

Sygn. akt **VI ACa 32/14**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 grudnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA – Beata Waś

Sędziowie – SA Ryszard Sarnowicz

– SA Jacek Sadowski (spr.)

Protokolant: – sekr. sądowy Mariola Frąckiewicz

po rozpoznaniu w dniu 11 grudnia 2014 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. w B., (...) S.A. w J., (...) z siedzibą w P. w Republice Czeskiej, (...) z siedzibą w B. w Niemczech, (...) S.A. z siedzibą w W., Syndyka Masy Upadłości (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej w L.

przeciwko Skarbowi Państwa - (...) w W.

o zapłatę

na skutek apelacji złożonych przez: (...) S.A. w B., (...) S.A. w J., (...) z siedzibą w P. w Republice Czeskiej, (...) z siedzibą w B. w Niemczech, (...) S.A. z siedzibą w W. oraz apelacji Syndyka Masy Upadłości (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej w L.

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 2 października 2013 r.

sygn. akt XXV C 72/12

I. oddała obie apelacje;

II. zasądza od (...) S.A. w B., (...) S.A. w J., (...) z siedzibą w P. w Republice Czeskiej, (...) z siedzibą w B. w Niemczech, (...) S.A. z siedzibą w W., Syndyka Masy Upadłości (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej w L. na rzecz Skarbu Państwa – Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa kwoty po 900 zł (dziewięćset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt VI ACa 32/14

UZASADNIENIE

Powodowie (...) S.A. z siedzibą w B., (...) S.A. w J., (...) z siedzibą w P. w Republice Czeskiej, (...) z siedzibą w B. w Niemczech, (...) S.A. z siedzibą w W. oraz syndyk masy upadłości (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej (dawniej (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L.) wnosili o zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa - (...) w W. kwoty 3.939.142,90 zł. wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 11 czerwca 2011 r. do dnia zapłaty na rzecz (...) S.A. z siedzibą w B. – lidera konsorcjum utworzonego przez powodów. Ponadto w toku procesu syndyk masy upadłości

(...) S.A. w upadłości likwidacyjnej wnosił również o zasądzenie na rzecz syndyka kwoty 561.067,19 zł, na wypadek – jak to określił, gdyby sąd uznał, że poszczególne roszczenia konsorcjantów mają charakter samodzielny .

Pozwany nie uznał powództwa i wnosił o jego oddalenie.

Wyrokiem z dnia 2 października 2013 roku Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił wniesione w tej sprawie powództwo.

Podstawą wydanego rozstrzygnięcia były następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne sądu pierwszej instancji.

Powodowe spółki utworzyły w dniu 25 września 2009 r. konsorcjum w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego budowy obwodnicy J.. W dniu 8 lutego 2010 r. powodowie tworzący konsorcjum zawarli z pozwanym umowę nr (...), której przedmiotem była budowa obwodnicy J. w ciągu drogi krajowej nr (...) J. - K.. Cały odcinek został podzielony na 5 części - A,B, C, D i E . Kwota kontraktowa została określona w umowie na 369.261.463,69 zł. Powód świadczył na rzecz pozwanego usługi objęte w/w umową opartą o wzorzec warunków kontraktowych (...). Kontrakt został ukończony w terminie kontraktowym przedłużonym do dnia 30 listopada 2012r. W dniu 14 grudnia 2012 r. inżynier kontraktu wystawił powodom Świadcstwo Przejęcia dla Robót. Kontrakt w dniu wyrokowania przez sąd pierwszej instancji nie został rozliczony i zakończony wydaniem Świadcstwa Wykonania, ponieważ znajdował się na etapie zgłaszania wad.

Wykonawca zadał 50 pytań w trybie przetargowym i na skutek tych pytań zamawiający wydłużył umowny termin wykonania kamienia milowego z 3 do 5 miesięcy oraz obniżył zakres jego procentowego wykonania z 15% do 10% wartości kontraktowej. Zgodnie z kontraktem płatności za wykonane przez Wykonawcę prace następowały na podstawie faktury VAT wystawionej przez powoda w terminie 7 dni od daty wystawienia przez Inżyniera Kontraktu Przejściowego Świadcstwa Płatności ((...)), zgodnie z klauzulą 14.6 i 14.7. Szczególnych Warunków Kontraktu ((...)). Z kolei pozwany był zobowiązany zapłacić za fakturę w terminie 49 dni od daty jej dostarczenia .Z tytułu świadczonych prac za marzec 2011 r. powód w dniu 18 kwietnia 2011 r. wystawił zgodnie z procedurą kontraktową fakturę VAT nr (...) na kwotę 8.202.795,31 złotych, którą pozwany odebrał w dniu 22 kwietnia 2011r., a zapłata miała nastąpić do dnia 10 czerwca 2011 r. Pozwany zapłacił powodowi z tej faktury tylko kwotę 4.198.033,10 złotych dokonując potrącenia kwoty 4.004.762,21 złotych z tytułu kary umownej. W dniu 13 czerwca 2011 r. pozwany przesłał powodowi oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w łącznej kwocie 4.004.762,21 złotych z tytułu naliczenia kar umownych. Jak wskazał sąd okręgowy, zgodnie z kontraktem Zamawiający mógł odliczyć kwotę kary umownej od każdej płatności należnej od Wykonawcy, a zgodnie z klauzulą 2.5 kwota ta mogła być potrącona od ceny kontraktowej i świadctw płatności. Ponadto, zgodnie z klauzulą 8.14 (...) zamiast zapłaty kary umownej z subklauzuli 8.7c Wykonawca mógł przedstawić Zamawiającemu zabezpieczenie zakończenia robót w czasie na Ukończenie w formie gwarancji bankowej na kwotę równą wysokości należnej kary. Wykonawca jednak nie złożył przedmiotowego zabezpieczenia, co upoważniało pozwanego do naliczenia kary umownej w wysokości 4.004.762,21 zł i potrącenia jej z wynagrodzeniem należnym powodowi.

Jak wskazał sąd okręgowy, podstawą naliczenia przez pozwanego kary umownej było: niewykonanie przez wykonawcę do dnia 10 sierpnia 2010 r. wymaganej minimalnej ilości wykonania (tzw. kamienia milowego) tj. robót o wartości o 36.926.146,37 zł. – wykonawca w ramach kamienia milowego wykonał roboty jedynie o wartości 32.879.428,42 zł – oraz opóźnienie w dostarczeniu zamawiającemu szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych, zgodnie z kl. 14.1 pkt D kontraktu. W pierwszy wypadku opóźnienie wyniosło 48 dni, w drugim zaś 143 dni.

Jak wskazał sąd okręgowy, powodowie tworzący konsorcjum nie zrealizowali minimalnej wymaganej ilości wykonania tzw. kamienia milowego zgodnie z umową, to jest w terminie 5 miesięcy, a więc do dnia 10 sierpnia 2010 r. Wykonawca na dzień 31 sierpnia 2010 r. wnioskował o zaliczenie do kamienia milowego robót na łączną kwotę 27.542.804,30 zł netto. Datą osiągnięcia wymagalnej Minimalnej Ilości Wykonania jest data złożenia wniosku o Przejściowe Świadcstwo Płatności za miesiąc wrzesień tj. 27 września 2010 r. Oznacza to, że powód pozostawał w zwłoce w osiągnięciu kamienia milowego przez 48 dni tj. od 11 sierpnia 2010r. do 27 września 2010 r. i został obciążony z tego tytułu karą umowną w wysokości 3.544.909, 92 PLN brutto tj. 48 dni X 73.852,29 PLN brutto. Jak podkreślił

sąd okręgowy, dla osiągnięcia kamienia milowego zostały Wykonawcy uwzględnione roboty wykonywane w okresie pomiędzy 10 sierpnia 2010r. a 31 sierpnia 2010r. i zgłoszone przez Wykonawcę w Wystąpieniu o (...) nr 4 z dnia 31.08.2010r. W kwocie tej zostały również uwzględnione koszty ogólne (z działu ogólnego przedmiaru Robót) w wysokości około 10 mln. zł. Odnosząc się do zarzutów powoda, że wykonał on znacznie więcej robót niż zgłosił na dzień wykonania kamienia milowego, sąd okręgowy wskazał, że zgodnie z Warunkami Kontraktu to Wykonawca musiał zainicjować procedurę odbioru robót i przedstawić ich obmiar. Jeżeli Wykonawca realizował jakikolwiek zakres robót to winien był zgłosić je Inżynierowi do odbioru wraz z dokumentami potwierdzającymi ilość i jakość wykonanych robót. Jeżeli więc Wykonawca nie zgłosił pewnych wykonanych robót do odbioru, to Inżynier nie miał obowiązku dokonywania jakichkolwiek innych ustaleń co do zakresu robót.

Z żadnego bowiem postanowienia Kontraktu nie wynika obowiązek działania Inżyniera z własnej inicjatywy i wszczynania procedury inwentaryzacji prac na dany dzień. Ponadto sąd okręgowy nie podzielił zarzutów strony powodowej, że nieosiągnięcie tzw. Kamienia Milowego nastąpiło na skutek okoliczności od nich niezależnych a leżących wyłącznie po stronie pozwanego. Sąd okręgowy podkreślił, że powodowie mieli pełną świadomość rozpoczęcia procesu inwestycyjnego na odcinku B i D dopiero po zakończeniu postępowania administracyjnego w sprawie nowego (...) dla projektu zamiennego. Ponadto Wykonawca opóźnił się z mobilizacją oraz miał niezgodną z kontraktem organizację pracy (np. brak dwuzmianowego trybu pracy – wykonawca w miesiącach początkowych nie wprowadził systemu pracy dwuzmianowej, pomimo istnienia takiego obowiązku wynikającego z Subklauzuli 6.5 Warunków Kontraktu). Co więcej nie podjął on żadnych działań w zakresie mobilizacji ludzi i zapewnienia dostaw materiałowych na budowę pomimo ponagleń ze strony inżyniera kontraktu i zamawiającego. Wielokrotnie występowały na budowie opóźnienia leżące wyłącznie po stronie Wykonawcy. Zgodnie z harmonogramem robót przygotowanym przez Wykonawcę wartość robót w okresie pierwszych pięciu miesięcy miała wynieść 90.104.288,70 zł. Wykonawca zrealizował w tym czasie zaledwie 1/3 robót. Jak wskazał sąd okręgowy, opóźnienie w nieosiągnięciu kamienia milowego było spowodowane okolicznościami, za które Wykonawca ponosił odpowiedzialność. Powód bowiem nie zdołał wykazać skutecznie okoliczności, które zwalniałyby jego z odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonania kamienia milowego. W ocenie sądu okręgowego powstałego po stronie powoda opóźnienia nie usprawiedliwiają przytoczone przez niego okoliczności – brak na Kontrakcie Inżyniera Kontraktu w jego początkowej fazie, niesprzyjające warunki atmosferyczne panujące na przełomie maja i czerwca 2010r. oraz brak decyzji (...) dla odcinków B i D.

Ustalając opóźnienie w zakresie przekazania przez wykonawcę szczegółowych kalkulacji cen, sąd okręgowy wskazał, że uwzględniając Datę Rozpoczęcia Robót w dniu 10 marca 2010 r., Wykonawca powinien dostarczyć wymagany dokument do dnia 7 kwietnia 2010 r. Tymczasem do dnia 17 października 2010 r. Wykonawca nie dostarczył zgodnych z wymaganiami kontraktu sporządzonych kalkulacji cen jednostkowych. Tak więc na ten dzień powód był w zwłoce 193 dni. Kara za każdy dzień zwłoki, zgodnie z Subklauzulą 8.7 (d), wynosiła kwotę 2000 PLN. Karę umowną z tego tytułu obliczono zatem jako iloczyn 93 dni X 2000 PLN = 386.000,00 PLN.

W świetle powyższych ustaleń pozwany, w ocenie sądu okręgowego, był uprawniony do naliczania kar umownych z obu tytułów i w efekcie potrącenia tej kary umownej z wynagrodzeniem należnym powodom. Stąd wniesione przez powodów powództwo o zapłatę tego wynagrodzenia jako bezzasadne podlegało oddaleniu.

Dwie apelacje od wydanego wyroku zostały złożone przez stronę powodową.

Pierwsza apelacja wniesiona została wspólnie przez powodów: (...) S.A., (...) S.A., (...), (...) oraz (...) S.A. Powodowie zaskarżyli wydany wyrok w całości i wniesli o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie od Skarbu Państwa - (...) W. na rzecz (...) S.A. kwoty 3.939.142,90 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 11 czerwca 2011 roku do dnia zapłaty. W apelacji powodów zawarte zostały następujące zarzuty:

1. naruszenie przepisów postępowania, w tym art. 233 § 1 k.p.c. i art. 227 k.p.c., przejawiające się:

(a) w dowolnie selektywnej analizie materiału dowodowego oraz orzekaniu wyłącznie na podstawie okoliczności faktycznych, odpowiadających z góry założonej linii orzeczenia, przy jednoczesnym pominięciu szeregu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia w sprawie,

(b) w ocenie materiału dowodowego w sposób całkowicie dowolny i wbrew zasadom logicznego rozumowania, skutkującej błędnymi wnioskami Sądu I Instancji co do okoliczności faktycznych wynikających z dowodów w sprawie, skutkującej niewłaściwą oceną treści praw i obowiązków stron wynikających z Kontraktu, co doprowadziło do nierozpoznania istoty sprawy przez Sąd I Instancji;

2. błędne ustalenie stanu faktycznego w sprawie, w szczególności przyjęcie, iż:

a. w dniu 1 marca 2010 roku powołano Inżyniera Kontraktu („IK”) - pana J. H.;

b. powodowie nie zgłaszali „żadnych zastrzeżeń do pracy Inżyniera Kontraktu w okresie pierwszych trzech miesięcy realizacji Kontraktu;

c. zatwierdzony w czerwcu 2010 roku harmonogram rzeczowo-finansowy zakładał rozpoczęcie robót na odcinkach B i D we wrześniu 2010 roku;

d. powodowie nie wykonywali prac przygotowawczych na odcinkach B i D przed wrześniem 2010 roku;

e. pozwany miał uwzględnić przy wyliczeniu Kamienia Milowego roboty wykonywane w okresie 11 do 31 sierpnia 2010 roku, rzekomo na skutek przedłużenia czasu realizacji Kontraktu o 20 dni ze względu na niesprzyjającą pogodę;

3. naruszenie prawa materialnego:

a. art. 471 k.c. poprzez błędną subsumcję prowadzącą do uznania, iż powodowie ponoszą odpowiedzialność za nieosiągnięcie Kamienia Milowego;

b. art. 6 k.c. poprzez błędną subsumcję prowadzącą do przyjęcia, iż pozwany udowodnił istnienie okoliczności faktycznych, uprawniających go do nałożenia na powodów karę umowną a ponadto - iż to na powodach spoczywał ciężar udowodnienia, że pozwany nienależnie dokonał potrącenia;

c. art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez błędną wykładnię oświadczeń woli stron składanych przy zawieraniu Kontraktu prowadzącą do błędnego wniosku, iż Powodowie mieli świadomość, że decyzja (...) dla odcinków B i D zostanie im udostępniona dopiero we wrześniu 2010 roku, a tym samym „Wykonawca miał świadomość odnośnie braku podstaw do anulowania kary umownej z tytułu nie osiągnięcia kamienia milowego w sytuacji dochowania czasu na ukończenie”;

d. art. 484 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie pomimo, iż Powodowie wykazali przesłanki miarkowania kary umownej wskazane w tym przepisie, tj. iż wykonali zobowiązanie w całości oraz, że Pozwany nie poniósł szkody.

4. naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia:

a. art. 227 k.p.c. w zw. z art. 231 k.p.c. i 233 § 1 k.p.c. polegające na:

i. oddaleniu wniosku Powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego pomimo, iż dowód ten zmierzał do potwierdzenia istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy kwestii zasadności uznania przez Powodów, iż zwłoka Pozwanego w przekazaniu decyzji (...) dla odcinków B i D oraz niekorzystne warunki pogodowe miały istotny wpływ na możliwość osiągnięcia przez Powodów Kamienia Milowego;

ii. pominięciu zeznań świadka K. S.;

b. art. 233 § 1 k.p.c. polegające na braku wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego w sprawie, pominięciu dowodów wskazujących na odmienny przebieg współpracy stron, aniżeli przyjęty przez Sąd I instancji, a także sprzecznej z zasadami logicznego rozumowania ocenie zebranego materiału dowodowego prowadzącej do:

i. uznania, iż wyjaśnienia M. M. są w pełni wiarygodne;

ii. zaniechania oceny wiarygodności zeznań świadka K. S.;

iii. przyjęcia, iż zawierając Kontrakt Powodowie mieli świadomość, że decyzja (...) dla odcinków B i D zostanie im udostępniona dopiero we wrześniu 2010 roku, a tym samym, iż powodowie mieli świadomość „odnośnie braku podstaw do anulowania kary umownej z tytułu nie osiągnięcia kamienia milowego w sytuacji dochowania czasu na Ukończenie”,

iv. przyjęcia, iż „przedłożone przez Wykonawcę rozbieżności cenowe nie spełniały wymogów specyfikacji technicznej i Subklauzuli 14.1 d”;

v. przyjęcia, iż Powodowie nie wykonywali robót w systemie dwuzmianowym;

c. art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wskazania w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przyczyn dla których Sąd I instancji pominął bądź uznał za niewiarygodne zeznania świadków K. S., P. T., P. P. i wyjaśnienia A. K., dotyczące:

i. daty rozpoczęcia prac na odcinkach B i D według harmonogramu zatwierdzonego przez Inżyniera Kontraktu

ii. prowadzenia na odcinkach B i D robót przygotowawczych przed 10 sierpnia 2010 roku, tj. przed datą na osiągnięcie Kamienia Milowego;

iii. przyczyn rozpoczęcia robót na odcinkach B i D dopiero w listopadzie 2010 roku.

Druga apelacja wniesiona została przez syndyka masy upadłości (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej, który zaskarżył wydany wyrok w całości i wniósł o jego zmianę poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz syndyka masy upadłości (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej kwoty 561.067,19 zł., ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. W apelacji zawarte zostały następujące zarzuty:

1. naruszenie art. 484 § 1 kc w zw. z treścią subklauzuli 8.7 w zw. z subklauzulą 8.14 umowy łączącej strony poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że w sprawie zaszły okoliczności uzasadniające obciążenie powodów karą umowną za niedotrzymanie kamienia milowego;

2. naruszenie art. 233 § 1 kpc poprzez niedostateczne rozpoznanie sprawy i pominięcie przy wyrokowaniu treści umowy łączącej strony, oraz oparcie wyroku wyłącznie na twierdzeniach strony pozwanej i pominięcie przy wyrokowaniu okoliczności świadczących o niewłaściwym przygotowaniu procesu budowlanego przez pozwanego.

Rozpoznając sprawę w granicach zaskarżenia sąd apelacyjny zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności odnieść należy się do zarzutów zawartych w apelacji złożonej przez pięciu powodów ((...) S.A., (...) S.A., (...), (...), (...) S.A.) domagających się zasądzenia kwoty 3.939.142,90 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 11 czerwca 2011 roku do dnia zapłaty na rzecz jednego z nich – lidera konsorcjum: (...) S.A.

Bezasadny jest zarzut nierozpoznania istoty sprawy przez sąd pierwszej instancji. Wbrew wywodom skarżących wskazać należy, że nierozpoznanie istoty sprawy ma zasadniczo miejsce wówczas, gdy sąd pierwszej instancji zaniecha zbadania materialnej podstawy żądania pozwu albo pominię merytoryczne zarzuty pozwanego. Chodzi w szczególności o sytuację, gdy sąd pierwszej instancji oddalił powództwo na tej podstawie, że stwierdził istnienie przesłanki unicestwiającej roszczenie i nie rozpoznał merytorycznie podstaw powództwa (zob. m.in. wyrok SN z 21.10.2005, III CK 161/05, wyrok SN z dnia 23 września 1998 r., II CKN 897/97 oraz wyrok SN z dnia 4 sierpnia 1999

r., II CKN 498/99 i postanowienie SN z dnia 25 sierpnia 1999 r., III CKN 527/99). Sytuacja tego rodzaju nie zachodzi w tej sprawie. Sąd okręgowy zbadał podstawę faktyczną wniesionego w tej sprawie powództwa i ocenił jego zasadność z punktu widzenia przepisów prawa materialnego. Wyrażana przez skarżących niezgoda z ustaleniami faktycznymi poczynionymi przez sąd pierwszej instancji oraz dokonana na ich podstawie oceną prawną nie uzasadnia zarzutu nierozpoznania istoty sprawy.

Przed odniesieniem się do dalszych zarzutów apelacji, w szczególności kwestionujących ocenę dowodów i dokonane na tej podstawie ustalenia faktyczne sądu pierwszej instancji, koniecznym jest, celem uporządkowania dalszych wywodów, wskazanie na zasadnicze okoliczności stanowiące podstawę faktyczną sporu w rozpoznawanej sprawie.

Roszczenie strony powodowej dotyczy żądania zapłaty wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania umowy, zawartej przez powodów działających w formie konsorcjum budowlanego, z pozwanym w dniu 8 lutego 2010 r. Jej przedmiotem była budowa obwodnicy J. w ciągu drogi krajowej nr (...) J. - K.. Pozwany odmówił zapłaty części należnego powodom wynagrodzenia, stanowiącego przedmiot żądania w tej sprawie, z uwagi na umorzenie wierzytelności obejmującej to wynagrodzenie. Umorzenie nastąpiło na skutek złożenia przez pozwanego oświadczenia o potrąceniu wierzytelności powodów z wierzytelnością pozwanego z tytułu kary umownej. Powodowie domagając się zapłaty wynagrodzenia w tej sprawie kwestionują istnienie wierzytelności pozwanego z tytułu kary umownej i tym samym skuteczność dokonanego przez pozwanego potrącenia. Zgodnie z twierdzeniami pozwu wierzytelność o wynagrodzenie nie została umorzona w wyniku potrącenia.

Podstawą naliczenia przez pozwanego kary umownej, która stanowiła podstawę dokonanego potrącenia, były zapisy zawartej przez strony umowy z dnia 8 lutego 2010 r. Zgodnie z subklauzulą 8.7 Szczególnych Warunków Kontraktu ((...)), wykonawca, z uwzględnieniem Subklauzuli 2.5 „Roszczenia Zamawiającego”, miał zapłacić zamawiającemu kary umowne m.in. za:

-niewykonanie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania (tzw. kamień milowy), w terminie ustalonym w Załączniku do Oferty - dane Kontraktowe, w wysokości 0,02 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1, za każdy dzień zwłoki, z zastrzeżeniem Subklauzuli 8.14;

-przekroczenie terminu przedłożenia szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych, które byłyby zgodne z wymaganiami zawartymi w Subklauzuli 14.1 pkt (d) – kara umowna za każdy dzień zwłoki wynosiła 2000 zł.

Jak wynika z ustaleń poczynionych przez sąd pierwszej instancji, data rozpoczęcia robót objętych kontraktem zawartym przez strony wyznaczona została na dzień 10 marca 2010 r. Zaakceptowana kwota kontraktowa brutto, zgodnie z Subklauzulą 1.1.4.1. kontraktu, wynosiła 369.261.463,69 zł, zaś wartość Wymagalnej Minimalnej Ilości Wykonania (tzw. kamień milowy) wynosiła ostatecznie 36.926.146,37 zł. Zgodnie z ustaleniami umowy, wartość kamienia milowego powinna zostać osiągnięta przez wykonawcę w terminie 5 miesięcy od daty rozpoczęcia robót, to jest do dnia 10 sierpnia 2010 r. Zgodnie z ustaleniami sądu okręgowego, powodowie na koniec sierpnia 2010 r. spełnili wymogi dotyczące tzw. kamienia milowego jedynie do kwoty 32.879.428,42 zł, zaś wymagana wartość tzw. kamienia milowego została przez powodów osiągnięta dopiero w dniu 27 września 2010r. Oznacza to, że strona powodowa pozostawała w zwłoce w osiągnięciu kamienia milowego przez 48 dni (od 11 sierpnia 2010r. do 27 września 2010 r.), co stanowiło podstawę do naliczenia kary umownej w wysokości 3.544.909,92 zł (48 dni X 0,02 % za każdy dzień zwłoki X 369.261.463,69 zł). Ponadto wykonawca nie dostarczył w terminie 28 dni od daty rozpoczęcia robót, to jest do dnia 7 kwietnia 2010 r., szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych, które byłyby zgodne z wymaganiami zawartymi w Subklauzuli 14.1 pkt (d). Skutkowało to powstaniem zwłoki, która na dzień 17 października 2010 r. wynosiła 193 dni i uzasadniała naliczenie kary umownej w wysokości 386.000 zł (193 dni X 2000 zł).

W apelacji skarżących zawarte zostały liczne zarzuty dotyczące ustaleń faktycznych będących podstawą wydanego w tej sprawie orzeczenia. W ramach zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. skarżący kwestionują ocenę dowodów przeprowadzoną przez sąd okręgowy w odniesieniu do zeznań M. M. oraz zeznań świadka K. S.. W konsekwencji błędnej oceny tych dowodów skarżący zarzuca poczynienie przez sąd okręgowy błędnych ustaleń faktycznych sądu pierwszej instancji co do następujących faktów: faktu, że w dniu 1 marca 2010 r. J. H. został powołany na stanowisko

inżyniera kontraktu, faktu, że powodowie nie zgłaszali żadnych zastrzeżeń w okresie pierwszych trzech miesięcy do pracy inżyniera kontraktu, oraz faktu, że zatwierdzony w czerwcu 2010 r. harmonogram rzeczowo – finansowy zakładał rozpoczęcie robót na odcinkach (...) i (...) we wrześniu 2010 r., zaś powodowie na tych odcinkach nie wykonywali prac przygotowawczych przed wrześniem 2010 r., a także co do poczynionego przez sąd okręgowy ustalenia, że pozwany przy wyliczeniu wartości tzw. Kamienia Milowego uwzględnił roboty wykonywane w okresie od 11 do 31 sierpnia 2010 r. Wskazane zarzuty skarżących zmierzają w istocie do wykazania, że opóźnienie, które nastąpiło po stronie powodowej w osiągnięciu kamienia milowego, nie było przez nią zawinione, w szczególności zaś wynikało ze złej organizacji po stronie pozwanego. Ponadto skarżący podnoszą zarzut naruszenia art. 6 k.c. wskazując, że to pozwanego w toku procesu obciążał dowód zaistnienia okoliczności uzasadniających naliczenie kary umownej. Skarżący uważają, że strona pozwana okoliczności tych nie udowodniła. Tym samym skarżący kwestionują również sam fakt opóźnienia w wykonaniu umowy, a tym samym zaistnienie podstawy do naliczenia kary umownej.

Odnosząc się do powyższych zarzutów wskazać należy co następuje.

Jak wynika z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, na koniec sierpnia 2010 r. strona powodowa zgłosiła pozwanemu do rozliczenia wykonanie robót na łączną kwotę 27.542.804,30 zł netto. Inne roboty budowlane, aniżeli te, które przedstawione zostały przez powodów w ramach wniosku kontraktowego o Przejściowe Świadczenie Płatności, nie zostały pozwanemu zgłoszone do akceptacji. Tym samym zasadnie wartość robót faktycznie wykonanych (co stanowiło podstawę ustalenia wartości tzw. kamienia milowego) została przez pozwanego utożsamiona z wartością robót przedstawionych we wnioskach powodów o (...). Zgodnie bowiem z postanowieniami umowy zawartej przez strony, przy ocenie osiągnięcia Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania (tzw. kamienia milowego), zamawiający uwzględnia jedynie roboty wykonane i zaakceptowane (subklauzula 8.13). Wbrew wywodom skarżącego, umowa zawarta przez strony nie nakładała na pozwanego obowiązku dokonywania inwentaryzacji wszystkich robót wykonywanych w danym czasie przez powoda. Obowiązek ten obejmował jedynie roboty zgłoszone przez powoda jako roboty zakończone. Wprawdzie słusznie skarżący wskazuje, że w odniesieniu do ustalenia wartości tzw. kamienia milowego, umowa stron nie przewidywała szczególnej procedury zgłoszeniowej, jednakże z faktu tego nie wynika, aby to na pozwanym spoczywał obowiązek samodzielnego ustalenia, które roboty wykonywane w danym momencie przez stronę powodową zostały zakończone i mogą podlegać procesowi odbioru (akceptacji), które zaś roboty są jeszcze robotami niezakończonymi. Inicjatywa w zakresie przedstawienia pozwanemu robót do odbioru (akceptacji) obciążała stronę powodową. Zgodnie bowiem z warunkami umowy zawartej przez strony, to wykonawcę obciążał obowiązek zgłoszenia do odbioru wykonanych robót. W tym zakresie postanowienia kontraktu pozostawały w zgodzie z ogólnymi zasadami dotyczącymi wykonywania umowy o roboty budowlane, z których wynika, że to wykonawcę obciąża obowiązek zgłoszenia wykonanych robót do odbioru (oddania robót), zaś odbiór robót przez zamawiającego następuje po uprzednim zgłoszeniu żądania przez wykonawcę. Taką ogólną regułą należy wyprowadzić z tych przepisów, które wskazują na obowiązek oddania przez wykonawcę obiektu (art. 647 k.c., art. 652 k.c.) oraz uzależniają przyjęcie robót od uprzedniego zgłoszenia żądania przez wykonawcę (art. 654 k.c.). Brak jest natomiast podstaw do uznania, że zawarty przez strony kontrakt powyższą regułą zmieniał i modyfikował. Co więcej, jak wynika z treści zawartej przez strony umowy, podstawą ustalenia wartości tzw. kamienia milowego nie były wszystkie roboty wykonane na dany dzień przez wykonawcę, ale jedynie te roboty wykonane, które zarazem zostały zaakceptowane przez zamawiającego (subklauzulą 8.13 (...)). Tym samym konstrukcja tzw. kamienia milowego zakłada zaliczenie tylko tych robót wykonanych przez stronę powodową, które strona powodowa zgłosiła pozwanemu do akceptacji i które zostały przez stronę pozwaną zaakceptowane. Niezasadne jest więc stanowisko skarżącego, że to pozwany powinien z własnej inicjatywy w dniu 10 sierpnia 2010 r. (zakładana data osiągnięcia tzw. kamienia milowego) przeprowadzić inwentaryzację wszystkich robót wykonywanych wówczas przez powoda i sam zdecydować na tej podstawie, które roboty można uznać za wykonane w świetle postanowień subklauzuli 8.7 (...). W efekcie podnoszony w tym zakresie przez skarżących zarzut naruszenia art. 6 k.c. nie może być uznany za zasadny.

Nie budzi wątpliwości w świetle materiału dowodowego zgromadzonego w tej sprawie, że na dzień 10 sierpnia 2010 r. (zakładana data osiągnięcia tzw. kamienia milowego) strona powodowa nie zgłosiła do odbioru wykonanych robót. Zgłoszenie takie nastąpiło dopiero w dniu 31 sierpnia 2010 r. W tym dniu wykonawca złożył wniosek o Przejściowe

Świadcstwo Płatności, w którym wskazał, że wykonał roboty o wartości 27.542.804,30 zł netto. Cała wartość tych robót została zaliczona przez Inżyniera Kontraktu do wartości tzw. kamienia milowego. W efekcie uzasadnione jest – wbrew zarzutom apelacji – ustalenie sądu pierwszej instancji, że strona pozwana ustalając wartość tzw. kamienia milowego uwzględniła również roboty wykonywane przez powodów w okresie od 11 do 31 sierpnia 2010 r., a tym samym przedłużyła termin do osiągnięcia wartości kamienia milowego o 20 dni. Zważywszy, że kolejne zgłoszenie robót wykonanych przez stronę powodową nastąpiło w dniu 27 września 2010 r., zasadnie pozwany uznał, że z tą właśnie datą osiągnięta została wartość tzw. kamienia milowego. W efekcie opóźnienie strony powodowej w tym zakresie wynosiło 48 dni tj. od 11 sierpnia 2010r. do 27 września 2010 r. i stanowiło podstawę naliczenia przewidzianej w kontrakcie z tego tytułu kary umownej. Dokonane w tym zakresie ustalenia sądu okręgowego są niewadliwe i zostały podzielone przez sąd apelacyjny.

Trafnie sąd okręgowy uznał również, że skarżący nie wykazał okoliczności, które uzasadniałyby twierdzenie, że powstałe opóźnienie w uzyskaniu wartości robót określonej jako tzw. kamień milowy nastąpiło na skutek okoliczności, za które strona powodowa nie ponosi odpowiedzialności. W tym miejscu wskazać należy, że w świetle postanowień zawartej przez strony umowy kara umowna przysługiwała pozwanemu za każdy dzień zwłoki w osiągnięciu przez powoda wartości tzw. kamienia milowego. Wskazać również należy, że w świetle art. 476 k.c. istnieje domniemanie prawne, zgodnie z którym dłużnik niedotrzymujący terminu wykonania zobowiązania pozostaje w zwłoce. Wierzyciel nie musi więc udowadniać, że niedotrzymanie terminu spełnienia świadczenia jest spowodowane okolicznościami, za które dłużnik odpowiada. W tym zakresie ciężar wykazania takich okoliczności spoczywa na dłużniku. Dłużnik, który twierdzi, że nie popadł w zwłokę, lecz w opóźnienie zwykłe, niestwarzające negatywnych dla niego następstw prawnych, powinien tę okoliczność wykazać (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2011 r., V CSK 427/10). W efekcie nieuzasadnione są zarzuty skarżącego dotyczące naruszenia art. 6 k.c. i w efekcie art. 471 k.c. przez sąd pierwszej instancji. To na skarżącym bowiem spoczywał dowód wykazania zaistnienia w tej sprawie okoliczności, które uzasadniałyby powstanie opóźnienia i miały charakter okoliczności obiektywnych, bądź leżących po stronie pozwanego, za które skarżący nie ponosi odpowiedzialności i tym samym nie odpowiada za powstałe opóźnienie w wykonaniu zobowiązania.

Podzielić należy ocenę sądu pierwszej instancji, że strona powodowa nie wykazała istnienia okoliczności zewnętrznych, które stanowiłyby wyłączną przyczynę powstałego po jej stronie opóźnienia. Nie wykazała również, że przyczyny opóźnienia tkwiły w okolicznościach, za które odpowiedzialność należałoby przypisać stronie pozwanej. Wbrew zarzutom skarżących za okoliczność taką nie można uznać faktu, że inżynier kontraktu został wyznaczony przez zamawiającego z opóźnieniem. Skarżący słusznie podnoszą, że J. H. pełnił funkcję inspektora nadzoru, nie zaś – jak wskazał to sąd okręgowy – inżyniera kontraktu. Inżynierem kontraktu był T. S. (1), a następnie T. S. (2). Zarazem jednak, jak zasadnie ustalił sąd okręgowy, nie zostało w żaden sposób w tej sprawie wykazane, aby opóźnienie w wyznaczeniu osoby inżyniera kontraktu stanowiło przyczynę opóźnień lub choćby zakłóceń w toku robót wykonywanych przez stronę powodową. Również w apelacji brak jest przytoczenia jakichkolwiek okoliczności, które mogłyby zaprzeczać temu wnioskowi.

Analogicznie, jako niemający znaczenia dla powstałego po stronie powodowej opóźnienia w osiągnięciu wartości tzw. kamienia milowego, należy ocenić fakt, że decyzje (...) dla odcinków budowy oznaczonych literami (...) i (...) uzyskane zostały przez pozwanego dopiero we wrześniu 2010 r. W tym zakresie trafnie sąd okręgowy wskazał, że okoliczność związana z opóźnieniem w uzyskaniu tych decyzji nie tylko znana była stronom już w momencie zawierania kontraktu, ale również uwzględniona została przy ustalaniu warunków osiągnięcia tzw. kamienia milowego. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 200, udzieloną przez pozwanego, posiadał on prawo do dysponowania terenem w zakresie całej projektowanej obwodnicy z jednoczesnym jednak zastrzeżeniem, że prowadzi on postępowanie administracyjne dotyczące uzyskania uzupełniającej decyzji (...), zaś planowany termin na jej uzyskanie jest w chwili obecnej niemożliwy do określenia przez pozwanego. W efekcie tej informacji – jak przyznają to skarżący – doszło do zmiany warunków umowy poprzez obniżenie wartości tzw. kamienia milowego z 15 do 10 % kwoty kontraktowej oraz przedłużenia okresu jego osiągnięcia z 3 do 5 miesięcy. Poczynione w tym zakresie uzgodnienia przez strony zakładały więc, że brak uzyskania decyzji (...) dla odcinków (...) i (...) (zakładane opóźnienie w uzyskaniu tej decyzji)

będzie miało wpływ na możliwość osiągnięcia tzw. kamienia milowego. Z tych względów zasadna jest ostateczna konstatacja sądu okręgowego, że zmniejszenie wartości zakładanego kamienia milowego oraz wydłużenie terminu do jego osiągnięcia, uwzględniało fakt niemożności prowadzenia robót w pełnym zakresie na odcinkach (...) i (...). W efekcie bezzasadne są zarzuty skarżącego dotyczące niemożności osiągnięcia wartości tzw. kamienia milowego z uwagi na niemożność prowadzenia w pełnym zakresie robót na odcinkach B i D. Tym samym, podniesiony w apelacji zarzut błędnego ustalenia przez sąd pierwszej instancji, że powodowie nie prowadzili robót przygotowawczych na odcinkach (...) i (...) uznać należy za trafne wskazanie naruszenia art. 233 § 1 k.c., jednakże bez wpływu na treść ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy. Niezasadne są również podnoszone w tym zakresie zarzuty skarżących dotyczące naruszenia przez sąd pierwszej instancji art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez błędną wykładnię oświadczeń woli stron składanych przy zawieraniu umowy. W ocenie sądu apelacyjnego sąd okręgowy prawidłowo wyłożył treść wskazanych w apelacji oświadczeń i postanowień umowy uznając, że strony miały świadomość co do istniejących opóźnień w uzyskaniu decyzji (...) dla odcinków oznaczonych jako (...) i (...).

Nie można podzielić zawartych w apelacji zarzutów naruszenia art. 227 k.p.c. w zw. z art. 231 k.p.c. i 233 § 1 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku powodów o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego oraz pominięcie oceny zeznań świadka K. S.. Co do tej pierwszej kwestii wskazać należy, że zgodnie z tezą dowodową zgłoszoną przez skarżących, dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa miał być przeprowadzony na okoliczność „prawidłowości obliczeń powodów w zakresie wartości robót niewykonanych z przyczyn niezależnych od powodów”. W piśmie procesowym z 25 kwietnia 2013 r. (k. 756 v.) powodowie wyjaśnili dodatkowo, że zadaniem biegłego ma być ocena zasadności roszczeń powodów z punktu widzenia wiedzy budowlanej i zasad prowadzenia procesu inwestycyjnego. Zasadnie sąd okręgowy tak sformułowany wniosek dowodowy oddalił. Funkcją dowodu z opinii biegłego jest bowiem ułatwienie sądowi oceny zebranego materiału dowodowego w wypadku, gdy potrzebne są wiadomości specjalne. Opinia biegłego nie może natomiast stanowić podstawy ustalenia okoliczności stanowiących przedmiot oceny biegłego, nie może również zastępować działań sądu ani w procesie dokonywania ustaleń faktycznych w sprawie, ani tym bardziej w procesie oceny materiału dowodowego i rozstrzygania o zasadności zgłoszonych roszczeń. Z tych względów zgłoszony przez skarżących wniosek, którego przedmiotem była ocena zasadności roszczeń strony powodowej i dokonanych przez nią obliczeń, jako niedopuszczalny podlegał oddaleniu. Tym samym sąd okręgowy podejmując taką decyzję procesową nie naruszył powołanych przez skarżących przepisów prawa procesowego.

Jako nieskuteczne ocenić należy zarzuty skarżących, którzy wskazując na naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. oraz art. 328 § 2 k.p.c., kwestionują ocenę dowodów dokonaną przez sąd pierwszej instancji w odniesieniu do zeznań świadków: K. S., P. T., P. P. oraz zeznań A. K. i zeznań M. M.. Zgodnie z wywodami apelacji uchybienia te miały wpływ na treść wydanego przez sąd pierwszej instancji orzeczenia poprzez dokonanie błędnych ustaleń faktycznych i w efekcie pominięcie następujących okoliczności:

-niekorzystne warunki atmosferyczne (intensywne opady deszczu) miały istotny wpływ na osiągnięcie wartości tzw. kamienia milowego,

-w zatwierdzonym harmonogramie rzeczowo – finansowym powodowie planowali rozpoczęcie robót zasadniczych na odcinkach (...) i (...) już w czerwcu 2010 r.,

-faktyczna możliwość rozpoczęcia robót na odcinkach (...) i (...) powstała dopiero w listopadzie 2010 r. z chwilą otrzymania dzienników budowy, a nie we wrześniu 2010 r., jak ustalił to sąd okręgowy,

-prace powodów wykonywane były w systemie dwuzmianowym od 6.00 do 20.00,

-na prawidłową organizację robót strony powodowej i w efekcie powstałe opóźnienie w osiągnięciu tzw. kamienia milowego miało wpływ opóźnienie w powołaniu inżyniera kontraktu.

Ponadto skarżący wywodzą, że naruszenie przez sąd okręgowy art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak należytej oceny wskazanych powyżej dowodów skutkuje tym, że wydany w tej sprawie wyrok nie poddaje się kontroli instancyjnej.

W ocenie sądu apelacyjnego nie można podzielić twierdzeń skarżącego do istnienia związku pomiędzy wskazanymi powyżej uchybieniami procesowymi a treścią wydanego w tej sprawie rozstrzygnięcia. Brak wykazania przez skarżących koniecznej relacji kauzalnej w tym zakresie czyni powyższe zarzuty nieskutecznymi.

Zagadnienie wpływu niekorzystnych warunków atmosferycznych na możliwość osiągnięcia wartości tzw. kamienia milowego było przedmiotem rozważań sądu okręgowego. Sąd ten nie podzielił w tym zakresie wywodów strony powodowej wskazując, że powodowie w związku z niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi uzyskali od zamawiającego dodatkowe 21 dni na ukończenie Inwestycji. W istocie, zgodnie z prawidłowymi w tym zakresie ustaleniami sądu okręgowego, faktyczny termin na ukończenie robót objętych tzw. kamieniem milowym został przedłużony przez stronę pozwaną o 20 dni. Wyznaczenie zakładanej wartości kamienia milowego nastąpiło bowiem na dzień 31 sierpnia 2010 r., nie zaś, jak zakładała to umowa stron, na dzień 10 sierpnia 2010 r. Tym samym ewentualne opóźnienia związane z opadami deszczu przez okres 20 dni zostały przez pozwanego uwzględnione. Co więcej przedłużenie czasu na ukończenie kontraktu o okres 20 dni z uwagi na niesprzyjające warunki atmosferyczne zostało zgodnie przyjęte przez strony w aneksie nr (...) do umowy. W świetle tych uzgodnień niezasadne są formułowane obecnie przez skarżących zarzuty, że faktyczny okres opóźnienia w związku z opadami atmosferycznymi był znacznie dłuższy i nie został prawidłowo uwzględniony przez pozwanego przy ocenie realizacji tzw. kamienia milowego.

Bezzasadne są również zarzuty skarżących dotyczące dokonanych przez sąd okręgowy ustaleń odnoszących się do faktycznej możliwości prowadzenia przez powodów robót przygotowawczych i zasadniczych na odcinkach (...) i (...). Jak bowiem trafnie ustalił sąd okręgowy, o czym mowa już była wcześniej, obie strony przy zawieraniu umowy miały świadomość istniejących w tym zakresie opóźnień związanych z uzyskaniem decyzji (...) i przewidywane opóźnienia uwzględnione zostały przy ostatecznym ustalaniu warunków osiągnięcia wartości tzw. kamienia milowego. Przypomnieć należy, że z tych względów przedłużony został o 2 miesiące termin na osiągnięcie tej wartości przez stronę powodową, zaś sama wartość kamienia milowego została przez strony obniżona z 15 do 10 % wartości kontraktu. Zważywszy przy tym, że zakładany termin osiągnięcia kamienia milowego ustalony został na dzień 10 sierpnia 2010 r., nie ma znaczenia podnoszona w apelacji okoliczność, że faktyczna możliwość prowadzenia robót zasadniczych na odcinkach (...) i (...) powstała dopiero w listopadzie 2010 r., a nie we wrześniu 2010 r. – jak ustalił to sąd pierwszej instancji. Bez znaczenia również dla ustalenia odpowiedzialności strony powodowej za opóźnienie stanowiące podstawę naliczonych kar umownych była również kwestia, czy roboty prowadzone były przez powodów w systemie dwuzmianowym, zgodnie z wymogami kontraktu. Okoliczność ta bowiem nie była podstawą naliczania kar umownych stanowiących przedmiot sporu w tej sprawie. Tym samym ustalenie, czy faktyczny dzień pracy ekipy strony powodowej wynosił wówczas 10 godzin, czy też był dłuższy pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie tej sprawy.

Nieskuteczny jest również podnoszony w apelacji zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. Trafnie zresztą sami skarżący wskazują, odwołując się w tym zakresie do orzecznictwa Sądu Najwyższego, że zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. może być usprawiedliwiony tylko w tych wyjątkowych okolicznościach, gdy treść uzasadnienia orzeczenia sądu pierwszej instancji uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania orzeczenia. W rozpoznawanej sprawie, aczkolwiek uzasadnienie sądu pierwszej instancji obarczone jest pewnymi wadami, wskazanymi przez samych skarżących, nie można podzielić stanowiska, że treści i forma sporządzonego przez sąd okręgowy uzasadnienia uniemożliwia kontrolę instancyjną zaskarżonego orzeczenia. Podobnie więc, jak w wypadku zarzutu nierozpoznania istoty sprawy, również ten zarzut nie może skutkować uchyleniem wyroku sądu pierwszej instancji i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania.

Mając powyższe na uwadze sąd apelacyjny dokonane w tej sprawie ustalenia faktyczne sądu okręgowego, z modyfikacjami poczynionymi powyżej, uznaje za prawidłowe i czyni również podstawą własnych rozważań w tej sprawie. Podziela również stanowisko sądu pierwszej instancji co do istnienia podstaw do naliczenia kar umownych i skutecznego potrącenia wynikającej stąd wierzytelności z wierzytelnością strony powodowej. Skutkuje to w świetle art. 498 § 2 k.c. umorzeniem wierzytelności powodów stanowiącej przedmiot roszczenia w tej sprawie.

Skarżący w apelacji podnieśli również zarzut naruszenia przez sąd pierwszej instancji art. 484 § 2 k.c. poprzez zaniechania miarkowania kary umownej. Zarzut ten jest o tyle bezzasadny, że – jak trafnie podniosła strona pozwana

– skarżący w toku procesu przed sądem pierwszej instancji nie zgłosili wniosku o miarkowanie kary umownej. W świetle zaś art. 484 § 2 k.c. miarkowanie kary umownej następuje na wniosek dłużnika. Zgodzić jednak należy się w tym zakresie ze stroną powodową, że zagadnienie powyższe nie jest jednoznacznie rozstrzygane w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W szczególności w orzecznictwie tym reprezentowany jest pogląd, przytaczany zresztą w apelacji powodów, zgodnie z którym wola dłużnika co do zmniejszenia kary umownej może być wyrażona także w sposób dorozumiany, a nawet pogląd uznający, że w samym stanowisku strony, która wnosi o oddalenie powództwa o zapłatę kary umownej (a tym samym kwestionuje co do zasady powstanie roszczenia o zapłatę kary umownej) zawarty jest również wniosek o obniżenie kary umownej (zob. m.in. wyrok SN z 16 lipca 1998 r., I CKN 802/97; wyrok SN z 22 stycznia 2010 r., V CSK 217/09; wyrok SN z 18 kwietnia 2013 r., III CSK 247/12.). Wprawdzie mając na uwadze stanowisko prezentowane przez skarżących przed sądem pierwszej instancji trudno przyjąć tezę o dorozumianym zgłoszeniu wniosku o miarkowanie kary umownej – skarżący w swoich wywodach przed sądem okręgowym nie podnosili okoliczności dotyczących samej wysokości naliczonej kary, w tym zarzutu jej wygórowania, czy niewspółmierności, tym niemniej okoliczność ta nie ma ostatecznie wpływu na dopuszczalność zgłoszenia powyższego zarzutu w postępowaniu apelacyjnym. Wniosek o obniżenie kary umownej zgłoszony został bowiem zarówno w samej apelacji, jak i późniejszym piśmie procesowym złożonym przez skarżących w toku postępowania apelacyjnego. Wniosek ten nie podlega prekluzji procesowej w świetle art. 381 k.p.c. nie stanowi bowiem nowego faktu procesowego i w świetle art. 484 § 2 k.c. ma charakter czynności materialnoprawnej. Tym samym fakt niezgłoszenia wniosku o miarkowanie kary umownej przed sądem pierwszej instancji nie pozbawia skarżącego możliwości skutecznego podniesienia tej okoliczności przed sądem odwoławczym.

W ocenie sądu apelacyjnego brak jest podstaw w świetle całokształtu okoliczności sprawy do zmniejszenia naliczonej przez pozwanego kary umownej. Nie jest zasadne ani twierdzenie skarżącego, że zobowiązanie stanowiące podstawę naliczenia kary umownej zostało w istocie w całości wykonane i tym samym skarżąca nie poniosła żadnej szkody z tytułu powstałej zwłoki, ani też twierdzenie, że naliczona przez pozwanego kara umowna jest rażąco wygórowana. Brak więc w świetle art. 484 § 2 k.c. podstaw do miarkowania tej kary.

Obok funkcji kompensacyjnej, podstawową funkcją kary umownej, która czyni tę instytucję swoistą, modyfikującą klasyczny mechanizm odszkodowawczy, jest funkcja motywacyjna. Stanowi ona pochodną zawartego w karze umownej mechanizmu represji. Zastrzeżona umownie przez strony dolegliwość majątkowa na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania ma dodatkowo, poza ogólnymi instrumentami odszkodowawczymi przewidzianymi w art. 471 i n. k.c., skłaniać (stymulować) dłużnika do należytego i terminowego wykonania ciężących na nim obowiązków. Zagadnienie terminowego wykonania zobowiązań, w tym również terminowego spełniania świadczeń częściowych objętych stosunkiem zobowiązaniowym, ma szczególne znaczenie dla wierzyciela w wypadku zobowiązań obejmujących wykonanie inwestycji wieloetapowych i złożonych. Zwłoka, czy choćby opóźnienie w wykonaniu poszczególnych etapów inwestycyjnych może bowiem skutkować niekorzystnymi następstwami dla realizacji całości inwestycji, ponad miarę skomplikować cały proces inwestycyjny. Taką właśnie rolę motywacyjną i stymulującą, a zarazem organizującą i porządkującą przebieg całego procesu inwestycyjnego, spełniały kary umowne zastrzeżone w umowie stron, w tym w szczególności przewidziana w tym zakresie konstrukcja Minimalnej Ilości Wykonania (określanej również jako tzw. kamień milowy) to jest obowiązek wykonania przez wykonawcę w określonym terminie robót o ustalonej przez strony wartości. Brak osiągnięcia w umówionym terminie wartości tzw. kamienia milowego aktualizował po stronie wykonawcy obowiązek zapłaty kary umownej. Skarżący kwestionując wysokość naliczonej przez pozwanego kary podnoszą, że ostatecznie cały proces inwestycyjny został zakończony w terminie. Okoliczność ta nie wpływa jednak na ocenę faktu, że roboty objęte wartości tzw. kamienia milowego zostały wykonane z opóźnieniem wynoszącym w tej sprawie ponad 40 dni, zaś wymagane przez umowę dokumenty w postaci szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych dostarczone zostały przez wykonawcę z opóźnieniem wynoszącym 143 dni. Zważywszy przy tym, że sama kara umowna przewidziana została za zwłokę w wykonaniu zobowiązania, fakt wykonania tego zobowiązania po terminie stanowi przesłankę aktualizującą mechanizm naliczenia kary umownej, nie zaś podstawę do odstąpienia od jej wymierzenia, czy też dokonania redukcji jej wysokości. Trafnie w tym kontekście strona pozwana zauważa, że fakt ostatecznego wykonania przez wykonawcę całej inwestycji w terminie może dowodzić należytego spełnienia przez zastrzeżone kary umowne ich funkcji stymulujących i dyscyplinujących.

Naliczona przez pozwanego kara umowna nie może być przy tym uznana za rażąco wygórowaną, jeśli porówna się jej wysokość z wartością całego kontraktu i wysokością uzyskanego przez stronę powodową wynagrodzenia. Wynagrodzenie to bowiem ustalone zostało na kwotę 369.261.463,69 zł. Natomiast wartość naliczonej w tej sprawie kary umownej stanowiła niewiele ponad 1 % uzyskanego przez stronę powodową wynagrodzenia. Porównanie to, niezależnie od innych okoliczności wskazanych powyżej, dowodzi, że naliczona kara umowna nie miała charakteru rażąco wygórowanego. W efekcie sąd apelacyjny nie znajduje podstaw do modyfikacji treści zobowiązania łączącego strony w zakresie zastrzeżonych kar umownych.

Jako niezasadną ocenić należy również drugą apelację wniesioną w tej sprawie – apelację syndyka masy upadłości (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej. Zawarte w apelacji zarzuty kwestionujące ocenę dowodów przeprowadzoną przez sąd pierwszej instancji i w efekcie błędnie poczynionych ustaleń faktycznych (zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c.) wprost odwołują się do zarzutów stawianych przez pozostałych powodów. Zważywszy, że zostały one rozważone powyżej, nie zachodzi potrzeba ich oddzielnego omówienia. Ponadto skarżący w apelacji podnosi również zarzut błędnej wykładni przez sąd okręgowy postanowień zawartych w subklauzulach 8.7. oraz 8.14 i w efekcie naruszenie art. 484 § 1 k.c.. Zarzutu tego nie sposób podzielić. Zgodnie z zasadami zawartymi w subklauzuli 8.14. (...), w wypadku aktualizacji przesłanek zapłaty kary umownej, o której mowa w subklauzuli 8.7. punkt c, wykonawca w miejsce zapłaty kary umownej może przedstawić zamawiającemu zabezpieczenie zakończenia Robót w Czasie na Ukończenie w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej na kwotę równą wysokości należnej kary. Zarazem strony postanowiły, że jeżeli Czas na Ukończenie zostałby w takiej sytuacji ostatecznie dotrzymany, zamawiający zwraca wykonawcy przedstawioną uprzednio gwarancję bankową lub ubezpieczeniową po otrzymaniu od Inżyniera Świadcstwa Przejęcia. Natomiast w wypadku niedotrzymania Czasu na Ukończenie, zamawiający będzie uprawniony do wyegzekwowania należności wynikającej z kary umownej poprzez uruchomienie przedstawionej gwarancji albo przez potrącenie należności wynikającej z kary umownej z kolejnej płatności przysługującej wykonawcy, zgodnie z subklauzulą 2.5. Wbrew wywodom skarżącego uznać należy, że zakres przedmiotowy postanowień zawartych w subklauzuli 8.14. obejmuje jedynie te sytuacje, gdy łącznie spełnione zostały dwa warunki: a) doszło do aktualizacji obowiązku zapłaty kary umownej oraz b) wykonawca w miejsce zapłaty kary umownej przedstawił zamawiającemu zabezpieczenie zakończenia Robót w Czasie na Ukończenie w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej na kwotę równą wysokości należnej kary umownej. Zważywszy, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, pomimo wypełnienia przesłanki (a), nie został spełniony warunek (b) – przewidziane w subklauzuli 8.14. formy zabezpieczenia Robót w Czasie na Ukończenie nie zostały przez wykonawcę przedstawione, rozwiązania zawarte w subklauzuli 8.14. nie znajdują w tej sprawie zastosowania. Tym samym sam fakt zakończenia Robót w Czasie na Ukończenie nie zwalnia strony powodowej z obowiązku zapłaty kar umownych za zwłokę w wykonaniu wcześniejszych postanowień umowy.

Mając powyższe na uwadze obie wniesione w tej sprawie apelacje jako niezasadne podlegały oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu (art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c.). Koszty te ustalone zostało w oparciu o stawki minimalne określone w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (§ 6 pkt 7 w zw. z § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia). Zgodnie z art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, koszty zastępstwa procesowego za postępowanie apelacyjne zasądzone zostały na rzecz Skarbu Państwa - Prokuraturii Generalnej. Nakazany zwrot w częściach równych znajduje podstawę w art. 105 § 1 k.p.c.