

	Sygn. akt	VIII GC 165/16	
	<b>WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ</b>		
		Dnia	25 października 2019 r.
<b>Sąd Okręgowy w Bydgoszczy VIII Wydział Gospodarczy</b> w składzie:			
Przewodniczący:	sędzia Artur Fornal		
Protokolant:	Daria Błaszowska		
po rozpoznaniu w dniu	11 października 2019 r.	w Bydgoszczy	
na rozprawie			
sprawy z powództwa	<b>Syndyka masy upadłości D. K. (1)</b>		
przeciwko	<b>(...) z siedzibą w J.</b>		
o zapłatę			
I. zasądza od pozwanego na rzecz powoda odsetki ustawowe liczone od kwoty 798 166,68 zł (siedemset dziewięćdziesiąt osiem tysięcy sto sześćdziesiąt sześć złotych sześćdziesiąt osiem groszy) od dnia 20 stycznia 2013 r. do dnia 4 lutego 2013 r.;			

II. oddala powództwo w pozostałym zakresie;

III. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 9 717 zł (dziewięć tysięcy siedemset siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;

IV. nakazuje ściągnąć od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Bydgoszczy kwotę 2 099,57 zł (dwa tysiące dziewięćdziesiąt dziewięć złotych pięćdziesiąt siedem groszy) tytułem poniesionych tymczasowo wydatków.

Sygn. akt VIII GC 165/16

## UZASADNIENIE

Powód Syndyk masy upadłości D. K. (1), występującego pod firmą (...) z siedzibą w L. w pozwie skierowanym przeciwko (...) z siedzibą w J. domagał się zasądzenia od pozwanego kwoty 1.771.573,91 zł wraz z odsetkami ustawowymi z tytułu opóźnienia od kwot:

- 798.166,68 zł od dnia 20 stycznia 2013 r. do dnia zapłaty,
- 973.4076,23 zł od dnia 18 marca 2013 r. do dnia zapłaty,

a ponadto zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu powód podał, że w ramach prowadzonej działalności gospodarczej D. K. (1) i pozwana spółka zawarli umowę podwykonawczą dotyczącą realizację inwestycji pod nazwą „Rozbudowa obiektów Ośrodka Sportu i Rekreacji zlokalizowanego we W. przy(...) – ul. (...)”, gdzie inwestorem była Gmina M. W.. Prace w ramach tej inwestycji miały zostać wykonane przez powoda D. K. (1), z wyłączeniem robót rozbiórkowych i ziemnych. Powód podał, że niemal od początku realizacji robót, po stronie pozwanego pojawiały się opóźnienia w płatnościach za zrealizowaną część przedmiotu umowy, co prowadziło do utrudnień w dalszym jej wykonywaniu. Powód wielokrotnie zwracał na to uwagę pozwanemu, jednak – pomimo braku zawinienia po stronie powoda – pozwany złożył powodowi oświadczenie o odstąpieniu od przedmiotowej umowy podwykonawczej oraz wezwał go do przerwania prac podwykonawczych. Powód uznawał to oświadczenie za nieuzasadnione, pomimo tego przystąpił jednak do czynności odbiorowych. W pozwie wskazano, że na dzień odstąpienia od ww. umowy pozwany pozostawał zobowiązany do zapłaty na rzecz powoda kwoty 789.166,68 zł tytułem należności wynikającej z faktury VAT nr (...) z dnia 20 grudnia 2012 r., a ponadto, na podstawie sporządzonej inwentaryzacji, powód obciążył pozwanego także kwotą 973.407,23 zł z faktury VAT nr (...) z dnia 15 lutego 2013 tytułem wykonanych do dnia odstąpienia, a nie rozliczonych robót. Pozwany nie uregulował żądanych kwot, pomimo kierowanych do niego wezwań do zapłaty.

W piśmie procesowym z dnia 14 marca 2016 r. powód cofnął pozew co do kwoty 973.407,23 zł, wskazując, że domaga się zasądzenia od pozwanego kwoty 798.166,68 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 20 stycznia 2013 r. do dnia zapłaty – tytułem należności z faktury VAT nr (...) z dnia 20 grudnia 2012 r.

Postanowieniem z dnia 6 kwietnia 2016 r. Sąd umorzył postępowanie w zakresie żądania zasądzenia kwoty 973.407,23 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 18 marca 2013 r. do dnia zapłaty oraz zwrócił powodowi część opłaty sądowej od pozwu w kwocie 48.670 zł.

W sprzeciwie od wydanego następnie – w dniu 8 kwietnia 2016 r. – nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym pozwany domagał się oddalenia powództwa oraz zasądzenia od powoda na swoją rzecz zwrotu kosztów postępowania, według norm przepisanych.

Uzasadniając swoje stanowisko pozwany przyznał, że zawarł z inwestorem (Gminą M. W.) umowę, na podstawie której przyjął do realizacji przedmiotowe zadanie z zakresie rozbudowy obiektów Ośrodka Sportu i Rekreacji a także, że z powodem – D. K. (1), zawarł umowę podwykonawczą, której przedmiotem było kompletne wykonanie ww. zadania inwestycyjnego, z wyłączeniem robót rozbiórkowych i ziemnych. Pozwany wskazał, że pismem z dnia 1 lutego 2013 r. złożył powodowi oświadczenie o odstąpieniu od umowy podwykonawczej, powołując się na przewidziane w umowie przyczyny w postaci: rażącego naruszenia jej postanowień umowy, zlecenia wykonania prac dalszemu podwykonawcy bez zgody wykonawcy, zbyt wolne tempo prac, uchylanie się przez powoda od przedstawienia stosownych zaświadczeń, powzięcie przez pozwanego wiadomości o zajęciu majątku powoda w drodze postępowania egzekucyjnego oraz o istnieniu zagrożenia niewypłacalnością. Skarżący podkreślił przy tym, że główną przyczyną złożenia oświadczenia o odstąpieniu od ww. umowy było znaczne opóźnienie w wykonywaniu robót w stosunku do terminów określonych w harmonogramie robót – przekraczające 21 dni dla poszczególnych elementów robót objętych harmonogramem i to pomimo wcześniejszego zobowiązania go do przedstawienia planu naprawczego pozwalającego na usunięcie opóźnień. Zdaniem pozwanego, wyłączną winę za przedmiotowe opóźnienia ponosi powód, który w sposób niewłaściwy zorganizował pracę osób zaangażowanych w realizację robót. Pozwany podniósł przy tym, że po jego stronie powstało względem powoda roszczenie o zapłatę kary umownej w kwocie 3.856.050 zł. Pozwany wyjaśnił, że wezwał powoda do zapłaty naliczonej kary, a następnie złożył oświadczenie o potrąceniu wierzytelności o zapłatę ww. kary umownej z wierzytelnością powoda o zapłatę kwoty 798.166,68 zł, wynikającej z faktury nr (...) i będącej przedmiotem żądania pozwu.

W piśmie przygotowawczym z dnia 2 czerwca 2016 r. powód, podtrzymując dotychczasowe stanowisko, zakwestionował prawo pozwanego do naliczenia kar umownych zarówno co do zasady, jak i co do wysokości, wskazując, że uchybienie terminowi wykonania przedmiotu umowy nastąpiło bez jakiegokolwiek zawinienia po stronie powoda, z przyczyn od niego niezależnych. Podniósł, że utrudnienia związane z realizacją kontraktu spowodowane były głównie opóźnieniami w płatnościach ze strony pozwanego. Ponadto, wpływ na to miały również, zdaniem powoda, błędy projektowe, czy też szereg rozbieżności w dokumentacji technicznej i związana z tym konieczność poszukiwania rozwiązań zamiennych, brak aktualizacji harmonogramu, niekorzystne warunki atmosferyczne w miesiącach zimowych w roku 2012 i 2013, a wreszcie także zwlekanie przez pozwanego z zatwierdzeniem wniosków materiałowych. Ponadto, powód wprowadzony został na budowę ze znacznym opóźnieniem, tj. w dniu 7 grudnia 2011 r., zamiast – zgodnie z umową – w dniu 28 listopada 2011 r., co związane było z opóźnieniem w pracach rozbiórkowych, które wykonywał podmiot trzeci na zlecenie pozwanego. Z ostrożności procesowej powód wniósł o miarkowanie kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c., wskazując na jej rażące wygórowanie. Powód podniósł, że naliczona przez pozwanego kara stanowi 15 % wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy. Taka wartość kary nie odpowiada realiom rynku i jest krzywdząca dla powoda, który poniósł przecież znaczne nakłady na wykonanie przedmiotowej inwestycji.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 24 listopada 2011 r. powód - D. K. (1) (jako podwykonawca) i pozwany - (...) z siedzibą w J. (jako wykonawca) zawarli umowę podwykonawczą nr (...). Przedmiotem tej umowy było kompletne wykonanie przez podwykonawcę

na rzecz wykonawcy pozwanego zadania inwestycyjnego pt „Rozbudowa obiektów Ośrodka Sportu i Rekreacji zlokalizowanego we W. przy (...) – ul. (...)”, z wyłączeniem robót rozbiórkowych i ziemnych.

Strony przyjęły łączne wynagrodzenie umowne, ryczałtowe, w kwocie 20.900.000 zł powiększone o podatek VAT (tj. 25.707.000 zł brutto).

Strony uzgodniły rozpoczęcie prac w dniu 28 listopada 2011 r., a ich zakończenie w dniu 31 sierpnia 2013 r. W załączniku nr 1 do umowy stanowiącym „Harmonogram robót” – określającym terminy pośrednie realizacji prac (§ 3 ust. 1 umowy) – przewidywano założony stopień wykonania robót przez podwykonawcę dla poszczególnych miesięcy ich realizacji, według wartości netto poszczególnych rodzajów robót.

Strony postanowiły, że rozliczenia za wykonanie przedmiotu umowy będą następowały fakturą przejściową za wykonane roboty podwykonawcze. Podstawą wystawienia faktury przejściowej będzie przejściowy protokół odbioru prac podwykonawczych zaakceptowany i podpisany przez wykonawcę, stanowiący odzwierciedlenie prac objętych przedmiotem umowy. Termin płatności faktury biegł od daty doręczenia do siedziby wykonawcy przez podwykonawcę poprawnie wystawionej faktury. Wykonawca miał prawo potrącić każdą wierzytelność, która przysługuje mu względem podwykonawcy z jakiegokolwiek tytułu z kwotą wierzytelności przysługującej podwykonawcy względem wykonawcy na podstawie przedmiotowej umowy (§ 8 umowy).

Wykonawca miał prawo odstąpić od umowy m.in. w sytuacji, gdy: podwykonawca w sposób rażąco narusza postanowienia umowy, w tym zwłaszcza nie wykonuje robót podwykonawczych lub wykonuje je nienależycie (§ 18 ust. 2 lit e), wykonawca poweźmie wiadomość, że podwykonawca zlecił wykonanie prac dalszemu podwykonawcy bez zgody wykonawcy lub wbrew zakazowi wynikającemu z umowy (§ 18 ust. 2 lit g), tempo prac podwykonawcy będzie zbyt powolne, pomimo zastosowania środków zaradczych, o których mowa w § 4 ust. 6 umowy – przewidującego obowiązek podjęcia przez podwykonawcę działań w celu przyspieszenia tempa wykonywania robót (§ 18 ust. 2 lit h), podwykonawca uchyliła się od przedstawienia oświadczeń o których mowa w § 8 ust. 1 pkt 1.3 umowy – potwierdzających fakt zapłaty należności wynikających z faktur przejściowych oraz tego, że nie przysługują mu względem wykonawcy żadne wymagalne roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za wykonanie robót podwykonawczych (§ 18 ust. 2 lit j), podwykonawca opóźnia się o 21 dni w stosunku do terminów określonych w zaakceptowanym przez wykonawcę harmonogramie robót (§ 18 ust. 2 lit l).

Oświadczenie wykonawcy o odstąpieniu od umowy podwykonawczej mogło zostać złożone przez wykonawcę w terminie 180 dni od wystąpienia okoliczności uzasadniających odstąpienie (§ 18 ust. 3).

W przypadku odstąpienia od umowy podwykonawczej z przyczyn leżących po stronie podwykonawcy, podwykonawca zobowiązany był do zapłaty na rzecz wykonawcy kary umownej, wynoszącej 15 % wartości umowy brutto (§ 18 ust. 6).

( **dowód:** umowa wraz z załącznikami, k. 14-51, harmonogram prac, k. 327-328 akt)

Inwestorem przedsięwzięcia budowlanego pod nazwą „Rozbudowa obiektów Ośrodka Sportu i Rekreacji zlokalizowanego we W. przy (...) – ul. (...)” była Gmina M. W., która w dniu 6 października 2011 r. zawarła z pozwanym umowę na wykonanie tego zadania.

( **okoliczność bezsporna;** a ponadto: umowa, k. 318-326 akt).

Powód nie rozpoczął prac budowlanych w grudniu 2011 r. jak przewidywał to „Harmonogram robót”, gdyż w tym czasie pozwany zajmował się pracami rozbiórkowymi i ziemnymi, a także borykał się z problemem związanym z kablem energetycznym.

W dniu 10 stycznia 2012 r. wytyczono geodezyjnie trasę ciepłociągu i kanalizacji sanitarnej. Wykop pod budynek odebrano w dniu 20 stycznia 2012 r. Realizacja robót związanych z budynkiem rozpoczęła się w styczniu 2012 r., jednak pod koniec stycznia 2012 r. prace zostały wstrzymane ze względu na mróz. Opóźnienie w zakresie rozpoczęcia

prac instalacyjnych – wynoszące ponad miesiąc – było spowodowane przyczynami obiektywnymi i niezależnymi od podwykonawcy.

( **dowód:** wpisy w dzienniku budowy, k. 563, 565, opinia biegłego, k. 1266-1306, zeznania powoda D. K. (1), k. 1237v-1240 akt)

Sprawy związane z przedmiotową inwestycją były omawiane cyklicznie, co dwa tygodnie, na naradach z wykonawcą i podwykonawcami. W związku z zastrzeżeniami pozwanego dotyczącymi tempa wykonywanych prac powód był monitowany o ich przyśpieszenie. Pomimo sporządzenia planu naprawczego, gdy chodzi o poszczególne rodzaje robót utrzymywał się stan zbyt powolnego ich wykonywania w stosunku do terminów określonych w „Harmonogramie robót”.

( **dowód:** pisma pozwanego z dnia 1 października 2012 r., k. 334-335, z dnia 21 listopada 2012 r., k. 337, z dnia 30 listopada 2012 r., k. 339, przejściowe świadectwo płatności nr (...) – roboty budowlane, k. 343- 350, faktura VAT nr (...) wraz z przejściowym świadectwem płatności nr 10 wystawionym na dzień 21 listopada 2012 r., k. 351-359, faktura VAT nr (...) wraz z przejściowym świadectwem płatności nr 9 wystawionym na dzień 11 listopada 2012 r., k. 360-365, faktura VAT nr (...) wraz z przejściowym świadectwem płatności nr 8 wystawionym na dzień 24 września 2012 r., k. 366-374, faktura VAT nr (...) wraz z przejściowym świadectwem płatności nr 7 wystawionym na dzień 16 sierpnia 2012 r., k. 375-380, inwentaryzacja robót wykonanych na podstawie umowy nr (...), k. 390-555, protokoły z narady roboczej, k. 626-640, k. 702-715, zaawansowanie finansowe robót na dzień 31 grudnia 2012 r., k. 696-701, opinia biegłego, k. 1266-1305, 1332v-1334, zeznania świadków: L. S. (1), k. 818, M. S., k. 821v, J. O., 867v, M. C. (1), k. 926v, M. N., k. 962v, A. P., k. 965, K. C., k. 1031v, R. T., k. 1133, M. C. (2), k. 1212v, S. W., k. 1213v, Ł. T., k.1214v, częściowo – powoda D. K. (1), k.1237v-1240).

W związku z wykonaniem części robót – w okresie od dnia 22 listopada 2012 r. do dnia 18 grudnia 2012 r. – powód wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...) z dnia 20 grudnia 2012 r. na kwotę 798.166,68 zł, płatną do dnia 19 stycznia 2013 r.

Należność z tego tytułu nie została uregulowana przez pozwanego.

( **okoliczności bezsporne;** faktura, k. 176, 342, przejściowe świadectwo płatności nr 11 – roboty ogólnobudowlane, k. 177-183, 343-350).

Według założeń „Harmonogramu robót” – stanowiącego załącznik nr 1 do ww. umowy i określającego terminy pośrednie realizacji prac dla poszczególnych miesięcy ich realizacji (§ 3 ust. 1 umowy) – do końca stycznia 2013 r. powinny być wykonane prace wycenione na kwotę 16.601.335,29 zł brutto, co oznaczało założony stopień wykonania robót przez podwykonawcę w 64,58 %. Tymczasem w tym okresie powód zrealizował przedmiot umowy zaledwie w 35 % (w sensie wartościowym).

( **do wód:** harmonogram prac, k. 327-328, opinia biegłego – k. 1294-1298 akt)

Pismem z dnia 1 lutego 2013 r. (z datą wpływu 4 lutego 2013 r.) pozwany złożył powodowi D. K. (1) oświadczenie o odstąpieniu od umowy podwykonawczej nr (...) z dnia 24 listopada 2011 r., jako podstawę wskazując § 18 ust. 2 lit. e, g, h, j i l Warunków Ogólnych umowy. Pozwany wskazał, że odstąpienie dotyczy tej części robót budowlanych, które nie zostały jeszcze wykonane. Jednocześnie pozwany wezwał powoda do niezwłocznego przerwania prac oraz wyznaczył na dzień 6 lutego 2013 r. termin sporządzenia protokołu zdawczo-odbiorczego robót wykonanych, a ponadto wezwał go do zapłaty kary umownej w wysokości 15 % wartości wynagrodzenia umownego brutto, tj. kwoty 3.856.050 zł, w terminie do dnia 4 lutego 2013 r.

Powód uznawał odstąpienie od umowy oraz notę obciążeniową, za nieuzasadnione i pozbawione skutków prawnych.

( **dowód:** oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 1 lutego 2013 r., k. 165-166, 329-330, nota obciążeniowa nr (...) z dnia 1 lutego 2013 r., k. 673, pismo z dnia 4 lutego 2013 r., k. 167).

Pismem z dnia 5 lutego 2013 r. pozwany złożył powodowi D. K. (1) oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z tytułu opisanej wyżej kary umownej w kwocie 3.856.050 zł – wynikającej z noty obciążeniowej nr (...) – z wierzytelnością powoda w kwocie 798.166,68 zł wynikającą z faktury nr (...). W związku z umorzeniem wierzytelności z tego tytułu w pełnej wysokości pozwany wezwał powoda do zapłaty kwoty 3.057.883,32 zł z tytułu ww. kary umownej.

( **dowód:** pismo pozwanego do D. K. (1) z dnia 5 lutego 2013 r., k. 674-675).

W dniu 6 lutego 2013 r. powołana została komisja, składająca się z przedstawicieli stron, która przeprowadziła inwentaryzację poszczególnych zakresów robót (tj. budynku głównego, trybuny, areny, robót zewnętrznych, instalacji sanitarnych, robót elektrycznych i teletechnicznych) wykonanych do dnia 31 stycznia 2013 r. Inwentaryzację przeprowadzono w dniach 6-14 lutego 2013 r., z tym ustaleniem, że wykonane zostały objęte przedmiotem umowy prace których wartość 7.303.476,37 zł netto (8.983.275,93 zł brutto).

W sporządzonym w dniu 18 lutego 2013 r. protokole rozbieżności nie wskazano żadnych rozbieżności między przedmiarem, a rzeczywistym wykonaniem, natomiast uwagi podwykonawcy dotyczące zakresu rzeczowego przedmiaru, a także zinwentaryzowanej części sanitarnej nie zostały bliżej skonkretyzowane.

Powód zrealizował przedmiot umowy w 35% w sensie wartościowym, a prawdopodobieństwo dotrzymania terminów wykonania zleconych mu robót wynosiło od 35 do 41 %.

(**dowód:** protokół końcowy z inwentaryzacji wykonanych robót zadania inwestycyjnego, k. 383-385, protokół rozbieżności z dnia 18 lutego 2013 r., k. 386-387, inwentaryzacja robót wykonanych na podstawie umowy nr (...), k. 390-555, opinia biegłego, k. 1266-1305, 1332v-1334, zeznania świadków K. B., k. 868v, M. N., k. 962v, P. N., k. 964).

Postanowieniem z dnia 15 maja 2013 r. Sąd Rejonowy Gdańsk - Północ w Gdańsku ogłosił upadłość D. K. (1), prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „(...)z siedzibą w P., obejmującą likwidację majątku upadłego.

( **okoliczność bezsporna;** postanowienie Sądu Rejonowego Gdańsk - Północ w Gdańsku z dnia 15 maja 2013 r., sygn. akt VI GU 258/12, k. 13)

Sąd zważył, co następuje:

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dokumentów prywatnych przedłożonych przez strony, których autentyczność nie była kwestionowana w toku procesu i nie budziła również wątpliwości Sądu. Podstawę ustaleń stanowiły również uznane za wiarygodne zeznania świadków: L. S. (1), M. S., J. O., M. C. (1), M. N., A. P., K. C., R. T., M. C. (2), S. W., Ł. T., K. B., M. N., P. N.. Zeznania świadka D. K. (2) nie wniosły, zdaniem Sądu, niczego do sprawy, świadek nie posiadał bowiem żadnej wiedzy dotyczącej łączącego strony stosunku prawnego.

Co do zasady – we wskazanym wyżej zakresie, istotnym dla rozstrzygnięcia – za wiarygodne należało również uznać zeznania D. K. (1), przesłuchiwanego jako powoda, z tym jednak zastrzeżeniem, że gdy chodzi o prezentowane przez niego oceny dotyczące tego jakie znaczenie dla opóźnienia w realizacji prac miały poszczególne okoliczności, jak i co do tego kto konkretnie za nie odpowiadał, to nawet przy założeniu, że dysponował on wiedzą fachową (wynikającą chociażby z doświadczenia zawodowego) jego zeznania stanowić mogły jedynie informację o faktach spostrzeżonych i ocenionych przez stronę. Zasadność tych ocen, należących do wiadomości specjalistycznych, aby mogła być przyjęta przez Sąd za wiążący element ustaleń faktycznych wymagała już udziału biegłego (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 lutego 2008 r., V CSK 457/07, LEX nr 471616).

W konsekwencji podstawę ustaleń Sądu co do opisanych wyżej okoliczności stanowiła opinia biegłej sądowej z dziedziny budownictwa posiadającej odpowiednie kwalifikacje oraz wieloletnie doświadczenie w zakresie objętym treścią opinii. Przedstawioną opinię – zarówno tą sporządzoną na piśmie, jak i uzupełniającą, ustną, przedstawioną

na rozprawie – należy uznać za rzetelną, pełną i jasną, a wynikające z nich wnioski i wyjaśnienia za logiczne, spójne i konsekwentne, a przede wszystkim miarodajne i wystarczające dla dokonania ustaleń koniecznych do rozstrzygnięcia sporu, którego przedmiot został oznaczony w pozwie.

Sąd oddalił natomiast wniosek strony powodowej o dopuszczenie dowodu z dodatkowej opinii biegłego z dziedziny budownictwa, w istocie rzeczy na tożsame okoliczności (k. 1246, 1336 i 1341 akt) skoro wyłącznie z powodu wadliwości opinii i uzasadnionych co do jej treści zastrzeżeń Sąd mógłby dopuścić dowód z opinii innego biegłego tej samej specjalności. Nie ma bowiem żadnego uzasadnienia wniosek o powołanie kolejnego biegłego jedynie w sytuacji, gdy – jak w niniejszej sprawie – już złożona opinia jest niekorzystna dla strony (tak Sąd Najwyższy np. w wyroku z dnia 16 września 2009 r., I UK 102/09, LEX nr 537027). Potrzebą dopuszczenia dodatkowej opinii nie może być samo tylko przeświadczenie strony, że dalsze opinie pozwolą na udowodnienie korzystnej dla strony tezy, jeśli nie znajduje to uzasadnienia w okolicznościach sprawy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2001 r., II UKN 446/00, OSNP 2003, nr 7, poz. 182).

Sąd uznał, że sporządzona w niniejszej sprawie opinia biegłej była prawidłowa i przekonująca – także w kwestii przyczyn opóźnienia i ich wpływu na realizację poszczególnych etapów robót. Mianowicie, biegła – słuchana na rozprawie – wyraźnie i stanowczo podkreśliła, że biorąc pod uwagę szeroką dokumentację dotyczącą przedmiotowej inwestycji (zarówno udostępnioną przez inwestora [ zob. k. 1269, 1332 v. i 1333 v. akt], jak i znajdującą się w aktach sprawy) przyczyny opóźnienia wykonania prac przez podwykonawcę (powoda), obiektywne i niezależne od niego, stwierdzić mogła jedynie w granicach ponad miesiąca – pomiędzy grudniem 2011, a styczniem 2012 – z uwagi na prace rozbiórkowe i ziemne wykonywane wówczas na zlecenie pozwanego przez inny podmiot (zob. wysłuchanie biegłej – k. 1333, opinia pisemna – k. 1303 i 1305 akt). Natomiast gdy chodzi o dalszy przebieg inwestycji biegła nie stwierdziła w szczególności żadnych wpisów w dzienniku budowy o przerwaniu prac z uwagi np. na błędy projektowe (wysłuchanie biegłej - k. 1333-1334 v., dziennik budowy – k. 561-625 akt). Biegła wyraziła przy tym przekonanie, które Sąd orzekający w niniejszej sprawie w pełni podzielił, że o ile występowały w toku realizacji przedmiotowej inwestycji istotne problemy związane z ewentualnymi błędami projektowymi, kolizjami czy też koniecznością doprecyzowania dokumentacji - to nie zadbano o ich odpowiednie udokumentowanie w kontekście czasu w jakim rzutowałyby one na opóźnienie. Także w dokumentacji udostępnionej przez inwestora brak było, jak to oceniła biegła, „ostrych” sformułowań problemów wpływających na potrzebę wydłużenia umówionego terminu wykonania robót (wysłuchanie biegłej – zob. k. 1333 v. i 1334 akt).

Sąd oddalił także wnioski dowodowe pozwanego zawarte w pkt 4 b), d) i e) sprzeciwu od nakazu zapłaty (zob. k. 208-209 akt).

Gdy chodzi o pierwszy z powołanych wniosków, tj. o dopuszczenie dowodu z dokumentu w postaci: „ekspertyzy technicznej dotyczącej ustalenia zakresu rzeczowego i jakościowego prac wykonanych przez firmę (...) przy rozbudowie obiektów Ośrodka Sportu i Rekreacji zlokalizowanego we W. przy. (...) – ul. (...)”, to o tą prywatną wycenę (sporządzoną na zlecenie pozwanego, lecz nie znajdującą się w jego posiadaniu), Sąd zwrócił się do jej autora – świadka K. C., jak jednak wynika z pisma tego świadka z dnia 28 lutego 2018 r. nie zachował się żaden dodatkowy egzemplarz tego opracowania (zob. k. 995; zeznania ww. świadka – k. 1031 v. akt). Natomiast okoliczności, na które miałby zostać przeprowadzony dowód z opinii biegłego z dziedziny rachunkowości i księgowości, a także dowód z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy o ogłoszenie upadłości – związane z ustaleniem kiedy zaistniały przesłanki do ogłoszenia upadłości powoda D. K. (1) (stan jego niewypłacalności, ewentualnie zagrożenie takim stanem) – pozostają, w ocenie Sądu Okręgowego, nieistotne z punktu widzenia rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu, gdyż nie te okoliczności – o których mowa była w § 18 ust. 2 lit a i b – zostały podane jako podstawa odstąpienia od umowy, w momencie złożenia oświadczenia w tym przedmiocie (zob. pismo z dn. 1.02.2013 r. - k. 165, umowa – k. 37 akt). Przeprowadzenie ww. dowodów w żaden sposób nie przyczyniłoby się do rozstrzygnięcia kwestii spornych pomiędzy stronami, dlatego też wniosek pozwanego w tym przedmiocie należało oddalić na podstawie art. 227 k.p.c. a contrario.

Przechodząc do merytorycznej oceny zasadności żądania pozwu wyjaśnić w pierwszej kolejności trzeba, że w sytuacji ogłoszenia upadłości (likwidacyjnej) powoda i związanej z tym utraty przez niego zarządu oraz możliwości korzystania i rozporządzania majątkiem stanowiącym masę upadłości, w niniejszym w procesie po stronie powodowej występował syndyk działający na rzecz upadłego, jednak to upadły D. K. (1) pozostawał stroną (powodem) w znaczeniu materialnym (zob. aktualny w niniejszej sprawie – w związku z treścią art. 160 ust. 1 w zw. z art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe i naprawcze [tekst jedn.: Dz.U. z 2012 r., poz. 1112 ze zm.] w zw. z art. 449 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne [tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r., poz. 243 ze zm.]– wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2004 r. IV CK 86/04, LEX nr 143176, Biuletyn SN 2005/2/15).

Podkreślić należy, że nie był sporny ani fakt zawarcia i charakter umowy stron, ani też wysokość wynagrodzenia (częściowego) za prace wykonane przez powoda, pozostającego – po umorzeniu postępowania w części (zob. k. 272 akt) – przedmiotem żądania pozwu. Umowę powyższą zakwalifikować należało jako umowę o roboty budowlane (podwykonawczą), zgodnie zaś z treścią art. 647 k.c. przez umowę tego rodzaju podwykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor (wykonawca) zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia

Pozwany nie kwestionował faktu wykonania na podstawie umowy łączącej strony – od której odstąpił ze skutkiem na przyszłość (ex nunc) – prac, których dotyczyła przedłożona przez powoda faktura VAT z dnia 20 grudnia 2012 r. na kwotę 798.166,68 zł (k. 176 akt), a także spełnienia umownych warunków wypłaty należności z tytułu tej faktury przejściowej – stosownie do § 8 ust. 1 umowy (zob. k. 31 akt) – z terminem płatności określonym na dzień 19 stycznia 2013 r. Obrona pozwanego polegała natomiast na podniesieniu zarzutu potrącenia, który podlegał jednak rozpatrzeniu w kategoriach oceny istnienia roszczenia powoda ze względu na umorzenie jego wierzytelności – na skutek potrącenia – jeszcze przed wszczęciem procesu (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12, LEX nr 1314394). Zauważyć przy tym trzeba, że z § 8 ust. 2 umowy wynikało, że wykonawca (pozwany) miał prawo potrącić każdą wierzytelność, która przysługuje mu względem podwykonawcy (powoda) z jakiegokolwiek tytułu z kwotą wierzytelności przysługującej podwykonawcy względem wykonawcy na podstawie ww. umowy (k. 31 akt)

Należy wskazać, że „potrącenie umowne” (z którym mamy niewątpliwie do czynienia w cytowanym postanowieniu umownym) stanowi instytucję odmienną od potrącenia ustawowego (art. 498 k.c. i art. 499 k.c.), którego warunki zostały określone przez ustawodawcę w sposób restryktywny. Znajduje ona oparcie w zasadzie swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), strony mogą zatem w sposób odmienny niż to przyjęto w kodeksie cywilnym, ukształtować podstawy potrącenia, skutki czy sposób potrącenia. W ustawie brak jest bowiem postanowień krępujących wolę stron decydujących się na potrącenie umowne (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 1998 r., II CKN 849/98, OSNC 1998, nr 7–8, poz. 128). W tym konkretnym przypadku strony przede wszystkim nie uzależniły potrącenia od zaistnienia stanu wymagalności obu wzajemnych wierzytelności z powyższych tytułów.

Wierzytelność pozwanego przedstawiona do potrącenia – objęta jego oświadczeniem z dnia 5 lutego 2013 r. (k. 674-675 akt) – stanowić miała kara umowna zastrzeżona, zgodnie z § 18 ust. 6 umowy, na wypadek odstąpienia przez wykonawcę (pozwanego) od umowy z przyczyn leżących po stronie podwykonawcy (powoda), w wysokości 15 % wartości umowy brutto (zob. k. 19 i 37 akt). Formalna prawidłowość obliczenia wysokości kary umownej na kwotę 3.856.050 zł (25.707.000 x 0,15) należnej w świetle powołanych postanowień umownych nie była kwestionowana przez powoda i nie budziła również wątpliwości Sądu. Powód kwestionował natomiast samo zaistnienie przesłanek (podstaw) mających uzasadniać odstąpienie od umowy przez pozwanego, z przyczyn leżących po jego stronie.

Spośród powołanych przez pozwanego w jego oświadczeniu z dnia 1 lutego 2013 r. o odstąpieniu od umowy podstaw umownych – wymienionych w § 18 ust. 2 lit. e, g, h, j i l (zob. k. 165, a także umowa – k. 37 akt) nie zostały w wystarczającym stopniu skonkretyzowane (w samym oświadczeniu) okoliczności braku wykonania robót podwykonawczych lub nienależytego ich wykonania (§ 18 ust. 2 lit e), faktu powzięcia przez wykonawcę



wiadomości, że podwykonawca zlecił wykonanie prac dalszemu podwykonawcy bez zgody wykonawcy lub wbrew zakazowi wynikającemu z umowy (§ 18 ust. 2 lit g), a także uchylania się przez podwykonawcę od przedstawiania oświadczeń o których mowa w § 8 ust. 1 pkt 1.3 umowy – potwierdzających fakt zapłaty należności wynikających z faktur przejściowych oraz tego, że nie przysługują mu względem wykonawcy żadne wymagalne roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za wykonanie robót podwykonawczych (§ 18 ust. 2 lit j).

Wyłącznie więc – czego ostatecznie nie kwestionował powód – rzeczywistą przyczyną odstąpienia od umowy i w konsekwencji jedyną możliwą podstawą naliczenia kary umownej były okoliczności związane z **opóźnieniem w realizacji przez powoda inwestycji** (zob. pismo powoda z dnia 2 czerwca 2016 r. - k. 689 akt). Dla oceny zasadności argumentacji pozwanego – w kontekście umówionych podstaw odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie powoda – należało zatem rozważyć, że rzeczywiście tempo prac podwykonawcy było zbyt powolne, pomimo zastosowania środków zaradczych, o których mowa w § 4 ust. 6 umowy – przewidującego obowiązek podjęcia przez podwykonawcę działań w celu przyspieszenia tempa wykonywania robót (§ 18 ust. 2 lit h), ewentualnie czy podwykonawca opóźnił się o 21 dni w stosunku do terminów określonych w zaakceptowanym przez wykonawcę harmonogramie robót (§ 18 ust. 2 lit l).

Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Natomiast zgodnie z art. 484 § 1 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody.

Dopuszczalność zastrzeżenia kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy, należy każdorazowo oceniać w kontekście podstawy odstąpienia od umowy. Odstąpienie od umowy może bowiem być spowodowane niewykonaniem przez jedną ze stron zobowiązania niepieniężnego i wówczas zastrzeżenie kary umownej należy – jak w niniejszej sprawie – uznać za dopuszczalne (por. uchwałę składu 7 sędziów SN z dnia 20 listopada 2019 r., III CZP 3/19). Wspomnieć warto, że ustawodawca w sposób jednoznaczny w art. 494 k.c. przesądził, że wskutek odstąpienia od umowy powstaje stan, który należy zakwalifikować jako niewykonanie zobowiązania, skoro strona odstępująca od umowy może dochodzić naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania.

Przyjmuje się w orzecznictwie, że zawinienie dłużnika (w niniejszej sprawie - powoda) objęte jest domniemaniem wzruszalnym. To na dłużniku ciąży bowiem – także w przypadku odpowiedzialności z tytułu kary umownej – powinność obalenia takiego domniemania poprzez udowodnienie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikało z przyczyn, za które nie ponosi on odpowiedzialności (art. 6 k.c.). Konsekwentnie więc powód mógł się zwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej jeśliby wykazał, że odstąpienie od umowy było następstwem okoliczności, za które nie ponosił odpowiedzialności. Okolicznością ograniczającą zakres odpowiedzialności dłużnika za nienależyte wykonanie zobowiązania, polegające na opóźnieniu świadczenia, może być również obiektywnie istniejąca i niezależna od niego przyczyna, czasowo uniemożliwiająca wykonanie zobowiązania (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 29 maja 2014 r., V CSK 402/13, LEX nr 1486994).

W ocenie Sądu w przedmiotowej sprawie powód okoliczności tego rodzaju, uzasadniających zwolnienie go z odpowiedzialności z tytułu kary umownej, jednak nie wykazał. O ile bowiem, jak to wynika z opinii biegłej, początkowe opóźnienie (wynoszące ponad miesiąc), spowodowane było obiektywnymi i niezależnymi od podwykonawcy przyczynami (zob. opinia - k. 1305 akt), to już dalsza realizacja przez powoda D. K. (1) dalszych robót odbywała się już z dużym opóźnieniem. Strona powodowa nie udowodniła natomiast, że za nie ponosi za to odpowiedzialności.

Dokonując analizy czasu realizacji przez powoda poszczególnych etapów robót biegła podała, że już samo tylko wykonanie stóp fundamentowych powinno – zgodnie z harmonogramem – przebiegać przez trzy miesiące od marca do maja 2012 r., a w tej tylko pozycji opóźnienie wynosiło (w momencie odstąpienia od umowy) osiem miesięcy (zob. wyjaśnienia biegłej – k. 1333 v. i 1334, opinia – k. 1297 akt). Tymczasem powód w tej pozycji powoływał się na błędy w projekcie – zgłoszone w marcu 2012 r., a po odpowiednich uzgodnieniach i zmianie technologii, pozwalające na wykonywanie tych prac w lipcu 2012 r. (pismo z dnia 2 czerwca 2016 r. - k. 692 akt), a więc, już według samych tylko

twierdzeń strony powodowej, nie uzasadniają tak znacznego opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy. Niezależnie od powyższego z zeznań świadków wynika, że błędy jakie pojawiły się w projekcie nie miały zasadniczego wpływu na opóźnienia w realizacji, biuro projektów reagowało bowiem natychmiast, problemy były rozwiązywane na bieżąco (zob. zeznania świadków: L. S. (2), k. 818, M. S., k. 821 v., R. T., k. 1133 akt).

Zeznający w sprawie świadkowie potwierdzili również fakt, że tempo wykonywanych przez powoda D. K. (1) prac nie pozwalało na dotrzymania terminu zakończenia robót. Podwykonawca miał zaangażować zbyt mało pracowników, zbyt mało sprzętu, co związane było z brakiem zdolności kredytowej jego przedsiębiorstwa. Świadkowie przesłuchani w sprawie zgodnie zeznawali, że powód nie był w stanie samodzielnie wykonać skomplikowanych robót budowlanych, musiał zamawiać sprzęt specjalistyczny, co powodowało również opóźnienia. Brakowało materiałów budowlanych, gdyż podwykonawca miał zaległości finansowe u dostawców (zob. zeznania świadków: L. S. (2), k. 818, J. O., k. 867 v., M. C. (1), k. 926 v., M. N., k. 962 v., M. C. (2), k. 1212 v. akt).

Jak wynika też ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy, pozwany informował powoda o swoich zastrzeżeniach co do tempa wykonywanych prac, zobowiązując do przedstawienia planu naprawczego pozwalającego na „nadgonienie” opóźnień w wykonywanych robotach, a następnie - wzywając do przestrzegania tegoż planu (a więc odpowiednich środków zaradczych w celu przyspieszenia tempa wykonywania robót – jak wymagały tego postanowienia § 4 ust. 6 umowy, a bezskuteczność których uprawniała pozwanego do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy – na podstawie § 18 ust. 2 lit h umowy (zob. k. 27 i 37 akt). Pozwany w szczególności domagał się zwiększenia stanu osobowego pracowników, jak i wydłużenia dnia pracy (zob. pisma pozwanego z dnia 1 października 2012 r., k. 334-335; z dnia 21 listopada 2012 r., k. 337, z dnia 30 listopada 2012 r., k. 339 akt). Pomimo jednak sporządzenia kolejnych planów naprawczych, powód nie był w stanie zwiększyć tempa pracy. Doszło wręcz do ograniczenia ilości pracowników na budowie, którym podwykonawca zalegał z wypłatą wynagrodzenia (zob. zeznania świadka S. W., k. 1213 v. akt). Trzeba podkreślić, że stan taki miał charakter trwały, a więc przez cały ten czas występowały okoliczności uzasadniające odstąpienie od umowy (§ 18 ust. 2 lit h w zw. z § 4 ust. 6 umowy) – w styczniu 2013 r. nie upłynął więc jeszcze termin 180 dni w ciągu którego takie oświadczenie powinno zostać złożone (§ 18 ust. 3 umowy – por. k. 37 akt).

Jak wynika z ustaleń biegłej, do dnia 31 stycznia 2013 r. powód nie wykonał w znacznej mierze robót budowlanych w zaplanowanym w tym czasie zakresie. Zrealizował przedmiot umowy w 35 % w sensie wartościowym, podczas gdy w dacie tej powinien już (zgodnie z harmonogramem) wykonać ww. prace w 64,58 %. Prawdopodobieństwo dotrzymania przez powoda terminu wykonania zleconych mu robót wynosiło od 35 – 41 %. (zob. opinia pisemna biegłego, k. 1266-1305 akt). Fakt istnienia znacznych (przekraczających 21 dni) opóźnień po stronie wykonawcy wynika w szczególności z dokumentu inwentaryzacji wykonanych robót przeprowadzonej na dzień 31 stycznia 2013 r. (zob. protokół końcowy z inwentaryzacji wykonanych robót zadania inwestycyjnego wraz z dokumentacją zdjęciową – zapis na płycie CD, k. 383-385 akt). W tej kwestii biegła słusznie podkreśliła, że ww. protokół sporządzany był z udziałem obu stron i brak jest podstaw, aby – przy braku konkretnych zastrzeżeń ze strony przedstawicieli powoda – kwestionować poczynione tam ustalenia (zob. 1333 v. i 386-387 akt).

Równoległe zaś z działaniami komisji inwentaryzacyjnej stopień zaawansowania robót weryfikowany był na zlecenie pozwanego przez rzeczoznawcę K. C.. Jakkolwiek w sprawie nie udało się uzyskać sporządzonej przez niego ekspertyzy technicznej dotyczącej ustalenia zakresu rzeczowego i jakościowego prac wykonanych przez firmę (...), to jednak także i z zeznań tego świadka, jednoznacznie wynikało, że tempo wykonywanych przez powoda prac nie rokowało w żaden sposób zakończenia ich w terminie (zob. k. 1031 v. akt). Na znaczne odstępstwa od przyjętego harmonogramu robót wskazują także notatki z cyklicznie odbywanych narad na placu budowy, z których wynika, że uczestnicy procesu budowlanego zwracali uwagę na znaczne opóźnienia w realizacji robót przez powoda (k. 626-640 akt). W szczególności z notatki z dnia 6 listopada 2012 r. wynika, że zgodnie z szacunkami dokonanymi przez inżyniera kontraktu na dzień 6 listopada 2012 r. zaawansowanie finansowe robót wynosiło 29,2 % wartości kontraktu, podczas gdy na koniec września 2012 r. powinno ono – zgodnie z harmonogramem rzeczowo - finansowym (załącznik nr 5 do umowy) wynosić 45% (zob. k. 632 akt). Strona powodowa nie kwestionowała zresztą w trakcie przedmiotowego procesu samego faktu opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy podwykonawczej, a podniosła jedynie fakt, że

okoliczności, które doprowadziły do opóźnienia, były od powoda niezależne. W tym kontekście bezpodstawne jest jednak, na co słusznie zwróciła uwagę biegła, powoływanie się przez powoda na „dotykające go” w trakcie realizacji ww. inwestycji opóźnienia w otrzymywaniu przysługujących mu należności, gdyż samo to – wobec braku odpowiedniego zabezpieczenia finansowania robót – nie mogło usprawiedliwić nieterminowego ich wykonywania (zob. k. 1333 akt).

Uznając więc istnienie postaw do obciążenia powoda przez pozwanego ww. karą umowną należało w dalszej kolejności rozważyć podniesiony przez stronę powodową zarzut (zob. k. 695 akt) mający prowadzić do jej miarkowania przez Sąd, jako rażąco wygórowanej (art. 484 § 2 k.c.).

Przepis powyższy, przyznający dłużnikowi prawo domagania się zmniejszenia kary umownej w przypadkach gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, a także gdy kara ta jest rażąco wygórowana, rozpatrywany jest w doktrynie oraz orzecznictwie jako wyraz tzw. prawa sędziowskiego. Miarkowanie kary umownej jest przejawem prawa sądu do ingerencji w stosunki umowne równorzędnych podmiotów. Katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej jest otwarty, co zapewnia możliwość elastycznego orzekania w tym zakresie, pod warunkiem jednak, że takie żądanie zostanie przez dłużnika zgłoszone i wykazane (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2015 r., IV CSK 276/14, LEX nr 1663413).

W uzasadnieniach wyroków z dnia 30 listopada 2006 r., I CSK 259/06 (LEX nr 398369) oraz z dnia 15 października 2008 r., I CSK 126/08 (LEX nr 484662) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że ustawodawca posługując się w tym przepisie celowo niedookreślonym pojęciem „rażąco wygórowanej” kary umownej, chciał w ten sposób zapewnić możliwość elastycznego stosowania instytucji miarkowania kary umownej, opierającej się w dużym stopniu na sędziowskim uznaniu, uwzględniającym konkretne okoliczności sprawy. Stosując tę instytucję sąd powinien mieć oczywiście na względzie podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna – w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczenia jej wysokości, co ma w założeniu ułatwić realizację dochodzonego uprawnienia (kara umowna stanowi bowiem przede wszystkim surogat odszkodowania). Wprawdzie w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03 (OSNC 2004, nr 5, poz. 69) Sąd Najwyższy uznał, że obowiązek zapłaty kary umownej istnieje niezależnie od poniesienia przez wierzyciela szkody, ale zaznaczył jednocześnie, że brak szkody lub jej niewielki rozmiar mogą stanowić usprawiedliwienie zastosowania miarkowania kary.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego eksponowane jest przede wszystkim kryterium relacji wysokości kary umownej do rozmiaru odszkodowania, jakie należałoby się wierzycielowi na zasadach ogólnych. Postuluje się ostrożne i powściągliwe stosowanie prawa redukcji, z uwagi na to, że miarkowanie osłabia skutek stymulacyjno-represyjny oraz kompensacyjny kary umownej, a nadto redukcja stanowi modyfikację treści zobowiązania określonego w umowie. Wskazuje się jednak, że brak szkody lub jej nieznaczna wysokość może tworzyć odpowiednie kryterium redukcji kary umownej, gdyż kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem, nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 23 grudnia 2015 r., I ACa 761/15 LEX nr 1957025). Wyrażono ponadto pogląd, że żądanie kary umownej w znacznej wysokości – pomimo braku szkody – może uzasadniać przyjęcie, że w stosunku do wartości przedmiotu umowy kara jest rażąco wygórowana i wymaga miarkowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 stycznia 1974 r., I CR 376/72, LEX nr 766678). Jako przesłanka kary umownej powinna być również brana pod uwagę wina dłużnika i jej stopień (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 7, poz. 380, LEX nr 784259).

Wskazać trzeba, że w treści art. 484 § 2 k.c. nie wskazano konkretnych stanów faktycznych uzasadniających miarkowanie kary umownej, nie podano również hierarchii takich kryteriów, w każdym bowiem przypadku sąd obowiązany jest samodzielnie dokonać takiej oceny, uwzględniając okoliczności konkretnej sprawy, a w szczególności to czy, i ewentualnie w jakim stopniu, wykonanie zobowiązania zaspokajało ostatecznie interes wierzyciela, a także czy nie zachodzą inne względy przemawiające za miarkowaniem (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r., II CSK 318/10, LEX nr 784914, OSNC-ZD 2011, nr 4, poz. 80). Miarkowanie kary umownej nie jest rzeczą łatwą, zawsze bowiem jest to ingerencja w postanowienia umowy łączącej strony i wymaga dokonania wnikliwej oceny, do jakich

granic taka ingerencja jest rzeczywiście uzasadniona w okolicznościach danej sprawy. W tych granicach sędziowskie uznanie powinno mieć z reguły decydujące znaczenie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2006 r., I CSK 259/06, LEX nr 398369).

W przedmiotowej sprawie znaczny rozmiar niewykonanego zobowiązania – w dacie odstąpienia od umowy (tj. wykonanie przedmiotu umowy zaledwie w 35 % w sensie wartościowym, przy zakładanych 64,58 %) – nie uzasadniał miarkowania kary umownej. O ile natomiast zastrzeżenie kary w granicach 15 % wartości umowy brutto mogłoby, co do zasady, podlegać w tej sytuacji rozpatrzeniu jako rażąco wygórowane (w zestawieniu chociażby z wysokością wynagrodzenia należnego za wykonaną część umowy) to jednak w okolicznościach przedmiotowej sprawy pozostaje to bez wpływu na treść rozstrzygnięcia.

Rozważając bowiem z jednej strony znaczny zakres robót niewykonanych w dacie odstąpienia od umowy (w stosunku do planowanych) i konieczność zlecenia ich nowemu podwykonawcy, z drugiej zaś bardzo wysoką wartość zastrzeżonej (w sposób „sztywny”) kary umownej, w ocenie Sądu nienadmierną ingerencją w treść stosunku zobowiązaniowego pomiędzy stronami byłoby – ewentualnie – określenie wysokości należnej kary umownej na poziomie ok. 1/3 kwoty wynikającej z wyliczenia tej kary na podstawie postanowień § 18 ust. 6 umowy (zob. k. 19 i 37 akt), tj. w kwocie 1.285.350 zł (3.856.050 / 3). W ocenie Sądu tylko kara umowna co najmniej na takim poziomie mogłaby spełnić swoje funkcje. Skoro bowiem w umowie strony ustaliły tak wysoką sankcję za niedopełnienie przez pozwanego jego obowiązków, to zmniejszona przez Sąd wysokość kary nie może rażąco odbiegać od kary uzgodnionej przez strony. Rolą kary umownej było w niniejszej sprawie zmotywowanie powoda do podjęcia starań w celu terminowego wykonywania zleconych mu robót, powinna więc być ona ustalona w takiej wysokości, aby naruszenie umowy w tej części (choćby tylko na skutek niedbalstwa) stanowiło dla strony odczuwalną dolegliwość.

W istocie jednak taka ocena Sądu nie mogła mieć w ostatecznym rezultacie znaczenia dla rozstrzygnięcia, skoro kara umowna w zaakceptowanej przez Sąd wysokości (1.285.350 zł) przewyższa wartość roszczenia dochodzonego przez powoda (798.166,68 zł) – co musiało doprowadzić do jego wygaśnięcia na skutek złożenia przez pozwanego oświadczenia o potrąceniu. Skutkiem ww. oświadczenia o potrąceniu było więc umorzenie ww. wzajemnych wierzytelności (art. 498 § 2 w zw. z art. 499 k.c., a także w zw. z art. 60 i art. 61 § 1 k.c.).

Wyjaśnić przy tym trzeba, że z art. 499 zd. 2 k.c. wynika moc wsteczna oświadczenia o potrąceniu od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe. Moc wsteczna potrącenia oznacza także, że wyeliminowane zostały następstwa upływu czasu, przede wszystkim skutków opóźnienia lub zwłoki stron w wykonaniu zobowiązania, powstałych w okresie od zaistnienia stanu potrącalności (tj. od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe) do momentu, gdy zainteresowany zechciał skorzystać z prawa potrącenia. Pozbawione podstaw stają się zatem ewentualne roszczenia związane z niewykonaniem świadczenia w terminie, a więc także roszczenie o odsetki, dotyczące okresu po powstaniu stanu potrącalności. Opóźnienie zaś, które istniało wcześniej, pociągnie za sobą normalne następstwa, ale tylko za okres do rozpoczęcia fazy kompensacyjnej. Zniesienie sankcji opóźnienia czy zwłoki odnosi się do obu stron, nie tylko tej, która dokonała potrącenia (zob. A. Janiak [w] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna pod red. A. Kidyby, LEX 2010, teza 9 do art. 499 k.c.). W niniejszej sprawie „stan potrącalności” należy datować dopiero od momentu, w którym powodowi złożone został oświadczenie o odstąpieniu od umowy i naliczeniu kary umownej z tego tytułu – a więc od dnia 4 lutego 2013 r. (zob. potwierdzenie daty wpływu – k. 165 – 166 akt). Tymczasem wierzytelność powoda dochodzona pozwem bezspornie stała się wymagalna wcześniej, tj. dnia 19 stycznia 2013 r. (zob. k. 176 akt). Z tego względu oddaleniu podlegało więc, poza należnością główną, także żądanie powoda w zakresie odsetek za opóźnienie (art. 481 § 1 k.c. a contrario), lecz jedynie do momentu w którym opisany wyżej „stan potrącalności” zaistniał.

Z powołanych wyżej względów żądanie pozwu podlegało uwzględnieniu jedynie w zakresie odsetek ustawowych od dnia wymagalności dochodzonego świadczenia pieniężnego w kwocie 798.166,68 zł do dnia w którym nastąpił skutek zapłaty (w następstwie potrącenia).

Mając powyższe okoliczności na względzie, Sąd orzekł jak w punkcie I. wyroku, oddalając powództwo w pozostałej części (pkt II. wyroku).

O kosztach procesu Sąd orzekł stosując zasadę odpowiedzialności za jego wynik na podstawie art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 99 k.p.c. Pozwany jest w niniejszym procesie wygranym, jedynie bowiem w nieznacznym zakresie „uległ” on powodowi, co nie uzasadniało, w ocenie Sądu, stosunkowego rozdzielania kosztów (art. 100 zd. 2 k.p.c.). Na zasądzoną od powoda na rzecz pozwanego z tego tytułu kwotę 9.717 zł złożyły się: koszty zastępstwa procesowego (7.200 zł) – ustalone w oparciu o § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 490 ze zm.) – tj. regulacji z daty wszczęcia postępowania (§ 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r. poz. 265), a ponadto wydatki w postaci opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (17 zł) i zaliczki na biegłego (2.500 zł).

O niepokrytych wydatkach związanych z przesłuchaniem świadków, a także na poczet opinii biegłego - w części tymczasowo poniesionych przez Skarb Państwa (zob. k. 1241-1244 i 1328-1329 akt)- orzeczono na podstawie art. 83 ust. 2 w zw. z art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2019, poz. 785 ze zm.).