

Sygn. akt V ACa 650/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 marca 2015r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Barbara Kurzeja (spr.)
Sędziowie:	SA Tomasz Pidzik SO del. Katarzyna Sznajder
Protokolant:	Anna Fic

po rozpoznaniu w dniu 11 marca 2015r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa (...)Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w T.

przeciwko (...) Spółce Akcyjnej w W.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach

z dnia 29 kwietnia 2014r., sygn. akt X GC 389/13

1. oddala apelację;
2. zasądza od powódki na rzecz pozwanej kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt V ACa 650/14

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 29 kwietnia 2014 r. Sąd Okręgowy oddalił powództwo Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...), która wniosła o zasądzenie na jej rzecz od pozwanej - (...) Spółki Akcyjnej w W. kwoty 204.795 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 10 czerwca 2012 r. tytułem reszty należnego jej wynagrodzenia za wykonane na jej rzecz w wykonaniu zawartej umowy o roboty budowlane i domagała się miarkowania kary umownej, którą pozwana naliczyła powódce za opóźnienie w wykonaniu robót ustalając, co następuje.

W dniu 18 sierpnia 2011 r. strony zawarły umowę, na podstawie której zobowiązała się do wykonania remontu gazociągu O. - S.. Pozwana nie kwestionowała obowiązku zapłaty wynagrodzenia za wykonane przez powódkę roboty, wysokości wynagrodzenia oraz terminu jego wymagalności. Powódka została wyłoniona do wykonania tego zadania w trybie przetargu nieograniczonego w postępowaniu niepublicznym po przeprowadzonych negocjacjach. Zamawiająca - pozwana z dniem podpisania umowy zadeklarowała gotowość przekazania terenu budowy. Protokolarne przekazanie terenu budowy nastąpić miało na pisemny wniosek wykonawcy - powódki w terminie uzgodnionym przez strony. Do obowiązków powódki należało między innymi uzyskanie i dostarczenie na teren budowy na własny koszt wszystkich niezbędnych do zrealizowania przedmiotu umowy materiałów, urządzeń i sprzętu. Rozpoczęcie realizacji przedmiotu umowy nastąpić miało z dniem jej podpisania, a zakończenie z dniem 31 października 2011 r. Wynagrodzenie za wykonanie umowy zostało ustalone ryczałtowo netto w wysokości 555.000 zł (brutto 682.650 zł).

Za datę zakończenia realizacji przedmiotu umowy strony przyjęły datę pisemnego zgłoszenia przez powódkę gotowości obiektu do odbioru, potwierdzoną oświadczeniem przedstawiciela pozwanej, wskazanego w § 7 ustęp 1 lit b umowy, które należało dołączyć do zgłoszenia. Pozwana miała przystąpić do odbioru przedmiotu umowy w ciągu 14 dni od daty tego zgłoszenia. Powódka zobowiązała się na podstawie § 9 punkt d) umowy do zapłaty kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto za przedmiot umowy za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminu określonego w § 4 umowy (31 październik 2011 r.). Kara umowna powinna być zapłacona w terminie 14 dni od daty wystąpienia pozwanej z żądaniem zapłaty. Zapłata kary umownej mogła nastąpić w formie potrącenia jej wysokości przez pozwaną z wynagrodzeniem powódki, na co powódka wyraziła zgodę.

Powódka nie zgłaszała żadnych uwag do projektu umowy. Nie skorzystała z uprawnień przewidzianych w Prawie zamówień publicznych.

Rodzaje materiałów zostały określone w projekcie i dokumentach do przetargu. Dokumenty przekazane powódce w dniu podpisania umowy umożliwiały zamówienie wszystkich materiałów na budowę. W trakcie wykonywania robót rodzaj materiałów nie zmienił się.

Powódka 23 sierpnia 2011 r. złożyła zamówienie na rury gazowe z terminem jego realizacji we wrześniu 2011 r. Rury, ze względu na przesunięcie terminu ich wykonania zostały dostarczone 17 października 2011 r.

19 sierpnia 2011 r. i 14 września 2011 r. w odpowiedzi na zapytanie ofertowe powódki z 18 sierpnia 2011 r. (...) Sp. z o.o. zaoferowała dostawę kompensatorów dławikowych. 20 września 2011 r. powódka złożyła zamówienie na kompensatory dławikowe w ilości 7 sztuk. Jako termin realizacji zamówienia wskazała 1 miesiąc, przy czym pierwszy kompensator miał zostać dostarczony po około 1 do 2 tygodni. Wobec braku możliwości wcześniejszego wykonania kompensatorów powódka pismem z 12 października 2011 r. została poinformowana, że kompensatory zostaną dostarczone na plac budowy 25 października 2011 r.

Wobec informacji o terminach dostaw rur i kompensatorów powódka wystąpiła do pozwanej o zaakceptowanie zmiany terminu zakończenia budowy na dzień 30 listopada 2011 r. oraz o zaniechanie naliczania kar umownych za okres wydłużenia trwania realizacji umowy. Pozwana w odpowiedzi poinformowała powódkę, że nie zaszyły obiektywne okoliczności uzasadniające przedłużenie terminu zakończenia prac i nie wyraziła zgody na nienaliczanie kar umownych związanych z przekroczeniem terminu oddania przedmiotu umowy.

Pismem z 19 października 2011 r., które wpłynęło do pozwanej 21 października 2011 r. powódka zwróciła się o przekazanie jej terenu budowy. Był to pierwszy wniosek powódki o przekazanie placu budowy. Nie było przeszkód ze strony pozwanej, aby plac budowy przekazać powódce wcześniej. W dniu 21 października 2011 r. pozwana przekazała powódce teren budowy. Tego dnia powódka otrzymała dziennik budowy. Jako termin zakończenia robót w protokole przekazania terenu budowy wpisano 31 października 2011 r.

Przed dniem przekazania placu budowy powódka na budowie nie wykonywała żadnych prac. Prace w terenie nie mogły być wykonywane przed otrzymaniem materiałów. Materiały zostały dostarczone w II połowie października 2011 r. Nawet gdyby plac budowy został przekazany wcześniej, to i tak prace nie mogłyby zostać rozpoczęte.

Na etapie projektowania były zgody wszystkich właścicieli działek złożone na piśmie na ich udostępnienie.

W trakcie wizji lokalnej w dniu 21 października 2011 r. na działkach (...) znajdowała się kukurydza. P. P. 24 listopada 2008 r. wyraził zgodę na czasowe wejście w teren na jego parcelę w celu ułożenia gazociągu. Zgoda dotyczyła działek o nr (...). K. P. wskazał, że zgodzi się na wejście na działkę jeżeli otrzyma wcześniej wypłatę za ułożenie rurociągu oraz zajęcia pasa 8 m wzdłuż przebiegu rurociągu. Wpisem do dziennika budowy z 16 listopada 2011 r. inspektor nadzoru potwierdził, że powódka może prowadzić prace na działkach (...).

Powódka rozpoczęła prace od miejsca na działce (...). Przed wyrażeniem zgody na wejście na działki (...) powódka mogła prowadzić prace na działkach (...), drodze przechodzącej przez działkę (...) oraz na działkach (...). Na dzień 16 listopada 2011 r. wykonała wykop od miejsca na działce (...) do drogi na działce (...) lecz nie miała materiałów do układania gazociągu. Na pozostałych działkach były rozwieszone rury i trwały prace spawalnicze.

W dniu 28 października 2011 r. kierownik budowy W. S. zgłosił do odbioru wykonanie odcinków prostych pomiędzy kompensatorami i uzyskał zgodę inspektora nadzoru na zaizolowanie spoin.

W dniu 14 listopada 2011 r. inspektor nadzoru wstrzymał prace w bezpośredniej bliskości wykonywanego wykopu ze względu na niewłaściwe odłożenie urobku (bezpośrednio przy krawędzi wykopu). W dniu 16 listopada 2011 stwierdził on usunięcie tej nieprawidłowości i wskazał, że powódka może prowadzić prace na działkach (...). W tym samym dniu specjalista spawalniki J. K. w związku z oględzinami zewnętrznymi spoin kompensatorów (2 sztuk) stwierdził niedopuszczalne niezgodności spawalnicze. W dniu 21 listopada 2011 r. inspektor nadzoru wskazał, że gazociąg należy wykonywać zgodnie z projektem. 16 listopada 2011 r. zostały dostarczone na budowę dwa pierwsze kompensatory bez dokumentów. Pozwana nie wyraziła zgody na ich zamontowanie, ponieważ były wady spoin, pęcherze i przeklejenia. Występowały niezgodności, podtopienia, spoiny były wyszlifowane na licu, co nie powinno mieć miejsca. Spoiny nie odpowiadały normom, jakie wynikały z dokumentacji projektowej. Nie spełniały one nawet poziomu najniższego D. Badania laboratoryjne potwierdziły przeklejenia i pęcherze na spoinach. Wszystkie spoiny zostały poprawione. 16 listopada 2011 r. powódka nie była przygotowana do zabudowania kompensatorów.. Od 16 listopada 2011 r. do 5 grudnia 2011 r. powódka nie wykonywała prac z uwagi na konieczność naprawy kompensatorów.

Według projektu kompensatory miały zostać wykonane zgodnie z rysunkiem i nr normy. Projekt obejmował wykonanie i badanie złączy kompensatorów. Projekt powódka otrzymała razem z umową. W punkcie 6.3 wskazano, że wszystkie spoiny podlegają badaniu radiograficznemu, Pismo z 19 października 2010 r. stanowiło integralną część dokumentacji. W punkcie 2 d tego pisma wskazano sposób wykonania spoin. W piśmie wskazano wytyczne dotyczące badań, normy badań i kto ma je przeprowadzić.

W dniu 8 grudnia 2011 r. dokonano odbioru przejścia pod drogą gminną. W tym samym dniu zostały wbudowane 2 kompensatory, a 14 grudnia 2011 r. kolejne 5 kompensatorów. Dnia 21 grudnia 2011 r. została rozpoczęta próba szczelności gazociągu, która wobec rozszczelnienia została przerwana. Rurociąg uległ rozszczelnieniu wobec nienależytego wykonania jego zabezpieczenia przez powódkę. Powódka najpierw nie zastosowała żadnych zabezpieczeń, potem je wykonała ale nienależycie. Były to prace zakryte i nie można było ocenić ich wykonania. Powódka źle zabezpieczyła płytę drogową na końcu rurociągu. Blok przesunął się. Gdyby piasek był należytej gęstości to płyta nie przesunęłaby się. Świadczy to o nienależytym zabezpieczeniu. O sposobach zabezpieczenia decydowała powódka jako wykonawca.

Przyczyną rozszczelnienia kompensatora podczas pierwszej próby był brak odpowiedniego zabezpieczenia gazociągu. W trakcie drugiej próby te zabezpieczenia już były. Nie było zmian w projekcie całości inwestycji. Po przesłaniu projektu próby ciśnieniowej pozwanej do uzgodnienia, pozwana wniosła uwagi.

W dniu 28 grudnia 2011 r. na terenie budowy strony dokonały opisu niepowodzenia próby, a pozwana wskazała sposób zabezpieczenia gazociągu przed poddaniem go ponownej próbie. W dniu 3 stycznia 2012 r. zostało odebrane wspawanie kompensatora. Następnie w dniu 6 stycznia 2012 r., inspektor nadzoru odebrał wykonanie gazociągu i dopuścił do wykonania próby wytrzymałości i szczelności gazociągu, która została zakończona pomyślnie dnia 11 stycznia 2012 r. W dniu 12 stycznia 2012 r. odebrano izolację kompensatorów z wynikiem pozytywnym i została stwierdzona gotowość zadania do odbioru technicznego. Inspektor nadzoru w dniu 17 stycznia 2012 r. odebrał wykonanie łącznikowania kompensatorów wykonane metodą (...). Następnie dnia 23 stycznia 2012 r. zostało odebrane z wynikiem pozytywnym wykonanie badania izolacji gazociągu po zaspawaniu. Dnia 25 stycznia 2012 r. zostały odebrane prace związane z zakończeniem prac włączeniowych do istniejącego gazociągu. Prace te zostały wykonane z należytą starannością oraz zgodnie z przepisami. 27 stycznia 2012 r. został odebrany montaż sączków węchowych na kompensatorach. Dnia 2 lutego 2012 r. w związku z niską temperaturą prace w obrębie czynnego gazociągu zostały wstrzymane. Pozwana wyraziła zgodę na kontynuowanie prac w dniu 27 lutego 2012 r. Dnia 25 marca 2012 roku pozwanej zostało zgłoszone do odbioru wykonanie prac porządkowych na remontowanym odcinku gazociągu (...). Pozwana zwróciła się do powódki o przedstawienie protokołów odbioru działek przez właścicieli. W dniu 25 marca 2012 r. kierownik budowy zgłosił zakończenie budowy i stwierdził, że prace zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną, projektem budowlanym, warunkami pozwolenia na budowę, przepisami i obowiązującymi normami, co zostało potwierdzone przez inspektora nadzoru ze strony pozwanej.

Pierwszego zgłoszenia do odbioru pozwana nie przyjęła, bo były braki dokumentacji odbiorowej, brak było oświadczeń właścicieli działek o uporządkowaniu placu budowy.

W dniu 27 kwietnia 2012 r. ponownie zgłosiła gotowość do odbioru końcowego.

Pozwana wezwała powódkę pismem z dnia 27 kwietnia 2012 r. do uzupełnienia dokumentów potrzebnych do zgłoszenia gotowości do odbioru poprzez dołączenie oświadczenia o uporządkowaniu terenu po wykonanych robotach właścicieli działek o numerach ewidencyjnych (...) oraz operatu szacunkowego dla właścicieli działki o numerze ewidencyjnym (...).

Odbiór końcowy robót został dokonany dnia 10 maja 2012 r. Komisja odbiorowa stwierdziła, że gazociąg wysokiego ciśnienia będący przedmiotem odbioru odpowiada warunkom technicznym i nadaje się do eksploatacji.

19 stycznia 2012 r. A. Z. i P. K. dokonali odbioru robót na łączną kwotę 388,500 zł. Został sporządzony protokół, na podstawie którego powódka wystawiła fakturę VAT nr (...) z dnia 19 stycznia 2012 r. na kwotę 477.855 zł brutto płatną w terminie 30 dni. Pozwana fakturę otrzymała dnia 20 stycznia 2012 r. Kolejny protokół został sporządzony w dniu 10 maja 2012 r. na podstawie którego dokonano odbioru pozostałych prac wykonanych przez powódkę. Wartość prac powódki została określona na kwotę 166.500 zł netto. Powódka wystawiła pozwanej fakturę VAT nr (...) z dnia 10 maja 2012 r. na kwotę 204,795 zł brutto. Pozwana fakturę otrzymała dnia 10 maja 2012 r. Wykonane przez powódkę prace zostały odebrane bez żadnych dodatkowych uwag i zastrzeżeń.

W dniu 31 marca 2012 r. sporządzono operat szacunkowy wartości szkód składników majątkowych powstałych przy przebudowie gazociągu celem wypłaty odszkodowania.

Pismem z dnia 13 czerwca 2012 r. pozwana wskazała, że opóźnienie w wykonaniu robót objętych umową wyniosła 182 dni przy czym uznała, że powódkę należy zwolnić z tytułu opóźnienia w wykonaniu robót za okres 46 dni, na które składa się 21 dni (od 21 grudnia 2011 r. do 11 stycznia 2012 r.) wynikających z konieczności wykonania ponownych prób kompensatora po nieudanej próbie dokonanej zgodnie z projektem zaopiniowanym przez pozwaną oraz 25 dni w związku z wstrzymaniem prac z powodu niskich temperatur (od 2 lutego 2012 r. do 26 lutego 2012 r.) i w związku z tym wystawiła notę obciążeniową 25 maja 2012 r. na kwotę 464.202 zł za 136 dni opóźnienia. Pozwana wskazała, że w piśmie z dnia 30 stycznia 2012 r. powódka błędnie łączy sprawę wykonania bloków oporowych stałych, o które dokonała zapytania w piśmie z dnia 7 listopada 2011 r. z blokami oporowymi tymczasowymi niezbędnymi do dokonania prób.

Pismem z 19 czerwca 2012 r. poinformowała powódkę, że dokonała 14 czerwca 2012 r. kompensaty należności powódki w wysokości 204.795 zł wynikającej z faktury VAT nr (...) z jej należnościami wynikającymi z noty obciążeniowej z dnia 25 maja 2012 r. i

wezwała powódkę do zapłaty kwoty 259.407 zł.

W piśmie z dnia 23 sierpnia 2012 r. pozwana zwolniła powódkę z odpowiedzialności za dalsze 35 dni opóźnienia, na który to okres składają się:

- 26 dni w związku z brakiem dostępu do całości placu budowy tj. za okres od 21 października 2011 r. do 16 listopada 2011 r.,
- 6 dni związanych z pracami przy doszczelnieniu kompensatora (...), rozszczelnionego na skutek wstrząsów sejsmicznych pochodzenia górniczego tj. od 5 do 7 marca 2012 r. oraz od 12 do 14 marca 2012 r. (prace doszczelnienia kompensatora),
- 3 dni w związku z przyjęciem, iż zgłoszenie gotowości do odbioru nastąpiło faxem w dniu 27 kwietnia 2012 r. (piątek), a nie 30 kwietnia 2012 r. (poniedziałek).

Notą uznaniową z dnia 28 sierpnia 2012 r. skorygowała ilość dni opóźnienia powódki wskazując, że opóźniła się ona o 101 dniu w związku z czym kara umowna wynosi 344.738,25 zł, różnica pomiędzy obiema karami wynosi 119.463,75 zł.

Powódka nie uznała za zasadne nałożenia na nią kary umownej i odesłała pozwanej notę obciążeniową z dnia 25 maja 2012 r. Pozwana podtrzymała swoje stanowisko w sprawie naliczenia powódce kary umownej i ponownie przesłała powódce zwróconą przez nią notę obciążeniową z dnia 25 maja 2012 r., którą powódka ponownie odesłała wraz z oświadczeniem o potrąceniu - nie uznając go za skuteczne.

Powódka pismem z 5 listopada 2012 r. wezwała pozwaną do zapłaty kwoty 204.795 zł wynikającej z faktury nr (...) z 10 maja 2012 r.

W odpowiedzi na to wezwanie pozwana w piśmie z 13 listopada 2012 r. wskazała, że zgodnie z oświadczeniem z 19 czerwca 2012 r. o potrąceniu dokonała kompensaty tej wierzytelności z wierzytelnością jaką miała w stosunku do powódki z tytułu kar umownych. Pozwana zaznaczyła, że powódka zobowiązana jest do zapłaty pozwanej kwoty 139.943,25 zł z tytułu kary umownej, która to przewyższa należności powódki z faktury VAT (...).

i pismem z 8 listopada 2013 r. złożyła oświadczenie o potrąceniu należności w kwocie 204.795 zł przysługującej pozwanej wobec powódki z tytułu naliczonej kary umownej za opóźnienie w wykonaniu umowy i wynikającej z noty obciążeniowej nr (...) z wierzytelnością powódki z tytułu zapłaty kwoty 204.795 zł, należnej na podstawie faktury VAT (...) z 10 maja 2012 r. Oświadczenie to zostało podpisane przez dyrektora oddziału J. L. oraz jego zastępcę K. M.. Do oświadczenia zostało dołączone pełnomocnictwo dla tych osób podpisane przez dwóch członków zarządu pozwanej.

W kolejnych postępowaniach przetargowych pozwana zmieniła warunki umowy obniżając kwotę kar umownych do 0,1% i wprowadziła limit kary umownej do wysokości 20% wartości umowy.

Sąd nie podzielił twierdzeń powódki, że możliwość naliczenia kary umownej jest uwarunkowane wystąpieniem szkody i na uzasadnienie swojego stanowiska przytoczył reprezentatywne orzecznictwo wedle którego, 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 oraz że wierzyciel, dla którego zastrzeżona została kara umowna nie ma obowiązku wykazywać faktu poniesienia szkody. Wskazał, że szkoda nie może być rozpatrywana jako przesłanka żądania kary umownej, stanowiącej ryczałt odszkodowania kompensujący ogół negatywnych następstw niewykonania zobowiązania.

Niezależnie od powyższego wskazał, że wobec niezrealizowania w terminie robót pozwana szkodę poniosła, choć nie wskazała jej wysokości. Pozwana wskazywała bowiem na potrzebę obsługi zadania, które nadzorowali inspektorzy nadzoru będący jej pracownikami, na koszty obsługi kredytu, otrzymywanie mniejszych należności za przesył gazu wobec wyłączenia części gazociągu, brak możliwości starania się o kredyt na dofinansowanie inwe stycji ze środków unijnych wobec przekroczenia terminu jej realizacji.

W ocenie Sądu Okręgowego, dokonane przez pozwaną potrącenie jej wierzytelności z tytułu kar umownych z wierzytelnością powódki było skuteczne.

Strony w umowie ustaliły, że kary umowne należą się za opóźnienie terminu zakończenia robót. Zgodnie z art. 473 § 1 k.c. dopuszczalne jest ustalenie między stronami, że dłużnik jest zobligowany do świadczenia kary umownej także w sytuacji, w której niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (niedotrzymanie terminu wykonania umowy) wynika z okoliczności, za które z mocy ustawy nie ponosi odpowiedzialności (zasada ryzyka).

Tym samym choć - w ocenie Sądu - nie miała znaczenia – wobec treści umowy stron – przyczyna niedotrzymania terminu wykonania robót niedotrzymanie terminu wykonania robót to wynik postępowania wskazuje na wyciągnięcie wniosku, że nastąpiło z przyczyn leżących po stronie powódki. Żaden z zarzutów powódki dotyczący winy pozwanej w niedotrzymaniu terminu wykonania robót nie potwierdził się. Powódka podpisując umowę miała świadomość, że przekazanie placu budowy nastąpi na jej wniosek. Pomimo tego zwlekała z jego złożeniem przez ponad dwa miesiące od dnia zawarcia umowy. Ponadto brak było podstaw do przyjęcia, że warunki atmosferyczne uniemożliwiały powódce wykonywanie robót w miesiącach grudniu 2011 r. i styczniu 2012 r. Nie zostało to potwierdzone stosowną notatką w dzienniku budowy, powódka wykonywała roboty w grudniu 2011 r., a nadto pozwana nie obciążyła powódki karami umownymi z tytułu opóźnienia w wykonaniu robót za okres od 21 grudnia 2011 r. do 11 stycznia 2012 r. oraz za okres od 2 lutego 2012 r. do 26 lutego 2012 r. z powodu wstrzymania prac z powodu niskich temperatur.

Niedotrzymanie terminu wykonania robót było wynikiem rozpoczęcia prac przez pozwaną na 11 dni przed terminem zakończenia realizacji umowy i zbyt późnego zamówienia materiałów potrzebnych do realizacji umowy. Zgodnie z umową, pozwana była obowiązana do przekazania placu budowy na wniosek powódki. Przekazała powódce plac budowy w dniu, w którym wpłynął do niej wniosek. Prezes zarządu powódki słuchany w charakterze strony zeznał, że powódka przed dniem przekazania placu budowy nie mogła wykonywać prac z uwagi na brak materiałów. Tym samym niezasadne są zarzuty powódki, że nie występowała o przekazanie placu budowy wcześniej, ponieważ miała świadomość, że właściciel działek nr (...) odmawia wstępu na ich teren celem prowadzenia prac. Pozwana nie mogła o tym wiedzieć skoro wcześniej właściciel wymienionych działek taką zgodę wyraził. Nadto, powódka nie rozpoczęła prac od tych działek i mogła prowadzić prace na działkach (...), drodze przechodzącej przez działkę (...) oraz na działkach (...). Na dzień 16 listopada 2011 r. powódka wykonała wykop od miejsca na działce (...) do drogi na działce (...) i nie miała materiałów do układania gazociągu. Na pozostałych działkach były rozwieszone rury i trwały prace spawalnicze. Wobec powyższego powódka nie zakończyła wszystkich prac do granicy z działkami (...). Brak dostępu do działek (...) nie miał zatem wpływu na powstanie opóźnienia w realizacji zadania. Poza tym, pozwana nie obciążyła powódki karami umownymi za okres od 21 października 2011 r. do dnia 16 listopada 2011 r. wobec braku możliwości korzystania przez powódkę z całego placu budowy.

Odnosząc się do zarzutu powódki, że nie dysponowała materiałami do wykonania przedmiotu umowy, należy wskazać, że brak jest podstaw do przyjęcia winy pozwanej za opóźnienie w ich dostawie. Powódka w dniu zawarcia umowy (18 sierpnia 2011 r.) wiedziała jakie materiały będą potrzebne do jej realizacji. Pomimo tego, z bliżej nie określonych przyczyn (prezes zarządu powódki słuchany na rozprawie w charakterze strony zeznał, że nie wie dlaczego tak późno złożył zamówienia na materiały), zamówiła materiały (kompensatory) po upływie miesiąca od podpisania umowy. Do dnia przekazania powódce placu budowy nie dysponowała zatem materiałami niezbędnymi do realizacji zadania.,

Ponadto z winy powódki zostały wstrzymane prace ze względu na nieprawidłowe składowanie ziemi. Ponadto kompensatory dostarczone na teren budowy nie posiadały właściwych spoin, co potwierdziły badania laboratoryjne.

Zatem okres, w którym spoiny były poprawiane, spowodował opóźnienie robót z przyczyn leżących po stronie powodowej.

Odnosząc się do wniosku powódki o miarkowanie kar umownych Sąd pierwszej instancji zważył, że art. 484 § 2 k.c. dopuszcza ingerencję w treść zobowiązania w sytuacji, gdy słuszność wymaga redukcji kary umownej – ze względu na jej rażące wygórowanie lub na wykonanie zobowiązania w znacznej części jednakże w rozpoznawanej sprawie - w jego ocenie - kara umowna w kwocie przedstawionej do potrącenia (odpowiadającej należności z faktury VAT (...)) nie była rażąco wygórowana jeśli zważyć, że powódka w terminie wynikającym z umowy nie wykonała prawie żadnych robót i zobowiązanie w dacie upływu umówionego terminu nie było w znacznej części wykonane. W umówionym terminie zakończenia robót dopiero je rozpoczynała. Wobec powyższego brak jest podstaw do miarkowania kar umownych w oparciu o przesłankę wykonania zobowiązania w znacznej części. Nie jest również – jego zdaniem – rażąco wygórowana, skoro stanowi 30% wartości całego umówionego wynagrodzenia. Okres opóźnienia wykonawcy w oddaniu całości robót objętych umową wyniósł 182 dni, zaś uzgodniony przez strony czas trwania robót obejmował 75 dni, a zatem okres opóźnienia w relacji do zaplanowanego czasu trwania robót był bardzo długi (opóźnienie ponad dwukrotnie przekroczyło ustalony w umowie termin realizacji zadania), na co miało wpływ zamówienie przez powódkę materiałów ze znacznym opóźnieniem, wady spoin, występowanie w czasie prowadzonych przez stronę powodową robót trudnych warunków atmosferycznych związanych z niskimi temperaturami, nieprzestrzeganie przez powódkę przepisów BHP, niedostarczenie przez powódkę dokumentacji wraz z kompensatorami, niewłaściwe zabezpieczenie przez powódkę gazociągu przed wykonaniem próby szczelności, znaczne opóźnienie w złożeniu wniosku o przekazanie placu budowy. Przy ocenie istnienia przesłanek do obniżenia kary umownej nie można też pomijać skutków opóźnienia dla zamawiającego roboty. Możliwość dochodzenia kary umownej nie jest wprawdzie uzależniona od wystąpienia szkody związanej z nienależytym wykonaniem zobowiązania, jednakże ocena zaistniałej z tego powodu szkody może mieć wpływ na ograniczenie wysokości dochodzonej kary umownej. Z niewykonaniem zadania dla pozwanej wiązały się negatywne następstwa ze względu na szerokie pojmowanie szkody, nie tylko w znaczeniu materialnym. Ze względu na działalność pozwanej (przesył gazu) miało dla niej znaczenie wykonanie prac w terminie. W trakcie realizacji robót część gazociągu była wyłączona, a zatem pozwana otrzymywała mniejsze opłaty za przesył gazu. Ponadto pracownicy pozwanej do dnia odbioru robót nadzorowali wykonywanie prac, co niewątpliwie - w związku z ich przedłużeniem - spowodowało negatywne konsekwencje finansowe dla pozwanej. Również wobec niezakończenia zadania w terminie pozwana została pozbawiona możliwości starania się o dofinansowanie. Ponościła także koszty związane z obsługą kredytu.

Biorąc zatem pod uwagę powyższe okoliczności, a w szczególności znaczny okres opóźnienia, oraz przyczyny tego opóźnienia, które poza warunkami atmosferycznymi i niedostarczeniem w umówionym terminie przez dostawców materiałów leżały po stronie powódki Sąd Okręgowy uznał, że kara umowna w wysokości przedstawionej do potrącenia (204.795 zł) nie była rażąco wygórowana, a – jego zdaniem - bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w tym przedmiocie jest treść warunków umów w kolejnych postępowaniach przetargowych pozwanej.

Wierzytelność pozwanej stała się wymagalna w dniu 9 czerwca 2012 r., zaś wierzytelność powódki z faktury VAT (...) w dniu 10 czerwca 2012 r. i z tym dniem stało się możliwe potrącenie wzajemnych wierzytelności na podstawie art. 498 k.c., a zatem wobec ich umorzenia, powództwo podlegało oddaleniu.

W apelacji wniesionej od powyższego wyroku powódka zarzuciła wyrokowi:

1. naruszenie prawa materialnego (art. 483 i 484 k.c.) poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że kara umowna należy się stronie bez względu na to, czy w ogóle poniosła szkodę na skutek zachowania się dłużnika,

2. prawa procesowego:

- art. 321 w zw. z art. 187 § 1 pkt 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny odnośnie do zarzutu rażącego wygórowania kary umownej do kwoty objętej żądaniem pozwu (204795 zł);

- art.232 k.p.c. przez oparcie rozstrzygnięcia na niepełnym materiale dowodowym, bo bez jego rozważenia w sposób wszechstronny i bezstronny i bezpodstawne w związku z tym przyjęcie, że strona pozwana poniosła szkodę, choć nie przytoczyła na tę okoliczność żadnych dowodów;

3. sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego przez bezpodstawne przyjęcie, że powódka w dniu przekazania jej placu budowy mogła nim w pełni dysponować, podczas gdy w wpisu w dzienniku budowy wynika, że dopiero w dniu 16 listopada 2012 r. uzyskała prawo do wejścia na działki nr (...)

i wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku przez uwzględnienie powództwa w całości oraz miarkowanie kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się w pierwszym rzędzie do zarzutu naruszenia prawa materialnego, gdyż zarzuty natury procesowej związane są z forsowanym w sprawie przez skarżącą poglądem o braku podstaw do naliczenia kar umownych wobec niewykazania wystąpienia szkody w wyniku nieterminowego oddania robót oraz z nieuwzględnieniem jej żądania miarkowania kary umownej, zważyć na wstępie należy, że prawidłowa wykładnia art. 471 k.c., 483 § 1 k.c., 484 k.c. i 498 § 1 k.c. – w związku z zarzutami i twierdzeniami obu stron – wymagała od Sądu pierwszej instancji ustalenia istnienia wierzytelności z tytułu kar umownych w dacie jej zgłoszenia do potrącenia z dochodzoną przez powódkę jej bezsporną wierzytelnością, opóźnienia w wykonaniu tych robót, jego okresu, jak również ustalenia okoliczności, które spowodowały niewykonanie zobowiązania w terminie.

Istnienie wierzytelności w wysokości przedstawionej do potrącenia, jak i fakt nieterminowego oddania robót budowlanych objętych umową stron nie jest obecnie przez skarżącą kwestionowane, jak i dokonana przez Sąd Okręgowy ocena przyczyn opóźnienia. Nie ulega też wątpliwości, że kara umowna zastrzeżona przez strony za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy, stanowiła postać kary umownej za nienależyte wykonanie zobowiązania, a nie – jak błędnie przyjął Sąd Okręgowy, co jednak ostatecznie nie miało wpływu na rozstrzygnięcie - zastrzeżenie o charakterze gwarancyjnym nakładające obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania wskutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Ponieważ kara umowna - co do zasady - wpisana jest w reżim odpowiedzialności odszkodowawczej, stanowi ryczałtowe odszkodowanie za niewykonanie (niewłaściwe wykonanie) zobowiązania i nie może być w związku z tym oderwana od przesłanek odpowiedzialności kontraktowej (por. wyrok SN z dnia 16 stycznia 2013 r., II CSK 331/12, LEX nr 1293724). Stanowi ona bowiem surogat odszkodowania mającego kompensować negatywną dla wierzyciela konsekwencję wynikającą z niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania. Wierzyciel nie ma w związku z tym obowiązku wykazania ani faktu powstania szkody, ani jej wysokości. Zobligowany jest jedynie udowodnić, że kara umowna została skutecznie zastrzeżona oraz że doszło do nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania. Za wyjątkiem wskazanego w apelacji, niepodzielanego przez Sąd Apelacyjny w obecnym składzie odosobnionego poglądu Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 20 marca 2013 r., I Ca 132/13, w reprezentatywnym orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmuje się obecnie, że wystąpienie szkody nie jest przesłanką powstania wierzytelności z tytułu kary umownej i że zawarte w art. 483 § 1 k.c. postanowienie, iż „naprawienie szkody” może nastąpić przez zapłatę określonej sumy oznacza jedynie tyle, że zastrzeżona kara umowna ma zrekompensować wszelkie niedogodności, jakie dotyczą wierzyciela, a ich przyczyną jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie świadczenia głównego.

W świetle ustalonych przez Sąd Okręgowy okoliczności faktycznych na przebieg realizacji robót miały wpływ wykazane w sprawie zdarzenia i opóźnienie nastąpiło z przyczyn, za które strona powodowa ponosi odpowiedzialność. Zarzut procesowy pozwanej, jakoby Sąd Okręgowy sprzecznie z ustalonym w sprawie materiałem dowodowym przyjął, że powódka w dniu przekazania jej placu budowy mogła nim dysponować jest bezprzedmiotowy w sytuacji gdy pozwana nie obciążyla powódki karami umownymi za okres od 21 października 2011 r. do dnia 16 listopada 2011 r., a nadto

Sąd Okręgowy szczegółowo wyjaśnił w swoich motywach, że powódka w tym okresie nie dysponowała materiałami niezbędnymi do wykonania objętych umową robót.

Jak się z kolei przyjmuje w orzecznictwie (por. wyrok SA w Katowicach z dnia z dnia 17 grudnia 2008 r., V ACa 483/08, LEX nr 491137), miarkowanie kary umownej w trybie art. 484 § 2 k.c. na żądanie dłużnika należy do tzw. prawa sędziowskiego, zaś regulacja tego przepisu nie zawiera jakichkolwiek wyłączeń. Przepis ten może wchodzić w grę w każdym przypadku, gdy w świetle oceny określonego stanu faktycznego, można mówić o tym, że kara umowna w zastrzeżonej wysokości może być uznana za rażąco wygórowaną. Jak się nadto podkreśla w piśmiennictwie, sama zaś dysproporcja, nawet znaczna, nie uzasadnia zarzutu o rażącym wygórowaniu kary umownej, a o stanie rażącego wygórowania można mówić w sytuacji, gdy kara umowna jest równa bądź zbliżona do wartości zobowiązania.

Taka sytuacja w rozpoznawanej sprawie nie zachodzi, a Sąd Okręgowy w motywach zaskarżonego wyroku wskazał okoliczności, które miał na uwadze odnosząc się do wniosku powódki o miarkowanie kary i ich szczegółowa analiza daje podstawę do wnioskowania, że w istocie dokonał on miarkowania całej kary umownej przedstawionej do potrącenia wychodząc z założenia, że skoro kwota 204.795 zł stanowi 30 % umówionego wynagrodzenia, to z tego powodu i w świetle wskazanych okoliczności nie może być uznana za wygórowaną. Wierzytelność objęta fakturą dotyczyła niewątpliwie kwoty 337.911,75 zł i ma rację skarżąca, że miarkowanie kary mogło odnosić się do całej wierzytelności, a nie jej części.

Jako nieporozumienie należy ocenić natomiast zarzut naruszenia art. 232 k.c. oraz 231 w zw. z art. 187 § 1 pkt 1 k.p.c. W przedmiotowej sprawie nie wystąpiła bowiem w ogóle sytuacja objęta hipotezą tych przepisów.

Artykuł 232 k.p.c. dotyczy ciężaru dowodzenia, a przecież Sąd Okręgowy przyjął, że strona pozwana w sposób wiarygodny wskazała, jakie ujemne konsekwencje poniosła w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania przez stronę powodową. Nie miała zaś obowiązku - jak już wyżej wskazano - wykazywania wysokości poniesionej szkody. Kara umowna ma bowiem rekompensować ogół skutków, jakie towarzyszą niewykonaniu zobowiązania w sferze interesów wierzyciela, a wierzyciel jest zobowiązany do wykazania szkody jedynie wtedy, gdy podejmuje próby poszukiwania rekompensaty z tytułu naruszenia więzi umownej na zasadach ogólnych, w trybie art. 471 k.c.

Z kolei, przepis art. 484 § 2 k.c. zezwala na obniżenie wysokości kary umownej na żądanie dłużnika zgłoszonego w postępowaniu sądowym, którego przedmiotem jest obowiązek zapłaty kary umownej. Jest to środek obrony pozwanego, a zatem może być realizowany jedynie w formie odpowiedniego zarzutu merytorycznego, a nie w formie żądania zgłoszonego w pozwie (por. wyrok SN z dnia 8 marca 2013 r., III CSK 193/12, nieop.).

Z przytoczonych względów i na podstawie art. 385 k.p.c. apelacja podlegała oddaleniu.

Orzeczenie o kosztach procesu uzasadnia, stosownie do jego wyniku. (art. 98 i 99 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 i 391 § 2 k.p.c.). Wynagrodzenie pełnomocnika procesowego strony pozwanej (przy wartości przedmiotu zaskarżenia wynoszącego 33.849 zł zasądzono w stawce minimalnej określonej w § 6 pkt 7 i § 12 ust. 1 pkt 2 Rozp. Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu.