

Sygn. Akt VI ACa 508/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 lutego 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA Urszula Wiercińska

Sędziowie: SA Małgorzata Kuracka (spr.)

SO (del) Aleksandra Kempczyńska

Protokolant: Izabela Nowak

po rozpoznaniu w dniu 10 lutego 2015 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Budowlano – (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M. przeciwko Gminie O.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie

z dnia 23 grudnia 2013 r.

sygn. akt III C 787/13

I. prostuje komparycję zaskarżonego wyroku w ten sposób, że oznacza firmę powoda jako Przedsiębiorstwo Budowlano – (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M.;

II. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nadaje mu treść:

1) zasądza od Gminy O. na rzecz Przedsiębiorstwa Budowlano - (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M. kwotę 142 413,46 zł (sto czterdzieści dwa tysiące czterysta trzynaście złotych 46/100) z ustawowymi odsetkami od dnia 27 czerwca 2012 r. do dnia zapłaty;

2) w pozostałej części powództwo oddala;

3) zasądza od Gminy O. na rzecz Przedsiębiorstwa Budowlano - (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M. kwotę 8952 zł (osiem tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt dwa złote) tytułem zwrotu kosztów procesu;

III. w pozostałej części apelację oddala;

IV. zasądza od Przedsiębiorstwa Budowlano - (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M. na rzecz Gminy O. kwotę 179 zł (sto siedemdziesiąt dziewięć złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI A Ca 508/14

UZASADNIENIE

Powód Przedsiębiorstwo Budowlano - (...) Spółka z o.o. z siedzibą w M. wniosła o zasądzenie na jej rzecz od Gminy O. kwoty 250.397,36 złotych wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 25 lipca 2011 roku do dnia zapłaty oraz kosztów procesu.

Pozwana ostatecznie wносиła o oddalenie powództwa.

Wyrokiem z dnia 23 grudnia 2013 r. Sąd Okręgowy Warszawa - Praga w Warszawie zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 179.973,13 złotych wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 27 czerwca 2012 roku do dnia zapłaty (pkt I), oddalił powództwo w pozostałym zakresie (pkt II), a także zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 12189,88 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt III).

Sąd Okręgowy ustalił, że Przedsiębiorstwo Budowlano - (...) Spółka z o.o. z siedzibą w M. zawarło w dniu 09 września 2010 roku z Miastem O. umowę, której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych, polegających na budowie parkingów przy targowisku miejskim przy ulicy (...) w O., zgodnie z projektem budowlano - wykonawczym. Termin na wykonanie prac wynosił 70 dni od wprowadzenia na budowę. Umówione zostało wynagrodzenie w kwocie 782.491,55 złotych brutto. Jednocześnie w umowie zastrzeżone zostały kary umowne w wysokości 0,2 % wartości umowy za każdy dzień opóźnienia w przystąpieniu do prac lub wykonaniu prac będących przedmiotem umowy. Na skutek porozumienia pomiędzy (...) Spółdzielnią Mieszkaniową, Miastem O. oraz Przedsiębiorstwem Budowlano - (...) Spółka z o.o. z siedzibą w M. w przedmiocie wspólnego sfinansowania zadania, polegającego na budowie parkingów przy ulicy (...) w O., w dniu 23 listopada 2010 roku został zawarty aneks do umowy nr (...) z dnia 09 września 2010 roku, na podstawie którego z umówionego wynagrodzenia kwotę 100.000 złotych zobowiązała się zapłacić (...) Spółdzielnia Mieszkaniowa. Wprowadzenie na budowę nastąpiło w dniu 16 września 2010 roku, wobec czego zakończenie robót winno nastąpić do dnia 26 listopada 2010 roku. Prace budowlane polegały na rozebraniu dotychczasowej nawierzchni (płyty i beton), wykonaniu podbudowy pod kostkę brukową wraz z odwodnieniem, na które składało się 3 separatory, kratki ściekowe wraz z infrastrukturą, a na końcu ułożeniu kostki brukowej. Organizacja pracy na budowie była utrudniona ze względu na fakt, że dwa razy w tygodniu w tym rejonie odbywało się targowisko miejskie oraz cały czas musiał być utrzymany dojazd do sklepu (...), wokół którego budowany był przedmiotowy parking. Takie warunki pracy wymuszały prowadzenie prac etapowo na kolejnych częściach parkingu. Dodatkowo w czasie robót budowlanych rozpoczął się remont nawierzchni ulicy (...), co utrudniało dostawy materiałów budowlanych na plac budowy. Prace przypadły na okres jesienny i padały deszcze. W ocenie zamawiającego na placu budowy była niewystarczająca liczba pracowników. W dniu 24 listopada 2010 roku, a zatem na 2 dni przed upływem umówionego terminu na wykonanie robót budowlanych, Przedsiębiorstwo Budowlano (...) Spółka z o.o. z siedzibą w M. wystąpiło z wnioskiem o przesunięcie terminu realizacji umowy na dzień 17 grudnia 2010 roku, przy założeniu, iż najistotniejszy fragment powierzchni umożliwiający swobodną komunikację wykonany będzie do dnia 04 grudnia 2010 roku. Wniosek nie został uwzględniony. Począwszy od dnia 26 listopada 2010 roku temperatura powietrza stała się ujemna. Mrozy utrzymywały się do końca marca 2011 roku. Ujemne temperatury spowodowały wstrzymanie prac na budowie. Przedsiębiorstwo Budowlano - (...) Spółka z o.o. z siedzibą w M. wystawiło w dniu 16 grudnia 2010 roku fakturę za częściowe wykonanie zadania na kwotę 380.000 złotych. Prace na budowie zostały wznowione w dniu 04 kwietnia 2011 roku. Wykonywanie robót budowlanych zakończono w dniu 19 maja 2011 roku. W dniu 26 maja 2011 roku sporządzony został protokół końcowy odbioru wykonanych robót, w którym oceniono jakość wykonanych robót jako dobrą i nie stwierdzono braków ani usterek. Następnie Przedsiębiorstwo Budowlano (...) Spółka z o.o. z siedzibą w M. wystawiło w dniu 24 czerwca 2011 roku fakturę dla Miasta O. na kwotę 302.491,55 złotych oraz na rzecz (...) Spółdzielni Mieszkaniowej na kwotę 100.000 złotych. Miasto O. obciążyło Przedsiębiorstwo Budowlano - (...) Spółka z o.o. z siedzibą w M. kwotą 284.826,92 złote tytułem kary umownej za opóźnienie w wykonaniu parkingów przy targowisku miejskim, które wynosiło 182 dni, wliczając 182 dni x 0,2% x 782.491,55. Przedsiębiorstwo Budowlano - (...) Spółka z o.o. z siedzibą w M. występowało o wypłatę wynagrodzenia w całości i rozważenie obciążenia go jako wykonawcy karą umowną za 22 dni, tj. w kwocie 34.429,56 złotych. Również podejmowało bezskuteczne próby ugodowego rozstrzygnięcia sporu co do zapłaty wynagrodzenia.

W oparciu o powyższe ustalenia faktyczne, Sąd Okręgowy dokonując subsumpcji w płaszczyźnie art. 483 k.c. uznał, że powództwo zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Sąd I instancji miał na uwadze, że strony na podstawie przywołanego przepisu wprowadziły do umowy z dnia 09 września 2010 roku postanowienie ustanawiające karę umowną na wypadek opóźnienia w wykonaniu prac w wysokości 0,2 % wartości prac i bezspornym było, iż pozwany wykonał roboty budowlane objęte przedmiotową umową z opóźnieniem. Opóźnienie to wyniosło 182 dni, tj. od dnia 27 listopada 2010 roku do dnia 26 maja 2011 roku.

Spór pomiędzy stronami sprowadzał się zatem do kwestii czy w świetle treści umowy pozwany odpowiada tylko za zawinione opóźnienie w wykonaniu prac, czy też kwestia winy nie ma znaczenia dla realizacji obowiązku zapłaty kary umownej.

Następnie powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego, odnośnie granic swobody kontraktowej (art. 3531 k.c., art. 473 § 1 k.c.), Sąd I instancji wskazał, że strony mogą umownie ukształtować zakres odpowiedzialności, kompensacji i rozkład ryzyka ponoszenia skutków niewykonania zobowiązania. Przepisy o karze umownej za niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zobowiązania niepieniężnego (art. 483 k.c.) mają zaś charakter dyspozytywny.

Sąd Okręgowy wskazał również, iż od kary umownej odróżnić należy dopuszczalne zastrzeżenie o charakterze gwarancyjnym, nakładające obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania (niewłaściwego wykonania) zobowiązania wskutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, do którego nie stosuje się przepisów o karze umownej.

Taki charakter będzie miało postanowienie umowne w brzmieniu „za uchybienie terminu”, „bez względu na przyczynę niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zobowiązania”. Kara umowna natomiast może być zastrzeżona w kontrakcie zarówno za zwłokę jak i tzw. opóźnienie proste, polegające na niespełnieniu świadczenia w oznaczonym terminie, a w wypadku nieoznaczenia - po wezwaniu dłużnika przez wierzyciela do wykonania.

Sąd Okręgowy miał też na uwadze, że w wypadku natomiast kary umownej za opóźnienie chroniony jest szczególnie interes wierzyciela polegający na terminowym wykonaniu zobowiązania, istotny zwłaszcza w tzw. zobowiązaniach terminowych. Brak tym samym podstawy dla nakładania na strony obowiązku wskazywania w umowie, zastrzegającej karę umowną za opóźnienie, dodatkowych okoliczności (przyczyn) opóźnienia, które miałyby wystąpić po stronie dłużnika, zatem ich wprowadzenie zależy od woli stron. Sąd przyjął zatem pogląd, iż przesłanką kary umownej w niniejszym przypadku jest opóźnienie za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

Oceniając przyczyny opóźnienia /czy były niezawinione przez pozwaną czy wynikały z niedołożenia należytej staranności/, Sąd Okręgowy wskazał, że strona powodowa wymieniała jako przyczyny opóźnienia dwie grupy czynników: pierwsza związana z trudnymi warunkami organizacyjnymi spowodowanymi odbywaniem się dwa razy w tygodniu targowisk miejskich oraz konieczności zapewnienia dostępu do sklepu sieci (...), wokół którego tworzony był parking, a także remont nawierzchni ulicy (...), przy której prowadzone były przedmiotowe roboty budowlane; druga grupa czynników to złe warunki atmosferyczne przejawiające się nasilonymi opadami deszczu oraz temperaturami ujemnymi począwszy od 26 listopada 2010 roku do początku kwietnia 2011 roku.

Strona pozwana zaś zwracała uwagę na zbyt małą liczbę pracowników wykonujących roboty budowlane oraz wskazywała na konieczność rozeznania się co do warunków prac budowlanych przed zgłoszeniem oferty w postępowaniu przetargowym. Jednocześnie wskazywała, że termin na wykonanie robót budowlanych został wyznaczony przy uwzględnieniu okresu jesiennego i związanych z nim gorszych warunków atmosferycznych oraz usytuowaniem parkingu.

W ocenie Sądu Okręgowego nie można było odmówić racji powodowej spółce, że prace polegające na umocowaniu separatora, wykonania odwodnienia, podbudowy i ułożenia kostki brukowej nie mogły być z przyczyn technologicznych i zgodnie ze sztuką budowlaną realizowane w warunkach niskich temperatur. Ich kontynuowanie

nie mogłoby bowiem doprowadzić do realizacji celu umowy, jakim było wykonanie parkingu o określonych właściwościach użytkowych i parametrach jakościowych.

Natomiast zdaniem Sądu I instancji trudno uznać za uzasadnione argumenty o braku winy powoda w powstaniu opóźnienia wynikającego z trudności organizacyjnych na budowie wywołanych odbywaniem się targowiska miejskiego, zachowania dojazdu do sklepu sieci (...), czy też nasilonymi opadami deszczu. Na wstępie należy stwierdzić, że każda budowa ma swoją specyfikę, do której należy dostosować organizację pracy i liczbę pracowników na budowie. Zamawiający nie może ponosić odpowiedzialności za każdy rodzaj obstrukcji na placu budowy, ponieważ rolą kierownika budowy jest znalezienie sposobu optymalnego wykorzystania siły roboczej i czasu pracy. Z zeznań świadka M. Ł. nie wynika, aby powód podejmował jakiegokolwiek wysiłki zmierzające do odwrócenia trudności pojawiających się przy realizacji robót budowlanych. Przejściowe ograniczenia w prowadzeniu pracy można pokonać zmieniając godziny pracy w dniach targowiska miejskiego lub skierowania większej liczby pracowników na budowę. Powód natomiast przyjmując zlecane prace w okresie jesiennym winien liczyć się z tym, że jest to okres nasilonych opadów deszczu i dostosować do tej okoliczności liczbę pracowników i organizację pracy, np. skoro w dniach deszczowych pracownicy korzystają z przymusowego przestoju mogą świadczyć pracę w dłuższym czasie w dniach sprzyjającej pogody.

Sąd Okręgowy podkreślił przy tym, że każda czynność remontowo - budowlana ma swój technologiczny czas trwania, co umożliwia określenie przybliżonego terminu wykonania robót budowlanych. Jeżeli powód uważał, że przewidziany w umowie termin był nieadekwatny do rozmiaru prac to winna tę okoliczność udowodnić.

Sąd Okręgowy wskazał też, że niewątpliwie kwestia odpowiedniego terminu na wykonanie przedmiotu umowy wymaga wiedzy specjalnej, wobec czego nie mógł prowadzić rozważań czy termin 70 dni był terminem maksymalnie długim czy też nie. Powódka, na której spoczywał ciężar dowodu zgodnie z art. 6 k.c., nie zaoferowała natomiast w tym zakresie dowodu.

W ocenie Sądu I instancji nieprawdziwe były również twierdzenia powódki i składane w tym zakresie zeznania świadka M. Ł., że w dniu 26 listopada 2010 roku, czyli w dniu przerwania prac, powódka wykonała około 80% umówionych prac. Przeczy temu fakt, że powódka po przerwaniu prac wystawiła fakturę na kwotę, która odpowiada 48% wartości umowy, jak również czas trwania robót budowlanych do zakończenia - ponad 2 miesiące.

Mając powyższe na względzie Sąd Okręgowy uznał, że opóźnienie, za które powódka ponosi odpowiedzialność wynosiło 45 dni, tj. za okres od dnia 04 kwietnia 2011 roku do 26 maja 2011 roku. Natomiast we wcześniejszym okresie tj. od dnia 26 listopada 2010 roku do 03 kwietnia 2011 roku istniały obiektywne przeszkody uniemożliwiające prowadzenie robót budowlanych związane z niewłaściwymi warunkami atmosferycznymi, które nie pozwalały na zachowanie odpowiedniej technologii wykonania prac.

W tym stanie rzeczy, należna pozwanej kara umowna wyniosła 70.424,24 złotych ($45 \cdot 782.491,55 \cdot 0,2\%$), co oznacza, że pozwana jest zobowiązana do zapłaty na rzecz powódki pozostałej części wynagrodzenia w kwocie 179.973,13 złotych ($250.397,36 - 70.424,24$).

O kosztach procesu Sąd I instancji orzekł na zasadzie art. 100 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku złożył pozwany, który zaskarżając orzeczenie w części j. w zakresie punktów I i III, zarzucił:

1. Obrazę prawa materialnego które miało wpływ na treść orzeczenia a mianowicie art. 476 k.c. w zw. z art. 471 k.c. w zw. z art. 6 k.c., poprzez błędną jego wykładnię w szczególności co do ustalenia iż powód ponosi odpowiedzialności za opóźnienie terminów wykonania prac budowlanych w wymiarze tylko 45 dni a nie jak wynika to ze stanu faktycznego - 182 dni;

2. Obrazę prawa materialnego, które miało wpływ na treść orzeczenia a mianowicie art. 473 k.c. w zw. z art. 355 §2 k.c., poprzez dokonanie błędnej wykładni tych przepisów i ich niezastosowanie, a w efekcie błędne przyjęcie iż powód mimo zawodowego charakteru działalności oraz wyraźnego literalnego brzmienia umowy, nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie, a tylko za niezawinioną zwłokę w wykonaniu ustalonego umową świadczenia;

3. Obrazę prawa materialnego, które miało wpływ na treść orzeczenia a mianowicie art. 483 k.c., poprzez błędne ustalenie zakresu odpowiedzialności powoda polegające na przyjęciu, iż od dnia 26 listopada 2010 roku były ujemne temperatury, które powodowały, iż nie można było podjąć dalszych prac przy pominięciu kwestii, iż gdyby powód w sposób terminowy wykonywał powierzone mu prace, to ujemne temperatury od dnia 26 listopada 2010 roku w żaden sposób nie wpływałyby na wykonanie przez niego umowy w ustalonym terminie;

4. Obrazę przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 278 § 1 k.p.c., poprzez sprzeczne z logiką i wskazaniem wiedzy uznanie iż przedstawiony przez powoda materiał dowodowy był wystarczający do udowodnienia niemożliwości wykonania robót, podczas gdy zdaniem pozwanego ta wymaga wiadomości specjalnych;

5. Obrazę przepisów postępowania, które miało wpływ na treść orzeczenia a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c., poprzez sprzeczne ze wskazaniem wiedzy, logiki i zasadami współżycia społecznego uznanie iż zeznania świadków a także dowody przedstawione przez powoda pozwalają na stwierdzenie, iż opóźnienie ze strony powoda było zawinione jedynie przez 45 dni i tym samym usprawiedliwia niemożność ukończenia robót w terminie ustalonym przez strony w umowie.

Podnosząc powyższe skarżący wnosił o zmianę wyroku w zaskarżonym zakresie, poprzez oddalenie powództwa w całości, a nadto o zasądzenie do kosztów postępowania w obu instancjach według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje.

Apelacja okazała się częściowo zasadna. Należy zauważyć w pierwszej kolejności, iż poczynione przez Sąd I instancji ustalenia faktyczne były między stronami niesporne, są one prawidłowe i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne. Sporna była natomiast kwestia subsumpcji w płaszczyźnie przepisów o karach umownych oraz kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. W tym zakresie Sąd Okręgowy nieprawidłowo zastosował przepisy art. 483 i 484 k.c. w zw. art. 471 k.c. i 476 k.c., zaś zarzuty pozwanego oparte na naruszeniu tychże przepisów należało uznać za zasadne. Nietrafnie natomiast strona pozwana podniosła zarzuty o charakterze procesowym, albowiem, jak wyżej wskazano, spór między stronami toczy się w płaszczyźnie oceny zasadności zakwalifikowania określonych niespornych okoliczności faktycznych jako przesłanek uzasadniających przyjęcie zasadności naliczenia kar umownych przez stronę pozwaną.

Przechodząc zatem do rozważań w tym zakresie Sąd Apelacyjny wskazuje, iż twierdzenia strony pozwanej, prowadzące do wniosku, iż pozwanemu należała się kara umowna co do zasady są słuszne. Należy bowiem zauważyć, iż strona powodowa miała zgodnie z umową wykonać roboty w 70 dni, a zatem skoro została wprowadzona na budowę w dniu 16.09.2010 r. to roboty winny trwać do dnia 25.11.2010 r., a zatem w dniu 26.11.2010 r., winny być już wykonane. Tym samym silne załamanie pogody, w postaci nagłych niskich temperatur, począwszy od dnia 26.11.2010r. , na które powołuje się w niniejszej sprawie powódka, w ogóle nie powinno mieć wpływu , gdyby prace zostały wykonane w terminie, zgodnie z umową. Powódka nie wykazała natomiast żadnych przekonujących okoliczności , które usprawiedliwiłyby opóźnienie prac, które miało miejsce do dnia 26.11.2010 r. Powoływane również przez powoda inne okoliczności /których nie uznał Sąd I instancji / o charakterze najogólniej mówiąc trudności technicznych w postaci odbywających się dwa razy w tygodniu targowisk, umożliwienia dojazdu do znajdującej się obok (...), rozpoczęcia w połowie listopada budowy przy ul. (...) nie usprawiedliwiają powyższego opóźnienia , albowiem powód jako profesjonalista, przystępując do przetargu, a potem do podpisania umowy - winien te okoliczności rozpoznać, a następnie tak przeprowadzić organizację pracy na budowie, ustawić czas i godziny pracy zatrudnionych osób, aby powyższe trudności pokonać, tym bardziej, iż można było to wszystko uwzględnić przy planowaniu sposobu wykonania

prac. Również opady deszczu w Polsce w listopadzie nie są żadnym niedającym się przewidzieć zdarzeniem, ale wręcz normalnym dla tej pory roku zjawiskiem atmosferycznym.

Należy zauważyć, iż przedmiotowa umowa w § 5 ust.1 pkt.1 posiłkuje się pojęciem opóźnienia, zaś w pkt.2 /niedotyczącym niniejszej sprawy/ pojęciem zwłoki. Wskazywałoby to na rozróżnienie tychże pojęć przez strony. Generalnie bowiem opóźnienie jest to uchybienie terminowi bez względu na przyczyny, zaś zwłoka jest to opóźnienie kwalifikowane, a zatem takie, za które strona ponosi odpowiedzialność. Niemniej jednak strony posługują się w treści § 5 umowy pojęciem "kary umownej", przedmiotem procesu jest kara umowna, co jest niesporne, a zatem należy sięgnąć do przepisów regulujących tę instytucję, nie traktować zaś przedmiotowego zapisu umowy jako zastrzeżenia o charakterze gwarancyjnym. Tymczasem w orzecznictwie został jednak zaakcentowany pogląd /por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 16.01.2013 r., II CSK 331/12/, iż skoro kara umowna wpisuje się w reżim odpowiedzialności kontraktowej, jest ona swoistym ryczałtowym odszkodowaniem za niewykonanie umowy, to konsekwentnie obowiązek zapłaty kary umownej powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Tym samym, o ile nic innego nie wynika z umowy, a taka jest sytuacja w niniejszej sprawie, winien on wykazać, iż nie ponosi winy za powyższe opóźnienie /odwrócony ciężar dowodu w art. 471 k.c./. Mając na uwadze wyżej wskazane rozważania należy uznać, iż powód takiej skutecznej ekskulpacji nie przeprowadził, tym samym odpowiada on za całe powstałe opóźnienie w wysokości 182 dni. Oznacza to, iż pozwany zasadnie przystąpił do naliczania kary umownej za cały ten okres. Niemniej jednak należało zauważyć, iż w niniejszej sprawie został zgłoszony przez powoda wniosek o miarkowanie kary umownej, który nie był uwzględniony z uwagi na treść orzeczenia Sądu I instancji. Wniosek ten stosownie do treści art. 484 § 2 k.c. jest zasadny. Należy zauważyć bowiem, iż zobowiązanie wprawdzie z opóźnieniem, jednakże zostało wykonane w całości. Jakość robót była dobra, nie zgłoszono w tym zakresie żadnych uwag /protokół odbioru – k. 23/. W tej sytuacji kara umowna w wysokości przekraczającej 33% ceny robót jest zbyt wygórowana. Wprawdzie zgodne z ustalonymi poglądami w doktrynie i orzecznictwie zasądzenie tej kary nie wymaga wykazywania jakiegokolwiek szkody, nie mniej jednak strona pozwana na skutek przedmiotowej zwłoki żadnej szkody nie poniosła. W tej sytuacji, mając na uwadze powyższe okoliczności Sąd Apelacyjny uznał za zasadne zmniejszenie całej kary /284 826,92 zł/ o połowę, zatem winna ona wynosić 142 413,46 zł. Dlatego też działając w ramach zakresu zaskarżenia, Sąd Apelacyjny obniżył zasądzoną należność do tej sumy, co na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. implikowało zmianę zaskarżonego wyroku jak w pkt II sentencji. Jednocześnie skoro powód ostatecznie w I instancji wygrał sprawę w 60%, zaś pozwany w 40%, to koszty należne powodowi wynosiły 60% sumy 19720 zł /12 520+ 7 200/ czyli 11.832 zł, zaś koszty należne pozwanemu 40% x 7200 zł, czyli 2 880 zł. Po skompensowaniu tych sum /11 832- 2 880/ dało to ustaloną kwotę 8952 zł stosownie do art. 100 k.p.c. Natomiast w pozostałej części apelacja na podstawie art. 385 kpc jako niezasadna podlegała oddaleniu, co implikowało orzeczenie jak w pkt. III wyroku. Koszty postępowania apelacyjnego określono na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w zw. art. 100 k.p.c. Pozwany wygrał postępowanie apelacyjne w 20% /179 973,13 – 142 413,46=37 559,67; 37 559,67:179 973,13 =0,2 czyli 20%/, powód w 80%. W tej sytuacji pozwanemu należy się zwrot 20% kwoty 8 999 /opłaty od apelacji/, czyli 1799,80 zł i 20% kosztów zastępstwa procesowego 2700zł czyli 540 zł, czyli w sumie 2 339, 80 zł. Powodowi należy się 80% kwoty zastępstwa procesowego 2700 zł czyli 2 160 zł. Różnica tych kwot daje zasądzoną na rzecz pozwanego kwotę 179 zł. Postanowienie o sprostowaniu znajduje oparcie w dyspozycji art. 350 § 1 i 3 k.p.c.