

Sygn. akt VI GC 315/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 maja 2015 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie Wydział VI Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Barbara Frankowska

Protokolant: st. sekr. sądowy Małgorzata Zawilo

po rozpoznaniu w dniu 6 maja 2015 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: **(...) Sp. z o.o. w S.**

przeciwko: **Gminie Miejskiej J.**

o **zapłatę**

I. **z a s ą d z a** od pozwanej Gminy Miejskiej J. na rzecz powoda (...) Sp. z o.o. w S. kwotę 133.116,52 zł (sto trzydzieści trzy tysiące sto szesnaście złotych 52/100) z ustawowymi odsetkami od dnia 14 marca 2011 r. do dnia zapłaty,

II. **o d d a l a** powództwo w pozostałym zakresie,

III. **z a s ą d z a** od pozwanej Gminy Miejskiej J. na rzecz powoda (...) Sp. z o.o. w S. kwotę 12.015,86 zł (dwanaście tysięcy piętnaście złotych 86/100) tytułem kosztów procesu,

IV. **z w r a c a** powodowi (...) Sp. z o.o. w S. kwotę 1.219,21 zł (jeden tysiąc dwieście dziewiętnaście złotych 21/100) tytułem niewykorzystanych zaliczek na wydatki,

V. **z w r a c a** pozwanej Gminie Miejskiej J. kwotę 1.531,82 zł (jeden tysiąc pięćset trzydzieści jeden złotych 82/100) tytułem niewykorzystanej zaliczki na wydatki.

Sygn. akt VI GC 315/13

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 6 maja 2015r.

Powód (...) Sp. z o.o. w S. wniósł o zasądzenie od pozwanej Gminy Miejskiej J. kwoty 183 116,52 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 14 marca 2011 r. do dnia zapłaty i kosztami procesu tytułem zapłaty reszty wynagrodzenia na podstawie faktury końcowej nr (...) z dnia 10 lutego 2011r., wystawionej w związku z realizacją zadania pod nazwą „Rozbudowa i przebudowa budynku hotelowego Turkus “ na podstawie zawartej przez strony umowy nr (...) z dnia 31 lipca 2009r. Należność z powyższej faktury została potrącona przez pozwanego z naliczoną przez niego karą umowną za opóźnienie w realizacji robót w wysokości dochodzonej pozwem.

W uzasadnieniu pozwu powód wyjaśnił, że roboty objęte umową zostały zakończone terminowo, dnia 15 listopada 2010r. została zgłoszona gotowość do odbioru. Po tej dacie trwały natomiast prace zlecone ponownie przez pozwanego oraz nie objęte umową podstawową i dodatkową. Wg powoda inspektorzy nadzoru byli w zwłoce w potwierdzaniu

gotowości robót do odbioru. W tych okolicznościach pozwana nie miała podstaw do naliczenia kary umownej. Niezależnie od braku podstaw do naliczenia kary umownej powód, z ostrożności procesowej, zażądał jej miarkowania ponieważ roboty wykonano w znacznej części w stosunku do całości, niewykonane roboty nie przeszkadzały w użytkowaniu obiektu, a pozwana nie poniosła żadnej szkody, bo użytkowanie przebudowywanego obiektu rozpoczęło dopiero po roku od wykonania robót.

Pozwana Gmina Miejska J. wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu zarzucając, że w łączącej strony umowie o roboty budowlane nr (...), w § 15 pkt 1a, przyznano pozwanej prawo do naliczenia kary umownej z tytułu opóźnienia powoda w wykonaniu przedmiotu, a nie w przypadku zwłoki, co wskazuje na wprowadzenie umową wyższych niż typowe standardów odpowiedzialności wykonawcy. W okolicznościach tej sprawy nie budzi wątpliwości, że powód nie wykonał robót w terminie umownym, który dodać należy został przesunięty do dnia 15 listopada 2010r., w związku z powierzeniem powodowi wykonywania prac dodatkowych. Pozwana podkreśliła, że powyższy termin wykonania umowy został wskazany przez samego powoda, a mimo to nie został dotrzymany. Uregulowanie zawarte w § 16 umowy określało procedurę przeprowadzania końcowego odbioru robót w toku, której kierownik budowy stwierdzał zakończenie robót wpisem w dzienniku budowy, a zgodność tego wpisu ze stanem faktycznym potwierdzał inspektor nadzoru i dopiero wtedy można było uznać gotowość przedmiotu umowy do odbioru. Powód powinien wówczas dostarczyć zamawiającemu dokumenty odbiorowe potwierdzone przez inspektora nadzoru. Pismem z dnia 15 listopada 2010 r. powód zawiadomił pozwaną o gotowości robót do odbioru końcowego, lecz nie było to potwierdzone powyższą procedurą, a w obiekcie trwały w dalszym ciągu roboty budowlane, wykończeniowe, elektryczne i instalacyjne. Odbiór końcowy robót odbył się 1 lutego 2011r., chociaż na tą datę wykonawca także nie usunął wszystkich wad i braków, a umowa w § 16 pkt 4 a pozwalała zamawiającemu odmówić odbioru robót do czasu usunięcia wad stwierdzonych w czasie odbioru. Dlatego pozwana zasadnie naliczyła powodowi karę w wysokości 183.116,52 zł, którą potrąciła z należnego wykonawcy wynagrodzenia. W ocenie pozwanej nie ma podstaw do miarkowania należnej kary umownej ponieważ powód sam określił potrzebny mu, wydłużony termin do wykonania umowy, a następnie w złej wierze zgłaszał nieprawdziwie gotowość do odbioru, zaś przyczynami wyznaczania kolejnych terminów odbioru były liczne usterki i braki uniemożliwiające użytkowanie obiektu. Pozwana zarzuciła także, że sporny obiekt miał przeznaczenie komercyjne i opóźnienie jego działalności przyniosło pozwanej wymierne straty, a nadto naliczyła powodowi karę umowną tylko do 5 stycznia 2011r., mimo że w świetle zapisów umowy miała prawo naliczać ją do dnia 1 lutego 2011r.

Sąd Okręgowy ustalił co następuje:

W dniu 31 lipca 2009r., po przeprowadzeniu postępowania przetargowego, strony zawarły umowę nr (...) na realizację zadania pod nazwą „Rozbudowa i przebudowa budynku hotelowego T. “ (k. 30-33).

W § 2 ust. 2 umowy strony ustaliły termin wykonania robót do 30 września 2010r.

W § 10 ustalono, że jeżeli w toku realizacji robót wystąpi konieczność wykonania robót dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia (...) to wykonawca (powód) zobowiązany jest wykonać te roboty na dodatkowe zamówienie zamawiającego (pозwanej), udzielone z wolnej ręki. Roboty dodatkowe wykonywane będą przez wykonawcę na podstawie zaakceptowanego przez strony „protokołu konieczności“, po otrzymaniu pisemnego zlecenia, dokonaniu wpisu do dziennika budowy przez inspektora nadzoru i podpisaniu umowy o roboty dodatkowe.

W § 13 ust. 2 pozwana zobowiązała się m.in. dokonać odbioru końcowego przedmiotu umowy rozpoczynając czynności odbioru w terminie 10 dni od daty pisemnego powiadomienia przez wykonawcę o zakończeniu robót i gotowości inwestycji do odbioru, potwierdzonego przez inspektora nadzoru.

Strony postanowiły, że obowiązującą formą odszkodowania są kary umowne, które będą naliczane wykonawcy m.in. za opóźnienie w wykonaniu określonego w umowie zadania inwestycyjnego, w wysokości 0,2 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień opóźnienia (§ 15 ust. 1a).

Ustalone umową wynagrodzenie to kwota 1 795 259,33 zł netto (§ 8 ust. 2).

W § 16 strony ustaliły procedurę odbioru końcowego zgodnie, z którą zakończenie wszystkich robót kierownik budowy wykonawcy stwierdzi wpisem w dzienniku budowy. Potwierdzenie zgodności wpisu ze stanem faktycznym przez inspektora nadzoru, oznaczać będzie osiągnięcie gotowości do odbioru przedmiotu umowy z dniem wpisu w dzienniku budowy. Ponadto o osiągnięciu gotowości do odbioru powód zobowiązany był zawiadomić na piśmie pozwaną i dostarczyć kompletne dokumenty odbiorowe potwierdzone przez inspektora nadzoru (ust. 2). W ust. 4 tego paragrafu ustalono, że jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady, w zależności od rodzaju wad pozwanej przysługuje:

- jeżeli wada jest usuwalna uprawnienie do odmowy odbioru do czasu usunięcia wady,
- jeżeli wada nie nadaje się do usunięcia, a jest nieistotna pozwana może żądać obniżenia wynagrodzenia, a jeżeli jest istotna pozwana może od umowy odstąpić. Pozwanej przyznano także na prawo do podjęcia decyzji o przerwaniu czynności odbioru, jeżeli w czasie tych czynności ujawniono istnienie takich wad, które uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem – aż do czasu usunięcia tych wad (ust. 9). Za termin zakończenia robót strony uważają datę potwierdzenia przez inspektora nadzoru, wpisem do dziennika budowy, gotowość obiektu do odbioru (ust. 11).

Pismem z dnia 27 sierpnia 2010r. (k. 67) powód zwrócił się do pozwanej z propozycją przesunięcia terminu wykonania umowy na dzień 15 listopada 2010r. w związku z koniecznością wykonania prac dodatkowych w toku realizacji tej inwestycji.

W dniu 21 września 2010r. strony zawarły aneks nr (...) do powyższej umowy zmieniając § 1 pkt 2, czyli termin wykonania umowy, przesuując go na dzień 15 listopada 2010r. (k. 34). W tym samym dniu strony zawarły umowę nr (...) na roboty dodatkowe na zadaniu „Rozbudowa i przebudowa budynku hotelowego T. “ (k. 122 – 126). W umowie tej ustalono termin wykonania robót nią objętych do 15 listopada 2010r. (§ 2 ust. 2). Procedurę odbiorową strony opisały w § 11 (uregulowanie analogiczne jak w umowie zasadniczej).

Pismem z dnia 15 listopada 2010r. (k. 43) powód zgłosił pozwanej gotowość do odbioru końcowego przedmiotu umów nr (...).

Komisja odbiorowa protokołem z dnia 22 listopada 2010r. (k. 68) stwierdziła brak wpisów w dzienniku budowy kierownika budowy o zakończeniu robót oraz inspektorów nadzoru potwierdzających zakończenie robót. Stwierdziła także, że na terenie obiektu hotelowego trwają w dalszym ciągu prace budowlane, wykończeniowe, elektryczne i instalacyjne. W skład komisji odbiorowej wchodził przedstawiciel powoda (lista obecności k. 69). Kolejnym protokołem z dnia 22 grudnia 2010r. (k. 70) komisja odbiorowa stwierdziła również brak wpisów inspektorów nadzoru w branży elektrycznej i instalacyjnej o zakończeniu robót oraz trwanie na terenie obiektu robót wykończeniowych, elektrycznych i instalacyjnych. Przedstawiciele powoda odmówili podpisania protokołu.

Państwowa Inspekcja Pracy pismem z dnia 28 grudnia 2010r. (k. 71), stanowiącym odpowiedź na wniosek z dnia 15 grudnia 2010r., wniosła sprzeciw od zamierzonego przejęcia spornego obiektu hotelowego (...) do użytkowania, bowiem w wyniku przeprowadzonej kontroli nie przedstawiono m.in. certyfikatów i atestów na użyte materiały i oświadczenia kierownika budowy. Stwierdzono także, że na dzień kontroli inwestycja nie została jeszcze zakończona, a inwestor wykonuje prace budowlane (elektryczne) i wykończeniowe.

Komenda Powiatowa Państwowej Straży Pożarnej protokołem z dnia 28 grudnia 2010r. (k. 290) dokonała ustaleń z czynności kontrolno –rozpoznawczych i stwierdziła, że w obiekcie trwają prace wykończeniowe i instalacyjne. Prace na

obiekcie wykonane są w 80 % i nie ma możliwości dokonania sprawdzenia działania systemu sygnalizacji pożaru, klap oddymiających oraz oświetlenia awaryjnego i ewakuacyjnego. Dopiero w dniu 18 stycznia 2011r., po przeprowadzeniu kontroli, Straż Pożarna stwierdziła zgodność wykonania spornego obiektu z projektem budowlanym stanowiącym podstawę wydania decyzji o pozwoleniu na budowę (protokół i pismo k. 291 – 295).

Pismem z dnia 5 stycznia 2011r. (k. 35) powód ponownie wezwał pozwanego do dokonania odbioru końcowego robót budowlanych wykonanych w hotelu (...) w J. na podstawie zgłoszenia kierownika budowy wpisanego w dzienniku budowy w dniu 8 grudnia 2010r. W piśmie wyjaśnił, że na obiekcie trwają roboty nie objęte umowami stron, a zlecone przez pozwaną jako konieczne do realizacji robót określonych umową podstawową i dodatkową. Do pisma przedłożył szczegółowy wykaz pracy w załączniku nr 1 oraz wyraził przekonanie, że są to roboty, które nie mają wpływu na bieg terminu do odbioru robót objętych umową główną.

Komisja odbiorowa protokołem z dnia 18 stycznia 2011r. (k. 37-38) stwierdziła, że na podstawie § 16 pkt 4 umowy odstępuje od odbioru końcowego do czasu usunięcia stwierdzonych usterek, wyszczególnionych w załączniku nr 1 do protokołu. W protokole powód złożył oświadczenie o usunięciu stwierdzonych usterek wewnątrz obiektu do dnia 31 stycznia 2011r., a na zewnątrz obiektu do dnia 30 kwietnia 2011r. Komisja postanowiła o wznowieniu prac dopiero po usunięciu usterek wewnątrz obiektu.

Odbiór końcowy nastąpił w dniu 1 lutego 2011r., co potwierdzono protokołem (k. 39 – 40). W protokole tym stwierdzono, że przedmiot odbioru został wykonany od 8 września 2009r. do 5 stycznia 2011r. (pkt 2) oraz, że nie wszystkie usterki zostały usunięte i ustalono termin ich usunięcia (pkt 4). Przedstawiciel powoda odmówił podpisania tego protokołu.

Powód w dniu 10 lutego 2011r. wystawił pozwanej fakturę VAT nr (...) na kwotę 359 051,87 zł z 30-dniowym terminem zapłaty (k. 41). Pozwana w dniu 21 lutego 2011r. wystawiła powodowi notę obciążeniową (k. 77), w której obciążyła powoda m.in. kwotą 183 116,52 zł z tytułu nie wywiązania się z umowy nr (...) - za opóźnienie w wykonaniu zadania inwestycyjnego w okresie od dnia 16 listopada 2010r. do dnia 5 stycznia 2011r. -stosownie do § 15 ust. 1 punkt a umowy (pkt 1 noty). Powyższą kwotę pozwana potrąciła z płatnością za usługi budowlane z faktury końcowej nr (...)z dnia 10 lutego 2011r.

Po dniu 15 listopada 2011r. nie zlecono powodowi żadnych robót dodatkowych wymienionych w załączniku nr 1 do pisma z 5.01.2011r. Po tej dacie obiekt nie nadawał się do odbioru, a powód wykonywał roboty wykończeniowe (z zakresu podstawowego w branży budowlanej), elektryczne, sanitarne oraz usuwał usterki (zeznania świadków P. M., L. N., B. W., K. P., W. K., G. S., M. L., opinia biegłego D. L. k. 435 i ustna na rozprawie dnia 6.03.2015r., protokół PIP k. 71, protokół Straży Pożarnej k. 290).

Inspektor nadzoru w zakresie instalacji elektrycznej potwierdził gotowość odbioru robót w dniu 5 stycznia 2011r. i na ten dzień obiekt nadawał się do użytkowania (zeznania świadka L. N.).

Na podstawie opinii biegłego sądowego D. L. z września 2014r. (k. 426-441 i ustnej) Sąd ustalił, że dokumentacja budowy przedłożona przez strony w niniejszej sprawie nie pozwala na przyjęcie, że po dniu 15 listopada 2010r. zlecono powodowi wykonanie prac, których zakres wykraczałby poza umowę podstawową i dodatkową, to jest robót wyszczególnionych przez powoda w załączniku nr 1 do pisma z dnia 5 stycznia 2011r. (k. 36). W dniach 22 i 24 listopada 2010r. oraz 1 grudnia 2010r. wykonywano roboty wykończeniowe (branży budowlanej) z umowy podstawowej (wpisy inspektora nadzoru w dzienniku budowy k. 409 i opinia biegłego k. 437). W przedłożonej przez strony dokumentacji nie ma materiału dowodowego dającego podstawę do stwierdzenia, że przedłużenie realizacji spornej inwestycji wiązało się z koniecznością uzupełnienia, czy też wykonania nowej dokumentacji projektowej. Jedyne udokumentowane zmiany projektowe, dotyczące branży sanitarnej, zostały zakwalifikowane przez projektanta jako nieistotne. Strony nie prowadziły procedury przewidzianej w § 10 umowy, skutkującej zleceniem robót dodatkowych w zakresie robót budowlanych (brak protokołów konieczności, wpisów w dzienniku budowy, obmiarów i poświadczeń wykonania takich prac). Na wykonanie po dniu 15 listopada 2010r. robót wykończeniowych z branży budowlanej nie miały wpływu roboty wykonywane w branży elektrycznej. Zakończenie robót sanitarnych inspektor nadzoru

potwierdził niezwłocznie po ich zakończeniu w dniu 22.12.2010r. (zeznania świadka K. P., wpis w dzienniku budowy k. 410, opinia biegłego k. 441).

Na podstawie zeznań świadków S. M. (1) i B. W. (2) ustalono, że po wykonaniu robót przez powoda obiekt jeszcze przez rok nie był wykorzystywany, stał pusty, bo pozwana nie miała środków na wyposażenie obiektu. Miasto nie poniosło żadnej bezpośredniej szkody w związku z opóźnieniem wykonania robót przez powoda.

Ustalając powyższy stan faktyczny Sąd oparł się na w/w dowodach z dokumentów prywatnych i urzędowych, które nie były kwestionowane co do ich prawdziwości i treści i których wiarygodność nie budziła wątpliwości Sądu. Ponadto Sąd dał wiarę w całości zeznaniom świadków P. M., L. N., B. W., K. P., W. K., G. S., M. L., S. M. jako spójnym i znajdującym potwierdzenie w pozostałym materiale dowodowym zgromadzonym w sprawie, w szczególności w opinii biegłego sądowego D. L..

Sąd dał wiarę w całości opinii pisemnej i ustnej biegłego z zakresu budownictwa D. L., która to opinia, uwzględniając ograniczenia w postaci braku istotnych dokumentów koniecznych dla pełnego odtworzenia przebiegu realizacji inwestycji, wymaganych umową stron (np. protokołów konieczności, książki obmiarów, pełnej dokumentacji projektowej, itd.), w sposób wystarczający do poczynienia ustaleń istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy i stanowi odpowiedź na postawione zagadnienia. Biegły wyraził ewentualną potrzebę opiniowania w sprawie przez biegłych z zakresu poszczególnych branż, ale tylko w zakresie szczegółowym, bo do wypowiedzenia się w zakresie procesu budowlanego wiedza specjalistyczna biegłego z zakresu budownictwa ogólnego była wystarczająca.

Sąd nie dał wiary zeznaniom świadków M. G., K. M., K. P. (2), że po 15 listopada 2010r. powodowi zlecane były przez pozwaną roboty dodatkowe, nieobjęte umową podstawową i dodatkową oraz, że po tej dacie tylko takie dodatkowo zleczone roboty na tym obiekcie były wykonywane. Stoi to w oczywistej sprzeczności z dokumentacją budowy, a także ze sporządzonymi przez Państwową Inspekcję Pracy i Straż Pożarną protokołami, z których wynika, że w dacie 28.12.2010r. obiekt nie nadawał się do użytkowania m.in. z tego względu, że trwały tam roboty wykończeniowe i prace były wykonane w 80%. Nie ma w sprawie innego, obiektywnego i wiarygodnego materiału dowodowego potwierdzającego stanowisko powoda, że prace po dacie 15 listopada 2010r. dotyczyły dalszych zleconych przez pozwaną robót dodatkowych i to takich, które nie miały znaczenia z punktu widzenia możliwości użytkowania obiektu.

Sąd pominął dowód z opinii uzupełniających specjalistów poszczególnych branż, bo z treści opinii biegłego wynika, że tylko szczegółowa dokumentacja (której brak w sprawie) i przeprowadzona w jej oparciu inwentaryzacja mogłaby potwierdzić wykonywanie przez powoda robót nieobjętych umową podstawową i dodatkową, konieczność przeprojektowań oraz niedostatki dokumentacji budowy. Powód, mimo żądania biegłego, żadnej dalszej dokumentacji nie przedstawił. W tej sytuacji zlecenie opinii kilku biegłym z poszczególnych branż jedynie niezasadnie podwyższyłoby koszty postępowania i znacznie je wydłużyło.

Wniosek powoda o dopuszczenie dokumentacji zawartej w aktach sprawy V GC 146/13, złożony na ostatniej rozprawie był spóźniony (art. 207 § 6 i 217 § 2 kpc) i spowodowałby zwłokę w rozpoznaniu sprawy.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

W przedmiotowej sprawie roszczenie powoda o zapłatę reszty wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych w oparciu o umowę nr (...) na podstawie umowy końcowej nie budzi wątpliwości i było bezsporne co do wysokości i terminu wymagalności.

Sporna była zasadność naliczenia przez pozwaną kary umownej za opóźnienie w wykonaniu robót na podstawie powyższej umowy, czy po terminie umownym powód wykonywał roboty objęte umową podstawową i dodatkową, czy inne nieobjęte tymi umowami roboty, czy z przyczyn leżących po stronie powoda nie dochowano terminu umownego do wykonania umowy, a także czy w sytuacji prawidłowego naliczenia kary umownej przez pozwaną istnieją podstawy do jej miarkowania.

Zgodnie z art. 6 kc na powódzie spoczywał ciężar dowodu, że roboty budowlane objęte umową podstawową nr (...) i dodatkową nr (...)wykonał w umówionym terminie, tj. do 15 listopada 2010r. i w tej dacie skutecznie zgłosił je do odbioru końcowego, a wszystkie wykonywane po tej dacie prace były dodatkowo zleconymi pracami przez pozwaną. Całokształt materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie potwierdził powyższego stanowiska powoda. Wręcz przeciwnie nie ulega wątpliwości, że pisemne zgłoszenie przez powoda gotowości robót do odbioru końcowego za pismem z dnia 15.11.2010r. (k. 43) nie odpowiadało stanowi faktycznemu i nie znajdowało potwierdzenia w dodatkowych, koniecznych i wymaganych umową wpisach w dzienniku budowy przez kierownika budowy oraz inspektora nadzoru. Nie wiązało się także ze złożeniem przez powoda kompletnych dokumentów odbiorowych, potwierdzonych przez inspektora nadzoru (§ 16 ust.2). Dowody z dokumentów, zeznania świadków i opinia biegłego nie potwierdziły także stanowiska powoda, że po dacie 15 listopada 2010r. powód wykonywał tylko roboty dodatkowe, zlecone poza umowami stron, nie mające wpływu na bieg terminu dla odbioru robót objętych umową główną i nie mające znaczenia dla użytkowania obiektu. Fakt prowadzenia jeszcze końcem grudnia 2010r. robót wykończeniowych potwierdzają obiektywne protokoły takich instytucji jak Straż Pożarna czy Państwowa Inspekcja Pracy, które to instytucje w konsekwencji tego stwierdzały brak możliwości przekazania obiektu do użytkowania. Opinia biegłego potwierdziła, że powód po 15 listopada 2010r. wykonywał roboty wykończeniowe z branży budowlanej, objęte umową podstawową. Wpisy inspektorów nadzoru o gotowości robót z poszczególnych branż do odbioru są także po dacie 15 listopada 2010r. Nie ma żadnych dowodów potwierdzających istnienie protokołów konieczności na dalsze roboty dodatkowe, wymaganych wpisów w dzienniku budowy, pisemnych zleceń, podpisanych umów. Powód chcąc wykazać wykonywanie tylko tych robót po upływie umownego terminu powinien zadbać o wymaganą dokumentację i powołać ją w sprawie już w pozwie, a nie wymagać, aby biegły poszukiwał istnienia takich robót przez porównywanie projektów, analizowanie dokumentacji budowy, itp. Dlatego stanowisko powoda jest nieudowodnione.

Umowa stron pozwalała także pozwanej na odstąpienie od odbioru końcowego w sytuacji stwierdzenia w robotach wad usuwalnych (§ 16 ust. 4 umowy). W tej sprawie pozwana, po zgłoszeniu przez powoda robót do odbioru kolejnym pismem z dnia 5 stycznia 2011r. odstępowała od odbioru końcowego z uwagi na wykaz wad do usunięcia, do czego powód się zobowiązywał (vide protokół odbioru z 18.01.2011r.). Ostatecznie odbiór końcowy robót nastąpił w dniu 1 lutego 2011r. (k. 39) i to mimo nieusunięcia przez powoda wszystkich usterek. W tym protokole potwierdzono wykonanie przedmiotu odbioru do dnia 5 stycznia 2011r. (pkt 2 protokołu odbioru k. 39/b). Do tej daty też pozwana naliczyła powodowi karę umowną na podstawie 15 § pkt 1 a umowy (nota obciążeniowa k. 77).

Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej, co do zasady 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. Zastrzeżenie kary umownej powoduje modyfikację ogólnych reguł odpowiedzialności w tym sensie, że dla zaistnienia obowiązku zapłaty kary umownej niezbędne jest łączne wystąpienie tylko dwóch przesłanek pozytywnych i niezastnienie żadnej z przesłanek negatywnych (jednej lub trzech, w zależności od przyjętej koncepcji co do wymogu zaistnienia szkody: brak winy albo brak szkody, brak winy, brak związku przyczynowego). Pierwszą z przesłanek pozytywnych jest istnienie skutecznego postanowienia umownego, z którego wynika obowiązek świadczenia kary umownej, drugą – niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania lub pojedynczego obowiązku, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (por. kom. do art. 483 k.c. [w:] Rzetecka-Gil Agnieszka. Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania - część ogólna. LEX/el., 2011). Zastrzeżenie kary umownej za samo opóźnienie w wykonaniu umowy jest odstępstwem od tej zasady i chociaż nie jest prawnie niemożliwe w warunkach swobody umów, to powinno być wykazane okolicznościami sprawy. Sąd Okręgowy, w tym stanie faktycznym, nie podziela stanowiska pozwanej, że w spornej umowie strony ustaliły odpowiedzialność gwarancyjną powoda za niedotrzymanie terminu realizacji robót poprzez zastrzeżenie kary umownej za samo opóźnienie w realizacji robót (niezawinione niezachowanie terminu), ponieważ ani treść umowy, ani inne szczególne okoliczności jej zawarcia nie wskazują na negocjowanie rozszerzonej odpowiedzialności powoda. Nie ma to jednak w sprawie znaczenia z uwagi na fakt, że postępowanie dowodowe wykazało odpowiedzialność powoda za niedotrzymanie terminu wykonania robót. Zatem naliczenie kary umownej przez pozwaną było uzasadnione. W orzecznictwie przyjmuje się także, że strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty należnego wynagrodzenia

od braku jakichkolwiek usterek (vide wyrok SN z dnia 22.06.2007r. sygn. akt V CSK 99/07). W spornej umowie strony uzgodniły prawo pozwanej do odmowy odbioru robót z uwagi na wady usuwalne (§ 16 ust. 4 a), ale tylko takie które uniemożliwiają użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem (§ 16 ust.9). Ostatecznie regulacja ta nie ma istotnego znaczenia w sprawie skoro pozwana ograniczyła się do naliczenia kary umownej tylko za czas do faktycznego zakończenia robót, tj. do 5.01.2011r. Stąd naliczona przez pozwaną kara umowna w wysokości 183.116,52 zł była uzasadniona i znajdowała podstawę w przepisach prawa (art. 483 kc), okolicznościach faktycznych sprawy oraz w treści umowy stron. Pozwana skutecznie więc oświadczeniem z dnia 21 lutego 2011r. potrąciła powyższą karę umowną z wierzycelnością powoda z tytułu wynagrodzenia końcowego objętego fakturą vat nr (...) (art. 498 i nast. kc).

Wobec powyższego do rozważenia pozostał wniosek powoda o miarkowanie naliczonej i potrąconej przez pozwaną kary umownej.

Zgodnej z art. 484 § 2 kc dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane. To samo dotyczy przypadku jeżeli kara umowna jest rażąco wygórowana. Przepis ten zawiera kryteria miarkowania kary umownej. Miarkowanie kary umownej należy do instytucji tzw. prawa sędziowskiego, umożliwiającego rozstrzygnięcie sporu między stronami z uwzględnieniem szerokiego zakresu swobody sądu, oparte na racjonalnie umotywowanych przesłankach. W zakresie uznania kary za rażąco wygórowaną doktryna prawa cywilnego proponuje różnorakie kryteria. Sugeruje się m.in. uwzględnienie stosunku między wysokością kary umownej, a wartością całego zobowiązania głównego, wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem, wartości szkody powstałej po stronie wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, stopnia winy dłużnika i czasu trwania naruszenia przez dłużnika obowiązków kontraktowych, wagi naruszonych postanowień kontraktowych (obowiązki główne, obowiązki uboczne) oraz stopnia przyczynienia się wierzyciela do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (por. P. Drapała i A. Olejniczak [w:] E. Łętowska (red.), System prawa prywatnego Tom V – Prawo zobowiązań – cz. ogólna, W-wa 2006, s. 974-975).

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej w ocenie Sądu pierwsza przesłanka miarkowania kary umownej – wykonanie zobowiązania w znacznej części – nie ma w tym stanie faktycznym zastosowania ponieważ niewątpliwie stan robót na koniec grudnia 2010r. uniemożliwiał przejęcie przez pozwaną obiektu do użytkowania, co wyklucza tezę powoda, że wykonanie robót w znacznej części miało znaczenie dla pozwanej, która i tak nie mogła korzystać z komercyjnego obiektu.

Odmienne natomiast przedstawia się kwestia drugiej przesłanki miarkowania jaką jest rażące wygórowanie kary umownej. W tym zakresie podstawowe znaczenie mają okoliczności faktyczne sprawy oraz skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

W judykaturze i orzecznictwie przyjmuje się, że istnieje możliwość miarkowania kary umownej na podstawie porównania jej wartości z wartością szkody powstałej po stronie wierzyciela na skutek nienależytego wykonania zobowiązania, chociaż co do zasady obowiązek zapłaty kary umownej istnieje pomimo braku szkody (uchwała SN 7 sędziów zasada prawna z dnia 6.11.2003r. sygn.. akt III CZP 61/03). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14.04.2005r. sygn. akt II CK 626/04 zaaprobowała pogląd, że rażące wygórowanie kary umownej należy odnosić do wysokości szkody pod warunkiem, że pojęcie szkody rozumie się szeroko, w sposób obejmujący wszelkie negatywne konsekwencje niewykonania zobowiązania. Sąd Okręgowy w składzie rozpoznającym sprawę podziela takie stanowisko i uznaje, że przy miarkowaniu kary umownej na tej podstawie należy wziąć pod uwagę istnienie szkody oraz jej wysokość, szczególnie w sytuacji dużej dysproporcji pomiędzy poniesioną szkodą, a naliczoną i żadaną karą umowną. Z taką sytuacją mamy do czynienia w tej sprawie, gdzie niewątpliwie świadkowie pozwanej zeznali, że na skutek niewykonania przez powoda w terminie umowy pozwana nie poniosła żadnej szkody, bo i tak nie mogła wykorzystywać komercyjnie tego obiektu, ponieważ nie miała zabezpieczonych środków na jego wyposażenie. Hotel (...) był wykorzystywany dopiero rok po zakończeniu robót przez powoda.

Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska pozwanej, że na skutek dobrowolnego ograniczenia kary umownej za okres tylko do 5 stycznia 2011r. zamiast do 1 lutego 2011r. nie zachodzą przesłanki do jej miarkowania. Uzależnienie odbioru

robót od usunięcia wad, a później arbitralne dokonanie odbioru mimo, że nadal nie wszystkie wady zostały usunięte nie świadczy o dobrej woli pozwanej i ograniczeniu należnej kary umownej lecz o słabości jurydycznej umownego uregulowania kary umownej w łączącej strony procesu umowie. Sąd nie rozważał hipotetycznie czy kara za dalsze okresy byłaby należąca więc nie można uznać, że w tej sytuacji doszło poprzez działanie pozwanej do odpowiedniego i wystarczającego zmniejszenia kary, a miarkowanie należy do sądu.

W ocenie Sądu Okręgowego istnieją w tej sprawie przesłanki do zmiarkowania kar umownej, która nie pełni tutaj funkcji kompensacyjnej, a jedynie represyjną i stymulującą. Zmiarkowanie kary umownej do kwoty 50.000 zł uznać należy więc za wystraszające do spełnienia przez nią w/w funkcji oraz uwzględnić w sposób dostateczny interesy obydwu stron. Naliczona i potrącona przez pozwaną kara umowna wynosi ok. 10 % umownego wynagrodzenia, czyli pochłania najczęściej osiągnięty zysk przez wykonawców robót budowlanych. Po zmiarkowaniu kara umowna wynosi ok. 2,7 % umownego wynagrodzenia, czyli z jednej strony zapewnia powodowi opłacalność realizacji umowy i jednocześnie nie wzbogaca pozwanej ponad miarę.

Mając na uwadze powyższe Sąd uznał, że potrącenie kary umownej ponad zmiarkowaną kwotę było nieskuteczne (art. 498 i nast. kc).

Reasumując Sąd Okręgowy zasądził od pozwanego na rzecz powoda tytułem reszty wynagrodzenia końcowego, tj kwotę 133.116,52 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 14 marca 2011r. do dnia zapłaty (pkt I wyroku) na podstawie łączących strony umów oraz art. 647 kc.

Odnosnie orzeczenia o odsetkach wyjaśnić należy, że przyjmuje się w orzecznictwie i literaturze przedmiotu, iż miarkując karę umowną sąd wydaje orzeczenie konstytutywne, kształtujące stosunek prawny, przy czym skutek kształtujący występuje wraz z prawomocnością orzeczenia ale orzeczenie ma moc wsteczną – ustala wysokość kary umownej już od chwili jej wymagalności (tak SN w uzasadnieniu wyroku z dnia 21.11.2007r. sygn. akt I CSK 270/07;

J. Jastrzębski w monografii „Kara umowna” wyd. Oficyna Wolters Kluwer 2006, str. 351i nast.). Zatem o odsetkach orzeczono zgodnie z żądaniem pozwu na podstawie art. 481 kc zasądzając je od daty wymagalności roszczenia wynikającego z faktury.

W pozostałym zakresie powództwo oddalono jako bezzasadne w związku ze skutecznym naliczeniem i potrąceniem przez pozwanego kary umownej (§ 15 pkt 1a umowy w zw. z art. 483 kc oraz art. 498 i nast. kc), o czym orzeczono w pkt II wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 100 kpc w zw.

z art. 108 § 1 kpc i § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie ... (Dz.U. nr 163 poz. 1348 z późn. zm.) rozliczając koszty procesu stosunkowo w relacji, że powód wygrał proces w 73 %, a pozwany w 27 %.

Na koszty procesu poniesione przez strony składa się:

- łączna kwota 17.853,79 zł poniesiona przez powoda (wpis 9.156 zł, zastępstwo procesowe w sprawie 3.617 zł, koszty stawiennictwa świadka P. M.

w kwocie 168,18 zł –k. 334, wynagrodzenie biegłego – 4.912,61 zł k. 466),

- łączna kwota 3.768,18 zł poniesiona przez pozwaną (3.600 zł koszty zastępstwa procesowego i koszt stawiennictwa świadka K. P. 168,18 zł – k. 357).

W pkt III i IV orzeczono z urzędu o rozliczeniach zaliczek uiszczonych przez strony na wydatki.