

Sygn. akt I ACa 395/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 października 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Janusz Leszek Dubij
Sędziowie	:	SA Irena Ejsmont - Wiszowata (spr.) SA Jarosław Marek Kamiński
Protokolant	:	Izabela Lach

po rozpoznaniu w dniu 20 września 2013 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **Zakładu (...), E. R. w D.**

przeciwko **Gminie S.**

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 18 marca 2013 r. sygn. akt I C 2019/11

1. Zmienia zaskarżony wyrok:

- w pkt. II w ten sposób, że zasądza od pozwanej Gminy S. na rzecz powoda – Zakładu (...), E. R. w D. kwotę 360.055,97 złotych (trzysta sześćdziesiąt tysięcy pięćdziesiąt pięć złotych 97/100) z ustawowymi odsetkami od dnia 21 marca 2012 roku do dnia zapłaty i oddala powództwo w pozostałym zakresie;

- w pkt. III w ten sposób, że:

a) zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 18.336,80 złotych tytułem zwrotu części kosztów sądowych;

b) zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 1440 złotych tytułem zwrotu części kosztów zastępstwa procesowego.

2. Oddala apelację w pozostałej części.

3. Nakazuje ściągnąć od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa – Sąd Okręgowy w Białymstoku – kwotę 18.336,80 złotych tytułem brakującej opłaty od apelacji.

4. Zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 1080 złotych tytułem zwrotu części kosztów zastępstwa procesowego w instancji odwoławczej.

5. Odstępuje od obciążania powoda brakującą częścią opłaty od apelacji.

UZASADNIENIE

Powódka – Zakład (...) spółka jawna W. K., E. R. wniosła o zasądzenie od pozwanej Gminy S. kwoty 916.833,37 złotych wraz z ustawowymi odsetkami w wysokości 13% w stosunku rocznym od kwoty 412.714,57 złotych od dnia 10 września 2011 roku do dnia zapłaty i od kwoty 504.118,80 złotych od dnia 14 listopada 2011 roku do dnia zapłaty oraz zasądzenia odsetek ustawowych w wysokości 13% w skali roku od kwoty 65.088,95 złotych od dnia 4 marca 2010 roku do dnia 15 marca 2010 roku, od kwoty 61.024,20 złotych od dnia 8 listopada 2010 roku do dnia 9 listopada 2010 roku, od kwoty 219.159,96 złotych od dnia 17 marca 2011 roku do dnia 11 kwietnia 2011 roku, od kwoty 100.000 złotych od dnia 23 kwietnia 2011 roku do dnia 27 kwietnia 2011 roku, od kwoty 60.000 złotych od dnia 23 kwietnia 2011 roku do dnia 30 kwietnia 2011 roku, od kwoty 79.050,50 złotych od dnia 23 kwietnia 2011 roku do dnia 2 maja 2011 roku, od kwoty 256.300 złotych od dnia 24 czerwca 2011 roku do dnia 27 czerwca 2011 roku, od kwoty 113.715,45 złotych od dnia 23 czerwca 2011 roku do dnia 30 czerwca 2011 roku, od kwoty 40.000 złotych od dnia 1 sierpnia 2011 roku do dnia 5 sierpnia 2011 roku, od kwoty 248.067,25 złotych od dnia 1 sierpnia 2011 roku do dnia 19 sierpnia 2011 roku, od kwoty 114.000 złotych od dnia 10 września 2011 roku do dnia 13 września 2011 roku. Podnosiła, że dochodzone roszczenie wynika z umowy o roboty budowlane zawartej przez strony w dniu 20 października 2009 roku. Wskazywała, że z uwagi na zmianę przepisów wprowadzających nowe normy budowlane, zaistniała konieczność wstrzymania robót, w celu sporządzenia nowego projektu wykonawczego zadanie lukowych oraz zastosowania innego typu blach trapezowych, niż pierwotnie przewidziane w projekcie. Z uwagi na trudności ze zdobyciem blachy w wybranym przez pozwanego kolorze doszło do wydłużenia czasu trwania prac budowlanych. Ponadto pozwana w dniu 29 lipca 2011 roku zwróciła się o dokonanie zmiany wyposażenia hali sportowej, co w ocenie strony powodowej stanowiło zmianę umowy i jednocześnie wydłużenie terminu jej wykonania. Dodatkowo wskazywała, że niejednokrotnie Gmina regulowała zobowiązania wynikające z faktur częściowych kilka dni po upływie oznaczonego terminu płatności, co miało bezpośredni wpływ na tempo prowadzonych prac. Twierdziła, że pozwana nie uiściła powódce kwoty 916.833,37 złotych wynikającej z faktur (...) z dnia 11 października 2011 roku oraz faktury (...) z dnia 10 sierpnia 2011 roku.

Pozwana Gmina S. domagała się oddalenia powództwa w całości. Jednocześnie podniosła zarzut potrącenia wierzytelności dochodzonej pozwem z wierzytelnością przysługującą wobec powódki z tytułu kar umownych w wysokości 1.045.577,63 złotych. Wskazywała, że nie przedłużyła terminu na zakończenie prac budowlanych, ani nie zezwoliła na zwiększenie kosztów inwestycji. Zaprzeczyła twierdzeniom powódki, aby zwracając się do niej o dokonanie zmiany wyposażenia hali sportowej wyraziła zgodę na zmianę umowy, a tym samym na przedłużenie terminu jej wykonania przynajmniej do dnia wykonania zmian wyposażenia. Podnosiła, że powodem zmiany wyposażenia hali był fakt, iż na dzień przed ustalonym terminem zakończenia umowy, nie zostały rozpoczęte prace wykończeniowe, a zatem zmiana wyposażenia nie miałaby realnego wpływu na faktyczne zakończenie budowy hali. Ponadto twierdziła, że przyczyną zwłoki powoda w realizacji umowy, poza problemami z dachem, była niewielka ilość pracujących na budowie robotników. Z uwagi na znaczne przekroczenie terminu (129 dni) pozwana naliczyła kary umowne, które podlegają potrąceniu z wierzytelnością przysługującą powódce.

Wyrokiem z dnia 18 marca 2013 roku Sąd Okręgowy w Białymstoku zasądził od Gminy S. na rzecz Zakładu (...), E. R. w D. odsetki ustawowe w wysokości 13% w stosunku rocznym: od kwoty 65.088,95 złotych od dnia 4 marca 2010 roku do dnia 15 marca 2010 roku, od kwoty 61.024,20 złotych od dnia 8 listopada 2010 roku do dnia 9 listopada 2010 roku, od kwoty 219.159,96 złotych od dnia 17 marca 2011 roku do dnia 11 kwietnia 2011 roku, od kwoty 100.000 złotych od dnia 23 kwietnia 2011 roku do dnia 27 kwietnia 2011 roku, od kwoty 60.000 złotych od dnia 23 kwietnia 2011 roku

do dnia 30 kwietnia 2011 roku, od kwoty 79.050,50 złotych od dnia 23 kwietnia 2011 roku do dnia 2 maja 2011 roku, od kwoty 256.300 złotych od dnia 24 czerwca 2011 roku do dnia 27 czerwca 2011 roku, od kwoty 113.715,45 złotych od dnia 23 czerwca 2011 roku do dnia 30 czerwca 2011 roku, od kwoty 40.000 złotych od dnia 1 sierpnia 2011 roku do dnia 5 sierpnia 2011 roku, od kwoty 248.067,25 złotych od dnia 1 sierpnia 2011 roku do dnia 19 sierpnia 2011 roku, od kwoty 114.000 złotych od dnia 10 września 2011 roku do dnia 13 września 2011 roku; oddalił powództwo w pozostałym zakresie oraz zasądził od powódki na rzecz pozwanej kwotę 7.200 złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd ten ustalił, że Gmina S. i Zakład (...), E. R. w dniu 20 października 2009 roku w trybie przetargu nieograniczonego zawarły umowę, w oparciu o którą powódka zobowiązała się do wykonania zamówienia publicznego na roboty budowlane dotyczące „budowy hali sportowej przy Szkole Podstawowej w miejscowości S. gm. S.”. Zakres przedmiotu umowy i warunki jego wykonania zostały określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), zaś termin wykonania umowy określono na dzień 30 grudnia 2010 roku. Jednocześnie strony ustaliły, że za wykonanie przedmiotu umowy wykonawca otrzyma wynagrodzenie kosztorysowe brutto w wysokości 3.042.499,50 złotych, w tym 22% podatku VAT w kwocie 548.647,45 złotych. Rozliczenie między stronami miało nastąpić na podstawie faktur częściowych za wykonany i odebrany przez Inspektora Nadzoru zakres robót wynikający z harmonogramu rzeczowo – finansowego, do kwoty nie wyższej niż 80% wynagrodzenia brutto oraz na podstawie faktury końcowej. Ustalono termin płatności faktur na 30 dni od daty wpływu do Urzędu Gminy w S.. W przypadku przekroczenia terminu wykonania przedmiotu umowy, wykonawca miał zapłacić zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia, z tym zastrzeżeniem, iż pozwana miała prawo potrącenia kwot z tytułu naliczenia kar umownych z należnego wykonawcy wynagrodzenia.

Z dalszych ustaleń Sądu wynikało, że prace przy obiekcie zostały rozpoczęte w dniu 17 listopada 2009 roku. Z uwagi na złe warunki pogodowe roboty na budowie zostały przerwane w dniu 14 grudnia 2009 roku.

W dniu 9 lutego 2010 roku, strony zawarły aneks nr (...), w którym termin wykonania umowy przesunięto na dzień 31 lipca 2011 roku. Następnie prace wznowiono w dniu 30 kwietnia 2010 roku i trwały one do 1 grudnia 2010 roku, po czym ponownie je przerwano z uwagi na okres zimowy. Prace postępowały w wolnym tempie, zaś na placu budowy była mała ilość pracowników. Na datę przerwania prac na okres zimowy wykonane były jedynie fundamenty. Roboty wznowiono 10 stycznia 2011 roku, jednakże w trakcie wykonywania robót zaistniały pewne przeszkody, a mianowicie powódka poinformowała projektanta o braku dostępności blach przewidzianych w projekcie dachu. W odpowiedzi na powyższe, projektant pismem z dnia 11 lutego 2011 roku poinformował powódkę o konieczności zmiany parametrów zadaszeń łukowych i zapowiedział dokonanie zmian typów blach trapezowych wydanych na rysunkach K – 20 i L – 21 w projekcie branży konstrukcyjnej. Wskazał, że po ostatecznej weryfikacji wyników obliczeń statycznych firma (...) dostarczy rysunki zamienne blach, w związku z czym prosił o wstrzymanie zamówienia dotychczas zaprojektowanych blach poszycia łukowego.

W związku z powyższym Zakład (...), E. R. pismem z dnia 17 marca 2011 roku poinformowała pozwaną o piśmie projektanta oraz wystąpiła o przedłużenie terminu wykonania inwestycji do dnia 30 września 2011 roku.

Gmina S. wyraziła zgodę na zmianę koloru blachy, nie zgadzając się jednocześnie na zwiększenie kosztów budowy inwestycji oraz na wydłużenie terminu wykonania robót, gdyż zmiana zadaszeń łukowych nie ma wpływu na konieczność zmiany uzyskanego pozwolenia na budowę.

W dniu 29 lipca 2011 roku pozwana widząc słaby postęp prac na budowie, zwróciła się do powódki o dokonanie zmiany zamówienia na wyposażenie hali sportowej, zaś w dniach 5 – 19 sierpnia 2011 roku wystosowała do powódki trzy pisma, w których wzywała do zwiększenia tempa robót budowlanych.

Dnia 6 października 2011 roku Gmina wyznaczyła powódce ostateczny termin zakończenia prac do dnia 31 października 2011 roku. Jednocześnie złożyła oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w kwocie 927.962 złotych przysługującej Gminie S. wobec powódki z wierzytelnością wynikającą z faktury VAT nr (...) w wysokości 412.714,57 złotych.

W dniu 7 grudnia 2011 roku powódka zawiadomiła pozwaną, że w dniu 30 listopada 2011 roku zostały zakończone roboty na budowie hali sportowej przy Szkole Podstawowej w S. i zgłosiła obiekt do odbioru końcowego. Odbiór końcowy odbył się w dniu 19 grudnia 2011 roku.

Ostatecznie pozwana potrąciła swoje wierzytelności z tytułu kar umownych z wierzytelnością powoda o zapłatę części wynagrodzenia wynikającego z faktur VAT nr (...).

Oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Sąd uznał powództwo za częściowo zasadne. Wskazał, że spór w niniejszej sprawie sprowadzał się do tego czy przekroczenie terminu zakończenia robót budowlanych było spowodowane okolicznościami, za które powódka nie ponosi odpowiedzialności oraz związanym z tym uprawnieniem pozwanej do naliczenia kar umownych.

Podkreślił, że skoro do oddania prac doszło dopiero w dniu 19 grudnia 2011 roku, to pozwana była uprawniona do naliczenia kary umownej stosownie do treści § 12 ust. 1 umowy. W ocenie Sądu powódka nie wykazała istnienia przyczyn, które usprawiedliwiałyby przesunięcie terminu oddania przedmiotu umowy.

Zasadniczą przyczyną opóźnienia w wykonaniu umowy łączącej strony było złe zorganizowanie frontu robót, za co odpowiedzialność ponosi wyłącznie powódka. Zwrócił uwagę, że sposób prowadzenia prac (niedostateczna liczba robotników na budowie, przestoje) nie pozwalał na ich sprawne wykonywanie. Sąd Okręgowy uznał za bezzasadny podnoszony przez powódkę argument, że przyczyną małej liczby robotników na placu budowy był fakt opóźnień w płatnościach ze strony pozwanej. Dodał, że okoliczność opóźnień nie była kwestionowana, nadto w pierwszym okresie umowy faktury za wykonane roboty były opłacane terminowo, a mimo to nie było widać postępu w pracach. Podkreślił, że powódka jako profesjonalista, podejmując się wykonawstwa tego typu obiektu powinna zabezpieczyć środki na prowadzenie budowy. Na uwzględnienie nie zasługiwał także argument, że przyczyną opóźnienia zakończenia umowy, była kwestia związana z koniecznością przeprojektowania dachu hali. Przede wszystkim rzekoma konieczność zmiany projektu zaistniała w końcowym okresie trwania umowy, kiedy opóźnienia były już znaczne. Uznał, że gdyby strona powodowa wykonywała prace w należyтым tempie od początku obowiązywania umowy, to nawet podnoszona przez nią okoliczność zmiany dachu nie wpłynęłaby na możliwość terminowego zakończenia zobowiązania. Umowa łącząca strony została zawarta 30 września 2009 roku, zaś wydłużony termin jej wykonania do 31 lipca 2011 roku był odpowiedni, nawet przy założeniu pewnych trudności, czy też przestojów w jej realizacji.

Odnosząc się do wskazywanej przez powódkę przyczyny przesunięcia terminu zakończenia robót budowlanych z uwagi na zmiany przepisów wprowadzających nowe normy budowlane, to nowe Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 10 grudnia 2010 roku zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z dnia 20 grudnia 2010 roku) nie pociągało za sobą konieczności stosowania nowych przepisów w sytuacjach, gdy przed dniem jego wejścia w życie został złożony wniosek o pozwolenie na budowę lub odrębny wniosek o zatwierdzenie projektu budowlanego i wnioski te zostały opracowane na podstawie dotychczasowych przepisów (§ 2 rozporządzenia). Dodał, że nowe regulacje weszły w życie 20 marca 2011 roku, natomiast powódka jeszcze przed tym faktem informowała pozwaną o konieczności przeprojektowania dachu tak, aby odpowiadał nowym przepisom. Ponadto spółka miała obowiązek zorientowania się w dostępności materiałów i złożenia zamówienia z takim wyprzedzeniem, by bez przeszkód można było przystąpić do wykonania dachu.

Zdaniem Sądu nie sposób uznać, aby pozwana w sposób dorozumiany wydłużyła termin wykonania umowy poprzez zmianę wyposażenia hali gimnastycznej na dwa dni przed upływem terminu do zakończenia prac. Zwrócił uwagę, że w piśmie wyznaczającym ostateczny termin na wykonanie umowy do dnia 31 października 2011 roku, dokonano jednocześnie naliczenia kar umownych za nieterminowe wykonanie umowy.

Podkreślił, że umowa łącząca strony została zawarta w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. 2010 Nr 113 poz. 759), natomiast zgodnie z art. 139 ust. 2 tej ustawy, umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Natomiast zarówno przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również przepisy kodeksu cywilnego nie

zawierają instrumentów prawnych, które wbrew woli jednej ze stron pozwalałyby na dokonanie zmian umowy – nawet w przypadkach, gdy określona zmiana umowy przewidziana została w jej treści. Dodał, że nawet gdyby dopuszczalna była taka zmiana umowy na jaką wskazywała powódka, to na dzień 29 lipca 2011 roku trwały jeszcze prace budowlane. Tym samym zmiana wyposażenia hali sportowej w żaden sposób nie przyczyniła się do przekroczenia przez powoda terminu wykonania umowy.

Powyższe okoliczności wskazują, że opóźnienie w realizacji umowy było związane z okolicznościami zawinionymi przez powódkę. Zdaniem Sądu naliczenie kar umownych za opóźnienia w prowadzeniu prac budowlanych było jak najbardziej prawidłowe. Nie budziła wątpliwości także ich wysokość, która wynikała z łączącej strony umowy. Jednocześnie Sąd nie dopatrył się podstaw do miarkowania kary umownej (art. 484 § 2 k.c.). Wskazał, że wysokość szkody poniesionej przez pozwaną lub nawet jej brak nie stanowi samodzielnej podstawy do miarkowania kary umownej. Zwrócił uwagę, że wysokość kary umownej stanowi około 1/3 należnego wynagrodzenia, a zatem też nie można uznać, że jest rażąco wygórowana. Dodał, że w niniejszej sprawie kara umowna dotyczyła nieterminowego wykonania umowy, zaś w takim przypadku jej miarkowanie z uwagi na całkowite wykonanie umowy podlega wzmocnionym rygorom.

Zdaniem Sądu w niniejszej sprawie niewątpliwie szkoda wystąpiła, a polegała ona na niemożności korzystania przez uczniów szkoły podstawowej przez określony czas z nowoczesnej hali sportowej. Wprawdzie ustalenie jej wysokości jest nader trudne, niemniej jednak przewidziana kara umowna jest substratem tej szkody, bez konieczności dowodzenia jej wysokości. Tym bardziej, że powódka zawierając umowę wyraziła zgodę na tak ustaloną wysokość kary umownej.

Z uwagi na fakt, że wysokość kar umownych przewyższała należność za niezapłacone faktury, powództwo w tym zakresie podlegało oddaleniu.

Za zasadne w okolicznościach niniejszej sprawy Sąd uznał żądanie zasądzenia odsetek od kwot, na które opiewały faktury wystawione za roboty częściowe. Z dołączonych do akt sprawy dokumentów w postaci kserokopii faktur oraz wydruków z rachunku bankowego powódki potwierdzających termin dokonania zapłaty przez pozwaną wynika, że faktycznie faktury były opłacane z kilkudniowym opóźnieniem w stosunku do terminu wynikającego z umowy, której to okoliczności Gmina nie kwestionowała.

O kosztach procesu Sąd I instancji orzekł w oparciu o art. 100 zd. 2 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wniosła powódka, która zaskarżając go w części tj. w zakresie pkt II i III zarzuciła naruszenie prawa materialnego, a w szczególności art. 471 k.c. w zw. z art. 363 k.c., art. 484 § 2 k.c. oraz norm prawa procesowego tj. art. 233 § 1 k.p.c., art. 328 § 2 k.p.c. i art. 232 k.p.c.

Wskazując na powyższe wносиła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki kwoty 916.833,37 złotych wraz z odsetkami w wysokości ustawowej liczonymi od kwoty 412.714,57 złotych od dnia 10 września 2011 roku do dnia zapłaty oraz od kwoty 504.118,80 złotych od dnia 14 listopada 2011 roku do dnia zapłaty oraz o zasądzenie na jej rzecz kosztów procesu w I i II instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwana w odpowiedzi na apelację wносиła o jej oddalenie oraz o zasądzenie od powódki na jej rzecz kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:

Apelacja powódki zasługiwała na częściowe uwzględnienie.

Do bezspornych w sprawie niniejszej należały okoliczności dotyczące zawartej między stronami w dniu 20 października 2009 roku umowy o roboty budowlane, w tym trybu jej zawarcia, przedmiotu, sposobu rozliczenia

wykonanych prac, rodzaju wynagrodzenia oraz ustalenia terminu jej realizacji, w tym aneksowanego na datę 31 lipca 2011 roku.

Z bezspornych ustaleń Sądu pierwszej instancji wynikało także, iż wobec przedłużających się prac pozwana wyznaczyła powodowi ostateczny termin ich zakończenia do dnia 31 października 2011 roku, składając jednocześnie oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w kwocie 927.962.00 złotych przysługującej Gminie wobec powoda z wierzytelnością wynikającą z faktury VAT nr (...) w wysokości 412 714, 57 złotych. O zakończeniu prac w dniu 30.11.2011 roku powód zawiadomił pozwaną, w dniu 7 grudnia 2011 roku, zaś końcowy ich odbiór nastąpił w dacie 19 grudnia 2011 roku.

W toku procesu pozwana podniosła zarzut potrącenia wierzytelności dochodzonej pozwem z wierzytelnością jej przysługującą z tytułu kar umownych (k. 340 in.), zaś powódka dochodząc zapłaty z dwóch faktur, w odpowiedzi na ten zarzut wniosła o ich ewentualne miarkowanie (k. 382- 387), podkreślając brak po swojej stronie zawinionych przyczyn wydłużonego czasu realizacji inwestycji, a wynikających de facto z konieczności zmiany projektu wykonawczego zadaszń łukowych, zastosowania innego typu blach trapezowych niż pierwotnie przewidzianych w projekcie, wreszcie zmiany wyposażenia hali sportowej z inicjatywy pozwanej.

Zgodnie z treścią art. 483 §1 kc kara umowna może być zastrzeżona w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej, jak wskazywał na to słusznie Sąd I- szej instancji pokrywa się w pełni z zakresem odpowiedzialności kontraktowej dłużnika wynikającym z art. 471 kc. Stosownie do treści tego przepisu oraz art. 472 kc dłużnik może podjąć obronę przed zapłatą kary umownej w drodze zarzutu, iż wykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności on nie ponosi. Dłużnik może też w umowie przyjąć odpowiedzialność także z powodu oznaczonych i niezawinionych przez siebie okoliczności, na podstawie art. 473 §1 kc, na co słusznie wskazywała z kolei pozwana w odpowiedzi na apelację.

W przedmiotowej sprawie w treści §12 ust. 1 umowy strony zastrzegły, iż wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w przypadku przekroczenia terminu wykonania przedmiotu umowy w wysokości 0,5 % wynagrodzenia umownego brutto, określonego w §6 umowy, za każdy dzień opóźnienia. Notabene określone w §6 umowy wynagrodzenie kosztorysowe brutto, to kwota 3.042.499,50 zł, w tym 22 % podatek VAT, co stanowiło kwotę 548.647,45 zł (dowód z k. 99- 107 akt sprawy).

W §12 ust. 4 strony umówiły się też, że jeżeli kary umowne nie pokryją poniesionej przez zamawiającego szkody, to może on dochodzić odszkodowania uzupełniającego.

W §12 ust. 3 zamawiający zastrzegł sobie prawo potrącenia kwot z tytułu naliczenia kar umownych z należnego wykonawcy wynagrodzenia, co też zresztą pozwana dokonała na podstawie not księgowych nr (...), oświadczeń wójta Gminy S. z dnia 6.10.2011 r., 24.11.2011 roku i 1.02.2012 roku w odniesieniu do wierzytelności powoda o zapłatę części wynagrodzenia wynikającego z faktur VAT nr (...) (dowód z k. 357, 378- 380, 426- 431 akt sprawy).

Zapisy umowy z §12 w ocenie Sądu Apelacyjnego wskazywały, iż powód w istocie jako wykonawca ponosi odpowiedzialność już za sam fakt powstałego opóźnienia bez względu na przyczynę i tym samym roszczenie o zapłatę kary umownej, które przybrało w tym postępowaniu formę procesowego zarzutu potrącenia także pozostawało w związku z samym tylko faktem opóźnienia bez względu na przyczyny tegoż opóźnienia.

Na ten rodzaj odpowiedzialności z tytułu opóźnienia i przesłankę roszczenia o zapłatę kary umownej bezsprzecznie strony się umówiły, na co słusznie zwracała uwagę pozwana, wskazując na zapisy całego §12 umowy, w tym zapisy z ust. 2, regulujące odmiennie zasady odpowiedzialności i przesłanki do naliczania kar umownych w przypadku odstąpienia od umowy (k. 104). A skoro strony w § 12 ust. 1 umówiły się tak, jak to wskazywał Sąd Apelacyjny na wstępie, to miała rację też pozwana, iż w takim przypadku powód nie był uprawniony do podnoszenia zarzutu w odpowiedzi na dokonane potrącenie, iż jego niewątpliwe w okolicznościach tej sprawy opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy powstało na skutek okoliczności, za które, jako wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

Niemniej, podnoszone przez powoda w pozwie oraz w toku całego procesu okoliczności, z powodu których doszło do opóźnienia, stanowiły w ocenie Sądu Apelacyjnego podstawę do rozważenia zasadności miarkowania naliczonych i potrąconych przez Gminę kar umownych.

Do tych okoliczności należała na pewno artykułowana przede wszystkim potrzeba sporządzenia nowego projektu zamiennego na wykonanie zadania zarówno związanego z brakiem dostępności blachy trapezowej o parametrach wcześniej przyjętych oraz w wybranym przez inwestora kolorem, jak też w związku z nowym Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 10 grudnia 2010 roku zmieniającym Rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z dnia 20.12.2010 roku), które weszło w życie w dniu 20 marca 2011 roku.

Sąd I- szej instancji odnosząc się do stanu zaawansowania robót oraz stanu prawnego na dzień 20.03.2011 r., o którym była mowa wyżej uznał zasadność zmian projektu dachu hali za co najmniej dyskusyjną, aczkolwiek wskazał, iż zmiana projektu pociągała za sobą zmianę też zamówienia co do rodzaju blachy.

Jeżeli jednak się zważy na zapisy inspektora nadzoru zawarte w Dzienniku budowy (k. 127 in.), który to de facto wyraził zgodę na zmianę konstrukcji stropu, pod warunkiem dostarczenia projektu zamiennego w dacie 7.03.2011 roku, to bezsprzecznie należało przyjąć, iż Gmina nie wyrażając formalnie zgody na wydłużenie terminu inwestycji miała jednakże świadomość, że projekt zamienny i zmiana cech blachy w ramach nowego zamówienia nie wykluczają opóźnienia, z czym jako inwestor, akceptujący te zmiany musiała się liczyć, a także konkludentnie godzić (dowód z k. 95- 98 i 349 akt sprawy). Z zapisów w Dzienniku Budowy wynikało też, iż do końca czerwca 2011 roku inspektor nadzoru nie negocjował tempa robót powoda, a ich słaby postęp i brak dostatecznej ilości pracowników rejestrował dopiero w miesiącu lipcu, sierpniu, wrześniu 2011 roku (dowód z k. 134 in., z k. 354- 356), co też uznać należało za okoliczność istotną przy ocenie zasadności miarkowania kar. W świetle powyższego dowodu z dokumentu nietrafnym do końca było ustalenie przez Sąd I- szej instancji, iż zasadniczą przyczyną opóźnienia w wykonaniu łączącej strony umowy była zła od początku organizacja pracy na placu budowy obciążająca wyłącznie powoda. Jeżeli już jest mowa o niewłaściwym zorganizowaniu frontu robót, to bezsprzecznie dotyczyło to okresu związanego z końcową fazą inwestycji, zdaniem Sądu Apelacyjnego. W tym miejscu miał rację skarżący powód formułujący pod adresem Sądu I- szej instancji zasadny po części zarzut naruszenia art. 233 §1 kpc. Natomiast zarzut naruszenia art. 232 kpc wskazujący na niedopuszczenie z urzędu dowodu z opinii biegłego na okoliczności ustalenia m.in. prawidłowości zorganizowania przez powoda frontu robót, okresu niezbędnego do realizacji przedmiotowej umowy, wpływu konieczności wykonania nowego projektu i konstrukcji dachu, w ocenie Sądu Apelacyjnego w całości uznać należało za nietrafny nie tylko ze względu na celowość jego prowadzenia w świetle dostępnych sądowi pozostałych złożonych do akt dowodów zarówno osobowych jak i z dokumentów, ale też ze względu na obowiązującą w procesie cywilnym zasadę kontradiktoryjności, właściwe rozłożenie ciężaru dowodów, w tej sprawie (art. 6 kc), oraz z uwagi na przyjęte przez Sąd Apelacyjny wcześniejsze ustalenia co do zasad odpowiedzialności stron umowy i możliwych do podniesienia zarzutów. W tym też kontekście część zarzutów naruszenia art. 233 kpc utraciło swoją rację bytu.

W sprawie nie ulegało też wątpliwości, iż pozwana nie zawsze płaciła terminowo przedstawiane przez powoda faktury za wykonane częściowo prace, co pozostaje okolicznością nie budzącą wątpliwości w świetle niezaskarżonego w tym zakresie rozstrzygnięcia Sadu I- szej instancji i ta okoliczność też nie może być obojętna wśród rozważanych przy badaniu czy istnieje podstawa do miarkowania kar umownych. Mając to na uwadze, a także dalsze zarzuty apelacji odnoszące się tym razem do naruszeń prawa materialnego, stwierdzić należało, iż nie doszło do naruszenia art. 471 kc w zw. z art. 363 kc, natomiast w sprawie miało miejsce naruszenie art. 484 §2 kc.

Wskazywany przepis implikuje dwie podstawy miarkowania kary umownej, którymi są: wykonanie zobowiązania w znacznej części oraz jej rażące wygórowanie.

Sąd I- szej instancji odniósł się, co prawda do każdej z tych podstaw, z których, co do zasady należało się zgodzić tylko z jedną ich oceną, a mianowicie, iż sam fakt wykonania zobowiązania przez powoda, choć po terminie, nie mógł być traktowany jako pozbawiona wszelkiego rygoryzmu przesłanka do miarkowania kary umownej.

Sąd Apelacyjny nie zgodził się natomiast z tą oceną Sądu I- szej instancji, z której wynikało, iż wysokość kary umownej ustalonej w umowie nie była rażąco wygórowana.

Oczywistym jest, iż sama w sobie wysokość określonej stawki kary (0,5 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień opóźnienia) nie przesądza o rażącym jej wygórowaniu.

Natomiast wynikająca z tej stawki kwota 927.962 złote z tytułu należnych kar umownych za okres opóźnienia liczony w tej sprawie (61 dni- dziennie 17.955,73 zł.) wskazywała w ocenie Sądu Apelacyjnego na zachwianie relacji pomiędzy wynagrodzeniem należnym powodowi za wykonanie zobowiązania- 3.042.499,50 złotych, a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie, zgłoszoną do potrącenia. Kwota ta pochłaniałaby 1/3 część wynagrodzenia powoda. Należało zatem podzielić w całości argumentację w tej mierze zaprezentowaną przez skarżącego w apelacji i dokonać zmiany zaskarżonego orzeczenia poprzez uwzględnienie żądania powoda zapłaty za wykonane zobowiązanie w takim zakresie, w jakim wynikało to z rachunku miarkowania kary umownej.

I tak Sąd Apelacyjny w okolicznościach tej sprawy uznał słusznie ustaleniu, iż kara umowna powinna być zmiarkowana do poziomu odpowiadającego 0,3 % za każdy dzień opóźnienia, co stanowiło kwotę 556.777,40 zł. ($3.042.499,50 \times 61 \text{ dni} \times 0,3 \% = 556.777,40 \text{ zł.}$).

W związku z czym zgłoszone żądanie zapłaty przez powoda, w kwocie łącznej 916.833,37 złotych (z dwóch faktur) należało pomniejszyć o kwotę wyliczonej wyżej kary umownej, co prowadziło po pierwsze do uznania wierzytelności powoda z pierwszej faktury w całości i w części z drugiej z wierzytelnością pozwanej, po drugie- do zasądzenia na jego rzecz kwoty 360.055,97 złotych ($916.833,37 - 556.777,40 \text{ zł} = 360.055,97 \text{ zł.}$).

Należne od zasądzonej kwoty odsetki Sąd Apelacyjny przyjął na datę doręczenia odpisu pozwu pozwanej- tj. 21.03.2012 roku (w sprawie bowiem wezwanie do zapłaty z dnia 18.11.2011 roku nie zostało opatrzone dowodem odbioru wezwania przez pozwaną). Konsekwencją dokonanej zmiany wyroku w pkt. II było odpowiednie rozstrzygnięcie o kosztach procesu za I i II instancję stosownie do zakresu wygranej sprawy.

Orzeczono zatem jak w sentencji na podstawie art. 386 §1 kpc, art. 385 kpc i art. 100 kpc w zw. z art. 108 §1 kpc.