

Sygn. akt V ACa 472/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 grudnia 2017r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Grzegorz Stojek
Sędziowie:	SA Lucjan Modrzyk SA Tomasz Pidzik (spr.)
Protokolant:	Anna Fic

po rozpoznaniu w dniu 1 grudnia 2017 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa Powiatu (...)

przeciwko L. C. i S. S.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach

z dnia 29 kwietnia 2016r., sygn. akt X GC 334/15,

1. oddala apelację;
2. zasądza od pozwanego S. S. na rzecz powoda kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego;
3. przyznaje kuratorowi dla nieznanego miejsca pobytu S. S. adwokat K. W. od Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Gliwicach) kwotę 3.321 (trzy tysiące trzysta dwadzieścia jeden) złotych, w tym kwotę 621 złotych tytułem podatku od towarów i usług, tytułem wynagrodzenia za wykonane czynności kuratora w postępowaniu apelacyjnym;
4. nakazuje pobrać od pozwanego S. S. na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Gliwicach) kwotę 3.321 (trzy tysiące trzysta dwadzieścia jeden) złotych tytułem wydatków z sum budżetowych związanych z czynnością kuratora.

SSA Lucjan Modrzyk	SSA Grzegorz Stojek	SSA Tomasz Pidzik
--------------------	---------------------	-------------------

UZASADNIENIE

Powód Powiat (...) wniósł pozew o zasądzenie solidarne od pozwanych L.C. i S. S. kwoty 118.342,44 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 29 kwietnia 2010 r. do dnia zapłaty i kosztami procesu tytułem zapłaty kary umownej za zwłokę w wykonaniu robót budowlanych.

Pozwana L.C. w odpowiedzi na pozew wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz obciążenie powoda kosztami zastępstwa prawnego. Także pozwany S. S. reprezentowany przez kuratora dla nieznanego z miejsca pobytu w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie na rzecz kuratora kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy w Katowicach wyrokiem z dnia 29 kwietnia 2016 r. zasądził od pozwanych solidarnie na rzecz powoda kwotę 52.210 zł wraz z odsetkami ustawowymi od pozwanej L. C. od dnia 29 kwietnia 2010 r., a w stosunku do pozwanego S. S. od dnia 20 stycznia 2016 r. oraz kwotę 2.169,88 zł tytułem zwrotu kosztów procesu; oddalił powództwo w pozostałej części; przyznał kuratorowi dla nieznanego z miejsca pobytu S. S. – adwokat K. W. od Skarbu Państwa (Sąd Okręgowy w Gliwicach) kwotę 4.428,00 zł tytułem wynagrodzenia za podjęte i wykonane czynności kuratora oraz nakazał pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa kwotę 1.279,68 zł tytułem należności czasowo wydatkowanych z sum budżetowych związanych z czynnościami kuratora i od pozwanej L.C. na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Gliwicach) kwotę 1.948,32 zł tytułem należności czasowo wydatkowanych z sum budżetowych związanych z czynnościami kuratora. Wyrok ten wydano w następująco ustalonym stanie faktycznym:

Pozwana L. C., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład (...)w R. oraz pozwany S. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) w Ł., wspólnie ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „(...)” w postępowaniu prowadzonym przez powoda udzielili w dniu 16 lipca 2009 r. pełnomocnictwa U. W. do reprezentowania wykonawców oraz do zawarcia umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego w szczególności do składania wszelkich oświadczeń woli i wiedzy, poświadczania dokumentów za zgodność z oryginałem, zapoznawania się z dokumentacją prowadzonego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego oraz podpisywania i wnoszenia środków ochrony prawnej.

W dniu 6 sierpnia 2009 r. została zawarta umowa konsorcjum o powołanie dwóch wykonawców tj. konsorcjum dla wspólnej realizacji przedmiotowego zamówienia między Zakładem (...)w R. (partner wiodący – lider konsorcjum) a Zakładem (...) w Ł. (partner konsorcjum). Zgodnie z § 3 pkt. 5 umowy konsorcjum (...) oświadczyli, że będą ponosić solidarnie odpowiedzialność z tytułu rękojmi i gwarancji na zasadach i warunkach określonych w umowie z zamawiającym. Za wszelkie roszczenia zamawiającego z niewykonania lub nienależytego wykonania zawartej z nim umowy w relacjach pomiędzy konsorcjantami odpowiadać miał wyłącznie ten konsorcjant, który ponosi winę za wynikłą szkodę. W przypadku współodpowiedzialności na zasadzie ryzyka konsorcjant odpowiadać miał w takim stosunku procentowym jaki wynikał z jego współudziału we wspólnym przedsięwzięciu.

Powiat (...), działając jako zamawiający, w dniu 10 sierpnia 2009 r. zawarł umowę z pozwaną L. C. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład (...) w R. – liderem i pełnomocnikiem konsorcjum w skład którego wchodziły Zakład (...) w R. oraz Zakład (...) w Ł., której przedmiotem była realizacja zadania pod nazwą: „(...)”. Zgodnie z § 3 umowy termin rozpoczęcia robót ustalono na do 5 dni od daty protokolarnego przekazania placu budowy, a zakończenia ustalono do 30 października 2009 r. Terminy mogły ulec przesunięciu w przypadku: wystąpienia okoliczności, których strony umowy nie były w stanie przewidzieć, pomimo zachowania należytej staranności, postoju dłuższego ponad 5 dni robocze (łącznie) wynikłego z prowadzonych badań archeologicznych lub zaleceń konserwatorskich, fakt ten musiał być stwierdzony pisemnie w formie protokołu pomiędzy przedstawicielami zamawiającego i wykonawcy oraz postoju spowodowanego nieterminowym załatwieniem spraw wynikających z umowy przez zamawiającego. W przypadku wystąpienia opóźnień strony miały ustalić nowy termin realizacji, z tym że minimalny okres przesunięcia terminu zakończenia miał być równy okresowi przerwy lub postoju. Zmiana terminu

zakończenia wymagała spisania aneksu do umowy. W § 4 umowy wartość zamówienia strony ustaliły na kwotę wraz z podatkiem Vat w wysokości 444.403,17 zł, kwota netto wyniosła 364.264,89 zł, podatek Vat w wysokości 22% wyniósł 80.138,28 zł. Strony w § 5 umowy uzgodniły, iż zgłoszenie terminu zakończenia robót powinno być dokonane w formie wpisu do dziennika budowy i powiadomieniu telefonicznym o wpisie. Inspektor nadzoru miał odbierać roboty w terminie do 4 dni od daty powiadomienia. Zamawiający miał podać termin rozpoczęcia czynności odbioru końcowego, który miał nastąpić w terminie 4 dni licząc od daty zgłoszenia gotowości do obioru. Zakończenie czynności odbioru końcowego winno nastąpić najpóźniej 10 dnia licząc od dnia ich rozpoczęcia. Zgodnie z § 9 ust. 1. pkt. 1.2 umowy wykonawca miał zapłacić zamawiającemu karę umowną za zwłokę w oddaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru w wysokości 0,5% wartości przedmiotu netto za każdy dzień zwłoki. W § 9 ust. 3. umowy strony uzgodniły, iż w wypadku wystąpienia kar, o których mowa w § 9 ust. 1. pkt. 1.2 wyliczoną równowartość zamawiający potrąci bezpośrednio z faktury końcowej wykonawcy. W myśl § 9 ust. 4 umowy strony zastrzegły sobie prawo dochodzenia odszkodowania przekraczającego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody.

Ustalił dalej Sąd Okręgowy, że w dniu 28 września 2009 r. (w rzeczywistości miało to miejsce 28 sierpnia 2009 r.) doszło do przekazania placu budowy pozwanym. Pozwana L. C. w wyniku prowadzonych prac przez powoda na budowie w październiku 2009 r. wystąpiła w z wnioskiem zawarcie aneksu do umowy, na mocy którego miał zostać przesunięty termin realizacji inwestycji. W dniu 29 października 2009 r. strony zawarły Aneks nr (...) do umowy z dnia 10 sierpnia 2009 r., którym ustalono termin zakończenia całości robót do 19 listopada 2009 r. Pozwani po podpisaniu tego aneksu nie występowali z nowymi wnioskami o przesunięcie terminu realizacji inwestycji.

W dniu 16 grudnia 2009 r. kierownik robót D. G. umieścił w dzienniku robót wpis, iż w związku z obniżeniem temperatury zewnętrznej poniżej -5°C brak jest możliwości prowadzenia robót budowlanych i wniósł o wyrażenie zgody na czasowe wstrzymanie robót budowlanych do czasu poprawienia się warunków atmosferycznych. Inspektor nadzoru – J. S. wpisem z tego samego dnia potwierdził znaczny spadek temperatury powietrza. Wobec braku stolarki okiennej w obiekcie niemożliwe było prowadzenie robót do czasu ustąpienia niskich temperatur. W związku z podniesieniem się temperatury zewnętrznej pozwalającej na prowadzenie robót zewnętrznych w dniu 22 grudnia 2009 r. rozpoczęto wstrzymane prace budowlane. Inspektor nadzoru potwierdził ponowne przystąpienie przez wykonawcę do robót po przerwach spowodowanych wystąpieniem niskich temperatur. W dniu 31 grudnia 2009 r. w związku ze znacznym spadkiem temperatury zewnętrznej poniżej -5°C przy której brak było możliwości prowadzenia prac budowlanych kierownik robót ponownie wniósł do inspektora nadzoru o przerwanie prac do czasu poprawienia się warunków atmosferycznych. Wpisem z tego samego dnia inspektor nadzoru potwierdził znaczny spadek temperatury powietrza. W związku z podniesieniem się temperatury zewnętrznej pozwalającej na prowadzenie robót zewnętrznych w dniu 11 stycznia 2010 r. wznowiono wstrzymane prace budowlane. Inspektor nadzoru potwierdził ponowne przystąpienie przez wykonawcę do prowadzenia robót po przerwach spowodowanych wystąpieniem niskich temperatur. W wyniku zbyt małej liczby pracowników pozwani zakończyli prace w dniu 15 stycznia 2010 r. oraz tego samego dnia zgłoszono roboty do odbioru końcowego. W dniu 18 stycznia 2010 r. dokonano pierwszego odbioru prac, który nie doszedł do skutku z powodu niewykonania całości zadania. Ustalono nowy termin odbioru inwestycji na 26 stycznia 2010 r. W dniu 26 stycznia 2010 r. strony sporządziły Protokół Odbioru – Końcowy – Techniczny zgodnie z którym uznano inwestycję za odebraną. Pozwani nie kwestionowali opóźnienia w wynikaniu zadania. W trakcie prowadzenia prac powód nie był informowany przez pozwanych o zlecanych pracach przez konsorcjum podwykonawcom.

Powód dokonał przelewów na rzecz pozwanej L.C. zgodnie z wystawionymi fakturami w następujących dniach na określone kwoty: 113.561,98 zł w dniu 31 grudnia 2009 r. oraz 107.799,63 zł w dniu 21 stycznia 2010 r.

W dniu 23 marca 2010 r. Komornik Sądowy przy Sądzie Rejonowym w Rybniku Tomasz Wiśniewski dokonał wobec pozwanej L. C. zajęć wierzytelności i praw z tytułu świadczonych usług wobec Starostwa Powiatowego w R. w sprawie Km 804/10 gdzie należność główna z odsetkami na dzień 23 marca 2010 r. wyniosła 4.664,15 zł oraz w sprawie Km 1211/10 gdzie należność główna wraz z odsetkami na dzień 23 marca 2010 r. i kosztami wyniosła 112.730,97 zł.

W dniu 14 maja 2010 r. powód dokonał przelewu kwoty 117.518,19 zł z tytułu wierzytelności pozwanej wynikającej z faktury (...) na rachunek Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym w Rybniki Tomasza Wiśniewskiego.

W dniu 16 kwietnia 2010 r. powód wystawił notę księgową nr (...), zgodnie z którą obciążył Zakład (...) w R. kwotą 118.342,44 zł z tytułu zwłoki z realizacją przedmiotu umowy, określoną w § 3 ust. 1. pkt. 1.2 umowy z dnia 10 sierpnia 2009 r. i aneksu nr (...) z 29 października 2009 r., kara umowna naliczona według § 9 ust. 1 pkt. 1.2 umowy. Zapłata miała nastąpić w terminie 7 dni od daty otrzymania noty. Pozwana L.C. otrzymała notę księgową w dniu 21 kwietnia 2010 r.

W dniu 16 kwietnia 2012 r. powód złożył w Sądzie Rejonowym w Mikołowie wniosek o zawiązanie do próby ugodowej wobec S. S. o zapłatę kary umownej, w kwocie 118.342,44 zł. Odpis wniosku został wysłany pozwanemu na adres: M., ul. (...). Korespondencja została podwójnie awizowana i uznana za doręczoną pozwanemu w dniu 27 czerwca 2012 r. W dniu 10 lipca 2012 r. na posiedzeniu jawnym w Sądzie Rejonowym w Mikołowie (sygn. akt. I Co 749/12) rozpoznano sprawę z wniosku powoda z udziałem S. S. o zawiązanie do próby ugodowej. Stawił się pełnomocnik powoda, nie stawił się pozwany wobec czego przewodniczący stwierdził, że do ugody nie doszło.

Natomiast w dniu 16 kwietnia 2012 r. powód złożył w Sądzie Rejonowym w Rybniku wniosek o zawiązanie do próby ugodowej pozwanej L. C. o zapłatę kary umownej w kwocie 118 342,44 zł. Odpis wniosku został doręczony pozwanej w dniu 8 maja 2012 r. W dniu 19 lipca 2012 r. na posiedzeniu jawnym w Sądzie Rejonowym w Rybniku (sygn. akt. I Co 888/12) rozpoznano sprawę z wniosku powoda z udziałem L.C. o zawiązanie do próby ugodowej. Stawił się pełnomocnik powoda, nie stawiła się pozwana wobec czego przewodniczący stwierdził, że do ugody nie doszło.

W niniejszej sprawie zarządzeniem z 16 października 2015 r. ustanowiono dla pozwanego S. S., którego miejsce pobytu nie jest znane kuratora procesowego. Odpis pozwu został doręczony kuratorowi procesowemu w dniu 20 stycznia 2016 r.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy, po dokonanej ocenie zebranego materiału dowodowego stwierdził, że powództwo o zapłatę kar umownych z tytułu zwłoki w wykonaniu przez pozwanych robót budowlanych zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Odnosząc się do najdalej idącego zarzutu stawianego przez pełnomocnika pozwanej oraz kuratora pozwanego, a to zarzutu przedawnienia roszczenia powoda. Termin przedawnienia roszczenia powoda zgodnie z art. 118 k.c. wynosił 3 lata, który zgodnie z art. 123 § 1 pkt. 1 k.c. został przerwany w wyniku zawiązania do próby ugodowej. Z dokumentów zawartych w aktach sprawy Sądu Rejonowego w Rybniku (sygn. akt I Co 887/12) oraz Sądu Rejonowego w Mikołowie (sygn. akt I Co 749/12) wynika, iż pozwanym zostały doręczone odpisy wniosków o zawiązanie do próby (pozwanemu S. S. poprzez podwójne awizowanie) co powoduje, iż w dniu wniesienia pozwu roszczenie powoda nie uległo przedawnieniu względem pozwanych.

Wskazał dalej Sąd Okręgowy, że z treści § 9 ust. 1. pkt. 1.2 umowy z dnia 10 sierpnia 2009 r. zawartej między stronami wykonawca miał zapłacić zamawiającemu karę umowną za zwłokę w oddaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru w wysokości 0,5% wartości przedmiotu netto za każdy dzień zwłoki, strony ustaliły aneksem do tej umowy termin zakończenia robót do dnia 19 listopada 2009 r. Protokolarny odbiór inwestycji nastąpił w dniu 26 stycznia 2010 r., stąd wynika iż opóźnienie w zakończeniu wyniosło łącznie 68 dni, przy czym należy zwrócić uwagę, iż pozwani zgodnie z treścią umowy odpowiadają za każdy dzień zwłoki. Zgodnie z art. 476 k.c. dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Cytowany przepis wprowadza domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności za które ponosi dłużnik odpowiedzialność, a dłużnik może uwolnić się od obowiązku zapłaty kary umownej jeżeli obali wskazane domniemanie. Z treści dziennika budowy wynika, iż w okresach od 16 do 21 grudnia 2009 r. oraz od 31 grudnia 2009 r. do 11 stycznia 2010 r. na terenie budowy występowały minusowe temperatury uniemożliwiające

kontynuowanie jakichkolwiek prac. Zgłoszeń dokonywał kierownik budowy i były one potwierdzane przez inspektora nadzoru, co ostatecznie znalazło odzwierciedlenie w zapisach w dzienniku budowy. Oczywistym jest, że wystąpienie minusowych temperatur na budowie uniemożliwiających prowadzenia prac jest okolicznością za którą pozwani nie mogli ponosić odpowiedzialności. W związku tym należało uznać, iż pozwani odpowiadają za zwłokę w zakończeniu inwestycji w zakresie 50 dni, gdyż w tym zakresie pozwani nie wykazali, że nie ponoszą odpowiedzialności za nieterminowe i zawinione nieukończenie inwestycji.

Orzekając o wysokości kary umownej Sąd Okręgowy uwzględnił wniosek pozwanych w przedmiocie miarkowania kary umownej zgodnie z art. 484 § 2 k.c. uznając, iż możliwość miarkowania kary umownej ze względu na wykonanie zobowiązania w znacznej części powinna ograniczać się do przypadków, gdy kara umowna ustalona jest w stałej wysokości bez względu na zakres uchybień dłużnika. Strony w umowie nie uzależniły wysokości kary umownej od stopnia wykonania prac wobec Sąd Okręgowy uznał, że w niniejszej sprawie zachodzą przesłanki do miarkowania kary umownej przy uznaniu, że stawki 0,5% za dzień zwłoki za wygórowaną i w związku z tym obniżył wysokość stawki dziennej kary umownej do 0,3% wartości przedmiotu umowy. Sąd Okręgowy uznał, iż przyjęcie kary umownej na poziomie 0,5% wartości przedmiotu za każdy dzień zwłoki w sytuacji, w której powód nie poniósł żadnej szkody (w przedmiotowym procesie powód takiej okoliczności nie podnosił) nie jest ani adekwatne dla przewidzianej przez ustawodawcę zasady ekwiwalentności świadczeń ani też nie spełniłoby funkcji represyjnej czy stymulującej, jaką przewidziano dla instytucji kary umownej. Zbyt wygórowane żądanie kary umownej nie może bowiem służyć wzbogaceniu się uprawnionego, a zastrzeżenie naliczania kar umownych nie może być źródłem dochodu samym w sobie. Ostatecznie Sąd Okręgowy przyjął, iż po uwzględnieniu u okoliczności nie pozostawiania przez pozwanych w zawinionym opóźnieniu w wykonaniu powierzonych prac przez 18 dni pozostawali w zwłoce liczącej 50 dni. Po dokonaniu miarkowania kary umownej powód utrzymał się w 44% swojego roszczenia, co daje kwotę 52.210 zł.

Nadto Sąd Okręgowy wskazał, że wbrew twierdzeniom pozwanych solidarna odpowiedzialność pozwanych za wykonanie przedmiotu zamówienia wynika z art. 141 ustawy prawo zamówień publicznych. Bezzasadnym jest argument pozwanego S. S., zgodnie z którym w § 2 pkt. 5 umowy konsorcjum zawartej między pozwanymi wskazywał, że odpowiedzialność odpowiada wyłącznie ten konsorcjant, który ponosi winę za wynikłą szkodę, gdyż postanowienie tej umowy dotyczy wyłącznie relacji między konsorcjantami, nie zaś relacji z inwestorem. Z przepisu art. 141 wynika, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność wobec zamawiającego. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący i jego stosowanie nie podlega wyłączeniu na podstawie umownego postanowienia stron ograniczającego solidarną odpowiedzialność. Podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia odpowiadają solidarnie przed zamawiającym ex lege z uwagi na sam fakt wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia umowy. Podmioty te pozostają przy tym zobowiązane solidarnie, aż do zupełnego zaspokojenia zamawiającego w zakresie obowiązków wynikających z umowy (art. 366 k.c. w zw. z art. 141 p.z.p.). Forma prawna współpracy zastosowana przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie ma zatem wpływu na odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy i niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Bez znaczenia jest więc, czy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne łączy nienazwana umowa konsorcjum, czy też kodeksowa umowa spółki cywilnej. Wzajemny podział zadań pomiędzy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ma jedynie skutek wewnętrzny dla przyszłych roszczeń regresowych pomiędzy nimi (z art. 376 § 1 k.c.). W takim przypadku zamawiający może żądać wykonania całości lub części przedmiotu zamówienia tylko od niektórych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Do sytuacji, gdy przedmiot zamówienia będzie wykonywany tylko przez niektórych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, może już dojść na etapie realizacji zamówienia podstawowego. W takim przypadku w dalszym ciągu wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy.

O odsetkach Sąd Okręgowy orzekł na mocy art. 481 k.c. uznając, iż zobowiązanie pozwanych z tytułu kary umownej miało swoje źródło w umowie z 10 sierpnia 2009 r. i nie było ono uzależnione od równoczesnego wystawienia noty obciążeniowej wobec obojga konsorcjantów. Powyższe jednak, w ocenie Sądu miało wpływ na pozostawianie w opóźnieniu przez pozwanych w zapłacie, w rozumieniu przepisu art. 455 k.c. Strona powodowa nie wezwała

pozwanego do zapłaty kary umownej, przestając na wezwaniu tylko lidera konsorcjum L. C.. W związku z tym Sąd Okręgowy zasądził od pozwanej odsetki od 29 kwietnia 2010 r., czyli od pierwszego dnia kiedy pozwana pozostawała w opóźnieniu z zapłatą kary umownej po otrzymaniu w dniu 21 kwietnia 2010 r. noty obciążeniowej. W związku z tym jak już wskazano, S. S. nie otrzymał noty obciążeniowej w tym samym dniu a ostatecznie doręczenie spornej noty miało miejsce na ręce ustanowionego kuratora procesowego, ustanowionego dla strony nieznannej z miejsca pobytu, w związku z tym należało przyjąć, że pozwany był w opóźnieniu w zapłacie kary umownej od tego dnia i związku z tym odsetki zasądzono od 20 stycznia 2016 r.

Z tych przyczyn na mocy art. 647 k.c. w zw. z art. 484 par. 1 i 2 k.c. orzekł Sąd Okręgowy jak w pkt 1 wyroku, a w pozostałym zakresie Sąd uznał powództwo za nieuzasadnione, a o kosztach procesu po myśli art. 100 k.p.c., a o należność kuratora w na podstawie Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 listopada 2013 r. w sprawie określenia wysokości wynagrodzenia i zwrotu wydatków poniesionych przez kuratorów ustanowionych dla strony w sprawie cywilnej (Dz. U. z dnia 9 grudnia 2013 r.). Na mocy zaś art. 113 u.o.k.s.c. kosztami sądowymi, których strona nie miała obowiązku uiścić lub których nie miał obowiązku uiścić kurator albo prokurator, sąd w orzeczeniu kończącym sprawę w instancji obciążył powoda oraz pozwaną, w proporcjach ustalonych wynikiem sporu.

Apelację od tegoż wyroku wniósł kurator pozwanego S. S. zaskarżając go co do pkt 1 i 2 zarzucając:

naruszenie prawa procesowego mające wpływ na treść rozstrzygnięcia, a to art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 60 i 65 k.c. poprzez wybiórczą a nie wszechstronną ocenę materiału dowodowego z pominięciem zasad logicznego rozumowania oraz doświadczenia życiowego, a także poprzez dowolne a nie swobodne ocenienie treści zawartej pomiędzy stronami umowy bez zastosowania reguł interpretacyjnych wynikających z przepisów k.c. poprzez pominięcie zapisu umowy § 2 ust. 5 i dowolne uznanie iż pozwany S. S. ponosi odpowiedzialność wynikającą z niewykonania lub nienależytego wykonania zawartej umowy względem powoda; art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną a nie swobodną ocenę materiału dowodowego w sprawie i uznanie, iż tylko w dni wyraźnie wpisane w dzienniku budowy pozwani nie mogli wykonywać przedmiotu zamówienia, podczas gdy wiedzą powszechną jest fakt, iż prace tego typu nie sposób wykonywać również kiedy co prawda nie występuje mróz ale jest obiektywny ziąb, a także w dni występujące bezpośrednio po tych udokumentowanych mroźnych a także w godzinach porannych (dopołudniowych) wobec występujących nocą ujemnych temperatur, co w sposób istotny wpływa czas opóźnienia za jaki dłużnik ponosi odpowiedzialność; art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z 476 k.c. poprzez dowolną a nie swobodną ocenę materiału dowodowego, z pominięciem zasad logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego a to poprzez uznanie, iż pozwani ponoszą odpowiedzialność za powstałą zwłokę przy pominięciu faktu, iż pierwotnie do powstania zwłoki przyczynił się zamawiający w związku z prowadzeniem prac na placu budowy co w sposób istotny wpłynęło na przedłużenie realizacji zamówienia gdyż, pracownicy pozwanej nie mogli rozpocząć pracy w czasie w którym byli do tego przygotowani zaś w późniejszym okresie w związku z pierwotnym opóźnieniem za które odpowiedzialność ponosi powód nie mogli się stawiać w sposób ciągły na placu budowy z uwagi na inne zobowiązania; art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewyjaśnienie podstawy prawnej wyroku;

naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 6 k.c. poprzez zasądzenie od pozwanych na rzecz powoda solidarnie kwoty tytułem zapłaty kary umownej, mimo, iż z zawartej pomiędzy stronami umowy konsorcjum w sposób niebudzący wątpliwości wynika, iż w relacjach między konsorcjantami odpowiada wyłącznie ten konsorcjant, który ponosi winę za wynikłą szkodę, podczas gdy powód w żadnym zakresie nie wykazał, jaki zakres prac nie został wykonany w terminie; art. 60 k.c. w zw. z art. 65 k.c. w zw. z art. 141 p.z.p. poprzez uznanie, iż zawarta w ramach konsorcjum umowa nie ma znaczenia w przedmiotowej sprawie, podczas gdy powód znał treść zawartej pomiędzy ubiegającymi się o udzielenie zamówienia podmiotami umowę, której to treści jako podmiot profesjonalny na żadnym etapie nie kwestionował; art. 484 § 2 k.c., poprzez miarkowanie kary umownej wyłącznie z powodu jej rażącego wygórowania podczas

gdy w stanie faktycznym sprawy występuje również druga przesłanka mianowicie zamówienie zostało w znacznym stopniu wykonane co w sposób istotny powinno wpłynąć na miarkowanie kary umownej; art. 5 k.c. poprzez nadużycie żądania z zasadami współzycia społecznego, uczciwości w obrocie gospodarczym poprzez wyraźny brak występowania równości pomiędzy stronami gdyż zamawiający w oparciu o przepisy p.z.p. jest w nieporównywalnie korzystniejszej sytuacji procesowej niżli pozwani, którzy nie mieli żadnego wpływu na treść zawartej pomiędzy stronami umowy, co w związku z opóźnieniem w oddaniu placu budowy i pogarszającymi się warunkami w sposób istotny wpłynęło na możliwość realizacji zamówienia w określonym przez zamawiającego terminie.

Podnosząc te zarzuty pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia w zaskarżonej części poprzez oddalenie powództwa w całości i zasądzenie na rzecz kuratora dla nieznanego z miejsca pobytu S. S. kosztów zastępstwa w sprawie ustalonego na podstawie rozporządzenia ministra sprawiedliwości z dnia 13 listopada 2013 r. w sprawie określania wysokości wynagrodzenia i zwrotu wydatków poniesionych przez kuratorów ustanowionych dla strony w sprawie cywilnej, ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Powód w odpowiedzi na apelację wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

W toku postępowania apelacyjnego uchylono zarządzenie o ustanowieniu kuratora dla pozwanego S. S., a to wobec ustalenia adresu pozwanego. Pozwany S. S. w piśmie z dnia 20 listopada 2017 r. podtrzymał apelację wniesioną przez kuratora oraz podniósł zarzut przedawnienia.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

apelacja pozwanego S. S. nie jest zasadna.

W sprawie niniejszej podzielić należy w całości ustalony przez Sąd pierwszej instancji stan faktyczny, który znajduje oparcie w zebranych materiałach dowodowych trafnie, w granicach zakreślonych art. 233 § 1 k.p.c., ocenionym.

Sąd pierwszej instancji w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku trafnie przyjął, iż roszczenie powoda o zapłatę kar umownych w ramach umowy o roboty budowlane co do obu pozwanych nie jest przedawnione i może być dochodzone przez powoda od obu pozwanych ponoszących odpowiedzialność solidarnie, a także podzielić należy stopień w jakim kara umowna podlegała przez Sąd pierwszej instancji miarkowaniu.

Odnosząc się do zarzutów apelacji pozwanego wniesionej przez jego kuratora i podtrzymanych przez pozwanego w piśmie z dnia 20 listopada 2017 r. nie sposób podzielić tych zarzutów apelacji, które dotyczą braku podstaw do przyjęcia odpowiedzialności pozwanego S. S. za wynikłą szkodę z uwagi na postanowienia umowy konsorcjum.

W sprawie bezsporne jest to, że powód zawarł z pozwanymi umowę o roboty budowlane zawartą w trybie przetargu nieograniczonego wyboru wykonawcy, przeprowadzonego zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych w oparciu o którą to umowę dochodzi roszczenia o zapłatę kar umownych od pozwanych. Podnieść należy tu, iż zgodnie z art. 369 k.c. zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej. Odpowiedzialność solidarna może też powstać w wyniku zaciągnięcia przez kilka osób zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia. Odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych wynika z art. 141 tej ustawy, który statuuje solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Mamy więc do czynienia z sytuacją, iż do powstania odpowiedzialności solidarnej nie są potrzebne jakiegokolwiek dodatkowe czynności żadnej ze stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ odpowiedzialność ta wynika wprost z ustawy. Oznacza to, że ma ona charakter bezwzględny, wobec czego nie może być wyłączona w stosunku do zamawiającego w drodze dyspozytywnych

czynności, w szczególności w umowie łączącej tych wykonawców (np. w umowie konsorcjum) na co wskazuje się zgodnie w doktrynie i orzecznictwie.

W konsekwencji też zawarte w umowie konsorcjum postanowienie § 2 ust. 5, iż w relacjach między konsorcjantami odpowiada wyłącznie ten konsorcjant, który ponosi winę za wynikłą szkodę nie może więc odnieść skutku wobec powoda jako zamawiającego na co zasadnie wskazał Sąd pierwszej instancji szeroko odnosząc się do tej kwestii. Wskazane postanowienie umowy konsorcjum ma bowiem znaczenie jedynie do stron tej umowy i ich wzajemnych ewentualnych roszczeń. Bez znaczenia jest także wiedza powoda, jako zamawiającego, o treści postanowień umowy konsorcjum skoro podstawą solidarnej odpowiedzialności pozwanych jest przepis ustawy. Fakt, iż pozwani zdecydowali się na wspólną realizację zamówienia powoduje, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie nie mogą w umowie wyłączyć ani ograniczyć solidarnej odpowiedzialności wobec zamawiającego. Dla ponoszenia tej odpowiedzialności nie mają też znaczenia zawierane np. w umowie konsorcjum postanowienia regulujące zakres świadczenia, jaki wykonać ma każdy z wykonawców na rzecz zamawiającego. Złożenie oferty wspólnej oznacza bowiem poddanie się solidarnej odpowiedzialności z mocy ustawy.

Poczynione uwagi powodują brak podstaw do podzielenia zarzutu naruszenia prawa procesowego tj. naruszenia art. 233 k.p.c. w zw. z art. 60 i 65 k.c. poprzez pominięcie zapisu umowy konsorcjum § 2 ust. 5. i dowolne uznanie, iż pozwany S. S. ponosi odpowiedzialność wynikającą z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy względem powoda. Z tych samych względów brak też podstaw do podzielenia zarzutów naruszenia prawa materialnego tj. art. 6 k.c. poprzez zasądzenie od pozwanych na rzecz powoda solidarnie kwoty tytułem zapłaty kary umownej, mimo, iż z zawartej pomiędzy stronami umowy konsorcjum wynika, iż w relacjach między konsorcjantami odpowiada wyłącznie ten konsorcjant, który ponosi winę za wynikłą szkodę, podczas gdy powód w żadnym zakresie nie wykazał, jaki zakres prac nie został wykonany w terminie oraz art. 60 k.c. w zw. z art. 65 k.c. w zw. z art. 141 p.z.p. poprzez uznanie, iż zawarta w ramach konsorcjum umowa nie ma znaczenia w przedmiotowej sprawie skoro powód znał treść zawartej pomiędzy ubiegającymi się o udzielenie zamówienia podmiotami umowę, której to treści jako podmiot profesjonalny na żadnym etapie nie kwestionował.

Podkreślić należy ponownie, iż wiedza powoda o treści umowy konsorcjum, w tym o uregulowaniu między konsorcjantami zasad odpowiedzialności wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy względem powoda i niekwestionowanie tych jej postanowień oraz zakres prac wykonanych przez poszczególnych konsorcjantów w terminie nie mogą mieć wpływu na istnienie solidarnej odpowiedzialności obu pozwanych. Odpowiedzialność ta, zgodnie z wcześniejszymi uwagami, wynika bowiem z ustawy tj. art. 141 p.z.p. zgodnie z którym to przepisem wykonawcy zgrupowani w konsorcjum przyjęli na siebie - ex lege - solidarną odpowiedzialność wobec inwestora za wykonanie całości umowy, niezależnie od tego, w jaki sposób każdy z nich zrealizował powierzony mu zakres robót.

Przed odniesieniem się do pozostałych zarzutów apelacji należy wskazać, iż nie jest trafny zarzut przedawnienia dochodzonego roszczenia podniesiony w piśmie pozwanego z dnia 20 listopada 2017 r., albowiem Sąd pierwszej instancji trafnie przyjął, że termin przedawnienia roszczenia powoda zgodnie z art. 118 k.c. wynosił 3 lata, który zgodnie z art. 123 § 1 pkt. 1 k.c. został przerwany w wyniku zawezwania do próby ugodowej wobec obu pozwanych i nie upłynął do daty wniesienia pozwu. Pozwany zarzutu tego bliżej nie uzasadnił wskazać należy więc jedynie, że skoro odbiór inwestycji nastąpił 26 stycznia 2010 r. i w tej dacie powód mógł już wezwać pozwanych do zapłaty kary umownej, a w dniu 16 kwietnia 2012 r., przed upływem trzech lat, powód złożył w Sądzie Rejonowym w Mikołowie wniosek o zawezwanie do próby ugodowej wobec S. S. o zapłatę kary umownej w kwocie 118.342,44 zł. Odpis wniosku został wysłany pozwanemu i korespondencja została podwójnie awizowana i uznana za doręczoną pozwanemu w dniu 27 czerwca 2012 r., a w dniu 10 lipca 2012 r. na posiedzeniu jawnym w Sądzie Rejonowym w Mikołowie (sygn. akt. I Co 749/12) rozpoznano sprawę z jednakże wobec tego, że nie stawił się pozwany. Od dnia 10 lipca 2012 r. termin przedawnienia rozpoczął biec na nowo zgodnie z art. 124 § 2 k.c. i trzyletni termin przedawnienia nie zakończył biegu przed datą wniesieniem pozwu w sprawie niniejszej tj. 9 lipca 2015 r. (data stempla pocztowego k. 29 akt).

Odnosząc się do pozostałych zarzutów apelacji podkreślenia wymaga, iż rzeczą bezsporną jest, że zakres prac stanowiących przedmiot umowy jaka wiązała strony postępowania nie został wykonany w ustalonym umownie

terminie skoro fakt ten wynika z protokołu odbioru końcowego sporządzono w dniu 26 stycznia 2010 r. i czego pozwani nie kwestionowali. Nadto należy zauważyć, że strony zawarły na dzień przed terminem zakończenia robót tj. 30 października 2009 r., a więc w dniu 29 października 2009 r. aneks nr (...) do umowy z dnia 10 sierpnia 2009 r. z uwagi na wystąpienie sytuacji określonej w § 3 ust. 2 pkt. 2.1 i 2.2 umowy tj. odgruzowywania i zabezpieczenia podziemnego korytarz budynku bramnego oraz postojem na części zakresu wynikłym z zaleceń konserwatorskich, którym zakończenie całości robót ustalono na dzień 19 listopada 2009 r. Zawarcie tego aneksu powoduje, że brak podstaw do podzieleniu twierdzeń pozwanego, że pierwotnie do powstania zwłoki przyczynił się zamawiający w związku z prowadzeniem prac na placu budowy co w sposób istotny wpłynęło na przedłużenie realizacji zamówienia gdyż, pracownicy pozwanej nie mogli rozpocząć pracy w czasie w którym byli do tego przygotowani zaś w późniejszym okresie w związku z pierwotnym opóźnieniem za które odpowiedzialność ponosi powód nie mogli się stawiać w sposób ciągły na placu budowy z uwagi na inne zobowiązania skoro strony w aneksie ustaliły późniejszy termin zakończenia robót niż uzgodniony w umowie uwzględniając okoliczności leżące po stronie powoda jako zamawiającego mające wpływ na czas realizacji zamówienia, w tym rozpoczęcie robót w dniu 28 sierpnia 2009 r. co wynika z protokołu odbioru robót. Zauważyć należy także tu, że przecież czas wynikający pierwotnie z umowy na jej realizację wynosił łącznie 81 dni.

Brak podstaw również w sprawie niniejszej do przyjęcia naruszeniu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę materiału dowodowego w sprawie i uznanie, iż tylko w dni wyraźnie wpisane w dzienniku budowy pozwani nie mogli wykonywać przedmiotu zamówienia. Zauważyć w tym miejscu należy, że przy zabezpieczeniu właściwej ilości pracowników do wykonania robót, prawidłowej organizacji pracy na budowie przy zróżnicowanym zakresie przedmiotu umowy i odpowiednio długim terminie realizacji, kilka dni złych warunków atmosferycznych nie wpływa na pozostałą zwłokę tj. 50 dni. trudno zgodzić się także z pozwanym, iż odliczeniu podlegały także dni następujące po wystąpieniu mrozów oprócz dni z mrozem. Oczywiście kontynuowanie w takich warunkach robót jest utrudnione, ale nie niemożliwe, przy zastosowaniu odpowiednich środków zabezpieczenia przed wpływem temperatury miejsca robót i kosztów ogrzewania spoczywały na wykonawcy. Nadto pozwani nigdy nie zgłaszali, iż z uwagi na panujące warunki atmosferyczne nie są w stanie kontynuować przewidzianych umową prac. W zakresie zatem 50 dni zwłoki w zakończeniu inwestycji przyjętych przez Sąd pierwszej instancji pozwani ponoszą odpowiedzialność za nieterminowe i zawinione nieukończenie inwestycji.

Odnosząc się zaś do zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 476 k.c., nie sposób zgodzić się z twierdzeniem pozwanego, że pierwotnie do powstania zwłoki przyczynił się zamawiający w związku z prowadzeniem prac na placu budowy co w sposób istotny wpłynęło na przedłużenie realizacji zamówienia gdyż, pracownicy pozwanej nie mogli rozpocząć pracy w czasie, w którym byli do tego przygotowani zaś w późniejszym okresie w związku z pierwotnym opóźnieniem za które odpowiedzialność ponosi powód nie mogli stawiać się w sposób ciągły na placu budowy z uwagi na inne zobowiązania. To twierdzenie pozwanego nie znajduje oparcia w zebranych materiale dowodowym brak bowiem dowodów wskazujących na to jakoby powód przyczynił się do powstania zwłoki, poza okres objęty aneksem, a także brak dowodów, które potwierdzałyby, że pozwani nie mogli rozpocząć pracy w czasie, w którym byli do tego przygotowani. Również w zebranych materiale dowodowym brak podstaw do przyjęcia, że pozwani mieli inne zobowiązania skoro nigdy nie była tak sytuacja zgłaszana powodowi. Z zebranego materiału dowodowego wynika natomiast, że pozwani nie zapewnili odpowiedniej ilości pracowników do wykonania przedmiotu umowy przez cały czas realizacji robót i to właśnie ta okoliczność doprowadziła do zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy po stronie pozwanych co wynika wprost z zeznań świadka R. P. i B. M. (e-protokół k. 173 akt). Nadto zgodnie z art. 476 k.c. wierzyciel nie musi udowadniać, że niedotrzymanie terminu spełnienia świadczenia jest spowodowane okolicznościami, za które dłużnik odpowiada, dłużnik bowiem dopuszcza się zwłoki jeżeli nie spełni świadczenia w terminie. Tym samym to pozwany zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 476 k.c. winien udowodnić, iż do opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy doszło z przyczyn od niego niezależnych, czego nie wykazał zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa.

Wskazane okoliczności powodują, iż nie sposób podzielić zarzutów dotyczących naruszenia prawa procesowego, w tym także naruszenia art. 328 § 2 k.p.c., poprzez niewyjaśnienie podstawy prawnej wyroku. Uzasadnienie Sądu pierwszej

instancji spełnia bowiem kryteria określone w tym przepisie zawierając wszystkie elementy w nim wymienione pozwalając na kontrolę ustaleń i rozważań tegoż Sądu.

W prawidłowo ustalonym stanie faktycznym Sąd pierwszej instancji prawidłowo zastosował art. 484 § 2 k.c. poprzez miarkowanie kary umownej. Zarzut braku miarkowania kary umownej także z uwagi na to, że zamówienie zostało w znacznym stopniu wykonane nie może być uwzględniony. W orzecznictwie i doktrynie podnosi się, że nie jest możliwe miarkowanie kary umownej za naruszenie terminu spełnienia świadczenia w oparciu o przesłankę wykonania zobowiązania w znacznej części skoro ustalenie kary następuje tu po stwierdzeniu, że co prawda z przekroczeniem terminu, ale jednak dłużnik świadczenie spełnił, i to nie tylko w znacznej części, ale w całości. Przyjmuje się jednak również, że miarkowanie kary umownej zastrzeżonej na wypadek zwłoki w spełnieniu świadczenia jest co do zasady dopuszczalne także ze względu na wykonanie przez dłużnika zobowiązania w znacznej części.

Podnosząc powyższe nie sposób pominąć tego, że przecież w sprawie niniejszej roboty objęte umową stron wykonano w całości co wynika z protokołu odbioru robót w tej sytuacji trafnie Sąd pierwszej instancji dokonał miarkowania naliczonej kary umownej jedynie w oparciu o przesłankę jej rażącego wygórowania. Podnieść należy także ponownie, iż pozwani nigdy nie przedstawili jakichkolwiek dowodów czy też twierdzeń, które mogłyby usprawiedliwić pozostawanie przez nich w zwłoce, a pozwany nie zakwestionował w apelacji wysokości miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie. Rozstrzygnięcie Sądu pierwszej instancji w zakresie obniżenia stawki 0,5% za dzień zwłoki do 0,3% w istotny sposób wpływa na zasądzoną przez Sąd pierwszej instancji kwotę uwzględnionej kary umownej za pozostawanie przez pozwanych w zawinionej zwłoce przez 50 dni wynoszącą 52.210 zł. Dodać jedynie należy w tym miejscu, iż do obowiązków powoda nie należało wykazywanie poniesienia szkody na co wskazał Sąd pierwszej instancji wręcz przeciwnie to pozwani jako dłużnicy winni wnosząc o miarkowanie naliczonej kary umownej, jeżeli podstawą takiego miarkowania miałyby być niewspółmierny stosunek kary umownej do szkody, przedstawić dowód istnienia i wysokości szkody na co wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie.

Nie można również podzielić zarzutu pozwanego naruszenia art. 5 k.c. podnosząc ten zarzut pozwany odwoływał się do tego, iż to od powoda zależne były zapisy umowne, a nadto to z uwagi na działanie powoda doszło do pierwotnego opóźnienia, którego nie można było zniwelować w toku realizacji umowy. Zasadnie podnosi co do tej kwestii powód, że w przedmiotowej sprawie nie może być mowy o nierówności występującej pomiędzy stronami, która mogłaby stanowić naruszenie zasad współżycia społecznego. Dochodzenie kary umownej przez powoda w typowej umowie zawieranej w ramach umowy o zamówieniach publicznych w żadnej mierze zastać uznane za sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem przysługującego mu do tego prawa. Norma art. 5 k.c. ma charakter wyjątkowy i może być zastosowana tylko po wykazaniu wyjątkowych okoliczności. Zasady współżycia społecznego jest to w prawie pojęcie niedookreślone, nieostre, a powoływanie się na sprzeczność czynności prawnej z tymi zasadami powinno wiązać się z konkretnym wykazaniem, o jakie zasady współżycia społecznego w konkretnym przypadku chodzi, na czym polega konkretna zasada współżycia społecznego oraz uzasadnieniu, na czym polega sprzeczność czynności prawnej z tymi zasadami, czego pozwany nie uczynił. Podstawą do odwołania się do tego przepisu nie może być także to, że to na skutek działania powoda miało dojść do pierwotnego opóźnienia, którego nie można było zniwelować w toku realizacji umowy. Okoliczność ta stanowić mogła bowiem jedynie brak podstaw do powstania roszczenia o zapłatę kary umownej w razie uniemożliwienia dłużnikowi wykonania umowy przez wierzyciela z taką jednak sytuacją nie mamy do czynienia skoro strony zawierając aneks do umowy uwzględniły leżące po stronie powoda okoliczności uniemożliwiające prowadzenie robót przez pozwanych na co wyżej wskazano.

Mając na uwadze powyższe okoliczności wobec braku zasadności podniesionych zarzutów należało oddalić apelację pozwanego jako niezasadną na mocy art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na mocy art. 98 k.p.c. zasądzając od pozwanego na rzecz powoda kwotę 5.400 zł na które złożyły się koszty zastępstwa procesowego zgodnie z § 2 pkt. 6 i § 10 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie obowiązującego w dacie wniesienia apelacji.

O wynagrodzeniu kuratora orzeczono na mocy Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 listopada 2013 r. w sprawie określenia wysokości wynagrodzenia i zwrotu wydatków poniesionych przez kuratorów ustanowionych dla strony w sprawie cywilnej i § 2 pkt. 6 i § 10 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radów prawnych obowiązującego w dacie wniesienia apelacji przyznając połowę należnej stawki minimalnej wraz z dodanym podatkiem od towarów i usług tj. łącznie kwotę 3321 zł. Na mocy zaś art. 113 u.o.k.s.c. kosztami sądowymi, których strona nie miała obowiązku uiścić lub których nie miał obowiązku uiścić kurator albo prokurator, sąd w orzeczeniu kończącym sprawę w instancji obciążył pozwanego.

SSA Lucjan Modrzyk	SSA Grzegorz Stojek	SSA Tomasz Pidzik
--------------------	---------------------	-------------------