



Sygn. akt IV CSK 491/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 grudnia 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Roman Trzaskowski (przewodniczący)

SSN Monika Koba

SSN Katarzyna Tyczka-Rote (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa Skarbu Państwa - Komendanta Jednostki Wojskowej nr
(...) w G.

przeciwko R. M. i A. M.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej

w dniu 18 grudnia 2018 r.,

skargi kasacyjnej pozwanych

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 18 maja 2017 r., sygn. akt I ACa (...),

**1) odrzuca skargę kasacyjną w części zaskarżającej oddalenie
apelacji powoda,**

**2) uchyla zaskarżony wyrok w pozostałym zakresie i w tej
części sprawę przekazuje Sądowi Apelacyjnemu w (...) do
ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach
postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Skarb Państwa - Komendant Jednostki Wojskowej nr (...) w G., po ostatecznym sprecyzowaniu powództwa wniósł o zasądzenie solidarnie od pozwanych R. M. i A. M. - wspólników spółki cywilnej „D.” w S., jako wykonawców, kwoty 661 890,52 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 1 sierpnia 2013 r. do dnia zapłaty, tytułem kary umownej za opóźnienie w wykonaniu robót budowlanych i w usuwaniu stwierdzonych usterek tych robót.

W sprawie został wydany w dniu 6 maja 2014 r. nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym. Pozwani wnieśli od niego sprzeciw, w którym kwestionowali swoją odpowiedzialność za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy, zwracając uwagę, że kary umowne przewidziane były na wypadek zwłoki, a nie opóźnienia. Podnieśli też, że powód był zobowiązany do odbioru robót z usterkami. Z „ostrożności procesowej” wnieśli o miarkowanie naliczonej kary umownej.

Wyrokiem z dnia 11 lipca 2016 r. Sąd Okręgowy w O. zasądził solidarnie od pozwanych na rzecz powoda kwotę 209.433,79 zł z ustawowymi odsetkami od 1 sierpnia 2013 r. do 31 grudnia 2015 r. oraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 1 stycznia 2016 r., umorzył postępowanie w zakresie kwoty 38.425,20 zł z odsetkami, oddalił powództwo w pozostałej części i orzekł o kosztach sądowych i kosztach procesu.

Ustalił, że strony w dniu 16 października 2012 r. zawarły w wyniku przetargu publicznego umowę, której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych w zakresie przystosowania zabezpieczeń mechanicznych oraz wymiany stolarki okiennej w obiektach magazynowych na terenie kompleksu wojskowego J.W. nr (...) w terminie do 14 grudnia 2012 r. za ryczałtowym wynagrodzeniem 960.630 zł (brutto). W umowie przewidziane zostały kary umowne (§ 10 ust. 1):

- z tytułu niedotrzymania terminu końcowego wykonania przedmiotu umowy - 0,5% wartości brutto całkowitego wynagrodzenia za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
- z tytułu nieusunięcia usterek w wyznaczonym terminie - w tej samej wysokości, zwiększone do 0,8% wartości brutto całkowitego wynagrodzenia w

przypadku niedotrzymania wyznaczonego terminu dodatkowego w okresie rękojmi - za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

Zamawiający przekazał wykonawcy plac robót w dniu 17 października 2012 r., pozwani przystąpili do pracy w dniu 5 listopada 2012 r. Ze względu na przeznaczenie magazynów i ich normalne użytkowanie w czasie robót pozwani musieli dostosować się do obostrzeń w zakresie kontroli i prowadzenia robót w godzinach pracy magazynierów, co było zaznaczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Pracownicy pozwanych przyjeżdżali na plac budowy na godz. 7.00, a ich odprawa przy bramie głównej trwała ok. 20-30 min. W związku z oczekiwaniem na magazyniera prace rozpoczynały się ok. godz. 8.00, ok. godz. 10.00 następowała przerwa z uwagi na przerwę magazyniera i trwała około godziny. Prace oficjalnie mogły być wykonywane do godz. 18.00, ale najczęściej kończono je wcześniej. Po uzgodnieniu z magazynierem można było je przedłużyć do godz. 18.00 (poza marcem i kwietniem 2013 r., gdy magazynierzy nie mogli już korzystać z nadgodzin). Pismem z dnia 12 grudnia 2012 r. zamawiający wezwał wykonawcę do przyśpieszenia prac. Pozwani w odpowiedzi zwrócili się o wydłużenie terminu robót do dnia 31 grudnia 2012 r. (z uwagi na warunki atmosferyczne uniemożliwiające rozkuwanie i wymianę nadproży). Zamawiający pismem z 18 grudnia 2012 r. poinformował ich, że nie ma możliwości przedłużenia terminu realizacji robót, ponieważ środki na prace remontowe zostały przyznane na rok kalendarzowy 2012. Ich niewykorzystanie spowoduje konieczność ich zwrotu do budżetu państwa.

W dniu 17 grudnia 2012 r. roboty zostały zrealizowane w ok. 35% (częściowo wymieniono stolarkę okienną, kraty okienne oraz wentylacyjne, nie wymieniono natomiast żadnej ze 105 bram magazynowych). W dniu 21 grudnia 2012 r. powód przeprowadził częściowy odbiór robót. Na jego podstawie sporządzono protokół i dołączono kosztorys częściowy na kwotę 824 236,99 zł (brutto), który obejmował wykonane prace i materiały zgromadzone na placu. Pozwani zafakturowali tę kwotę. Powód naliczył im karę umowną z tytułu opóźnienia w wykonaniu robót za okres od 15 grudnia do 21 grudnia 2012 r. w kwocie 33 622,05 zł i potrącił ją z wynagrodzenia ujętego w fakturze. W dniu 24 grudnia 2012 r. wykonawca poinformował o gotowości do odbioru robót,

ale zamawiający uznał zgłoszenie za niezgodne ze stanem rzeczywistym. Następnie w dniu 23 stycznia 2013 r. wezwał pozwanych do podjęcia dalszych prac, informując o naliczaniu kar za opóźnienie. W dniu 19 lutego 2013 r. komisyjnie stwierdzono, że roboty nie zostały zakończone. Wykonawca zobowiązał się wykonać je do dnia 9 marca 2013 r. Zamawiający wyznaczył termin odbioru końcowego na 12 marca 2013 r., ale po stwierdzeniu istotnych wad oraz odstępstw od dokumentacji i warunków technicznych, odstąpił od odbioru. Termin usunięcia wad, niedoróbek i usterek wyznaczono na 9 kwietnia 2013 r. i w tym dniu nastąpił odbiór końcowy, w trakcie którego powód wyznaczył termin usunięcia stwierdzonych usterek do 25 kwietnia 2013 r. Naliczył też kary umowne z tytułu niedotrzymania terminu wykonania przedmiotu umowy (za 115 dni - od 15 grudnia 2012 r. do 9 kwietnia 2013 r.) w wysokości 552 362,25 zł.

W czasie odbioru w dniu 25 kwietnia 2013 r. stwierdzono nieusunięte usterki, termin ich wyeliminowania wyznaczono do 10 maja 2013 r. Termin ten też nie został zachowany. Zamawiający naliczył kary umowne za 15 dni - od 26 kwietnia do 10 maja 2013 r. w kwocie 72.047,25 zł. W dniu 24 maja 2013 r. zamawiający zwrócił się do pozwanych o usunięcie usterek, z zagrożeniem, że w przypadku niewywiązania się z tego obowiązku do 6 czerwca 2013 r. zleci wykonanie napraw innemu wykonawcy. Wówczas pozwani poinformowali, że nie są w stanie przystąpić do prac, ponieważ nie mogą wejść na teren placu budowy. Zamawiający wskazał, że prace mogą wykonywać codziennie w godzinach od 7.30 do 14.30, a utrudnienia mogą wystąpić wyjątkowo w dniach 29 i 31 maja 2013 r. Ostatecznie do odbioru inwestycji po usunięciu usterek doszło w dniu 6 czerwca 2013 r. Wówczas zamawiający naliczył wyższe (0,8%) kary umowne za niedotrzymanie terminu usunięcia usterek w okresie rękojmi (32 dni - od 11 maja do 11 czerwca 2013 r.) w kwocie 245 921,28 zł.

W okresie od 16 października 2012 r. do 30 kwietnia 2013 r. dobowe temperatury powietrza nie były niższe niż: w październiku (+ 3 C), w listopadzie (+3 C), w grudniu (-10 C), w styczniu (-10 C), w lutym (-4 C), w marcu (-5 C), w kwietniu (+1 C). Silne opady śniegu wystąpiły w dniach 16 grudnia 2012 r. i 21 stycznia 2013 r.

Sąd Okręgowy uznał za bezsporne przekroczenie przez pozwanych terminu wykonania umowy i terminu usunięcia usterek wykrytych w okresie rękojmi. Oceniał, że niedochowanie terminu było skutkiem powierzenia wykonania umowy zbyt małej liczbie pracowników i przeznaczenia na te prace zbyt krótkiego czasu. Terminowa realizacja robót byłaby możliwa przy zaangażowaniu 28 pracowników na 8 godzinny dzień pracy lub 20 na 10-godzinny. Tymczasem pracownicy pozwanych do połowy okresu realizacji umowy przepracowali tylko 153 godziny, a do dnia 21 grudnia 2012 r. (kiedy prace już powinny być zakończone) 2.225 godzin, czyli 21,17% czasu koniecznego do realizacji całości. Sąd nie stwierdził też, by przyczyną nieterminowego wykonania zobowiązania były złe warunki atmosferyczne, gdyż w wyznaczonym w umowie terminie pogoda nie utrudniała wykonywania robót. Na opóźnienia wywołane pogodą nie powoływali się też w tym okresie pozwani. Podnieśli ten argument dopiero znacznie później, w piśmie z dnia 24 maja 2013 r. Sąd ustalił, że na terminowość prac nie miały wpływu różne rozmiary poszczególnych otworów okiennych, gdyż inwestor uprzedzał o konieczności uprzedniego sprawdzenia wymiarów otworów w naturze w dokumentacji przetargowej, a ponadto wykonanie stolarki o różnych wymiarach nie stanowi problemu technologicznego opóźniającego wymianę okien. Sąd zwrócił też uwagę, że pozwani powinni byli uwzględnić specyfikę pracy na terenie jednostki wojskowej. Choć informacja o możliwości pracy w godzinach 7.00-15.00 nie uwzględniała czasu odprawy przy bramie, dojścia do magazynu, przerwy magazyniera i ewentualnego oczekiwania na magazyniera, jednak możliwe było przesunięcie godzin pracy do 18.00, z czego pozwani korzystali sporadycznie (po godzinie 15.00 ich pracownicy pracowali 16 dni, w tym do godziny 18.00 jedynie 6 dni).

W rezultacie Sąd uznał, że pozwani zawinili powstanie opóźnień w wykonaniu przedmiotu umowy, jak i w usuwaniu usterek, co uprawniało powoda do obciążenia ich karami umownymi na podstawie art. 483 § 1 k.c., jednak ich wysokość (łącznie 870.330,78 zł) ocenił jako rażąco zawyżoną i dokonał ich miarkowania na podstawie art. 484 § 2 k.c. Zakwestionował też zasadność ustanowienia kar za opóźnienie w usuwaniu usterek wg stawki wyższej, niż za opóźnienie w wykonaniu umowy. Jako zasadę miarkowania przyjął wyliczenie

kar według jednolitej stawki 0,25% za każdy dzień opóźnienia, co za łącznie liczony okres opóźnienia 158 dni uzasadniało obciążenie pozwanych karami w całkowitej kwocie 379.448,85 zł, z czego powód potrącił już z wynagrodzenia pozwanych kwoty 33.622,05 zł i 136.393,01 zł. Ostatecznie więc Sąd Okręgowy zasądził na rzecz powoda od pozwanych kwotę 209.433,79 zł z odsetkami przyznanymi na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c.

Wyrok Sądu pierwszej instancji zaskarżyły obydwie strony. Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z dnia 18 maja 2017 r. zmienił orzeczenie Sądu Okręgowego jedynie w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach procesu, w pozostałym zakresie apelacje obu stron zostały oddalone, ze wzajemnym zniesieniem kosztów postępowania apelacyjnego.

Pozwani kwestionowali uprawnienie powoda do obciążenia ich karami umownymi z tytułu nieterminowego wykonania przedmiotu umowy. Sąd drugiej instancji ocenił, że uzasadnienie zaskarżonego wyroku umożliwia mu stwierdzenie przesłanek, którymi kierował się Sąd Okręgowy, podzielił także ocenę dowodów przeprowadzoną przez ten Sąd.

Sąd odwoławczy podkreślił znaczenie procedury przetargowej, która poprzedziła zawarcie umowy przez strony. Zwrócił uwagę, że tryb przewidziany ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm., dalej „p.z.p.”), wymusza na oferentach szczegółowe zapoznanie się z treścią zamówienia. Pozwani zapoznając się z SIWZ mogli się dowiedzieć, jakie wymagania musi spełniać wykonawca, w tym jakim powinien dysponować potencjałem technicznym i kadrowym oraz jakiej treści umowa będzie zawarta z wybranym oferentem. Z dokumentacji przetargowej wynikało też, że prace będą wykonywane na terenie kompleksu wojskowego w czynnych obiektach magazynowych, co mogło wiązać się z szeregiem obostrzeń i utrudnień. Sąd wskazał też, że warunki atmosferyczne panujące w okresie jesienno-zimowym (listopad - grudzień) w północno-wschodnich rejonach Polski, wiążą się z prawdopodobieństwem opadów śniegu i ujemnymi temperaturami. Dlatego uznał, że pozwani nie mogą skutecznie stawiać zamawiającemu zarzutu błędnego przedstawienia przedmiotu i warunków wykonania zamówienia, tym bardziej,

że przed zawarciem umowy dysponowali środkami prawnymi, które pozwalały im na zgłaszanie zapytań w trakcie trwania procedury przetargowej (art. 38 p.z.p.), z czego nie skorzystali. Sąd Apelacyjny uznał, że konstrukcja prawa zamówień publicznych nie pozwala na zwolnienie pozwanych z odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie umowy. Celem tego prawa jest zapewnienie wyboru najlepszej oferty przedstawionej przez uczestników przetargu, z czym łączy się ograniczenie możliwości późniejszych zmian warunków zawartej umowy (art. 144 p.z.p.). W ocenie Sądu drugiej instancji pozwani nie dochowali należytej staranności przygotowując się do wykonania umowy i nie wykorzystali dostępnych możliwości, takich jak wizja lokalna, do szczegółowego zapoznania się z zakresem przewidzianych prac. Sąd nie stwierdził też, by zaraz po wejściu na plac budowy (16 października 2012 r.) pozwani wykonali pomiary otworów okiennych, drzwiowych oraz tzw. okratowań i zwrócili zamawiającemu uwagę na niezgodności pomiarów z opisem w SIWZ. Zauważony brak należytej staranności pozwanych Sąd drugiej instancji uznał za podstawę przypisania im odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie zobowiązania i stwierdził, że nie mogą zarzucać, iż umówiony termin robót był zbyt krótki. Obiektywną możliwość wykonania przedmiotu umowy w tym terminie (60 dni) Sąd ustalił posiłkując się opinią biegłego, na podstawie której ustalił też, że niezbędna była właściwa organizacja pracy (w tym odpowiednio wczesne dokonanie pomiarów i zamówienie stolarki) i odpowiednia liczba pracowników - co najmniej 20 osób. Taki stan zatrudnienia nie został nigdy osiągnięty. Sporadycznie był też obecny na miejscu kierownik budowy. Z ustaleń wynikało, że warunki pogodowe, w tym ochłodzenie pomiędzy 6 a 14 grudnia 2012 r. nie były tego rodzaju, żeby miały zasadniczy wpływ na postęp robót. Sąd ocenił pozytywnie wartość opinii biegłego H. Ł., jej zgodność z tezą dowodową, fachowość, spójność, stanowczość, weryfikowalność i komunikatywność, a także bezstronność biegłego. Sąd odniósł się też do zastrzeżeń pozwanych, którzy domagali się wyłączenia tego biegłego i wyjaśnił, że stawiane zarzuty o „biesiadowaniu” biegłego na terenie jednostki wojskowej oraz jego powiązaniach zawodowych z powodem nie zostały potwierdzone obiektywnymi dowodami. Sąd nie doszukał się też po stronie powoda nadużycia prawa. Skarżący powoływali się na błędy, jakie powód popełnił na etapie

sporządzania dokumentacji oraz na braki współpracy i zrozumienia dla problemów występujących w trakcie wykonywania umowy. Jednak Sąd odwoławczy uznał, że przyczyny niewykonania umowy leżą wyłącznie po stronie wykonawcy i są przezeń zawinione, a powód, dochodząc zapłaty kar umownych, nie nadużywa swojego prawa podmiotowego. Powód - w jego ocenie - nie postępował niełojalnie, wykazał się elastycznością w stosunkach z pozwanymi i dążył do umożliwienia wykonania umowy także w godzinach popołudniowych. Wyzначył także kolejne terminy wykonania umowy, z następnie - usunięcia usterek. Wiązała go jednak - poza przepisami prawa zamówień publicznych - również dyscyplina budżetowa, co uzasadniało naliczenie i dochodzenie kar umownych. Sąd drugiej instancji stwierdził także wystąpienie przesłanek do obniżenia (miarkowania) kar umownych do wysokości ustalonej przez Sąd Okręgowy. Zakwestionował jednocześnie pogląd powoda, że zgodne ustalenie w umowie wysokości maksymalnej kary umownej powinno co do zasady wyłączać stosowanie art. 484 § 2 k.c. i wskazał, że przepis ten z tego powodu, że należy do tzw. prawa sędziowskiego ma charakter normy bezwzględnie obowiązującej, której stosowania strony nie mogą wyłączyć umownie. Zwrócił uwagę, że ustawodawca pozostawił uznaniu sędziowskiemu ocenę, czy okoliczności konkretnej sprawy uzasadniają skorzystanie z możliwości zmniejszenia kary. Zdaniem Sądu Apelacyjnego ingerencję w wysokość kar uzasadniało to, że zwłoka w prawidłowym wykonaniu umowy (w tym usunięcie usterek) nie naruszyła interesu zamawiającego, a potrzeba zakończenia prac do 14 grudnia 2012 r, wynikała jedynie z konieczności wykorzystania środków budżetowych do końca roku kalendarzowego. Powód nie wskazywał na wystąpienie żadnych szkód, a więc funkcja kompensacyjna naliczonych kar była mocno ograniczona. Sąd zaznaczył, że kara umowna nie może stanowić źródła nieuzasadnionego wzbogacenia się wierzyciela i musi uwzględniać charakter i zakres negatywnych skutków, jakich doznała strona. Sąd podkreślił, że naliczone kary umowne stanowiły prawie 87% wynagrodzenia umownego pozwanych (960.630 zł), co - jego zdaniem - wykraczało nie tylko ponad funkcje kompensacyjne, ale także ponad funkcje stymulujące, czy represyjne kary. Zastosowaną metodę obniżenia wysokości stawki kary Sąd uznał za dopuszczalną i ocenił, że obniżona kara w wysokości 379 448,85 zł jest odpowiednia, ponieważ

stanowi niemal 40% wynagrodzenia należnego za prace faktycznie wykonane i zarazem 45,61% kary umownej wyliczonej przez powoda z obu tytułów. Zmiana orzeczenia w zakresie kosztów wynikała z poprawienia rozliczeń.

Skargę kasacyjną od całości wyroku Sądu Apelacyjnego wnieśli pozwani i oparli ją na obydwu podstawach z art. 398³ § 1 k.p.c. Naruszenie prawa materialnego dostrzegli w niewłaściwym zastosowaniu art. 484 § 2 k.c., w błędnej wykładni art. 471 k.c. w zw. z 484 § 2 k.c. w zakresie pojęcia „kary umownej”, jako instytucji o charakterze odszkodowawczym, mającej powetować szkodę poniesioną przez wierzyciela, niewłaściwym zastosowaniu art. 471 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c., a także art. 471 k.c. w zw. z 476 k.c., błędnej wykładni zawartego w art. 472 k.c. pojęcia „należyta staranność”, która nie oznacza staranności wyjątkowej, lecz dostosowaną do działającej osoby, przedmiotu, jakiego działanie dotyczy, oraz okoliczności w jakich działanie to następuje, natomiast nie mieszczą się w niej informacje o tym jakie warunki panują w jednostce wojskowej, zakresie zasad udostępnienia placu budowy, czy dostępu do magazynów, a także niewłaściwym zastosowaniu art. 38 ust. 1 p.z.p.

W ramach podstawy naruszenia przepisów postępowania cywilnego skarżący zarzucili naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 382 k.p.c. w zw. z art. 217 § 1 k.p.c. i 278 § 1 k.p.c. i naruszenie art. 386 § 2 k.p.c. w zw. z art. 379 pkt 5 k.p.c.

We wnioskach wystąpili o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie powództwa ewentualnie przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanych zwrotu kosztów postępowania za wszystkie instancje.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną pozwanych powód wniósł o jej odrzucenie w części obejmującej zakresem zaskarżenia orzeczenia o częściowym oddaleniu apelacji powoda oraz o jej oddalenie w pozostałym zakresie. Złożył także wniosek o zasądzenie od pozwanych na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania kasacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego na rzecz Skarbu Państwa - Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, według norm przepisanych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Powód słusznie wskazał na niedopuszczalność skargi kasacyjnej w części, w której pozwani zaskarżyli częściowe oddalenie apelacji powoda. Rozstrzygnięcie to nie narusza ich interesu, ponieważ nie spowodowało ich pokrzywdzenia. Skarga kasacyjna w tej części podlega więc odrzuceniu (por. mającą moc zasady prawnej uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 2014 r., III CZP 88/13, OSNC 2014/11/108).

Zarzuty naruszenia prawa procesowego dotyczą przede wszystkim prawidłowości przeprowadzenia postępowania apelacyjnego i uzasadnienia wydanego orzeczenia.

Najdalej idący jest zarzut niedostrzeżenia przez Sąd odwoławczy nieważności postępowania przed sądem pierwszej instancji. Przyczynę nieważności pozwani upatrują w uniemożliwieniu im obrony swoich praw w wyniku nieprzesłuchania świadków powoda, odmówienia wiary świadkom pozwanych, bez uzasadnienia przyczyn tej decyzji, pozbawienia ich uprawnień procesowych w zakresie wyboru biegłego i żądania uzupełnienia jego opinii oraz przeprowadzeniu dowodu z opinii nierzetelnej, niejasnej i zawierającej sprzeczności, a także wadliwości uzasadnienia. Zarzuty te jednak nie uprawniają do formułowania tezy o nieważności postępowania z przyczyn wskazanych w art. 379 pkt 5 k.p.c. Co najwyżej odnoszą się do uchybień procesowych, które w świetle udokumentowanego w aktach przebiegu postępowania i treści uzasadnienia Sądu pierwszej instancji - nie miały miejsca.

Wbrew twierdzeniom skarżących również postępowanie apelacyjne, a także uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego nie wykazują zarzucanych im wad.

Zarówno Sąd pierwszej instancji jak i Sąd odwoławczy poddały ocenie opinię biegłego. Opinia została złożona na piśmie, przedstawiona stronom, które się do niej ustosunkowały, a następnie uzupełniona ustnie przez biegłego na rozprawie w obecności stron i z ich udziałem. Obydwa Sądy uznały opinię za przekonującą i odpowiadającą na pytania ważne z punktu widzenia okoliczności istotnych do rozstrzygnięcia sprawy. Okoliczności te - dotyczące wpływu niejednakowej wielkości otworów na czas produkcji stolarki, ewentualnych ograniczeń w pracach

wynikających z warunków atmosferycznych czy z dostępności pomieszczeń - zostały ujęte w ustaleniach faktycznych wraz z przytoczeniem uzasadnienia biegłego. Natomiast uzasadnienie zarzutów kasacyjnych przeinacza lub pomija argumentację obydwu Sądów, dążąc do stworzenia wrażenia, że wyjaśnienia wymagały okoliczności w rzeczywistości niesporne (np. różne wymiary otworów w magazynach).

W postępowaniu kasacyjnym Sąd Najwyższy nie dokonuje kontroli prawidłowości oceny dowodów (art. 398³ § 3 w zw. z art. 398¹³ § 2 k.p.c.), bada jedynie, w razie zgłoszenia takiego zarzutu, czy nie doszło do naruszenia reguł wyznaczających tok postępowania dowodowego. Takich uchybień jednak nie można się dopatrzeć w sposobie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego H. Ł., co wynika wprost z uzasadnień obu Sądów i przebiegu postępowania. Zwrócić też należy uwagę, że po przesłuchaniu biegłego H. Ł., ani w postępowaniu apelacyjnym pozwani nie wnosili o przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego. Zarzuty naruszenia art. 382 k.p.c. w zw. z art. 217 § 1 k.p.c. i art. 278 § 1 k.p.c. nie mogą więc być uzasadnione.

Nieprzekonujące są też zarzuty kwestionujące prawidłowość oceny materiału dowodowego i przedstawienia wyników tych czynności w uzasadnieniu Sądu Apelacyjnego. Argumentacja skarżących bazuje na nieprawdziwym twierdzeniu, że Sąd pierwszej instancji dokonał dowolnej i pozbawionej podstaw oceny materiału dowodowego, z niewiadomych przyczyn dyskwalifikując świadków powołanych przez pozwanych. Z uzasadnienia Sądu Okręgowego wynika tymczasem, że dał on wiarę wszystkim świadkom poza B. R., wyjaśniając, że jego zeznania są sprzeczne z relacjami wszystkich pozostałych przesłuchanych osób (wśród których byli też wykonawcy prac ze strony pozwanych) i świadkowi zawnioskowanemu przez powoda – H. B. - co do zeznań o warunkach atmosferycznych panujących w czasie wykonywania umowy przez pozwanych. Przy czym wszystkie dowody ocenił we wzajemnym powiązaniu ze sobą. Tym samym Sąd odwoławczy, chociaż nie był w pełni zadowolony ze sposobu przytoczenia motywów przez Sąd Okręgowy, miał podstawy, by ocenić przesłanki rozumowania tego Sądu pierwszej instancji i przyjąć jego ustalenia za własne, spełniając tym samym minimalne wymaganie prawidłowego zastosowania art. 382

k.p.c. i art. 328 § 2 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. (por. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 września 2016 r., IV CSK 702/15). Wykroczył jednak ponad ten zakres, przedstawiając ustalenia, które stały się podstawą dalszych merytorycznych rozważań.

Zarzuty naruszenia przepisów postępowania, które skarżący podnieśli w skardze kasacyjnej, nie potwierdziły się więc.

Podstawa materialnoprawna skargi mieści w sobie zarzuty odnoszące się do charakteru kary umownej za nieterminowe wykonanie umowy i kryteriów oceny, czy kara jest nadmierna i w jaki sposób powinna zostać zmniejszona.

Przede wszystkim skarżący wracają do trwającego w doktrynie - lecz rozstrzygniętego już w orzecznictwie - sporu, czy konieczną przesłanką powstania roszczenia o zapłatę kary umownej jest poniesienie szkody przez wierzyciela. Szerokie uzasadnienie stanowiska negującego bezwzględne powiązanie roszczenia o zapłatę kary ze szkodą przedstawione zostało w uzasadnieniu mającej moc zasady prawnej uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r. (III CZP 61/03, OSNC 2004/5/69). Sąd Najwyższy w składzie rozpatrującym niniejszą sprawę podziela to stanowisko, a w konsekwencji uznaje za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 471 w zw. z art. 483 § 1 (przez niewłaściwe zastosowanie) i w zw. z art. 484 § 2 k.c. (przez błędną wykładnię).

Nie doszło też do niewłaściwego zastosowania art. 471 w zw. z art. 476 k.c., przez przypisanie pozwanym odpowiedzialności za opóźnienie prac. Z ustaleń faktycznych wynikają liczne nieprawidłowości, dotyczące przede wszystkim nienależytej organizacji pracy, w tym późnego ich rozpoczęcia, a także małej zapobiegliwości i elastyczności w wykorzystywaniu możliwości dłuższej pracy na budowie, gdy oczywiste stało się, że dotrzymanie terminu końcowego jest zagrożone. Te przyczyny spowodowały przekroczenie terminu realizacji umowy, a później wpływały na powolne usuwanie usterek odebranych już robót.

Skarżący podnoszą, że dochowali należytej staranności na etapie zawierania umowy i nie może ich obciążać niewyjaśnienie w toku procedury przetargowej reguł udostępniania magazynów w jednostce wojskowej, ich zawartości i obostrzeń

związanych z prowadzoną w tych warunkach pracą. Sąd Apelacyjny słusznie jednak wywiódł z treści SIWZ, że oferenci byli poinformowani o tym, iż prace wykonują w obiektach czynnych, do których dostęp będzie tylko w ograniczonym czasie i po koniecznych uzgodnieniach, oraz że magazyny znajdują się na terenie jednostki wojskowej. Te dane uzasadniały potrzebę zaczerpnięcia informacji o praktycznych aspektach pracy w specyficznych, nieznanych pozwanym warunkach i uwzględnienie ich przy planowaniu robót, a następnie przy ich wykonywaniu. Nie doszło więc do błędnej wykładni art. 472 k.c. ani też do niewłaściwego zastosowania art. 38 ust. 1 p.z.p., skoro ustalone okoliczności wskazywały na wystąpienie podstaw do formułowania na ich podstawie wzorca należytej staranności dla pozwanych jako wykonawców.

Jeśli natomiast chodzi o kryteria i zakres miarkowania kary umownej, zgodzić się należy z poglądem, który wyłącza możliwość całkowitego uchylenia obowiązku zapłaty kary w wypadku, kiedy wystąpiły przesłanki jej naliczenia. Taki wniosek płynie z przyznania dłużnikowi w art. 484 § 2 k.c. jedynie prawa żądania zmniejszenia kary, a nie całkowitego uwolnienia od jej zapłaty. Ponieważ jednak kara umowna jest niewątpliwie instytucją blisko spokrewnioną z odszkodowaniem, kwestia rozmiaru szkody doznanej przez wierzyciela stanowi podstawowy czynnik oceny w wypadku rozpoznawania wniosku o jej miarkowanie. Celem jakiemu służy możliwość miarkowania kary umownej jest usunięcie rażącej nierównowagi pomiędzy wysokością obciążającej dłużnika kary, ustalonej zgodnie z postanowieniami umownymi, a zakresem i dolegliwością skutków, jakie zdarzenia uprawniające do naliczenia kary spowodowały dla wierzyciela, zaś konieczność zapłacenia kary - dla dłużnika. Artykuł 484 § 2 k.c. przyznaje tzw. prawo sędziowskie do odpowiedniego zredukowania kary ustalonej zgodnie z umową stron i wskazuje kryteria, które należy wziąć pod uwagę. Są nimi wykonanie zobowiązania w znacznej części lub rażące wygórowanie kary. W ramach tych przesłanek bada się istnienie szkody oraz jej rozmiar, oceniany przy założeniu, że uprawnienie do naliczenia kary nie stanowi wystarczającej aksjologicznie podstawy do wzbogacenia się wierzyciela (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2007 r., II CSK 400/06, nie publ., z dnia 21 listopada 2007 r., I CSK 270/07, nie publ., z dnia 17 czerwca 2016 r., IV CSK 674/15, nie publ., czy z dnia 23 czerwca

2017 r., I CSK 625/16, nie publ.). Z uwagi na „słusznościowy” aspekt miarkowania, ocena obydwu przesłanek miarkowania kary powinna następować z uwzględnieniem całokształtu stosunku umownego, w ramach którego została naliczona kara. Przyjmuje się więc, że rażące wygórowanie kary należy ważyć mając na uwadze stosunek pomiędzy wysokością kary, a wartością zobowiązania głównego, jak też długotrwałość, dolegliwość, istotność i konsekwencje naruszenia przez dłużnika obowiązków umownych. Nie bez znaczenia jest też to, czy intencją stron było wykorzystanie z uzasadnionych przyczyn represyjnego celu kary.

Skarżący ma rację, że rozważania Sądu Apelacyjnego nie zawierają szczegółowych odniesień do tego rodzaju kryteriów. Pomimo przyjęcia, że zachodzą obydwie przesłanki miarkowania kary, ponieważ roboty zostały - jakkolwiek ze znacznym spóźnieniem - wykonane w całości, a powód nie poniósł żadnej szkody z powodu przekroczenia terminu, Sąd Apelacyjny uznał, że kara odpowiadająca 40% (a nie - jak twierdzi skarżący 46%) wynagrodzenia za całość robót jest należycie zmniejszona. Jest to jednak pogląd arbitralny, nie nawiązujący do żadnych mierników wartości, który nie znajduje wsparcia w ocenie stopnia dolegliwości tak skalkulowanej kary dla wykonawcy w zestawieniu ze stopniem wzbogacenia się powoda. Nie poddaje się więc rzeczowej ocenie.

Naruszenie art. 482 § 2 k.c. przez jego niewłaściwe zastosowanie uzasadnia uchylene zaskarżonego wyroku w zakresie wskazanym w sentencji i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania (art. 398¹⁵ § 1 k.p.c.).

Orzeczenie o kosztach postępowania kasacyjnego wynika z treści art. 398²¹ w zw. z art. 391 § 1 i art. 108 § 2 k.p.c.

jw