

Sygn. akt I ACa 638/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 grudnia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Krzysztof Chojnowski (spr.)
Sędziowie	:	SA Beata Wojtasiak SA Bogusław Suter
Protokolant	:	Izabela Lach

po rozpoznaniu w dniu 23 grudnia 2016 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **w (...) i (...)w W.**

przeciwko **Miastu S.**

o zapłatę

na skutek apelacji powodów

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 11 maja 2016 r. sygn. akt VII GC 53/14

I. oddala apelację;

II. zasądza od powodów solidarnie na rzecz pozwanej kwotę 10.800 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu za drugą instancję.

(...)

Sygn. akt I ACa 638/16

UZASADNIENIE

(...) w S. oraz (...)w W. wnosili o zasądzenie od Miasta S. kwoty 276.779,94 zł wraz z odsetkami w wysokości ustawowej od dnia 8 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty i kosztami procesu. W uzasadnieniu pozwu wskazali, że pozwany bezzasadnie naliczył karę umowną za zwłokę w ukończeniu przedmiotu umowy w wysokości 276.446,94 zł, a następnie dokonał jej potrącenia z przysługującego powodowi wynagrodzenia. Nie kwestionując faktu przekroczenia umownego terminu zakończenia robót twierdzili, że było to wynikiem okoliczności, za które nie ponoszą odpowiedzialności.

Pozwany wnosił o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie kosztów procesu. Podnosił, że powodowie opóźnili się z zakończeniem przedmiotu umowy i ponoszą za to odpowiedzialność, dlatego została im naliczona kara umowna. Wskutek potrącenia kar doszło do umorzenia wierzytelności powodów.

Wyrokiem z dnia 11 maja 2016 r. Sąd Okręgowy w Białymstoku oddalił powództwo; zasądził od powodów solidarnie na rzecz pozwanego kwotę 8.200 zł tytułem zwrotu kosztów procesu oraz nakazał pobrać solidarnie od powodów na rzecz Skarbu Państwa kwotę 1.662,81 zł tytułem brakujących wydatków w sprawie.

Powyższy wyrok został wydany w oparciu o następujące ustalenia faktyczne:

W dniu 28 czerwca 2010 r. strony, tj. powodowie działający jako konsorcjum oraz pozwany, zawarły umowę, której przedmiotem była rozbudowa bazy turystycznej OSiR w S. wraz z infrastrukturą techniczną i sportowo-rekreacyjną zgodnie z ofertą z dnia 9 czerwca 2010 r. i zasadami wiedzy technicznej. Szczegółowy zakres robót opisany został w SIWZ, w tym dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Termin rozpoczęcia robót, zgodnie z § 2 umowy, nastąpić miał nie później niż 10 dnia od daty dostarczenia przez wykonawcę oświadczenia kierownika budowy stwierdzającego sporządzenie planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia i przyjęcie obowiązku kierowania budową. Termin zakończenia robót określono na dzień 30 maja 2011 r. W umowie strony postanowiły, że wykonawca ma prawo żądania przedłużenia terminu umownego, jeżeli niedotrzymanie pierwotnego terminu umownego stanowi konsekwencję działania siły wyższej. Zgodnie z § 5 ust. 1 umowy wynagrodzenie ryczałtowe określono na kwotę 20.942.945,54 zł brutto, w tym podatek VAT 3.776.596,74 zł. W § 6 ust. 3 i 4 umowy strony ustaliły, że wykonawca zgłosi zamawiającemu gotowość do odbioru końcowego pisemnie bezpośrednio w siedzibie zamawiającego. Podstawą zgłoszenia przez wykonawcę gotowości do odbioru końcowego będzie faktyczne wykonanie robót, potwierdzone w dzienniku budowy wpisem dokonany przez kierownika budowy potwierdzonym przez inspektora nadzoru budowlanego. W § 8 ust. 1 pkt 1 strony postanowiły, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,02% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki w zakończeniu wykonywania przedmiotu umowy.

Prace na budowie rozpoczęto w dniu 7 lipca 2010 r. W dniu 19 sierpnia 2010 r. doszło do spotkania koordynacyjnego, w czasie którego wykonawca poruszył temat wycinki drzew na terenie budowy zaznaczając, że dokumentacja projektowa nie przewiduje wycinki olch na terenie EuroCamping, występuje kolizja projektowanego parkingu z istniejącym świerkiem, a ponadto na miejscu projektowanego budynku głównego rosną kolejne 2 drzewa. W dniu 20 sierpnia 2010 r. powód przekazał pozwanemu skorygowany harmonogram rzeczowo-finansowy. W dniu 17 września 2010 r. Prezydent Miasta S. wydał decyzję zezwalającą na wycinkę drzew w obrębie placu budowy. W dniu 10 listopada 2010 r. powód poinformował o rozbieżnościach w dokumentacji projektowej, dotyczących fundamentów pod maszty oświetleniowe oraz innych występujących sprzecznościach. W dniu 19 listopada 2010 r. pozwany podpisał umowę na prowadzenie nadzoru autorskiego na budowie, a powód poinformował o rozbieżnościach pomiędzy projektami konstrukcyjnymi a branżą teletechniczną. Miesiąc później powód uzyskał projekt zamienny konstrukcji fundamentu pod tablice wyników.

Inspektor nadzoru wstrzymał prace betonowe na zewnątrz obiektu od dnia 13 grudnia 2010 r. do dnia 22 grudnia 2010 r., a następnie od dnia 14 lutego 2010 r.

Pismem z dnia 7 marca 2011 r. strona powodowa zwróciła się do pozwanego z prośbą o przesunięcie terminu zakończenia przedmiotu umowy na dzień 31 lipca 2011 r. w związku z niesprzyjającymi warunkami atmosferycznymi w porze zimowej, jednakże uzyskała odpowiedź odmowną.

W dniu 17 maja 2011 r. strony podpisały umowę o wykonanie robót dodatkowych na zadaniu inwestycyjnym zgodnie z podpisanym wcześniej protokołem konieczności, zaś termin zakończenia przedmiotu tej umowy ustaliły na dzień 30 czerwca 2011 r.

Pismem z dnia 19 maja 2011 r. Prezydent Miasta S. poinformował wykonawcę, że brak jest podstaw do przedłużenia umownego terminu realizacji zadania inwestycyjnego oraz przyjęcia, iż dokumentacja projektowa jest wadliwa. Zwrócił uwagę, że była ona przedmiotem zapoznawania się wykonawców przez złożeniem ofert. W dniu 24 października 2011 r. strony podpisały kolejną umowę, której przedmiotem były prace dodatkowe, zaś termin wykonania prac ustalono na dzień 31 października 2011 r.

W dniu 28 listopada 2011 r. strony podpisały protokół odbioru końcowego z którego wynikało, że roboty związane z realizacją umowy zostały zakończone w dniu 5 sierpnia 2011 r.

W dniu 6 grudnia 2011 r. powód wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 1.047.147,28 zł, zgodną z wielkością niedopłaty wskazanej w protokole odbioru końcowego. Pozwany w dniu 8 grudnia 2011 r. wezwał powoda, w oparciu o § 8 ust. 1 pkt 1 umowy, do zapłaty kary umownej w wysokości 276.446,94 zł za 66 dni zwłoki, liczone od 31 maja 2011 r. do 4 sierpnia 2011 r. Powód odmówił zapłaty podnosząc, że opóźnienie w wykonaniu umowy w stosunku do ustalonego terminu nie było zawinione przez wykonawcę. Pismem z dnia 16 grudnia 2011 r. pozwany dokonał potrącenia wymagalnej wierzytelności w kwocie 276.446,94 zł z wierzytelnością(...) w S. w kwocie 1.047.147,28 zł stanowiącej należność z tytułu końcowego rozliczenia robót, wynikającą z faktury nr (...) z dnia 6 grudnia 2011 r. Pozostała po potrąceniu do zapłaty kwota 770.700,34 zł została przelana na rachunek bankowy powoda. Pismem z dnia 9 stycznia 2012 r. (...)w S. wezwało pozwanego do zapłaty kwoty 276.446,94 zł.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy doszedł do wniosku, że pozwanemu służyło skuteczne prawo obciążenia powodów karami umownymi za przekroczenie terminu wykonania umowy. Nie podzielił stanowiska powodów, którzy twierdzili, że złe warunki atmosferyczne w postaci srogiej zimy, błędy projektowe czy też konieczność wykonania prac dodatkowych spowodowały opóźnienie w realizacji inwestycji. Wskazał, że jedynie zeznający w sprawie prezesa powodowych spółek zgodnie wskazywali powyższe przesłanki, jednakże były one sprzeczne z pozostałymi dowodami w sprawie.

W pierwszej kolejności Sąd Okręgowy wskazał, że termin zakończenia umowy nie został przez strony przesunięty. Wprawdzie w umowach o roboty dodatkowe zostały przewidziane terminy ich wykonania, co nie jest równoznaczne z przedłużeniem terminu wykonania przedmiotu pierwotnej umowy. Zebrany w sprawie materiał dowodowy nie potwierdził, aby strony umawiały się, iż przez zawarcie umów o roboty dodatkowe przedłużony zostanie termin wykonania prac pierwotnie zleconych, niezależnie od kwestii formalnych związanych z przetargiem publicznym. Skoro powodowie podjęli się wykonania dodatkowych prac w wyznaczonych w tych umowach terminach (w jednej do 30 czerwca 2011 r., a w drugiej do 31 października 2011 r.), mając świadomość związania także umową pierwotną, to nie można z tego wnioskować automatycznego przesunięcia terminu umowy. Zwrócił również uwagę, że powodowie zwracali się o przedłużenie terminu wykonania prac, ale nie z powodu prac dodatkowych, a z powodu siły wyższej – złych warunków atmosferycznych. Poza tym, część prac była mało absorbująca (wykarczowanie drzew) i w żadnym stopniu nie uniemożliwiała wykonywania innych części inwestycji.

Dalej Sąd Okręgowy wskazał, że podstawową przyczyną braku możliwości wykonania umowy w terminie, na którą powoływali się powodowie, była mroźna zima. Powodowie wskazali terminy, w których nastąpiło wstrzymanie budowy wskutek siły wyższej oraz dołączyli do tego pisma komunikaty dotyczące wyjątkowo mroźnej zimy, zwracali się też z prośbą o przedłużenie terminu z tego powodu. W ocenie Sądu okoliczność ta nie stanowiła przeszkody w terminowym wykonaniu zobowiązania. Przede wszystkim Sąd stwierdził, że w umowie strony nie zawarły szczegółowego zapisu, że z uwagi na zimę termin na wykonanie prac może być przedłużony, chociaż wiedzieli, że ich prace będą wykonywana w porze zimowej. Jako profesjonalści powinni zdawać sobie z tego sprawę i uwzględnić tę okoliczność przystępując do przetargu. Skoro zatem ustalono termin zakończenia prac na 30 maja 2011 r., to należało przyjąć, że uznali, że mimo zimy zdołają ukończyć prace w tym terminie. Ponadto Sąd I instancji zauważył, że siedziba pierwszego powoda – lidera konsorcjum - mieści się w S., a zatem posiadał on wiedzę o możliwych temperaturach powietrza w czasie realizacji przedmiotu umowy w okresie zimowym. Zwrócił również uwagę, że z zapisów dziennika budowy wynika, że prace betoniarskie nie mogły być wykonywane w okresie od 13 grudnia do 22 grudnia 2010 r., a następnie w dniu 14 lutego 2011 r. i kilku następnym, nie blokując jednak wykonywania innych prac. Później inspektor nadzoru nie

wstrzymywał prac w tym zakresie, co wskazywało, że w istocie okresy niskich temperatur uniemożliwiających prace betoniarskie nie były tak długotrwałe jak wywodzi to strona powodowa.

Ponadto, odnosząc się do argumentacji powodów, którzy twierdzili, że konieczność oczekiwania na wydanie decyzji zezwalającej na wycinkę drzew uniemożliwiła wykonywanie prac w pewnym momencie, Sąd I instancji, posiłkując się opinią biegłego z zakresu budownictwa wskazał, że okoliczność ta nie wstrzymywała możliwości wykonywania innych prac, natomiast powodowie nie wykazali dokładnie, w jakim okresie i jakich prac nie mogli wykonywać. Ponadto Prezydent Miasta S. wydał zgodę w dość krótkim terminie i to we wstępnym etapie budowy, a prace mogły zająć najwyżej kilka godzin. Ponadto powodowie podnosili, że projekt był wadliwy w zakresie fundamentów masztów oświetleniowych, odprowadzania wody opadowej, kolizji posadowienia kładki z istniejącym budynkiem hotelowym oraz powoływali się na rozbieżność dokumentacji w zakresie wymiarów telebimów. Nie wskazali jednak jaki dokładnie wpływ miały dostrzeżone braki na opóźnienie, nie podali w jakich terminach nie mogli wykonywać prac. Sąd Okręgowy odwołał się do opinii biegłego, z której wynikało, że w przedmiotowej sprawie nie wystąpiło nic szczególnego, co mogłoby mieć wysoce negatywny wpływ na terminowość realizacji wiążącej strony umowy. Dodał, że powodowie nie zwracali się wcześniej o przedłużenie z w/w powodów terminu umowy, a zatem nie uważali wówczas tych problemów za istotne, wpływające na możliwość wykonania robót w terminie.

Sąd I instancji oddalił wniosek powodów o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego, uznając, że opinia inż. J. L. stanowi wystarczające źródło do uzyskania niezbędnych wiadomości specjalnych przy orzekaniu w niniejszej sprawie. W ocenie Sądu opinia jest jasna, zupełna i przekonująca, zaś brak jej akceptacji przez powodów nie może uzasadniać powołania innego biegłego.

Jednocześnie Sąd Okręgowy wskazał, że nie dopatrył się żadnych okoliczności, które uzasadniałyby miarkowanie kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. Stwierdził, że pozwany nie uzyskał w wyniku jej naliczenia nieuzasadnionego wzbogacenia choćby i tego względu, że musiał zapewnić odpowiednie warunki do rozgrywania meczów czy innych imprez poza rozbudowywanym stadionem przez dłuższy niż początkowo zakładano okres.

Uwzględnienie przez sąd zarzutu potrącenia dokonanego przez pozwanego powoduje wzajemne umorzenie wierzytelności - zgodnie z art. 498 k.c., do wysokości kwoty 276.446,94 zł. W pozostałej części, tj. co do 333 zł, powództwo podlegało oddaleniu z uwagi na całkowitą bezzasadność.

Jako podstawę rozstrzygnięcia o kosztach postępowania Sąd I instancji wskazał art. 98 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wnieśli powodowie, zaskarżając go w całości i zarzucając:

1. naruszenie przepisów postępowania, to jest art. 217 § 3 k.p.c. w związku z art. 286 k.p.c. poprzez nieuzasadnione oddalenie wniosku strony powodowej o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa i uznanie, iż dotychczas zgromadzone dowody w sprawie, w tym opinia biegłego, są wystarczające w sytuacji, gdy opinia biegłego J. L. była skrajnie nierzetelna i niepełna, co wpłynęło na błędne ustalenie stanu faktycznego sprawy;
2. naruszenie przepisów postępowania mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, to jest art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, polegającą na przyjęciu, że powodowe spółki nie wykazały, jakoby kara umowna została przez pozwane miasto naliczone niesłusznie i że nie ponoszą odpowiedzialności za okoliczności, które przyczyniły się do opóźnienia prac budowlanych, podczas gdy strona powodowa przedstawiła wystarczające dowody zarówno w postaci dokumentów, jak i dowodu z zeznań świadków, wykazując tym samym, iż nie ponosi odpowiedzialności za okoliczności, które w sposób bezpośredni wpłynęły na zmianę daty oddania robót;
3. naruszenie przepisów prawa materialnego mające istotny wpływ na wynik sprawy, to jest art. 484 § 2 k.c. poprzez uznanie, iż nie zachodzą podstawy do miarkowania kary umownej w sytuacji, gdy powodowe spółki wykazały ku temu ustawowe przesłanki.

Wskazując na powyższe zarzuty wnosili o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powodów solidarnie kwoty 276.446,94 zł wraz z odsetkami za opóźnienie w wysokości ustawowej liczonymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz zasądzenie od pozwanego solidarnie na rzecz powodów kosztów procesu za obie instancje. Jako ewentualny zgłosili wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii kolejnego biegłego na okoliczność wpływu wad projektowych, braku umowy o nadzór autorski, faktu, iż powodowym spółkom zlecono roboty dodatkowe oraz warunków atmosferycznych panujących na terenie budowy w okresie realizacji inwestycji na przesunięcie terminu oddania robót.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Zebrane w sprawie dowody Sąd Okręgowy ocenił nie naruszając art. 233 § 1 k.p.c. i w konsekwencji poczynił ustalenia faktyczne znajdujące należyte oparcie w materiale dowodowym. Ustalenia te Sąd Apelacyjny podziela uznaje za własne. Nie zostały one w apelacji skutecznie zakwestionowane, tj. nie wykazano, że nie odpowiadają one wynikom postępowania dowodowego. Problem w sprawie – uwidoczony także w sposobie formułowania zarzutów apelacyjnych dotyczących procedowania – dotyczy głównie oceny przeprowadzonego dowodu z opinii biegłego, w tym przyczyn opóźnienia oraz ustalenia podmiotu odpowiedzialnego za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy, a także zasadności miarkowania kary umownej.

Na wstępie należy wskazać, że Sąd Okręgowy nie naruszył przepisu art. 217 § 3 k.p.c. i 286 k.p.c. oddalając wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego sądowego. Wprawdzie przepis art. 286 k.p.c. dopuszcza możliwość powołania kolejnych opinii biegłych w sytuacji, gdy uprzednio taki dowód został już przeprowadzony, niemniej zarówno w piśmiennictwie, jak i w judykaturze wskazuje się, że u podstaw takiej decyzji leżeć powinny racjonalne argumenty, takie jak np. niejasność, niepełność czy sprzeczności występujące w opinii. Wskazuje się jednocześnie, że nie ma uzasadnienia wniosków o powołanie kolejnego biegłego jedynie w sytuacji, gdy już złożona opinia jest niekorzystna dla strony.

Opinia biegłego sądowego z zakresu budownictwa inż. J. L. została dostosowana swoim zakresem do zlecenia Sądu, a biegły – chociaż zwięźle – omówił wszystkie zagadnienia objęte tezą dowodową, nadto poszerzył wystarczająco swoją argumentację poprzez złożenie dodatkowych ustnych wyjaśnień na rozprawie w dniu 8 października 2015 r. Przyznać należy zatem rację wnioskowi płynącemu z opinii biegłego, które legły u podstaw ustaleń poczynionych przez Sąd Okręgowy, że powodowie podpisując umowę powinni tak zorganizować swoje prace, aby poszczególne ich etapy związane z wykonaniem zadania inwestycyjnego wykonywane były płynnie, a przede wszystkim terminowo. Biegły stanowczo stwierdził, że powstałe opóźnienia w realizacji budowy miały swoją przyczynę w zaniedbaniach leżących po stronie wykonawcy (ograniczone ilości potencjału ludzkiego, braki sprzętowe). Ponadto biegły przeanalizował szczegółowo wątpliwości projektowe zgłaszane przez wykonawcę i stwierdził, że na budowie nie wystąpiło nic szczególnego, co miałyby mieć wysoce negatywny wpływ na terminowość realizacji wiążącej strony umowy. Uznał, że ani wątek karczowania pozostałości po drzewach, ani też wątpliwości co do możliwości zrealizowania fundamentów – palowania, nie były przyczyną opóźnień w realizacji budowy. Tym bardziej, że, jak wynika z akt sprawy, wykonawca wnioskował o przesunięcie terminu zakończenia budowy wyłącznie z uwagi na złe warunki atmosferyczne (niskie temperatury, opady śniegu), które powodowały opóźnienia w realizacji inwestycji. Biegły zasadnie zwrócił uwagę na fakt, że również i ta przyczyna w postaci mroźnej zimy nie mogła stanowić o braku możliwości wykonania umowy w terminie. Lider konsorcjum - (...), którego siedziba mieści się w S., podpisując umowę w końcu czerwca z terminem realizacji do końca maja następnego roku powinien przewidzieć, że część prac przypada na okres zimowy, zaś występujące w tym czasie warunki pogodowe mogą ograniczyć lub całkowicie przerwać prace. Podkreślić przy tym należy, że w toku procesu skarżący nie zaofiarował dowodów (np. informacji (...)) świadczących o tym, że warunki pogodowe, w tym temperatura, panujące w S. zimą (...) były w znaczącym stopniu trudniejsze od średnich z lat poprzednich. W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd I instancji trafnie zatem uznał, iż opinia biegłego należyście wyjaśniła

wszystkie istotne aspekty sprawy i brak jest podstaw do dopuszczenia dowodu z opinii nowego biegłego, jak to postulowała strona powodowa.

Ponadto dopuszczenie dowodu z opinii kolejnego biegłego na etapie postępowania apelacyjnego było również niedopuszczalne z przyczyn procesowych. Wskazać bowiem należy, że postanowienie Sądu Okręgowego o oddaleniu tego wniosku wydane zostało na rozprawie w dniu 12 listopada 2015 r., a obecny na niej profesjonalny pełnomocnik powodów złożył w trybie z art. 162 k.p.c. wadliwe zastrzeżenie wobec tej czynności procesowej. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy, celem wskazanego wyżej przepisu jest pobudzenie inicjatywy procesowej stron, zapobieganie ich nielojalności przez zobligowanie do zwracania na bieżąco uwagi sądu na wszelkie uchybienia procesowe w celu ich niezwłocznego wyeliminowania i niedopuszczenie do celowego tolerowania przez strony takich uchybień z zamiarem późniejszego wykorzystania ich w środkach odwoławczych (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 4 października 2006 r., sygn. akt II CSK 229/06 oraz z dnia 29 sierpnia 2013 r., sygn. akt I CSK 713/12). U podstaw regulacji zawartej w art. 162 k.p.c. leży założenie zapewnienia prawidłowości postępowania, do której osiągnięcia zmierza sąd, jednakże przy współdziałaniu stron, w drodze usuwania i eliminowania wszelkich uchybień w toku postępowania, które w konsekwencji mogłyby skutkować wzruszeniem orzeczenia (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 sierpnia 2006 r., sygn. akt V CSK 237/06).

W orzecznictwie sądowym utrwalony jest przy tym pogląd, że nie jest wystarczające zwrócenie się do sądu o zaprotokolowanie, iż strona zgłasza i wnosi o wpisanie zastrzeżenia do protokołu. Zastrzeżenie będzie skuteczne tylko wówczas, jeżeli strona wskaże przepisy, które sąd, jej zdaniem, naruszył. Nie jest to wymóg nadmierny, strona zaś – wnosząc następnie apelację, zwłaszcza gdy jest ona reprezentowana przez zawodowego pełnomocnika – powinna wskazać naruszone przepisy prawa procesowego, a więc te właśnie, w związku z których naruszeniem zgłosiła zastrzeżenie. Skuteczne sformułowanie zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. musi być tak sformułowane, aby umożliwiło sądowi zorientowanie się, na czym to uchybienie polega, umożliwi ono wówczas sądowi podjęcie postępowania naprawczego, o ile rzeczywiście w danym wypadku uchybienie to występuje (post. SA w G. z dnia 10 stycznia 2014 r., III AUa 687/13, L.). Ponadto wyłączenie spod kontroli instancyjnej uchybienia Sądu pierwszej instancji polegającego na niedopuszczeniu dowodów, na które strona nie zwróciła skutecznie uwagi sądowi, pozbawia ją nie tylko prawa powoływania się na to uchybienie w dalszym toku postępowania, ale także możliwości skutecznego domagania się kontroli przez Sąd drugiej instancji – w trybie art. 380 k.p.c. – postanowienia oddalającego wnioski dowodowe (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 sierpnia 2006 r., V CSK 237/06, Biuletyn SN 2006/11/17, a także uzasadnienie wyroku tego Sądu z dnia 27 listopada 2013 r., V CSK 544/12, LEX nr 1438426).

Tymczasem zastrzeżenie pełnomocnika strony powodowej zapisane do protokołu rozprawy z dnia 12 listopada 2015 r. (e-protokół (...):04:31), zawierając jedynie krytykę opinii biegłego, nie wskazywało naruszonych przepisów postępowania i tym samym z punktu widzenia formalnego skarżący utracili prawo powołania się w apelacji na naruszenie przepisów związanych z pominięciem ich wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego sądowego z zakresu budownictwa na wskazane przez nich okoliczności. W tej sytuacji zastrzeżenie to Sąd Apelacyjny uznał za nieskuteczne w kontekście możliwości podnoszenia tego typu zarzutów w apelacji.

Wbrew przekonaniu skarżących, Sąd Okręgowy nie przekroczył zasady swobodnej oceny dowodów, której ramy wyznaczone są wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego oraz regułami logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i wążąc ich moc oraz wiarygodność odnosi je do pozostałego materiału dowodowego. Podkreślić należy, że aby mówić o naruszeniu przepisu art. 233 § 1 k.p.c., należy wykazać, że Sąd I instancji uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął sąd wadze dowodów i ich odmiennej ocenie (tak: wyrok SN z dnia 10 czerwca 1999 r. II UKN 685/98 OSNAPiUS 2000/17 poz. 655; wyrok SN z dnia 9 grudnia 2009 r. IV CSK 290/2009). Nie można tu tracić z pola widzenia, że to na powodach spoczywał ciężar wykazania, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponoszą odpowiedzialności. W ocenie Sądu Okręgowego, strona powodowa nie sprostowała temu obowiązkowi, bowiem dowód z opinii biegłego J. L.

nie musiał być przeprowadzany - został dopuszczony na wniosek pozwanego przy braku takiego żądania ze strony powodów.

Skarżący nie wykazali naruszenia wynikających z art. 233 § 1 k.p.c. reguł oceny dowodów przez Sąd I instancji, wadliwości ustaleń, będących konsekwencją błędnej oceny dowodów. Formułując ten zarzut ograniczyli się do zaprezentowania własnych przekonań o innej niż przyjął Sąd I instancji wadze dowodów przeprowadzonych w sprawie oraz do przedstawienia twierdzeń, które stanowią polemikę z ustaleniami Sądu. Twierdzenia, iż nie ponoszą odpowiedzialności za okoliczności, które przyczyniły się do opóźnienia prac budowlanych, wynikały wyłącznie z ich subiektywnych odczuć, nie zaś obiektywnych dowodów. Bezspornie w niniejszej sprawie strony uzależniały możliwość naliczenia kary od wystąpienia winy wykonawcy w niedotrzymaniu terminu, bowiem przewidziały ją za zwłokę. Takie ukształtowanie odpowiedzialności powodów w umowie powodowało, że ich zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.). Podporządkowanie kary umownej podstawom odpowiedzialności kontraktowej powoduje, że zobowiązany do jej zapłaty może się stosownie do treści art. 471 k.c. w związku z art. 472 k.c. bronić zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Należy jednocześnie wskazać, że przepis art. 476 k.c. ustanawia domniemanie zwłoki. To rzeczą strony powodowej było powyższe domniemanie obalić wykazując, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które nie ponoszą odpowiedzialności. Niewątpliwie taki dowód nie został przez nich zgłoszony. Twierdzenia i wnioski powodów jakoby złe warunki atmosferyczne w postaci srogiej zimy, błędy projektowe czy też konieczność wykonywania prac dodatkowych były przyczyną opóźnienia w realizacji inwestycji nie znalazły więc dostatecznego oparcia nie tylko w opinii biegłego, ale też w pozostałym materiale zgromadzonym w toku postępowania.

W konsekwencji, zarzuty apelacji zmierzające do podważenia oceny Sądu Okręgowego, iż przekroczenie terminu wykonania umowy przez powodów nie nastąpiło z przyczyn od nich niezależnych, nie były zasadne. Biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, że pozwany miał uzasadnione podstawy do naliczenia i potrącenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu umowy, przy czym uczynił to w odniesieniu do okresu, którego końcową datę graniczną prawidłowo stanowiło zgłoszenie zakończenia robót (tj. za 66 dni). Kara umowna należna pozwanemu według umowy, przy przyjętej w umowie wartości 0,02% wynagrodzenia brutto określonego w § 8 ust. 1 pkt. 1 umowy za każdy dzień zwłoki, została naliczona prawidłowo w wysokości 276.446,94 zł.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, stan faktyczny niniejszej sprawy nie daje również podstaw do przyjęcia, iż wysokość kary umownej była wygórowana i to w stopniu rażącym.

Art. 484 § 2 k.c. statuuje wyjątek od sformułowanej w art. 483 § 1 k.c. zasady, że w razie wyrządzenia wierzycielowi szkody przysługuje mu kara umowna w zastrzeżonej wysokości, bez względu na wysokość tej szkody. Stanowi mianowicie, że jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej oraz że to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. W rozpoznawanej sprawie kara umowna była zastrzeżona na wypadek nieterminowego wykonania przedmiotu umowy w wysokości 0,05% wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki. Nie można zatem mówić o możliwości jej miarkowania z powodu częściowego wykonania zobowiązania. Zobowiązanie, w zakresie ostatecznie ustalonym przez strony i wynikającym z umowy, zostało w całości wykonane i odebrane. Doszło jednak do naruszenia treści zobowiązania w zakresie terminu spełnienia świadczenia, zobowiązanie zostało bowiem wykonane z opóźnieniem. Stąd też rozważeniu podlegać mogła jedynie przesłanka rażącego wygórowania kary (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 r., IV CSK 416/13, M. Prawn. 2014/19/1026).

Pojęcie to jest nieostre, gdyż ustawodawca nie sprecyzował kryteriów istotnych dla oceny rażącego wygórowania kary umownej. Wskazuje się w judykaturze, że ocena wysokości kary umownej - w kontekście jej rażącego wygórowania - może być dokonywana na podstawie takich m.in. kryteriów jak stosunek pomiędzy wysokością kary umownej a wartością całego zobowiązania głównego, stosunek wartości kary umownej do wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem, porównanie wartości kary umownej z wartością szkody powstałej po

stronie wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Pamiętać przy tym należy, że instytucja miarkowania kary umownej należy do praw tzw. sędziowskich, co oznacza, że do sądu należy wybór kryteriów, na podstawie których poddaje on kontroli wysokość kary umownej. Stąd też korekta kwoty kary umownej, ustalonej w wyniku jej miarkowania w postępowaniu odwoławczym, możliwa jest jedynie wówczas, gdy rażąco zostały naruszone kryteria miarkowania.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, w okolicznościach niniejszej sprawy Sąd Okręgowy oceniając, czy nie doszło do rażącego wygórowania kary umownej (276.446,94 zł.), słusznie odniósł to do wysokości kwoty wynagrodzenia powodów za wykonanie robót objętych umową (20.942.945,54 zł brutto). Trafnie uznał przy tym, że obciążenie wykonawcy karą umowną, stanowiącą nieco ponad 1% należnego wynagrodzenia, nie jest zawyżone i to w sposób rażący.

Skarżący w zasadzie nie podnosili żadnych zarzutów w tej kwestii twierząc jedynie, że naliczona kara umowna jest nieadekwatna z tego względu, że pozwany nie poniósł żadnej szkody. Ze stanowiskiem tym nie sposób się zgodzić.

W ocenie Sądu Apelacyjnego w tej konkretnej sprawie należy zwrócić uwagę na specyficzny charakter działania organów władzy publicznej przy inwestycjach na cele publiczne, gdzie nie można mówić o szkodzie majątkowej, jak to ma miejsce u przedsiębiorcy, niemniej jednak spóźnione wybudowanie obiektu publicznego, np. szkoły czy stadionu powoduje również szkodę tego rodzaju, że mieszkańcy np. gminy nie mogą z tego obiektu korzystać, czy też rodzi konieczność znalezienia zastępczego obiektu na czas opóźnienia. Te okoliczności mają jednak znaczenie przy ocenie zaistnienia powyższej przesłanki, w innym bowiem wypadku, przy stricte majątkowej ocenie szkody można błędnie wnioskować np., że każde niewykonanie inwestycji publicznej (choćby szkoły) powoduje wyłącznie oszczędności poprzez niewydanie środków na ten cel, a niewykonanie jej w terminie generuje oszczędności na kosztach utrzymania przez czas opóźnienia.

Dodać nadto należy, że także zarówno funkcja represyjna, jak i odszkodowawcza, które – co do zasady – ma spełniać kara umowna, sprzeciwiają się jej nadmiernemu zmniejszeniu. Zdaniem Sądu Odwoławczego, w okolicznościach niniejszej sprawy naliczona przez pozwanego kara umowna stanowiła odpowiednio dolegliwą sankcję dla wykonawcy za jego niesolidne postępowanie i lekceważenie obowiązków umownych.

Nie znajdując zatem podstaw do uwzględnienia zarzutów podnoszonych przez skarżących, Sąd Apelacyjny oddalił apelację powodów, o czym orzekł na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach procesu w instancji odwoławczej, na które składało się wynagrodzenie pełnomocnika pozwanego, orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. i art. 99 k.p.c. w zw. z § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. z 2015 r., poz. 615 ze zm.), obciążając nimi skarżących stosownie do wyniku sprawy w II instancji.

(...)