

Sygn. akt VIA Ca 642/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 stycznia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA– Ksenia Sobolewska – Filcek

Sędzia SA– Maciej Kowalski

Sędzia SO (del.)– Beata Waś

Protokolant– sekr. sąd. Agnieszka Janik

po rozpoznaniu w dniu 18 stycznia 2013 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Produkcyjno- Usługowego (...) S.A. w P.

przeciwko miastu (...) W.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 23 lutego 2012 r.

sygn. akt XXV C 1155/10

I zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądza od miasta (...) W. na rzecz Przedsiębiorstwa Produkcyjno- Usługowego (...) S.A. w P. kwotę 148.879,17 zł (sto czterdzieści osiem tysięcy osiemset siedemdziesiąt dziewięć złotych i siedemnaście groszy) i w pozostałej części powództwo oddala oraz znosi koszty procesu pomiędzy stronami;

II znosi koszty procesu postępowania apelacyjnego pomiędzy stronami.

Sygn. akt VI ACa 642/12

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 6 września 2010 r. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe (...) S.A. z siedzibą w P. wystąpiła przeciwko Miastu (...) W. Dzielnica W. w W. o zapłatę kwoty 297 758,34 zł wraz z ustawowymi odsetkami od 21 lipca 2009 r. do dnia zapłaty wraz z kosztami procesu według norm przepisanych. Na wypadek nie uwzględnienia przez Sąd podniesionej argumentacji powód wniósł o miarkowanie kary o co najmniej 50 % z uwagi na rażące wygórowanie oraz wykonanie zobowiązania w znacznej części.

W uzasadnieniu strona powodowa wskazała, że dochodzona kwota należności głównej przysługiwała jej z tytułu nie wypłaconej (bezzasadnie utraconej) części wynagrodzenia za roboty budowlane, wykonane przez powódkę na podstawie umów nr (...) z 24 stycznia 2007 r. i nr (...) z 28 maja 2009 r. Zdaniem powódki, naliczenie kar umownych

z umowy nr (...), z powołaniem się na niewykonanie wszystkich wymaganych robót i złożenia całości wymaganej dokumentacji, było merytorycznie niesłuszne, bowiem ze względu na zwłokę pozwanego w wykonaniu koniecznych czynności odbiorczych, roboty uznać należało za odebrane bez zastrzeżeń. Wskazała też, że umowa definiowała jedynie termin zakończenia robót budowlanych i zgłoszenia przez wykonawcę gotowości do odbioru końcowego, natomiast nie zawierała definicji oddania przedmiotu umowy, ani określenia terminu tego oddania, lecz równocześnie określała, iż kara umowna należy się za każdy dzień opóźnienia w oddaniu w terminie przedmiotu budowy. Z kolei przyczyna naliczenia kar umownych na podstawie umowy nr (...), zdaniem powódki nie była jasna, bowiem wszystkie prace określone w tej umowie powódka wykonała do dnia 30 maja 2009 r.

Pozwane Miasto (...) W. Dzielnica W. w W. w odpowiedzi na pozew z 26 października 2010 r. wniosło o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych. W ocenie pozwanego powódka popadła w opóźnienie w realizacji swoich zobowiązań, uzasadniające obciążenie jej spornymi karami umownymi.

Wyrokiem z dnia 23 lutego 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo w całości oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 7200 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło na podstawie następujących ustaleń faktycznych.

W dniu 24 stycznia 2007r., pozwany Miasto (...) W. Dzielnica W. w W., występujący jako zamawiający, zawarło z Przedsiębiorstwem Produkcyjno- Usługowym (...) Spółką Akcyjną z siedzibą w P., występującą jako wykonawca, umowę nr (...).

W umowie tej określono w szczególności, że:

- zamawiający zleca, a wykonawca przyjmuje do wykonania zadanie inwestycyjne p.n. budowa sali gimnastycznej przy Gimnazjum nr (...) przy ul. (...), w oparciu o dokumentację budowlano-wykonawczą wykonaną przez Biuro (...) Spółkę Akcyjną (§ 1 ust. 1 umowy),
- zakończenie robót budowlanych i zgłoszenie przez wykonawcę gotowości do odbioru końcowego nastąpi do dnia 31 lipca 2008 r. (§ 2 ust. 2 lit. c umowy),
- za wykonanie przedmiotu umowy i dotrzymanie umownego terminu wykonania robót strony uznają zakończenie przez wykonawcę robót budowlanych oraz złożenie kompletnego operatu powykonawczego (§ 2 ust. 2 lit. d umowy),
- wykonawca otrzyma wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, określonego w§ 1, w kwocie nie wyższej niż 5 752 325,04 zł netto, 1 265 511,51 zł podatku VAT, 7 017 836,55 zł brutto (§ 3 ust. 1 umowy),
- do obowiązków zamawiającego należy, między innymi, odbiór robót zanikających lub ulegających zakryciu w terminie dwóch dni od dnia zgłoszenia, w pozostałych przypadkach - w terminie pięciu dni od dnia zgłoszenia, a w przypadku odbiorów wymagających powołania komisji z udziałem osób trzecich w terminie do siedmiu dni; brak odbioru lub nie zgłoszenie uwag w tym terminie uznaje się za dokonanie odbioru bez zastrzeżeń (§ 5 ust. 3 umowy),
- do obowiązków wykonawcy należy, między innymi: utrzymanie ogólnego porządku na budowie oraz na zapleczu budowy poprzez ochronę mienia, oznakowanie terenu budowy, nadzór nad bezpieczeństwem i higieną pracy, zapewnienie zabezpieczenia przeciwpożarowego, usuwanie awarii związanych z prowadzeniem budowy i wykonanie zabezpieczeń w rejonie prowadzonych robót, a także doprowadzenie po zakończeniu robót placu budowy oraz terenu stanowiącego zaplecze budowy do stanu przewidzianego w projekcie (§ 6 pkt 16 i 27 umowy),
- na zakończenie robót wykonawca jest zobowiązany, w ramach odbioru robót, przekazać zamawiającemu komplet dokumentów wymaganych przepisami lub umową, a także gwarancje na zamontowane urządzenia i wykonane roboty
- pod rygorem odmowy odbioru robót przez zamawiającego (§ 7 ust. 8 umowy),

- zamawiający dokonuje sprawdzenia robót zanikających, ulegających zakryciu w terminie dwóch dni lub pięciu dni, zgodnie z § 5 ust. 3 umowy, od dnia zgłoszenia przez wykonawcę (§ 8 ust. 1 umowy),
- wykonawca powiadamia na piśmie zamawiającego o osiągnięciu gotowości do odbioru (§ 8 ust. 2 umowy),
- gotowość do odbioru potwierdza inspektor nadzoru w terminie do dwóch dni od daty powiadomienia o gotowości do odbioru (§ 8 ust. 3 umowy),
- zamawiający wyznaczy datę i rozpocznie czynności odbioru w ciągu siedmiu dni od daty potwierdzenia gotowości do odbioru (§ 8 ust. 4 umowy),
- przystąpienie zamawiającego do odbioru przedmiotu umowy wywołuje skutek w postaci zawieszenia biegu terminów, z upływem których zamawiającemu przysługują kary umowne (§ 8 ust. 5 umowy),
- każdorazowo z prac komisji odbioru sporządzone zostaną protokoły określające wszystkie ustalenia dokonane w czasie odbioru; w przypadku konieczności przerwania czynności odbioru z powodu występujących wad i usterek, komisja odbioru ustali termin ich usunięcia; powoduje to odwieszenie biegu terminów, z upływem których zamawiającemu przysługują kary umowne (§ 8 ust. 6 umowy),
- zamawiający na podstawie zgłoszenia przez wykonawcę, że wady i usterki usunął, ustali ponowny termin odbioru, nie później jednak niż 4 dni od otrzymania informacji (§ 8 ust. 7 umowy),
- przez gotowość do odbioru przedmiotu umowy rozumie się także skompletowanie wszystkich wymaganych przepisami dokumentów, instrukcji eksploatacyjnych, kart gwarancyjnych, wykonanie dokumentacji powykonawczej, inwentaryzacji geodezyjnej itp. (§ 8 ust. 10 umowy),
- potwierdzenie usunięcia wad i usterek wymaga formy pisemnej (§ 8 ust. 12 umowy),
- wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne w wysokości 0,5% wartości przedmiotu umowy brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy, za każdy dzień opóźnienia w oddaniu w terminie przedmiotu umowy i za każdy dzień opóźnienia w terminowym usunięciu stwierdzonych wad (§ 11 ust. 1 lit. b) i c) umowy),
- zamawiający ma prawo potrącenia kar umownych z wynagrodzenia objętego fakturą (§ 11 ust. 3 umowy).

Aneksem nr (...) z 29 maja 2007r., strony zmieniły umowę z 24 stycznia 2007r. między innymi w ten sposób, że określiły, iż zakończenie robót budowlanych i zgłoszenie przez wykonawcę gotowości do odbioru końcowego nastąpi do 30 czerwca 2008 r. (§ 2 aneksu nr (...)).

W dniu 9 stycznia 2008 r., kierownikiem budowy został D. P.. W marcu 2008r., powódka rozpoczęła budowę obiektu w A.. Kierownikiem tej budowy został również D. P.. W związku z tym, powódka wyznaczyła zastępcę kierownika budowy obiektu przy ul. (...), w osobie K. K., który objął swoje obowiązki w dniu 31 marca 2008 r.

Następnie aneksem nr (...) z 22 kwietnia 2008r., strony zmieniły umowę z 24 stycznia 2007r., m. in. w ten sposób, że określiły, iż:

- wykonawca otrzyma wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, określonego w § 1, w kwocie nie wyższej niż 6 891 884,55 zł netto, 1 516 214,60 zł podatku VAT, 8 408 099,15 zł brutto (§ 1 aneksu nr (...)),
- zakończenie robót budowlanych i zgłoszenie przez wykonawcę gotowości do odbioru końcowego nastąpi do dnia 24 grudnia 2008 r. (§ 3 aneksu nr (...)).

Kolejno, aneksem nr (...) z 19 grudnia 2008 r., strony zmieniły umowę z 24 stycznia 2007 r., m. in. w ten sposób, że określiły, iż zakończenie robót budowlanych i zgłoszenie przez wykonawcę gotowości do odbioru końcowego nastąpi do dnia 30 maja 2009r. (§ 1 aneksu nr (...)).

W dniu 28 maja 2009 r., pozwany występujący jako zamawiający, zawarł z pozwaną, występującą jako wykonawca, umowę nr (...), którą to umową zamawiający zlecił, a wykonawca przyjął do wykonania dodatkowe roboty budowlane związane z realizacją zadania inwestycyjnego p.n. Budowa Sali Gimnastycznej przy Gimnazjum nr (...) przy ul. (...).

Zakres rzeczowy robót objętych umową obejmował wykonanie: instalacji elektrycznej oddymiania klatek schodowych, aranżacji gabinetu pielęgniarki szkolnej na łącznik komunikacyjny, montażu drzwi pożarowych, opaski zewnętrznej z płyt chodnikowych, połączenia rury spustowej z kanalizacją deszczową i instalacji wody w natryskowniach (§ 1 umowy) Zamówienie zrealizowane być miało w terminie do 30 maja 2009r. (§ 2 umowy). Do obowiązków wykonawcy należało w szczególności wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z zasadami wiedzy technicznej oraz uporządkowanie terenu budowy i zaplecza po zakończeniu budowy (§ 3 ust. 1 pkt 1 i 10 umowy).

Wykonawca miał powiadomić zamawiającego na piśmie o osiągnięciu gotowości do odbioru końcowego przedmiotu umowy nie mniej niż 1 dzień przed planowanym terminem zakończenia robót; zakończenie wszystkich robót stwierdzi wpisem do dziennika budowy. Brak ustosunkowania się do wpisu w ciągu jednego dnia będzie oznaczało osiągnięcie gotowości do odbioru z dniem wpisu do dziennika budowy (§ 6 ust. 3 umowy). Za zwłokę w wykonaniu robót w terminie określonym w § 2 umowy i za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze robót, wykonawca zobowiązany był do zapłaty kary umownej w wysokości 0,5% wartości umownego wynagrodzenia brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, przy czym w przypadku zwłoki w usunięciu wad, kara umowna należała się za okres od dnia wyznaczonego na usunięcie wad (§ 7 ust. 1 lit. a) i b) umowy). W przypadku, gdyby kary te nie zostały zapłacone przez wykonawcę w terminie 7 dni od daty otrzymania wezwania do ich dobrowolnej zapłaty, zamawiający uprawniony był do ich potrącenia z bieżących należności wykonawcy. Wysokość wynagrodzenia brutto, należnego wykonawcy, wynosiła 99 282,11 zł.

Pismem datowanym na dzień 26 maja 2009 r., powódka zgłosiła pozwanemu zakończenie robót, objętych umową nr (...) i poinformowała go o gotowości do odbioru końcowego. Pismo to zostało złożone do pozwanego w dniu 27 maja 2009 r.

Wpisem do dziennika budowy z 27 maja 2009 r., kierownik budowy stwierdził gotowość obiektu do odbioru. W odpowiedzi, wpisem z 30 maja 2009 r., inspektor nadzoru A. M. (1) nie potwierdził gotowości obiektu do odbioru, wskazując na nieprzedłożenie wszystkich wymaganych dokumentów. Kolejnym wpisem do dziennika budowy, datowanym na dzień 30 maja 2009r., występujący jako kierownik budowy K. K. poinformował, że dokumentacja powykonawcza jest już skompletowana i ponownie zgłosił gotowość do odbioru końcowego budynku sali gimnastycznej przy ul. (...).

Pismem z 2 czerwca 2009 r., stanowiącym odpowiedź na pismo, odebrane w dniu 27 maja 2009r., pozwany powiadomił powódkę, że ze względu na nieprzedłożenie dokumentów, określonych w § 8 pkt 10 umowy, zgłoszenie robót do odbioru jest nieskuteczne oraz, że w wyniku przeprowadzonej kontroli terenu wokół budowy stwierdzono zalegające w znacznej ilości pozostałości materiałów budowlanych, śmieci socjalne * i wszelkiego rodzaju odpady budowlane, nie uprzątnięty silos na cement, nie naprawione ogrodzenie terenu szkoły, nie naprawiony chodnik w ul. (...) w miejscu wjazdu na teren budowy oraz nie naprawiony, uszkodzony przez dźwig pas podrynnowy na budynku szkoły. Pozwany wezwał powódkę do niezwłocznego uporządkowania terenu wokół budowy, przywrócenia zdemontowanego ogrodzenia terenu, naprawienia chodnika ul. (...), wymiany uszkodzonego pasa podrynnowego oraz przedłożenia stosownych dokumentów.

Powódka nie uprzątnęła terenu budowy, pozostawiając na nim resztki materiałów budowlanych, co stwarzało zagrożenie dla bezpieczeństwa uczniów gimnazjum nr (...). Powódka nie przywróciła też ogrodzenia nieruchomości do pierwotnego stanu i nie usunęła ustawionego przez siebie tymczasowego wjazdu na teren budowy z płyt betonowych.

W wykonanym zaś przez powódkę budynku hali sportowej występowały i nadal występują pęknięcia w ścianach i zacieki na suficie.

Pismem z 3 czerwca 2009 r., pozwany powiadomił powódkę o powołaniu komisji odbioru robót na dzień 09 czerwca 2009r., w skład której wchodził przedstawiciel pozwanego, użytkownika obiektu - Gimnazjum nr (...) i powódki, przy udziale inspektorów nadzoru Wydziału Infrastruktury dla Dzielnicy W..

Podczas przeglądu wykonanych robót stwierdzono nieuporządkowanie terenu budowy, a także usterki w zakresie regulacji sufitów podwieszanych, usterki malarskie, konieczność uzupełnienia płytek i fug, umocowania umywalki w pomieszczeniu technicznym, uporządkowania pomieszczenia węzła, wykończenia obudowy klap dymowych i wymiany uszkodzonych drzwi. Ponadto powódka nie dostarczyła pozwanej dokumentów w postaci: zgodnego ze wzorem (...) oświadczenia kierownika budowy o doprowadzeniu do należytego stanu i porządku terenu robót, a ponadto inwentaryzacji geodezyjnej. W związku z tym, w dniu 09 czerwca 2009r., pozwany odmówił dokonania odbioru robót z umów nr (...) oraz nr (...) i przerwał spisywanie protokołu końcowego odbioru robót oraz wyznaczył nowy termin odbioru do dnia 16 czerwca 2009 r.

Również w dniu 9 czerwca 2009 r., inspektor nadzoru A. M. zamieścił w dzienniku budowy wpis, że potwierdza złożenie dokumentów zgodnie z postanowieniami § 8 pkt 10 umowy nr (...).

Pismem z 12 czerwca 2009 r., powódka poinformowała pozwanego, że w tym dniu usunięto usterki, wskazane w trakcie przeglądu odbiorowego z 09 czerwca 2009r. oraz zgłosiła budynek do przekazania Inwestorowi.

W dniu 24 czerwca 2009 r., powódka wystawiła pozwanemu fakturę VAT nr (...), w której określiła wysokość wynagrodzenia, przysługującego jej na podstawie umowy nr (...), na kwotę 1 293 210,04 zł.

Pozwany dokonał ostatecznego odbioru robót w dniu 26 czerwca 2009 r. Komisja odbiorcza pominęła kwestię nieusunięcia tymczasowego wjazdu na teren budowy, bowiem powzięła wiadomość, że w następnym roku remontowana będzie cała ul. (...). W dniu 29 czerwca 2009 r., pozwany wystawił, a następnie doręczył powódce notę księgową nr (...), w której obciążył powódkę kwotą 297 758,34 zł z tytułu kary umownej, wynikającej z umów nr (...) (294 283,47 zł za 7 dni opóźnienia) i z umowy nr (...) (3 474,87 zł za 7 dni opóźnienia). Kwoty te potrącone zostały z należności powódki określonych w fakturach VAT nr (...), wystawionych na wynagrodzenie należne powódce na podstawie umowy nr (...), w kwocie 99 282,18 zł brutto. W rezultacie, z żądanych przez powódkę wynagrodzeń, pozwany nie wypłacił powódce łącznej kwoty 297 758,34 zł.

Mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne Sąd Okręgowy uznał, że powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosząc się do stanowiska powódki, jakoby pozwany uchybił umownym terminom dokonania odbioru, Sąd Okręgowy stwierdził, że stanowisko powódki w tym zakresie było błędne.

Jak wskazał Sąd Okręgowy, końcowy odbiór określonego w umowie z 24 stycznia 2007 r. nr (...) budynku, z całą pewnością nie stanowił odbioru niektórych tylko robót, a zwłaszcza robót zanikających lub ulegających zakryciu. Z drugiej zaś strony, do wykonania omawianego odbioru konieczne było powołanie komisji z udziałem osób trzecich, zwłaszcza użytkownika budynku.

Tym samym w ocenie Sądu I instancji zgodnie z § 5 ust. 3 umowy z 24 stycznia 2007r., odbiór ten powinien zostać dokonany przez pozwanego w terminie do siedmiu dni od dnia zgłoszenia, względnie pozwany powinien w tym terminie odmówić odbioru lub zgłosić uwagi. Przepis ten nie mógł być jednak wykładany w oderwaniu od treści § 8 umowy, zatytułowanego Odbiór robót, zgodnie z którym najpierw nastąpić powinno potwierdzenie gotowości do odbioru, przez inspektora nadzoru, w terminie dwóch dni od daty powiadomienia o gotowości do odbioru, natomiast w ciągu siedmiu dni od daty potwierdzenia gotowości do odbioru zamawiający wyznaczy datę i rozpocznie czynności odbioru (§ 8 ust. 3 i 4 umowy).

Określając początkowy moment biegu terminu do odbioru robót Sąd Okręgowy miał także na uwadze fakt, że o osiągnięciu gotowości do odbioru wykonawca miał obowiązek powiadomić zamawiającego na piśmie (§ 8 ust. 2 umowy z dnia 24 stycznia 2007r.).

Zdaniem Sądu Okręgowego takiego wymogu formalnego nie spełniał zaś wpis kierownika budowy, zamieszczony w dzienniku budowy. Dziennik budowy stanowi bowiem urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót, prowadzony w celu złożenia go stosownym organom administracyjnym (art. 45 ust. 1 w zw. z art. 57 ust. 1 ustawy z 07 lipca 1994 r. - Prawo budowlane - Dz. U. Nr 89 poz. 414 ze zm., dalej zwana pr. bud.), a nie środek przekazywania pisemnych oświadczeń między stronami umowy o roboty budowlane.

W tym zakresie Sąd Okręgowy odwołał się do treści art. 42 ust. 2 pkt 1 w zw. z ust. 1 pr. bud. wskazując, że wpis w dzienniku budowy pochodzi od kierownika budowy, jako osoby fizycznej pełniącej tę funkcję, a nie od inwestora, którego rola sprowadza się do zapewnienia objęcia kierownictwa budowy, co oznacza, że - w braku w umowie nr (...) szczególnych postanowień (jak np. § 6 ust. 3 umowy (...)) - pozwany nie miał podstaw do przyjęcia, iż wpis w dzienniku budowy, jest oświadczeniem powódki. Za pisemne powiadomienia o osiągnięciu gotowości do odbioru Sąd Okręgowy uznał zatem wyłącznie dwa pisma powódki: pismo złożone w dniu 27 maja 2009 r. i pismo z 12 czerwca 2009 r.

Sąd Okręgowy wskazał jednak, że przed upływem siedmiodniowego terminu, liczonego od złożenia przez powódkę pisma w dniu 27 maja 2009 r., pismem z 02 czerwca 2009 r., pozwany uznał zgłoszenie robót do odbioru za nieskuteczne i zgłosił szereg uwag co do niewłaściwego wykonania zobowiązania przez powódkę, a zatem nie można było uznać, że w tym przypadku doszło do upływu terminu, który to upływ skutkowałby uznaniem robót za odebrane bez zastrzeżeń.

Dopiero pismo powódki z 12 czerwca 2009 r. nie spotkało się, w przepisany terminie, z jakąkolwiek reakcją pozwanego, co oznacza, że roboty uznać należało za odebrane bez zastrzeżeń - i to ze skutkiem od końca dnia 19 czerwca 2009 r., bowiem umowa z 24 stycznia 2007 r. nie zawierała regulacji, analogicznej do § 6 ust. 3 umowy z 28 maja 2009 r., wedle której osiągnięcie gotowości do odbioru następowaloby ze skutkiem na datę zawiadomienia.

Oceniając czy powódka popadła w opóźnienie w oddaniu w terminie przedmiotu umowy lub w terminowym usunięciu stwierdzonych wad Sąd Okręgowy wskazał iż zgodnie z treścią § 11 ust. 1 lit. b) umowy z 24 stycznia 2007r. karę umowną liczyć należało za każdy dzień opóźnienia w zakończeniu robót budowlanych i zgłoszeniu przez wykonawcę gotowości do odbioru końcowego. Rzeczywista gotowość do odbioru końcowego istniałaby natomiast tylko wtedy, gdyby wykonawca, oprócz niewadliwego wykonania całości umówionych robót budowlanych, doprowadził plac budowy oraz teren stanowiący zaplecze budowy do stanu przewidzianego w projekcie, a nadto złożył wszelkie wymagane dokumenty (§ 2 ust. 2 lit. d) i § 6 ust. 25 i 27 umowy). Wszystko to nastąpić powinno do dnia 30 maja 2009 r. (§ 1 aneksu nr (...)).

W ocenie Sądu Okręgowego przedmiotowemu terminowi powódka niewątpliwie uchybiła. W szczególności aż do końca dnia 19 czerwca 2009 r., który to termin - jak już wyjaśniono - musi być uznany za moment odebrania robót w całości bez zastrzeżeń, powódka nie uprzątnęła terenu budowy, nie naprawiła ogrodzenia, nie usunęła wszystkich usterek i nie dostarczyła pozwanej dokumentów w postaci: zgodnego ze wzorem (...) oświadczenia kierownika budowy o doprowadzeniu do należytego stanu i porządku terenu robót, a ponadto inwentaryzacji geodezyjnej.

Wskazując na treść § 8 umowy z 24 stycznia 2007 r., w ocenie Sądu Okręgowego przystąpienie zamawiającego do odbioru przedmiotu umowy w ustalonych okolicznościach faktycznych, nastąpiło dopiero w dniu 09 czerwca 2009 r.

Konsekwentnie zatem, Sąd Okręgowy ocenił, że w okresie 1 i 2 czerwca 2009 r. powódka pozostawała w opóźnieniu w oddaniu w terminie przedmiotu umowy, zaś od 9 czerwca 2009 r. do końca dnia 19 czerwca 2009 r. - w opóźnieniu w terminowym usunięciu stwierdzonych wad.

Tym samym na podstawie § 11 ust 1 lit. b) i c) umowy z 24 stycznia 2007r., powódka powinna zapłacić pozwanemu karę umowną w wysokości po 0,5% wartości przedmiotu umowy brutto za każdy dzień - za okres łącznie nie krótszy, niż przyjęte przez pozwanego 7 dni.

Odnosząc się natomiast do umowy nr (...) z 28 maja 2009r., Sąd Okręgowy stwierdził, że nie zostało wykazane, czy, a jeżeli tak, to kiedy powódka dokonała odrębnego przedstawienia do odbioru końcowego robót, objętych tą tylko umową. W każdym razie, w protokole z 9 czerwca 2009 r. - podpisanym przez osoby wyznaczone przez powódkę - pozwany odmówił dokonania odbioru robót także i z tej umowy. Pisemne zawiadomienie powódki z 12 czerwca 2009 r. o usunięciu usterek odnosiło się zaś zbiorczo do usterek wskazanych w protokole z 09 czerwca 2009r. i nie zawiera zastrzeżenia, że zdaniem powódki roboty z umowy nr (...) zostały wykonane właściwie i w całości już na dzień sporządzenia protokołu.

Sąd Okręgowy podkreślił też, że ze względu na ścisły związek obu umów, niektóre ze stwierdzonych uchybień powódki powinny zostać zakwalifikowane jako naruszenie obu umów. Chodzi tu zwłaszcza o nieuporządkowanie terenu budowy (§ 3 ust. 1 pkt 10 umowy z 28 maja 2009r.). W ocenie Sądu powódka już w chwili zawierania umowy, z jej literalnej treści, dowiedzieć się mogła, że realizować będzie zadanie związane z budową sali gimnastycznej przy gimnazjum. Będąc zaś przedsiębiorcą profesjonalnie zajmującym się wykonywaniem robót budowlanych, w ramach obowiązujących ją reguł należytej staranności w działaniu, powinna zdawać sobie sprawę, jak istotne znaczenie, ze względu na wymogi bezpieczeństwa, ma dokładne uporządkowanie terenu budowy obiektu, przeznaczonego do używania przez młodzież.

Brak było zatem podstaw by przyjąć, że powódka wykonała istotną część swojego zobowiązania wobec pozwanego.

Zdaniem Sądu Okręgowego umowa nr (...) nie zawierała regulacji, umożliwiającej uznanie wad za usunięte w przypadku biernego zachowania zamawiającego po powiadomieniu go przez wykonawcę o usunięciu tych wad. Nawet gdyby przyjąć, że należało odpowiednio zastosować § 6 ust. 3 in fine umowy, brak było w ocenie Sądu I instancji danych, by po dniu 9 czerwca 2009 r. doszło do wpisania w dzienniku budowy stwierdzenia usunięcia wad, co z kolei oznaczało, że łączny okres zwłoki powódki w wykonaniu robót, określonych w umowie nr (...) i okres zwłoki w usunięciu wad, stwierdzonych przy odbiorze przedmiotowych robót nie był krótszy niż przyjęte przez pozwanego 7 dni. Na podstawie § 7 ust. 1 lit. a) i b) wskazanej umowy powódka powinna zapłacić pozwanemu karę umowną w wysokości po 0,5% wartości przedmiotu tej umowy brutto za każdy dzień.

Tym samym Sąd Okręgowy stwierdził, że dokonane przez pozwanego potrącenie kar umownych z należności, objętych wystawionymi przez powódkę fakturami VAT, było w oparciu o § 11 ust. 3 umowy nr (...) i § 7 ust. 2 umowy nr (...) w zw. z art. 498 § 1 w zw. z art. 499 k.c., w całości uprawnione. W konsekwencji uznając, że pozwany nie miał obowiązku zapłacenia powódce dochodzonej przez nią należności, Sąd Okręgowy powództwo oddalił.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód, który zaskarżając przedmiotowe orzeczenie w części tj. co do oddalenia powództwa w kwocie 148.879,17 zł, zarzucił Sądowi I instancji naruszenie prawa materialnego tj. art. 484 § 2 k.c. poprzez brak rozpoznania zawartego w pozwie wniosku o miarkowanie naliczonych przez pozwanego kar umownych.

Podnosząc powyższe skarżący wniósł o zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kwoty 148.879,17 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 21 lipca 2009 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie kosztów procesu. Ewentualnie, wniósł o uchylenie orzeczenia w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja jest zasadna a zarzut naruszenia art. 484 par.2 kc trafny.

Skarżący w apelacji nie zakwestionował ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd I instancji, z tych względów Sąd Apelacyjny wyrokował na ich podstawie.

Sąd I instancji oddalając powództwo w całości , a zatem także co do miarkowania kary , nie zawarł jedynie w uzasadnieniu motywów oddalenia żądania w tym zakresie. Nie można zatem zgodzić się ze skarżącym , że brak w tym zakresie rozstrzygnięcia Sądu.

Zastrzeżenie kary umownej ułatwia wierzycielowi realizację jego uprawnień z tytułu niewykonania lub nienależytego zobowiązania, ponieważ może on dochodzić jej zapłaty bez względu na wysokość poniesionej szkody. W razie zastrzeżenia kary umownej i wystąpienia okoliczności jej zapłaty, to obowiązek ten obciąża dłużnika niezależnie od wykazania szkody wywołanej przyczynami uzasadniającymi jej naliczenie. Obowiązek zapłaty ma w tym wypadku charakter bezwzględny. Nie znajduje zatem uzasadnienia łączenie obowiązku zapłacenia umówionej kary umownej z przesłanką powstania szkody. Kara umowna ma rekompensować ogół skutków, jakie towarzyszą niewykonaniu zobowiązania w sferze interesów wierzyciela.

Wzgląd na autonomię woli podmiotów sprawia, iż przyczyny, dla których zastrzeżono karę umowną, mogły zmierzać do zaspokojenia wszelkich, znanych tylko wierzycielowi, interesów. Zastrzeżenie kary umownej na wypadek zajścia zdarzeń, które uzasadniają żądanie jej zapłaty, z jednej strony zabezpiecza interes wierzyciela, a z drugiej rodzi ryzyko niepokrycia otrzymaną karą strat, jakie wierzyciel ponosi z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Obowiązujące przepisy, w razie zastrzeżenia kary umownej, uniemożliwiają żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość kary umownej (wyrok SN z 7 kwietnia 1981 r., IV CR 91/81, OSP 1982, z. 5, poz. 67).

Kara umowna za nienależyte wykonanie zobowiązania należy się wierzycielowi w razie jej zastrzeżenia, gdy świadczenie zostało wprawdzie spełnione przez dłużnika, ale w sposób nienależyty, tzn. gdy zaistniała rozbieżność między zakresem zaspokojenia wierzyciela przewidzianym w treści zobowiązania a zaspokojeniem uzyskanym w rzeczywistości. Rozbieżność ta może dotyczyć takich elementów wykonania należytego, jak termin świadczenia, wykonawca świadczenia, miejsce świadczenia czy jakość świadczenia.

Natomiast przepis art. 484 § 2 k.c. zezwala na obniżenie wysokości kary umownej na żądanie dłużnika, jeżeli zobowiązanie jest w znacznej części wykonane albo gdy kara umowna jest rażąco wygórowana, czyli wówczas, gdy w przekonaniu organu orzekającego istnieje dysproporcja między poniesioną szkodą a wysokością kary umownej. (M. B., Przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody a wysokość kary umownej (w:) Ars et usus. Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Stanisława Rudnickiego, Warszawa 2005). Obie przesłanki są równorzędne, stąd wystąpienie którejkolwiek z nich uzasadnia miarkowanie kary umownej .

Miarkowanie kary umownej w trybie art. 484 § 2 k.c. na żądanie dłużnika należy do tzw. prawa sędziowskiego, zaś regulacja tego przepisu nie zawiera jakichkolwiek wyłączeń. Przepis ten mający charakter normy ogólnej może wchodzić w grę w każdym przypadku, gdy w świetle oceny określonego stanu faktycznego, można mówić o tym, że kara umowna w zastrzeżonej wysokości wydawać się będzie nieadekwatną.

Przekładając powyższe na przedmiotową sprawę wskazać należy , że pozwany nałożył na powoda karę umowną , potrącając ją z należnego powodowi wynagrodzenia za opóźnienie w oddaniu w terminie przedmiotu umowy oraz za opóźnienie w usunięciu stwierdzonych usterek.

Powód podnosił natomiast , że spełnione zostały obie przesłanki albowiem zobowiązanie zostało wykonane w całości a nałożona kara umowna w jego ocenie jest zarówno wygórowana.

Jeśli idzie o pierwszą z przesłanek to wskazać należy ,że przed końcowym odbiorem robót wykonanych przez powoda pozwany dokonując przeglądu wykonanych robót w zakresie umowy na budowę Sali gimnastycznej stwierdził zalegające w znacznej ilości pozostałości materiałów budowlanych na terenie budowy , śmieci socjalne i wszelkiego rodzaju odpady budowlane, nie uprzątnięty silos na cement, nie naprawione ogrodzenie terenu szkoły, nie naprawiony chodnik w ul. (...) w miejscu wjazdu na teren budowy oraz nie naprawiony, uszkodzony przez dźwig pas podrynnowy na budynku szkoły. Natomiast w zakresie drugiej umowy stwierdził usterki w zakresie regulacji sufitów podwieszanych, usterki malarskie, konieczność uzupełnienia płytek i fug, umocowania umywalki w pomieszczeniu technicznym,

uporządkowania pomieszczenia wężła, wykończenia obudowy klap dymowych i wymiany uszkodzonych drzwi. Stwierdzone wady spowodowały nieznaczne opóźnienie w oddaniu w terminie przedmiotu umowy a następnie doszło do opóźnienia w usunięciu stwierdzonych wad.

Na bazie powyższego w ocenie Sądu Apelacyjnego i w kontekście przedmiotu umów a zwłaszcza umowy na budowę Sali gimnastycznej w uzgodnionym terminie wywiązał się ze zobowiązania niemal w całości. Nie wykonał bowiem jedynie obowiązku doprowadzenia po zakończeniu robót placu budowy oraz terenu stanowiącego zaplecze budowy do stanu przewidzianego w projekcie. Nadto w ocenie Sądu Apelacyjnego nienależyte wykonanie zobowiązania nie dotyczyło bezpośrednio budowy Sali gimnastycznej, której wykonanie w całości nastąpiło w terminie i wybudowany obiekt można było użytkować zgodnie z jego przeznaczeniem. Już tylko z tych względów żądanie miarkowania kary poprzez jej obniżenie o 50% należy za uzasadnione.

Jeśli idzie o drugą przesłankę Kodeks cywilny nie zawiera wskazówek co do stanów faktycznych podlegających pod hipotezę regulacji art. 484 § 2 k.c. w zakresie przesłanki "rażąco wygórowanej kary", nie wskazuje okoliczności mogących mieć wpływ na ocenę jej zaistnienia, pozostawiając ich ustalenie uznaniu sędziowskiemu uwzględniającemu okoliczności konkretnej sprawy (tak też wyrok s.apel. w Katowicach z dn17 grudnia 2008r. V ACa 483 / 08).

"Rażąco wygórowanie" jako okoliczność uzasadniająca miarkowanie kary umownej musi być postrzegana jako porównanie rozmiaru poniesionej szkody w wyniku naruszenia zobowiązania w stosunku do wysokości zastrzeżonej kary umownej (B. Księżopolski, Uwagi o miarkowaniu kar umownych w obrocie uspołecznionym, PiP 1970, z. 3-4, s. 520). Trzeba jednak zastrzec, że sama dysproporcja, nawet znaczna, nie uzasadnia zarzutu o rażącym wygórowaniu kary umownej (J. Jastrzębski, glosa do uchwały SN z 6 listopada 2003 r. III CZP 61 / 03). Z dużym prawdopodobieństwem należy przyjąć, że stan "rażącego wygórowania" zaistnieje wtedy, gdy dłużnik nie wykona zobowiązania lub wykonana je nienależyte, a wierzyciel nie poniesie szkody. Zdaniem Sadu Apelacyjnego taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie. Z odbioru końcowego robót wynika, że ostatecznie doszło do wykonania zobowiązania zgodnie z umową a zatem pozwany nie poniósł szkody. Także opóźnienie w wykonaniu zobowiązania nie spowodowało u pozwanego szkody albowiem odbiór robót nastąpił w czerwcu a zatem tuż przed okresem wakacyjnym, kiedy to sala z uwagi na ten okres nie byłaby użytkowana.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny zmienił na podstawie art. 386 par1 kpc zaskarżony wyrok rozstrzygając o kosztach postępowania na podstawie art. 100 kpc wobec częściowego, równego uwzględnienia żądań stron.