

Sygn. akt V ACa 688/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 stycznia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Zofia Kołaczyk
Sędziowie :	SA Urszula Bożałkińska (spr.) SA Anna Tabak
Protokolant :	Barbara Knop

po rozpoznaniu w dniu 24 stycznia 2013 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w B. i M. G.

przeciwko Powiatowi (...)

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach

z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt XII C 341/11

1. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 1 o tyle, że zasądzoną kwotę 78.397,20 złotych obniża do kwoty 43.554 (czterdzieści trzy tysiące pięćset pięćdziesiąt cztery) złote;
2. oddala apelację w pozostałej części;
3. zasądza od powodów na rzecz pozwanego kwotę 2.426 (dwa tysiące czterysta dwadzieścia sześć) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt V ACa 688/12

UZASADNIENIE

W dniu 8 czerwca 2011r. Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w B. oraz M. G., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...) w S., wystąpili przeciwko Powiatowi (...) z powództwem o ustalenie w ramach miarkowania kary umownej, że kara ta za nieterminowe wykonanie przez nich każdego etapu umowy wynosi 0,1 %, zamiast 1 %, wartości brutto danego etapu umowy za każdy dzień zwłoki lub opóźnienia oraz o zapłatę kwoty 89 926,20

zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu, a także zasądzenie od pozwanego kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

Uwzględniając częściowo powództwo, w odniesieniu do kwoty 78.397,20 zł Sąd Okręgowy oparł rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach i wywiedzionych wnioskach prawnych.

W wyniku zorganizowanego przez Powiat (...) przetargu nieograniczonego z dnia 22 kwietnia 2010r. na wykonanie modernizacji operatu ewidencji gruntów i budynków dla jednostki ewidencyjnej O. (zawierającej 7 obrębów i 13.471 działek, z szacunkową ilością budynków w liczbie 1.400) zgodnie z warunkami opisanymi w Rozdziale I specyfikacji istotnych warunków - zamówienia, jako wykonawcę wyłoniono konsorcjum, w skład którego wchodziły - (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w B. (dalej (...) sp. z o.o.), jako lider konsorcjum oraz M. G., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...) w S., jako partner konsorcjum.

21 maja 2010r. pomiędzy stronami - Powiatem (...) a (...) sp. z o.o. i M. G. została zawarta umowa na wykonanie modernizacji operatu ewidencji gruntów i budynków dla jednostki ewidencyjnej O..

Zgodnie z § 2 umowy przedmiot zlecenia został podzielony na 5 etapów:

1. etap - prace przygotowawcze i analiza istniejących materiałów geodezyjno-kartograficznych - do dnia 15 czerwca 2010r.;
2. etap - wykonanie warstwy graniczników, warstwy granic i warstwy działek ewidencyjnych - do dnia 15 września 2010r.;
3. etap - wykonanie warstwy budynków, użytków, granic, granic użytków i użytków gruntowych - do dnia 15 grudnia 2010r.;
4. etap - postępowanie formalno-prawne, wyłożenie projektu operatu - do dnia 28 lutego 2011r.;
5. etap - wprowadzenie zmian do części opisowej operatu ewidencyjnego - do dnia 30 maja 2011r.

Realizacja każdego z etapów miała nastąpić na podstawie protokołu zdawczo-odbiorczego przez zamawiającego, po stwierdzeniu braku usterek wskazanych w protokole kontroli.

Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ustalono zgodnie z ofertą przedłożoną przez wykonawcę na kwotę 427 000 zł brutto. Podstawą płatności z tytułu realizacji umowy były faktury VAT wystawione przez Wykonawcę, po dokonaniu odbioru przedmiotu umowy z zastrzeżeniem że:

1. za wykonanie I etapu przedmiotu umowy - 15% kwoty podanej w ofercie;
2. za wykonanie II etapu przedmiotu umowy - 20% kwoty podanej w ofercie;
3. za wykonanie III etapu przedmiotu umowy - 20% kwoty podanej w ofercie;
4. za wykonanie IV etapu przedmiotu umowy - 20% kwoty podanej w ofercie;
5. za wykonanie V etapu przedmiotu umowy - 25% kwoty podanej w ofercie;

Zgodnie z § 5 umowy w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, wykonawca zobowiązany został do zapłaty zamawiającemu kar umownych. Ustalono, że za nieterminowe wykonanie etapu przedmiotu umowy wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 1% wartości brutto danego etapu umowy za każdy dzień zwłoki lub opóźnienia nadto ustalono w punkcie 4, że wynagrodzenie Wykonawcy zostanie pomniejszone o kwotę naliczonych kar umownych.

Większość dokumentacji geodezyjnej zamawiający przekazał wykonawcy przed 11 czerwca 2010r., a pozostałą część dokumentacji, obejmującą około 260 szkiców i współrzędnych z operatów przekazał w dniu 11 czerwca 2010r.

I etap umowy został zakończony z dwudziestodniowym opóźnieniem po stronie wykonawcy. Z tego tytułu zamawiający, po wcześniejszym wypłaceniu całości umówionego wynagrodzenia, obciążył wykonawcę notą księgową na kwotę 12.810 zł, która została zapłacona przez wykonawcę w formie dwóch przelewów na rachunek bankowy.

Pismem z 8 września 2010r. wykonawca zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu oddania II etapu prac do 15 października 2010r. lub połączenie etapów II i III i oddanie ich łącznie w terminie ustalonym dla etapu III, czyli do 15 grudnia 2010r., z uwagi na dużą ilość zgromadzonej dokumentacji oraz czasochłonność opracowania danych. Zamawiający uwzględnił wniosek i aneksem nr (...) do umowy z 21 maja 2010r. strony zmieniły § 2 pkt 1 umowy w zakresie terminów realizacji poszczególnych etapów przedmiotu umowy w ten sposób, że połączono termin oddania II i III etapu i wyznaczono go na dzień 15 grudnia 2010r.

Pismem z 29 listopada 2010r. wykonawca ponownie zwrócił się o zmianę terminu oddania II i III etapu umowy na dzień 15 stycznia 2011r. wyjaśniając, że nie jest w stanie terminowo wykonać wszystkich prac objętych tymi etapami z uwagi na bardzo duże rozbieżności pomiędzy częścią opisową ewidencji gruntów i budynków, a mapą ewidencji gruntów oraz utrudniony dostęp do Ksiąg Wieczystych. Wskazał przy tym, że pomimo trudności wykonał komplet prac dla pięciu z siedmiu obrębów. Zamawiający częściowo uwzględnił wniosek i aneksem nr (...) do umowy z 21 maja 2010r. z 15 grudnia 2010r., strony zmieniły § 2 pkt 1 w zakresie terminów realizacji poszczególnych etapów umowy w ten sposób, że przedłużono termin wykonania III etapu prac do dnia 15 stycznia 2011r.

Etap drugi zakończony został w dniu 24 stycznia 2011r. - z opóźnieniem wynoszącym 40 dni. Z tego tytułu zamawiający obciążył wykonawcę karą umowną za nieterminowe oddanie II etapu umowy na podstawie noty księgowej kwotą 34 160 zł, która to kwota została potrącona z należnego wykonawcy wynagrodzenia.

Realizacja III etapu umowy zakończyła się 18 marca 2011r., z opóźnieniem wynoszącym 62 dni. Z tego tytułu zamawiający obciążył wykonawcę karą umowną za nieterminowe oddanie III etapu umowy na podstawie noty księgowej kwotą 52 948 zł, która to kwota została potrącona z należnego wykonawcy wynagrodzenia.

Aneksem nr (...) z 18 marca 2011r. strony zmieniły po raz kolejny § 2 pkt 1 umowy z 21 maja 2010r. w zakresie terminów realizacji poszczególnych etapów przedmiotu umowy, ustalając termin zakończenia prac w ramach etapu IV na dzień 30 kwietnia 2011r. oraz zakończenia prac w ramach etapu V na dzień 30 lipca 2011r.

Pismem z 4 kwietnia 2011r. wykonawca zwrócił się do pozwanego z kolejną prośbą o przedłużenie terminu zakończenia prac - etapu IV do dnia 13 maja 2011r., a etapu V do dnia 30 września 2011r. wskazując, że oddanie dotychczasowych etapów przedmiotu umowy ulegało opóźnieniom i to z przyczyn nie leżących po jego stronie. Aneks nr (...) z 9 maja 2011r. - zmienił § 2 pkt 1 umowy z 21 maja 2010r. w ten sposób, że termin odbioru IV etapu prac strony ustaliły na dzień 13 maja 2011r., a termin odbioru etapu V najpóźniej na dzień 31 sierpnia 2011r.

W dniu 11 maja 2011r. nastąpił odbiór IV etapu przedmiotu umowy. Etap V umowy również zakończony został w terminie. Zamawiający wypłacił wykonawcy wynagrodzenie za realizację tych etapów w pełnej wysokości. Nie miał, przy tym, żadnych zastrzeżeń do jakości wykonania całości zamówienia.

Ponieważ łączna kwota naliczonych kar umownych za nieterminowe wykonanie I, II i III etapu umowy wyniosła 99.918 zł., co stanowiło 23,4 % wartości całego ustalonego w umowie wynagrodzenia, dlatego pismem z 8 marca 2011r. wykonawca zwrócił się z prośbą do zamawiającego o anulowanie kar umownych wyjaśniając, że na nieterminowe wykonanie wpływ miały również niezależne czynniki zewnętrzne, a pracownicy wykonujący kolejne etapy umowy napotkali na rozbieżności, które wymagały rzetelnego opracowania, co wiązało się z wydłużonym czasem pracy.

Pismem z 22 marca 2011r. wykonawca zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o miarkowanie kary umownej z tytułu opóźnienia w wykonaniu poszczególnych etapów umowy z 21 maja 2010r., z uwagi na jej rażące wygórowanie.

Podniósł, że opóźnienia powstałe przy przekazaniu I i II etapu nie zostały spowodowane z winy wykonawcy, a jedynie z uwagi na powstałą konieczność wykonania przez wykonawcę prac dodatkowych w trakcie realizacji umowy w celu jej rzetelnego wykonania. Zaznaczył, że wysokość naliczanych kar umownych jest rażąco wygórowana biorąc pod uwagę stosunek wysokości naliczonej kary do należnego wykonawcy wynagrodzenia oraz fakt, że zamawiający przyczynił się do powstania opóźnień w przekazaniu prac.

Czyniąc przedstawione ustalenia Sąd Okręgowy zważył co następuje:

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, Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. § 2 tego przepisu stanowi, że jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Okoliczności faktyczne sprawy mają w zasadzie charakter bezsporny. Obie strony przyznawały, że doszło do nienależytego (polegającego na opóźnieniu) wykonania zobowiązania przez powodów oraz, że zostali oni z tego tytułu obciążeni karą umowną w rozmiarze zgodnym z zastrzeżeniami umownymi. Poza sporem było też, że mimo opóźnienia powodowie wykonali swoje zobowiązanie w całości, że było ono niezwykle pracochłonne i w efekcie przedstawia bardzo wysoki poziom merytoryczny. Strony różniły się wyłącznie w kwestii prawnej oceny zasadności roszczeń powodów o miarkowanie kary umownej oraz ewentualnego stopnia takiej korekty.

Na wstępie zauważyć należy, że powodowie wystąpili z dwoma kategoriami roszczeń. Z profesjonalnej redakcji petitum pozwu wynika jednoznacznie, że domagali się miarkowania kary umownej zarówno w formie powództwa o ustalenie, jak i w formie powództwa o zapłatę. Oba te żądania wyeksponowane zostały jako niezależne roszczenia i każde z nich wymagało odrębnego rozpoznania.

Jak zatem wspomniano, dłużnik ma interes prawny w wytoczeniu powództwa o miarkowanie kary umownej w formie ustalającej tylko w przypadku, gdy nie doszło jeszcze do realizacji roszczenia o zapłatę kary umownej, co w stanie faktycznym sprawy nie miało miejsca. Wobec powyższego sformułowane w pkt 1 petitum pozwu żądanie miarkowania kary umownej w formie ustalającej należało w całości oddalić.

Do rozważenia pozostała ocena zasadności zawartego w pozwie roszczenia o zapłatę kwoty 89 926,20 zł. Poza sporem jest, że powodowie domagali się zapłaty tej kwoty w ramach miarkowania kary umownej, jaką zostali obciążeni przez pozwanego za niekwestionowane opóźnienia w ramach realizacji trzech pierwszych etapów prac. Wbrew twierdzeniom powodów, pozwany nie zrealizował swoich roszczeń na każdym z tych etapów poprzez potrącenie wartości kary umownej z kwot należnych powodom tytułem wynagrodzenia. Taka sytuacja zaistniała przy rozliczaniu etapów drugiego i trzeciego. Natomiast w pierwszym etapie pozwany najpierw wypłacił całość umówionego wynagrodzenia, a następnie wezwał powodów do zapłaty kary umownej, co ci dobrowolnie wykonali. Prowadzi to do zasadniczego zróżnicowania sytuacji prawnej powodów gdyż z chwilą dokonania zapłaty przez dłużnika kary umownej jego prawo do żądania miarkowania tej kary wygasa. Spełnienie świadczenia powoduje bowiem wygaśnięcie ciężącego na dłużniku kontraktowego obowiązku świadczenia kary, co do którego mogłaby się odnosić ewentualna ingerencja sądu w ramach miarkowania. Dłużnik mógłby w takim przypadku zapobiec utracie prawa miarkowania kary umownej, czyniąc - zgodnie z art. 411 pkt 1 k.c. - przy dokonywaniu zapłaty odpowiednie zastrzeżenie żądania zwrotu części świadczenia, które w jego ocenie odpowiadałoby zawyżeniu kary umownej. Tymczasem powodowie płacąc żadaną karę umowną za opóźnienie w realizacji pierwszego etapu umowy nie poczynili takiego zastrzeżenia. Wprawdzie w toku procesu próbowali tłumaczyć, że świadczenie to zostało spełnione w celu uniknięcia ryzyka wstrzymania wypłaty wynagrodzenia za kolejne etapy prac, ale takie działanie w ogóle nie mieści się w pojęciu „uniknięcia przymusu” z art. 411 pkt 1 k.c., nie mówiąc o tym, że w ujęciu prawnym ryzyko takie nie istniało. Zachowanie powodów należy tu oceniać przez pryzmat podwyższonej miary staranności /art. 355 § 2 k.c./ i skoro będąc profesjonalnymi uczestnikami obrotu prawnego w ramach prowadzonej działalności gospodarczej dobrowolnie zapłacili karę umowną, nie czyniąc przy tym żadnego zastrzeżenia, tym samym ich roszczenie o miarkowanie kary umownej w tym zakresie definitywnie

wygasło. Reasumując, powództwo o zapłatę kwoty 11 529 zł., czyli w zakresie obejmującym roszczenie powodów o miarkowanie kary umownej za pierwszy etap robót należało oddalić. Zgoła odmiennie kształtuje się sytuacja powodów w odniesieniu do kar umownych za opóźnienia w realizacji etapów drugiego i trzeciego. W tym przypadku nie spełnili oni świadczenia dobrowolnie, lecz zostało ono skompensowane przez pozwanego z należnym im wynagrodzeniem w drodze oświadczeń o potrąceniu. Wprawdzie potrącenie także prowadzi do wygaśnięcia zobowiązania, jednakże następuje ono bez wyrażenia zgody przez dłużnika. A zatem na gruncie kary umownej potrącenie nie może być zrównane z dobrowolną zapłatą, albowiem odmienna interpretacja niweczyłaby funkcję ochronną art. 484 § 2 k.c. Właśnie z tego względu orzeczenie wydane na tej podstawie przez sąd zalicza się do orzeczeń konstytutywnych ze skutkiem ex tunc. Konsekwencją tego jest uznanie, że orzeczenie sądu reguluje wysokość kary umownej od chwili jej wymagalności, a zatem tę wysokość, którą ewentualnie można by potrącić. W rezultacie okazuje się zatem, że do potrącenia całej wierzytelności dojść nie mogło, a potrącenie doprowadziło do wygaśnięcia zobowiązania tylko w takim zakresie, w jakim uznano karę umowną za należną. Przyjmując taką interpretację, należy uznać, że złożenie oświadczenia o potrąceniu nie wyłącza prawa do domagania się miarkowania kary umownej, gdy tak przyjął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 listopada 2007r. sygn. I CSK 270/7 Oznacza to, że w zakresie kary umownej za etapy drugi i trzeci powodowie mieli prawną podstawę do wystąpienia o jej miarkowanie w ramach powództwa o zapłatę. Do rozważenia pozostało więc, czy zachodzą przesłanki, które w okolicznościach faktycznych tej sprawy usprawiedliwiały tego rodzaju roszczenie i jego ewentualny wymiar.

W art. 484 § 2 k.c. ustawodawca wskazał, jako alternatywne okoliczności umożliwiające żądanie miarkowania kary umownej, zarówno wykonanie zobowiązania w znacznej części, jak i rażące wygórowanie kary umownej. Bezspornym w sprawie jest, że powodowie wykonali swoje zobowiązanie w całości, co samo w sobie daje im podstawę do żądania miarkowania kary umownej. W ocenie sądu ten fakt w zestawieniu z całokształtem okoliczności sprawy świadczy także o tym, że karę umowną, jaką finalnie obciążono pozwanych, należy ocenić jako rażąco wygórowaną. Powodowie nie tylko wykonali całe zobowiązanie, ale podkreślić należy, że jakość ich prac przedstawia niezwykle wysoki poziom merytoryczny, przy czym pozwany wprost wyrażał swoje zadowolenie z tego tytułu. Zwraca uwagę okoliczność, że mimo opóźnienia w wykonaniu zamówionego dzieła pozwany nie poniósł żadnej realnej szkody. Wskazywał wprawdzie, że opóźnienie to stwarzało dla niego ryzyko finansowych sankcji o charakterze administracyjnym, ale faktem jest że takowych nigdy nie poniósł. Zwracał też uwagę, że opóźnienie ze strony powodów miało przyczynić się do opóźnienia w realizacji planów dalszych prac modernizacyjnych dla kolejnych jednostek ewidencyjnych, ale nie wykazał poniesienia z tego tytułu jakiegokolwiek szkody, abstrahując nawet o braku udowodnienia istnienia w tym zakresie adekwatnego związku przyczynowego. Ponadto zeznania świadków - pracowników pozwanego, merytorycznie odpowiedzialnych z jego strony za kontrakt, potwierdziły, że powodowie realizowali umowę w bardzo trudnych warunkach. Bardzo późno przekazano im całość dokumentacji z zasobów geodezyjnych Powiatu, dokumentacja ta wymagała aktualizacji w zakresie niespotykanym w przypadku wcześniejszych prac dotyczących innych jednostek ewidencyjnych, umowa po raz pierwszy w historii zleceń tego typu realizowanych na rzecz Powiatu (...) obejmowała łącznie aż siedem obrębów ewidencyjnych, prace w terenie przypadły na okres zimowy i wymagały radykalnego zwiększenia nakładu pracy ze strony wykonawcy. Skutkiem tego umówione wynagrodzenie praktycznie oznaczało dla wykonawcy brak zysku. Mimo tego wykonawca, chcąc podtrzymać swoją renomę potrzebną mu przy ubieganiu się o inne kontrakty, nie zdecydował się na odstąpienie od umowy i wykonał zamówienie. Uchybienia w realizacji drugiego i trzeciego etapu prac nie były skutkiem umyślności, czy niedbalstwa po stronie powodów. Wynikały wyłącznie z tego, że nie przewidzieli ogromnego zakresu prac jaki przyszło im wykonać. Usprawiedliwieniem dla nich może być też okoliczność, że w przeszłości wykonywali już prace ewidencyjne dla Powiatu (...) i przyjęli założenia tożsame do skali ich dotychczasowej trudności. Nie zdawali sobie sprawy, że jednostka ewidencyjna O. posiada dokumentację archiwalną sporządzoną w realiach innego zaboru, a konieczność prac aktualizacyjnych tak znacząco na ich niekorzyść będzie odbiegała od dotychczasowych standardów. Mimo tych wszystkich trudności zamówienie zostało zrealizowane przez powodów w pełnym zakresie, na bardzo wysokim poziomie i do dzisiaj służy pozwanemu, bez najmniejszych nawet zastrzeżeń z jego strony. W tych okolicznościach kara umowna za realizację etapów drugiego i trzeciego, wynosząca około 20% wynagrodzenia umówionego za cały kontrakt musi zostać uznana za wygórowaną i to w stopniu rażącym. Skoro zatem istnieją warunki do skorzystania z sędziowskiego uprawnienia do miarkowania kary umownej za realizację etapów drugiego i trzeciego, dlatego pozostało jedynie do rozważenia w jakim

stopniu świadczenie to zredukować. Nie można bowiem świadczenia tego w całości zniweczyć, skoro do opóźnienia w wykonaniu zobowiązania rzeczywiście doszło, a powodowie ponoszą za to winę i nie ma znaczenia, że przybrała on najłżejszą postać. Nie można przecież pominąć, że powodowie są profesjonalistami w swojej dziedzinie i przystępując do przetargu być może powinni zrobić wstępne rozeznanie w odniesieniu do jego przedmiotu, a już na pewno mogli wykorzystać dobrą wolę oraz zrozumienie ze strony Powiatu (...). i z większym realizmem oszacować potrzebny im czas przy wnioskowaniu o aneksowanie umowy. W tych okolicznościach zasadnym będzie zmniejszenie kary umownej z poziomu 1% do 0,1% wartości brutto danego etapu umowy za każdy dzień zwłoki lub opóźnienia. Tym samym karę umowną za opóźnienie w realizacji drugiego etapu obniżyć należy z kwoty 34 160 zł. do kwoty 3 416 zł., a karę umowną za opóźnienie w realizacji trzeciego etapu obniżyć należy z kwoty 52 948 zł. do kwoty 5 294,80 zł. Oznacza to, że dokonując potrącenia z wynagrodzeniem za realizację drugiego i trzeciego etapu pozwany, który potrącił z tego tytułu łącznie kwotę 87 108 zł. /odpowiednio - 34 160 zł. i 52 948 zł./, uczynił to w sposób nienależny w zakresie kwoty 78 397,20 zł. /odpowiednio - 30 744 zł. i 47 653,20 zł./ . Łączna kara umowna, która z uwzględnieniem dokonanego miarkowania wynosi 21 520, 80 zł. /12 810 zł. za pierwszy etap, 3 416 zł. za drugi etap i 5 294,80 zł. za trzeci etap/ jest absolutnie adekwatna w realiach całokształtu stosunku zobowiązaniowego łączącego strony. Wobec powyższego sąd rozstrzygnął jak w pkt 1 sentencji, przy czym o należnych powodom odsetkach sąd rozstrzygnął na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c. i przyznał je dopiero do dnia wyrokowania z uwagi na konstytutywny charakter orzeczenia, gdy o kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c.

Od powyższego wyroku wniósł apelację pozwany zaskarżając go w części uwzględniającej powództwo, a mianowicie co do punktu 1 i 3 zarzucając:

- 1) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. poprzez sprzeczność ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego i błędne przyjęcie, że naliczona powodom kara umowna jest rażąco wygórowana, a tym samym jej wysokość winna ulec miarkowaniu;
- 2) naruszenie art. 484 § 2 k.c. poprzez błędną jego wykładnię i dokonanie przez Sąd I instancji miarkowania w zbyt wysokim zakresie.

Podnosząc powyższe zarzuty pozwany wniósł: o zmianę zaskarżonego wyroku w kierunku oddalenia powództwa w całości, ewentualnie jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Rozpoznając przedmiotową apelację Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego zasługuje na częściowe uwzględnienie, gdy za nietrafny uznać należało zarzut obrony art. 233 § 1 k.p.c. „poprzez sprzeczność ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego”, gdy sprzeczność ta w stanie faktycznym sprawy w ogóle nie miała miejsca.

Z tego względu zarzut obrazy art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 484 § 2 k.p.c. należało oceniać jako zarzut obrazy prawa materialnego przez błędne przyjęcie, że zaliczona powodom kara umowna jest rażąco wygórowana.

Odnosząc się zaś do tego zarzutu należało mieć na uwadze następujące okoliczności:

Norma dopuszczająca sądową redukcję kary umownej upoważnia sąd do wydania konstytutywnego orzeczenia kształtującego stosunek zobowiązaniowy stanowi wyjątek i musi znajdować wyraźną podstawę normatywną. Wynika to z istoty zobowiązań umownych, gdy koncepcji autonomii woli nie odpowiada założenie, że sąd może kształtować treść zobowiązania, chociaż winny to czynić same strony w ramach ochrony swoich interesów umownych.

Uwzględniając charakter kary umownej jako odszkodowania umownego i możliwość zastrzeżenia, z różnych zresztą przyczyn kary, której wysokość jest sprzeczna (z punktu widzenia obiektywnego) z poczuciem słuszności, uzasadnione jest funkcjonowanie, jako zasady, że jedynie strony są władne kształtować stosunek umowy obligacyjny między sobą.

Wyjątkowy zatem charakter instytucji miarkowania kary umownej nakazuje restrykcyjną wykładnię przesłanek redukcji.

Podstawową zasadą jest bowiem związanie stron wysokością kary ustaloną w umowie, gdy reguła ta ma znaczenie ogólne, jako konsekwencja zasady *pacta sunt servanda*. W odniesieniu do kary umownej ma ona odzwierciedlenie w treści art. 484 § 1 zdanie pierwsze k.c., co oznacza, że świadczenie z tytułu kary umownej powinno być spełnione w wysokości oznaczonej w umowie. Związaniu stron ustaloną w umowie wysokością kary przeciwstawione jest zawiązanie sądu dyspozycją art. 484 § 2 k.c., stąd uprawnienie do wyjątkowej ingerencji w treść zobowiązania w sytuacji, gdy słuszność wymaga redukcji kary – ze względu na jej rażące wygórowanie lub na wykonanie zobowiązania w znacznej części.

Podkreślenia wymaga przy tym, że miarkowanie uzupełnia reżim ochrony dłużnika, rozszerzając ochronę ze względu na charakter kary umownej jako świadczenia ustalonego uprzednio i w zryczałtowanej formie, gdy wyliczanie przesłanek miarkowania o charakterze wyczerpującym w odniesieniu do kary umownej na wykonanie zobowiązania po terminie lub ze zwłoką wyklucza możliwość sięgania po przesłankę „wykonania zobowiązania w znacznej części”. W tym wypadku chodzi bowiem o karę umowną za nienależyte wykonanie zobowiązania.

Ogólną przesłanką odpowiedzialności odszkodowawczej *ex contractu* jest bowiem niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.). Syntetyczna formuła, którą posługuje się art. 471 k.c. obejmuje wszystkie przypadki, gdy zachodzi rozbieżność między prawidłowym spełnieniem świadczenia – określonym w treści zobowiązania oraz art. 354 i n. k.c. – a stanem rzeczywistym.

Zdefiniowanie niewykonania i nienależytego wykonania zobowiązania wymagając odwołania się do pojęcia „świadczenia” upoważnia, na użytek niniejszej sprawy, do stwierdzenia, że skoro istotnym elementem świadczenia jest zaspokojenie interesu wierzyciela, to interes ten nie jest zaspokojony w przypadku świadczenia po ustalonym w sposób wiążący dla obu stron umowy terminie, gdy wysokość i warunki obowiązywania kary strony akceptowały w umowie, a ta w szeregu wypadków przewidywała możliwość aneksowania umowy (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 6 listopada 2003r., III CZP 61/03, OSNC 2004r., nr 5, poz. 69).

Z tego względu upoważnionym staje się korzystanie z przesłanki „rażącego wygórowania” kary umownej, gdy fakt wykonania zobowiązania w całości, *per se*, nie stanowi przyczyny do miarkowania kary umownej za nieterminowe wykonanie zobowiązania, co uszło uwagi Sądu Okręgowego.

Niewątpliwie pojęcie „rażącego wygórowania” stanowi niedookreślony zwrot wypowiedzi normatywnej, ale krąg okoliczności do sądowej interpretacji określony został przez ustawodawcę restryktywnie – gdy chodzi o karę, która będzie wygórowana i to rażąco.

Należy wyjść od stwierdzenia, że użycie w art. 484 § 2 k.c. pojęć ocennych wskazując, że nie jest właściwe kierowanie się wielkościami bezwzględny – tu samą wysokością kary i dokonywanie oceny, która nie uwzględniałaby okoliczności konkretnego przypadku (pr. Wyrok Sądu Najwyższego z 5 października 2011r., IV CSK 659/10, LEX nr 1102547). Jak podkreśla się w doktrynie na podstawie oceny rażącego wygórowania kary nie może służyć także stosunek kary umownej do świadczenia głównego. Kryterium to jest niewłaściwe ze względu na funkcje kary, która zastępuje odszkodowanie, a nie świadczenie główne. Ponadto pomija ono funkcję represyjną i uzależnia ocenę wysokości kary umownej od jednej tylko okoliczności – wartości świadczenia głównego.

Kolejnym możliwym kryterium jest stosunek kary umownej do interesu majątkowego wierzyciela, gdy kryterium tym posłużył się Sąd Okręgowy. Stwierdził bowiem, że powodowie nie tylko wykonali całe zobowiązanie, gdy całość ich prac przedstawia niezwykle wysoki poziom merytoryczny, a mimo opóźnienia w wykonaniu zamówionego dzieła pozwany nie poniósł żadnej realnej szkody, gdy trudności w realizowaniu zlecenia pozbawiły go praktycznie zysku.

Odnosząc się do tego kryterium w doktrynie zauważa się słusznie, iż jest ono nieodpowiednie bo ocena zostaje oparta wyłącznie na kryteriach subiektywnych, leżących po stronie wierzyciela i pomija całkowicie funkcję represyjną kary umownej.

Za niewłaściwe kryterium oceny wygórowania odszkodowania umownego uznać też należało stosunek kary umownej do odszkodowania, które należałoby się wierzycielowi na zasadach ogólnych, gdyż pozwala ono uwzględnić nie wiele okoliczności, a tylko jedną z nich – szkodę, gdy brak realnej szkody akcentował Sąd Okręgowy (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 21 października 2009r., I ACa 604/09, LEX nr 6282/04).

Zastrzeżenie odszkodowania umownego, co wymaga podkreślenia kształtuje zakres kompetencji i obejmuje indemnizacją wszelkie negatywne następstwa niewykonania zobowiązania, nie zaś tylko *dannum emergens* i *lucrum cessans* – podlegające naprawieniu na gruncie art. 361 k.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z 16 stycznia 2009r., II CSK 198/08, LEX nr 523684). Stąd kara umowna, co należałoby przyjąć, stanowi instrument rozszerzenia zakresu kompensacji przez objęcie nią ogółu negatywnych dla wierzyciela następstw niewykonania zobowiązania. Dlatego, jak podkreśla doktryna, najważniejsze dla oceny jej rażącego wygórowania jest kryterium ogółu majątkowych i niemajątkowych interesów wierzyciela, jakie miał on w wykonaniu zobowiązania.

Jest ono niewątpliwie tożsame, o ile pojęcie szkody pojmuje się szeroko, w sposób obejmujący wszelkie negatywne konsekwencje niewykonania zobowiązania – bez względu na ich majątkowy czy niemajątkowy charakter i bez względu na charakter związku przyczynowego łączącego się z niewykonaniem zobowiązania (por. wyrok Sądu Najwyższego z 11 października 2007r., V CSK 181/07, OSNC – ZD 2008r., nr 2, poz. 48). Tak również przyjął Sąd Najwyższy w wyroku z 14 kwietnia 2005r., II CK 626/04 (LEX nr 1119632).

Gdy kara umowna musi być wygórowana rażąco, co oznacza, że dysproporcja między wysokością kary umownej a możliwym interesem wierzyciela musi być szokująca i rażąca poczucie słuszności, odnieść się należało do ujawnionego interesu pozwanego o charakterze subiektywnym, ponieważ na ocenę rażącego wygórowania kary nie powinny wpływać okoliczności leżące po stronie dłużnika – stopień winy lub sytuacja majątkowa, typu brak zysku z realizacji umowy, a te uwzględniał właśnie Sąd Okręgowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z 26 stycznia 2011r., II CSK 318/10, LEX nr 784914).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreślono też, że z punktu widzenia wierzyciela samo niewykonanie zobowiązania jest szkodą a umówiona kara służy w sposób ogólny jej naprawieniu, co w gospodarce opartej na swobodzie umów oznacza funkcję stymulacyjną skłaniającą do wykonania zobowiązań zgodnie z ich treścią (por. wyrok Sądu Najwyższego z 8 sierpnia 2008r., V CSK 85/08, LEX nr 457785), skoro kara umowna może mieć na celu samo skłonienie dłużnika do spełnienia swego zobowiązania pod groźbą sankcji w razie niewykonania zobowiązania.

Z zeznań świadka R. K. (k. 142-144) wynikało zaś, że nie można było przedłużać „bez końca” terminów realizacji prac określonego etapu i terminy musiały być sensownie określone, aby uniknąć skarg ze strony podmiotów, które przegrały przetarg. Terminy wykonania prac były istotne dla starostwa, ponieważ ewidencja tych gruntów powinna być zakończona wg Rozporządzenia o Ewidencji Gruntów i Budynków do końca 2010r. w przypadku terenów miejskich, a starostwo z powodu braku środków i tak „przekroczyło” realizację tych zadań. Te opóźnienia teoretycznie mogą skutkować sankcjami ze strony (...) Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Geodezyjno – Kartograficznego, w tym obcięciem lub w ogóle nieprzyznaniem dotacji. Brak map ewidencyjnych wstrzymywał też realizację kolejnego etapu, czyli założenie mapy numerycznej zasadniczej. Takie mapy są potrzebne do realizacji wszelkiego rodzaju inwestycji i starostwo musi je wydawać od 1 stycznia 2013r. Przedłużająca się realizacja inwestycji przez powodów blokowała rozpoczęcie kolejnych prac modernizacyjnych, bo ludzie ze starostwa byli zaangażowani w proces realizowany przez powodów, choć trudno aktualnie przewidywać jakie dalsze skutki będzie to miało w przyszłości.

Tym samym uprawnione było stwierdzenie, że w stanie faktycznym sprawy nie można było mówić o braku szkody sensu largo wykazanej przez pozwanego, aby brak szkody mógł być wyłączną przesłanką do miarkowania kary umownej.

Co do zasady podzielić zatem należało stanowisko Sądu Okręgowego, że w stanie faktycznym sprawy można było mówić o istnieniu przesłanki do miarkowania kary umownej z racji jej rażącego wygórowania, zważywszy na poziom szkody niemajątkowej i wielkość faktyczną kary umownej odnosząc jej wymiar do tych właśnie okoliczności.

Z zagadnieniem przesłanek miarkowania kary umownej ściśle wiąże się zagadnienie stopnia jej redukcji, gdy jak podaje się w doktrynie obniżenie kary umownej ma sprowadzać się do eliminacji rażącego wygórowania kary, która powoduje, że jej zasądzenie stałoby w sprzeczności z poczuciem słuszności, ale nie może prowadzić do zejścia poniżej najszerszej pojętej szkody doznanej przez wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2008r., II CSK 364/08, LEX 582727 uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 6 listopada 2003r., III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69). W konkretnych okolicznościach strony mogą subiektywnie wiązać z zastrzeżeniem kary konwencjonalnej także pewne oczekiwania co do jej oddziaływania przymuszającego lub represyjnego, gdy ten charakter oddziaływania kary umownej uwzględnić należało przy przyjęciu właściwego stopnia redukcji kary umownej w stanie faktycznym sprawy.

W wyroku z dnia 14 kwietnia 2005r., IV CK 626/04 Sąd Najwyższy zasadnie bowiem przyjął, że nie można uznać za rażąco wygórowaną kary umownej w wysokości, która wynika z potrzeby skłonienia dłużnika do wykonania zobowiązania lub ze znacznego ryzyka, jakie przyjął na siebie wierzyciel, zawierając umowę.

Kara umowna za opóźnienie w przypadku powodów zmierzała do skłonienia ich do działań skoncentrowanych w czasie. Aneksowanie umowy do granic „możliwych” z racji działań w trybie ustawy o zamówieniach publicznych, gdy przy pierwszym etapie prac nie sygnalizowali oni przeszkód w terminowej realizacji pracy np. z racji nieotrzymania na czas dokumentacji, choć jak wynika z zeznań świadka K. skalę problemu mogli oni rozpoznać na tym etapie na około 80%. Anektowanie etapów IV i V, gdy prace nimi objęte zostały wykonane w przedłużonych terminach, zaś formę aneksów sugerowała strona pozwana, nie pozwala jednocześnie by poprzez nieodpowiednie kalkulowanie realizacji terminów wykonania prac w I, II, III etapie proponowanych w pismach do pozwanego strona powodowa była premiowana dodatkowo, jako wygrywający przetarg, który godził się na kary umowne w wysokości 1% wartości robót danego etapu brutto nie tylko za zwłokę, ale nawet za opóźnienie godząc się na terminy obarczone ryzykiem niedotrzymania (vide: zeznania świadka P. K. k. 167-169) poprzez miarkowanie tych kar do wysokości 0,1%, gdy za odpowiednie, uwzględniając okoliczności wskazane wyżej uznał Sąd Apelacyjny miarkowanie kar umownych do wysokości 0,5% wartości brutto każdego etapu umowy. Tym samym kary należne za II etap należało obniżyć z 34.160 zł do 17.080 zł, a za III etap z 52.948 zł do 26.474 zł.

Należne zatem do wypłaty powodom wynagrodzenie stanowiło sumę tych kwot. Zmieniając zatem na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. punkt 1 wyroku Sądu Okręgowego należną na rzecz obu powodów kwotę niezasadnie potrąconego wynagrodzenia należało obniżyć do 43.554 zł, gdy w pozostałej części apelacja pozwanego jako niezasadna podlegała na podstawie art. 385 k.p.c. oddaleniu. Brak było równocześnie podstaw prawnych do korekty orzeczenia Sądu Okręgowego opartego na przepisie art. 100 k.p.c. w zakresie kosztów procesu. Powodowie wygrali bowiem sprawę (w przybliżeniu) w 50%, ponosząc 8.114 zł kosztów, gdy pozwany poniósł tylko koszty w wysokości 3.617 zł. Sąd Okręgowy zniósł zaś koszty procesu między stronami i z orzeczeniem tym zgodziła się strona powodowa.

W postępowaniu apelacyjnym strona pozwana wygrała w 56%, ponosząc 9.320 zł kosztów (6.620 zł – opłata od apelacji, 2.700 zł – wynagrodzenie pełnomocnika), zaś powodowie ponieśli tylko koszty zastępstw procesowego w kwocie 2.700 zł. Z tego względu na podstawie art. 100 k.p.c. Sąd Apelacyjny zasądził od powodów na rzecz pozwanego 2.426 zł tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.