

Sygn. akt VII AGa 175/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 lutego 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący: SSA Marek Kolasiński

Sędziowie: SA Ewa Stefańska (spr.)

SO del. Magdalena Sajur - Kordula

Protokolant: sekr. sądowy Izabela Nowak

po rozpoznaniu w dniu 28 lutego 2018 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) S.A. w W.

przeciwko (...) sp. z o.o. w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 30 grudnia 2015 r., sygn. akt XXVI GC 745/13

I. oddala apelację;

II. zasądza od (...) sp. z o.o. w W. na rzecz (...) S.A. w W. kwotę 10 800 zł (dziesięć tysięcy osiemset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt VII AGa 175/18

UZASADNIENIE

Powód (...) S.A. z siedzibą w W. wnosił o zasądzenie od pozwanego (...) spółki z o.o. z siedzibą w W. na jego rzecz kwoty 621.993,04 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 26 sierpnia 2011 r. do dnia zapłaty. W uzasadnieniu powód podał, że powyższej kwoty domaga się tytułem kar umownych za: odstąpienie od umowy z przyczyn za które odpowiedzialność ponosi wykonawca; niedotrzymanie terminów zakończenia robót określonych w harmonogramie; opóźnienie w przekazaniu zamawiającemu schematu organizacyjnego oraz rażące naruszenie obowiązków wykonawcy w postaci niezgłoszenia wprowadzenia na teren budowy osoby trzeciej. Kary te wynosiły łącznie 670.130,77 zł, lecz po dokonaniu potrąceń powód domagał się zapłaty kwoty 621.993,04 zł. Następnie powód cofnął pozew ze zrzeczeniem się roszczenia co do kwoty 223.246,14 zł wraz z odsetkami, ostatecznie domagając się od pozwanego zapłaty kwoty 398.746,90 zł wraz z odsetkami. Kwota ta obejmuje naliczoną na podstawie § 33 ust. 1 pkt 3 warunków ogólnych umowy karę umowną za odstąpienie od umowy z przyczyn za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, w wysokości 10% wynagrodzenia brutto (tj. 446.753,84 zł), pomniejszoną o potrąconą uprzednio kwotę 48.066,94 zł.

Pozwany (...) spółka z o.o. z siedzibą w W. wnosił o oddalenie powództwa, podnosząc zarzuty: przystąpienia do prac zgodnie z ustalonym harmonogramem i późniejszym aneksem, a także nieważności bezwzględnej oświadczenia o odstąpieniu od umowy z uwagi na brak wykazania umocowania osoby składającej je w imieniu powoda. Ponadto

pozwany złożył wniosek o miarkowanie kary umownej, gdyż pomimo wykonania przez niego części zleconych prac, wobec dokonania potrąceń, powód nie zapłacił mu jakiegokolwiek wynagrodzenia.

Wyrokiem z dnia 30 grudnia 2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 398.746,90 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 26 sierpnia 2011 r. do dnia zapłaty i umorzył postępowanie w pozostałym zakresie.

Wyrok Sądu Okręgowego został wydany w oparciu o poniższe ustalenia faktyczne i rozważania prawne.

W dniu 23 września 2010 r. (...) S.A. z siedzibą w W., będący generalnym wykonawcą zadania inwestycyjnego pod nazwą „Budowa autostrady (...) T.- R., na odcinku od węzła D. P. do węzła R. km ok. 537+550 do około 570 +300” (jako zamawiający), zawarł ze (...) spółką z o.o. z siedzibą w W. (jako wykonawcą) umowę o wykonanie robót drogowych. Zgodnie z § 2 umowy, przekazanie terenu budowy miało nastąpić na podstawie protokołu, rozpoczęcie robót miało nastąpić w następnym dniu po przekazaniu terenu budowy, zaś termin ich zakończenia określono na dzień 30 lipca 2011 r. W § 3 umowy strony ustaliły wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy na kwotę 12.933.510,93 zł netto, z zastrzeżeniem, że wysokość wynagrodzenia zostanie ostatecznie ustalona w oparciu o jednostkowe ceny ryczałtowe i obmiar robót potwierdzony przez zamawiającego, zaś do wynagrodzenia zostanie doliczony podatek VAT.

Integralną część umowy stanowiły: warunki ogólne umowy o wykonanie robót drogowych, ustalenia kontraktu w części dotyczącej robót realizowanych przez wykonawcę i załączniki. Zgodnie z § 1 ust. 4 warunków ogólnych umowy zmienionym przez § 4 ust. 1 pkt 1 umowy, wykonawca oświadczył, że przed podpisaniem umowy zapoznał się z terenem realizacji robót, infrastrukturą terenu budowy i jej specyfikacją oraz dostępną dokumentacją urządzeń podziemnych i ich lokalizacją oraz, iż otrzymał od zamawiającego wszelkie niezbędne dane mogące mieć wpływ na ryzyka i okoliczności realizacji przedmiotu umowy. Strony wskazały, że wszelkie zastrzeżenia wykonawcy dotyczące terenu budowy zgłoszone po terminie zawarcia umowy mogą być podstawą do ubiegania się przez wykonawcę o przesunięcie terminu zakończenia robót.

W warunkach ogólnych umowy przewidziano możliwość zmiany zakresu zleconych robót. Zamawiający mógł rozszerzyć zakres robót, bądź zlecić wykonawcy wykonanie robót zamiennych lub dodatkowych. Zgodnie z § 2 ust. 4 warunków ogólnych umowy zmienionym przez § 4 ust. 1 pkt 4 umowy, zamawiający mógł również zmniejszyć zakres robót w przypadku znacznego przekroczenia terminu robót z winy wykonawcy. W takim przypadku następowała weryfikacja wynagrodzenia kosztorysowego wykonawcy w sposób określony w § 12 ust. 4 umowy oraz ewentualnie harmonogramu rzeczowo-finansowego.

Ponadto w § 6 warunków ogólnych umowy zmienionym przez § 4 ust. 1 pkt 8 umowy strony uzgodniły, że wykonawca użyje do wykonania przedmiotu umowy wyrobów dostarczonych przez zamawiającego, wymienionych w załączniku nr 1a, a wykonawca będzie odpowiedzialny za ich wybudowanie i zobowiązany do rozliczenia się z zamawiającym z powierzonych wyrobów na podstawie comiesięcznych obmiarów geodezyjnych. Wyroby powierzone wykonawcy przez zamawiającego stanowiły własność zamawiającego do czasu ich wbudowania, kiedy zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego stawały częścią składową nieruchomości, z wyłączeniem jakichkolwiek praw wykonawcy. Rozliczenia materiałów miały następować po każdej akceptacji przez zamawiającego protokołu odbioru częściowego oraz przy odbiorze końcowym.

Zgodnie z § 7 ust. 1-3 warunków ogólnych umowy, termin przekazania wykonawcy terenu budowy oraz terminy realizacji przedmiotu umowy określał harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji przedmiotu umowy, stanowiący załącznik nr 4 do umowy. Stosownie zaś do postanowień harmonogramu, wykonawca był zobowiązany do rozpoczęcia prac najpóźniej w dniu 6 października 2010 r. Wykonawca był zobowiązany do: wykonania półmateracy i wymiany gruntu - do 30 listopada 2010 r., wykonania nasypów - do 30 maja 2011 r., przeciążenia nasypów - do 1 lipca 2011 r., rozbiórki nasypu przeciążeniowego i wbudowania nasypu z rozbiórki przeciążenia - do 30 lipca 2011 r. Całość prac powinna być zakończona do dnia 30 lipca 2011 r. Zamawiający zastrzegł sobie prawo do zmiany harmonogramu robót, wskazując, że wówczas nowe terminy realizacji robót określi w porozumieniu z wykonawcą. W terminie 7

dni od podpisania umowy wykonawca był zobowiązany do przedłożenia do akceptacji zamawiającego schematu organizacyjnego działania jego służb na placu budowy.

W § 7 ust. 5 i 6 warunków ogólnych umowy zmienionym przez § 4 ust. 1 pkt 9 i 10 umowy strony ustaliły, że jeżeli wykonawca w ustalonym terminie nie przystąpi do wykonywania robót przekraczając termin wejścia na roboty o 7 dni lub opóźnia się w stosunku do terminu zakończenia robót objętych przedmiotem umowy lub terminów wykonania etapów/elementów robót określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym o więcej niż 14 dni, zamawiający ma prawo powierzyć dalsze wykonywanie przedmiotu umowy lub jego części innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy. Koszt wykonanych prac przez inną osobę z zakresu wykonawcy miał zostać powiększony o 10% w stosunku do cen jednostkowych wykonawcy, przy czym kwota ta mogła zostać potrącona z wynagrodzenia wykonawcy lub zabezpieczenia. Jeżeli natomiast termin przekazania jakichkolwiek frontów robót przez zamawiającego nie został dotrzymany, wykonawcy przysługiwało wydłużenie terminu wykonania robót o okres, o który nastąpiło opóźnienie przekazania frontu robót.

W § 32 i § 33 warunków ogólnych umowy zmienionych przez § 4 ust. 1 pkt 54-61 umowy, strony określiły zasady naliczania kar umownych w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Wysokość wszystkich naliczonych kar nie mogła przekroczyć 15% wartości wynagrodzenia umownego brutto. Wykonawca był zobowiązany do zapłaty kary umownej: (1) za niedotrzymanie terminu zakończenia robót objętych przedmiotem umowy lub terminów wykonania etapów/elementów robót określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym - w wysokości 0,04% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia; (2) za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi lub gwarancji - w wysokości 0,04% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia, licząc od upływu terminu wyznaczonego przez zamawiającego na usunięcie wad; (3) w razie odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność wykonawca, a także w razie odstąpienia od umowy przez wykonawcę z przyczyn niezależnych od zamawiającego - w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego brutto; (4) za opóźnienie w dostarczeniu zamawiającemu schematu organizacyjnego, o którym mowa w § 7 ust. 2 warunków ogólnych - w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego brutto wykonawcy z każdy dzień opóźnienia, licząc od upływu terminu wskazanego na jego dostarczenie; (5) wykreślony; (6) za niewykonanie przez wykonawcę innych obowiązków wynikających z umowy, w szczególności wynikających z postanowień § 4 ust. 2 ogólnych warunków lub z obowiązujących przepisów prawa - w wysokości 0,04% wynagrodzenia umownego brutto; (7) za niedostarczenie w terminie raportu dziennego, o którym mowa w § 10 ust. 1 punkt 43 - w wysokości 200 zł za każdy dzień opóźnienia.

Strony uzgodniły, że jeżeli kontrakt łączący generalnego wykonawcę z inwestorem przewiduje wyższe kary umowne, wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kar określonych w umowie. Zamawiający zobowiązał się również odstąpić od dochodzenia kar umownych za opóźnienie w wykonaniu poszczególnych przedmiotów odbioru, jeżeli termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy zostanie dotrzymany. Zamawiający zobowiązany był do zapłaty kary umownej w razie odstąpienia przez wykonawcę od umowy z przyczyn, za które winę ponosi zamawiający - w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto. Natomiast w przypadku opóźnienia terminów opłatności określonych w umowie, wykonawca mógł jedynie żądać odsetek ustawowych.

W § 33 ust. 5 warunków ogólnych umowy zmienionym przez § 4 ust. 1 pkt 64 umowy strony postanowiły, że w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy przekraczającego 14 dni i/lub niewłaściwego wykonania robót, zamawiający upoważniony będzie do zastępczego wykonania robót na koszt i ryzyko wykonawcy. Przez niewłaściwe wykonanie robót strony rozumiały prace wykonywane niezgodnie ze sztuką budowlaną lub specyfikacją robót lub projektem technicznym lub obowiązującymi przepisami prawa i/lub niewykonanie w 30% wartości poszczególnych asortymentów robót w terminie 1/3 okresu przewidzianego harmonogramem na wykonanie powyższych robót.

Ponadto zgodnie z § 34 warunków ogólnych umowy zmienionym przez § 4 ust. 1 pkt 65-68 umowy, zamawiający mógł - w okresie obowiązywania umowy - odstąpić od umowy w całości lub części, w terminie 2 lat od daty powzięcia wiadomości o wystąpieniu jakiegokolwiek z poniższych zdarzeń, m.in.: złożenie zasadnego wniosku o

ogłoszenie upadłości wykonawcy lub ogłoszenie przez niego likwidacji przedsiębiorstwa; wszczęcie postępowania naprawczego z wierzycielami wykonawcy; wydanie nakazu zajęcia majątku wykonawcy w jakikolwiek sposób mającego wpływ na wykonanie umowy; przerwanie przez wykonawcę realizacji robót i nie realizowanie ich bez uzasadnionej przyczyny przez okres kolejnych 14 dni roboczych lub opóźnianie się tak dalece z realizacją robót, że wątpliwym będzie ich terminowe zakończenie; niepłacenie przez wykonawcę swoim podwykonawcom realizującym roboty związane z przedmiotem umowy lub/i opóźnianie się z płatnościami na ich rzecz powyżej 30 dni w stosunku do terminu płatności wynikającego z faktur wystawionych przez podwykonawców na rzecz wykonawcy; nierozpoczęcie robót przez wykonawcę bez uzasadnionych przyczyn i niepodjęcie ich pomimo dodatkowego wezwania zamawiającego; niewykonywanie robót zgodnie z umową lub nienależyte wykonywanie swojego zobowiązania umownego; nieprzedłożenie przez wykonawcę w terminie polis ubezpieczeniowych w terminie przewidzianym w umowie.

Strony uzgodniły, że jeżeli wykonawca opóźnia się tak dalece z realizacją robót, że wątpliwym będzie ich terminowe zakończenie, zamawiający poinformuje go pisemnie o przedsięwzięciach, jakie zdaniem zamawiającego należy podjąć dla terminowego wykonania robót. Jeżeli wykonawca nie wykona zaleceń zamawiającego, w określonym przez zamawiającego terminie, zamawiający może od umowy odstąpić. Ponadto, jeżeli wykonawca opóźnia się bez uzasadnionych przyczyn z wykonaniem robót ponad 14 dni w stosunku do terminów przewidzianych w umowie, zamawiający może odstąpić od umowy po wyznaczeniu wykonawcy terminu dodatkowego.

W dniu 27 września 2010 r. (...) S.A. przekazał (...) spółce z o.o. plac budowy, co zostało potwierdzone przez strony protokołem. Wykonawca zobowiązał się w nim do zabezpieczenia terenu budowy w okresie realizacji umowy, aż do zakończenia i odbioru końcowego robót. Ponadto strony wskazały, że rozpoczęcie robót nastąpi w dniu 6 października 2010 r. W trakcie oględzin placu budowy pozwany zgłosiła zastrzeżenie, że teren jest zawilgocony i należy wykonać rowy odwadniające. W uwagach do protokołu (...) S.A. zobowiązał się do wykonania rowów odwadniających poniżej podstawy nasypu, na obszarze zakresu robót wykonawcy. W imieniu powoda protokół podpisali kierownik budowy J. J. i kierownik robót K. A.. Natomiast pozwanego reprezentowali prezes zarządu G. D. (1) i członek zarządu E. P.. Prace związane z wykonaniem rowów odwadniającymi trwały ok. 1-2 dni i zakończyły się we wrześniu 2010 r.

Pismem z dnia 11 października 2010 r. (...) spółka z o.o. poinformowała (...) S.A., że w dniu 9 października 2010 r. wykonano badania nośności podłoża płytą dynamiczną i dokonano kilku przekopów kontrolnych celem zidentyfikowania rodzaju podłoża, sugerując konieczność zastosowania stabilizacji podłoża spoiwami hydraulicznymi. Wszyscy inni podwykonawcy, którzy rozpoczęli prace w analogicznym okresie, wykonywali powierzone im prace i nie zgłaszali zastrzeżeń. Oprócz pozwanego zastrzeżenia do stanu podłoża zgłosił tylko jeszcze jeden podwykonawca. Po konsultacji z inżynierem budowy, pracownicy (...) S.A. stwierdzili, że nie ma potrzeby dodatkowej stabilizacji podłoża, ale aby zakończyć spór pozwanym i przyspieszyć prace na budowie, powód podjął się ułożenia pierwszej warstwy podłoża pod nasyp. Wykonane przez powoda badania podłoża spełniały wszystkie parametry uwzględnione w specyfikacji technicznej.

W kolejnych pismach z października 2010 r. pozwany kwestionował zasadność dogęszczania przez (...) S.A. podłoża nasypu za pomocą walców. (...) spółka z o.o. domagała się dostarczenia jej wyników badań nośności i zagęszczenia podłoża. Powód nie wydał pozwanemu odcinków, na których ułożył pierwszą warstwę podłoża, informując go, że w związku z nieuzasadnionym zaniechaniem wykonywania przez niego prac, co skutkowało opóźnieniem prac określonych w harmonogramie, (...) S.A. został narażony na dodatkowe koszty i dlatego tymczasowo ogranicza zakres robót wykonywanych przez (...) spółkę z o.o. do km 545+375 - 546+750. Ponowne powierzenie pozwanemu pozostałych odcinków robót uzależnił od pełnej mobilizacji sprzętu i pracowników przez (...) spółkę z o.o. Na przełomie września i października 2010 r. pozwany dysponował sprzętem w postaci: 4 pojazdów typu KAT 330, 8 walców kołkowanych i gładkich, 6 koparek kołowych oraz 4 wozideł (łącznie ok. 24 sztuk), przy czym wszystkie maszyny stanowiły własność J. S. (1), z którym (...) spółkę z o.o. łączyła ustna umowa o współpracy. Pozwany nie podjął prac na budowie, gdyż w listopadzie 2010 r. J. S. (1) przeniósł sprzęt na inny odcinek autostrady objęty odrębną umową, zniecierpliwiony przedłużającym się zastoje robót u pozwanego.

Pismem z dnia 25 listopada 2010 r. (...) S.A. wezwał (...) spółkę z o.o. do pilnego rozpoczęcia robót na budowie. Jednakże pozwany nie stawiał się na placu budowy, tłumacząc się niekorzystnymi warunkami pogodowymi i bliskością okresu zimowego przestoju. W konsekwencji (...) spółka z o.o. nie rozpoczęła w ogóle prac, a (...) S.A. musiała hałdować materiał pod nasyp przez całą jesień i zimę. Tymczasem inni podwykonawcy powoda prowadzili prace do aż połowy grudnia, kiedy to wykonywanie dalszych robót było już niemożliwe z uwagi na niskie temperatury i padający śnieg. Z przyczyn atmosferycznych prowadzenie prac było niemożliwe do lutego 2011 r.

Pismem z dnia 14 marca 2011 r. (...) S.A. po raz kolejny wezwał (...) spółkę z o.o. do stawienia się na budowie w pełnej mobilizacji i rozpoczęcia powierzonych prac. Jednocześnie pozwany został poinformowany o cotygodniowych naradach koordynacyjnych. Wobec braku reakcji ze strony pozwanego, powód kolejnym pismem z dnia 28 marca 2011 r. wezwał (...) spółkę z o.o. do rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy, pod rygorem naliczenia kar umownych i potrącenia ich z wierzytelnościami wykonawcy, wynikającymi z realizacji robót na innych kontraktach zamawiającego.

(...) S.A. był związany kontraktem ze Skarbem Państwa - Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad (inwestorem), w którym przewidziano kary umowne na rzecz inwestora z tytułu niewykonania umowy w terminie, powodowi zależało na intensywnym i wielotorowym prowadzeniu robót, także w zakresie, w jakim prace te zostały powierzone podwykonawcom. (...) S.A. podjął decyzję o ograniczeniu zakresu prac powierzonych (...) spółce z o.o., aby umożliwić pozwanemu wykonanie ich choćby w części, bez dalszych konsekwencji finansowych z tytułu niewykonania pierwotnie powierzonego zakresu robót. Dlatego aneksem z dnia 31 marca 2011 r. (...) S.A. i (...) spółka z o.o. dokonały zmiany umowy w zakresie jej przedmiotu, ograniczając go do terenu od km ok. 548+267 - 550+150. Ograniczona została także wysokość wynagrodzenia należnego pozwanemu do kwoty 3.632.145,09 zł netto.

Na spotkaniu roboczym w dniu 1 kwietnia 2011 r. strony ustaliły, że (...) spółka z o.o. rozpocznie mobilizację sprzętu. Pierwsze maszyny miały pojawić się na budowie w dniu 5 lub 6 kwietnia 2011 r., do dnia 15 kwietnia 2011 r. miały być w pełni zmobilizowane dwa kompletne zespoły robocze, zaś pierwsze roboty ziemne na nasypie miały rozpocząć się w dniu 7 kwietnia 2011 r. W protokole zastrzeżono, że jeżeli pozwany nie rozpocznie prac w 14-tym tygodniu 2011 r., generalny wykonawca zleci wykonanie prac innemu wykonawcy i skorzysta z sankcji umownych wobec pozwanego. Wobec bezskutecznego upływu uzgodnionego terminu, (...) S.A. ponownie wezwał pozwanego do realizacji powierzonych prac i wyznaczył mu termin na rozpoczęcie prac do dnia 26 kwietnia 2011 r., pod rygorem obciążenia go kosztami wykonawstwa zastępczego oraz wypowiedzenia umowy.

W dniu 30 kwietnia 2011 r. (...) spółka z o.o. zmobilizowała na placu budowy trzy maszyny: koparkę, ładowarkę i spycharkę, które rozpoczęły prace jako niekompletny zespół roboczy. Pozwany rozpoczął prace na odcinku 400 m z 2.000 m, jakie pozostały mu do wykonania po aneksowaniu umowy, gdyż nie był w stanie zmobilizować sprzętu w ilości deklarowanej w umowie i potwierdzonej w aneksie z dnia 31 marca 2011 r. W maju 2011 r., podczas obchodu placu budowy, kierownik kontraktu G. D. (2) dowiedział się o zatrudnieniu przez pozwanego podwykonawców i dalszych podwykonawców. Wykonując obowiązek z § 34 ust. 3 warunków ogólnych umowy, (...) S.A. wskazał pozwanemu, że z uwagi na znaczne opóźnienie w pracach, w celu terminowego wykonania robót, powinien on zaangażować co najmniej cztery zespoły robocze w systemie pracy ciągłej, tj. 24h na dobę. Przy tym poinformował pozwanego, że na jednym z odcinków trwa wykonawstwo zastępcze, którego koszty zostaną skompensowane z wierzytelnościami przysługującymi (...) spółce z o.o. wobec (...) S.A.

W czerwcu 2011 r. do (...) S.A. zgłosili się podwykonawcy pozwanego, informując go o nieregulowaniu na ich rzecz płatności przez (...) spółkę z o.o. Z końcem czerwca 2011 r. podwykonawcy pozwanego opuścili plac budowy i tym samym (...) spółka z o.o. ponownie porzuciła prace na budowie. Na spotkaniu w dniu 4 lipca 2011 r. przedstawiciele stron oraz podwykonawcy pozwanego ustalili, że A. M. świadczył na rzecz pozwanego usługę najmu sprzętu budowlanego, a (...) S.A. oraz J. S. (2) i R. S. świadczyli analogiczne usługi na rzecz A. M.. Maszyny wynajmowane przez A. M. pracowały w ramach realizacji robót zleconych pozwanemu. Rozliczeń dokonywano za m³ wykonanych robót, a nie w stawkach dziennych lub godzinowych za najem. Strony ustaliły, że (...) S.A. wypłaci wynagrodzenie na rzecz (...) S.A. oraz J. S. (2) i R. S. do wartości robót przerobionych przez (...) spółkę z o.o. i

potrąci tę kwotę z wierzytelności, jakie przysługują pozwanemu wobec (...) S.A. Ostatecznie porozumienie to nie doszło do skutku, ponieważ nie można było ustalić wysokości poszczególnych wierzytelności, których kwoty wahały się od 160.000 zł do 1.000.000 zł.

Po kolejnym wezwaniu (...) spółki z o.o. do podjęcia robót pismem z dnia 12 lipca 2011 r., w dniu 18 lipca 2011 r. (...) S.A. złożył pozwanemu oświadczenie o odstąpieniu w całości od umowy o wykonanie robót drogowych z wyłącznej winy wykonawcy oraz o nałożeniu na niego kary umownej. W uzasadnieniu powód powołał się na znaczące opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy, podjęcie prac z 7-miesięcznym opóźnieniem i wielokrotne przerywanie prac. Ponadto powód podniósł, że wbrew postanowieniom umowy pozwany zaangażował do pracy podwykonawców, którym nie wypłacił wynagrodzenia. (...) S.A. nałożył na (...) spółkę z o.o. karę umowną z tytułu: odstąpienia od umowy z przyczyn za które odpowiedzialność ponosi wykonawca - 10 % wynagrodzenia umownego brutto, niedotrzymania terminów zakończenia robót określonych w harmonogramie - 0,04 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia, opóźnienia w przekazaniu zamawiającemu schematu organizacyjnego - 0,01 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia licząc od dnia upływu terminu wskazanego na jego dostarczenie, rażącego naruszenia obowiązków wykonawcy w postaci nie zgłoszenia wprowadzenia na teren budowy osoby trzeciej - 0,04 % wynagrodzenia umownego brutto, na podstawie § 32 warunków ogólnych umowy ograniczając wysokość tej kary do 15% wartości wynagrodzenia umownego brutto, tj. do kwoty 670.130,77 zł.

Pozwany odmówił zapłaty kary umownej i odesłał powodowi notę obciążeniową. Równoległe strony prowadziły rozmowy na temat polubownego rozwiązania sporu i odwołania oświadczenia o odstąpieniu od umowy, które jednak nie zakończyły się porozumieniem. W niniejszym postępowaniu powód ostatecznie domagała się zapłaty kary umownej naliczonej na podstawie § 33 ust. 1 pkt 3 warunków ogólnych umowy, za odstąpienie od umowy z przyczyn za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, w wysokości 10% wynagrodzenia brutto (tj. 446.753,84 zł), pomniejszonej o potrąconą uprzednio kwotę 48.066,94 zł.

Stan faktyczny sprawy Sąd Okręgowy ustalił na podstawie dowodów z dokumentów, wydruków korespondencji mailowej, zeznań świadków: M. A., J. S. (1), G. D. (2), J. J., a także przesłuchania stron ograniczonego do członka zarządu pozwanej spółki (...). Sąd pierwszej instancji uznał za wiarygodne zeznania świadków M. A., G. D. (2) i J. J.. Świadek J. J. pełnił funkcję kierownika budowy i zastępcy dyrektora kontraktu. Zeznał, że: zdjęcie warstwy humusu nie spowodowało zalania terenu, ponieważ znajdował się on na wzniesieniu; wychodząc naprzeciw oczekiwaniom pozwanego, powód wykonał rowy odwadniające i położył pierwszą warstwę podłoża, wykazując, że zastrzeżenia pozwanego nie były uzasadnione; wykonane przez powoda badania warstwy nośnej potwierdziły, że spełnia ona standardy określone w specyfikacji technicznej doręczonej pozwanemu podczas przekazania placu budowy. Zeznania te korespondowały z zeznaniami świadka G. D. (2), który zeznał, że pomimo niesprzyjających warunków pogodowych i trudnego podłoża, wszyscy podwykonawcy, oprócz pozwanego, prowadzili roboty ziemne. Świadek M. A. zeznał, że w toku negocjacji warunek zdolności pozwanego do samodzielnego wykonania prac był określony jako istotny i przesądzający przy wyborze kontrahenta.

Natomiast zeznania świadka J. S. (1) Sąd Okręgowy uznał za wiarygodne, ale częściowo nieprzydatne do rozstrzygnięcia sprawy. Świadek ten był nieformalnym współnikiem pozwanego, dostarczającym mu maszyny niezbędne do prowadzenia prac ziemnych. Zeznał, że zabrał swój sprzęt w listopadzie 2010 r. i nie wie, jak przebiegały dalsze roboty, gdyż zajął się pracami na innym odcinku autostrady. W zakresie, w jakim świadek ten wypowiadał się o stanie gruntu w październiku 2010 r., Sąd pierwszej instancji ocenił, że nie posiada on wiedzy specjalistycznej, a jego wypowiedzi stanowiły opinie oparte na doświadczeniu zawodowym. Według świadka, nacisk powoda na rozpoczęcie robót miał na celu przerzucenie kosztów osuszenia i utwardzenia wilgotnego podłoża na pozwanego, co wskazuje, że istniała możliwość prowadzenia prac, lecz wiązała się z koniecznością poniesienia dodatkowych nakładów, na co pozwany się nie godził. Z zeznań świadka wynika również, iż w momencie podpisywania umowy pozwany nie posiadał sprzętu i zaplecza pozwalającego na prowadzenie prac przy budowie drogi, a po wycofaniu się cichego współnika w listopadzie 2011 r. pozostał na budowie niemal całkowicie bez sprzętu.

Wreszcie zeznania członka zarządu pozwanego G. D. (1) sąd uznał za częściowo wiarygodne. Wiarygodnie zeznał on, że nie podpisywał umów zlecenia ani o podwykonawstwo, bo oznaczałoby to konieczność zgłoszenia podwykonawców powodowi, przy czym w 2011 r. pozwany sam nie dysponował zapleczem osobowym ani technicznym pozwalającym prowadzić prace. Natomiast za niewiarygodne uznał zeznania, że pozwany mógł prowadzić prace na odcinkach, na których powód położył pierwszą warstwę podłoża, jednak powód nie chciał mu ich wydać. Po skonfrontowaniu tych zeznań z zeznaniami świadka G. D. (2), według którego pierwsza warstwa podłoża została położona w połowie listopada oraz zeznaniami świadka J. S. (1), który potwierdził, że w listopadzie rozpoczął przenoszenie sprzętu z odcinka pozwanego na inny plac budowy, twierdzenia pozwanego należy uznać za nieprawdziwe. Powód wzywał bowiem pozwanego do mobilizacji sprzętu i rozpoczęcia prac, a do tego czasu prowadził wykonawstwo zastępcze, aby nie opóźnić wykonania prac. Pozwany nie mógł już w tym czasie zmobilizować sprzętu, gdyż został on rozdysponowany do prowadzenia innych prac budowlanych. Za nieprawdziwe uznał Sąd Okręgowy twierdzenie pozwanego, że chociaż nie zatrudniał pracowników, mógł dysponować zapleczem wspólników spółki. Gdyby bowiem pozwany mógł dysponować sprzętem i pracownikami wspólników, nie zawierałby umów „najmu sprzętu” z innymi podmiotami. Ponadto pozwany prowadził w tym samym czasie prace na innym odcinku autostrady, wykorzystując sprzęt współpracownika J. S. (1). W ocenie Sądu pierwszej instancji, okoliczność, że pozwany był zaangażowany w prowadzenie robót na innym odcinku budowy autostrady, a przy tym dysponował ograniczonym zasobem sił roboczych i sprzętu, skutkowałą niewykonywaniem prac w ramach zadania będącego przedmiotem w niniejszej sprawie.

Zdaniem Sądu Okręgowego, powództwo zasługiwało na uwzględnienie w zakresie, w jakim nie zostało przez powoda cofnięte ze zrzeczeniem się roszczenia. W części, w jakiej powód cofnął powództwo ze zrzeczeniem się roszczenia, tj. w zakresie kwoty 223.246,14 zł wraz z odsetkami, Sąd pierwszej instancji umorzył postępowanie w sprawie na podstawie art. 355 § 1 k.p.c.

Według Sądu pierwszej instancji źródłem roszczenia powoda jest umowa o roboty budowlane, o której mowa w art. 647 k.c. (...) S.A. wobec (...) spółki z o.o. zostało skonstruowane jako roszczenie o zapłatę kary umownej w rozumieniu art. 483 k.c.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 sierpnia 2008 r., sygn. akt V CSK 85/08, LEX nr 457785). Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. Przez karę umowną, zwaną także odszkodowaniem umownym albo karą konwencjonalną, strony ustalają z góry wielkość odszkodowania. Utożsamianie kary umownej z odszkodowaniem umownym nie jest jednak poprawne, bo karę umowną należy traktować jako surogat odszkodowania. Stanowi ona techniczno-prawne określenie oznaczonego świadczenia pieniężnego, do którego wykonania dłużnik zobowiązuje się tytułem naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, jako świadczenia głównego. Strony, zastrzegając karę umowną, w ten sposób uniezależniają się od konieczności toczenia przed sądem sporu o wysokość i zapłatę odszkodowania. Eliminują tym samym niepewność, jaka zawsze towarzyszy procesowi przed sądem, z uwagi na zbędne wykazywanie szkody czy jej wysokości.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że pozwany od momentu powstania tak ukształtowanego zobowiązania był świadomy, jakie koszty będą towarzyszyły jego zachowaniu niezgodnemu z treścią umowy. Ponieważ obie strony umowy są profesjonalistami, można oczekiwać, że w sposób należyty rozważyły wszystkie postanowienia łączącej je umowy i gdyby postanowiły nadać zakresowi i warunkom kary umownej inne znaczenie, niż to wynika z wykładni językowej, zawarłyby w umowie dodatkowy zapis, którego celem byłoby doprecyzowanie zasad naliczania kary umownej. Tymczasem w umowie z dnia 23 września 2010 r. strony dokładnie określiły essentialia negotii, tj.

zobowiązania i obowiązki, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary umownej (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2008 r., sygn. akt I CSK 240/08, LEX nr 484667).

Sąd Okręgowy stwierdził, że w przedmiotowej sprawie kara umowna została zastrzeżona nie tylko na wypadek odstąpienia przez zamawiającego od umowy z przyczyn leżących po stronie jego kontrahenta w wykonaniu zobowiązania niepieniężnego, jednak w ramach niniejszego postępowania powód ostatecznie dochodzi jej zapłaty tylko na tej podstawie. Wysokość kary umownej z tego tytułu została określona przez odniesienie się do wysokości przewidzianego umową wynagrodzenia. Zgodnie z treścią § 33 ust. 1 pkt 3 warunków ogólnych umowy, w razie odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, (...) spółka z o.o. zobowiązana była do zapłaty kary umownej w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto. Ponieważ w aneksie nr (...) z dnia 31 marca 2011 r. do umowy z dnia 23 września 2010 r. wynagrodzenie pozwanego zostało określone na kwotę 3.632.145,09 zł netto (4.467.538,40 zł brutto), wysokość kary umownej została prawidłowo ustalona przez powoda na kwotę 446.753,84 zł. Przy tym, powód ograniczył wysokość dochodzonej w niniejszym postępowaniu kary umownej do kwoty 398.746,90 zł, pomniejszając ją o kwotę 48.006,94 zł, z uwagi na uprzednio złożone oświadczenie o potrąceniu wierzytelności przysługującej (...) S.A. wobec (...) spółki z o.o.

Sąd Okręgowy wskazał, że wysokość kary umownej w zasadzie jest dowolna, lecz zważywszy, iż jest ona odszkodowaniem umownym, a odszkodowanie nie powinno być źródłem wzbogacenia się poszkodowanego i nie powinno przewyższać szkody, to przyjmuje się, że jej wysokość nie powinna przewyższać wielkości świadczenia, którego wykonanie ma zabezpieczać (por. uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 grudnia 2008 r., sygn. akt V ACa 483/08, LEX nr 491137). Zastrzeżenie w umowie kar umownych sprawia, że w każdym wypadku nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania bez znaczenia dla powstania obowiązku ich zapłaty są przyczyny, które spowodowały naruszenie obowiązków ciążących na dłużniku stosownie do treści zobowiązania, chyba że nie obciążałyby one dłużnika (art. 471 w związku z art. 483 § 1 k.c.). Wierzyciel dla realizacji przysługującego mu roszczenia o zapłatę kary umownej musi wykazać istnienie i treść zobowiązania łączącego go z dłużnikiem, a także fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (por. uzasadnienia wyroków Sądu Najwyższego: z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 791/98, LEX nr 50891; z dnia 7 lipca 2005 r., sygn. akt V CK 869/04, LEX nr 150649; z dnia 9 lutego 2005 r., sygn. akt II CK 420/04, LEX nr 301769).

Według Sądu pierwszej instancji, pomimo automatyzmu konieczności zapłacenia kary umownej w razie wystąpienia okoliczności uzasadniających jej naliczanie, trzeba jednak przyjąć, że w pewnych sytuacjach dłużnik będzie zwolniony od obowiązku jej zapłaty. Skoro przesłanką uzasadniającą zwolnienie dłużnika z odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest wykazanie, że przyczyną takiego stanu rzeczy są okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, to przyjmując należy, że analogiczne zasady obowiązują w odniesieniu do kary umownej. Dłużnik zatem będzie zwolniony z obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli wykaze, że przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania uzasadniające naliczanie kary umownej są okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Z drugiej strony, za dopuszczalne należy uznać zastrzeżenie w umowie uprawnienia wierzyciela do żądania kary w wypadku, gdy przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania są okoliczności niezawinione przez dłużnika. O skuteczności takiej klauzuli przesądza zawłaszcza art. 473 § 1 k.c. dopuszczający możliwość modyfikacji ogólnych reguł odpowiedzialności dłużnika.

Przy karze umownej, w razie braku rozszerzenia odpowiedzialności na podstawie art. 471 k.c., wina w niewykonaniu zobowiązania jest podstawową przesłanką roszczenia opartego na podstawie art. 483 k.c. (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 2004 r., sygn. akt IV CK 583/03, LEX nr 137571). W konsekwencji niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania musi być następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, wynikać więc musi z niedołożenia przez dłużnika należytej staranności (art. 472 k.c.), czyli jego winy w postaci (co najmniej) niedbalstwa (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 1999 r., sygn. akt III CKN 166/98, LEX nr 521867). Wierzyciel nie musi jednak udowadniać, że wykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (przede wszystkim z winy dłużnika). Zgodnie bowiem z domniemaniem zawartym w art. 471 k.c. niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania następuje na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Na dłużniku natomiast ciąży obowiązek

wykazania, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2003 r., sygn. akt III CKN 50/2001, niepubl.).

W toku procesu (...) spółka z o.o. podnosiła zarzut niezawinionego opóźnienia w wykonaniu zleconych jej prac, z powołaniem się na warunki atmosferyczne i działania powoda. Pozwany twierdził, że na podstawie przeprowadzonych przez niego przed rozpoczęciem robót badań podłoża okazało się, iż wymaga ono stabilizacji spoiwami hydraulicznymi, a jednocześnie powód, bez konsultacji z pozwanym, zdjął warstwę humusu, bez wykonania rowów odwadniających, czym spowodował zawilgocenie terenu i uniemożliwił prowadzenie prac do momentu jego osuszenia. Ponadto pozwany podniósł, że kolejną przyczyną niewykonania prac zgodnie z harmonogramem była zwłoka powoda w dostarczeniu mu podpisanego egzemplarza umowy o roboty drogowe. Wreszcie pozwany zaprzeczył, aby dalsze opóźnienia prac były wywołane jego problemami z podwykonawcami, twierdząc, że winę za opóźnienia ponosi powód, który nie dostarczył materiałów niezbędnych do wykonania nasypów. Przyczynami były także: niewłaściwe ilości naliczanych nasypów, zbyt późne przekazywanie operatów geodezyjnych za wykonane roboty, bezzasadne potrącenia dokonywane przez powoda i uchylanie się przez niego od zapłaty należnego pozwanemu wynagrodzenia, co skutkowało utratą przez niego płynności finansowej. Tym samym pozwany twierdził, że źródłem niewykonania zobowiązania były okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

Zdaniem Sądu Okręgowego pozwany nie zdołał udowodnić, aby podnoszone przez niego okoliczności miały istotny wpływ na przebieg procesu budowlanego. Przyczyny niewykonania zobowiązania przez (...) spółkę z o.o. leżały wyłącznie po jej stronie jako wykonawcy, który faktycznie nie dysponował zapleczem personalnym i sprzętem niezbędnym do wykonania złożonego i skomplikowanego zadania inwestycyjnego, polegającego na wykonaniu robót ziemnych w gruncie nieskalistym i wykonaniu nasypów. W tej sytuacji istniały podstawy do odstąpienia przez (...) S.A. od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, na podstawie art. 395 § 1 k.c. Sąd pierwszej instancji podkreślił, że w orzecznictwie przyjmuje się możliwość zastrzeżenia kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 r., sygn. akt IV CSK 401/10, LEX nr 1108517).

Sąd pierwszej instancji wskazał, że w dniu 27 września 2010 r. pozwany przejął protokolarnie plac budowy, zobowiązując się do rozpoczęcia prac najpóźniej w dniu 6 października 2010 r. Twierdzenia pozwanego, jakoby nie otrzymał egzemplarza umowy, a także, iż w trakcie wykonywania prac uległ zmianie zakres prac zleconych, nie znajdują potwierdzenia w dokumentach. Umowa z dnia 23 września 2010 r. została podpisana przez osoby upoważnione do działania w imieniu stron i jest to dokument prywatny w rozumieniu art. 245 k.p.c. Pozwany chcąc wykazać, że dokument został sporządzony w innej dacie, zgodnie z art. 6 k.c. powinien przedstawić dowód na poparcie swoich twierdzeń, czego nie uczynił. Ponadto nie sposób przyjąć za prawdziwe twierdzenia pozwanego co do braku wiedzy o zakresie powierzonych mu prac. (...) spółka z o.o. jest spółką kapitałową prawa handlowego, która profesjonalnie funkcjonuje w obrocie gospodarczym i nie sposób uznać, że jej reprezentanci podpisaliby umowę o wykonanie prac na kwotę ok. 13.000.000 zł, nie mając świadomości co do zakresu tych prac.

Sąd Okręgowy ustalił, że pozwany rozpoczął prace ze znacznym opóźnieniem i wielokrotnie je przerywał, pomimo wielokrotnych wezwań ze strony powoda do rozpoczęcia realizacji umowy. Zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym, wykonawca był zobowiązany do rozpoczęcia prac od dnia 6 października 2010 r. i ich zakończenia do dnia 30 lipca 2011 r. Zgodnie z treścią § 34 ust. 1 pkt 4 i 6 ogólnych warunków umowy, podstawą do odstąpienia od umowy było m.in.: przerwanie przez wykonawcę realizacji robót i nie realizowanie ich bez uzasadnionej przyczyny przez okres kolejnych 14 dni roboczych lub opóźnianie się tak dalece z realizacją robót, że wątpliwym będzie ich terminowe zakończenie, a także nierozpoczęcie robót przez wykonawcę bez uzasadnionych przyczyn i niepodjęcie ich pomimo dodatkowego wezwania zamawiającego. Wbrew twierdzeniom pozwanego, nie zaistniała przesłanka uzasadniająca niepodjęcie prac w dniu 6 października 2010 r., albowiem warunki techniczne i pogodowe nie uniemożliwiały prowadzenia robót ziemnych, a jedynie utrudniały je, nakładając na wykonawcę konieczność podjęcia nieprzewidzianych w umowie czynności związanych z utwardzaniem podłoża, co skutkowało wzrostem kosztów ich wykonania.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że strony łączyła umowa przewidująca wynagrodzenie ryczałtowe, a pozwany był zobowiązany do podjęcia dodatkowych prac pomimo kosztów. Nie zrobił tego jednak, gdyż uznał, że roboty te nie należą do zakresu zleconych mu prac i nie obejmuje ich wynagrodzenie ryczałtowe. W ocenie Sądu Okręgowego, pozwany odmówił rozpoczęcia wykonywania prac mając na celu uniknięcie ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z ewentualną koniecznością utwardzenia terenu lub przerzucenie ich na powoda. Pozwany nie zaoferował sądowi dowodu z wyników badań, na które się powoływał się w odpowiedzi na pozew, jednocześnie twierdząc, że z badań wykonanych na jego zlecenie wynikało, iż warunki gruntowe znacznie przekraczały minimalne wymagania dla uzyskania odbioru robót. Pozwany także nie udowodnił, że zdjęcie humusu skutkowało zalaniem placu budowy, a w konsekwencji niedostępniem mu frontu robót.

Zdaniem Sądu Okręgowego, już w październiku 2010 r. zaistniała przesłanka uzasadniająca odstąpienie od umowy przez powoda i obciążenie pozwanego karą umowną, na podstawie § 34 ust. 1 pkt 4 i 6 warunków ogólnych umowy, albowiem pozwany nie podejmował powierzonych mu prac. Powód jednak zwlekał z odstąpieniem od umowy, ponieważ jego intencją jako generalnego wykonawcy inwestycji, było realizowanie prac na szeroko otwartym froncie robót, aby nie doszło do obciążenia (...) S.A. karami umownymi przez inwestora. Powód był zainteresowany współpracą ze (...) spółką z o.o. i dlatego prowadził z nią rozmowy w celu ugodowego zakończenia sporu. W celu umożliwienia pozwanemu realizacji umowy, (...) S.A. zgodził się na podpisanie w dniu 31 marca 2011 r. aneksu nr (...) do umowy z dnia 23 września 2010 r., mocą którego ograniczony został powierzony pozwanemu zakres prac, a także wynagrodzenie. Pozwany po przerwie zimowej miał rozpocząć realizację prac od dnia 6 kwietnia 2011 r., jednak i tego terminu nie dotrzymał. Pierwsze maszyny pojawiły się na budowie dopiero w maju 2011 r. Odstąpienie od umowy przez powoda poprzedziło kolejne porzucenie placu budowy przez pozwanego i niepodjęcie prac, pomimo kilku monitów i ostatecznego wezwania do podjęcia prac. Pozwany zaprzestał wykonywania prac ok. 20 czerwca 2011 r. i do dnia złożenia przez powoda oświadczenia o odstąpieniu od umowy w dniu 18 lipca 2011 r., a także po tej dacie, nie stawiał się na placu budowy z załogą zdolną do realizacji zleconego mu zadania. W tej sytuacji warunki atmosferyczne, które miały znacznie utrudniać pozwanemu prowadzenie prac w lipcu i do połowy sierpnia 2011 r., pozostawały bez wpływu na ocenę zgłoszonego roszczenia, skoro pozwany zaniechał wykonywania umowy już w czerwcu 2011 r.

Niezależnie od powyższej przyczyny odstąpienia od umowy, przedmiotowa umowa przewidywała dla zamawiającego prawo do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy również w wypadkach, gdy: wykonawca nie spełniał warunków, o których zapewniał w oświadczeniu złożonym w § 1 ust. 3 warunków ogólnych umowy, tj. że posiada wiedzę, doświadczenie, wymagane uprawnienia oraz potencjał niezbędny do wykonania robót, stanowiących przedmiot umowy; sprowadził na teren budowy podwykonawców z naruszeniem postanowień umowy lub obowiązujących ustaw lub nie płacił im wynagrodzenia, ewentualnie opóźniał się z płatnościami na ich rzecz powyżej 30 dni w stosunku do terminu płatności wynikającego z faktur. Sąd pierwszej instancji ustalił, że pozwany nie dysponował własnymi środkami do prowadzenia prac przy budowie autostrady, a po porzuceniu realizacji prac przez cichego wspólnika J. S. (1), nie był w stanie prowadzić dalszych robót. Oznacza to, że pozwany - wbrew złożonemu oświadczeniu - nie spełniał warunków określonych w § 1 ust. 3 warunków ogólnych umowy, tj. nie posiadał potencjału niezbędnego do wykonania robót będących przedmiotem umowy. Wątpliwości nie budzi również okoliczność zatrudnienia przez pozwanego podwykonawców, pomimo formalnego zawarcia z nimi jedynie umów najmu sprzętu budowlanego. Zdaniem Sądu Okręgowego, charakter umów łączących pozwanego z podwykonawcami należy oceniać nie według ich nazwy, lecz treści zobowiązania i wynikających z niej obowiązków. Przedmiotem tych umów nie było wynajęcie maszyn, lecz zespołu pracowników zdolnych do wykonania zakresu prac objętych umową o roboty budowlane. Ponadto pozwany zalegał z płatnościami na rzecz podwykonawców, co skutkowało zaistnieniem kolejnej przesłanki do odstąpienia od umowy przez powoda i obciążenia pozwanego karą umowną.

Dlatego w niniejszej sprawie wystąpił zbieg kilku podstaw uzasadniających odstąpienie od umowy z winy wykonawcy. Odstąpienie od umowy nastąpiło na podstawie oświadczenia złożonego przez (...) S.A. w piśmie z dnia 18 lipca 2011 r. Oświadczenie to zostało złożone przez G. D. (2), któremu uprzednio powód udzielił pełnomocnictwa do składania materialnoprawnych oświadczeń woli (k. 61 akt). Odstąpienie od umowy uzasadniało nałożenie na pozwanego kary pieniężnej na podstawie § 33 ust. 1 pkt 3 warunków ogólnych umowy.

Sąd Okręgowy uznał, że w przedmiotowej sprawie nie ma podstaw do miarkowania kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Przepis art. 484 § 2 k.c. zezwala na obniżenie wysokości kary umownej na żądanie dłużnika, jeżeli zobowiązanie jest w znacznej części wykonane albo gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Sąd pierwszej instancji podkreślił, że możliwość modyfikowania kary umownej osłabia jej rolę w umacnianiu wykonania umowy i dlatego winna być stosowana w wyjątkowych wypadkach. Jednocześnie wskazał, że dłużnik, który zamierza zgłosić żądanie oparte na art. 484 § 2 k.c., obowiązany jest wyraźnie takie żądanie sformułować oraz wykazać jego zasadność za pomocą zaoferowanych na jego poparcie dowodów, a także wskazać przesłanki obniżenia kary (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 2008 r., sygn. akt II CSK 421/07, LEX nr 361437), aczkolwiek samo żądanie oddalenia powództwa inkorporuje taki zarzut (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 grudnia 2003 r., sygn. akt II CK 271/02, LEX nr 151630). Dlatego Sąd Okręgowy odniósł się do zarzutu pozwanego zarówno z punktu widzenia zagadnienia rażącego wygórowania kary umownej, znacznego wykonania umowy, jak i braku szkody po stronie powoda.

Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że „rażące wygórowanie” jako okoliczność uzasadniająca miarkowanie kary umownej musi być postrzegane jako porównanie rozmiaru poniesionej szkody w wyniku naruszenia zobowiązania w stosunku do wysokości zastrzeżonej kary umownej, a kryterium oceny rażącego wygórowania może być także relacja jej wysokości do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2007 r., sygn. akt IV CSK 181/07, OSNC-ZD 2008, nr 2, poz. 48). Wskazał, że sama dysproporcja, nawet znaczna, nie uzasadnia zarzutu rażącego wygórowania kary umownej, albowiem celem jej zastrzeżenia jest wywarcie na dłużniku presji, żeby zobowiązanie wykonał w sposób należyty. Stan „rażącego wygórowania” kary umownej zaistnieje wtedy, gdy dłużnik nie wykona zobowiązania lub wykonana je nienależycie, a wierzyciel nie poniesie szkody, ale oznacza to odrzucenie tezy o automatycznym uzasadnieniu miarkowania kary umownej, ilekroć wierzyciel w wyniku niewykonania zobowiązania nie poniósł szkody. Zachodzi tutaj potrzeba indywidualnej oceny zastrzeżenia kary umownej i skutków zachowania się dłużnika uchylającego zobowiązaniu, które w niniejszej sprawie mogło skutkować naliczeniem powodowi kary umownej przez inwestora.

W ocenie Sądu pierwszej instancji, wysokość kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy nieprzekraczająca 10% wartości brutto umowy, nie może być uznana za wygórowaną, skoro umowa została zawarta pomiędzy podmiotami profesjonalnie funkcjonującymi w obrocie, zaś powód był związany dalszą umową z inwestorem, której niewykonanie narażało go na negatywne konsekwencje prawne (w szczególności: odstąpienie od umowy, obciążenie karami umownymi), konieczność organizowania prac zastępczych i utratę wypracowanej na rynku budowlanym pozycji w kontekście realizowanych strategicznych inwestycji w zakresie budowy autostrad.

Zdaniem Sądu Okręgowego, w niniejszej sprawie nie zaktualizowała się także druga przesłanka miarkowania kary umownej, zgodnie z którą dłużnik może żądać zmniejszenia kary, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane. „Znaczne wykonanie” jest pojęciem niedookreślonym i ocena, czy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, powinna następować na podstawie kryterium przydatności przedmiotu świadczenia dla wierzyciela oraz kryteriów wykonania zobowiązania ustanowionych w art. 354 k.c. Według Sądu pierwszej instancji, w niniejszej sprawie nie można pominąć okoliczności, że pozwany jako przedsiębiorca profesjonalnie funkcjonujący w obrocie, wykonał swoje zobowiązanie w nieznacznym jedynie zakresie. Pierwotna wartość kontraktu opiewała bowiem na kwotę ok. 13.000.000 zł netto, zaś wobec niepodejmowania przez pozwanego prac, powód zgodził się na zmniejszenie ich zakresu do wartości 3.632.145,09 zł netto. Tymczasem jako dowód wykonania znacznej ilości prac pozwany przedstawił dwie faktury VAT nr (...), na kwotę nie przekraczającą łącznie 1.000.000 zł netto.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że przepis art. 484 § 2 k.c. zalicza się do przepisów tzw. prawa sędziowskiego. Może on znaleźć zatem zastosowanie w sytuacji, gdy w świetle oceny określonego stanu faktycznego kara umowna w zastrzeżonej wysokości zostanie oceniona jako nieadekwatna. Tak oceniona nie powinna być kara umowna w kwocie niespełna 450.000 zł, w sytuacji, gdy pozwany jedynie w niewielkim zakresie wykonał powierzone mu pierwotnie prace. Dlatego Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do miarkowania kary umownej, rozważając interesy obu stron w

kontekście specyfiki i skali ich działalności gospodarczej oraz realiów rynkowych, a także uwzględniając działania podejmowane przez (...) S.A. w celu umożliwienia (...) spółce z o.o. wykonanie umowy. Były to działania polegające na zmniejszeniu zakresu prac i wielokrotnym monitowaniu wykonawcy, który od początku nie był przygotowany do realizacji umowy, gdyż nie dysponował odpowiednim potencjałem, a pomimo to podjął się zadania, próbując przerzucić jego ryzyko ekonomiczne na powoda.

O odsetkach od kary umownej Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 481 w związku z art. 455 k.c., przyjmując, że powód wezwał pozwanego do zapłaty kary umownej pismem z dnia 18 lipca 2011 r., nadanym do pozwanego dzień później faksem, zakreślając mu termin zapłaty na 14 dni od otrzymania wezwania.

Od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie apelację wniósł pozwany (...) spółka z o.o. z siedzibą w W..

Apelacją pozwany zaskarżył wyrok w całości, wnosząc o jego zmianę poprzez oddalenie powództwa w całości. Pozwany zarzucił zaskarżonemu orzeczeniu naruszenie:

1) art. 233 § 1 k.p.c., mające wpływ na wynik sprawy, polegające na:

- sprzeczności ustaleń faktycznych ze zgromadzonym materiałem poprzez nieuzasadnione, arbitralne i niemające umocowania w materiale dowodowym przyjęcie, że obowiązek odhumusowania placu budowy i jego prawidłowego przygotowania obciążał pozwanego, podczas gdy wprost z treści łączącej strony umowy i załączników do umowy wynika, że to na zamawiającym spoczywał obowiązek właściwego przygotowania placu budowy;

- sprzeczności ustaleń faktycznych ze zgromadzonym materiałem, wynikającej z pominięcia zapisów umowy stron i załącznika nr 1 do protokołu przekazania placu budowy oraz korespondencji stron, poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że od dnia 27 września 2010 r. do końca roku 2010, w którym dokonano przekazania placu budowy, możliwe było rozpoczęcie i kontynuowanie robót na pełną skalę przez pozwanego, podczas gdy - jak wynika z korespondencji przedprocesowej - nie było to możliwe z uwagi na zawilgocenie i złe przygotowanie podłoża oraz brak wykonania odpowiednich badań geodezyjnych, które to obowiązki obciążały w całości powoda;

- sprzeczności ustaleń faktycznych ze zgromadzonym materiałem dowodowym poprzez przyjęcie, że pozwany arbitralnie nie przystąpił do robót po przejęciu placu budowy, podczas gdy z korespondencji przedprocesowej stron wynika, że pozwany przystąpił do robót, jednak nie mógł ich kontynuować z uwagi na okoliczności leżące po stronie powoda;

- błędnej ocenie dowodów polegającej nieuzasadnionym oraz sprzecznym z materiałem dowodowym przyjęciu, że umowa została wydana pozwanemu w 2010 r., podczas gdy zarówno z daty przyjęcia umowy, jak i aneksu nr (...) do umowy wynika, że została ona przekazana przedstawicielom pozwanego dopiero w dniu 21 kwietnia 2011 r., którą to okoliczność potwierdził świadek J. J., który zeznał, że jest pewien, iż we wrześniu 2010 r. pozwany otrzymał zamówienie;

- błędnej oraz całkowicie arbitralnej ocenie dowodów polegającej na przyjęciu, że w kwietniu, maju i czerwcu 2011 r. występował problem niedostatecznej mobilizacji pozwanego, podczas gdy z porozumienia z dnia 4 lipca 2011 r. i z materiału zdjęciowego wynika jednoznacznie, że pozwany dysponował sprzętem budowlanym własnym i wynajmowanym, zaś jedyną przyczyną opóźnień w wykonywaniu przedmiotu umowy był brak zapłaty przez powoda za wykonane roboty 212.062 zł, jak również bezzasadne potrącenie kwoty wynagrodzenia 253.000 zł z innego kontraktu;

- arbitralnym uznaniu zeznań świadka J. S. (3) za nieprzydatne dla rozpoznania sprawy, choć jednocześnie za prawdziwe, podczas gdy świadek ten potwierdził, że: w październiku 2010 r. pozwany dysponował sprzętem umożliwiającym wykonanie umowy zgodnie z harmonogramem; niewykonywanie robót w październiku 2010 r. wynikało wyłącznie z przyczyn leżących po stronie powoda, a w szczególności z powodu nieprzygotowania placu budowy (w tym niewykonania rowów odwadniających); świadek potwierdził również, że do końca 2010 r. pozwany nie otrzymał egzemplarza podpisanej umowy;

- arbitralnym uznaniu zeznań świadków J. S. (3) i G. D. (1) za nieprzydatne do rozpoznania sprawy w zakresie, w jakim zeznali, że w okresie, gdy nie mogli wykonywać robót na kontrakcie dotyczącym autostrady (...) (D. - R.), pozwany wykonywał roboty budowlane na innym kontrakcie w przedmiocie budowy autostrady (...) na rzecz powoda (J. - R.);

- błędnej ocenie dowodów dokonanej z naruszeniem zasad logiki i doświadczenia życiowego, poprzez pominięcie i odmówienie jakiegokolwiek znaczenia w sprawie porozumieniu z dnia 4 lipca 2011 r., mocą którego powód zobowiązał się do uregulowania należności na rzecz podmiotów wynajmujących sprzęt budowlany, podczas gdy:

- okoliczność ta wskazuje jednoznacznie, że powód akceptował wykonywanie przedmiotu umowy przez pozwanego sprzętem budowlanym wynajmowanym przez podmioty trzecie;

- zbieżność czasowa tego dokumentu z oświadczeniem o odstąpieniu od umowy wskazuje jednoznacznie, że oświadczenie zostało złożone w celu uniknięcia wykonania przyjętego zobowiązania finansowego, którego wykonanie było niezbędne do kontynuowania robót budowlanych przez pozwanego;

2) art. 104 k.c. polegające na jego niezastosowaniu, poprzez przyjęcie, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy dokonane przez powoda było skuteczne, podczas gdy zostało ono dokonane przez osobą nieupoważnioną do reprezentacji powoda oraz niedysponującą pełnomocnictwem do dokonania tej czynności, podczas gdy jednostronna czynności prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania jest nieważna;

3) art. 483 § 1 w związku z art. 65 § 1 k.c. w związku z § 33 pkt 3 ogólnych warunków umowy, poprzez ich nieprawidłową interpretację i zastosowanie, polegające na uznaniu, że kara umowna za odstąpienie należna jest także w związku z arbitralną decyzją strony o odstąpieniu, podczas gdy w tych okolicznościach nie może być mowy o nienależnym wykonaniu zobowiązania, a nadto, że w okolicznościach sprawy zasadnym było obciążenie pozwanego karą umowną za odstąpienie od umowy przez powoda, podczas gdy przedmiotowe odstąpienie było arbitralną decyzją powoda i zostało spowodowane wyłącznie okolicznościami leżącymi po stronie powoda, w szczególności stanowiło próbę uniknięcia zapłacenia pozwanemu za wykonane roboty, jak również uniknięcia zapłaty podmiotom wynajmującym sprzęt budowlany, pomimo zawartego porozumienia w tym przedmiocie;

4) art. 484 § 2 k.c. polegające na nieprawidłowej interpretacji i zastosowaniu, poprzez przyjęcie, że:

- w niniejszej sprawie nie zostały spełnione przesłanki miarkowania kary umownej, podczas gdy zostały spełnione wszystkie przesłanki, w szczególności powód nie poniósł żadnej szkody, zaś kara jest rażąco wygórowana, zwłaszcza w odniesieniu do wysokości zapłaconego przez powoda wynagrodzenia, które wyraża się cyfrą „0”;

- przy dokonywaniu oceny zasadności miarkowania kary umownej rozstrzygające znaczenie ma jedynie stopień niewykonania zakresu robót określonych w umowie, bez znaczenia pozostaje natomiast wykonanie przez pozwanego robót budowlanych na kwotę ponad 212.000 zł, za które powód odmówił zapłaty, jak również bezzasadne potrącenie wynagrodzenia w kwocie ponad 253.000 zł z innego kontraktu (łącznie ponad 465.000 zł), które to okoliczności dowodzą, że powód nie wykonał podstawowego obowiązku umownego, jakim jest zapłata za wykonane prace, a ponadto powód nie poniósł jakiegokolwiek szkody;

- uzasadnione jest pominięcie, przy dokonywaniu oceny zasadności miarkowania kary umownej, okoliczności, że powód nie poniósł jakiegokolwiek szkody, co potwierdzają zeznania świadków G. D. (2) i J. J..

Powód (...) S.A. z siedzibą w W. wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Postanowieniem z dnia 9 marca 2016 r. Sąd Okręgowy w Warszawie odrzucił apelację pozwanego na postanowienie o częściowym umorzeniu postępowania, zawarte w punkcie drugim zaskarżonego wyroku (k. 516 akt).

Sąd Apelacyjny zważył:

Apelacja pozwanego nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne. Także rozważania prawne Sądu pierwszej instancji są prawidłowe.

Nie ma racji pozwany zarzucając Sądowi pierwszej instancji naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. polegające na dowolnej ocenie zgromadzonych dowodów, tj. porozumienia z dnia 4 lipca 2011 r., materiału zdjęciowego, zeznań świadków J. S. (3) i J. J., a także zeznań przesłuchanego w charakterze strony G. D. (1). W ocenie Sądu Apelacyjnego, w przedmiotowej sprawie stan faktyczny został ustalony przez Sąd Okręgowy prawidłowo, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, która wymaga, aby sąd oceniał materiał dowodowy w sposób logiczny, spójny i zgodny z zasadami doświadczenia życiowego. Należy podzielić utrwalony w orzecznictwie pogląd, że do naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. mogłoby dojść tylko wówczas, gdyby skarżący wykazał uchybienie podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów, tj. regułom logicznego myślenia, zasadzie doświadczenia życiowego i właściwego kojarzenia faktów (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2005 r., sygn. akt III CK 314/05, LEX nr 172176). Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo wbrew zasadom doświadczenia życiowego nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo - skutkowych, przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (por. uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 lutego 2007 r., sygn. akt I ACa 1053/06, LEX nr 298433).

Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem może być jedynie przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie o innej niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie, niż ocena sądu (por. uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 kwietnia 2006 r., sygn. akt I ACa 1303/05, LEX nr 214251). Tymczasem pozwany w apelacji ograniczył się do polemiki z ocenami Sądu pierwszej instancji, nie stawiając im przekonujących zarzutów, mogących stać się podstawą uznania rozumowania Sądu Okręgowego za nielogiczne bądź niezgodne z zasadami doświadczenia życiowego, a przez to wadliwe. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku zawarta jest dokonana przez Sąd Okręgowy obszerna i wnikliwa ocena dowodów, którą należy uznać za prawidłową.

W szczególności Sąd pierwszej instancji prawidłowo ustalił, że na żądanie pozwanego powód wykonał rowy odwadniające, które to prace trwały ok. 1-2 dni. W reakcji na kolejne żądanie pozwanego, powód stwierdził, że nie ma potrzeby dodatkowej stabilizacji podłoża, ale aby zakończyć spór pozwanym i przyspieszyć prace na budowie, powód podjął się ułożenia pierwszej warstwy podłoża pod nasyp. Wykonane przez powoda badania podłoża spełniały wszystkie parametry uwzględnione w specyfikacji technicznej. Oprócz pozwanego zastrzeżenia do stanu podłoża zgłosił tylko jeszcze jeden podwykonawca. W tej sytuacji niezrozumiałym jest zarzut skarżącego wadliwego przyjęcia przez Sąd pierwszej instancji, że obowiązek „odhumusowania” placu budowy i jego prawidłowego przygotowania obciążał pozwanego, skoro prace związane z przygotowaniem placu budowy w rzeczywistości wykonał powód. Niezasadnie także pozwany zarzuca, że nie mógł prowadzić prac w okresie od dnia 27 września 2010 r. do końca 2010 r. z uwagi na złe przygotowanie gruntu, skoro pozostali wykonawcy prace w tych samych warunkach prowadzili, a pozwany nie udowodnił prawdziwości swoich twierdzeń, w szczególności nie przedstawiając dowodu z badań gruntu, które rzekomo wykonał i o których wspomina w odpowiedzi na pozew. Nie została również udowodniona prawdziwość twierdzenia skarżącego o otrzymaniu egzemplarza łączącej strony umowy dopiero w dniu 21 kwietnia 2011 r., a więc ponad 6 miesięcy po jej zawarciu. Trafnie bowiem wskazał Sąd pierwszej instancji, że nie jest prawdopodobne, aby pozwany podjął się wykonania prac za kwotę ok. 13.000.000 zł netto, nie znając szczegółowego ich zakresu.

Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że zarówno w dacie zawierania umowy z dnia 23 września 2010 r., jak i później, pozwany nie dysponował własnymi środkami ludzkimi i sprzętem, pozwalającymi na samodzielne wykonanie prac. Okoliczność ta wynika m.in. z zeznań świadka J. S. (3), który okresowo udostępnił pozwanemu maszyny, aby następnie przenieść je na inną budowę. Potwierdza ją również treść porozumienia z dnia 4 lipca 2011 r., z którego wynika, że pozwany korzystał z podwykonawców udostępniających mu nie tylko sprzęt, ale też

pracowników (wynagrodzenie uzgodniono za m³ robót, a nie za godzinę pracy sprzętu), co było sprzeczne z łączącą strony umową. Pozwany nie płacił tym podwykonawcom, co spowodowało, że zrezygnowali oni ze świadczenia usług na rzecz pozwanego. Z zeznań świadka M. A. jednoznacznie wynika, że negocjując przedmiotową umowę powód podkreślał wymóg posiadania przez wykonawcę własnego zaplecza osobowego i technicznego, pozwalającego na prowadzenie prac na budowie. Przy tym, powód w umowie wyłączył możliwość korzystania pracy z podwykonawców. Nie może więc pozwany skutecznie twierdzić, że w porozumieniu z dnia 4 lipca 2011 r. powód zmienił powyższe zasady i zezwolił na ich pracę na budowie. Powód nie miał świadomości obecności podwykonawców pozwanego na terenie budowy, a fakt zawarcia porozumienia wynikał jedynie z chęci uregulowania zastanych relacji i zmierzał do umożliwienia pozwanemu ukończenia zleconych prac, z czego skarżący i tak się nie wywiązał.

Natomiast kwestia wzajemnych rozliczeń powoda i pozwanego, w szczególności dotyczących realizacji innych kontraktów, nie rzutuje na ocenę zawinionego opóźnienia skarżącego w realizacji zleconych mu przez powoda prac. Nie ma na nią wpływu także fakt, że w tym samym czasie pozwany wykonywał na rzecz powoda roboty budowlane na innym kontrakcie dotyczącym budowy autostrady (...). Podejmując decyzję w przedmiocie zawarcia umów dotyczących realizacji kilku odcinków autostrady, pozwany powinien bowiem wziąć pod uwagę ilość posiadanych mocy przerobowych, a także uwzględnić ryzyko i konsekwencje finansowe ewentualnego niewywiązania się z umowy.

Niezasadny jest podniesiony w apelacji zarzut naruszenia art. 483 § 1 w związku z art. 65 § 1 k.c. w związku z § 33 pkt 3 ogólnych warunków umowy, poprzez uznanie, że kara umowna za odstąpienie od umowy należna jest także w związku z arbitralną decyzją strony o odstąpieniu. W ocenie Sądu Apelacyjnego, oświadczenie powoda o odstąpieniu od łączącej strony umowy było skuteczne i umocowane w stanie faktycznym oraz treści postanowień umowy. Jak obszernie i precyzyjnie wyjaśnił Sąd pierwszej instancji w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, w niniejszej sprawie wystąpił zbieg kilku podstaw uzasadniających odstąpienie od umowy z winy wykonawcy. W oświadczeniu o odstąpieniu od umowy z dnia 18 lipca 2011 r. (...) S.A. powołał się na: znaczące opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy, podjęcie prac z 7-miesięcznym opóźnieniem i wielokrotne przerywanie prac, a także okoliczność, że wbrew postanowieniom umowy pozwany zaangażował do pracy podwykonawców, którym nie wypłacił wynagrodzenia. Każdą z powyższych podstaw należy uznać za prawdziwą, a zatem samodzielnie uzasadniającą odstąpienie od umowy przez powoda.

Nietrafny jest także zarzut naruszenia art. 104 k.c. poprzez przyjęcie, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy dokonane przez powoda było skuteczne, podczas gdy zostało ono dokonane przez osobą nieupoważnioną do reprezentacji powoda oraz niedysponującą pełnomocnictwem do dokonania tej czynności. Z akt sprawy wynika, że oświadczenie to zostało złożone przez G. D. (2), któremu uprzednio powód udzielił pełnomocnictwa do składania materialnoprawnych oświadczeń woli (k. 61 akt). Zdaniem Sądu Apelacyjnego, z faktu niedołączenia pełnomocnictwa do oświadczenia doręczonego pozwanemu nie można wywodzić, że pełnomocnictwo to zostało antydatowane. Jeżeli skarżący twierdzi, że dokument pełnomocnictwa pochodzi z innej daty, niż na nim wskazana, zgodnie z treścią art. 6 k.c. powinien udowodnić prawdziwość tego twierdzenia. Tymczasem pozwany nie przedstawił nie tę okoliczność żadnego dowodu, ograniczając się do głoślownych pomówień.

Nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut naruszenia art. 484 § 2 k.c. poprzez przyjęcie, że w niniejszej sprawie nie zostały spełnione przesłanki miarkowania kary umownej, podczas gdy: powód nie poniósł jakiegokolwiek szkody, kara jest rażąco wygórowana w odniesieniu do wysokości zapłaconego przez powoda wynagrodzenia (zero), pozwany wykonał roboty budowlane na kwotę ponad 212.000 zł za które powód odmówił zapłaty, powód bezzasadnie dokonał potrącenia wynagrodzenia w kwocie ponad 253.000 zł z innego kontraktu. Sąd Apelacyjny w całości podziela wywody Sądu pierwszej instancji co do braku podstaw do miarkowania kary umownej w przedmiotowej sprawie.

W judykaturze trafnie wyjaśniono, że zamieszczony w art. 484 § 1 k.c. zwrot „bez względu na wysokość poniesionej szkody” oznacza, że nie ma znaczenia sam fakt wystąpienia szkody, zatem przepis powyższy de lege lata modyfikuje ogólne zasady odpowiedzialności kontraktowej dłużnika w razie powstania obowiązku zapłaty przez niego kary umownej, gdyż jej zapłata powinna nastąpić bez względu na fakt wystąpienia i wysokość poniesionej szkody (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2014 r., sygn. akt V CSK 402/13, LEX nr 1486994). Jednakże istotnym kryterium miarkowana jest relacja kary umownej do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach

ogólnych, a także przyczyny opóźnienia, przyczynienie się wierzyciela, stopień winy dłużnika, relacja do należnego wynagrodzenia lub ocena stopnia naruszenia interesu wierzyciela wskutek opóźnionego wykonania robót (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2015 r., sygn. akt I CSK 690/13, LEX nr 1659211).

Jednakże, w ocenie Sądu odwoławczego, w niniejszej sprawie wyżej wskazane okoliczności nie przemawiają za obniżeniem kary umownej. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, stopień winy pozwanego w przedmiotowej sprawie jest znaczny, skoro zawierając umowę z powodem świadomie złożył nieprawdziwe oświadczenie o posiadaniu własnych środków osobowych i rzeczowych umożliwiających realizację prac, których faktyczny brak uniemożliwił mu realizację umowy, a ponadto wbrew treści umowy korzystał z usług podwykonawców, którym nie płacił za wykonane roboty, co skutkowało ich zejściem z placu budowy. Wysokość kary umownej w stosunku do wynagrodzenia pozwanego ustalonego w umowie nie jest rażąco wygórowana, skoro stanowi 10% tej kwoty. Natomiast na następcze obniżenie wysokości wynagrodzenia pozwanego wpłynęło jego nielojalne postępowanie polegające na nierozpoczęciu realizacji umowy, które doprowadziło do ograniczenia zakresu zleconych prac i należnego za nie wynagrodzenia. Na skutek tego postępowania pozwanego, powód doznał uciążliwości polegających na konieczności zastępczego zlecenia prac pozwanego innym podmiotom, a także obawie o terminową realizację całego kontraktu, co było obwarowane karą umownymi na rzecz inwestora. Zlecając większość prac należących początkowo do pozwanego innym podmiotom, zgodnie z łączącą strony umową powód obciążał kosztami wykonania zastępczego skarżącego. Dlatego dokonywał potrąceń należnych mu od pozwanego kwot z należności przysługujących od niego skarżącemu. Mając na uwadze powyższe oraz zakres następczego ograniczenia robót, w niniejszej sprawie nie można również twierdzić, że pozwany wykonał umowę w znacznej części.

Podstawą orzeczenia Sądu Apelacyjnego był art. 385 k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w związku z art. 108 § 1 k.p.c.