

Sygn. Akt I ACa 39/12

Sygn. Akt I ACa 39/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 września 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Edyta Jefimko (spr.)

Sędziowie: SA Barbara Trębska

SO del. Robert Obrębski

Protokolant: st. sekr. sąd. Marta Rudnik

po rozpoznaniu w dniu 24 sierpnia 2012 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. i K. C. de I., P. y O., S.L. z siedzibą w M.(...))

przeciwko Skarbowi Państwa reprezentowanemu przez G. A.

o zapłatę

na skutek apelacji powodów

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 7 października 2011 r.

sygn. akt I C 294/11

1. zmienia zaskarżony wyrok:

- w punkcie 1 (pierwszym) w ten tylko sposób, że zasądza od Skarbu Państwa reprezentowanego przez G. A. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. i K. C. de I., P. y O., S.L. z siedzibą w M. (...)) kwoty po 84.676,80 zł (osiemdziesiąt cztery tysiące sześćset siedemdziesiąt sześć złotych osiemdziesiąt groszy) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 2 września 2010 r. do dnia zapłaty;

- w punkcie 2 (drugim) w ten sposób, że zasądza od Skarbu Państwa reprezentowanego przez G. A. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. i K. C. de I., P. y O., S.L. z siedzibą w M. (...)) kwoty po 6.174 zł (sześć tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote) tytułem zwrotu kosztów procesu;

2. oddala apelację w pozostałej części;

3. zasądza od Skarbu Państwa reprezentowanego przez G. K. i Autostrad na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. i K. C. de I., P. y O., S.L. z siedzibą w M. (...))

kwoty po 5.715,50 zł (pięć tysięcy siedemset piętnaście złotych pięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

I ACa 39/12

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 7 października 2011 r. wydanym w sprawie z powództwa (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. i K. C. de I., P. y O., S.L. z siedzibą w M. skierowanego przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad o zapłatę - Sąd Okręgowy w Warszawie :

I. oddalił powództwo,

II. zasądził od (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. i K. C. de I., P. y O., S.L. z siedzibą w M. solidarnie na rzecz Skarbu Państwa - Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 3600 zł z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika procesowego.

Powyższy wyrok Sąd Okręgowy wydał na podstawie następujących ustaleń faktycznych i wniosków.

Po przeprowadzeniu postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego - w dniu 30 października 2009 r. została zawarta umowa nr (...) pomiędzy pozwanym a powodowymi spółkami. Przedmiotem umowy było opracowanie dokumentacji projektowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania „(...) Centrum (...) wraz z obwodem utrzymania dla drogi ekspresowej (...) na odcinku B. - Ż. Z.". Stosownie do treści art. 1 (...) pkt 1 powódki (wykonawca) zobowiązały się do wykonania w ramach przedmiotowej umowy usług w postaci opracowań projektowych dla centrum zarządzania i sterowania tunelami. Zgodnie z art. 6a ust. 1a umowy opracowanie dokumentacji miało nastąpić w okresie 6 miesięcy od podpisania umowy, czyli do dnia 30 kwietnia 2010 r. W dniu 29 kwietnia 2010 r. powódki złożyły jedno z opracowań, tzw. Koncepcję Programową. Pismem z dnia 19 maja 2010 r. pozwany przesłał powódkom sugestie i uwagi do tego dokumentu. W dniu 1 czerwca 2010 r. strona powodowa ustosunkowała się do sugestii pozwanego, informując, że nieścisłości i braki w złożonej Koncepcji Programowej zostaną uzupełnione. W dniu 28 czerwca 2010 r. do siedziby pozwanego wpłynęło pismo opatrzone datą 25 czerwca 2010 r., z którego wynika, że wykonawcy załączyli Koncepcję Programową "wersję 2", następnie zaakceptowaną przez zamawiającego. Na podstawie wskazanej umowy powodowe spółki zostały zobligowane także do wykonania opracowań geologicznych następujących elementów tabeli opracowań projektowych: 1. Projekt prac geologicznych i hydrologicznych, 2. Dokumentacja geologiczno inżynierska; 3. Geotechniczne warunki posadowienia obiektów. Projekt prac geologicznych miał zostać wykonany również do dnia 30 kwietnia 2010 r. Dokumentacja nie została jednak w tym terminie przedstawiona pozwanemu. W dniu 16 lutego 2010 r. strona powodowa przekazała pozwanemu program badań geotechnicznych, do którego zostały zgłoszone uwagi. Program został skorygowany przez wykonawcę i ostatecznie zaakceptowany przez zamawiającego w dniu 26 lutego 2010 r. W dniu 7 kwietnia 2010 r. powodowe spółki wystąpiły z propozycją modyfikacji postanowień umowy w ten sposób, by zaniechać występowania o zatwierdzenie projektu prac geologicznych i hydrologicznych oraz przyjęcia dokumentacji geologiczno inżynierskiej, w zamian czego zaproponowały wykonanie planu na podstawie uzgodnionego Programu badań geotechnicznych. Pozwany nie przychylił się do tej propozycji, jednocześnie poinformował, że nie istnieje możliwość zmiany umowy, a na wykonawcy ciąży obowiązek przygotowania Projektu prac geologicznych. Dokument ten został nadesłany zamawiającemu w dniu 2 czerwca 2010 r. Pozwany w dniu 8 czerwca 2010 r. zgłosił uwagi końcowe do przedmiotowego projektu. Pismem datowanym na dzień 18 czerwca 2010 r. został poinformowany, że przedmiotowy projekt skierowano do Starostwa Powiatowego w Ż., w celu jego zatwierdzenia. Cenę za wykonanie usług będących przedmiotem umowy określono na kwotę 4 980 528 zł brutto (artykuł 4 umowy). W artykule 19 ust. 1 pkt 1 umowy strony postanowiły, że wykonawca zapłaci zamawiającemu za niedotrzymanie terminu wykonania jakiegokolwiek opracowania projektowego z przyczyn zależnych od wykonawcy, karę umowną w wysokości 0,1 % wynagrodzenia netto, wynoszącego 2 870 400 zł netto (artykuł 4.1 ust. 1) za każdy dzień zwłoki. W dniu 1 września 2010 r. pozwany Skarb Państwa poinformował powódki, że została naliczona kara umowna z tytułu zwłoki w dostarczeniu Koncepcji Programowej za okres od dnia 1 maja

2010 r. do dnia 28 czerwca 2010 r., co stanowi kwotę 240 861 zł 60gr. Pismem z dnia 27 września 2010 r. wysokość kary umownej została skorygowana na kwotę 169 353 zł 60 gr. W dniu 22 września 2010 r. zamawiający poinformował wykonawcę o naliczeniu kary umownej za niedotrzymanie terminu złożenia Projektu prac geologicznych, w wysokości 110 224 zł 80 gr. Wysokość tej kary została skorygowana w piśmie z dnia 27 września 2010 r. na kwotę 77 500 zł 80 gr.

Pozwem z dnia 23 marca 2011 r. powódki wniosły o zasądzenie na swoją rzecz od pozwanego sumy 174 605 zł 60 gr. , na którą składały się kwoty: 169 359 zł 60 gr. wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 27 sierpnia 2010 r. do dnia zapłaty i 5 246 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 27 sierpnia 2010 r. do dnia zapłaty, a ponadto o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych. W uzasadnieniu pozwu wskazały , iż dochodzona kwota stanowi wartość bezpodstawnie naliczonych i potrąconych z należnego im wynagrodzenia kar umownych . Sąd Okręgowy oddalił powództwo w całości. W przypadku zastrzeżenia kary umownej, obowiązek strony dochodzącej jej zapłaty ogranicza się właściwie tylko do udowodnienia, że rzeczywiście wystąpiło zdarzenie będące podstawą obowiązku uiszczenia kary oraz, że okoliczność taka była objęta zapisem o karze umownej. Bez znaczenia jest przy tym fakt , dlaczego dłużnik nie spełnił swego zobowiązania objętego karą umowną. Sporną pomiędzy stronami była okoliczność , czy zaistniało zdarzenie skutkujące powstaniem zwłoki w wykonaniu zobowiązania po stronie powódek . (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. i K. C. de I., P. y O., S.L. z siedzibą w M. wywodziły, iż nie było żadnych podstaw do naliczenia kary umownej, gdyż zobowiązania wynikające z umowy, zostały wykonane w terminie i w sposób rzetelny. Analiza zebranych w sprawie dowodów prowadzi jednak do wniosku, iż powódki nie wykonały nałożonego na nie umową obowiązku tj. nie złożyły w terminie Koncepcji Programowej. Dokumentacja przedłożona w dniu 29 kwietnia 2010 r. wymagała doprecyzowania i korekty , co skutkowało wniesieniem już kompletnego opracowania dopiero w dniu 28 czerwca 2010 r. Zgodnie z art. 7 ust. 2 umowy terminami wykonania usług były terminy przekazania opracowań projektowych do odbioru częściowego lub końcowego, co z kolei prowadzi do wniosku, iż wykonawca był zobligowany do kompletnego opracowania dokumentacji. Niewykonanie umowy w terminie dotyczyło również przedstawienia Projektu prac geologicznych i hydrologicznych . Wprawdzie strony do końca kwietnia 2010 r. dokonywały analiz , ale w stosunku do Programu badań geologicznych, który miały być podstawą wykonania Projektu prac geologicznych. Stosownie do treści art. 476 k.c. na dłużniku , który nie spełnił swojego świadczenia w terminie każdorazowo ciąży obowiązek wykazania, że uchybienie terminowi nastąpiło z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności. Rzeczą wierzyciela jest tylko wykazanie, iż termin wykonania zobowiązania upłynął bezskutecznie. Wykonawca nie wykazał by uchybienie terminowi wykonania świadczenia nastąpiło z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności i dlatego naliczenie oraz potrącenie kar umownych było zasadne.

Apelację od powyższego wyroku złożyły powódki, zaskarżając go w całości na podstawie następujących zarzutów :

- 1.naruszenia prawa materialnego w postaci art. 476 k.c. w wyniku jego niewłaściwego zastosowania poprzez uznanie, że powódki dopuściły się zwłoki z uwagi na nieterminowe wykonanie obowiązku nałożonego umową,
- 2.sprzeczności istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego na skutek naruszenia art. 233 k.p.c. w wyniku pominięcia dowodu z zeznań świadka M. Ł..

W oparciu o powyższe zarzuty apelujące wniosły o:

- zmianę zaskarżonego orzeczenia w całości i zasądzenie od pozwanego na rzecz powódek kwoty dochodzonej pozwem wraz z kosztami zastępstwa procesowego za obie instancje, ewentualnie o:
- uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje :

Apelację należy uznać za częściowo uzasadnioną .

Sąd drugiej instancji jako instancja nie tylko kontrolna, lecz także merytoryczna, jest nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany, niezależnie od zarzutów apelacji, do rozważenia na nowo całego zebranego w sprawie materiału dowodowego i dokonania jego własnej oceny prawnej. W razie dostrzeżenia błędów powinien naprawić wszystkie stwierdzone naruszenia prawa materialnego popełnione przez sąd pierwszej instancji, bez względu na to, czy zostały wytknięte w apelacji (por. uchwała siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008/6/55 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2010 r., II PK 346/09, Lex nr 603423).

Sąd Okręgowy w sposób prawidłowy ustalił treść umowy z dnia 30 października 2009 r. , natomiast dokonując jej wykładni naruszył art. 65§ 2 k.c. Ustalenie treści oświadczenia woli stron należy do ustaleń faktycznych. Natomiast wykładnia oświadczenia woli to zagadnienie prawne. Odbywa się na podstawie art. 65 k.c. i podlega kontroli sądu odwoławczego , gdyż błędy w tym zakresie stanowią naruszenie przepisów prawa materialnego przez błędną ich wykładnię (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2006 r., II CSK 30/06, Lex 196599). Umowa , łącząca strony, została zawarta na piśmie, a sposób jej zawarcia (udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego) świadczy, iż to pozwany decydował o jej redakcji. Jeżeli umowa została zawarta na piśmie, wykładnia nie może pomijać jej zwerbalizowanej treści ani prowadzić do wyników z nią sprzecznych. Napisane sformułowania i pojęcia a także sama systematyka i struktura aktu umowy są bowiem jednym z istotnych wykładników woli stron, które powinny rozumieć tekst umowy zgodnie z zasadami składniowymi i znaczeniowymi języka, w którym ten dokument został sporządzony. Interpretując umowę na podstawie reguł językowych należy brać pod uwagę nie tylko kontrowersyjny fragment tekstu, lecz także inne związane z nim postanowienia umowy, czyli tzw. kontekst językowy. Nie można dokonać w ramach wykładni (art. 65 k.c.) takiego "przekształcenia" umowy, które stworzyłoby nową, odmienną umowę, o zupełnie innej relacji między stronami, w treści której powstałyby inne prawa i obowiązki stron , przy czym wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zredagowała umowę (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2012 r., III CSK 179/11, Lex nr 1165079 i z dnia 16 listopada 2011 r., V CSK 528/10, Lex nr 1096049).

Strona pozwana jako zamawiający naliczyła powódkom jako wykonawcy na podstawie art. 19 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 4 ust. 1 pkt 1 karę umowną w wysokości 169 353 zł 60 gr. za niedotrzymanie terminu wykonania Koncepcji programowej. O zakresie zastosowania kar umownych rozstrzyga treść dokonanego przez strony zastrzeżenia. Zarówno samo zastrzeżenie kary umownej, jak i szczegółowe jej uregulowania zależą od umownego uznania i ułożenia przez strony w ramach swobody umów ustanowionej w art. 353¹ k.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 20011 r., I CSK 315/10, Lex nr 784898). W art. 19 ust. 1 pkt 1 umowy strony zastrzegły karę umowną , którą miał zapłacić wykonawca za niedotrzymanie terminu wykonania jakiegokolwiek opracowania projektowego z przyczyn od niego zależnych, w wysokości 0,1 % wynagrodzenia netto ,o którym mowa w art. 4 ust. 1 pkt 1, za każdy dzień zwłoki . Natomiast art. 19 ust. 1 pkt 3 umowy przewidywał karę umowną, którą miał zapłacić wykonawca w przypadku odmowy przez zamawiającego odbioru jakiegokolwiek opracowania projektowego z przyczyn zależnych od wykonawcy , w wysokości 0,1% wynagrodzenia netto za to opracowanie, za każdy dzień liczony od dnia ponownego złożenia opracowania projektu do odbioru. Nie była sporna pomiędzy stronami okoliczność , że termin do złożenia Koncepcji programowej upływał w dniu 30 kwietnia 2010 r., natomiast dokument ten przedstawiono do odbioru w dniu 29 kwietnia 2010 r. Zgodnie z treścią art. 7 ust. 2 za terminy wykonania usług strony uznały terminy przekazania opracowań projektowych do odbioru częściowego lub końcowego. Rację mają apelujące , iż w ustalonym terminie Koncepcja programowa została złożona do odbioru. W umowie nie wprowadzono odmiennych regulacji , dotyczących terminów wykonania , w przypadku gdy usługa w postaci opracowania projektowego wprawdzie zostanie wykonana w uzgodnionym terminie, ale w sposób nienależyty . W takiej sytuacji zamawiający miał prawo odmowy dokonania odbioru usługi , nie był sporządzany protokół jej przyjęcia , a jego przedstawiciele przekazywali wykonawcy podpisane przez siebie oświadczenie ze wskazaniem zastrzeżeń (art. 11 ust. 3). Kontrahenci nie zawarli w umowie żadnych postanowień , dotyczących terminów zarówno do zgłoszenia zastrzeżeń , jak również do ponownego złożenia opracowania do odbioru. Zastrzeżenia do przekazanej w dniu 29 kwietnia 2010 r. Koncepcji programowej zamawiający złożył w piśmie z dnia 19 maja 2010 r. k- 87- 91 .Zauważyć należy, iż nie miały one charakteru kategoriycznego , gdyż były to „uwagi oraz sugestie celem ustosunkowania się bądź wprowadzenia” oraz złożenia uzupełnionego opracowania do „ostatecznej akceptacji”. Zamawiający nie określił wykonawcy żadnego terminu na założenie takiego dokumentu.

Wykonawca przedstawił Koncepcję programową wersję 2 w dniu 28 czerwca 2010 r. k- 92 i została ona odebrana. Pozwany w toku procesu podnosił, iż uznanie, że złożenie w terminie nawet wadliwej dokumentacji, stanowi wykonanie usługi w rozumieniu art. 7 ust. 2 umowy, mogłoby skutkować podejmowaniem przez wykonawcę działań pozornych (złożenie jakiegokolwiek dokumentacji nawet nie odpowiadającej kryteriom wskazanym w umowie), w celu uniknięcia naliczenia kar umownych. Wskazać należy, iż w okolicznościach rozpoznawanej sprawy sytuacja taka nie zaistniała, o czym świadczy fakt, że Koncepcja programowa wersja 1 zyskała wstępną akceptację zamawiającego, a zgłoszone uwagi nie miały kategorię charakteru. Gdyby zgodnym zamiarem stron było wprowadzenie do umowy zastrzeżenia, że naliczanie kar umownych dotyczy każdego przypadku niedotrzymania terminu wykonania jakiegokolwiek opracowania z przyczyn zależnych od wykonawcy, to zbędnym byłoby wprowadzenie odrębnego zastrzeżenia na wypadek odmowy odbioru takiego dokumentu. Ponadto ustalono odmienny mechanizm naliczania kar: w art. 19 ust. 1 pkt 1 w wysokości 0,1% wynagrodzenia netto o którym mowa w art. 4 ust. 1 pkt 1 (a więc od pełnej kwoty wynagrodzenia za wykonanie wszystkich opracowań projektowych), za każdy dzień zwłoki, czyli od dnia naruszenia terminu wykonania, a w art. 19 ust. 1 pkt 3 w wysokości 0,1% wynagrodzenia netto za konkretne opracowanie, którego odbioru odmówiono, za każdy dzień liczony, ale nie od dnia niedochowania terminu, tylko od dnia ponownego złożenia opracowania projektu do odbioru. Kontrahenci różnicowali więc możliwość oraz wysokość obciążenia wykonawcy karami umownymi preferując sytuację, gdy w terminie opracowanie zostanie złożone, nawet nienależycie wykonane (co powodowało wdrożenie swoistego trybu usunięcia wad przewidzianego w art. 11 ust. 3), od przypadku gdy wykonawca w ogóle nie dotrzymał terminu. W tej sytuacji brak było podstaw do obciążenia wykonawcy karą umowną w wysokości 169 353 zł 60 gr. (w treści pozwu pozwany błędnie podał, iż kara ta wynosiła 169 359 zł 60 gr.) i potrącenia jej z należnym powódkiem wynagrodzeniem za wykonaniem umowy (udokumentowanym fakturą VAT nr (...) r.). Wobec bezzasadności potrącenia powódki mają roszczenie o zapłatę wynagrodzenia w kwocie 169 353 zł 60 gr. W pozwie żądały zasądzenia na ich rzecz kwoty 169 359 zł 60 gr. z ustawowymi odsetkami od dnia 27 sierpnia 2010 r. Zgodnie z art. 15 ust. 1 wynagrodzenie za odebranie opracowania było płatne na podstawie zatwierdzonej faktury VAT. W aktach sprawy nie ma takiej faktury, lecz należy uznać, iż została ona złożona zamawiającemu przed dniem 2 września 2010 r., a wskazana w niej wierzytelność była już tego dnia wymagalna, ponieważ w dniu 2 września 2010 r. pozwany wystawił wykonawcy notę informującą o naliczeniu kary umownej i potrąceniu jej z „faktury VAT nr (...)”. Dlatego termin do naliczenia odsetek za opóźnienie (art. 481§ 1 k.c. w zw. z art. 455 k.c.) rozpoczął bieg w dniu 2 września 2010 r.

Uznając apelację za częściowo uzasadnioną Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386§ 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym w ten tylko sposób, że zasądził od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. i K. C. de I., P. y O., S.L. z siedzibą w M. kwoty po 84 676 zł 80 gr. wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 2 września 2020 r. do dnia zapłaty. Ponieważ brak było podstaw do przyjęcia, iż zachodzi solidarność wierzycieli (solidarność czynna nie wynikała ex lege, jak również strony stosunku zobowiązaniowego jej nie zastrzegły w umowie) kwotę 169 353 zł 60 gr. zasądzono na rzecz powódek od pozwanego w częściach równych (art. 379§ 1 k.c. jako świadczenie podzielne przypadające kilku wierzycielom). Zmiana zaskarżonego wyroku w zakresie rozstrzygnięcia o roszczeniu głównym spowodowała konieczność ponownego orzeczenia o kosztach procesu i zmiany punktu drugiego zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz każdej z powódek kwot po 6 174 zł. Podstawę rozliczenia tych kosztów stanowił art. 100 k.p.c. Ponieważ powództwo uwzględnione zostało w około 97%, to sąd włożył na pozwanych obowiązek zwrotu powódkom poniesionych przez nie kosztów procesu (na które składają się opłata od pozwu 8731 zł, koszty zastępstwa procesowego 3600 zł i opłata skarbową od pełnomocnictwa 17 zł) w częściach równych.

W pozostałej części apelacja na podstawie art. 385 k.p.c. została oddalona jako bezzasadna. Sąd Okręgowy trafnie ustalił, iż wykonawca nie złożył w terminie opracowania w postaci Projektu prac geologicznych i dlatego zasadnym było obciążenie go karą umowną, naliczoną na podstawie art. 19 ust. 1 pkt 1 w wysokości 77 500 zł 80 gr., która została potrącona z należnym wykonawcy w kwocie 5 246 zł wynagrodzeniem za wykonanie tego opracowania (nota obciążeniowa k- 39). Zgodnie z treścią umowy usługą wykonawcy było wykonanie Projektu prac geologicznych, a nie Programu badań geotechnicznych (który stanowił jedynie materiał wyjściowy do projektu). Z treści zeznań świadka M. Ł. (k-160-161), które nie zostały przez sąd pierwszej instancji pominięte, oraz dowodów z dokumentów

(notatka z dnia 15 stycznia 2010 r. k-32-33, pismo z dnia 7 kwietnia 2010 r. k- 36) wynika, iż toczyły się konsultacje dotyczące ewentualnej zmiany przedmiotu opracowania, a tym samym łączącej strony umowy, ale ostatecznie to nie nastąpiło. W tej sytuacji wykonawca nie był uprawniony do jednostronnego odstąpienia od wykonania projektu , o czym poinformował zamawiającego w dniu 7 kwietnia 2010 r. Powódki, wskazując w pozwie , iż naliczona kara umowna jest nadmiernie wygórowana, powołały się jedynie na dysproporcję pomiędzy jej wysokością - 77 500 zł 80 gr. , a wysokością wynagrodzenia jakie zgodnie z umową miały otrzymać za wykonanie Projektu prac geologicznych - 5 246 zł, który ostatecznie złożyły. Natomiast nie podały innych przesłanek ewentualnego obniżenia kary , jak i nie zaoferowały żadnych dowodów, celem wykazania zasadności takiego żądania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 2008 r., I CSK 421/07, Lex nr 361437). W ocenie Sądu Apelacyjnego nie zachodziły przesłanki miarkowania tej kary (art. 484§ 2 k.c.) , gdyż sam pozwany ograniczył jej wysokość odliczając okres 22 dni zwłoki, w którym analizował kwestie konieczności wykonania dokumentacji. W rezultacie karę naliczono wyłącznie za 27 dni. Nawet dokonanie miarkowania kary (gdyby zaistniały do tego podstawy) i to na poziomie 90% , z uwagi na jej wysokość , nie zmieniłoby sytuacji wykonawcy, gdyż potrącenie nadal byłoby skuteczne –doszłoby na podstawie art. 498 § 2 k.c. do umorzenia w całości wierzytelności niższej (o zapłatę wynagrodzenia w kwocie 5 246 zł).

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art.100 k.p.c. w zw. z art.108§ 1 k.p.c. i art.391§ 1 k.p.c. oraz § 12 ust.1 pkt 2 i § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U.2002r. Nr 163, poz. 1349 z póź. zm.). Ponieważ apelacja została oddalona jedynie w nieznacznej części (w około 3%), sąd obciążył stronę pozwaną obowiązkiem zwrotu skarżącym kosztów procesu w całości , tj. po 5 715 zł 50 r. (na które składają się opłata od apelacji 8731 i koszty zastępstwa prawnego w wysokości 2700)