

*Sygn. akt I ACa 945/12*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 grudnia 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny

w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSA Bożena Błaszczuk</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SSA Małgorzata Stanek</b> <b>SSA Anna Cesarz (spr.)</b>
Protokolant:	st. sekr. sądowy Jacek Raciborski

po rozpoznaniu w dniu 13 grudnia 2012 r. w Łodzi

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Spółki Akcyjnej w O.**

przeciwko (...) **spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w K.**

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 7 maja 2012 r. sygn. akt X GC 114/10

1. **oddala obie apelacje;**

2. **znosi między stronami koszty postępowania apelacyjnego.**

## UZASADNIENIE

Powód (...) S.A. w O. wystąpił z pozwem przeciwko pozwanemu (...) spółce z o.o. w K. o zapłatę kwoty 292.235 zł z ustawowymi odsetkami i kosztami postępowania.

Nakazem zapłaty z dnia 26 stycznia 2010 r. wydanym w postępowaniu upominawczym Sąd Okręgowy w Łodzi uwzględnił żądanie pozwu.

Po rozpoznaniu sprawy na skutek sprzeciwu pozwanego od nakazu zapłaty Sąd Okręgowy w Łodzi uwzględnił powództwo do kwoty 57.610,10 zł z ustawowymi odsetkami od 1 sierpnia 2008 r. do dnia zapłaty, oddalił powództwo w pozostałym zakresie oraz orzekł o kosztach postępowania.

Wyrok ten zapadł na podstawie ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego, których istotne elementy przedstawiają się następująco:

W dniu 25 kwietnia 2007 r. między stronami została zawarta umowa o roboty budowlane, na podstawie której powód jako generalny wykonawca powierzył pozwanemu jako podwykonawcy kompleksowe wykonanie robót kamieniarskich elewacji oraz stref wejściowych przy budowie zespołu siedmiu budynków mieszkaniowych wielorodzinnych w W.. Rozpoczęcie wykonywania robót miało nastąpić nie wcześniej niż 20 czerwca 2007 r. i nie później niż 16 lipca 2007 r. Powód miał powiadomić pozwanego z wyprzedzeniem 14 dni o dokładnym terminie rozpoczęcia robót. Wykonanie wszystkich robót miało nastąpić w ciągu 14 tygodni od ich rozpoczęcia, nie później niż do dnia 10 października 2007 r. Wartość robót ustalono na kwotę 1.850.000 zł plus podatek VAT. Podwykonawca zobowiązany był do wniesienia tytułem kaucji gwarancyjnej należytego wykonania umowy zabezpieczenie wynoszące 5% określonego w ust. 1 § 3 wynagrodzenia pozwanego za wykonanie umowy.

Zgodnie z § 6 pkt. 4 umowy z kwoty stanowiącej kaucję gwarancyjną miały być zaspokojone ewentualne roszczenia powstałe na skutek nienależytego wykonania umowy. Kwota kaucji gwarancyjnej podlegała zwrotowi po należytem wykonaniu zobowiązań wynikających z umowy w wysokości 100% wniesionego zabezpieczenia w terminie 30 dni po upływie okresu gwarancji nie wcześniej niż po potwierdzonym protokolem usunięciu wad powstałych w tym okresie. Zgodnie z § 11 umowy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy pozwany obowiązany był zapłacić karę umowną za opóźnienie w dotrzymaniu terminu wykonania umowy w wysokości 0,20% wynagrodzenia pozwanego za wykonanie wszystkich robót określonych w § 1 umowy, za każdy dzień opóźnienia, jednak nie więcej niż 10% kwoty wynagrodzenia pozwanego z tytułu wszystkich robót określonych w § 1 umowy.

Dnia 1 sierpnia 2007 r. został przekazany pozwanemu plac budowy.

Pozwany ustawiał część rusztowań i wykonywał prace przygotowawcze, po przystąpieniu do prac elewacyjnych okazało się, że źle została zamontowana przez powoda ślusarka okienna na pierwszym budynku E i nie można było montować płyt elewacyjnych. Dopiero 7 września 2007 r. pozwany otrzymał zgodę na układanie kamienia na tym budynku.

Pozwany przesłał powodowi do zatwierdzenia dokumentację wykonawczą budynków(...), (...), (...) dnia 21 września 2007 r., a budynku (...) w dniu 5 listopada 2007 r. Do dnia 12 października 2007 r. pozwany nie otrzymał od powoda zatwierdzonej dokumentacji wykonawczej elewacji kamiennej na budynkach (...), (...), (...), (...) i (...).

W trakcie realizacji robót zaszła konieczność dokonania przez pozwanego zmiany sporządzonego przez niego projektu w zakresie wiatrołapów, które powód wybudował inaczej niż pozwany miał w projekcie. We wrześniu 2007 roku nastąpiła zmiana projektu dotycząca odwodnienia tarasów co spowodowało, że pozwany na jednym z budynków musiał zdjąć kilka założonych płyt.

Strona powodowa wykonała też niezgodnie z projektem otwory, w których miały być zamontowane drzwi do wiatrołapów, co spowodowało kłopoty z montażem elewacji z kamienia przez pozwanego, który musiał czekać aż zostaną zamontowane przez powoda drzwi w strefach wejściowych w wiatrołapach.

Na przełomie listopada - grudnia 2007 roku pozwany musiał rozebrać ustawione przy jednym z budynków rusztowania ponieważ powód wykonywał prace kanalizacyjne. Rusztowanie to zostało postawione przez pozwanego na nowo przed Świątami Bożego Narodzenia i prace na tym budynku zostały zakończone w miesiącu styczniu 2008 roku.

Rozpoczynając roboty pozwany zamówił materiał na 4 budynki. Gdy zamierzał przywieźć materiał na trzeci budynek na prośbę kierownika budowy W. G. pozwany wstrzymał dostawy towaru, ponieważ na budowie nie było miejsca na jego założenie i magazynowanie. Wstrzymanie dostawy materiału spowodowało, że dostawca materiału wstrzymał produkcję kamienia dla pozwanego przez okres ponad 2 tygodni i pozwany musiał czekać aż dostawca kamienia rozpocznie dla niego produkcję.

Na budowie nie było utwardzanych placów, na których można byłoby układać płyty z piaskowca i były one składowane w różnych miejscach w obrębie budowy i transportowane wózkiem. Pozwany dostarczał materiał na budowę przez sąsiednią nieruchomość. Przy realizacji robót na budynkach (...) na budowie był dźwig przy pomocy, którego były transportowane płyty z piaskowca i granitu, a później dźwig został rozebrany.

W dniu 1 października 2007 r. powód wystawił pozwanemu notę obciążeniową na kwotę 453.259 zł + VAT tytułem kar umownych za opóźnienie w realizacji robót.

W związku ze zwłoką podwykonawcy w stosunku do terminów określonych w w/w umowie, jak również w związku z koniecznością usprawnienia procesu budowlanego w zakresie wykonania robót kamieniarskich w dniu 18 października 2007 r. pomiędzy stronami został podpisany aneks nr (...) do umowy, zgodnie z którym podwykonawca zobowiązał się wykonać wszystkie roboty do dnia 31 grudnia 2007 r. Podwykonawca zobowiązał się wykonać poszczególne etapy robót oraz dostarczyć kompletną dokumentację wykonawczą wraz z obliczeniami konstrukcyjnymi w terminach określonych w harmonogramie, stanowiącym załącznik do aneksu nr (...). W § 2 aneksu strony zmieniły treść § 11 ust. 1 umowy ustalając w nim, że z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy podwykonawca zobowiązany był zapłacić m. in. kary umowne za opóźnienie w dotrzymaniu terminu wykonania umowy w wysokości 0,5% wartości wynagrodzenia podwykonawcy określonego w § 3 ust. 4 umowy za każdy dzień opóźnienia. W związku z opóźnieniem podwykonawcy w stosunku do terminów określonych w harmonogramie stanowiącym załącznik do aneksu nr (...) do umowy przekraczającym 3 dni kalendarzowe, generalny wykonawca uprawniony był do wprowadzenia na części lub całości robót powierzonych podwykonawcy, zewnętrznych pracowników lub przedsiębiorców, wyłącznie na koszt i ryzyko podwykonawcy. Przed podpisaniem aneksu z uwagi na opóźnienie w realizacji prac przez pozwanego, powód rozważał możliwość wykonania prac elewacyjnych przez wykonawcę zastępczego o czym poinformował pozwanego.

W momencie podpisania aneksu pozwany miał zatwierdzony przez powoda protokół odbioru robót na kwotę 70.000 zł, natomiast dyrektor projektu powoda odmówił pozwanemu zaakceptowania protokołu odbioru robót wykonanych na kwotę 450.000 zł. Ponadto pozwany otrzymał od powoda notę obciążeniową z tytułu kar umownych za opóźnienie w realizacji prac na kwotę 450.000 zł. Do realizacji pozostawały roboty w miesiącu październiku 2007 roku o wartości 200.000 zł oraz wartość zamówionego piaskowca i granitu. Ponadto powód poinformował pozwanego o nazwie firmy, która realizowałaby prace za pozwanego. Gdyby pozwany nie podpisał aneksu do umowy nr (...), poniósłby stratę w kwocie około 800.000 zł.

Pozwany nie wykonał robót do dnia 31 grudnia 2007 r. Prace elewacyjne z piaskowca zostały zakończone przez pozwanego w styczniu 2008 r. W miesiącu styczniu - lutym 2008 r. powód wykonywał wiatrołapy, podjazdy dla niepełnosprawnych. Aby pozwany mógł układać elewację z kamienia na podjazdach musiał on być wykonany w całości.

W dniu 12 marca 2008 r. pozwany zgłosił do odbioru roboty kamieniarskie elewacji za wyjątkiem niewykonanej impregnacji 3 budynków z uwagi na warunki pogodowe - wymagana temperatura powietrza +10 stopni C.

W dniu 19 marca 2008 r. dokonano przeglądu robót elewacyjnych wykonanych przez pozwanego i stwierdzono, że podstawowy zakres robót objętych umową na budynkach(...), (...),(...), (...),(...), (...), (...), (...) w zakresie ułożenia piaskowca i granitu został zrealizowany.

W wykonanych robotach stwierdzono usterki szczegółowo opisane w notatce służbowej sporządzonej na okoliczność przeglądu wykonanych robót przez pozwanego. Sporządzony przez pozwanego protokół zaawansowania robót za okres rozliczenia od 1 sierpnia 2007 r. do 31 marca 2008 r. i od 1 sierpnia 2007 r. do 30 maja 2008 r. nie został podpisany przez powoda. Pismem z dnia 6 czerwca 2008 r. pozwany wezwał powoda do podpisania protokołu odbioru robót i wystawienia certyfikatu płatności do faktury końcowej za roboty kamieniarskie do dnia 13 czerwca 2008 r. Prace montażowe zostały zakończone w marcu 2008 roku, a w miesiącu maju 2008 roku pozwany wykonał integrację elewacji i usunięto usterki. W dniu 12 czerwca 2008 r. został sporządzony między stronami protokół końcowy odbioru robót za okres rozliczenia od 29 lutego do 12 czerwca 2008 r. Za wykonane roboty pozwany wystawił w dniu 12 czerwca

2008 r. faktury VAT nr (...) na kwotę 214.704,23 zł a w dniu 17 marca 2008 r. korektę do faktury nr (...) z dnia 29 lutego 2008 r. na kwotę 609,15 zł. Pismem z dnia 17 lipca 2008 r. powód dokonał potrącenia wyliczonych kar umownych na kwotę 600.000 zł z wierzytelnością pozwanego w kwocie 213.995,07 zł z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty i wierzytelnością w kwocie 93.769,82 zł z tytułu kaucji gwarancyjnej - w łącznej wysokości 307.764,89 zł. W związku z dokonanym rozliczeniem do zapłaty pozostała kwota 292.235 zł.

Pismem z 21 lipca 2008 r. pozwany zakwestionował otrzymane rozliczenia kary umownej.

Powołany w sprawie biegły sądowy z zakresu budownictwa Z. H. w sporządzonej opinii stwierdził, że teren wokół budynków jak i na terenie działki nie był przygotowany dla realizacji prac elewacyjnych - liczne wykopy, przekopy i hałdy zwiezionego piasku. Brakowało odpowiedniego miejsca i wielkości tego miejsca do składowania materiałów do wykonania elewacji. W dniu 7 września 2007 r. kierownik budowy zezwolił na montaż płyt elewacyjnych. Stan zaawansowania robót budowlanych uniemożliwił pozwanemu wejście na plac budowy i rozpoczęcie realizacji robót elewacyjnych w dacie wskazanej w umowie łączącej strony. Prace elewacyjne można wykonywać, gdy zostaną zakończone i odebrane wszystkie prace na zewnętrznych elementach budynku, a instalacje podziemne są zakopane i grunt ustabilizowany.

Możliwości realizacyjne dla robót objętych umową powstały w okresie miesiąca września 2007 roku. W miesiącu październiku 2007 roku plac budowy był rozkopany i nieuporządkowany. Przyczynami opóźnienia wykonania robót przez pozwanego było nie przygotowanie placu budowy jak i budynków dla realizacji robót elewacyjnych z zastosowaniem elementów kamiennych, zbyt mała ilość pracowników jak i ilość materiałów - płyt kamiennych w okresach kiedy nastąpiło udostępnienie frontu robót przez stronę powodową, wprowadzenie zablokowania w miesiącu sierpniu 2007 roku ruchu poziomego na długości ścian wschodnich budynku co spowodowało zakłócenie w możliwości dowozu i składania materiałów kamiennych, opóźnienie w przygotowaniu podbudowy i konstrukcji podjazdów przy klatkach schodowych, błędy w wykonaniu stolarki drzwi wejściowych do budynków, nieprawidłowo osadzona stolarka ścienna z brakiem zabezpieczenia taśmą uszczelniającą. Na budowie był przygotowany front robót dla jednego zespołu 12 osobowego. Termin w którym możliwe było rozpoczęcie robót to początek września 2007 roku.

W ocenie biegłego, prace związane z elewacją z piaskowca przy uwzględnieniu warunków w jakich były realizowane, powinny być zakończone przez pozwanego nie później niż 7 stycznia 2008 r. W miesiącu sierpniu 2007 roku powód wybudował murki między budynkami odcinając dostęp w płaszczyźnie poziomej do elewacji wschodniej i zachodniej i pozwany musiał organizować sobie możliwość dojazdu. Wszystkie prace związane z wykonaniem elewacji z piaskowca zostały wykonane przez pozwanego do 15 stycznia 2008 r. i od tego czasu oczekiwał on na udostępnienie frontu robót w zakresie montażu płyt granitowych przy wejściach do budynku. Do dnia 31 grudnia 2007 r. pozwany nie mógł wykonać robót w strefie wejść do budynków, ponieważ powód nie wykonał robót i ta część obiektów nie była udostępniona pozwanemu do realizacji robót. Niedokończenie przez pozwanego robót na ostatnim budynku przed 31 grudnia 2007 r. z uwagi na kolizję jaka powstała w związku z budową kanalizacji nie usprawiedliwia pozwanego, gdyż prace te można było wykonać wcześniej, tj. w drugiej połowie miesiąca września i października 2007 roku, i wtedy nie byłoby kolizji z budową instalacji kanalizacyjnej.

Biegły nie mógł wypowiedzieć się, kiedy powód udostępnił front robót do wykonania montażu płyt granitowych przy wejściach do klatek i na którym budynku. Jak pozwalały warunki pogodowe tak były realizowane roboty przez powoda jak i pozwanego.

W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy uznał powództwo za zasadne w części. Łącząca strony umowa była umową o roboty budowlane, do której ma zastosowanie art. 647 k.c. i następne. Niespornym jest, że pierwotny termin wykonania robót przez pozwanego określony w umowie został przez strony zmieniony aneksem, nr 1 do umowy i ustalono, że pozwany wszystkie roboty zakończy do dnia 31 grudnia 2007 r.

Zdaniem Sądu I instancji, brak podstaw do przyjęcia, że pozwany podpisując aneks do umowy działał pod wpływem groźby. Zagrożenie przez powoda, że odstąpi od umowy i powierzy wykonanie robót innemu wykonawcy nie jest bezprawnym w rozumieniu art. 87 k.c. Ponadto w trakcie podpisywania aneksu pozwany był już opóźniony z realizacją

robót w stosunku do terminu umowy. Niezależnie od tego można uchylić się od skutków oświadczenia woli w przypadku groźby z upływem roku od chwili ustania stanu obawy (art. 88 § 2 k.c.). W niniejszej sprawie pozwany nie wykazał, kiedy stan obawy ustał. Sąd I instancji przyjął zatem, że stan ten ustał najpóźniej z dniem odbioru końcowego robót przez powoda, tj. 12 czerwca 2008 r. Pozwany oświadczenie o uchyleniu się od skutków oświadczenia woli podpisanego aneksu nr (...) do umowy złożył dopiero w dniu 16 lutego 2010 r. (w sprzeczności od nakazu zapłaty), a zatem z uchybieniem terminu określonego w art. 88 § 2 k.c. i uprawnienie to wygasło.

Zdaniem Sądu Okręgowego niespornym jest, że pozwany w terminie do 31 grudnia 2007 r. nie wykonał robót elewacyjnych a tym samym nienależycie wykonał umowę (art. 471 k.c.). Roboty podstawowe bowiem w postaci elewacji z piaskowca i granitu zostały wykonane przez pozwanego dnia 12 marca 2008 r. Fakt wykonania tych prac został potwierdzony sporządzoną przez strony w dniu 19 marca 2008 r. notatką urzędową. Wprawdzie wykonane przez pozwanego roboty posiadały wady, jednakże podlegały one usunięciu stosownie do treści art. 687 i art. 638 k.c. i to uprawnienie nie miało wpływu na obowiązek odbioru i zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty. Pozostałe roboty dotyczące impregnacji z piaskowca zostały wykonane przez pozwanego w maju 2008 r. Sąd I instancji przyjął zatem, że opóźnienie pozwanego w wykonaniu robót trwało od 1 stycznia do 30 maja 2008 r.

Odwołując się do art. 483 § 3 k.c. wskazał Sąd I instancji, że można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Kara umowna jest odszkodowaniem umownym i dłużnik godząc się na zapłatę kary umownej, bierze na siebie gwarancję wykonania zobowiązania wynikającego z umowy. Kara umowna przysługuje również wierzycielowi nienależnie od poniesionej szkody.

Strony w umowie zastrzegły, że pozwany zapłaci karę umowną za opóźnienie w dotrzymaniu terminu wykonania umowy. Wysokość tej kary została przez strony ustalona aneksem nr (...) do umowy na 0,5% wartości wynagrodzenia podwykonawcy za wykonaną robotę określoną w umowie, za każdy dzień opóźnienia.

Sąd Okręgowy przyjął, że pozwany zakończył roboty do dnia 30 maja 2008r.

W świetle materiału dowodowego sprawy a w szczególności opinii biegłego sądowego Sąd Okręgowy uznał, że niewykonanie przez pozwanego robót do dnia 31 grudnia 2007 r. było spowodowane nie udostępnieniem przez powoda frontu robót. Brak zatem podstaw do przyjęcia, że uchybienie przez powoda terminowi realizacji robót do dnia 30 grudnia 2007 r. uzasadnia zastosowanie § 2 pkt. 2 aneksu nr (...) do umowy, tj. przyjęcia pierwotnego terminu zakończenia robót wskazanego w umowie - 10 października 2007 r. Pozwany bowiem od 15 stycznia 2008 r. oczekiwał od powoda na udostępnienie frontu robót. Sąd Okręgowy podniósł, że powód jeszcze w miesiącu styczniu i lutym 2008 roku wykonywał prace, bez wykonania których pozwany nie mógł zakładać elewacji z granitu. Sąd I instancji uznał zatem, że pozwany z uwagi na brak frontu robót nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie w realizacji robót podstawowych, tj. elewacji z piaskowca i granitu w okresie od stycznia do 12 marca 2008 r. Natomiast pozwany nie zwolnił się od odpowiedzialności za opóźnienie w realizacji robót w okresie od 13 marca do 30 maja 2008 r. Niespornym jest bowiem, że pozwany dopiero w miesiącu maju 2008 r. wykonał impregnacje z piaskowca na pozostałych 3 budynkach, a zgodnie z aneksem nr (...) do umowy miał wykonać wszystkie prace do dnia 31 grudnia 2007 r. a zatem i impregnacje z piaskowca.

Zdaniem Sądu I instancji, pozwany nie wykazał, że nie mógł wykonać tych prac na pozostałych 3 budynkach z uwagi na złe warunki atmosferyczne i że niezbędny czas na wykonanie przedmiotowych robót wynosił 79 dni - od 13 marca do 30 maja 2008 r. Ponadto skoro na dzień 12 marca 2008 r. pozostała do wykonania impregnacja piaskowca na 3 budynkach a pozwany realizował prace na 7 budynkach to należy przyjąć, że na pozostałych 4 budynkach prace te zostały przez niego wykonane i niskie temperatury nie stanowiły przeszkody w realizacji tych robót.

Sąd Okręgowy wskazał, że za okres opóźnienia realizacji robót od 13 marca do 30 maja 2008 r. wysokość kary umownej wynosi 730.750 zł. Biorąc pod uwagę okoliczności sprawy uznał, że przysługująca pozwanemu kara umowna za w/ w okres czasu jest rażąco wygórowana. Wysokość robót wykonywanych przez pozwanego wynosiła zgodnie z umową kwotę 1.850.000 zł netto. Natomiast należna powodowi kara umowna stanowi 32% wartości robót. Ponadto roboty

elewacyjne zostały ostatecznie w całości wykonane, a zatem interes prawny powoda został zaspokojony. Biorąc pod uwagę, że pozwany opóźnił się z wykonaniem robót ponad 2 miesiące, Sąd I instancji obniżył karę umowną o 50%, tj. do kwoty 365.375 zł.

Sąd Okręgowy wyliczył, że na skutek dokonanego przez powoda potrącenia przysługującego pozwanemu wynagrodzenia za wykonane roboty w wysokości 213.995,08 zł i kwoty 93.769,82 zł z tytułu kaucji gwarancyjnej - łącznie 307.764,99 zł, pozwany jest zobowiązany zapłacić powodowi tytułem kary umownej kwotę 57.610,10 zł.

Wbrew stanowisku pozwanego Sąd I instancji uznał, że powód był uprawniony do potrącenia z przysługującej mu kary umownej kwoty 93.769,82 zł z tytułu kaucji gwarancyjnej z uwagi na to, że zgodnie z treścią § 6 ust. 4 umowy z kwoty stanowiącej kaucję gwarancyjną miały być zaspokojone ewentualne roszczenia powstałe na skutek nienależytego wykonania umowy. Było to zatem zastrzeżenie terminu na korzyść powoda jako dłużnika pozwanego z tytułu kaucji gwarancyjnej. Powód mógł więc spłacić dług pozwanemu przed terminem w jakim zgodnie z umową kaucja gwarancyjna miała zostać zwrócona przez powoda (art. 457 k.c.) - przez jej potrącenie.

Apelacje od powyższego wyroku wniosły obie strony.

Powód zaskarżył wyrok w części oddalającej powództwo ponad kwotę 57.610,10 zł., co do kwoty 234.624,90 zł., tj. w zakresie pkt 2, 3, 4 i zarzucił:

I. Naruszenie przepisów prawa materialnego, mianowicie:

a) art. 476 k.c. poprzez niezastosowanie się przez Sąd do jego dyspozycji, a wskutek tego błędne przyjęcie, że okresem opóźnienia jest tylko stan, za który dłużnik ponosi odpowiedzialność;

b) art. 471 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, a art. 473 § 1 k.c. poprzez brak odniesienia nomy wynikającej z tego przepisu do treści stosunku umownego stron, a przez to pominięcie wniosku o skutku umownej modyfikacji (zastrzeżeniu) odpowiedzialności pozwanego w ramach kary umownej za jakiegokolwiek (zatem i niezawinione) przekroczenie terminu,

c) art. 484 § 1 i § 2 k.c. poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie, gdyż w przypadku kary umownej za samo opóźnienie kwestia odpowiedzialności dłużnika za taki stan rzeczy może się łączyć co najwyżej z miarkowaniem kary, a nie zasadnością jej naliczenia,

d) art. 65 § 2 k.c. przez dokonanie wadliwej wykładni oświadczeń woli stron zawartych w Aneksie w zakresie zmiany § 2 umowy, polegającej na przyjęciu, że brak jest podstaw do przyjęcia, że uchybienie przez pozwanego terminowi realizacji robót do 31 grudnia 2007 r. uzasadnia zastosowanie § 2 ust. 2 Aneksu, tj. przyjęcia pierwotnego terminu zakończenia prac 10 października 2007 r. - albowiem z powołanego zapisu Aneksu wynika jednoznacznie, że przywrócenie pierwotnego terminu wiązało się z jakimkolwiek naruszeniem przez wykonawcę terminu nadanych treścią Aneksu, a nie wyłącznie zawinionym naruszeniem terminów (tzn. takim, za które pozwany ponosiłaby wyłączną odpowiedzialność),

e) art. 56, art. 61 § 1, art. 65 § 1 i 2, art. 353 oraz 471 k.c. poprzez ich niezastosowanie w stanie faktycznym sprawy przy stanowczym ustaleniu, że w związku ze zwłoką podwykonawcy (pozwanego) w stosunku do terminów umownych pomiędzy stronami został zawarty Aneks w dniu 18 października 2007 r. ustalający ostateczny termin wykonania umowy do końca 2007 r., oraz ustaleniu, że termin ten nie został dochowany, a przez to wadliwy wobec rzeczonych ustaleń wniosek, że w okresie do 31 grudnia 2007 r. strona pozwana nie pozostawała w opóźnieniu w wykonaniu zleconych jej przez powodową Spółkę robót budowlanych - albowiem zgodnie z dyspozycjami powołanych norm materialnoprawnych z faktem zawarcia Aneksu i przekroczenia terminu 31 grudnia 2007 r. należy łączyć skutek doniesłego prawnie uznania przez pozwanego odpowiedzialności kontraktowej za opóźnienie do dnia 31 grudnia 2007 r. oraz przyznania zawinienia w przekroczeniu pierwotnego terminu,

f) art. 647 k.c. poprzez jego niezastosowanie, a przez to wadliwe przyjęcie, że roboty powierzone stronie pozwanej zakończono do dnia 30 maja 2008 r., podczas gdy ich odbiór nastąpił dopiero 12 czerwca 2008 r., a nadto poprzez przyjęcie, że wady nie wpływają na obowiązek odbioru, kiedy to odbioru nie wstrzymują jedynie wady nieistotne,

II. Naruszenie następujących przepisów postępowania, które miało wpływ na treść zapadłego orzeczenia, mianowicie:

a) art. 278 § 1 w zw. z art. 227 i art. 229 (względnie 230 k.p.c.) poprzez dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczności nie wymagające wiadomości specjalnych, a przy tym niesporne, przyznane (względnie niezaprzeczone) i wykazane dowodami z dokumentów (protokół wprowadzenia na teren budowy z dnia 1 sierpnia 2007 r. oraz Aneks z dnia 18 października 2007 r.) mianowicie możliwości wejścia na plac budowy i możliwości rozpoczęcia robót, przyczyn opóźnienia do dnia zawarcia Aneksu., jak też możliwości zakończenia prac do końca 2007 r., (powyższe uchybienie zostało objęte zarzutem zgłoszonym w dniu 20 stycznia 2002 r. do protokołu rozprawy w trybie art. 162 k.p.c.),

b) 232 zd. 2 k.p.c. poprzez niezgodne z zasadą kontrydiktoryjności i równowagi procesowej (równości) stron reprezentowanych w niniejszej sprawie przez zawodowych pełnomocników dopuszczenie dowodu na dodatkowe tezy niewskazane przez stronę pozwaną, a to na okoliczność możliwości realizacji robót elewacyjnych w dacie wskazanej w umowie łączącej strony, czy i o jaki okres czasu przyczyny opóźnienia przedłużyły umowne zakończenie robót przez pozwanego, czy z w uwagi na technologię robót elewacyjnych możliwe było wykonanie umowy do dnia 31 grudnia 2007 r. Uchybienie to godzi zarazem w c) art. 32 ust. 1 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, tj. konstytucyjne prawo do bezstronnego sądu i zasadę równego traktowania stron.

W przypadku niepodzielenia zasadności zarzutu z pkt. a)

c) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną ocenę dopuszczoną opinii biegłego i uznanie jej za wyczerpującą i przekonującą, podczas gdy opinia ta zawiera niespójności, nie odnosi się do materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie albo z nim wyraźnie nie koresponduje, nadto traktuje ów materiał wybiórczo; naruszenie rzeczonego przepisu wiąże się też z przyjęciem przez Sąd, że strony nie wносиły zastrzeżeń do opinii, podczas gdy strona powodowa złożyła dwa pisma procesowe zawierające zastrzeżenia - jedno z dnia 20 października 2011 r. dotyczące opinii pisemnej, drugie z dnia 20 lutego 2002 r. dotyczące opinii ustnej; poza tym na rozprawie w dniu 20 stycznia 2002 r. pełnomocnik strony powodowej zgłosił zastrzeżenie do w/w opinii w trybie art. 162 k.p.c.;

Ponadto zarzucił naruszenie:

d) art. 233 § 1 k.p.c. przez wadliwą i niewyczerpującą ocenę zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności oparcia rozstrzygnięcia na wybiórczo potraktowanej opinii biegłego i wybiórczych zeznaniach świadków oraz stron, a przy tym pominięcia dowodu z dokumentów i wagi bezspornych w sprawie oświadczeń woli pozwanego złożonych w Aneksie co do okresu opóźnienia i przyjęcia odpowiedzialności kontraktowej za zwłokę w wykonaniu prac;

e) z ostrożności procesowej - w przypadku niepodzielenia zasadności w/w zarzutów - art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niespójne ustalenia i rozważania Sądu odnośnie:

- zawarcia Aneksu w związku ze zwłoką i rozważania Sądu odnośnie opóźnienia strony pozwanej, w których z jednej strony wywodzi on, że zgodnie z zawartym aneksem prace winny być zakończone do dnia 31 grudnia 2007 r., do 31 grudnia 2007r. nie zostały wykonane roboty elewacyjne, a do maja 2008 r. roboty dotyczące impregnacji piaskowca, z drugiej zaś strony okres opóźnienia w wykonaniu robót wg Sądu to jedynie przedział czasu od 1 stycznia do 30 maja 2008 r., a karę za opóźnienie nalicza dopiero od 13 marca 2008 r.

- wniosku, opartego na opinii biegłego, że do 31 grudnia 2007 r. niewykonanie przez pozwanego robót było spowodowane brakiem udostępnienia frontu robót, gdy jednocześnie na podstawie tej samej opinii Sąd wcześniej ustala, że w okresie miesiąca września 2007r. powstały możliwości realizacyjne dla robót objętych umową;

- sprzecznych ze sobą ustaleniach, mianowicie, że możliwości realizacyjne powstały w miesiącu wrześniu 2007 r., gdy jednocześnie Sąd ustala, że podwykonawca był w zwłoce w stosunku do terminów umownych;

f) art. 227, art. 232 zd. 1, art. 236 w zw. z art. 47914 § 2 w zw. z art. 47914a k.p.c. poprzez dopuszczenie dowodów na okoliczności wskazane przez Sąd, pomimo, iż strona pozwana w sprzeciwie nie sformułowała w sposób prawidłowy wniosków dowodowych (brak podania tez dowodowych), a mając na uwadze, że wnioski te uległy prekluzji, ponadto dopuszczenie dowodów spóźnionych. W zakresie opinii biegłego zarzut ten objęty był dodatkowo zastrzeżeniem z art. 162 k.p.c.;

III. Błąd w ustaleniach faktycznych w zakresie wadliwego, ustalenia, na podstawie zeznań G. S., że pozwany musiał czekać, aż dostawca kamienia rozpocznie produkcję, gdy z zeznań tych wynika, że to producent czekał na żądanie pozwanego, aby produkcję kamienia kontynuować. Błąd ten wiąże się również z przyjęciem w stanie faktycznym przyczyn opóźnienia dotyczących strony pozwanej, gdyż nie są one poparte wiarygodnym materiałem dowodowym.

W konkluzji powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez podwyższenie zasądzonej kwoty 57.610,10 zł do 292.235 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 1 sierpnia 2008 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje.

Pozwany zaskarżył wyrok w części uwzględniającej powództwo i rozstrzygającej o kosztach procesu - punkt 1 i 3 i zarzucając naruszenie prawa materialnego, a to art. 484 w zw. z art. 362 k.c. w ten sposób, że Sąd mimo iż ustalił, że pozwany opóźniał się z wykonaniem robót w stosunku do niewielkiego zakresu, jakim było nie wykonanie impregnacji elewacji na trzech budynkach, a cały pozostały zakres został wykonany - uznał, że należne powodowi kary umowne powinny być liczone od wartości całego zakresu robót za okres 79 dni mimo, iż z dziennika budowy wynikało, że całość robót została zgłoszona do odbioru 10 marca 2008 r. a także art. 233 k.p.c. przez sprzeczność ustaleń Sądu z treścią zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego poprzez przyjęcie, że pozwany opóźniał się w wykonaniu robót w okresie od 13 marca do 30 maja 2008 r., co pozostaje w sprzeczności z wpisem dokonany przez powoda w dzienniku budowy.

W konkluzji pozwany wniósł o zmianę wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości oraz orzeczenie o kosztach postępowania za obie instancje stosownie do wyniku postępowania, lub uchylenie wyroku w tych punktach i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Chociaż nie sposób odmówić racji niektórym zarzutom, szczególnie zawartym w apelacji strony powodowej, to ostatecznie należy uznać, że obie apelacje są niezasadne, a orzeczenie Sądu Okręgowego odpowiada prawu.

Charakter prawny umów o podwykonawstwo jest zależny od przedmiotu świadczenia wykonawcy. Jeżeli stanowi go obiekt budowlany, umowa z podwykonawcą spełnia warunki umowy o roboty budowlane (tak SN w wyroku z 22.07.2004 r., II CK 477/03).

Niewątpliwie tak jak przyjął to Sąd I instancji, strony w dniu 25 kwietnia 2007 r. zawarły umowę o roboty budowlane, w ramach której pozwany jako podwykonawca miał wykonać kompleksowe prace kamieniarskie elewacji oraz stref wejściowych przy budowie zespołu siedmiu budynków mieszkaniowych wielorodzinnych w W. w terminie do dnia 10 października 2007 r. Według pierwotnego brzmienia umowy, z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, pozwany obowiązany był zapłacić karę umowną za opóźnienie w dotrzymaniu terminu wykonania umowy w wysokości 0,20% wynagrodzenia pozwanego przewidzianego w wysokości 1.850.000 zł (bez VAT), za każdy dzień opóźnienia, jednak nie więcej niż 10% kwoty tego wynagrodzenia. Następnie wobec niewykonania przez pozwanego robót budowlanych w umówionym terminie, aneksem z dnia 18 października 2007 r. przedłużono termin wykonania robót do 31 grudnia 2007 r. (§ 2 ust 1), zastrzegając, że jakiegokolwiek naruszenie przez podwykonawcę nowego terminu, spowoduje, iż § 2 w brzmieniu nadany treścią aneksu zostanie uznany za niebyły i nie wywołujący skutków prawnych. Wskazano też, że w wypadku naruszenia terminów określonych w § 2 umowy w brzmieniu nadanym z aneksem, będzie



obowiązywał § 2 umowy w brzmieniu pierwotnym. Strony podwyższyły też wysokość kar umownych za opóźnienie w dotrzymaniu terminu wykonania umowy .do wysokości 0,5% wartości wynagrodzenia podwykonawcy eliminując limitowanie kary do 10% wynagrodzenia.

Rację ma strona powodowa, że Sąd Okręgowy wbrew treści umowy stron i brzmieniu art. 473 § 1 k.c. nie przyjął iż strony zastrzegając karę umowną mogły modyfikować zasadę odpowiedzialności z tego tytułu, określając, że kara umowna przysługuje za jakiegokolwiek - zatem i niezawinione - przekroczenie terminu wykonania umowy przez podwykonawcę.

Stosownie do treści art. 473 § 1 k.c. strony mogą umownie rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika, również w przypadku odpowiedzialności z tytułu kary umownej. Jeżeli strony zastrzegłyby kary umowne w każdym wypadku niewykonania zobowiązania, bez znaczenia dla obowiązku zapłaty kary umownej byłyby przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania

( SN w uzas. Wyroku z 6.10.2010 r., II CSK 180/10, LEX 970070. też SN w wyroku z 27.06.2000 r., I CKN 791/98). Z art. 471 k.c. wynika, że dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody spowodowanej nie tylko jego zawinionym zachowaniem, ale także innymi okolicznościami. Przepis art. 473 k.c. zaś jednoznacznie pozwala na to, aby krąg okoliczności, o których mowa w art. 471 k.c. został przez ustawę lub umowę stron rozszerzony. Za jak najbardziej dopuszczalne, na tle wspomnianych przepisów, uznać więc należy możliwość, iż odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy może przysługiwać wierzycielowi jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie będzie następstwem innych okoliczności, niż tylko zawinione zachowanie dłużnika. Nie ma też przeszkód aby strony zmówiły się, że odszkodowanie to przybierze, również i wtedy postać kary umownej (jak SN w wyr, z dnia 27.06.2003 r., IV CKN 300/01). Co do niezastosowania się do treści art. 476 k.c.:

Opóźnienie i zwłoka to szczególne przypadki uchybienia w wykonaniu zobowiązania w czasie właściwym, przy czym tylko zwłoka stanowi, w ścisłym sensie, przypadek nienależytego wykonania zobowiązania. Opóźnienie należy odróżnić od zwłoki. Inne są skutki tych dwóch rodzajów niewykonania zobowiązania w terminie. Opóźnienie (inaczej „opóźnienie zwykle” lub sensu stricte) ma miejsce wówczas, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia we właściwym czasie z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności (tak komentarz do art. 476 k.c., Agnieszki Rzepeckiej-Gil, LEX, stan prawny na 19.09.201r.).

Strony zarówno w umowie podstawowej jak i w aneksie przedłużyły kary umowne za opóźnienie, racje ma więc strona powodowa, że było to możliwe co do zasady, biorąc pod uwagę treść art. 473 § 1 k.c., oraz że pozwanego w przypadku opóźnienia w terminie wykonania robót obciążały kary umowne, również w sytuacji, gdy do opóźnienia doszło z przyczyn, za które pozwany nie ponosił odpowiedzialności.

Należy zgodzić się z apelacją strony powodowej, że Sąd Okręgowy niewłaściwie zastosował art. 484 § 1 i 2 k.c., gdyż przypadku zastrzeżenia kary umownej za samo opóźnienie, kwestia odpowiedzialności dłużnika za taki stan rzeczy może się łączyć z miarkowaniem kary, a nie z wadliwością jej naliczenia. Nie został natomiast naruszony przepis art. 647 k.c., szczególnie poprzez przyjęcie przez Sąd, że roboty powierzone pozwanemu zostały zakończone do 30.05.2008 r., gdy ich odbiór nastąpił 12.06.2008 r., oraz przez przyjęcie, że wady nie wpływają na obowiązek odbioru. Powołany przepis do poruszonych zagadnień zresztą nie odnosi się wprost.

Co do zasady, odbiór dzieła jest odzwierciedleniem faktu wykonania przedmiotu umowy. W odebraniu dzieła mieści się deklaracja, że dzieło zostało ukończone i spełnia umówione wymagania. Odbiór stanowi pokwitowanie spełnienia świadczenia (jak SA w Katowicach w wyroku z 24.02.2005 r., I ACa 1533/04).

Można wykazywać, że przedmiot umowy został wykonany wcześniej i zaoferowany do odbioru inwestorowi czy generalnemu wykonawcy, ten zaś dopuścił się zwłoki w odbiorze.

Jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru. W dokumencie (protokole) z tej czynności stanowiącym stwierdzenie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania

rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych między innymi co do jakości wykonanych robót, ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z ewentualnymi terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze (jak SN w wyroku z 8.01.2004 r., I CK 24/03). Co prawda pozwany pismem z dnia 6.06.2008 r. wezwał powoda do podpisania protokołu robót i wystawienia certyfikatu płatności do faktury końcowej, a protokół końcowy odbioru robót został sporządzony 12.06.2008 r. za okres rozliczeniowy od 29.02.2008 r. do 12.06.2008 r., ale niewątpliwie wszystkie prace i usunięcie usterek przez pozwanego miało miejsce do końca maja 2008 r.

Pozwany sporządził protokół zaawansowania robót za okresy rozliczenia od 1.08.2007 r. do 31.03.2008 r. i od 1.04.2007 r. do 30.05.2008 r., ale protokół nie został podpisany przez powoda. Nieco późniejsze wezwanie do podpisania protokołu odbioru robót, a następnie podpisanie protokołu przez powoda wynikało z kwestii technicznych - przygotowania i napisania dokumentów dokonania rozliczenia w odniesieniu do dokumentów źródłowych, uzupełnienia podpisów osób uprawnionych do działania w imieniu obu stron. Data podpisania protokołu może być więc późniejsza - i zazwyczaj jest - niż faktyczny termin zakończenia prac i protokół ten stwierdza, że w określonej dacie prace zostały wykonane (również wcześniej), albo może to wynikać z innych okoliczności. Nie było więc błędu w przyjęciu przez Sąd Okręgowy, że wszystkie prace zostały przez stronę pozwaną wykonane do 30.05.2008 r. mimo daty podpisania protokołu końcowego odbioru robót przypadającej na 12.06.2008 r.

Nie doszło do naruszenia art. 278 § 1 k.p.c. w związku z art. 227 k.p.c. i 229 k.p.c. poprzez dopuszczenie przez Sąd dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczności możliwości wejścia na plan budowy i możliwości rozpoczęcia robót przez pozwanego, przyczyn opóźnienia do dnia zawarcia przez strony aneksu do umowy, jak też możliwości zakończenia prac do końca 2007 r.

Po pierwsze okoliczności te nie były niesporne, skoro nadal istnieją kontrowersje w tych kwestiach, czego wyrazem jest kompletnie odmienne liczenie okresów opóźnienia pozwanego w wykonaniu umowy, a tym samym przyjmowanie innych założeń wyliczenia wysokości kar umownych.

Po drugie ocena w zakresie możliwości rozpoczęcia, czy zakończenia robót, a także przyczyn opóźnienia, wbrew twierdzeniom strony powodowej - wymagała wiadomości specjalnych i miała wpływ na treść rozstrzygnięcia.

W końcu przeprowadzenie przez Sąd dowodu z urzędu nawet z przekroczeniem art. 232 zd. drugie k.p.c. nie daje podstaw do zakwestionowania tych dowodów i uznania ich za nieistniejące lub niebyłe (tak SN w wyroku z 20.12.2005 r., III CK 121/05). Sąd Okręgowy czyniąc ustalenia na podstawie opinii biegłego, wskazał, że wnioski z opinii znajdują również potwierdzenie w zeznaniach świadków W. D., M. D., M. C., G. S., W. M.. Sąd wskazał też dlaczego nie dał wiary zeznaniom K. P., W. G. i M. B., iż pozwany miał przygotowany front robót, a mianowicie - iż zeznania te były sprzeczne z zeznaniami pozostałych świadków w tym M. C. wykonującego funkcję inspektora nadzoru, który miał najlepszą orientację w sytuacji na budowie.

Oceny dowodów dokonanej przez Sąd na podstawie art. 233 § 1 k.p.c. strona powodowa skutecznie nie podważyła. Dokumenty na jakie powołuje się strona powodowa, dokumentujące proces budowy mają charakter jedynie dokumentów prywatnych w rozumieniu art. 245 k.p.c., a więc stanowią dowód jedynie tego, że osoba która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie.

Fakt dokonania udokumentowanych czynności nie budził wątpliwości, natomiast dowodzeniu podlegały kwestie odmiennych niż określono to w dokumentach terminów wykonania pewnych czynności przez strony i faktycznych możliwości rozpoczęcia i zakończenia prac objętych umową co Sąd mógł uznać za konieczne z uwagi na określenie zasad i podstaw liczenia terminu opóźnienia wykonania robót istotnych dla wyliczenia dochodzonych przez powoda kar umownych. Nie doszło do naruszenia art. 227 k.p.c. zd 1 k.p.c., art. 236 k.p.c. w związku z art. 47914 § 2 w zw. z art. 47914a k.p.c., gdyż zasady i rygory zawarte w tych przepisach dotyczą stron postępowania, a nie Sądu. Sąd może poza tymi rygorami zarówno dopuścić dany dowód z urzędu, jak i rozszerzyć tezę dowodową.

Zagadnienia przyczyn opóźnienia w wykonaniu umowy, w tym leżących również po stronie powoda, miały ostatecznie znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy - o czy później - dlatego istotne były też z tego punktu widzenia zeznania świadka G. S. (2) - właściciela zakładu kamieniarskiego dostarczającego płyty elewacyjne z przeznaczeniem na przedmiotową budowę. Nie było podstaw, aby nie dawało temu świadkowi wiary, niezwiązanemu z żadną ze stron, który twierdził, że były problemy z odbiorem płyt przez firmę (...), ponieważ na budowie nie było miejsca, aby złożyć tam płyty, jak również była taka sytuacja, że świadek wstrzymywał się z produkcją płyt dla pozwanego z uwagi na to, że nie miał gdzie składować tych płyt u siebie. Okoliczność występowania problemów z udostępnieniem miejsca na budowie do składowania kamiennych płyt, potwierdził również biegły do spraw budownictwa w swojej opinii.

Zarzut apelującego powoda co do błędu w ustaleniach faktycznych w tym zakresie, jest zatem niezasadny. Kwestia ustalenia przyczyn opóźnienia w wykonaniu umowy leżących zarówno po stronie pozwanego jak i powoda ma, wbrew twierdzeniom strony powodowej znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Po pierwsze zgodnie z art. 354 § 1 k.c. dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współzycia społecznego jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel (§ 2).

Każdy stosunek obligacyjny zakłada istnienie więzi pomiędzy dłużnikiem i wierzycielem, której wyrazem może być między innymi nakaz współdziałania stron przy wykonaniu świadczenia. Ma to znaczenie szczególnie istotne przy wykonywaniu zobowiązań wzajemnych. Ocena zachowania wierzyciela podlega również kryteriom wynikającym z celu społeczno-gospodarczego zobowiązania zasad współzycia społecznego i ustalonych zwyczajów. Naruszenie wymaganej wobec wierzyciela powinności współdziałania z dłużnikiem przy wykonaniu zobowiązania może prowadzić między innymi do zastosowania sankcji z art. 486 k.c., jak również stanowić podstawę uznania jego przyczynienia się do szkody wyrządzonej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania (art. 362 k.c.) tak komentarz do k.c. pod red. K. Pietrzykowskiego, wydawnictwo C.M. Beck, Warszawa 2005, tom I, str. 846).

Przepis art. 362 k.c. nie może co prawda stanowić samoistnej podstawy zmniejszenia kary umownej, ale zmniejszenie takie może nastąpić na podstawie art. 484 § 2 k.c. (tak SN w wyroku z 8.07.2004 r., IV CK 522/03).

Zatem kara umowna może ulec zmniejszeniu, gdy dłużnik tylko częściowo ponosi odpowiedzialność za nienależyte wykonanie zobowiązania, zwłaszcza gdyby do tego stanu rzeczy w znacznym zakresie przyczynić się miał sam wierzyciel (tak SN w wyroku z 9.10.2003 r., V CK 319/02).

Oczywiście istnieją zasadnicze różnice między karą umowną, a odszkodowaniem na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.). Jeżeli rozmiar odszkodowania uzależniony jest ściśle od wysokości powstałej szkody, to wysokość kary umownej właśnie ex lege pozostaje niezależna od rozmiarów szkody poniesionej przez wierzyciela (art. 484 § 1 k.c.). Co więcej wystąpienie szkody po stronie wierzyciela nie jest w ogóle przesłanką powstania roszczenia o zapłatę kary umownej, zatem uwzględnienie przyczynienia się wierzyciela do powstania lub zwiększenia szkody (art. 362 k.c.) może nastąpić jedynie w ramach podstaw (przyczyn) decydujących o miarkowaniu kary umownej w oparciu o art. 484 § 2 k.c. Przyczynienie się takie może być rozważane w ramach drugiej przyczyny modyfikowania wysokości kary umownej, tj. jej rażącego wygórowania (art. 484 § 2 zd. drugie k.c.).

Zachowanie się wierzyciela w związku z wykonywaniem umowy przez strony może być ocenione przynajmniej z dwóch punktów widzenia, tj. powodujące lub zwiększające szkodę, bądź jako okoliczność w ogóle eliminująca powstanie roszczenia o zapłatę kary umownej. Określone zachowanie się wierzyciela może powodować zatem taki stan rzeczy, który wyklucza możliwość przypisania odpowiedzialności kontraktowej dłużnikowi np. z racji eliminacji jego opóźnienia, (tak SN w uzasadnieniu wyroku z 8.07.2004 r., IV CK 522/03).

Możliwość miarkowania wysokości kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. nie jest wyłączona w stosunkach między podmiotami gospodarczymi w ramach prowadzonej przez nie działalności. Wykonanie w uzgodnionym przez

strony terminie większości robót może uzasadniać obniżenie kary, której wysokość została ustalona w odniesieniu do wartości całych robót. Z kolei ocena, czy kara jest w konkretnych okolicznościach rażąco wygórowana może uwzględniać szereg okoliczności w tym także relację między wysokością kary umownej i wartością robót ustalonych w umowie, w której kara umowna została zaskarżona (tak SN w wyroku z 19.04.2006 r., V CSK 34/06).

W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy opierając się na zeznaniach świadków W. M., K. P., W. G., W. D., M. C., G. S., pozwanego Z. F., a także opinii biegłego do spraw budownictwa, ustalił w jakich okresach występował brak współdziałania wierzyciela w wykonaniu zobowiązania i że były to okoliczności, które w ogóle w niektórych okresach eliminowały powstanie roszczenia o zapłatę kary umownej. Dotyczyło to takich okoliczności jak źle zamontowana przez powoda ślusarka okienna uniemożliwiająca montowanie płyt elewacyjnych, co wyeliminowano dopiero 7 września 2007 r., brak ustabilizowania gruntu istotny dla ustawienia rusztowania, występowanie licznych wykopów, przekopów, hałd zwiezionego piasku - czyli nie przygotowanie placu budowy jak i budynków dla realizacji robót elewacyjnych a także dla składowania czy magazynowania, a także transportowania w ramach budowy elewacyjnych płyt kamiennych, opóźnienia powoda w przygotowaniu podbudowy i konstrukcji podjazdów przy klatkach schodowych, błędy w wykonaniu stolarki drzwi wejściowych do budynków, co uniemożliwiało pozwanemu montaż płyt granitowych przy wejściach do budynków.

Powód kwestionując opinię biegłego w tym zakresie, nie wniósł ostatecznie o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego.

Sąd Okręgowy mógł więc przyjąć, że skoro w okresie od stycznia 2008 r. do 12.03.2008 r. powód wykonywał podjazdy do budynków, obsadzał drzwi wejściowe i bez wykonania tych prac pozwany nie mógł zakładać elewacji z granitu, czyli nie miał w tym czasie udostępnionego frontu robót, to takie przyczynienie się wierzyciela do niewykonywania umowy przez pozwanego w tym czasie, wyeliminowało jego opóźnienie za ten okres skutkując niepowstaniem roszczenia o zapłatę kary umownej.

Co do kwestii treści aneksu z dnia 18.10.2007 r. to należy podzielić zastrzeżenia apelującego powoda o pewnej niespójności w zakresie ustaleń i rozważań Sądu I instancji, w których Sąd starał się uzasadnić nieprzyjęcie iż pozwany opóźnił się w wykonaniu umowy również przed 31 grudnia 2007 r.

Wniosek Sądu Okręgowego należy uznać za trafny, ale z innych przyczyn, niż przyjęto w uzasadnieniu, które w tej części rzeczywiście było nieprzekonywujące i nie w pełni spełniało wymogi z art. 328 § 2 k.p.c., ostatecznie jednak nie doszło do naruszenia przepisów art. 65 § 1 i 2 k.c., 56 k.c., 61 § 1 k.c. i art. 353 k.c.

W stosunku do umów zasada swobodnego kształtowania treści stosunku prawnego jest wyraźnie potwierdzona od strony pozytywnej przez art. 3531 k.c. Granice swobody umów określone w tym przepisie uzupełniają kryteria dopuszczalnej treści czynności prawnej w stosunku do wskazanych w art. 58 k.c. poprzez odwołanie do właściwości (natury) stosunku. Naruszenie granic swobody umów oznaczonych w art. 3531 k.c. prowadzi do skutku określonego w art. 58 k.c. Sankcją naruszenia zakazów z art. 58 jest bezwzględna nieważność czynności prawnej. Stan bezwzględnej nieważności jest brany pod uwagę przez sąd z urzędu (tak SN w orz. Z 19.12.1984 r., III CRN 183/84).

Zgodnie z treścią art. 58 § 3 jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana. W aneksie z 18.10.2007 r. zawartym już po upływie terminu wykonania umowy zasadniczej określonym do 10.10.2007 r. strony stwierdziły, że w związku ze zwłoką podwykonawcy przedłużają termin zrealizowania wszystkich robót do 31 grudnia 2007 r. Jednocześnie znacznie podwyższono kary umowne za opóźnienie do wysokości 0,5% wartości wynagrodzenia wynoszącego 1.850.00 zł, za każdy dzień opóźnienia czyli do 9.250 zł dziennie, eliminując jednocześnie limitowanie kary do 10% kwoty wynagrodzenia podwykonawcy.

Kara umowna z jednej strony miała skłonić dłużnika do prawidłowego, terminowego wykonania zobowiązania, a z drugiej, stanowić rodzaj dolegliwości w postaci obowiązku zapłaty kary bez względu na przyczynę niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Znaczna wysokość kary umownej, bez ograniczenia jej wysokości i

przy wyeliminowaniu winy dłużnika, w kształcie przyjętym w aneksie, powodowała, że wymienione wyżej cele kary umownej winny być spełnione. Jednocześnie z treści aneksu wynika, że strona powodowa zaakceptowała przedłużenie terminu wykonania umowy w związku ze zwłoką podwykonawcy w stosunku do terminów określonych w umowie zasadniczej, jak również w związku z koniecznością usprawnienia procesu budowlanego w zakresie wykonania robót kamiennych, czyli zakładano, że opóźnienie mogło nastąpić jeszcze z innych przyczyn.

W tej sytuacji postanowienie aneksu o uznaniu za niebyłe i nie wywołujące skutków prawnych ustalenie nowego terminu wykonania robót w przypadku jakiegokolwiek naruszenia przez podwykonawcę nowych ustalonych terminów a zatem powrót do pierwotnie przyjętego terminu (czyli na 10.10.2007 r.), bez jednoczesnego przywrócenia poprzednio obowiązujących kar umownych, należało uznać za niezgodne z zasadami współzycia społecznego - zachowania równości stron, równowagi obciążeń z umowy wzajemnej, poszanowania kontrahenta umowy, wykorzystania istniejącej pozycji wobec dłużnika dla narzucenia mu niekorzystnych rozwiązań. Postanowienie § 2 ust 2 aneksu z 18.10.2007 r. należało zatem uznać za bezwzględnie nieważne w rozumieniu art. 58 § 3 k.c.

Nie ma przesłanek aby przyjąć, że bez tego postanowienia, strony nie zawarłyby aneksu gdyż powodowi z jednej strony zależało na zrealizowaniu umowy, skoro wyraził zgodę przedłużeniu terminu jej realizacji, nie zdecydował się na wykonanie zastępcze, a tylko uprzedził podwykonawcę o takiej możliwości, nie odstąpił od umowy mimo przewidzenia takiego usprawnienia w § 14 umowy zasadniczej, a z drugiej strony zabezpieczył swoje interesy, poprzez uzgodnienie znaczącego podwyższenia kar umownych.

Skoro zatem mimo opóźnienia podwykonawcy w wykonaniu robót po 31.12.2007 r. należy przyjąć, że postanowienie aneksu o przywróceniu treści umowy zasadniczej jedynie w zakresie terminu zakończenia prac ( do 10.10.2007 r. ), było nieważne, to słusznie Sąd Okręgowy do wyliczenia należnych kar umownych (w wysokości przewidzianej w aneksie) przyjął tylko opóźnienie podwykonawcy w 2008 r., przy założeniu (uzasadnionym wcześniej), że wobec nieprzygotowania przez generalnego wykonawcę frontu robót do wykonania przez pozwanego elewacji przy wejściach do budynków, w związku z realizowaniem tam prac przy budowie podjazdów i usuwaniu usterek przy drzwiach wejściowych przez okres stycznia, lutego do 12 marca 2008 r. roszczenie o zapłatę kar umownych w tym czasie w ogóle nie powstało, a mogło być skutecznie dochodzone za okres od 13.03.2008 r. do 30.05.2008 r. do czasu faktycznego wykonania robót przez podwykonawcę. Nawet gdyby nie przyjąć koncepcji nieważności części aneksu i uznać, że obowiązywał między stronami pierwotny termin wykonania umowy tj. 10.10.2007 r., ale jednocześnie 14-tygodniowy termin wykonania prac, a generalny wykonawca w rzeczywistości zapewnił front robót dla podwykonawcy dopiero 7 września 2007 r., to 14-tygodniowy (3 miesiące i 2 tygodnie) czas wykonania prac mijalby w takiej sytuacji pod koniec grudnia 2007 r., czyli opóźnienie wynosiłoby jedynie około tygodnia.

Uwzględniając wyżej zaprezentowane stanowisko należy uznać, że Sąd Okręgowy mimo odmiennego i nie do końca precyzyjnego uzasadnienia ostatecznie prawidłowo przyjął, że opóźnienie pozwanego w wykonaniu umowy, za które należało naliczyć kary umowne trwało od 13.13.2008 r. do 30.05.2008 r. i kara ta za ten okres wynosiła 730.750 zł (79 dni x 9.250 zł).

W sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwany wnosił o jego uchylenie i oddalenie powództwa w żalości, ewentualnie wniósł o miarkowanie wysokości kary umownej stosownie do treści art. 484 § 2 k.c.

Miarkowanie kary umownej ma przeciwdziałać dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary umownej a godnym ochroną interesem wierzyciela (tak SN w uzas. wyroku z 21.09.2007 r., V CSK 139/07).

Ocena czy kara umowna jest w konkretnych okolicznościach rażąco wygórowana może uwzględniać szereg okoliczności, w tym także relację między wysokością kary umownej i wartością robót ustalonych w umowie, w której kara umowna została zastrzeżona.

Możliwość dochodzenia kary umownej nie jest wprawdzie uzależniona od wystąpienia szkody związanej z nienależytym wykonaniem zobowiązania, jednakże ocena zaistniałej z tego powodu szkody może mieć wpływ na ograniczenie wartości dochodzonej kary umownej (tak SN w wyroku z 11.01.2008 r., VCSK 362/07).

W tym przypadku zastrzeżona w umowie zmienionej aneksem kara umowna była rażąco wygórowana, skoro wynosiła nieomal 10.000 zł dziennie, nie była limitowana w stosunku do wysokości wynagrodzenia podwykonawcy, a nawet przewidziano w aneksie możliwość jej dochodzenia w takiej wysokości za okres wsteczny, przed podpisaniem aneksu. Wyliczona przez powoda kara umowna według powyższych zasad i sposobu liczenia zaprezentowanego przez powoda wynosiła 2.275.500 zł, czyli znacznie przewyższała wynagrodzenie podwykonawcy, w sytuacji gdy zrealizował on całość prac wynikających z umowy i naprawił usterki. Sam powód ostatecznie zmniejszył wysokość dochodzonego roszczenia z tytułu kar umownych wyliczając to roszczenie po potrąceniu należności pozwanego od kwoty 600.000 zł z tytułu kary umownej.

Zmniejszenie wysokości żądanej kary umownej, przez samego powoda, nie pozbawiało pozwanego możliwości domagania się w procesie dalszego miarkowania kary, a Sądu - uwzględnienia tego wniosku.

Dochodzona przez powoda kara umowna stanowiła 1/3 część wynagrodzenia pozwanego ustalonego w umowie, zatem w sytuacji gdy umowa została w całości wykonana, a powód nie wykazał szkody jaką ewentualnie poniósł z tytułu opóźnienia pozwanego, to słusznie Sąd Okręgowy uznał, że kara ta, nawet w zmniejszonej przez powoda wysokości jest rażąco wygórowana.

Miarkowanie przez Sąd kary umownej wyliczonej za 79 dni opóźnienia o 50% było w tej sytuacji jak najbardziej zasadne. Tak wyliczona kara w wysokości 365.375 zł (przed potrąceniem) i tak stanowi 20% wynagrodzenia pozwanego.

Co do kwestii możliwości potrącenia przez powoda należności z tytułu kaucji gwarancyjnej, która miała być zwrócona po dacie potrącenia, nie budzi wątpliwości, że w razie ustalenia terminu zapłaty za okres zamykający się określoną datą, dłużnik może wykonać zobowiązanie przed nadejściem tej daty (tak SN w wyroku z 27.02.1997 r., III CKN 47/96).

Należy również dodać, że w przypadku miarkowania kary umownej, precyzyjne jej wyliczenie nie jest niezbędne, chociaż o tyle potrzebne jest wyliczenie pełnej kary, aby ocenić czy jest ona rażąco wygórowana. W tym przypadku sam powód zmniejszył dochodzoną karę określając ją na kwotę 600.000 zł, która nie miała żadnego odniesienia ani do rzeczywistego okresu opóźnienia pozwanego w wykonaniu umowy, ani do zasad jej wyliczenia określonych w aneksie z 18.10.2007 r.

W tym sensie dla miarkowania przez Sąd Okręgowy kary umownej, o tyle nie miało decydującego znaczenia bardzo precyzyjne wyliczenie dni opóźnienia, że sam powód dochodził kwoty określonej w oderwaniu od takiego wyliczenia. Sąd i tak miarkował karę od kwoty wyższej (730.750 zł) niż dochodzona przez powoda (600.000 zł) także uwzględnił więcej dni opóźnienia niż mieściłoby się w żądaniu powoda. Potwierdzeniem takiego stanowiska jest pogląd Sądu Najwyższego, według którego art. 484 § 2 k.c. wyczerpująco określa przesłanki, które mogą stanowić podstawę miarkowania kary umownej. Nie uzależnia on w żaden sposób przyjętego przez strony sposobu określenia jej wysokości (tak SN w wyroku z 25.03.2011 r., IV CSK 401/10).

Z powyższych względów apelacja strony powodowej podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

Co do apelacji pozwanego, to również nie zasługuje ona na uwzględnienie.

Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 484 k.c. w związku z art. 362 k.c. poprzez nieuwzględnienie, iż pozwany opóźnił się jedynie z wykończeniem impregnacji elewacji na trzech budynkach, a pozostałe prace na tych budynkach i następnie na innych obiektach budowlanych zostały wykonane i dlatego kary umowne nie powinny być liczone od wartości całego zakresu robót. Taki pogląd nie znajduje żadnego uzasadnienia w treści umowy łączącej strony, w której dokładnie określono co stanowi jej przedmiot, wymieniając poszczególne rodzaje prac, ale nie odnosząc ich

do poszczególnych budynków, a traktując jako całość. Całościowo określono też wynagrodzenie. Kary umowne były zaś przewidziane za opóźnienie w dotrzymaniu terminu wykonania umowy jako całości. Nie było więc podstaw do wyliczenia kary umownej za opóźnienie w wykonaniu określonej części umowy - w tym przypadku niewykonania impregnacji na trzech budynkach, spośród siedmiu, zresztą nawet nie wiadomo jak należałoby liczyć kary, skoro nie określono wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych robót na pojedynczych budynkach. Okoliczność, że opóźnienie zostało w całości spowodowane działaniami czy zaniechaniem powoda zostało już uwzględnione jako kryterium sposobu wyliczenia i miarkowania kary umownej na zasadzie art. 484 § k.c. w związku z art. 362 k.c.

Wbrew sugestii pozwanego niedopuszczalne jest zmniejszenie kary umownej na podstawie art. 5 k.c. (tak SN w orz. z 22.05.2002 r., I CKN 1567/99, OSN 2003, nr 4 poz. 109).

Żądanie pozwanego oddalenia powództwa w całości, przy przyjęciu, że dochodzenie roszczenia o zapłatę kar umownych przez powoda stanowi nadużycie prawa, nie znajduje żadnego uzasadnienia. Obydwie strony są profesjonalistami prowadzącymi działalność gospodarczą w branży robót budowlanych, gdzie normą jest zawieranie umów zastrzegających kary umowne. W tym przypadku pozwany podpisał umowę, a następnie aneks określonej treści, ustalające zasady naliczania kar umownych w przypadku opóźnienia w wykonaniu przez pozwanego przedmiotu umowy. Pozwany nie dotrzymał terminu wykonania umowy, w związku z tym zobowiązany jest do zapłaty kary umownej: do rozważenia pozostawała jedynie kwestia wyliczenia okresu, za jaki powód mógł dochodzić kar umownych i kwestia ich miarkowania, co zostało przez Sąd uwzględnione. Okoliczność jaki pozwany osiągnął zysk nie ma znaczenia dla określenia wysokości kary umownej, gdyż można ją odnosić do wysokości wynagrodzenia przy ocenie czy nie jest rażąco wygórowana, a sprawą podwykonawcy robót, jest po pierwsze terminowe wykonanie tych robót, a po wtóre takie wyliczenie kosztów, aby mieściły w sobie margines na ewentualne pokrycie kar umownych. Zapłata kar umownych powinna być wkalkulowana w ryzyko gospodarcze przy prowadzeniu działalności gospodarczej.

Nie można się zgodzić z argumentacją z apelacji pozwanego, iż w dniu 12.03.2008 r. zgłosił on do odbioru całość robót kamieniarskich z wyłączeniem impregnacji budynków i ta data winna być uznana jako termin wykonania umowy, gdyż brak impregnacji należało potraktować jako wadę wykonanych robót, a nie brak wykonania umowy.

Wynikający z art. 643 k.c. (mającego zastosowanie też do umowy o roboty budowlane) obowiązek odebrania dzieła przez zamawiającego dotyczy dzieła należycie wykonanego, a więc spełniającego umówione wymagania. Jeżeli zatem przyczyną nieodebrania dzieła przez zamawiającego jest stwierdzenie, że dzieło zostało wykonane niezgodnie z umową, to nie można przyjąć, że zamawiający popada w zwłokę z odbiorem dzieła w rozumieniu art. 643 k.c. (tak w SN w wyroku z 23.11.1998 r., II CKN 53/98).

Odbiór dzieła jest odzwierciedleniem faktu wykonania przedmiotu umowy. W odebraniu dzieła mieści się deklaracja, że dzieło zostało ukończone i spełnia umówione wymagania (tak SA w Katowicach w wyroku z 24.02.2005 r., I ACa 1533/04).

W umowie z dnia 25.04.2007 r. strony określiły, że przedmiotem tej umowy jest kompleksowe wykonanie robót kamieniarskich elewacji oraz stref wejściowych przy budowie zespołu siedmiu budynków mieszkalnych wielorodzinnych przy ul. (...) w W. (§ 1), zaś w § 3 przy określaniu wynagrodzenia jednostkowego za poszczególne rodzaje prac w całym kompleksie siedmiu budynków, wymieniono między innymi impregnację elewacji z piaskowca.

Wykonanie impregnacji wyraźnie mieściło się w ramach umowy o roboty budowlane i dopóki te prace nie zostały wykonane, pozwany nie mógł się skutecznie domagać dokonania końcowego odbioru robót. Sam tak zresztą uważał, skoro podpisał taki protokół z datą 12.06.2008 r. W tej sytuacji nieporozumieniem jest twierdzenie, że niewykonanie impregnacji elewacji na trzech budynkach należało traktować jako wadę wykonanych robót.

Nie doszło zatem wbrew zarzutom apelacji do naruszenia przez Sąd art. 233 k.p.c. poprzez przyjęcie, że pozwany opóźniał się w wykonaniu robót w okresie od 13.03.2008 r. do 30.05.2008 r., co pozostaje w sprzeczności z wpisem w dzienniku budowy, gdzie pozwany zgłosił roboty do odbioru. Odbiór nie mógł być dokonany i tym samym stanowić pokwitowania spełnienia świadczenia, skoro w tym czasie pozwany nie wykonał całości robót zgodnie z umową.

Wszystkie okoliczności istotne z punktu widzenia miarkowania kary umownej zostały wzięte przez Sąd Okręgowy pod uwagę i uwzględnione w przyjętym zakresie miarkowania. Pozwany zawierając umowę, w której zastrzeżono kary za opóźnienie, czyli przy rozszerzeniu odpowiedzialności pozwanego za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w oderwaniu od winy na zasadzie art. 473 § 1 k.c., powinien liczyć się z zastrzonymi kryteriami dotyczącymi możliwości naliczenia i dochodzenia kar umownych i w związku z tym wykonać umowę w terminie, czego nie uczynił.

Apelacja pozwanego polegała oddaleniu, na podstawie art. 385 k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono w oparciu o art. 100 k.p.c. w

związku z art. 391 § 1 k.c. Wartość przedmiotu zaskarżenia w apelacji powoda wynosi 234.625 zł - przegrał on w 75%. Poniósł koszty: 11.732 zł opłata od apelacji i 5.400 zł koszty zastępstwa procesowego, łącznie 17.132 zł. Wartość przedmiotu zaskarżenia w apelacji pozwanego wynosiła 57.610,10 zł. Przegrał on w 25%. Poniósł koszty: opłata od apelacji 2.881 zł, koszty zastępstwa procesowego 2.700 zł, łącznie 5.581 zł.

Całe koszty postępowania apelacyjnego obu stron wynosiły 22.713 zł (17.132 zł + 5.581 zł). Biorąc pod uwagę proporcję przegranej, powód winien ponieść 17.034,25 zł (22.713 zł x 0,75), a pozwany 5.678,25 (22.713 zł x 0,25), czyli w przybliżeniu takie, jakie strony faktycznie poniosły, dlatego uzasadnione było ich wzajemne zniesienie.