

Sygn. akt I AGa 155/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 stycznia 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Krzysztof Chojnowski SA Jadwiga Chojnowska SO del. Jacek Malinowski
Protokolant	:	Monika Jaroszko

po rozpoznaniu w dniu 24 stycznia 2019 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Spółki z o.o. w N.**

przeciwko (...) **w W.**

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 8 czerwca 2018 r. sygn. akt V GC 178/17

I. zmienia zaskarżony wyrok:

a) **w punkcie I w ten sposób, że zasądza od pozwanego (...) w W. na rzecz powoda (...) Spółki z o.o. w N. kwotę 171.938,70 (sto siedemdziesiąt jeden tysięcy dziewięćset trzydzieści osiem i 70/100) złotych z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 22 października 2016 r. do dnia zapłaty i oddala powództwo w pozostałej części;**

b) **w punkcie II w ten sposób, że znosi wzajemnie między stronami koszty procesu;**

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. znosi wzajemnie między stronami koszty instancji odwoławczej.

K. C. J. J. M.

Sygn. akt I A Ga 155/18

UZASADNIENIE

Powód (...) Sp. z o.o. w N. wniósł o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego (...) w W. kwoty 343.877,40 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie za okres od 22.10.2016 r. do dnia zapłaty.

W uzasadnieniu powód wskazał, że dochodzona pozwem kwota stanowi wynagrodzenie za wykonanie prac przewidzianych w umowie o roboty budowlane nr (...) z 24.06.2015 r., którą zawarł z pozwanym jako inwestorem. Powód wykonał umowę w terminie umownym, zaś pozwany bezzasadnie obciążył go karą umowną w dochodzonej pozwem kwocie za opóźnienie w wykonaniu obiektu. Powód zgłosił prace do odbioru w dzienniku budowy już 31.08.2016 r. czyli w terminie umownym ustalonym na dzień 15.09.2016 r. Naliczona kara umowna jest więc zdaniem powoda bezpodstawna, a potrącenie nieskuteczne.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości. Podniósł zarzut potrącenia roszczenia powoda z przysługującą mu w stosunku do niego wierzytelnością z tytułu kar umownych. Wskazał, że oświadczenie o potrąceniu złożył powodowi 23.08.2017 r. Wierzytelność pozwanego wynika z niedotrzymania przez powoda terminu wykonania przedmiotu umowy. Pomimo ustalenia w umowie terminu zakończenia robót na 15.09.2016 r., odbiór końcowy możliwy był dopiero 30.09.2016 r. z uwagi na opóźnienie powoda. W dacie zakończenia robót trwały prace i nie wykonano wszystkich robót wykończeniowych. Strony ustaliły w umowie, że protokół odbioru stanowi pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, zaś data podpisania protokołu będzie datą zakończenia i odbioru przedmiotu umowy. Kara umowna naliczona została za 15 dni zwłoki w wysokości 0,2% za każdy dzień od wynagrodzenia w kwocie 11.462.580,00 zł.

Wyrokiem z 8.06.2018 r. Sąd Okręgowy w Olsztynie oddalił powództwo i rozstrzygnął o kosztach procesu.

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne:

Strony zawarły 24.06.2015 r. umowę o roboty budowlane, na podstawie której powód jako wykonawca miał wykonać zadanie inwestycyjne w postaci wybudowania budynku mieszkalnego (...) wraz z przyłączami i urządzeniem terenu w G. przy ul. (...), którego inwestorem był pozwany.

Strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 11.462.580,00 zł brutto. Powód zobowiązał się zakończyć prace do 30.06.2016 r. Aneksiem do umowy przedłużono ten termin do 15.09.2016 r.

Sąd I instancji ustalił, że strony postanowiły, iż odbiór przedmiotu umowy dokonany zostanie w pełnym zakresie rzeczowym określonym w umowie. Datą zakończenia i odbioru przedmiotu umowy miała być data podpisania protokołu odbioru. Strony ustaliły ponadto, że odbiór dokonany zostanie jednocześnie z przekazaniem przedmiotu umowy do eksploatacji uprawnionemu użytkownikowi. Za niedotrzymanie terminu wykonania przedmiotu umowy ustalonego w umowie oraz harmonogramie finansowo rzeczowym stanowiącym załącznik do umowy, pozwany uprawniony był do naliczenia powodowi kary umownej w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki.

Wpisem do dziennika budowy z 31.08.2016 r. powód zgłosił pozwanemu zakończenie prac i gotowość budowy do rozpoczęcia czynności odbioru końcowego.

Podczas inspekcji placu budowy 16.09.2016 r. inspektorzy nadzoru ze strony pozwanego inwestora stwierdzili, że obiekt nie może zostać od powoda odebrany z uwagi na niezakończone prace wykończeniowe. Po przeprowadzonej wizji lokalnej, przedstawiciele pozwanego stwierdzili, że do zakończenia prac pozostało ułożenie płytek gresowych na klatkach schodowych nr I i II (roboty zaawansowane w 80%), wykonanie posadzek z ułożeniem gresu w piwnicach w komórkach lokatorskich i komunikacji (stan zaawansowania prac – 40%), prace malarskie w klatce I i II (stan zaawansowania prac – 88%), ułożenie płytek ceramicznych w łazienkach w klatkach III, IV i V (stan zaawansowania prac – 95%), zaś w klatce I i II w 85% (brak murków przy wannach-obudowa), brak możliwości użytkowania białego montażu z uwagi na niewykonane zabezpieczenie izolacyjne poszczególnych urządzeń, brak podłączenia kominowego trzech kotłów gazowych, brak powłok farb antygraffiti na elewacji budynku, brak zamontowania

drzwi szachtów elektrycznych. Kolejny termin odbioru wyznaczony został na dzień 30.09.2016 r., przy czym w sytuacji wcześniejszego zakończenia prac powód dopuścił możliwość wcześniejszego odbioru, po uzyskaniu uprzedniej informacji od powodowego wykonawcy.

W dniu 30.09.2016 r. miał miejsce odbiór przedmiotu umowy. Został wówczas sporządzony protokół odbioru przez inwestora prac wykonanych w przedmiotowym budynku. W protokole znalazł się zapis, iż zwłoka w realizacji prac wyniosła 15 dni. Do tego zapisu zastrzeżenia złożył przedstawiciel powoda wskazując, iż zwłoka w realizacji przedmiotu umowy nie wystąpiła. Podczas odbioru obiektu od powoda, budynek był przekazywany jednocześnie jego użytkownikowi.

Z uwagi na przekroczenie końcowego terminu wykonania robót przez powoda, pozwany naliczył mu karę umowną za 15 dni zwłoki w wysokości 0,2% za każdy dzień od wynagrodzenia w kwocie 11.462.580,00 zł, której wysokość wyniosła 343.877,40 zł. Pismem z 17.10.2016 r. pozwany doręczył powodowi notę, w treści której wezwał powoda do opłacenia kwoty 343.877,40 zł z tytułu kary umownej w terminie do 1.11.2016 r. Ponieważ powód nie dokonał zapłaty, pozwany w piśmie z 23.08.2017 r. oświadczył, iż dokonuje potrącenia wierzytelności z wierzytelnością powoda z tytułu wynagrodzenia.

Powyższe ustalenia faktyczne Sąd I instancji poczynił w oparciu o niekwestionowane dokumenty przedłożone przez strony. Ponadto zeznania świadków: M. P., I. R., W. R. były ze sobą zbieżne i znajdowały potwierdzenie w dowodach z dokumentów. Poza ogólnikowymi bardzo zeznaniami świadków C. O. i I. R. powód nie przedstawił wiarygodnych dowodów na to, że wskazane w notatce roboty były skończone na dzień 15.09.2016 r..

Z zeznań wskazanych świadków wynikało ponadto, iż wpis do dziennika budowy dokonany w dniu 31.08.2016 r. przez kierownika budowy w przedmiocie zgłoszenia robót do odbioru oraz wpis inspektora nadzoru w zakresie przygotowania obiektu do rozpoczęcia czynności odbioru nie przeczą okoliczności opóźnienia powoda z robotami wykończeniowymi budynku. Sąd uznał, że wpis w dzienniku budowy dotyczył stricte prac budowlanych, a nie wykończeniowych. Wpis inspektora nadzoru pozwanego odnosił się wyłącznie do rozpoczęcia czynności odbioru, a nie ostatecznego odbioru obiektu.

W ocenie Sądu Okręgowego powód po 15.09.2016 r. pozostawał w opóźnieniu z wykonaniem prac objętych zakresem umownym, a nie z poprawkami lub usuwaniem wad zakończonych prac.

Sąd następnie zwrócił uwagę, że z § 6 umowy wynika, iż wynagrodzenie należało się wykonawcy po wykonaniu zamówienia w pełnym zakresie rzeczowym określonym w umowie i w harmonogramie rzeczowo-finansowym, na podstawie protokołu odbioru prac. W tej sytuacji nie budziło wątpliwości naliczenie przez pozwanego kary umownej za niedotrzymanie terminu wykonania przedmiotu umowy oraz poprawność jej wyliczenia (15 dni \times 0,2% \times 11.462.580,00 zł).

Sąd nie znalazł podstaw do miarkowania kary umownej. W sposób kompleksowy opisał przesłanki jakie powinny zostać spełnione, aby do miarkowania doszło. Następnie podjął się oceny czy naliczona kara umowna, przy uwzględnieniu wykonania wszystkich prac, jest rażąco wygórowana. Uznając, że tak nie jest, wskazał, że przeczy temu chociażby fakt, iż stanowi ona ok. 3% wartości przedmiotu umowy. Ponadto zwrócił uwagę, że jej celem było właśnie wzmocnienie kontraktu. Ponadto powód nie wykazał, aby kara umowna ustalona na poziomie 0,2% za każdy dzień opóźnienia była rażąco wygórowana w stosunku do wysokości kar powszechnie funkcjonujących w obrocie pomiędzy profesjonalistami z branży budowlanej.

Sąd przypomniał również, że kara umowna należy się w zastrzeżonej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 k.c.), a obowiązek jej zapłaty powstaje nawet wtedy, gdy wierzyciel na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie poniósł w ogóle szkody majątkowej. Interes inwestora został w niniejszym przypadku naruszony pomimo nie poniesienia przez niego określonej kwotowo szkody majątkowej, albowiem wskutek

opóźnienia powodowego wykonawcy nie był on w stanie przekazać obiektu jego użytkownikom w umówionym terminie, co spowodowało negatywne konsekwencje dla pozwanego opisane w zeznaniach świadka M. P..

Ostatecznie Sąd wskazał, że potrącenie wierzytelności pozwanego z 23.08.2017 r. z tytułu kary umownej z wierzytelnością powoda z tytułu wynagrodzenia było skuteczne.

Orzeczenie zapadło w oparciu o art. 647 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 498 § 1 i 2 k.c.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 2 k.p.c.

Apelację od tego wyroku wniósł powód, zaskarżając go w całości. Zarzucił naruszenie:

- art. 6 k.c. poprzez faktyczne uznanie, że w sprawie nie było konieczne udowodnienie przez pozwanego, że powód pozostawał w zwłóce ze spełnieniem świadczenia, przez co zasadne było naliczenie kar umownych przez pozwanego;
 - art. 65 § 1 i § 2 k.c. poprzez zaniechanie jakiegokolwiek analizy zawartej pomiędzy stronami umowy i - w szczególności - faktyczne uznanie, że wolą stron było aby pozwany miał możliwość naliczenia kar umownych również w sytuacji, w której przyczyny dla których przekroczony został termin spełnienia świadczenia przez powoda nie dotyczą powoda, a wręcz w sytuacji, w której leżą one po stronie pozwanego, a kary umowne zostały zastrzeżone na wypadek zwłoki, nie zaś opóźnienia, ale również poprzez uznanie, iż wolą stron było aby o tym czy roboty budowlane zostały uznane za wykonane decydował wyłącznie pozwany na zasadzie jednostronnego w praktyce oświadczenia o charakterze kształtującym prawa i obowiązki powoda, w tym oświadczenia dorozumianego, ale również poprzez błędne uznanie, iż wolą stron było, aby za datę spełnienia świadczenia przez powoda uznawać datę podpisania protokołu odbioru końcowego, ale również poprzez pominięcie tego, że pozwany potwierdził zgodnie z umową gotowość obiektu do odbioru, a pomimo tego nie wyznaczał terminu tego odbioru;
 - art. 354 § 2 k.c. poprzez faktyczne przyjęcie, iż brak współdziałania ze strony pozwanego w spełnieniu świadczenia, przejawiający się w szczególności tym, że pozwany nie zawiadomił powoda o tym, że odmawia przystąpienia do czynności odbiorowych, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie, w szczególności ze względu na upływ 7 dniowego terminu, o którym mowa w § 12 ust. 2 umowy zawartej pomiędzy stronami;
- art. 484 § 2 k.c. poprzez niedokonanie miarkowania naliczonej kary umownej w sytuacji gdy świadczenie powoda zostało spełnione w całości;
- art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. przez niedokonanie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego, w szczególności poprzez faktyczne zaniechanie analizy zawartej pomiędzy stronami umowy oraz pominięcie dokumentów złożonych przez pozwanego przy piśmie z 21.05.2018 r. oraz przez oddalenie wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczności mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy;
 - art. 328 § 2 k.p.c. poprzez zaniechanie wyjaśnienia w uzasadnieniu wyroku przyczyn nieuwzględnienia żądania, jak również faktyczny brak odniesienia się do podstawy materialnej powództwa, tj. postanowień zawartej pomiędzy stronami umowy.

W oparciu o powyższe zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie zgodnie z żądaniem pozwu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji. Wniósł również o zasądzenie kosztów procesu za obie instancje.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o jej oddalenie i zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów procesu w postępowaniu odwoławczym.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja zasługiwała na częściowe uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne ustalenia faktyczne Sądu I instancji zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Są one konsekwencją prawidłowej oceny zgromadzonego w niniejszej sprawie materiału dowodowego. Częściowe zastrzeżenia budzi natomiast zastosowanie przez ten Sąd przepisów prawa materialnego, bowiem w ocenie Sądu Apelacyjnego zaistniały w sprawie okoliczności do miarkowania kary umownej.

Odnosząc się do zarzutów apelacji w pierwszej kolejności należy ustosunkować się do tych dotyczących naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisów procesowych, albowiem ocena prawidłowości zastosowania przepisów prawa materialnego możliwa jest dopiero po stwierdzeniu, że ustalenia faktyczne stanowiące podstawę zastosowania prawa materialnego zostały dokonane przy prawidłowym zastosowaniu przepisów procesowych.

Na wstępie należy wskazać, że niezasadny jest zarzut powoda dotyczący naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że sporządzenie uzasadnienia w sposób nie w pełni odpowiadający stawianym mu wymaganiom może stanowić usprawiedliwioną podstawę zaskarżenia jedynie wtedy, gdy przedstawione w nim motywy nie pozwalają na przeprowadzenie kontroli zaskarżonego orzeczenia z uwagi na brak wszystkich koniecznych elementów lub inne kardynalne braki. Chodzi o sytuację, gdy treść uzasadnienia orzeczenia uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania wyroku. Tylko bowiem w takim przypadku uchybienie art. 328 § 2 k.p.c. może być uznane za mogące mieć wpływ na wynik sprawy. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku w żadnym razie nie jest dotknięte tego rodzaju brakami i jego kontrola nie nastęrcza trudności.

Powód zarzuca również naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. twierdząc, że Sąd I instancji nie przeanalizował łączącej strony umowy, pominął dokumenty dołączone przez pozwanego w piśmie z 21.05.2018 r. oraz oddalił wnioski o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczności mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Przede wszystkim podkreślić należy, że kontrola instancyjna postanowienia o oddaleniu wniosków dowodowych (również dotyczących dopuszczenia dowodu z opinii biegłego), może nastąpić jedynie na wniosek strony zgłoszony w trybie art. 380 k.p.c., poprzedzony stosownym zastrzeżeniem z art. 162 k.p.c., w którym strona musi zwrócić sądowi uwagę na uchybienie konkretnym przepisom postępowania. W tym miejscu zwrócić uwagę należy na pogląd Sądu Najwyższego, zgodnie z którym warunkiem zaskarżalności niezaskarżalnych postanowień, które miały wpływ na wynik sprawy jest zamieszczenie w środku zaskarżenia stosownego i wyraźnego wniosku w tym zakresie (art. 380 k.p.c.). W odniesieniu do środków zaskarżenia wnoszonych przez zawodowego pełnomocnika wniosek taki powinien być w nich wyraźnie i jednoznacznie sformułowany (por. np. postanowienie Sądu Najwyższego z 15.12.2015 r., II CZ 125/16, LEX nr 2188790). Apelacja sporządzona przez zawodowego pełnomocnika nie zawiera wniosku, o którym stanowi art. 380 k.p.c. Strona powodowa w sporządzonej apelacji nie domagała się bowiem ponownego rozpoznania postanowienia dowodowego. W konsekwencji apelujący utracił prawo do powoływania się na takie w toku postępowania odwoławczego. Powyższe nie zmienia jednak faktu, że wiadomości specjalne w postulowanym przez skarżącego zakresie nie były w niniejszej sprawie potrzebne. Istota sporu sprowadzała się bowiem do oceny, czy przedmiot umowy o roboty budowlane został oddany po terminie i czy pozwany prawidłowo naliczył karę umowną, a jeżeli tak, to czy istniały przesłanki do jej miarkowania. Prawidłowe ustalenia faktyczne Sąd I instancji dokonał w oparciu o załączone przez strony dokumenty i zeznania przesłuchanych w sprawie świadków. W sprawie nie zaistniały okoliczności wymagające wiedzy fachowej przy ustalaniu terminu zakończenia robót przez powoda – opinia biegłego musiałaby bazować na analizie złożonych przez strony dokumentów, a nie ma żadnych przeszkód do oceny tych dokumentów bezpośrednio przez sąd.

W ocenie Sądu Apelacyjnego przeprowadzona przez Sąd Okręgowy ocena zgromadzonego materiału dowodowego pozostaje w granicach dyspozycji art. 233 § 1 k.p.c., poczyniona została w oparciu o wszystkie dowody zaoferowane

przez strony, zgodnie z obowiązującymi zasadami procesowymi, dlatego też pozostaje pod ochroną prawa i musi się ostać.

Przechodząc do meritum, w pierwszym rzędzie wskazać trzeba, że strona powodowa przekroczyła określony w aneksie z 28.04.2016 r. termin wykonania zakończenia prac. Sąd Apelacyjny nie ma przy tym wątpliwości, że termin ten obejmuje wszystkie umówione prace, w tym również prace wykończeniowe. Stanowiły one integralną część umowy, co wynika chociażby z dołączonego do niej załącznika nr 2 zawierającego wykaz elementów do fakturowania. Gdyby uznać twierdzenia powoda, że termin zakończenia prac nie dotyczył prac wykończeniowych, to należałoby stwierdzić, że umowa w rzeczywistości nie określała terminu do jakiego należało zakończyć prace wykończeniowe. Wbrew wypowiedzianym na potrzeby niniejszego postępowania twierdzeniom powoda uznać należy, że zgodny zamiar stron i cel umowy przewidywał termin realizacji wszystkich prac, a zatem i prac wykończeniowych na 15.09.2016 r.

Na etapie postępowania apelacyjnego w zasadzie nie był kwestionowany zakres prac, jakich powód nie wykonał do 16.09.2016 r. Wynika to zarówno z notatki służbowej z 16.09.2016 r. jak i z zeznań świadków: M. P., I. R., W. R. i G. D.. Między 16.09.2016 r. a datą odbioru, tj. 30.09.2016 r. ciągle trwały prace. Nie były to jednak prace poprawkowe ale roboty objęte umową, dlatego odbiór końcowy robót mógł nastąpić dopiero po ich zakończeniu. Strony ustaliły bowiem w § 12 ust. 1 umowy, że odbiór przedmiotu umowy dokonany zostanie w pełnym zakresie rzeczowy określonym w § 1 i 2. Zgodnie z § 12 ust. 6 umowy za datę zakończenia odbioru przedmiotu umowy uważana była data sporządzenia i podpisania protokołu odbioru. To zaś nastąpiło 15 dni po umówionym terminie.

Na marginesie zauważyć należy, że umowa w § 12 ust. 5 przewidywała ponadto, że w przypadku stwierdzenia wad i usterek zamawiający może odstąpić od czynności odbioru przedmiotu umowy. W takim przypadku wykonawca zobowiązany był do ponownego zgłoszenia zakończenia robót i gotowości zadaniach do odbioru, po usunięciu wad i usterek. Choć zapis ten nie miał w sprawie zastosowania, na co trafnie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy, to zauważyć należy, że strony umowy przyznały zamawiającemu istotne instrumenty dyscyplinujące wykonawcę do zrealizowania robót w sposób terminowy i prawidłowy.

W § 14 ust 1 pkt. 1 umowy przewidziano odpowiedzialność odszkodowawczą wykonawcy (powoda) na wypadek zwłoki w terminowej realizacji zobowiązania – karę umowną (art. 483 § 1 k.c.). Oznacza to, że chcąc uwolnić się od negatywnych skutków z tym związanych, winien on był wykazać, że przekroczenie umownego terminu nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych (brak elementu zawinienia). Powyższe wprost wynika z treści art. 476 k.c., który stanowi, że dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Przepis ten ustanawia zatem domniemanie prawne, zgodnie z którym przekroczenie umownego terminu spełnienia świadczenia następuje z winy dłużnika. Dopiero obalenie tego domniemania poprzez np. wykazanie, że do opóźnienia doszło z winy kontrahenta, uwalnia dłużnika od odpowiedzialności odszkodowawczej względem niego. Zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala uznać, że przekroczenie umownego terminu wykonania robót nie było przez powoda zawinione ani też nie wynikało z jego niedbalstwa. W świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego samo zgłoszenie w dzienniku budowy zakończenia prac i gotowości budowy do odbioru końcowego nie świadczy o tym, że taki odbiór mógł nastąpić. Podobnie nie świadczą o tym wpisy inspektorów nadzoru ustanowionych przez pozwanego. Dowody zebrane w sprawie jednoznacznie wskazują bowiem, że w rzeczywistości niezbędne prace wykończeniowe trwały przez cały wrzesień. Skarżący nie zakwestionował skutecznie tych ustaleń. Powód nie przedstawił zatem argumentów, że przekroczenie terminu nastąpiło nie z jego winy. Nie sposób jest też zgodzić się z interpretacją powoda, że kara umowna należy się za niedotrzymanie terminów poszczególnych etapów z wyłączeniem przekroczenia ostatecznego terminu zakończenia prac. Zapis z § 14 ust. 1 pkt 1) wprost odnosi się do terminu zakończenia prac z § 2 ust. 1 umowy. Przeciwny wniosek doprowadziłby do sytuacji, w której kary umowne można byłoby naliczyć jedynie za niedotrzymanie terminów poszczególnych etapów, a ostateczne zakończenie prac nie byłoby objęte żadną sankcją. Podkreślić również należy, że okoliczność, że pozwany w nieodpowiednim terminie wykonywał swoje obowiązki niezwiązane z działaniami powoda i łączącą strony umową, choć wpływające na możliwość oddania mieszkań użytkownikom do eksploatacji (umowa o dostarczanie energii elektrycznej), nie ma znaczenia dla oceny

ekskulpacji powoda od nieterminowości zakończenia robót. Obowiązki te nie były bowiem w żaden sposób związane z wykonywaniem robót objętych umową. Powód winien je wykonać w terminie i zgłosić do odbioru (czego nie uczynił), a wówczas ewentualne oczekiwanie na podłączenie budynku do sieci energetycznej obciążałoby pozwanego.

Mając powyższe na uwadze uznać należy, że pozwany co do zasady mógł naliczyć karę umowną na podstawie art. 483 § 1 k.c.. Opóźnienie w wymiarze 15 dni odpowiada karze umownej w wysokości 343.877,40 zł (15 dni x 0,2% x 11.462.580,00 zł). Jak już jednak zostało to wcześniej zasygnalizowane, Sąd Apelacyjny dostrzega okoliczności uzasadniające przyjęcie, że kara umowna w potrąconym wymiarze jest rażąco wygórowana i powinna podlegać miarkowaniu. Przemawiają za tym zarówno obiektywne okoliczności, jak też postępowanie pozwanego.

Sąd Okręgowy szeroko omówił przesłanki miarkowania kary umownej. Pozostaje tylko przypomnieć, że miarkowanie kary umownej jest przejawem prawa sądu do ingerencji w stosunki umowne równorzędnych podmiotów, a katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej jest otwarty. Sąd Najwyższy zwracał również uwagę, że oceniając wysokość kary umownej w związku z podniesieniem zarzutu jej miarkowania z uwagi na jej rażące wygórowanie, należy brać pod uwagę szereg kryteriów, w tym istnienie szkody oraz jej rozmiar. Względy aksjologiczne przemawiają bowiem za tym, że zastrzeżenie kary nie powinno prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela. Szkada spowodowana niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania determinuje interes wierzyciela chroniony przez zapłatę kary umownej, a przewidziane w art. 484 § 2 k.c. miarkowanie kary umownej ma przeciwdziałać dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary umownej a godnym ochrony interesem wierzyciela (por. postanowienie Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 29 maja 2018 r. IV CSK 621/17).

Jak wynika z wcześniejszych rozważań, powodowi nie udało się wykazać, że pozwany przyczynił się do zaistniałego opóźnienia w wykonaniu robót. Nie należy jednak zapominać, że strony w umowie wskazały, że odbiór obiektu miał zostać dokonany równocześnie z przekazaniem go do eksploatacji użytkownikowi (por. § 12 ust. 8 umowy). To jednak nie było możliwe bez wykonania przyłącza energii elektrycznej. Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika natomiast, że zawarcie umowy o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej leżało w gestii pozwanego. Uczynił on to dopiero 23.09.2016 r. (k. 167-183). Zatem do tego czasu nie było możliwe korzystanie z budynku także wskutek działań inwestora, niezależnie od nieterminowości wykonawcy. Ewentualna szkoda powstała na skutek nieterminowości oddania budynku do eksploatacji do powyżej daty obciążą zatem obie strony.

Sąd Apelacyjny dostrzega również, że inspektorzy nadzoru w dniu 31.08.2016 r. potwierdzili w dzienniku budowy, że obiekt przygotowany jest do rozpoczęcia czynności odbiorczych. Jak się jednak okazało, wpis ten nie odpowiadał rzeczywistemu zaawansowaniu prac. Pozwany, mając uzasadnione zastrzeżenia co do możliwości dokonania odbioru, powinien był zastosować się do przewidzianej w § 12 umowy procedury. W ust. 1 strony wskazały, że odbiór przedmiotu umowy dokonany zostanie w pełnym zakresie rzeczowym określonym w § 1 § 2. Następnie stwierdziły, że wykonawca zgłosi zamawiającemu gotowość do odbioru wpisem do dziennika budowy oraz pismem minimum 18 dni przed ustalonym terminem umownym zakończenia poszczególnych robót. Potwierdzenie wpisu lub brak ustosunkowania się inspektorów nadzoru w terminie 7 dni od daty otrzymania przez zamawiającego pisma oznaczać miało potwierdzenie gotowości do odbioru. Zgodnie z ust. 3 odbiór przedmiotu umowy powinien być dokonany w terminie do 10 dni od daty potwierdzonej pisemnie przez inspektora nadzoru gotowości odbioru lub upływu terminu, o którym mowa w ustępie poprzedzającym (...). Jak już wcześniej wskazano, zgodnie z § 12 ust. 5, w przypadku stwierdzenia wad i usterek zamawiający mógł odstąpić od czynności odbioru przedmiotu umowy. W takim wypadku wykonawca zobowiązany był do ponownego zgłoszenia zakończenia robót i gotowości zadania do odbioru po usunięciu wad i usterek. Pozwany pomimo potwierdzenia gotowości do odbioru nie przystąpił do odbioru. Uczynił tak oczywiście ze względu na trwające prace wykończeniowe. W odpowiednim czasie nie przekazał jednak właściwej informacji powodowi. Zachowanie takie stanowi odstępstwo od przewidzianych przez strony czynności odbioru obiektu, co również należy wziąć pod uwagę przy miarkowaniu kary umownej. Nie ulega jednak wątpliwości, że również wpis kierownika budowy, iż „roboty wykonane zostały zgodnie z projektem” nie świadczył o zakończeniu wszystkich prac. Można go bowiem odczytać jako oświadczenie o zakończeniu prac budowlanych, co też przyjął Sąd I instancji, lub też jako stwierdzenie nieprawdziwej okoliczności. Powyższe pozostaje jednak bez znaczenia na ostateczny okres zwłoki z zakończeniem prac. Ta bowiem została wykazana w postępowaniu dowodowym. Na marginesie należy jednak

zauważyć, że w dniu dokonania wpisu przez kierownika, jak też potwierdzeniu gotowości do dokonania odbioru przez inspektorów nadzoru, tj. 31.08.2016 r. sporządzono protokół odbioru częściowego (k. 103-107) z którego wynika, że nie wszystkie roboty odebrano. Czym innym jest bowiem gotowość przystąpienia do odbioru, a czym innym rzeczywiste zakończenie prac.

Ostatecznie zauważyć należy, że powód wykonał wszystkie umówione prace. Niewielkie, bo 15 dniowe opóźnienie spowodowało obciążenie go karą umowną w wysokości 3% wartości całego kontraktu. Zdaniem Sądu Apelacyjnego okoliczności niniejszej sprawy pozwalają uznać, że jest to zbyt wysoka sankcja. Prace ostatecznie zostały wykonane. Biorąc zaś pod uwagę postawę pozwanego, w szczególności opisane wyżej zwlekanie przez połowę okresu opóźnienia z przyłączeniem energii elektrycznej uznać należy, że kara umowna w wysokości 343.877,40 zł jest rażąco wygórowana, a wniosek powoda o jej miarkowanie (złożony na rozprawie 25.05.2018 r.) powinien zostać uwzględniony do 50% naliczonej kary umownej, tj. do kwoty 171.939,70 zł. Taką też kwotę tytułem należnego powodowi wynagrodzenia za wykonane prace pozwany powinien uiścić powodowi, bowiem w tym zakresie potrącenie okazało się nieskuteczne z uwagi na brak wiarygodności wzajemnej.

Zmiana wyroku w części głównej, doprowadziła do zmiany rozstrzygnięcia w zakresie kosztów procesu w pierwszej instancji. Z uwagi na ostateczny wynik sprawy oraz zbliżoną wysokość poniesionych przez strony kosztów procesu uznać należy, że koszty te powinny być wzajemnie zniesione (art. 100 k.p.c.).

Z tych względów Sąd Apelacyjny, uwzględniając apelację powoda, orzekł w oparciu o art. 386 § 1 k.p.c..

Apelacja powoda w części nieuwzględnionej została oddalona na podstawie art. 385 k.p.c..

O kosztach procesu w postępowaniu odwoławczym Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. uznając, że powinny zostać wzajemnie zniesione z tożsamyh przyczyn, które podniesiono powyżej.

K. C. J. J. M.