

Sygn. akt I ACa 707/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 stycznia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Mirosław Ożóg
Sędziowie:	SA Monika Koba (spr.) SO del. Krzysztof Gajewski
Protokolant:	stażysta Agnieszka Kisicka

po rozpoznaniu w dniu 22 stycznia 2015 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa Skarbu Państwa - (...) (...) Oddziału (...) w G.

przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w P.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 20 maja 2014 r. sygn. akt XV C 26/14

I. zmienia zaskarżony wyrok:

1) w punkcie II (drugim) w ten sposób, że zasądza dodatkowo od pozwanej (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. na rzecz powoda Skarbu Państwa – (...) (...) Oddziału (...) w G. kwotę 31.676,41 (trzydzieści jeden tysięcy sześćset siedemdziesiąt sześć 41/100) złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 18 lipca 2013 r. do dnia zapłaty, oddalając powództwo w pozostałej części,

2) w punkcie III (trzecim) w ten sposób, że zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 1.085,10 (jeden tysiąc osiemdziesiąt pięć 10/100) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego,

3) w punkcie IV (czwartym) w ten sposób, że wymienioną w nim kwotę 398 (trzysta dziewięćdziesiąt osiem) złotych podwyższa do 1.990 (jeden tysiąc dziewięćset dziewięćdziesiąt) złotych;

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 1.080 (jeden tysiąc osiemdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym;

IV. nakazuje pobrać od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Gdańsku kwotę 1.584 (jeden tysiąc pięćset osiemdziesiąt cztery) złote tytułem części nieuiszczonej opłaty od apelacji.

Na oryginale właściwe podpisy.

Sygn. akt I ACa 707/14

UZASADNIENIE

Powód Skarb Państwa - (...) (...) Oddział (...) w G. domagał się zasądzenia od pozwanej (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. (dalej Z.) kwoty 113.709,26 zł tytułem kary umownej za zwłokę w usunięciu wad w terminie wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 18 lipca 2013r. do dnia zapłaty wraz z kosztami postępowania.

W dniu 2 grudnia 2013r. Sąd Okręgowy w Gdańsku wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, którym uwzględnił żądanie pozwu w całości.

Pozwana w ustawowym terminie złożyła sprzeciw od nakazu zapłaty, wnosząc o oddalenie powództwa oraz zasądzenie kosztów postępowania. Wskazała, iż opóźnienie w usunięciu wad nie nastąpiło z jej winy lecz z uwagi na niesprzyjające warunki atmosferyczne oraz dostarczenie przez dostawcę wadliwego materiału, który musiał być wymieniony. Ponadto kara umowna może być naliczona tylko za jeden dzień opóźnienia, gdyż powód nie miał podstaw do jej naliczania za okres kiedy zgłoszona została gotowość do odbioru wykonanych robót. Na wypadek uznania roszczenia co do zasady wniosła o miarkowanie kary umownej, z uwagi na jej rażące wygórowanie, wykonanie zobowiązania w 100% jak i brak winy w ewentualnym opóźnieniu w usunięciu wad.

Wyrokiem z dnia 20 maja 2014 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku zasądził od pozwanej Z. na rzecz powoda kwotę 8.122.09 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 18 lipca 2013 r. do dnia zapłaty (punkt I), w pozostałej części powództwo oddalił (punkt II), zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 3.110,62 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w sprawie oraz nakazał ściągnąć od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Gdańsku kwotę 398 zł tytułem nieuiszczonych kosztów procesu (punkt IV).

Sąd Okręgowy ustalił, iż w dniu 9 maja 2007 r. została zawarta pomiędzy powodem a pozwaną Z. umowa nr (...). Przedmiotem umowy było wykonanie przez pozwaną robót na zadaniach: (...) - (...) (...) oraz (...) - (...) (...). W § 11 ust. 2 umowy zmienionego aneksami do umowy strony ustaliły łącznie wynagrodzenie na kwotę 8.122.094,24 zł. W § 12 umowy strony ustaliły, że z czynności odbiorowych spisany będzie protokół zawierający wszelkie ustalenia dokonane w toku odbioru. Stwierdzone podczas odbioru usterki wykonawca usunie w terminie określonym w protokole, jednak nie dłuższym niż 20 dni. W § 15 ust. 2 pkt 2 strony ustaliły, że wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub ujawnionych w okresie rękojmi i gwarancji w wysokości 0,10% wynagrodzenia umownego z VAT, określonego w § 11 ust. 2 za każdy dzień zwłoki liczony od upływu terminu wyznaczonego na usunięcie wad.

W dniu 21 września 2012 r. został sporządzony protokół z przeglądu międzygwarancyjnego ogrodzenia zewnętrznego w ramach zadania nr (...) „(...) (...)” kompleks wojskowy nr (...). W protokole wskazano, że po dokonaniu oględzin ogrodzenia, komisja stwierdziła konieczność wymiany miejscowo skorodowanego drutu ostrzowego i concertiny na całej długości ogrodzenia siatkowego. Komisja ustaliła termin usunięcia usterek do dnia 29 marca 2013 r.

Pismem z dnia 15 marca 2013 r. pozwany poinformował powódkę, że w dniu 12 marca 2013 r. nie przyjął dostawy materiału niezbędnego do rozpoczęcia prac związanych z usunięciem usterek opisanych w protokole z dnia 21 września 2012 r. z powodu wystąpienia licznych ognisk korozji na drucie ostrzowym i concertinie. Materiał został niezwłocznie zamówiony u innego dostawcy, co spowodowało określenie nowego terminu dostawy na dzień 22 marca 2013 r. W piśmie zawarł wnioski o wydłużenie terminu usunięcia usterek do dnia 30 kwietnia 2013 r.

W piśmie z dnia 19 marca 2013 r. powód wskazał, że zmiana terminu z dnia 29 marca 2013 r. na dzień 30 kwietnia 2013 r. nie może być uwzględniona, ponieważ gwarancja zabezpieczenia umowy jest ważna do dnia 14 kwietnia 2013 r. Pismem z dnia 25 marca 2013 r. powód wezwał pozwaną do potwierdzenia gotowości odbioru robót w dniu 29 marca 2013 r.

Pismem z dnia 29 marca 2013 r. pozwana zgłosiła powodowi zakończenie prac związanych z gwarancyjną wymianą concertyny i drutu ostrzowego na ogrodzeniu siatkowym w kompleksie wojskowym (...) G. (...) i wniosła o wyznaczenie terminu zebrania komisji w celu dokonania czynności odbiorowych.. Pismem z dnia 3 kwietnia 2013 r. powód poinformował, że w dniu 11 kwietnia 2013 r. odbędzie się przegląd gwarancyjny.

W dniu 11 kwietnia 2013 r. został sporządzony protokół z odbioru wykonania robót usunięcia usterek gwarancyjnych zadania (...). Komisja sprawdziła wykonanie robót pod względem jakościowym i ilościowym i stwierdziła, że dokonano około 95 % demontażu drutu typu concertina podlegającego wymianie oraz że w miejsce zdemontowanego drutu został ułożony drut bez dokonania jego zamocowań do drutu naciągowego i górnego drutu siatki ogrodzeniowej. Komisja stwierdziła brak gotowości do dokonania pozytywnego odbioru zgłoszonych robót.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2013 r. pozwana poinformowała o usunięciu braków opisanych w protokole z dnia 11 kwietnia 2013 r. i ponownie złożyła wniosek o wyznaczenie terminu zebrania komisji w celu dokonania czynności odbiorowych.

W dniu 24 kwietnia 2013 r. został sporządzony protokół z odbioru wykonania robót usunięcia usterek gwarancyjnych zadania (...). Komisja sprawdziła wykonanie robót pod względem jakościowym i ilościowym i nie wniosła uwag do wykonania usunięcia usterek.

Powód pismem z dnia 3 lipca 2013 r. poinformował pozwaną, że obciążył ją karą umowną za opóźnienie w usunięciu usterek w okresie rękojmi i gwarancji za okres od dnia 30 marca 2013 r. do dnia 12 kwietnia 2013 r. w wysokości 113.709,26 zł, stanowiącej 0,10 % z kwoty 8.122.094,24 zł za okres 14 dni. Powód wezwał jednocześnie pozwaną do zapłaty wskazanej kwoty w terminie 14 dni od dnia otrzymania pisma. W dniu 3 lipca 2013 r. powód wystawił notę księgową nr (...) na kwotę 113.709,26 zł.

Pozwana pismem z dnia 5 lipca 2013 r. zakwestionowała zasadność naliczonej kary umownej. Pismem z dnia 21 sierpnia 2013 r. powód wezwał pozwaną do zapłaty kwoty 113.709,26 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 18 lipca 2013 r. do dnia zapłaty - w terminie 7 dni.

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności w oparciu o dokumenty, zeznania złożone przez przedstawicieli powoda i pozwanej, uznając, że brak jest podstaw do ich podważenia. Sąd przesłuchał w charakterze świadka A. P., jednak złożone przez niego zeznania nie miały znaczenia dla wydania rozstrzygnięcia w sprawie, gdyż fakt dostarczenia wadliwego materiału nie miał wpływu na zgłoszenie przez pozwaną prac w terminie do dnia 29 marca 2013 r. Pozwana w tym dniu zgłosiła gotowość odbioru prac i właśnie ta kwestia miała kluczowe znaczenie dla Sądu a quo, przy czym okoliczność ta nie była między stronami sporna. Poza sporem pozostawało również opóźnienie, jakiego pozwana dopuściła się w usunięciu zgłoszonych przez powoda usterek. Spór koncentrował się natomiast na faktycznym okresie, w jakim to opóźnienie miało miejsce.

Sąd I instancji, odwołując się do treści przepisów art. 476 k.c., art. 483 § 1 k.c. oraz art. 484 § 1 k.c., wskazał, że poprzez karę umowną należy rozumieć sankcję cywilnoprawną o kompensacyjnej funkcji. Kara umowna jest surogatem odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego, ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Wierzyciel jednak nie ma obowiązku wykazania ani faktu powstania szkody ani jej wysokości. Zobligowany jest jedynie udowodnić, że kara umowna została skutecznie zastrzeżona oraz że doszło do nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania w sposób, na jaki strony się umówiły.

W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego Sąd a quo ustalił, że pozwana zobligowana była wykonać prace związane z usunięciem usterek do dnia 29 marca 2013 r., tego też dnia zgłosiła powodowi gotowość odbioru prac (prace zostały wykonane w 95%). Powód zaś bez konsultacji z pozwaną ustalił termin odbioru tych prac dopiero na dzień 11 kwietnia 2013 r., wtedy to okazało się, że prace zostały wykonane w 95 %. Powód ponownie zobowiązał pozwaną do usunięcia usterek, co pozwana niezwłocznie uczyniła, informując powoda o usunięciu usterek w dniu następnym.

Zdaniem Sądu I instancji, na gruncie poczynionych ustaleń faktycznych nie można obciążyć pozwanej odpowiedzialnością za to, że dopiero w dniu 11 kwietnia 2013 r. nastąpił odbiór prac, kiedy to okazało się, że nie wszystkie prace zostały wykonane. Jak bowiem ustalono, pozwana pozostała 5 % usterek usunęła w ciągu jednego z dnia. Oznacza to, że gdyby powód niezwłocznie po poinformowaniu go przez pozwaną o wykonaniu prac w dniu 29 marca 2013 r. wyznaczył termin odbioru, to wówczas nie byłoby zwłoki 14 - dniowej, lecz jedynie 1 - dniowa, gdyż pozwana właśnie w takim czasie usterki usunęła. Żaden przepis umowy łączącej strony nie wskazuje, iż za dzień odbioru prac gwarancyjnych uważa się dzień dokonania odbioru przez powoda. W związku z powyższym Sąd Okręgowy uznał, że pozwana pozostawała w zwłoce z usunięciem usterek ogrodzenia przez 1 dzień, dlatego też należało obciążyć ją karą umową właśnie za ten jeden dzień.

Sąd ustalając wysokość kary umownej miał na uwadze jej wysokość sprecyzowaną w umowie oraz wartość wynagrodzenia wskazaną przez powoda w pozwie na kwotę 8.122.094,24 zł. W związku z tym, że pozwana dopuściła się zwłoki przez 1 dzień wysokość kary umownej Sąd ustalił na kwotę 8.122,09 zł.

Ustosunkowując się do wniosku pozwanej o miarkowanie wysokości kary umownej, Sąd I instancji uznał, iż zakres wykonanych prac na dzień 29 marca 2014 r. (95%) był tak znaczny, iż obciążenie pozwanej karą umowną z tytułu niewykonania w terminie 5 % prac w wysokości żądanej przez powoda nie może się ostać. Zgodnie z art. 485 § 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.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, na podstawie art. 476 k.c. w zw. z art. 484 § 1 k.c. w zw. z art. 6 k.c. Sąd Okręgowy orzekł jak w pkt I zaskarżonego wyroku.

W pozostałym zakresie Sąd I instancji powództwo oddalił uznając, iż pozwana nie dopuściła się zwłoki w okresie, na jaki powód się powoływał. Wyznaczenie terminu odbioru prac na 11 kwietnia 2013 r., czyli na 14 dni naprzód od daty zgłoszenia przez pozwaną gotowości odbioru prac wynikało z przyczyn leżących po stronie powoda, nie zaś pozwanej. Tym samym brak było podstaw, aby obciążyć pozwaną karą umowną za okres zwłoki, której w rzeczywistości się nie dopuściła.

O odsetkach Sąd a quo rozstrzygnął na podstawie art. 481 § 1 k.c. Na gruncie niniejszej sprawy Sąd uznał, że roszczenie w przedmiocie zapłaty kary umownej było wymagalne już od dnia 18 lipca 2013r. i w tej kwestii orzekł zgodnie z żądaniem pozwu.

O kosztach Sąd Okręgowy orzekł w pkt III i IV wyroku zgodnie z art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art. 100 k.p.c. zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu i zasadą stosunkowego rozdzielenia kosztów.

Powyższy wyrok powód zaskarżył w części oddalającej powództwo tj. w zakresie punktów II i III, zarzucając mu:

1. mający wpływ na treść rozstrzygnięcia błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku polegający na uznaniu, iż zwłoka pozwanej w wykonaniu prac montażowo-budowlanych dotyczyła wyłącznie jednego dnia, podczas gdy z zebranego materiału dowodowego jednoznacznie wynika, iż wynosiła ona 14 dni, co w konsekwencji doprowadziło do sytuacji, iż Sąd nie uznał za zasadne naliczenia przez powoda kary umownej za 13 dni (Sąd uznał za zasadne istnienie 1-dniowej zwłoki),

2. mający wpływ na treść rozstrzygnięcia błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku polegający na uznaniu, iż pozwanej nie należy obciążać odpowiedzialnością z tytułu wyznaczenia przez powoda odbioru wykonanych prac na 12 dni po dokonaniu zgłoszenia ich wykonania, podczas gdy z zebranego materiału dowodowego jednoznacznie wynika, że w sytuacji, gdyby wady zostały usunięte w terminie (tj. na dzień 29 marca 2013 r. lub nawet na dzień 11 kwietnia 2013 r.) kara nie zostałaby naliczona, co analogicznie uczyniono dla procedury odbioru prac pozwanej, których gotowość odbioru zgłoszono w dniu 12 kwietnia 2013 r., a komisja dokonała ostatecznego ich odbioru dopiero w dniu 24 kwietnia 2013 r., gdyż za ten okres pozwana nie została obciążona jakimikolwiek karami,

3. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c. przez błędną, sprzeczną z zasadami logiki i doświadczeniem życiowym ocenę materiału dowodowego oraz brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, tj.:

a) pominięcie, iż powód niezależnie od wyznaczenia terminu odbioru usuwanych przez pozwaną wad wskazywał, iż brak ich usunięcia, jak też ich faktyczne wykonanie oceniane było na dzień dokonania przez pozwaną zgłoszenia gotowości odbioru robót, a nie na dzień zebrania się komisji odbierającej prace,

b) pominięcie, iż w procedurze odbiorowej uczestniczyli nie tylko przedstawiciele powoda i pozwanej, a również przedstawiciele użytkownika obiektu oraz (...) W., co uniemożliwiało wyznaczenie terminu odbioru na dzień następnego po dokonaniu przez pozwaną zgłoszenia gotowości odbioru robót, również pominięcie faktu, iż przedmiotowe zgłoszenie wpłynęło do powoda 29 marca (piątek) 2013 r. o godzinie 14.25,

c) pominięcie w ocenie stanu faktycznego okoliczności, iż w dniu 29 marca 2013 r. pozwana dokonała zgłoszenia gotowości odbioru usuniętych wad, mimo że nie zostały one przez nią usunięte i stan ten utrzymał się do dnia 11 kwietnia 2013 r., kiedy to zebrała się komisja składająca się z przedstawicieli powoda, pozwanej, użytkownika obiektu oraz (...) W., której zadaniem było odebranie wykonanych przez pozwaną prac,

d) uznanie, iż zobowiązanie pozwanej zostało wykonane w 95%, podczas gdy z treści protokołu odbioru z dnia 11 kwietnia 2013 r. jednoznacznie wynika, iż nie miało to miejsca, bowiem pozwana jedynie zdemontowała wskazaną ilość drutu, natomiast mimo ułożenia tego drutu nie został on zamocowany w sposób umożliwiający jego prawidłową eksploatację, co jednoznacznie dowodzi, iż w tym zakresie pozwana nie wykonała całości niezbędnych prac, a więc nie wykonała nawet 95% prac,

3. naruszenie prawa materialnego, które miało istotny wpływ na treść dokonanego w sprawie rozstrzygnięcia, tj.

a) art. 362 k.c. poprzez jego niezastosowanie i dokonanie miarkowania wysokości kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c., podczas gdy z treści uzasadnienia Sądu I instancji jednoznacznie wynika, iż Sąd uznał, że kara umowna została naliczona za niewłaściwą ilość dni, gdyż w zakresie 13 dni zwłoki pozwanej odpowiedzialność ponosi bezpośrednio powód, jako że wyznaczony przez niego termin odbioru wykonanych przez pozwaną prac był zbyt odległy (z tym zastrzeżeniem, że ustalenia Sądu I instancji powód kwestionuje), a więc de facto Sąd uznał, iż kara umowna winna zostać zmniejszona na skutek przyczynienia się wierzyciela, jednakże na te okoliczności nie poczynił żadnych ustaleń,

b) art. 484 § 2 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że na podstawie ustalonego przez Sąd I instancji stanu faktycznego zasadnym jest dokonanie miarkowania wysokości kary umownej, przy czym miarkowanie to dokonane zostało w sposób pozbawiony logiki i konsekwencji, bowiem z jednej strony Sąd wskazuje, że miarkowanie jest zasadne z uwagi na fakt, iż pozwana wykonała 95% zobowiązania (czemu powód zaprzecza), a z drugiej strony miarkowanie dokonane jest w oparciu o fakt, iż pomiędzy wyznaczeniem terminu odbioru usunięcia wad a zgłoszeniem gotowości ich odbioru upłynęło 11 dni z całkowitym pominięciem, iż zobowiązanie pozwanej nie było wykonane ani w dniu 29 marca 2013 r., ani w dniu 11 kwietnia 2013 r.,

c) art. 65 § 1 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i nadanie oświadczeniom woli zawartym w protokole odbioru z dnia 11 kwietnia 2013 r. treści odmiennej niż wynika to z przedstawionego dokumentu, podczas gdy wszyscy

członkowie komisji odbiorowej w sposób jasny, przejrzysty i czytelny określili stan zaawansowania robót, jak też istniejące w tym zakresie braki.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, apelujący wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części i uwzględnienie powództwa w tym zakresie oraz o zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.

Pozwana w odpowiedzi na apelację wniosła o jej oddalenie w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje

Apelacja jest częściowo zasadna.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy i czyni je podstawą również własnego rozstrzygnięcia. Ustalenia te znajdują oparcie w zebranych w postępowaniu pierwszoinstancyjnym materiale dowodowym, oparte są na prawidłowej jego ocenie, spełniającej wymogi art.233§1 kpc. Skarżący wbrew stawianym w apelacji zarzutom w istocie nie kwestionuje ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd Okręgowy lecz wnioski wyciągnięte z ustalonych faktów w zakresie ilości dni za które kara umowna powinna być naliczana oraz w zakresie pominięcia istotnych okoliczności sprawy przy rozstrzyganiu zagadnień materialnoprawnych. Sąd w ustaleniach faktycznych przyjął, iż zobowiązanie zostało w terminie wykonane dokładnie w tym zakresie jaki wynika z protokołu z 29 marca 2013r (strona piąta uzasadnienia). Natomiast w dalszej części uzasadnienia Sąd Okręgowy rzeczywiście sprzecznie z tym ustaleniem uznał, iż wszystkie prace zostały wykonane w 95% (strona 8 uzasadnienia), co pozostaje jednak bez znaczenia, skoro stwierdzenie to miało być podstawą miarkowania kary umownej, którego to Sąd Okręgowy ostatecznie nie dokonał.

Dodatkowo Sąd Apelacyjny ustala, iż na skutek zwłoki pozwanej w usunięciu wad powód nie poniósł żadnej szkody (zeznanie przedstawiciela powódki B. W. – e- protokół k. 130). Natomiast w oparciu o zeznania świadka A. P. (e-protokół k.130), dowody z dokumentów dotyczących dostawy materiału do wykonania prac (k. 48-50) i zeznania członka zarządu pozwanej B. L. ustala, iż materiał na wykonanie prac został zamówiony dopiero 8 marca 2013r, a do dostarczenia wadliwego materiału doszło 12 marca 2013r. Wobec konieczności odmowy jego przyjęcia i potrzeby zamówienia materiału na wykonanie robót u innego dostawcy doszło do kilkudniowego opóźnienia w dostarczeniu materiału w stosunku do harmonogramu pozwanej. Ustala również w oparciu o dowód z przesłuchania stron przeprowadzony przez Sąd I Instancji, iż nic poza przyjętym przez pozwaną harmonogramem prac nie stało na przeszkodzie by roboty poprawkowe wykonać wcześniej.

W rozpoznawanej sprawie powód dochodząc kary umownej za zwłokę w wykonaniu prac w okresie gwarancji i rękojmi miał jedynie obowiązek wykazania, iż kara umowna została skutecznie zastrzeżona w umowie stron, a prace nie zostały przez pozwaną w uzgodnionym terminie wykonane. Obie te przesłanki konieczne dla skutecznego domagania się kary umownej powód wykazał. Strony zastrzegły bowiem w §15 ust.2 pkt 2 umowy karę umowną za zwłokę w usunięciu wad ujawnionych w trakcie rękojmi i gwarancji w wysokości 0,10% wynagrodzenia umownego z VAT określonego w §11 ust.2 za każdy dzień zwłoki liczony od upływu terminu wyznaczonego na usunięcie wad (k.18 verte). Poza sporem również pozostawało, że w czasie przeglądu międzygwarancyjnego ogrodzenia zewnętrznego przeprowadzonego 21 września 2012r wyznaczono termin usunięcia stwierdzonych usterek do dnia 29 marca 2013r (protokół z przeglądu międzygwarancyjnego k.34). Natomiast zgodnie z art. 471 kc w zw z art. 484§1 kc domniemywa się, iż opóźnienie powstało z uwagi na niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 kc w zw z art. 484§1 kc), a okoliczności przeciwne zobligowana była udowodnić pozwana, którego to domniemania w toku postępowania nie obaliła.

Stanowisko pozwanej odmawiającej zapłaty kary umownej koncentrowało się na twierdzeniu, iż do opóźnionego usunięcia wad nie doszło z jej winy, okres od 30 marca 2013r do 11 kwietnia 2013r nie może być traktowany jako zwłoka, skoro w tym okresie trwała procedura odbiorowa, a ponadto w okolicznościach sprawy istnieją podstawy do miarkowania kary umownej.

Sąd Okręgowy nie wypowiedział się w przedmiocie czy do opóźnienia doszło z przyczyn obciążających pozwaną, uznając te rozważania za bezprzedmiotowe w sytuacji gdy zgłoszenie prac do odbioru nastąpiło w uzgodnionym przez strony terminie 29 marca 2013r. Drugą kwestię rozstrzygnął pozytywnie dla pozwanej uznając, iż kara nie może być naliczona za okres gdy trwała procedura odbiorowa. Ponadto z motywów rozstrzygnięcia wynika, (strona 8 uzasadnienia), iż Sąd Okręgowy podzielił stanowisko pozwanej, iż istnieje podstawa do miarkowania kary umownej, z uwagi na znaczny stopień zaawansowania prac w dacie zgłoszenia gotowości do odbioru, w istocie jednak kary tej nie zmiarkował, zasądził bowiem karę za jeden dzień zwłoki w pełnej wysokości – 8.122,09 zł.

Sąd Apelacyjny nie podziela stanowiska Sądu I Instancji jakoby w ustalonym stanie faktycznym kara umowna mogła być naliczona jedynie za jeden dzień zwłoki – 12 kwietnia 2013r i uznaje, iż powód prawidłowo karę tą naliczył za okres od 30 marca 2013r do 12 kwietnia 2013r.

Pozwana miała wyznaczony termin na usunięcie usterek ujawnionych w okresie gwarancyjnym do 29 marca 2013r. Nie ma żadnych wątpliwości i nie było kwestionowane, że w tym terminie pozwana nie wykonała prac, zgłaszając roboty do odbioru, mimo, że nie zostały wykonane w całości, co potwierdzono komisyjnie w dniu 11 kwietnia 2013r (protokół odbioru wykonania robót usunięcia usterek gwarancyjnych – k. 40). Komisja z udziałem pozwanej stwierdziła wówczas, iż dokonano ok. 95% demontażu drutu typu concertina podlegającego wymianie, w miejsce zdemontowanego drutu został ułożony nowy drut bez dokonania jego zamocowań do drutu naciągowego i górnego drutu siatki ogrodzeniowej. Z powyższego wynikało, że na około 5% powierzchni drut concertina w ogóle nie został wymieniony, a na 95% powierzchni gdzie wymiany dokonano, nie dokonano jego zamocowania do drutu naciągowego i górnego drutu siatki ogrodzeniowej. Pozwana zgłosiła zatem roboty do odbioru mimo, że takiej gotowości nie było, a prace w sposób nie budzący żadnej wątpliwości były niedokończone. Pozwana nie kwestionowała przy tym ustaleń komisji odbiorowej, która w dniu 11 kwietnia 2013r z udziałem jej przedstawiciela stwierdziła, iż prace nie są wykonane. Nie ma tu możliwości dokonania błędnej oceny przez wykonawcę w dniu 29 marca 2013r, iż prace wykonał, zakres ich niewykonania jest bowiem ewidentny i nie był przedmiotem żadnego sporu. Oczywiście bezzasadne są zatem twierdzenia zawarte w odpowiedzi na apelację jakoby pozwana nie mogła wiedzieć zgłaszając prace do odbioru jak zostaną one ocenione przez komisję, prawidłowo zatem oceniła swoją gotowość do odbioru prac na 29 marca 2013r, a jej postawa mieści się w granicach dopuszczalnego błędu. Problem nie dotyczył przecież jakości wykonania prac lecz ich nie wykonania w części, o czym pozwana powinna mieć wiedzę zgłaszając pracę do odbioru. Braku gotowości do odbioru pozwana nie negocowała, ani w czasie procedury odbiorowej, która z przyczyn ją obciążających nie doszła do skutku, ani przystępując do dokończenia prac 12 kwietnia 2013r.

W ustalonym stanie faktycznym nie do zaakceptowania jest pogląd, jakoby nie można było naliczać kary umownej za okres zgłoszenia gotowości do odbioru 29 marca 2013r, a stwierdzeniem przez komisję 11 kwietnia 2013r, iż prace nie zostały w całości wykonane, w całym bowiem tym okresie istniała zwłoka w usunięciu wad ujawnionych w okresie rękojmi i gwarancji (§14 ust.2 pkt 2 umowy). Rzeczą pozwanej było usunięcie wad w uzgodnionym terminie, natomiast komisja stwierdziła jedynie, iż wady nie zostały usunięte, co oznacza, iż w ogóle nie powinny być zgłoszone w takim stanie do odbioru. Wykonawca nie może się zwolnić z zobowiązania za zwłokę w usunięciu wad przez zgłoszenie robót do odbioru, w sytuacji gdy roboty nie zostały wykonane. Akceptacja stanowiska Sądu Okręgowego prowadziłaby do sytuacji, iż naliczanie kary umownej za zwłokę w usunięciu wad mogłoby być skutecznie zablokowane przez wykonawcę przez bezzasadne zgłoszenie gotowości do odbioru robót, mimo iż gotowości tej w rzeczywistości nie było, roboty były niedokończone, co następczo stwierdzała komisja. Skoro gotowości do odbioru 29 marca 2013r nie było, cały czas, aż do 12 kwietnia 2013r istniał stan zwłoki w usunięciu stwierdzonych usterek w okresie gwarancji i rękojmi. Zupełnie inna sytuacja istniała po zgłoszeniu gotowości do odbioru 12 kwietnia 2014r (k.41), skoro komisja, która zebrala się 24 kwietnia 2013r stwierdziła, iż wszystkie usterki zostały usunięte (k.42), zatem deklarowany przez pozwaną pismem

z 12 kwietnia 2014r stan gotowości do odbioru rzeczywiście zaistniał, co pozwala przyjąć, iż w dacie zgłoszenia 12 kwietnia 2014r usterki zostały usunięte.

Inaczej rzecz ujmując ryzyko zgłoszenia do odbioru prac, które stanu gotowości do odbioru nie prezentowały, a oparte były na zgłoszeniu przez pozwaną nieprawdziwego stanu rzeczy, obciąża tylko i wyłącznie pozwaną. Powód przystąpił do czynności odbiorowych niezwłocznie, mieszcząc się w 14 dniowym terminie, który strony co do zasady przewidziały na czynności odbioru końcowego (§12 ust.2), mając na uwadze, ilość podmiotów które muszą w nim uczestniczyć, a pozwana nie wniosowała o ustalenie szybszego terminu.

Nie można również przyjąć, jakoby powód nie współpracował z pozwaną w wyznaczeniu tego terminu, skoro jej przedstawiciel był o nim powiadomiony i brał w nim udział, a pozwana powiadomiła powoda o zakończeniu prac faxem 29 marca o godzinie 14.52 (k.38).

Powód nie miał żadnego wpływu na deklarowanie przez pozwaną zakończenia prac nie odzwierciedlające rzeczywistego stanu rzeczy, a czynności odbiorowe wyznaczone były w rozsądnym terminie, co nie pozwala w żadnym stopniu obciążać powoda za konieczność oczekiwania przez pozwaną na odbiór, skoro powinna mieć świadomość, że roboty nie zostały wykonane w całości. Pozwana nigdy zresztą nie twierdziła by procedura odbiorowa trwała zbyt długo, spór dotyczył jedynie tego czy za ten okres pozwana może być obciążona karami umownymi, skoro w świetle niekwestionowanych ustaleń komisji wady nie zostały usunięte.

Skoro kara prawidłowo została naliczona za okres od 30 marca 2013r do 12 kwietnia 2013r oceny wymagało, czy nie usunięcie wad w terminie nastąpiło z przyczyn obciążających pozwaną.

W protokole z przeglądu gwarancyjnego w dniu 21 września 2012r strony uzgodniły termin usunięcia usterek ujawnionych w okresie gwarancyjnym do 29 marca 2013r (k.34), co oznacza, iż pozwana miała ponad pół roku na wykonanie prac. Okoliczność, iż do wykonania prac przystąpiła zgodnie z przyjętym przez siebie harmonogramem dopiero w ostatnich dwóch tygodniach uzgodnionego terminu objęte jest jej ryzykiem i nie może jej ekskulpować. Pozwana jako profesjonalista (art.355§2 kc) musi bowiem przy wykonaniu zobowiązania uwzględniać mogące pojawić się w zwykłym toku czynności perturbacje w postaci niesprzyjających warunków atmosferycznych czy otrzymania wadliwego materiału od dostawcy i zapewnienia odpowiedniego czasu na jego wymianę. Okoliczność, iż warunki atmosferyczne istniejące w marcu były niesprzyjające dla wykonania tego rodzaju prac, nie ma żadnego znaczenia, skoro pozwana mogła wykonać pracę we wrześniu, październiku czy listopadzie 2012r. Bezzasadne są zatem wywody pozwanej jakoby większość czasu przeznaczanego na wykonanie prac przypadła na miesiące zimowe, kiedy prace były niemożliwe do przeprowadzenia. Ponadto wobec braku zgody na przedłużenie terminu wykonania prac, pozwana przystąpiła do ich wykonywania, w zdecydowanej części je wykonała i 29 marca 2013r zgłosiła je do odbioru, co oznacza, że ani warunki atmosferyczne ani dostawa wadliwego materiału nie stały na przeszkodzie wykonaniu prac w terminie. Natomiast niedokończenie prac obciąża wyłącznie pozwaną i nie ma żadnych obiektywnych przyczyn, które mogłyby ekskulpować pozwaną od odpowiedzialności za ten stan rzeczy.

W konsekwencji, wbrew stanowisku Sądu I Instancji co do zasady powód prawidłowo naliczył pozwanej karę umowną za zwłokę w usunięciu usterek w okresie gwarancyjnym na kwotę 113.709,26 zł.

Zasadny okazał się jednak zarzut pozwanej dotyczący miarkowania kary umownej (art. 484§2 kc) przy czym w rozpoznawanym przypadku zostały spełnione obie przesłanki miarkowania tej kary w postaci wykonania zobowiązania w znacznej części jak i rażącego wygórowania kary umownej.

Mechanizm miarkowania kary umownej ma umożliwić dokonanie oceny czy ustalona kara umowna uwzględniając konkretne okoliczności niewykonania czy nienależytego wykonania zobowiązania, nie pozostaje w dysproporcji do zaistniałych z tego powodu skutków dla obu stron stosunku obligacyjnego. Instrument miarkowania musi być jednak stosowany ostrożnie, przy możliwie szerokim poszanowaniu woli stron, zwłaszcza w obrocie profesjonalnym, gdzie można oczekiwać większej staranności i umiejętności oceny ryzyka związanego z zaakceptowaniem postanowień kontraktowych odnoszących się do kary umownej. Powściągliwe stosowanie prawa redukcji dyktuje również

wykładnia funkcjonalna, skoro miarkowanie osłabia zarówno stymulacyjno- represyjny jak i kompensacyjny skutek kary umownej.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego w okolicznościach sprawy kara umowna powinna być zredukowana do 35% naliczonej przez powoda kary czyli do kwoty 39.798,50 zł (35% z 113.710 zł)

W analizowanym przypadku zobowiązanie pozwanej zostało wykonane terminowo w znacznej części, co potwierdza zarówno protokół z 29 marca 2013r jak i dowód z zeznań stron. Wprawdzie w okolicznościach sprawy nie można twierdzić, iż wszystkie usterki zostały według stanu na dzień 29 marca 2013r usunięte w 95% komisja wyraźnie bowiem stwierdziła, iż dotyczy to demontażu drutu typu concertina w zakresie zakwalifikowanym do wymiany oraz ułożenia nowego drutu. Natomiast na całej powierzchni nie dokonano zamocowań nowego drutu do drutu naciągowego i górnego drutu siatki ogrodzeniowej, w tym zatem elemencie prace nie były wykonane w żadnym stopniu. Nie zmienia to jednak faktu, iż znaczna część prac została wykonana w terminie, co potwierdził słuchany za stronę powodową B. W., który stwierdził, iż do wykonania po tej dacie pozostała znikoma część prac (e- protokół k. 130). O nieznacznym zakresie prac pozostałych do wykonania świadczy również czasokres wykonania robót po odmowie odbioru, który zajął zaledwie jeden dzień. Skoro pozwana zdecydowaną większość swojej pracy wykonała terminowo, nie powinna być traktowana tak samo przy wymiarze kary umownej jak podmiot, który nie wykonałby terminowo zobowiązania w żadnym stopniu.

Jednym z podstaw stwierdzenia rażącego wygórowania kary umownej jest porównanie wysokości szkody doznanej przez wierzyciela z wysokością kary umownej. Z zeznań przedstawiciela powódki B. W. wynika, iż w rozpatrywanym przypadku wierzyciel nie poniósł żadnej szkody majątkowej, na skutek zwłoki w realizacji zobowiązania przez pozwaną (e- protokół k.130).

Udowodnienie przez dłużnika, iż wierzyciel nie poniósł szkody, co do zasady nie zwalnia go od zapłaty kary umownej, a w art.484§1 zd.1 kc ustawodawca *expressis verbis* zanegował istnienie bezpośredniej zależności między wysokością zaistniałej szkody a wysokością roszczenia o karę umowną (por. wyrok SN z 2.06.1970r. , II CR 167/70, OSNCP 1970 Nr 11 poz. 214, wyrok SN z 7.02.1975r., III CR 406/74, OSNC 1976 Nr 2 poz. 34, wyrok SN z 20.05.1980r, OSNCP 1980 Nr 12 poz. 243, uchwała SN (7) z 6.11.2003r., III CZP 61/03, OSP 2004 Nr 9 poz. 115 mająca moc zasady prawnej z głosem J. Jastrzębskiego).

Okoliczności powstania szkody i jej wysokość nie są natomiast całkowicie pozbawione znaczenia, mogą być bowiem przez Sąd badane na potrzeby miarkowania kary umownej (art. 484§2 kc). Nie prowadzą one do uchylenia obowiązku zapłaty kary umownej, ale mogą doprowadzić do zredukowania jej wielkości.

Terminowe wykonanie zobowiązania w znacznej części oraz nie poniesienie przez wierzyciela żadnej szkody majątkowej przemawia za znaczącą redukcją kary umownej do 35% jej wymiaru. Dalej idące żądanie redukcji kary umownej nie zasługuje jednak na uwzględnienie prowadziłaby bowiem do zatracenia funkcji kary umownej którą jej nadały strony o czym świadczy zarówno wysokość kary umownej jak i jej naliczanie za każdy dzień opóźnienia, co uwypukla represyjną i stymulacyjną funkcję kary umownej, abstrahującą od wystąpienia po stronie wierzyciela szkody majątkowej.

Tymczasem sam fakt niewykonania zobowiązania w terminie narusza interesy wierzyciela, który co oczywiste jest zainteresowany terminowym wykonaniem zobowiązania, zwłaszcza gdy określił termin ponad półroczny na jego wykonanie. Zastrzeżona kara umowna ma mu rekompensować wszystkie niedogodności powstałe z tego tytułu, choćby nie wiązały się ze szkodą majątkową (chociażby konieczność dwukrotnego zbierania się komisji odbiorowej). W konsekwencji zbyt daleko idąca redukcja kary umownej, czyniąca karę tą niedolegliwą, symboliczną, mogłaby prowadzić do zachwiania ochrony interesów inwestora i bagatelizowania obowiązków umownych zagrożonych karą umowną, skoro w razie potrzeby możnaby uzyskać jej redukcję do poziomu akceptowalnego z punktu widzenia interesów ekonomicznych zobligowanego do uiszczenia tej kary. Kara umowna zredukowana do kwoty 39.798,50 zł,

założenia te spełnia z jednej strony jest bowiem dolegliwa, a z drugiej strony nie jest rażąco wygórowana w rozumieniu art.,484§2 kc.

Postawa pozwanej polegająca na przystąpieniu do wykonania zobowiązania pod koniec terminu określonego na wykonanie, niewykonaniu zobowiązania w całości, a mimo to zgłoszenia robót do odbioru, usiłowaniu przerwania odpowiedzialności za zwłokę na dostawcę materiału czy niesprzyjające warunki atmosferyczne, w sytuacji gdy istniały możliwości przy zachowaniu należytej staranności wykonania zobowiązania w terminie, a ryzykiem pozwanej objęte jest przystąpienie do wykonania w ostatnim tygodniu określonego terminu, nie stanowi podstawy do dalszej redukcji naliczonej przez powoda kary.

Argumentacja pozwanej jakoby kara umowna powinna być naliczana od wartości robót objętych zadaniem nr (...) (czyli od kwoty 3.031.700,88 zł) a nie od wartości wszystkich robót objętych umową całkowicie abstrahuje od treści umowy podpisanej przez strony. Tymczasem strony w ramach przysługującej im swobody umów (art.353¹ kc) i autonomii woli mogły wykorzystać ten instrument prawny do celów założonych przez zamawiającego. Naliczanie kary umownej za opóźnienie w realizacji zobowiązania od wartości całej umowy za każdy dzień opóźnienia oznacza położenie nacisku na funkcję stymulacyjną kary umownej, która niezależnie od funkcji kompensacyjnej ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania jak i funkcję represyjną, będącą cywilnoprawną sankcją za działanie lub zaniechanie dłużnika niezgodne z umową. Gdyby zamiarem stron było naliczanie kar umownych za zwłokę w usunięciu wad w okresie gwarancyjnym nie od całej wartości umownej lecz od wartości robót objętych poszczególnymi zadaniami to zawarły by takie postanowienia w umowie lub odpowiednio zmodyfikowałyby jej treść, co nie nastąpiło.

Oczekiwanie pozwanej która uznaje, iż nie powinna ponosić, żadnej bądź symboliczną odpowiedzialność finansową za nienależyte wykonanie zobowiązania, bagatelizując interes drugiej strony umowy i założone przez strony funkcje kary umownej, nie może być aprobowane.

Z przytoczonych względów na podstawie art. 386§1 kpc orzeczono jak w punkcie II a sentencji, zasądzając dodatkowo od pozwanej na rzecz powoda kwotę 31.676,41 zł z ustawowymi odsetkami od 18 lipca 2013r do dnia zapłaty tytułem brakującej części kary umownej, z uwagi na ostateczne ustalenie kary umownej na kwotę 39.798,50 zł (kwotę 8.122,09 zł zasądził Sąd Okręgowy w punkcie I wyroku, który w tym zakresie uprawomocnił się wobec nie zaskarżenia przez pozwaną) i oddalając powództwo w pozostałej części.

Uwzględnienie żądania dodatkowo co do kwoty 31.676,41 zł powodowało konieczność zmiany rozstrzygnięcia o kosztach procesu za I Instancję, ostatecznie powiem powód wygrał sprawę co do kwoty 39.798,50 zł, czyli w 35%. Koszty procesu za I Instancję ograniczyły się po stronie obu stron do kosztów zastępstwa procesowego w kwotach po 3617 zł. Ta zmieniona proporcja wyniku procesu za I Instancję uzasadniała zmianę rozstrzygnięcia w punkcie III zaskarżonego wyroku, przez obniżenie zasądzonej w nim kwoty tytułem kosztów procesu na rzecz pozwanej z kwoty 3110,62 zł do kwoty 1085,10 zł o czym orzeczono jak w punkcie I 2 sentencji. Łączne koszty procesu wyniosły bowiem 7.234 zł (3.617 x 2), z czego powód powinien ponieść 65% kosztów (4.702,10 zł), a pozwana 35% kosztów (2.531,90 zł), co uzasadniało zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kwoty 1085,10 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Wobec uwzględnienia ostatecznie powództwa do kwoty 39. 798,50 zł należało zmienić orzeczenie o kosztach zawarte w punkcie IV wyroku przez podwyższenie kwoty, co do której nakazano jej pobranie od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa do kwoty 1.900 zł (art.113 ust.1 u.k.s.c) odpowiadającej należnej opłacie sądowej od pozwu w zakresie kwoty zasądzonej od pozwanej.

W pozostałej części apelacja podlegała oddaleniu jako bezzasadna na podstawie art.385 kpc o czym orzeczono jak w punkcie II sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono jak w punkcie III dokonując ich stosunkowego rozdzielenia stosownie do wyniku sporu w instancji odwoławczej na podstawie art.100 kpc. Powód wygrał sprawę w postępowaniu apelacyjnym w 30%, poniesione przez niego koszty wyniosły 2.700 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Pozwana wygrała sprawę w postępowaniu apelacyjnym w 70%, poniesione przez nią koszty wyniosły 2700 zł tytułem zastępstwa procesowego. Łączne koszty postępowania apelacyjnego poniesione przez strony wyniosły 5.400 zł, co przy ustalonym procencie wygrania sprawy przez pozwaną uzasadniało zasądzenie na jej rzecz od powoda kwoty 1080 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego o czym orzeczono jak w punkcie III wyroku.

O kosztach należnych Skarbowi Państwa, tytułem nieuiszczonej przez powoda opłaty od apelacji od której był zwolniony, orzeczono jak w punkcie IV na podstawie art.113 ust.1 u.k.s.c nakazując pobrać od pozwanej kwotę 1584 zł odpowiadającej opłacie od apelacji w zakresie w jakim apelacja została w postępowaniu apelacyjnym uwzględniona.