

Sygn. akt I ACa 1043/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 listopada 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Józef Wąsik
Sędziowie:	SSA Zbigniew Ducki (spr.) SSO del. Marek Boniecki
Protokolant:	st.sekr.sądowy Beata Lech

po rozpoznaniu w dniu 13 listopada 2013 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa S. F.

przeciwko Gminie S.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 22 marca 2013 r. sygn. akt I C 1491/12

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od strony pozwanej na rzecz powoda kwotę 2.700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt I ACa 1043/13

UZASADNIENIE

W pozwie skierowanym przeciwko Gminie Miejskiej S., S. F. wniósł o zasądzenie od strony pozwanej na jego rzecz kwoty 193.077,56 zł z ustawowymi odsetkami od 16 czerwca 2009 r. i kosztami postępowania.

W podstawie faktycznej dochodzonego roszczenia powód podał, że strony, w wyniku wyboru oferty powoda w postępowaniu przetargowym, zawarły 14 sierpnia 2008 r. umowę na wykonanie zadania inwestycyjnego w postaci budowy boiska wielofunkcyjnego przy Szkole Podstawowej nr (...) w S., z określeniem terminu realizacji na dzień 31 października 2008 r. Wynagrodzenie dla wykonawcy inwestycji zostało określone na poziomie 949.701,46 zł, przy czym strony miały rozliczać się fakturami częściowymi. Ostateczne rozliczenie miało nastąpić poprzez wystawienie faktury końcowej. Jednakże powód nie wykonał inwestycji w terminie, ponieważ doszło do okoliczności, których

nie mógł przewidzieć w toku procesu przetargowego i w trakcie realizacji zadania, ani nie mógł im także zapobiec. Otóż zaraz po przekazaniu placu budowy (27 sierpnia 2008 r.) i rozpoczęciu robót budowlanych pojawiły się między stronami problemy na tle komunikacją. Z kolei podczas prac ziemnych pojawiły się problemy związane z gruntami nasypowymi, spotęgowane opadami deszczu, skutkującymi dziesięciodniowym wstrzymaniem prac. Następnie pod koniec października i w pierwszych dniach listopada 2008 r. występowały niskie temperatury oraz duża wilgotność powietrza, co wpłynęło na brak wykonania inwestycji w terminie. Powód, co prawda podjął działań zmierzające do oddania zadania w terminie, gdyż próbował ułożyć ostatnią warstwę poliuretanu przed umownym terminem zakończenia zadania, jednakże uległa ona zniszczeniu wskutek dużej wilgotności powietrza i niskiej temperatury. Doprowadziło to do zakończenia prac i przekazania obiektu do użytkowania, wraz z odbiorem końcowym 12 maja 2009 r. ze 193 dniowym opóźnieniem.

Po wykonaniu obiektu do zapłaty na rzecz powoda pozostała kwota 446.500,53 zł, jednakże strona pozwana poinformowała kontrahenta o naliczeniu kar umownych w wysokości 366.584,76 zł i potrąceniu tej należności względem pozostającej do zapłaty należności. Ostatecznie powód otrzymał od strony pozwanej kwotę 582.750,70 zł. Zdaniem powoda naliczona przez stronę pozwaną kara umowna jest zawyżona, gdyż w okolicznościach realizacji inwestycji wina być, zgodnie z art. 484 § 2 k.c., miarkowana, przez podjęcie za podstawę jej naliczenia wynagrodzenia z ostatniej faktury VAT nr (...) opiewającej na kwotę 449.500,53 zł, której należało odjąć odliczyć kwotę 173.507,20 zł jako karę umowną za 193 dni opóźnienia.

Nadto powód zaznaczył także, że poniósł inne dodatkowe, nieplanowane wydatki związane z przedmiotem zamówienia. Konieczne było bowiem przeprowadzenie wymiany gruntu (koszt 84.777,69 zł) oraz wykonanie podbudowy w tym nawierzchni z piasku (koszt 55.726,73 zł netto). Innym wydatkiem poniesionym przez powoda był koszt ułożenia zniszczonej z przyczyny warunków atmosferycznych warstwy poliuretanu o wartości 133.726,68 zł. Wszystko to doprowadził do tego, że realne koszty wykonania obiektu przekroczyły wartość ustalonego w umowie wynagrodzenia, co w konsekwencji daje podstawę do zastrzeżeń w przedmiocie naliczenia kary umownej.

Strona pozwana wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na jej rzecz kosztów postępowania.

Na tle swego stanowiska strona pozwana podniosła, że niezasadnym jest twierdzenie powoda o braku poniesienia przez nią szkody, gdyż stanowi ją samo niewykonanie zobowiązania. Wysokość zaś kary umownej wynikającej z kontraktu stron jest adekwatna do rozmiarów zamówienia, mając przy tym znaczenie z punktu widzenia interesu publicznego. Powód jako profesjonalista, zajmujący się zawodowo realizacją takich zamówień jak przedmiotowe w sprawie, winien przewidzieć wszystkie towarzyszące wykonaniu robót okoliczności, w tym jesienny termin realizacji inwestycji i związane z tym trudne warunki atmosferyczne, tym bardziej, że strony w umowie nie przewidziały okoliczności zwalniających wykonawcę inwestycji od odpowiedzialności za nieterminowe zakończenie robót oraz możliwość przedłużenia terminy ukończenia budowy. Powód od początku realizacji prac popadł w opóźnienie, w stosunku przedłożonego przez niego harmonogramu rzeczowo-finansowego, przejął plac budowy dopiero 27 sierpnia 2008 r., roboty na nim rozpoczął 3 września 2008 r. Strona pozwana w piśmie z 22 września 2008 r. zwracała powodowi uwagę na popadnięcia przez niego w opóźnienie w realizacji robót. Nadto powód w trakcie wykonywania zadania nie zwracał się do inwestora o przedłużeniu terminu jego wykonania. Z kolei warunki gruntowe, wbrew twierdzeniom powoda, nie odbiegały od uwidocznionych w dokumentacji geotechnicznej i projekcie budowlanym. To niewłaściwe prowadzenie prac i dopuszczenie do zamoczenia podłoża zmusiło wykonawcę do wymiany gruntu i poniesienia dodatkowych kosztów. Powód, wbrew swoim twierdzeniom, nie występował na etapie realizacji inwestycji do kontrahenta z wnioskiem/protokołem konieczności o zatwierdzenie wymiany gruntów.

Strona pozwana przyznała fakt potwierdzenia wykonania przez powoda do 31 października 2008 r. 85,8 % zaplanowanych prac. Wówczas było jasne, że nie został zrealizowany ostatni etap budowy, obejmujący ułożenie nawierzchni i zainstalowania sprzętu sportowego – co uniemożliwiało użytkowanie obiektu.

W ocenie strony powodowej w sprawie nie występuje zobowiązanie o charakterze podzielnym, co z natury, zgodnie z poglądami Sądu Najwyższego, wyklucza możliwość miarkowania, z przyczyny wykonania przez dłużnika zobowiązania

w znacznej części. Ponadto przyjmuje się, że jeżeli kara umowna należy się za zwłokę w spełnieniu świadczenia, to jej redukcja w zasadzie nie powinna mieć miejsca, chociażby dłużnik wykonał zobowiązanie w znacznej części.

Wyrokiem z 22 marca 2013 r., wydanym do sygn. akt I C 1491/12, Sąd Okręgowy w Kielcach; w pkt. I., zasądził od strony pozwanej na rzecz powoda kwotę 183.292,38 zł z ustawowymi odsetkami od 16 czerwca 2009 r.; w pkt. II., oddalił powództwo w pozostałej części; w pkt. III., nakazał ściąganie od strony pozwanej na rzecz Skarbu Państwa-Sąd Okręgowy w Kielcach kwotę 76 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych; w pkt. IV., zwrócił powodowi nadpłaconą kwotę 2.996,76 zł; w pkt. V., zasądził od strony pozwanej na rzecz powoda kwotę 16.057,63 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

W ustaleniach stanu faktycznego sprawy Sąd I instancji stwierdził na wstępie, że strony, w tym powód w ramach konsorcjum form: Przedsiębiorstwo Budowlano- (...) S. F. z siedzibą w J. L., Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. w P. i (...) M. F. z siedzibą w J. L. – jako wykonawca, reprezentowany przez S. F. jako pełnomocnika konsorcjum, zawarły 14 sierpnia 2008 r. umowę o roboty budowlane nr (...). Nastąpiło to na podstawie dokonanego przez zamawiającego wyboru ofert wykonawcy w nieograniczonym przetargu. Przedmiotem zlecenia była realizacja przez wykonawcę zadania inwestycyjnego pod nazwą „Budowa boiska wielofunkcyjnego przy Szkole Podstawowej nr (...) w S.”. Zakres robót objętych zamówieniem obejmował wykonanie boiska wielofunkcyjnego do gier o wymiarze 28 m x 48 m, wraz z przebudową, systemem odwodnienia, urządzeniami sportowymi montowanymi w jego obrębie oraz ogrodzeniem (piłko chwytem) o wysokości 4 m. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określała dokumentacja projektowa oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych. Termin realizacji inwestycji strony umowy określili na 31 październik 2008 r. Uzgodniono także, że roboty będą realizowane zgodnie z harmonogramem, stanowiącym załącznik do umowy. Strony ustaliły wykonawcy dla wykonawcy w kwocie ryczałtowej brutto 949.701,46 zł oraz przewidziały zapłatę przez wykonawcę na rzecz inwestora, w przypadku m.in. opóźnienia w wykonaniu określonego w umowie przedmiotu zamówienia kary umownej w wysokości 0,2% ustalonego wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki.

We wnioskach i zaleceniach zawartych w dokumentacji geotechnicznej do umowy, znajdowało się zastrzeżenie, że podłoże należy w okresie wzmożonych opadów zabezpieczyć przed wodami gruntowymi, które będą zalegać w otoczeniu i powodować jego pęcznienie, a także przed wymywaniem. Główną bazę nośną podłoża stanowiły bowiem frakcje pyłowe.

Do przekazania placu budowy doszło 27 sierpnia 2008 r., przy czym powód rozpoczął pracę w tydzień później. W okresie od 17 do 26 września 2008 r. miała miejsce przerwa w robotach spowodowana opadami deszczu.

W dniu 22 września 2008 r. strona pozwana wystosowała do powoda z pismem, w którym zwróciła uwagę na opóźnienie w robotach w stosunku do uzgodnionego harmonogramu rzeczowo finansowego, stanowiącego załącznik do umowy. Otóż pod koniec września powinny być zakończone roboty demontażowe, ziemne i odwodniające, kanalizacja deszczowa, podbudowa pod nawierzchnię i ogrodzenie o wartości brutto 628.974,98 zł Tymczasem według stanu zaawansowania robót na dzień 19 września 2008 r., został wykonany jeden element harmonogramu tj. roboty demontażowe, o wartości 36.196,24 zł. Na ukończeniu były roboty ziemne obejmujące korytowanie pod budowę nawierzchni sportowej, o wartości 14.024,67 zł. Wówczas strona pozwana poinformowała, że inwestycja jest, w zakresie 200.000 zł, dofinansowywana ze środków Funduszu Rozwoju Kultury Fizycznej Ministerstwa Sportu, zaś nadzór na jej wykonywaniem sprawuje Bank (...), przy czym jednym z warunków otrzymania wspomnianego dofinansowania jest terminowe ukończenie zadania. Nadto podkreślono, że nieterminowe wykonanie przedsięwzięcia, skutkować będzie naliczeniem kar umownych określonych w umowie, (1.899,40 zł brutto za każdy dzień zwłoki).

Od 3 września 2008 r. opady deszczu doprowadziły do tego, że wykonawca do końca miesiąca miał do dyspozycji 11 dni roboczych (z sobotami), w czasie których mógł kontynuować prace. Z kolei w październiku wykonawca dysponował 16-toma dniami roboczymi nadającymi się do kontynuowania prac. W okresie od września do października 2008 r. suma opadów w stosunku do standardu średniorocznego była wyższa o 29,82 %. We wspomnianym dwumiesięcznym cyklu realizacji zadania, nasycenie opadami było wyższe o 16,22 % w stosunku do wielolecia 1971-2006.

Usytuowanie przedmiotowego kompleksu sportowego i etap wykonawczy, podczas którego wystąpiły deszcze, z uwagi na czynnik czasowy i nadzwyczajne koszty, wykluczyły doraźne, tymczasowe zabezpieczenie prac (wyłożenie grubej folii PCV, ze skanalizowanym odprowadzeniem wody lub zadaszenie terenu robót). Nadto w dalszej perspektywie konieczne było używanie typowego dla robót ziemnych sprzętu mechanicznego o znacznych gabarytach.

Warunki terenowe z jakimi spotkał się wykonawca w czasie realizacji inwestycji, nie pozostawały w jawnej sprzeczności z zapisami dokumentacyjnymi.

Na początku października 2008 r. wykonawca przeprowadził wymianę gruntu oraz stabilizację piasku cementem. Podstawowym czynnikiem, jaki wpłynął na pogorszenie gruntu i konieczność jego wymiany o wartości 84.777,69 zł, były warunki atmosferyczne w postaci długotrwałych opadów deszczu.

Do dnia 31 października 2008 r. powód wykonał przedmiotowe zadanie w zakresie 85,9 %.

W listopadzie 2008 r. wykonawca bezskutecznie próbował ułożyć przewidziana przez projekt nawierzchnię poliuretanowo-gumową, która ostatecznie z uwagi na wilgotność płyty betonowej, na której ją zainstalowano uległa zniszczeniu (zwałowaniu). W rezultacie tego powód poniósł koszty tej części prac w kwocie 138.726,68 zł.

Wskutek warunków pogodowych panujących od grudnia 2008 r. do marca 2009 r. nie miał odpowiednich warunków do zakończenia realizowanego przedsięwzięcia.

W piśmie z 17 marca 2009 r. strona pozwana wezwała powoda do zakończenia inwestycji, informując go o zamiarze naliczenia kar umownych.

Jednakże z uwagi na nieodpowiednie warunki atmosferyczne, dopiero 30 kwietnia 2009 r. była możliwa do odbioru płyta betonowa, co też zostało dokonane przez pracownika strony pozwanej. Tego samego dnia powód wystąpił z wnioskiem do strony pozwanej o wyrażenie zgody na zmianę rodzaju nawierzchni poliuretanowej na przepuszczalną, bez ponoszenia przez inwestora dodatkowych kosztów. Zgodę w tym zakresie otrzymał 5 maja 2009 r.

Ostatecznie powód zakończył wykonywanie robót w dniu 12 maja 2009 r., a w 9 dni później odbył się końcowy odbiór techniczny zadania inwestycyjnego.

W toku realizacji inwestycji komunikacja odbywała się pomiędzy kierownikiem budowy S. S., a inspektorem nadzoru B. M.. Miała ona charakter zwięzły i typowo techniczny.

W dniu 28 maja 2009 r. P.B-M(...) wystawiło fakturę VAT nr (...) opiewającą na kwotę 449.500,53 zł, w odpowiedzi na którą strona pozwana wystosowała do powoda pismo z 15 czerwca 2009 r., informujące o obciążeniu wykonawcy karą umowną (§ 14 ust. 1 pkt. 1 a umowy) w kwocie 366.584,76 zł, wobec faktu zwłoki w wykonaniu przedmiotu zamówienia o 193 dni. Jednocześnie strona pozwana potrąciła swa wierzytelność względem wierzytelności powoda wynikającej ze wspomnianej faktury.

W ocenie zebranego materiału dowodowego, Sąd I instancji w szczególności stwierdził, że stan faktyczny sprawy ustalił za pomocą zaoferowanych przez strony dowodów z dokumentów oraz fachowej, wyczerpującej oraz ostatecznie niekwestionowanej przez strony opinii biegłego w zakresie technologii i rozliczeń budownictwa ogólnego K. P.. Natomiast zeznania występujących świadków mających w sprawie charakter pomocniczy, w ocenie Sądu Okręgowego, potwierdziły tezę powoda dotyczącą niespodziewanych warunków atmosferycznych w okresie realizacji przedmiotowego zadania inwestycyjnego.

W rozważaniach prawnych dokonywanych na kanwie przepisu art. 484 k.c. Sąd Okręgowy, po przytoczeniu jego treści, w szczególności skonstatował, że judykatura dopuszcza możliwość obniżenia kary umownej ustalonej w stosunku do wartości całych prac, w przypadku wykonania w terminie większości robót. Z kolei ocena czy kara umowna w

konkretnej sytuacji jest rażąco wygórowana, winna uwzględniać szereg czynności, w tym relację między wysokością kary umownej, a wartością robót ustalonych w umowie.

W przy ocenie jednak możliwości miarkowania kary umownej istotne jest ustalenie rzeczywistych przyczyn opóźnienia zakończenia prac, co w ocenie Sądu Okręgowego ma w omawianej sprawie zasadnicze znaczenie. Wspomniany wyżej stan faktyczny sprawy, głównie za sprawą opinii biegłego K. P., jednoznacznie wskazuje, że były nimi trudne warunki atmosferyczne. Nadto przy możliwości obniżenia kary umownej nie można pomijać skutków opóźnienia dla zamawiającego roboty. Zgodnie z poglądami judykatury (uzasadnienie wyroku Sadu Najwyższego do wyroku z 19 kwietnia 2006 r., V CSK 34/06, LEX nr 195426) możliwość dochodzenia kary umownej nie jest wprawdzie uzależniona od wysokości szkody związanej z nienależytym wykonaniem zobowiązania, jednakże ocena zaistnienia tego rodzaju szkody może mieć wpływ na ograniczenie wysokości dochodzonej kary umownej.

W kontekście powyższego oraz faktu wykonania w terminie do 31 października 2008 r. zadania w 85,8 %, determinacji powoda w dążeniu na przełomie października i listopada 2008 r. do zakończenia prac, poniesienia przez niego we własnym zakresie dodatkowych kosztów 84.777,69 zł (konieczna wymiana gruntów wskutek złych warunków atmosferycznych) – naliczona przez stronę pozwana kara umowna w kwocie 366.574,76 zł, w kontekście wysokości wynagrodzenia jakie miał otrzymać powód za wykonanie przedmiotu umowy (949.701,46 zł), jest rażąco wygórowana. Powyższe tym bardziej, że powód z własnych środków był zmuszony ostatecznie wydatkować dodatkowo kwotę 233.504,37 zł. Powód wprawdzie rozpoczął roboty 3 września 2008 r., jednakże zależna od niego tygodniowa zwłoka w rozpoczęciu robót, w odniesieniu do możliwego już od 27 sierpnia 2008 r. prowadzenia robót, skutkowałą niezależnym od niego 193-dniowym opóźnieniem w zakończeniu zadania, spowodowanym niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi. Jak wynika z opinii biegłego K. P., co eksponuje Sąd Okręgowy, powód w okresie od listopada 2008 r. do drugiej dekady kwietnia 2009 r., wskutek złych warunków atmosferycznych, nie był w stanie dokończyć zaległych prac, wznawiając je w pierwszym możliwym terminie.

Sąd Okręgowy zaznacza, że pomimo występowania na powodzie, będącym profesjonalistą w realizacji takich zamówień jak przedmiotowe w sprawie, obowiązku przewidzenia trudnych w jesieni warunków atmosferycznych, to jednak dochodzi do przekonania, że opinia biegłego K. P. wskazuje na występowanie we wrześniu 2008 r. opadów znacznie przewyższających średnia wieloletnią o 76,74 %, co w konsekwencji doprowadziło do braku możliwości zniwelowania przez powoda powstałych opóźnień.

W kolejności Sąd I instancji zauważa, że co prawda strona pozwana podnosi fakt poniesienia przez nią szkody przez sam fakt niewykonania zobowiązania, jednakże, co zaznacza biegły, prace budowlane polegające na wykonaniu boiska sportowego zazwyczaj rozpoczyna się na wiosnę, gdy są lepsze warunki pogodowe. W konsekwencji to strona pozwana poprzez podpisanie umowy dopiero w sierpniu sama doprowadziła do powstania potencjalnej szkody polegającej na niewykonaniu zobowiązania w terminie, w uwagi na złą aurę.

W konkluzji Sąd Okręgowy miarkując umówiona przez strony karę umowną, dochodzi do przekonania, że kwotę wyjściową do obliczenia kary umownej powinna stanowić, zgodnie z § 14 ust. 1 pkt. 1a umowy stron z 18 sierpnia 2008 r., wartość 949.701,46 zł. Wnikającą z niej karę umowną w kwocie 366.584,76 zł należało jednakże obniżyć o połowę czyli o 183.292,38 zł. W konsekwencji Sąd Okręgowy zasądził od strony pozwanej na rzecz powoda tę właśnie kwotę, z odsetkami od dnia następnego po dacie pisma pozwanej o potrąceniu wierzytelności z tytułu kary umownej za zwłokę, oddalając powództwo w pozostałej części.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy uwzględniając wynik procesu orzekł przy zastosowaniu art. 100 w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. zaś o kosztach sądowych zgodnie z art. 113 ust. 1 ustawy z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. nr 167, poz. 1398 ze zm., dalej u.k.s.c.), w zw. z art. 100 k.p.c.

W apelacji od powyższego orzeczenia (za wyj. pkt. IV – vide rozprawa apelacyjna) strona pozwana zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego,

- art. 484 § 2 k.c. poprzez przyjęcie, iż naliczona przez Gminę S. kara umowna jest rażąco wygórowana, co uzasadnia jej obniżenie poprzez miarkowanie, dopuszczając do złagodzenia dolegliwości finansowej wobec powoda, który przez niezachowanie należytej staranności przy wykonywaniu inwestycji doprowadził do 193 dniowego opóźnienia w jej wykonaniu naruszając interes pozwanego i obciążając go skutkami tego opóźnienia;

- art. 484 § 2 k.c. poprzez nieuzasadnienie w nawiązaniu do okoliczności faktycznych znacznego, bo 50% obniżenia kary umownej, w sytuacji kiedy tylko częściowe wykonanie obiektu budowlanego nie miało znaczenia dla pozwanego, poniesienie przez powoda dodatkowych środków finansowych nie było zgłoszone jako roboty dodatkowe, a opóźnienie było spowodowane nieterminowym rozpoczęciem robót;

- art. 362 k.c. poprzez jego niezastosowanie, pomimo przyjęcia, że pozwany przyczynił się do powstania szkody, zawierając umowę o wykonanie robót w sierpniu zamiast na wiosnę, nie określił stopnia tego przyczynienia, lecz przyjął te okoliczność jako podstawę miarkowania kary;

- art. 355 § 2 k.c. poprzez nieuwzględnienie faktu, że powód jako podmiot zawodowo trudniący się działalnością gospodarczą polegającą na wykonywaniu robót budowlanych powinien przewidzieć, iż warunki klimatyczne sprzyjają opadom w okresie jesiennym, w związku z czym do objętych umową prac powinien przystąpić niezwłocznie, a potem w trakcie ich wykonywania przewidzieć, że ułożenie nawierzchni boiska na wilgotnym podłożu zakończy się niepowodzeniem i koniecznością jego zamiany;

- art. 353¹ k.c. poprzez przyjęcie, że strony nie mogły same kreować łączącego je stosunku prawnego i powinny przyjąć, iż roboty budowlane mogą być wykonywane tylko w okresie wiosenno-letnim;

- art. 481 § 1 k.c. poprzez przyjęcie, że pozwany opóźnia się w spełnieniu świadczenia od dnia 16 czerwca 2009 r. pomimo, że Sąd dokonywał obniżenia kary zaskarżonym wyrokiem i dopiero od tej daty jest znana wysokość świadczenia;

2. Naruszenie przepisów postępowania tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

A. – nierozważenie zabranego materiału dowodowego i pominięcie przy wydawaniu zaskarżonego wyroku okoliczności faktycznych wynikających z zeznań świadków B. M. i G. C. świadczących o tym, że pozwana zwracała uwagę powoda na trudne warunki atmosferyczne, co powód zbagatelizował;

- nierozważenie zebranego materiału dowodowego i pominięcie faktu, iż umowa została zawarta w dniu 14 sierpnia 2008 r., a powód przez brak staranności rozpoczął pracę dopiero 3 września 2008 r., co spowodowało opóźnienie prac, pomimo bardzo dobrych warunków pogodowych, których później przy występowaniu obfitych opadów deszczu, powód nie był w stanie nadrobić;

B. przekroczenie zasad swobodnej oceny dowodów poprzez przyjęcie- że naliczona kara umowna jest rażąco wygórowana, gdyż powód nie mógł przy zachowaniu należytej staranności przewidzieć okoliczności (głównie opadów deszczu w jesieni) wpływających na nieukończenie budowy w terminie;

- że poniesienie przez wykonawcę dodatkowych kosztów powinno mieć wpływ na miarkowanie kary w przypadku, gdy wykonawca poniósł je z powodu braku staranności przy prowadzeniu robót i nie wykonywał z wnioskiem o zatwierdzenie jakichkolwiek dodatkowych robót dodatkowych;

- że pozwana podpisując umowę w sierpniu 2008 r. sama spowodowała możliwość powstania potencjalnego opóźnienia z uwagi na złą pogodę w miesiącach jesiennych.

Wobec powyższego strona apelująca wniosła o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie powództwa w całości, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji,
2. Zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej zwrotu kosztów postępowania za obie instancje według norm przepisanych.

W odpowiedzi na apelację strony pozwanej powód wniósł o oddalenie apelacji i o zasądzenie od strony pozwanej na jego rzecz kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja strony pozwanej okazała się nieuzasadniona, albowiem orzeczenie Sądu I instancji jest zgodne z prawem.

Na wstępie wypada zauważyć, że jakkolwiek ocena prawna zgłoszonego roszczenia dokonana przez Sąd Okręgowy okazała się nietrafna, to jednak ustalenia stanu faktycznego poczynione w sprawie są prawidłowe, przy czym wymagają uzupełnienia. Otóż w okresie od 27 sierpnia do 3 września 2008 r., kiedy panowały korzystne warunki dla realizacji przez wykonawcę przedmiotowej inwestycji, firma pozwanej pracowała na innych budowach (dowód: zeznania świadka S. S. k. 122-123). Powód pomimo, że umowa stron z 14 sierpnia 2008 r. taką możliwość przewidywała, to jednak nie występował do strony pozwanej z wnioskiem o zatwierdzenie robót dodatkowych (dowód umowa w zakresie § 7 pkt. 307 k. 45-50, zeznania świadków B. M., G. C., M. F. k. 142-145).

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów apelacji trzeba się zgodzić z jej twierdzeniami, o błędnym pominięciu przez Sąd Okręgowy okoliczności dotyczących tego, że to za sprawą niestaranego działania powoda doszło do opóźnienia realizacji inwestycji o 193 dni. W pełni uzasadniona jest także teza apelacji, że częściowe wykonanie obiektu w postaci budowy boiska wielofunkcyjnego przy Szkole Podstawowej nr (...) w S. nie miało znaczenia dla strony pozwanej (stał się dla niej nie użyteczny, dopiero po finalnym zakończeniu robót i ostatecznym przekazaniu go do wykorzystywania), zaś poniesienie przez powoda dodatkowych środków finansowych nie było przez wykonawcę inwestycji zgłaszane, przy czym doszło do tego, ponieważ powód z własnej winy w sposób nieterminowy, z opóźnieniem niemal trzech tygodniowym rozpoczął realizację zadania (termin brakujący do wykonania robót odwadniających zapobiegających zalaniu placu budowy). Nadto prawidłowo się zarzuca w apelacji, że Sąd Okręgowy w sposób nieuprawniony przyjął możliwość zastosowania art. 362 k.c. o przyczynieniu się przez stronę pozwaną do zaistnienia szkody, tudzież na tym tle błędnie nie uwzględnił na podstawie art. 355 § 2 k.c. faktu trudnienia się przez powoda działalnością gospodarczą, stąd też koniecznością przewidywania możliwości występowania w okresie jesiennym intensywnych opadów atmosferycznych, a zatem koniecznością niezwłocznego przystąpienia do prac umownych, skoro tuż po 14 sierpnia 2008 r. panowały sprzyjające warunki do wykonywania robót. Strona pozwana wszak, co niesporne, nie czyniła powodowi żadnych przeszkód do objęcia placu budowy tuż po podpisaniu umowy, oczekując na inicjatywę w tym względzie wykonawcy inwestycji. W końcu nie można czynić zarzutu stronie pozwanej o zawarciu umowy z powodem dopiero w sierpniu, ponieważ to powód jako specjalista winien przewidzieć wszelkie negatywne następstwa, w tym związane z aurą panującą na szerokości geograficznej Polski, mogące wpłynąć na niebezpieczeństwo braku ukończenia zadania inwestycyjnego w terminie do 31 października 2008 r. Przeważając przyjmując tezę przeciwną Sąd Okręgowy dopuścił się także naruszenia art. 353¹ k.c.

W tym kontekście Sąd I instancji nierozważnie ocenił zebrany w sprawie materiał dowodowy i pominął przy wydawaniu wyroku zeznania świadków B. M. i G. C. świadczących o zwracaniu przez stronę pozwaną powodowi uwagi na trudne warunki atmosferyczne, co zostało przez niego zbagatelizowane. Nadto wadliwie pominął, że zasadniczą przyczyną (widoczna bez uciekania się do opinii biegłego) było nieroztropne przystąpienie przez pozwanego do robót 3 września 2008 r. i zmitręzenie, przy stosunkowo niedługim terminie dla realizacji inwestycji, okresu najkorzystniejszego do prowadzenia prac budowlanych.

Jednakże pomimo dopuszczenia się przez Sąd instancji powyższych uchybień, orzeczenia zapadłe w sprawie uznać należy za zgodne z prawem.

Na wstępie należy przypomnieć, że to zadaniem sądu jest prawidłowe, w kontekście ustalonego stanu faktycznego, zastosowanie przepisów prawa materialnego, tudzież adekwatnej do niego ich interpretacji. W kontekście treści powództwa i zarzutów do niego zgłaszanych, w sprawie niewątpliwie należało zastosować art. 484 § 2 k.c. Ów przepis przewiduje możliwość zmniejszenia wysokości kary umownej (tzw. zamiarkowania), choć nie zupełnego jego zniesienia. Jego zastosowanie ma miejsce w razie alternatywnego lub łącznego wystąpienia jednej z dwóch przesłanek tj., bądź gdy zobowiązanie, z którym powiązana jest kara umowna w znacznej części zostało wykonane, bądź gdy kara umowna będzie rażąco wygórowana. Pierwsza z wyżej wymienionych przesłanek, o czym już wstępnie wspomniano, nie może mieć w sprawie zastosowania, gdyż jej badanie odbywa się w nawiązaniu do gospodarczego celu świadczenia i znaczenia, jakie miało ono dla wierzyciela w konkretnym stosunku obligacyjnym. Przesłanka ta okazuje się bezprzedmiotowa w przypadku zobowiązań, których częściowe wykonanie pozbawione jest znaczenia. Nie ulega kwestii, że dla strony pozwanej oddanie zadania inwestycyjnego choćby w 99% nie miało znaczenia, gdyż jej przedmiot nie mógł być wykorzystywany, np. bez końcowego odbioru. Przeto wszelkie dywagacje dotyczące zakresu wykonania przez powoda inwestycji do umownego upływu terminu jej realizacji są pozbawione jakiegokolwiek znaczenia.

Przeciwnie kształtuje się możliwość zastosowania przesłanki miarkowania kary umownej z uwagi na rażące wygórowanie kary umownej. Na wstępie wypada zauważyć, że katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie jest zamknięty (por. uchwała Sądu Najwyższego z 6 listopada 2003 r., III CZP, OSNC 2004, nr 5, poz. 69), choć przepis art. 484 k.c., w sposób wyczerpujący reguluje przesłanki, które mogą stanowić podstawę miarkowania. Zaznaczyć przy tym należy, że instytucja miarkowania kary umownej ma przeciwdziałać dużym dysproporcjom między zastrzeżonej kary, a godnym ochrony interesem wierzyciela. Podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem, nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17 grudnia 2008 r., V ACa 483/08. LEX nr 491137). Podstawowymi funkcjami kary umownej są: stymulacja wykonania zobowiązania; represja za niewykonanie lub nienależyte zobowiązania; kompensacja polegająca na naprawieniu szkody (por. wyrok Sądu Najwyższego z 30 listopada 2006 r., I CSK 259/06, LEX nr 398369).

Nie sposób przy tym nie zauważyć, że kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w momencie zastrzeżenia, bądź też zostać taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których zalicza się m.in. znikoma szkoda wierzyciela, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością, a wysokością należnej kary umownej (por. wyrok Sądu Najwyższego z 14 lipca 1976 r., I CR 221/76, OSNCP 1977, nr 4, poz. 76). Istotnym kryterium dla oceny wystąpienia rażącego wygórowania kary umownej jest relacja jej wysokości do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych. Jednym zaś z kryteriów i przesłanek podejmowania decyzji o zastosowaniu miarkowania kary umownej jest jej stosunek do wysokości szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (por. wyroki Sądu Najwyższego z: 11 października 2007 r., IV CSK 181 181/07, OSNC-ZD 2008, nr 2, poz. 48; 30 listopada 2006 r., I CSK 259/06, LEX nr 398369). Możliwość dochodzenia kary umownej nie jest wprawdzie uzależniona od wystąpienia szkody związanej z nienależytym wykonaniem zobowiązania, jednakże ocena zaistniałej z tego powodu szkody może mieć wpływ na ograniczenie dochodzonej kary umownej (por. wyrok Sądu Najwyższego z 19 kwietnia 2006 r., V CSK 34/06, LEX nr 195426).

Biorąc pod uwagę powyższe wywody i nawiązując je do stanu faktycznego sprawy, trzeba stwierdzić, że strona pozwana wskutek nieterminowego wykonania przedmiotowego w sprawie zobowiązania, w istocie rzeczy nie poniosła żadnej szkody lub też jej zakres był minimalny w stosunku do możliwości wykorzystania boiska sportowego przez dzieci i młodzież, gdyż w okresie od listopada 2008 r. do końca marca 2009 r., nawet końca kwietnia 2009 r. z uwagi na niesprzyjające warunki atmosferyczne, jego wykorzystanie, z uwagi na panującą aurę zimową, były praktycznie żadne. W gruncie rzeczy dla strony pozwanej niewielkie znaczenie, poza czuwaniem nad realizacją umowy w terminie, było oddanie inwestycji przed okresem zimowym. Co prawda strona pozwana informowała wykonawcę, że inwestycja jest w zakresie 200.000 zł, dofinansowywana ze środków Funduszu Rozwoju Kultury Fizycznej Ministerstwa Sportu, zaś nadzór na jej wykonywaniem sprawuje Bank (...), przy czym jednym z warunków otrzymania wspomnianego dofinansowania jest terminowe ukończenie zadania, jednakże nie wykazała, ażeby w związku z nieterminowym oddaniem do użytku boiska sportowego przy Szkole Podstawowej nr (...) w S., poniosła jakikolwiek uszczerbek.

Nie jest bowiem szkodą samo nie wykonanie zobowiązania. W tej sytuacji określenie wysokości kary umownej na poziomie ponad 1/3 wartości przedmiotowego w sprawie przedsięwzięcia musi być uznane jako rażąco wygórowane i musi zostać w oparciu o przepis art. 482 § 2 k.c. zmiarkowane. Dochodzenie przez stronę pozwaną od wykonawcy przedsięwzięcia kary umownej jest związane jedynie z represyjnym jej charakterem, który wszak nie może sięgać pełnego wymiaru wysokości kary, lecz co najwyżej poziom 1/2 jej zakresu. Wówczas zostanie w pełni i w sposób wystarczający spełniona funkcja kary umownej, zapobiegając przy tej okazji do nieuzasadnionemu wzbogaceniu się uprawnionego.

Mając powyższe na uwadze Sąd Odwoławczy, przy zastosowaniu art. 385 k.p.c. oddalił apelację strony pozwanej, rozstrzygając przy tym o kosztach postępowania apelacyjnego zgodnie z zasadą odpowiedzialności stron za jego wynik przewidzianą w art. 98 § 1 i 3 k.p.c., w związku z art. 108 § 1 k.p.c. i § 12 ust. 1 pkt. 2, w zw. z § 6 pkt. 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. nr 163, poz. 1348 ze zm.).