

Sygn. akt I ACa 623/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 września 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu, I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Roman Stachowiak
Sędziowie:	SA Jacek Nowicki SA Ewa Staniszevska (spr.)
Protokolant:	st.sekr.sądowy Kinga Kwiatkowska

po rozpoznaniu w dniu 5 września 2012 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa **Gminy S.**

przeciwko **J. P.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 23 lutego 2012 r., sygn. akt I C 2342/07

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od pozwanego na rzecz powódki 5.400 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

/-/ E. Staniszevska /-/ R. Stachowiak /-/ J. Nowicki

UZASADNIENIE

Powodowa Gmina S. wniosła o zasądzenie od pozwanego J. P. kwoty 2.185.630,47 zł tytułem kary umownej oraz odszkodowania z tytułu niewłaściwego wykonania umów dotyczących budowy i modernizacji kompleksu sportowo rekreacyjnego w S.. W toku procesu powódka modyfikowała swoje żądanie – rozszerzając je o odsetki i kwotę 229 141,67 zł, a następnie - cofając powództwo o zasądzenie kwot odpowiadających wartości prac wykonywanych w toku procesu przez pozwanego.

Wyrokiem z dnia 23 lutego 2012 r. sygn akt I C 2342 Sąd Okręgowy zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 839 240,25 zł (osiemset trzydzieści dziewięć tysięcy dwieście czterdzieści złotych 25/100) z ustawowymi odsetkami

od dnia 4 stycznia 2008 r. do dnia zapłaty (pkt.1); umorzył postępowanie w zakresie kwoty 456.341,45 zł (pkt. 2); w pozostałym zakresie powództwo oddalił (pkt. 3) oraz orzekł o kosztach (pkt. 4).

Podstawą orzeczenia były następujące ustalenia faktyczne.

W dniu 19 grudnia 2005 r. pomiędzy Gminą S. reprezentowaną przez Burmistrza Miasta i Gminy S. A. T. (jako zamawiającym), a J. P., prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Zakład (...) (jako wykonawcą), zawarta została umowa nr (...) której przedmiotem było wykonanie zamówienia publicznego polegającego na budowie i modernizacji kompleksu sportowo - rekreacyjnego przy pływalni (...) w S.. Szczegółowy zakres robót budowlanych objętych zamówieniem i dotyczących wybudowania lodowiska i sceny plenerowej, określony został w załączniku nr 1 stanowiącym integralną część ww. umowy.

Załącznik ten wskazywał m.in., że przedmiot umowy należy zrealizować zgodnie z projektem budowlano - wykonawczym i kosztorysami ślepyimi (przedmiarami) stanowiącymi integralną część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamówienie miało być wykonane z również z użyciem wskazanych tam materiałów i urządzeń lub materiałów i urządzeń równoważnych. Strony umowy ustaliły termin zakończenia całości robót objętych umową do dnia 19 marca 2006 r. Za wykonanie przedmiotu zamówienia zamawiający zobowiązał się do zapłaty na rzecz wykonawcy wynagrodzenia w łącznej kwocie 2.740.441,87 zł (§ 15 umowy). W treści kontraktu wskazano, że rozliczenie będzie się odbywało fakturami częściowymi na podstawie protokołów odbioru poszczególnych części zamówienia, zgodnie z harmonogramem stanowiącym załącznik nr 2 do umowy. Strony ustaliły, że przedmiotem odbioru końcowego będzie przedmiot umowy zgodny z ofertą, kosztorysem ofertowym oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia (§11 umowy).

W § 12 ust. 2 umowy wskazano, że konieczność dokonania robót dodatkowych zostanie potwierdzona wpisem do dziennika budowy dokonany przez osobę uprawnioną do kontroli i nadzoru robót ze strony zamawiającego.

Zgodnie z § 17 umowy wykonawca udzielił zamawiającemu 36 - miesięcznej rękojmi na całość zrealizowanych robót. W okresie rękojmi zamawiający zobowiązany został powiadomić wykonawcę o stwierdzonych wadach przedmiotu odbioru w ciągu 10 dni od ich ujawnienia, a wykonawca do ich usunięcia w terminie wyznaczonym stosownym protokołem. Strony, w § 16 umowy, przewidziały, że formą odpowiedzialności za nienależyte lub nieterminowe wykonanie umowy są kary umowne. W przypadku zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi kara taka miała być ustalana w wysokości 0,5% wysokości całkowitego wynagrodzenia brutto, za każdy dzień zwłoki w usunięciu wad.

Strony zastrzegły sobie możliwość dochodzenia odszkodowania przewyższającego kary umowne. W § 19 umowy strony wskazały, że zmiany postanowień umowy następują w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

Aneksem nr (...)z dnia 7 marca 2006 r. termin zakończenia robót objętych umową nr (...) został przesunięty na dzień 5 czerwca 2006r.

Ustalony powyżej termin zakończenia robót został ponownie przesunięty, na dzień 30 października 2006r. Nastąpiło to aneksem nr (...). W dniu 15 maja 2006 roku strony zawarły kolejną umowę, nr (...) 342-26/06. Na jej podstawie pozwany jako wykonawca zobowiązał się do wykonania budowy zadania trybun na stadionie U.w S. w ramach zadania inwestycyjnego Budowa i modernizacja kompleksu sportowo - rekreacyjnego przy pływalni (...) w S., zgodnie ze specyfikacją i harmonogramem rzeczowo - finansowym stanowiącym integralną część umowy. Załącznik nr 1 do umowy , wskazywał, że pozwany zobowiązany jest w szczególności do wykonania:

- a) zadania trybun o powierzchni całkowitej 329,20 m² i wymiarach 28,80x11,40 m, z blachy trapezowej,
- b) jednokondygnacyjnego budynku zaplecza o powierzchni całkowitej 110,83 m² w technologii monolitycznej ściany i stropy żelbetonowe wylewane na mokro,

c) trybuny wykonanej z prefabrykowanych elementów żelbetonowych - przebudowy trybuny istniejącej o powierzchni 330 m² i budowy nowej trybuny o powierzchni 79 m².

Powyższe miało zostać zrealizowane zgodnie z projektem budowlano - wykonawczym, kosztorysami ślepyimi stanowiącymi integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W § 2 umowy strony wskazały, że termin realizacji zamówienia wynosi 40 dni od dnia podpisania umowy. Wynagrodzenie pozwanego przewidziane za wykonanie przedmiotu umowy zostało określone na kwotę 1.198.276,15 zł.

Omawiana umowa zawierała unormowania dotyczące rękojmi oraz kary umownej tożsame ze wskazanymi wcześniej unormowaniami dotyczącymi tych kwestii zawartymi w umowie z dnia 19 grudnia 2005 r. Podobnie jak w przypadku wcześniejszego kontraktu, odnośnie umowy z dnia 15 maja 2006 r. przewidziano możliwość jej zmiany jedynie w formie pisemnej pod rygorem nieważności. W zakresie całej inwestycji dotyczącej obiektu sportowo - rekreacyjnego w S. inspektorem nadzoru został powołany W. B..

Wykonywana przez pozwanego inwestycja, w zakresie poszczególnych etapów robót, była stopniowo odbierana przez pozwaną (na podstawie protokołów częściowych). Protokoły odbioru robót budowlano – remontowych zatwierdzane były przez inspektora nadzoru inwestycyjnego - W. B.. Umówione wynagrodzenie wypłacane było pozwanemu zgodnie z harmonogramami (na podstawie faktur częściowych). Łącznie, z tytułu ww. umów, powódka wypłaciła pozwanemu wynagrodzenie w wysokości 3.915.940,06 zł.

W dniu 26 stycznia 2007 roku powódka, na polecenie nowego Burmistrza Miasta i Gminy S. - B. S., dokonała komisyjnego przeglądu inwestycji. Z czynności tej spisany został protokół, w treści którego zamieszczono spis niezgodności z projektem i usterek. W dniu 5 marca 2007 r. zostały sporządzone przez powódkę raporty z analizy inwestycji.

Powódka wezwała pozwanego do usunięcia stwierdzonych usterek w związku z realizacją zadania budowy sceny i lodowiska pismem z dnia 21 marca 2007r. Do pisma tego załączony został wstępny raport z dnia 5.3.2007 r. oraz protokoły z kontroli inwestycji z dnia 26.1.2007 r. Wezwanie doręczone zostało pozwanemu w dniu 28 marca 2007 r. Pismem z dnia 8 maja 2007 r., doręczonym w dniu 15 maja 2007 r. powódka poinformowała pozwanego o dokonanych w dniu 26 kwietnia 2007 r. kolejnym przeglądzie pomieszczeń sceny plenerowej i zaplecza trybun, na który nie stawiał się wykonawca mimo zawiadomienia, stwierdzając jednocześnie, że pomieszczenia nadają się do usuwania usterek wymienionych w protokole z dnia 26 stycznia 2007 r. i wyznaczając termin usunięcia usterek na dzień 20 maja 2007 r. Kolejnym pismem - z dnia 28 maja 2007 r. powódka wyznaczyła pozwanemu na dzień 8 czerwca 2007 r. ostateczny termin usunięcia usterek dotyczących wykonania umowy nr (...) Powyższe pismo zostało pozwanemu doręczone w dniu 1 czerwca 2007 r.

Powódka wezwała pozwanego również do usunięcia stwierdzonych usterek w związku z realizacją zadania budowy zadania trybun pismem doręczonym pozwanemu w dniu 28 marca 2007 r. Do pisma tego załączony został wstępny raport z dnia 5.3.2007 r. oraz protokoły z kontroli inwestycji z dnia 26.1.2007 r.

Znaczna część wykonanych przez pozwanego prac była obciążona wadami i usterkami. W zakresie dotyczącym umowy nr (...) z dnia 19 grudnia 2005 r. ujawniły się wady przedstawione poniżej.

Pozwany nie dostarczył 20 sztuk ław o właściwościach odpowiadających postanowieniom umowy z drewna klejonego z elementami mocującymi ze stali ocynkowanej. Niezgodność oferty z wykonawstwem polegała na wykonaniu podparć nie ze stali ocynkowanej, a jedynie malowanych farbą olejną. Wartość ław zainstalowanych w stosunku do wartości ław objętych treścią umowy jest mniejsza o kwotę 1.616 zł.

Pozwany nie zainstalował na terenie obiektu trzydziestu siedzisk kamiennych o parametrach zgodnych z treścią umowy. Umieszczone przez pozwanego kamienie (w ilości 3 sztuk na terenie obiektu i 26 sztuk w pobliżu obiektu - o

łączonej wartości 2.316,00 zł) w swym obecnym kształcie w ogóle nie nadają się do pełnienia funkcji siedzisk. Wartość kosztorysowa omawianych siedzisk była określona na kwotę 7.575,00 zł.

Pozwany, wbrew postanowieniom umowy, nie zainstalował na terenie obiektu ośmiu stołów żelbetonowych, trzech podestów z drewna klejonego, pięciu 20 litrowych śmietników obudowanych drewnem impregnowanym. Wartość powyższych elementów infrastruktury obiektu wynosi 44.187,50 zł.

W kosztorysie ofertowym dotyczącym zagospodarowania terenu oferowano w wycenie indywidualnej wykonanie dojść i dojazdów do lodowiska jako powierzchnię betonową o powierzchni 817,58 m² - płyta o grubości 14 cm wykończona w technologii z podsypką M. w ilości 4 kg/m². Pozwany wykonał jednak nawierzchnię z grys (o szacunkowej wartości 57 230,60 zł). Nawierzchnia ta okazała się nieodpowiednia-uniemożliwiała bezpieczne użytkowanie lodowiska, pozwany usunął grys i wykonał nawierzchnię z kostki betonowej - poz - bruku (kostka betonowa szara o grubości 8 cm). Różnica wartości pomiędzy obecnie istniejącą nawierzchnią, a wartością nawierzchni przewidzianą w umowie wynosi 105189,84 zł.

Pozwany nie zainstalował, przewidzianych w umowie, urządzeń do odzysku ciepła z agregatów lodowiska o wartości 65.650,00 zł.

W zakresie umowy nr (...)roboty wykonane przez pozwanego były obciążone wadami wskazanymi poniżej.

Pozwany nie wykonał na trybunach podjazdu dla niepełnosprawnych o przewidywanej wartości 58.000 zł.

Pozwany wykonał balustradę otaczającą boisko o wysokości 76 cm wraz z podmurówką o wysokości 24 cm, podczas, gdy określona w projekcie technicznym wysokość ogrodzenia boiska miała wynosić 145 cm. Wartość ogrodzenia wykonanego zgodnie z projektem byłaby o 2.100 zł większa od wartości ogrodzenia przez pozwanego rzeczywiście wykonanego.

Wbrew postanowieniom umowy pozwany nie zamocował na terenie modernizowanego obiektu elewacji z listew boazerijnych o wartości 7.669,07 zł oraz nie dostarczył i nie zainstalował zetowników stalowych ocynkowanych o wartości 8.570,77 zł. W związku z realizacją budowy trybun pozwany nie wykonał również warstwy geowłókniny pod nasypami o wartości 5.520,94 zł.

Zgodnie z projektem, elementy poziome trybun miała stanowić płyta betonowa o grubości 12 cm wykonana na podsypce piaskowej o wysokości min. 70 cm stabilizowanej cementem. W kosztorysie ofertowym oferowano w wycenie indywidualnej wykonanie elementów trybun (stopnice) z betonu monolitycznego B30 o grubości 12 cm utwardzonego powierzchniowo w technologii systemowej. Klasa betonu rzeczywiście użytego przez pozwanego odpowiadała klasie projektowanej. Grubość zastosowanej przez niego płyty wynosiła jednak 6 cm i była o połowę mniejsza od projektowanej i oferowanej w kosztorysie ofertowym. Wartość elementów betonowych zainstalowanych przez pozwanego jest mniejsza o kwotę 3.619,71 zł od wartości elementów przewidzianych umową.

Pozwany, w stosunku do przewidzianego projektu, wykonał nieprawidłowo roboty ziemne nasypu na zapleczu trybun w zakresie odprowadzania wody deszczowej. Wartość robót związanych z wykonaniem nasypem, w przypadku wykonania ich zgodnie z projektem byłaby o kwotę 3.759,76 zł większa od wartości robót rzeczywiście wykonanych.

W trakcie realizacji zawartych umów pomiędzy stronami prowadzone były rozmowy dotyczące rezygnacji z niektórych elementów inwestycji i zastąpienia ich innymi, nieprzewidywanymi wcześniej, pracami. Rozmowy stron w tym zakresie nie skończyły się pomiędzy nimi dokonaniem ustaleń w formie pisemnej. Prace dodatkowe czy zamiennie wykonywane przez pozwanego mimo braku formalnej zmiany umów, nie były też rejestrowane w dziennikach budowy.

Z zawiadomienia powódki toczyło się w Prokuraturze Rejonowej Poznań-Wilda postępowanie w toku którego sporządzono opinię biegłego, która potwierdziła występowanie wad i usterek na obiektach wykonanych przez

pozwanego. Postępowanie to umorzono wobec braku danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie popełnienia czynu z art. 271 §1 k.k.

W toku procesu pozwany przystąpił do usuwania usterek powstałych w ramach realizacji istotnych w niniejszej sprawie umów. W zakresie dokonanych przez pozwanego napraw powódka cofnęła powództwo i zrzekła się roszczenia.

Sąd Okręgowy dokonał ustaleń na podstawie dokumentów sprawy, opinii biegłego oraz zeznań świadków.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy zważył, iż podstawą dochodzonych przez powódkę roszczeń są umowy. W związku z tymi umowami powódka domaga się od pozwanego zapłaty kwoty kary umownej, zgodnie z art. 484 § 1 k.c., oraz odszkodowania za nienależyte wykonanie zobowiązania, zgodnie z art. 471 k.c.

Sąd Okręgowy dokonał następnie omówienia instytucji kary umownej z przytoczeniem poglądów doktryny i judykatury. Wskazał między innymi na to, że nie poniesienie szkody przez domagającego się zapłaty kary umownej nie zwalnia dłużnika z jej zapłacenia, a także na zaliczalny charakter kary umownej.

Sąd Okręgowy wskazał także na możliwość miarkowania kary stosownie do art. 484 § 2 k.c. na żądanie dłużnika, jeżeli zobowiązanie jest w znacznej części wykonane albo gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Jako kryterium miarkowania wymienił brak szkody lub jej nieznaczną wysokość.

Sąd Okręgowy przyjął zaistnienie umownych przesłanek skorzystania przez powódkę z instytucji kary umownej przewidzianej umową z 19 grudnia 2005 r. Kara umowna miała być naliczana za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi w wysokości 0,5% wartości całkowitego wynagrodzenia brutto (§ 16 ust. 2 lit. b umowy). Wystąpienie wad w zakresie przedmiotu zamówienia zostało uznane za niepodlegające wątpliwości, po części okoliczność ta została przyznana przez samego pozwanego, a po części wykazana przez powódkę przy użyciu dowodu z opinii biegłego. Pozwany nie reagował na pisemne wezwania powódki do usunięcia usterek kierowane przed procesem, przystąpił do napraw dopiero po doręczeniu pozwu.

Zgodnie z § 17 ust. 5 umowy pozwany, jako wykonawca, zobowiązany był do usunięcia wad w terminie wyznaczonym stosownym protokołem. Wobec braku ścisłego określenia w treści pisemnej umowy terminu „stosowny protokół” treść omawianych postanowień umowy oceniono w ramach racjonalnych reguł interpretacji uwzględniających okoliczności zawarcia umowy, zasady współżycia społecznego, ustalone zwyczaje oraz - przede wszystkim - rzeczywisty zamiar stron towarzyszący oświadczeniom woli stron. Powyższe reguły interpretacyjne wskazuje bowiem art. 65 k.c.

W ocenie Sądu Okręgowego, racjonalnym, uwzględniającym cel umowy powodem wskazania obowiązku spisania określonego protokołu było umożliwienie obu stronom, w tym wykonawcy, zapoznania się z ich wzajemnym stanowiskiem, poznania wzajemnych zarzutów co do wykonania przedsięwzięcia, umożliwienie dokonania protokołu rozbieżności, ustalenie rozsądnego terminu koniecznego do dokonania napraw. Powyższe rozumienie omawianego obowiązku pozwala na racjonalne pod względem gospodarczym wykonywanie przez strony postanowień umowy. Powyższe powody stanowią typową motywację protokolarnego ustalania zakresu usterek w szeregu umów dotyczących robót budowlanych powszechnie występujących w obrocie prawnym. Na taką ocenę dotyczącą celów spisania protokołu wskazuje również stanowisko procesowe pozwanego, którego głównym zarzutem odnośnie obowiązku zapłaty kary umownej było niewskazanie mu zakresu usterek i terminu do ich usunięcia.

Odnosząc powyższe rozważania do okoliczności rozpatrywanej sprawy Sąd uznał, że zamierzenia stron dotyczące, określonego w § 17 ust. 5 umowy, sposobu wyznaczenia terminu do usunięcia usterek zostały spełnione. Pozwany podnosił wprawdzie, że nie został mu wskazany zakres usterek do usunięcia, jednak twierdzenie to było bezzasadne w kontekście przedłożonego przez powódkę dowodu doręczenia w dniu 28 marca 2007 r. pisma powódki z dnia 21 marca 2007 roku dotyczącego umowy nr(...) Powyższe wezwanie co prawda - jak słusznie wskazał pozwany - nie zawierało jednoznacznego terminu do usunięcia usterek, jednakże zawierało już załączniki (protokół z kontroli inwestycji z dnia 26.1.2007 r., wstępny raport z dnia 5.3.2007 r.), na podstawie których pozwany mógł się zapoznać ze szczegółową listą stwierdzonych wad przedmiotu umowy. Pozwany miał więc pełną możliwość ustosunkowania

się do stanowiska powódki w zakresie ustalonych usterek. Z wiarygodnych zeznań świadka A. H. oraz z treści pisma powódki z dnia 8 maja 2007 r. wynika też, że był on zapraszany do dokonania wspólnych oględzin przedmiotu umowy i wyznaczenia terminu do usunięcia wad. Nawet jeśli pozwany nie został zaproszony do sporządzenia protokolarnej kontroli inwestycji w dniu 26 stycznia 2007 roku, to i tak nie oznacza to, że nie mógł odnieść się do stanowiska powódki wrażonego w piśmie z dnia 21 marca 2007 r. Możliwości pozwanego zapoznania się z zakresem zarzutów powódki dotyczących wykonania umowy, jak i odniesienia się do nich były niewątpliwie wobec faktu doręczenia na adres firmy powoda listy komisyjnie ustalonych usterek - protokołu z dnia 26 stycznia 2007 r., Okoliczności powyższe wskazują zatem, że pozwany miał pełną możliwość wysuwania w stosunku do drugiej strony umowy swoich postulatów związanych z zakresem usterek oraz sposobem i terminem ich usunięcia, a więc korzystania z możliwości jakie umowa wiązała z wyznaczeniem terminu usunięcia usterek „stosownym protokołem”. Sąd przy tym wskazał - powódka wyznaczyła mu termin do usunięcia usterek- najpierw do dnia 20 maja 2007 r. (pismem z dnia 8 maja 2007 r. doręczonym w dniu 15 maja 2007 r.) a ostatecznie do dnia 8 czerwca 2007 r. (co nastąpiło w treści pisma z dnia 28 maja 2007r., doręzonego pozwanemu w dniu 1 czerwca 2007 roku). Pozwany na powyższe pisma nie odpowiedział, choć w przypadku zastrzeżeń co do wyznaczonego terminu, bądź wątpliwości co do rodzaju usterek (zostały one jednak wskazane we wcześniejszych pismach powódki) mógł się on zwrócić do powódki w celu podjęcia rozmów. Istniejące usterki nie zostały usunięte w wyznaczonym terminie (do dnia 8 czerwca 2007r). Powyższe, w związku z § 16 ust. 2, lit b) umowy, dało powódce prawo do naliczenia kary umownej za zwłokę w usunięciu wad w wysokości 0,5% wartości całkowitego wynagrodzenia brutto, za każdy dzień zwłoki w usunięciu wad.

Wskazana przez powódkę kwota kary umownej 1.575.754,00 zł została naliczona zgodnie z powyższym postanowieniem umowy za okres od dnia 9 czerwca 2007 r. do dnia wytoczenia powództwa w rozpatrywanej sprawie.

Dokonując oceny zasadności powództwa w omawianym zakresie i rozpatrując wniosek ewentualny pozwanego o miarkowanie kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. Sąd ocenił, że w rozpatrywanej sprawie występują przesłanki miarkowania kary umownej. Wskazany przez powódkę koszt naprawy ujawnionych przez nią usterek przedmiotu umowy, już w chwili wniesienia powództwa, był wielokrotnie niższy od wartości całego przedmiotu umowy (2.740.441,87 zł), co wskazuje na wykonanie przez pozwanego znacznej części zobowiązania. Co więcej, po wytoczeniu powództwa pozwany przystąpił do systematycznego usuwania usterek przedmiotu umowy. Szkoda powódki wynikająca z wad przedmiotu umowy nr(...), na dzień wyrokowania przez pierwszą instancję wynosi 227.720, 53 zł.

W ocenie Sądu, okoliczności faktyczne rozpatrywanej sprawy uzasadniały umniejszenie należnej na rzecz powódki kary umownej o ponad połowę jej wartości, do kwoty 750.000 zł. Wciąż znaczną wysokość należnego od pozwanego świadczenia uzasadniały daleko idące konsekwencje wykonania przez niego zobowiązania w nienależyty sposób, przekładające się na istotne utrudnienia i opóźnienia w uruchomieniu inwestycji sportowo - rekreacyjnej Gminy S. (scena plenerowa i lodowisko), wykorzystywanej dla celów publicznych. Nienależyte wykonanie zobowiązania przez pozwanego przyniosło niewymierne straty w postaci pozbawienia wspólnoty samorządowej, w tym w szczególności dzieci i młodzieży, możliwości korzystania z obiektu w okresie prawie dwóch lat (odbior lodowiska nastąpił w dniu 23 lutego 2007 r. a oddanie do użytkowania mieszkańcom - po usunięciu usterek przez pozwanego dopiero w grudniu 2008 r.). W świetle takiego naruszenia interesów mieszkańców gminy, zastrzeżenie kary umownej, nawet stosunkowo wysokiej, było jak najbardziej uzasadnione. Pozwany jako profesjonalista , podpisując umowę z jednostką samorządową musiał mieć świadomość konsekwencji prawnych związanych z niewykonaniem zobowiązań umownych.

Niewykonanie przez pozwanego zobowiązania zgodnie z umową uzasadniało zasądzenie od niego, na podstawie art. 471 k.c. odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania umowy w wysokości 227 720,53 zł. Kwoty tej jednak nie zasądzono na rzecz powódki, gdyż mieści się ona w uwzględnionej karze umownej (750 000 zł), która ma charakter zaliczalny na szkodę. Nieterminowe wykonanie postanowień umowy w swej istocie stanowi nienależyte wykonanie zobowiązania, o którym mowa w art. 483 i 484 k.c.

W rozpatrywanej sprawie powódka wykazała, że poniosła szkodę również w związku z nienależytym wykonaniem zawartej pomiędzy stronami umowy nr(...) z dnia 15 maja 2006 roku.

W zakresie powyższej umowy pozwany sam przyznał, że:

- nie wykonał podjazdu dla niepełnosprawnych na trybunach, których koszt miał wynosić 58.000 zł (k. 562),
- nie przymocował na elewacji listew boazeryjnych o wartości 7.669,07 zł (k. 562),
- nie wykonał warstwy z geowłókniny pod nasypami o wartości 5.520,94 zł,
- nie zmontował zetowników stalowych ocynkowanych o wartości 8.570,77 zł.

Z przeprowadzonej w rozpatrywanej sprawie opinii biegłego B. H. wynika, że pozwany wykonał balustradę otaczającą boisko o wysokości 76 cm wraz z podmurówką o wysokości 24 cm, podczas, gdy określona w projekcie technicznym wysokość ogrodzenia boiska miała wynosić 145 cm. Wartość ogrodzenia wykonanego zgodnie z projektem byłaby o 2.100 zł większa od wartości ogrodzenia przez pozwanego rzeczywiście wykonanego. Powyższa kwota składa się zatem na szkodę powódki.

Z opinii biegłego wynika również, że pozwany, w stosunku do przewidzianego projektu, wykonał nieprawidłowo roboty ziemne nasypu na zapleczu trybun w zakresie odprowadzania wody deszczowej. Wartość robót związanych z wykonanym nasypem, w przypadku wykonania ich zgodnie z projektem byłaby o kwotę 3.759,76 zł większa od wartości robót rzeczywiście wykonanych. Kwota ta stanowi szkodę powódki.

Nadto, z opinii biegłego wynika, że grubość zastosowanej przez pozwanego płyty betonowej (w zakresie robót dotyczących trybun) wynosiła jednak 6 cm i była o połowę mniejsza od projektowanej i oferowanej w kosztorysie ofertowym. Wartość elementów betonowych zainstalowanych przez pozwanego jest mniejsza o kwotę 3.619,71 zł od wartości elementów przewidzianych umową, co również składa się na szkodę powódki.

Łączna wysokość szkody powódki z tytułu nienależytego wykonania umowy nr (...)wynosi zatem 89.240,25 Zł (58.000 zł + 7.669,07 zł + 5.520,94 zł + 8.570,77 zł + 2.100,00 zł + 3.759,76 zł + 3.619,71 zł).

Należne powódce odszkodowanie wynosi więc kwotę 839.240,25 zł (pkt. 1 wyroku), na którą składa się kwota kary umownej z tytułu nienależytego wykonania umowy nr (...)oraz wartość szkody powstałej poprzez nienależyte wykonanie umowy nr (...)

Sąd nie znalazł uzasadnienia dla argumentów strony pozwanej dotyczących umniejszenia odszkodowania z powodu wykonania robót zastępczych, innych niż określone w umowie w związku z ustnymi ustaleniami stron. W zakresie obu rozpatrywanych w niniejszej sprawie umów, istniały wyraźne klauzule zastrzegające możliwość ich zmian, pod rygorem nieważności, jedynie w formie pisemnej. Ewentualne ustne porozumienia stron nie mogły zatem wpłynąć na kształt umów (w tym w zakresie praw i obowiązków strony pozwanej), których zawarcie stanowi podstawę faktyczną pozwu. W ocenie Sądu ewentualne ustne porozumienia stron należy traktować jako ich oddzielne czynności prawne, które nie były przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie. Pozwany zaś nie podniósł zarzutu potrącenia własnych należności w stosunku do roszczeń zgłaszanych przez powódkę.

O odsetkach od zasądzzonego roszczenia orzeczono na podstawie art. 481 § 1 k.c. Odsetki od zasądzzonego roszczenia sąd naliczył od dnia 4 stycznia 2008 r., tj od dnia następującego po dniu doręczenia pozwanemu odpisu pozwu.

Na podstawie art. 355 § 1 k.p.c. umorzono postępowanie w zakresie roszczeń, co do których powódka skutecznie cofnęła żądanie, łącznie w zakresie kwoty 456 341,45 zł (pkt. 2 wyroku).

W pozostałym zakresie żądanie powódki jako niezasadne oddalono.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c.

Apelacją zaskarżył powyższy wyrok pozwany co do punktu 1 i 4.

Wyrokowi powyższemu zarzucono:

- naruszenie art. 563 kodeksu cywilnego poprzez przyjęcie, że powód nie utracił uprawnień z tytułu rękojmi za wady mimo, iż z dokumentów przedłożonych przez powódkę jednoznacznie wynika iż nie zawiadomiła ona pozwanego o dostrzeżonych wadach i usterkach z zachowaniem terminów przewidzianych w tym przepisie, bowiem pismo pozwanej z 21.03.2007 r. zawiadamiające pozwanego o wadach i usterkach wysłane zostało 26.03.2007 r. którego załącznikami były: wstępny raport z dnia 05.03.2007 r. oraz protokoły z kontroli inwestycji z dnia 26.01.2007 r.

- naruszenie art. 76 k.c. poprzez przyjęcie, że strona powodowa skutecznie wyznaczyła pozwanemu termin na usunięcie usterek od którego mogła naliczać zastrzeżoną w umowie karę umowną w sytuacji gdy strony w § 17 pkt. 5 umowy nr. (...) (...)określiły, że w okresie rękojmi Zamawiający jest zobowiązany powiadomić Wykonawcę o stwierdzonych wadach przedmiotu odbioru w ciągu 10 dni od ich ujawnienia, natomiast Wykonawca jest zobowiązany do ich usunięcia w terminie wyznaczonym stosownym protokołem, zaś strony protokołu zawierającego wyznaczenie terminu na usunięcie wad i usterek nie sporządziły,

- naruszenie art. 65 k.c. poprzez przyjęcie, że zamiarem stron przyświecającym im przy zawarciu umowy było iż zamawiający mógł wyznaczyć pozwanemu termin do usunięcia usterek, co w konsekwencji dało powódce możliwość do naliczania kary umownej za zwłokę w usunięciu wad liczoną od tego terminu w sytuacji gdy zamiarem stron było by termin usunięcia wad i usterek strony wyznaczały w stosownym protokole, co jednoznacznie wynika z zapisu w piśmie powódki z 21.03.2007 r. o treści „Termin usunięcia wad i usterek strony wyznaczą w stosownym protokole spisany nie później niż dnia 30.03.2007 r.”

- naruszenie art. 471 k.c. poprzez błędne przyjęcie, że nie wykonanie instalacji odzysku ciepła, nie zainstalowanie na terenie obiektu ośmiu stołów żelbetonowych, trzech podestów z drewna klejonego, pięciu 20 litrowych śmietników obudowanych drewnem impregnowanym, jak również wykonanie w sposób odbiegający od umowy ścianek działowych oraz niewłaściwe wykonanie innych robót opisanych w opinii biegłego dr H. rodzi po stronie wykonawcy obowiązek naprawienia szkody wynikający z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania polegający na zwróceniu należności otrzymanej za niewykonanie określonych robót, rzeczy lub obniżenia ceny, gdy tymczasem są to roszczenia o obniżenie ceny określone w art. 566 k.c. o naprawienie szkody, a te powódka utraciła z mocy art. 563 k.c.

- naruszenie art. 484 § 2 k.c. poprzez niewłaściwą interpretację przesłanek miarkowania kary i przyjęcie, iż mimo wykonania obiektów w sposób pozwalający na ich użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem i zamiarkowanie kary jedynie o połowę, co stanowi i tak niemal 1/3 kwoty umówionego wynagrodzenia ryczałtowego.

- naruszenie art. 411 k.c. poprzez uwzględnienie żądania zwrotu należności za niewykonane roboty, mimo iż powódka już w trakcie realizacji inwestycji przed sporządzeniem protokołów odbioru i wystawieniem faktur przez pozwanego posiadała wiedzę o ich niewykonaniu.

- naruszenie art. 233 k.p.c. poprzez przyjęcie wbrew zgromadzonemu materiałowi dowodowemu (karta 310 akt oraz dokumenty zawarte w niebieskiej teczce) oraz kryteriami ocennymi, że:

a) roszczenia powódki są roszczeniami z art. 471 k.c., gdy tymczasem są to roszczenia o naprawienie szkody wynikające z przepisów o rękojmi za wady, a które powódka utraciła;

b) powódka nie miała świadomości, iż nie jest zobowiązana do zapłaty za roboty nie wykonane, gdy tymczasem wiedzę o niewykonanych robotach i w ich miejsce wykonaniu dodatkowych innych robót miała, tyle że ustaleń w tym zakresie strony nie dokonały w zastrzeżonej w umowie dla celów dowodowej formie.

c) powódka prawidłowo w sposób określony w umowie (...) wyznaczyła pozwanemu termin na usunięcie usterek ujawnionych w okresie rękojmi, od bezskutecznego upływu okresu którego mogła naliczać kary umowne tj. od 9.6.2007 r., w sytuacji, gdy strony nie sporządziły protokołu, w którym wyznaczyły termin na usunięcie wad zgodnie z § 17 pkt. 5 umowy.

- naruszenie art. 227 k.p.c. w związku z art. 380 k.p.c. poprzez odmowę przeprowadzenia dowodu z notatki służbowej, zawnioskowanego przez pozwanego w piśmie procesowym z 12.1.2009 r. oddalonego przez Sąd I instancji postanowieniem z 19.1.2012 r.

Wskazując na powyższe wniesiono o:

- zmianę wyroku w zaskarżonej części i oddalenie w tym zakresie powództwa, zasądzenie kosztów, ewentualnie uchylenie wyroku

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja okazała się niezasadna.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutów dotyczących zbyt późnego zawiadomienia pozwanego przez powódkę, co skutkowało utratą uprawnień z rękojmi, zauważyć należy, że twierdzenia te podniesione zostały dopiero w apelacji. Tymczasem Sąd Okręgowy już na rozprawie w dniu 10 stycznia 2008 r. (k. 132) zobowiązał pełnomocnika pozwanego do przedstawienia wszystkich twierdzeń, dowodów i zarzutów w terminie 21 dni, pod rygorem utraty prawa powoływania ich w dalszym toku postępowania. W określonym terminie pozwany podniósł tylko, że wykonał wszystkie roboty w sposób właściwy, usuwał w terminie usterki, oraz powołał się na niezakreślenie mu terminu do usunięcia wad, po upływie którego powód byłby uprawniony do naliczania kary umownej. Nie powołał się natomiast na zbyt późne zgłoszenie zawiadomienia o wadach, chociaż powodowa gmina już w pozwie powołała się na §16 ust 2 pkt 1 lit b, jako podstawę swego żądania. W tym stanie rzeczy pozwany już na podstawie art. 207 § 3 kpc utracił prawo powoływania twierdzeń i zarzutów odnoszących się do okoliczności, która w postępowaniu przed Sądem I instancji jako niesporna, nie była przedmiotem postępowania dowodowego. Należy przy tym zwrócić uwagę, że przepisy dotyczące rękojmi z art. 563 kc stosuje się nie wprost, ale odpowiednio na mocy art. 638 k.c. w zw. z 656 §1 k.c. Z uwzględnieniem specyfiki przedmiotu umowy o roboty budowlane, w którym wady ujawniają się w miarę eksploatacji budowli. Należy też zauważyć, że roszczenia z tytułu rękojmi oraz z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania są od siebie niezależne (przykładowo: Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 sierpnia 2004 r. sygn. akt IV CK 601/03). W ust 2 pkt 1 lit b paragrafu 16 umowy przewidziano odpowiedzialność za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze i w okresie rękojmi. W §17 ust 3 ustalono, iż rękojmia udzielona jest na 36 miesięcy, z kolei w § 17 ust 4, że wykonawca odpowiada za wady powstałe w okresie rękojmi na zasadach określonych w przepisach kodeksu cywilnego z zastrzeżeniem §16 ust 2 pkt 1b umowy. Należy te przepisy rozumieć w ten sposób, iż kara umowna jest zastrzeżona nie tylko w razie skorzystania uprawnień z rękojmi, ale także w innych przypadkach nienależytego lub nieterminowego wykonania umowy. Powódka wyraźnie zaś wskazała też art. 471 i 484 k.c. jako podstawę swoich roszczeń.

Nie ma racji skarżący, gdy zarzuca naruszenie art. 227 kpc w zw. z art. 380 kpc. Podnosząc ten zarzut apelujący nie usiłuje nawet wyjaśnić, jakie znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy miało pominięcie dowodu z jego notatek, tym bardziej, że przedstawione w nich wartości ujęte zostały także w złożonym przez niego przed Sądem Okręgowym piśmie procesowym (k. 557). Wytknąć przy tym należy pozwanemu, że powołując się w swoim piśmie na wartość prac dodatkowo wykonanych nie wyjaśnił, kiedy zostały one wykonane i nie odniósł ich w żaden poddający się ocenie sposób do faktu, że powód uwzględniając otrzymanie kolejnych robót cofnął pozew o odszkodowanie na sumę 455.341,50zł.

Zarzut naruszenia art. 233 kpc okazał się chybiony, ponieważ podnosząc go skarżący nie tyle kwestionuje ustalenia faktyczne Sądu I instancji, ile prawidłowość subsumcji tych ustaleń pod przepisy prawa materialnego. Pozwany nie podważa przecież ustaleń Sądu co do terminów i sposobu ustalania przez powódkę wad w robotach wykonanych,

zakresu robót niewykonanych, sposobu wzywania go przez zamawiającego do usunięcia stwierdzonych niezgodności z zawartymi umowami.

Ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego znajdują oparcie w zgodnej z wymogami art. 223 § 1 kpc ocenie materiału dowodowego, dlatego Sąd Apelacyjny w pełni ją podzielił i przyjął za własne.

W świetle tych ustaleń za bezzasadne Sąd Apelacyjny uznał zarzuty naruszenia art. 76 kc, 65 kc sprowadzające się do kwestionowania zasadności oceny Sądu, co do istnienia podstaw do naliczenia kary umownej za zwłokę w usunięciu wad. Poza sporem była okoliczność, że strony nie sporządziły protokołu w sposób określony w § 17 pkt 5 umowy nr(...) Na aprobatę zasługuje jednak stanowisko Sądu Okręgowego, że uwzględniająca zasady logiki i doświadczenia życiowego oraz przyjęte zwyczaje wykładnia całokształtu postanowień umowy prowadzi do wniosku, że celem protokołu było umożliwienie obu stronom zapoznania się z ich wzajemnym stanowiskiem, umożliwienie zapoznania i dalej odniesienia się do zarzutów kontrahenta, a w końcu ustalenie rozsądnego terminu koniecznego do dokonania napraw. Tych wszystkich uprawnień pozwany nie został pozbawiony tylko przez to, że nie uczestniczył w sporządzeniu przez powoda protokołu usterek, skoro wzywając kilkakrotnie do ich usunięcia zamawiający doręczył mu wykaz szczegółowo opisanych wad i robót oczekiwanych, wskazując przy tym termin ich usunięcia. W piśmie z dnia 28.05.2007r. (k. 88) powód wzywał zresztą o spotkanie stron, na co pozwany również nie zareagował. Czynienie wspólnych ustaleń, także w formie protokołu wymaga z istoty swej współdziałania stron umowy. Bezczyność pozwanego, stanowiąca naruszenie obowiązków wynikających z art. 354 kc, nie uzasadnia wyprowadzenia korzystnych dla wykonawcy skutków prawnych. Występowanie wad przedstawionych przez powoda w wykazie usterek załączonych do wezwania i przedstawionych w procesie, nie zostało podważone, przeciwnie pozwany je pośrednio potwierdził usuwając część z nich tyle tylko, że dopiero po wszczęciu procesu. Dodać w końcu należy, że powołując się na treść art. 76 kc skarżący zdaje się pomijać jego zdanie drugie w zestawieniu, że protokół miał być sporządzony w formie pisemnej a strony nie określiły skutków niezachowania tej formy. Wyznaczony pozwanemu termin do usunięcia określonych wad został zaś ustalony na podstawie niespornych dokumentów w postaci kolejnych wezwań powoda. Jak już wyżej Sąd Apelacyjny wskazał, powodowi przysługiwały też roszczenia odszkodowawcze, takie też on zgłosił domagając się naprawienia szkody wynikającej z niedotrzymania z winy pozwanego świadczenia wzajemnego, stąd jako bezzasadne należało uznać zarzuty naruszenia art. 471 kc czy 566 kc.

Nie zasługiwał również na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 484 § 2 kc przez zbyt małe, zdaniem skarżącego, zmiarkowanie kary.

Po pierwsze, kara umowna została naliczona jedynie do dnia 2.10.2007r. , podczas gdy część wad była usunięta dopiero w toku procesu, a część w ogóle nie została usunięta.

Po drugie, wady były tego rodzaju, że uniemożliwiły korzystanie z obiektu przez około dwa lata.

Po trzecie, Sąd Okręgowy uwzględnił w wysokości kary wartość robót zapłaconych a niewykonanych na sumę 227.720,54zł, co oznacza, że w rzeczywistości kara umowna z tytułu zwłoki w usunięciu wad jest o tę kwotę niższa.

Po czwarte, wbrew twierdzeniom skarżącego, szereg wykonanych w końcu przez niego prac nie miało pod względem wartościowym charakteru zamiennego. Dla przykładu, powołując się na pokrycie nawierzchni kostką brukową pozwany pomija już, że otrzymał wynagrodzenie w wysokości uwzględniającej zakres i rodzaj robót oszacowanych w jego ofercie przetargowej, w której określił koszt podłoża betonowego, którego wykonanie jest znacznie droższe. Wszystkie takie rozbieżności zostały przedstawione przez powoda z powołaniem na opinię biegłych i nie były podważane przez pozwanego.

Co do Umowy (...) pozwany nie kwestionuje, że nie wykonał prac wyszczególnionych przez Sąd Okręgowy. To, że wynagrodzenie jest ryczałtowe, nie oznacza, że należy się ono za niewykonane prace. Ryczałt ma, co do zasady, uniezależnić cenę ustaloną w umowie od zmian cen materiałów i robocizny, dyscyplinować przyjmującego zamówienie do wykonywania prac we wcześniej przyjęty sposób, bez mnożenia kosztów. W cytowanym w apelacji wyroku Sądu Najwyższego nie wyrażono poglądu, by wynagrodzenie ryczałtowe było oderwane od faktycznie

wykonanych świadczeń. Pozwany nie wykonał prac o wartości 84 240,25 zł . Skoro pozwany nie spełnił umówionego ekwiwalentnego świadczenia o wartości 84.240,25 zł, to tym samym wyrządził powodowi szkodę.

W związku z powyższym apelację oddalono na zasadzie art. 385 k.p.c. jako niezasadną.

O kosztach orzeczono na zasadzie art. 98 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 7 w zw. z § 13 ust 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. z dnia 3 października 2002 r.) obciążając nimi stronę przegrywającą apelację.

SSA Roman Stachowiak SSA Ewa Staniszevska SSA Jacek Nowicki