

Sygn. akt I ACa 646/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 października 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Mieczysław Brzdąk
Sędziowie :	SA Joanna Kurpierz (spr.) SO del. Aleksandra Janas
Protokolant :	Anna Wieczorek

po rozpoznaniu w dniu 16 października 2013 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.

przeciwko Gminie M.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 16 kwietnia 2013 r., sygn. akt I C 803/11

1) oddala apelację;

2) zasądza od pozwanej na rzecz powódki 5400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt I ACa 646/13

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy:

1. zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 676.228,80 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 21 lipca 2011r.;
2. oddalił powództwo w pozostałym zakresie;
3. zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 40.477,50 zł tytułem zwrotu kosztów procesu;

4. nakazał ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Katowicach tytułem części nieuiszczonych wydatków:

a) od powódki z zasądzzonego roszczenia kwotę 322,26 zł,

b) od pozwanej kwotę 966,76 zł.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 6 czerwca 2007r. Prezydent Miasta M. wydał decyzję zatwierdzającą projekt budowlany i udzielił pozwolenia na budowę dla inwestycji rozbudowa i modernizacja (...) przy ul. (...) w M., która została zmieniona decyzją z dnia 26 maja 2009r. w części, poprzez zatwierdzenie projektu budowlanego zamiennego obejmującego budowę wolnostojącego budynku z wewnętrznymi instalacjami, w tym gazową oraz przyłączem wody i kanalizacji sanitarnej i deszczowej.

W drodze przetargu wybrano ofertę powódki i w dniu 22 kwietnia 2010r. strony zawarły umowę nr (...), na podstawie której powódka – jako wykonawca zobowiązała się do wykonania nowego budynku (...) zgodnie z dokumentacją techniczną, przepisami prawa budowlanego, sztuką budowlaną i ofertą w terminie do dnia 31 grudnia 2010r., za wynagrodzeniem ryczałtowym w wysokości 1.381.561,25 zł brutto. W § (...) umowy uregulowano kwestie kar umownych, m.in. za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy oraz opóźnienie w usunięciu wad i usterek, natomiast w § (...) wskazano obowiązek zamawiającego do przedłużenia terminu wykonania robót w przypadku wystąpienia dodatkowych i niemożliwych do przewidzenia robót bądź wystąpienia innych okoliczności, za które wykonawca nie jest odpowiedzialny.

Powódka opracowała harmonogram prowadzenia robót, zgodnie z którym:

- w kwietniu miało nastąpić przygotowanie placu budowy oraz wykopy;
- w maju miały być wykonane ławy fundamentowe, zasypka, poziomy kanalizacyjne, chudy beton, przyłącza – kanalizacja sanitarna oraz częściowo mury piwnic;
- w czerwcu miały być dalej wykonane mury piwnic, strop nad piwnicami i schody, ocieplenie ścian piwnic i drenaż;
- w lipcu miały zostać wykonane ściany zewnętrzne parteru, strop nad parterem i schody oraz ściany zewnętrzne pierwszego piętra;
- w sierpniu miały być wykonane ściany poddasza, a także rozpoczęcie prac instalacyjnych wewnętrznych i kotłowni oraz rozpoczęcie dachu;
- we wrześniu miały być kontynuowane prace instalacyjne wewnętrzne, dach, gaz, woda, elektryka oraz elewacja;
- w październiku miały być kontynuowane do zakończenia prace instalacyjne wewnętrzne oraz planowano rozpoczęcie prac wykończeniowych i małej architektury;
- w listopadzie kontynuacja prac wykończeniowych oraz do zakończenia mała architektura,
- w grudniu prace wykończeniowe.

W maju 2010r. po wykonaniu wykopu pod fundamenty budynku w całości podpiwniczonego wystąpiła fala deszczów, doprowadzając do zalania zrobionego już wykopu. Wodę z wykopu wypompowywano przy użyciu trzech pomp.

W miesiącu maju 2010r. opady deszczu występowały w ciągu 28 dni i wahały się od 0,5mm do 48,9mm, w czerwcu opady atmosferyczne występowały w ciągu 10 dni (1-3.06., 12-15.06., 18, 20, 24) i maksymalnie wyniosły 31,4mm, w lipcu opady występowały w ciągu 11 dni, w sierpniu w ciągu 16 dni, we wrześniu w ciągu 16 dni.

Okolo czerwca – lipca 2010r. przy wykonywaniu posadzek i ścian fundamentowych w piwnicach, pojawił się problem związany z wysokim poziomem wód gruntowych. W piwnicach stale pojawiała się woda, którą wykonawca wypompowywał oraz osuszał ściany, co miało wpływ na prowadzenie robót.

W dniu 29 września 2010r. sporządzono protokół odbioru wykonanych robót, w którym stwierdzono, iż zakres wykonanych robót jest zgodny z zapisami w księdze obmiaru, roboty zostały wykonane zgodnie z projektem i kosztorysem, oceniono jakość robót jako dobrą, nie zgłoszono uwag, a ich wartość określono na kwotę 467.289,72zł. Na tej podstawie powódka wystawiła w dniu 29 września 2010r. fakturę nr (...) na kwotę 500.000,00 zł brutto z 30 dniowym terminem płatności. Należność została uregulowana przez pozwaną.

W dniu 25 października 2010r. strony zawarły dodatkową umowę na wykonanie muru oporowego w ramach wykonania zadania pn. „Modernizacja (...) przy ul. (...)” w terminie do dnia 8 listopada 2010r. za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 13.000,00 zł brutto. Przyczyną zawarcia tej umowy było zawalenie się ściany przy schodach do piwnicy, wykonanej zgodnie z projektem z bloczków betonowych. W związku z tym prace uległy wydłużeniu o około 3 - 4 tygodnie.

Projekt przewidywał budowę nowego szamba, jednak jego umiejscowienie nie było właściwe względem granicy działki, stąd w trakcie realizacji robót w okresie maja – czerwca 2010r., podjęto decyzję o podłączeniu instalacji sanitarnej do istniejącego szamba, które jednak okazało się nieszczelne. Na przełomie października – listopada 2010r. powódka zorientowała się, że zajdzie konieczność wybudowania nowego szamba. W listopadzie 2010r. powódka opracowała projekt budowlano – wykonawczy kanalizacji sanitarnej stanowiący aneks do projektu zlokalizowanego w M. przy ul. (...). W dniu 1 grudnia 2010r. Prezydent Miasta M. wydał decyzję zmieniającą pozwolenie na rozbudowę i modernizację (...) w części dotyczącej sposobu odprowadzania ścieków poprzez rezygnację z odprowadzania ścieków sanitarnych do istniejącego zbiornika i budowę nowego bezodpływowego zbiornika na ścieki sanitarne do czasu wykonania docelowego przyłącza do sieci kanalizacji sanitarnej.

Prace związane z budową nowego zasobnika, łączyły się z wykopaniem ziemi i jej składowaniem, co uniemożliwiło prowadzenie robót związanych z budową małej architektury, chodników i parkingu, a teren, na którym realizowano zadanie nie jest obszerny.

W dniu 6 grudnia 2010r. powódka powiadomiła pozwaną o zagrożeniu umownego terminu realizacji prac zewnętrznych związanych z zagospodarowaniem terenu, a to w związku z istniejącymi warunkami atmosferycznymi i zwróciła się o zgodę na aneks do terminu zakończenia prac zewnętrznych do dnia 31 maja 2011r. W grudniu 2010r. minimalne dobowe temperatury powietrza wahały się od 0,2°C do minus 20,7°C. Pozwana w piśmie z dnia 15 grudnia 2010r. nie wyraziła zgody na zmianę terminu zakończenia robót.

W dniu 22 grudnia 2010r. strony zawarły dodatkową umowę w ramach zadania „Modernizacja(...) przy ul. (...)” na dostawę i wykonanie montażu grzejników w pomieszczeniach piwnic w terminie do dnia 31 grudnia 2010r. za wynagrodzeniem ryczałtowym w wysokości 8.153,01 zł brutto. Pismem z dnia 30 grudnia 2010r. powódka zgłosiła zakoszenie prac objętych tą umową, co zostało potwierdzone wpisem do dziennika budowy przez kierownika budowy oraz inspektora nadzoru.

W dniu 30 grudnia 2010r. dokonano komisyjnego odbioru robót, w którym uczestniczyli przedstawiciele powódki oraz pozwanej. W sporządzonym z tej czynności protokole wpisano, że prace zakończono w dniu 30 grudnia 2010r., roboty podlegające odbiorowi zostały wykonane zgodnie z umową, a w załącznikach nr (...) i (...) do protokołu zostały wymienione w 54 pozycjach usterki stwierdzone w czasie oględzin. Usterki dotyczyły zarówno wnętrza budynku jak i części zewnętrznych (np. cokołu, balustrad, tarasu, placu zewnętrznego i parkingu i innych). Określono 14 dniowy termin do usunięcia usterek.

W piśmie z dnia 31 grudnia 2010r. powódka oświadczyła, powołując się na przepisy rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej w sprawie warunków technicznych dozoru technicznego w zakresie

eksploatacji niektórych urządzeń ciśnieniowych z dnia 9 lipca 2003r., że kotłownia uruchomiona w (...) nie wymaga odbioru ani przeglądów technicznych dokonywanych przez Urząd Dozoru Technicznego.

Decyzją z dnia 31 grudnia 2010r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w M. wydał decyzję o udzieleniu pozwanej zgody na użytkowanie wolnostojącego budynku (...) z wewnętrznymi instalacjami pod warunkiem dokończenia przebudowy i modernizacji istniejącego (...) wraz z istniejącymi instalacjami wewnętrznymi, dokończenia budowy dróg wewnętrznych i miejsc postojowych dla samochodów, dokończenia wykonania tarasu w nowym budynku w terminie do dnia 31 marca 2011r., wykonania zabezpieczenia obiektu i terenu w taki sposób by prowadzone roboty nie powodowały zagrożenia dla bezpieczeństwa użytkowania odebranej części oraz zgłoszenia zakończenia tych robót po ich wykonaniu.

Usterki wewnętrzne były na bieżąco usuwane przez powódkę, nie można było natomiast usunąć, ze względu na warunki atmosferyczne – zmarzlina, przemrożenie gruntu, wad stwierdzonych na zewnątrz, a były to prace związane z wykonaniem placów, chodników, parkingu.

W dniu 14 stycznia 2011r. dokonano komisyjnego odbioru usunięcia usterek stwierdzonych w protokole z dnia 30 grudnia 2010r., wskazując w załączniku do protokołu, że zostały usunięte usterki wymienione pod poz. (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...) i (...). Ponadto komisja stwierdziła konieczność usunięcia dodatkowych ośmiu usterek. Nie wskazano terminu usunięcia usterek, zobowiązując wykonawcę do pisemnego zawiadomienia inwestora o ich usunięciu. W piśmie z dnia 18 stycznia 2011r. pozwana poinformowała powódkę, że nie usunięto usterek stwierdzonych w protokole z dnia 30 grudnia 2010r. oraz nie przekazano kompletnej dokumentacji odbiorowej, stąd od 15 stycznia 2011r. będzie egzekwowała warunki umowy powołując się na § (...) pkt (...) umowy dotyczący kar umownych. W odpowiedzi pismem z dnia 1 lutego 2011r. powódka wskazała, że usterki zostały usunięte w 80%, a pozostałe zostaną usunięte przy sprzyjających warunkach atmosferycznych, a także wskazała, że od 1 lutego 2011r. budynek jest zamieszkały i użytkowany zgodnie z pozwoleniem z dnia 31 grudnia 2010r. W dniu 7 lutego 2011r. sporządzono kolejny protokół komisyjnego odbioru usterek, wskazując usunięcie usterek wymienionych pod pozycjami (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...) wymienionych protokole z dnia 30.12.2010r. i 14.01.2011r. W piśmie z dnia 14 lutego 2011r. pozwana wskazała, że do czasu usunięcia wszystkich usterek będzie naliczała kary za nieterminowe ich usunięcie.

W dniu 3 lutego 2011r. Urząd Dozoru Technicznego Oddział w K. wydał decyzję zezwalającą na eksploatację urządzenia do przemieszczania osób niepełnosprawnych.

Kolejne odbiory następowały w dniach 24 lutego 2011r. i 21 marca 2011r. W dniu 23 lutego 2011r. Dyrektor (...) oświadczył, że usterki i nedoróbki wykazane w trakcie odbioru robót zostały usunięte.

Prace związane z zagospodarowaniem terenu powódka rozpoczęła pod koniec marca 2011r., a wszelkie roboty zostały zakończone do końca maja 2011r.

W dniu 25 maja 2011r. powódka wysłała do pozwanej zawiadomienie o zakończeniu robót zewnętrznych, zaś pozwana po jego otrzymaniu wyznaczyła termin odbioru na dzień 2 czerwca 2011r. Protokołem z dnia 2 czerwca 2011r. dokonano odbioru robót wskazując w uwagach zalecenie uzupełnienia pokryw studzienek oraz dostarczenia kompletnego operatu geodezyjnego powykonawczego, odwodnienia podestu wyjścia ewakuacyjnego z klatki schodowej od strony zachodniej, wyznaczając termin do dnia 6 czerwca 2011r. W protokole z dnia 6 czerwca 2011r. odebrano roboty bez zastrzeżeń i zarzutów stwierdzając ich wykonanie zgodnie z umową.

W dniu 13 czerwca 2011r. powódka wystawiła fakturę na kwotę 881.561,24 zł za wykonanie modernizacji (...) w M., a w dniu 17 czerwca 2011r. wystawiła dwie faktury: na kwotę 13.000,00 zł za wykonanie muru oporowego i na kwotę 8.153,01 zł za dostawę i montaż grzejników.

W dniu 17 czerwca 2011r. sporządzono dodatkowo protokoły odbioru robót dodatkowych, to jest muru oporowego oraz dostawy i montażu grzejników w piwnicach, stwierdzając w nich, że roboty zostały wykonane zgodnie z umową oraz w terminie zgodnie z zapisami w dzienniku budowy.

Pismem z dnia 5 lipca 2011r. powódka zaproponowała wykonanie przepompowni ścieków wraz z przyłączem kanalizacyjnym w zamian za umorzenie wszelkich roszczeń odsetkowych naliczanych przez pozwaną.

Pismem z dnia 7 lipca 2011r. pozwana poinformowała powódkę o naliczeniu kar umownych zgodnie z § (...) ust. (...) pkt (...) tiret (...) umowy z dnia 22 kwietnia 2010r. za zwłokę w usunięciu wad i usterek stwierdzonych w czasie odbioru robót. Przedstawiła sposób wyliczenia kar za 142 dni opóźnienia od 15 stycznia 2011r. do 6 czerwca 2011r., podając wartość kary w kwocie 1.608.046,34 zł oraz informując, że na ich poczet zostaje zaliczona należność w wysokości 902.714,25 zł wynikająca z faktur końcowych. Na pozostałą kwotę 705.332,09 zł została wystawiona nota księgowo obciążeniowa nr (...) z dnia 7 lipca 2011r. Powódka zwróciła noty księgowe wystawione przez pozwaną i w piśmie z dnia 26 lipca 2011r. zarzuciła, że noty te nie precyzują podstawy faktycznej ich wystawienia oraz wyjaśniała, że przyczyną niewykonania prac zewnętrznych w terminie były warunki atmosferyczne, czyli przyczyna za którą wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Pozwana podtrzymała swoje stanowisko w piśmie z dnia 3 sierpnia 2011r. Powódka wezwała pozwaną do zapłaty kwoty 902.714,25 zł tytułem należności objętych fakturami z dnia 13 i 17 czerwca 2011r. w piśmie z dnia 27.09.2011r.

W okresie maja - czerwca 2011r. (czyli w okresie gwarancyjnym), wychodziła wilgoć na posadzce i na ścianach fundamentowych, powódka dokonała odkopania fundamentów i zastosowała nową izolację przeciwwilgociową – z użyciem dodatku uszczelniającego hydrostop. Izolacja przeciwwilgociowa została wykonana zgodnie z projektem. Problem ten był na bieżąco, w trakcie realizacji robót, zgłaszany inwestorowi, a także wykonawca zwracał uwagę na konieczność zmiany technologii wykonania izolacji przeciwwilgociowej, jednak jej koszty były wysokie i nie mieściły się w ryczałcie zastosowanym w umowie, stąd zdaniem powódki wymagało to zawarcia dodatkowego aneksu do umowy, na co pozwana nie wyraziła zgody. Taka zmiana izolacji wymagała jedynie zgody projektanta i adnotacji w dokumentacji projektowej.

W pismach z dnia 19 sierpnia, 28 września, 14 listopada 2011r. pozwana informowała powódkę i wzywała do usunięcia przecieków w pomieszczeniach piwnic, wskazując na zalanie i wyłączenie zasilania energii elektrycznej pompy w studziencie zbiorczej odprowadzającej wodę deszczową, na ścianach pojawiło się zagrzybienie.

Na zlecenie Sądu I Instancji, biegły sądowy z zakresu budownictwa K. K. wydał opinię, wskazał, że informacje dotyczące wielkości opadów atmosferycznych wskazują na wyjątkowo duże ich ilości w miesiącach: maj, czerwiec i wrzesień 2010r. Wody zawieszane powstałe z opadów i nie odprowadzane poza obszar fundamentów lub ścian fundamentowych, powodują ciągłe nasączenie podłoża i elementów na nim posadowionych oraz posiadają negatywny destrukcyjny wpływ na wykonane elementy oraz zabudowane w nich materiały budowlane, prowadząc do obniżenia ich wytrzymałości technologicznej. Wody te uniemożliwiają także prawidłowe wykonanie izolacji przeciwwodnych i termicznych dla zewnętrznych przegród budowlanych, szczególnie fundamentów i ścian piwnic; zalane i zawilgocone przegrody tracą właściwości izolacyjne, skuteczna i zgodna z wymaganiami wykonania i odbioru izolacja ścian i fundamentów może być wykonana jedynie na suchych i oczyszczonych powierzchniach po okresie technologicznego wiązania dla tynku. Wykonywanie robót w czasie opadów znaczenie wydłuża czas pracy z uwagi na konieczność wykonywania ciągłych odwodnień i stosowania zabezpieczeń. Biegły odwołał się do dokumentacji fotograficznej znajdującej się w aktach. Wskazał także, iż w grudniu 2010r. występowały bardzo niskie temperatury ujemne praktycznie całkowicie eliminujące wykonywanie robót budowlanych mokrych, ziemnych, konstrukcyjno wykończeniowych zewnętrznych. W opinii biegłego warunki atmosferyczne występujące na terenie miasta M. w okresie od kwietnia 2010r. do października 2010r. oraz ujemne temperatury w grudniu 2010r. miały znacznie ujemny wpływ na realizację robót w ramach umowy stron oraz ich tempo i jakość.

Oceniając prace dodatkowe biegły wskazał, że wykonanie nowego muru oporowego wraz z rozbiórką projektowanego muru w znacznym zakresie zwiększyło czas pracy, organizację robót oraz koszty inwestycji i miało wpływ na

terminowość robót inwestycyjnych. Odnosząc się do zmiany sposobu odprowadzania ścieków biegły zaznaczył, że wykonawca dopiero po zatwierdzeniu dokumentacji projektowej w zakresie nowego zbiornika, mógł rozpocząć prace związane z wykopami, zakupem zbiornika i technologicznego montażu wraz z przyłączami kanalizacyjnymi do budynku oraz niwelety ukształtowania infrastruktury i otoczenia inwestycji. Brak możliwości wykonania odprowadzenia ścieków zgodnie z projektem i ich zmiana w znacznym zakresie zwiększyła czas pracy i zawirowania w organizacji pracy i znaczny wpływ na terminowość robót inwestycyjnych.

Oceniając wpływ warunków atmosferycznych na prowadzenie robót oraz terminowość i jakość usuwania wad stwierdzonych przy odbiorze dokonanym w dniu 30 grudnia 2010r., biegły wskazał, iż niskie dobowe temperatury ujemne w styczniu, lutym i marcu 2011r. praktycznie uniemożliwiły wykonanie robót zewnętrznych wymagających temperatur min. +5°C, natomiast prace wewnątrz budynku przy sprawnie działającym ogrzewaniu mogły być wykonywane bez przeszkód. W ocenie biegłego nie było możliwości wykonywania robót prowadzących do usunięcia usterek wymienionych w następujących punktach załączników do protokołu odbioru z dnia 30 grudnia 2010r.:

- **poz. (...) przecieki wody z zewnątrz do pomieszczeń piwnic,**
- poz. (...) zabudowa balustrad nad wejściem do budynku,
- poz. (...) wystąpienie wilgoci na ścianach i sufitach pomieszczeń – wady wymagają odkrywek dla zlokalizowania źródła wilgoci, ewentualnych osuszeń, co wymaga karencji technologicznej dla przygotowania ponownego malowania,
- poz. (...) balustrady na podjazdach i murach oporowych zejść od piwnic,
- poz. (...) opaski wokół budynku,
- poz. (...) cokół budynku wraz z podjazdem dla niepełnosprawnych – płytki,
- poz. (...) taras zewnętrzny,
- poz. (...) zejście do piwnicy – brak płytowania w komplecie i spoinowania,
- poz. (...) plac zewnętrzny – ukształtowanie, parking,
- poz. (...)nieprawidłowo zabudowane rury spustowe przy wejściu do budynku – okres zimowy,
- poz. (...) ukończenie zewnętrzne przyłączy sieci wod.-kan. i gazowej w zakresach regulacji,
- poz. (...) brak pomiaru geodezyjnego powykonawczego przyłączy wszystkich instalacji,
- poz. (...) brak kompletu instalacji ogromowej.

Biegły zwrócił uwagę, że zapisy w dzienniku budowy nie były dokonywane rzetelnie, brak wszystkich odbiorów cząstkowych, robót zanikowych, nie ma żadnych zapisów o odbiorach instalacji, ich działaniu, sposobach wykonania i zabezpieczenia, opisu w warunkach szczególnych wykonawstwa jakimi były opady ciągłe, zmiany projektowe, ustalenia, polecenia, brak poleceń inspektora nadzoru inwestora dla prawidłowości prowadzenia i zabezpieczenia robót.

Odnosząc się do terminu usuwania wad stwierdzonych przez pozwaną w czasie odbioru z dnia 30 grudnia 2010r. biegły wskazał, że nie było przeszkód usunięcia w określonym terminie 14 dni wad ujętych pod pozycjami (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...).

Nadto zwrócił uwagę, że wada w postaci nieprawidłowo zamontowanego wyłazu dachowego do obsługi kominiarskiej (poz. (...)), faktycznie nie była wadą, gdyż wyłaz był zamontowany prawidłowo zgodnie z projektem, a w czasie

wizji dokonanej z udziałem biegłego strony zgodnie oświadczyły, że został on zamontowany prawidłowo. Odnośnie odbioru dźwigu (poz. (...)) wskazał, że inwestor po dokonaniu odbioru technicznego windy i zgodności z projektem zgłasza do UDT wnioski o pozwolenie na dopuszczenie do użytkowania. Podobnie wyglądała kwestia odbioru kotłowni (poz. (...)), jej odbioru dokonuje inwestor w zakresie zgodności wykonania z projektem i wymaganiami warunków technicznych. Biegły nie uznał za wadę braku regulacji nastaw zaworów termostatycznych (poz. (...)), braku protokołu odbioru instalacji c.o. i kotłowni, braku dokumentów z zabudowanym wodomierzem (poz. (...)), wymiany klamek w dwóch oknach na zamykane na klucz (poz. (...)), zakupu i ułożenia wycieraczki na płytkach w przedsionku (poz. (...)). Zdaniem biegłego inwestor powinien określić realnie dwa terminy usuwania wad: dla prac drobnych – np. jednego miesiąca oraz dla prac zewnętrznych i konstrukcyjnych – termin 3-4 miesięcy.

Oceniając wykonaną izolację fundamentów oraz ścian piwnic, na podstawie zapisów w dzienniku budowy biegły nie znalazł podstaw do stwierdzenia, by izolacje te zostały wykonane niezgodnie z dokumentacją techniczną, jednak za wady występujące w wykonanych elementach budynku odpowiada wykonawca robót. Biegły stwierdził w czasie wizji w poziomie ław fundamentowych wysoki poziom wód gruntowych.

W opinii uzupełniającej biegły zwrócił uwagę, że lokalizacja szamba według pierwotnej dokumentacji projektowej przekazanej powódce nie była zgodna z obowiązującymi przepisami. Dokumentacja projektowa nie określała sposobu odprowadzenia wody z drenażu. Termin realizacji inwestycji był odpowiedni dla zaprojektowanej technologii.

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił na podstawie opisanych dowodów z dokumentów, zeznań świadków oraz opinii biegłego. Dowody z dokumentów nie budziły wątpliwości, co do ich prawdziwości, a także nie były w tym zakresie zgłaszane jakiegokolwiek zarzuty przez strony, a zatem Sąd uznał je za wiarygodne. Zeznania świadków Sąd również uznał za wiarygodne. Opinie wydane przez biegłego z zakresu budownictwa K. K. były rzetelne, jasne, logiczne, zgodne z doświadczeniem życiowym i wskazaniem wiedzy z zakresu budownictwa, a nadto łącznie w pełni udzieliły odpowiedzi na sformułowane przez Sąd pytania. Sąd miał na względzie, że zostały one sporządzone przez właściwego ze względu na przedmiot postępowania specjalistę, w oparciu o załączoną do akt sprawy dokumentację techniczną i projektową inwestycji. Wobec powyższego Sąd uczynił wskazane opinie jedną z podstaw poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych i wydanego wyroku. Zdaniem Sądu I Instancji uwagi zgłoszone przez strony do opinii biegłego zostały wyjaśnione w opiniach uzupełniających.

Roszczenie powódki jest usprawiedliwione co do zasady, jednak nie w pełnej wysokości, a to wobec zgłoszonego przez pozwaną do potrącenia roszczenia z tytułu kary umownej.

Podkreślił Sąd, że strony łączyły trzy umowy: o roboty budowlane z dnia 22 kwietnia 2010r. oraz umowy o dzieło zawarte w dniach 25 października 2010r. na wykonanie muru oporowego i w dniu 22 grudnia 2010r. na dostawę i montaż grzejników w pomieszczeniach piwnic. Stosownie do treści art. 647 k.c., przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, inwestor zaś zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

We wszystkich umowach strony ustaliły za wykonanie ich przedmiotów wynagrodzenia ryczałtowe. W zakresie regulacji dotyczącej wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych występuje luka prawna, jednak zgodnie z utrwalonym poglądem judykatury, przyjęć należy, że gdy w umowie o roboty budowlane zastrzeżono dla ich wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe lub kosztorysowe, istnieje możliwość stosowania art. 626 i 632 § 2 k.c. w drodze analogii (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2009r., sygn. III CZP 41/09, OSNC 2010/3/33).

Powódka dochodzi zapłaty wynagrodzenia za wykonanie wszystkich trzech umów, przy czym wynagrodzenie z umowy o roboty budowlane zostało częściowo wypłacone przez pozwaną toku realizacji przedsięwzięcia w kwocie 500.000,00 zł, a do zapłaty pozostała kwota 881.561,25 zł. Pozwana nie zapłaciła także wynagrodzenia za wykonanie przedmiotów umów zawartych w dniach 25 października 2010r. i 22 grudnia 2010r.

Wszystkie trzy umowy łączące strony zostały wykonane w terminach wynikających z poszczególnych umów, co potwierdzają protokoły odbioru robót: końcowy z dnia 30 grudnia 2010r. oraz z dnia 17 czerwca 2011r. dotyczące wykonania muru oporowego oraz dostawy i montażu grzejników. Z protokołów odbioru prac objętych dodatkowymi umowami wynika jednoznacznie, że roboty zostały wykonane bez zarzutu i zastrzeżeń ze strony inwestora w terminach do dnia 8 listopada 2010r. (mur oporowy) i do dnia 31 grudnia 2010r. (dostawa i montaż grzejników) zgodnie z zapisami w dzienniku budowy. Skoro powódka wywiązała się ze swoich obowiązków realizując przedmioty umów i winna otrzymać wynagrodzenie za ich wykonanie. Stąd w ocenie Sądu I Instancji roszczenie powódki dotyczące zapłaty wynagrodzenia z umowy z dnia 25 października 2010r. w wysokości 13.000,00 zł oraz z umowy z dnia 22 grudnia 2010r. w wysokości 8.153,01 zł było uzasadnione.

Co do zasady było uzasadnione także żądanie zapłaty wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy z dnia 22 kwietnia 2010r., jednakże podlegało ocenie w oparciu o przedstawione do potrącenia przez powódkę roszczenie z tytułu kar umownych za nieterminowe usunięcie usterek stwierdzonych w czasie odbioru obiektu w dniu 30 grudnia 2010r. oraz w kolejnych protokołach odbioru.

Instytucja kary umownej została uregulowana w art. 483 § 1 k.c. Oprócz tego przepisu granice dopuszczalnego kształtowania konstrukcji kary umownej wyznaczają także kryteria wskazane w art. 358¹ oraz art. 58 § 1 i 2 k.c. Zastrzeżenie kary umownej może odnosić się wyłącznie do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania o charakterze niepieniężnym.

Zobowiązania powódki wynikające z umowy z dnia 22 kwietnia 2010r. miały charakter niepieniężny. Umowa regulowała w § (...) w sposób szczegółowy przypadki, w których wykonawca obowiązany będzie do zapłaty kary umownej. Powódka – jako wykonawca – zobowiązała się do zapłacenia kary umownej, między innymi w razie opóźnienia w usunięciu wad i usterek stwierdzonych w czasie obioru w wysokości 1% wynagrodzenia netto za każdy dzień zwłoki, licząc od dnia wyznaczonego przez zamawiającego na usunięcie wad i usterek (§ (...)ust. (...)pkt (...) tiret (...) umowy).

Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.). Z tego też względu przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej określane są przez pryzmat ogólnych przesłanek kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Granice dopuszczalnego kształtowania obowiązku zapłaty kary umownej wyznaczają - poza art. 483 k.p.c. - także przepisy o charakterze imperatywnym. Ocena skuteczności postanowienia umownego kreującego obowiązek zapłaty kary umownej podlega zatem kontroli w kontekście ograniczeń swobody umów (art. 353¹ k.c.), obejścia prawa, jak też ewentualnej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 k.c.).

Zapis umowy z dnia 22 kwietnia 2010r. zawarty w § (...) ust. (...) pkt (...) tiret drugi kreuje obowiązek świadczenia kary umownej w razie opóźnienia w usunięciu wad stwierdzonych w czasie odbioru. Zastrzeżenie kary umownej w ten sposób nie wyszło zdaniem Sądu poza ograniczenia swobody umów (art. 353⁽¹⁾ k.c.), nie zmierzało do obejścia prawa (art. 58 § 1 k.c.) ani też nie było sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 58 §2 k.c.).

Na dłużniku spoczywa ciężar udowodnienia, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikało z przyczyn, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Podporządkowanie kary umownej podstawom odpowiedzialności kontraktowej sprawia, że dłużnik może bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło w wyniku okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Nienależyte wykonanie zobowiązania, w okolicznościach niniejszej sprawy, polegało na braku usunięcia wad obiektu stwierdzonych w protokole odbioru z dnia 30 grudnia 2010r. w terminie zakreślonym przez pozwaną.

Powódka przede wszystkim podnosiła, że kara umowna została przewidziana na wypadek zwłoki w usunięciu wad i usterek, czyli odnosiła się do zawinione go przez wykonawcę zachowania. W ocenie Sądu Okręgowego z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić mając na uwadze treść umowy, która wprawdzie posługując się w jednym postanowieniu umownym dwoma pojęciami – „opóźnieniem” i „zwłoką”, możliwość naliczenia kary umownej

przewidziała na wypadek opóźnienia w usunięciu wad, a zatem także niezawinionego przez wykonawcę zachowania. Z początkowego brzmienia zapisu § (...) ust. (...) pkt (...) tiret (...) umowy wynika bowiem, iż wykonawca jest zobowiązany do zapłaty kar umownych za opóźnienie w usunięciu wad i usterek, co nie stoi na przeszkodzie ustaleniu, że ewentualne opóźnienie w ich usunięciu nastąpiło z przyczyn, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. A sytuacja taka zaistniała na gruncie okoliczności niniejszej sprawy, a odnosiła się przede wszystkim do terminu określonego na usunięcie usterek w protokole z dnia 30 grudnia 2010r. wynoszącego 14 dni oraz faktycznej możliwości usunięcia usterek mając na uwadze przede wszystkim warunki atmosferyczne. Powołując się na opinię biegłego sądowego z zakresu budownictwa K. K., stwierdził Sąd Okręgowy, że nie było możliwe wykonanie w terminie określonym przez pozwaną przede wszystkim prac zewnętrznych, wymienionych pod pozycjami: (...) (przecieki wody z zewnątrz do pomieszczeń piwnic), (...) (zabudowa balustrad nad wejściem do budynku), (...) (usunięcie wilgoci na ścianach i sufitach pomieszczeń), (...) (balustrady na podjazdach i murach oporowych zejść od piwnic), (...) (opaski wokół budynku), (...) (cokół budynku wraz z podjazdem dla niepełnosprawnych), (...) (taras zewnętrzny), (...) (zejście do piwnicy), (...) (plac zewnętrzny), (...) (nieprawidłowo zabudowane rury spustowe przy wejściu do budynku), (...) (brak Geigerów na rurach spustowych), (...) (ukończenie zewnętrzne przyłączy sieci wod.-kan. i gazowej w zakresach regulacji), (...) (brak pomiaru geodezyjnego powykonawczego przyłączy wszystkich instalacji), (...) (brak kompletu instalacji odgromowej). Wymienione usterek nie mogły być usunięte w terminie określonym przez pozwaną ze względu na warunki atmosferyczne występujące w styczniu, lutym i pierwszej dekadzie marca 2011r., kiedy to w związku z niskimi temperaturami poniżej 0°C nie było technologicznej możliwości prowadzenia tego zakresu robót. W tym zakresie powódce winien zostać określony realny termin na usunięcie tych wad, uwzględniający karencję związaną z okresem zimowym, a w ocenie Sądu termin ten powinien wynosić 4 miesiące.

Pozostałe wady stwierdzone w protokole odbioru z dnia 30 grudnia 2010r. mogły być usunięte w terminie określonym przez pozwaną. Z tych wad w terminie 14 dni powódka usunęła usterek opisane w pozycjach (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...) i (...). Nie usunęła natomiast usterek opisanych w pozycjach (...) (brak prawidłowego nawiewu do kotłowni), (...) (nieprawidłowo wykonana balustrada w klatce schodowej), (...) (szczeliny w klatce schodowej winda spoczniki schodowe), (...) (brak schematu technicznego w kotłowni i opisów technicznych rurociągów), (...) (brak odwodnienia rzepia w kotłowni), (...) (uzupełnienie automatyki w kotłowni i solarni), (...) (brak protokołów szkolenia obsługi kotła), (...) (braki w zakresie dokumentacji powykonawczej), (...) (uzupełnienie powłok i izolacji antykorozyjnej), (...).

W dniu 7 lutego 2011r. dokonano kolejnego odbioru, w którym stwierdzono usunięcie kolejnych usterek wymienionych w poz. (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...). W dniu 24 lutego 2011r. dokonano następnego odbioru stwierdzając, że nie wykonano zakresów zewnętrznych opisanych w punktach (...), (...), (...), (...) i (...). Ostatecznie odbioru dokonano w dniu 6 czerwca 2011r.

Odnośnie wad dodatkowych stwierdzonych w protokole z dnia 14 stycznia 2011r. wymienionych w pozycjach od (...) do (...) wskazać należy, że pozwana nie wyznaczyła terminu na ich usunięcie, wskazując jedynie, że po usunięciu wszystkich usterek i niedoróbek wykonawca zawiadomi pisemnie inwestora o ich usunięciu. Skoro nie wyznaczono terminu do usunięcia tych wad to nie sposób przyjąć by powódka pozostawała w opóźnieniu, gdyż § (...) ust. (...) pkt (...) tiret drugi umowy daje możliwość naliczenia kar w przypadku nie usunięcia wad i usterek w terminie wskazanym przez inwestora.

Pozwana niezasadnie uznała za wady: zamontowanie wylazu dachowego do obsługi kominiarskiej, który został wykonany zgodnie z projektem (poz. (...)), brak odbioru dźwigu co obciążało inwestora (poz. (...)), kwestia odbioru kotłowni co obciąża inwestora (poz. (...)), brak regulacji nastaw zaworów termostatycznych (poz. (...)), brak protokołu odbioru instalacji c.o. i kotłowni, braku dokumentów z zabudowanym wodomierzem (poz. (...)), wymianę klamek w dwóch oknach na zamykane na klucz (poz. (...)), zakup i ułożenie wycieraczki na płytkach w przedsiionku (poz. (...)).

Wskazywane przez powódkę trudne warunki atmosferyczne występujące przede wszystkim w maju 2010r., a związane z obfitymi opadami deszczu, nie pozostawały bez wpływu na tempo prac prowadzonych w tym okresie, jednak pomimo tych trudności, powódka nie przerwała prac, a nadto zapewniała pozwaną w pismach kierowanych do pozwanej aż do 25 listopada 2010r., że termin realizacji przedmiotu umowy będzie dotrzymany. Tym samym nie można uznać, by

opady deszczu, występujące w maju i czerwcu były okolicznością uzasadniającą przedłużenie terminu umowy. Wpisy w dzienniku budowy, prowadzonym dla inwestycji pozwanej, były dokonywane przez uprawnione osoby, zgodnie z wymogami cytowanego rozporządzenia, jednak powódka nie wykazała by poza jednym przypadkiem z 18 maja 2010r. (k. 83) doszło do wstrzymania prac w związku z obfitymi opadami deszczu.

Nie stanowiły tej okoliczności także prace dodatkowe polegające na wybudowaniu muru oporowego, gdyż umowa dodatkowa zawarta w tym przedmiocie została wykonana terminowo, a powódka nie wykazała w jaki sposób konieczność wykonania tych prac wpłynęła na terminowość realizacji całej inwestycji. Nie sposób także przyjąć, że konieczność wybudowania nowego zbiornika ścieków była pracą dodatkową, której nie można było przewidzieć.

W ocenie Sądu Okręgowego zaistniały przesłanki do naliczenia przez pozwaną kary umownej zgodnie z § (...) ust. (...) pkt (...) tiret (...) umowy z dnia 22 kwietnia 2010r., jednak nie w pełnej wysokości. Sąd znalazł podstawy do miarkowania kary umownej, uznając za uzasadniony zarzut powódki o wygórowanej kwocie naliczonej kary umownej. Kara umowna należy się wierzycielowi w wysokości określonej w umowie. Jest to zasada, od której można odstąpić wyjątkowo tylko w przypadkach wyraźnie przewidzianych w ustawie. Określona umową wysokość kary umownej bezwzględnie wiąże wierzyciela. Natomiast dłużnik ma pewne możliwości żądania zmniejszenia kary umownej. Może to uczynić w dwóch wypadkach: gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, i gdy kara umowna jest rażąco wygórowana (art. 484 § 2 k.c.). W ocenie Sądu Okręgowego zapłata kary umownej w żądanej przez powódkę wysokości byłaby nieuzasadniona, mając na względzie niewielki zakres stwierdzonych wad w odniesieniu do całego przedmiotu umowy, a także wobec jej wygórowanej wysokości. Powódka nie miała możliwości negocjowania umowy w części obejmującej warunki i wysokość naliczania kar umownych, a to z uwagi na fakt, iż umowa została zawarta na skutek przetargu nieograniczonego i warunków określonych w SIWZ. Ponadto przy ustalaniu okresu opóźnienia stanowiącego pośrednio podstawę naliczenia kary umownej, aczkolwiek odpowiedzialność powódki oderwana jest od winy, strony nie przewidziały okoliczności zwalniających wykonawcę z odpowiedzialności za nieterminowe usunięcie wad, nie można, wbrew stanowisku pozwanej, pomijać okoliczności akcentowanej przez powódkę, a dotyczącej realnej możliwości usunięcia wad w terminie określonym przez pozwaną. Wady stwierdzone w czasie odbioru przeprowadzonego w dniu 30 grudnia 2010r. z jednej strony dotyczyły niewykonanego w terminie wynikającym z umowy zakresu prac zewnętrznych (zagospodarowanie terenu, chodniki, podjazdy, parking, zewnętrzne elementy wykończenia obiektu takie jak balustrady, taras, podjazd dla niepełnosprawnych), a także wad stwierdzonych wewnątrz budynku. Jak wskazano wyżej nie było możliwe wykonanie prac zewnętrznych w terminie określonym przez pozwaną (to jest do 13 stycznia 2011r.), a to ze względu na niskie temperatury powietrza występujące do końca pierwszej dekady marca, uniemożliwiające prowadzenie tego typu prac ze względów technologicznych, a były to wady wskazane w 14 pozycjach załącznika do protokołu odbioru. Nadto z 54 stwierdzonych w dniu 30 grudnia 2010r. 6 pozycji nie kwalifikowało się do uznania za wady, stąd faktycznie w terminie 14 dni istniała możliwość usunięcia 34 wad. Z tego w określonym terminie usunięto 17 wad, co potwierdza protokół odbioru z dnia 14 stycznia 2011r. Tym samym nie usunięto w określonym terminie 17 wad, z czego 5 usunięto do 7 lutego 2011r., a resztę oraz dodatkowo część wad dotyczących prac zewnętrznych do dnia 24 lutego 2011r.

Nadto zważył Sąd I Instancji, że kara umowna stanowi z góry ryczałtowo określony surogat odszkodowania należnego wierzycielowi od dłużnika z tytułu odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, pełni więc przede wszystkim funkcję kompensacyjną. Z tego względu, choć należy się w zastrzeżonej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 k.c.), a obowiązek jej zapłaty powstaje nawet wtedy, gdy wierzyciel na skutek niewykonania lub nienależytego zobowiązania nie poniósł w ogóle szkody majątkowej (tak Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69), normujące ją przepisy kodeksu cywilnego nie pozbawiły całkowicie doniosłości relacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a godnym ochrony interesem wierzyciela (tak Sąd Najwyższy w orzeczeniach z dnia 19 kwietnia 2006 r., V CSK 34/06, nie publ., i z dnia 12 maja 2006 r., V CSK 55/06, „Prawo Spółek” 2008, nr 6, s. 49). W sytuacji dużej dysproporcji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a interesem wierzyciela chronionym za pomocą kary umownej dopuszczalne jest na podstawie art. 484 § 2 k.c. zmniejszenie, czyli tzw. miarkowanie, kary umownej przez sąd na żądanie dłużnika.

Nie budzi wątpliwości, że zmniejszenie zastrzeżonej kary umownej może się opierać na łącznym stosowaniu obu wskazanych w art. 484 § 2 k.c. podstaw miarkowania.

W niniejszej sprawie zobowiązanie zostało wykonane w całości, tym samym interes wierzyciela został zaspokojony. Mając na względzie zakres stwierdzonych wad oraz fakt, iż nie wyłączały one możliwości korzystania z obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, a także wartość tych wad w stosunku do całego przedmiotu umowy, naliczenie kary umownej w pełnej wysokości byłoby wygórowane i prowadziło do pokrzywdzenia wykonawcy, który pomimo wykonania przedmiotu umowy, nie otrzymałby należnego wynagrodzenia.

Analizując natomiast wysokość zastrzeżonej kary umownej należy mieć na względzie relację między wysokością zastrzeżonej kary umownej a wysokością wynagrodzenia należnego stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej. Podstawowe kryterium oceny czy zastrzeżona kara umowna jest rażąco wygórowana stanowi stosunek kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela. Szeroko rozumiana szkoda spowodowana niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania determinuje interes wierzyciela chroniony przez zapłatę kary umownej, a przewidziane w art. 484 § 2 k.c. miarkowanie kary umownej ma przeciwdziałać dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary umownej a godnym ochrony interesem wierzyciela. Trafnie zatem powódka podnosiła, że pozwana na skutek opóźnienia w usunięciu wad nie poniosła szkody, a zobowiązanie zostało w całości wykonane przez powódkę. W takiej sytuacji przyznanie kary umownej w pełnej wysokości, zdaniem Sądu Okręgowego, przekraczającej wysokość pełnego wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy prowadziłoby do pokrzywdzenia powódki. Wobec powyższego Sąd I Instancji obniżył naliczoną przez pozwaną należność z tytułu kary umownej do wysokości 20% wynagrodzenia netto wynikającego z umowy, czyli do kwoty 226.485,45 zł ($1.132.427,25 \text{ zł} \times 20\% = 226.485,45 \text{ zł}$). O tak ustaloną wysokość kary umownej zostało obniżone należne powódce wynagrodzenie wynikające z umowy z dnia 22 kwietnia 2010r. ($881.561,24 - 226.485,45 \text{ zł} = 655.075,79 \text{ zł}$). Wobec tego w punkcie 1 wyroku zasądzono od pozwanej na rzecz powódki kwotę 676.228,80zł, na którą złożyły się pomniejszone o karę umowną wynagrodzenie z umowy z dnia 22 kwietnia 2010r., a także wynagrodzenia z wykonanie przedmiotów objętych umowami z dnia 25 października 2010r. w wysokości 13.000,00 zł i z dnia 22 grudnia 2010r. w wysokości 8.153,01 zł.

Orzeczenie w zakresie odsetek zostało oparte na art. 481 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 455 k.c.

W pozostałym zakresie powództwo podlegało oddaleniu jako nieuzasadnione.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 100 zd. 1 k.p.c. w związku z art. 98 § 3 k.p.c., stosując zasadę stosunkowego ich rozdzielenia (punkt 3 wyroku). Na koszty procesu złożyły się opłata od pozwu w kwocie 45.136,00 zł, koszty pełnomocnika procesowego powódki w kwocie 7.234,00 zł, zaliczka na biegłego uiszczona przez powódkę w kwocie 4.000,00 zł, koszty zastępstwa procesowego pozwanej w kwocie 7.200,00 zł, łącznie 63.570,00 zł. Powódka wygrała w 75%, a zatem powinna pokryć kwotę 15.892,50 zł tytułem kosztów procesu (25%), a faktycznie wydatkowała kwotę 56.370,00 zł, wobec tego zasądzono od pozwanej na rzecz powódki kwotę 40.477,50 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (punkt 3 wyroku).

Rozstrzygnięcie o kosztach sądowych zawarte w 4 wyroku Sąd oparł na podstawie art. 113 ust. 1 i ust 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w związku z art. 100 zd. 1 k.p.c. a złożyły się na nie wydatki na opinie biegłego. Łącznie koszt opinii biegłego wyniósł 5.289,02 zł, z czego kwota 4.000,00 zł została pokryta zaliczką uiszczoną przez powódkę, do rozliczenia pozostała natomiast kwota 1.289,02 zł. Została ona stosunkowo rozdzielona między strony w zależności od wyniku postępowania. Sąd Okręgowy nakazał koszty te ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Katowicach od powódki z zasądzonych na roszczenia w kwocie 322,26 zł, a od pozwanej w kwocie 966,76 zł.

Pozwana wniosła apelację od opisanego wyroku zaskarżając go w części, co do pkt 1, 3 i 4.

Wyrokowi zarzuciła:

- 1) naruszenie prawa materialnego poprzez niezastosowanie art. 498 § 1 i 2 kc poprzez pominięcie faktu, że pozwany dokonał potrącenia kar umownych jeszcze przed wystąpieniem przez powoda z powództwem o zapłatę, a tym samym uwzględnienia, iż wierzytelność została umorzona, co w konsekwencji wyklucza możliwość miarkowania kary umownej,
- 2) naruszenie prawa materialnego poprzez niezastosowanie art. 484 § 1 kc i uznanie, że pozwanemu nie należy się kara umowna w wysokości zastrzeżonej w umowie przez strony,
- 3) naruszenie prawa materialnego poprzez niewłaściwe zastosowanie art. 484 § 2 kc i uznanie, że w przedmiotowej sprawie istniały podstawy do miarkowania kary umownej, gdy tymczasem kara umowna nie została obliczona w wygórowanej wysokości w porównaniu z zakresem wad i usterek ujawnionych przy realizowanej umowie, stopniu zawinienia powoda oraz wielkości przekroczenia terminu ich usunięcia, a także utrudnień związanych z korzystaniem przedmiotu umowy.
- 4) naruszenie przepisów postępowania tj. art. 316 § 1 k.p.c, i art. 233 § 1 k.p.c. poprzez oparcie orzeczenia na ustaleniach sprzecznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego i poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, polegającej na bezpodstawnym przyjęciu, że powód nie mógł w terminie ustalonym z pozwanym usunąć wad i usterek stwierdzonych podczas odbioru z dn. 30.12.2010 r., bowiem wykluczały to istniejące warunki atmosferyczne, a tym samym nie było zasadne obciążenie powoda karami umownymi za opóźnienie w usunięciu wskazanych wad i usterek.

Wskazując na powyższe wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości, zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej zwrotu kosztów postępowania procesowego, z uwzględnieniem kosztów postępowania odwoławczego, ewentualnie z ostrożności procesowej o uchylenie wyroku z dnia 16.04.2013r. i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, przy uwzględnieniu kosztów postępowania odwoławczego.

Powódka wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja na uwzględnienie nie zasługuje.

W pierwszej kolejności wymagają rozważenia zarzuty naruszenia prawa procesowego, bowiem prawidłowo ustalona podstawa faktyczna rozstrzygnięcia ma decydujący wpływ na zastosowanie właściwych norm prawa materialnego.

Zarzut naruszenia art. 316 § 1 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c. uznać należy za chybiony.

Przepis art. 233 § 1 k.p.c. wyraża jedną z podstawowych zasad postępowania cywilnego, czyli zasadę swobodnej oceny dowodów. Stanowi on, że sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego. Jeśli zatem strona zarzuca naruszenie tego przepisu, to musi wykazać, że sąd przyjmując wiarygodność określonego dowodu lub odmawiając tej wiarygodności przekroczył granice swobodnej oceny, bądź też, że sąd zignorował zebrane w sprawie dowody. Inne uzasadnienie naruszenia art. 233 § 1 kpc nie jest adekwatne do treści tego przepisu. Temu obowiązkowi skarżąca nie sprostała. Ogólne tylko wskazanie w apelacji, że doszło do przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów, i to bez ich bliższego wymienienia, co skutkowało błędnym częściowo ustaleniem stanu faktycznego w sprawie, wymyka się kontroli instancyjnej. Pozwana wskazuje na błędne jej zdaniem ustalenia, dotyczące niemożności usunięcia części wad i usterek w terminie (zakreślonym przez samą pozwaną na 14 dni) z uwagi na panujące wówczas warunki atmosferyczne. Nie ulega wątpliwości, że termin ten zakreślono zimą, gdy grunt był przemarznięty, panowały niskie, ujemne temperatury (także w styczniu, lutym i marcu 2011 r.), uniemożliwiające wykonanie w takich warunkach robót zewnętrznych (szczegółowo wymienionych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku). Roboty zewnętrzne wymagały dla ich prowadzenia temperatur +5 stopni Celsjusza. Ustalenia faktyczne w tej części dokonane zostały przez Sąd I Instancji w oparciu o zeznania świadków J. J. i P. P. oraz opinię biegłego sądowego. Sąd Okręgowy powołał się w sposób wyraźny na te dowody, a

skarżąca oceny tych dowodów nie podważa. Apelująca polemizuje jedynie z oceną dokonaną przez Sąd I Instancji, co nie jest wystarczające dla uznania, że Sąd ten dopuścił się naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Analizując zarzut dokonania sprzecznych ustaleń faktycznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego stwierdzić trzeba, że pozwana nie tyle kwestionuje ustalenia faktyczne sprawy, lecz wysnute na ich podstawie wnioski. Dotyczy to zwłaszcza wniosków dotyczących braku zawinienia powódki w uchybieniu terminu usunięcia części usterek i wad. Należy bowiem wyraźnie rozróżnić fakty od oceny, czy fakty te w świetle obowiązujących przepisów prawa uzasadniają zgłoszone żądanie. Podkreślenia wymaga, że te fakty, które Sąd pierwszej instancji przyjął za podstawę rozstrzygnięcia są prawidłowe i korespondują ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym. Ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego jako prawidłowe Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, Sąd pierwszej instancji wyprowadził z materiału dowodowego wnioski logiczne i zgodne z doświadczeniem życiowym.

Nie doszło też do naruszenia przepisów prawa materialnego.

Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 498 § 1 i 2 kc, który apelująca wiąże z faktem potrącenia kar umownych jeszcze przed wystąpieniem powódki z powództwem, co w jej ocenie doprowadziło do umorzenia wierzytelności, wykluczając możliwość miarkowania kar umownych i dochodzenie zapłaty należności przez powódkę.

Skuteczne złożenie oświadczenia o potrąceniu poza postępowaniem sądowym nie wyklucza możliwości domagania się miarkowania kary umownej w procesie. Kwestia ta była przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego w wyroku z dnia 21 listopada 2007 r., sygn. akt I CSK 270/07 (LEX 530614) oraz w wyroku z 20 czerwca 2008 r. sygn. akt IV CSK 49/08 (LEX 453020). Podkreślając funkcję ochronną art. 484 § 2 k.c. i konstytucyjny charakter orzeczenia o miarkowaniu kary umownej, działającego ex tunc, Sąd Najwyższy uznał, że złożenie oświadczenia o potrąceniu nie wyłącza prawa do domagania się miarkowania kary umownej. Sąd Apelacyjny w składzie rozpoznającym niniejszą apelację podziela ten pogląd. Skoro można miarkować również karę umowną uiszczoną przez potrącenie, to w rezultacie okazuje się, że do potrącenia całej wierzytelności z tytułu kary umownej dojść nie mogło, a potrącenie doprowadziło jedynie do wygaśnięcia zobowiązania w takim zakresie, w jakim uznano karę umowną za należną. Nie można zatem zasadnie twierdzić, iż Sąd naruszył art. 498 k.c. Nie doszło przy tym do naruszenia art. 484 § 1 k.c., bowiem konsekwencją przyjęcia przez Sąd I Instancji, że kara umowna zastrzeżona w umowie powinna być miarkowana jest uznanie, że w istocie kara umowna należy się wierzycielowi, choć w mniejszej wysokości. Miarkowanie jest z kolei wynikiem zastosowania art. 484 § 2 k.c. Ten ostatni przepis został zastosowany przez Sąd Okręgowy prawidłowo, po wnikliwej analizie stanu faktycznego, z wykorzystaniem bogatego orzecznictwa w tej materii.

W art. 484 § 2 k.c. ustawodawca wskazał dwie przesłanki zmniejszenia kary umownej, nazywanego powszechnie miarkowaniem. Pierwszą z nich jest wykonanie zobowiązania w znacznej części, drugą rażące wygórowanie kary. Obie przesłanki są równorzędne, stąd wystąpienie którejkolwiek z nich uzasadnia miarkowanie kary umownej (tak wyrok Sądu Najwyższego z 26 stycznia 2011 r. sygn. II CSK 318/10 LEX 784914, OSNC-ZD 2011/4/80).

Z ustaleń faktycznych wynika, że powódka wykonała przedmiot umowy w całości, w dodatku w terminie wynikającym z umowy. Nie wykonano natomiast w terminie 14 dni, który to termin nie wynikał z umowy, lecz został narzucony jednostronnie przez pozwaną, usunięcia części wad i usterek, stwierdzonych podczas protokolarnego odbioru przedmiotu umowy w dniu 30 grudnia 2010 r. Trzeba też podkreślić, że z 54 wymienionych wówczas wad, 6 pozycji nie było w rzeczywistości wadami, co stwierdził biegły w swojej opinii, a czego skarżąca nie neguje. W zakreślonym terminie usunięto z kolei 17 wad, co potwierdza protokół z 14 stycznia 2011 r. Z powodu panujących warunków atmosferycznych nie można było w tym terminie usunąć wad związanych z koniecznością wykonania robót zewnętrznych (...) pozycji, szczegółowo wymienionych przez biegłego i opisanych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku). Do usunięcia tych wad potrzebny był dłuższy termin, co najmniej 4 miesięczny. Z powyższego wynika, że do 14 stycznia 2011 r. nie usunięto jedynie 17 wad, możliwych w tym terminie do usunięcia, przy czym wady te usunięto w lutym 2011 roku (7 lutego i 24 lutego). W tym czasie obiekt był już wykorzystywany zgodnie z przeznaczeniem, wbrew zarzutom pozwanej, co wynika chociażby z oświadczenia Dyrektora (...) z 23.01.2011 r. Pozostałe prace wykonywano od końca marca do maja 2011 r., a w dniu 6 czerwca 2011 r. odebrano protokolarnie roboty bez zastrzeżeń i zarzutów, stwierdzając ich wykonanie zgodnie z umową (k. 185-188). Zobowiązanie wykonano zatem w

całości, a interes wierzyciela został zaspokojony. Słusznie przy tym Sąd Okręgowy podkreślił, że stwierdzone wady nie wyłączały możliwości korzystania z obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem. Zakres stwierdzonych wad okazał się więc mniejszy, niż w protokole, w dodatku częściowo wady te usunięto w zakreślonym przez pozwaną terminie, częściowo nieznacznie ten termin przekroczone, a usunięcie części wad wymagających prac zewnętrznych, co już szerzej wyjaśniono, z uwagi na panujące warunki atmosferyczne nie było możliwe. Wyznaczony przez pozwaną termin 14 dni do ich usunięcia nie był realny. Ponadto, z relacji między żadaną przez pozwaną wysokością kary umownej a należnym powódce wynagrodzeniem wynika, że kara umowna przekroczyła w istocie wysokość wynagrodzenia należnego powódce za wykonanie przedmiotu umowy. Kara umowna policzona została zatem w rażąco wygórowanej wysokości. Zarówno w piśmiennictwie, jak i orzecznictwie za kryterium oceny rażącego wygórowania kary umownej przyjmuje się relację między wysokością zastrzeżonej kary umownej a wysokością należnego wynagrodzenia (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 1980 r., sygn. akt I CR 229/80, OSNC 1980, nr 12, poz. 243, i z dnia 11 listopada 2007 r., sygn. akt V CSK 139/07).

Pozwana nie wykazała też, aby poniosła szkodę na skutek nieterminowego usunięcia wad przez powódkę, co ma znaczenie o tyle, że w wypadku miarkowania kary umownej ze względu na jej rażące wygórowanie za kryterium oceny rażącego wygórowania uznaje się też stosunek wysokości kary umownej do wysokości doznanej szkody przez wierzyciela (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 7 lutego 1975 r., sygn. akt III CRN 406/74, OSNCP 1976, nr 2, poz. 34, z dnia 14 lipca 1976 r., sygn. akt I CR 221/76, OSNC 1977, nr 4, poz. 76, z dnia 17 marca 1988 r., sygn. akt IV CR 58/88, niepubl., z dnia 21 czerwca 2002 r., sygn. akt V CKN 1075/00, niepubl., oraz uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego - zasadę prawną - z dnia 6 listopada 2003 r., sygn. akt III CZP 61/03).

Nawiązując do przedstawionych wyżej kryteriów miarkowania kary umownej ze względu na jej rażące wygórowanie, Sąd Okręgowy - wbrew zarzutowi skarżącej - trafnie uznał, że przedstawiona do potrącenia kara umowna wymagała zmniejszenia. Wywody Sądu I Instancji w tym zakresie Sąd Apelacyjny w pełni podziela, podobnie jak i wyliczenie dotyczące obniżenia kary umownej do 20 % wartości wynagrodzenia netto wynikającego z umowy. Skarżąca, kwestionując w apelacji zaskarżone rozstrzygnięcie, nie przedstawiła przekonujących argumentów, że jej interes chroniony za pomocą kary umownej przemawia przeciwko jej miarkowaniu.

Skoro zarzuty pozwanej okazały się nieuzasadnione, jej apelacja podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w przedmiocie kosztów procesu za instancję odwoławczą, mając na uwadze wynik sporu oraz wartość przedmiotu zaskarżenia, uzasadniają przepisy art. 108 § 1 k.p.c., art. 98 k.p.c., stosowane w związku z art. 391 § 1 k.p.c. oraz § 6 pkt 7 i § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U.163 poz.1349 z późn. zm.).