



Sygn. akt II CSK 10/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 lutego 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Władysław Pawlak (przewodniczący)

SSN Marta Romańska

SSN Bogumiła Ustjanicz (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa A. M.

przeciwko Gminie Ż.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej

w dniu 7 lutego 2019 r.,

skargi kasacyjnej powoda

oraz skargi kasacyjnej strony pozwanej

od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 1 czerwca 2017 r., sygn. akt I ACa [...],

1) oddala obie skargi kasacyjne;

2) zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 5400 zł (pięć tysięcy czterysta) tytułem kosztów postępowania kasacyjnego

UZASADNIENIE

Nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym z dnia 27 maja 2013 r. Sąd Okręgowy w P. zobowiązał pozwaną do zapłaty na rzecz powoda kwoty 825 388,36

zł z ustawowymi odsetkami od dnia 4 września 2012 r. oraz kwoty 22 234 zł tytułem kosztów postępowania.

Po rozpoznaniu sprawy zainicjowanej zarzutami pozwanej Sąd Okręgowy w P. wyrokiem z dnia 29 czerwca 2016 r. uchylił ten nakaz zapłaty i oddalił powództwo oraz orzekł o kosztach postępowania. Ustalono zostało, że po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pozwana w dniu 7 września 2009 r. zawarła umowę z konsorcjum, które tworzyli A. M. prowadzący działalność w ramach Firmy Handlowo-Produkcyjno - Usługowej M. i Przedsiębiorstwo „E.” spółka jawna w S., reprezentowani przez A. M. jako lidera, o wykonanie przebudowy ulicy O. w Ż. na odcinku od ulicy M. do ulicy K. Umówione roboty zostały podzielone na branże: drogową, sanitarną, elektryczną, pełną obsługę geodezyjną, wykonanie i wdrożenie projektu organizacji ruchu na czas trwania robót, późniejszą likwidację tego oznakowania, wykonanie planu BIOZ, przywrócenie terenu przyległego do stanu pierwotnego, wykonanie dokumentacji budowlanej powykonawczej, dozór placu budowy, ubezpieczenie umowy. Integralną częścią umowy były dokumentacja projektowa i specyfikacja techniczna wykonania robót, które wiązały wykonawców. Wynagrodzenie zostało określone na nieprzekraczalną kwotę 6 035 750,60 zł netto (7 363 615,73 zł brutto). Do jej podwyższenia nie mogło dojść nawet w przypadku wykonania jakichkolwiek robót dodatkowych. Dla ewentualnych robót dodatkowych, nieprzewidzianych umową przyjęto stawki kalkulacyjne, zawarte w ofercie stanowiącej załącznik do umowy. Zapłata wynagrodzenia miała być dokonywana fakturami częściowymi za dany etap robót (poszczególne branże) oraz fakturą końcową, zgodnie z harmonogramem rzeczowo – finansowym, z tym, że faktura końcowa powinna obejmować kwotę nie mniejszą niż 30% wartości umowy, jej wystawienie mogło nastąpić po protokolarnym odbiorze końcowym, okres jej zrealizowana strony określiły na 30 dni od doręczenia. Czas związania umową obejmował okres od 7 września 2009 r. do 30 października 2010 r. Termin zakończenia robót przypadał na dzień podpisania protokołu końcowego. Inspektor nadzoru miał dokonywać odbiorów częściowych oraz odbiorów robót zanikowych w terminie siedmiu dni od wpisu zgłoszenia w dzienniku budowy. Komisyjny odbiór końcowy powinien być zorganizowany w terminie 14 dni od zgłoszenia przez

wykonawcę robót do odbioru i potwierdzenia prawidłowości oraz zgodności wykonanych robót przez inspektora nadzoru. Protokół odbioru końcowego wraz z kompletną dokumentacją powykonawczą stanowił podstawę końcowego rozliczenia. Dokonanie odbioru końcowego było uzależnione od stwierdzenia przez komisję, że nie było żadnych wad i usterek.

Strony zastrzegły kary umowne, stwierdzając, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę za odstąpienie od umowy przez którąkolwiek ze stron, z przyczyn, za które ponosi on odpowiedzialność w wysokości 10% wynagrodzenia umownego. W przypadku zwłoki w oddaniu przedmiotu umowy kara wynosić miała 0,2% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, zwłoka w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze była przyczyną naliczenia kary w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, liczonej od upływu dnia wyznaczonego na usunięcie wad. Kary miały być potrącane automatycznie, bez zgody wykonawcy z faktury końcowej. Ustalono także, że wykonawca może zlecić część robót podwykonawcom.

W dniu 7 września 2009 r. A. M. zawarł umowę z Przedsiębiorstwem „E.” spółką jawną na wykonanie w ramach przebudowy ulicy O. w Ż. na odcinku od ulicy M. do ulicy K. robót branży elektrycznej, pełnej obsługi geodezyjnej - wytyczenie i inwentaryzację geodezyjną powykonawczą, wykonanie i wdrożenie projektu organizacji ruchu na czas trwania robót i późniejszą likwidację tego oznakowania, wykonanie planu BIOZ, przywrócenie terenu przyległego do stanu pierwotnego, wykonanie dokumentacji budowlanej powykonawczej, dozoru placu budowy, ubezpieczenia budowy. Prace te miały być wykonane w okresie od 7 września 2009 r. do 30 października 2010 r. Strony tej umowy określiły wynagrodzenie na kwotę 520 000 zł netto plus 22% podatek VAT, zastrzegły, że wykonanie jakichkolwiek robót dodatkowych nie może spowodować podwyższenia wynagrodzenia. Pismem z dnia 24 września 2012 r. A. M. wypowiedział Przedsiębiorstwu E.” spółce jawnej umowę regulującą prawa i obowiązki stron jako członków konsorcjum zawartego dla realizacji inwestycji przebudowy ulicy O. w Ż.

W dniu 28 sierpnia 2010 r. powód zawarł umowę z Firmą G., której przedmiotem było wykonanie robót w odniesieniu do dwóch niecek fontannowych z

betonu architektonicznego, sieci międzyobiektowych komora- fontanna, technologii uzdatniania wody, technologii atrakcji wodnych, automatyki fontann, pełnej obsługi geodezyjnej, wykonania i wdrożenia projektu organizacji ruchu na czas trwania robót i późniejszej likwidacji tego oznakowania, wykonanie planu BIOZ, przywrócenia terenu do stanu pierwotnego, wykonania dokumentacji budowlanej powykonawczej, dozoru placu budowy, ubezpieczenia budowy. Wynagrodzenie obejmowało kwotę 472 643,80 zł brutto i nie powinno jej przekroczyć. Realizacja umowy miała trwać od jej podpisania do 15 października 2010 r. Aneks z dnia 16 października 2010 r. wydłużono ten termin do dnia 22 kwietnia 2011 r.

Wykonawca rozpoczął roboty objęte umową podstawową w dniu 13 listopada 2009 r. Na jego wniosek został sporządzony w dniu 4 grudnia 2009 r. protokół konieczności wskazujący na potrzebę przeprowadzenia robót dodatkowych przy budowie kanału deszczowego, których wysokość określono na 39 995,94 zł. Było to spowodowane wysokim stanem wód gruntowych i koniecznością zagęszczenia nawodnionych gruntów. Następny wniosek powód zgłosił w dniu 20 kwietnia 2010 r., wskazał na potrzebę wykonania robót dodatkowych po wykonaniu robót elektrycznych, w odniesieniu do rozbiórki i ponownego ułożenia nawierzchni z kostki brukowej. Ponadto zgłosił konieczność zwiększenia zakresu robót nieuwjętych w kosztorysie inwestorskim, dotyczących rozebrania i ponownego ułożenia kostki brukowej na odcinku od ulicy M. do ulicy N. Pismem z dnia 28 kwietnia 2010 r. zgłosił inwestorowi konieczność wzmocnienia konstrukcji w związku z występowaniem nawodnionych gruntów na odcinku od ul. K. do ul. W.. W tym samym dniu spisano protokół konieczności wykonania robót zamiennych dotyczących wzmocnienia tej konstrukcji. Pismem z dnia 10 marca 2010 r. zawiadomił pozwaną o popełnieniu błędu w projekcie, w odniesieniu do branży budowlanej, dotyczącego kolizji usytuowania słupów oświetleniowych z parkingiem na miejsca postojowe oraz zadrzewieniem istniejącym w obrębie parkingu. Kolejnych zgłoszeń dokonywał w pismach z dnia 4 maja 2010 r., w odniesieniu do robót dodatkowych związanych z rozbiórką komory żelbetowej o ustalonej wartości 5 691,44 zł netto oraz zwiększenia zakresu robót polegających na wykonaniu koryta pod powierzchnią jezdni oraz rozwiązania problemu w różnicach rzędnych wysokościowych nawierzchni - krawężnik. W dniu 15 grudnia 2010 r. został spisany

protokół konieczności przebudowy ulicy O. na odcinku od ul. M. do ul. K. Ponadto w związku z brakami w dokumentacji projektowej i zmianami rozwiązań w zakresie fontann, koniecznością przebudowy ulicy Partyzantów na odcinku od ul. 16 stycznia do ul. O., wystąpienia wysokiego poziomu wód gruntowych oraz konieczności zagęszczenia gruntów od ul. K. do ul. W., co wymagało dodatkowego odwodnienia, wymiany gruntu i wzmocnienia podbudowy. Komisja zaproponowała przedłużenie okresu realizacji robót do dnia 3M. 2011 r., nie uwzględniła wniosku powoda o oznaczenie tego terminu na 30 czerwca 2011 r. Aneks do umowy z dnia 7 września 2009 r. został podpisany w dniu 31 grudnia 2010 r. W dniu 26 maja 2011 r. strony zawarły umowę o roboty budowlane dotyczące schodów wkomponowanych w mury oporowe ciągu pieszo-jezdnego, określiły termin realizacji tych robót do zakończenia zamówienia podstawowego, czyli do 3M. 2011 r. Uzgodniły, że wynagrodzenie nie może przewyższyć kwoty 271 720, 52 zł. Kolejny wniosek z dnia 3M. 2011 r. o przedłużenie terminu do 30 czerwca 2011 r. powód uzasadnił koniecznością wykonywania robót dodatkowych, wskazał na kolizję szafy TP z budowanymi schodami, wymianę kanalizacji teletechnicznej z kablami, kolizję z konstrukcją fontann, zmianę elementów małej architektury względem projektu wykonawczego (ławki, kosze na śmieci), wydłużony czas oczekiwania, niezgodności przedmiaru robót z projektem technicznym, zmianę koncepcji aranżacji nawierzchni ciągu pieszo - jezdni (zmiany materiałowe i aranżacyjne), zmiany technologii wykonania fontann, wystąpienie robót dodatkowych związanych z budową schodów, brakiem możliwości rozpoczęcia robót związanych z pochylnią, ze względu na konieczność wstrzymania ruchu pieszego na obu trasach wzdłuż budynku, ale nie został on uwzględniony. Pozwana w marcu 2011 r. zwróciła powodowi uwagę na niewykorzystanie okresu zimowego dla przygotowania robót w okresie wiosennym i konieczność zwiększenia stanu zatrudnienia, a w piśmie z dnia 31 marca 2011 r. wezwała konsorcjum do wznowienia prac. Podwykonawca powoda – L. - w zakresie prac betonowych - zrezygnował z dalszej współpracy. W kwietniu 2011 r. powód wystąpił z propozycją zmiany konstrukcji pochylnej przy ul. O., na co pozwana wyraziła zgodę, pod warunkiem uzyskania zgody projektanta i niewydłużenia terminu zakończenia robót.

Powód i spółka jawna E. zawarli w dniu 21 czerwca 2010 r. z Bankiem (...) S.A. w W. umowę forfaitingową, której przedmiotem była cesja wierzytelności wobec pozwanej z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty początkowo do kwoty 6 742 845,73 zł na okres do 31 grudnia 2011 r., na co wyraziła ona zgodę. Następnie aneksem z dnia 31 lipca 2011 r. termin związania umową został przedłużony. Konsorcjum złożyło dyspozycję w Banku wykupu wskazanych faktur.

Kolejną umową stron z dnia 26 lipca 2010 r. objęto wykonanie robót dodatkowych związanych z przebudową Al. P. od ul. O. do ul. 16 stycznia w zakresie branży drogowej – wymiany nawierzchni z betonu asfaltowego, wymiany krawężników, budowy opaski, chodnika ze ścieżką rowerową oraz zatok postojowych. Wynagrodzenie określono na kwotę 225 853,11 zł brutto, a w odniesieniu do robót elektrycznych na 33 737, 07 zł.

W dniu 12 września 2011 r. powód wystąpił do sądu z wnioskiem o zaważanie do próby ugodowej w zakresie przedłużenia umowy głównej do dnia 15 października 2011 r.

W dniu 23 listopada 2011 r. została zawarta przez strony umowa o wykonanie w terminie 7 dni robót dodatkowych polegających na dopasowaniu organizacji ruchu przez wykonawcę do naniesionych zmian przez zarządcę drogi, za wynagrodzeniem 106 099,26 zł brutto.

W dniu 25 listopada 2011 r. powód zgłosił do odbioru roboty objęte umową dodatkową z dnia 23 listopada 2011 r., do ich odbioru doszło po przeniesieniu projektu na czysty podkład w dniu 28 grudnia 2011 r. Pismem z dnia 25 listopada 2011 r. powód zgłosił do odbioru roboty objęte umową z dnia 7 września 2009 r. Pozwana wyznaczyła termin odbioru na dzień 13 grudnia 2011 r., który następnie przesunęła na dzień 16 grudnia 2011 r. Do tego czasu nie zostały jeszcze wykonane roboty dotyczące fontann. Do odbioru nie doszło, z uwagi na stwierdzenie przez komisję konieczności wykonania wyszczególnionych robót poza objętymi branżą elektryczną. Kolejne spotkania komisji w dniach 30 marca 2012 r., 30 kwietnia 2012 r. nie doprowadziły do dokonania odbioru, co nastąpiło dopiero w dniu 30 maja 2012 r., z zastrzeżeniem niewykonania fontann oraz wskazaniem na istnienie wad. Powód w dniu 15 maja 2012 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu

od umowy. W okresie pomiędzy grudniem 2011 r. a majem 2012 r. powód zlecił wykonanie i uruchomienie fontann firmie zewnętrznej. W dniu 14 czerwca 2012 r. powód przesłał pozwanej kosztorys inwentaryzacyjny wykonanych przez siebie robót na kwotę 1 434 751,57 zł, która została skorygowana przez pozwaną do kwoty 1 146 475,61 zł. Należności objęte wystawionymi przez powoda fakturami częściowymi zostały zapłacone przez pozwaną. Wystawienie każdej z faktur było poprzedzone przeprowadzeniem częściowego odbioru.

Powód wezwał pozwaną do zapłaty kwoty 1 434 751,57 zł. Pozwana wezwała powoda do zapłaty kwoty 5 375 438,95 zł tytułem kary umownej za okres od 3M. 2011 r. do dnia 30 maja 2012 r. i jednocześnie złożyła oświadczenie o potrąceniu wierzytelności powoda ze swoją wierzytelnością do wysokości kwoty 1 434 751,57 zł.

W sprawie oznaczonej sygnaturą I C (...) Sąd Okręgowy w P. dokonał rozliczenia należności pomiędzy powodem a firmą G. wynikających z umowy zawartej przez nich w dniu 28 sierpnia 2010 r. o wykonanie fontann.

W dniu 5 kwietnia 2013 r. strony zawarły ugodę z Przedsiębiorstwem E. spółką jawną w S., którą zostały rozliczone roboty elektryczne objęte umowami z dnia 7 września 2009 r. pomiędzy pozwaną i Konsorcjum oraz z dnia 26 lipca 2010 r. pomiędzy powodem i spółką E.

Sąd Okręgowy uznał, że powód był uprawniony do wystąpienia z dochodzonym roszczeniem. Przyjął, że sporządzona dla pozwanej i dołączona do umowy dokumentacja projektowa miała wady, pozwana dokonywała zmian w tej dokumentacji. Powód rozpoczął wykonywanie robót dopiero w dniu 13 listopada 2009 r., okresowo zatrudniał zbyt mało pracowników. Opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy było zawinione przez powoda. Odstąpienie od umowy przez powoda nie było uzasadnione. Niewykonanie fontann nie zwalniało go od odpowiedzialności za niewykonanie zakresu robót. W ocenie Sądu Okręgowego pozwana była uprawniona do naliczania kary umownej. Opóźnienie obejmowało okres 364 dni, czyli od 1 czerwca 2011 r. do dnia 30 maja 2012 r., a kara umowna obejmowała kwotę 5 360 711,12 zł. Powód nie złożył wniosku o miarkowanie kar umownych. Utrzymywał, że odbiór robót powinien być dokonany w dniu 16 grudnia

2011 r., przyjęcie jego stanowiska prowadziło do wniosku, że opóźnienie obejmowałoby 195 dni, a wysokość zobowiązania z tego tytułu kształtowałyby się na poziomie 2 871 809,85 zł. Pozwana uznała wierzytelność powoda w wysokości 1 146 475,61 zł. Powództwo obejmowało żądanie zapłaty kwoty 825 388,36 zł, która nie obejmuje wynagrodzenia za wykonanie fontann i za roboty elektryczne. Pozwana nie kwestionowała wysokości roszczenia. Dokonała potrącenia należności z tytułu kar umownych do wysokości kwoty 1 146 475,61 zł.

Po rozpoznaniu sprawy na skutek apelacji powoda Sąd Apelacyjny w Łodzi zaskarżonym wyrokiem zmienił wyrok Sądu Okręgowego w ten sposób, że utrzymał nakaz zapłaty wydany w postępowaniu nakazowym przez Sąd Okręgowy w P. w dniu 27 maja 2013 r. w mocy co do roszczenia głównego w kwocie 596 093,24 zł oraz kosztów postępowania w wysokości 5 321 zł, a w pozostałym zakresie uchylił ten nakaz i oddalił powództwo, oddalił apelację w pozostałej części, orzekł o kosztach postępowania. Podzielił dokonane przez Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne. Za bezzasadny uznał zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. także w odniesieniu do oceny opinii biegłego. Stwierdził, że skoro wykonywanie robót objętych kolejnymi umowami z pozwaną oraz wynikających z umów dotyczących prac związanych z organizacją ruchu mogło mieć wpływ na wykonanie umowy podstawowej, to tę okoliczność powinien był uwzględnić w negocjacjach z pozwaną w czasie zawierania kolejnych umów na dalsze roboty, z punktu widzenia swoich możliwości w wykonaniu zadań z umowy podstawowej i dodatkowych oraz dochowania terminu. Godzenie się przez powoda na zawieranie umów dodatkowych i ich warunki co do terminu realizacji obejmowało także konsekwencje połączone z ich przeprowadzeniem, w aspekcie możliwości dochowania terminu zakończenia robót. To samo dotyczyło opóźnienia w rozpoczęciu wykonywania robót, z uwagi na konieczność wykonania prac przygotowawczych; nie była to okoliczność, której nie można było przewidzieć w czasie zawierania umowy. Przedłużenie okresu wykonywania umowy do dnia 3M. 2011 r. rekompensowało konieczność usuwania błędów w dokumentacji projektowej, na co zwrócił uwagę biegły, zaznaczając także opóźnienia spowodowane niewłaściwą organizacją robót przez powoda. Prowadziło to do wniosku, że żądanie zapłaty kary umownej było uzasadnione. W postępowaniu apelacyjnym powód zgłosił wniosek o miarkowanie

należności z tytułu tej kary, powołał się na obie przesłanki przewidziane w art. 484 § 2 k.c. Żądanie zmniejszenia kary umownej nie podlega prekluzji przewidzianej w art. 381 k.p.c., ponieważ ma ono charakter czynności materialnoprawnej, która mogła być podjęta w postępowaniu apelacyjnym. Powód był zobowiązany do wykazania braku winy w niedotrzymaniu terminów wykonania robót. Nie wystąpiła w sprawie żadna z przesłanek objętych art. 458 k.c.

Trafnie przyjął Sąd Okręgowy, że wymagalność wierzytelności z tytułu kar umownych następuje, zgodnie z art. 455 k.c., z nadejściem terminu spełnienia świadczenia. Termin ten może być określony w ustawie, w czynności prawnej, orzeczeniu właściwego organu, jak też wynikać z właściwości zobowiązania. Jeśli nie doszło do oznaczenia tego terminu w jeden ze wskazanych sposobów, to wymagalność powstaje wraz z wezwaniem dłużnika przez wierzyciela do niezwłocznego spełnienia świadczenia. Sąd Apelacyjny uznał, że pozwana w piśmie z dnia 9 października 2012 r. nazwanym „oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z wezwaniem do zapłaty” złożyła oświadczenie wzywające do spełnienia świadczenia. Nawet gdyby powód treść tego pisma odmiennie interpretował, to świadczenie obejmujące zapłatę kary umownej powinno nastąpić niezwłocznie po naruszeniu obowiązków wynikających z umowy, co wynika z właściwości tego zobowiązania. Z zawartej przez strony umowy z dnia 9 września 2009 r. wynika, że wyznaczony termin wykonania umowy był jednocześnie terminem zapłaty i wymagalności kar umownych. Zastrzeżenie kary umownej obejmowało zapłatę za odstąpienie od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn, za które ponosi ona odpowiedzialność w wysokości 10% wynagrodzenia umownego, 0,2% dziennie za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy, 0,2% za zwłokę w usunięciu wad. W § 12 ust. 4 umowy strony postanowiły, że kary umowne dotyczące zwłoki w oddaniu przedmiotu zamówienia oraz za zwłokę w usunięciu wad miały być potrącane automatycznie, bez zgody wykonawcy z faktury końcowej, co odnosiło się także do określenia terminu zapłaty kar. Prawdłowe było stanowisko Sądu Okręgowego, że zostały spełnione wymagania do dokonania potrącenia, przewidziane w art. 498 k.c.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut powoda, że były podstawy do miarkowania kar umownych przez Sąd Okręgowy, skoro mogło to nastąpić

dopiero po złożeniu przez niego wniosku. Sąd Apelacyjny uznał że w sprawie doszło do ziszczenia się obu przesłanek przewidzianych w art. 484 § 2 k.c. Zobowiązanie wykonawcy zostało wykonane w znacznej części. Porównanie wysokości naliczonej kary (lub kary w danej sytuacji należnej) do wartości całego świadczenia dłużnika lub wartości świadczenia, które spełnił z opóźnieniem wskazuje, że sięga ono 90% netto, a 73% brutto wynagrodzenia należnego wykonawcy. Oznacza to, że kara umowna była rażąco wygórowana. Sąd Apelacyjny uznał, że zasadne było określenie wysokości kary na poziomie 20% naliczonej kwoty. Oświadczenie o potrąceniu kary z należnością powoda obejmowało kwotę 1 146 475,61 zł, a zatem 20% z tej kwoty to 229 295,12 zł. Ta kwota podlegała rozliczeniu w ramach podniesionego zarzutu potrącenia. Różnica pomiędzy dochodzoną przez powoda kwotą 825 388,36 zł a kwotą 229 295,12 zł podlegała uwzględnieniu. W pozostałym zakresie apelacja powoda została oddalona.

Powód w skardze kasacyjnej zakwestionował wyrok Sądu drugiej instancji w zakresie oddalenia jego apelacji w pozostałej części. Powołał podstawę przewidzianą w art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c. Naruszenie prawa materialnego odniósł do art. 498 § 1 w związku z art. 455 k.c., podając, że nietrafnie Sąd przyjął skuteczność potrącenia kary umownej przez pozwaną, pomimo niewezwania go do zapłaty. Błędna wykładnia art. 65 § 2 k.c. polegała na przyjęciu, iż zapisy umowy z dnia 7 września 2009 r. (§ 12 ust. 3 i 4), stwierdzające, że kary umowne będą potrącane z faktury końcowej bez konieczności uzyskiwania zgody powoda, oznaczały termin spełnienia tego świadczenia. Zastosowanie art. 484 § 2 k.c. było nieprawidłowe, skoro powód wykonał roboty praktycznie w 100%, a wysokość kary umownej była rażąco wygórowana. Skarżący domagał się uchylecia zaskarżonego wyroku i orzeczenia zgodnie z żądaniem pozwu, ewentualnie przekazania sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Pozwana skierowała skargę kasacyjną do rozstrzygnięcia w części uwzględniającej powództwo i orzekającej o kosztach postępowania; oparła ją na obu podstawach przewidzianych w art. 398³ § 1 k.p.c. Zarzut błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania odniosła do art. 484 § 2 k.c. przez nieuzasadnione uznanie, że zostały spełnione przesłanki miarkowania kary umownej, chociaż jej

wysokość była konsekwencją rocznego okresu pozostawania przez powoda w zwłoce z oddaniem przedmiotu umowy, a ponadto porównanie wysokości wynagrodzenia powoda za wszystkie wykonane prace do wysokości naliczonej kary nie pozwalało na uznanie jej za rażąco wygórowaną. Naruszenie przepisów postępowania dotyczyło art. 381 w związku z art. 207 § 6 k.p.c. przez bezpodstawne uznanie, że złożenie przez powoda na etapie apelacji wniosku o miarkowanie kary umownej było skuteczne. Niezastosowanie art. 385 k.p.c. polegało na bezpodstawnym uznaniu apelacji powoda za częściowo uzasadnioną. Skarżąca domagała się uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Związanie Sądu Najwyższego granicami podstaw kasacyjnych, przewidziane w art. 398¹³ § 1 k.p.c., oznacza, że rozpoznając skargę kasacyjną, Sąd Najwyższy może uwzględnić tylko te naruszenia prawa materialnego lub przepisów postępowania, które zostały przez skarżącego przytoczone w ramach obowiązku wskazanego w art. 398³ § 1 pkt 1 i 2 k.p.c. Niedopuszczalne jest zatem w postępowaniu kasacyjnym poszukiwanie i uwzględnienie z urzędu innych, nawet obiektywnie występujących, lecz niepodniesionych przez skarżącego naruszeń materialnoprawnych i procesowych, bez względu na ich wagę i znaczenie dla wyniku sprawy.

Zgodnie z art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c., skarga kasacyjna może być oparta na podstawie naruszenia przepisów postępowania, jeżeli uchybienie to mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Chodzi zatem o taką sytuację, w której następstwa stwierdzonych nieprawidłowości były tak doniosłe, że współkształtowały lub mogły kształtować treść zaskarżonego orzeczenia. Musi zachodzić szczególny związek pomiędzy uchybieniem a wynikiem sprawy. W skardze kasacyjnej pozwanej zostały podniesione zarzuty naruszenia przepisów postępowania, które powinny być rozpoznane w pierwszej kolejności, ponieważ ocena prawidłowości wykładni i zastosowania prawa materialnego może być dokonywana, gdy ustalony w postępowaniu przed sądem drugiej instancji stan faktyczny, będący podstawą

zaskarżonego wyroku, którym Sąd Najwyższy jest związany, stosownie do art. 398¹³ § 2 k.p.c., nie budzi zastrzeżeń.

Z art. 207 § 6 k.p.c. wynika, że sąd pomija spóźnione twierdzenia i dowody, chyba że strona uprawdopodobni, iż nie zgłosiła ich w pozwie, odpowiedzi na pozew lub dalszym piśmie przygotowawczym bez swojej winy lub że uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy albo że występują inne wyjątkowe okoliczności. Uregulowanie to ma zasadnicze znaczenie dla należytego przygotowania rozprawy. Celem wprowadzonego pomijania jest dążenie do koncentracji materiału dowodowego i skonkretyzowanie wymagań nałożonych na strony w art. 6 § 2 k.p.c., a zatem wspierania postępowania, w którym biorą udział. Przepis ten jest wyjątkiem od zasady przewidzianej w art. 217 § 1 k.p.c., zakładającej, że strona może przytaczać aż do zamknięcia rozprawy okoliczności faktyczne i dowody na uzasadnienie swoich wniosków lub odparcie wniosków i twierdzeń strony przeciwnej. Należy go stosować wyłącznie w ściśle określonych wypadkach, których dotyczy, zwłaszcza że w art. 217 § 2 i 3 k.p.c. zostały uregulowane także przypadki pomijania spóźnionych twierdzeń i dowodów w toku rozprawy. W odniesieniu do składania pism procesowych, art. 207 § 6 k.p.c. konkretyzuje i uzupełnia art. 217 § 2 k.p.c. Podkreślenia wymaga na gruncie art. 207 § 6 k.p.c., że chodzi tu o powołanie twierdzeń i dowodów wraz ze składanym pismem, jeżeli istniała potrzeba ich powołania, a także, iż w chwili składania pisma dowody i twierdzenia istniały i były stronie wiadome. W piśmiennictwie prawniczym zostało przyjęte, że przez twierdzenia ujęte w art. 207 § 6 k.p.c. należy rozumieć twierdzenia co do faktów, za pośrednictwem których przytacza się okoliczności faktyczne na uzasadnienie własnych żądań i wniosków oraz w celu odparcia żądań i wniosków strony przeciwnej. Zaliczane są także do tej kategorii twierdzenia, określane zarzutami, o istnieniu danej okoliczności faktycznej, niesprzecznej z twierdzeniami faktycznymi strony przeciwnej, ale ukierunkowane przeciwko powództwu. Dowody tłumaczone są jako wnioski o przeprowadzenie dowodów, które mają służyć wykazaniu prawdziwości twierdzeń faktycznych. Chodzi o twierdzenia i dowody dotyczące istoty sprawy. W razie powiązania twierdzeń faktycznych z realizacją uprawnień materialnoprawnych, zachodzi konieczność odróżnienia materialnoprawnego

oświadczenia woli o wykonaniu uprawnienia od twierdzenia faktycznego o złożeniu takiego oświadczenia. Pominięcie twierdzeń faktycznych odnosi się tylko do twierdzenia o wykonaniu uprawnienia oraz twierdzeń dotyczących podstawy faktycznej tego uprawnienia, nie rozciąga się natomiast na oświadczenie woli o wykonaniu uprawnienia, które podlega ocenie wyłącznie według praw materialnego.

Art. 381 k.p.c. stanowi, że sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynikła później. Założeniem tego przepisu jest skłonienie stron do przedstawienia całego materiału procesowego w sądzie pierwszej instancji i przyspieszenie postępowania apelacyjnego. Regułą jest dopuszczenie nowych faktów i dowodów. Tylko wyjątkowo mogą one być pominięte, przede wszystkim wtedy, gdy strona ponosi winę ich wcześniejszego nieprzytoczenia.

W orzecznictwie został wyrażony pogląd o możliwości złożenia w postępowaniu apelacyjnym zarzutu przedawnienia roszczenia. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2004 r., V CK 38/04 (niepubl.) stwierdzono, że dopuszczalne jest kwalifikowanie oświadczeń zawartych w pismach procesowych jako świadczeń woli w znaczeniu materialnoprawnym. Dochodzi wówczas do podjęcia czynności złożonej - procesowej i materialnej - która podlega ocenie na różnych płaszczyznach - prawa procesowego i prawa materialnego, cywilnego. Z kolei w uchwale z dnia 17 czerwca 2005 r., III CZP 26/05 (OSNC 2006, nr 4, poz. 63) Sąd Najwyższy uznał, że sąd ma obowiązek wziąć pod uwagę w każdym stanie sprawy nieważność czynności prawnej (art. 58 § 1 k.c.), jednak tylko na podstawie materiału prawidłowo zgromadzonego. Wskazał, że podnoszenie po raz pierwszy w postępowaniu apelacyjnym zarzutów merytorycznych (np. potrącenia), opartych na pewnym stanie faktycznym jest dopuszczalne o tyle, o ile ich uzasadnienie mieści się w granicach stanu faktycznego ustalonego przed sądem pierwszej instancji lub może być oparte na nowych faktach i dowodach dopuszczalnych w postępowaniu przed sądem apelacyjnym (art. 381 k.p.c.). Stanowisko to zostało także odniesione do obowiązku uwzględnienia z urzędu nieważności czynności prawnej, jeżeli nieważność ma wpływ na wynik sprawy oraz do dopuszczalności zgłoszenia przez stronę zarzutu przedawnienia roszczenia w postępowaniu apelacyjnym (por. wyrok

Sądu Najwyższego z dnia 3 listopada 2010 r., V CSK 142/10, niepubl.). Uprawnienie dłużnika do żądania zmniejszenia kary umownej (art. 484 § 2 k.c.) jest materialnoprawnym środkiem jego obrony przed żądaniem wierzyciela zapłaty określonej sumy tytułem zastrzeżonej w umowie kary (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 2008 r., III CSK 168/08, niepubl., z dnia 16 kwietnia 2010 r., IV CSK 494/09, OSNC - ZD 2010, nr 4, poz. 115). Wymagane jest w tym celu zgłoszenie żądania przez dłużnika. W wyroku z dnia 8 marca 2013 r., III CSK 193/12, niepubl. Sąd Najwyższy wskazał, że możliwe jest również zgłoszenie przez dłużnika obok żądania oddalenia roszczenia wierzyciela także zarzutu rażącego wygórowania kary umownej albo jej zmniejszenia. Przeważa jednak pogląd o konieczności zgłoszenia w formie zarzutu żądania zmniejszenia kary i podania podstaw wskazujących na dokonanie tego. Sąd Najwyższy w obecnym składzie przychylił się do przedstawionych zapatrywań, które kładą nacisk na wystąpienie z żądaniem zmniejszenia obowiązku dłużnika i wskazania jego przyczyn. Do podniesienia tego zarzutu może dojść także w postępowaniu apelacyjnym, a jego ocena będzie dokonywana na podstawie ustaleń faktycznych sądu pierwszej instancji, jeżeli nie dojdzie do zgłoszenia faktów i dowodów dopuszczalnych w świetle wymagań uregulowanych w art. 381 k.p.c. Zgłoszenia tego zarzutu nie można utożsamiać ze zgłoszeniem twierdzeń i dowodów na gruncie art. 207 § 6 k.p.c. Zarzut pozwanej naruszenia art. 381 w związku z art. 207 § 6 k.p.c. był nieuzasadniony.

Nie zasługiwało także na akceptację kwestionowanie przez pozwaną niezastosowania przez Sąd Apelacyjny art. 385 k.p.c. i uwzględnienia apelacji powoda. Do obrazu tego przepisu mogłoby dojść wtedy, gdyby sąd drugiej instancji, mimo stwierdzenia istnienia podstaw do uchylenia zaskarżonego wyroku, orzekł o oddaleniu apelacji. Taka sytuacja nie zaistniała w sprawie, a zatem zgłoszony zarzut należało uznać za bezzasadny.

Z uwagi na to, że obie strony podniosły zarzut naruszenia art. 484 § 2 k.c., zostaną one poddane ocenie łącznie.

Dyrektywy interpretacyjne zawarte w art. 65 k.c. odnoszą się do wszystkich czynności (§ 1), jak i tylko do umów (§ 2). Wynika z tego uregulowania konieczność

dokonania wykładni umowy na trzech poziomach: literalnego brzmienia umowy, ustalenia treści oświadczeń woli przy zastosowaniu reguł określonych w art. 65 § 1 k.c. oraz ustalenia sensu złożonych oświadczeń woli przez odwołanie się do zgodnego zamiaru stron i celu umowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2011 r., V CSK 204/10, z dnia 19 stycznia 2018 r., I CSK 226/17, niepublikowane). Samodzielnie złożone oświadczenie woli podlega badaniu z zastosowaniem kryteriów wskazanych w art. 65 § 1 k.c. i uwzględnieniem okoliczności w jakich zostało złożone. Jeżeli natomiast stanowi ono jedno z oświadczeń składających się na treść umowy, to ocena powinna uwzględniać wytyczne wskazane w art. 65 § 2 k.c., odnoszące się do zgodnego zamiaru, jaki strony postanowiły osiągnąć. Nie jest przy tym konieczne, aby cel umowy był uzgodniony przez strony, wystarcza cel zamierzony przez jedną stronę, który jest wiadomy drugiej. Gramatyczne wskazania wykładni umowy mają walor poznawczy, gdy tekst umowy jest jednoznaczny, pozwalający na odtworzenie woli kontrahentów. Kiedy jednak tekst umowy jest niejasny, zachodzi potrzeba usunięcia wątpliwości przy zastosowaniu reguł wskazanych w art. 65 § 2 k.c., dających pierwszeństwo badaniu zgodnego zamiaru stron i celu umowy przed dosłownym brzmieniem tekstu. Wówczas analiza powinna objąć niejasne postanowienia w powiązaniu z całym tekstem, przedmiotem uzgodnień, charakterem umowy, zważać należy także na zasady i zwyczaje w ramach współpracy w stosunkach gospodarczych. Wskazane jest przyjmowanie takiego sensu oświadczeń woli stron, które uwzględnia logikę całego tekstu oraz kontekst sytuacyjny. Wątpliwości interpretacyjne, których nie można usunąć w drodze ogólnych dyrektyw wykładni oświadczeń woli, powinny być rozstrzygnięte na niekorzyść strony, która zredagowała tekst wywołujący niejasność.

W niniejszej sprawie do zawarcia przez strony umowy w dniu 7 września 2009 r. doszło po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego (art. 39 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - jedn. tekst: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.). Postanowienia treści zamówienia zostały ujęte w specyfikacji istnych warunków zamówienia i podane do wiadomości wraz z ogłoszeniem, mogły być także przekazane bezpośrednio oferentowi na jego żądanie. Dokumenty te stanowiły załączniki do umowy. Postępowanie związane z

przetargiem umożliwia każdemu oferentowi zapoznanie się z projektem, oczekiwaniem zamawiającego, jak też z terenem prowadzenia robót. Rzeczą podmiotu uczestniczącego w przetargu jest dokonanie analizy obowiązków, które przyjmie, w razie wyłonienia go przez komisję przetargową. Niejednoznaczne zapisy warunków zamówienia mogą być przedmiotem wyjaśnienia w drodze pytań. Nie ulega wątpliwości, że oferent powinien zwrócić szczególną uwagę na zapisy dotyczące zapłaty wynagrodzenia i przyjętych obowiązków. Postanowienie § 12 zawartej przez strony umowy dotyczy zapłaty kary umownej. W odniesieniu do kary umownej za zwłokę w oddaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru uzgodniono jej rozmiar na 0,2% wynagrodzenia umownego za przedmiot odbioru za każdy dzień zwłoki (ust. 1 pkt 2). Uregulowanie tej kary miało być dokonane przez potrącenie jej z faktury końcowej wykonawcy (ust. 3). W ustępie czwartym postanowiono, że kary będą potrącane automatycznie bez uzyskiwania zgody wykonawcy. Interpretacja tych postanowień dokonana zarówno według dyrektyw gramatycznych, jak i przy zastosowaniu kryteriów wskazanych w art. 65 k.c., uwzględniająca sens umowy, logikę jej tekstu oraz kontekst sytuacyjny prowadzi do wniosku, że wolą stron było zastrzeżenie obowiązku zapłaty przez wykonawcę kary za zwłokę w oddaniu jej przedmiotu w oznaczonej wysokości, wskazanie trybu zaspokojenia zamawiającego poprzez potrącenie wzajemnych wierzytelności, automatycznie bez uzyskiwania zgody wykonawcy. Mieści się zatem w tych zapisach również określenie terminu uregulowania należności z tego tytułu nieprzewidujące wzywania do zapłaty z zakreśleniem terminu, skoro miało to nastąpić drogą obniżenia świadczenia należnego wykonawcy oznaczonego w fakturze końcowej. Art. 455 k.c. stanowi, że jeżeli termin świadczenia nie jest oznaczony, ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania. Ma on zastosowanie także, w myśl uchwały Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2014 r., III CZP 76/14, OSNC 2015, nr 7-8, poz. 86, oraz orzeczeń przedstawionych w jej uzasadnieniu, do określenia wymagalności wierzytelności z tytułu kary umownej. Uregulowanie to przewiduje, że świadczenie powinno być spełnione w terminie oznaczonym przez strony stosunku zobowiązaniowego albo w terminie wynikającym z właściwości zobowiązania. Brak podstaw do przyjęcia jednego z tych terminów nakłada na

wierzyciela obowiązek wezwania dłużnika do spełnienia świadczenia niezwłocznie po otrzymaniu wezwania albo po upływie wyznaczonego terminu. Sąd Apelacyjny dokonał prawidłowej wykładni postanowienia § 12 umowy w aspekcie charakteru stosunku prawnego oraz całości jej regulacji. Nie zasługiwały na podzielenie zarzuty powoda, kwestionujące stwierdzenie, że zastrzeżenie potrącenia świadczenia z tytułu kary umownej z jego wierzytelnością obejmującą wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane zawierało także oznaczenie terminu, w jakim spełnienie świadczenia powinno nastąpić. Nie było podstaw do uznania, że pozwana miała obowiązek wezwania powoda do zapłaty z wyznaczeniem terminu do spełnienia świadczenia, poza złożonym przez pozwaną oświadczeniem o potrąceniu wierzytelności z wezwaniem do zapłaty w piśmie z dnia 9 października 2012 r. Strony zaakceptowały zarówno sposób zapłaty, jak i przeprowadzenie go wraz z realizacją zobowiązania pozwanej do zapłaty powodowi wynagrodzenia. Celem takiego działania pozwanej było zmniejszenie swojego zobowiązania, jak też uzyskanie należności z tytułu kary bez konieczności odrębnego jej dochodzenia. Nie było podstaw do przyjęcia, że cel ten nie był powodowi znany. Zarzuty naruszenia art. 65 § 2, art. 498 § 1 w związku z art. 455 k.c. były nieuzasadnione.

Powód, zarzucił naruszenie przez Sąd Apelacyjny art. 484 § 2 k.c. przez zakwestionowanie zakresu zmniejszenia należności z tytułu kary umownej jedynie o 20%, zamiast wielokrotnie niższego, skoro wykonał zobowiązanie praktycznie w 100%. Pozwana upatrywała błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania art. 484 § 2 k.c. w nieuzasadnionym uznaniu, że zostały spełnione przesłanki miarkowania kary umownej. Zastrzeżenie jej na poziomie 0,2% za każdy dzień zwłoki w oddaniu przedmiotu umowy nie było rażąco wygórowane, nie wskazuje na takie wygórowanie korelacja wysokości kary do całości wynagrodzenia, a wysokość świadczenia stanowi konsekwencję rocznego okresu zwłoki. W tej sytuacji tak znaczne obniżenie kary zaburzyło równowagę kontraktową stron i pozbawiło karę jej normatywnego charakteru.

Kara umowna stanowi odszkodowanie umowne (zryczałtowane odszkodowanie umowne) i przysługuje wierzycielowi wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik

ponosi odpowiedzialność (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 1970 r., II CR 167/70, OSNCP 1970, nr 11, poz. 214, z dnia 27 stycznia 1972 r., I CR 458/71, OSNCP 1972, nr 9, poz. 160, z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07, OSNC-ZD 2008, nr B, poz. 44, z dnia 26 stycznia 2011 r. II CSK 318/10, z dnia 17 czerwca 2016 r., IV CSK 674/15, niepublikowane). Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika, co najmniej w postaci niedbalstwa. Zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty także w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69). Kara pełni funkcje odszkodowawczo-kompensacyjne, stymulujące dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania oraz represyjne.

Zgodnie z art. 484 § 2 k.c., jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Obie wskazane przesłanki są równorzędne, a zatem wystąpienie którejkolwiek z nich uzasadnia miarkowanie. Dłużnik może oprzeć wniosek o miarkowanie kary umownej na obu tych przesłankach. Dążąc do zmniejszenia kary umownej, powinien on zgłosić żądanie tego dotyczące ze wskazaniem podstawy uzasadniającej dokonanie miarkowania. Stanowi ono materialnoprawny środek obrony dłużnika, który może on zgłosić w formie zarzutu skierowanego przeciwko żądaniu wierzyciela. Wina dłużnika sama przez się nie wyłącza możliwości obniżenia tej kary, co podyktowane jest charakterem podstawy jego odpowiedzialności (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r., II CSK 318/10, niepubl.). Miarkowanie ma na celu wyeliminowanie dużych dysproporcji między wysokością kary a godnym ochrony interesem wierzyciela, ponieważ kara umowna nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego. Ustalenie zakresu zmniejszenia kary umownej, odpowiadające ustawowo przewidzianym przesłankom, zostało powierzone sądom merytorycznie rozstrzygającym spór w tym zakresie. Orzeczenie sądu miarkujące wysokość kary umownej ma charakter kształtujący stosunek prawny pomiędzy stronami, wywołuje jednak skutek *ex tunc*, czyli

ustalający wysokość kary umownej obowiązującą już od chwili jej wymagalności. Skuteczne odwołanie się dłużnika do obu przesłanek wskazanych w art. 484 § 2 k.c. ma miejsce wtedy, gdy kara umowna po zmniejszeniu jej z powodu wykonania zobowiązania w znacznej części pozostaje nadal rażąco wygórowana (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 r., IV CSK 616/13, niepubl.).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przeważa pogląd, że wykonanie w uzgodnionym przez strony terminie większości robót może uzasadniać obniżenie kary, której wysokość została ustalona w odniesieniu do wartości wszystkich umówionych robót (por. wyrok z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07, z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, z dnia 26 stycznia 2011 r., II CSK 318/10, niepublikowane). Podkreślono, że od okoliczności konkretnego wypadku zależy, czy częściowe wykonanie robót budowlanych ma znaczenie dla wierzyciela i zaspokaja jego usprawiedliwiony interes, podlegający ochronie. Stanowisko to podziela skład orzekający Sądu Najwyższego.

Drugą przesłankę wskazaną w art. 484 § 2 k.c. ustawodawca ujął w sposób niedookreślony jako „rażące wygórowanie”, nie wyjaśniając zarazem, jakie kryteria są istotne dla oceny takiego wygórowania. W orzecznictwie Sądu Najwyższego rozważane były różne kryteria, które wynikały z konkretnych okoliczności sprawy, poddawanych ocenie sądu, mających miarodajne znaczenie dla wyważenia interesów stron w aspekcie wartościowym. Jednym z wyznaczników, które sąd powinien barć pod uwagę jako zasadniczy przy podejmowaniu decyzji o zastosowaniu miarkowania kary, jest wysokość szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania zobowiązania (por. wyroki z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, nie publ., z dnia 14 kwietnia 2005 r., II CK 626/04, z dnia 11 października 2007 r., IV CSK 181/07, OSNC-ZD 2008, nr B, poz. 48 i z dnia 20 czerwca 2008 r., IV CSK 49/08, niepubl.). W odniesieniu do tej kwestii należy ponownie wskazać na uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, której nadano moc zasady prawnej, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty, w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy wskazał, że brak szkody wierzyciela lub doznanie jej w nieznacznym rozmiarze,

może stanowić kryterium redukowania wysokości kary (por. także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2008 r., II CSK 364/08, niepubl.). Prezentowane są także zapatrywania, przyjmujące jako kryterium relację wysokości kary wobec ogólnej wartości świadczenia należnego dłużnikowi. Do tej kategorii zaliczane są także mierniki odnoszące się do samej wysokości kary oraz kryteria słusznościowe, jak okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, a przyczyniły się do wydłużenia okresu realizacji zamówienia oraz ich zaistnienia nie był w stanie przewidzieć (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2016 r., I CSK 259/06, z dnia 26 stycznia 2011 r., II CSK 318/10, OSNC - ZD 2011, nr 4, poz. 80, z dnia 23 maja 2013 r., IV CSK 644/12, z dnia 22 stycznia 2015 r., I CSK 690/13, niepublikowane). Art. 484 § 2 k.c. nie przewiduje możliwości zmniejszenia wysokości kary umownej, z uwagi na przyczynienie się wierzyciela do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Nie znajduje tu zastosowania art. 362 k.c., ponieważ szkoda nie stanowi przesłanki powstania obowiązku zapłaty kary umownej, lecz niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Dlatego przyczynienie się wierzyciela do powstania lub zwiększenia szkody może być brane pod uwagę tylko w ramach podstaw decydujących o miarkowaniu kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, z dnia 8 lipca 2008 r., IV CK 522/03, OSNC 2005/7-8/131, z dnia 4 marca 2008 r., IV CSK 457/07, niepubl.; z dnia 11 grudnia 2008 r., II CSK 364/08, niepubl.; z dnia 16 kwietnia 2010 r., IV CSK 494/09, OSNC-ZD 2010/4/115).

W rozpoznawanej sprawie Sąd Apelacyjny rozważył wszystkie okoliczności współpracy stron oraz wykształcone w orzecznictwie kryteria miarkowania. Uznał, że powód wykonał zobowiązanie objęte umową w znacznej części (poza fontannami). Pozwana nie wykazała, aby przez to doszło do naruszenia jej usprawiedliwionego interesu. Były zatem podstawy do uznania, że została spełniona pierwsza z przesłanek miarkowania przewidzianych w art. 484 § 2 k.c. W ramach oceny okoliczności sprawy w kontekście drugiej przesłanki Sąd Apelacyjny stwierdził, że zastrzeżona kara była rażąco wygórowana, na co wskazuje odniesienie jej wysokości (5 375 438,95 zł) do umówionego wynagrodzenia (6 035 750,60 zł netto, a 7 363 615,73 zł brutto). Zapłata przez powoda sumy kary umownej w pełnej wysokości doprowadziłoby do

pozbawienia go wynagrodzenia w bardzo dużym zakresie. Ustalenie przez Sąd Apelacyjny zakresu miarkowania kary umownej do 20% było wynikiem właściwej oceny przesłanek objętych art. 484 § 2 k.c. oraz rozważenia interesów obu stron. W ocenie Sądu Najwyższego kwestionowanie przez pozwaną występowania przesłanek miarkowania było nieuzasadnione. Prawidłowo Sąd Apelacyjny rozważył także występowanie kryterium słusznościowego, chociaż wprost tak go nie nazwał. Pozbawienie powoda wynagrodzenia netto w około 90% poddawałoby w wątpliwość sens realizowania inwestycji. Okres opóźnienia w oddaniu przedmiotu zamówienia przez powoda był bardzo długi, ale nie doszło do zaistnienia szkody po stronie pozwanej. Trafnie przyjął Sąd Apelacyjny, że powód godził się na wykonywanie dodatkowych zadań, zakładając bez rozsądnego rozważenia, że zdoła dotrzymać terminu, na którego dalsze wydłużenie pozwana nie przystała i nie mogło to wypełniać przesłanki przyczynienia pozwanej do zaistnienia zwłoki. Pozostał jednak do rozważenia aspekt niewłaściwego przygotowania zamówienia do realizacji przez pozwaną. Z okoliczności faktycznych będących podstawą zaskarżonego orzeczenia wynika, że wielokrotnie zachodziła konieczność korygowania dokumentacji projektowej i zawierania umów dotyczących robót uzupełniających, co wpływało negatywnie na przebieg robót. Nie było podstaw do uznania, że zlecenie ich wykonania innemu podmiotowi byłoby dla pozwanej korzystniejsze i doprowadziłoby do skrócenia czasu wykonania całości zamówienia. W tej sytuacji Sąd Apelacyjny prawidłowo doprowadził do wyeliminowania wygórowania kary. Uzasadnione było zastosowanie jej zmniejszenia, ponieważ doszłoby do nieusprawiedliwionego wzbogacenia po stronie pozwanej. Bezzasadny był zarzut pozwanej, że obniżenie kary umownej do 20% zaburzyło równowagę kontraktową stron i pozbawiło ją normatywnego charakteru. Na powodzie ciąży bowiem obowiązek zapłaty tytułem kary umownej kwoty 1 075 087,79 zł, a zatem spełnione zostały jej funkcje represyjna i stymulująca powoda do dochowywania terminów wykonania zamówień. Nie ma podstaw do uznania, że ten obowiązek pozbawił karę jej normatywnego charakteru. Nie zasługiwał na podzielenie zarzut powoda zaniżenia miarkowania kary umownej, która w jego ocenie powinna być wielokrotnie niższa. Poza odwołaniem się do ustawowych przesłanek skarżący nie odniósł się do

omówionych kryteriów, jak też nie wskazał na występowanie innych mierników. Podniesione przez obie strony zarzuty naruszenia art. 484 § 2 k.c. były bezzasadne.

Z tych względów Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. orzekł jak w sentencji. O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 100 w związku z art. 391 § 1 i art. 398²¹ k.p.c.

jw