

Sygn. akt I AGa 162/18

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 maja 2018 r.

**Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:**

**Przewodnicząca: SSA Dorota Ochalska - Gola**

**Sędziowie: SA Krystyna Golinowska (spr.)**

**SO (del.) Ryszard Badio**

**Protokolant: sekr. sąd. Paulina Działońska**

**po rozpoznaniu w dniu 29 maja 2018 r. w Łodzi na rozprawie**

**sprawy z powództwa Miasta M.**

**przeciwko M. A. (1)**

**o zapłatę**

**na skutek apelacji strony powodowej**

**od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi**

**z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt X GC 966/16**

**1. oddala apelację;**

**2. zasądza od Miasta M. na rzecz M. A. (1) kwotę**

**4.050 (cztery tysiące pięćdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

**Sygn. akt I AGa 162/18**

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 12 grudnia 2017 r. Sąd Okręgowy w Łodzi zasądził od M. A. (1) na rzecz Miasta M. kwotę 1760 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 29 września 2016 r. do dnia zapłaty (pkt 1.), oddalił powództwo w pozostałej części (pkt 2.) oraz zasądził od Miasta M. na rzecz M. A. (1) kwotę 7217 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt 3.).

**Powyższy wyrok zapadł na podstawie następujących ustaleń, które Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne.**

**Powód prowadził inwestycję budowy kompleksu boisk sportowych w ramach programu „Moje boisko O. 2012” na terenie MOSiR w M.. Pierwotnie wyłoniony w przetargu wykonawca nie ukończył prac, wobec czego rozpisany został kolejny przetarg na dokończenie robót budowlanych.**

**W dniu 16 marca 2012 r. zamawiający sporządził protokół z inwentaryzacji robót, w treści którego stwierdzone między innymi występowanie miejscowych zapadnięć w podłożu boiska piłkarskiego.**

*W dniu 26 kwietnia 2012 r. pomiędzy stronami zawarta została umowa, której przedmiotem było dokończenie przedmiotowych robót, na warunkach wskazanych w ofercie z dnia 6 kwietnia 2012 r., stanowiącej załącznik nr 1 do umowy. Szczegółowy zakres robót został opisany w SIWZ, dokumentacji projektowej oraz specyfikacjach technicznych. Za wykonanie prac ustalono wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 598000 zł brutto. W § 8 ust. 1 lit. b umowy zastrzeżono obowiązek zapłaty przez wykonawcę kary umownej za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzony w okresie gwarancji i rękojmi w wysokości 0,3 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia liczonego od dnia wyznaczonego na usunięcie wad. Wykonawca udzielił zamawiającemu gwarancji jakości wykonanie przedmiotu umowy na okres 60 miesięcy od podpisania protokołu odbioru końcowego i zobowiązał się do bezpłatnego usunięcia wad i usterek w terminie 7 dni licząc od daty pisemnego powiadomienia.*

*Dalej Sąd I instancji ustalił, że zgodnie z SIWZ przedmiot zamówienia w zakresie boiska do piłki nożnej obejmował: budowę boiska, podbudowę przepuszczalną i nawierzchnię do piłki nożnej – sztuczną trawę, obrzeża betonowe i wyposażenie. Zakres robót wykonanych przez poprzedniego wykonawcę wynikał z protokołu z inwentaryzacji, stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ. W dokumencie tym wskazano, że roboty budowlane zostały zakończone na ułożeniu nawierzchni z trawy syntetycznej ułożonej na podbudowie zgodnej z dokumentacją techniczną, zaś płyta boiska została obudowana obrzeżami. Ponadto wymieniono rodzaj zamontowanego wyposażenia boiska. Z kolei zakres robót, które miał wykonać pozwany określono następująco:*

- roboty ziemne – należy dokonać geodezyjnego sprawdzenia ułożonej ostatecznej warstwy z miaru kamiennego gr. 5 cm pod względem właściwych spadków płyty boiska, w przypadku niezgodności z dokumentacją techniczną wykonać właściwe spadki i uzupełnić miejscowo stwierdzone ubytki miarem kamiennym 0-4 mm oraz wykonać odwodnienie z pomocą studni chłonnych z rozsączkowaniem podłączonych do odwodnienia liniowego;*
- nawierzchnia z trawy syntetycznej – wykonać właściwe klejenie poszczególnych pasów nawierzchni trawy (wobec stwierdzenia licznych odklejeń i przerw w klejeniu), wymienić pasy zniszczonej nawierzchni, wymienić wklejone wadliwie pasy linii boiska, wykonać zasypki z piasku kwarcowego i granulatu (...);*
- wyposażenie – dokonać sprawdzenia wyposażenia, ewentualnej wymiany urządzeń uszkodzonych bądź uzupełnienia i wbudowania.*

*W specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (nr 2/d budowa boisk – podbudowy i nawierzchni) w pkt 6.4.3. wskazano natomiast, że nierówności podłużne podbudowy należy mierzyć 4-metrową łatą lub planografem, zgodnie z BN- (...) -04[28], nierówności poprzeczne podbudowy należy mierzyć 4-metrową łatą. Określono, że nierówności podbudowy nie mogą przekraczać 10 mm dla podbudowy zasadniczej oraz 20 mm dla podbudowy pomocniczej.*

W dniu 20 czerwca 2012 r. podpisani protokół końcowego odbioru robót.

W dniu 3 czerwca 2013 r. przeprowadzono pierwszy przegląd gwarancyjny, w trakcie którego stwierdzono wady szczegółowo wskazane w protokole, dotycząc ogrodzenia, zaplecza socjalnego, nawierzchni z kostki wzdłuż dłuższego boku zaplecza szatniowego i boiska piłkarskiego o nawierzchni z trawy syntetycznej, gdzie ujawniono liczne zadolenia w wierzchniej warstwie podbudowy boiska pod trawą syntetyczną. Wskazano, że konieczne jest zdemontowanie nawierzchni trawiastej, uzupełnienie podbudowy, zagęszczenie i ponowny montaż trawy wraz z zasypką z granulatu (...), w terminie do 17 lipca 2013 r.

W czerwcu 2013 r. do naprawy kostki przystąpił podwykonawca pozwanego W. K., który po wykonaniu odkrywki, ujawnił całkowity brak podłączenia odprowadzenia rury spustowej z dachu zaplecza do instalacji odwodnienia zaplecza. Powodowało to nieodprowadzanie wody i zalewanie opraw oświetleniowych. Podwykonawca wykonał prawidłowe podłączenie, co zlikwidowało przecieki do oświetlenia.

W piśmie z 30 września 2013 r. pozwany powiadomił powoda o usunięciu usterek w postaci zapadniętej kostki i zwrócił się o wydłużenie terminu do usunięcia usterek związanych z zapadniętą podbudową na boisku piłkarskim. Powód wyraził zgodę na przedłużenie terminu do 30 kwietnia 2014 r. i tego dnia pozwany poinformował o usunięciu powyższych usterek. Następnie wyznaczono na 22 maja 2014 r. termin przeglądu i odbioru usuniętych usterek. W jego wyniku stwierdzono istnienie szeregu wad, w tym:

- nieusunięcie usterek dotyczących ogrodzenia, to jest wymiany wadliwych obejm mocujących panele ogrodzenia do słupków, co spowodowało odpadnięcie części paneli;
- nieusunięcie usterek dotyczących wymiany zalanych wodą opadową i skorodowanych lamp w pomieszczeniu zaplecza;
- niewymienienie nieszczelnych lamp zewnętrznych zaplecza;
- nieusunięcie nierówności płyty boiska piłkarskiego ze sztucznej trawy;
- nadmiar granulatu (...) zalegający na płycie boiska piłkarskiego.

Termin ich usunięcia powód wyznaczył na 18 czerwca 2014 r.

W piśmie z dnia 23 czerwca 2014 r. pozwany stwierdził, że usterki dotyczące nierówności boiska ze sztucznej trawy zostały przez niego usunięte, zaś zakres wykonywanych przez niego robót nie obejmował podbudowy pod boisko, która została wykonana przez pierwszego wykonawcę i odebrana przez inwestora, usterki zaplecza kontenerowego zostaną usunięte przez podwykonawcę firmę (...), natomiast ogrodzenie wykonywała firma (...), której inwestor zlecił montaż piłkochwyłów nieprzewidzianych w projekcie, których brak powodował uszkodzenie ogrodzenia.

Usterka ogrodzenia została ostatecznie usunięta w ten sposób, że zamontowano dodatkowe siatki chwytające piłki (piłkochwyły) na koszt użytkownika boiska MOSiR w M..

W dniu 15 września 2014 r. powód wystawił notę księgową, obciążając pozwanego karą umowną za 88 dni zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w kwocie 157872 zł (88 dni x 0,3% x 598000 zł). Jednocześnie powód wezwał pozwanego do usunięcia usterek stwierdzonych w trakcie przeglądu w dniu 22 maja 2014 r. w terminie do 26 września 2014 r.

W odpowiedzi na powyższe pozwany odesłał notę księgową i podtrzymał stanowisko o usunięciu wszystkich usterek, za wyjątkiem wymiany dwóch uszkodzonych lamp na zapleczu kontenerowym. Wymiana lamp nastąpiła w dniu 14 października 2014 r.

W dniu 7 września 2015 t. powód zlecił sporządzenie ekspertyzy technicznej dotyczącej stanu boiska piłkarskiego. Po dokonaniu pomiaru powierzchni boiska autor ekspertyzy stwierdził, że na jego obszarze występują nierówności wynikające z zadoleń i zawyżeń warstwy mialu kamiennego. Niwelacja wskazuje też spadek poprzeczny wynoszący od 0,4 do 0,5 % w kierunku wschodnim, częściowo zaburzony przez występowanie lokalnych zaniżeń i przewyższeń. Wskazał, że wymagania dla nawierzchni sportowych nie są aktualnie unormowane żadnym normatywem. Badane boisko spełnia wymagania określone w poprzednio obowiązującej (wycofanej) normie PN- (...) -1:2008. Nie spełnia natomiast, w zakresie obszarów określonych w ekspertyzie kolorem czerwonym, bardziej rygorystycznych norm nierówności przewidzianych w pkt 6.4.3. specyfikacji wykonania i odbioru robót budowlanych, a więc w tym zakresie można stwierdzić wadliwość. Zdaniem autora ekspertyzy granicą nierówności powodująca ryzyko potknięcia są zadolenia i zawyżenia rzędu 20 mm, które w przedmiotowym przypadku nie występują. Według ekspertyzy

ogłędziny potwierdziły występowanie jednego uszkodzenia mechanicznego nawierzchni z trawy syntetycznej w rejonie południowego pola karnego, które stanowi istotne zagrożenie i musi być usunięte. Naprawa wymaga rozcięcia i podklejenia złącza. Natomiast naprawa zadoleń wymaga odcięcia i usunięcia 13, 5 m pasa nawierzchni wzdłuż wschodniej granicy boiska, spulchnienia do 3 cm głębokości warstwy mialu kamiennego, a następnie wyprofilowania i zagęszczenia z ewentualnym dowozem materiału i ponownego ułożenia nawierzchni.

Pismem z dnia 10 grudnia 2015 r. powód wezwał pozwanego do wykonania napraw gwarancyjnych, zgodnie z powyższą ekspertyzą w terminie 21 dni. W odpowiedzi pozwany zaproponował naprawę punktowego rozklejenia sztucznej trawy do 30 kwietnia 2016 r. Nadto, podtrzymał stanowisko co do braku odpowiedzialności za stan podbudowy wykonanej przez poprzedniego wykonawcę oraz zakwestionował fakt, że pomiar geodezyjny boiska dla potrzeb ekspertyzy został wykonany na ułożonej już trawie zasypanej piaskiem kwarcowym i granulatem gumowy, co - jego zdaniem - powoduje, że tak wykonana siatka punktów nie daje wiarygodnego pomiaru.

Poczynając od 19 maja 2016 r. powód jeszcze kilkakrotnie kierował do pozwanego wezwania do dokonania napraw gwarancyjnych, zaś pozwany w odpowiedzi kierował do powoda pisma, w których podtrzymywał dotychczasową argumentację i twierdził, że usunął wszystkie usterki związane z jego zakresem prac.

Przechodząc do oceny prawnej zgłoszonego roszczenia, Sąd meriti wskazał, że w pierwszej kolejności należało określić, których konkretnie wad dotyczył spór. Strony sporządziły bowiem kilka protokołów stwierdzających istnienie wad i usterek, a poza tym powód wielokrotnie przedłużał termin do ich usunięcia, a w takim przypadku nie można mówić o opóźnieniu w ich usuwaniu. Zauważył, że powód naliczył kary umowne za okres od 19 czerwca do 15 września 2014 r., w związku z upływem terminu do usunięcia usterek stwierdzonych protokołem z dnia 22 maja 2014 r., co miało nastąpić przez wymianę wadliwych obejm mocujących ogrodzenie, wymianę lamp w pomieszczeniu zaplecza i skorodowanych lamp zewnętrznych oraz usunięcie nierówności boiska piłkarskiego ze sztucznej trawy.

Dalej Sąd Okręgowy stwierdził, że wierzyciel dochodząc odszkodowania na podstawie przepisów o odpowiedzialności kontraktowej musi udowodnić fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, szkodę oraz wiązek przyczynowy (art. 471 k.c.). W wyniku zastrzeżenia kary umownej reguły dowodzenie zmieniają się o tyle, że wierzyciel nie musi udowadniać szkody i jej wysokości. Z kolei dłużnik, chcąc zwolnić się od obowiązku zapłaty kary umownej musi wykazać, że nie została ona skutecznie zastrzeżona lub zobowiązanie zostało należycie wykonane lub też że jego niewykonanie bądź nienależyte wykonanie było spowodowane okolicznościami, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

Okoliczność zastrzeżenia w umowie ważnego postanowienia o karze umownej nie była między stronami sporna. Sporny był natomiast zakres obowiązku pozwanego z tego tytułu. Zdaniem Sądu I instancji, z treści łączącej strony umowy wynika, że pozwany udzielił gwarancji wyłącznie na prace wykonane przez siebie, to jest objęte umowa o dokończenie robót.

Odnosnie do wad ogrodzenia, w ocenie Sądu meriti, powód nie zdołał wykazać jego uszkodzenia są wynikiem niewłaściwego zrealizowania robót przez pozwanego. Przeciwnie, z materiału sprawy wynika, że użytkownik boiska podjął się zamontowania dodatkowych, nieprzewidzianych w projekcie piłkochwyłów, zatem przyczyną wystąpienia tej wady był ich brak, a nie nieprawidłowe wykonanie prac przez pozwanego, co wyklucza naliczenie kary umownej z tego tytułu.

Następnie Sąd meriti stwierdził, że najpoważniejszy charakter miała zgłaszana przez powoda wada w postaci nierówności boiska piłkarskiego. Ustalenie kwestii spornych w tym zakresie, a więc charakteru istniejących nierówności oraz przyczyny ich powstania wymagało jednak wiadomości specjalnych. Sąd Okręgowy dostrzegł przy tym, że ekspert działający na zlecenie powoda uznał za wadę zagrażającą bezpieczeństwu jedynie zadolenia i zawyżenia przekraczające 20 mm. Podniósł również, że pozwany w umowie przyjął na siebie obowiązek geodezyjnego sprawdzenia ułożonej ostatecznej warstwy z mialu kamiennego i w razie niezgodności z dokumentacją techniczną wykonać właściwe spadki i uzupełnić ewentualne ubytki, a następnie położyć nawierzchnię z trawy syntetycznej. Skoro prace wykonane przez pozwanego zostały odebrane przez zamawiającego, znaczy to, że zostały one wykonane

prawidłowo. Jeśli następnie, w okresie gwarancji pojawiły się nierówności, rzeczą powoda było wykazanie, że wynikają one z zakresu prac pozwanego, czemu nie sprostał. Sąd I instancji zaznaczył, że pozwany kwestionował sposób badania nierówności warstwy wierzchniej boiska na potrzeby ekspertyzy sporządzonej na zlecenie powoda, twierdząc że wykonana siatka punktów geodezyjnych nie mogła dać wiarygodnego pomiaru. Sąd meriti zauważył również, że w treści złożonej ekspertyzy niedokładnie została przytoczona treść specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, stanowiącej załącznik do umowy stron. W pkt 6.4.3. specyfikacji zapisano bowiem, że nierówności podbudowy nie mogą przekraczać 10 mm dla podbudowy zasadniczej i 20 mm dla podbudowy pomocniczej. W sprawie było zaś niesporne, że nierówności nawierzchni przekraczają miejscowo 10 mm, ale nie przekraczają 20 mm. Ustalenie, które warstwy stanowią podbudowę zasadniczą, a które pomocniczą, jak również czy prawidłowe jest dokonywanie pomiarów nawierzchni trawiastej wymagało więc wiadomości specjalnych, do czego niezbędne było zasięgnięcie opinii biegłego. Sąd Okręgowy wskazał również, że rozwarstwienie nawierzchni stwierdzone w ekspertyzie nie dotyczy okresu objętego powództwem, poza tym zwrócił uwagę, że powód wyraził zgodę na przesunięcie terminu naprawy tego rozwarstwienia do końca kwietnia 2016 r. Reasumując, Sąd I instancji uznał, że powód nie udowodnił istnienia wady w postaci nierówności boiska, za powstanie której ponosi odpowiedzialność pozwany.

Sąd meriti podkreślił, że jedynymi wadami, których istnienie i objęcie gwarancją pozwanego zostało udowodnione w stanie faktycznym sprawy były wady oświetlenia zewnętrznego i wewnętrznego. Wprawdzie przyczyna uszkodzeń w tym zakresie została usunięta już w dniu 7 czerwca 2013 r., nie usunięto jednak skutków wcześniejszych zalań w postaci skorodowanych lamp. Pozwany wymienił dwie lampy wewnętrzne w dniu 14 października 2014 r., a więc po terminie wyznaczonym przez powoda. Zaznaczył, że kwestia usunięcia nieszczelności lam zewnętrznych nie została wykazana. Według pozwanego wykonał to MOSiR, choć nie wiadomo kiedy. Nie można natomiast przyjąć, że ich nieszczelność była wadą projektową, gdyż takie oświetlenie nie wymaga zadaszenia, co potwierdza sposób montażu lamp ulicznych. Z tego względu, posiłkując się doświadczeniem życiowym, Sąd Okręgowy uznał, że pozwany był zobowiązany do usunięcia tej usterki. Materiał sprawy nie daje podstaw do przyjęcia, że wada ta została usunięta w okresie, za który powód dochodzi kary umownej.

Sąd I instancji uznał jednak, że charakter i znaczenie powyższej wady przemawia za zasadnością wniosku pozwanego o miarkowanie kary umownej, na podstawie art. 484 § 2 k.c. Podniósł, że naliczanie kary umownej za tego rodzaju usterkę w kwocie 1794 zł dziennie jest rażąco wygórowane. Wada ta nie powodowała bowiem niemożności korzystania z obiektu, przyczyna zalewania lamp została usunięta natychmiast po jej stwierdzeniu, pozostała zatem tylko kwestia estetyki, a nie bezpieczeństwa użytkowników pomieszczeń. Wady oświetlenia zewnętrznego też ostatecznie zostały usunięte. Mając powyższe na uwadze, Sąd meriti przyjął, że za nieusunięcie w terminie powyższych wad adekwatną będzie kara w wysokości 20 zł dziennie, zatem za 88 dni opóźnienia zasądzeniu na rzecz powoda podlegała kwota 1760 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od wytoczenia powództwa (art. 481 § 1 i 2 k.c.). Powództwo w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu jako bezzasadne.

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu Sąd Okręgowy uzasadnił treścią art. 100 zd. 2 k.p.c. i obciążył powoda należnością z tego tytułu w całości, z uwagi na fakt, że pozwany uległ tylko w znikomej części (1,11%).

W złożonej apelacji skierowanej do rozstrzygnięcia o oddaleniu powództwa i kosztach procesu, powód zarzucił zaskarżonemu wyrokowi:

1. naruszenie prawa materialnego, to jest art. 484 § 2 k.c. poprzez jego niewłaściwe

zastosowanie i uznanie, że kara umowna naliczona w związku wadami zewnętrznymi i wewnętrznymi oświetlenia jest rażąco wygórowana, a także poprzez dokonanie jej miarkowania do 1 % wysokości zastrzeżonej w umowie kary umownej,

2. naruszenie prawa procesowego, a mianowicie:

- art. 233 k.p.c. przez dowolną ocenę materiału dowodowego wskutek uznania, że prace pozwanego zostały wykonane prawidłowo, skoro zostały odebrane, skoro z zeznań świadka K. J. wynika, iż w końcowej fazie robót powód informował

pozwanego o zadoleniach, a przy odbiorze końcowym została pozwanemu przekazana lista uwag, m.in. w zakresie zażaleń oraz skutków przyjęcia, że uszkodzenia ogrodzenia wynikają z błędów projektu, podczas gdy wada ta była wynikiem niewłaściwego zrealizowania robót przez pozwanego,

- art. 232 zd. 1 w zw. z art. 233 k.p.c. poprzez błędne uznanie, że skarżący nie udowodnił, iż nierówności boiska wynikają z prac pozwanego, skoro w treści umowy zobowiązał się on do geodezyjnego sprawdzenia czy podbudowa została wykonana prawidłowo, a w razie stwierdzenia usterek w tym zakresie, do wykonania właściwego spadku i uzupełnienia miejscowo stwierdzonych ubytków miałem kamiennym, zaś z przedstawionej ekspertyzy technicznej wynika, iż na boisku występują obszary nierówności wynikające z zażaleń i zażyżeń miału kamiennego,

- art. 278 w zw. z art. 232 zd. 2 k.p.c. poprzez niepowołanie z urzędu biegłego w sytuacji, gdy Sąd Okręgowy uznał, że do rozstrzygnięcia istnienia i charakteru wad nawierzchni boiska piłkarskiego oraz przyczyn ich powstania konieczne są wiadomości specjalne.

Na podstawie tak sformułowanych zarzutów skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie powództwa w całości oraz o zasądzenie kosztów procesu za obie instancje, ewentualnie o jego uchylenie w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach procesu (apelacja - k. 485 i n.)

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego (k. 495 i n.).

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

Apelacja jest bezzasadna i podlega oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutów obrazy prawa procesowego, stwierdzić należy, że okazały się one nietrafne. Ocena dowodów dokonana przez Sąd I instancji nie narusza dyspozycji zawartej w art. 233 § 1 k.p.c., jest wszechstronna, zgodna z zasadami logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego. Poczynione na jej podstawie ustalenia faktyczne są kompletne i nie wymagają uzupełnienia.

W ustalonym stanie faktycznym powód domaga się zapłaty przez pozwanego kary umownej w związku z niedokonaniem w wyznaczonym terminie usunięcia w ramach udzielonej gwarancji usterek w obrębie ogrodzenia, nawierzchni boiska piłkarskiego oraz oświetlenia. Zarzucając dokonanie dowolnej oceny materiału dowodowego w odniesieniu do przyczyn uszkodzenia ogrodzenia, skarżący nie tylko nie podważył trafnego wniosku Sądu Okręgowego, że wynikały one z błędów projektu, a nie wadliwości prac pozwanego, ale nawet nie przytoczył jakiegokolwiek argumentacji świadczącej o nieprawidłowości powyższej oceny. Przede wszystkim nie odniósł się do niekwestionowanego ustalenia, że użytkownik obiektu MOSiR w M. zlecił zamontowanie dodatkowych piłkochwyłów, nieprzewidzianych w projekcie i dopiero po ich wykonaniu problem ustał. Jak zeznał świadek K. J. będący pracownikiem powoda pełniącym funkcję naczelnika wydziału inwestycji ogrodzenie było niszczone przez piłki uderzające o wykonane zgodnie z projektem 6. metrowy piłkochwył. Dopiero po wykonaniu powyższych dodatkowych prac i zamontowaniu dodatkowych siatek problem z uszkodzaniem ogrodzenia został wyeliminowany (e –protokół rozprawy z dnia 20 czerwca 2017 r. 00:29:15 - 00:37:38, płyta k. 457). Oznacza to, że skarżący nie wskazał żadnych uchybień, które miałyby dyskwalifikować ocenę dokonaną przez Sąd meriti co do przyczyn powyższej usterki, ale też nie podjął nawet próby określenia, z jakimi konkretnie wadami robót wykonanych przez pozwanego miała ona związek, a w konsekwencji jakiego rodzaju naprawy gwarancyjnej M. A. (1) nie wykonał. W efekcie wniosku Sądu Okręgowego, że usunięcie usterek ogrodzenia nie było objęte gwarancją nie budzi wątpliwości w ustalonym stanie faktycznym. W takiej sytuacji jest oczywiste, że powód nie miał podstaw do naliczenia kary umownej w związku z nieusunięciem tego rodzaju wad.

Odnosząc się do kolejnej usterki w postaci nierówności boiska piłkarskiego, niezasadny okazał się zarówno zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., jak również obrazy art. 232 i 278 k.p.c. Jak trafnie przyjął Sąd I instancji, zebrany w

sprawie materiał dowodowy pozwalał na ustalenie, że po zakończeniu przedmiotowej inwestycji na terenie boiska piłkarskiego stwierdzono występowanie nierówności oraz wad nawierzchni z trawy syntetycznej, w związku z czym wykonawca był wzywany do dokonania napraw gwarancyjnych, które były przeprowadzane. Strony różnią się natomiast co do wyniku podjętych przez M. A. napraw, a przede wszystkim ich zakresu, w odniesieniu do rozmiaru i charakteru prac zleconych pozwanemu w ramach umowy o dokończenie budowy kompleksu boisk sportowych. Rację ma skarżący, że pomimo wykonania podbudowy boiska piłkarskiego przez poprzedniego wykonawcę pozwany przyjął na siebie obowiązek geodezyjnego sprawdzenia ułożonej ostatecznej warstwy z miálu kamiennego oraz jej ewentualnej naprawy, w razie stwierdzenia niezgodności z projektem, lecz nie oznacza to, że występowanie wszelkich nierówności obciąża wykonawcę. Wbrew stanowisku apelującego, zaofiarowany przez niego materiał dowodowy w postaci zeznań świadków oraz dokumentu prywatnego w postaci wydanej na jego zlecenie ekspertyzy technicznej, której wynik – z przyczyn szczegółowo omówionych przez Sąd Okręgowy – nie wyjaśnia wątpliwości dotyczących rozmiaru i miejsca wystąpienia nierówności, ich związku z zakresem przedmiotu umowy oraz rodzaju ewentualnych usterek, których naprawa obciąża pozwanego. Przede wszystkim jednak, czego skarżący nie zakwestionował, trafne jest stanowisko Sądu meriti, że wyjaśnienie powyższych okoliczności, mających zasadnicze znaczenie dla wyniku sprawy, wymagało wiadomości specjalnych.

W tych warunkach, jako kluczowa dla oceny zasadności apelacji jawi się kwestia niedopuszczenia z urzędu przez sąd dowodu z opinii biegłego, w czym skarżący upatruje naruszenia art. 232 i 278 k.p.c. Zarzuty apelacji w tym zakresie nie są zasadne. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wyjaśniono, że art. 232 zd. 2 k.p.c. stanowi wyjątek od zasady kontrydiktoryjności. Jego zastosowanie jest prawem a nie obowiązkiem Sądu, zaś skorzystanie z tego uprawnienia powinno być uzależnione od oceny sytuacji procesowej danej sprawy, natomiast nie może być wynikiem nieskorzystania ze środków procesowych przez stronę. Przepis art. 232 zd. 2 k.p.c. nie może być zatem interpretowany w oderwaniu od zdania pierwszego tego przepisu (por. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 10 lutego 2017 r., V CSK 296/16 i z dnia 26 marca 2018 r., I CSK 699/17). Przeprowadzenie dowodu przez sąd z urzędu z reguły jest korzystne dla jednej ze stron, co może prowadzić do naruszenia zasady równości, a przede wszystkim do podważenia zaufania do sądu (por. wyrok Sądu Najwyższego z 17 stycznia 2017 r., IV CSK 54/16).

Zważyć należy, że rozpoznawana sprawa ma charakter gospodarczy, toczy się między profesjonalistami, zwłaszcza powód nie tylko w niniejszym postępowaniu, z uwagi na charakter swojej działalności, prowadzi wiele procesów i korzysta ze stałej obsługi prawnej. Strony przez całe postępowanie były reprezentowane przez zawodowych pełnomocników. W tych warunkach, w ocenie Sądu drugiej instancji, w realiach rozpoznawanej sprawy nie sposób uznać, aby niedopuszczenie przez Sąd Okręgowy z urzędu dowodu z opinii biegłego na okoliczność istnienia usterek nawierzchni boiska piłkarskiego, ich charakteru, zakresu, przyczyn powstania, w aspekcie zakresu i jakości robót objętych umową stron było wynikiem obrazy art. 232 zd. 2 k.p.c. Nie istniały bowiem żadne obiektywne przyczyny, które uniemożliwiały stronie powodowej zgłoszenie stosownego środka dowodowego.

W konsekwencji należało uznać, że prawidłowo przyjął Sąd I instancji, iż skarżący nie zdołał udowodnić, że istniejące obecnie nierówności na obszarze boiska piłkarskiego stanowią wadę nawierzchni (wynik przedłożonej ekspertyzy technicznej nie jest jednoznaczny co do tej kwestii, zwłaszcza co do zakresu zadoleń i zawiżeń w aspekcie bezpieczeństwa użytkowania boiska oraz zgodności wykonanych przez pozwanego prac z warunkami technicznymi projektu), a jeśli tak, że powstały one w wyniku niewłaściwego zrealizowania robót przez pozwanego, które były przedmiotem łączącej strony umowy z dnia 26 kwietnia 2012 r.

Pozostaje zatem odniesienie się do zarzutu apelacji dotyczącego naruszenia art. 484 § 2 k.c. co do zasady, jak również co do jego błędnego zastosowania poprzez zmniejszenie kary umownej w sposób rażąco nieadekwatny do całokształtu okoliczności sprawy.

W orzecznictwie i piśmiennictwie przesłanki miarkowania kary umownej wielokrotnie poddawane były analizie. Pierwsza przesłanka wskazana w art. 484 § 2 k.c. dotyczy wykonania zobowiązania w znacznej części. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że możliwość miarkowania kary umownej w oparciu o tę przesłankę powinna ograniczać się do przypadków, gdy kara umowna ustalona jest w stałej wysokości bez względu na zakres uchybień dłużnika.

Z kolei przy przesłance rażąco wygórowanej kary umownej należy się kierować stosunkiem tej kary do należnego uprawnionemu odszkodowania, które należałoby się mu na zasadach ogólnych, a nie relacją kary do świadczenia głównego, do interesu wierzyciela oraz do szkody (J. J.: K. umowna, Wyd. W. K. 2006, str. 331-332 i 334-335). W odniesieniu do drugiej z przesłanek miarkowania kary umownej trzeba też zauważyć, że ustawodawca posłużył się niedookreślonym zwrotem „rażącego wygórowania”, niewskazując kryteriów istotnych dla dokonania oceny w tej płaszczyźnie. Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie przyjmuje się, że sama relacja między stawką procentową stanowiącą podstawę określenia wysokości zastrzeżonej kary umownej a stawkami procentowymi stosowanymi w obrocie przy zastrzeganiu takich kar nie może stanowić kryterium oceny, czy zastrzeżona kara jest rażąco wygórowana. Przy rozstrzyganiu o miarkowaniu kary umownej z powodu jej nadmiernego wygórowania należy bowiem uwzględniać okoliczności danego wypadku. Również w orzecznictwie analizowano różne kryteria oceny rażącego wygórowania kary umownej. Za jedno z nich przyjmuje się stosunek wysokości zastrzeżonej kary do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela. Zgodnie z uchwałą składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, której nadano moc zasady prawnej, zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. W uzasadnieniu przywołanego orzeczenia Sąd Najwyższy podkreślił jednak, że brak szkody lub jej nieznaczna wysokość może stanowić kryterium redukcji wysokości kary umownej i to niezależnie od tego, czy w zakresie interpretacji art. 484 § 2 k.c. eksponuje się kryterium „wysokości szkody”, czy tylko „wysokość odszkodowania”, przysługującego wierzycielowi na zasadach ogólnych. Do wysokości szkody jako kryterium oceny rażącego wygórowania kary Sąd Najwyższy nawiązywał już we wcześniejszych orzeczeniach (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 1976 r., I CR 221/76 i z dnia 21 czerwca 2002 r., V CKN 1075/00), a także w orzeczeniach wydanych po podjęciu powołanej uchwały składu siedmiu sędziów (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 kwietnia 2005 r., II CK 626/04, z dnia 19 kwietnia 2006 r., V CSK 34/06, z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07 i z dnia 21 listopada 2007 r., I CSK 270/07). W innych orzeczeniach Sąd Najwyższy za właściwe kryterium oceny rażącego wygórowania przyjmował stosunek kary umownej do odszkodowania, które należałoby się wierzycielowi na zasadach ogólnych (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, z dnia 14 kwietnia 2005 r., II CK 626/04, z dnia 11 października 2007 r., IV CSK 181/07 i z dnia 20 czerwca 2008 r., IV CSK 49/08). Podkreślał, że kryterium to należy do najbardziej uniwersalnych, umożliwia bowiem zachowanie konstrukcyjnej niezależności kary umownej od wysokości poniesionej szkody, a ponadto pozwala na uwzględnienie okoliczności mających decydujący wpływ na wysokość odszkodowania na zasadach ogólnych.

Bez względu na to, czy za zasadnicze kryterium oceny rażącego wygórowania kary umownej przyjmie się wysokość szkody czy wysokość odszkodowania, które należałoby się wierzycielowi na zasadach ogólnych, sąd - stosując art. 484 § 2 k.c. - powinien rozważyć okoliczności danego wypadku. Mając na względzie powyższe uwagi natury ogólnej analizowany zarzut skarżącego dotyczący obrazu powyższego przepisu uznać należało za niezasadny. Przede wszystkim zauważyć należy, że apelujący formułując zarzut zbyt dużego zmniejszenia kary umownej w ogóle nie odniósł się do ostatecznych ustaleń Sądu pierwszej instancji odnośnie do istnienia podstaw do przypisania pozwanemu odpowiedzialności z tytułu kary umownej zastrzeżonej w § 8 ust. 1 lit. b umowy w związku z nieusunięciem w zakreślonym terminie braków w oświetleniu zewnętrznym i wewnętrznym. Braki w oświetleniu wewnętrznym zostały przez pozwanego usunięte z czteromiesięcznym opóźnieniem, w połowie października 2014 r., podczas gdy wyznaczony przez powoda termin upływał z dniem 18 czerwca 2014 r. Z kolei braki w oświetleniu zewnętrznym, w liczbie 2 lamp też ostatecznie zostały usunięte, choć żadna ze stron nie potrafiła określić przez kogo i kiedy. Potwierdza to jednak, że usterka była drobna, a jej usunięcie nie wymagało dużego nakładu pracy ani kwalifikacji. W żadnym razie nie były to wady uniemożliwiające korzystanie z boiska piłkarskiego, co biorąc pod uwagę charakter i cel przedmiotowej inwestycji musi być traktowane priorytetowo.

Uwzględniając powyższe poglądy piśmiennictwa i judykatury oraz w oparciu o prawidłowo ustaloną podstawę faktyczną rozstrzygnięcia, zdaniem Sądu Apelacyjnego, na gruncie niniejszej sprawy wniosek, że istniały podstawy do miarkowania przedmiotowej kary umownej jest oczywiście uzasadniony. Redukcja kary umownej dokonana przez Sąd meriti istotnie była ogromna. Zauważyć jednak należy, co skarżący pomija, że w świetle przywołanych wyżej rozważań i ustaleń, redukując karę umowną Sąd I instancji trafnie wziął pod uwagę zarówno przesłankę stopnia niewykonania



zobowiązania (w zakresie napraw gwarancyjnych, za które kara została zastrzeżona), który był marginalny, jak również przesłankę rażąco wygórowanej wysokości kary, znacznie wykraczającą poza kompensacyjną funkcję tej należności. Podkreślić należy, że szeroko rozumiana szkoda spowodowana niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania determinuje interes wierzyciela chroniony przez zapłatę kary umownej, a przewidziana w art. 484 § 2 k.c. dopuszczalność jej miarkowania ma przeciwdziałać dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary umownej a godnym ochrony interesem wierzyciela. W tych warunkach trafnie wskazał Sąd Okręgowy, że dysproporcja naliczonej kary umownej w kwocie 157872 zł do wręcz iluzorycznej szkody, jaką stanowi niepalenie się kilku lamp, w tym 2 zewnętrznych jest rażąca.

Z tych wszystkich względów apelacja została oddalona.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 k.p.c.

oraz rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych w brzmieniu obowiązującym od 27 października 2016 r. (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 265).