apelacji pozwanej :

w apelacji skarżąca zarzucała, że wykonanie umowy w znacznej części na maj 2011 roku nie miało dla niej żadnego znaczenia, nie dawało jej żadnej korzyści a wnioski Sądu Okręgowego, iż było inaczej nie zostały oparte na ustaleniach faktycznych oraz argumentacji prawnej powiązanej z przedmiotową sprawą. Apelacja pozwanej odnosi się więc zasadniczo wyłącznie do kwestii związanej z dopuszczalnością miarkowania kary umownej w oparciu o art. 484§2 k.c. z uwagi na znaczne wykonanie umowy w realiach przedmiotowej sprawy.

Co do prawa materialnego mającego w sprawie zastosowanie :

strony stosunku zobowiązaniowego mogą w ramach autonomii woli określać umownie zakres i sposób naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Podstawowym instrumentem prawnym służącym dokonywaniu tego rodzaju kontraktowych ustaleń jest kara umowna, określana też jako kara konwencjonalna czy kara wadialna (art. 483-484 k.c.). Kara umowna jest instrumentem o znacznym stopniu elastyczności. W modelu kary umownej przyjętym w kodeksie cywilnym prymat należy przyznać funkcji kompensacyjnej. Oddziaływanie przymuszające i represyjne pozostają skutkami wtórnymi, często faktycznymi i refleksowymi. Sprowadzają się do ubocznego, ekonomicznego lub psychologicznego efektu, wiążącego się z perspektywą konieczności świadczenia sumy pieniężnej lub z samym jej uiszczeniem. Kara umowna jest odszkodowaniem, którego swoistość polega na uprzednim zryczałtowaniu (zob. Kara umowna, aut. Jacek Jastrzębski, Oficyna, 2006r., s.177). Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie panuje zgoda co do tego, że zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 483 § 1 i art. 484 § 1 w związku z art. 471 k.c.). Zobowiązany do zapłaty kary może w związku z tym bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika co najmniej w postaci niedbalstwa. Żądanie zapłaty kary umownej może być uwzględnione tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.c.). Tym samym wina dłużnika sama przez się nie wyłącza możliwości obniżenia kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c.

Powód - wykonawca - nie obalił domniemania z art. 471 k.c., że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności za które ponosi odpowiedzialność. Sąd II instancji jednocześnie już tylko dla porządku zauważa, że powiązanie zapisów umowy o karze umownej z ustalonym stanem faktycznym skutkuje wnioskiem, wbrew stanowisku prezentowanemu przez powoda, że podstawą do naliczenia kary umownej było nieterminowe zakończenie robót objętych umową, nie zaś usuwanie wadliwości wykonanych w terminie robót. Powyższe wynika z dokładnie poczynionych ustaleń Sądu I instancji, w tym z treści protokołu z maja 2011 r. Pozwana zasadnie argumentowała już przed Sądem I instancji, że w dacie tej czynności strony umowy były zgodne, iż nie wykonano jej w określonej, a istotnej dla Gminy części (k. 56- §5 protokołu z dnia 6.05.2011 r.).

Zgodnie z art. 484 § 2 k.c., jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. W przepisie tym ustawodawca wskazał dwie przesłanki zmniejszenia kary umownej. Pierwszą z nich jest wykonanie zobowiązania w znacznej części, drugą rażące wygórowanie kary. Obie przesłanki są równorzędne, stąd wystąpienie którejkolwiek z nich uzasadnia miarkowanie kary umownej. Pogląd, iż w razie zastrzeżenia kary umownej za zwłokę w spełnieniu świadczenia, kara umowna w zasadzie nie powinna podlegać miarkowaniu został poddany krytyce w nowszych wypowiedziach piśmiennictwa, do tej oceny przyłączył się również Sąd Najwyższy. Już w wyroku z dnia 19 kwietnia 2006 r., VCSK stwierdził on mianowicie, że wykonanie w uzgodnionym terminie większości robót może uzasadnić obniżenie kary, której wysokość została ustalona w odniesieniu do całości robót. Stanowisko takie jest utrwalone w orzecznictwie, i tak m.in. w wyroku z dnia 26.01.2012 r. (przywołanym w przez Sąd Okręgowy) Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że „miarkowanie kary umownej zastrzeżonej na wypadek zwłoki w spełnieniu całości świadczenia jest co do zasady dopuszczalne także ze względu na wykonanie przez dłużnika zobowiązania w znacznej części”. Podkreślił jednocześnie, że „zmniejszenie kary z powołaniem się na tę przesłankę zależy od konkretnych okoliczności faktycznych, które pozwalają ocenić czy, i ewentualnie w jakim stopniu, częściowe wykonanie robót przed popadnięciem w zwłokę zaspokajało interes wierzyciela „ (II CSK 318/10, LEX nr 784914).

Oznacza to, że nie ma co do zasady przeszkód, aby w sytuacji, w której dłużnik w znacznej części wykonał zobowiązanie, a opóźnił się jedynie z częścią świadczenia, zastrzeżona w umowie kara za zwłokę została zredukowana w oparciu o pierwszą z przesłanek art. 484 § 2 k.c. Dla dłużnika jest to niewątpliwie okoliczność dużo łatwiejsza do wykazania w porównaniu do udowodnienia, że kara jest rażąco wygórowana. Zauważyć można, że kształtowanie kary umownej za zwłokę w ten sposób, że dłużnik jest zobowiązany do zapłaty tej samej kwoty niezależnie od tego, czy opóźnił się z całością, czy jedynie z częścią świadczenia, jest w obrocie bardzo rozpowszechniony, co nie oznacza wszakże, że w pełni uzasadnione. Niewątpliwie biorąc pod uwagę jedną z podstawowych funkcji kary umownej – funkcję kompensacyjną – bardziej adekwatne byłoby wiązanie kary z niespełnioną na czas częścią świadczenia. Przywrócenie karze proporcjonalności pozostaje w zgodzie także z inną jej funkcją – nakłaniającą dłużnika do świadczenia w terminie. Jeżeli bowiem dłużnik ma zapłacić tę samą karę umowną niezależnie od tego, czy na czas wykona połowę zobowiązania czy też nie wykona go w ogóle, kara za zwłokę zupełnie nie zachęca do terminowego wykonania świadczenia. Jeżeli natomiast częściowe wykonanie zobowiązania nie ma dla wierzyciela w ogóle znaczenia, albo ma znaczenie, ale niewielkie wówczas kara może mieć tę samą wysokość, niezależnie od tego, z jaką częścią zobowiązania dłużnik popadł w zwłokę.

Strony zastrzegły w umowie, że wykonawca zapłaci karę umowną jeżeli m.in. na czas nie spełni świadczenia, liczoną od umówionego ryczałtowego wynagrodzenia brutto za całość robót. Strony nie przewidziały częściowego spełnienia świadczenia, wykonawca miał wykonać określone roboty, których efektem miało być wytworzenie oznaczonego w umowie obiektu, stanowiącego następnie przedmiot odbioru. Niesporne jest, i pozwana w apelacji tego nie podważa, że na datę pierwszej próby odbioru końcowego robót tj. w maju 2011 r. wykonana instalacja sanitarna była w takim stanie, że istniała możliwość jej uruchomienia (por. s.4 apelacji w.6 i następne). Świadek A. P. -kierownik budowy ze strony wykonawcy, zeznał, że na dzień pierwszego odbioru kanalizacja była przygotowana, mogła funkcjonować w 100 %, mógł się rozpocząć proces przyłączania do niej poszczególnych posesji (k. 156). Świadek S. N., pracownik powoda, odpowiedzialny w przedsiębiorstwie za zakup materiałów zeznał również, że kanalizacja nadawała się do użytku na dzień pierwszego odbioru, cała kanalizacja mogła funkcjonować bez tych wkładek (...) (k. 157). Słuchany w charakterze strony W. N. zeznał, że na dzień 29.04.2011 r. można było z kanalizacji korzystać, wymianę dennic betonowych na właściwe (...) można było wykonywać na czynnej kanalizacji, bo główny kolektor miał w studniach zamontowane właściwe wkładki (w studniach rewizyjnych) - k.173. Strona pozwana nie przeczyła, że w istocie było możliwe techniczne uruchomienie kanalizacji, oznacza to że w międzyczasie, przy funkcjonującej już instalacji, przy rozpoczęciu przyłączania poszczególnych użytkowników (posesji), wykonawca mógł rozpocząć i kontynuować wymianę zamontowanych dennic betonowych na kinety z powłoką polipropylenową typu (...). Niesporne bowiem jest, że na odcinku systemu kanalizacji sanitarnej, gdzie miała następować odbiór i przesył ścieków agresywnych zamontowano od razu, w terminie dla wykonania umowy, w studniach rewizyjnych kinety z powłoką typu (...) (por. k. 25 akt). Oznacza to, że wykonanie przez powoda określonych robót w umówionym terminie miało znaczenie dla

zamawiającej , w każdym razie by mogło mieć gdyby Gmina podjęła decyzję o eksploatacji sieci , z jednoczesnym wyznaczeniem terminu wykonawcy na zakończenie umówionych prac tj. montaż kinet z powłoką (...) w kilkudziesięciu studniach rewizyjnych wchodzących w skład instalacji sanitarnej. Sąd Okręgowy ustalił zakres prac wykonanych w terminie (kwotowo oraz procentowo), a pozwana tych ustaleń w żadnej części nie kwestionowała. Przeprowadzone w sprawie dowody osobowe , nie podważane w toku postępowania przed Sądem I instancji , w tym zeznania samego powoda uprawniają do wniosku , że wykonane w zakresie zamówienia roboty przez popadnięciem przez wykonawcę w zwłokę miały znaczenie dla wierzyciela i zaspokajały jego godny ochrony interes , w każdym razie Gmina prawidłowo współpracująca z wykonawcą miała realną możliwość korzystania z rezultatu wykonanego zadania inwestycyjnego już w maju 2011 r. Pozwana argumentowała , że nie godziła się na odbiór częściowy ponieważ obawiała się utraty dotacji unijnych w oparciu o przepisy ustawy o finansach publicznych. Współpraca stron umowy , a więc zamawiającej z powodem jako wykonawcą nie miała jednak polegać na wykorzystaniu dotacji niezgodnie z przeznaczeniem co by mogło rzeczywiście nastąpić w razie wykonania dennic betonowych lecz na korzystaniu z kanalizacji , na jej uruchomieniu niejako w międzyczasie gdy powód kontynuował roboty dokonując wymiany wadliwych elementów. Oczywiście jest też , że wcześniejsze korzystanie przez zamawiającą z kanalizacji w takim stanie w jakim była ona w maju 2011 r. nie oznaczałoby zmiany umowy, czym „bronila „ się Gmina twierdząc niejako , że musiała być bierna gdyż inaczej by jej zarzucono , że akceptowała zmianę umowy na gorsze mimo tego , że była ona zawarta w trybie zamówień publicznych . Korzystanie z wykonanych robót w maju 2011 roku przez Gminę nie musiało jednak w żadnym wypadku oznaczać jej rezygnacji z osłon polipropylenowych kinet , czyli nie chodziło o zmianę (zmniejszenie) zakresu umowy . Argument pozwanej , że nie mogła korzystać z kanalizacji przed oddaniem jej do użytku , co z kolei nie mogło nastąpić z uwagi na nieukończenie sieci, nie przekonuje . Niesporne jest przecież , że prawo budowlane dopuszcza przystąpienie do użytkowania obiektu budowlanego przed wykonaniem wszystkich robot budowlanych. Gmina zarzucała w apelacji , że Sąd nie dokonał oceny czy w ogóle częściowe wykonanie dzieła budowlanego zaspakajało godny ochrony interes pozwanej. Tak skonstruowany zarzut jest zasadny z tym , iż z materiału dowodowego zebranego przez Sąd Okręgowy , oprócz dowodów osobowych Sąd ten dopuścił dowód z szeregu dokumentów przedłożonych przez powoda , z jego całości kształtu , po jego uzupełniającej ocenie przez Sąd II instancji działający również jako sąd merytoryczny wynika , że istniały przesłanki zmniejszenia kary umownej z uwagi na wykonanie zamówionych robót w terminie wykonania umowy w znacznej części , przy ich przydatności dla zamawiającej w stanie z maja 2011 r. , co wyżej zostało już omówione.

Powód w ogóle prezentował stanowisko , że choć roboty wykonał wadliwie to jednak w terminie , stąd kara powinna być liczona od kwoty stanowiącej równowartość wadliwych elementów (robocizna plus materiały) określonych w pozwie na kwotę 180 453,12 zł. W konsekwencji zdaniem powoda kara umowna prawidłowo wyliczona to około 18 tyś. zł. , z czego zasadna by była jedynie połowa. Przy takich twierdzeniach uzasadniony jest wniosek , że powód w ten sposób w istocie twierdził , że wyliczona kara umowna jest też rażąco wygórowana .

Ocena, czy kara jest w konkretnych okolicznościach rażąco wygórowana może uwzględniać szereg okoliczności, w tym także relację między wysokością kary umownej i wartością robót ustaloną w umowie, w której kara umowna została zastrzeżona. Przy ocenie możliwości miarkowania kary umownej nie sposób też pominąć oceny, jakie były rzeczywiste przyczyny opóźnienia w zakończeniu prac. Ustalenia dokonane w sprawie wskazują jednoznacznie, że pewien wpływ na to miało zachowanie zamawiającej w toku trwania inwestycji , o czym mowa będzie jeszcze poniżej.

Przy ocenie istnienia przesłanek do obniżenia kary umownej nie można też pomijać skutków opóźnienia dla zamawiającego roboty. Możliwość dochodzenia kary umownej nie jest wprawdzie uzależniona od wystąpienia szkody związanej z nienależytym wykonaniem zobowiązania, jednakże ocena zaistniałej z tego powodu szkody może mieć wpływ na ograniczenie wysokości dochodzonej kary umownej. Pogląd , że to wysokość szkody powinna stanowić istotne kryterium pozwalające stwierdzić rażąco wygórowany charakter kary umownej, zdecydowanie dominuje w judykaturze (por . uzasadnienie uchwały SN (7) –zasady prawnej z dnia 6.11.2003 r., III CZP 61/03 , OSNC 2004/5/69 , 21.11.2007 , I CSK 270/07 , Lex nr 530614; czy też wyrok SN z dnia 26.01.2011, II CSK 318/10 , Lex nr784914) . W piśmiennictwie kryterium to jest uszczegółowiane poprzez wskazanie , że proste przełożenie wysokości poniesionej przez wierzyciela szkody nie zawsze może stanowić automatyczną podstawę do redukcji kary konwencjonalnej

(por. Kara umowna –Jacek Jastrzębski ,Oficyna ,2006r., s. 334 i następne). Należy w każdym razie pamiętać ,że sam ustawodawca posłużył się niedookreślonym zwrotem "rażącego wygórowania". Nie wskazał przy tym kryteriów istotnych dla oceny rażącego wygórowania kary umownej. Kryteria te nie są wprawdzie postrzegane jednolicie, jednak zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie przyjmuje się, że sama relacja między stawką procentową stanowiącą podstawę określenia wysokości zastrzeżonej kary umownej, a stawkami procentowymi stosowanymi w obrocie przy zastrzeganiu takich kar nie może stanowić jedyne kryterium oceny, czy zastrzeżona kara jest rażąco wygórowana. Przy rozstrzyganiu o miarkowaniu kary umownej z powodu jej nadmiernego wygórowania należy bowiem uwzględnić okoliczności danego wypadku. W orzecznictwie analizuje się różne kryteria oceny rażącego wygórowania kary umownej. W każdym razie zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. Jednak brak szkody lub jej nieznaczna wysokość może stanowić kryterium redukcji wysokości kary umownej i to niezależnie od tego, czy w zakresie interpretacji art. 484 § 2 k.c. eksponuje się kryterium "wysokości szkody", czy tylko "wysokość odszkodowania", przysługującego wierzycielowi na zasadach ogólnych (OSNC 2004, nr 5, poz. 69).

Generalnie jednak przyjmuje się w orzecznictwie ,że bez względu na to, czy za zasadnicze kryterium oceny rażącego wygórowania kary umownej przyjmie się wysokość szkody czy wysokość odszkodowania, które należałoby się wierzycielowi na zasadach ogólnych, sąd - stosując art. 484 § 2 k.c. - powinien rozważyć okoliczności danego wypadku (tak przyjmuje Sąd Najwyższy w cyt .już wyżej wyroku z dnia 26.01.2011 r.).

Pozwana nie twierdziła by poniosła szkodę wskutek nieterminowego wykonania umowy, w tym by spowodowało to utratę przyznanych bonifikat . Kwestia szkody jest przez zamawiającą pomijana milczeniem , stąd można wnosić ,że szkody majątkowej pozwana nie doznała. Nie było też mowy w sprawie , również na etapie apelacji , o innego rodzaju szkodzie np. o pogorszeniu wizerunku Gminy . Oczywiście brak obowiązku wykazywania szkody sprawia, że kara umowna należy się, co do zasady w zastrzeżonej wysokości, zasadniczo bez względu na wysokość rzeczywiście poniesionej szkody (art. 484 § 1 zdanie pierwsze k.c.). Tak więc wedle art. 484 § 1 k.c. całkowity brak szkody wierzyciela lub jej niewielka wartość co najwyżej uzasadnia miarkowanie kary, a nie zupełne zwolnienie z jej zapłaty . W sprawie jest niesporne ,że Gmina nie dochodziła od wykonawcy odszkodowania na zasadach ogólnych .Stopień wykonanego w terminie zamówionego zadania inwestycyjnego był znaczny. Naliczona kara umowna za nieterminowe wykonanie całości robót to prawie 1/5 umówionego wynagrodzenia ryczałtowego.

Powód twierdził nadto , że pozwana przyczyniła do tego ,że nie wykonał umowy w terminie. Miało to być spowodowane tym ,że Gmina jako zamawiająca wyrażała okresowo zgodę na zmianę sposobu wykonania dennic studni rewizyjnych , a następnie się z tego wycofywała. Zgoda miała wprawdzie formę ustna , ale pozwalała wykonawcy oczekiwać ,że dojdzie do właściwej zmiany umowy. Powód wskazywał, że zamawiająca odsyłała go do przyszłego użytkownika kanalizacji chcąc by to on podejmował określone decyzje co do technicznych wymogów ,twierdzenia te są uwiarygodnione dołączoną do akt korespondencją wykonawcy z różnymi podmiotami procesu inwestycyjnego , w tym z projektantem . Wynika z niej zmiana stanowiska w zakresie zapytania wykonawcy. Można w konsekwencji mówić o pewnym przyczynieniu do zaistniałego stanu rzeczy (wykonawca „stracił” w ten sposób ponad 2 miesiące : okres od 12.08-19.09.2010 r. i od 3.03.-8.04.11 r.). W przypadku zaś przyczynienia się zamawiającej Gminy niewątpliwie kara umowna powinna podlegać zmniejszeniu . Podstawą redukcji będzie jednak stanowił w takiej sytuacji art. 362 k.c. , nie zaś art. 484 § 2 k.c. Nie jest bowiem tak ,że przyczynienie się wierzyciela czyni odszkodowanie umowne rażąco wygórowanym (por. Kara umowna –Jacek Jastrzębski ,j/w , s. 338). Już tylko dla porządku Sąd zaznacza ,że przepis art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wyłącza regulacji kodeksu cywilnego o karze umownej, w tym o jej miarkowaniu (por. wyrok SN z dnia 21.11.2007 r. ,I CSK 270/07 , Lex nr 530614). Miarkowanie kary umownej na podstawie art. 484§ 2 k.c. jest dopuszczalne również w stosunkach umownych pomiędzy przedsiębiorcami , a więc między profesjonalistami (por. wyrok SN z dnia 27.02.2009 r.) , może on dotyczyć również stron procesu .

Mając to wszystko na uwadze Sąd II instancji uznał ,że zasadne będzie miarkowanie , wyliczonej w sposób zgodny z umową kary umownej ,i w konsekwencji jej obniżenie o połowę. W ocenie Sądu Odwoławczego zakres zmniejszenia kary umownej przez Sąd I instancji był nadmierny. W sprawie nie można bowiem pomijać tego , że to ostatecznie

wykonawca przez - jak to określił „przeoczenie „ (k.172) zamontował pierwszych 5-10 studni bez wkładek (...) mimo ,iż projekt to przewidywał, czyli to niedbałość wykonawcy spowodowała wszystkie późniejsze perturbacje w wykonaniu terminowym umowy . Nadto dla powoda jako profesjonalisty musiało być oczywiste ,że na zmianę umowy musi się zgodzić inwestor , jak i to ,że zmiana umowy winna mieć formę pisemną.

Sąd Apelacyjny uważa, że miarkowanie kary umownej ma przeciwdziałać dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary , a godnym ochrony interesem wierzyciela. Kara umowna, nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego . Tak więc stosując instytucję miarkowania, sąd powinien mieć na względzie podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna. W ocenie Sądu Apelacyjnego zmniejszenie kary umownej o połowę poprzez zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kwoty 210 223,50 zł , spełnia wszystkie funkcje kary umownej: stanowi wystarczającą sankcję dla dłużnika za nieterminowe wykonanie umowy, z jednej strony chroni interes wierzyciela, a z drugiej strony nie prowadzi do jego nadmiernego wzbogacenia. Przy ocenie, czy kara jest niewłaściwa Sąd starał się w tej sprawie brać pod uwagę szereg okoliczności, w tym także relację między wysokością kary umownej i wartością robót ustaloną w umowie, w której ta kara została zastrzeżona (tak też : wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2006 r. o sygn. akt V CSK 34/06). Uwzględnivszy relację wysokości wynagrodzenia powoda do wysokości potrąconej kary umownej stanowiącej ok. 20 % wynagrodzenia, zastosowana kara była rażąco wygórowana. Wskazać należy , że o ile wydawać by się mogło, że stawka 0,1% nie jest wygórowana i nie odbiega od stosownych w tego rodzaju umowach, to wysokość tej stawki jest determinowana wysokością wynagrodzenia brutto. Obiektywnie więc kara wyliczona przez pozwaną stanowiła dla powoda nadmierną dolegliwość finansową . Zakres zmniejszenia kary umownej w sposób przeprowadzony przez Sąd I instancji , z uwzględnieniem jednego miernika jej miarkowania , należało ocenić jako nadmierny , a przez to w konsekwencji niewłaściwy.

Ostatecznie Sąd II instancji o ile zgadza się z apelującą ,że Sąd Okręgowy szerzej nie wskazał dlaczego w ogóle uważa miarkowanie w tej konkretnej sprawie za uzasadnione , o tyle po uzupełnieniu ustaleń faktycznych możliwe był według Sądu Apelacyjnego wydanie w sprawie orzeczenia merytorycznego, z właściwym zastosowaniem w sprawie wskazanych w apelacji przepisów prawa materialnego . Konsekwencją powyższych ustaleń było dokonanie korekty skarżonego orzeczenia przez częściowe uwzględnienie apelacji - art. 386§ 1 k.p.c. i obniżenie zasądzonej kwoty pieniężnej , w pozostałej części apelacja jako bezzasadna została oddalona na podstawie art. 385 k.p.c.(pkt II) .

O kosztach procesu za obie instancje Sąd orzekł mając na uwadze jego wynik w oparciu o przepisy - art. 100 w zw. z art. 98 § 2 i 3, art. 99 k.p.c. w zw. z art. 108 §1 oraz 391 §1 k.p.c., z uwzględnieniem przepisów rozporządzeń Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. - w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U.2013.461 j.t.) - §6 13 oraz w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U.2013.490 j.t.) -§ 6 i 12 .

Co do kosztów postępowania przed Sądem I instancji – powód wygrał proces w połowie - koszty powoda wyniosły łącznie 28 255 zł (opłata od pozwu , wynagrodzenie pełnomocnika oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa) , koszty pozwanej to kwota 7 217 zł (wynagrodzenie pełnomocnika procesowego oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa). Daje to kwotę należną - dla powoda 14 127,50 i dla pozwanej – 3 608,50 zł , po zminusowaniu tych sum kwota należna od pozwanej dla powoda to 10 519 zł. W konsekwencji należało dokonać zmiany kosztowego postanowienia Sądu I instancji (pkt I.2.).

O kosztach postępowania odwoławczego Sąd Apelacyjny orzekł w punkcie III sentencji orzeczenia , na koszty postępowania apelacyjnego powoda składało się wynagrodzenie jego pełnomocnika - kwota 5 400 zł; na koszty pozwanej- opłata od apelacji w kwocie 18 450 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 5 400 zł , co łącznie daje 23 850. Powód wygrał postępowanie apelacyjne w 57 % , pozwana w 43 % , po wzajemnym rozliczeniu kosztów powód winien zapłacić na rzecz pozwanej kwotę 7 177,50 zł (5 400 zł x 57 % =3 078 zł ; 23 850 zł x 43%=10 255,5 zł).

Agnieszka Sołtyka Mirosława Gołuńska Tomasz Żelazowski