

Sygn. akt I ACa 980/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 stycznia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Roman Sugier
Sędziowie :	SA Małgorzata Wolczańska SA Lucyna Świdowska-Pilis (spr.)
Protokolant :	Małgorzata Korszun

po rozpoznaniu w dniu 14 stycznia 2014 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa Województwa (...)

przeciwko H. O.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 6 maja 2013r., sygn. akt II C 226/10,

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1) utrzymuje w mocy wyrok zaoczny w punkcie 1 w części zasądzającej od pozwanego na rzecz powoda kwotę 36 938,88 (trzydzieści sześć tysięcy dziewięćset trzydzieści osiem i 88/100) złotych z ustawowymi odsetkami:

- od kwoty 10 862,88 (dziesięć tysięcy osmiuset sześćdziesięciu dwóch i 88/100) złotych od dnia 6 listopada 2008 r.,

- od kwoty 26 076 (dwudziestu sześciu tysięcy siedemdziesięciu sześciu) złotych od dnia 3 kwietnia 2009 r.,

2) w pozostałej części wyrok zaoczny uchyla i powództwo oddala oraz zasądza od pozwanego na rzecz powoda 2 908,11 (dwa tysiące dziewięćset osiem i 11/100) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;

3) nakazuje pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa–Sądu Okręgowego w Katowicach kwotę 1 994,45 (tysiąc dziewięćset dziewięćdziesiąt cztery i 45/100) złotych tytułem części opłaty od sprzeciwu, od ponoszenia której pozwany był zwolniony;

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza od pozwanego na rzecz powoda 837 (osiemset trzydzieści siedem) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego;

IV. nakazuje pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa–Sądu Okręgowego w Katowicach kwotę 3 988,89 (trzy tysiące dziewięćset osiemdziesiąt osiem i 89/100) złotych tytułem części opłaty od apelacji, od ponoszenia której pozwany był zwolniony.

I ACa 980/13

## UZASADNIENIE

Powód - Województwo (...) wnosił o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego H. O. kwoty 115 612,08 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 10 862,88 zł od dnia 6 listopada 2008 r., a co do kwoty 104 749,20 zł od dnia 3 kwietnia 2009 r. nadto odsetek od zaległych odsetek od dnia wytoczenia powództwa oraz kosztów postępowania wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu wskazano, że w dniu 11 grudnia 2007r. strony zawarły umowę, na podstawie której pozwany zobowiązał się wykonać w terminie do 11 maja 2008 r. mapy akustyczne (w 5 egzemplarzach i 2 egzemplarzach wersji cyfrowej na płycie CD) na odcinkach dróg wojewódzkich o natężeniu przekraczającym 16400 P/d.

W dniu 9 czerwca 2008 r. pozwany dostarczył powodowi po jednym egzemplarzu map w wersji papierowej i cyfrowej. Z tytułu zwłoki (28 dni) powód naliczył karę umowną w wysokości 10 862,88 zł (129.320 zł x 0,3% x 28 dni). W dniu 11 lipca 2008 r. pozwany dostarczył brakujące egzemplarze, które okazały się wadliwe, dlatego powód dwukrotnie wezwał pozwanego do ich uzupełnienia, zakreślając ostateczny termin do dnia 6 listopada 2008 r. Pozwany dostarczył opracowanie w dniu 2 grudnia 2008 r. i z tytułu zwłoki (81 dni) powód naliczył karę umowną w kwocie 104 749,20 zł (129 320 zł x 1% x 81 dni).

Wyrokiem zaocznym z dnia 30 sierpnia 2010 r. Sąd Okręgowy w Katowicach zasądził od pozwanego na rzecz powoda 115 612,08 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 10 862,88 zł od dnia 6 listopada 2008 r., od kwoty 104 749,20 zł od dnia 3 kwietnia 2009 r. i 9 388,32 zł tytułem kosztów procesu.

Po otrzymaniu odpisu wyroku zaocznego, pozwany złożył sprzeciw, wnosząc o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów procesu.

W uzasadnieniu pozwany podnosił, że opóźnienie w realizacji zlecenia wynikało z niemożności wykonania pomiarów poziomu hałasu z uwagi na niekorzystne warunki pogodowe. „Niezawiniona zwłoka” w wykonaniu pomiarów spowodowała dalsze opóźnienia w przygotowaniu pozostałej dokumentacji. Pozwany podał, że w dniu 28 kwietnia 2008 r. przekazał pracownikowi powoda, że termin realizacji umowy jest niemożliwy do wykonania.

Zarzucił też, że kara umowna w wysokości 1% wynagrodzenia przewidziana została za wadliwą część opracowania, czyli nie może być naliczana od całego wynagrodzenia, tylko od części odpowiadającej wadliwemu opracowaniu. Nadto wskazano, że strony nie ustaliły terminu usunięcia wad, dlatego przyjęć należy, że termin usunięcia wad opracowania nie zaczął jeszcze biec. Pozwany zarzucił, że zapis § (...) ogólnych warunków umowy został sformułowany przez zamawiającego i pozwany nie miał wpływu na jego treść, a odsetki naliczone przez zamawiającego są rażąco wysokie. Niezależnie od powyższego pozwany wskazał, że dokumentacja przekazana powodowi w dniu 9 czerwca 2008 r. zawierała jedynie niewielkie uchybienia, które nie mogły stanowić wady opracowania. Zarzucany brak map wynikał z faktu, że nie były one podpisane zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Nadto, zamawiający nie dostarczył informacji o planowanych przedsięwzięciach, dlatego niemożliwe było określenie prognozowanych zmian. Zgłoszone przez powoda uwagi do przekazanej we wrześniu 2008 r. dokumentacji były bezpodstawne i nie mogą

stanowią podstawy naliczenia kar umownych. Ponadto kara umowna została bezzasadnie naliczona od kwoty brutto wynagrodzenia.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Katowicach utrzymał w całości w mocy wyrok zaoczny wydany przez Sąd Okręgowy w Katowicach dnia 30 sierpnia 2010 roku w sprawie sygn. akt II C 226/10.

Sąd pierwszej instancji ustalił, iż strony w dniu 11 grudnia 2007 r., w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, zawarły umowę (...), której przedmiotem było wykonanie przez pozwanego map akustycznych na odcinkach dróg wojewódzkich o natężeniu przekraczającym 16400 P/d. Przedmiot umowy miał zostać doręczony zamawiającemu w 5 egzemplarzach oprawiony w sposób trwały oraz w 2 egzemplarzach w wersji cyfrowej na płycie CD w terminie pięciu miesięcy od dnia zawarcia umowy, tj. do dnia 11 maja 2008 r. Zgodnie z Harmonogramem, stanowiącym załącznik do umowy, wykonanie pomiarów hałasu miało nastąpić w terminie 1 miesiąca od podpisania umowy, przygotowanie numerycznego modelu terenu – w ciągu 2 miesięcy, przygotowanie danych i wykonanie obliczeń i analiz GIS – 4 miesiące oraz opracowanie edycyjne wyników i przekazanie materiałów zamawiającemu – 4,5 miesiąca od podpisania umowy. Wynagrodzenie ustalono na kwotę 129 320 zł brutto. Podstawą do wystawienia faktury miał być protokół odbioru podpisany przez osobę upoważnioną przez zamawiającego. W dokumencie warunki umowne, stanowiącym integralny składnik umowy, strony zobowiązały się do niezwłocznego powiadamiania się na piśmie o zaistniałych przeszkodach w wypełnianiu wzajemnych zobowiązań w trakcie wykonywania umowy. Wykonawca zobowiązał się do usunięcia wad w terminie wskazanym przez zamawiającego. Strony ustaliły, iż nienależytym wykonaniem umowy jest niewykonanie pełnego zakresu dokumentacji określonej w umowie, wykonanie umowy z opóźnieniem, wykonanie dokumentacji lub jej części w wadliwy sposób oraz uniemożliwiający jej wykorzystanie. Postanowiono, że zamawiający może żądać od wykonawcy zapłacenia kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy – w wysokości 0,3% wynagrodzenia umownego za przedmiot umowy za każdy dzień zwłoki; zwłoki w usunięciu wad opracowania - w wysokości 1% wynagrodzenia umownego za wadliwą część opracowania, za każdy dzień zwłoki, licząc od ustalonego przez strony terminu na usunięcie wad, z tym że jeżeli nie ustalono terminu usunięcia wad, przyjmuje się termin 14-dniowy. W dniu 9 czerwca 2008 r., tj. 28 dni po umówionym terminie, pozwany dostarczył powodowi wykonane opracowanie, które okazało się niekompletne. Powód wezwał pozwanego do niezwłocznego przedłożenia brakującej dokumentacji. Z tytułu powyższej zwłoki powód obciążył pozwanego notą księgową nr (...) na kwotę 10 862,88 zł. Pozwany w dniu 11 lipca 2008r. uzupełnił brakującą dokumentację. Zamawiający uznał opracowanie za wykonane nieprawidłowo i wezwał pozwanego do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy. Do przedłożonej w dniu 25 września 2008 r. dokumentacji, powód ponownie zgłosił zastrzeżenia, odmawiając jej przyjęcia. W wezwaniu z dnia 6 października 2008 r. powód zażądał dostarczenia właściwego opracowania w ostatecznym terminie do 6 listopada 2008r. Po kolejnych wezwaniach z dnia 7 i 25 listopada 2008 r. pozwany w dniu 2 grudnia 2008 r. przekazał dokumentację, na okoliczność czego sporządzono protokół odbioru. Z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, wynoszącej 81 dni, powód obciążył pozwanego notą księgową nr (...) z dnia 22 grudnia 2008 r. na kwotę 104 749,20 zł. Pozwany zakwestionował zasadność wystawienia noty księgowej nr (...), podając, że panujące w czasie trwania umowy warunki meteorologiczne nie pozwalały na prawidłowe wykonanie pomiarów akustycznych będących podstawą opracowania. Pozwany dodał, że na etapie przygotowania oferty nie przewidział wystąpienia dużej liczby obiektów wpływających na propagację hałasu, zatem dochowanie terminu przewidzianego w umowie było niemożliwe. W odpowiedzi powód podniósł, że nie otrzymał od pozwanego pisemnej informacji o zaistniałych przeszkodach w wykonaniu przedmiotu umowy. Wystosowane do pozwanego wezwania do zapłaty należności wynikających z not księgowych nr (...) i nr (...), pozostały bez odpowiedzi.

W ocenie Sądu pierwszej instancji powód miał podstawę do obciążenia pozwanego karami umownymi zgodnie z zapisem § (...) warunków umownych. Pozwany przyznał okoliczność związaną z faktem nie wykonania opracowania w terminie, podnosząc że było to spowodowane niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi. Pozwany jednak nie zaferował żadnych wniosków dowodowych celem wykazania złych warunków atmosferycznych na jakie się powoływał. Nadto strony w dokumencie, określającym warunki umowne, stanowiącym integralny składnik umowy, zobowiązały się do niezwłocznego powiadamiania się na piśmie o zaistniałych przeszkodach w wypełnianiu

wzajemnych zobowiązań. Strony odniosły wysokość kary umownej do wynagrodzenia umownego. Z zapisu § (...) umowy wynika, że zamawiający zobowiązuje się zapłacić wykonawcy wynagrodzenie umowne do kwoty 129 320 zł brutto, zatem twierdzenia pozwanego w zakresie nieprawidłowego wyliczenia kar umownych w odniesieniu do wynagrodzenia brutto jest sprzeczne z umową. Powód wezwał pozwanego do usunięcia wad opracowania. Przy zakreślonych terminach do usunięcia braków opracowania i przy okoliczności, że braki te ostatecznie zostały usunięte dopiero w dniu 2 grudnia 2008 r., powód wykazał że obciążenie pozwanego karą umowną z tytułu zwłoki w usunięciu wad było uzasadnione co do zasady i wysokości. Pozwany nie wykazał także zasadności zarzutu związanego z zakresem wadliwego opracowania. Nie wykazał bowiem jaka była proporcja zakresu wad wskazanych w pismach powoda z dnia 15 lipca 2008 r. i z dnia 6 października 2008 r. do zakresu całego opracowania. Z uregulowania art. 476 kc wynika domniemanie prawne, iż nie dotrzymując terminu, dłużnik pozostaje w zwłoce. W sprawie niniejszej pozwany nie wykazał okoliczności, iż nie ponosi winy za opóźnienie. W ocenie Sądu brak było podstaw do miarkowania kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy. Miarkowanie kary umownej w takiej sytuacji spowodowałoby, że funkcja kary umownej zostałaby obniżona, o ile w ogóle nie zniesiona.

Od powyższego rozstrzygnięcia apelację złożył pozwany, wnosząc o jego zmianę poprzez uchylenie wyroku zaocznego Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 sierpnia 2010 r. i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu według norm przepisanych. Jako żądanie ewentualne zgłoszony został wniosek o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Skarżący zarzucał:

#### **1. naruszenie prawa materialnego, tj.:**

- a) art. 484 § 2 kc, przez jego niezastosowanie, polegające na niedokonaniu miarkowania kary umownej, podczas gdy pozwany zgłosił zarzut miarkowania kary umownej wskazując, że nałożona kara jest rażąco wygórowana, a nadto zamówienie zostało wykonane w znacznej części i spełnione zostały przesłanki miarkowania kary umownej;
- b) art. 383 § 1 kc w zw. z art. 484 § 1 kc poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na zasądzeniu na rzecz powoda kary umownej w sytuacji, gdy powód nie wykazał i nie poniósł szkody;

#### **2. naruszenie prawa procesowego, tj.:**

- a) art. 233 § 1 kpc poprzez dowolną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego polegającą na uznaniu, że w przedmiotowej sprawie nie wystąpiły warunki atmosferyczne uniemożliwiające terminowe wykonanie przedmiotu umowy, podczas gdy takie warunki wystąpiły i spowodowały opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy;
- b) art. 233 § 1 kpc poprzez dowolną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego polegającą na uznaniu, że pozwany dopuścił się zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy oraz w usunięciu wad opracowania i co za tym idzie powód miał prawo naliczyć karę umowną, podczas gdy opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy nie było zawinione przez pozwanego;
- c) art. 233 § 1 kpc poprzez dowolną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego polegającą na uznaniu, że kara umowna winna być liczona od kwoty wynagrodzenia umownego brutto, podczas gdy z treści Warunków umownych nie wynika, że kara umowna winna być liczona od wynagrodzenia umownego brutto;
- d) art. 233 § 1 kpc poprzez dowolną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego polegającą na uznaniu, że kara umowna winna być liczona od całości wynagrodzenia, podczas gdy z treści Warunków umownych wynika, że kara umowna winna być obliczona stosownie do wartości wynagrodzenia za wadliwą część opracowania, a nie w odniesieniu do całego wynagrodzenia;
- e) art. 233 § 1 kpc poprzez dowolną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego polegającą na nieuznaniu, że powód zobowiązany był przekazać pozwanemu dokumentację niezbędną do wykonania przedmiotu umowy, podczas gdy z treści Warunków umownych wynika jednoznacznie, że taką dokumentację powód winien był

pozwanemu przekazać, zaś powód dokumentacji tej nie przekazał, co z kolei miało wpływ na nieterminowe wykonanie przedmiotu;

f) art. 233 § 1 kpc poprzez dowolną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego polegającą na nieuznaniu, że powód winien był zgłosić ewentualne uwagi do przedmiotu umowy w terminie 30 dni od otrzymania dokumentacji lub jej części, podczas gdy taki obowiązek wynika wprost z treści § (...) Warunków umownych zaś powód formułował sukcesywnie kolejne zastrzeżenia do dokumentacji po zakreślonym w umowie terminie;

g) art. 230 kpc poprzez nieuznanie przez Sąd pierwszej instancji za przyznany fakt wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych mających wpływ na opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, w sytuacji gdy powód, reprezentowany przez fachowego pełnomocnika, nie zaprzeczył wprost tym okolicznościom w trakcie niniejszego procesu;

h) art. 232 kpc poprzez brak ustalenia, że powód, reprezentowany przez fachowego pełnomocnika, nie wykazał szkody poniesionej w związku z nieterminowym wykonaniem przedmiotu umowy, w sytuacji, gdy pozwany wniósł o dokonanie miarkowania kary umownej;

i) art. 232 kpc poprzez nieprzeprowadzenie z urzędu przez Sąd pierwszej instancji dowodu z opinii biegłego sądowego na okoliczność ustalenia czy pozwany prawidłowo wykonał przedmiot umowy, tj. w szczególności czy przedmiot umowy zrealizowany został zgodnie z umową i właściwymi przepisami prawa, w sytuacji, gdy pozwany, nie reprezentowany przez fachowego pełnomocnika, zgłosił stosowny wniosek dowodowy w piśmie stanowiącym zażalenie na postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 4 października 2012 r. o oddaleniu wniosku pozwanego o ustanowienie pełnomocnika z urzędu oraz mimo tego, iż Sąd Apelacyjny w Katowicach w uzasadnieniu postanowienia z dnia 23 stycznia 2013 r. o oddaleniu zażalenia pozwanego w sprawie o sygn. akt I ACz 19/13, dostrzegł takowy wniosek pozwanego, a Sąd Okręgowy nie dociekał w trakcie procesu czy wniosek ten jest przez pozwanego podtrzymywany;

j) art. 232 kpc poprzez nieprzeprowadzenie z urzędu przez Sąd I instancji dowodu z zeznań świadka Z. P. na okoliczność ustalenia czy pozwany zgłaszał temu świadkowi trudności w wykonaniu przedmiotu umowy polegające na wystąpieniu niekorzystnych warunków atmosferycznych uniemożliwiających dokonanie stosownych pomiarów, w sytuacji, gdy pozwany sygnalizował, że informował ww. świadka o powyższych okolicznościach, a pozwany w trakcie procesu nie był reprezentowany przez fachowego pełnomocnika;

k) art. 299 kpc w zw. z art. 232 kpc poprzez nieprzeprowadzenie z urzędu przez Sąd pierwszej instancji dowodu z przesłuchania strony powodowej, w sytuacji gdy pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy;

3. błędy w ustaleniach faktycznych stanowiących podstawę rozstrzygnięcia polegające na:

a) przyjęciu, że w niniejszej sprawie nie wystąpiły warunki atmosferyczne uniemożliwiające terminowe wykonanie przedmiotu umowy, podczas gdy powód nie zaprzeczył powyższej okoliczności, zaś pozwany okoliczność tę podnosił w trakcie niniejszego postępowania;

b) polegający na przyjęciu, że opracowanie nie spełniało wymagań dotyczących map akustycznych określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 01.10.2007 r. w sprawie szczegółowego zakresu danych ujętych na mapach akustycznych oraz ich układ i sposób prezentacji, podczas gdy powód nie wykazał, że opracowanie nie spełniało tychże wymagań;

c) przyjęciu za bezsporne między stronami, że dostarczone przez pozwanego opracowanie ma braki, które winny być usunięte, podczas gdy pozwany kwestionował zasadność zgłaszanych przez powoda uchybień już na etapie przedprocesowym, co znalazło potwierdzenie w korespondencji stron stanowiącej załącznik do pozwu;

d) poprzez brak ustalenia, że powód nie wykazał poniesionej szkody, a co za tym idzie nie wykazał, że miarkowanie kary umownej jest nieuzasadnione;

e) poprzez brak ustalenia, że powód zobowiązany był przekazać pozwanemu dokumentację niezbędną do wykonania przedmiotu umowy, podczas gdy z treści Warunków umownych wynika, że taką dokumentację powód winien był pozwanemu przekazać oraz brak ustalenia, że powód dokumentacji tej nie przekazał, co z kolei miało wpływ na nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy;

f) poprzez brak ustalenia, że powód winien był zgłosić ewentualne uwagi do przedmiotu umowy w terminie 30 dni od otrzymania dokumentacji lub jej części, podczas gdy taki obowiązek wynika wprost z treści § (...) Warunków umownych zaś powód formułował sukcesywnie kolejne zastrzeżenia do dokumentacji po zakreślonym w umowie terminie;

g) poprzez brak ustalenia, że spór między stronami winien był w pierwszej kolejności być rozpatrywany polubownie, podczas gdy z treści § (...) Warunków umownych wynika jednoznacznie taki obowiązek stron i okoliczność tę podnosił pozwany zarówno w trakcie procesu, jak i na etapie przedprocesowym, co potwierdza korespondencja pozwanego załączona do pozwu.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja winna odnieść częściowy skutek.

Sąd pierwszej instancji ustalił prawidłowy stan faktyczny wynikający ze złożonych w sprawie dokumentów, których prawdziwości pozwany nie zakwestionował. Wbrew zarzutom apelacji Sąd pierwszej instancji nie przyjął, iż nie istniały trudności atmosferyczne nie pozwalające na sporządzenie pomiarów. Przyczyną nieuwzględnienia zarzutów pozwanego w tej materii było prawidłowe przyjęcie, iż skoro strony miały obowiązek powiadamiania na piśmie o trudnościach związanych z wykonaniem umowy, ustalenie tegoż faktu nie było konieczne. Tym samym i niezasadny jest zarzut naruszenia art. 230 kpc poprzez nieuznanie przez Sąd pierwszej instancji za przyznany faktu wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych mających wpływ na opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy.

Z wyżej wskazanych względów Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji i bez zbędnego powielania, przyjmuje je za własne. Tym samym zarzuty dotyczące sprzeczności ustaleń faktycznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego są nieuzasadnione.

Zarzuty skarżącego, działającego bez pomocy fachowego pełnomocnika, sprowadzają się do kwestionowania rozważań Sądu pierwszej instancji, w szczególności poprzez niepodzielenie żadnego ze zgłoszonych w sprzeciwie od wyroku zaocznych argumentów pozwanego, a nadto do postawienia zarzutów proceduralnych polegających na nieprzeprowadzeniu z urzędu wskazanych w apelacji dowodów.

Za nieuprawniony uznać należy zarzut naruszenia art. 232 kpc. Przy rozpoznawaniu sprawy na podstawie przepisów kodeksu postępowania cywilnego rzeczą sądu nie jest zarządzenie dochodzenia w celu uzupełnienia lub wyjaśnienia twierdzeń stron i wykrycia środków dowodowych pozwalających na ich udowodnienie, ani też sąd nie jest zobowiązany do przeprowadzenia z urzędu dowodów zmierzających do wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 232 kpc). Sąd ma co prawda możliwość wsparcia stron jednakże może to nastąpić jedynie w wyjątkowych wypadkach, działanie bowiem sądu z urzędu może być odbierane, jako naruszenie równości stron biorących udział w postępowaniu oraz prawa do rozpatrzenia sprawy przez bezstronny sąd.

Jeśli chodzi o zarzut nieprzeprowadzenia dowodów z zeznań świadka Z. P. oraz strony pozwanej to jest on całkowicie chybiony. Strona ma prawo nie skorzystać z przysługującego uprawnienia przesłuchania jej, natomiast zeznania świadka Z. P. nie wniosłyby nic istotnego dla rozstrzygnięcia sporu. Jeśli nawet osoba ta zeznałaby, iż pozwany zgłaszał trudności w wykonaniu przedmiotu umowy, polegające na wystąpieniu niekorzystnych warunków atmosferycznych uniemożliwiających dokonanie stosownych pomiarów, to i tak nie miałyby to wpływu na ostateczne rozstrzygnięcie,

bowiem (jak podniesiono wyżej) okoliczność ta nie miała znaczenia, gdyż zgodnie z warunkami umownymi strony zobowiązały się do powiadamiania się na piśmie o zaistniałych przeszkodach w wypełnianiu wzajemnych zobowiązań w trakcie wykonywania umowy. Nie można przyjąć, iż Sąd pierwszej instancji zobligowanym był do dopuszczenia z urzędu dowodu z opinii biegłego. Wbrew zarzutom apelacji pozwany w zażaleniu na postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 4 października 2012 r. o oddaleniu wniosku pozwanego o ustanowienie pełnomocnika z urzędu nie złożył wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego tylko sygnalizował taką możliwość. Nic nie stało zatem na przeszkodzie by wniosek ten formalnie zgłosić w piśmie procesowym, czy w trakcie rozprawy.

Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 232 kpc poprzez brak ustalenia, że powód, reprezentowany przez fachowego pełnomocnika, nie wykazał szkody poniesionej w związku z nieterminowym wykonaniem przedmiotu umowy. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem, opierającym się na wykładni literalnej art. 483§1 i 484§1 kc, zastrzeżenie kary umownej ma takie znaczenie, iż wierzyciel dochodząc zapłaty tej kary nie musi udowadniać zarówno samego faktu istnienia szkody, jak i jej wysokości.

Nieuprawniony jest zarzut niesłusznego przyjęcia, że pozwany dopuścił się zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy oraz w usunięciu wad opracowania i co za tym idzie powód miał prawo naliczyć karę umowną, podczas gdy opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy nie było zawinione przez pozwanego. Jak słusznie wskazuje Sąd pierwszej instancji zwłoka - opóźnienie kwalifikowane ma miejsce wówczas, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia we właściwym czasie z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność. Przy czym oceny, czy chodzi o okoliczności, za które dłużnik ewentualnie odpowiada, dokonuje się według ogólnych zasad odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471-474 kc) Nie zawsze więc zwłoka wiązać się będzie z zawinieniem dłużnika. Z uregulowania art. 476 kc wynika jednakże domniemanie prawne, iż nie dotrzymując terminu, dłużnik pozostaje w zwłoce, czyli niewykonanie zobowiązania w terminie wynikało z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. Wobec tego wierzyciel nie musi udowadniać, że niedotrzymanie terminu spełnienia świadczenia jest spowodowane okolicznościami, za które dłużnik odpowiada. Rzeczą wierzyciela jest tylko wykazanie, iż termin wykonania zobowiązania upłynął bezskutecznie. W sytuacji jeżeli dłużnik twierdzi, iż nie popadł w zwłokę, lecz w opóźnienie zwykle niestwarzające negatywnych dla niego następstw prawnych, to winien tę okoliczność wykazać. W niniejszej sprawie – pozwany nie wykazał powyższych okoliczności. Jego twierdzenia w zakresie przyczyn z jakich nie mógł wykonać opracowania w terminie nie zostały wykazane. Jak już wyżej podniesiono w tym zakresie Sąd nie był zobowiązany do działania z urzędu.

Także niezasadny jest zarzut, iż niesłusznie przyjął Sąd pierwszej instancji, że kara umowna winna być liczona od kwoty wynagrodzenia umownego brutto, podczas gdy z treści warunków umownych nie wynika, że kara umowna winna być liczona od takiego wynagrodzenia. Tu również powielić należy rozważania Sądu pierwszej instancji. Strony odniosły wysokość kary umownej do wynagrodzenia umownego. Jak wynika z zapisu § (...) umowy zawartej między stronami ustalono, że zamawiający zobowiązuje się zapłacić wykonawcy wynagrodzenie umowne w kwocie 129 320 zł brutto, zatem twierdzenia pozwanego w zakresie nieprawidłowego wyliczenia kar umownych w odniesieniu do wynagrodzenia brutto jest sprzeczne z umową. Strony w umowie nie wskazały wysokości wynagrodzenia netto. Dokonywanie aktualnie wykładni umowy, że w zapisach dotyczących kar umownych winno być uwzględniane wynagrodzenie netto, pozostaje w sprzeczności z treścią umowy, w której to treści strony nie odnoszą się do wynagrodzenia netto. Sformułowanie zawarte w warunkach umownych w zakresie kar umownych odnosi się do wynagrodzenia umownego, które w umowie określone jest jako wynagrodzenie brutto.

Za niesłuszny uznać należy zarzut apelacji odnoszący się do nieuwzględnienia przez Sąd pierwszej instancji wniosku o zmiarkowanie kary umownej.

Zgodnie z treścią art. 484§2 kc jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Pierwsza część omawianego przepisu nie ma tu zastosowania, bowiem z samej rzeczy kary umownej za opóźnienie i z tytułu usunięcia wad wykonania wynika, iż dotyczy ona już wykonanego zobowiązania.

Pozostaje zagadnienie, czy kara ta jest rażąco wygórowana. Oceniając tę kwestię nie można oceniać wysokości sumy powstałej w wyniku opóźnienia i stosunku kary umownej do wartości spełnionego świadczenia. W sytuacji bowiem gdyby dłużnik opóźnił się w niewielkim stopniu kara byłaby niska i najprawdopodobniej zarzut jej wygórowania nie zostałby zgłoszony. Odwrotnie z kolei, w sytuacji gdyby dłużnik opóźniłby się w bardzo dużym stopniu kara mogłaby przekroczyć nawet umówione wynagrodzenie, co samo w sobie nasuwałoby wniosek o jej nadmierności. Tego typu rozumowanie premiowałoby tylko niesolidne działanie dłużnika. Oceniając czy kara nie jest rażąco wygórowana należy brać pod uwagę ustalony procent za każdy dzień opóźnienia. Podkreślić też należy, iż miarkowanie kary umownej na podstawie art. 484 § 2 kc może nastąpić także w stosunkach umownych między przedsiębiorcami (tak należy traktować pozwanego, prowadzącego działalność gospodarczą w ramach przedsiębiorstwa (...)) ponieważ przepis ten nie zawiera w tym względzie żadnych ograniczeń natury podmiotowej. Należy jednak zwrócić uwagę na to, że w takich stosunkach istnieje pewnego rodzaju "powściągliwość korzystania z instytucji redukcji kary umownej", albowiem kryteria kary ustalają fachowcy, osoby obeznane z obrotem gospodarczym i zorientowane w rodzaju podejmowanego zobowiązania. Kara pełni funkcję stymulacyjną i represyjną, kompensuje wszystkie negatywne skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika. Wskazać też należy, iż celem kary umownej jest wywarcie presji na dłużnika, aby należycie wykonał swe zobowiązanie, a taką funkcję kara umowna spełnia wówczas, gdy skutek ekonomiczny niespełnienia w terminie świadczenia będzie ujemny (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 1994 r., I CO 39/93, LEX nr 164843).

Strony ustaliły karę w wysokości 0,3% i 1 % (patrz wyżej) wartości wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki. Procent ten nie jest rażąco wysoki i jest spotykany w stosunkach między przedsiębiorcami. Dodatkowymi względami, które przemawiać mogłyby za zredukowaniem kary są np.: stopień winy dłużnika, jeśli na tej zasadzie oparta jest odpowiedzialność, brak szkody lub jej niewielki rozmiar, jak i przyczynienie się wierzyciela do szkody (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17 grudnia 2008 r. V ACa 483/08). Okoliczności te winien jednak wykazać dłużnik, czego ten nie uczynił. Powyższe rozważania pozwalają na przyjęcie, iż ustalenie kary umownej w wysokości umownej było prawidłowe.

Za częściowo zasadne uznać natomiast należy zarzuty odnoszące się do nieuwzględnienia argumentacji pozwanego, co do tego, iż kara umowna winna być liczona od części wynagrodzenia, oraz co do tego, iż pozwany poprzez składanie coraz to nowych zastrzeżeń powodował wysokość kar umownych.

Zgodnie z § (...) warunków umownych zamawiający mógł żądać od wykonawcy zapłacenia kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy – w wysokości 0,3% wynagrodzenia umownego za przedmiot umowy za każdy dzień zwłoki; i z tytułu zwłoki w usunięciu wad opracowania - w wysokości 1% wynagrodzenia umownego za wadliwą część opracowania, za każdy dzień zwłoki, licząc od ustalonego przez strony terminu na usunięcie wad, z tym że jeżeli nie ustalono terminu usunięcia wad, przyjmuje się termin 14-dniowy.

Niespornym jest, iż termin wykonania umowy ustalono na dzień 11 maja 2008 r. a pozwany dostarczył powodowi wykonane opracowanie w dniu 9 czerwca 2008 r., tj. 28 dni po umówionym terminie. Przy przyjęciu, iż pozwany nie wykazał, iż opóźnienie nie było wynikiem jego winy oraz przy przyjęciu, iż kara umowna winna być ustalona od wynagrodzenia brutto wysokość kar umownych za opóźnienie w wykonaniu opracowania ustalona została prawidłowo w wysokości 10 862,88 zł (129 320 zł x 0,3% x 28 dni).

Jeśli natomiast chodzi o karę umowną z tytułu nieusunięcia w terminie wad opracowania, to wskazać należy, iż działający bez pomocy fachowego pełnomocnika pozwany konsekwentnie podnosił (powołując się na formularz cenowy K-104), iż kara winna być ustalona od części wynagrodzenia. Zarzut ten był słuszny. Zgodnie bowiem z § (...) warunków umownych zamawiający mógł żądać od wykonawcy zapłacenia kary umownej z tytułu zwłoki w usunięciu wad opracowania - w wysokości 1% wynagrodzenia umownego za wadliwą część opracowania. Z formularza cenowego wynika, iż na kwotę wynagrodzenia pozwanego składały się takie elementy jak: wykonanie pomiarów hałasu, przygotowanie numerycznego modelu terenu i przygotowanie danych wykonania obliczeń i analiz GIS, wykonanie obliczeń i analiz oraz opracowanie i edycję wyników. Z pism powoda z dnia 15 lipca 2008 r. i 6 października 2008 r. (K- 26 i 27) nie wynika, by jego zastrzeżenia dotyczyły wykonanych przez pozwanego pomiarów. Dlatego



też kary umowne wynikające z tytułu zwłoki w usunięciu wad opracowania winny być ustalone od pozycji (...) i(...) formularza cenowego (K-104), czyli od kwoty 84 800 zł. powiększonej o podatek od towarów i usług w wysokości 19 504 zł. Daje to kwotę bazową wynagrodzenia, od którego winna być liczona kara umowna za zwłokę w usunięciu wad, w wysokości 104 304 zł.

Jeśli chodzi o ilość dni stanowiących opóźnienie w usunięciu wad, to wskazać wstępnie należy, iż ani powód, ani też Sąd pierwszej instancji nie przedstawili w jaki sposób obliczona została ilość 81 dni. Nie jest to ani okres od 30 lipca 2008 r. do 2 grudnia 2008 r., ani też okres od 6 listopada 2008 r. do 2 grudnia 2008 r. Z obliczeń dokonanych przez Sąd Apelacyjny wynika, iż jest to zapewne suma okresów od 30 lipca 2008 r. do 25 września 2008 r. i od 6 listopada 2008 r. do 2 grudnia 2008 r. (81 dni).

Zgodnie z treścią art. 354 kc dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom i w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Art. 354 § 2 kc obowiązkiem współdziałania - przy wykonywaniu zobowiązania - w równym stopniu obciąża wierzyciela co i dłużnika, a w doktrynie i judykaturze przyjmuje się jednakowe kryteria przy ocenie - wymaganej w tym zakresie - powinności każdego z nich (tak: wyrok Sądu Najwyższego z 22 listopada 2000 r. II CKN 315/00). Przepis ten ustanawia ogólną dyrektywę interpretacyjną, którą należy stosować przy ocenie sposobu wykonania zobowiązania. Obowiązek współdziałania przy wykonywaniu zobowiązania obciąża też i wierzyciela. Każdy zatem powinien baczyć na uzasadniony interes kontrahenta i nie czynić nic takiego, co by wykonanie zobowiązania komplikowało. Ten negatywny obowiązek spoczywa na wierzycielu zawsze. Pozytywnego natomiast działania wymagać należy od wierzyciela w sytuacji, gdy wynika to z właściwości świadczenia lub umowy (np. obowiązek odebrania przedmiotu umowy, udzielenia wskazówek).

Przenosząc te czysto teoretyczne rozważania wskazać należy, iż postępowanie powoda wobec pozwanego było nielojalne. Po złożeniu w dniu 11 lipca 2008 r. opracowania, powód wystosował pismo, w którym przedstawił swe zastrzeżenia. Dotyczyły one braku 4 rodzajów map akustycznych oraz braków zestawień i podsumowań. Pozwany zastosował się i przedłożył w dniu 25 września 2008 r. uzupełnione opracowanie. Dopiero to spowodowało, iż pismem z dnia 6 października 2008 r. powód wystosował kolejne zastrzeżenia, tym razem już odnoszące się do merytorycznej części opracowania, dotyczące konkretnie spostrzeżonych wad. W ocenie Sądu Apelacyjnego istotnie tego typu zachowanie generowało wysokość kar umownych, gdyż powód formułował sukcesywnie kolejne zastrzeżenia do składanej przez pozwanego dokumentacji, wykorzystując przy tym swą dominującą pozycję. Analizując zastrzeżenia z pisma z dnia 6 października 2008 r. uznać należy, iż mogły one być już zgłoszone we wcześniejszym piśmie, w którym zastrzeżenia dotyczyły jedynie braków, a nie wad opracowania. Z tego względu – zdaniem Sądu Apelacyjnego – wady opracowania zostały przedstawione pozwanemu dopiero w piśmie z dnia 6 października 2008 r. i dopiero od tego czasu zasadnym było naliczenie kar umownych. Zgodnie z treścią powoływanego § (...) warunków umownych zamawiający mógł żądać od wykonawcy zapłacenia kary umownej z tytułu zwłoki w usunięciu wad opracowania licząc od ustalonego przez strony terminu na usunięcie wad, z tym że jeżeli nie ustalono terminu usunięcia wad, przyjmuje się termin 14-dniowy. Powód w piśmie z dnia 6 października 2008 r. wskazał datę 6 listopada 2008 r. – był to termin miesięczny, realny zatem dla usunięcia wad. Skoro pozwany nie zanegował zakreślonego mu terminu przyjąć należało, iż w sposób dorozumiany przystał na ów termin, który stał się przez to ustalonym przez strony.

Wynagrodzenie pozwanego brutto, pomniejszone o niekwestionowane dokonanie pomiarów wynosi 10 862,88 zł (84 800 + VAT 19 504). Przy przyjęciu, iż termin 6 listopada 2008 r. stanowił ustalony przez strony termin usunięcia wad do dnia 2 grudnia 2008 r. powstaje 25 dni zwłoki. Kara umowna winna z tego tytułu wynosić winna zatem 36 938,88 zł (10 862,88 x 1% x 25=36 938,88).

Z podanych wyżej względów Sąd Apelacyjny na podstawie powołanych przepisów prawa materialnego oraz art. 386§1 kpc i 385 kpc orzekł jak w pkt. I. i II. wyroku.

Orzeczenie w przedmiocie kosztów procesu za obie instancje uzasadniają przepisy art. 100 kpc, § 6 pkt. 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu (Dz. U. Nr 97, poz. 888 ze zmianami) i art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 90, poz. 594 ze zm.).

Powód wygrał niniejszy proces w 31%. Koszty powoda wynosiły łącznie 9 381 zł (opłata od pozwu – 5 781 zł i honorarium pełnomocnika – 3 600 zł). Pozwany nie poniósł żadnych kosztów postępowania pierwszoinstancyjnego. Należało zatem zasądzić na rzecz powoda 31 % poniesionych kosztów, czyli kwotę 2 908,11 zł.

Ponieważ pozwany zwolniony został od kosztów sądowych i tym samym nie dokonał opłaty od sprzeciwu od wyroku zaocznego należało pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Katowicach 69% należnej opłaty od sprzeciwu, czyli kwotę 1 994,45 zł.

W postępowaniu apelacyjnym powód poniósł tylko koszty pełnomocnika procesowego. Należało zatem zasądzić na jego rzecz 837 zł (2 700 x 31%). Ponieważ pozwany nie uścił opłaty od apelacji należało również pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Katowicach 69% należnej opłaty od apelacji, czyli kwotę 3 988,89 zł.