

Sygn. akt I ACa 619/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 grudnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Agnieszka Sołtyka
Sędziowie:	SA Maria Iwankiewicz SO del. Tomasz Żelazowski (spr.)
Protokolant:	sekr. sądowy Justyna Kotlicka

po rozpoznaniu w dniu 18 grudnia 2013 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa Syndyka masy upadłości K. G.

przeciwko Gminie M.K.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie

z dnia 3 czerwca 2013 r., sygn. akt I C 167/12

I. zmienia zaskarżony wyrok:

1. w punkcie pierwszym w ten sposób, że zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 91.831,81 zł (dziewięćdziesiąt jeden tysięcy osiemset trzydzieści jeden złotych i osiemdziesiąt jeden groszy) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 20 stycznia 2012 roku, oddalając powództwo w pozostałej części,

2. w punkcie drugim w ten sposób, że zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 3.906,36 zł (trzy tysiące dziewięćset sześć złotych i trzydzieści sześć groszy) tytułem kosztów procesu,

II. oddala apelację w pozostałej części,

III. zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 1.512 (jeden tysiąc pięćset dwanaście) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym,

IV. nakazuje pobrać od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Koszalinie kwotę 4.611,24 zł (cztery tysiące sześćset jedenaście złotych i dwadzieścia cztery grosze) tytułem nieuiszczonej części kosztów sądowych w postępowaniu apelacyjnym,

V. nakazuje pobrać od powoda z zasądzonego roszczenia na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Koszalinie kwotę 8.197,76 zł (osiem tysięcy sto dziewięćdziesiąt siedem złotych i siedemdziesiąt sześć groszy) tytułem nieuiszczonej części kosztów sądowych w postępowaniu apelacyjnym.

T. Żelazowski A. Sołtyka M. Iwankiewicz

Sygn. akt I ACa 619/13

UZASADNIENIE

K. G., wobec którego ogłoszono upadłość z możliwością zawarcia układu wniósł pozew przeciwko pozwanej Gminie M. K. o zapłatę kwoty 256.173,53 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 19 stycznia 2012 r. tytułem wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane. W uzasadnieniu wskazał, że strony łączyła umowa nr (...) z dnia 9 października 2010 r., na mocy której powód zobowiązał się do wykonania „Budowy ul. (...) wraz z odwodnieniem i oświetleniem” realizowaną w ramach zadania inwestycyjnego pn. (...). Umowny termin wykonania umowy upływał 30 września 2011 r. Zakres robót obejmował branżę drogową, branżę elektryczną i branżę sanitarną. Umowa została przez powoda wykonana w całości – powód w dniu 30 września 2011 r. zgłosił do odbioru całość wykonanej inwestycji. Tego samego dnia, inspektor nadzoru inwestorskiego dokonał wstępnego odbioru robót wykonanych przez powoda i stwierdził miejsca usterkowe, niedoróbki oraz nierówności. Ostatecznie do odbioru końcowego robót i przekazania do eksploatacji inwestycji doszło formalnie 21 grudnia 2011 r. rzeczywiste opóźnienie w wykonaniu robót objętych umową wyniosło 80 dni kalendarzowych. Z powodu uchybienia terminowi wykonania umowy pozwana naliczyła powodowi kary umowne w wysokości 275.495,41 zł oraz kwotę 8.227,46 zł tytułem „potrącenia za nierówności występujące w warstwie ścieralnej nawierzchni ulicy (...)”. Powód uznał w części prawo pozwanej do naliczania kary umownej z tytułu nieterminowego wykonania umowy i zgodził się z zatrzymaniem przez nią kwoty 27.549,54 zł odpowiadającej 10% naliczonej kary. Jednocześnie wezwał ją od zapłaty pozostałej części wynagrodzenia. Jego zdaniem, naliczona przez pozwaną kara umowna powinna być na podstawie art. 484 §2 k.c. obniżona. Podstawą do jej zmiarkowania jest zarówno przesłanka znacznego wykonania zobowiązania w terminie oraz fakt, iż w okolicznościach tej konkretnej sprawy, kara naliczona na podstawie umowy jest rażąco wygórowana. Powód bowiem na dzień 30 września 2011 r. wykonał całość robót budowlanych objętych umową. Powód podniósł także, że główną przyczyną zaistniałych wad - nierówności wierzchniej warstwy ścieralnej, były przyjęte nieodpowiednie parametry budowlane dla inwestycji w zakresie dopuszczalnych norm nierówności nawierzchni drogi. Okoliczność ta stanowiła realną przeszkodę w poszukiwaniu przez powoda firmy podwykonawczej, która miała ponownie wykonać warstwę ścieralną. Naliczenie kar umownych stanowiło ze strony pozwanej nadużycie prawa, gdyż pozwana przyczyniła się do późnego odbioru końcowego robót nie akceptując, a ponadto w przypadku innej firmy i w tożsamym stanie faktycznym pozwana kary umownej nie naliczyła. Dodatkowo nie poniosła ona wskutek opóźnienia jakiegokolwiek szkody.

Pozwana w odpowiedzi na pozew wniosła o jego oddalenie. Podniosła, że po podpisaniu umowy i przejęciu placu budowy w dniu 22 listopada 2010r., wykonawca przez okres 4,5 miesiąca nie przystępował do prac, a po ich rozpoczęciu realizował je opieszale. Zamawiający reagował na takie postępowanie ponagleniami. Po raz pierwszy wykonawca zgłosił gotowość do odbioru pismem z 30 września 2011 r. Pozwana odmówiła jednak odbioru, wskazując na brak dokumentacji odbiorowej oraz trwające prace budowlane. Wykonawca przedstawił program naprawczy, na który pozwana nie wyraziła zgody. "W dniu 28 października 2011 r. przedstawiciele pozwanej dokonali wizji lokalnej na placu budowy i stwierdzili, że naprawa została wykonana nieprawidłowo. Wykonawca występował do pozwanej o zmianę wymogów odbiorowych, co jednak nie mogło mieć miejsce z uwagi na prawo zamówień publicznych. Protokół odbioru końcowego został sporządzony dopiero 21 grudnia 2011r.

Wyrokiem z dnia 3 czerwca 2013 r. Sąd Okręgowy w Koszalinie oddalił powództwo i odstąpił od obciążania powoda kosztami procesu. Sąd I instancji ustalił, że strony łączyła umowa nr (...) z dnia 9 listopada 2010 r. zawarta w ramach ustawy o zamówieniach publicznych, na mocy której powód K. G. zobowiązał się do wykonania „Budowy ul. (...) wraz z odwodnieniem i oświetleniem” realizowaną w ramach zadania inwestycyjnego pn.(...) Zakres robót obejmował branżę drogową, w ramach której wykonawca miał wykonać rozbiórkę istniejących nawierzchni, ulicę (...), zjazdy z kostki polbrukowej, pasy postojowe z kostki polbrukowej, chodniki obustronne z kostki polbrukowej, przepusty na istniejących kablach energetycznych, telefonicznych i przewodach gazowych, wymianę przepustu 0600 mm wraz z zabrukowaniem ścianek i oczyszczeniem profilowaniem rowu, oznakowanie poziome i pionowe, regulację studzienek, kratki ściekowych i włazy kanałowe, regulację zaworów wodociągowych i gazowych, zieleń. Nadto wykonawca zobowiązał się do wykonania branży elektrycznej, która obejmowała "wykonanie linii kablowej oświetleniowej, montażu słupów oświetleniowych i opraw, przepięcia istniejących obwodów oświetleniowych, badania i pomiary. W ramach umowy do wykonania był także branża sanitarna, w zakresie której należało wykonać kanały kanalizacji deszczowej z tur PCV oraz studzienki, ściekowe uliczne.

Zakres robót oraz szczegółowe warunki realizacji robót składających się na przedmiot umowy określała dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ, które stanowiły integralną część umowy (§ 1 ust. 3 umowy). Zgodnie z warunkami specyfikacji technicznej dotyczącej nawierzchni z betonu asfaltowego D-05.03.05, dopuszczalna nierówność warstwy asfaltowej – warstwy ścieralnej miała wynosić 6 mm. Termin rozpoczęcia ustalonego zakresu robót określono na dzień przekazania terenu budowy, a termin zakończenia umowy na 30 września 2011 r. (§ 2 umowy). Wykonawca, na podstawie § 6 miał uprawnienie do zawarcia umowy z podwykonawcą, do czego wymagana jednak była zgoda inwestora. W ustępie 2 tego paragrafu wskazano, że wykonawca ponosi odpowiedzialność za roboty podwykonawców. W § 7 umowy uregulowano proces odbioru robót przez zamawiającego. W ustępie 1 wskazano, że zakończenie wykonania robót oraz gotowość do odbioru końcowego wykonawca zobowiązany jest zgłosić w formie pisemnej bezpośrednio w siedzibie zamawiającego. Podstawą do zgłoszenia przez wykonawcę gotowości odbioru robót było faktyczne wykonanie robót, potwierdzone w dzienniku budowy wpisem dokonany przez inspektora nadzoru inwestorskiego (ust. 2). Na dzień zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego, wykonawca miał dostarczyć dokumenty odbiorowe niezbędne do zgłoszenia o zakończeniu budowy obiektu budowlanego lub wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie (ust. 3). W ustępie 6 postanowiono, że w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego istnienia wad w przedmiocie umowy, wykonawca zobowiązany był do ich usunięcia, a istniejące wady oraz termin ich usunięcia miał określać protokół odbioru. Z kolei w ust. 7 wskazano, że koszty usuwania wad ponosić miał wykonawca, a okres ich usuwania nie przedłużał umownego terminu zakończenia robót. Dalej w ust. 8 uregulowano, że jeżeli wykonawca nie usunie ujawnionych wad w terminie wskazanym w 4 protokole, zamawiający może zlecić ich usunięcie innej osobie na koszt wykonawcy. Koszt usuwania wad zostaje potrącony z wynagrodzenia wykonawcy. Zgodnie z ustępem 9. po usunięciu wad, zamawiający sporządza protokół odbioru ostatecznego, który podpisują obie strony, natomiast zgodnie z ust. 10 - jeżeli w protokole odbioru nie stwierdzono wad w wykonaniu przedmiotu umowy, protokół sporządzony i podpisany przez obie strony, jest protokołem ostatecznym. Data podpisania protokołu odbioru ostatecznego jest terminem faktycznego wykonania umowy (ust. 11). Wynagrodzenie za roboty budowlane będące przedmiotem umowy łączącej strony, przewidziano jako ryczałtowe na kwotę 2.239.800,07 zł, w tym podatek VAT (403.898,37 zł). Zamawiający mógł dokonać zapłaty na podstawie faktur przejściowych, które mogły zostać wystawione po zatwierdzeniu przez zamawiającego protokołu częściowego robót (§9 ust. 1 i 6 umowy). W § 13 przewidziano zapłatę kary umownej dla zamawiającego między innymi za opóźnienie w oddaniu robót objętych umową - w wysokości 0,15% wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia. Plac budowy został przez wykonawcę przejęty 22 listopada 2010 r., jednakże z uwagi na okres zimowy, w tym niskie temperatury, prace do kwietnia 2011 r. nie były wykonywane. W marcu 2011 r. pozwana ponaglała pisemnie wykonawcę do podjęcia robót z uwagi na termin zakończenia umowy i opóźnienia w realizacji inwestycji. Do podjęcia robót doszło w dniu 27 kwietnia 2011 r. W trakcie realizacji zamówienia, pozwana w sierpniu i wrześniu 2011 r. zwracała wykonawcy uwagę, że prace wykonywane są opieszale, skutkiem czego może być niedotrzymanie terminu umownego zakończenia zadania. Inwestor w trakcie wykonywania robót dokonywał częściowego ich odbioru na

podstawie protokołów częściowego odbioru wykonanych robót, które z kolei były podstawą do sporządzania przez wykonawcę faktur dotyczących wynagrodzenia za poszczególne etapy prac. Wykonawca wystawił następujące faktury:

- nr (...) z 15 lutego 2011 r. na kwotę 28.640,30 zł,
- nr(...) z 19 kwietnia 2011 r. na kwotę 24.185,79 zł,
- nr (...) z 29 kwietnia 2011 r. na kwotę 60.885,00 zł,
- nr (...) z 10 maja 2011 r. na kwotę 122.910,65 zł,
- nr (...) z 20 maja 2011 r. na kwotę 181.677,89 zł,
- nr (...) z 17 czerwca 2011 r. na kwotę 292.646,00 zł,
- nr (...) z 15 lipca 2011 r. na kwotę 295,539,36 zł,
- tir (...) z 5 sierpnia 2011 r. na kwotę 93.266,48 zł,
- nr (...) z 26 sierpnia 2011 r. na kwotę 413.180,48 zł,
- nr (...) z 16 września 2011 r. na kwotę 159.900,00 zł.

Łącznie K. G., w trakcie wykonywania prac, otrzymał od pozwanej wynagrodzenie, w kwocie 1.672.832,74 zł. W dniu 30 września 2011 r. zgłoszono do odbioru całość wykonanej inwestycji. Pismem z 5 października 2011 r. poinformowano wykonawcę, że nadal nie dostarczono kompletnej dokumentacji odbiorowej w tym: mapy geodezyjnej powykonawczej, badań nawierzchni asfaltowej, dziennika budowy, oświadczenia podwykonawcy o rozliczeniu z wykonawcą oraz gwarancji należytego zabezpieczenia na okres gwarancji i rękojmi. 7 października 2011 r. przeprowadzono badania równości podłużnej nawierzchni asfaltowej ulicy (...). Wyniki badań uzyskano 12 października 2011 r. i stwierdzono wówczas, że istnieje konieczność wykonania frezowania całej grubości warstwy ścieralnej nawierzchni na odcinku (...). Nową warstwę ścieralną nakazano ułożyć ponownie zgodnie z dokumentacją. W dzienniku budowy stwierdzono ponadto, że na dzień 12 października 2011r. wykonawca nie dostarczył wyników pomiarów grubości warstwy nawierzchni asfaltowej, a także że dopiero przedłożenie tej dokumentacji, jak również ponowne wykonanie badań i pomiarów, będzie podstawą do wykonania zgłoszenia przez wykonawcę robót do odbioru końcowego. Nadto wskazano, że prace budowlane nadal trwają.

Pismem z 13 października 2011 r. wykonawca zwrócił się z prośbą o wyznaczenie spotkania w sprawie realizacji budowy. W tym dniu, stwierdzono zgodność z projektem posadowienia drogi sytuacyjnie i wysokościowe, jak również uznano prawidłowe wykonanie elementów kanalizacji deszczowej. Uznano jednak, że częściowo, niezgodnie z projektem wykonano kable energetyczne. Nadto, pismem z 14 października 2011 r. pozwana poinformowała wykonawcę, że przedłożone wyniki badań nawierzchni asfaltowej potwierdziły występowanie bardzo licznych nierówności (49 punktów) w wykonanej nawierzchni, co uniemożliwia przyjęcie zgłoszenia o zakończeniu robót oraz przystąpienia do czynności odbiorowych. Pismem z dnia 21 października 2011 r. K. G. zgłosił gotowość do wykonania programu naprawczego, którego celem ma być usunięcie odchyłeń równości podłużnej warstwy ścieralnej. W ramach tego programu zgłosił do wykonania między innymi frezowanie nawierzchni bitumicznej niwelując powstałe nierówności podłużne oraz usunięcie grubości warstwy pozwalające na ułożenie mieszanki betonu asfaltowego ACH. W odpowiedzi, pismem z 26 października 2011 r., pozwana wskazała, że nawierzchnia bitumiczna winna zostać wykonana zgodnie z konstrukcją przyjętą w projekcie budowlanym z zachowaniem rzędnych projektowych, a także, że wymiana warstwy ścieralnej winna zostać odtworzona na całej swojej grubości zgodnie z wpisem inspektora nadzoru w dzienniku budowy z 12 października 2011 r. W dniu 27 października 2011 r. wykonawca zgłosił wykonanie frezowania nawierzchni bitumicznej grubości minimum 3cm, warstwy ścieralnej – zgodnie z zatwierdzonym projektem naprawczym. Tego samego dnia, inspektor nadzoru A. O. dokonał zapisu w dzienniku budowy o tym, że podtrzymuje stanowisko z 12 października 2011 r. odnośnie frezowania i ułożenia warstwy

ścieralnej na ulicy (...). Kolejnego dnia, 28 października 2011 r., wpisu w dzienniku budowy dokonała A. S. (2) - przedstawiciel inwestora, wskazując, że wykonano frezowanie ulicy zostawiając środek jezdni, zjazdy przy ściekach oraz wokół wpustów i studzienek, bez frezowania. Stwierdziła również, że destrukta nie został uprzątnięty z jezdni, wpusty zostały zasypane destruktem i nie oczyszczone, a także że w dalszym ciągu nie wykonano frezowania całej nawierzchni ulicy zgodnie z wpisem do dziennika inspektora nadzoru z 12 i 27 października 2011 r. Dopiero w dniu 22 listopada 2011r., po pisemnym monitorowaniu przez pozwaną postępu prac, zgłoszono do odbioru wykonanie z frezowania warstwy ścieralnej grubości 5cm na całej ulicy (...). W tym czasie wykonawca odstąpił od umowy z dotychczasowym podwykonawcą - A. S. (3) - który wykonał wadliwie nawierzchnię asfaltową i rozpoczął poszukiwanie innego podwykonawcy, aby wykonał położenie nowej warstwy ścieralnej na ul. (...). Pismem z 5 grudnia 2011 r. firma (...) z siedzibą w miejscowości P. koło P., poinformowała K. G., że podpisze umowę na wykonanie warstwy ścieralnej pod warunkiem zmiany wymagań odbiorowych zawartych w (...)NAWIERZCHNIA Z BETONU ASFALTOWEGO, z dopuszczalnych nierówności z do 6 mm na do 9 mm. Wskazano, że norma zawarta w (...), w której zakładana jest dopuszczalna nierówność warstwy ścieralnej cło 6tnm jest błędna, gdyż zgodnie z Polskimi Normami dla dróg klasy G i Z (czyli takiej jak ul. (...)) norma ta wynosi do 9mm. K. G. zwrócił się do pozwanej o wprowadzenie zmian do umowy kwestii wymogów odbiorowych dotyczących nawierzchni z betonu asfaltowego w zakresie dopuszczalnych nierówności do 6 mm na do 9 mm, argumentując to tym, iż stwierdzono niemożliwość wykonania nowej nawierzchni z zakładaną w (...) dopuszczalną nierównością warstwy ścieralnej do 6 mm. W odpowiedzi, pozwana poinformowała wykonawcę, że nawierzchnię ścieralną należy wykonać zgodnie ze specyfikacją techniczną odbioru robót z równością podłużną 6 mm, natomiast dokonanie zmian wymagałoby wprowadzenia zmiany w umowie, a to nie jest możliwe, albowiem stanowiłoby to istotne odstępianie od warunków przetargowych. Ostatecznie wykonawca, w dniu 9 grudnia 2011 r. zawarł umowę nr (...) z Przedsiębiorstwem (...) z siedzibą w K. o wykonanie nawierzchni z mieszanki mineralno – bitumicznej na ul. (...) w K. o gt. Ca 5 cm na powierzchni 4.385,00 m², przy czym realizacja tych robót miała być wykonana w oparciu o dokumentację projektową, specyfikacje techniczne zgodne z kategorią drogi, tj. jako droga lokalna z tolerancją równości nawierzchni. 6 mm oraz obowiązującymi normami technicznymi i zasadami wiedzy technicznej. Na zawarcie takiej umowy pozwana wyraziła zgodę. W dniu 16 grudnia 2011 r. zgłoszono do odbioru ułożenie nowej warstwy ścieralnej. Zgłoszenie całości wykonanych prac nastąpiło ponownie 19 grudnia 2011 r. W dniu 21 grudnia 2011 r. sporządzono protokół odbioru końcowego robót, w którym stwierdzono, że roboty zostały wykonane w okresie od 22 listopada 2011 r. do 19 grudnia 2011 r. przy czym stwierdzono wady w postaci nierówności, wynikających z pomiarów zlokalizowanych przede wszystkim w rejonach studni, stanowiące wadę nieusuwalną. Z tej przyczyny przyjęto, że wynagrodzenie wykonawcy zostanie stosownie obniżone w oparciu o (...) za wykonanie niewłaściwej równości. Protokół podpisały obie strony umowy. W dniu 21 grudnia 2011 r. K. G., wystawił fakturę nr (...) tytułem wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane na kwotę 566.968,12 zł. Pismem z 29 grudnia 2011 r. Urząd Miejski w K. zwrócił się do wydziału księgowości, aby z należnego wykonawcy wynagrodzenia dokonać potrącenia kwoty 33.597 zł na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Kolejnym pismem z tej samej daty, skierowanym do wykonawcy K. G. pozwana - Gmina M. K. poinformowała go, że zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 1 umowy, naliczyła mu karę z tytułu 82 dni opóźnienia w realizacji umowy, której wysokość wynosi 275.495,41 zł i która to kwota zostanie potrącona z należnej mu części wynagrodzenia, a także że zgodnie z dokonanym zapisem w protokole odbioru o istnieniu wad w wykonanych pracach budowlanych, dokonano potrącenia kwoty 8.227,46 zł, wyliczonej w oparciu o (...) z tytułu nierówności występujących w warstwie ścieralnej nawierzchni ul. (...). Z kolei pismem z 5 stycznia 2012 r., pozwana poinformowała K. G., że z kwoty 566.968,12 zł (wynikającej z faktury VAT z 21 grudnia 2011 r.) dokonała potrąceń: kwot: 202.173,62 zł jako wynagrodzenia dla podwykonawcy - firmy (...) w K., zgodnie z dyspozycją cesji wierzytelności z 9 grudnia 2011 r., 275.495,41 zł tytułem kary za opóźnienie w realizacji umowy, 8.227,46 tytułem kary za nierówności warstwy ścieralnej nawierzchni, która została wyliczona w oparciu o (...), 33.597,00 zł jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy (o co wykonawca wnosił pismem z 22 grudnia 2011 r.). Pozostałą kwotę 47.173,63 zł przekazano na rzecz wykonawcy.

Sąd I instancji ustalił także, że postanowieniem Sądu Rejonowego w Koszalinie z dnia 11 stycznia 2012 r. w sprawie VII GU 2/12, ogłoszono upadłość K. G. z możliwością zawarcia układu. Postanowieniem Sądu Rejonowego w Koszalinie z 20 grudnia 2012r. (sygn. akt: VII GUu 20/12) zmieniono postanowienie Sądu Rejonowego w Koszalinie z 11 stycznia

2012 r. sygn. akt VII GU 2/12 o ogłoszeniu upadłości K. G. z upadłości z możliwością zawarcia układu na upadłość obejmującą likwidację majątku dłużnika.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd I instancji wskazał, że strony łączyła umowa o roboty budowlane. Tego rodzaju umowa uregulowana jest przepisami kodeksu cywilnego od art. 647 do art. 658. Z jej postanowień wynika między innymi, że jako sankcję za nie wykonanie umowy w terminie, w §13 przewidziano zapłatę kary umownej dla Zamawiającego, tj. Gminy Miasto K., między innymi za opóźnienie w oddaniu robót objętych umową - w wysokości 0,15% wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia. Powód nie kwestionował tego zapisu umowy, co więcej, zarówno po naliczeniu przez pozwaną kary umownej, jak i w toku postępowania, uznawał zasadność jej naliczenia. Nie miał również zastrzeżeń co do sposobu jej wyliczenia, a zatem co do jej wysokości. Wszystkie te okoliczności świadczą jednoznacznie o tym, że pozwana miała prawo naliczyć karę umowną zgodnie z §13 umowy a wysokość tej kary obliczyła zgodnie z postanowieniami umowy — za każdy dzień zwłoki (82 dni) 0,15% 'wynagrodzenia brutto, co dało kwotę 275.495,41 zł. W pierwszej kolejności Sąd odniósł się do twierdzeń pozwanej, która wnosząc o oddalenie powództwa twierdziła, że powód od samego początku w sposób niewłaściwy prowadził prace budowlane — nie posiadał wystarczającej liczby pracowników, sprzętu, a prace były prowadzone opieszale. W tym zakresie sąd uznał, że rzeczywiście Inwestor - Gmina Miasto K. prowadziła z Wykonawcą — K. G. korespondencję, w której sygnalizowała mu, że istnieje istotne opóźnienie w prowadzonych pracach, co może doprowadzić do zagrożenia wykonania umowy w terminie. Bezsprzeczny był również fakt, że mimo oddania wykonawcy terenu budowy 22 listopada 2010r., prace do kwietnia 2011 r. nie były wykonywane. Powód tłumaczył to zbyt niskimi temperaturami, przy czym do podjęcia robót doszło w dniu 27 kwietnia 2011 r. Okoliczności te okazały się jednak drugorzędne i nie mające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, albowiem na dzień zakończenia umowy, tj. 30 września 2011 r. powód zgłosił wykonanie wszystkich prac, a zatem nawet, jeśli strona pozwana w trakcie trwania prac budowlanych widziała zagrożenie wykonania umowy w terminie, to ostatecznie powód prace te wykonał. Bezsprzeczne było natomiast, że na dzień zgłoszenia zakończenia robót przez wykonawcę, nie dysponował on niezbędną dokumentacją, a zgodnie z §7 umowy, w którym uregulowano proces odbioru robót przez zamawiającego - pozwana Gminę M. K., podstawą do zgłoszenia przez wykonawcę gotowości odbioru robót było faktyczne wykonanie robót, potwierdzone w dzienniku budowy wpisem dokonany przez inspektora nadzoru inwestorskiego (ust. 2). Na dzień zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego, wykonawca miał dostarczyć dokumenty odbiorowe niezbędne do zgłoszenia o zakończeniu budowy obiektu budowlanego lub wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie (ust. 3). Zapis ten świadczy, że mimo zgłoszenia przez wykonawcę zakończenia robót, faktycznie nie był on przygotowany na ten odbiór, gdyż oprócz faktycznego zakończenia prac - miał dostarczyć również niezbędną dokumentację - czego nie uczynił. Ponadto zgodnie z § 7 ust. 6 w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego istnienia wad w przedmiocie umowy, wykonawca zobowiązany jest do ich usunięcia, a istniejące wady oraz termin ich usunięcia miał określać protokół odbioru. Z kolei w ust. 7 wskazano, że koszty usuwania wad ponosić miał wykonawca, a okres ich usuwania nie przedłużał umownego terminu zakończenia robót. Dalej ustęp 9 brzmiał., że po usunięciu wad, zamawiający sporządza protokół odbioru ostatecznego, który podpisują obie strony, natomiast zgodnie z ust. 10 - jeżeli w protokole odbioru nie stwierdzono wad w wykonaniu przedmiotu umowy, protokół sporządzony i podpisany przez obie strony, jest protokołem ostatecznym. Data podpisania protokołu odbioru ostatecznego jest terminem faktycznego wykonania umowy (ust. 11). Z powyższego jednoznacznie wynika, że skoro protokół końcowy odbioru robót został sporządzony 21 grudnia 2011 r., to tym samym nie mogło dojść do odbioru robót w dniu 30 września 2011 r. Bezsprzeczne jest przy tym, że w wykonanych przez powoda pracach były wady, które uniemożliwiały podpisanie końcowego protokołu odbioru - co jest zgodne z zapisami umowy. Co więcej, wady ujawnione w pracach powoda okazały się na tyle istotne, że wymagały sfrezowania całej warstwy ścieralnej drogi i położenie nowej (o czym świadczy zapis dokonany w dzienniku budowy przez inspektora nadzoru z 12 października 2011r.) — tym bardziej więc należy uznać za zasadne postępowanie strony pozwanej, która dbając o właściwe wykonanie przedmiotu umowy, nie dokonała jego odebrania do czasu wykonania prac w sposób właściwy. Konieczność położenia nowej warstwy ścieralnej nie była przez strony, w tym powoda, kwestionowana, jak również zeznania wszystkich przesłuchanych w sprawie, potwierdzają, że nierówności w wykonanej nawierzchni asfaltowej istniały i wymagały naprawy. Z kolei A. M., który pełnił na budowie funkcję inspektora nadzoru i początkowo wyraził zgodę na program naprawczy powoda - polegający na częściowym frezowaniu nawierzchni zeznał, że po rozmowach

z Gminą Miasto K. doszliśmy do wniosku, że nie będziemy stosować połowicznych rozwiązań i należy wymienić całą warstwę ścieralną na całej długości

W ocenie Sądu Okręgowego niezasadna okazała się argumentacja powoda co do przyczynienia się pozwanej do opóźnienia w oddaniu u przedmiotu umowy. Kara umowna należała się zatem pozwanej Gminie Miasto K. tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które powód ponosił odpowiedzialność (art. 471 k.c.), tj. gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikało z niedołożenia przez dłużnika należytej staranności (art. 472 k.c.), czyli z jego winy w postaci co najmniej niedbalstwa. Analizując dowody zgromadzone w toku postępowania, jak i okoliczności zaistniałe w sprawie, Sąd doszedł do przekonania, że powód - jako profesjonalny podmiot - który, jak sam wskazywał, wykonywał już dla pozwanej inne podobne prace, powinien wiedzieć w jaki sposób interpretować zapisy zawarte w dokumentacji dotyczącej realizowanej inwestycji. W szczególności, przygotowując się do podpisania umowy, powinien przeanalizować w sposób szczegółowy warunki umowy, w tym dokumentację techniczną robót, jakie ma wykonać. Jeśli z góry zakładał, że będzie korzystał z pomocy podwykonawcy w zakresie położenia warstwy ścieralnej - asfaltu, na budowanej ulicy, winien był rozemnieżyć się w tej kwestii - wybór podwykonawcy stanowił bowiem jego ryzyko prawidłowo wykonanych prac. Dotyczy to również specyfikacji technicznej robót - powód przed podpisaniem umowy, powinien był również zapoznać się z warunkami dotyczącymi sposobu i jakości robót, a w przypadku jakichkolwiek wątpliwości, powinien je zgłosić inwestorowi. Tymczasem, K. G. zaakceptował wszystkie warunki umowy, nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń co do sposobu wykonania prac. Uznać zatem należy, że przyjął na siebie obowiązek wykonania robót w taki sposób, jaki został przedstawiony w dokumentacji stanowiącej integralną część umowy. Zastrzeżeń w tym zakresie nie zgłaszał także w trakcie realizacji umowy, jak również podczas wykonywania nawierzchni asfaltowej, która stanowiła ostatni etap wykonania prac budowlanych. Dopiero kiedy w wykonanych przez niego pracach stwierdzono usterki, a on miał trudności ze znalezieniem kolejnego podwykonawcy do wykonania warstwy, zakwestionował dokumentację. W ocenie Sądu, powód w takich okolicznościach, nie może podnosić, że błędna dokumentacja stanowiła przyczynę opóźnienia w oddaniu przez niego przedmiotu zamówienia. Taka argumentacja ma na celu jedynie przerzucenie na inwestora odpowiedzialności za działania wykonawcy, które od samego początku należały do niego - czyli analiza warunków zamówienia i sposobu jego wykonania, a następnie jego realizacja, a w szczególności zawiadomienie inwestora o nieprawidłowościach w dostarczonej dokumentacji. Jak bowiem wynika z treści art. 651 k.c., jeżeli dostarczona przez inwestora, dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora. Uchybienie temu obowiązkowi powoduje powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy za szkody wynikłe z zastosowania niewłaściwej dokumentacji, maszyn lub materiałów. Ponadto umowa między stronami została zawarta w trybie zamówień publicznych, stąd wszelkie zastrzeżenia dotyczące przedmiotu zamówienia należy zgłaszać w odpowiednim momencie - czego zresztą powód - jako profesjonalista, był świadomy. Jeśli więc zdecydował się na zaakceptowanie warunków przedstawionych przez inwestora, to przejął na siebie obowiązek i tym samym ryzyko, wykonania inwestycji zgodnie z tymi warunkami. Na uwagę zasługuje przy tym okoliczność, że norma dotycząca warstwy ścieralnej ulicy (...), a przyjęta do 6 mm, nie jest normą niezgodną z prawem, czy zagrażającą bezpieczeństwu wykonywanego obiektu. Inwestor ma prawo przyjąć inną normę, aniżeli polską, gdyż to nie powoduje po jego stronie żadnej odpowiedzialności. Z kolei wykonawca decydując się na wykonanie zamówienia zgodnie z projektem przedłożonym przez inwestora, albo kwestionuje zawarte w nim wytyczne i zgłasza to zamawiającemu, albo przyjmuje warunki zamówienia i realizuje inwestycje zgodnie z nimi.

Sąd zauważył, że z materiału dowodowego zebranego w sprawie wynika, że inwestor zwracał, co najmniej trzykrotnie, uwagę wykonawcy, aby przyspieszył prace, gdyż może być zagrożony umowny termin wykonania umowy. Powód przyznał tę okoliczność. Jeśliby uznać zatem, że powód wykonywałby prace szybciej, w sposób bardziej zorganizowany, to być może do wykonania całości prac doszłoby prędzej, a co za tym idzie, po stwierdzeniu wad w położonej przez podwykonawcę warstwie asfaltowej, uniknąłby on opóźnienia spowodowanego trudnościami w poszukiwaniu nowego podwykonawcy. Materiał dowodowy zebrany w sprawie pozwolił bowiem na ustalenie, że wykonanie nawierzchni asfaltowej przez firmę (...) nastąpiło w kilka dni. Stąd ani program naprawczy wykonawcy - którego inwestor od początku nie zaakceptował, ani zapisy w specyfikacji technicznej dotyczącej dopuszczalnych norm nierówności

nawierzchni drogi, nie stanowiłyby przeszkody do zrealizowania przedmiotu zamówienia w terminie. O ile bowiem przyjąć, że wykonanie nawierzchni asfaltowej przez firmę (...) również w kilku elementach odbiegało od norm zawartych w specyfikacji technicznej, tak wykonanie tego etapu prac przez tego wykonawcę zostało wykonane w sposób pozwalający na odbiór robót, o czym świadczą przeprowadzone badania związane z badaniem nawierzchni asfaltowej. W przypadku bowiem pierwotnego wykonawcy, badania te wykazały 49 punktów odchyień od normy, podczas gdy po wykonaniu prac przez firmę (...) - zaledwie 6 punktów, w tym 5 mieszczących się w granicach 6-9 mm, przy czym efekt wykonania tej nawierzchni przez tę firmę był dużo lepszy niż poprzedniego wykonawcy (por. zeznania świadka A. S. (2) k. 251). Z kolei wybór podwykonawcy, co już wcześniej podkreślano, stanowił ryzyko powoda, jeśli więc zaakceptował on warunki umowy, to do jego obowiązków należało poszukiwanie podwykonawców, którzy spełnią te warunki podczas wykonywania przedmiotu umowy.

Odnosząc się do zarzutu strony powodowej co do rażąco wygórowanej kary umownej naliczonej przez pozwaną, Sąd Okręgowy omówił, z przywołaniem orzecznictwa Sądu Najwyższego charakter kary umownej. Podkreślił przede wszystkim niezależność kary umownej od powstania szkody. Sąd zważył, że sam zarzut rażącego wygórowania kary umownej zgłoszony w oparciu o art. 484 § 2 k.c. nie jest sposobem na całkowite uchylenie się od obowiązku jej zapłaty. Kodeks cywilny przewiduje bowiem, jedynie pewne możliwości częściowego uchylenia się od konieczności zapłaty kary umownej. Z treści powołanego przepisu wynika, że regulacja dotycząca miarkowania kary umownej zawiera dwie niezależne od siebie przesłanki dla jej zmniejszenia. W zakresie pierwszej z nich Sąd wskazał, że wykonanie w uzgodnionym przez strony terminie większości robót może więc uzasadniać obniżenie kary, której wysokość została ustalona w odniesieniu do wartości wynagrodzenia. Możliwość zmniejszenia zatem kary umownej, z uwagi na wykonanie zobowiązania w znacznej części, mimo jej zastrzeżenia na wypadek zwłoki w spełnieniu całości przedmiotu umowy, z założenia nie wyłączała jedynie okoliczność braku wykonania przez powódkę w terminie świadczenia w całości. Zasadnicze kryterium, którym w przedmiotowej sprawie należało się kierować przy ocenie wykonania zobowiązania „w znacznej części” w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. stanowiło więc dokonanie oceny znaczenia, jakie ma dla wierzyciela i jego godnego ochrony interesu takie częściowe wykonanie robót przed popadnięciem w zwłokę. Na dzień 30 września 2011 r. powód nie dostarczył niezbędnej dokumentacji, pozwalającej w pełni odebrać roboty budowlane. Gdyby nie stwierdzone w robotach budowlanych wady, sam brak dokumentacji odbiorowej mógłby stanowić przesłankę do miarkowania kary umownej, gdyż faktycznie wykonane prace, zgodnie z umową i bez usterek, pozwalałyby na użytkowanie obiektu. Biorąc jednak pod uwagę okoliczność, że usunięcie stwierdzonych wad wymagało wykonania całego etapu robót w postaci położenia nowej nawierzchni asfaltowej, trudno przyjąć, aby doszło do „znacznego wykonania umowy”. W ocenie Sądu specyfika przedmiotu umowy, tj., wykonanie ulicy, pozwalała na wyciągnięcie wniosku, iż konieczność sfrezowania warstwy ścieralnej ulicy i położenie nowej, nie pozwalało na pełne użytkowanie obiektu. Nie ma przy tym znaczenia okoliczność, że remont drogi odbywał się częściowo i tylko pewne etapy ulicy były zamknięte, podczas gdy po pozostałej części, mieszkańcy poruszali się istotą jest tu bowiem przedmiot umowy, który mimo iż był wykonywany poszczególnymi etapami, np. kontowanie ulicy, wykonanie krawężników i podbudowy z kruszywa pod chodniki i zjazdy, wykonanie nawierzchni chodników i zjazdów, rozłożenie warstwy odsączającej i podbudowy z kruszywa, wykonanie robót elektrycznych, itp., to każdy etap prowadził do właściwego wykonania całości inwestycji i w sposób samodzielny nie byłby wystarczający do osiągnięcia zamierzonego celu. W szczególności, do właściwego i całkowitego wykonania umowy, koniecznym było położenie nawierzchni asfaltowej na ulicę. Bez tej nawierzchni, pozostałe wykonane prace nie spełniłyby swojej roli.

Co do drugiej z podstaw miarkowania kary umownej, ustawodawca, posługując się w art. 484 § 2 k.c. abstrakcyjnym i niedookreślonym pojęciem rażąco wygórowanej kary umownej i jednocześnie nie wskazując kryteriów, które rozstrzygałyby o jej nadmiernej wysokości, oraz ich hierarchii, pozostawił ocenę tej przesłanki uznaniu sędziowskiemu, uwzględniającemu konkretne okoliczności sprawy. W judykaturze były dotychczas analizowane i przyjmowane różne podstawy dla takiej oceny. W szczególności zasadniczym -wypracowanym przez orzecznictwo kryterium stało się odniesienie rozmiaru poniesionej przez inwestora szkody w wyniku naruszenia zobowiązania do wysokości zastrzeżonej kary umownej bądź kryterium relacji wysokości kary umownej do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych. Ciężar dowodu, że kara umowna jest rażąco wygórowana, spoczywa oczywiście na dłużniku (art. 6 k.c. i art. 484 § 2 k.c.). W ocenie sądu, powód w tym zakresie, nie zdołał wykazać, że kara umowna,

jaką pozwana naliczyła, okazała się rażąco wygórowana. Sąd ustalił, że pozwana, poprzez opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy, szkody nie poniosła. Biorąc jednak pod uwagę fakt, iż strony zawarły umowę 9 października 2010 r., a termin jej zakończenia określiły na 30 września 2011 r., przy czym od końca listopada do końca kwietnia powód prac nie wykonywał z powodu okresu zimowego i niskich temperatur, tj. przez 5 miesięcy, uznać należało, że miał on wystarczającą ilość czasu do tego, aby w sposób właściwy przygotować się do realizacji inwestycji, w tym do zorganizowania odpowiedniego sprzętu, pracowników, materiałów, do ponownej dokładnej analizy dokumentacji a także do wyboru podwykonawcy. Mimo to, K. G. oddał obiekt dopiero 21 grudnia 2011 r., tj. 3 miesiące po terminie i to z przyczyn leżących po jego stronie - brak właściwej organizacji pracy, błędny wybór podwykonawcy, brak sprawdzenia dokumentacji w zakresie dopuszczalnej normy równości nawierzchni asfaltowej. Nieskuteczny w tym okresie okazał się także jego program naprawczy, mający na celu usunięcie wad w pracach budowlanych. Tak długotrwałe prowadzenie robót budowlanych prowadziło do znacznych trudności i braku komfortu mieszkania przy ul. (...), za co odpowiadała Gmina M. K.. Stąd w tym zakresie, sąd przyjął, że brak szkody po stronie, która domaga się kary umownej, nie ma znaczenia dla jej miarkowania.

W przypadku relacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a wysokością wynagrodzenia należnego stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej, to porównując wysokość wynagrodzenia wykonawcy – 2.239.800,07 zł brutto do wyliczonej przez pozwaną kary umownej - 275.495,41 zł Sąd wskazał, że nie wydaje się, aby dochodziło tu do rażącej dysproporcji. Niezależnie od tego Sąd podniósł, 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 okazuje się niezbędna dla zdyscyplinowania wykonawcy, aby nie dochodziło do pochopnie zawieranych umów, w których wykonawcy w sposób nierozważny podejmowałiby się prac, których nie są w stanie wykonać. Skoro więc powód, zdając sobie sprawę z zapisu umownego dotyczącego kar umownych, przyjął na siebie obowiązek wykonania umowy w stosownym terminie, to musiał liczyć się z naliczeniem kary w przypadku zwłoki w oddaniu przedmiotu zamówienia.

Podsumowując Sąd I instancji wskazał, że jakkolwiek K. G. przysługiwała wierzytelność żądanej przez niego kwocie 256.173,33 zł wobec pozwanej Gminy M. K. z tytułu części wynagrodzenia za wykonanie umowy, tak pozwanej przysługiwała również wierzytelność wobec powoda w postaci kary umownej, którą wyliczyła na kwotę 275.495,41 zł. oraz w postaci kary za nierówności warstwy ścieralnej nawierzchni, wykonanej przez firmę (...), która została wyliczona w oparciu o Wytyczne Techniczne (...) na kwotę 8.227,46 zł. Pismem z 29 grudnia 2011 r. pozwana dokonała potrącenia wzajemnych wierzytelności stron. Pismo to powód otrzymał.

Sąd uznał, że potrącenie wierzytelności dokonane przez pozwaną jest skuteczne zarówno pod względem materialnie prawnym, jak i procesowym.

Zdaniem Sądu należną okazała się również potrącona z wynagrodzenia powoda kwota 8.227,46 zł naliczona jako kara za nierówności warstwy ścieralnej nawierzchni, wykonanej przez firmę (...) - podwykonawcę, z którym powód zawarł umowę, która została wyliczona w oparciu o Wytyczne Techniczne (...). Jak bowiem wynika z treści protokołu odbioru końcowego robót z 21 grudnia 2011r., w robotach dotyczących nawierzchni asfaltowej stwierdzono wady w postaci nierówności, wynikające z pomiarów zlokalizowanych przede wszystkim w rejonach studni, stanowiące wadę nieusuwalną. Z tej przyczyny przyjęto, że wynagrodzenie wykonawcy zostanie stosownie obniżone w oparciu o (...)za wykonanie niewłaściwej równości. Protokół podpisały obie strony umowy. Natomiast wyliczenie tej kwoty zostało przez stronę pozwaną wyjaśnione w piśmie z 19 marca 2013 r., na podstawie dokonanych badań nierówności nawierzchni oraz prostego wyliczenia matematycznego.

Odnośnie zarzutu strony powodowej, że pozwana potraktowała K. G. w sposób mniej korzystny, aniżeli innych wykonawców, którym kar umownych nie naliczyła mimo nie wykonania umowy w terminie, sąd oparł się również na wyjaśnieniach Gminy M. K. (pismo z 27 marca 2013 r.), gdzie wskazała ona, że regułą jest naliczanie kar umownych wykonawcom, a tylko wobec firmy (...) zastosowano wyjątek. Okoliczność ta powoduje, że zarzut powoda co do nadużycia prawa przez pozwaną okazał się chybiony.

O kosztach postępowania sąd orzekł na podstawie art. 102 k.p.c. wskazując na ogłoszenie upadłości wobec powoda, co oznacza jego trudną sytuację majątkową.

Apelację od powyższego wyroku złożył powód zaskarżając wyrok w całości. Skarżący sformułował zarzuty:

- naruszenia przepisu art. 498 § 1 i 2 k.c. poprzez jego zastosowanie, w sytuacji gdy w toku postępowania sądowego pozwana nie podniosła zarzutu wygaśnięcia (umorzenia wierzytelności) zobowiązania powoda wskutek kompensaty, jak również nie podniosła zarzutu potrącenia, a nadto pozwana nie zaprezentowała dowodu, z którego miałyby wynikać akt potrącenia wzajemnych wierzytelności;

- naruszenia przepisu art. 6 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, w konsekwencji czego Sąd I instancji niesłusznie uznał, iż kwota 8.227,46 zł za tzw. nierówności występujące w warstwie ścieralnej nawierzchni ulicy (...) została przez pozwaną udowodniona co do wysokości;

- naruszenia przepisu art. 5 k.c. poprzez jego niezastosowanie, w konsekwencji czego Sąd I instancji nie zakwalifikował zachowania pozwanej jako nadużycie prawa, które związane było z nierównym traktowaniem powoda w porównaniu z firmą (...) - wykonawcy robót drogowych w ramach wykonania ul. (...) w K., przy bliźniaczo podobnych kłopotach z zachowaniem równości warstwy ścieralnej, wobec którego pozwana odstąpiła od naliczania jakiegokolwiek (choćby zamiarkowanej) kary umownej, natomiast na prośbę powoda o zamiarkowanie kary, pozwana nie umotywowała odmowy jak również nie wyjaśniła przyczyn nierównego traktowania.

- naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, w konsekwencji czego Sąd rozstrzygając spór doszedł do sprzecznych z zasadami logicznego rozumowania oraz dowodami zebranymi w sprawie wniosków, na podstawie których uznał zasadność obciążenia powoda naliczoną w całości karą umową pomimo, że:

a) powód wykonał umowę w terminie w znacznej części co potwierdzają protokoły częściowego odbioru robót, zakres przedmiotowy umowy, fakt użytkowania obiektu po 30.09.2011 r oraz koszt i czas wykonania warstwy ścieralnej liczonej zaledwie w dniach;

b) pozwana nie poniosła z powodu opóźnienia wykonania umowy jakiegokolwiek szkody;

c) pozwana zaakceptowała umowę przewidującą odstępstwo od normy (przyjętej w dokumentacji projektowej dostarczonej powodowi) dla wykonawcy warstwy ścieralnej firmy (...) ((...) umowy podwykonawstwa), w którym wyłączono odpowiedzialność wykonawcy za nierówności powyżej 6 mm nie przekraczającej wartości 9 mm;

d) pozwana odebrała przedmiot umowy w dniu 21.12.2011 roku pomimo występowania takich samych odstępstw od projektu jak w dniu 30.09.2011 r

- naruszenia przepisu art. art. 484 § 2 k.c. i art. 471 k.c. w zw. z art. 651 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, w konsekwencji czego Sąd I instancji niesłusznie obarczył powódkę odpowiedzialnością za niewykonanie w umówionym terminie prac budowlanych pomimo, że spowodowane to było nieprawidłowo sporządzoną dokumentacją projektową dostarczoną przez pozwaną - która pomimo zgłoszenia zastrzeżeń odmówiła powodowi dokonania zmiany projektu - które, to prace zostały ostatecznie przez pozwaną odebrane pomimo występowania tych samych wad jak przy pierwszym zgłoszeniu zakończenia robót w dniu 30.09.2011 r.

- naruszenia przepisu art. 98 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, w konsekwencji czego Sąd I instancji nie zasądził od pozwanej na rzecz powoda jako wygrywającego procesu w całości zwrotu kosztów procesu zgodnie ze spisem kosztów procesu złożonych na rozprawie w dniu 27.05.2013 r.

W oparciu o powyższe zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kwoty 256.173,33 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 19 stycznia 2012 roku do dnia zapłaty oraz kwoty 23.651,00 zł tytułem zwrotu kosztów procesu za postępowanie przed Sądem I instancji, a ponadto o zasądzenie

kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych za postępowanie przed Sądem II instancji.

W uzasadnieniu powód wskazał, że zgadza się w zdecydowanej części z poczynionymi przez Sąd I instancji ustaleniami faktycznymi, jako odpowiadającymi stanowi rzeczywiście. Powódka zarzuca natomiast zaskarżonemu wyrokowi wadliwość wyprowadzenia wniosków prawnych leżących u podstaw ostatecznego rozstrzygnięcia sporu.

Zarzucił jednak, że w toku całego postępowania dowodowego pozwana nie zaprezentowała jakiegokolwiek dowodu przedstawiającego dokonanie kompensaty - rozliczenia wzajemnych roszczeń. Nie można uznać odpowiedzi na pozew zawierającej jedynie wniosek o oddalenie powództwa jako oświadczenie zastępujące kompensatę. Ponadto pełnomocnik powoda nie posiada pełnomocnictwa materialnoprawnego do odbierania w imieniu swojego mocodawcy jakichkolwiek oświadczeń o charakterze materialnoprawnym. Zakres pełnomocnictwa procesowego, którym się posługują pełnomocnicy, w tym również pełnomocnik pozwanej określa treść przepisu art. 91 k.p.c, który nie uprawnia do składania i odbierania oświadczeń woli w imieniu mocodawcy. W toku procesu pozwana nigdy nie zgłosiła zarzutu wygaśnięcia zobowiązania, z którego powód wywodzi swoje roszczenie, jak również nie podniosła zarzutu potrącenia. Okoliczności te nie wynikają również z przedstawionych dowodów. Brak w nich oświadczenia o potrąceniu wierzytelności z tytułu kar umownych.

Niezależnie od powyższego powód podniósł zarzut braku udowodnienia przez pozwaną co do wysokości roszczenia na sumę 8.228,46 zł za tzw. nierówności warstwy ścieralnej. Dowodem umożliwiającym weryfikację procesową zasadności obniżenia wynagrodzenia z powodu jego wad jest opinia biegłego. Przedłożone do akt sprawy wytyczne (...) nie mogły stanowić miarodajnego dowodu na okoliczność wartości obniżającej użyteczność wykonanych przez powoda robót z powodu wad, tym bardziej że powód kwestionował sposób wyliczenia tej kwoty.

W ocenie skarżącego roszczenie pozwanej z tytułu naliczenia kar umownych na kwotę 275.495,41 zł również nie zasługiwało na uwzględnienie w całości. W ocenie powoda uznanie kary umownej na poziomie 10 % obliczonej od pełnego wynagrodzenia umownego tj. na poziomie 27.549,54 zł winno w całości rekompensować niedogodności pozwanej z powodu opóźnień w realizacji umowy przez powoda. Kara powyższa jest adekwatna do wartości spełnionego świadczenia, a także z uwagi na stopień zawinienia powoda w uchybieniu terminowi zakończenia prac. Zapłata w/w kwoty na rzecz pozwanej spełniła rolę represyjną. Proces wykazał nadto, iż pozwana nie stosuje równej miary, a także i kar wobec wszystkich swoich kontrahentów. Powód powołał się na wykonanie umowy w znacznej części, o czym świadczy zakres wykonanych prac, w ramach których położenie warstwy ścieralnej wymagało tylko 2-3 dni. Ponadto powód powołał się na okoliczność, że sfrezowanie wadliwie położonej nawierzchni i utrzymywanie się tego stanu do czasu położenia nowej nawierzchni przez firmę (...) nie wpłynął w żaden sposób na organizację ruchu i możliwość użytkowania wybudowanej drogi przez mieszkańców i inne osoby. Sąd ustalając stan faktyczny w sprawie doszedł do przekonania, iż w wyniku częściowych odbiorów robót, powód wykonał na rzecz pozwanej prace na łączną wartość 1.672,832,74 zł. Pomimo tego, iż w zakres odebranych robót wchodziły chodniki, oświetlenie, instalacje, zieleń itp. z których również korzystano bez najmniejszych przeszkód przed 30.09.2011 roku, Sąd nie uznał tej okoliczności za podstawę do miarkowania kary umownej. W ocenie apelującego pozwany nie miał prawa do naliczenia kary umownej co najmniej od wartości prac odebranych przed 30.09.2011 r. ($2.239.800,07 \text{ zł} - 1.672.832,74 \text{ zł} = 566.967,33$) W konsekwencji tego wyliczenia kara umowna mogłaby opiewać na sumę maksymalnie 68.000,00 zł ($566.967,33 \times 0,15 \% \times 80 \text{ dni}$). Mając na uwadze fakt, iż wartość położenia nowej warstwy ścieralnej stanowiła kwotę 202.173,62 zł (wynagrodzenie podwykonawcy (...)), karę umowną należałoby liczyć od tej kwoty co daje sumę 24.240,00 zł. Kwota ta pozostaje zbliżona do uznanej przez powoda kary umownej w kwocie 27.549,54 zł (odpowiadającej z kolei 10 % wartości naliczonej przez pozwaną całej kary).

Skarżący powołał się również na rażące wygórowanie kary umownej. W jego ocenie

dostarczona przez pozwaną dokumentacja projektowa przewidywała zawyżoną normę budowlaną odnośnie dopuszczalnej nierówności warstwy wierzchniej drogi, a także wystąpiły trudne warunki klimatyczne uniemożliwiające realizację jakichkolwiek prac w okresie od 22.11.2010 roku do kwietnia 2011 roku, uzasadniają

miarkowanie kary. W sprawie nie znajdował zastosowania art. 651 k.c., albowiem pozwany wyraźnie odmówił powodowi zmiany dokumentacji projektowej zasłaniając się przepisami prawa zamówień publicznych, oczekując jednocześnie wykonania umowy zgodnie z dokumentacją projektową. Natomiast z uwagi na charakter wad projektu inwestor nie mógł ponieść jakiegokolwiek szkody z powodu zastosowania się do tego projektu, gdyż błąd projektanta nie wpływał na pogorszenie jakości czy też parametrów robót. Zgodnie z treścią § 4 pkt. 5 umowy nr (...) z dnia (...) roku powód miał wykonać prace budowlane zgodnie z obowiązującymi normami. Tym samym pozwana nałożyła na powoda obowiązek stosowania norm budowlanych, które dla tej klasy drogi przewidują normę nierówności do 9 mm a nie do 6 mm. W tej sytuacji naliczenie kary umownej należałoby uznać za niezasadne, albo co najmniej jako naruszające dyspozycję przepisu art. 5 k.c.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje

Apelacja powoda okazała się częściowo zasadna. Wstępnie zaznaczenia wymaga, że Sąd I instancji zasadniczo w sposób prawidłowy zgromadził w sprawie materiał dowodowy (uzupełniony na etapie postępowania apelacyjnego o przesłuchanie świadka K. S.), a następnie w sposób niewadliwy dokonał jego oceny. W konsekwencji ustalił stan faktyczny, odpowiadający treści tych dowodów. Tym samym Sąd Apelacyjny przyjął go za własny. W sytuacji bowiem, gdy sąd odwoławczy orzeka na podstawie materiału zgromadzonego w postępowaniu w pierwszej instancji nie musi powtarzać dokonanych ustaleń, gdyż wystarczy stwierdzenie, że przyjmuje je za własne (por. np. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 1935 r., C III 680/34. Zb. Urz. 1936, poz. 379, z dnia 14 lutego 1938 r., C II 21172/37 Przegląd Sądowy 1938, poz. 380 i z dnia 10 listopada 1998 r., III CKN 792/98, OSNC 1999, nr 4, poz. 83).

W pierwszej kolejności odnieść się należało do zarzutu naruszenia przez Sąd I instancji treści przepisu art. 498 § 1 i 2 k.c., który w ocenie skarżącego nie znajdowała w sprawie zastosowania wobec braku złożenia przez pozwaną ani materialnego oświadczenia o potrąceniu, ani też zarzutu o charakterze procesowym. Zgodnie z art. 498 § 1 k.c. gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Zgodnie natomiast z jego § 2. wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej. Jednocześnie art. 499 k.c. stanowi, że potrącenia dokonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. Oświadczenie ma moc wsteczną od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe.

Nie ulega wątpliwości, że przewidziane w powyższej regulacji oświadczenie o potrąceniu ma charakter konstytutywny, bez niego - mimo spełnienia ustawowych przesłanek potrącenia (art. 498 § 1 k.c.) - nie dojdzie do wzajemnego umorzenia wierzytelności. Oświadczenie to staje się skuteczne dopiero z chwilą, gdy doszło do wierzyciela wzajemnego w taki sposób, że mógł się on zapoznać z jego treścią (art. 61 k.c.). Ponadto wspomniane oświadczenie, które nie wymaga zachowania szczególnej formy, powinno być złożone w sposób, który w dostatecznym stopniu ujawnia jego treść (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lutego 2013 r., sygn. akt II CSK 292/12, LEX nr 1318346, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 23 maja 2013 r., sygn. akt I ACa 842/12, LEX nr 1353620). Oczywiście jest przy tym, że oświadczenie o potrąceniu powinno jednoznacznie precyzować wolę potrącenia, a w swej treści konkretyzować własną wierzytelność i jej zakres przedstawiony do potrącenia z wierzytelnością powoda, wskazywać również przesłanki jej powstania, wymagalności i wysokości (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 lipca 2013 r., sygn. akt I ACa 395/12, LEX nr 1353893).

Podzielić należy zaprezentowane w apelacji stanowisko, zgodnie z którym wyraźnego rozróżnienia wymaga oświadczenie o potrąceniu jako czynność materialna od zarzutu potrącenia mającego charakter czynności procesowej. Oświadczenie o potrąceniu może być składane poza postępowaniem toczącym się z powództwa wierzyciela wzajemnego i podlega ogólnym przepisom, co do sposobu i chwili złożenia (art. 60 i 61 k.c.). Jeżeli zostanie złożone skutecznie, ze względu na skutek umarzający, tworzy nową treść stosunku prawnego między stronami. W razie dojścia do procesu o roszczenie wierzyciela wzajemnego, obrona pozwanego nie może polegać na podniesieniu zarzutu potrącenia, lecz zarzutu nieistnienia roszczenia powoda ze względu na umorzenie wierzytelności przed wszczęciem procesu. Natomiast w trakcie postępowania sądowego uprawniony może połączyć w jednym oświadczeniu obie

czynności: złożenie oświadczenia woli o potrąceniu i zgłoszenie zarzutu potrącenia (uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 października 2007 r., sygn. akt III CZP 58/07, OSNC 2008/5/44 i z dnia 13 października 2005 r., sygn. akt III CZP 56/05, OSNC 2006/7-8/119, wyrok Sądu Najwyższego z 10 sierpnia 2010 r., sygn. akt I PK 56/10, OSNP 2011/23 24/295). Oświadczenie o potrąceniu stanowi zatem materialnoprawną podstawę zarzutu potrącenia (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2008 r., sygn. akt II CSK 243/08, LEX nr 560544). Pogląd o możliwości kwalifikowania pism procesowych, jako określonych oświadczeń woli jest powszechnie akceptowany zarówno w orzecznictwie jak i piśmiennictwie, przy czym ze względu na treść art. 60 k.c., oświadczenia te nie wymagają formy szczególnej wystarczające jest, że w dostatecznym stopniu ujawniają treść i wolę dokonania potrącenia (por. uchwała Sądu Najwyższego z 11 września 1997 r., sygn. akt III CZP 39/97, OSNC 1997/12/191, wyrok Sądu Najwyższego z 4 lutego 2004 r., sygn. akt I CK 181/03, Lex nr 163977).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto, iż przewidziany w art. 91 k.p.c. zakres umocowania pełnomocnika procesowego nie uprawnia go do złożenia materialnoprawnego oświadczenia o potrąceniu. Jednak założenie celowego działania mocodawcy w kierunku wygrania procesu pozwala uznać, że zakresem umocowania strona objęła także złożenie w jej imieniu określonego oświadczenia woli, jeżeli jest to niezbędne dla obrony jej praw w procesie (por. wyrok Sądu Najwyższego z 4 lutego 2004 r., I CK 181/03, Lex nr 163977). W przypadku przyjmowania przez pełnomocnika procesowego strony w imieniu mocodawcy oświadczeń kształtujących jego sytuację materialnoprawną, nie sposób rozszerzać zakresu pełnomocnictwa przez wykładnię celowościową, skoro z procesowego punktu widzenia byłoby to niekorzystne dla strony rozszerzenie zakresu umocowania wywołujące skutek w postaci dojścia do adresata materialnoprawnego oświadczenia o potrąceniu. Nie można zatem aprobować tezy jakoby taki zakres pełnomocnictwa był efektem celowego działania mocodawcy nakierowanego na wygranie procesu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., sygn. akt II CSK 476/12, LEX nr 1314394, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2007 r., sygn. akt V CSK 171/07, LEX nr 485894, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 sierpnia 2010 r., sygn. akt I PK 56/10, OSNP 2011/23-24/295). Skoro oświadczenie o potrąceniu może wyrzucić skutek dopiero z chwilą dojścia do adresata (art. 61 k.c.), to zawarte w odpowiedzi na pozew oświadczenie o potrąceniu doręczone jedynie nieumocowanemu do jego przyjęcia pełnomocnikowi powoda nie może być ocenione jako skuteczne.

Nie może jednak budzić wątpliwości stanowisko, że skuteczność dojścia do adresata oświadczenia o potrąceniu, złożonego w toku procesu sądowego, rozpatrywać należy także w aspekcie art. 61 k.c. Dla oceny dojścia oświadczenia woli do adresata nie ma zatem znaczenia to, czy osoba fizyczna odbierająca dokument zawierający oświadczenie dysponuje odpowiednim umocowaniem (pełnomocnictwem), ale czy okoliczności faktyczne uzasadniają tezę, że wręczenie dokumentu takiej osobie jest równoznaczne z umożliwieniem adresatowi zawartego w dokumencie oświadczenia woli zapoznania się z tymże oświadczeniem. Przypomnieć też należy, że potrącenie jest czynnością prawną jednostronną, a zatem tylko jedna strona składa tu oświadczenie woli. Skutek tego oświadczenia nie jest zależny od jakiegokolwiek działania strony przeciwnej, a tym bardziej od takiego aktu, który nosiłby znamiona czynności prawnej. Skutek ten następuje z chwilą dotarcia oświadczenia do strony w taki sposób, że mogła się ona z nim zapoznać. Chodzi zatem o pewien stan faktyczny, faktyczną możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia.

W rozważanej sprawie analiza treści odpowiedzi na pozew, jak słusznie zauważył skarżący, wskazuje, że nie zawiera ona ani oświadczenia o charakterze materialno prawnym, ani też zarzutu potrącenia w sensie procesowym. Nie oznacza to jednak, że okoliczność związana z jego złożeniem nie powinna zostać uwzględniona, co w konsekwencji prowadziło do tylko częściowego uwzględnienia żądania zapłaty reszty wynagrodzenia wobec umorzenia wzajemnych wierzytelności w pozostałym zakresie.

Przede wszystkim podkreślenia wymaga, że zarzut powoda odnoszący się do naruszenia regulacji art. 498 k.c. i 499 k.c. złożony dopiero na etapie postępowania apelacyjnego uznać należało za spóźniony. Zgodnie bowiem z treścią art. 381 k.p.c. sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynikła później. Analiza zarówno pozwu, jak i kolejnych pism procesowych, a także stanowiska prezentowanego w toku całego postępowania przed Sądem I instancji jednoznacznie wskazuje, że powód w żadnym miejscu nie formułował zarzutów odnoszących się czy to do braku złożenia oświadczenia o potrąceniu lub zarzutu potrącenia, czy też do braku jego dojścia do adresata,

czy wreszcie odnoszącego się do braku umocowania pełnomocnika do jego złożenia. Co więcej jego stanowisko w tym zakresie było całkowicie odmienne, o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia. Podkreślenia wymaga, że podnosząc nowe twierdzenia oraz zarzuty, w tym braku przedstawienia dowodów, z których wynikałoby, że takie oświadczenie zostało złożone powód, wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 381 k.p.c. w żaden sposób nie wykazał, by wcześniejsze jego złożenie nie było możliwe, by w tym względzie istniały jakiegokolwiek utrudnienia, czy przeszkody, by z jakichkolwiek powodów nie mógł tego uczynić w toku postępowania pierwszoinstancyjnego. Nie ulega jednocześnie wątpliwości, że potrzeba podniesienia zawartych w apelacji twierdzeń i zarzutów istniała od samego początku postępowania, a tym samym winny się one pojawić już w pozwie. Zaznaczenia wymaga, że powód domagała się wynagrodzenia za wykonane roboty, które nie zostało zapłacone właśnie z uwagi na potrącenie przez inwestora (tutaj pozwaną) przysługującej jej wierzytelności z tytułu kary umownej i właśnie ta okoliczność stanowiła podstawę odmowy zapłaty. Co istotne była ona znana powodowi już przed procesem, co wprost wynika z przedłożonej przez strony korespondencji. Już więc tylko z uwagi na spóźnienie podniesione w apelacji zarzuty nie mogły zostać uwzględnione.

Niezależnie jednak od powyższego zauważyć należy, że okoliczność złożenia przez pozwaną oświadczenia o potrąceniu przysługującej jej wierzytelności z tytułu kar umownych na etapie postępowania przed Sądem I instancji nie była pomiędzy stronami sporna. Wskazuje na powyższe już tylko analiza samego pozwu. Także w kolejnych pismach procesowych zarzut tego rodzaju nie tylko nie był składany, ale potrącenie było uznawane, było niesporne, a powód nie zgadzał się jedynie z wysokością kary umownej. Sam powód w pozwie jednoznacznie wskazał, że „pозwana naliczyła powodowi kary umowne tytułem potrącenia za nierówności występujące w warstwie ścierniczej”. Powołał się przy tym na pismo pozwaną z dnia 29 grudnia 2011 r. oraz z dnia 5 stycznia 2012 r., z którego okoliczność ta miała wynikać. Co również istotne powód w pozwie wnosil o miarkowanie tej kary umownej wskazując na występujące, w jego przekonaniu przesłanki stosowania art. 484 § 2 k.c. Zostały one w sposób szczegółowy omówione. Wynikiem takiego stanowiska powoda było uznanie kary umownej w wysokości 10% kwoty naliczonej przez pozwaną i w tym zakresie obniżenie wysokości wynagrodzenia za wykonane prace objętego pozwem. Trudno w tych okolicznościach przyjąć, że pozwana nie złożyła jeszcze przed procesem oświadczenia o potrąceniu, trudno racjonalnie wytłumaczyć stanowisko powoda wyrażone w apelacji, w sytuacji, gdy z jednej strony przez cały tok postępowania pierwszoinstancyjnego nie kwestionuje dokonanego potrącenia, nie podnosi zarzutu braku oświadczenia pozwaną w tym względzie, co byłoby oczywiste przy formułowaniu żądania zapłaty wynagrodzenia w kwocie wynikającej z umowy i jednocześnie podnosi okoliczności uzasadniające miarkowanie kary umownej obniżając należne mu wynagrodzenie. Cała argumentacja i przedstawione na jej poparcie dowody byłyby całkowicie zbędne. Należy przy tym zaznaczyć, że przedmiotem postępowania przed Sądem Okręgowym były wyłącznie okoliczności związane właśnie z miarkowaniem kary umownej. Do tego sprowadzała się istota sprawy. Cała konstrukcja pozwu odnosiła się właśnie do żądania zmniejszenia kary umownej, nie natomiast braku podstaw do jej naliczenia. Jeszcze raz podkreślenia wymaga, że sam fakt dokonania przez pozwaną potrącenia nie był pomiędzy stronami sporny.

Nie można też zgodzić się ze skarżącym, że z przedstawionych dowodów nie wynika, że oświadczenie o potrąceniu zostało przez pozwaną złożone. W piśmie z dnia 29 grudnia 2011 r. (karta 31 akt), co ważne podpisanym przez Prezydenta Miasta i skierowanym do powoda, co wprost wynika z jego treści pozwana wskazała, że kary umowne z tytułu opóźnienia (82 dni) w realizacji umowy z dnia 9 listopada 2010 r. z aneksem wyniosły 275.495,41 zł. Przywołane zostały przy tym postanowienia § 13 ust. 1 pkt. 1 umowy, w których strony określiły warunki naliczenia kar umownych. W piśmie tym znalazło się oświadczenie, zgodnie z którym kary umowne zostaną potrącone z należnościami wykonawcy wynikającymi z wystawionej przez niego faktury nr (...) z dnia 28 grudnia 2011 r. Nie ulega więc wątpliwości, że w piśmie tym w sposób precyzyjny określone zostały wierzytelności podlegające wzajemnemu potrąceniu, a ponadto wyrażona została wola dokonania potrącenia przywołaniem § 15 umowy, zgodnie z którym zamawiający może potrącić należną mu karę pieniężną z dowolnej należności wykonawcy. Wprawdzie użyty został czas przyszły, jednakże w świetle dalszej korespondencji oraz stanowisk stron prezentowanych w toku procesu nie może budzić wątpliwości, że takie zostało złożone i uznawane było za skuteczne. Niewątpliwie też pismo to zostało powodowi doręczone, skoro w pozwie na nie się powołał, a ponadto do niego dołączył jego odpis. Dodatkowo powód do pozwu dołączył, notę księgową nr (...) z dnia 30 grudnia 2011 r. (karta 32 akt) podpisaną z kolei przez Zastępcę

Prezydenta Miasta, w której oświadczenie o potrąceniu zostało wyrażone wprost. Znalazł się w niej bowiem zapis, że „obciążamy was kwotą 275.495,14 zł z tytułu naliczonej kary umownej”. Ponadto wskazano w niej, że powyższą kwotę pozwana potrąciła z należnością wynikającą z faktury nr (...). Także w tym przypadku powód notę otrzymał, skoro ją do pozwu dołączył i na nią się powołał. Już więc zestawienie treści obu tych dokumentów pozwala uznać, że oświadczenie o potrąceniu zostało przez pozwaną złożone. Wreszcie do pozwu powód dołączył pismo z dnia 5 stycznia 2012 r. (karta 33 akt) informujące o dokonanych już potrąceniach. Powód natomiast we własnym piśmie z dnia 22 lutego 2012 r. (karty 35 – 36 akt) wskazywał na naliczenie kar umownych i domagał się obniżenia wysokości kar umownych z tożsamą co w pozwie argumentacją. W żadnym jego miejscu nie tylko nie powoływał się na brak złożenia oświadczenia o potrąceniu, ale okoliczność tę przyznawał uznając jednak, że kara umowna powinna zostać naliczona w mniejszej wysokości. W ocenie Sądu Apelacyjnego dla oceny, czy przed procesem doszło do złożenia oświadczenia o potrąceniu jest pismo nadzorcy sądowego kierowane do powoda w ramach toczącego się w stosunku do niego postępowania upadłościowego z dnia 21 lutego 2012 r. (karta 37 akt), w którym nadzorca sądowy wyrażał zgodę na wystąpienie do pozwanej o zwrot potrąconej kwoty. Jego treść nie pozostawia więc wątpliwości, że oświadczenie takie zostało skutecznie złożone, a jedynie jego wysokość pozostawała kwestią sporną. Takie też było stanowisko procesowe powoda. Nie ulega wątpliwości, że pozwana w odpowiedzi na pozew ograniczyła się do wskazania, że pismem z dnia 29 grudnia 2011 r. obniżono powodowi wynagrodzenie w związku z nierównościami budowanej nawierzchni drogi, jednakże wobec stanowiska samego powoda przedstawionego w pozwie, wskazanej wyżej jego konstrukcji nie było potrzeby ani powoływania się na potrącenie już dokonane, ani zgłaszania tego zarzutu w ramach procesu. Powód zresztą zeznając (karty 283 verte – 284 verte) wskazała, że pozwana potrąciła należności za nierówności warstwy ścieralnej, ale nie zna wyliczenia kwoty. Nawet zarzut naruszenia art. 5 k.c. opiera się na założeniu, że w innej sprawie, w tożsamych okolicznościach kara umowna nie została naliczona, natomiast w niniejszej sprawie to nastąpiło.

Reasumując podniesione w apelacji zarzuty dotyczące zastosowania w sprawie art. 498 § 1 i 2 k.c.

Częściowo zasadne natomiast okazały się zarzuty dotyczące naruszenia art. 484 § 2 k.c., które skarżący utożsamiał z brakiem uwzględnienia zaistniałych w niniejszej sprawie przesłanek jego zastosowania uzasadniających miarkowanie kary umownej. W jego ocenie kara umowna za opóźnienie w wykonaniu robót winna wynieść 10% wartości prac określonych w umowie. Taka bowiem kwota jest adekwatna do wartości spełnionego świadczenia, stopnia zawinienia powoda, okoliczności, że znaczna część prac została wykonana, okoliczności, że pozwana, pomimo wad nawierzchni mogła i rzeczywiście z drogi korzystać.

Wstępnie zaznaczenia wymaga, że Sąd Apelacyjny w pełni podziela poczynione przez Sąd I instancji ustalenia w zakresie daty rzeczywistego odbioru prac w kontekście zapisów § 7 umowy, a w szczególności jego ustępu 6, zgodnie z którym w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego istnienia wad w przedmiocie umowy, wykonawca zobowiązany jest do ich usunięcia, a istniejące wady oraz termin ich usunięcia określa protokół odbioru. Z kolei zgodnie z ustępem 7. okres usuwania wad nie przedłużał umownego terminu zakończenia robót. Protokół odbioru, w którym nie stwierdzono wad stanowił natomiast protokół ostateczny (§ 7 ust. 10 umowy). Nie ma więc sensu powielania argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Zresztą ustalenia w zakresie niewykonania prac w terminie wynikającym z umowy nie były w apelacji kwestionowane. Dotyczyło to zarówno wadliwości warstwy ścieralnej ulicy, jak i braku dostarczenia przez powoda dokumentów określonych w umowie. Stąd też za datę końcowego odbioru prac prawidłowo Sąd Okręgowy ustalił dzień 21 grudnia 2011 r.

W tym miejscu podkreślenia wymaga wadliwość sformułowanego w apelacji zarzutu naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisu art. 233 § 1 k.p.c. Naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów nie można utożsamiać z błędnymi ustaleniami faktycznymi. Błędne ustalenia faktyczne mogą jedynie być konsekwencją wadliwej oceny materiału dowodowego (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 19 grudnia 2008 r., sygn. akt I ACa 21/08). Jak wielokrotnie wyjaśniano w orzecznictwie Sąd Najwyższy zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. może być uznany za zasadny jedynie w wypadku wykazania, że ocena materiału dowodowego jest rażąco wadliwa czy w sposób oczywisty błędna, dokonana z przekroczeniem granic swobodnego przekonania sędziowskiego, wyznaczonych w tym przepisie. Sąd drugiej instancji ocenia bowiem legalność oceny dokonanej przez Sąd Okręgowy, czyli bada czy zostały zachowane kryteria określone w art. 233 § 1 k.p.c. Należy zatem mieć na uwadze, że - co do zasady - Sąd ocenia wiarygodność i moc

dowodów według własnego przekonania na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, dokonując wyboru określonych środków dowodowych. Jeżeli z danego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena Sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona tylko wtedy gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub, gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo - skutkowych (por. przykładowo postanowienie z dnia 11 stycznia 2001 r., I CKN 1072/99, Prok. i Pr. 2001 r., Nr 5, poz. 33, postanowienie z dnia 17 maja 2000 r., I CKN 1114/99, nie publ., wyrok z dnia 14 stycznia 2000 r., I CKN 1169/99, OSNC 2000 r., nr 7-8, poz. 139). W rozważanej sprawie powód nie tylko, że wadliwie upatrywał naruszenia zasad oceny dowodów w błędnych w jego ocenie ustaleniach faktycznych, to sam wprost wskazał, że nie kwestionuje poczynionych na podstawie dowodów ustaleń, a jedynie wyciągnięte wnioski prawne. Nie może więc ulegać wątpliwości, że tego rodzaju zarzut odnosi się do procesu subsumcji, nie natomiast oceny dowodów. Niezależnie od tego powód nie wskazał w apelacji, oceny których konkretnie dowodów zarzut dotyczy. Analiza natomiast przedstawionej argumentacji prowadzi do wniosków, że z dokonaną oceną się zgadzał, a jedynie w jego ocenie treść tych dowodów uzasadniała, bądź nie zastosowanie określonych norm prawa materialnego. Tym bardziej więc powód nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji odnoszącej się do tego, w czym upatruje wadliwości oceny dowodów, które z przedstawionych zasad tej oceny zostały naruszone. Tym samym niemożliwa jest na etapie postępowania apelacyjnego weryfikacja przez Sąd odwoławczy stanowiska skarżącego. Jak już wskazano na wstępie Sąd Apelacyjny w pełni podzielił ocenę dowodów i poczynione na ich podstawie ustalenia faktyczne, choć nie podzielił wszystkich zapatrywań prawnych przedstawionych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Zgodnie z treścią 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). Zarówno w piśmiennictwie, jak i judykaturze przyjmuje się, że zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.). Argumentuje się przy tym, że wynika to zarówno z celu kary umownej, jak i umiejscowieniu przepisów normujących karę umowną. Podporządkowanie kary umownej podstawom odpowiedzialności kontraktowej powoduje, że zobowiązany do jej zapłaty może się stosownie do treści art. 471 k.c. w związku z art. 472 k.c. bronić zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 1999 r., sygn. akt III CKN 166/98, niepubl., z dnia 13 czerwca 2003 r., sygn. akt III CKN 50/01, niepubl., z dnia 5 października 2003 r., sygn. akt I CK 137/02, niepubl., z dnia 11 marca 2004 r., V CK 369/09, niepubl., z dnia 31 marca 2004 r., III CK 446/02, z dnia 8 lipca 2004 r., IV CK 583/03, z dnia 7 lipca 2005 r., V CSK 234/07, z dnia 7 grudnia 2007 r., III CSK 234/07, z dnia 11 stycznia 2008 r., V CSK 362/07, z dnia 18 stycznia 2008 r., V CSK 385/07, jak również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., II CSK 180/10). W orzeczeniach tych Sąd Najwyższy zajmował jednoznaczne stanowisko, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z przyczyn, za które odpowiada strona zobowiązana, stanowi podstawową przesłankę powstania roszczenia o zapłatę kary umownej (art. 483 k.c. w związku z art. 471 k.c.). Ustawowa konstrukcja kary umownej nie opiera się więc na mechanizmie gwarancyjnym, lecz na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej. Karą umowną może zostać obciążona tylko taka strona, która odpowiada za opóźnienie w spełnieniu świadczenia niepieniężnego, obowiązek jej zapłacenia nie może natomiast spoczywać na stronie zobowiązanej do spełnienia tego świadczenia, jeżeli opóźnienie zostało wywołane przez okoliczności, za które strona nie ponosi odpowiedzialności. Konsekwencją jest powinność wykazania przez uprawnionego wyłącznie dokonania przez strony wężła obligacyjnego zastrzeżenia kary umownej i samego faktu niewykonania zobowiązania w terminie, a w związku z domniemaniem zawinięcia dłużnika, na nim spoczywa obowiązek jego obalenia. W tym kontekście podzielić należy przedstawione w apelacji wywody odnoszące się do charakteru kary umownej w jej ustawowym kształcie. Podkreślenia jednak wymaga, że spór w niniejszej sprawie nie sprowadzał się do kwestii rozumienia instytucji kary umownej, a kwestii możliwości jej miarkowania.

Zgodnie z art. 484 § 2 k.c. jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Ustawodawca określił więc dwie przesłanki miarkowania kary umownej - wykonanie w znacznej części zobowiązania, z którym związana jest kara oraz rażąco wygórowanie wysokości kary. Wyliczenie zawarte w art. 484 § 2 k.c. należy uznać za wyczerpujące. Jednocześnie instytucja kary umownej należy do praw tzw. sędziowskich, stąd też do sądu należy wybór kryteriów, na podstawie których poddaje on kontroli wysokość kary umownej (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 15 stycznia 2013 r., sygn. akt I ACa 655/12, LEX nr 1286575). Podkreślenia wymaga, że w omawianej regulacji nie wskazano stanów faktycznych co do przesłanek uzasadniających miarkowanie kary umownej, pozostawiając ich ustalenie uznaniu sędziowskiemu uwzględniającemu okoliczności konkretnej sprawy. Takie rozwiązanie zapewnia możliwość elastycznego stosowania miarkowania kary umownej. Co istotne, to dłużnik zmierzający do obniżenia kary umownej musi wykazać zasadność swego żądania przy pomocy zaoferowanych na jego poparcie dowodów, a także wskazać przesłanki obniżenia kary (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 2008 r., sygn. akt II CSK 421/07, LEX nr 361437), bowiem z faktu ich zaistnienia dłużnik, a nie wierzyciel wyciąga dla siebie korzystne skutki (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 września 1999 r., sygn. akt III CKN 337).

Za zasadny uznać należało zarzut braku uwzględnienia w okolicznościach niniejszej sprawy przez Sąd I instancji faktu, że zobowiązanie zostało przez powoda wykonane w znacznej części. Co do zasady uznać należy, że przesłanką miarkowania kary umownej zastrzeżonej za zwłokę lub opóźnienie w wykonaniu zobowiązania nie może być wykonanie zobowiązania w znacznej części. U podstaw tego poglądu legło przekonanie, że wykonanie zobowiązania w znacznej części oznacza zaspokojenie w istotnym zakresie interesu wierzyciela, do czego nie dochodzi w razie opóźnienia w spełnieniu całego świadczenia. Stanowisko takie zajęł także Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 czerwca 2003 r., sygn. akt III CKN 50/01). Od zasady tej istnieją jednak wyjątki. Sąd Najwyższy w wyrokach z dnia 21 czerwca 2002 r. (sygn. akt V CKN 1075/00, nie publ.), z dnia 19 kwietnia 2006 r. (sygn. akt V CSK 34/06, nie publ.) i z dnia 21 września 2007 r. (sygn. akt V CSK 139/07) wskazał na sytuacje, w których taka podstawa miarkowania kary umownej zastrzeżonej na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania znajdzie jednak zastosowanie. W drugim z wymienionych orzeczeń wyraźnie stwierdził, iż nie podziela oceny, że przesłanki obniżenia kary umownej określone w art. 484 § 2 k.c. nie dotyczą w pełni kary zastrzeżonej na wypadek opóźnienia w oddaniu przez wykonawcę robót ich przedmiotu. Podkreślił, że wykonanie w uzgodnionym przez strony terminie większości robót może uzasadniać obniżenie kary, której wysokość została ustalona w odniesieniu do wartości całych robót. Podobnie w wyroku z dnia 21 września 2007 r. podkreślił, że wyrażone w wyroku z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, zapatrywanie, zgodnie z którym przesłanka miarkowania kary umownej ze względu na wykonanie zobowiązania w znacznej części nie jest w zasadzie spełniona w przypadkach zastrzeżenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu całości świadczenia, wywołuje zastrzeżenia. Od okoliczności konkretnego wypadku bowiem zależy, czy częściowe wykonanie robót budowlanych przed popadnięciem w zwłokę ma znaczenie dla wierzyciela i zaspokaja jego godny ochrony interes. Sytuacja taka może wystąpić w szczególności wtedy, gdy przedmiot umowy o roboty budowlane obejmuje wyodrębnione zespoły prac i niektóre z nich zostaną wykonane przed popadnięciem w zwłokę, pozwalając wierzycielowi na korzystanie z ich rezultatu. Trzeba jednak podkreślić, że zmniejszenie kary z powołaniem się na tę przesłankę zależy od konkretnych okoliczności faktycznych, które pozwalają ocenić czy i ewentualnie w jakim stopniu częściowe wykonanie robót przed popadnięciem w zwłokę zaspokajało interes zamawiającego, w jakim stopniu może korzystać z wykonanego przedmiotu umowy (tak też wyroki Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt V ACa 267/10, LEX nr 785490 i z dnia 27 lutego 2013 r., sygn. akt V ACa 780/12, LEX nr 1289452, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 marca 2013 r., sygn. akt I ACa 1129/12, LEX nr 1307500). Taki też pogląd prezentuje Sąd rozpoznający niniejszą sprawę. Można podzielić stanowisko zaprezentowane w uzasadnieniu wyroku, że w ramach budowy drogi w toku procesu inwestycyjnego nie sposób wyodrębnić rodzajów prac, etapów inwestycji, które same w sobie stanowią wartość użyteczną dla wierzyciela. Innymi słowy nawet podzielenie zakresu prac na pewne etapy co do zasady nie pozwala na uznanie, że ich wyodrębnienie w jakimś zakresie zaspokoi interes wierzyciela, stanowiąc będzie mający dla niego znaczenia fragment całości budowli. Każdy z takich etapów prowadził dopiero do osiągnięcia umówionego rezultatu. Stanowisko jednak Sądu I instancji byłoby prawidłowe przy założeniu, że ostatni etap prac w postaci położenia nakładki asfaltowej (warstwy ścieralnej) nie został w ogóle wykonany. W takiej bowiem sytuacji

nawet całkowite i prawidłowe wykonanie wszystkich pozostałych etapów prac nie miałyby znaczenia dla pozwanej, a przedmiot umowy nie mógłby stanowić podstawy do przyjęcia, że wierzyciel będzie mógł z niego korzystać zgodnie z celem w niej określonym. W rozważanej jednak sprawie poza sporem pozostawała okoliczność, że na dzień 30 września 2011 r. wszystkie prace włącznie z położeniem warstwy ścieralnej zostały wykonane, a jedynie w warstwie tej wystąpiły nierówności. Nie ulega też wątpliwości, że pomimo istnienia wad droga oddana została do użytku, jeździły po niej samochody, droga była eksploatowana. Miało to miejsce również w trakcie wykonywania poprawek. Także w tym zakresie nie było sporne, że nawet w przypadku frezowania nawierzchni ruch pojazdów nie został wyłączony, a istniały jedynie utrudnienia związane z wykonywanymi pracami. Tym samym nie sposób uznać, że przedmiot umowy wykonany do dnia 30 września 2011 r. nie miał jakiegokolwiek znaczenia dla wierzyciela. Droga do dnia ostatecznego odbioru robót, czyli do dnia 21 grudnia 2011 r. była w użytku. Nie można więc mówić o całkowitej bezużyteczności wykonanych przez powoda prac do daty zakończenia inwestycji określonej w umowie. Zasadnie przy tym apelujący wskazał zarówno na rzeczowy, jak i wartościowy zakres wykonanych prac. Jak wynika z dowodów w postaci zeznań świadków A. O. i T. P., a ponadto przywołanej w apelacji umowy zawartej pomiędzy powodem a firmą (...), wszystkie prace poprawkowe mogły zostać wykonane w terminie 2 – 3 dni, co niewątpliwie świadczy o zakresie wadliwych prac w stosunku do zakresu wszystkich prac określonych w umowie. Podobnie porównanie wartości robót, które miał wykonać powód (kwota 2.239.800,07 zł) z wartością prac już odebranych i za które nastąpiła już zapłata (kwota 1.672.832,74 zł) prowadzi do tożsamyh wniosków. Z kolei wartość prac poprawkowych zamknęła się kwotą 202.173,62 zł. Należy jednak zaznaczyć, że dla oceny, czy prace wykonane do daty popadnięcia w zwłokę mają dla pozwanej znaczenie, nie są to okoliczności decydujące. Nie sposób przy tym uznać, że fakt korzystania z pozostałych prac (chodniki, oświetlenie) same w sobie zaspokajają godny ochrony interes wierzyciela z punktu widzenia celu umowy. W powiązaniu jednak z okolicznością, że warstwa ścieralna została wykonana, a ruch po drodze się odbywał, nie jest to już obojętne i pozwala na uznanie, że pozwana korzystała z całej inwestycji, co oczywiście nie wyklucza, że prace wykonane zostały wadliwie.

Reasumując więc należało w okolicznościach niniejszej sprawy uznać, że zaistniała pierwsza z przesłanek miarkowania kary umownej określona w art. 484 § 2 k.c.

Podzielić należało także zarzut naruszenia powyższej regulacji poprzez nieuwzględnienie rażącego wygórowania kary umownej w kontekście braku poniesienia przez pozwaną szkody w związku ze zwłoką w wykonaniu prac. Już z samej treści art. 484 § 1 k.c. wynika, że nawet brak szkody nie skutkuje wyłączeniem możliwości naliczenia kary umownej. Należy więc stanowczo opowiedzieć się za poglądem, zgodnie z którym 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. Kwestia to była oczywiście przedmiotem kontrowersji, jednakże ostatecznie utrwalony został przedstawiony wyżej pogląd. Za takim poglądem Sąd Najwyższy wypowiedział się przykładowo w wyroku z dnia 4 grudnia 2003 r., II CK 160/02, w wyroku z dnia 17 czerwca 2004 r. oraz w wyroku z dnia 11 stycznia 2007 r. Przesądzająca była natomiast uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, które nadana została moc zasady prawnej. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 13 lutego 2013 r. (sygn. akt I ACa 1391/12, LEX nr 1313455) wskazał, że nie jest zasadne dopatrywanie się w art. 483 § 1 k.c. normy uzależniającej roszczenie o zapłatę kary umownej od faktu powstania lub zwiększenia się szkody. Zerwaniu ulega także związek przyczynowy pomiędzy sankcją w postaci kary umownej a poniesieniem szkody przez wierzyciela. Wystąpienie szkody po stronie wierzyciela nie jest więc w ogóle przesłanką powstania roszczenia o zapłatę kary umownej.

Okoliczność ta jednak nie pozostaje bez znaczenia dla oceny wysokości naliczonej kary umownej. Przyjmuje się bowiem, że brak szkody powinien być brany pod uwagę przy zmniejszeniu kary umownej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 1970 r., sygn. akt II CR 167/70, OSNC 1970, Nr 11, poz. 214, wspomniana uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03). Jest ona bowiem surogatem odszkodowania zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 13 lutego 2013 r., sygn. akt I ACa 1391/12, LEX nr 1313455, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt V ACa 267/10, LEX nr 785490). Dodać wypada,

że wysokość określonej stawki kary umownej sama w sobie nie przesądza o rażąco wygórowaniu kary umownej. Dopiero wynikająca z tej stawki i okresu opóźnienia wysokość (kwota) kary umownej może być uznana za rażąco wygórowaną przy zastosowaniu prawidłowego kryterium oceny. Stanowisko to Sąd rozpoznający niniejszą sprawę w pełni aprobuje. W związku z powyższym nawet brak poniesienia szkody po stronie pozwanej wskutek niewykonania przez powoda prac w terminie nie zwalniał tego ostatniego od odpowiedzialności z tytułu kar umownych, jednakże uzasadniał jej miarkowanie. Należy przy tym zauważyć, że szkoda w przypadku obowiązkowej zapłaty kary umownej winna obejmować najszerzej rozumiany interes wierzyciela w tym wynikające z niewykonania zobowiązania bardzo odległe i rozproszone uszczerbki, które nie byłyby objęte kompensatą na zasadach ogólnych (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 9 października 2012 r., sygn. akt I ACa 700/12, LEX nr 1237425). W rozważanej sprawie niesporne było, że nawet tak szeroko rozumiana szkoda po stronie pozwanej w związku ze zwłoką w wykonaniu przedmiotu umowy nie wystąpiła. Strony w tym zakresie były zgodne i jednocześnie nie zostały przedstawione dowody, z których wynikałyby okoliczności przeciwne. Takie też ostatecznie ustalenia poczynił Sąd I instancji. W tym kontekście trudno zrozumieć tę część uzasadnienia wyroku, w której wskazano, że wskutek prowadzonych prac mających na celu usunięcie wad wystąpiły znaczne trudności i brak komfortu mieszkania przy ul. (...) za co odpowiada pozwana. Po pierwsze bowiem taka wypowiedź sugeruje jednak istnienie szkody, co Sąd I instancji jednak wykluczył wskazując, że z powodu powyższych utrudnień brak szkody po stronie inwestora nie ma znaczenia dla miarkowania kary umownej. Po drugie nie sposób w okolicznościach powyższych upatrywać jakiegokolwiek przejawu zaistnienia konkretnej szkody po stronie inwestora. Ostatecznie więc okoliczność związana z brakiem szkody powinna zostać uwzględniona. Niewątpliwie stanowiła istotny argument uzasadniający przyjęcie, że w okolicznościach niniejszej sprawy kara umowna podlegała miarkowaniu.

Sąd Apelacyjny uznając miarkowanie kary umownej za zasadne wziął również pod uwagę relację pomiędzy wysokością naliczonej kary umownej a wysokością ustalonego w umowie wynagrodzenia. Zgodnie z § 9 ust. 1 umowy wynosiło ono 2.239.800,07 zł. Z kolei kara umowna zamknęła się kwotą 275.495,41 zł. Stanowiła więc około 12% wartości tych prac, co przy uwzględnieniu wykonania całości prac i korzystania przez pozwaną z rezultatu tych prac uzasadniało obniżenie jej wysokości.

Zupełnie pozbawione podstaw były natomiast zawarte w apelacji zarzuty odnoszące się do braku uwzględnienia podstawy miarkowania kary umownej w postaci przyczynienia się pozwanej do powstania opóźnienia wykonania prac objętych umową, co w konsekwencji prowadziło do naruszenia treści przepisu art. 484 § 2 k.c. oraz art. 651 k.c. W ocenie powoda współprzyczyną opóźnienia było sporządzenie wadliwej dokumentacji oraz odmowa zmiany umowy. Ponadto uzasadniając zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. powód powoływał się na niezasadne nieuwzględnienie proponowanego przez powoda planu naprawczego. Przede wszystkim Sąd rozpoznający niniejszą sprawę nie podziela stanowiska co do możliwości stosowania art. 362 k.c. w przypadku ustalania odpowiedzialności z tytułu kar umownych. Niewątpliwie nie ma zgodności poglądów co do konsekwencji prawnych przyczynienia się wierzyciela do powstania szkody. Zgodnie z pierwszym z nich jeżeli do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania doszło wskutek przyczynienia się wierzyciela, to dłużnik może żądać obniżenia kary umownej na podstawie art. 362 k.c., a nie jej miarkowania – bez względu na to, czy i w jakiej części zobowiązanie wykonał (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 1974 r., sygn. akt II CR 788/73, OSP 1975, z. 2, poz. 36). Jednakże zastosowanie art. 362 k.c. do kary umownej może nastąpić jedynie odpowiednio, bowiem wierzyciel, żądając kary umownej, z reguły nie wskazuje wysokości poniesionej szkody, a zatem brak jest wskazanego w art. 362 k.c. kryterium obniżenia kary (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2003 r., sygn. akt I CK 137/02, LEX nr 148636). Zgodnie z odmiennym poglądem, przepis art. 362 k.c. nie może stanowić samoistnej podstawy zmniejszenia kary umownej. Może ono nastąpić wyłącznie na podstawie art. 484 § 2 k.c. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 2004 r., sygn. akt IV CK 522/2003, OSNC 2005, nr 7-8, poz. 131, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2010 r., sygn. akt IV CSK 494/2009, Biul. SN 2010, nr 5, s. 3). W doktrynie także przeważa pogląd, że art. 484 § 2 k.c. w części dotyczącej miarkowania kary umownej jako rażąco wygórowanej ma zastosowanie jako samodzielna podstawa zmniejszenia kary umownej także w sytuacji, gdy dłużnik tylko częściowo ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, zwłaszcza gdy do takiego stanu rzeczy przyczynił się w znacznym zakresie sam wierzyciel. Podkreślenia wymaga, że skoro szkoda nie jest przesłanką żądania zapłaty kary umownej, a wysokość

kary umownej nie jest proporcjonalna do jej wysokości, to szkoda nie będzie w ogóle przedmiotem badania w procesie o karę umowną, stąd niemożliwe będzie ustalenie, w jakim stopniu wierzyciel przyczynił się do jej powstania.

Badanie więc ewentualnego przyczynienia się inwestora do powstania opóźnienia w wykonaniu prac przez powoda dokonywane może być wyłącznie w ramach instytucji określonej w art. 484 § 2 k.c. Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie dawał jednak żadnych podstaw do poczynienia ustaleń postulowanych w apelacji. W tym względzie podzielić należy w pełni stanowisko przedstawione przez Sąd Okręgowy. W żadnym wypadku nie istnieją podstawy do formułowania twierdzeń dotyczących błędu projektanta przy sporządzaniu dokumentacji inwestycji, a w konsekwencji jej wadliwości. Okoliczności tej nie sposób wyprowadzić z postanowień § 4 pkt. 5 umowy, zgodnie z którym wykonawca wykona roboty zgodnie z obowiązującymi normami. Poza sporem pozostawała okoliczność, że częścią umowy strony uczyniły dokumentację projektową. W § 1 ust. 3 umowy strony zgodnie postanowiły, że zakres robót oraz szczegółowe warunki realizacji robót składających się na przedmiot umowy określa dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ, które stanowią integralną część niniejszej umowy. Zestawienie obu zapisów umowy pozwala na ustalenie, że obowiązek wykonania robót zgodnie z normami z jednej strony wyznaczał minimalny zakres staranności wykonawcy, a z drugiej stron znajdował zastosowanie tylko w tych przypadkach, gdy dokumentacja techniczna nie przewidywała norm odmiennych (oczywiście zaostrzonych). W konsekwencji więc umowa wraz z dokumentacją określała w sposób precyzyjny warunki techniczne, jakim winna odpowiadać budowana droga. To, że warunki te były surowsze, niż wymagała tego norma dla tego rodzaju dróg pozostaje w sprawie bez znaczenia. Nie można w takiej sytuacji mówić o jakiegokolwiek wadliwości projektu. Strony zgodnie ustaliły parametry budowli i do obowiązków pozwanej należało wykonanie prac zgodnie z tymi ustaleniami. Nie jest to więc kwestia wadliwości dokumentacji, a jedynie kwestia takich, a nie innych ustaleń stron. Podzielić należy stanowisko Sądu I instancji wskazującego na profesjonalny charakter wzajemnych realizacji stron, na obowiązek zbadania przez powoda dokumentacji przed podpisaniem, tym bardziej, że powód wykonywał już wcześniej na rzecz pozwanej podobne prace. Jeżeli tego z jakichkolwiek powodów nie uczynił, to okoliczność ta w żadnej mierze nie może obciążać pozwanej. Skoro powód godził się na określone w warunkach technicznych parametry, podpisał umowę w tym zakresie, to brak ich dotrzymania na etapie wykonawstwa nie może być oceniany w kategorii błędu. Strony przedmiotem świadczenia powoda uczyniły obiekt spełniający określone kryteria, powód na to się zgodził, a tym samym winien wykonać przedmiot umowy w zgodzie z jej postanowieniami. Nie bez znaczenia jest okoliczność, że umowa zawierana była w trybie zamówień publicznych, a tym samym powód miał możliwość już na etapie składania oferty sformułowania odpowiednich pytań do zamawiającego, które w sposób jednoznaczny pozwoliłyby na wyjaśnienie wszystkich kwestii. W niniejszej sprawie brak dowodów, że takie zapytania były kierowane w stosunku do pozwanej. Rację ma zresztą Sąd I instancji, że wskazywana w apelacji wadliwość dokumentacji nie była również podnoszona na etapie wykonywania prac i w tym kontekście właściwie przywołana została regulacja art. 651 k.c. Zastrzeżenia bowiem powoda pojawiły się dopiero z chwilą wystąpienia wad i odmową odbioru prac, a w dalszej kolejności trudnościami w znalezieniu podwykonawcy. Nie miała ona jednak w sprawie zastosowania wobec wskazanej wyżej prawidłowości dokumentacji stanowiącej element umowy. Całkowicie błędna jest więc zawarta w apelacji argumentacja dotycząca odmowy zmiany tej dokumentacji przez pozwaną na wniosek zgłoszony przez powoda. Nie istniały żadne przesłanki dokonywania jej zmian, a w konsekwencji samej umowy. Była to okoliczność zależna od woli powódki dodatkowo ograniczona regulacjami związanymi z trybem zawarcia umowy. Nie może w tym względzie być też rozstrzygające wyłączenie w umowie pomiędzy powodem a podwykonawcą odpowiedzialności za nierówności warstwy ścieralnej mieszczące się w przedziale od 6 mm do 9 mm, co miało świadczyć o świadomości pozwanej co do wadliwości dokumentacji projektowej. Nie sposób więc uznać, że powyższe okoliczności mogłyby stanowić podstawę miarkowania kary umownej. Podobnej oceny dokonać należy odnośnie trudnych warunków atmosferycznych, które uniemożliwiały realizację jakichkolwiek prac w okresie od 22 listopada 2010 r. do kwietnia 2011 r. Po pierwsze powód znał i zaakceptował zarówno termin wykonania prac jak i okres, w którym miało to nastąpić. Jako profesjonalista winien więc uwzględnić, że oznaczony umownie termin realizacji świadczenia obejmuje również okres zimy. Po drugie powód wykonał ostatecznie wszystkie prace w terminie. Trudno więc doszukać się w ogóle związku pomiędzy powyższymi okolicznościami, a przyczynieniem pozwanej do opóźnienia w wykonaniu prac, co miało skutkować obniżeniem wysokości kary umownej.

W ocenie Sądu pozbawiona podstaw była argumentacja powoda wskazująca na brak zastosowania przez Sąd I instancji przepisu art. 5 k.c. W przypadku bowiem miarkowania kary umownej stosowanie tego przepisu uznać należy za wyłączone. Po pierwsze instytucję obniżenia kary umownej ustawodawca uregulował w art. 484 § 2 k.c., szczegółowo określając przesłanki obniżenia, a tym samym nie można zastępować konkretnej regulacji prawnej przez stosowanie art. 5 k.c. Przepis ten nie ma charakteru nadrzędnego w stosunku do pozostałych przepisów prawa cywilnego. Zastosowanie art. 5 k.c. chroni przed nadużyciem prawa podmiotowego, natomiast nie można na podstawie art. 5 k.c. kształtować tego prawa. Zastosowanie art. 5 k.c. może jedynie pozbawić prawo podmiotowe ochrony przez pewien czas (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 15 stycznia 2013 r., sygn. akt I ACa 655/12, LEX nr 1286575). Redukcja kary umownej może nastąpić wyłącznie na podstawie art. 484 § 2 k.c., w którym znalazła wyraz koncepcja ograniczonej kontroli zgodności wykonywania przez wierzyciela prawa do kary umownej z dobrymi obyczajami (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 6 lutego 2013 r., sygn. akt I ACa 688/12, LEX nr 1289781). Tak więc nie można Sądowi Okręgowemu przypisać określonego w apelacji naruszenia prawa materialnego. Podkreślenia jednak wymaga, że przedstawiony materiał dowodowy nie dawał podstaw do pełnej oceny przyczyn braku naliczenia kar umownych w stosunku do innego wykonawcy. Nawet zbliżony stan faktyczny nie upoważniał do automatycznego uznania, że także w tamtym przypadku kara umowna winna zostać naliczona, a tym samym doszło do nierównego traktowania wykonawców przez pozwaną. Brak naliczenia kary umownej jest wynikiem wielu konkretnych okoliczności sprawy, w tym jej represyjnej funkcji. Nie jest możliwe w ramach niniejszego procesu, wobec braku przedstawienia stosownych dowodów dokonanie pełnej oceny i w konsekwencji kategoryczne stwierdzenie, że postępowanie pozwanej w stosunku do powoda odbiegało od sposobu traktowania innych wykonawców. Nie bez znaczenia jest też okoliczność, że naliczenie kary umownej w każdym przypadku jest tylko uprawnieniem wierzyciela znajdującym oparcie w umowie i nie ma on absolutnego obowiązku korzystania z niego. Nie jest możliwe formułowanie jakichkolwiek ogólnych sposobów obliczania wysokości kary umownej. To zróżnicowanie jest konsekwencją odmiennego w każdym przypadku znaczenia określonej inwestycji dla zamawiającego, dotychczasowych relacji z wykonawcą, istniejących zagrożeń w wykonaniu umowy, kwestii finansowych. Nie da się zresztą nawet w tym względzie sformułować katalogu przyczyn zastrzegania kar umownych w określonej wysokości. Tak więc nieuprawnione było, tylko z odwołaniem się do wystąpienia wad nawierzchni w postaci jej nierówności, upatrywanie tak daleko idących skutków, jak chce tego skarżący, a które sprowadzać miałyby się do miarkowania kary umownej i to w stopniu prezentowanym w toku postępowania.

Przedstawione wcześniej okoliczności uzasadniają miarkowanie kary umownej w postaci braku poniesienia szkody przez pozwaną, wykonania prac faktycznie w całości, choć z wadami, użyteczności tych prac dla wierzyciela oraz w postaci proporcji, w jakich kara umowna ostatecznie naliczona pozostawała do wysokości wynagrodzenia powoda nie mogły stanowić podstawy do uwzględnienia jego stanowiska, zgodnie z którym kara ta powinna się zamknąć kwotą stanowiącą 10% kwoty wyliczonej przez pozwaną. Stosując instytucję miarkowania, sąd powinien mieć na względzie także inne również podstawowe (poza kompensacyjną) funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania oraz funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2006 r., sygn. akt I CSK 259/06, LEX nr 398369). Dlatego postuluje się ostrożne i powściągliwe stosowanie prawa redukcji, pamiętając, że miarkowanie osłabia właśnie skutek stymulacyjno-represyjny oraz kompensacyjny kary umownej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2006 r., sygn. akt V CSK 55/06, LEX nr 200875). Pamiętać także należy, że miarkowanie kary winno mieć miejsce wyjątkowo, tylko wtedy, gdy kara umowna będzie nie tylko wygórowana, ale wygórowana rażąco, czyli w taki sposób, że system prawa nie może tolerować jej dysproporcji w stosunku do słuszych interesów wierzyciela. (wyrok SN z dnia 30 listopada 2006 r., I CSK 259/06, LEX nr 398369). W pewnym stopniu odzwierciedleniem funkcji mobilizującej kary umownej jest przepis art. 483 § 2 k.c., wyłączający, co do zasady, możliwość uchylecia się przez dłużnika od wykonania zobowiązania przez zapłatę kary umownej. Zastrzeżenie kary umownej w kontekście wspomnianego przepisu prowadzi do wzmocnienia reguły realnego wykonania zobowiązania (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 27 lutego 2013 r., sygn. akt I ACa 99/13, LEX nr 1313465). W rozpoznawanej sprawie oceniając stopień miarkowania kary umownej nie można zapominać także o tej funkcji. Strony w umowie określiły, że prace wykonane zostaną w okresie od dnia 9 listopada 2010 r. do dnia 30 września 2011 r., a więc nieco mniej, niż 11 miesięcy. Opóźnienie

natomiast w wykonaniu prac wyniosło 82 dni. Oznacza to, że przekroczenie umówionego terminu wyniosło prawie trzy miesiące. Stanowiło więc prawie 30% czasu realizacji całej inwestycji. Jednocześnie, co zresztą akcentował powód w apelacji, prace związane z usunięciem stwierdzonych w toku czynności odbiorowych wad wykonane zostały w terminie 2 – 3 dni. Dysproporcja więc pomiędzy czasem umożliwiającym usunięcie usterek, a czasem w którym rzeczywiście to nastąpiło jest ogromna. Nie sposób więc zaakceptować w takiej sytuacji opóźnienia powoda, co miałyby się przejawiać w obciążeniu powoda karą umowną w minimalnej wysokości. Trudno uznać, by pozwana jako inwestor zobowiązana była do tolerowania faktu braku spełnienia świadczenia określonego w umowie i jednocześnie miałyby to trwać przez tak długi okres. Strony w sposób świadomy i jednoznaczny określiły sposób wykonania umowy także w aspekcie czasowym i z tych zobowiązań winny się wywiązać. W tym właśnie wyraża się funkcja kary umownej – zarówno kompensacyjna, jak i represyjna. Zupełnie przy tym bez znaczenia pozostawały podnoszone przez powoda okoliczności związane z poszukiwaniem podwykonawcy, który podjąłby się usunięcia wad, czy też prowadzenia rozmów związanych z ewentualną zmianą treści umowy. Po pierwsze odnosiły się one już do czasu, w którym powód pozostawał w zwłoce w spełnieniu świadczenia, a po drugie związane były z jego zawinionym zachowaniem polegającym na wadliwym spełnieniu świadczenia. Brak podstaw do obciążania nimi pozwanej. Ostatecznie więc Sąd uznał, że naliczona kara umowna winna zostać zmniejszona do poziomu 0,10% wartości umownej prac dziennie, co daje kwotę 183.663,60 zł. Uwzględnić przy tym należało uznaną już przez powoda część kary umownej w wysokości 27.549,54 zł, o którą obniżył objętą pozwem część wynagrodzenia określonego w fakturze (...) z dnia 28 grudnia 2011 r.

Sąd Apelacyjny nie podzielił również zarzutu naruszenia przepisu art. 6 k.c. przejawiającego się w przyjęciu, że pozwana wykazała co do wysokości obniżenie wynagrodzenia z uwagi na wystąpienie wad warstwy ścierniczej o kwotę 8.227,46 zł. jak prawidłowo zauważył Sąd I instancji strony w protokole odbioru końcowego robót (karty 129 – 130 akt) w sposób dokładny określiły rodzaj wad nadal występujących w przedmiocie świadczenia powoda. Wskazały, że występują nierówności wynikające z pomiarów zlokalizowane przede wszystkim w rejonach studni. Jednocześnie określiły te wady, jako nieusuwalne. W związku z tym zgodnie oświadczyły, że obniżenie wynagrodzenia nastąpi w oparciu o (...) Tym samym w sposób precyzyjny określiły podstawy do dokonania stosownych w tym zakresie obliczeń. Pozwana ponadto przedstawiła dowody obrazujące sposób ich dokonania w postaci świadectw badania równości nawierzchni (karty 292 – 295 akt), tekst (...) stanowiących przedstawienie, w jaki sposób następuje obniżenie wynagrodzenia (karty 296 – 299 akt) oraz stosownych wyliczeń, wprawdzie odrębnych i dokonanych na świadectwach badania równości, jednakże pozwalających prześledzić sposób ich dokonania. W takich więc okolicznościach to na powodzie ciążył obowiązek wykazania, że dokonane wyliczenia były nieprawidłowe, że obniżenie wynagrodzenia winno nastąpić w innej wysokości, niż wskazana przez pozwaną. Powód w tym zakresie jednak zaniechał jakiegokolwiek akcji dowodowej poprzestając wyłącznie na zanegowaniu prawidłowości obciążenia go wyliczoną kwotą. Stąd też również ona winna zostać uwzględniona przy zasądzeniu pozostałej części wynagrodzenia na rzecz powoda.

Ostatecznie więc po dokonanych potrąceniu przez pozwaną kary umownej w przedstawionej wcześniej wysokości po jej miarkowaniu oraz kwoty związanej z obniżeniem wynagrodzenia z uwagi na występowanie nieusuwalnych wad oraz przy uwzględnieniu uznanej przez powoda kwoty kary umownej już w pozwie, należało na jego rzecz zasądzić kwotę 91.831,81 zł.

Podstawę rozstrzygnięcia w zakresie odsetek stanowił przepis art. 481 § 1 k.c., zgodnie z którym jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Strony w § 9 pkt. 4 umowy postanowiły, że zamawiający zobowiązany jest dokonać zapłaty za wykonane roboty w terminie 21 dni od daty otrzymania faktury końcowej. Z widniejącej na fakturze nr (...) (karta 34 akt) prezentaty wynika jednoznacznie, że wpłynęła ona do pozwanej w dniu 29 grudnia 2011 r. co oznacza, że zgodnie z powyższymi zapisami umownymi odsetki należą się powodowi od dnia 20 stycznia 2012 r. Stąd też za wadliwie uznać należało ich domaganie się w pozwie za okres od dnia 19 stycznia 2012 r. i w tym zakresie powództwo podlegało oddaleniu.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności apelację powoda uznać należało za częściowo zasadną i w konsekwencji na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. wyrok Sądu I instancji zmienić w zakresie wskazanym w sentencji orzeczenia.

Podstawę rozstrzygnięcia o kosztach procesu w postępowaniu zarówno przed Sądem Okręgowym, jak i przed Sądem Apelacyjnym stanowiły przepisy art. 108 k.p.c. i art. 98 § 1 i 3 k.p.c. Zgodnie z pierwszym z nich sąd rozstrzyga o kosztach w każdym orzeczeniu kończącym sprawę w instancji. Sąd może jednak rozstrzygnąć jedynie o zasadach poniesienia przez strony kosztów procesu, pozostawiając szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu; w tej sytuacji, po uprawomocnieniu się orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie, referendarz sądowy w sądzie pierwszej instancji wydaje postanowienie, w którym dokonuje szczegółowego wyliczenia kosztów obciążających strony. Jednocześnie art. 98 § 1 k.p.c. stanowi, że strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu). W postępowaniu przed Sądem I instancji powód poniósł, jak wynika ze złożonego spisu (karta 310 akt) koszty w postaci opłaty od pozwu w wysokości 12.809 zł, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, opłat kancelaryjnych w wysokości 25 zł oraz wynagrodzenia w wysokości 10.800 zł, co łącznie daje kwotę 23.651 zł. Z kolei na koszty poniesione przez stronę pozwaną składa się wyłącznie wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 7.200 zł ustalone na podstawie § 6 pkt. 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenie przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1349 z późniejszymi zmianami). Powód wygrał sprawę w 36%, a tym samym pozwana winna zwrócić na jego rzecz kwotę 8.514,36 zł. Pozwana wygrała sprawę w 64%, a tym samym powód winien jej zwrócić kwotę 4.608 zł. Po wzajemnym skompensowaniu pozwana winna zwrócić powodowi kwotę 3.906,36 zł.

Na tym etapie postępowania apelacyjnego obie strony poniosły wyłącznie koszty zastępstwa procesowego w wysokości po 5.400 zł ustalone na podstawie § 6 pkt. 7 i § 12 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenie przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1349 z późniejszymi zmianami). Przy uwzględnieniu wskazanego wyżej stopnia w jakim każda ze stron wygrała sprawę także w postępowaniu apelacyjnym pozwana winna zwrócić powodowi kwotę 1.944 zł, a powód pozwanej kwotę 3.456 zł. Po skompensowaniu powód zobowiązany był zwrócić stronie pozwanej kwotę 1.512 zł.

Wobec braku uiszczenia przez powoda opłaty od apelacji jej pobranie nastąpiło na podstawie art. 113 ust. 1 i ust. 2 pkt. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., Nr 90, poz. 594 z późniejszymi zmianami) ponownie przy uwzględnieniu proporcji, w jakiej każda ze stron sprawę wygrała w postępowaniu apelacyjnym. .

SSO (del.) T. Żelazowski SSA A. Sołtyka SSA M. Iwankiewicz