

Sygn. akt I AGa 294/18

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 grudnia 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Marek Machnij
Sędziowie:	SA Dorota Gierczak SA Małgorzata Zwierzyńska (spr.)
Protokolant:	stażysta Maja Tartas

po rozpoznaniu w dniu 13 grudnia 2018 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa Gminy (...)

przeciwko J. G.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 5 marca 2018 r. sygn. akt IX GC 309/17

I. oddala apelację;

II. zasądza od pozwanego na rzecz powódki kwotę 8.100 (osiem tysięcy sto) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

SSA Małgorzata Zwierzyńska SSA Marek Machnij SSA Dorota Gierczak

Sygn. akt I AGa 294/18

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 5 marca 2018 r. wydanym w sprawie o sygn. IX GC 309/17, Sąd Okręgowy w Gdańsku, zasądził od pozwanego J. G. na rzecz powódki Gminy (...) kwotę 262.900 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od kwoty 172.080 zł od dnia 28 lipca 2014 roku i kwoty 90.820 zł od dnia 26 marca 2015 roku, w każdym przypadku do dnia zapłaty (punkt pierwszy), oddalił powództwo w pozostałym zakresie (punkt drugi) zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 22.832,69 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (punkt trzeci).

Sąd Okręgowy ustalił, że dniu 22 lipca 2013 r. powód – Gmina (...), jako zamawiający, zawarła z pozwanym – J. G., prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą (...).U.H. (...) J. G., jako wykonawcą, na podstawie rozstrzygniętego w dniu 15 lipca 2013 r. przetargu nieograniczonego na „Termomodernizację budynku Szkoły Podstawowej w (...) – etap II”, umowę (...).(…)

Przedmiotem umowy było wykonanie prac mających na celu termomodernizację zespołu budynków stanowiących obiekt Szkoły Podstawowej w (...). W skład tego zespołu budynków wchodziły (§ 2):

- segment administracyjno-żywieniowy,
- sala gimnastyczna,
- budynek „15 sal lekcyjnych”,
- łącznik duży Ł1,
- budynek starej szkoły,
- łącznik mały Ł2.

W ramach termomodernizacji należało wykonać (§ 2):

- roboty budowlane obejmujące wykonanie izolacji przeciwwilgociowej, docieplenie ścian i stropów, wymianę stolarki drzwiowej i okiennej oraz przeszkleń z vitrolitu, roboty blacharskie, brukarskie, malarskie i tynkarskie, przy czym roboty dotyczące wymiany stolarki okiennej i drzwiowej należało zakończyć do 20 września 2013 r.,

- roboty instalacji wewnętrznych centralnego ogrzewania w zakresie wymiany grzejników oraz pionów i poziomów istniejących instalacji centralnego ogrzewania w poszczególnych segmentach obiektu, modernizacji kotłowni opalanej miałem węglowym w zakresie węzła cieplnego pracującego w układzie zamkniętym dla instalacji wewnętrznej oraz wymianę poziomów instalacji ciepłej wody i cyrkulacji z zastosowaniem regulacji termostatycznej na przewodach cyrkulacyjnych,

- roboty instalacji elektrycznych i sterujących w zakresie obejmującym sterowanie elementami centralnego ogrzewania oraz sterowania wentylatorami.

Roboty prowadzić należało zgodnie z instrukcjami i zaleceniami zawartymi w projektach budowlanej specyfikacji wykonania i odbioru robót, w zgodzie z obowiązującymi przepisami oraz sztuką budowlaną, a wszelkie zmiany technologii i w wynikające z tego konsekwencje obciążać miały wykonawcę.

Przedmiot umowy miał zostać wykonany do dnia 15 października 2013 r., a za wykonanie umowy pozwany otrzymać miał wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie netto 1.943.089,43 zł (2.390.000,00 zł brutto)(§ 3 ust. 1 i § 4).

Do obowiązków pozwanego w ramach umowy, poza powyższym, należało m.in. także zabezpieczenie instalacji, urządzeń i obiektów na terenie robót i w jej bezpośrednim otoczeniu przed ich zniszczeniem lub uszkodzeniem w trakcie wykonywania robót oraz uporządkowanie terenu i zaplecza robót po zakończeniu prac, jak również terenów sąsiadujących zajętych lub użytkowanych przez pozwanego, w tym dokonywania na własny koszt renowacji zniszczonych lub uszkodzonych w wyniku prowadzonych prac obiektów, fragmentów terenu dróg, nawierzchni lub instalacji (§ 7 ust. 1 tiret 15 i 17).

Umowa przewidywała odpowiedzialność pozwanego za działania, uchybienia i zaniedbania wykonawców jak za własne oraz zobowiązał się, że wszelkie umowy zawierane z podwykonawcami będą zgodne z treścią umowy (...).(…) (…)

Pozwany udzielił w umowie (...) miesięcznej gwarancji jakości z tytułu odpowiedzialności za wykonany przedmiot zamówienia, której termin liczony miał być od dnia odbioru końcowego (§ 9 ust. 1).

Strony rozszerzyły również okres rękojmi do 36 miesięcy ustalając, że pozwany ponosić będzie odpowiedzialność z tego tytułu za wady fizyczne zmniejszające wartość użytkową i techniczną wykonanych robót oraz usunięcie tych wad i usterek stwierdzonych w toku czynności odbiorowych oraz ujawnionych w okresie rękojmi. Roszczenia z tytułu rękojmi zgodnie z umową mogły być dochodzone także po upływie jej terminu, jeżeli istnienie wad powód zgłosiłby w okresie rękojmi (§ 9 ust. 2 i 3).

W przypadku wykrycia wady, powód miał obowiązek niezwłocznie powiadamiać pozwanego, wyznaczając termin i miejsce dokonania oględzin, określających zakres i termin usunięcia wad. Usunięcie tak stwierdzonych wad, pozwany miał zgłaszać powodowi na piśmie (§ 9 ust. 4 i 5).

Nieusunięcie wady w terminie dawało powodowi prawo powierzenia ich usunięcia podmiotom trzecim (§ 9 ust. 6).

W odniesieniu do udzielonej powodowi przez pozwanego gwarancji umowa przewidywała, że odpowiedzialność pozwanego w tym zakresie obejmować będzie wady i usterki powstałe z przyczyn tkwiących w przedmiocie umowy, stwierdzone w okresie gwarancji, a także usunięcie tych wad i usterek stwierdzonych i ujawnionych w trakcie czynności odbioru końcowego oraz w okresie gwarancyjnym (§ 9 ust. 7).

Strony umówiły się przy tym, że roszczenia gwarancyjne mogą być dochodzone po upływie terminu gwarancji, jeżeli powód zgłosiłby istnienie wady w okresie gwarancji (§ 9 ust. 8). W umowie wskazano nadto, że powód przeprowadzać będzie przeglądy gwarancyjne wykonanych robót, informując pozwanego na piśmie o dacie i miejscu ich przeprowadzenia, a w przypadku ujawnienia w toku takiego przeglądu usterek – wyznaczy pozwanemu termin ich usunięcia, których to usunięcie pozwany miał zgłaszać powodowi na piśmie. W przypadku nieusunięcia ich w terminie, powód mógł powierzyć usuwanie wad podmiotom trzecim (§ 9 ust. 9).

Powód miał prawo naliczać pozwanemu kary umowne za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi i gwarancji, w wysokości 0,2 % wartości przedmiotu zamówienia brutto, za każdy dzień okresu przewidzianego na usunięcie usterek. Okres opóźnienia liczony miał być od dnia, w którym pozwany powziął wiadomość o stwierdzonych wadach lub usterekach do terminu ustalonego na usunięcie wad (§ 12 ust. 5).

Pozwany zobowiązał się jednocześnie do zapłaty wskazanej kary umownej w terminie określonym w wystawionej przez powoda nocie obciążeniowej (§ 12 ust. 6).

Strony przyjęły także w umowie, że powód dochodzić może roszczeń z gwarancji niezależnie od roszczeń z tytułu rękojmi (§ 9 ust. 10).

Strony ustaliły, że wszelkie dokumenty związane z realizacją umowy będą przesyłane – w przypadku dokumentów adresowanych do powoda – na adres (...)-(...) P., ul. (...), natomiast w przypadku dokumentów adresowanych do pozwanego – na adres (...)-(...) G., ul. (...) (...). Zobowiązały się przy tym do niezwłocznego informowania siebie nawzajem o zmianach danych adresowych do przesyłania korespondencji, a w przypadku niedopełnienia tego obowiązku przewidziały rygor skuteczności doręczenia dokumentów na ostatni znany adres (...)

Jednocześnie zapisy SIWZ przewidywały, że oświadczenia, wnioski, zawiadomienia i informacje strony będą przekazywać pisemnie, faksem lub pocztą elektroniczną.

Zgodnie z projektami wykonawczymi, zakres robót budowlanych pozwanego objął:

- skucie i naprawę zawilgoconych i odparzonych tynków zawiętrznych i wewnętrznych,
- wykonanie izolacji przeciwwilgociowej pionowej i poziomej ścian piwnic,

- po wykuciu zawilgoconych tynków – wykonanie izolacji przeciwwilgociowej pionowej ścian fundamentowych oraz ścian piwnic przy zastosowaniu płynnych systemów materiałów powłokowych,
- podmurowanie ścian podparapetowych pod częścią wymienianych okien cegłą kratówką,
- wymianę pozostałej do wymiany stolarki okiennej i drzwiowej,
- ocieplenie ścian zewnętrznych murowanych warstwą styropianu 14 cm (budynek starej szkoły) oraz 12 cm (pozostałe części obiektu), a ścian piwnic warstwą syroduru gr 12 cm wraz z jej otynkowaniem cienkowarstwową masą tynkarską na kleju zbrojonym siatką,
- docieplenie fragmentów ścian wykonanych z płyt warstwowych PW8 od wewnątrz warstwą styropianu gr 6 cm wraz z jej osłonięciem płytami gipsowo-kartonowymi na ruszcie drewnianym lub stalowym,
- docieplenie fragmentów ścian podokiennych pomiędzy płytami PW8 warstwą styropianu gr 6 cm wraz z ich otynkowaniem,
- dla likwidacji mostków cieplnych – docieplenie żelbetowych daszków nad wejściami do budynku wraz ze związanymi z tym robotami tynkarskimi i blacharskimi (ofasowania krawędzi daszków),
- docieplenie od spodu stropów dwóch podcieni w budynku starej szkoły z pokryciem cienkowarstwową warstwą tynkarską z osłonięciem płytami g-k wodoodpornymi lub cienkowarstwową masą tynkarską,
- docieplenie stropu i ścian otwartego pomieszczenia przy wejściu do kotłowni w budynku administracyjno-żywniowym styropianem gr 5 cm,
- w części dwupiętrowej obiektu wymianę istniejącego przeszklenia z vitrolitu na szkło profilowe podwójne o podwyższonych właściwościach termoizolacyjnych, osadzone w ramach z profili aluminiowych izolowanych termicznie,
- roboty blacharskie związane z dociepleniem ścian, wymiana ofasowań krawędzi dachów, rur spustowych oraz parapetów zewnętrznych,
- roboty okładzinowe – licowanie cokołów płytkami klinkierowymi mocowanymi na kleju do styroduru,
- roboty ziemne – wykopy i zasypanie ziemią – związane z wykonaniem izolacji przeciwwilgociowej i termicznej ścian piwnic,
- roboty brukarskie związane z rozebraniem i ułożeniem na nowo utwardzonych nawierzchni dla wykonania prac,
- roboty malarskie i tynkarskie wewnątrz pomieszczeń związane z naprawą uszkodzeń przy wymianie stolarki.

W zakresie robót dotyczących instalacji sanitarnych:

- wymianę wewnętrznej instalacji centralnego ogrzewania w poszczególnych segmentach, obejmującą wymianę grzejników, pionów i poziomów istniejących instalacji centralnego ogrzewania,
- modernizację kotłowni opalanej miałem węglowym w zakresie węzła cieplnego pracującego w układzie zamkniętym dla instalacji wewnętrznej,
- wymianę poziomów instalacji ciepłej wody i cyrkulacji z zastosowaniem regulacji termostatycznej na przewodach cyrkulacyjnych.

W dniu 22 sierpnia 2013 r. w Urzędzie Gminy w (...) odbyło się spotkanie. Uczestniczyli w nim przedstawiciele powoda, pozwany oraz reprezentanci pozwanego w osobach M. K. (1) – kierownika budowy, S. G. – jego syna, D. T. (1) oraz

S. K. (1) – podwykonawców pozwanego. Osoby występujące po stronie wykonawcy, podpisały się na protokole jako przedstawiciele pozwanego.

W trakcie tego spotkania, na pytanie Wójta o stopień zaawansowania prac związany z demontażem starej instalacji centralnego ogrzewania, pozwany zadeklarował, że grzejniki są wycięte w całości, a 90 % instalacji zostało zamontowane.

Od października 2013 r. rozpoczęły się czynności odbiorowe robót wykonywanych przez pozwanego. W dniu 12 listopada 2013 r. dokonano ich odbioru końcowego. W odbiorze robót uczestniczyli obok pozwanego także z jego strony M. K. (1) – kierownik budowy oraz S. G. – jako przedstawiciele (...).

W protokole odbioru końcowego oraz protokołach częściowych go poprzedzających, stwierdzono, że roboty zostały odebrane w całości i bez uwag, a obiekt można przekazać do użytkowania.

Okazało się następnie, że pozwany nie wykonał prac polegających na wymianie wewnętrznej instalacji wody ciepłej i cyrkulacyjnej w poziomie piwnic budynków oraz nie wymienił instalacji centralnego ogrzewania wraz z wymianą ośmiu grzejników znajdujących się obiekcie łącznika nr 2.

Pozwany zlecił wykonanie prac instalacji hydraulicznej swemu podwykonawcy P. M.. Pozwany ograniczył zakres prac podwykonawcy. Wskazał, że 8 grzejników, instalację ciepłej wody użytkowej i centralnego ogrzewania wymieni sam.

Wobec powzięcia przez powoda wątpliwości co do wykonywania przez P. M. prac w ramach inwestycji w charakterze niezgłoszonego podwykonawcy pozwanego, zwrócił się do pozwanego o wyjaśnienia w piśmie z dnia 29 listopada 2013 r. W odpowiedzi pozwany wskazał, że P. M. miał wykonać cały zakres robót dotyczących centralnego ogrzewania wraz z robotami towarzyszącymi w postaci demontażu starej instalacji, montażu nowej, wykonania zabudów i zamurowań nowej instalacji, naprawy po demontażu itd. Pozwany podniósł przy tym, że P. M. wykonał jedynie część z powierzonych robót, a pozostały ich zakres w postaci demontażu starej instalacji centralnego ogrzewania, dokonywania zabudowy, zamurowań oraz napraw wykładzin i osłon na obiekcie wykonał pozwany, przy czym część instalacji centralnego ogrzewania wykonała „zaprzyjaźniona firma hydrauliczna”.

W grudniu 2013 r. kontrola prowadzona w gminie przez finansujący inwestycję powoda – Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, ujawniła niejasności w kosztorysach powykonawczych pozwanego. Polegały one na wyzerowaniu części pozycji prac, które podlegały wykonaniu, przy jednoczesnym obliczeniu wartości wykonanych prac na kwotę właściwą dla wykonania ich całości.

Wobec powyższego, powód dokonał przeglądu funkcjonowania wykonanej instalacji centralnego ogrzewania. W tym celu w dniu 12 grudnia 2013 r. powód sporządził pismo, informujące o dokonanym przeglądzie i wzywające pozwanego do przybycia na teren obiektu Szkoły Podstawowej w (...) celem dokonania przeglądu robót w dniu 16 grudnia 2013 r. o godz. 9. Pismo to zostało wręczone M. K. (1), który do dnia podpisania protokołu końcowego odbioru robót pozwanego był z jego ramienia kierownikiem budowy. Stosunek prawny łączący M. K. (1) z pozwanym zgodnie z zawartą między nimi umową z dnia 22 lipca 2013 r. wygasł z datą podpisania wskazanego protokołu.

Pozwany nie stawił się na przegląd. Powód dokonał go z udziałem M. K. (1) traktując go jako reprezentanta pozwanego.

Podczas przeglądu ujawniono brak wykonania prac wskazanych w dokumentacji projektowej dotyczących wymiany wewnętrznej instalacji wody ciepłej i cyrkulacyjnej w poziomie piwnic budynków oraz brak wymiany instalacji centralnego ogrzewania wraz z grzejnikami w ilości 8 sztuk w obiekcie łącznika nr 2.

Protokół z tejsze czynności sporządzono w dwóch jednobrzmiących egzemplarzach, po jednym dla powoda i dla pozwanego.

Pismem z dnia 16 grudnia 2013 r. powód wezwał pozwanego do natychmiastowego przystąpienia do usunięcia stwierdzonych w protokole usterek i wyznaczył mu w tym celu termin na dzień 27 grudnia 2013 r.

Pismo to, wraz z protokołem z przeglądu zostało wręczone M. K. (1).

Powód wręczał korespondencję do pozwanego M. K. (1) z uwagi na niemożność samodzielnego skontaktowania się z pozwanym licząc, że M. K. (1), uda się z nim skontaktować.

M. K. (1) usiłował podjąć kontakt z pozwanym, jednakże bezskutecznie. Ostatecznie nie doręczył pozwanemu wskazanych pism.

Pismem z dnia 19 grudnia 2013 r. powód ponownie wezwał pozwanego do natychmiastowego przystąpienia do usunięcia usterek stwierdzonych w protokole z dnia 16 grudnia 2013 r., w terminie do dnia 27 grudnia 2013 r.

Zaznaczył, że w przypadku ich nieusunięcia w terminie, powierzy tę czynność osobie trzeciej.

Powód wysłał wskazane wyżej pismo w formie tradycyjnej – listem poleconym, a ponadto w dniu 20 grudnia 2013 r. faksem na numer (...), który został podany przez pozwanego w ofercie przetargowej jako numer osoby wyznaczonej do kontaktu. Nadto wysłał je e-mailem na adres (...), który był adresem wykorzystywanym przez pozwanego poza prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą.

Pismo to w formie tradycyjnej zostało przez pozwanego odebrane po ponownej awizacji, w dniu 7 stycznia 2014 r.

Wobec nieprzystąpienia przez pozwanego do usunięcia usterek stwierdzonych w protokole przeglądu gwarancyjnego z dnia 16 grudnia 2013 r., powód pismem z dnia 27 grudnia 2013 r. zwrócił się do pozwanego z informacją, że zleci usunięcie usterek osobie trzeciej, a koszty z tego wynikające zostaną pokryte z zabezpieczenia należytego wykonania umowy udzielonego przez pozwanego.

Pismo to, w formie listu poleconego, zostało przez powoda nadane w dniu 27 grudnia 2013 r. i odebrane przez pozwanego w dniu 18 stycznia 2014 r.

Powód pismo to wysłał również w dniu 27 grudnia 2013 r. faksem, ponownie na nr (...).

W czasie między nadaniem przez powoda pisma z dnia 27 grudnia 2013 r. a jego otrzymaniem przez pozwanego, ten ostatni pismem z dnia 9 stycznia 2014 r. adresowanym do powoda poinformował go, że nie otrzymał pisma z dnia 16 grudnia 2013 r. i nie brał udziału w przeglądzie. Jednocześnie pozwany zarzucił powodowi, że zapłacił P. M. za niewykonane przez niego prace, a bezprawnie wstrzymał wypłatę należną pozwanemu.

Powód zlecił w styczniu 2014 r. bezpośrednio P. M. prace, których pozwany nie wykonał w ramach umowy. P. M. otrzymał od powoda wynagrodzenie, które objęte zostało odrębnym kosztorysem.

Pismem z dnia 10 stycznia 2014 r., nadanym do pozwanego w tym samym dniu oraz odebranych przez niego w dniu 27 stycznia 2014 r., powód poinformował pozwanego, że obciążył go kwotą 57.360,00 zł tytułem kary umownej w oparciu o § 12 ust. 5 umowy. Jednocześnie załączył notę księgową nr (...).(…)/1 z dnia 9 stycznia 2014 r. i wyznaczył pozwanemu termin zapłaty na 14 dni od dnia jej otrzymania. Powód wyliczył wskazaną kwotę za okres od 16 grudnia 2013 r. do dnia 27 grudnia 2013 r. (12 dni).

Powód wyjaśnił pozwanemu, że pisma wzywające do usunięcia usterek zostały przekazane jego kierownikowi budowy wobec niemożności nawiązania z pozwanym kontaktu, a poza tym, że pismo wyznaczające termin do usunięcia usterek nadał pocztą, a także dostarczył faksem i w formie maila.

W odpowiedzi na pisma powoda z dnia 10 i 22 stycznia 2014 roku, pismem z dnia 31 stycznia 2014 r. pozwany wyraził niezrozumienie dla okresu naliczania mu kar umownych z uwagi na daty faktycznego doręczenia pism. Wskazał, że adres e-mail, na który powód kieruje pisma, nie jest adresem „firmy”. Pismem z dnia 6 lutego 2014 r. pozwany oświadczył, że pisma kierowane faksem przez gminę są nieczytelne oraz zagroził, że będzie obciążał powoda kosztami zgłaszania nieuzasadnionych usterek, traktując je jako zgłoszenia awaryjne.

Pismem z dnia 11 lutego 2014 r. pozwany oświadczył, że informował powoda w piśmie z dnia 2 grudnia 2013 o niewykonaniu przez P. M. robót w zakresie hydrauliki. Zaznaczył, że od chwili podpisania protokołu odbioru końcowego, M. K. (1) nie jest już kierownikiem budowy pozwanego. Pozwany polecił także, aby dalsze pisma kierować do jego pełnomocnika.

Pismem z dnia 18 marca 2014 r., doręczonym pełnomocnikowi pozwanego w dniu 19 marca 2014 r., powód ponownie wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 57.360,00 zł tytułem kary umownej.

W związku z awarią komina wentylacyjnego zamontowanego przez pozwanego w toku wykonywania dociepleń elewacji objętych umową, polegającą na zerwaniu 2 członów komina, przedstawiciele powoda w dniu 15 marca 2014 r. dokonali oględzin komina. Powód poinformował pozwanego o awarii w dniach 16 marca 2014 r. i ponownie 17 marca 2014 r. Na miejsce przybył jako przedstawiciel pozwanego S. K. (2).

W wyniku awarii doszło do zniszczenia mocowań członu kominowego.

W dniu 25 marca 2014 roku dokonano przeglądu gwarancyjnego, do którego pozwany, z braku czasu na udział w przeglądzie, oddelegował jako swoich przedstawicieli D. T. (1) oraz D. T. (2).

W wyniku przeglądu stwierdzono:

- przeciek z rury kanalizacji deszczowej w pomieszczeniu piwnicy, zaleganie gruzu pozostałego po wykonywaniu przez pozwanego prac, wypaczenia zabudowy grzejników, ich rozeschnięcia, nierówne połączenia, wyszczerbienia na łączeniach, liczne dziury po śrubach mocujących, ubytki szpachli, luźne mocowanie oraz braki w połączeniach,
- luźne listwy przypodłogowe w sali gimnastycznej,
- brak szyby w drzwiach w korytarzu przy sali gimnastycznej,
- brak wykończenia elewacji na murku przy schodach,
- uszkodzenie elewacji przy schodach od strony wejścia do starego budynku szkoły oraz koło komina wentylacyjnego,
- uszkodzenie komina wentylacyjnego,
- brak kratki wentylacyjnej na elewacji,
- zastoiska wody na daszku przy wejściu do szatni od strony patio,
- nieszczelność rynny powodującą wyciek na elewację budynku starego budynku szkoły.

W protokole z przeglądu gwarancyjnego wskazano wady, sposób ich naprawy oraz wyznaczono termin na ich usunięcie do dnia 30 kwietnia 2014 r. wskazując jednocześnie, że ich fakt ich usunięcia zgłosić należy powodowi pisemnie.

Protokół ten został podpisany przez przedstawicieli pozwanego – D. T. (1) oraz D. T. (2) bez uwag i przekazany przez nich pozwanemu.

Pismem z dnia 28 marca 2014 r. pozwany poinformował powoda, że przyjmuje do wykonania zasadniczą część napraw wynikających z protokołu, które obejmuje projekt. Wskazał, że stwierdzone uszkodzenia mechaniczne nie podlegają gwarancji. Jednocześnie polecił wykonać prace naprawcze D. T. (2), D. T. (1) oraz S. K. (1).

Pismem z dnia 30 kwietnia 2014 r. pozwany zadeklarował, że usterki z protokołu przeglądu gwarancyjnego z dnia 25 marca 2014 r. zostały usunięte.

W dniu 6 czerwca 2014 r. ponownie przeprowadzono przegląd gwarancyjny. Za pozwanego udział w przeglądzie, na polecenie pozwanego, wzięli D. T. (1) oraz D. T. (2).

W toku przeglądu stwierdzono, że prace wskazane w protokole przeglądu z dnia 25 marca 2014 r. zostały wykonane jedynie częściowo, a do wykonania pozostają prace związane z:

- przeciekami z rury kanalizacji deszczowej w pomieszczeniu piwnicy,
- uszkodzoną elewacją na murku przy schodach,
- zastoiskami wody na daszku przy wejściu do szatni od strony patio,
- nieszczelną rynną powodującą wyciek na elewację.

Jednocześnie stwierdzono także nowe usterki, gdzie ustalono, że:

- należy uszczelnić kosz rury spustowej,
- usunąć nieszczelność parapetów zewnętrznych i sprawdzić wszystkie okna,
- uzupełnić klinkier lub przełożyć opaski wokół budynków,
- uszczelnić i oczyścić opierzenie na wejściu przy schodach starego budynku, wymienić luźne płytki, uzupełnić mocowanie opierzenia na tarasie przy słupku,
- poprawić mocowanie czujników od pieca na elewacji przy kotłowni.

W protokole przeglądu wymieniono wskazane wady oraz ustalono termin na ich usunięcie do dnia 25 czerwca 2014 r.

Protokół został podpisany przez D. T. (1) oraz D. T. (2) bez uwag i przekazany pozwanemu. Pozwany polecił D. T. (1), D. T. (2) oraz S. K. (1), aby usunęli usterki wskazane w protokole.

Powód, wobec nie usunięcia przez pozwanego wad stwierdzonych podczas przeglądu w dniu w dniu 25 marca 2014 roku, naliczył karę umowną w wysokości 172.080,00 zł za okres od 25 marca 2014 r. do 30 kwietnia 2014 r. (36 dni). Wystawił z tego tytułu w dniu 18 czerwca 2014 r. notę księgową nr (...)(...)/2 na wskazaną kwotę i wezwał pozwanego pismem z tego samego dnia do zapłaty kary umownej. Pismo i nota obciążeniowa zostały przez pozwanego odebrane w dniu 14 lipca 2014 r.

Pozwany pismem z dnia 20 czerwca 2014 r. zwrócił się do powoda z informacją, że usterki z protokołu przeglądu gwarancyjnego z dnia 6 czerwca 2014 r. zostały przez niego usunięte.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2014 r., odebranych przez pozwanego w dniu 8 września 2014 r., powód ponownie wezwał go do zapłaty kwot wynikających z obu wystawionych not księgowych.

Kolejny przegląd gwarancyjny odbył się 27 lutego 2015 roku. Powód pismem z dnia 17 lutego 2015 roku, nadanym na adres pozwanego, powiadomił pozwanego o wyznaczonym terminie przeglądu. Pozwany odebrał pismo powoda z dnia 17 lutego 2015 roku w dniu 5 marca 2015 r., po dwukrotnej awizacji korespondencji adresowanej do niego. Pozwany nie brał udziału w przeglądzie w dniu 27 lutego 2015 roku.

Pozwany nie zlikwidował m.in. wskazywanych uprzednio zastoisk wody oraz przyczyn przecieku przy wejściu do szatni szkoły od strony patio, nie uszczelnił rynny powodującej wyciek na elewację, nie naprawił nieszczelnych parapetów oraz nie uzupełnił klinkierów.

Powód w dniu 2 marca 2015 r. wystawił notę księgową nr (...) (...) (...) obciążającą pozwanego kwotą 90.820,00 zł z tytułu kar umownych za opóźnienie w usunięciu wad za okres od 6 czerwca 2014 r. do dnia 25 czerwca 2014 r. (19



dni) i wyznaczył pozwanemu 14 dni na zapłatę należności z niej wynikającej. Pismo informujące o wystawieniu noty wraz z notą, pełnomocnik pozwanego odebrał w dniu 11 marca 2015 r.

W dniu 9 marca 2015 r. pozwany nadał do powoda pismo informujące o braku możliwości uczestniczenia w przeglądzie z uwagi na doręczenie zawiadomienia o nim po terminie jego odbycia.

Wskazane wyżej usterki nie zostały przez pozwanego usunięte również do dnia 30 kwietnia 2015 r., kiedy to dokonano kolejnego przeglądu gwarancyjnego, bez udziału pozwanego oraz jego przedstawicieli. W trakcie przeglądu ujawniono kolejne usterki w postaci niezamontowania parapetów zewnętrznych w budynku tzw. starej szkoły oraz wypadnięcia kratki wentylacyjnej, gdzie termin na usunięcie usterek ustalono do dnia 10 czerwca 2015 r., a w zakresie brakujących kratki wentylacyjnych – do dnia 30 listopada 2015 r.

Pozwany w protokole z przeglądu poczynił adnotację, że się z nim nie zgadza i odpowie na piśmie.

Pismem z dnia 15 maja 2015 r., odebrany przez pozwanego w dniu 8 czerwca 2015 r., powód zgłosił pozwanemu, że wykonana przez niego izolacja w starym budynku szkoły nie spełnia swojej funkcji, gdyż w dalszym ciągu występuje zawilgocenie pomieszczeń. Poinformował jednocześnie pozwanego, iż w dniu 8 czerwca 2015 r. odbędzie się przegląd gwarancyjny.

Pismem z dnia 21 maja 2015 r., odebrany przez powoda w dniu 29 maja 2015 r., pozwany odniósł się do protokołu z 30 kwietnia 2015 r. zarzucając, że jest on stronniczy oraz zawiera nieprawdziwe, rzekome usterki, których nie ma i nie było, a także uwzględnia uszkodzenia mechaniczne i działania osób trzecich.

Pozwany wskazał przy tym, że nie występują zastoiska wody na dachu, a jego spadki są prawidłowe, rynna nie podlegała jego zakresowi prac, parapety są uszczelnione prawidłowo, a klinkierze są uszkodzone mechanicznie przez – zdaniem pozwanego – „działania osób trzecich min. przy wymianie instalacji gazowej” – wobec czego nie jest to w jego ocenie objęte gwarancją.

W odniesieniu do niezamocowania parapetów wskazał, że ich zerwanie jest działaniem osób trzecich i jest to uszkodzenie mechaniczne, natomiast kratki wentylacyjne zamontowane są prawidłowo, a ich mechaniczne uszkodzenia spowodowane są przez ptactwo.

Jednocześnie pozwany oświadczył, że wykona niektóre roboty związane z protokołem z 30 kwietnia 2015 r. „z uwagi na to, że jest to obiekt oświatowy”.

Pozwany ostatecznie nie stawiał się również na przegląd w dniu 8 czerwca 2015 r., a powód, po sporządzeniu protokołu i wskazaniu w nim istniejących wad, wezwał pozwanego pismem z dnia 26 czerwca 2015 r. do ich usunięcia w terminie do 31 lipca 2015 r.

Pismem z dnia 4 listopada 2016 r., powód przypomniał pozwanemu o należnościach wynikających z kar umownych, wzywając go do ich zapłaty w terminie 7 dni od doręczenia pisma. Pozwany zwrócił powodowi to pismo wskazując, że traktuje je jako nękanie, a same zgłaszane przez powoda roszczenia, jako próbę uzyskania łapówki.

Wobec skierowania do powoda przez pozwanego wezwania do zapłaty kwoty 71.700,00 zł tytułem zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania zawartej umowy, powód pismem z dnia 21 grudnia 2016 r. wskazał, że nie uznaje roszczenia pozwanego ponad kwotę 57.930,65 zł, tj. kwotę znajdującą się na oprocentowanym rachunku bankowym w dniu wymagalności roszczenia o zwrot kaucji. Jednocześnie powód wskazał w piśmie, że dokonał potrącenia wierzytelności pozwanego w wysokości 57.930,65 zł ze swoją wierzytelnością w wysokości 57.360,00 zł z tytułu kary umownej objętej notą księgową nr (...).(…)

Jednocześnie powód załączył do wskazanego pisma pisemne oświadczenie o potrąceniu, na które się powoływał.

Stan faktyczny sprawy Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o przedłożone przez strony dokumenty prywatne, a ustalając zakres prac pozwanego oparł się także na treści projektów wykonawczych złożonych przez pozwanego, jednakże tylko w takim zakresie, w jakim obejmowały one wyszczególnienie zakresu robót pozwanego (k.164-168, 194-204). Sąd ten wskazał, że pominął szczegółowe projekty odnoszące się do aspektów stricte technicznych wykonywanych prac (k. 165-193, 205-247). W ocenie tegoż Sądu projekty te nie mogą stanowić samodzielnego dowodu na okoliczność, na jaką zostały powołane, tj., że usterki wskazywane w protokołach przeglądów gwarancyjnych z 24 marca 2014 r. i 6 czerwca 2014 r. w zakresie braku wykończenia elewacji na murku przy schodach oraz uszkodzeń elewacji przy schodach, a także przecieku z rury kanalizacji deszczowej w pomieszczeniu piwnicy budynku „15 sal”, nie były objęte zakresem umowy. Pozwany projekty te dostarczył w formie niekompletnej, wybrakowanej, gdzie przykładowo całkowicie pominął strony od 4-6 projektu dotyczącego instalacji sanitarnych w zakresie ogrzewania.

Niezależnie jednak od powyższego, Sąd podkreślił, że nie dysponuje on wiedzą specjalistyczną pozwalającą na weryfikację treści protokołów z przeglądów z treścią projektów. W tym zakresie na powódzie spoczywał ciężar wykazania faktów relewantnych w zakresie podniesionych zarzutów zgodnie z art. 6 k.c. w drodze dowodu z opinii biegłego sądowego według przepisu z art. 278 § 1 k.p.c. Ciężaru dowodu pozwany nie podźwignął. Nie złożył wniosku o przeprowadzenie takiego dowodu. W konsekwencji nie wykazał okoliczności, jakie pozostawały sporne między stronami. W efekcie decydujące dla ustaleń Sądu w aspekcie zakresu prac objętych wykonaniem pozwanego były zeznania świadków, biorących bezpośredni udział w realizacji inwestycji zarówno po stronie powoda, jak i pozwanego, tj. A. G. (1), Z. J. (1), W. S. (1), M. K. (1), P. M., M. R. (1), D. T. (1) oraz D. T. (2), na których Sąd oparł się w zakresie stwierdzonych wad robót pozwanego w całości. Treść zeznań świadków potwierdzała dokumentacja fotograficzna, protokoły przeglądów i korespondencja prowadzona między stronami.

Zdaniem Sądu Okręgowego, nie bez znaczenia przy ocenie wiarygodności zeznań świadków w zakresie prac objętych umową była także okoliczność, według której pozwany sam przyznał, że prace te ostatecznie wykonał (vide: pismo k. 57, k. 66). Nie było przy tym wiarygodnym dla tegoż Sądu twierdzenie pozwanego, że wykonanie napraw nastąpiło przez niego z uwagi na to, że dotyczyło budynku oświatowego.

Sąd orzekający w pierwszej instancji wyjaśnił, że po pierwsze, przedstawiciele pozwanego w osobach D. T. (2) i D. T. (1), nie negocjowali ustaleń, które zakreślały prace naprawcze pozwanego ustalone podczas kolejnych przeglądów gwarancyjnych. Okoliczność tę potwierdzały protokoły z dnia 25 marca 2014 roku i 06 czerwca 2014 roku.

Po drugie, z zeznań świadków D. T. (1) i D. T. (2) wynikało, że treści protokołów nie kwestionował także sam pozwany. Świadkowie podali, że przekazywali protokoły pozwanemu, który polecał im dokonać napraw. Zakres napraw był determinowany właśnie treścią protokołów.

Sąd meriti wskazał przy tym, że jego oceny nie zmienił dokument stanowiący pismo pozwanego z dnia 28.03.2014 roku (k. 56). Pozwany „przychylił się” w treści oświadczenia do ustaleń protokołu z dnia 25 marca 2014 roku. Podał, że „uszkodzenia mechaniczne nie podlegają gwarancji”. Nie wykazał jednak które z wymienionych w protokole uszkodzeń miało taki charakter. Mając przy tym na względzie zeznania świadków D. T. (1) i D. T. (2), którzy wskazali, że wykonywali naprawy według treści protokołów, pozwany nie udowodnił czy i które z wad odnotowanych w protokołach wynikały z uszkodzeń mechanicznych, niezależnych od zawodowej staranności pozwanego przy wykonywaniu umowy.

Sąd Okręgowy ocenił ponadto, że nie ostał się przy tym zarzut pozwanego, jakoby D. T. (2) i D. T. (1) nie byli przedstawicielami pozwanego w związku z realizacją przedmiotowej umowy.

Zdaniem powyższego Sądu, z zeznań świadków D. T. (2) i D. T. (1) wynikało, że na termin przeglądów gwarancyjnych byli wysyłani przez pozwanego, który nie miał czasu stawić się na wskazany w zawiadomieniu powoda termin przeglądu. Czasu na udział w przeglądach nie miał także S. G.. Świadkowie uczestniczyli zatem w przeglądach na wyraźne polecenie pozwanego. Byli jemu podlegli w zakresie czasu i miejsca wykonywania robót budowlanych. Wykonywali polecenia pozwanego. Świadek D. T. (2) zeznał, że na polecenie pozwanego miał nagrywać na dyktafon spotkania z powodem podczas przeglądów, co potwierdzało ustalenia Sądu o działaniu świadków w imieniu i na

rzecz pozwanego. Tak zatem, skoro pozwany polecał D. T. (2) i D. T. (1) udział w czynnościach związanych z przeglądami wykonanych robót, to niezależnie od rodzaju łączącego świadków i pozwanego stosunku prawnego (stosunek pracy, czy zlecenie), reprezentowali oni pozwanego. Udział świadków w przeglądach wynikał wszak z woli samego pozwanego, który z braku czasu, posyłał D. T. (2) i D. T. (1) na wyznaczony termin czynności z udziałem powoda. Pozwany nie ograniczał przy tym zakresu umocowania świadków. Jak zeznał świadek D. T. (1), pozwany „nie mówił, że nie mam prawa być na tym przeglądzie”. Nie sposób zatem uznać, że aktywność D. T. (2) i D. T. (1) w przeglądach z udziałem powoda stanowiła dowolność świadków, bez związku z wolą pozwanego. Sąd Okręgowy wskazał ponadto, że jego zdaniem pozwany negował działanie D. T. (1) i D. T. (2) jako swoich przedstawicieli jedynie w tym celu, aby nie zakwalifikowano wykonania przez pozwanego poprawek jako uznania roszczeń strony powodowej, co uzasadniałoby zapłatę kar umownych w przypadku przekroczenia wyznaczonych terminów. O takim motywie pozwanego świadczy zachowanie jego dotyczące wykonania zobowiązań umownych na etapie zgłaszania zastrzeżeń przez powoda. Pozwany bowiem w ocenie Sądu pierwszej instancji, celowo dokonywał odbiorów pism obejmujących zgłoszenia i wezwania kierowane do niego przez powoda z opóźnieniem, odbierając je w końcowej dacie terminu po ponownej awizacji. Pozwany, jak wynikało z zeznań A. G. (2), M. R. (1) i przesłuchania strony powodowej, nie odbierał telefonów, choć numer kontaktowy został przez niego podany w ofercie oraz wskazany w umowie. Podważał nadto skuteczność doręczeń pism faksem, choć na taki sposób kontaktu z powodem przystał akceptując SIWZ.

Sąd Okręgowy zważył, że wskazane zaniechania pozwanego świadczyły o naruszeniu dyspozycji przepisu z art. 354 § 2 k.c. Pozwany nie współdziałał przy wykonywaniu umowy w sposób zgodny z treścią zobowiązania.

Sąd ten nadto wskazał, że nie dał wiary dowodowi z przesłuchania pozwanego J. G. w takiej części, w jakiej pozostawał on w sprzeczności z dowodami, które stanowiły źródło ustaleń faktów istotnych dla rozstrzygnięcia. W szczególności Sąd pierwszej instancji nie dał wiary pozwanemu w zakresie, w jakim twierdził on, że nie miał wpływu na treść umowy oraz że w protokołach przeglądów zawierano zapisy co do stwierdzonych wad, które były niezgodne z prawdą. Przeciwna okoliczność wynikała z zeznań D. T. (1) i D. T. (2), którzy uczestniczyli z woli pozwanego w przeglądach gwarancyjnych z 25 marca 2014 r. i 6 czerwca 2014 r. zakończonych spisaniem protokołów. Ich treść stanowiła zakres prac pracowników pozwanego i oświadczeń o usunięciu usterek z przeglądów. Z przesłuchania strony powodowej wynikało zaś, że w trakcie postępowania przetargowego pozwany mógł składać zapytania i propozycje w zakresie przedmiotu oferty. Zaniechał takiej aktywności, czyniąc podnoszony zarzut niezasadnym.

Sąd Okręgowy wskazał przy tym, że jego oceny nie zmieniły także przedłożone przez pozwanego w sprzecznie od nakazu zapłaty pisma z dnia 31 stycznia 2014 r. i 06 lutego 2014 r. wraz z załącznikami i potwierdzeniami odbioru (k. 138-142v.). Dokumenty potwierdzały ustalenia Sądu pierwszej instancji, że powód informował pozwanego na piśmie oraz drogą elektroniczną o planowanych przeglądach obiektu. Korespondencja była doręczana według wskazań umowy i postanowień SIWZ. Dodatkowo sam pozwany podczas przesłuchania wskazał, że otrzymywał fakсы od powoda. Wprawdzie niektóre były nieczytelne, ale to nie dezaktualizowało skutecznego zawiadomienia pozwanego o terminach przeglądów. Zdaniem Sądu meriti, po pierwsze, twierdzenie o nieczytelnej treści faxu, było niewiarygodne. Pozwany bowiem wysyłał na wskazany przez powoda termin D. T. (1) i D. T. (3). Musiał zatem znać datę owych przeglądów właśnie z treści zawiadomień kierowanych przez powoda. W przeciwnym razie udział przedstawicieli pozwanego nie miałby miejsca. Po drugie – nawet gdyby uznać ją za wiarygodną okoliczność według której wydruk faksu pozwanego obejmujący pismo powoda z dnia 27 grudnia 2013 r. jest niemal całkowicie nieczytelny w żaden sposób nie świadczy o tym, że pozwany nie mógł drogą faksową uzyskać czytelnych wydruków pozostałych wysłanych przez powoda tą drogą pism. Pozwany przedstawił przy tym tylko jeden nieczytelny wydruk, a nie komplet pism wysyłanych tą drogą. Jako podmiot prowadzący na rynku profesjonalną działalność gospodarczą w zakresie robót budowlanych, powinien zapewnić sprawność sprzętu biurowego pozwalającą na sprawną komunikację ze swoimi kontrahentami, zwłaszcza, że – jak na to wskazano wyżej - pozwany zaakceptował SIWZ, które przewidywały kontakt stron za pomocą faksu. Wszelkie zaniedbania w tym zakresie obciążają pozwanego. W konsekwencji uznać należało, że pismo z dnia 16 grudnia 2013 r. zostało pozwanemu skutecznie doręczone w chwili wprowadzenia go przez powoda do urzędu tak, że pozwany mógł przy odpowiedniej sprawności swojego sprzętu biurowego, zapoznać się z jego treścią. Przedstawione przez pozwanego pismo z dnia 6 lutego 2014 r. wraz z załącznikiem świadczą więc jedynie o tym,

że pozwany mógł się z takimi wiadomościami zapoznać, gdyż otrzymywał je od powoda, przy czym kwestią od niego całkowicie niezależną jest to, czy sprzęt pozwanego ze względu na swój stan techniczny pozwalał na ich odczytanie.

Sąd Okręgowy za niewiarygodne, zarówno w zakresie swojej treści jak i tego, że zostały powodowi doręczone, uznał pisma pozwanego z dnia 30 kwietnia 2014 r. (k. 146-147v.) i 20 czerwca 2014 r. (k.149-150v.). Powód już w pozwie wskazywał, że pozwany informował go pismami tak datowanymi o usunięciu usterek objętych protokołami przeglądów gwarancyjnych, załączając te pisma do pozwu. Pozwany tymczasem do sprzeciwu od nakazu zapłaty, poza pismami już przedłożonymi przez powoda, informującymi o usunięciu usterek, załączył także identycznie datowane pisma, obejmujące ponowną informację o usunięciu usterek, a dodatkowo zobowiązanie powoda do odbioru wykonanych poprawek w terminie 30 dni od daty otrzymania pisma pod rygorem uznania ich za odebrane, a prac za zakończone. Pozwany powoływał się przy tym na te pisma chcąc udowodnić, że prawidłowo wykonał wszystkie prace oraz usunął wszystkie zgłaszane usterki. Zdaniem Sądu dodatkowe pisma (k. 146 i k. 149) datowane identycznie jak te, informujące o usunięciu usterek (k. 145 i k. 148) powstały jedynie na użytek przedmiotowego postępowania. Z doświadczenia życiowego i praktyki sporządzania oficjalnych pism wynika wniosek, że gdyby pozwany rzeczywiście zobowiązywał powoda do odbioru prac poprawkowych pod rygorem uznania robót za skończonych, to zawarłby oświadczenie w tym zakresie w jednym piśmie, a nie powielał wybiórczo oświadczenia w zakresie tego samego przedmiotu w dwóch pismach, gdzie drugie stanowi jedynie uzupełnienie pierwszego o wskazane oświadczenie i zastrzeżenie rygoru. Takie działanie byłoby w sposób oczywisty niepraktyczne i stałoby w sprzeczności z zasadami ekonomiki, którymi kieruje lub co najmniej powinien kierować się podmiot prowadzący działalność gospodarczą. Niemniej jednak wskazać należy, że oświadczenie pozwanego, samowolnie nadające rygor określönemu zachowaniu powoda i tak nie miałyby żadnej doniosłości prawnej nawet gdyby zostało powodowi prawidłowo doręczone. Z tej przyczyny dowód ze wskazanych pism (k. 146 i k. 149) Sąd Okręgowy pominął przy ustaleniach faktycznych dokonywanych w sprawie.

Sąd pierwszej instancji odmówił także wiarygodności również zeznaniom świadka S. G. w części, w jakiej zeznania te nie były zbieżne z zeznaniami pozostałych świadków przesłuchanych w sprawie. W szczególności przy ocenie zeznań tego świadka Sąd ten wziął pod uwagę bezpośrednie zaangażowanie w wynik sporu. Świadek jest synem pozwanego. Pomaga mu w prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Był zaangażowany w realizację umowy zawartej z powodem. Uczestniczył m.in. w przeglądzie gwarancyjnym z dnia 30 kwietnia 2015 r. Decydował o rzeczywistym zakresie dokonywanych napraw i osobach, mających je wykonywać, co wynikało z zeznań D. T. (1) oraz S. K. (1). Zeznania świadka S. G. stanowiło przy tym powtórzenie stanowiska procesowego pozwanego i w ocenie Sądu pierwszej instancji miały na celu jedynie wskazanie okoliczności powołanych w pismach procesowych pozwanego. Charakteryzowały się sporą emocjonalnością w związku z brakiem zapłaty za prace dodatkowe. Nie były także konsekwentne. Świadek podał, że kratki wyrwały ptaki. W dalszej części zeznań wskazał jednak, że „może jednej brakowało, ale zostało poprawione”. Oznacza to, że ptaki nie były wyłączną przyczyną braku kratki, skoro „może jednej nie było”. Odnośnie zewnętrznych parapetów świadek podał, że „zostały zerwane przez jakiś pijaków. Stały tam butelki.” Celowa ocena świadka była jaskrawa. Trudno bowiem uznać za logiczny wniosek o związku pozostawionych butelek na parapecie z „pijakami” i zerwaniem zewnętrznych parapetów przez „pijaków”. Po pierwsze, butelki mogą zawierać także płyn bezalkoholowy. Po drugie, trudno przyjąć, że na terenie szkoły – jednostki z zasady poddanej ochronie i kontroli - „pijacy” zrywają parapety. Jeśli natomiast parapety „zostały zerwane”, to nie mogły na nich stać butelki. Wewnętrzna niekonsekwencja treści zeznań świadka i emocjonalny stosunek do sporu dyktował odmowę wiary zeznaniom świadka w zakresie, w jakim pozostawały one sprzeczne z materiałem dowodowym, na którym Sąd Okręgowy poczynił ustalenia.

Sąd meriti pominął także, jako nie mający znaczenia dla ustaleń koniecznych dla rozstrzygnięcia sprawy, przedłożone przez pozwanego w sprzeciwie od nakazu zapłaty pismo z dnia 16 kwietnia 2013 r. (k.132), w którym powód odnosi się do sumy depozytowej wpłaconej przez pozwanego. Pozwany wskazywał przy tym na kolejność numeracji tego pisma w odniesieniu do drugiego pisma z tego dnia, która w jego ocenie świadczy o tym, że pismo datowane na dzień 12 grudnia 2013 r. zostało w rzeczywistości sporządzone 16 grudnia 2013 r. Należy zauważyć, że w piśmie z dnia 12 grudnia 2013 r. sygnatura (numeracja) została naniesiona odręcznie (w przeciwieństwie do konfrontowanego pisma z k. 132). Istotnym dla sprawy nie było to, kiedy owe pisma zostały sporządzone a to, kiedy je doręczono. Poza

wątpliwościami pozostawało przy tym, że pisma te zostały wręczone M. K. (1), który miał je doręczyć pozwanemu, a tego nie dokonał wobec niemożności skontaktowania się z pozwanym, co wynikało z zeznań tego świadka (M. K. (1)). Wobec powyższego, dowód w postaci pisma z k. 132 był w ocenie Sądu pierwszej instancji bezprzedmiotowy. Samo przy tym pismo w swej treści odnosiło się do okoliczności między stronami bezspornej, tj. do kwestii zabezpieczenia udzielonego przez pozwanego i braku jego zwrotu przez powoda, która była nieistotna dla rozstrzygnięcia.

Sąd Okręgowy pominął także przedłożone przez powoda w toku postępowania kopie protokołów zeznań składanych w postępowaniach toczących się przed Sądem Rejonowym Gdańsk-Północ w Gdańsku pod sygn. V GC 1722/14 oraz pod sygn. IV GC 228/15 (k. 303-312). Powód zeznania te powoływał w celu wykazania, że twierdzenia pozwanego kwestionujące okoliczność niewykonania przez niego robót objętych protokołem z dnia 16 grudnia 2013 r., zawarte w pismach przedprocesowych, nie są prawdziwe. Powyższe ustalenia Sąd ten poczynił w oparciu o dowód z zeznań świadków przesłuchanych w toczącym się postępowaniu według zasady bezpośredniości (art. 235§1 k.p.c.). Sąd rozpoznający sprawę dokonuje samodzielnych ustaleń faktycznych, będąc związanym jedynie prawomocnymi orzeczeniami innych Sądów. Protokoły te nie posłużyły zatem wskazanemu Sądowi dla ustalenia okoliczności faktycznych, gdyż w tym zakresie materiału dowodowego dostarczyły zeznania świadków przesłuchanych w przedmiotowej sprawie, dowód z przesłuchania powoda oraz dokumenty wskazane za podstawę ustaleń.

Sąd rozstrzygający sprawę w pierwszej instancji dał wiarę dowodowi z przesłuchania świadka M. R. (1) jedynie w części, jaka była zbieżna z dowodami, na których Sąd ten oparł poczynione ustalenia. Jednocześnie wskazany Sąd nie dał wiary zeznaniom świadka, jakoby powód informował pozwanego pismem doręczonym za pomocą poczty, faxu oraz drogą elektroniczną o wyniku przeglądu z dnia 16.12.2013 roku. Powyższej okoliczności przeczył dowód z przesłuchania strony powodowej. Z jego treści wynikało, że brak możliwości kontaktu z pozwanym był przyczyną wręczenia protokołu przeglądu M. K. (1). Okoliczność tę potwierdził świadek M. K.. Zeznał, że odebrał dokument, by doręczyć go pozwanemu. Nie wykonał tego jednak. Powód zaś nie przedłożył żadnego innego dowodu na okoliczność nadania pozwanemu protokołu z przeglądu z dnia 16.12.2013 roku, który wyznaczał termin na usunięcie usterek. Tym samym zeznania świadka M. R. w tym zakresie, jako nie znajdujące potwierdzenia w materiale dowodowym stanowiącym podstawę ustaleń, nie zostały uwzględnione.

Sąd Okręgowy wyjaśnił także, że oddalił wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego „na okoliczność zgodności wyznaczonych przez Gminę terminów usunięcia usterek z wynikającym z technicznych uwarunkowań czasem koniecznym do wykonania tego typu robót”. Podstawę prawną stanowił przepis z art. 229 i 230 k.p.c. Pozwany nie przeczył temu, że termin wyznaczony do usunięcia usterek był odpowiedni do zakresu prac koniecznych dla wykonania tego obowiązku. W trakcie przesłuchania pozwany wskazał, że usuwał „wszystko w terminie wyznaczonym przez Gminę”.

Odnosząc się do oceny powództwa Sąd pierwszej instancji wskazał, że zasługiwało ono w części na uwzględnienie.

Zdaniem Sądu meritii, w pierwszej kolejności odnieść się należało do zarzutu pozwanego co do postanowienia umownego zawartego w § 12 ust. 5, w zakresie którego pozwany twierdził, że nie może być on interpretowany w sposób przyjęty przez powoda tj. pozwalający na liczenie kary umownej za okres od powzięcia przez pozwanego wiadomości o stwierdzonych wadach lub usterekach do terminu wyznaczonego na usunięcie tychże uchybień.

Wskazany § 12 ust. 5 umowy stanowił, że „zamawiający naliczy wykonawcy kary umowne za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi i gwarancji, w wysokości 0,2 % wartości przedmiotu zamówienia brutto, za każdy dzień okresu przewidzianego na usunięcie usterek. Okres opóźnienia liczony będzie od dnia, w którym wykonawca powziął wiadomość o stwierdzonych wadach lub usterekach do terminu ustalonego na usunięcie wad”. Jednocześnie, zgodnie z § 9 ust. 9 umowy, w przypadku ujawnienia usterek w toku przeglądu gwarancyjnego, powód wyznaczał termin do ich usunięcia.

W ocenie Sądu Okręgowego nie sposób było przyjąć przyjmowanej przez pozwanego wykładni wskazanych wyżej postanowień, która to uniemożliwiałaby powodowi jednostronne określenie terminu na usunięcie usterek. Pozwany wskazywał w tym zakresie na rozbieżności między treścią obu wskazanych wyżej postanowień umownych, gdzie § 12

ust. 5 przewidywał liczenie okresu opóźnienia do „terminu ustalonego na usunięcie wad” natomiast § 9 ust. 9 – że powód „wyznaczy” termin do usunięcia wad”. Jak wskazuje się w judykaturze, sens oświadczenia woli wyrażonego w dokumencie, ustala się przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu. Możliwość odejścia od sensu oświadczenia woli ustalonego na podstawie jej wyraźnego brzmienia nie jest wykluczona, ale muszą za tym przemawiać towarzyszące wypowiedzi inne okoliczności. O ile strona twierdzi, iż zgodny zamiar stron był odmienny od pisemnych sformułowań umowy, to winna udowodnić prawdziwość tych twierdzeń .

Sąd Okręgowy zwrócił przy tym uwagę, że pozwany jedynie wszedł w polemikę dotyczącą wykładni postanowienia umowy wskazując na rzekomą sprzeczność oraz twierdząc, że wątpliwości w tym zakresie powinny prowadzić do wykładni postanowień umownych na jego korzyść. Zdaniem tegoż Sądu między wskazanymi wyżej postanowieniami umownymi sprzeczność w ogóle nie zachodzi, a oba postanowienia umowne wzajemnie się uzupełniają. Z uwagi bowiem na to, że sens oświadczeń odtwarzany jest w oparciu o tekst dokumentu, interpretowany przy zastosowaniu językowych reguł znaczeniowych, wykładnia poszczególnych wyrażeń uwzględniać musi ich kontekst i związki treściowe zachodzące między zawartymi w tekście postanowieniami . Zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN, „ustalić” oznacza tyle, co zdecydować o ostatecznej formie, postaci lub przebiegu czegoś, w tym przypadku terminu do którego liczona może być kara umowna, przy czym § 9 ust. 9 wskazuje na sposób ustalenia terminu i przesądza o tym, że wyznacza go właśnie powód. Podkreślenia przy tym wymaga, że zastosowanie innej wykładni w zakresie § 12 ust. 5 umowy mogłoby prowadzić do faktycznej niemożności naliczania przez powoda kar umownych, jeżeli tylko pozwany pozostawałby bierny, nie stawiając się na przeglądach, czy też nie chcąc dokonywać ustaleń w zakresie terminów usuwania stwierdzonych usterek. Taka wykładnia prowadziłaby więc do całkowitego zaburzenia równowagi pomiędzy podmiotami w łączącym ich stosunku prawnym, w wyniku którego powód stałby się w zakresie możliwości dochodzenia swoich uprawnień całkowicie zależny od dobrej woli pozwanego, co stałoby nie tylko w sprzeczności z zasadą równowagi stron w ramach stosunku cywilnoprawnego, ale także w sprzeczności z samym celem zastrzeżenia kar umownych. Sąd meriti nie miał przy tym wątpliwości, że pozwany w chwili zawierania umowy tak rozumiał jej treść, że to właśnie powód wyznacza terminy do usunięcia usterek. Jak bowiem wynika z korespondencji przedprocesowej prowadzonej przez strony, pozwany w żaden sposób nie kwestionował tego, że powód jednostronnie wyznaczył termin na usunięcie usterek, a ponadto, jak wynika z oświadczenia pozwanego składanego w związku z jego przystąpieniem do przetargu – pozwany zapoznał się z umową i akceptował jej treść, bez żadnych zastrzeżeń, choć mógł mieć wpływ na treść umowy. Na tę okoliczność wskazywała w toku przesłuchania strona powodowa podając, że pozwany miał prawo składać zapytania i propozycje w przedmiocie oferty Gminy. Jednocześnie pozwany, co wynikało z zeznań świadków oraz korespondencji przedprocesowej oraz przesłuchania pozwanego, zlecał wykonywanie napraw w terminach wyznaczonych przez powoda.

W takim stanie rzeczy, zdaniem Sądu pierwszej instancji, ustalony termin na usunięcie wad, o którym decydował powód, pozostawał zapisem ważnym. Dodać przy tym warto, że decyzja powoda o terminie na usunięcie wad mogła uwzględniać sugestie samego wykonawcy. Na to powołała się podczas przesłuchania strona powodowa. Podała, że Gmina nie czyniła przeszkód, by uwzględnić w tym zakresie prośbę wykonawcy. Pozwany, nie uczestnicząc osobiście w czynnościach przeglądu, dobrowolnie zrezygnował z wpływu na ewentualne ustalenie terminu z uwzględnieniem jego stanowiska. Powyższa uwaga pozostaje jednak bez znaczenia w obliczu wykładni postanowień umowy. Termin na usunięcie usterek był wyznaczany przez powoda (zamawiającego) zgodnie z treścią postanowienia z §12 ust. 5 w zw. z § 9 ust. 9 umowy.

Odnosząc się do samej zasadności naliczonych przez powoda kar umownych Sąd orzekający w pierwszej instancji wskazał, że art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 484 § 1 k.c. przewiduje możliwość zastrzeżenia kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez dłużnika. Przepis z art. 484 § 1 k.c. stanowi, że w wypadku takiego niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, kara umowna należy się wierzycielowi niezależnie od wysokości poniesionej przez niego szkody. Oznacza to, że ustawodawca zwalnia wierzyciela z powinności dowodzenia zaistnienia samej szkody, jak i jej wysokości, uzależniając obowiązek zapłaty kary umownej jedynie od wykazania okoliczności niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania .

Z tego względu chybiony pozostawał zarzut pozwanego, że powód nie wykazał poniesionej przez siebie szkody, co miałyby zwolnić pozwanego od obowiązku zapłaty kary umownej. Dla uznania zasadności roszczenia powoda koniecznym było jedynie, aby strona powodowa udowodniła, że pozwany nie wykonał lub nienależycie wykonał swoje zobowiązanie, które w art. § 12 ust. 5 strony określiły jako „terminowe usunięcie wad stwierdzonych w okresie rękojmi i gwarancji”. Nienależytym wykonaniem zobowiązania uzasadniającym naliczenie przez powoda kar umownych była nieterminowość pozwanego w zakresie wykonania powinności umownej. Sąd Okręgowy dodał przy tym, że pozwany odpowiadał jedynie za te wady, które objęte były 36-miesięcznym okresem rękojmi oraz gwarancji. I tak, w zakresie rękojmi, zgodnie z § 9 ust. 3 umowy, pozwany odpowiadał za wady fizyczne zmniejszające wartość użytkową i techniczną wykonywanych robót, a także usunięcie tych wad i usterek stwierdzonych w toku czynności odbiorowych oraz ujawnionych w okresie rękojmi. W zakresie gwarancji natomiast, stosownie do treści § 9 ust. 7 umowy – pozwany odpowiadał za wady i usterki powstałe z przyczyn tkwiących w przedmiocie umowy, stwierdzone w okresie gwarancji oraz usunięcie tychże wad i usterek stwierdzonych i ujawnionych w trakcie czynności odbioru końcowego oraz w okresie gwarancyjnym. Przedmiotem umowy, w którym tkwić miały przyczyny powodujące wady i usterki, było natomiast wykonanie prac mających na celu termomodernizację zespołu budynków stanowiących obiekt Szkoły Podstawowej w (...) – jako obowiązek główny pozwanego, a także szereg obowiązków ubocznych towarzyszących wykonaniu prac, określonych w § 7 ust. 1 umowy. Przy tak zakreślonym przedmiocie umowy oczywistym pozostawało, że zgodnym zamiarem stron w zakresie udzielenia gwarancji było obciążenie pozwanego obowiązkiem usuwania wad wynikających z niewłaściwego wykonania przez pozwanego obowiązków umownych. Strony przewidziały przy tym, że powód kary umowne będzie mógł naliczać za okres opóźnienia, tj. każdy dzień okresu przewidzianego na usunięcie usterek, liczonego od dnia, w którym pozwany powziął wiadomość o stwierdzonych wadach lub usterekach do terminu ustalonego na usunięcie wad. W ocenie Sądu rozstrzygającego spór w pierwszej instancji, wbrew temu, co twierdzi pozwany, takie uregulowanie kwestii kary umownej jest całkowicie dopuszczalne. Spełnia ono bowiem wymóg określenia w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych oraz kwoty maksymalnej tejże kary. Sąd Najwyższy podkreślał bowiem, że wskazany wyżej wymóg uznać należy za spełniony, jeżeli strony z góry określają wysokość kary umownej, albo też jeżeli w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości.

Zdaniem Sądu meriti zważyć należy, że określenie kary w sposób, w jaki zrobiły to strony w umowie, daje pewność co do pełnej wysokości kary, gdyż nie jest ona naliczana za każdy dzień opóźnienia aż do wykonania ciężącego obowiązku, lecz określona zostaje w stałej wysokości w przypadku przekroczenia przez pozwanego terminu wykonania świadczenia, gdzie termin też również jest precyzyjnie określony. Oznacza to, że pozwany z góry wie, jaką dokładnie kwotę obowiązany będzie zapłacić w przypadku, gdy nie usunie objętych gwarancją lub rękojmią usterek w wyznaczonym terminie. Dodać przy tym warto, że jeżeli takie postanowienie uznać należy za niekorzystne, to jest ono niekorzystne dla powoda. Wobec ustalenia bowiem, że termin w zakresie którego naliczana jest kara umowna aż do upływu terminu do wykonania zobowiązania, biegnie od dnia dowiedzenia się przez pozwanego o usterekach, w przypadku unikania przez pozwanego kontaktu z powodem kara ulega zmniejszeniu, lub też w ogóle nie przysługuje, jeżeli tylko pozwany nie dowiedziałby się o wystąpieniu wad, przy czym obowiązek dowodowy w zakresie wykazania wiedzy pozwanego spoczywał na powodzie, zgodnie z ogólną zasadą wynikającą z art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. Zdaniem Sądu meriti także wbrew stanowisku pozwanego, taki sposób oznaczenia wysokości kary umownej, wypełnia swą rolę dyscyplinującą. Dłużnik wie bowiem, że opóźnienie w wykonaniu obowiązku aktualizować będzie po jego stronie zapłatę kary umownej. W istocie, wielkość takiej kary pozostanie niezmienna niezależnie od liczby dni opóźnienia. To jednak również przekłada się na ewentualne ryzyko wierzyciela pozostania kary umownej w stałej wielkości, niezależnie od liczby dni zaniechania zobowiązanego. Nie zmienia to jednak sytuacji po stronie dłużnika. Obowiązek zapłaty kary umownej pozostaje wszak aktualnym już w pierwszym dniu opóźnienia w wykonaniu obowiązku i w tym właśnie wypełnia się dyscyplinująca rola takiego zastrzeżenia umownego.

Odnosząc się do poszczególnych żądań pozwu Sąd Okręgowy zważył, że powód nie wykazał, by pozwany został powiadomiony o wadach wskazanych w protokole z dnia 16 grudnia 2013 r., w którym stwierdzono brak wykonania prac dotyczących wymiany wewnętrznej instalacji wody ciepłej i cyrkulacyjnej w poziomie piwnic budynków oraz brak wymiany instalacji centralnego ogrzewania wraz z 8 grzejnikami. Powód co prawda wręczył protokół M. K. (1), będącemu do czasu podpisania protokołu końcowego odbioru robót – ich kierownikiem ze strony pozwanego. Świadek

jednakże zeznał, że nie udało się jemu skontaktować z pozwanym. Nie był już przy tym pracownikiem pozwanego. Jego zatrudnienie skończyło się w chwilę podpisania odbioru końcowego robót (w listopadzie). W grudniu zatem nie łączył świadka z pozwanym żaden stosunek prawny, który mógłby stanowić o działaniu M. K. jako pełnomocnika pozwanego. Sam przy tym pozwany twierdził w toku całego postępowania, że o treści protokołu z dnia 16.12.2013 roku nie został powiadomiony w terminie wyznaczonym przez powoda na ich usunięcie tj. do dnia 27 grudnia 2013 r. Zdaniem Sądu Okręgowego, ze względu na powyższe, choć prace te, których braki wykonania powód ujawnił w dniu 16 grudnia 2013 r. wchodziły w zakres obowiązków pozwanego, co wynikało wprost z umowy oraz projektu wykonawczego, to nie wykazał on okoliczności aktualizującej możliwość naliczania pozwanemu kary umownej na podstawie § 12 ust. 5 umowy tj. tego, że pozwany powziął wiadomość o stwierdzonych wadach w dniu 16 grudnia 2013 r. Z tej przyczyny Sąd pierwszej instancji oddalił powództwo w zakresie skapitalizowanych odsetek ustawowych za czas opóźnienia w zapłacie kary umownej przedstawionej do potrącenia na mocy art. 481 § 1 i 2 k.c. a contrario w zw. z § 12 ust. 5 umowy a contrario.

Nie było natomiast w przekonaniu Sądu wątpliwości co do tego, że pozwany dowiedział się o usterkach stwierdzonych w protokołach z dnia 25 marca 2014 r. i 6 czerwca 2014 r. oraz o terminie wyznaczonym do ich naprawy już w dniu ich sporządzenia. Przy czynnościach przeglądowych, w tym sporządzaniu protokołu określającego termin na usunięcie wad, obecni byli D. T. (3), D. T. (1) - delegowani przez pozwanego. Osoby te przesłuchane w sprawie wskazały przy tym, że byli przez pozwanego zatrudnieni „na czarno”, „bez umowy”, natomiast S. G. oraz pozwany przyznawali wprost, że osoby te były kierowane na przeglądy. Jednocześnie D. T. (1) zaznaczał w trakcie swoich zeznań, że przekazywał pozwanemu protokoły. Tak zatem, z mocy przepisu z art. 95 § 2 k.c., powzięcie wiedzy o stwierdzonych wadach i czynność ustalenia terminu na usunięcie wad odnosiło bezpośredni skutek w stosunku do pozwanego według dat wskazanych w treści protokołów z dnia 23.03.2014 roku oraz 06.06.2014 roku. W odniesieniu do protokołów z dnia 25 marca 2014 r. oraz 6 czerwca 2014 r. pozwany podnosił jednak, że część usterek tam ujętych nie była objęta udzieloną przez niego w umowie gwarancją, tj. że usterki te nie dotyczyły robót które wykonywał. W zakresie protokołu z 25 marca 2014 r. pozwany wskazał, że nie odpowiadał za wady w postaci braku wykończenia elewacji na murku przy schodach, uszkodzeń elewacji przy schodach oraz przecieku rury kanalizacji deszczowej w pomieszczeniu piwnicy i nieszczelnej rynny wyciekającej na elewację, gdyż nie były one objęte zakresem jego prac. W odniesieniu do wady w postaci zastoisk wody na daszku przy wejściu do szatni pozwany wskazał natomiast, że wada taka nie istniała. Sąd Okręgowy wskazał przy tym, że okoliczności powyższych pozwany nie wykazał. Z zeznań świadka A. G. (2) wynikało, że elewacje wchodziły w zakres umowy w ramach robót budowlanych (docieplenie ścian, stropów, izolacja przeciwwilgociowa), co potwierdzała treść umowy łączącej strony. Elewacja (styropianem) należała do prac pozwanego, na co wskazał świadek Z. J. (2). Świadek zeznał, że pozwany nie wykończył elewacji na murku przy schodach i był to element elewacji. Elewacja sięgała zatem także części zewnętrznej murków, schodów. Wykonanie tych prac powodowało przy tym konieczność demontażu rynien, rur. Okoliczność tę potwierdził także świadek Z. J. i świadek M. R.. Ponowny ich montaż został wykonany przez pozwanego na tyle niestarannie, że na łączeniach rur była nieszczelność powodująca przeciek i zalewanie ścian. „Rynna i rura spustowa była nie spięta i w związku z tym lała się woda po elewacji”, jak zeznał świadek Z. J.. Zabezpieczenie przy tym instalacji, urządzeń i obiektów na terenie robót i w jej bezpośrednim otoczeniu, przed ich zniszczeniem, uszkodzeniem w trakcie wykonywanych robót, wchodziło w zakres obowiązków pozwanego zgodnie z § 7 ust. 1 umowy. Wskazać przy tym należy za judykaturą, że zastrzeżenie kar umownych dopuszczalne jest również w odniesieniu do wykonania obowiązków ubocznych a za takie uznać należało te obowiązki, jakie pozwany miał poza wykonaniem samych robót objętych umową, tj. obowiązki określone w § 7 ust. 1 umowy łączącej strony. Wśród nich był m.in. obowiązek zabezpieczenia instalacji, urządzeń i obiektów na terenie robót i w jej bezpośrednim otoczeniu przed ich zniszczeniem lub uszkodzeniem w trakcie wykonywania robót oraz uporządkowanie terenu i zaplecza robót po zakończeniu prac, jak również terenów sąsiadujących zajętych lub użytkowanych przez pozwanego, w tym dokonywania na własny koszt renowacji zniszczonych lub uszkodzonych w wyniku prowadzonych prac obiektów, fragmentów terenu dróg, nawierzchni lub instalacji. W konsekwencji uchybienia pozwanego w tym zakresie należały do podstawy warunkującej karę umowną za odstąpienie od usunięcia usterek według §12 ust. 5 umowy w zw. z §7 ust. 1 umowy. Wszystkie przy tym prace hydrauliczne (w ramach instalacji wewnętrznych), co wynikało z treści umowy, należały do pozwanego. Potwierdzili tę okoliczność świadkowie A. G., Z. J. i W. S.. Także świadkowie A. G., M. R. i Z. J. potwierdzili zastoiska wody na daszku. Okoliczności przeciwnej pozwany nie wykazał. Dokumentacji fotograficznej wskazanej w treści pisma k. 157 pozwany nie przedłożył. Nie wykazał także,



by usterki wskazane w protokołach z dnia 25 marca i 06 czerwca 2014 roku w zakresie klinkieru, parapetów i kratki wentylacyjnych wynikały z uszkodzeń mechanicznych.

Odnosząc się do zarzutu w zakresie uszkodzenia rury kanalizacji deszczowej Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że z zeznań świadków wynikało, że do uszkodzenia rury kanalizacji deszczowej w pomieszczeniu piwnicy doszło w wyniku prowadzenia przez pozwanego prac związanych z wykonywaniem izolacji przeciwwilgociowej i termicznej ścian piwnic. Prace te wprost przewidywał projekt wykonawczy dotyczący robót budowlanych. To stanowiło podstawę dla pozytywnej oceny roszczenia powoda części. Skoro bowiem pozwany uszkodził rurę kanalizacji deszczowej podczas i w związku z wykonywaniem przez siebie prac ziemnych, a zgodnie z umową obowiązany był zabezpieczyć taką rurę (§ 7 ust. 1 tiret 15), to niewątpliwie uszkodzenia te objęte były udzieloną przez niego gwarancją i nie było podstaw z jego strony, aby naprawy w tym zakresie odmawiać. Tak zatem, skoro pozwany nie usunął w określonym terminie usterek wyszczególnionych w protokołach z dnia 25 marca i 6 czerwca 2014 roku, co wynikało z treści wskazanych dokumentów, zeznań świadków i przesłuchania strony powodowej, powództwo w zakresie sumy 262.900 zł zdaniem Sądu Okręgowego zasługiwało na uwzględnienie na mocy art. 483 k.c. i art. 484 § 1 k.c. w zw. z §12 ust. 5 umowy.

O odsetkach Sąd ten orzekł na mocy art. 481 § 1 i 2 k.c. Termin wymagalności roszczenia nie był kwestionowany przez pozwanego.

Sąd orzekający w pierwszej instancji nadto nie znalazł podstaw do miarkowania kary umownej. Ustawodawca, posługując się w art. 484 § 2 k.c. abstrakcyjnym i niedookreślonym pojęciem rażąco wygórowanej kary umownej oraz nie wskazując jednoznacznie kryteriów, które rozstrzygałyby o nadmiernej wysokości kary umownej i nie podając również hierarchii takich kryteriów, chciał w ten sposób zapewnić możliwość elastycznego stosowania instytucji miarkowania kary umownej, opierającej się w dużym stopniu na uznaniu sędziowskim, uwzględniającym konkretne okoliczności sprawy. W odniesieniu do hierarchii kryteriów pozwalających na ustalenie „rażącego wygórowania kary umownej” Sąd Najwyższy wskazał, że chodzi o kryteria miarodajne do skonstatowania „rażącego wygórowania” kary umownej w jej aspekcie wartościowym, którymi mogą być kryteria o charakterze wartości bezwzględnych (np. sama wysokość kary umownej), kryteria relatywizujące (np. ocena wysokości kary umownej w stosunku do innych elementów, tj. np. wobec ogólnej wartości świadczenia) lub inne jeszcze kryteria (m.in. o charakterze słusznościowym).

Sędziowskie prawo redukcji kary umownej w stosunku do przedsiębiorcy powinno być stosowane szczególnie ostrożnie. Od podmiotu działającego profesjonalnie w obrocie gospodarczym można bowiem oczekiwać większej staranności i umiejętności oceny ryzyka związanego z zaakceptowaniem postanowień kontraktowych odnoszących się do kary umownej.

W ocenie Sądu Okręgowego pozwany nie dał podstaw mogących służyć za kryterium pozwalające na miarkowanie kary umownej, tj. kryterium relatywizujące, odnoszące się do rzeczywistej sumy, o jaką pozwany wzbogacił się w wykonaniu umowy, gdyż właśnie to kryterium jako słuszne, powinno być w ocenie tegoż Sądu zastosowane. Pozwany wskazywał jedynie w sprzeczności od nakazu zapłaty, że jego rzeczywisty zysk „wyniósł jedynie ok. 147.000,00 zł”, a pozostała kwota (ok. 2.243.000,00 zł) „to koszt materiałów oraz robocizny”. Pozwany nie przedstawił jednak w tym zakresie żadnych dowodów, w szczególności rozliczeń wynikających z realizacji umowy, udokumentowanych kosztów zakupu materiałów czy wynagrodzeń pracowników. W toku postępowania ujawniły się natomiast okoliczności świadczące o tym, że pozwany nie dokonywał zapłaty swojemu podwykonawcy – P. M., co nie pozwala na przyjęcie twierdzeń pozwanego w zakresie rzeczywiście uzyskanych na zamówieniu kwot za wiarygodnych. Jednocześnie zauważenia wymaga, że sam pozwany zeznając na rozprawie w dniu 5 lutego 2018 r. dodatkowo poddał wysokość deklarowanej przez siebie w sprzeczności od nakazu zapłaty kwoty, jako tej rzeczywiście zarobionej, w wątpliwość, twierdząc, że tak naprawdę jego „zarobek na umowie to nic”.

Podkreślenia przy tym wymaga, że choć art. 494 § 1 k.c. przyznaje swobodę sędziemu w zakresie miarkowania samej kary, to swoboda ta nie może przybrać postaci dowolności, sprowadzającej się do tego, że sędzia bez wykazanych w toku postępowania podstaw faktycznych ingerowałby w treść stosunku prawnego łączącego strony, orzekając konstytucyjnie we wskazanym zakresie w sposób całkowicie arbitralny. Jednocześnie, na marginesie zauważyć należy,

że ustawa prawo zamówień publicznych nie zawiera ograniczeń dla zamawiającego w stanowieniu wysokości kar umownych, w związku z czym nie ma podstaw do uznania za rażąco wygórowanej takiej kary, która obliczana jest jako ułamek procenta od nawet wysokiej wartości przedmiotu zamówienia, jeżeli tylko pozwany przystępując do przetargu mógł się zapoznać z takim sposobem naliczania kar, co też miało miejsce, o czym świadczy oświadczenie pozwanego składane w związku z przystąpieniem przez niego do przetargu. Podkreślenia nadto wymagało, że sposób ustalania wysokości kary umownej w istocie chroni również interesy majątkowe dłużnika w osobie pozwanego oraz pozwala na pełniejsze zmotywowanie go do terminowego usuwania usterek zgłaszanych przez powoda. Pozwany zna bowiem z góry kwotę kary umownej, którą będzie obowiązany zapłacić, jeżeli nie wykona swojego obowiązku w terminie, przy jednoczesnej pewności, że jeżeli w terminie zobowiązanie wykona, to nie czekają go żadne konsekwencje finansowe.

W punkcie trzecim wyroku Sąd Okręgowy orzekł o kosztach procesu na mocy art. 100 zdanie 1 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany, zaskarżając go w części, to jest w zakresie punktu pierwszego i trzeciego, zarzucając mu:

1. rażąco naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie:

a) art. 483 § 1 kodeksu cywilnego, poprzez ustalenie, iż pozwany ma zapłacić karę umowną na rzecz powoda, bez względu na to, czy pozostaje w opóźnieniu w wykonaniu zobowiązania oraz bez względu na to, czy wykonał zobowiązanie;

b) art. 483 § 1 kodeksu cywilnego, poprzez stwierdzenie, iż postanowienie § 12 ust. 5 umowy, zawartej pomiędzy stronami, daje podstawy do definitywnego określenia wysokości kary umownej należnej powodowi od pozwanego w przypadku niewykonania zobowiązania;

c) art. 139 ustawy prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie, iż pozwany miał wpływ na treść umowy zawartej pomiędzy stronami i poprzez przypisanie pozwanemu określonych interpretacji postanowień umowy w chwili jej zawarcia, podczas gdy pozwany nie miał żadnego wpływu na treść przedmiotowej umowy;

d) art. 6 kodeksu cywilnego, poprzez naruszenie zasady rozkładu ciężaru dowodu i przypisanie obowiązku dowodowego w zakresie wykazania należytego wykonania zobowiązania pozwanemu, podczas gdy to powód z kwestii należytego, bądź nienależytego wykonania zobowiązania wywodził skutki prawne;

e) art. 6 kodeksu cywilnego, poprzez uznanie, iż powód wykazał, zakres obowiązków pozwanego wynikający z umowy, fakt nienależytego wykonania obowiązków przez pozwanego, podstawy do naliczenia kary umownej, wysokość kary umownej, pomimo, iż powód nie przedstawił dokumentacji związanej z zawarciem umowy (SIWZ, dokumentacja projektowa itp.) oraz wobec kwestionowania przez pozwanego zakresu umowy oraz obowiązków wynikających z umowy, nie wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego;

f) art. 484 § 2 kodeksu cywilnego poprzez brak skorzystania przez Sąd z instytucji miarkowania kary, pomimo, iż:

- zarówno rzekome wady, wskazane w protokole z dnia 25 marca 2014 roku, jak i 6 czerwca 2014 roku były wadami absolutnie nieistotnymi, w żaden sposób nie wpływającymi na funkcjonowanie szkoły, a ich wartość w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia to promile;
- powódka nie poniosła jakiegokolwiek szkody w związku z wystąpieniem przedmiotowych wad;

- pozwany usunął w wyznaczonym terminie wszelkie zgłoszone w tych 2 protokołach wady;

2. naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 233 kodeksu postępowania cywilnego, poprzez:

a) błędne uznanie za wiarygodny dowodu z zeznań świadków A. G. (2) i Z. J. (2), co do ustalenia zakresu obowiązków pozwanego wynikających z umowy zawartej przez Strony w ramach postępowania w trybie przetargu

nieograniczonego, choć oczywistym powinno być, iż zakres ten winien być ustalony wyłącznie na podstawie treści umowy i dokumentacji projektowej, ewentualnie, gdyby Sąd nie posiadał wiedzy specjalnej, na podstawie opinii biegłego;

b) nieuzasadnione odmówienie wiarygodności dowodowi z zeznań strony pozwanej, na okoliczność braku wpływu pozwanego na treść umowy zawartej pomiędzy stronami oraz braku właściwego informowania pozwanego o wyznaczonych przez powoda przeglądach robót, choć brak wpływu pozwanego na treść umowy wynika z przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, a brak należytego informowania pozwanego o wyznaczonych przez powoda przeglądach robót wynika z faktu, iż powód nie przedstawił dowodów na doręczenie listem poleconym pozwanemu wezwań na przeglądy (choć obowiązek taki wynikał z umowy przygotowanej przez powoda);

c) nieuzasadnione odmówienie wiarygodności dowodowi z zeznań świadka S. G. na okoliczność, iż zgłaszane przez powoda wady robót nie były objęte rękojmią, choć Sąd zamiast na treści umowy, opierał się w tym zakresie na opinii innych świadków;

3. błąd w ustaleniach faktycznych, polegający na tym, iż:

a) Sąd bezpodstawnie uznał, iż powód nie usunął wad, objętych rękojmią, wskazanych w protokole przeglądu z dnia 25 marca 2014 roku, choć nie wynika to ze zgromadzonego materiału dowodowego;

b) Sąd bezpodstawnie uznał, iż powód nie usunął wad, objętych rękojmią, wskazanych w protokole przeglądu z dnia 6 czerwca 2014 roku, choć nie wynika to ze zgromadzonego materiału dowodowego;

c) pisma z kart 146 i 149 zostały sfabrykowane przez pozwanego, choć nawet sam powód nie sformułował takiego zarzutu;

c) termin wymagalności roszczenia nie był kwestionowany przez pozwanego, pomimo tego, iż pozwany kwestionował całe roszczenie co do zasady, w tym także kwestię jego wymagalności.

W świetle powyższych zarzutów pozwany wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przewidzianych;

2. zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przewidzianych;

ewentualnie o:

3. uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania z pozostawieniem Sądowi ponownie rozpoznającemu sprawę kwestii orzeczenia o kosztach postępowania.

Na rozprawie przed Sądem Apelacyjnym w dniu 13 grudnia 2018 r. pełnomocnik powoda wniósł o oddalenie apelacji w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

### **Sąd Apelacyjny zważył co następuje:**

Apelacja jako bezzasadna nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny akceptuje i przyjmuje za własne ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd pierwszej instancji, co tym samym nie wymaga ponownego ich przytaczania. W konsekwencji nie podziela zarzutu błędu w tych ustaleniach, podniesionego przez skarżącego, podobnie jak zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c.

Postawienie tego zarzutu nie może bowiem polegać na zaprezentowaniu przez skarżącego stanu faktycznego, ustalonego przez niego na podstawie własnej oceny dowodów, a do tego zdaniem Sądu Odwoławczego, zmierzając apelujący Oczywiście winno być, że strona podnosząca zarzut wadliwej oceny dowodów winna obciążona jest, jakie konkretnie dowody zostały przez Sąd a quo ocenione z uchybieniem zasadom logiki i doświadczenia życiowego, oraz - na czym uchybienia te polegały.

Ponadto, należy mieć na uwadze, że zgodnie z ustalonym stanowiskiem judykatury, jeżeli z materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dawały się wysnuć wnioski odmienne. Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu przez Sąd orzekający wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo - skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów mogłaby być skutecznie podważona (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2005 r. sygn. IV CK 387/04, Lex nr 177263 oraz z dnia 27 września 2002 r. sygn. II CKN 817/00, Lex nr 56906 (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2005 r. sygn. IV CK 387/04, Lex nr 177263 oraz z dnia 27 września 2002 r. sygn. II CKN 817/00, Lex nr 56906).

W ocenie Sądu Apelacyjnego, argumentacja przedstawiona przez skarżącego na poparcie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., nie spełnia powyższego wymogu. Sąd Okręgowy bowiem skrupulatnie omówił przeprowadzone w sprawie dowody, wyjaśniając, z jakich przyczyn uznał za wiarygodne zeznania świadków A. G. (2) i Z. J. (2) - kwestionowane w apelacji przez skarżącego, wskazując na ich wzajemną korelację oraz korelację z zeznaniami innych świadków wymienionych w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, oraz na potwierdzenie ich w treści w przedłożonej dokumentacji fotograficznej, protokołach przeglądów i korespondencji stron. Przy tym świadkowie ci byli bezpośrednio zaangażowani w realizację inwestycji, na co zwrócił Sąd Okręgowy i również poczytał za okoliczność świadcząca o wiarygodności zeznań świadków.

Sąd pierwszej instancji również przekonująco wyjaśnił, dlaczego zeznania pozwanego nie zasługiwały w jego ocenie na wiarę. Zeznaniami tym przeciwstawił okoliczności wynikające z zeznań świadków D. T. (1) i D. T. (2) - niepodważanych przez apelującego - oraz szeroko odniósł się do okoliczności podnoszonych przez pozwanego związanych z rzekomym niedoręczaniem mu pism powoda, nieczytelności przesyłanych faxem dokumentów i pism wysyłanych przez niego do powoda, wyjaśniając, z jakich przyczyn tłumaczenia pozwanego uznaje za nielogiczne.

Skarżący nie zdołał także podważyć stanowiska Sądu a quo co do zeznań świadka S. G., któremu Sąd ten nie dał wiary uznając, że zeznania jego są de facto powtórzeniem linii obrony prezentowanej przez pozwanego, której z przyczyn drobiazgowo omówionych w uzasadnieniu wyroku Sąd ten nie uznał za wiarygodną.

W konsekwencji Sąd Apelacyjny przyjął, że materiał dowodowy został oceniony przez Sąd pierwszej instancji bez uchybienia kryteriom wskazanym w art. 233 § 1 k.p.c. i na podstawie tego materiału dowodowego Sąd poczynił trafne ustalenia faktyczne, tak co do usterek w pracach stwierdzanych w poszczególnych protokołach odbioru, jak w zakresie nieusunięcia przez pozwanego w terminie wszystkich usterek.

Sąd Apelacyjny dodatkowo wskazuje, że bierna postawa pozwanego w czasie procesu inwestycyjnego, nie kwestionującego w treści sporządzanych protokołów istnienia opisanych w nim usterek i polecającego swoim podwładnym (vide: zeznania świadków T.) ich usunięcie, oznacza, iż sam pozwany przyznawał, że takie usterki wystąpiły, oraz nie zostały do końca usunięte w określonym terminie, czego wyrazem były protokoły późniejsze (vide: protokół przeglądu z dnia 25 marca 2014 r., pismo pozwanego z 28 marca 2014 r., i z dnia 30 kwietnia 2014 r., protokół przeglądu z dnia 6 czerwca 2014 r., pismo pozwanego z dnia 20 czerwca 2014 r.). Zauważyć jednocześnie trzeba, że wprawdzie w reakcji na protokół z dnia 25 marca 2014 r. sporządzony po awarii komina wentylacyjnego pozwany sporządził pismo datowane na 28 marca 2014 r., w którym podejmując się wykonania zasadniczych części zastrzeżeń z protokołu z dnia 25 marca 2014 r. zaznaczył jednocześnie, że gwarancji nie podlegają uszkodzenia mechaniczne, to jednak nie wyjaśnił, które z usterek wymienionych w protokole uważa za „mechaniczne”; ponadto w piśmie z dnia

30 kwietnia 2014 r. pozwany poinformował, że usterki z protokołu z przeglądu gwarancyjnego zostały usunięte, nie precyzując, iż nie dotyczy to usterek określanych przezeń uprzednio jako „mechaniczne”.

Co istotne, zeznania świadków D. i D. T. (1) wskazują, że pozwany polecając im usuwać usterki wskazane w protokołach nie zawęził ich zakresu. Zeznania te wskazują, że świadkowie ci usuwali wszystkie usterki objęte protokołami; nie dają one podstaw do przyjęcia, aby pozwany otrzymując od świadków wspomniane protokoły, negował wskazany w nich rozmiar prac.

Jednocześnie, w związku ze złożeniem przez pozwanego pism z dnia 30 kwietnia i 20 czerwca 2014 r. (k. 146 i k. 149), których treść odbiega od treści pism z tych samych dat złożonych przez powoda (k. 57 i k. 66) i do czego nawiązuje zarzut apelacji dotyczący błędu w ustaleniach faktycznych, to Sąd Okręgowy słusznie poddał pisma złożone przez pozwanego w wątpliwość. Przy tym, wbrew stanowisku skarżącego, Sąd nie był związany stanowiskiem powoda co do wiarygodności tego dowodu.

Sąd bowiem może uznać określone fakty za przyznane, gdy strona przeciwna nie wypowie się co do twierdzeń ze strony przeciwnej, oraz mając na uwadze wyniki całej rozprawy (art. 230 k.p.c.). Natomiast w rozpoznawanej sprawie powód składając pismo procesowe z dnia 12 maja 2017 r. zaprzeczył twierdzeniom strony pozwanej podnoszonym w sprzeczności od nakazu zapłaty, a nadto - wobec odmiennej treści obu dokumentów i wobec faktu, że tylko na pismach złożonych przez powoda widnieje pieczęć Urzędu Gminy potwierdzająca ich przyjęcie, to wnioski wyprowadzone przez Sąd

Okręgowy uznające go pisma złożone przez pozwanego za niewiarygodne i sporządzone na użytek niniejszego sporu, muszą być uznane za prawidłowe.

Tym samym, całokształt wyżej nakreślonych okoliczności pozwala przyjąć, że zakres usterek i zasadność zastrzeżeń zgłaszanych przez powoda na skutek dokonywanych przeglądów na etapie przedprocesowym nie była kwestionowana.

W konsekwencji, należy zgodzić się z konkluzją Sądu a quo, iż skoro pozwany nie polemizował ze stanowiskiem powoda, iż takie usterki jak opisane w protokołach przeglądu, rzeczywiście wystąpiły i nie usunął w terminie wszystkich wskazanych mu usterek, to spełniły się warunki do obciążenia go karą umowną.

Nie sposób przy tym zgodzić się z zarzutem dotyczącym nieprzeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, a ściślej rzecz ujmując – niezgłoszenia takiego wniosku przez powoda, na okoliczności wskazane w petitum apelacji.

Z tego względu skarżący między innymi w tym zakresie podniósł zarzut naruszenia art. 6 k.c., jednak został on nieprawidłowo sformułowany. Art. 6 k.c. rozstrzyga o ciężarze dowodu w sensie materialnoprawnym i wskazuje, kogo obciążają skutki niewypełnienia obowiązku udowodnienia istnienia prawa. Do jego naruszenia dochodzi wówczas, gdy sąd orzekający przypisuje obowiązek dowodowy innej stronie niż ta, która z określonego faktu wywodzi skutki prawne. Natomiast okoliczność, czy określony podmiot wywiązał się ze swojego obowiązku udowodnienia faktów, z których wywodzi skutki prawne, nie należy już do materii objętej dyspozycją art. 6 k.c., a stanowi aspekt mieszczący się w domenie przepisów procesowych (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 kwietnia 2014 r., II CSK 405/1, LEX nr 14801316).

Sąd Apelacyjny wskazuje, że okoliczności, co do których zdaniem skarżącego winien być przeprowadzony dowód z opinii biegłego, nie wymagały wiadomości specjalnych.

Ustalony w sprawie stan faktyczny, w tym postawa pozwanego, który przyjmował do wiadomości usterki stwierdzane przez powoda i podejmował się ich wykonania, czego dowodem są zeznania świadków T. oraz pisma samego pozwanego (w wersji przedłożonej przez powoda, opatrzone pieczęcią Urzędu Gminy potwierdzająca jej wpływ do powoda) informujące o usunięciu usterek, zasadnie pozwalają wnioskować tak o niespornym dla stron zakresie prac objętych umową oraz o zakresie prac poprawkowych. Te zaś usterki, wbrew stanowisku pozwanego, nie zostały w całości usunięte w zakreślanych mu terminach, co słusznie zostało uznane przez Sąd a quo za wykazane dowodami z

zeznań świadków, protokołami przeglądów, z którymi pozwany przed ich wszczęciem postępowania nie polemizował, oraz z dokumentacją fotograficzną, złożoną do akt przez powoda .

Jeśli zaś chodzi o niezłożenie przez powoda do akt dokumentacji związanej z zawarciem umowy (SIWZ, dokumentacja projektowa), co również objęte jest zarzutami apelacji, to pozwany nie domagał się zobowiązania powoda do przedłożenia tych dokumentów przez stronę powodową. Zakres obowiązków umownych stał się sporny dopiero wówczas, gdy na skutek braku reakcji pozwanego co do wezwania do zapłaty kar umownych, zostało zainicjowane postępowanie sądowe między stronami.

Jeśli zaś chodzi o zarzut naruszenia art. 6 k.c., który zdaniem skarżącego wyraża się również tym, iż to pozwanego Sąd obciążył obowiązkiem dowodowym w kwestii wykazania należytego wykonania zobowiązania, to wskazać trzeba, że Sąd Okręgowy na stronach 25 - 26 uzasadnienia wyroku przyjął jedynie, iż skoro pozwany kwestionuje zakres prac objętych umową, to winien okoliczności te wykazać; wyjaśnił jednocześnie , dlaczego w tym zakresie nie dał mu wiary, odwołując się do zeznań świadków i korespondującej z nimi dokumentacji złożonej przez powoda. W żadnym zaś wypadku nie stwierdził Sąd pierwszej instancji, wbrew wywodom skarżącego, że pozwanego obciążał obowiązek wykazania należytego wykonania zobowiązania. Snucie takich rozważań byłoby przy tym bezprzedmiotowe wobec faktu, że powód dochodził swoich roszczeń nie z faktu poniesienia szkody wskutek nienależytego wykonania zobowiązania, lecz z tytułu kary umownej za nieterminowe usunięcie usterek. Powtórzyć przy tym jeszcze raz należy, że zarówno pisma pozwanego jak i zeznania świadków T. wskazują , że pozwany nie negował konieczności wykonania prac poprawkowych, a skoro tak, to musiał uznawać, że usterki, do usunięcia których przystępował, mieściły się w zakresie jego obowiązków umownych.

Za chybione Sąd uznaj zarzuty naruszenia art. 483 § 1 k.c., art. 484 § 2 k.c. i art. 139 prawa zamówień publicznych .

Sąd pierwszej instancji prawidłowo przyjął, że spełniły się warunki do obciążenia pozwanego karą umowną, pozwany bowiem nie wykonał w terminie swoich obowiązków usunięcia usterek w okresie objętym gwarancją, o czym stanowił zapis § 9 ust. 7 i ust. 9 oraz § 12 ust. 5 umowy . Zapisy umowy nie dają przy tym żadnych podstaw do stwierdzenia, jakoby wykonawca obciążony miał być karą umowną za sam fakt ujawnienia się usterek, co zdaje się sugerować w apelacji skarżący.

Ponadto wywody apelacji kwestionujące powyższe zapisy umowy oraz wskazujące na ich sprzeczność z art. 483 k.c. i art. 484 k.c. są o tyle chybione, gdy uwzględni się, że pozwany otrzymując protokół z przeglądów gwarancyjnych, przystępował do usuwania wskazanych w nich usterek. Za hipotetyczne i oderwane od realiów niniejszej sprawy należy w związku z tym uznać rozważania apelującego , iż umowa w jej literalnym brzmieniu może obawę, że termin udzielony przez zamawiającego na usunięcie usterek upłynąłby, jeszcze zanim wykonawca w ogóle miałby możliwość wykonania swojego zobowiązania. Taka sytuacja bowiem nie miała miejsca w niniejszej sprawie - pozwany otrzymując protokoły z przeglądów nie negował udzielonego terminu na usunięcie usterek, co więcej - w określonym mu przez zamawiającego terminie zgłaszał fakt ich usunięcia (inna rzecz, że kolejne protokoły przeglądu nie potwierdzały prawidłowości prac naprawczych).

W tamtym okresie nie budziła zatem wątpliwości pozwanego zastrzeżona w umowie kompetencja zamawiającego do ustalenia terminu na usunięcie usterek, ten zapis umowy zaczął pozwany poddawać w wątpliwość dopiero na etapie postępowania sądowego.

Zastrzeżenia w tym zakresie strona pozwana zgłaszała zresztą już w sprzeciwie od nakazu zapłaty, a powód ustosunkowując się do twierdzeń pozwanego w piśmie procesowym z dnia 12 maja 2017 r. wyjaśnił sposób naliczenia kary umownej, łącząc ją jednoznacznie z zapisem § 12 ust. 5 umowy, a mianowicie - została ona naliczona za nieusunięcie w terminie usterek, na które wykonawca udzielił gwarancji. Natomiast w przypadku usunięcia usterek w wyznaczonym terminie, kara w ogóle nie byłaby naliczana.

Co do samego sposobu wyliczenia kary umownej, bo i w tym zakresie skarżący kwestionuje stanowisko Sądu a quo, to przypomnieć trzeba, że kara umowna może być wyrażona wprost w pieniądzu poprzez podanie konkretnej kwoty,

albo poprzez wskazanie parametrów odnoszących się do zabezpieczonego świadczenia, umożliwiającego ustalenie jej wysokości. Może on być określona przez wskazanie podstaw do finalnego określenia jej wysokości (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2012 r., V CSK 515/11, LEX nr 1276233, z dnia 2 czerwca 2016 r., I CSK 506/15, LEX nr 2076680). Sąd Okręgowy, uwzględniając takie właśnie stanowisko judykatury zasadnie zatem przyjął, że w niniejszej sprawie sposób obliczania kary został ujęty w umowie w sposób właściwy, pozwalający dłużnikowi zorientować, w jakiej wysokości będzie musiał zapłacić karę, w o ile w terminie udzielonym mu przez zamawiającego nie usunie usterek.

W takim zatem ujęciu należy zgodzić się z konkluzją Sądu a quo, iż wysokość ewentualnej kary umownej jest z góry wiadoma wykonawcy. Otrzymując bowiem pismo od zamawiającego wzywające go do usunięcia usterek w określonym terminie jest w on stanie wyliczyć wysokość ewentualnego obciążenia na wypadek, w gdyby w określonym terminie tych prac nie wykonał. (por. str. pisma powoda z dnia 12 maja 2017r. – str. 5).

Wyrażane w apelacji zastrzeżenia co do sposobu naliczania kary umownej, czy też kompetencji powoda do ustalenia terminu na usunięcie usterek, wiążą się także z zarzutem naruszenia art. 139 prawa zamówień publicznych. Skarżący próbuje wywodzić, że taki tryb zawarcia umowy pozbawił go w istocie wpływu na kształt umowy, a wszelkie niejasności czy też wątpliwości interpretacyjne powinny być tłumaczone na jego korzyść, jako że tylko powód decydował o warunkach umowy.

Oprócz bogatych poglądów orzecznictwa, przytaczanych przez skarżącego w apelacji, warto mieć na uwadze również aktualne poglądy komentatorów (por. J. E. N., prawo zamówień publicznych, komentarz aktualizowany do art. 139 LEX /el. 2018), z których wynika, że wprawdzie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być uznana za sui generis umowę adhezyjną, jednak jeżeli wykonawca uzna, że istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, naruszają jego interesy, może on nie ubiegać się o udzielenie zamówienia (zob. wyrok (...) z 16.06.2009 r., KIO/UZP 694/09, LEX nr 508277).

Dalej wskazuje się, że wykonanie zasady swobody umów nie zawsze musi przejawiać się równością stron umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto zasada swobody umów ma aspekt podmiotowy, sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce zawrzeć umowę. Co do zasady więc to strony umowy decydują, na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić. Zasada swobody umów może podlegać modyfikacjom, jeżeli treść lub cel umowy pozostają w sprzeczności z właściwością (naturą), ustawą, zasadami współżycia społecznego. Zamieszczonych we wzorze umowy postanowień o karach umownych obciążających w większym stopniu wykonawcę niż zamawiającego nie można uznać za postanowienia wymierzone przeciwko zasadom współżycia społecznego lub pozostające w sprzeczności z właściwością (naturą), ustawą, zasadami współżycia społecznego. Okoliczności związane z ryzykiem kontraktowym wykonawca powinien wziąć pod uwagę przy sporządzaniu oferty, gdyż na ich podstawie dokonuje on obliczenia ceny oferty. Tym bardziej gdy kary umowne nie zostały zastrzeżone w wysokości rażąco wygórowanej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Kary umowne stanowią zabezpieczenie zamawiającego przed ewentualnymi działaniami lub zaniechaniem wykonawcy polegającymi na niewykonaniu bądź nienależytym wykonaniu zobowiązania o charakterze niepieniężnym. Istotą kary umownej jest stworzenie dolegliwości finansowej wobec wykonawcy zamówienia publicznego w razie zaistnienia zdarzenia powodującego niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zamówienia publicznego. Należy zauważyć, że podobne zabezpieczenia istnieją po stronie wykonawcy w postaci odsetek ustawowych należnych z tytułu opóźnienia w spełnieniu świadczenia pieniężnego.

W konsekwencji za chybiony należy uznać zarzut naruszenia art. art. 139 prawa zamówień publicznych, co dotyczy również zarzutu naruszenia art. 484 § 2 k.c.

Zgodnie z tym przepisem, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego dominuje pogląd, że żądanie miarkowania kary umownej musi być nie tylko podniesione wprost, ale i skonkretyzowane co do podstawy. Dłużnik żądając miarkowania kary umownej winien wskazać jakie fakty podstawy, które pozwolą ocenić przesłankę rażącego wygórowania tej kary (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2010 r., IV CSK 494/09, OSNC-ZD 2010, Nr 4, poz. 115, z dnia 8 marca 2013 r., III CSK 193/12, z dnia 23 lipca 2014 r., z dnia 12 lutego 2015 r., IV CSK 276/14, LEX nr 1663413, z dnia 23 lipca 2014 r., V CSK 503/13, LEX nr 1504590).

Pozwany wnosząc w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji o miarkowanie kary umownej, nie powołał jednak żadnych okoliczności, żadnych dowodów mogących świadczyć o tym, że kara została ustalona w wysokości rażąco wygórowanej. Pozwany ograniczył się do informacji podczas swojego przesłuchania, że jego zysk wyniósł około 147.000 zł. W ślad za tym nie poszły jednak żadne twierdzenia ani wnioski dowodowe, żadne dokumenty finansowe pozwalające zweryfikować te twierdzenia. Bierna postawa pozwanego została dostrzeżona przez Sąd pierwszej instancji, który w związku z tym z tym słusznie nie dopatrył się podstaw do uwzględnienia wniosku pozwanego.

Podnoszone w apelacji argumenty na poparcie twierdzeń o naruszeniu przez Sąd a quo art. 484 § 2 k.c. oraz o zaistnieniu podstaw do miarkowania kary umownej są powtórzeniem argumentacji zawartej w sprzeciwie od nakazu, rzecz jednak w tym, że i na te okoliczności strona nie przedstawiła stosownych wniosków, poza swoim subiektywnym przekonaniem o niewielkim znaczeniu usterek i całkowitym ich usunięciu co jednak stoi w sprzeczności z ustaleniami Sądu Okręgowego, a których skarżący nie zdołał podważyć.

Odnośnie zaś argumentu o braku szkody po stronie powoda jako przemawiającym zdaniem skarżącego za miarkowaniem kary, to ugruntowane stanowisko doktryny i orzecznictwa wyraźnie oddziela kwestię braku szkody wierzyciela od jego uprawnienia do dochodzenia kary umownej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2010 r., IV CSK 429/09, LEX nr 2233542, uchwała z dnia 6 listopada 2004 r., III CZP 61/03, LEX nr 364473).

Jeśli zaś chodzi o wymagalność uwzględnionego roszczenia, to wprawdzie uzasadnienie Sądu pierwszej instancji sprowadza się do stwierdzenia, że wymagalność ta nie była kwestionowana, z czym skarżący polemizuje, to jednak w aktach sprawy znajdują się odebrane przez pozwanego wezwania do zapłaty kwoty 172.080 zł (wezwanie i nota księgowa z dnia 18 czerwca 2014 r., odebrane w dniu 14 lipca 2014 r. k. 58-60) oraz kwoty 90.820 zł (wezwanie i nota księgowa z dnia 2 marca 2015r. odebrane w dniu 11 marca 2015 r. przez pełnomocnika powoda adwokata J. T., pismo pozwanego z dnia 11 lutego 2014 r. k. 67 – 70, k. 41), co pozwala uznać kwestię wymagalności kwot dochodzonych pozwem za wykazaną.

W tym stanie rzeczy apelacja podlegała oddaleniu, o czym Sąd orzekł na mocy art. 385 k.p.c.. Kosztami postępowania apelacyjnego obciążono pozwanego zgodnie z art. 108 § 1 k.p.c. i art. 98 k.p.c. oraz §2 pkt7) i § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22.10.2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

SSA Małgorzata Zwierzyńska SSA Marek Machnij SSA Dorota Gierczak