

Sygn. akt I ACa 1070/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 stycznia 2016 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Dariusz Rystał
Sędziowie:	SSA Mirosława Gołuńska (spr.) del. SSO Joanna Kitłowska-Moroz
Protokolant:	st.sekr.sądowy Beata Waclawik

po rozpoznaniu w dniu 28 stycznia 2016 roku na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa H. R.

przeciwko Gminie U.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie

z dnia 28 sierpnia 2015 roku, sygn. akt VI GC 126/13

***I. oddala apelację,***

***II. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.***

***del. SSO J. Kitłowska-Moroz SSA D. Rystał SSA M. Gołuńska***

***Sygn. akt I A Ca 1070/15***

## UZASADNIENIE

Powód H. R. w pozwie o zapłatę skierowanym przeciwko Gminie U. domagał się zasądzenia kwoty 507 539,60zł tytułem reszty wynagrodzenia z umowy z 15czerwca 2009r. na wykonanie robót pn. otworzenie istniejących ostróg w morzu (...).

Na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2015 roku roszczenie powoda zostało określone na kwotę 457 331,39 zł .

Pozwana konsekwentnie wносиła o oddalenie powództwa domagając się jednocześnie zasądzenie od powoda kosztów procesu. Podniosła zarzut przedawnienia roszczeń powoda co do kwoty przewyższającej 415 563,19 zł..

### **Sąd Okręgowy w Koszalinie wyrokiem z dnia 28 sierpnia 2015 roku :**

zasądził na rzecz powoda H. R. od pozwanej Gminy U. kwotę 305.152,99 zł , z ustawowymi odsetkami od 16.07.2010 r. ( pkt 1.), nadto zasądził na rzecz powoda od pozwanej koszty postępowania w kwocie 17.118,43 zł , pozostałe koszty znosząc między stronami ( pkt 2.).

#### Orzeczenie takiej treści zostało oparte na następujących ustaleniach :

w wyniku przeprowadzonego w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych postępowania przetargowego Gmina U. jako Zamawiający i powód jako Wykonawca w dniu 15 czerwca 19 r. w U. zawarli umowę nr (...) na wykonanie robót pod nazwą - Odtworzenie istniejących ostróg w morzu (...)" . Przedmiot zamówienia ( §1 umowy) obejmował wykonanie, z materiałów własnych powoda, prac odtworzeniowych istniejących ostróg na odcinku od 321 km do 324 km, tj. ostrogi (...) o długości 105 m, ostrogi (...) o długości 105 m ,ostrogi (...) o długości 105 m, ostrogi (...) o długości 105 m, ostrogi (...) o długości 105 m, ostrogi (...) o długości 105 m i ostrogi (...) o długości 100 m oraz wykonania geodezji powykonawczej. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz zakres robót określony został w kosztorysach nakładczych, specyfikacji technicznej oraz projekcie budowlanym stanowiących załączniki do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.Do umowy z czerwca 2009r. zawarto aneksnr1. Projekt budowlany odtworzenia systemu ostróg wykonany został przez J. D. w styczniu 2008 roku .Do umowy był załączony : harmonogram rzeczowo- finansowy, ogłoszenie o Zamówieniu odtworzenia istniejących ostróg w morzu: (...) - W ll, , Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wraz załącznikami z dnia 28 kwietnia 2009r. Wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy strony określiły na kwotę 1.052.058,70 zł brutto(§4ust1). Wynagrodzenie miało zawierać koszty wykonania robót bezpośrednio wynikających z przedmiaru robót, jak również koszty nie ujęte w dokumentacji technicznej, a związane z realizacją zadania i niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, w szczególności podatek VAT, wszelkie roboty przygotowawcze, porządkowe, zagospodarowanie placu budowy, geodezję powykonawczą, koszty utrzymania zaplecza budowy i inne zawarte w SIWZ. Termin wykonania kontraktu określono na okres od 15 czerwca do 31 grudnia 2009 r. , z zastrzeżeniem, że w od 29 czerwca do 31 sierpnia 2009 r.,tj.w sezonie turystycznym powód zobowiązany był do przerywania wszelkich robót budowlanych i uprzątnięcia na ten okres placu budowy (§ 3 ). Z wpisów w dzienniku budowy sporządzonych przez kierownika budowy wynika ,że powód rozpoczął realizację umowy 4 sierpnia 2009 r. Zgodnie z pkt. 2 PBiOZ, a także z § 1 pkt. 2 umowy roboty miały być prowadzone przy sprzyjających warunkach pogodowych za dnia, a w szczególności do 3 stanu morza i sile wiatru do 6 w skali Beauforta. W przypadku ostrzeżenia o sztormie należało roboty kafarowe bezzwłocznie przerwać i ewakuować pracowników. Rozliczenie między stronami miało być dokonywane na podstawie faktur częściowych i końcowej (§ 5) . Podstawą wystawienia faktury częściowej miał być protokół odbioru wykonanych robót wymienionych w harmonogramie rzeczowo- finansowym wraz z powykonawczą geodezją wykonanego elementu. Sporządzony na okoliczność odbioru częściowego protokół wymagał zatwierdzenia przez inspektora nadzoru inwestorskiego. Podstawą wystawienia faktury końcowej miał być protokół bezusterkowego odbioru końcowego sporządzony w terminie 14 dni od zgłoszenia i potwierdzenia gotowości wykonanych robót do odbioru przez inspektora nadzoru inwestorskiego ( § 12 ). Strony uzgodniły możliwe zachowania inwestora w przypadku stwierdzenia wad wykonawczych przed i podczas odbioru końcowego . Postanowiono, że oprócz wypadków wymienionych w treści tytułu XV kodeksu cywilnego zamawiającemu przysługiwało prawo do odstąpienia od umowy w razie wystąpienia istotnej zmiany stosunków powodującej, że wykonanie umowy nie będzie leżało w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy (w terminie 30 dni od wystąpienia tych okoliczności ), nadto – w razie upadłości lub rozwiązania firmy wykonawcy, gdy zostanie nakaz zajęcia majątku wykonawcy, gdy wykonawca nie rozpoczął robót albo ich nie kontynuuje , pomimo wezwania na piśmie, wykonawca przerwał realizację robót i przerwa trwa dłużej niż 10 dni. Odstąpienie od umowy winno nastąpić na piśmie pod rygorem nieważności , z uzasadnieniem ( §14 ). W § 10 ust. 2 pkt. 1 a) umowy strony uzgodniły, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5% wynagrodzenia

za każdy dzień zwłoki, zaś w pkt. c) za odstąpienie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10% ww. wynagrodzenia. Na spotkaniu z 2 września 2009 r. powód zobowiązał się, że nie będzie rozpoczynał odtwarzania kolejnej ostrogi nie ukończywszy poprzedniej i dokonaniem jej odbioru przez inwestora. Integralną część umowy stanowił projekt budowlany, wykonane przez pozwaną Gminę specjalistyczne badania terenu, na którym powód miał wykonać prace oraz harmonogram rzeczowo- finansowy. Na podstawie protokołu z 15 czerwca 2009r plac budowy został przekazany powodowi jako wykonawcy. Dla inwestycji prowadzony był Dziennik budowy - DB2- dla obiektów budowlanych nr (...). Zgodnie z harmonogramem rzeczowo- finansowym robót 4 ostrogi - (...), (...), (...) i (...) miały być wykonane do 30 września 2009 r. Podczas spotkania z wykonawcą w dniu 2 września 2009 r. pozwana wskazała, że powód powinien zastosować do wykonywanych robót młot o większej masie z czym wykonawca się zgodził zapewniając sprowadzenie takiego młota na budowę w przeciągu ok. 2 tygodni. Projektant w dniu 2 października 2009 r. potwierdził, że zakres wykonanych robót nie odpowiada harmonogramowi oraz, że wykonawcy brakuje odpowiedniego sprzętu, a mianowicie młota o właściwych parametrach oraz koparki. Wedle projektanta koparka zastosowana przez powoda także nie nadawała się do robót na czole ostrogi z uwagi na zbyt dużą głębokość i ruchome, usuwające się dno. Podczas spotkania w dniu 2 października 2010 na zgłaszane przez pozwaną wątpliwości co do możliwości dotrzymania terminu końcowego wykonawca oświadczył, że poczynił kroki by zawrzeć umowę z miejscowym podwykonawcą i, że wprowadzi dodatkowy sprzęt. Z zapisów w dzienniku budowy wynika, że do 7 października 2009 r. powód na skutek zgłaszanych przez pozwaną krytycznych uwag co do braku właściwego do wykonania umowy sprzętu, zobowiązał się sprowadzić dwa kafary kroczące, 3 listopada 2009 r. rozpoczął dopiero ich montaż. Pismami z dnia 21 października, 9 i 29 grudnia 2009r. powód występował do pozwanej o przedłużenie terminu wykonania umowy do końca lutego 2010 r., a następnie do 30 marca 2010r. Motywował to narzuceniem mu przez pozwaną, w sprzeczności z umową, sposobu organizacji robót oraz technologii ich wykonania. Podnosił, że pozwana była przeciwna rozpoczynaniu prac przy kolejnej ostrodze do czasu zakończenia prac przy poprzedniej. Zwracał uwagę, że narzucona technologia jak i kolejność wykonania prac dezorganizują roboty i wpływają negatywnie na realizację umowy utrudniając właściwą jej organizację i nie pozwalają na pełne wykorzystanie sprzętu. Wnosząc o przedłużenie umowy motywował to nadto niedokładnym wykonaniem przez inwestora badań geotechnicznych wskutek czego doszło do niewystarczającego rozeznaniem podłoża. Dopiero w trakcie robót okazało się, że zalegająca w stanie twaroplastycznym glina powodowała utrudnienia w zapuszczaniu pali. Wedle powoda złe warunki pogodowe panujące w październiku 2009 z minusowymi temperaturami powietrza powodowały stałe zalodzenie sprzętu. Także silne wiatry, powodujące falowanie morza, uniemożliwiały pogrążanie pali kafarami kroczącymi. Niesprzyjające warunki pogodowe, jak twierdził powód, zmusiły go do przerwania robot od 12 grudnia 2009 r. W piśmie datowanym na 18 grudnia 2009 r. powód zgłosił do odbioru ostrogi nr 8 jednak. Pozwana odmówiła dokonania odbioru wobec treści zapisu inspektora nadzoru inwestorskiego w dzienniku budowy z 28 grudnia 2009 r., że nadal trwają roboty przy wbijaniu pali na tej ostrodze, nie wyrównano górnej rzędnej na połowie długości ostrogi, nie sporządzono geodezji powykonawczej.

W dniu 5 stycznia 2010 r. pozwana dokonała przeglądu robót zrealizowanych przez powoda. Ze sporządzonego protokołu wynika, że w ostrogach: nr (...) - zabito 3 szt. pali drewnianych; (...) zabito 140 pali, (...) rozpoczęto montaż kafara kroczącego, zabito 268 pali; (...) zabito 283 szt. pali, od połowy ostrogi pale nie są wbite na pełną głębokość; (...) - na niej ustawiono kafar kroczący, zabito 231 pali; (...) - zabito 117 pali; (...) zabito 67 pali. Z protokołu wynika więc, że do 5 stycznia 2010 r. w całości nie była przez powoda wykonana żadna ostroga. 5 stycznia 2010r. w Urzędzie Gminy odbyło się spotkanie stron dla rozpoznania wniosku powoda o przedłużenie terminu zakończenia umowy do 30 marca 2010 r. Wójt poinformował wówczas powoda, że w związku ze zwłoką w wykonaniu umowy Gmina nie mogła skorzystać z pożyczki w WFOS i z uzyskania z tego tytułu 30% umorzenia w jego spłacie ( strata ok.240 tys. zł). Strony nie porozumiały się co do przedłużenia terminu wykonania umowy. W piśmie z 8 stycznia 2010 r. powód wystąpił ponownie o przedłużenie zakończenia umowy do 30 marca 2010 r. powołując uzasadnienie jak w poprzednim wniosku.

Zarządzeniem nr (...) z dnia 8 stycznia 2010 r. Wójt Gminy powołał komisję celem sprawdzenia zgodności wykonania zadania z projektem. Następnie podczas spotkania w dniu 14 stycznia 2010 r. ustalono plan działania komisji. Kierownik budowy 15 stycznia 2010 r. ponownie zgłosił gotowość do odbioru ostrogi nr (...). Tego samego dnia

komisja dokonała oględzin wykonanych robót stwierdzając brak gotowości ostrogi do odbioru. W dniu 18 stycznia 2010 r. pozwana wezwała kierownika budowy do dostarczenia dokumentacji przewidzianej umową. Następnie w protokole odbioru technicznego z 19.01.2010 r. wskazano termin usunięcia usterek przy ostrodze (...); stwierdzono także niezgodność zapisów dziennika zabicia pali ze stanem rzeczywistym. Kolejne zgłoszenie zostało dokonane przez powoda wpisem do dziennika budowy w dniu 25 stycznia 2010 r. W zgłoszeniu tym kierownik budowy potwierdził uzupełnienie dokumentacji. Powyższe potwierdził inspektor nadzoru budowlanego w dniu 26 stycznia 2010 r. Ostrogę (...) powód zgłosił do odbioru 25 stycznia 2010 r., pozwana potwierdziła jej odbiór w dniu 26 października 2010 r. Za pismem datowanym na 28 stycznia 2010 r., w związku z dokonaniem odbioru ostrogi (...), pozwany przesłał powódce fakturę częściową VAT nr (...) na kwotę 147.281.27 zł. W piśmie tym pozwany ponowił wniosek o aneksowanie umowy i uzgodnienie przesunięcia terminu końcowego. W dniu 1 lutego 2010 r. pozwana wezwała powoda do zapłaty kwoty 163.068.99 zł jako kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy za okres od 1.01.2010 r. do 31.01.2010 r. W dniu 12 lutego 2010 r. doszło do spotkania stron w toku którego uzgodniono, że powód będzie dalej realizował umowę. Strony zgodziły się na przedłużenie terminu końcowego realizacji umowy do dnia 30 maja 2010 r. W treści notatki służbowej z tego spotkania wynika także, że Gmina odstąpiła od żądania zapłaty naliczonej kary umownej uwzględniając niekorzystne warunki pogodowe. Pozwany natomiast wycofał fakturę nr (...) i zadeklarował, że doręczy ją z fakturą końcową. W piśmie z 17 marca 2010 r. powód zgłosił pozwanej, że wznowia realizację umowy z dniem 24 marca 2010 r. Powód kontynuował realizację umowy do 22 kwietnia 2010 r. W dniu 6 kwietnia 2010 r. podczas spotkania stron umowy, w nawiązaniu do notatki służbowej z 12.02.2010 r. strony uzgodniły, że do dnia 24 marca 2010 warunki pogodowe wykluczyły możliwość realizacji umowy. Jednocześnie ustalono, że powód wznowi roboty z dniem 24 marca 2010 r. i, że począwszy od tego dnia będą naliczane kary umowne za zwłokę w realizacji umowy. Pismem datowanym na 8 kwietnia 2010 r. doręczonym pozwanej 12 kwietnia 2010 r. powód poinformował Gminę o przestoju w realizacji robót w związku z aktami wandalizmu na budowie. Polegało to na tym, że nieznani sprawcy uszkodzili elementy hydrauliczne i silniki dwóch kofarów wysypując do nich piasek oraz w jednej koparce przecięto kable hydrauliczne. W dniu 15 kwietnia 2010 r. faxem, a następnie wpisem do dziennika budowy z dnia 17 kwietnia 2010 r. powód zgłosił do odbioru ostrogi (...) i (...). Inspektor nadzoru w dniu 19 kwietnia 2010 r. potwierdził przyjęcie odbioru ostrogi (...).

W piśmie, które wpłynęło do pozwanej 22 kwietnia 2010 r. powód oświadczył, że odstępuje od umowy ze skutkiem natychmiastowym wnosząc o dokonanie inwentaryzacji robót w dniu 23 kwietnia 2010 r. Jako podstawę prawną odstąpienia powód wskazał art. 640 w zw. z art. 656 §1 k.c. Powód podał, że odstąpienie od umowy było uzasadnione następującymi przyczynami: długotrwały i notoryczny brak współdziałania pozwanej przy realizacji umowy, nieuprawnioną ingerencję pozwanej w organizację robót, naruszanie procedury odbiorów częściowych, nieuwzględnienie (częściowe) trudnych warunków pogodowych, nieusuwanie zgłoszonych błędów w projekcie, wadliwe badania geotechniczne, akty wandalizmu na budowie oraz brak zapłaty wynagrodzenia. W dniu 26 kwietnia 2010 r. kierownik budowy M. K. sporządził inwentaryzację robót zrealizowanych przez powoda do 22 kwietnia 2010 r. Wynika z niej, że powód w całości wykonał ostrogi nr 6 i 8, stan zaawansowania pozostałych ostróg wynosił: ostroga nr 7 - wykonana w całości, nie zgłoszona do odbioru; ostroga nr 9 - wykonana w 84%; ostroga nr 10 - wykonana w 54%; ostroga nr 11 - wykonana w 44%; ostroga nr 5 - nie wykonana. Wedle powoda wartość elementów wykonanych wyniosła 710.642.41 zł przy wartości umownej -1.052.058.70 zł.

Gmina w piśmie z 23 kwietnia 2010 r. skierowanym do powoda oświadczyła, że nie uznaje skuteczności złożonego przez powoda oświadczenia woli o odstąpieniu przez niego od umowy bowiem umowa takiej możliwości nie przewiduje. Gmina wezwała powoda do kontynuowania realizacji umowy. W kolejnym piśmie z 30 kwietnia 2010 r. pozwana ponownie wezwała powoda do kontynuowania realizacji umowy pod rygorem złożenia oświadczenia o odstąpieniu na podstawie §14 umowy. W dniu 12 maja 2010 r. Gmina wystosowała do powoda pismo w treści którego, powołując się na §14 pkt 2 lit e umowy z 15 czerwca 2009 r. oświadczyła, że odstępuje od umowy w części dotyczącej niewykonanych a objętych umową robót. Jako przyczynę odstąpienia od umowy pozwana wskazała przerwę w realizacji robót trwającą dłużej niż 10 dni. Jednocześnie w piśmie tym oświadczyła, że nalicza powodowi kary umowne z tytułu zwłoki w realizacji umowy za okres od 24 marca do 12 maja 2010 w kwocie 263.014.67 zł oraz za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w kwocie 105.205.87 zł. W odpowiedzi powód

w piśmie z 13 maja 2010r. zarzucił, że wobec dokonanego już przez niego odstąpienia od umowy oświadczenie w tym przedmiocie jest bezskuteczne bowiem umowa nie istnieje . W dniu 13 maja 2010 r. pozwana , na podstawie noty księgowej nr (...), obciążyła powoda karami umownymi z tytułu zwłoki w realizacji umowy i odstąpienia od umowy z przyczyn obciążających wykonawcę, w łącznej kwocie 415.563.19 zł. wzywając do uiszczenia tej kwoty w terminie 7 dni . W piśmie do powoda z 13 maja 2010 r., Gmina nawiązując do złożonego przez nią oświadczenia o odstąpieniu od umowy oświadczyła, że jako dzień jego złożenia ustala 21 maja 2010 r. i w związku z tym koryguje naliczoną z tytułu zwłoki powoda w realizacji umowy karę umowną licząc naliczając ją za okres od 24 marca do 21 maja 2010 r. .W konsekwencji za 59 dni zwłoki pozwana wyliczyła 310.357.32 zł kary umownej (1.052.058.70 zł x 0.5% x 59 dni ).Pozwana podtrzymała jednocześnie żądanie zapłaty kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn obciążających powoda . W dniach 24 i 28 maja 2010 r. pozwana dokonała jednostronnie inwentaryzacji robót wykonanych przez powoda w ramach umowy. Powód zawiadomiony o inwentaryzacji nie wziął w niej udziału . Za pismem datowanym na 20 lipca 2010 r. Gmina doręczyła pełnomocnikowi powoda opinię techniczną zawierającą wycenę robót wykonanych w ramach umowy, z uwzględnieniem stwierdzonych podczas inwentaryzacji wad i usterek wykonawczych. Wedle wyceny pozwanej wykonane roboty miały wartość 618 .666 zł . Pozwana oświadczyła, że uznaje roszczenie powoda o zapłatę takiej kwoty i domagała się skorygowania przez powoda wystawionej przez niego faktury z 8 czerwca 2010 r.. doręczonej w dniu 23 czerwca 2010 r., na kwotę 710.642.41 zł . Pismem z 20 lipca 2010 r. pozwana skierowała do powoda pismo zawierające rozliczenie robót objętych umową z czerwca 2009 roku informując , że wartość zrealizowanych robót na dzień odstąpienia przez nią od umowy wyniosła 618.666 zł. Jednocześnie ,z powołaniem się na art. 499 k.c. , pozwana oświadczyła, że z kwoty tej potrąca 415.563.19 zł stanowiącą jej wierzytelność , a obejmującą naliczone powodowi kary umowne oraz kwotę 2.713.74 zł z faktury VAT nr (...) i wezwania do zapłaty z 15.07.2010 r. tej kwota ,która należała się Gminie za pobraną przez powoda , na potrzeby budowy, energię elektryczną .Powód uznał żądnie zapłaty kwoty 2.713.74 zł. Pozwana wskazała ,że zgodnie z treścią art. 498 § 2 k.c. skutek dokonanego potrącenia wierzytelności wzajemne stron umarzają się do wartości wierzytelności niższej (618.666.00 zł – 415.563.19 zł – 2.713.74 zł ). Gmina przelała w konsekwencji na konto powoda kwotę 200.389.07 zł .

W dniu 23.11.2010r. H. R. wystąpił do Sądu Rejonowego w Koszalinie z zawezwaniem do próby ugodowej. W uzasadnieniu wniosku wskazał , że z żądanej przez niego do zapłaty kwoty 710.642.41 zł Gmina uznała 618.666.00 zł. z której dokonała następnie potrącenia swojej wierzytelnością z tytułu bezzasadnie naliczonych kar umownych w kwocie 415.563.19 zł. Wzywający stwierdził , że w przypadku gdy Gmina nie zrezygnuje z dochodzenia naliczonych kar umownych będzie dochodził od niej należnego mu wynagrodzenia w kwocie 507.539.60 zł , gotów jest jednak zrezygnować z kwoty 91.976.41 zł stanowiącej różnicę między kwotą z faktury z 8 czerwca 2010 r. , a kwotą uznana przez Gminę jako wartość robót zrealizowanych w ramach umowy plus uznaną przez niego kwotę 2.713.74 zł, za pobór energii elektrycznej . Do zawarcia ugody jednak nie doszło.

Sąd dopuścił dowód z biegłego sądowego ,który opracował opinię w sprawie. Jej przedmiotem było - w oparciu o zgromadzone dowody - ustalenie czy możliwe było wykonanie umowy w oparciu o opracowany na zlecenie inwestora projekt budowlany, zawierający badania geotechniczne, a nadto ustalenie wysokości należnego powodowi wynagrodzenia, proporcjonalnie w stosunku do umówionego między stronami wynagrodzenia ryczałtowego .Biegły ocenił ,że projekt budowlany sporządzony w sprawie był wystarczający dla zrealizowania przez powoda umowy , jej przedmiotem było bowiem jedynie odtworzenie istniejących już ostróg. Wedle biegłego sekwencja zdarzeń świadczy o poważnym wysiłku i determinacji Gminy w zrealizowania umowy oraz nieprzygotowaniu sprzętowym powoda do jej wykonania . Ustalając wysokość należnego powodowi wynagrodzenia biegły posłużył się danymi zawartymi w umowie co do powierzchni bocznej pali projektowana do wbudowania wynoszącą 5.641 m<sup>(2)</sup> (zał. nr 1 do opinii). To oznacza ,że o cena 1 m<sup>(2)</sup> wyniosła 186,50 zł (1.052 0958.70 : 5641 = 186,50 zł). Na podstawie szczegółowej inwentaryzacji do opinii technicznej opracowanej na zlecenie pozwanej przez , biegły określił wykonany przez powoda w terminie do 22 kwietnia 2010r. zakres robót , wyniósł on 3.541,20 m<sup>(2)</sup> (zał. 2 do opinii). Wartość tych robót , z uwzględnieniem danych z umowy , wyniosła 660.433.80 zł.Do opinii biegłego sądowego strony nie wniosły żadnych zastrzeżeń .

Po tak poczynionych ustaleniach faktycznych, dokonując ich oceny prawnej Sąd stwierdził, że wobec podniesionego przez pozwaną zarzutu przedawnienia w pierwszej kolejności odnie się do niego. Pozwana zarzut przedawnienia roszczeń powoda uzasadniała upływem 3-letniego okresu przedawnienia. Sąd przypomniał, że roszczenia stron przedawniają się na zasadach ogólnych (art. 118 k.c.), czyli po upływie 10 lat, a w odniesieniu do roszczeń związanych z działalnością gospodarczą – po 3 latach. Ten ostatni termin ma zastosowanie do tych podmiotów, które zawodowo trudnią się wykonywaniem świadczeń w ramach umowy o roboty budowlane. Zgodnie z treścią art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Przez oddanie robót budowlanych rozumie się taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadanie przez dzieło lub wykonane roboty budowlane, nieistotnych wad, usterek i niedoróbek. Przy umowie o roboty budowlane termin przedawnienia liczy się, stosownie do treści art. 120 §1 k.c., od dnia w którym roszczenie stało się wymagalne. Wymagalność roszczenia może wynikać z oznaczenia jej daty przez ustawę, czynność prawną, może wynikać z właściwości zobowiązania. Kodeks cywilny nie określa terminu wymagalności roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane. Przyjmuje się, że wymagalność oznacza stan, w którym wierzyciel ma prawną możliwość żądania przed sądem wykonania zobowiązania. Nie może tego zrobić, dopóki dłużnik ma możliwość jeszcze dobrowolnie spełnić świadczenie. W przypadku zobowiązań pieniężnych, których termin zapłaty jest oznaczony, roszczenie staje się wymagalne z upływem terminu zapłaty i od tego dnia należy liczyć termin przedawnienia. Co do zasady z upływem tego terminu rozpoczyna się bieg terminu przedawnienia roszczenia wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia. W realiach sprawy zgodnie z treścią § 5 umowy z 15 czerwca 2009 r rozliczenie za przedmiot umowy miało być dokonywane na podstawie faktur częściowych i faktury końcowej. Z kolei podstawą wystawienia faktury częściowej miał być protokół odbioru wykonanych robót określonych w harmonogramie rzeczowo- finansowym, zaś podstawą wystawienia faktury końcowej miał być protokół odbioru końcowego. Powód po tym jak z dniem 24 kwietnia 2010 r. odstąpił od dalszej realizacji umowy wystawił pozwanej fakturę końcową nr (...). Wymagalność tego roszczenia należy łączyć z upływem ostatniego dnia, w którym pozwana mogła dobrowolnie spełnić świadczenie zgodnie z treścią zobowiązania. Skoro powód wystawił fakturę końcową na kwotę 710.642.41 zł w dniu 8 czerwca doręczając ją pozwanej w dniu 23 czerwca 2010 r. Pozwana 20 lipca 2010 r. uiściła na rzecz powoda kwotę 200.389.07 zł dokonując w tej dacie potrącenia z wierzytelnością powoda własnej wierzytelności posiadanej wobec niego o wartości 418.276.93 zł, powód uznał zasadność potrącenia jedynie wierzytelności w kwocie 2.713.74 a w pozostałej części uznał potrącenie za bezskuteczne. Roszczenie powoda o zapłatę wynagrodzenia objętego fakturą VAT (...) w wysokości 507.539.40 było wymagalne z dniem 20 lipca 2010 r. 3-letni termin przedawnienia roszczenia upływał z dniem 20 lipca 2013 r. W dniu 19.11.2010 r. powód wystąpił do sądu z zawezwaniem do próby ugodowej. Zawezwanie do próby ugodowej stanowi, zgodnie z treścią art.123 k.c., czynność podjętą bezpośrednio w celu dochodzenia roszczenia. Zgodnie z treścią art. 124 k.c. po każdym przerwaniu przedawnienia biegnie ono na nowo, w razie przerwania przedawnienia przez czynność w postępowaniu przed sądem przedawnienie nie biegnie na nowo, dopóki postępowanie to nie zostanie zakończone. Przenosząc to do sprawy Sąd stwierdził, że skoro sprawa o zawezwanie do próby ugodowej zakończona została w dniu 1 kwietnia 2011r. to oznacza, że 3-letni termin przedawnienia roszczenia powoda o zapłatę reszty wynagrodzenia rozpoczął na nowo bieg począwszy od 2 kwietnia 2011 r. i upływał z dniem 2 kwietnia .2014 r. Skoro zaś powód wystąpił z pozwem 15 grudnia 2013 r. to oznacza, że nastąpiło to przed upływem okresu przedawnienia. Sąd dodał, że zawezwanie do próby ugodowej na podstawie art. 185 § 1 k.p.c. przerywa bieg terminu przedawnienia na podstawie art. 123 § 1 pkt 1 k.c. w odniesieniu do wierzytelności określonych w tym wezwaniu, tak co do przedmiotu żądania jak i co do wysokości. W sprawie w ocenie Sądu nie budziło wątpliwości, że przedmiotem żądania powoda jest wskazana przez niego w uzasadnieniu wniosku o zawezwanie do próby ugodowej kwota 507.539.60 zł, w ocenie H. R. dokonane przez Gminę potrącenie kwoty 415.563.19 zł było bezpodstawne.

Kolejną kwestią, którą zajął się sąd pierwszej instancji była ocena skuteczności złożonych przez strony oświadczeń woli o odstąpieniu od umowy. Pozwana twierdziła, że dokonane przez powoda odstąpienie od umowy, na podstawie

art. 640 w zw. z art. 656 §1 k.c. , było bezskuteczne ponieważ umowa z czerwca 2009 r. nie przewidywała w ogóle możliwości odstąpienia od niej przez wykonawcę. Według Sądu przyznanie zamawiającemu szczególnego uprawnienia do odstąpienia od umowy zawartej w ramach zamówienia publicznego, nie oznacza, że wyłączona została w ten sposób cywilistyczna regulacja odstąpienia od umowy wzajemnej, umożliwiającą wykonawcy odstąpienie od umowy. Nadto wbrew stanowisku Gminy umowa w § 14.1 przyznawała powodowi prawo skorzystania z uregulowania zawartego w treści art. 491 k.c. poprzez zawarte tam uregulowanie zaczynające się od zwrotu „oprócz wypadków wymienionych w treści tytułu XV k.c. stronom przysługuje” .Zapis ten należało odczytywać literalnie jako uprawnienie obu stron umowy do odstąpienia od umowy w oparciu o wskazane przepisy kodeksu cywilnego , a Gminie dodatkowo w sytuacjach wymienionych w §14 pkt 2 umowy . Wskazany w treści oświadczenia woli powoda o odstąpieniu od umowy jako podstawa prawna art. 640 k.c. nie mógł wywołać zamierzonego przez stronę skutku w postaci zniweczenia umowy , skoro powód nie wyznaczył uprzednio pozwanej „odpowiedniego terminu” tym przepisem będącym ius cogens, wymaganego dla skuteczności prawnej złożonego oświadczenia woli. Powód nie kwestionował dokonanej przez biegłego sądowego oceny relacji stron umowy, z której wynikało, że to pozwana była zdeterminowana i podejmowała wiele starań w kierunku zapewnienia realizacji umowy , natomiast powód nie był przygotowany sprzętowo do jej wykonania skutkiem czego była zwłoka w realizacji zobowiązania a zatem także i z tej przyczyny złożone przez niego oświadczenie woli, nawet gdyby odpowiadało warunkom formalnym nie mogłoby wolać skutku w postaci zniweczenia umowy stron. Wskazany jako podstawa odstąpienia przez powoda od umowy art. 656 §1 k.c. dotyczy skutków opóźnienia się wykonawcy albo wykonywaniem przez niego umowy w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową , a to oznacza iż wobec pozwanej w ogóle nie miał zastosowania. To oznacza ,że złożone przez powoda oświadczenie woli w przedmiocie odstąpienia od umowy nie odniosło skutku prawnego. Według Sądu bezskuteczne prawnie było także złożone przez pozwaną oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Pozwana w oświadczeniu z 12 maja 2010 r. wskazała, że czyni to na podstawie §14 pkt 2 lit e umowy . Zapis ten stanowi ,że jeżeli wykonawca przerwie realizację umowy i przerwa ta trwa dłużej niż 10 dni zamawiający może od umowy odstąpić. W sprawie taka sytuacja zaistniała , powód zaprzestał bowiem realizacji umowy 22 kwietnia 2010 r. Pozwana oświadczyła jednak , że odstępuje od umowy w części obejmującej roboty niewykonane a objęte umową z 15 czerwca 2009 r. Sąd stwierdził natomiast ,że umowa stron nie przewidywała częściowego odstąpienia od umowy a tylko w takiej sytuacji odstąpienie od umowy w części niewykonanej przez powoda byłoby zasadne . Powód miał rację ( a pozwana nie wykazała by było inaczej ), że przedmiot umowy nie miał charakteru podzielonego .Roboty budowlane w ramach projektu „Odtworzenie istniejących ostróg w morzu W5- W11” stanowiły integralną całość , a umowa stron opiewała na jedno całkowite wynagrodzenie, kary umowne w odniesieniu do całego przedmiotu umowy i nie precyzowała w sposób wiążący terminów odbiorów częściowych. Ponadto inwentaryzacje opracowane przez obie strony sporu obejmowały także całe zadanie objęte procedurą przetargową .

Następnie Sąd zajął się kwestią oceny co do zasady i wysokości naliczonej przez pozwaną kary umownej za zwłokę wykonawcy w realizacji umowy w okresie od 24 marca do 21 maja 2010r. W dniu 12 lutego 2010 r. w trakcie spotkania obu stron umowy powód zadeklarował, że zrealizuje umowę w nieprzekraczalnym terminie do 30 maja 2010 r., niezależnie od warunków pogodowych i daty faktycznego wznowienia robót. Powód poinformował pozwaną, że roboty wznowia w dniu 24 marca 2010 r. 6 kwietnia 2010 r. podczas kolejnego spotkania powód oświadczył , że wznowił roboty 24 marca 2010 r.. Strony postanowiły wówczas także , że od tego dnia będą naliczane kary za zwłokę w realizacji umowy . Doszło do komisyjnego odbioru ostrogi nr 6 i 7 ,tej pierwszej w dniu 22 kwietnia 2010 r. Tego też dnia powód ostatecznie odstąpił od realizacji umowy . Powód był w zwłoce od 24 marca 2010 r. ,strony bowiem zgodnie oświadczyły że począwszy od tej daty pozwana będzie naliczała karę za zwłokę. Przyjęty przez pozwaną końcowy termin naliczenia kary umownej za zwłokę na dzień 21 maja 2010 r. (która to data była dniem odstąpienia przez pozwaną od umowy) był korzystny dla powoda wobec bezskuteczności prawnej złożonych przez obie strony oświadczeń woli o odstąpieniu od umowy. Powód pozostawał bowiem w zwłoce jeszcze po dniu 30 maja 2010 ,którą to datę strony uzgodniły jako termin końcowy realizacji umowy .Sąd nie podzielił argumentów podnoszonych przez powoda jako mających usprawiedliwiać nieterminowa realizację umowy. Podkreślił przy tym ,że z opinii biegłego sądowego podzielonej przez powoda , akceptowanej przez Sąd , wynika jednoznacznie , iż to powód nie był do przygotowany logistycznie do realizacji umowy , w szczególności nie dysponował odpowiednim dla wykonania zadania sprzętem technicznym. Powód ostatecznie cofnął wniosek o przeprowadzenie dowodu z biegłego z geologii

w związku z czym bezpodstawne okazało się jego twierdzenie, że zwłoka w realizacji umowy była m.in. wynikiem braku dostatecznych badań geotechnicznych dna morskiego. Marginalnie już tylko Sąd zaznaczył, że w uwagach dotyczących wykonawstwa robót w punkcie 6.0 - opis techniczny zawarto w poz. 5 wyraźną wskazówkę dla wykonawcy dot. sposobu rozpoczęcia robót kafarowych. Jednocześnie w punkcie 2 wskazano, że stan i postęp robót oraz wszelkie propozycje ewentualnych zmian w stosunku do rozwiązań projektowych muszą być odnotowane w dzienniku budowy a ich ewentualne wprowadzenie wymaga zgody inwestora. W dzienniku budowy brak zapisów o wadliwości badań geotechnicznych. Wykonawca oświadczył, że rozpoczyna realizację umowy w dniu jej podpisania czyli 15 czerwca 2009 r. i wyraził zgodę na przerwę w robotach w okresie letnim, przy umówionym terminie końcowym na 31 grudnia 2010 r. Sąd zgodził się z biegłym sądowym, że ryzyko wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych w okresie jesiennym i zimowym powód przyjął na siebie godząc się na taki termin zakończenia umowy. Zgodę pozwanej na uwzględnienie niekorzystnych warunków pogodowych, a w konsekwencji na podjęcie przez powoda realizacji umowy od 24 marca 2010 i dopiero od tej daty naliczanie wykonawcy kary za zwłokę Sąd uznał za przejaw jej daleko posuniętej woli współpracy z powodem. Niesporne jest przy tym to, że powód niewątpliwie wyraził zgodę na zaproponowany przez pozwaną sposób realizacji umowy, tj. nie rozpoczynaniu kolejnej ostrogi bez całkowitego ukończenia realizowanej, przy czym powód mógł realizować jednocześnie dwie ostrogi. Zapis tej treści znalazł się w dzienniku budowy jako wynik porozumienia stron z dnia 2 września 2010 r. Sąd uznał nadto, że powód po pierwsze nie wykazał, iż należy zabezpieczyć sprzęt do robót, a po drugie jak w czasie miało się to do opóźnień w realizowaniu umowy.

W konsekwencji naliczenie powodowi przez pozwaną kary za zwłokę w wykonaniu umowy Sąd uznał za uzasadnione. Co do miarkowania tak określonej kary - powód na podstawie art. 484 § 2 zd.1 k.c. wniósł o jej miarkowanie na tej podstawie, że zobowiązanie umowne zostało przez niego wykonane w znacznej części wykonane. Dalszym argumentem za miarkowaniem kary było wedle powoda to, iż nie odpowiada on za niewykonanie czy nienależyte wykonanie zobowiązania, co uzasadniać powinno wniosek, iż kara umowna powinna być zmiarkowana do zera. Sąd przypomniał, że art. 483 i 484 k.c. traktują zastrzeżoną przez strony karę umowną jako surogat odszkodowania należnego z tytułu odpowiedzialności kontraktowej, kara ta pełni przede wszystkim funkcje kompensacyjną. Choć kara należy się w zastrzeżonej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody a obowiązek jej zapłaty powstaje nawet wówczas gdy wierzyciel na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie poniósł w ogóle szkody to przepisy, które normują karę umowną nie pozbawiły doniosłości relacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a chronionym za jej pomocą interesem wierzyciela. W przypadkach dużej dysproporcji między wysokością zastrzeżonej kary umownej, a chronionym za jej pomocą interesem wierzyciela dopuszczalne jest jej zmniejszenie czyli tzw. miarkowanie na wniosek dłużnika. Zgodnie z treścią art. 484 § 2 k.c. dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub gdy kara jest rażąco wygórowana. Wskazany przepis nie może być interpretowany rozszerzająco, z drugiej strony kara umowna nie może stanowić źródła wzbogacenia się wierzyciela ponad tak wyznaczone funkcje kary umownej, nie może być źródłem przysporzeń pozostających w znacznej dysproporcji do poniesionej szkody, czy szerzej interesów wierzyciela, nie może być sama w sobie podstawą określonego świadczenia bez odniesienia do rodzaju umowy, jej charakteru, celu, świadczeń stron, znaczenia umowy dla każdej z nich, sposobu ustalania kary, zagrożeń związanych z niewykonaniem, czy nienależytym wykonaniem umowy. Musi ona uwzględniać charakter i zakres negatywnych skutków dla strony. Wypadkową więc wszystkich powyższych okoliczności pozwala dopiero dokonać oceny, czy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Przenosząc te rozważania do sprawy Sąd wskazał jeszcze, że powód wykonał umowę 65%. Uwzględniając powyższe z umówionego wynagrodzenia ryczałtowego w kwocie 1.052.058,70 zł należne, z uwagi na zakres wykonania umowy, jest mu wynagrodzenie w kwocie 660.433,80 zł. Według sądu pierwszej instancji brak podstaw do miarkowania kary umownej z uwagi na znaczne wykonanie umowy, ostatecznie zostały przez zamawiającą odebrane tylko dwie ostrogi, pozostałe 5 ostróg nie zostało wykonanych w całości, w tym jedna w żadnym zakresie. Wykonanie w całości tylko dwóch ostróg na 11 objętych umową w żaden sposób nie może być kwalifikowane jako wykonanie znacznej części umowy. Pozwana w odpowiedzi na pozew twierdziła, że w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania przez powoda poniesie szkodę bowiem, jak wówczas twierdziła, prawdopodobnie nie



będzie mogła skorzystać z częściowego umorzenia kredytu zaciągniętego na inwestycje ze źródła zewnętrznego. Do tego pozwana podnosiła, że poniesie szkodę z powodu zniszczenia plaży w okresie sztormowym z powodu niewykonania przez powoda umowy w terminie, to przełoży się na możliwości zarobkowe osób prowadzących działalność gospodarczą. Wąska plaża to mniej turystów co z kolei ma bezpośredni wpływ na dochody Gminy utrzymującej się głównie z działalności w okresie letnim. Choć w realiach sprawy twierdzenie pozwanej o możliwości poniesienia przez nią szkody, nawet bez wskazania choćby jej hipotetycznej wysokości, można było uznać za uprawdopodobnione z punktu widzenia doświadczenia życiowego, to w ocenie Sądu kara umowna nie powinna stać się źródłem wzbogacenia pozwanej kosztem powoda czy pozostawać sama w sobie źródłem świadczenia skoro ma spełniać funkcję kompensacyjną. Przy przyjęciu zasadności naliczenia kary umownej w kwocie żądanej przez pozwaną czyli - 310.357,32 zł wynagrodzenie umowne przysługujące powodowi wyniosłoby 350.076,48 zł zamiast należnego w kwocie 660.433,80 zł. W konsekwencji w ocenie Sądu w oparciu o poczynione wyżej rozważania uzasadnione było miarkowanie naliczonej powodowi i zgłoszonej do potrącenia kary umownej o 50% czyli do kwoty 155.178,66 zł.

To oznacza, że z wynagrodzenia należnego powodowi w kwocie 660.433,80 zł, z uwzględnieniem wierzytelności pozwanej z tytułu kary umownej za zwłokę w kwocie 155.178,66 zł oraz należności za energię elektryczną zużytą przez wykonawcę w kwocie 2.713,06 zł skutecznie zgłoszonych do potrącenia wyżej wymienione wierzytelności umorzyły się wzajemnie do wysokości wierzytelności niższej (art.498 § 2 k.c.) czyli do kwoty 505.542,06 zł (660 433,80 zł.- 155.178 zł – 2.713,74 zł). Tak wyliczoną kwotę wynagrodzenia należało pomniejszyć o zapłaconą już powodowi w dniu 20 lipca 2010 r. kwotę 200.389,07 zł. Oznacza to, że do zapłaty, a więc do zasądzenia od pozwanej na rzecz powoda, pozostała kwota 305.152,99 zł. tytułem reszty należnego mu wynagrodzenia umownego. W pozostałej części Sąd powództwo oddalił jako bezzasadne.

Co do należności odsetkowych - powód domagał się zasądzenia odsetek za opóźnienie od 10 czerwca 2010r. Pozwana otrzymała fakturę końcową w dniu 23 czerwca 2010 r. i zgodnie z treścią § 5.6. umowy miała obowiązek ją uregulować w terminie 21 dni licząc od daty doręczenia, tu do dnia 15 lipca 2010 r. Odsetki za opóźnienia Sąd zatem zasądził od kwoty zasądzonej od dnia 16 lipca 2010 r. do dnia zapłaty.

O kosztach postępowania Sąd orzekł mając na uwadze wynik procesu, z uwzględnieniem, że powód wygrał sprawę w 60%, a pozwana w 40%, szerzej postanowienia kosztowe uzasadniając pod względem faktycznym i prawnym.

**Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie wniosła pozwana** zaskarżając orzeczenie w części, a mianowicie w zakresie rozstrzygnięć zawartych w pkt 1 i 3 wyroku tj. zasądzających roszczenie i orzekających o kosztach procesu.

Sądowi Okręgowemu apelująca pozwana zarzuciła:

1. naruszenia prawa materialnego tj. art. 484 § 2 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i tym samym nieuwzględnienie całości okoliczności sprawy, co doprowadziło do nieuzasadnionego i krzywdzącego dla pozwanej gminy miarkowania kary umownej,
2. naruszenia prawa materialnego tj. art. 484 k.c. poprzez błędne przyjęcie, że kara umowna z tytułu zwłoki w wykonaniu zobowiązania wynikającego z łączącej strony umowy jest karą rażąco wygórowaną,
3. zarzut naruszenia prawa materialnego tj. art. 484 § 2 k.c. poprzez przeprowadzenie miarkowania kary umownej bez wskazania mechanizmu miarkowania kary umownej, co uniemożliwia pozwanej gminie ustalenie w oparciu o jakie kryteria sąd pierwszej instancji dokonał oceny rażącego wygórowania kary umownej,
4. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że kara umowna z tytułu zwłoki w wykonaniu zobowiązania wynikającego z łączącej strony umowy stanowi źródło wzbogacenia pozwanej kosztem powoda lub stanowi źródło świadczenia,

5. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że podstawą do odniesienia kar umownych ( również w zakresie ich miarkowania ) jest wynagrodzenia należne powodowi z tytułu wykonanej części umowy a nie wobec całej wartości umowy.

W konsekwencji tak skonstruowanych zarzutów pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w części tj. poprzez oddalenie powództwa w całości i obciążanie powoda w całości kosztami postępowania sądowego. Apelująca nadto wniosła o zasądzenie od powoda kosztów postępowania , w tym kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie przed Sądem odwoławczym, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o jej oddalenie domagając się jednocześnie zasądzenia kosztów postępowania apelacyjnego.

### **Sąd Apelacyjny zważył , co następuje :**

apelacja pozwanej jako bezzasadna podlegała oddaleniu w całości.

Co do zasady sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiążą go już jednak zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego; w granicach zaskarżenia sąd ten bierze z urzędu pod uwagę jedynie nieważność postępowania (zob. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, której nadano moc zasady prawnej). Pozwana nie zarzucała nieważności postępowania, Sąd odwoławczy z urzędu też jej się nie dopatrzył w sprawie . Co do stosowanie prawa materialnego sąd drugiej instancji nie jest oczywiście związany zakresem zarzutów apelacyjnych; ich rola sprowadza się bowiem tylko do uwypuklenia istotnych, zdaniem strony skarżącej , problemów prawnych, dla przekonania sądu odwoławczego co do ich oceny oraz "ułatwienia" kontroli instancyjnej. Sąd odwoławczy orzeka na podstawie materiału dowodowego zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym ( art. 382 k.p.c.).

Pozwana w apelacji sformułowała wyłącznie zarzut naruszenia prawa materialnego . Nie zarzucała ani naruszenia prawa procesowego, ani poczynienia błędnych czy też niepełnych ustaleń faktycznych , nie wskazała również w apelacji nowych twierdzeń i dowodów w sprawie .W tym miejscu dla ścisłości należy dodać ,że aczkolwiek w czwartym i piątym zarzucie apelacyjnym pozwana zarzuciła błąd w ustaleniach faktycznych to w istocie zarzucała błędną wykładanie prawa materialnego. W tej sytuacji sąd drugiej instancji jest związany ustalonym w sprawie stanem faktycznym będącym podstawą wyrokowania przez sąd pierwszej instancji . W sytuacji gdy sąd drugiej instancji nie uzupełnia postępowania dowodowego , a do tego brak jest procesowych zarzutów apelacyjnych i ustalony w pierwszej instancji stan faktyczny nie jest kwestionowany , sąd odwoławczy musi te ustalenia przyjąć za podstawę faktyczną swojego rozstrzygnięcia . Przyjmuje się ,że w sytuacji gdy sąd odwoławczy uznaje ustalenia sądu pierwszej instancji za trafne, wywiązanie się z przewidzianego w art. 328 § 2 k.p.c. obowiązku wskazania w uzasadnieniu orzeczenia podstaw rozstrzygnięcia może nastąpić przez oświadczenie o akceptacji ustaleń faktycznych, a nawet ocen prawnych sądu pierwszej instancji ( patrz: wyrok Sądu Najwyższego z 5 marca 2015 r.V CSK 270/14,LEX nr 1682218). W tej sytuacji Sąd Apelacyjny stwierdza ,że niekwestionowane w apelacji ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego przyjmuje za własne i uznaje za podstawą własnego rozstrzygnięcia , za poprawną uważa też kwalifikację prawną sprawy ( z pewnym jej uzupełnieniem , o czym dalej ) , jak i stosowanie oraz wykładnię przepisów prawa materialnego . W tej sytuacji nie ma potrzeby powtarzania stanu faktycznego , który sąd pierwszej instancji ustalił dokładnie , przedstawiając chronologicznie istotne w sprawie fakty, sposób realizowania przez powoda umowy oraz czynione przez strony jej modyfikacje, jak i składane oświadczenia woli .

Już tylko krótko Sąd odwoławczy przypomina więc ,że sąd pierwszej instancji przyjął ,iz strony łączyła umowa o roboty budowlane zawarta w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Do umowy tej stosuje się również w określonym zakresie przepisy kodeksu cywilnego ( art. 139 u.2 p.z.p. oraz § 17 umowy). Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe. Już w toku realizowania umowy przedłużano , z różnych przyczyn , termin jej wykonania.

Ostatecznie umowa została przez powoda jako wykonawcę zrealizowana jedynie w części. Strony postanowiły w umowie, że odstąpienie od niej jest możliwe w sytuacjach przewidzianych w kodeksie cywilnym oraz dodatkowo m.in. dla zamawiającego zastrzeżono możliwość odstąpienia od umowy lub jej części, gdy wykonawca przerwał realizację robót i przerwa ta trwa dłużej niż 10 dni. Sąd pierwszej instancji ustalił, że po pierwsze roszczenie powoda nie uległo przedawnieniu. Następnie oceniając złożone przez strony oświadczenia woli o odstąpieniu o zawartej umowie o roboty budowlane ustalił, że żadna ze stron takiego oświadczenia skutecznie nie złożyła. W konsekwencji Sąd przyjął, że pozwana była uprawniona do naliczenia powodowi kary umownej wyłącznie za zwłokę w realizacji umowy. Sąd uznając, że pozwana nie była uprawniona do odstąpienia od umowy w niezrealizowanej części pominął w swoich ustaleniach i rozważaniach kwestię dopuszczalności naliczania kar umownych za nienależyte wykonanie umowy (za zwłoką) z karą za niewykonanie umowy (niespełnienie świadczenia wskutek odstąpienia od umowy). Strony nie kwestionowały tego, że w umowie nie przewidziano dla pozwanej możliwości odstąpienia od umowy w części, pozwana z tego tytułu w apelacji nie sformułowała żadnych zarzutów. Z kolei powód nie skarżąc wyroku sądu pierwszej instancji nie kwestionował również dopuszczalności naliczenia kary za zwłokę, jak i samej wysokości naliczonej kary, w tym zasadności jej naliczenia za 59 dni zwłoki. Nie czynił tego również w odpowiedzi na apelację. Podobnie jak i nie kwestionował ustaleń Sądu Okręgowego co do tego, że ponosi odpowiedzialność za nieterminowe realizowanie umowy. W tej sytuacji Sąd odwoławczy był związany oceną dowodów, w tym samej umowy z 15 czerwca 2009 r., i w konsekwencji oceny prawnej o braku dla pozwanej podstaw do odstąpienia od umowy w części. To z kolei skutkuje konkluzją, że zasadne było naliczenie przez wykonawcę kary umownej za zwłokę. Z kolei pozwana choć zaskarżyła wyrok sądu pierwszej instancji w zakresie uwzględnionego powództwa czyli co do zapłaty kwoty 303 152,99 zł to istocie zarzucała jedynie to, że kara umowna za zwłokę naliczona przez nią w kwocie 310.357,22 zł nie powinna być miarkowana w żadnej części. Zaniechanie w ogóle miarkowania naliczonej kary za zwłokę by skutkowało zmniejszeniem wynagrodzenia powoda o kwotę 155.178,66 zł. Pomimo tego pozwana nie podała dlaczego, przy braku innych zarzutów, kwestionuje w całości zasądzoną kwotę. Pozwana nie kwestionowała ustaleń też faktycznych sądu pierwszej instancji co do daty doręczenia faktury pozwanej oraz ustalonego w umowie terminu jej płatności, w konsekwencji nie kwestionowała też wniosków sądu pierwszej instancji co do daty wymagalności roszczenia powoda. W tej sytuacji sąd drugiej instancji nie był uprawniony do ustalenia, na podstawie odmiennej oceny zapisów umowy łączącej strony, innej daty wymagalności roszczenia powoda niż przyjęta w skarżonym wyroku.

Wobec sposobu sformułowania przez pozwaną zarzutów naruszenia prawa materialnego Sąd Apelacyjny przypomina już tylko krótko, że w razie zarzucenia naruszenia prawa materialnego w grę mogą wejść błędy przy wyborze normy prawnej która powinna być zastosowana w sprawie, błędy w zastosowaniu danej normy prawnej do ustalonego przez sąd pierwszej instancji stanu faktycznego oraz błędy w wykładni normy prawnej. Błędna wykładnia polega na mylnym zrozumieniu treści zastosowanego przepisu. Naruszenie prawa materialnego polegające na jego niewłaściwym zastosowaniu oznacza, że sąd po wyjaśnieniu treści i znaczenia wybranego przepisu prawnego dokonuje subsumcji, tj. podciągnięcia ustalonego stanu faktycznego pod ten przepis i określenia skutków prawnych z tego przepisu wynikających w konkretnym wypadku.

W pierwszym zarzucie apelacyjnym pozwana zarzuciła naruszenia prawa materialnego w postaci art. 484 § 2 k.c. przez jego niewłaściwe zastosowanie i tym samym nieuwzględnienie całości okoliczności sprawy, co doprowadziło do nieuzasadnionego i krzywdzącego dla pozwanej gminy miarkowania kary umownej. Uwzględniając poczynione wyżej uwagi co do naruszeń prawa materialnego Sąd odwoławczy stwierdza, że przedstawiony wyżej zarzut apelacyjny jest oczywiście pozbawiony zasadności. W ustalonym w sprawie stanie faktycznym sprawy uzasadnione było zastosowanie przepisu art. 484 k.c. Sąd pierwszej instancji najpierw omówił istotę kary umownej, w tym jej funkcje. Dokonał szerokiego teoretycznego omówienia podstaw miarkowania kary umownej. Podał też ostatecznie dlaczego, wbrew zarzutom z apelacji pozwanej, uznał, że kara za zwłokę w realizowaniu kontraktu przez wykonawcę naliczona przez pozwaną jako zamawiającą jest rażąco wygórowana, a następnie przytoczył kryteria jej miarkowania. Pomijając to, że można się z nimi zgadzać lub też nie to wbrew twierdzeniom pozwanej zostały one przez sąd pierwszej instancji przytoczone. Stąd chybione są zarzuty zawarte w punktach drugim i trzecim apelacji. Zarzucając Sądowi błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że kara umowna z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy łączącej strony stanowi źródło wzbogacenia pozwanej kosztem powoda apelująca w istocie zarzucała błędny wykładanie art.

484§2 k.c. Podobnie jest z ostatnim - piątym - zarzutem apelacyjnym , w istocie pozwana nie kwestionowała ustaleń faktycznych będących podstawą wydanego w sprawie wyroku lecz zarzucała ,że miarkowanie kary umownej nie powinno następować poprzez porównanie jej wysokości do wynagrodzenia należnego jedynie za częściowe wykonanie umowy ale do wynagrodzenia należnego za całość kontraktu.

Ocena zasadności apelacji sprowadzała się w istocie do przesądzenia tego czy istniały podstawy do miarkowania naliczonej przez pozwaną kary umownej za zwłokę w realizowaniu umówionych robót , tj. odtworzenia istniejących ostróg w morzu , od (...) do (...), na odcinku od 321 km do 324 km , w U.. W sytuacji gdy Sąd Okręgowy nie uznał podstaw do naliczenia przez pozwaną wykonawcy kary umownej za odstąpienie od umowy z jego winy zbędne jest obecnie rozważanie czy jest dopuszczalne zastrzeżenie , a następnie dochodzenie przez stronę zarówno kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy, jak i z tytułu odstąpienia od niej ( patrz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2015 r., I CSK 999/14, Lex 1827120) . Sąd pierwszej instancji nie określił w jaki sposób strony zakończyły swój kontrakt .Niesporne jest jednak w sprawie do jakiej daty powód jako wykonawca realizował umowę oraz w jakiej dacie pozwana ostatecznie postanowiła zrezygnować z powoda jako z wykonawcy. Określenie sposobu zakończenia przez strony kontraktu nie ma jest konieczne dla oceny apelacji pozwanej.

Wobec zakresu zarzutów apelacyjnych pozwanej ,a więc niekwestionowania wysokości wynagrodzenia należnego powodowi za częściowe wykonanie umowy , przy braku apelacji powoda obecnie , Sąd odwoławczy musi i jednocześnie może jedynie rozważyć czy istniały w ogóle podstawy do miarkowania kary umownej , a w przypadku odpowiedzi pozytywnej czy zakres jej miarkowania i zastosowane kryteria były właściwe. Powyższe ma znaczenie dla określenia zakresu skuteczności dokonanego przez pozwaną potrącenia i zarzuty z tego tytułu zgłoszonego w tym procesie.

Sąd pierwszej instancji dokładnie ustalił treść umowy łączącej strony , wzajemne prawa i obowiązki , przedstawił chronologicznie - w sposób bardzo dokładny - jak w praktyce przebiegała realizacja umowy .Strony nie kwestionowały dowodów przeprowadzonych w sprawie , w tym z umowy czerwcowej z 2009 r. oraz załączników do niej , jak również dowodu z biegłego sądowego, w tym ustaleń i końcowych wniosków biegłego , zaakceptowanych w całości przez sąd pierwszej instancji , w szczególności co do leżących po stronie wykonawcy przyczyn zwłoki w terminowym wykonaniu umowy oraz co do wysokości wynagrodzenia , zważywszy na jego ryczałtowe określenie , należnego powodowi za częściowe wykonanie umowy.

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 jej rażące zawyżenie .

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 (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. W tej sprawie wykonawca , o czym była już mowa

wyżej, nie obalił domniemania z art. 471 k.c., że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności za które ponosi odpowiedzialność.

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 więc dwie przesłanki zmniejszenia kary umownej, które są równorzędne. Stąd wystąpienie którejkolwiek z nich uzasadnia już miarkowanie kary umownej. Kodeks cywilny przewiduje w ten sposób możliwość częściowego uchylenia się od obowiązku zapłaty kary umownej (patrz: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2007 r., IV CSK 181/07, Lex 341645). Następuje to w drodze orzeczenia sądu i jest wyjątkiem od sformułowanej w art. 484 § 1 k.c. zasady, że kara umowna należy się w zastrzeżonej wysokości, bez względu na wysokość szkody w razie już tylko nienależytego wykonania umowy lub też jej niewykonania. Sporne jest czy istnieje związek między poniesieniem szkody przez wierzyciela a roszczeniem o zapłatę kary umownej, ścierają się tu dwa poglądy. Sąd Najwyższy w uchwale z 6 listopada 2003 r. opowiedział się za tradycyjnym poglądem uznając, że wierzyciel może domagać się kary umownej bez względu na powstanie szkody po jego stronie. Przyjął mianowicie, że 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 (patrz: uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów - zasada prawna z dnia 6 listopada 2003 r. III CZP 61/03, OSNC 2004/5/69). Podobnie przyjął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 czerwca 2011 r. (II PK 327/10, OSNP 2012/13-14/173).

Kara umowna może być „rażąco wygórowana” wygórowana już w chwili jej zastrzegania lub też może stać się taka w następstwie późniejszych okoliczności, do których można zaliczyć m.in. to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością, a wysokością należnej kary. Art. 484 § 2 k.c. należy do tzw. prawa sędziowskiego. Z tego względu ma charakter przepisu bezwzględnie obowiązującego, a więc strony nie mogą w umowie wyłączyć możliwości miarkowania kary umownej. Katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie jest zamknięty, a ocena w tym zakresie, w zależności od okoliczności sprawy, należy do sądu orzekającego. Niewątpliwie miarkowanie kary umownej ma na celu przeciwdziałanie dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary a godnym ochrony interesem wierzyciela. Przyjmuje się, że uwzględnienie stosunku między wysokością kary umownej a wartością zobowiązania, które dłużnik nie wykonał lub wykonał z opóźnieniem jest jednym z dopuszczalnych mierników oceny wysokości kary umownej. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 maja 2013 r. przyjął, że jeżeli kara umowna jest równa bądź zbliżona do wartości zobowiązania, można ją uznać za rażąco wygórowaną (IV CSK 644/12, LEX nr 1365722).

Niewątpliwie szkoda poniesiona przez powoda (niezależnie od jej ostatecznego ujęcia w sensie kwotowym lub wskazania tylko jej realnej postaci) stanowi jedno z kilku kryteriów, jakie mogą być brane pod uwagę przy ocenie wygórowanego charakteru kary umownej w świetle art. 484 § 2 k.c. (patrz: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2009 r. III CSK 198/08, LEX nr 523684). W razie nie poniesienia przez wierzyciela szkody uzasadniony jest niewątpliwie wniosek, że w takim wypadku dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej, argumentując, iż jest ona rażąco wygórowana.

Za kryterium oceny rażącego wygórowania kary umownej może być też relacja jej wysokości do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2015 r. I CSK 690/13, LEX nr 1659211). Sąd Najwyższy w cyt. wyżej wyroku wyliczył dalej, że istotnym kryterium miarkowana jest nie tylko relacja kary umownej do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych ale też przyczyny opóźnienia, przyczynienie się wierzyciela, stopień winy dłużnika, relacja do należnego wynagrodzenia lub ocena stopnia naruszenia interesu wierzyciela wskutek opóźnionego wykonania robót.

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. Trzeba jednak podkreślić, 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 (patrz: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r., II CSK 318/10, LEX nr

784914 , a nadto wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r.,V CSK 139/07, 341635). 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 nie wydaje się w każdej sytuacji uzasadnione. Niewątpliwie biorąc pod uwagę jedną z podstawowych funkcji kary umownej - funkcję kompensacyjną - bardziej adekwatne byłoby wiązanie kary z niespełnioną na czas części świadczenia .Przywrócenie karze proporcjonalności pozostaje w zgodzie także z inną jej funkcją - nakłaniającą dłużnika do świadczenia w terminie. Jeżeli bowiem dłużnik ma zapłacić tę sama 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 sama wysokość, niezależnie od tego , z jaką częścią zobowiązania dłużnik popadł w zwłokę.

Szkoda spowodowana niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania determinuje interes wierzyciela chroniony przez zapłatę kary umownej, a przewidziane w art. 484 § 2 k.c. miarkowanie kary umownej ma przeciwdziałać dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary umownej a godnym ochrony interesem wierzyciela (por.wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 r. IV CSK 416/13,LEX nr 1477454 ). W każdym zaś razie zmniejszenie zastrzeżonej kary umownej opierać się może na łącznym stosowaniu obu wskazanych w art. 484 § 2 k.c. podstaw miarkowania. Jest tak wtedy, gdy kara umowna po zmniejszeniu jej z powodu wykonania zobowiązania w znacznej części pozostaje nadal rażąco wygórowana.

Podsumowując rozważania przytoczone powyżej Sąd odwoławczy zauważa ,że - co wyżej już zaznaczono - omówiony wyżej katalog przesłanek miarkowania kary umownej nie jest zamknięty, nie jest zatem wykluczona redukcja kary umownej z innych przyczyn niż zaprezentowane wyżej , z odwołaniem się do aktualnego w tej kwestii orzecznictwa Sądu Najwyższego.

Po poczynionych wyżej rozważaniach co do funkcji kary umownej oraz podstaw jej miarkowania i możliwych w tym zakresie do stosowania kryteriów , przenosząc je do sprawy i powracając do rozpoznawanej apelacji Sąd odwoławczy stwierdza ,że po pierwsze odmiennie niż sąd pierwszej instancji ocenia ,że powód wykonał zobowiązanie w znacznej części . Ustawodawca posłużył się tu niedookreślonym zwrotem , uzasadniony jednak jest wniosek ,że wykonanie umowy powyżej 50 % pozwala na przyjęcie jej wykonania w znacznej części .Taka zaś sytuacja zaistniała w przedmiotowej sprawie. Uzasadnia to, wbrew stanowisku zaprezentowanym przez Sąd Okręgowy , miarkowanie naliczonej kary umownej z uwagi na zakres wykonania umowy . Po drugie - co do szkody doznanej przez pozwaną to było to sygnalizowane w sposób bardzo ogólny jedynie w odpowiedzi na pozew. Gmina tej kwestii w toku procesu nie kontynuowała , nie podała nawet w przybliżeniu wysokości szkody ( za wyjątkiem odwołania się do braku umorzenia w części uzyskanego na inwestycję kredytu ) , w istocie nie podjęła nawet próby uprawdopodobnienia doznania z przyczyny zwłoki wykonawcy w wykonaniu umowy szkody . Dotyczy to zarówno szkody poprzez utratę możliwości umorzenia pobranego na inwestycje kredytu , jak i szkody doznanej wskutek ograniczenia możliwości prowadzenia działalności gospodarczej , bądź niszczenia plaż z uwagi na zwłokę wykonawcy w wykonaniu umowy z czerwca 2009 r. ( biegły sądowy w sporządzonej opinii stwierdził zresztą , po oględzinach , dobry wówczas stan plaży) . Niewątpliwie , co wynika wprost z doświadczenia życiowego , przedłużenie w czasie realizacji robót w zakresie odtworzenia ostróg mogło być uciążliwe dla turystów wypoczywających w U. w sezonie letnim , pozwana jednak nie podała jak mogło się to przełożyć w konkretny , finansowy , sposób na jej szkodę. W ustalonym , niekwestionowanym przez strony , stanie faktycznym wobec braku szkody po stronie zamawiającej Gminy , w ocenie Sądu odwoławczego uprawnione było redukcje naliczonej przez zamawiającą kary umownej również z tej przyczyny.

Po trzecie sąd drugiej instancji nie podzielił zarzutów apelacyjnych pozwanej ,że Sąd Okręgowy zastosował niewłaściwe mierniki miarkowania kary umownej . Zgodzić można jedynie z tym ,iż nie rozważył ich szerzej , niektóre możliwe do zastosowania , w tym te omówione powyżej , pominął. Ostatecznie jednak zakres zmiarkowania kary naliczonej przez pozwaną za opóźnienie o połowę było uzasadnione mając na uwadze zakres wykonania umowy , brak szkody po stronie zamawiającej , a nadto mając na uwadze - relację naliczonej kary umownej do umówionego wynagrodzenia w kwocie 1.052.058,70 zł oraz za Sądem Okręgowym - relację kary umownej do należnego powodowi jako wykonawcy wynagrodzenia za faktycznie wykonane roboty ,tj. kwoty 660.433,80 zł . W pierwszej sytuacji kara

umowna stanowi ok. 1/3 umówionego wynagrodzenia brutto , w drugiej sytuacji - prawie połowę. Uwzględniając powyższe , jak też mając na uwadze , że na terminowość wykonania umówionych przez powoda prac miały niewątpliwie wpływ stosunkowo trudne w tym okresie warunki atmosferyczne , dodatkowo - nieprzewidziane , a niewłaściwe zachowanie wobec wykonawcy związane z uszkodzaniem jego sprzętu , co ma znaczenie dla oceny zakresu winy powoda , Sąd Apelacyjny uważa , że zakres zamiarkowania kary umownej za zwłokę przez Sąd Okręgowy ostatecznie nie był nadmierny. W sprawie jest oczywiste , że roboty wykonane przez powoda były kontynuowane , a więc i wykorzystane , przez podmiot kończący odbudowę ostróg nadmorskich na bałtyckich plażach w U.. Wyższa kara , w ustalonych okolicznościach sprawy , z uwzględnieniem przyjętych przez Sąd Apelacyjny , jako uzasadnionych obu przesłanek miarkowania kary z art. 484§ 2 k.c., byłaby nadmierna. Pozwana w uzasadnieniu zarzutów apelacyjnych ponownie odwołała się do poniesienia szkody wskutek nienależytego wykonania umowy przez powoda , jednak tak jak do tej pory , tego stwierdzenia w żaden sposób nie rozwinęła , nie mówiąc już o uzasadnieniu. Stąd trudno w ogóle mówić o zachwianiu proporcji między karą umowną , a uszczerbkiem pozwanej jako wierzyciela z umowy o roboty budowlane ,co zarzucała skarżąca w apelacji . Wbrew zarzutom pozwanej sąd pierwszej instancji nie kwestionował wysokości naliczonej przez nią kary umownej za zwłokę lecz ją , według określonych i podanych kryteriów, zamiarkował. Pozwana na etapie apelacji ,o czym już wyżej wspomniano , nie zakwestionowała ustaleń faktycznych sądu pierwszej instancji poczynionych na podstawie oceny dowodu w postaci umowy z 15 czerwca 2009 r. co do braku podstaw dla złożenia przez nią oświadczenia o odstąpieniu od umowy. W tej sytuacji sąd drugiej instancji ustalonym stanem faktycznym jest związany. W sprawie nie było potrzeby zważywszy na zakres zarzutów apelacyjnych oceny tego czy świadczenie wykonawcy wynikające z umowy o roboty budowlane jest podzielne w rozumieniu art. 379 § 2 k.c. Marginalnie już więc tylko , niejako dla pełnego obrazu sprawy,Sąd odwoławczy zauważa , że strony umowy raczej przyjęły podzielność świadczenia niepieniężnego z zawartej umowy , takie też stanowisko - co do podzielności świadczenia - jest prezentowane w orzecznictwie (por. przykładowo wyrok Sądu Najwyższego z 19 marca 2004 r., IV CK 172/03, OSNC z 2005 r. Nr 3, poz. 56 ,wyrok Sądu Najwyższego z 4 czerwca 2009 r., III CSK 337/08, LEX nr 512064).

**Reasumując** : stosując instytucję miarkowania, sąd musi 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 , spełnia wszystkie funkcje kary umownej, a więc stanowi wystarczającą sankcję dla dłużnika za nieterminowe wykonanie umowy, z jednej strony chroni interes wierzyciela, a z drugiej strony nie prowadzi , tak jak to zasadnie przyjął sąd pierwszej instancji ,do jego nadmiernego wzbogacenia. Przy ocenie, czy kara jest niewłaściwa Sąd odwoławczy starał się brać pod uwagę uzasadnione w sprawie kryteria miarkowania kary umownej. Powyższe było możliwe w sytuacji gdy Sąd z urzędu stosuje właściwe prawo materialne ,które też powinien należycie wyłożyć. W ustalonym stanie sprawy Sąd Apelacyjny nie dostrzegł podstaw do zmiany zaskarżonego orzeczenia poprzez orzeczenie zgodnie z wnioskami apelującej pozwanej . Ze chybione zostały uznane wszystkie zarzuty apelacyjne pozwanej.

Skutkowało to oddaleniem , na podstawie art. 385 k.p.c. ,apelacji jako nieuzasadnionej . Powód nie kwestionował wyroku w zakresie w jakim jego powództwo zostało oddalone , w tej sytuacji nie było potrzeby odnoszenia się do rozstrzygnięcia , którym to sąd pierwszej instancji uzupełniał wydany w sprawie wyrok ( art. 351§ 3 k.p.c.).

O kosztach postępowania apelacyjnego Sad orzekł zgodnie z jego wynikiem , w oparciu o art. 98§1 i §3 k.p.c. w zw. z art. 108§1 k.p.c. i art. 391 § k.p.c. oraz z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r w sprawie opłat za czynności radcowskie - § 6 pkt 7 i § 12 ust .1 pkt 2 .Na koszty postępowania apelacyjnego powoda składało się wynagrodzenie jego profesjonalnego pełnomocnika procesowego.

**del. SSO J. Kitłowska-Moroz SSA D. Rostał SSA M. Gohńska**