

Sygn. akt VIII GC 392/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 października 2016 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie Wydział VIII Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Agnieszka Kądziołka

Protokolant: Jarosław Bogdański

po rozpoznaniu w dniu 11 października 2016 r. w Szczecinie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w S.

przeciwko J. S.

o zapłatę

I. zasądza od pozwanej J. S. na rzecz powódki (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w S. kwotę 10.000 zł (dziesięć tysięcy złotych) z odsetkami w wysokości odsetek ustawowych od dnia 31 lipca 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz w wysokości odsetek ustawowych za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;

II. oddala powództwo w pozostałym zakresie;

III. pozostawia szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu z zastosowaniem zasady odpowiedzialności za wynik postępowania przy założeniu, że powódka wygrała sprawę w 5%.

Sygn. akt VIII GC 392/14

UZASADNIENIE

Powódka (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w S. wniosła pozew przeciwko J. S. o zapłatę kwoty 197.415 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 31 lipca 2014 r. do dnia zapłaty, a także domagała się zasądzenia na jej rzecz kosztów procesu.

Uzasadniając pozew powódka wskazała, że łączyła ją z pozwaną (jako podwykonawcą) umowa o wykonanie robót budowlanych polegających na wykonaniu elewacji budynku w Ś., wynagrodzenie pozwanej miało wynieść 150.000 zł, a roboty te miały zostać zakończone dnia 30 października 2011 r. Prace zostały jednak odebrane dopiero dnia 15 grudnia 2011 r. z dniem 25 listopada 2011 r. (po 25 dniach opóźnienia). Ponadto prace zostały wykonane wadliwie, a powódka wyznaczyła termin na usunięcie wad i niezgodności wskazanych w protokole do dnia 15 maja 2012 r. Pozwana jednak tego nie uczyniła, dnia 27 lipca 2012 r. powódka naliczyła pozwanej karę umowną za 55 dni opóźnienia, ostatecznie naliczyła karę za 107 dni opóźnienia w wysokości 1% wynagrodzenia (150.000 zł) powiększonego o podatek VAT – w sumie w kwocie 197.415 zł.

Pozwana złożyła odpowiedź na pozew, w której wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie na jej rzecz kosztów procesu.

Uzasadniając swoje stanowisko pozwana przyznała, że zawarła umowę z powódką, jednakże podniosła, iż wbrew twierdzeniom powódki oraz postanowieniom umowy materiały wykorzystane do jej realizacji zostały wybrane i zakupione przez powódkę – to zaś miało wpływ na jakość wykonanych robót. Wskazała też, że strony zawarły aneks do umowy, którym postanowiły, że powódka zakupi materiały o wartości 51.555,43 zł, w związku z czym wynagrodzenie pozwanej wyniesie 98.444,57 zł netto. Pozwana z tego wywodziła, że już wobec tego karę umowną, o ile miałyby być zasadnie naliczona, należałoby liczyć od wynagrodzenia w wysokości 98.444,57 zł. Podniosła też, że do kary umownej nie można według niej doliczyć podatku VAT. Co więcej to powódka - zdaniem pozwanej - z opóźnieniem dostarczyła zakupione przez siebie materiały, a zatem to powódka spowodowała opóźnienie w wykonaniu robót. Pozwana nie zgodziła się też i z tym, że rzeczywiście wystąpiły wszystkie z wad wskazanych w protokołach, część z tych prac była bowiem wykonywana nie przez pozwaną, lecz przez pracowników powódki. Wobec tego pozwana twierdziła, że wykonała w określonym jej terminie usunięcie tych wad, za które ponosiła odpowiedzialność. Tym niemniej pozwana podniosła też, że powódka oprócz wyznaczenia terminu na usunięcie wad i usterek zleciła także pozwanej wykonanie robót dodatkowych, co również wpłynęło na termin usunięcia wad.

Niezależnie od tego pozwana podniosła również, iż wady i usterki w zakresie prac przy elewacji budynku nie wynikały w rzeczywistości z ich wadliwego wykonania przez pozwaną, ale przede wszystkim z wadliwie wykonanej usługi piaskowania – przygotowania podłoża pod elewację przez przedsiębiorstwo (...).

Niezależnie od zarzutów podniesionych w celu odpierania powództwa co do zasady pozwana podniosła także zarzut miarkowania kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.p.c. z uwagi na wykonanie zobowiązania oraz z uwagi na to, że naliczona kara jest rażąco wygórowana.

Na rozprawie w dniu 13 października 2015 r. pełnomocnik powódki sprecyzował, że żądaniem pozwu objęta jest kara umowna naliczona za 107 dni – za okres od dnia 16 maja 2012 r. do dnia 30 sierpnia 2012 r.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w S. i J. S., działająca pod firmą P.H.U. (...), są przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą w zakresie wykonywania robót budowlanych.

W prowadzeniu przedsiębiorstwa (...) reprezentowana jest przez swojego męża B. S..

Spółka (...) w 2011 r. i w 2012 r. realizowała w Ś. roboty budowlane przy remoncie zabytkowej willi, jako wykonawca na rzecz inwestora (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ś..

Budynek, którego prace remontowe objęte były umową z dnia 30 sierpnia 2011 r., jest budynkiem zabytkowym.

Fakty niesporne.

Przed remontem budynek był zaniedbany, miał powybijane niektóre okna, nie nadawał się do użytku.

Dowody: zdjęcia (k. 51).

Remont budynku objętego umową z dnia 30 sierpnia 2011 r. był częścią większego przedsięwzięcia budowlanego, obejmującego zagospodarowanie terenu działki oraz wzniesienie na niej jeszcze trzech budynków hotelowych.

Inspektorem nadzoru, zatrudnionym przez inwestora, został A. M. (1).

Kierownikiem budowy, zatrudnionym przez spółkę (...), został Z. B. (1).

Dowody: zeznania świadka A. M. (1)(k. 189-190, 193;

zeznania świadka Z. B. (1) (k. 146-147v, 148);

przesłuchanie prezesa zarządu komplementariusza powódki K. S. (k. 302-304v, 306).

Dnia 30 sierpnia 2011 r. spółka (...), reprezentowana przez prezesa zarządu komplementariusza K. S., jako wykonawca, zawarła z J. S., jako podwykonawcą, umowę, na mocy której podwykonawca miał wykonać (stosownie do § 1) roboty branży ogólnobudowlanej polegające na wykonaniu elewacji budynku V. z materiałów podwykonawcy w zakresie i technologią wykonania zgodnymi z dokumentacją projektową, stanowiącą załącznik nr 1, ofertą podwykonawcy stanowiącą załącznik nr 2, listą materiałów dostarczanych przez wykonawcę stanowiącą załącznik nr 3 oraz harmonogramem robót stanowiącym załącznik nr 4.

Zgodnie z § 2 umowy podwykonawca miał rozpocząć roboty dnia 30 sierpnia 2011 r., a zakończyć dnia 31 października 2011 r. Nadto wskazano, że strony jako termin zakończenia robót rozumieją dzień, w którym wykonawca dokona protokolarnego odbioru końcowego bez usterek i żadnych zastrzeżeń.

W § 4 ust. 9 postanowiono, że podwykonawca zapewni kierownika robót, w osobie B. S., z kompetencjami do podejmowania decyzji dotyczących realizacji przedmiotu umowy, pełniącego bezpośredni nadzór nad podległymi mu pracownikami.

W § 7 umowy, zatytułowanym "materiały", strony postanowiły, że koszty materiałów użytych do wykonania niniejszej umowy ponosi podwykonawca i wykonawca zgodnie z załącznikiem nr 3 i są one wyliczone w wynagrodzenie określone w § 8 w zakresie wskazanym załączniku.

Wynagrodzenie podwykonawcy zostało określone w § 9 ust. 1 ryczałtowo na kwotę 150.000 zł netto, za wykonanie robót będących przedmiotem niniejszej umowy oraz za wszystkie materiały i środki produkcji dostarczone przez podwykonawcę, a niezbędne do wykonania robót.

W § 11 ust. 1 umowy wskazano, że wykonawca będzie przystępował do odbiorów poszczególnych etapów robót w terminie nie dłuższym niż 3 dni od momentu pisemnego zgłoszenia przez wykonawcę gotowości robót do odbioru, z kolei w § 11 ust. 3 zapisano, że wykonawca przystąpi do odbioru końcowego nie później niż w terminie 7 dni od daty pisemnego zgłoszenia przez podwykonawcę gotowości robót do odbioru.

W § 15 umowy ustanowiono kary umowne: w § 15 ust. 3 wskazano, że podwykonawca zapłaci wykonawcy karę umowną w wysokości 1% wartości wynagrodzenia brutto dziennie za każdy dzień opóźnienia zakończenia robót w stosunku do terminu zakończenia robót, natomiast w § 15 ust. 4 umowy wskazano, że podwykonawca zapłaci wykonawcy karę umowną w wysokości 1% wartości wynagrodzenia brutto za nieterminowe usunięcie wad i usterek, do usunięcia których podwykonawca jest zobowiązany z tytułu udzielonej gwarancji lub rękojmi, za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminu, w którym miało nastąpić usunięcie wady lub usterki.

Dowód: umowa z 30.08.2011 r. (k. 10-13v).

Zgodnie z powołanym w § 1 ust. 1 umowy **załącznikiem nr 2** – Ofertą Podwykonawcy – szczegółowy zakres prac podwykonawcy określono jako: „Renowacja elewacji V.:

- a. przygotowanie podłoża – usunięcia z muru odpadającego tynku,
- b. oczyszczenie ścian,
- c. neutralizacja soli,
- d. gruntowanie powierzchni,
- e. uzupełnienie boni,
- f. renowacja gzymsu oraz elementów ceramicznych i ozdobnych,

- g. wyrównanie i naprawa powierzchni – naprawa wyłomów i uszkodzeń,
- h. renowacja i odtworzenie uszkodzonych i zniszczonych elementów wystroju architektonicznego elewacji,
- i. malowanie elewacji,
- j. renowacja istniejącej balustrady tarasu: oczyszczenie, uzupełnienia, zagruntowanie z malowaniem,
- k. obróbki blacharskie w kolorze zgodnym z dokumentacją projektową,
- l. renowacja istniejących schodów wewnętrznych,
- m. montaż daszków systemowych nad wejściem,
- n. obrzeża betonowe wraz z wykonaniem opaski żwirowej,
- o. wykonanie obmurówki wieńca dachu pod montaż gzymsu pasowego,
- p. montaż 3 szt. elementów dekoracyjnych ceramicznych na naczółkach,
- q. wykonanie 2 szt. daszków małych w komplecie z obróbkami, pokryciem blachą.

Z kolei zgodnie z powołanym w § 1 ust. 1 umowy **załącznikiem nr 3** do umowy, zatytułowanym "Lista materiałów",

– wykonawca miał dostarczyć: daszki szklane, balustrady, rusztowanie,

– podwykonawca miał dostarczyć:

1) całość materiałów do wykonania renowacji elewacji, w tym w szczególności: środki czyszczące i do gruntowania, zaprawę i materiał do renowacji, chemię budowlaną, tynk podkładowy i renowacyjny, szpachle cementowe i naprawcze, farbę elewacyjną, blachę do obróbek,

2) a także materiał do naprawy tynków: K. Presto.

Fakt niesporny: dokument obejmujący załączniki nr 2 i 3 do umowy z 30.08.2011 r. (k. 14) został złożony przez stronę powodową, strona pozwana przyznała, że strony umowy się tak jak w załącznikach nr 2 i 3 (protokół rozprawy z 30.08.2016 r. - karta 304 verte).

B. S. – małżonek J. S. – na budowie występował w podwójnej roli: z jednej strony był kierownikiem robót zatrudnionym przez spółkę (...) i w tym charakterze kierował jej pracownikami, z drugiej strony był pełnomocnikiem J. S. (osobą podejmującą w jej imieniu wszystkie decyzje na budowie i kierującą jej pracownikami) w zakresie prac wykonywanych przez przedsiębiorstwo (...), która była podwykonawcą spółki (...).

Fakty niesporne.

Spółka (...) realizowała inwestycję także z udziałem innych niż J. S. podwykonawców.

Jednym z podwykonawców spółki (...) był G. S. (1), któremu zlecono prace kamieniarskie i częściowo konserwatorskie, realizowane poza terenem budowy zabytkowej willi.

J. S. jako przedsiębiorca prowadzący działalność pod firmą (...) wykonywała również prace na rzecz podwykonawców spółki (...) w zakresie różnych innych robót realizowanych w ramach tej inwestycji, jako dalszy podwykonawca. Między innymi na zlecenie G. S. (1) J. S. jako (...) wykonywała prace przy wylewaniu fundamentów fontanny.

Dowody: zeznania świadka G. S. (2) (k. 261, 262);

przesłuchanie prezesa zarządu komplementariusza powódki K. S. (k. 302-304v, 306).

Na początku prac przy elewacji budynku zabytkowej willi Z. B. (1) – kierownik budowy zatrudniony przez spółkę (...) – reprezentując swojego syna K. B. (prowadzącego własną działalność gospodarczą) zawarł z B. S. – reprezentującym swoją żonę J. S. – ustną umowę, na podstawie której przedsiębiorstwo (...) miało wykonać na rzecz firmy (...) piaskowanie elewacji (w celu oczyszczenia powierzchni budynku przed przystąpieniem do dalszych prac elewacyjnych).

Ostatecznie Z. B. (1) i B. S. umówili się, że za wykonane w ramach tej umowy prace K. B. zapłaci spółka (...), a następnie rozliczy to potrącając z wynagrodzenia należnego J. S..

Dowód: zeznania świadka Z. B. (1) (k. 146-147v, 148);

wykaz "(...) do potrącenia" z pokwitowaniem B. S. (k. 47).

(...) budowlane zamawiał dla potrzeb całej budowy B. S. jako kierownik robót spółki (...). Faktury za dostarczone na budowę materiały budowlane wystawiane były na rzecz spółki (...), która realizowała wynikające z nich płatności.

W pewnym momencie reprezentanci spółki (...) zorientowali się, że wśród faktur VAT, wystawianych na rzecz spółki (...), znajdują się nie tylko faktury za materiały, które w ramach realizacji swojego zadania miała zakupić spółka (...), ale także faktury za materiały do wykonania elewacji, które zgodnie z umową z 30 sierpnia 2011 r. miała zakupić J. S..

Spółka (...) zapłaciła za materiały zamówione przez B. S. oraz umówiła się z nim taki sposób, że zakup ten spowoduje pomniejszenie o kwotę wydatkowaną na materiały użyte przez przedsiębiorstwo (...) wynagrodzenia należnego zgodnie z umową J. S..

B. S. ani nikt inny w ramach przedsiębiorstwa (...) nie zgłaszał spółce (...) uwag co do doboru materiałów, które miałyby być wykorzystywane w ramach robót objętych umową J. S..

Dowody: faktura nr (...) (k. 40);

faktura nr (...) (k. 41);

faktura nr (...) (k. 42);

faktura nr (...) (k. 43);

faktura nr (...) (k. 44);

faktura nr (...) (k. 45);

wykaz "(...) do potrącenia" z pokwitowaniem B. S. (k. 47);

zeznania świadka Z. B. (1) (k. 146-147v, 148);

zeznania świadka A. M. (1) (k. 189-190, 193);

przesłuchanie prezesa zarządu komplementariusza powódki K. S. (k. 302-304v, 306).

W czasie trwania realizacji robót K. S. - prezes zarządu komplementariusza spółki (...), tj. (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością - w czasie wizyty na budowie zauważył, że pracownicy spółki (...) zostali skierowani przez kierownika robót B. S. do prac budowlanych w obrębie daszków, których wykonanie zgodnie z załącznikiem nr 2 do umowy z dnia 30 sierpnia 2011 r. należało do J. S..

K. S. postanowił, że obciąży przedsiębiorstwo (...) również kosztami zatrudnienia tych pracowników, za czas pracy na rzecz J. S..

Dowód: przesłuchanie prezesa zarządu komplementariusza powódki K. S. (k. 302-304v, 306);

wykaz "(...) do potrącenia" z pokwitowaniem B. S. (k. 47).

Dnia 14 grudnia 2011 r. spółka (...), reprezentowana przez B. S., zawarły aneks nr (...) do umowy z dnia 30.08.2011 r., którym zmieniły brzmienie § 7 ust. 4 oraz § 9 ust. 1 umowy.

Nowy § 7 ust. 4 otrzymał brzmienie :

Wykonawca dostarczył podwykonawcy materiały do wykonania prac elewacyjnych o łącznej wartości 51.555,43 zł netto.

Nowy § 9 ust. 1 otrzymał brzmienie :

Z uwagi na wartość materiałów dostarczonych przez wykonawcę, do dostarczenia których zobowiązany był podwykonawca, uległo zmianie wynagrodzenie podwykonawcy, zgodnie z brzmieniem jak poniżej. Za wykonanie robót będących przedmiotem niniejszej umowy oraz za wszystkie materiały i środki produkcji dostarczone przez podwykonawcę, a niezbędne do wykonania robót, podwykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 98.444.57 zł netto.

W aneksie zapisano również, że pozostałe zapisy umowy pozostały bez zmian. Zapisano również, że aneks został sporządzony w dwóch jednobrzmiących egzemplarzach, po jednym egzemplarzu dla każdej ze stron.

Dowód: aneks nr (...) do umowy z 30.08.2011 r. (k. 39).

Egzemplarz aneksu dla podwykonawcy został podpisany przez K. S. - prezesa zarządu komplementariusza spółki komandytowej, tj. (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Dowód: aneks nr (...) do umowy z 30.08.2011 r. (k. 39).

Egzemplarz aneksu dla (...) sp. z o.o. spółki komandytowej został podpisany przez J. S..

Fakt przyznany przez K. S. - prezesa zarządu komplementariusza powódki (k. 302).

Sporządzone zostało zestawienie należności obejmujących kwotę 51.555,43 zł netto, o którą obniżono aneksem wynagrodzenie dla J. S.. Wśród tych należności, określonych jako "(...)M do potrącenia netto", wymienione zostały:

- materiały elewacja (...) od B. - (...),68

- piaskowanie elewacji Z. B. - (...)

- (...),34

- farby (...) (...),21

- farby T. Willa - (...),27

- pracownicy K. przy daszkach - (...),40

- faktura B. (...),00

(...) do potrącenia netto" - 51 555,43

B. S. pokwitował doręczenie wykazu "(...) do potrącenia" składając swój podpis oraz adnotację o treści: "otrzymałem, 16.XI 2011".

Dowody: wykaz "(...) do potrącenia" z pokwitowaniem B. S. (k. 47);

przesłuchanie pozwanej J. S. (k. 191, 193).

Dnia 15 grudnia 2011 r. sporządzono protokół odbioru końcowego robót nr 1/12/2011, zrealizowanych przez podwykonawcę P.H.U. (...) na rzecz wykonawcy (...) sp. z o.o. sp. k.

W protokole wskazano, że podwykonawca gotowość do odbioru zgłosił dnia 25 listopada 2011 r., zaś dnia 15 grudnia 2011 r. przedstawiciele komisji odbiorowej potwierdzili zakończenie robót. Jednocześnie komisja stwierdziła wady i usterki, które wymieniła w osobnym załączniku. Tym niemniej komisja odebrała roboty i zobowiązała podwykonawcę do usunięcia wad i usterek w terminie do dnia 15 maja 2012 r.

Protokół podpisali: K. S. ze strony spółki (...), Z. B. (1) – kierownik budowy ze strony spółki (...), A. M. (2) – inspektor nadzoru inwestorskiego oraz B. S. (wymieniony w protokole jako osoba wchodząca w skład komisji odbioru w charakterze przedstawiciela podwykonawcy).

Sporządzony został "Protokół wad i niezgodności nr 1" z dnia 15 grudnia 2011 r. - stanowiący załącznik do protokołu odbioru końcowego - w którym wskazano, że stwierdzone w trakcie prac komisji odbioru wady i niezgodności to:

- 1) do wykonania obróbka elewacji przy zamontowanych drzwiach wejściowych (elewacja);
- 2) otwory wentylacji ściany warstwowej do zakrycia kratką w kolorze elewacji (elewacja);
- 3) przejścia rur spustowych przez gzymsy do poszpachlowania, uzupełnień i pomalowania (całość);
- 4) do poprawienia malowanie elewacji w miejscach przebarwień (całość);
- 5) do usunięcia widoczne elementy nieposzpachlowane, nierówności, zatarcia (całość);
- 6) do poprawy linie odcinające poszczególne kolory elewacji (całość);
- 7) rura spustowa – montaż do poprawy. Zgniecenie rury przy przejściu przez gzyms (elewacja);
- 8) do poprawy malowanie elewacji na styku z cementowymi elementami dekoracyjnymi (elewacja);
- 9) do wykonania opaska wokół budynku zgodnie z projektem (elewacja);
- 10) do wykonania lakierowanie podbitki ganku (elewacja);
- 11) obróbki blacharskie ganku do wymiany na blachę w kolorze (...) zgodnym z projektem (elewacja);
- 12) pokrycie blachą daszku od strony podwórza do poprawy (elewacja);
- 13) do szczególnej poprawy elewacja w widocznych miejscach – parter, przy oknach – liczne nierówności, niedomalowania, brak szpachlowania, widoczne siatki itp. (elewacja);

14) do wykonania wymiana obróbek blacharskich na ganku wraz z wykonaniem pokrycia dachówką (ganek);

15) obróbki blacharskie daszku przy klatce schodowej do wymiany – wykonanie niestaranne, blachy pogiete, bez zachowania kolorystyki z dokumentacji (daszek przy klatce).

Załącznik do protokołu podpisali: K. S. ze strony spółki (...), Z. B. (1) – kierownik budowy ze strony spółki (...), A. M. (2) – inspektor nadzoru inwestorskiego oraz B. S. (wymieniony w protokole jako osoba wchodząca w skład komisji odbioru w charakterze przedstawiciela podwykonawcy).

Załącznik do protokołu został sporządzony w formie tabeli, w kolumnie tabeli zatytułowanej "Opis wady lub niezgodności" wymieniono 15 pozycji dotyczących poszczególnych wad. Kolumna (...) pozostała niewypełniona.

Dowody: protokół odbioru końcowego robót nr 1/12/2011 z 15.12.2011 r. (k. 15-16v);

protokół wad i niezgodności nr 1 z 15.12.2011 r. (k. 17).

W treści protokołu odbioru końcowego robót nr 1/12/2011 z 15 grudnia 2011 r. (część V, pkt 4 c) zamieszczono zapis, zgodnie z którym spółka (...) zleciła J. S. wykonanie dodatkowego montażu trzech elementów dekoracyjnych kwiatonów za wynagrodzeniem dodatkowym wynoszącym 3000 zł.

Dowód: protokół odbioru końcowego robót nr 1/12/2011 z 15.12.2011 r. (k. 15-16v).

Po podpisaniu protokołu odbioru końcowego robót przedsiębiorstwo (...) realizowało prace zmierzające do usunięcia wad i usterek.

Dowody: zeznania świadka G. S. (2) (k. 261, 262);

zeznania świadka A. M. (1)(k. 189-190, 193);

zeznania świadka J. J. (k. 190, 193);

zeznania świadka M. B. (k. 190-191, 193);

zeznania świadka Z. B. (1) (k. 146-147v, 148);

zeznania świadka B. S. (k. 207-207v, 208);

przesłuchanie prezesa zarządu komplementariusza powódki K. S. (k. 302-304v, 306)

przesłuchanie pozwanej J. S. (k. 191, 193).

Pismem z dnia 27 lipca 2012 r. spółka (...) wezwała P.H.U. (...) do zapłaty kwoty 188.147,22 zł z tytułu kary umownej za opóźnienie w usunięciu wad i usterek w robotach objętych umową na podstawie jej § 15 ust. 4, w wysokości 1% wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia. Wskazała też, że ostateczny termin usunięcia wad i usterek został wyznaczony na dzień 15 maja 2012 r., a zatem w dniu skierowania wezwania opóźnienie wynosiło już 55 dni.

Wezwanie doręczono dnia 30 lipca 2012 r.

Dowody: wezwanie do zapłaty (...) z 27.07.2012 r. (k. 18);

potwierdzenie odbioru z 30.07.2012 r. (k. 19).

J. S. udzieliła odpowiedzi na pismo z dnia 27 lipca 2012 r. wskazując (pismem bez daty), że dnia 15 maja 2012 r. dokonano ustnego odbioru niektórych usterek, a pisemnie odbiór ten nie został potwierdzony pomimo jej wielokrotnych próśb.

Nadto udzieliła kolejnej odpowiedzi pismem z dnia 13 sierpnia 2012 r., w którym podtrzymała powyższą argumentację.

Dowody: odpowiedź na pismo z 27.07.2012 r. (k. 48);

pismo z 13.08.2012 r. (k. 49).

J. S. pismem (bez daty) zgłosiła, że przedsiębiorstwo (...) zakończyło roboty przy elewacji, która jest gotowa do odbioru na dzień 31 sierpnia 2012 r.

K. S. potwierdził odbiór pisma 29 sierpnia 2012 r.

Dowód: pismo doręczone 29.08.2012 r. (k. 20).

Dnia 10 października 2012 r. sporządzono protokół odbioru końcowego robót nr (...), zrealizowanych przez podwykonawcę P.H.U. (...), na rzecz wykonawcy (...) sp. z o.o. sp. k.

Komisja odbiorowa ustaliła, że :

a) podwykonawca zrealizował prace zmierzające do usunięcia zgłoszonych wad i usterek, przy czym roboty realizowane były do sierpnia 2012 r.,

b) zgłoszone wady nie zostały usunięte w całości lub ich stan wykonania nie pozwala na uznanie ich za wykonane zgodnie z umową,

c) część zgłoszonych wad została usunięta, zgodnie z załącznikiem.

Komisja postanowiła odebrać roboty i usunięte wady, stwierdzając jednocześnie, że jakość wykonania tych robót nie jest zadowalająca oraz odbiega od postanowień umowy.

W protokole spisano ustalenia końcowe komisji odbioru:

a) przedmiot odbioru został wykonany w okresie 30 sierpnia 2011 - 25 listopada 2011, natomiast usuwanie wad trwało do sierpnia 2012 r.

b) umowa pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, zawarta w protokole odbioru końcowego, przewidywała usunięcie wad do dnia 15 maja 2012 r., w związku z tym komisja stwierdza, że nastąpiło opóźnienie w terminie zakończenia przedmiotu odbioru końcowego usunięcia wad wynoszące "ponad 55 dni".

W protokole zapisano również, że z uwagi na obniżoną jakość wykonanych robót elewacyjnych obniżone zostaje należne wynagrodzenie podwykonawcy o kwotę 6.000 zł netto, przy czym rozliczenie pomiędzy stronami nastąpi przez potrącenie tej kwoty z należnego podwykonawcy wynagrodzenia podwykonawcy pozostającego do wypłaty zgodnie z umową w wysokości 2.729,57 zł netto oraz poprzez zatrzymanie uzupełniającej kwoty 3.270,43 zł netto z kwoty zatrzymanej stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy, na co podwykonawca wyraża zgodę. Dalej zapisano, że powyższe wyczerpuje roszczenia podwykonawcy o zapłatę pozostałej części wynagrodzenia oraz zwrot części zabezpieczenia należytego wykonania umowy, która zostanie zwrócona podwykonawcy w terminie określonym w umowie.

Protokół podpisali K. S., Z. B. (1) oraz B. S. (wymieniony w protokole jako osoba wchodząca w skład komisji odbioru w charakterze przedstawiciela podwykonawcy).

W tym samym dniu sporządzony został "Protokół wad i niezgodności nr 1" jako załącznik do protokołu odbioru końcowego robót z dnia 10 października 2012 r.

Załącznik do protokołu został sporządzony w formie identycznej tabeli, jak załącznik do protokołu odbioru końcowego robót z dnia 15 grudnia 2011 r. W kolumnie tabeli zatytułowanej "Opis wady lub niezgodności" przepisano zapisy z protokołu odbioru końcowego robót z dnia 10 października 2012 r. Jednocześnie wypełniona została kolumna (...), w której:

dla wad lub niezgodności opisanych pod pozycjami 1, 6, 7, 8, 9, 10, 12 zanotowano "wykonane",

dla wad lub niezgodności opisanych pod pozycjami 4, 5, 13, zanotowano "niekompletne", dla w pozycji 15 zanotowano "niekompletne kolorystyka",

dla wad lub niezgodności opisanych pod pozycjami 2, 11, 14 zanotowano "brak".

Protokół podpisali K. S., Z. B. (1) oraz B. S. (wymieniony w protokole jako osoba wchodząca w skład komisji odbioru w charakterze przedstawiciela podwykonawcy).

B. S. w kolumnie (...) - dla pozycji 2, 11, 14 i 15 - zamieścił znak " – " opatrzony swoim podpisem.

Dowody: protokół odbioru końcowego robót nr (...) z 10.10.2012 r. (k. 21-21v);

protokół wad i niezgodności nr 1 z 10.10.2012 r. (k. 22).

Pismem z dnia 24 lipca 2014 r. pełnomocnik (...) sp. z o.o. spółki komandytowej wezwał J. S., prowadzącą przedsiębiorstwo (...), do zapłaty kwoty 197.415 zł z tytułu należnych spółce kar umownych za opóźnienie w usunięciu stwierdzonych wad i usterek, objętych umową z dnia 30 sierpnia 2011 r., wraz z odsetkami ustawowymi.

W piśmie powołano się na pierwsze wezwanie do zapłaty kary umownej z dnia 27 lipca 2012 r. z tytułu opóźnienia wynoszącego 55 dni, powołano się również na protokół odbioru końcowego robót z 10 października 2012 r. z załącznikiem, w którym potwierdzone zostało, że opóźnienie terminie bez usunięcia zgłoszonych uwag wyniosło "ponad 55 dni", podkreślono również, że zgodnie z załącznikiem do protokołu usuniętych zostało jedynie 7 z 15 zgłoszonych protokołem wad.

W piśmie wskazano sposób wyliczenia kary umownej: 1 % wartości wynagrodzenia brutto dziennie, wartość wynagrodzenia brutto : 184.500 zł (netto 150.000 zł), termin usunięcia wad usterek ustalony na dzień 15 maja 2012 r., kara naliczana do dnia 31 sierpnia 2012 r. obejmuje 107 dni (107 dni x 1 % x 150.000 zł x 1,23).

Wskazany został termin zapłaty kary umownej w wysokości 197.415 zł: 30 lipca 2013 r. oraz numer rachunku bankowego.

Pismo zostało wysłane pocztą w dniu 24 lipca 2014 r.

Dowód: pismo z 24.07.2014 r. oraz wyciąg z pocztowej książki nadawczej (k. 23-23v, 24).

Kara umowna została naliczona przez spółkę komandytową (...) za opóźnienie w usunięciu 7 stwierdzonych protokołem wad i usterek, tj. tych, dla których w protokole w kolumnie (...) pod pozycjami 1, 6, 7, 8, 9, 10, 12 zanotowano "wykonane".

Fakt niesporny, nadto: przesłuchanie prezesa zarządu komplementariusza powódki K. S. (k. 302-304v, 306)

Sąd zważył, co następuje:

Powództwo o zapłatę kary umownej, wobec skutecznie podniesionego przez stronę pozwaną zarzutu miarkowania kary, okazało się zasadne jedynie do kwoty 10.000 zł, w pozostałym zakresie zasługiwało na oddaleniu.

Powódka domagała się od pozwanej zapłaty kwoty 197.415 zł z tytułu kary umownej zastrzeżonej w § 15 ust. 4 umowy z 30 sierpnia 2011 r. umowy o roboty budowlane w wysokości 1% wartości wynagrodzenia brutto dziennie, zastrzeżonej za nieterminowe usunięcie wad i usterek, za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminu, w którym miało nastąpić usunięcie wady lub usterki.

Podstawę prawną roszczenia powódki w zakresie jej żądania głównego stanowił zatem art. 483 k.c., zgodnie z którym: można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Przesłanki odpowiedzialności dłużnika opartej na normie odczytywanej ze wskazanego przepisu uzupełnić trzeba odpowiednimi przesłankami wskazanymi w art. 471 k.c., który jest przepisem ogólnym regulującym odpowiedzialność według reżimu kontraktowego. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Norma odczytywana z art. 471 k.c. wymaga dla ustalenia odpowiedzialności dłużnika spełnienia łącznie trzech przesłanek: po pierwsze – dłużnik nie wykonał lub nienależyte wykonał zobowiązanie, po drugie – powstała szkoda po stronie wierzyciela i wreszcie po trzecie (stosownie do 361 § 1 k.c.) – między niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania przez dłużnika a powstaniem szkody po stronie wierzyciela zachodzi adekwatny związek przyczynowy, a zatem szkoda jest następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez dłużnika. Ciężar udowodnienia, że te trzy przesłanki zostały spełnione zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu z art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c. spoczywa na wierzycielu.

Z uwagi na zakres ciążących na wierzycielu obowiązków dowodowych w przypadku odpowiedzialności kontraktowej na zasadach ogólnych, zastrzeżenie kary umownej z art. 483 § 1 k.c. określa się często jako zryczałtowane odszkodowanie (z uwagi na art. 484 § 1 k.c.). W takim bowiem przypadku strony w umowie same ustalają, że jeżeli dojdzie do określonego w umowie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, to dłużnik poniesie odpowiedzialność w zryczałtowanej – z góry określonej – kwocie. Tym samym w przypadku dochodzenia roszczeń odszkodowawczych z tytułu kary umownej wierzyciel musi jedynie udowodnić, iż zawarł z dłużnikiem umowę, w której zastrzeżono karę umowną na wypadek danego rodzaju niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, oraz że do tego niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego doszło. Nie ma natomiast obowiązku wykazywania rozmiaru poniesionej szkody. Dłużnik natomiast nadal może się bronić poprzez wykazanie, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego nastąpiło wskutek okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, jak również może podnieść zarzut miarkowania kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c., przy czym wówczas to na dłużniku spoczywa ciężar udowodnienia, że wykonał zobowiązanie w znacznej części bądź też że kara umowna jest rażąco wygórowana.

Przekładając powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, iż pierwsza z przesłanek odpowiedzialności z tytułu kary umownej (a zatem jej zastrzeżenie w umowie za nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego, tj. za nieterminowe usunięcie wad i usterek,) między stronami nie była sporna. Nadto niesporne było i to, że usunięcie usterek miało nastąpić w określonym w tym celu terminie, oznaczonym przez strony na dzień 15 maja 2012 r. (termin na usunięcie usterek wyniósł więc pół roku: od 16 grudnia 2011 r. do 15 maja 2012 r.).

Spór na tle roszczenia o zapłatę kary umownej sprowadzał się w pierwszym rzędzie do określenia podstawy jej naliczania. Pozwana podnosiła bowiem, iż strony aneksem nr (...) z dnia 14 grudnia 2011 r. zmieniły umowę z dnia 30 sierpnia 2011 r., zmniejszając wynagrodzenie pozwanej o koszt dostarczonych przez powódkę materiałów w kwocie 51.555,43 zł netto, a tym samym wynagrodzenie ryczałtowe określone w § 9 ust. 1 umowy miało wynieść 98.444,57 zł netto. Pozwana wywodziła z tego, iż to od kwoty 98.444,57 zł (a nie od kwoty 150.000 zł netto) winna być naliczana kara umowna w wysokości 1% za każdy dzień opóźnienia usuwania wad i usterek. Powinna zatem według pozwanej kara umowna wynosić 984,45 zł dziennie, a nie 1.500 zł dziennie.

Powódka z kolei stała na stanowisku (por. nagranie protokołu rozprawy z 13 października 2015 r.), że obniżenie wynagrodzenia w aneksie spowodowane było tym, że pełnomocnik pozwanej B. S., pełniący na budowie funkcję

kierownika robót, zamawiał w imieniu powódki materiały budowlane, za które powódka płaciła, w tym samym trybie zamówił materiały budowlane dla J. S., w celu realizacji umowy łączącej ją i powódkę. Kiedy powódka zorientowała się w tym stanie rzeczy, strony doszły do porozumienia podpisując aneks, w istocie nie oznaczając on jednak obniżenia wynagrodzenia umownego, tylko miał na celu uniknięcie sytuacji, w której powódka dwukrotnie zapłaciłaby za te same materiały (raz płacąc sprzedawcy w wyniku zamówienia złożonego przez B. S., po raz drugi płacąc ryczałtowe wynagrodzenie za wykonanie robót przez J. S., które obejmowało m.in. koszty materiałów budowlanych). Z powyższego powódka wywodziła, że zmiana dokonana aneksem nie miała wpływu na podstawę naliczania kary umownej.

Wobec tego, że stanowiska stron co do rozumienia postanowień zawartych w aneksie do umowy były rozbieżne – dokonując wykładni oświadczeń woli stron zawartych w tym aneksie należało odwołać się do wykładni obiektywnej w ramach kombinowanej metody wykładni sformułowanej w orzecznictwie Sądu Najwyższego na tle art. 65 k.c. Stosownie do art. 65 § 2 k.c. w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Zgodnie zaś z tzw. kombinowaną metodą wykładni oświadczeń woli [por. uchwała (7) SN z 29.06.1995 r. w sprawie III CZP 66/95], proces tej wykładni składa się z dwóch faz: w pierwszej fazie należy ustalić subiektywne rozumienie danych postanowień umownych przez strony, zaś w drugiej fazie skupić się trzeba na obiektywnych aspektach tego, jak strony – wobec towarzyszących okoliczności – powinny były rozumieć te postanowienia. Jeśli natomiast jest tak, że zgodnego zamiaru stron nie da się ustalić, to wówczas należy oprzeć się na wyniku wykładni obiektywnej.

W niniejszej sprawie stanowiska stron w spornym zakresie nie były zgodne, zatem należało przejść do fazy obiektywnej, mając jednocześnie na uwadze – jak wskazuje art. 65 § 2 k.c. – cel umowy i poszczególnych jej postanowień.

Podkreślić trzeba, że cel zawarcia aneksu nr (...) do umowy z dnia 30 sierpnia 2011 r. został wprost wskazany w jej treści. Strony we wstępnych zapisach aneksu zaznaczyły bowiem, iż aneks został zawarty "w związku z rozliczeniem końcowym materiałów budowlanych do wykonania robót objętych umową, które zostały zakupione przez wykonawcę [powódkę] i przekazane podwykonawcy [pозwanej] do wykonania prac".

W związku z powyższym do § 7 umowy, zatytułowanego "materiały", dodano ust. 4, w którym wskazano, iż wykonawca dostarczył podwykonawcy materiały do wykonania prac elewacyjnych o łącznej wartości 51.555,43 zł netto; z kolei § 9 ust. 1 umowy, który w pierwotnym brzmieniu stanowił jedynie, że wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie robót będących przedmiotem niniejszej umowy oraz za wszystkie materiały i środki produkcji dostarczone przez podwykonawcę, a niezbędne do wykonania robót, wynosi 150.000 zł netto, został aneksem zmieniony w ten sposób, że kwotę ryczałtowego wynagrodzenia pomniejszono do 98.444,57 zł (a więc o 51.555,43 zł), jednocześnie dodano zapis, iż nastąpiło to z uwagi na wartość materiałów dostarczonych przez wykonawcę, do dostarczenia których zobowiązany był podwykonawca.

Dokument aneksu, z podpisem prezesa zarządu komplementariusza powódki K. S., złożony został do akt sprawy przez stronę pozwaną (to pozwana jest bowiem stroną, która powołuje się na okoliczności związane z aneksem), K. S. przyznał jednak, że posiada drugi egzemplarz aneksu z podpisem strony przeciwnej. Cel zawarcia aneksu, literalnie wskazany w jego treści, został więc potwierdzony podpisami obu stron.

Nadto z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika związek między zawarciem aneksu do umowy, o takiej właśnie treści, a zachowaniem się B. S. na budowie. Podkreślić bowiem trzeba, że występował on nie tylko jako pełnomocnik pozwanej, która była podwykonawcą powódki, ale także jako pracownik powódki - zatrudniony na stanowisku kierownika robót. Korzystając zaś z tej podwójnej roli – na co wskazały m.in. zeznania świadków jak i dowód z przesłuchania K. S. w charakterze strony – pomimo tego, że wynagrodzenie umowne dla pozwanej za wykonanie robót było ryczałtowe, to B. S. wykorzystywał podczas realizacji robót wykonywanych przez przedsiębiorstwo pozwanej materiał zamówiony przez niego w imieniu powódki i przez powódkę zapłacony, jak również do prac objętych zakresem robót pozwanej kierował pracowników powódki. Natomiast reprezentujący

powódkę K. S. jak tylko zorientował się, że ma miejsce taki proceder, to ustalił z B. S., że zostanie to powódce zwrócone poprzez obniżenie wynagrodzenia ryczałtowego z umowy łączącej strony. Wspomnieć należy w tym miejscu dokument podpisany przez B. S., obejmujący zestawienie należności o łącznej wartości 51.555,43 zł netto, wśród których były szczegółowo wymienione materiały budowlane, koszty zatrudnienia pracowników powódki wykonujących pracę na rzecz pozwanej, a także koszty piaskowania elewacji, a więc robót, które obciążały pozwaną i które wykonał jej podwykonawca, a za które zapłaciła powódka, zgodnie z wcześniejszą ustną umową stron. Dokument ten (karta 47) został podpisany przez B. S., należy więc przyjąć, że potwierdził on zasadność obciążenia pozwanej wyszczególnionymi w nim kwotami, co więcej poszczególne pozycje składające się na kwotę 51.555,43 zł netto potwierdziła w swoich zeznaniach pozwana wskazując, że wyszczególniona w aneksie kwota obejmuje należność za materiały, za piaskowanie, za daszki.

Wyżej opisany cel zawarcia aneksu sprzeciwia się przyjmowaniu, iż dokonana aneksem zmiana kwoty wynagrodzenia ryczałtowego miała jednocześnie spowodować zmniejszenie podstawy obliczania kary umownej. Trudno sobie bowiem wyobrazić sytuację, ażeby strony umówiły się w sposób, poprzez który pozwana – działająca przez swojego pełnomocnika-męża B. S. metodami nielojalnym wobec swojego kontrahenta – miała zostać niejako nagrodzona przez powódkę poprzez obniżenie zastrzeżonych umową kar. Należy natomiast założyć, że celem stron podpisujących aneks było wyłącznie doprowadzenie do sytuacji, w której powódka nie zostanie dwukrotnie obciążona tymi samymi płatnościami. Strony nie dążyły więc do tego, aby wyceniona przed zawarciem umowy wartość robót pozwanej na kwotę 150.000 zł netto została obniżona, ale do tego, aby powódka zapłaciła pozwanej taką właśnie kwotę ryczałtowego wynagrodzenia, przy czym z uwagi na wcześniejsze uiszczenie części tej należności (poprzez zapłatę ze strony powódki za materiały bądź też poprzez opłacenie pracowników czy podwykonawców pozwanej) kwota podlegająca bezpośredniej zapłacie ze strony powódki na rzecz pozwanej została odpowiednio zmniejszona. Tym samym kwota, jaką powódka uiszczała pozwanej z tytułu wykonania umowy, uwzględniająca płatności dokonane przez powódkę na rzecz dostawców materiałów oraz usług obciążających pozwaną, wynosi nadal 150.000 zł netto.

W tych okolicznościach należy przyjąć, że zgodną wolą stron podpisujących aneks było, aby podstawę obliczenia kary umownej z § 15 ust. 4 umowy stanowiła pierwotnie ustalona (niezmieniona) kwota wynagrodzenia umownego – 150.000 zł netto. Tym samym zastrzeżona w umowie kara wynosiła 1.500 zł za jeden dzień opóźnienia w usunięciu wad i usterek, po powiększeniu o wartość podatku VAT.

Nieuzasadniony jest bowiem podnoszony przez pozwaną zarzut niezasadnego powiększenia przez powódkę kary umownej o podatek VAT. Powódka nie tyle bowiem powiększyła karę umowną o ten podatek, ile obliczyła karę umowną - zgodnie z § 15 ust. 4 umowy - od kwoty wynagrodzenia brutto, co matematycznie oznacza konieczność pomnożenia kary za jeden dzień opóźnienia, wynoszącej 1.500 zł, o 1,23%.

W niniejszej sprawie wykazane zostało również, iż opóźnienie w usunięciu wad i usterek leżące po stronie pozwanej wynosiło 107 dni. W protokole odbioru końcowego robót z dnia 15 grudnia 2011 r. (podpisany bez zastrzeżeń m.in. przez reprezentanta pozwanej B. S.) wskazano bowiem, iż usunięcie wad i usterek miało nastąpić w terminie do dnia 15 maja 2012 r., podczas gdy gotowość do odbioru usunięcia tych wad i usterek została pisemnie zgłoszona przez pozwaną na dzień 31 sierpnia 2012 r. Powódka - jak wyjaśniła w toku procesu - naliczyła karę za okres od dnia 16 maja 2012 r. do dnia 30 sierpnia 2012 r., a więc dokładnie za 107 dni. Zarówno data ustalona przez strony jako termin usunięcia wad i usterek, jak i ostatni dzień sierpnia jako data zgłoszenia robót przez pozwaną, zostały udowodnione dokumentami, podpisanymi przez pełnomocnika pozwanej B. S..

Bezpodstawny pozostaje natomiast sposób obrony pozwanej, która wskazywała na ustne zgłoszenie odbioru wykonanych usterek, które miałyby mieć miejsce w dniu 15 maja 2012 r., co twierdzi pozwana w piśmie z 13 sierpnia 2012 r. oraz kolejnym piśmie - bez daty. Przede wszystkim należy zauważyć, że pisma te mówią o ustnym zgłoszeniu do odbioru w miesiącu maju tylko "niektórych" usterek, natomiast pismo zgłaszające usterki do odbioru na dzień 31 sierpnia 2012 r. dotyczy wszystkich usterek. Co więcej umowa stron nie przewidywała procedury ustnego zgłaszania robót do odbioru, w § 11 ust. 1 i 3 umowy zastrzeżono bowiem obowiązek pisemnego zgłoszenia przez podwykonawcę gotowości robót do odbioru. Nie było żadnych przeszkód, aby pozwana sporządziła w maju pismo

zgłaszające - usunięte wg jej twierdzeń w tej dacie - usterki do odbioru, takiego właśnie zachowania należy oczekiwać od racjonalnie działającego przedsiębiorcy. Wobec braku pisemnego zgłoszenia usterek do odbioru w maju 2012 r., przy jednoczesnym pisemnym zgłoszeniu przez pozwaną usterek do odbioru na dzień 31 sierpnia 2012 r., przyjęć należało, że gotowość do odbioru usterek pozwana osiągnęła w ostatnim dniu sierpnia. Podkreślenia wymaga, że datę 31 sierpnia 2012 r. potwierdza dokument pochodzący od pozwanej i przez nią podpisany, co czyni linię obrony pozwanej, kwestionującą tą datę, całkowicie nielogiczną i opartą na niewiarygodnych przesłankach.

Należy też zauważyć, że B. S. podpisując protokół z 10 października 2012 r. przyznał, że w opóźnienie w usuwaniu wad wynosi "ponad 55 dni", taki zapis jest bowiem zamieszczony w protokole - pkt IV.3.b. Sformułowanie "ponad 55 dni" nawiązuje do wezwania do zapłaty kary umownej za 55 dni opóźnienia z 27 lipca 2012 r. Skoro B. S. przyznał, że do dnia 27 lipca 2012 r. opóźnienie wynosiło 55 dni, a jednocześnie przyznał, że opóźnienie miało miejsce "ponad" ten okres, to należy przyjąć, że przyznanie to obejmuje czas do 31 sierpnia 2012 r., kiedy ta sama pozwana zgłosiła roboty przy usuwaniu usterek elewacji do odbioru.

Tym samym udowodniony został wynoszący 107 dni okres opóźnienia po stronie pozwanej.

Wobec powyższego – mając na względzie wskazane na tle art. 483 k.c. przesłanki odpowiedzialności z tytułu kary umownej – uznać trzeba, że powódka w toku procesu wykazała, iż w łączącej strony umowie zastrzeżono karę umowną w wysokości 1% wynagrodzenia pozwanej za każdy dzień opóźnienia w usunięciu wad i usterek (tj. po 1.500 zł x 1,23% dziennie) – a zatem zastrzeżono karę umowną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego – jak również, że to zdarzenie prawne wystąpiło i trwało 107 dni.

Dalsza podjęta przez pozwaną obrona sprowadzała się z jednej strony do tego, że wady, których nieterminowego usunięcia dotyczy kara umowna nie mieściły się w zakresie robót wykonywanych przez pozwaną, z drugiej strony do tego, że opóźnienie w usuwaniu wad i usterek było spowodowane zlecaniem przez powódkę pozwanej robót dodatkowych (opóźnienie miało zatem wynikać z okoliczności, za które pozwana nie ponosi odpowiedzialności), wreszcie do tego, iż wadliwe wykonanie robót było spowodowane m.in. tym, że przedsiębiorstwo prowadzone przez Z. B. (1) wykonało wadliwie piaskowanie elewacji.

Przechodząc do rozważań nad skutecznością przyjętej przez pozwaną linii obrony w pierwszej kolejności należało odnieść się do twierdzeń, iż zakres robót objętych występowaniem wad i usterek, które następnie nie zostały terminowo usunięte, nie mieścił się w określonym umową zakresie robót budowlanych przedsiębiorstwa pozwanej.

Na wstępie rozważań w tym temacie zastrzec trzeba, że kara umowna objęta żądaniem pozwu w rozpoznawanej sprawie została naliczona przez powódkę za opóźnienie w usunięciu 7 stwierdzonych protokołem z 15 grudnia 2011 r. wad i usterek, tj. tych, dla których w protokole z 10 października 2012 r. w kolumnie (...) pod pozycjami 1, 6, 7, 8, 9, 10, 12 zanotowano "wykonane".

Zarówno protokół wad i niezgodności z 15 grudnia 2011 r., jak i protokół wad i niezgodności z 10 października 2012 r. (oba mające postać jednakowej tabeli), wymieniają identyczne usterki, ujęte przez strony w 15 punktach. Każdy z tych protokołów stanowi załącznik do protokołu odbioru końcowego. Wszystkie omówione dokumenty, tj. dwa protokoły odbioru końcowego robót oraz dwa załączniki do tych protokołów w postaci protokołów uwag i niezgodności, zostały podpisane przez B. S., który w protokołach został opisany jako członek komisji odbiorowej - przedstawiciel podwykonawcy. Dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba która go podpisała złożyła oświadczenie w nim zawarte (art. 245 k.p.c.). Z wyjątkiem protokołu wad i niezgodności z 10 października 2012 r. B. S. nie zgłosił żadnych uwag co do podpisywanych przez siebie protokołów, nie zamieścił w nich własnych żadnych adnotacji ani nie zgłosił żadnych zastrzeżeń, które zostałyby do protokołu wpisane przez innego członka komisji odbiorowej. Tym samym przyjęć należy, że B. S. w imieniu pozwanej potwierdził wszystkie oświadczenia zamieszczone w tych dokumentach (z wyjątkiem, o którym mowa wyżej), w tym wykaz wad i niezgodności, a także obowiązek ich usunięcia, leżący po stronie J. S..

Wyjątek stanowi wspomniany protokół wad i niezgodności z 10 października 2012 r., gdzie B. S. w czterech przypadkach w kolumnie (...) zamieścił znak "–", opatrzony swoim podpisem, przy czym nastąpiło to obok opisu tych wad i niezgodności, dla których w kolumnie (...) zapisano "brak", bądź "niekompletne kolorystyka". Już w tym miejscu podkreślić jednak trzeba, że 4 omówione przypadki nie pokrywają się z tymi wadami i niezgodnościami, za które powódka naliczyła karę umowną (przypomnieć należy, że kara umowna została naliczona za wady lub niezgodności dla których w kolumnie (...) zapisano "wykonane").

Sposób obrony pozwanej w niniejszym procesie w omawianym zakresie jest nieskuteczny, bowiem z jednej strony pozwana kwestionuje to, że dokumenty podpisane przez B. S. (oraz innych członków komisji odbiorowej) zawierają treść niezgodną z rzeczywistym stanem rzeczy, pozwana twierdzi bowiem, że te wady, których nieterminowego usunięcia dotyczy kara umowna i które zostały wymienione w podpisanych przez B. S. protokołach jako wady i niezgodności obciążające pozwaną, nie mieściły się w zakresie robót wykonywanych przez pozwaną, z drugiej strony pozwana nie przedstawiła żadnego dowodu wskazującego na to, że B. S. oraz inne osoby podpisujące protokoły potwierdziły swoimi podpisami nieprawdziwy stan rzeczy. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na pozwanej zgodnie z art. 253 k.p.c., bowiem dokumenty w postaci omawianych protokołów pochodzą od obu stron procesu.

Po drugie przy ocenie materiału dowodowego dostrzega się, że nie tylko brak jest przedstawionego przez stronę pozwaną dowodu, wskazującego na to, iż omawiane protokoły z 15 grudnia 2011 r. i z 10 października 2012 r. potwierdzają nieprawdę, ale w aktach znajdują się dowody wskazujące na to, że wady i usterki wymienione w protokołach wad i niezgodności ewidentnie należą do zakresu robót pozwanej. Należy bowiem podkreślić, iż zakres prac pozwanej został przez strony szczegółowo uregulowany w załączniku nr 2 do umowy nazwanym „Oferta podwykonawcy” (na który powołuje się umowa w § 1 ust. 1 i którego obowiązywanie pozwana przyznaje - karta 304 verte). Zakres ten obejmował m.in.: malowanie elewacji (lit. i), obróbki blacharskie (lit. k), montaż daszków systemowych nad wejściami (lit. m), obrzeża betonowe wraz z wykonaniem opaski żwirowej (lit. n), wykonanie 2 szt. daszków małych w komplecie z obróbkami, pokryciem blachą (lit. q). Z kolei usterki wymienione w protokole wad i niezgodności z dnia 10 października 2012 r., wobec których w kolumnie (...) strony zamieściły adnotację o treści "wykonane", obejmują: wykonaną obróbkę elewacji przy zamontowanych drzwiach wejściowych, poprawione linie odcinające poszczególne kolory elewacji, rura spustowa – wykonano poprawiony montaż, poprawione malowanie elewacji na styku z cementowymi elementami dekoracyjnymi, wykonaną opaskę wokół budynku, wykonane lakierowanie podbitki ganku, wykonane pokrycie blachą daszku od strony podwórza. Innymi słowy wszystkie wady i niezgodności, za które powódka naliczyła objętą żądaniem pozwu karę umowną, dotyczą usterek polegających na niedoróbkach i niedomalowaniach elewacji, poprawkach obróbek blacharskich rury spustowej i poprawkach pokrycia blachą daszku od strony podwórza, a także braku opaski wokół budynku.

Nie potrzeba wiedzy specjalnej aby stwierdzić, że usterki, wobec których w kolumnie (...) strony zamieściły adnotację o treści "wykonane", mieszczą się w zakresie robót zleconych pozwanej, szczegółowo uregulowanych w załączniku nr 2 do umowy. Był to jeden z dwóch powodów, dla których postanowieniem z dnia 11 października 2016 r. pominięty został dowód z opinii biegłego sądowego, który strona pozwana powołała w piśmie procesowym z dnia 13 września 2016 r., drugim powodem pominięcia tego dowodu było powołanie biegłego na te okoliczności na takim etapie postępowania, który kwalifikuje ten dowód jako spóźniony (szczegółowe motywy tego postanowienia zostaną przedstawione niżej).

Nie ma wątpliwości co do tego, że niedoróbki i niedomalowania elewacji nie mogą obciążyć żadnego innego podmiotu, jak tylko wykonawcę, któremu zlecono wykonanie elewacji budynku.

Tym samym pozwana nie udowodniła, że te wady, których nieterminowego usunięcia dotyczy kara umowna (a więc te, dla których w podpisanym przez B. S. protokole w kolumnie (...) zapisano "wykonane"), nie mieściły się w zakresie robót wykonywanych przez pozwaną. Za niezasadną należało zatem uznać obronę pozwanej w zakresie, w jakim utrzymywała, że wskazane w protokole i omówione wyżej usterki nie były objęte zakresem łączącej ją z powódką umową o roboty budowlane.

Przechodząc do dalszych rozważań wskazać trzeba, iż nie sposób podzielić kolejnego zarzutu pozwanej, iż jedną z przyczyn powstania wad i usterek oraz nieterminowego ich usunięcia było wadliwe piaskowanie elewacji. Należy zauważyć, iż zgodnie z zeznaniami świadka Z. B. (1) – którym Sąd dał wiarę – umowa o wykonanie piaskowania została zawarta z jego synem K. B. i to przez przedsiębiorstwo (...) miała zostać zrealizowana. Z. B. (1) występował w relacjach z pozwaną w tym zakresie jedynie jako pełnomocnik swojego syna, pozwana zaś była reprezentowana przez swojego męża B. S.. Tym niemniej umowa o wykonanie piaskowania łączyła J. S. (pozwaną) i K. B.. Umowa ta została zawarta w formie ustnej przez pełnomocników tych stron, a nadto później poczyniono ustalenia, iż zapłata za te prace zostanie uiszczona na rzecz K. B. przez powódkę, a następnie powódka pomniejszy o tę kwotę należne pozwanej wynagrodzenie. Ten ostatni fakt potwierdzają nie tylko zeznania Z. B. (1), ale także podpisany przez B. S., powoływany już wcześniej, dokument w postaci zestawienia należności obejmujących kwotę 51.555,43 zł netto (o którą obniżono kwotę wynagrodzenia ryczałtowego aneksem). Wśród tych należności wymieniona została m.in. pozycja opisana jako "piaskowanie elewacji Z. B. - (...)".

W tym kontekście wskazać trzeba, iż zgodnie z art. 474 k.c. dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza. Przepis powyższy stosuje się także w wypadku, gdy zobowiązanie wykonywa przedstawiciel ustawowy dłużnika. Biorąc zaś pod uwagę, iż piaskowanie ścian pozwana wykonała zlecając tą czynność podwykonawcy K. B., toteż wobec powódki odpowiada ona za ewentualne jego działania i zaniechania tak jak za działania i zaniechania własne. Pozwana nie mogła zatem skutecznie się bronić, iż nienależyte wykonanie przez nią umowy – poprzez nieterminowe usunięcie wad i usterek – zostało spowodowane niewłaściwym piaskowaniem przez podmiot, któremu zleciła – poprzez swojego pełnomocnika B. S. – wykonanie tych prac.

Mając na uwadze powyższe rozważania przyjąć trzeba, że niepotrzebny był dowód z opinii biegłego powołany przez stronę pozwaną w odpowiedzi na pozew, za pomocą którego pozwana zamierzała udowodnić ten fakt, że zastosowana przez Z. B. (1) metoda piaskowania oraz materiały użyte przy tej technice przygotowania tynku pod dalsze prace, wpłynęły na dalsze prace przy elewacji wykonywane bezpośrednio przez przedsiębiorstwo (...). Nawet gdyby biegły potwierdził wskazywane wyżej fakty, to i tak ewentualna wadliwość prac wykonanych przy piaskowaniu zgodnie z art. 474 k.c. obciąża pozwaną.

W rozważanym kontekście istotna jest jeszcze jedna okoliczność: wady, których nieterminowego usunięcia dotyczy kara umowna (a więc te, dla których w kolumnie (...) zapisano "wykonane"), dotyczyły nie tylko poprawek prac elewacyjnych, ale także poprawek obróbek blacharskich i opaski wokół budynku. Nawet gdyby potwierdzona została ewentualna wadliwość prac przy piaskowaniu, to i tak pozwaną obciąża opóźnienie w usuwaniu usterek przy nieprawidłowo wykonanych obróbkach blacharskich oraz pracach związanych z wykonaniem opaski, na które piaskowanie tynku nie miało żadnego wpływu.

Kolejny podniesiony w odpowiedzi na pozew zarzut opierał się na twierdzeniach, że opóźnienie w usuwaniu wad i usterek było spowodowane zleceniem przez powódkę pozwanej robót dodatkowych, a to z kolei miałyby spowodować, że - wg twierdzeń pozwanej - strony przedłużyły termin realizacji wad i usterek do dnia 15 sierpnia 2012 r. Ten ostatni fakt nie został poparty żadnym dokumentem, jedyne dowody powołane przez pozwaną na te okoliczności, to dowody z przesłuchania świadków. W sprawie zostali przesłuchani wszyscy powołani przez stronę pozwaną świadkowie, w osobach: B. S., J. J., M. B., G. S. (2) (przesłuchano także pozwaną J. S.). Żaden z nich nie potwierdził, że strony miałyby ustnie przedłużyć termin realizacji wad i usterek do dnia 15 sierpnia 2012 r.

Wśród materiału dowodowego znajduje się tylko jeden dokument, z którego wynika, że w okresie usuwania usterek powódka zleciła pozwanej prace dodatkowe - jest to protokół odbioru końcowego robót nr 1/12/2011 z 15 grudnia 2011 r. (część V, pkt 4 c, dotycząca zlecenia dodatkowego montażu trzech kwiatonów za wynagrodzeniem dodatkowym 3000 zł). Z kolei z zeznań świadka G. S. (2) wynika, że pozwana wykonywała prace przy rozbiórce studni, czyszczeniu studni, przemurowywaniu, świadek nie potrafił jednak wskazać, czy prace te miały miejsce równolegle

do wykonywania głównego zakresu robót, czy też równoległe do okresu, w którym usuwane były usterek. Potwierdził jednocześnie, że pozwana wykonywała prace jako jego podwykonawca - przy fundamentach fontanny.

Oceniając omawiany zarzut pozwanej należy wskazać, że nawet gdyby istotnie powódka zleciła pozwanej prace dodatkowe w okresie usuwania usterek (poza montażem trzech kwiatonów, co zostało udowodnione), to fakt ten nie usprawiedliwia opóźnienia po stronie pozwanej. Obowiązująca w stosunkach cywilnoprawnych zasada swobody umów wyraża się bowiem m.in. w tym, że nie ma obowiązku zawierania umowy, którą proponuje inny podmiot. Tym samym jeżeli pozwana zgodziła się w ramach dodatkowej umowy do wykonania za dodatkowym wynagrodzeniem dalszych prac w ramach realizowanej przez powódkę inwestycji, to ponosi pełną odpowiedzialność zarówno za terminowość zobowiązań wynikających z umowy z 30 sierpnia 2011 r., jak i za terminowość zobowiązań wynikających z dodatkowej umowy.

Także i ten zarzut pozwanej należy więc uznać za nieuzasadniony.

Pozwana wskazała w odpowiedzi na pozew na jeszcze jedną okoliczność, tj. na nieterminowe dostawy materiałów przez powódkę, co - jak wywodziła - miałyby wpływać na przesunięcie terminu odbioru robót, które ostatecznie zostały odebrane z dniem 25 listopada 2011 r. Obrona pozwanej oparta o ten argument okazała się całkowicie niezasadna, nie dotyczy bowiem opóźnienia w usuwaniu wad i usterek (co pozwana miała wykonać w okresie od 16 grudnia 2011 r. do 15 maja 2012 r.), tylko opóźnienia w realizowaniu głównych robót, które pozwana miała wykonać zgodnie z umową do dnia 31 października 2011 r., a roboty te faktycznie zostały odebrane z dniem 25 listopada 2011 r.

Zauważyć trzeba, że pełnomocnicy obu stron w czasie rozpraw sądowych kilkakrotnie powoływali się na fakt, że między stronami prowadzone jest inne postępowanie sądowe, przed Sądem Rejonowym Szczecin-Centrum w Szczecinie, w którym powódka dochodzi od pozwanej kary umownej za 25 dni opóźnienia w zakończeniu realizacji umowy. Pozwana podnosząc omawiany argument wprost twierdziła, że opóźnienia po stronie powódki i dostarczaniu materiałów wpłynęły na przesunięcie terminu odbioru robót podstawowych (czego dotyczy sprawa przed Sądem Rejonowym), nie formułowała natomiast twierdzeń, że ta okoliczność miała wpływ na opóźnienia w usuwaniu wad usterek. Już z tej tylko przyczyny omawiany argument nie może prowadzić do przyjęcia stanowiska pozwanej za uzasadnione.

Co więcej dodać trzeba, że iż powódka – stosownie do treści łączącej strony umowy (por. załącznik nr 3, karta 14) – miała dostarczyć jedynie daszki szklane, balustrady i rusztowanie, podczas gdy pozostałe materiały – a zatem całość materiałów do wykonania renowacji elewacji – miała być dostarczona przez pozwaną. Wady, za które powódka naliczyła objęta żądaniem pozwu karę umowną, nie dotyczą daszków szklanych (wady dotyczące daszków odnosiły się do daszków z pokryciem blachą - pkt q załącznika nr 2, a nie daszków szklanych - pkt m załącznika nr 2). Powódka nie sformułowała żadnych twierdzeń, zgodnie z którymi opóźnienie w dostarczeniu takich materiałów jak balustrady czy też takich elementów jak rusztowania, miałyby wpłynąć na opóźnienia w usuwaniu wad.

Nadto, jak już wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia, aneks nr (...) do umowy (w którym wskazano, iż powódka zakupiła materiały o wartości 51.555,43 zł netto, w związku z czym ryczałtowe wynagrodzenie pozwanej zostało zmniejszone do kwoty 98.444,57 zł netto) nie miał na celu zmiany umowy między stronami co do tego, kto z zasady ma obowiązek zakupu i dostarczenia materiałów budowlanych, lecz stanowił usankcjonowanie procedury, którego dopuszczał się reprezentant pozwanej B. S., polegającego na kupowaniu na koszt powódki materiałów do wykonania robót pozwanej.

Tym samym obrona pozwanej w zakresie, w jakim twierdziła, iż opóźnienie w usuwaniu wad i usterek było spowodowane opóźnieniami w dostawie materiałów przez powódkę, również okazała się niezasadna.

Podsumowując tę część rozważań wskazać trzeba, że powódka wykazała przesłanki powstania po jej stronie roszczenia o zapłatę kary umownej za 107 dni w wysokości 197.415 zł, natomiast pozwana nie udowodniła żadnych okoliczności, będących podstawą przedstawionych w odpowiedzi na pozew (omówionych wyżej) zarzutów, zwalczających powództwo co do zasady. Pozwana nie zdołała zatem w toku niniejszego procesu podważyć swojej

odpowiedzialności co do zasady. Tym niemniej skuteczna okazała się jej obrona w zakresie miarkowania kary umownej. Z ostrożności procesowej pozwana podniosła bowiem również zarzut miarkowania kary umownej.

Zgodnie z art. 484 § 2 k.c. jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Tym samym Sądowi orzekającemu w sprawie – jeżeli dłużnik zgłosi zarzut miarkowania kary umownej – przyznana jest kompetencja do zmniejszenia należnej wierzycielowi kary umownej, jeżeli ustalą, że zobowiązanie czy to zostało w znacznej części wykonane, czy też że kara umowna jest rażąco wygórowana. W doktrynie przyjmuje się przy tym, iż dłużnik może żądać redukcji kary jedynie wtedy, gdy dysproporcja kary jest nad wyraz istotna i dostrzegalna dla każdego obserwatora [por. Z., w: red. G., Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis 2016].

Wskazane wyżej przesłanki redukcji kary umownej są równorzędne i rozłączne; wystąpienie już jednej z nich umożliwia sądowe miarkowanie kary umownej, jeżeli jednak przesłanki te wystąpią równocześnie, zmniejszenie kary umownej winno uwzględniać obie przyczyny redukcji, co w konsekwencji najczęściej zwiększy obniżenie kary umownej

[por. R.-G. A., Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania - część ogólna; LEX/el., 2011].

W rozpoznawanej sprawie przyjęć trzeba, że spełnione zostały obie przesłanki.

Przede wszystkim żądana w niniejszej sprawie przez powódkę kara umowna jest rażąco wygórowana. Wskazać bowiem trzeba, iż powódka domagała się z tego tytułu zapłaty kwoty 197.415 zł, podczas gdy całe ryczałtowe wynagrodzenie umowne pozwanej zostało ustalone na kwotę 150.000 zł netto (184.500 zł brutto). Wysokość naliczonej kary umownej za nieterminowe usunięcie wad i usterek znacznie przekraczała zatem całe wynagrodzenie pozwanej. Należy przy tym mieć na uwadze za jakiego rodzaju usterki została naliczona kara umowna – były to bowiem drobne kwestie wykończeniowe, w szczególności związane z niedomalowaniami elewacji na styku z elementami dekoracyjnymi, czy też niedokładnie wykonanymi liniami odcinającymi poszczególne kolory elewacji, następnie nieduże usterki blacharskie oraz brak opaski zwirowej wokół budynku, co stanowiło najpoważniejszą wadę. Były to wszystko usterki o charakterze estetycznym, które nie stały na przeszkodzie eksploatacji budynku zgodnie z jego przeznaczeniem.

Po drugie przyjęć trzeba, że zobowiązanie pozwanej zostało w znacznej części wykonane, a niewielka część, w której nie zostało wykonane, została objęta ugodą stron, regulującą wzajemne roszczenia z tego tytułu. Strony w protokole końcowym odbioru robót z dnia 10 października 2012 r. zapisały bowiem, że komisja postanawia odebrać roboty i usunięte wady, stwierdzając jednocześnie, iż jakość wykonania tych robót jest niezadowolająca, a w dalszej części protokołu zapisały, że z uwagi na obniżoną jakość robót elewacyjnych wynagrodzenie pozwanej zostanie pomniejszone o kwotę 6.000 zł netto (7.380 zł brutto). Z powyższego wynika, że kwota 6.000 zł netto wyczerpuje wzajemne roszczenia stron z tytułu wad, co do których w protokole w kolumnie (...) zapisano "niekompletne" bądź "brak", a to z kolei oznacza, że zobowiązanie pozwanej należy uznać za wykonane w znacznej części oraz za ugodzone w zakresie rozliczenia finansowego za tą część zobowiązania pozwanej, która nie została wykonana.

Wystąpiły więc obie przesłanki do miarkowania kary umownej.

Pozostaje rozważyć do jakiej kwoty kara powinna być zmniejszona (zmiarkowana). W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że miarkowanie kary umownej ma przeciwdziałać dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary a godnym ochrony interesem wierzyciela. Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem, nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego. Stosując instytucję miarkowania Sąd powinien mieć na względzie podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczenia jej wysokości, co znakomicie ułatwia realizację dochodzonego uprawnienia [por. wyrok SN z dnia 30 listopada 2006 r., I CSK 259/06]. Jednocześnie przyjmuje się, że wysokość zastrzeżonej kary umownej nie musi pokrywać się z wysokością szkody, doprowadziłoby bowiem do zaprzeczenia roli kary umownej jako sankcji cywilnoprawnej wobec nierzetelnego kontrahenta. Wprawdzie wysokość szkody stanowi istotne kryterium redukcji

kary umownej, to nieuzasadnionym jest stwierdzenie, iż miarkowanie kary umownej powinno doprowadzić ją do wysokości odpowiadającej wysokości szkody [por. wyrok SN z dnia 14 kwietnia 2005 r., II CK 626/04]. Z kolei w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2012 r. (I CSK 287/11) podkreślono, że wprawdzie kara umowna jest niezależna od powstania szkody, ale jeśli rozpatrywane są przesłanki jej miarkowania na podstawie art. 484 § 2 k.c., to przy obliczaniu jej rażącego wygórowania nie można abstrahować od tego, że szkoda w ogóle nie wystąpiła. Kara umowna pełni przede wszystkim funkcję kompensacyjną, a zatem z założenia stanowi odpowiednik odszkodowania. Nie powinna w takim razie prowadzić do wzbogacenia uprawnionego i nawet jeśli nie jest to wzbogacenie bezpodstawne, to może być w okolicznościach sprawy uznane za niesłuszne. W przypadku, gdy szkoda w ogóle nie wystąpiła, kara może mieć wymiar symboliczny.

Mając na uwadze powyższe poglądy przy ustalaniu kwoty, do której kara ta powinna być zmniejszona w wyniku podniesionego przez pozwaną zarzutu miarkowania kary umownej, Sąd miał na uwadze, że usterki, za które została naliczona kara, miały przede wszystkim charakter estetyczny (niedomalowania elewacji, drobne niedoróbki blacharskie, a także najpoważniejsza usterka w postaci braku opaski żwirowej), nie stały one na przeszkodzie eksploatacji budynku zgodnie z jego przeznaczeniem. Powódka nie odniosła się do zarzutu miarkowania kary umownej podniesionego przez pozwaną w odpowiedzi na pozew, należy więc przyjąć, że nie wykazała, iż szkoda, którą powódka poniosła poprzez opóźnienie po stronie pozwanej w usuwaniu usterek, uzasadnia zasądzenie kary umownej w wysokości wyższej niż symboliczna. Jednocześnie nie można zapominać, że pozwana otrzymała długi czas na usunięcie tych usterek (6 miesięcy), termin ten przekroczyła o 107 dni (3,5 miesiąca). W tym czasie powódka nie mogła zakończyć procesu budowlanego i zgłosić obiektu do odbioru inwestorowi, co niewątpliwie wiąże się ze szkodą po stronie powódki. Mając na uwadze te wszystkie okoliczności Sąd uznał, że uzasadnione jest zasądzenie kary umownej w wysokości 10.000 zł, co stanowi w przybliżeniu 5% należnej powódce kary (naliczonej zgodnie z umową w kwocie 197.415 zł). Należy zauważyć, że kwota ta koresponduje również z ugodzoną przez strony kwotą obniżenia wynagrodzenia za niewykonanie przez powódkę pozostałych usterek wymienionych w protokołach (było to 8 usterek, przy czym 4 spośród nich B. S. zakwestionował stawiając przy nich znak minus). Ugodzona kwota, ustalona w wyniku pertraktacji (i zapewne ustępstw) obu stron, została ustalona na 7.380 zł brutto. Charakter i rozmiar usterek objętych ugodą jest porównywalny do usterek, za które została naliczona kara umowna (przy czym najpoważniejszą usterką był brak opaski żwirowej).

Mając na uwadze powyższe Sąd uznał, że adekwatną do wszystkich wymienionych wyżej okoliczności karą umowną jest kara wyrażająca się kwotą 10.000 zł. Kwota ta uwzględnia zarówno funkcję represyjną, jak i funkcję kompensacyjną kary umownej.

W pozostałym zakresie powództwo podlegało oddaleniu.

O odsetkach za opóźnienie orzeczono zgodnie z 481 § 1 k.c. Powódka domagała się zasądzenia odsetek ustawowych od dnia 31 lipca 2014 r. Roszczenie o zapłatę kary umownej ma charakter nieterminowy. Powódka wezwała pozwaną do zapłaty kary umownej w kwocie 197.415 zł pismem datowanym na dzień 24 lipca 2014 r. (nadanym tego samego dnia listem poleconym), w którym określiła pozwanej termin płatności na dzień 30 lipca 2014 r. Biorąc pod uwagę kwotę kary umownej, jaką Sąd po zmiarkowaniu uznał za zasadną, należało przyjąć, iż określony pozwanej termin był adekwatny do wysokości słusznego roszczenia powódki. W związku z tym roszczenie o zapłatę odsetek zostało uwzględnione w oparciu o art. 481 § 1 k.c. od kwoty 10.000 zł, począwszy od dnia 31 lipca 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. w wysokości odsetek ustawowych (stosownie do brzmienia art. 481 § 2 k.c. obowiązującego przed dniem 1 stycznia 2016 r.), zaś od dnia 1 stycznia 2016 r. – stosownie do znowelizowanego brzmienia art. 481 § 2 k.c. – w wysokości odsetek ustawowych za opóźnienie.

Stan faktyczny sprawy ustalony został w oparciu o dowody z dokumentów, zeznania świadków oraz dowód z przesłuchania stron.

Wiarygodność przedłożonych dokumentów prywatnych nie była przez strony kwestionowana. Wyłaniał się z nich spójny obraz relacji między stronami w toku realizacji umowy, w szczególności zaś aneks nr (...) do umowy z dnia

30 sierpnia 2011 r. pozwalał na ustalenie, jaki cel przyświecał stronom podpisującym aneks. Stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów uzupełniały zeznania przesłuchanych w sprawie świadków, którzy byli bezpośrednimi uczestnikami zdarzeń, o których opowiadali.

Wiarygodne okazały się zeznania świadka Z. B. (1) - kierownika budowy zatrudnionego przez powódkę. Świadek ten bezpośrednio obserwował zdarzenia istotne dla sprawy, jako kierownik budowy uczestniczył we wszystkich czynnościach na budowie, a także brał udział w rozmowach między przedstawicielami powódki i pełnomocnikiem pozwanej B. S.. W oparciu o zeznania tego świadka ustalono przede wszystkim treść ustnej umowy między pozwaną i K. B., który jako podwykonawca pozwanej miał wykonać część prac przygotowawczych przy elewacji (piaskowanie), a także to, że następnie zgodnie z ustną umową wynagrodzenie należne K. B. miało być wypłacone przez powódkę z jednoczesnym pomniejszeniem wynagrodzenia pozwanej. Wiarygodność zeznań tego świadka potwierdza przede wszystkim dokument podpisany przez B. S., obejmujący zestawienie wszystkich należności składających się na kwoty pomniejszenia wynagrodzenia dokonaną aneksem (karta 47). Wśród tych kwot znajduje się wynagrodzenie za piaskowanie elewacji. Podpis B. S. pod tym dokumentem, jak również zaakceptowany przez pozwaną aneks do umowy, pomniejszający o kwotę wskazaną w tym dokumencie należne pozwanej wynagrodzenie, potwierdza wiarygodność zeznań świadka Z. B. (1) o podwykonawczym charakterze umowy o piaskowanie i przyjętym sposobie rozliczenia. Podkreślić trzeba, że również pozwana - jak zeznała w czasie przesłuchania - była doskonale zorientowana, że wśród kwot pomniejszających wynagrodzenie są kwoty za materiały, za daszki, za piaskowanie. Także pozwana akceptowała więc podwykonawstwo podmiotu wykonującego piaskowanie, skoro zgodziła się podpisać aneks. Dodać trzeba, że zeznania omawianego świadka Z. B. (1) znajdują również potwierdzenie w treści zeznań K. S..

Świadek Z. B. (1) potwierdził również inne istotne dla rozstrzygnięcia fakty, jak na przykład zakres robót objętych obowiązkiem pozwanej (wśród których wymienił m.in. roboty blacharskie), opisał sposób działania B. S., występującego na budowie w podwójnej roli, w tym tryb zamawiania materiałów. Fakty przedstawione w relacji świadka Z. B. (1) w pełni korespondują z materiałem dowodowym z dokumentów, nie ma w nich wewnętrznych sprzeczności, co w połączeniu z rolą świadka na budowie, pozwalającą mu uczestniczyć we wszystkich istotnych zdarzeniach, pozwoliło uznać jego zeznania za wiarygodne.

Wiarygodne okazały się zeznania świadków J. J. i M. B., przy czym ich wiedza na temat okoliczności istotnych dla sprawy była niewielka. Świadkowie byli pracownikami pozwanej. J. J. wykonywał prace dźwigiem, na temat prac przy elewacji w zasadzie nie potrafił nic powiedzieć. M. B. był zatrudniony jako murarz - tynkarz, zeznał że wykonywał prace poprawkowe przy elewacji, podał charakter usterek, zeznał również o utrudnieniach z wykonywaniem prac przy elewacji związanych z tym, że inna ekipa robiła w owym czasie wykopy, jednocześnie jednak dodał, że prace przy elewacji można było wówczas wykonywać w innym miejscu, tak że cały czas istniał dostępny dla prac przy elewacji front robót. W dalszej części zeznał, że ekipa, która robiła w owym czasie wykop, również była ekipą pozwanej. Ostatecznie świadek ten podał, że opóźnienia prac przy elewacji związane z utrudnieniami ze strony innych ekip wyniosły 4-5 dni, fakt ten pozostawał jednak bez znaczenia dla rozstrzygnięcia z uwagi na to, że wg zeznań świadka utrudnienia te spowodowały właśnie ekipy pozwanej. Co więcej nawet pomniejszenie okresu odpowiedzialności pozwanej za 4-5 dni i tak nie zmieniłoby rozstrzygnięcia, które sprowadzało się do zmiarkowania kary umownej do kwoty wynoszącej 10.000 zł.

Wiarygodne okazały się zeznania świadka G. S. (2), również i on miał jednak niewielką wiedzę na temat istotnych dla sprawy okoliczności, jak sam zeznał nie ingerował w sprawy między J. S. i powódką, potwierdził jednocześnie zlecane pozwanej prace dodatkowe oraz fakt wykonywania przez pozwaną prac podwykonawczych na jego rzecz.

Podobnie należy ocenić zeznania świadka A. M. (1) - inspektora nadzoru, jego wiedza na temat relacji między stronami niniejszego procesu była jednak znikoma. Świadek potwierdził istotny dla rozstrzygnięcia fakt, że usterki zarzucane pozwanej związane były z niedokładnym wykonaniem robót, nie było natomiast zastrzeżeń co do zastosowanych przez pozwaną materiałów budowlanych.

Sąd zasadniczo nie dał natomiast wiary zeznaniom świadka B. S., albowiem z jednej strony jego zeznania były niespójne – podobnie jak stanowisko pozwanej – a z drugiej strony z uwagi na to, iż świadek ten jako małżonek pozwanej i de facto prowadzący zarejestrowane na nią przedsiębiorstwo, był żywotnie zainteresowany wynikiem sprawy. Moc jego zeznań w tych okolicznościach jest porównywalna z mocą zeznań strony procesu. Niespójność jego zeznań objawiała się zaś przede wszystkim w tym, iż nie potrafił wyjaśnić dlaczego właściwie przedsiębiorstwo pozwanej podejmowało prace zmierzające do usunięcia wad i usterek, skoro uważało, iż nie mieszczą się one w określonym umową zakresie jego robót. Co więcej zupełnie niezrozumiałe są zeznania tego świadka negujące fakty, które wynikają z podpisanych przez niego dokumentów, takich jak np. zestawienie należności o które obniżono wynagrodzenie pozwanej aneksem (karta 47) - świadek twierdził bowiem, że brak było podstaw do obniżenia wynagrodzenia o kwotę należną za piaskowanie, a mimo to podpisał dokument znajdujący się w aktach na karcie 47, za wiedzą pozwanej (co wynika z kolei z jej zeznań). Kolejne dokumenty należące do omawianej grupy to protokoły odbioru i załączniki do protokołów odbioru z 15 grudnia 2011 r. i z 10 października 2012 r., na których to dokumentach świadek własnoręcznym podpisem potwierdził rodzaj usterek obciążających przedsiębiorstwo pozwanej, po czym podczas przesłuchania w charakterze świadka zaprzeczył wszystkim wynikającym z tych dokumentów faktom, przyznając jedynie, że spośród 15 wymienionych w protokołach wad i niezgodności jedynie wady opisane pod pozycją 13 w następujący sposób: „do szczególnej poprawy elewacja w widocznych miejscach – parter, przy oknach – liczne nierówności, niedomalowania, brak szpachlowania, widoczne siatki itp.” objęte były zakresem robót wykonywanych przez przedsiębiorstwo pozwanej, dalej podał, że obciążenie pozwanej tymi tylko usterekami było zasadne (por. zeznania świadka przed Sądem Rejonowym w Jeleniej Górze w drodze pomocy sądowej, fragment od 00:14:25 do 00:16:25 nagrania protokołu rozprawy z dnia 10 marca 2016 r.). Jednocześnie świadek nie wyjaśnił dlaczego podpisał dokumenty odbioru z 15 grudnia 2011 r. i z 10 października 2012 r., wskazujące na 15 obciążających pozwaną wad i niezgodności. Taka postawa czyni zeznania świadka całkowicie niewiarygodnymi.

Podobnie należy ocenić zeznania samej pozwanej, które są zgodne z prezentowaną przez nią w procesie linią obrony, nie znajdują jednak potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym i jako takie w przeważającej części nie mogą być uznane za wiarygodne.

Wiarygodne były natomiast zeznania przedstawiciela powódki K. S., korespondowały one bowiem z zresztą materiału dowodowego, w tym z dowodami dokumentów oraz z zeznaniami świadka Z. B. (1)

Postanowieniem z dnia 11 października 2016 r. pominięty został dowód z opinii biegłego sądowego, który powołała strona pozwana.

Dowód ten został zgłoszony w odpowiedzi na pozew, przy czym okoliczności, na które został powołany w tym piśmie procesowym, zmierzały wyłącznie do oceny sposobu wykonania robót przez Z. B. (1) przy piaskowaniu tynków oraz do oceny wpływu tych robót na prace kolejno wykonywane przy elewacji, realizowane bezpośrednio przez pozwaną. Na brak potrzeby dowodu z opinii biegłego na te okoliczności wskazywał pełnomocnik powoda już na rozprawie w dniu 13 października 2015 r. - karta 96 verte). W celu umożliwienia stronie pozwanej ustosunkowania się do tej argumentacji, po przeprowadzeniu całego postępowania dowodowego, na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2016 r. pełnomocnik pozwanej został zobowiązany do złożenia pisma procesowego do wskazaniem, czy nadal podtrzymuje wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii, zmierzającego do ustalenia wskazanych w odpowiedzi na pozew okoliczności, związanych z piaskowaniem tynków przez Z. B. (1).

W piśmie procesowym z dnia 13 września 2016 r. pełnomocnik pozwanej podtrzymał ten dowód, nie odnosząc się do argumentów strony powodowej, uzasadniających jego pominięcie.

W tym stanie rzeczy dowód ten został pominięty z przyczyn wskazanych wcześniej (pozwana odpowiada za swoich podwykonawców zgodnie z art. 474 k.c.), na podstawie art. 217 § 3 k.p.c.

Jednocześnie w piśmie procesowym dnia 13 września 2016 r. pełnomocnik pozwanej powołał nowy dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa, zmierzający do wykazania okoliczności, co do których strona pozwana wcześniej

dowodu z opinii biegłego w ogóle nie powoływała. Dowód ten został pominięty po pierwsze jako spóźniony na podstawie art. 207 § 6 k.p.c., brak było bowiem jakiegokolwiek uzasadnienia dla zgłoszenia tego nowego dowodu dopiero w odpowiedzi na zobowiązanie dotyczące wyjaśnienia okoliczności związanych z powołaniem dowodu z opinii biegłego sądowego zgłoszonego w odpowiedzi na pozew. Przeprowadzenie tego dowodu spowodowałoby zwłokę w rozpoznaniu sprawy, strona pozwana nie uprawdopodobniła, że powołanie tego dowodu nie było możliwe na wcześniejszym etapie postępowania, nie wystąpiły żadne szczególne okoliczności, które usprawiedliwiłyby zgłoszenie przez pozwaną tego dowodu dopiero w piśmie procesowym z dnia 13 września 2016 r.

Po drugie dowód ten został pominięty z przyczyn opisanych niżej.

Powołany w piśmie procesowym z dnia 13 września 2016 r. nowy dowód z opinii biegłego zmierzał do wykazania, czy zakres usterek wskazanych w protokole wad i niezgodności pokrywa się z określonym w umowie zakresem robót, które miała wykonać pozwana, nadto by biegły ustalił na podstawie dziennika budowy, że usterki te usunięto przed dniem 15 maja 2012 r., a także ustalił jaka była wówczas pogoda i czy mogła mieć wpływ na opóźnienie prac, jak i ustalił czy użyte w umowie wyrażenie „oczyszczenie ścian” jest tożsame z ich piaskowaniem.

Zgodnie z art. 278 § 1 k.p.c. w wypadkach wymagających wiadomości specjalnych sąd po wysłuchaniu wniosków stron co do liczby biegłych i ich wyboru może wezwać jednego lub kilku biegłych w celu zasięgnięcia ich opinii. Pojęcie „wiadomości specjalne” nie zostało przy tym zdefiniowane przez prawodawcę, lecz w doktrynie przyjmuje się, iż wiadomości specjalne powinny przekraczać możliwości percepcyjne i wiedzę przeciętnego człowieka o wykształceniu ogólnym. Zdobywanie tego typu wiadomości winno wymagać wykształcenia specjalnego dla danej dziedziny albo wykonywania w tej dziedzinie określonego zawodu. Biegły powinien posiadać znaczne doświadczenie zawodowe, szersze niż przeciętnie występujące w zawodzie [zob. J. T., Biegły sądowy, s. 1360].

Przekładając powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy uznać, iż ustalenie, czy wady i usterki wskazane w protokole z 10 października 2012 r. objęte były zakresem robót wskazanym w umowie nie wymagało wiadomości specjalnych, albowiem dla osoby posiadającej elementarną wiedzę ogólną jasnym jest, że prace określane chociażby jako malowanie elewacji, obejmują także kwestie linii (malowanych) oddzielających poszczególne kolory użyte na elewacji, jak również obejmują przyznane w zeznaniach B. S. niedomalowania, widoczne siatki, nierówności itp. Z kolei roboty określone w umowie (dokładniej w załączniku nr 2 do umowy) jako obróbki blacharskie zawierają w sobie stwierdzone wady i usterki takie jak obróbki blacharskie ganku czy rury spustowej. Nadto wprost w załączniku nr 2 wskazano, iż pozwana miała wykonać dwa rodzaje daszków nad wejściami – blaszane i szklane, przy czym szklane miała jedynie zamontować, zaś blaszane także wykonać i co do nich również ustalono, że występowały wady i usterki. Wreszcie w umowie wskazano, iż do zakresu robót pozwanej należy wykonanie opaski żwirowej wokół budynku.

Tym samym dowód z opinii biegłego w tym zakresie był zbędny. Porównanie zakresu robót opisanych w załączniku nr 2 (którego strona pozwana nie kwestionowała - przeciwnie przyznała, że strony umówiły się tak jak w załącznikach nr 2 i 3 - por. karta 304 verte) oraz opisu usterek dokonanego w protokołach pozwala osobie posiadającej elementarną wiedzę ogólną na stwierdzenie, że usterki z protokołów mieszczą się w zakresie robót opisanym w załączniku nr 2.

Przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w oparciu o analizę dziennika budowy było z kolei niemożliwe, albowiem strony nie powołały dowodu z dziennika budowy, a nadto powódka ani pozwana dziennikiem tym nie dysponują (B. S. w czasie przesłuchania zeznał, że dziennik budowy w ogóle nie był prowadzony, z kolei powódka w piśmie procesowym z 22 września 2016 r. wyjaśniła, że takiego dokumentu nie posiada). Co więcej podkreślić należy, że gdyby taki dokument został powołany jako dowód i złożony do akt sprawy, to odczytanie zapisów z tego dziennika nie wymaga wiedzy specjalnej.

Nie było również potrzeby przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego w celu ustalenia, w jakiej dacie usterki zostały przez pozwaną usunięte, skoro sama pozwana na piśmie zgłosiła gotowość do odbioru z dniem 31 sierpnia 2012 r., a w toku procesu dokument ten nie został przez pozwaną podważony jako podrobiony czy w inny sposób sfalszowany. Ta okoliczność została dostatecznie wyjaśniona (art. 217 § 3 k.p.c.).

Nie było też podstaw do przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa co do pogody, jaka w okresie usuwania usterek była w Ś.. Okres usuwania usterek obejmował czas od 16 grudnia 2011 r. do 15 maja 2012 r., pozwana nie formułowała zarzutów, że w tym półrocznym terminie warunki pogodowe nie pozwalały na wykonanie prac przy usuwaniu usterek. Co więcej fakt ten nie wymaga dowodu z opinii biegłego, mógł być ustalony za pomocą innych dowodów, na przykład z zeznań świadków, pozwana jednak w tym kierunku nie prowadziła postępowania dowodowego przez cały czas trwania procesu.

Bez wątpienia dowód z opinii biegłego nie mógł być przeprowadzony w zakresie, w jakim miałby służyć ustaleniu, czy „oczyszczenie ścian” to „piaskowanie ścian”. Oczywistym jest bowiem, że odpowiedź na tego typu pytanie winna być udzielona w drodze wykładni umowy. Między stronami w toku procesu nie było zresztą sporu na tym tle.

W tym stanie rzeczy nowy dowód z opinii biegłego został pominięty na podstawie art. 207 § 6 k.p.c. i 217 § 3 k.p.c.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. pozostawiając ich szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu z zastosowaniem zasady odpowiedzialności za wynik sprawy, przy założeniu, że powódka wygrała sprawę w 5%, albowiem powództwo wytoczone o zapłatę kwoty 197.415 zł zostało uwzględnione jedynie co do kwoty 10.000 zł.