

Sygn. akt V ACa 483/08

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 grudnia 2008 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Iwona Wilk
Sędziowie :	SA Zofia Kołaczyk (spr.) SA Urszula Bożałkińska
Protokolant :	Barbara Wójtowicz

po rozpoznaniu w dniu 11 grudnia 2008 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa P. M.

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

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 25 sierpnia 2008 r., sygn. akt XIII GC 16/08

I. zmienia zaskarżony wyrok o tyle że:

- zasądzoną w punkcie 1 kwotę 78502 obniża do kwoty 67189,87 (sześćdziesiąt siedem tysięcy sto osiemdziesiąt dziewięć 87/100) złotych z ustawowymi odsetkami od 20 grudnia 2007 roku, a pozostałej części powództwo oddala,
- w punkcie 3 kwotę 5144,30 obniża do kwoty 3647 (trzy tysiące sześćset czterdzieści siedem) złotych

II. w pozostałej części apelację pozwaną i apelację powoda oddala;

III. zasądza od powoda na rzecz pozwaną kwotę 443 (czteryście czterdzieści trzy) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt V ACa 483/08

## UZASADNIENIE

Powód P. M. w pozwie skierowanym przeciwko (...)Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w K. (poprzednia nazwa (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K.) wniósł o zasądzenia kwoty 110 819,78 zł. z ustawowymi odsetkami od daty wniesienia pozwu i kosztami procesu.

Na dochodzoną kwotę składały się:

kwota 96 988,78 zł. tytułem pozostałej części wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane

kwota 8 132,60 zł. tytułem skapitalizowanych odsetek od powyższej należności na dzień wytoczenia powództwa  
kwota 3 961,25 zł. tytułem zwrotu 50% kaucji gwarancyjnej pobranej przez pozwanego  
kwota 1 736,91 zł. tytułem skapitalizowanych odsetek od nieterminowo zapłaconych należności z faktur.

W odpowiedzi na pozew pozwana wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu. Zarzuciła, iż dochodzone wynagrodzenie powinno zostać obniżone o kwotę 10 000 zł. bowiem powód nie wykonał zabezpieczeń przeciwpożarowych, które wymagane były zgodnie ze sztuką budowlaną przepisami technicznymi .

W odniesieniu do odsetek pozwana zakwestionowała prawidłowość ich wyliczenia w szczególności wymagalność faktur . Powód nie udowodnił , daty doręczenia protokołów odbioru do siedziby zamawiającego wraz protokołami odbiorowymi ograniczając się do wykazania faktu doręczenia jedynie faktury (...).

Pozwana zaprzeczyła także aby przyczyny opóźnienia w wykonaniu umowy leżały po jej stronie umowy. Nadto zarzuciła że dochodzone roszczenie nie istnieje wobec potrącenia należności powoda z należnością pozwanej z tytułu kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy uwzględnił częściowo powództwo, a mianowicie co do kwoty 78 502 z odsetkami od 20 grudnia 2007 r., a w pozostałej części powództwo oddalił orzekając o kosztach procesu.

Rozstrzygnięcie zostało oparte na następujących ustaleniach i wnioskach.

W dniu 13.05.2006r. strony zawarły umowę o wykonanie instalacji sanitarnych w Zespole budynków szeregowych w T. przy ul . (...), której integralną część stanowił harmonogram rzeczowo finansowy robót oraz Procedura nr(...). Kontrola i odbiory jakościowe robót . Przedmiotem umowy było kompleksowe wykonanie instalacji :

- wodno –kanalizacyjnej / bez przygotowania pod montaż baterii podtynkowych , bez białego montażu – centralnego - ogrzewania wraz z montażem wkładów (5 kpl) ze stali kwasoodpornej - instalacji gazowej zgodnie z dokumentacją projektową budowy, sztuką inżynierską, normami budowlanymi, przy zachowaniu przepisów prawa budowlanego ( § 1 pkt.1, 2, 3 umowy ).

Termin rozpoczęcia robót ustalono w następnym dniu po podpisaniu umowy, a termin zakończenia na dzień 31.10.2006r. przy czym za datę wykonania umowy przyjęto dzień bezusterkowego odbioru końcowego obiektu przez zamawiającego (§2 pkt 1, 2, 4 umowy).

Ryczałtowe wynagrodzenie określono na kwotę 160 000 zł. + VAT płatne w terminie 30 dni od daty wpływu faktury do siedziby zamawiającego za zakończony, zaakceptowany i odebrany na podstawie protokołu końcowego przedmiot umowy wraz z kompletną dokumentacją podwykonawczą .

Strony przewidziały także możliwość zapłaty za pewien zakres wykonanych prac w oparciu o faktury częściowe.

Zamawiający uprawniony był do zatrzymania 5% wartości faktury netto na poczet zabezpieczenia należytej jakości wykonania robót. Kaucja ulegała zwolnieniu na pisemne żądanie wykonawcy w 50% po dokonaniu odbioru końcowego budynku, a pozostałe 50% po upływie 3 lat od dnia podpisania protokołu końcowego pomiędzy stronami (§ 3 umowy).

Zamawiający zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy frontu robót oraz dokumentacji projektowo-technicznej dotyczącej umownego zakresu robót. Zapewniał także odpłatnie ochronę ogólną placu budowy, która nie obejmowała dozoru mienia wykonawcy, ani jego odpowiedzialności materialnej za zniszczenie lub utratę tego mienia (§ 5 pkt 3 umowy).

Postanowienia umowne precyzowały zasady i etapy odbioru wykonanych robót.

Po zakończeniu części lub całości robót wykonawca zgłaszał pisemnie zamawiającemu gotowość do odbioru. W terminie 7 dni inspektor nadzoru budowlanego potwierdzał zgodność ze stanem faktycznym powyższe zgłoszenie po czym zamawiający w terminie tygodnia wyznaczał termin odbioru i powoływał komisję odbiorową, która z udziałem wykonawcy zobowiązana była przeprowadzić odbiór robót budowlanych w ciągu 14 dni od terminu potwierdzenia gotowości do odbioru. Na powyższą okoliczność Komisja sporządzała protokół (§ 7 umowy). Istota zatem tak sformalizowanego odbioru robót sprowadzała się do komisyjnego pokwitowania spełnienia świadczenia przez wykonawcę przez zamawiającego.

W razie opóźnienia w wykonaniu poszczególnych etapów prac w stosunku do uzgodnionego terminu lub opóźnienia w oddaniu przedmiotu umowy wykonawca zobowiązany był do zapłaty zamawiającemu kary umownej w wysokości 0,4% wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia. Przy czym kary ulegały podwojeniu przy opóźnieniu powyżej 5 dni. (§ 6 pkt.1 umowy).

Z harmonogramu rzeczowo-finansowego wynika, że instalacja kanalizacyjna i p.poz., rozdzielacze instalacji wodnej, instal. gazowa oraz grzejniki, piece i zawory rozdzielaczy oraz głowice termostatyczne miały być wykonane po położeniu w pomieszczeniach zamkniętych tynków (k-26 akt).

W dniu 24.08.2006r. pozwany wysłał do powoda pismo o przekazaniu mu frontu robót.

W trakcie realizacji robót powód pismami wysłanymi listami poleconymi informował pozwanego o przeszkodach w wykonaniu powierzonego mu zakresu robót m.in. o braku ścianek działowych w segmentach 1-4, zbyt małych kanałach wentylacyjnych, spalinowych, kolizji instalacji sanitarnych z instalacją elektryczną z powodu zaprojektowania gniazdek elektrycznych w tym samym miejscu co grzejników, braku tynków itd. (pisma z dnia 31.07.2006 r., 16.08.2006 r., 31.08.2006 r., 30.10.2006 r., 30.12.2006 r., 27.01.2007r.).

O niewykonaniu ścianek działowych wylewek podłóg i tynków oraz nie zabezpieczeniu drzwiami pomieszczeń powód osobiście powiadamiał także kierownika budowy.

Na życzenie jednego z lokatorów i za zgodą pozwanego dokonano zmiany projektowej kominu spalinowego co opóźniło instalację piecyków centralnego ogrzewania.

W okresie od 24.08.2006r. do dnia 15.09.2006r. powód wykonał w segmentach 1-5 instalacje sanitarną wodociągową i centralnego ogrzewania w 75 % na kwotę 23 175 zł.

W okresie od 10.10.2006r. do 20.10.2006r. w/w zakres robót został wykonany w 100%.

W okresie od 7.11.2006r. do 6.12.2006r. powód wykonał 90% prac w segmentach od 5-8—instalacji wod-kan, i c.o wartości 36 000 zł.

W okresie od 13.12.2006r. do 30.12.2006r. wykonał instalacje wodociągową podziemną w 70%, instalacje gazową w segm.1-5 100%, instalację gazową podziemną w 90%, instalację co, grzejniki rozdzielacza w 100% i instalację p.poz, w 50%. W okresie od 25.01.2007r. do 19.02.2007r. wykonał pozostałe prace w 100%. Końcowy odbiór wykonanych przez powoda robót nastąpił w dniu 22.03.2007r. W protokole odbioru komisja

odmówiła ostatecznego odbioru robót z powodu niewykonania przez powoda przejść p.poż. i z tego tytułu zatrzymała kwotę 10 000 zł. Wniosła również drobne zastrzeżenia co do poziomu kanalizacji sanitarnej w segmencie 4 i instalacji gazowej w piwnicy. Drobne usterki zostały przez powoda usunięte.

Dokumentacja wykonawcza przekazana przez pozwanego powodowi nie zawierała zabezpieczeń przeciwpożarowych, zakres tych robót nie został wyszczególniony w umowie .

Koszt wykonania tych prac wynosi 2 500 zł.

Za wykonane roboty powód obciążył pozwanego fakturami :

Nr (...) z dnia 10.10.2006r. na kwotę 24 797,25 zł.

Nr (...)z dnia 6.11.2006r. na kwotę 8 265,75 zł.

Nr(...)z dnia 14.12.2006r. na kwotę 38 520 zł.

Nr(...)z dnia 25.01.2007r. na kwotę 50 739,40 zł.

Nr(...) z dnia 10.05.2007r. na kwotę 47 219,10 zł. przy czym faktura ta wpłynęła do pozwanego w dniu 17.05.2007r.

Nie zostały zapłacone należności z faktur nr (...) na kwotę 5 841,60 zł. oraz w całości faktury nr (...).

Od powyższych należności powód naliczył ustawowe odsetki do dnia wytoczenia powództwa.

Wartość materiałów użytych przez powoda do wykonania umowy wyniosła około 120 000 zł

Notą księgową nr (...) z dnia 22.05.2007r. pozwana obciążyła powoda karą umowną w wysokości 148 683,39 zł. Kara umowna wyliczona została od kwoty wynagrodzenia 133.228,84 zł. (160 000 zł – 26 771,16 zł. wartość prac wykonanych w terminie ) za 142 dni zwłoki . Przy czym za 5 dni opóźnienia pozwany przyjął stawkę 0,4 % , a za pozostałe dni według 0,8 % . Kwotę 89 572,05 zł. (79 988,78 + 9 583zł.) potrącił z należnościami powoda z tytułu wynagrodzenia objętymi fakturami nr (...), (...),(...) / oświadczenie z dnia 30.09.2007r. i 21.01.2008r

Strony łączyła umowa o roboty budowlane ( art. .647 k.c.).

Zlecony umową z dnia 13.05.2006r. zakres robót budowlanych został wykonany przez powoda w całości. Fakt ten potwierdził pozwany w częściowych i końcowym protokole odbioru prac. Dokumenty te zostały sporządzone komisyjnie z udziałem zamawiającego, inspektora nadzoru, kierownika budowy i wykonawcy. Nie można podzielić poglądu pozwanego, iż protokół końcowy nie stanowił ostatecznego odbioru robót z uwagi na niewykonanie zabezpieczeń przeciwpożarowych. Zakres tych robót nie został objęty umową stron, ani dokumentacją techniczną przekazaną powodowi, a nawet samą ofertą powoda weryfikowaną przez pozwanego w momencie podpisywania umowy. Obniżenie zatem wynagrodzenia o 10 000 zł. z powodu niewykonania omawianego zakresu prac oraz zarzut nieodebrania przedmiotu umowy przez pozwanego jest bezpodstawny, tym bardziej, że drobne usterki w wykonanych pracach zostały na bieżąco usunięte przez powoda.

Odebranie robót budowlanych od wykonawcy rodziło po stronie zamawiającego obowiązek zapłaty umówionego wynagrodzenia (art. 647 k.c.). Do rozliczenia pozostała kwota 96 988,78 zł.

Zasadne i wymagalne stało się także roszczenie o zwrot kaucji gwarancyjnej w wysokości 50% tj. 3 961,25 zł. kaucji potrąconej z wystawionych faktur powoda w świetle zapisu

§ 3 umowy.

W odniesieniu do roszczenia tytułem skapitalizowanych odsetek uzasadnione są jedynie ustawowe odsetki za opóźnienie w zapłacie faktury nr(...)

Odsetki za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego należą się od daty wymagalności roszczenia do dnia zapłaty. Strony ustaliły, iż wymagalność roszczenia o zapłatę wynagrodzenia w części lub w całości nastąpi z upływem 30 dni od daty doręczenia pozwanemu faktury wraz z protokołami odbioru prac. Na powódzie zatem spoczywał obowiązek wykazania, iż wraz z fakturami od których nalicza odsetki doręczył pozwanemu także protokoły odbioru .

Powód udowodnił że wymagania te spełnił w odniesieniu do należności objętej fakturą nr (...), która wraz z protokołami odbioru została doręczona pozwanemu w dniu 17.05.2007r. Termin płatności tej faktury upływał z dniem 17.06.2007r. .

Pozew został wniesiony w dniu 20.12.2007r. Powodowi należą się nie skapitalizowane odsetki za 216 dni co stanowi kwotę 2 989,44 zł. na podstawie art.481 § 1 k.c.

W pozostałym zakresie żądanie pozwu o zapłatę odsetek w wysokości 6 880,07 zł. (suma kapitalizowanych odsetek 8 132,60 zł + 1 736,91 zł = 9 869,51 zł. minus 2 989,44 zł.) jako nie udowodnione (art. 6 k.c.) nie zasługiwało na uwzględnienie .

Zasadne zatem było żądanie powoda w łącznej kwocie 103 939,71 zł. oraz co do ustawowych odsetek od daty wytoczenia powództwa.

Oceniając zarzut potrącenia tytułem kary umownej Sąd Okręgowy przyjął co następuje:

Zastrzeżona przez strony w umowie kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy , gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności , za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art.471 k.c.). Wierzyciel zatem nie może domagać się kary umownej, jeżeli dłużnik wykaże, że zwłoka w spełnieniu umówionego przedmiotu umowy nie jest następstwem okoliczności leżących po jego stronie. Kara umowna zastrzeżona na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia niepieniężnego należy się jedynie w razie zwłoki dłużnika (art.476 k.c.).

W przypadkach dużej dysproporcji między wysokością zastrzeżonej kary umownej, a interesem wierzyciela chronionym za pomocą kary umownej dopuszczalne jest na podstawie art. 484 § 2 k.c. zmniejszenie jej wysokości na wniosek dłużnika. Miarkowanie kary może nastąpić w przypadku znacznej części wykonania zobowiązania przez dłużnika lub gdy kara jest rażąco wygórowana . Zmniejszenie kary może opierać się także na łącznym stosowaniu obu przesłanek .

W rozpatrywanym przypadku kara umowna ustalona przez pozwaną w kwocie 148 683,39 zł. jest rażąco wygórowana . Stanowi nie dającą się niczym uzasadnić dysproporcję pomiędzy kwotą wynagrodzenia ryczałtowego w wysokości 160 000 zł netto, a w szczególności z kosztami poniesionymi przez powoda na zakup materiałów do wykonania przedmiotu umowy (120 000 zł.). W sytuacji gdy sama pozwana nawet nie twierdzi , że wskutek zwłoki powoda poniosła jakakolwiek szkodę . Podnieść także należy, że stosowanie tak wysokiej stawki kary 0,8 % od wartości umowy przy zobowiązaniach o roboty budowlane jest niespotykane w obrocie gospodarczym. Pozwana obciążając powoda w/w karą zmierzała wyłącznie do uchylenia się od zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia w celu własnego wzbogacenia. Działanie pozwanej jest nadużyciem instytucji kary umownej.

Ponadto podany przez pozwaną okres zwłoki liczący 142 jest nieprawidłowy .

Termin rozpoczęcia robót miał rozpocząć się 14.05.2006r. tj. w następnym dniu po podpisaniu umowy , a więc pozwana powinna w w/w dacie przekazać powodowi front robót .

Udostępnienie frontu robót nastąpiło z końcem sierpnia 2006 r., a więc pozwana pozostawała w zwłoce w udostępnieniu robót powodowi ponad 102 dni.

W okresie tym nie zostały wykonane prace przez innych wykonawców, które pozwalałyby na realizację prac powierzonych powodowi (brak ścianek działowych w pomieszczeniach i położonych tynków w części pomieszczeń). Należy także dać wiarę powodowi, iż w czasie wykonywania przez niego robót zaistniały utrudnienia wpływające na termin oddania przedmiotu umowy polegające na zmianach adaptacyjnych budynku przez zamawiającego, czy wadliwym wykonaniu prac przez innych wykonawców.

Skoro zwłoka w wykonaniu umowy wynosząca 102 dni nie powstała z przyczyn leżących po stronie powoda lecz pozwanej. Brak podstaw do obciążenia powoda za ten okres.

Można mówić jedynie o zwłoce powoda wynoszącej 40 dni. Według przyjętych w umowie stawek kara umowna wyniosłaby 37 570,54 zł. Biorąc pod uwagę, iż wysokość zastosowanej kary umownej przez pozwanego jest rażąco wygórowana zasadne było jej obniżenie do kwoty 25 437,71 zł.

Skuteczne zatem było potrącenie wzajemnych wierzytelności stron do w/w kwoty (103 939,71 – 25 437,71 zł.). W wyniku potrącenia obie wierzytelności umorzyły się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej ( art.498 § 2 k.c.). Pozwana zobowiązana jest do zapłaty powodowi kwotę 78 502 zł. z odsetkami.

Powód wygrał spór w 71% co uzasadniało stosunkowe rozdzielenie kosztów procesu na mocy art. 100 k.p.c.

Wyrok ten zaskarżyły obie strony. Powód zaskarżył rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego w części oddalającej powództwo co do kwoty 26 774,93 zł., wnosząc o jego zmianę w tym przedmiocie i uwzględnienie powództwa w zakresie zaskarżonej kwoty i zasądzenie kosztów postępowania ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Rozstrzygnięciu zarzucił :

1. naruszenie przepisu art. 479 12 par. 1 k.c. przez niewłaściwe jego zastosowanie,
2. naruszenie przepisu art. 233 par. 1 k.c.,
3. naruszenie przepisu art. 484 par. 1 k.c. w związku z art. 471 k.c. przez błędne przyjęcie, że powód nie wykazał, iż nie ponosi odpowiedzialności za powstałe opóźnienie w wykonaniu robót budowlanych,
4. naruszenie przepisu art. 484 par. 2 przez określenie przez Sąd kary umownej w rażąco wygórowanej wysokości,
5. naruszenie przepisu art.100 k.p.c. przez niewłaściwe rozdzielenie kosztów procesu przy równoczesnym nie wykazaniu sposobu ich wyliczenia,
6. naruszenie art. 232 zdanie drugie k.p.c. przez nie przeprowadzenie przez Sąd I instancji z urzędu dowodów zawnioskowanych przez powoda w piśmie z dnia 8 lutego 2008 r.

Natomiast pozwana zaskarżyła wyrok w części uwzględniającej powództwo wnosząc o jego zmianę przez oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na jej rzecz kosztów procesu za obie instancje, zarzucając:

1. naruszenie prawa materialnego, a to:
  - a) przepisu art. 476 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 1 i art. 473 kodeksu cywilnego przez przyjęcie, że powód odpowiedzialny był za zwłokę w wykonaniu umowy, podczas gdy strony wyraźnie określiły w umowie, iż ponosi odpowiedzialność za opóźnienie.
  - b) przepisu art. 484 § 2 kodeksu cywilnego przez jego niewłaściwe zastosowanie, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności sprawy, co doprowadziło do krzywdzącego pozwanego miarkowania kary umownej,

2. dokonanie ustaleń faktycznych sprzecznych z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym, polegających na:

- ustaleniu, że pozwany nie udostępnił powodowi frontu robót, pomimo tego, iż powód potwierdził okoliczność prowadzenia robót od dnia 24.07.2006 r. w protokole z dnia 22.03.2007 r.
- ustalenie, iż zastosowanie kary umownej w wysokości 0,8% wynagrodzenia umownego, jest niespotykane, pomimo braku jakiegokolwiek dowodu w tym przedmiocie, jak również wobec braku zwrócenia uwagi stronom, iż fakt ten jest znany z urzędu, co uniemożliwiło pozwanemu przeprowadzenie stosownych dowodów.

3. błędną ocenę dowodów, w szczególności pisma pozwanego z dnia 28.08.2006 r., zeznań świadka R. S., dokonaną z pominięciem całokształtu okoliczności i dowodów w sprawie, która to ocena doprowadziła do ustalenia, iż do dnia 24.08.2006 r. powód nie posiadał frontu robót.

4. naruszenie przepisu art. 328 § 2 kodeksu postępowania cywilnego, przez pominięcie w uzasadnieniu wskazania, na jakich wyliczeniach i założeniach oparł się Sąd Okręgowy dokonując miarkowania kary z kwoty wyliczonej 37 670,54 zł. do kwoty 25 437,71 zł., a także z jakich przyczyn uznał wyliczoną karę za rażąco wygórowaną, co uniemożliwia polemikę z treścią wyroku w tym zakresie i uniemożliwia kontrolę prawidłowości poczynionych ustaleń.

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

Uwzględniając zakresy zaskarżenia, jak i związane z nimi zarzuty apelacyjne stwierdzić należy, iż aktualnie na tym etapie postępowania poza sporem pozostają ustalenia faktyczne Sądu I instancji dotyczące zakresu umowy łączącej strony o wykonanie instalacji sanitarnych, okresów w których wykonane zostały poszczególne roboty składające się na przedmiot umowy, data odbioru końcowego robót, wysokości należnego z tego tytułu powodowi wynagrodzenia, jego zapłaconej części, pozostałej do rozliczenia z tytułu wynagrodzenia kwoty 96 988,78 zł., kaucji gwarancyjnej w kwocie 3 961,25 zł. oraz odsetek od niezapłaconej faktury (...) w kwocie 2 989,44 zł. Podzielić należy również stanowisko Sądu I instancji – niezakwestionowane w apelacji przez powoda, iż niewykazał on zasadności dochodzonego roszczenia odsetkowego w kwocie 1 736,91 zł od faktur zapłaconych przed wniesieniem sporu.

Spór w niniejszej sprawie sprowadza się w istocie do zasadności naliczenia przez pozwaną kary umownej objętej złożonym przez nią oświadczeniem o potrąceniu z dnia 30 września 2007 r. i 21 stycznia 2008 r., jej miarkowania dokonanego przez Sąd I instancji na wniosek powoda i jego zakresu.

Naliczoną karę umowną pozwana oparła na podstawie § 6.1 umowy, która przewidywała, że w razie opóźnienia w wykonaniu poszczególnych etapów w stosunku do terminów z § 2 umowy lub opóźnienia w oddaniu przedmiotu umowy wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,4 % wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy za każdy dzień opóźnienia. Przy czym kary ulegają podwojeniu przy opóźnieniu powyżej 5-ciu dni. Niesporne jest, iż w realizacji umowy wystąpiło opóźnienie. Zgodnie z jej postanowieniem ( § 2 ust. 2) termin zakończenia robót przypadał na dzień 31 października 2006 r. ( ten termin pozwana przyjmuje jako początek naliczenia kary umownej – k. 72), realizacja zaś robót została zakończona, jak prawidłowo ustala Sąd I instancji 19 lutego 2006 r., zaś odbioru robót dokonano 22 marca 2007 r.

Zastrzeżona w umowie stron kara umowna stanowi odzwierciedlenie regulacji art. 483 § 1 k.c. dopuszczającej możliwość zastrzeżenia w umowie swoistej sankcji cywilnoprawnej, zryczałtowanej postaci odszkodowania, jako formy naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Stanowi ona surogat odszkodowania mającego kompensować negatywne dla wierzyciela konsekwencje wynikające z niewykonania bądź nienależytego

wykonania zobowiązania i jako taka powiązana zostaje z woli stron z określoną postacią nienależytego wykonania zobowiązania, bądź jako następstwo niewykonania zobowiązania.

Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej objętej regulacją art. 483 § 1 k.c. pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c. i następ.) co wynika tak z celu kary umownej, jak

i umiejscowienia przepisów jej dotyczących w kodeksie cywilnym (por. wyrok SN

z 27 stycznia 1972 r. I CR 458/71, OSNC 1972 nr 9 poz. 160, z 11 stycznia 2001 r. IV CKN 150/00 – OSNC 2001 nr 10 poz. 153, uzasadnienie uchwały (7) SN z 11 kwietnia 2003 r. III CZP 61/03 – OSNC 2004 nr 5 poz. 69, z 11 marca 2004 r. – V CK 369/06 – niepubl. – wyrok z 8 lipca 2004 r. IV CK 583/03 – lex 137571), który co do odpowiedzialności kontaktowej nadał jej charakter obiektywny.

Kodeks cywilny dopuszcza jednak możliwość wystąpienia odmiennych przesłanek odpowiedzialności kontaktowej m.in. w drodze czynności prawnej, gdy zgodnie z art. 472 k.c. postanowienia umowne mogą modyfikować granice i zasady odpowiedzialności dłużnika.

Wyrazem tego jest regulacja art. 473 § 1 k.c. w świetle której dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania

z powodu oznaczonych okoliczności (niezawinionych), za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. W takim jednak przypadku, jak trafnie podnosi się

w piśmiennictwie i orzecznictwie (por. uchwałę pełnego składu Izby Cywilnej z 21 grudnia 1974 r. III CZP 31/74, OSNCP 1975 z. 9 poz. 128), zamiar stron rozszerzenia odpowiedzialności nie tylko, że powinien wynikać z umowy w sposób niewątpliwy, ale

i okoliczności zastrzegające odpowiedzialność dłużnika winny być oznaczone wyraźnie

w umowie, co wynika z samej treści regulacji art. 473 § 1 k.c. Konstrukcje kary umownej oderwanej od zawinienia dopuszcza się w orzecznictwie (por. wyrok SN z 27 czerwca 2003 r. IV CKN 300/01 – Mon. Praw. 2007 nr 10, poz. 578, z 27 marca 2000 r. I CKN 791/98 – niepubl., uzasad. wyroku z 8 lipca 2004 r. IV CK 583/03 – niepubl. z 19 kwietnia 2006 r. V CSK 34/06 – niepubl.) W stanie faktycznym sprawy przedmiotowa kara umowna została zastrzeżona za samo tylko opóźnienie w wykonaniu zobowiązania przez wykonawcę, które, jak trafnie podnosi pozwana, stanowi odrębną kategorię prawną od zwłoki (art. 476 k.c.), jest oderwane od zawinienia dłużnika. Pozwala to przyjąć w zestawieniu z regulacją § 2 ust. 5 umowy, że zgodnie z wolą strony wyrażoną w umowie, obowiązek zapłaty kary umownej zastrzeżonej na wypadek opóźnienia w wykonaniu robót i oddania przedmiotu umowy nie

był uzależniony od zawinienia ze strony ich wykonawcy. Oznacza to, że przy

niewątpliwym opóźnieniu, jakie nastąpiło, pozwana uprawniona była do naliczenia zastrzeżonej kary umownej.

Nieuzasadniona jest zatem w świetle powyższego apelacja powódki kwestionująca co do zasady uprawnienie pozwanej do kary umownej oparta na stanowisku, że występujące opóźnienie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, gdy zastrzeżona kara umowna jest karą za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy, nie zaś za zwłokę, czyli oderwaną od zawinienia powoda. Okoliczności dotyczące szczególnych przyczyn opóźnienia mogą mieć znaczenie, ale z punktu widzenia możliwości miarkowania kary umownej (por. wyrok SN z 19 kwietnia 2006 r., V CSK 34/06 – niepubl.).

Trafne jest stanowisko apelacji powoda, kwestionujące stanowisko Sądu I instancji co do niewykazania, aby pisma informacyjne o utrudnieniach w realizacji robót były doręczone pozwanej, gdy uszło uwagi Sądu, że poza pismami z dnia 31 sierpnia 2006 r. i 27 stycznia 2007r., pozwana w odpowiedzi na pozew nie zakwestionowała faktu otrzymania pozostałych wzmiankowych pism, dołączonych do pozwu. Okoliczność ich otrzymania nie była sporna, zaś zgodnie z regułami postępowania dowodowego, nie wymagają dowodu fakty przyznane (art. 229 k.p.c.) czy też nie zaprzeczone (art. 230 k.p.c.). To uchybienie nie wpływa jednak na wynik sporu, gdy w istocie Sąd Okręgowy przyjął w ustaleniach, że po udostępnieniu frontu robót powodowi, w okresie realizacji przez niego umowy, wystąpiły wskazywane utrudnienia.



Na marginesie tylko wskazać należy, a co powód pomija, że harmonogram robót przewidywał ściśle określone terminy na wykonanie poszczególnych robót, jak i przewidywał które z robót miały być wykonane przed wykonaniem tynków i wylewek przez innych wykonawców, a które po, przy czym nie można również pomijać, że terminowe wykonanie robót instalacji kanalizacji wodociągowej, c.o. – przewody, determinowało wykonywanie robót tynkarskich i wylewek przez innych wykonawców. Występujące opóźnienia robót instalacyjnych powodowały też opóźnienia robót budowlanych. Niewątpliwie zaś takie opóźnienia po stronie powoda występowały np. roboty kanalizacyjne w budynkach (...) powód miał wykonać w ciągu 10 dni (24.07. – 4.08), podobnie roboty wodociągowe i c.o. przyłącza w tych budynkach, które miały być wykonane w ciągu 5 dni do 5 VIII 06 r., a wykonywał je dłużej. Uwzględniając zwłokę pozwanej w przekazaniu frontu robót do 24.08.2006 r. to roboty te winny być ukończone do 5 września 2006 r., gdy tymczasem powód zgłosił je dopiero do odbioru wraz z pozostałymi 15.09.2006 r., przy czym w tej dacie roboty te były wykonane, jak wynika z protokołu odbioru i zaawansowania robót w 75 %, a ukończone w całości w listopadzie 2006 r. (protokół odbioru k. 122).

Ponadto dalsze roboty w tych budynkach, które miały być wykonywane po położeniu tynków i wylewek, powód miał wykonać wg harmonogramu w ciągu 4 dni, a jak wynika z materiału sprawy wylewki pojawiły się najpóźniej 13 listopada, a jeszcze 15 grudnia pozwana monitowała, że nie wykona instalacji gazowej. Stąd nie można przyjmować, jak to czyni powód, aby przyczyny opóźnienia całkowicie pozostawały poza jego zachowaniem.

Zarzuty powoda co do naruszenia przepisów procesowych, a to art. 479<sup>12</sup>§ 1 k.p.c. przez odmowę przeprowadzenia dowodów wnioskowanych w piśmie z 8 lutego 2000 r., które według skarżącego nie były objęte prekluzją, jak i art. 232 zd. drugie k.p.c. przez

nieprzeprowadzenie tych dowodów z urzędu nie mogą odnieść skutku w świetle regulacji

art. 162 k.p.c. Zgodnie z tym przepisem strony mogą w toku posiedzenia, a jeżeli nie były na nim obecne – na najbliższym posiedzeniu, zwrócić uwagę sądu na uchybienie przepisom postępowania, wnosząc o wpisanie zastrzeżenia do protokołu, przy czym strona, która zastrzeżenia nie zgłosiła, traci prawo powoływania się na to uchybienie w dalszym toku postępowania, chyba że chodzi o przepisy postępowania, których naruszenie sąd powinien wziąć pod rozwagę z urzędu albo, że strona uprawdopodobni, iż nie zgłosiła zastrzeżeń bez swojej winy. W kwestii tej wypowiedział się Sąd Najwyższy w uchwale z 27 października 2005 r. III CZP 55/05 (OSNC 2006 nr 9 poz. 144) w odniesieniu do postanowień dowodowych, wyrażając podzielony przez Sąd Apelacyjny pogląd, że strona nie może skutecznie zarzucić

w apelacji uchybienia przez sąd pierwszej instancji przepisom postępowania, polegającego na wydaniu postanowienia, które może być zmienione lub uchylone stosownie do okoliczności, jeśli nie zwróciła uwagi sądu na to uchybienie w toku posiedzenia, a w razie nieobecności – na najbliższym posiedzeniu, chyba że niezgłoszenie zastrzeżenia nastąpiło bez jej winy.

W niniejszej sprawie powód reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika po oddaleniu wniosków dowodowych postanowieniem wydanym na rozprawie w dniu

11 sierpnia 2008 r., nie zgłosił zastrzeżeń w trybie art. 162 k.p.c. stąd utracił prawo do powoływania się na uchybienia procesowe z tym związane, gdy te nie należą do kategorii podlegającej uwzględnieniu z urzędu, ani też w stanie sprawy nie zachodzi brak winy

w niezgłoszeniu zastrzeżeń, zresztą na tenże skarżący się nie powoływał w apelacji.

W ocenie Sądu Apelacyjnego okres opóźnienia powoda determinujący wysokość kary umownej liczyć należy nie jak to czyni pozwana do daty sporządzenia formalnego protokołu odbioru tj. 22 marca 2007 r. lecz do daty zakończenia robót co miało miejsce, jak prawidłowo ustala Sąd I instancji, w oparciu o zgłoszenie robót do odbioru końcowego z 19 lutego 2007 r. (k.38) i potwierdzony przez strony i inspektora nadzoru protokół zaawansowania robót (k.52) w dniu 19 lutego 2007 r. Do daty tej objęty umową zakres robót został wykonany w 100 % bez istotnych wad. W okresie od 19 lutego do 20 marca 2007 r. trwały tylko czynności związane z odbiorem, którego procedura wprowadzona umową (§ 7) przewidywała określone ramy czasowe, zaś czynności z tym związane w sytuacji, gdy z dniem 19 lutego 2007 r. przedmiot umowy osiągnął gotowość do odbioru, nie wchodziły w zakres opóźnienia. Przemawia za tym

również okoliczność, że określony umową termin 31 X 2006 r. po upływie którego wykonawca popadał w opóźnienie połączony został z zakończeniem robót (§ 2 ust. 2 umowy, harmonogram rzeczowo-finansowy stanowiący integralną część umowy § 2 ust. 3), osiągnięciem w tej dacie przez roboty gotowości do odbioru końcowego, jak i to, że umowa w części zastrzegającej karę umowną mówi o opóźnieniu w oddaniu przedmiotu umowy, co oznacza zaferowanie przez wykonawcę do odbioru przedmiotu umowy wykonanego zgodnie z umową, kompletnego, bez wad istotnych. W świetle tej okoliczności w grę wchodzi opóźnienie wynoszące 110 dni, nie zaś jak liczy pozwana 143 dni.

Ponadto przy ustalaniu okresu opóźnienia stanowiącego podstawę naliczenia kary umownej, aczkolwiek odpowiedzialność powoda oderwana jest od winy, strony nie przewidziały okoliczności zwalniających wykonawcę za nieterminowe wykonanie robót, nie można, wbrew stanowisku pozwanej, pomijać okoliczności akcentowanej przez Sąd I instancji, a dotyczącej przekazania frontu robót. Aby w ogóle można było mówić

o opóźnieniu, musi istnieć nie tylko wymagalne roszczenie wierzyciela, jak i przedmiotowa możliwość wykonania określonego zobowiązania. W tym przypadku, zważywszy na charakter stosunku obligacyjnego łączącego strony, realizacja umowy przez powoda uwarunkowana była udostępnieniem mu terenu budowy, frontu robót, które miały być realizowane w określonym terminie, ustalonym w harmonogramie rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik do umowy. Powód zobowiązany był do świadczenia dopiero po udostępnieniu mu placu budowy przez pozwaną, po przekazaniu zaś tegoż pozwana mogła dopiero domagać się świadczenia wykonawcy. Nie udostępniając frontu robót pozwana czyniła tym samym niemożliwą realizację zobowiązania powoda, któremu w tych okolicznościach nie można było zarzucać opóźnienia w wykonywaniu umowy, jej poszczególnych etapów, których terminy rzutujące na ewentualne opóźnienie i jego skutki

w postaci kary umownej zostały ustalone przy założeniu, że teren budowy zostanie udostępniony powodowi w ustalonym terminie, co nie miało miejsca. Zobowiązanie powoda aktualizowało się dopiero z chwilą udostępnienia mu frontu robót, a to nastąpiło niewątpliwie po terminie przewidzianym przez strony jako termin rozpoczęcia robót. Jednakże nie można podzielić stanowiska Sądu I instancji, jakoby przy ocenie okresu opóźnienia obejmującego powoda, uwzględniać należało 102 dniową zwłokę w przekazaniu frontu robót liczoną od terminu wskazanego w § 2 ust. 1 umowy. Aczkolwiek istotnie w samej umowie strony przewidziały, że rozpoczęcie robót nastąpi nie później niż na drugi dzień po podpisaniu umowy przez wykonawcę, to jednakże nie można pomijać faktu, że integralną część umowy stanowił harmonogram robót rzeczowo-finansowy (załącznik 1), który w sposób szczegółowy określał tak zakres robót objętych umową, jak i terminy ich rozpoczęcia

i zakończenia (k.28). W świetle, zaś postanowień tegoż rozpoczęcie robót nastąpić miało nie 16 maja, jak ustala Sąd, ale 24 lipca 2006 r., zaś zakończenie 31 X 2006 r. Te terminy strony traktowały jako wiążące, w tym i powód, który termin 24 lipca 2006 r. jako termin rozpoczęcia robót wynikający z harmonogramu wskazywał w pozwie, jak i w kierowanych do pozwanej zgłoszeniach braku frontu robót (k. 29 i 30) oraz złożonych zeznaniach (k.196). W tym tylko zakresie postawiony w apelacji pozwanej zarzut sprzeczności ustaleń Sądu I instancji z materiałem dowodowym jest trafny. Natomiast wbrew stanowisku pozwanej prawidłowo nie przekraczając granic oceny dowodów wyznaczonych treścią art. 233 § 1 k.p.c. Sąd Okręgowy ustalił, że udostępnienie powodowi frontu robót nastąpiło 24 sierpnia 2006 r. Ustalenia te znajdują odzwierciedlenie w materiale dowodowym sprawy przywołanym w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, a który bezzasadnie pozwana pomija, zarzucając przy tym błędną oceną materiału dowodowego. Pisma powoda z 31 lipca i 16 sierpnia 2006 r., których otrzymanie pozwana potwierdziła w odpowiedzi na pozew (k. 106), wyraźnie wskazywały na brak możliwości rozpoczęcia robót w terminach przewidzianych

w harmonogramie ze względu na nieudostępnienie frontu robót. Potwierdzają to również zeznania powoda (k. 116 i 226), jak i pośrednio protokół zaawansowania robót dotyczący pierwszego etapu robót (budynków (...)) potwierdzony przez inspektora nadzoru, z którego wynika, że roboty były realizowane od 24 sierpnia 2006 r. Stąd odwoływanie się pozwanej do zapisu protokołu końcowego co do wykonywania robót od 24 lipca 2006 r. nie może odnieść rezultatu. Uwzględniając prawidłowość powyższego ustalenia, co do terminu faktycznego udostępnienia frontu robót powodowi stwierdzić należy, iż w istocie zwłoka pozwanej w przekazaniu frontu robót wynosiła 30 dni. W rezultacie zatem w okolicznościach faktycznych sprawy można mówić o 80 dniowym opóźnieniu powoda w wykonaniu robót uzasadniającym naliczenie kary umownej, która według kryteriów przyjętych w umowie (§ 6) wynosi 106 144 zł.

Podzielić należy stanowisko pozwanej, że w świetle postanowień umowy, kara umowna została przewidziana w określonej procentowo wysokości za każdy dzień opóźnienia

w realizacji umowy w stosunku do wynagrodzenia o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy.

Nie ulega zaś wątpliwości, że wynagrodzenie to obejmowało także podatek VAT, zatem kara umowna, gdy postanowienie umowy w tym względzie nie przewidywało odrębnych unormowań co do podstawy od której winna być naliczona, winna uwzględniać to wynagrodzenie w kwocie brutto tj. 171 200 zł. Dokonując obliczenia należnej pozwanej kary umownej okoliczność tę Sąd Okręgowy winien mieć na względzie, gdy Sąd w ramach regulacji art. 321 § 1 k.p.c. związany jest tylko samą zgłoszoną, żadaną wysokością kary umownej, nie zaś sposobem jej obliczenia, który powinien być zgodny z postanowieniem umowy w tym przedmiocie (por. wyrok SN z 19 IV 2006 r. V CSK 34/06 – niepubl.).

Niezależnie od powyższego, jeśli by nie podzielić stanowiska, że okoliczność zwłoki wierzyciela – pozwanej w udostępnieniu frontu robót determinujących zobowiązanie wykonawcy wyklucza możliwość przypisania odpowiedzialności kontraktowej dłużnikowi – powódki z racji eliminacji jego opóźnienia w tym zakresie, ta niewątpliwie okoliczność ta nie pozostaje obojętna dla oznaczenia wysokości kary umownej obciążającej dłużnika. Podlega ocenie w ramach drugiej ze wskazanych w art. 484 § 2 k.c. przyczyny miarkowania kary umownej tj. jej rażącego wygórowania.

Zgodnie z treścią art. 484 § 2 k.c. dłużnik ma możliwość uzyskania częściowego zmniejszenia tej kary w razie wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 484 § 2 k.c., co następuje drogą orzeczenia sądu i stanowi wyjątek od sformułowanej w treści art. 484 § 1 k.c. zasady. Normujące instytucje kary umownej przepisy kodeksu cywilnego nie pozbawiły zatem całkowicie doniosłości prawnej relacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej

a godnym ochroną interesem wierzyciela (por. wyroki SN z 19.IV.2006 V CSK 34/06

i z 12.V.2006 r. V CSK 55/06). Nie można bowiem powoływać się tylko na potrzebę zapewnienia lepszej pozycji wierzyciela, gdyż zgodnie z ogólną regułą prawo zobowiązań musi uwzględniać słuszne interesy obu stron stosunku obligacyjnego. Zatem w razie występującej dysproporcji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a interesem wierzyciela chronionym za pomocą kary umownej dopuszczalne jest na podstawie art. 484

§ 2 k.c. jej zmniejszenie na żądanie dłużnika. Takowe zaś niewątpliwie zostało zgłoszone już przez powoda w pozwie w ustosunkowaniu się do złożonego przed procesem oświadczenia pozwanej w przedmiocie potrącenia.

Zmniejszenie kary umownej może nastąpić na podstawie łącznego stosowania przesłanek miarkowania, a jego dokonanie mogą uzasadniać różnorakie okoliczności. Miarkowanie kary umownej w trybie art. 484 § 2 k.c. na żądanie dłużnika należy do tzw. prawa sędziowskiego, zaś regulacja tego przepisu nie zawiera jakichkolwiek wyłączeń. Przepis ten mający charakter normy ogólnej może wchodzić w grę w każdym przypadku, gdy w świetle oceny określonego stanu faktycznego, można mówić o tym, że kara umowna

w zastrzeżonej wysokości jawić się będzie jako nieadekwatna. Kodeks cywilny nie zawiera wskazówek co do stanów faktycznych podlegających pod hipotezę regulacji art. 484 § 2 k.c. w zakresie przesłanki „rażąco wygórowanej kary”, nie wskazuje okoliczności mogących mieć wpływ na ocenę jej zaistnienia, pozostawiając ich ustalenie uznaniu sędziowskiemu uwzględniającemu okoliczności konkretnej sprawy. Nie jest więc ustawowo zdeterminowany krąg przypadków w których można mówić o spełnieniu się tej przesłanki. Formuła art. 484

§ 2 zd. drugie k.c. jest na tyle ogólna, że może obejmować różne sytuacje. Stąd powoływanie się pozwanej na fakt, że stronami umowy zastrzegającej karą umowną w określonej wysokości byli profesjonaliści, jak i odwoływanie się do zasady autonomii woli stron, nie może odnieść rezultatu gdy okoliczności te nie wyłączają same przez się miarkowania kary umownej. W piśmiennictwie, jak i w judykaturze podaje się, że kara umowna może być „rażąco wygórowana” niejako od samego początku, jak i taką się stać skutkiem późniejszych okoliczności.

Wśród okoliczności rzutujących na możliwość miarkowania kary umownej jako rażąco wygórowanej wskazuje się na stopień winy dłużnika jeśli na tej zasadzie oparta jest jego odpowiedzialność, brak szkody lub jej niewielki rozmiar (por. uchwałę składu siedmiu sędziów SN z 6 listopada 2003 r. III CZP 61/03 – OSNC 2004 nr 5, poz. 69, wyrok

SN z 30 listopada 2006 r. I CSK 299/06 – niepubl.), stosunek kary umownej do wartości spełnionego świadczenia, wartości robót ustalonej w umowie, w której kara została zastrzeżona, jak i przyczynienie się wierzyciela do szkody, zaś w przypadku kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie przyczyny opóźnienia w zakończeniu prac (por. wyrok SN z 20.V.1980 r. I CR 229/80, OSNCP 1980 nr 12, poz. 243, 13 czerwca 2003 r. III CKN 50/01 – niepubl., 8 lipca 2004 r., IV CK 522/03 – OSNC 2005 nr 7 – 8 poz. 131, wyrok z 19 kwietnia 2006 r. V CSK 34/06 – niepubl.).

Przyczynienie się wierzyciela do powstania okoliczności uzasadniających obciążenie dłużnika karą umowną winno być zatem w razie zarzutu dłużnika uwzględnione i prowadzić do zmniejszenia kary umownej w rozmiarze odpowiadającym przyczynieniu się wierzyciela. Skoro zatem zwłoka pozwanej w przekazaniu frontu robót wynosiła 30 dni o ten okres przyczynienia kara umowna liczona wg kryteriów i stawek przewidzianych w umowie (§ 6 ust. 1) winna być zmniejszona, tj. z wyżej wskazanych tylko przyczyn o kwotę 41 038 zł tj. do kwoty 106 144 zł

Ponadto istnieją i inne przesłanki do uznania przedmiotowej kary za rażąco wygórowaną. Jak słusznie przyjął Sąd Okręgowy, w świetle wskazanego wyżej orzecznictwa Sądu Najwyższego, nie można przy ocenie pomijając stosunku wysokości zastrzeżonej kary do wysokości wynagrodzenia należnego powodowi, będącego jednocześnie bazą, podstawą od której kara ta jest liczona, wartości robót z których 120 000 zł stanowił koszt zabudowanych materiałów, jak i braku szkody po stronie pozwanej spowodowanej opóźnieniem, a która to determinuje interes wierzyciela chroniony przez zapłatę kary umownej, gdy przewidziane w art. 484 § 2 k.c. miarkowanie kary umownej ma przeciwdziałać dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary umownej a godnym ochrony interesem wierzyciela. Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego.

Uzasadnieniem dla tak wysokiej kary umownej nie mogą być powoływane przez skarżącą okoliczności dotyczące zależności ostatecznej wysokości kary od upływu czasu opóźnienia jego czasookresu, gdy jednocześnie nie może pomijać, że odpowiedzialność powoda za to jest oderwana od przyczyn. Wbrew temu co podnosi pozwana sam okres opóźnienia w realizacji robót nie może w tym przypadku przemawiać przeciwko miarkowaniu kary, nie czyni zastrzeżonej kary adekwatną, gdy nie można przy ocenie jednocześnie pomijać okoliczności rzutujących na powstałe opóźnienie. Aczkolwiek strony nie przewidziały okoliczności zwalniających powoda od odpowiedzialności za nieterminowe zakończenie robót, to jednak rzeczywiste przyczyny tegoż, warunki w jakich realizowane były roboty nie pozostają obojętne dla jej wysokości, z punktu widzenia instytucji miarkowania kary umownej, co akcentowano już powyżej.

Jak wynika z niezakwestionowanych przez pozwaną w apelacji ustaleń Sądu I instancji w trakcie realizacji robót (po udostępnieniu powodowi terenu budowy) wystąpiły też niezależne od powoda utrudnienia w realizacji robót wpływające na termin ich zakończenia, a polegające na zmianach adaptacyjnych budynku, kolizji z robotami innych wykonawców, wadliwych rozwiązaniach projektowych gniazdek elektrycznych w tym samym miejscu co grzejników, kolizji między projektem instalacji elektrycznej z projektem instalacji sanitarnych, brakiem ścianek działowych, tynków, wylewek, gdy część robót determinowana była ich wcześniejszym wykonaniem, podobnie, jak i brak zabezpieczenia pomieszczeń drzwiami, gdy roboty dotyczące instalacji grzejników, piecy, zaworów wykonane miały być wg harmonogramu, gdy pomieszczenia będą zamknięte. Ponadto nie można też pomijać i tego, że aczkolwiek ustalony umowny termin odnosił się do całego umówionego zakresu, to roboty wykonywane były etapami w poszczególnych partiach budynków i ustalony okres opóźnienia nie dotyczył wszystkich robót, gdyż jak wynika z protokołów zaawansowania robót ich znaczna część bo o łącznej wartości 114 320 (przy wartości umownej całości robót 160 000 zł) została wykonana wcześniej bo odpowiednio do 15.09, 20 X, 6 XII i 30 XII uwzględniając, że front robót został udostępniony wykonawcy z miesięcznym opóźnieniem.

Mając na względzie te okoliczności w ocenie Sąd Apelacyjny uzasadnione jest zmiarkowanie należnej pozwanej kary umownej jako rażąco wygórowanej w 65 % tj. do kwoty 37 150,40 zł. W tym zatem tylko zakresie złożone przez pozwaną oświadczenie

z 30 września 2007 r. w przedmiocie potrącenia wzajemnych wierzytelności (k. 145) wywołało skutek umorzenia na podstawie art. 498 § 2 k.c. Oświadczeniem tym pozwana objęła niezaspokojone wierzytelności powoda z faktur (...); (...) i (...) na łączną kwotę 79 988,70 zł, a uwzględniając, że skutkiem dokonanego zmiarkowania wierzytelność wzajemna pozwanej wynosiła 37 150,40 zł, zaspokojone poprzez potrącenie zostały należności powoda z faktur (...) w kwocie 5 841,60 i częściowo z faktury (...) w kwocie 31 308,80 zł (art. 503 k.c.).

W konsekwencji w ramach dochodzonego roszczenia niezaspokojone zobowiązanie pozwanej wynosi 67 189,87 zł i obejmuje pozostałą część należności z faktury (...)

w kwocie 15 902,55 zł., należność z faktury (...) w kwocie 43 935,83 zł, kaucje gwarancyjną w kwocie 3 961,25 zł, odsetki od faktury (...) wynoszące, według ustaleń Sądu I instancji 2 989,44 zł, oraz w uwzględnieniu częściowo apelacji powoda skapitalizowane odsetki od pozostałej do zapłaty z faktury (...) kwoty 15 902,55 zł w wysokości 400,80 zł za okres od 30 września 2007 r. do 19 grudnia 2007 r. zgodnie z zakresem żądania objętego zaskarżeniem. Trafnie powód w tym zakresie podnosił, że kwestionując częściowo uprawnienie powoda do odsetek od objętych sporem należności z faktur (...) z 14 grudnia (...) i (...) z 25 stycznia 2007 r. wobec niewykazania doręczenia pozwanej, które otwierało bieg terminu zapłaty, m.in. tych faktur. Sąd Okręgowy pominął, wynikającą z materiału sprawy okoliczność posiadania tychże przez pozwaną i uznawania ich wymagalności, na co wskazuje złożone w dniu 30 września 2007 r. oświadczenie

w przedmiocie potrącenia obejmujące te faktury. Ponadto dodać należy, że uszło również uwagi Sądu, iż fakt otrzymania w styczniu 2007 r. faktury (...) pozwana potwierdziła

w odpowiedzi na pozew (pkt IV k.107). Mimo powyższego brak jest jednak podstaw do uwzględnienia w tym przedmiocie w pełnym zakresie apelacji powoda, gdy skutkiem dokonanego potrącenia na dzień 30 września 2007 r., od którego powódka liczy odsetki od faktur wskazanych w apelacji, nie istniało już opóźnienie w zapłacie kwoty 5 841, 60 zł

z faktury (...) i kwoty 31 308,80 zł z faktury (...), które to należności zostały zaspokojone poprzez dokonane potrącenie. Zgodnie z treścią art. 499 zd. 2 k.c. oświadczenie w przedmiocie potrącenia ma moc wsteczną od chwili kiedy potrącenie stało się możliwe, co oznacza, że zniweczone zostają skutki opóźnienia w wykonaniu zobowiązania w odniesieniu do okresu zamykającego się między chwilą w której wystąpił stan potrącalności (498 § 1 k.c.) a chwilą w której oświadczenie o potrąceniu zostało złożone.

Z podanych wyżej względów zaskarżony wyrok został zmieniony na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. przez obniżenie zasądzonej na rzecz powoda kwoty w sposób opisany w sentencji, zaś w dalej idącym zakresie apelacja pozwanej oraz apelacja powoda podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

Zmiana rozstrzygnięcia co do istoty sporu skutkowałą też zmianą orzeczenia o kosztach procesu za pierwszą instancję, o których orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. dokonując ich stosunkowego rozdzielenia. W ostatecznym rezultacie powód wygrał spór w 60,6 % i w takim zakresie w sumie kosztów procesu wynoszącej 13 987,40 zł ( z tego powód 9 158 - wpis, koszty zastępstwa, zaś pozwana – 4 829,40 zł – koszty zastępstwa, koszty opinii biegłego) winna partycypować pozwana tj. kwota 8 476,36 zł. Ponieważ poniosła już koszty postępowania w kwocie 4 829,40 zł winna uiścić na rzecz powoda różnicę w kwocie 3 647 zł.

Tę samą zasadę stosunkowego rozdzielenia kosztów należało zastosować orzekając o kosztach postępowania apelacyjnego. Ostatecznie wynika tego postępowania był korzystny dla pozwanej, wobec obniżenia zasądzonej od pozwanej kwoty objętej zakresem zaskarżenia o 11 313 zł, w 14,4 %. W takim zakresie koszty tego postępowania obciążają powoda, a w pozostałym zakresie – 85,6 % pozwaną. Suma kosztów postępowania apelacyjnego wywołanego apelacją pozwanej poniesionych przez obie strony wyniosła 9 326 zł w tym pozwana - 6 626 (wpis, zastępstwo procesowe) powód – 2 700 zł zastępstwo procesowe (odpowiedź na apelację) z czego powód powinien ponieść 14,4 % tj. 1 343 zł a poniósł

2 700 zł, stąd należy mu się zwrot od pozwanej 1 357 zł. Z kolei wobec oddalenia apelacji powoda pozwanej należą się związane z tym koszty zastępstwa procesowego obejmujące koszty obrony wywołanej apelacją powoda w kwocie 1 800 zł, zatem w ostatecznym, rezultacie zasądzeniu podlegała różnica na rzecz pozwanej w kwocie 443 zł.