

Sygn. akt: I ACa 971/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 stycznia 2014r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Małgorzata Stanek Sędziowie: SA Lilia Mateuszczyk

SA Anna Beniak (spr.)

Protokolant: stażysta Agata Józwiak

po rozpoznaniu w dniu 17 stycznia 2014 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L.

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

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 25 marca 2013r. sygn. akt X GC 904/12

I. zmienia zaskarżony wyrok na następujący:

„1. zasądza od(...) (...) Spółki z ograniczoną

odpowiedzialnością w K. na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w L. następujące kwoty:

a) **118.500 (sto osiemnaście tysięcy pięćset) zł z ustawowymi odsetkami od dnia 12 kwietnia 2012 roku do dnia zapłaty;**

b) **7.188,05 (siedem tysięcy sto osiemdziesiąt osiem 05/100) zł z ustawowymi odsetkami od dnia 3 lutego 2012 roku do dnia zapłaty;**

c) **7.887,88 (siedem tysięcy osiemset osiemdziesiąt siedem 88/100) zł tytułem zwrotu kosztów procesu;**

2. oddala powództwo w pozostałej części;

3. nakazuje pobranie na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Łodzi tytułem zwrotu poniesionych wydatków:

a) **kwoty 33,12 (trzydzieści trzy 12/100) zł od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.;**

b) **kwoty 12,88 (dwanaście 88/100) zł od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w L..";**

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w L. kwotę 7.887,88 (siedem tysięcy osiemset osiemdziesiąt siedem 88/100) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt I ACa 971 /13

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w oddalił powództwo (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w L. kierowane przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w K. o zapłatę kwoty 174.888,05 zł, zasądził od strony powodowej na rzecz pozwanej kwotę 7.217 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania oraz nakazał pobranie od powoda kwoty 46 zł tytułem zwrotu nieuiszczonych wydatków sądowych. Powyższe rozstrzygnięcie było wynikiem uwzględnienia zarzutu potrącenia kary umownej zgłoszonego przez stronę pozwaną.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 8 września 2010r. strony zawarły umowę Nr (...), której przedmiotem była dostawa i montaż przez pozwanego świetlików dachowych wraz z automatyką. Prace dotyczyły inwestycji Galeria (...), gdzie inwestorem był (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zaś pozwana działała jako wykonawca (zamawiający), a powód na podstawie w/w umowy stał się podwykonawcą robót określonych w §(...) umowy. Strony ustaliły należne wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 2.300.000 zł netto.

Na podstawie § (...) umowy pozwany zatrzymywał tytułem kaucji gwarancyjnej 10% wartości wynagrodzenia netto, potrącając z każdej faktury wystawianej przez powoda 10% jej wartości netto. Połowę zatrzymanej kaucji gwarancyjnej (5% wartości netto wypłaconego wynagrodzenia) pozwany miał, zgodnie z §(...) umowy, zwrócić powodowi w ciągu 30 dni po bezusterkowym przeglądzie całej inwestycji i dostarczeniu przez (...) sp. z o.o. ostatecznego protokołu usunięcia wad i usterek - w wypadku ich stwierdzenia.

Na podstawie podpisanej umowy, strona powodowa jako wykonawca przyjęła na siebie obowiązek wykonania przedmiotu umowy w terminach od 20 września 2010 r. do 30 marca 2011r., przy czym świetliki S1 - S11 miały zostać wykonane w okresie od 20.09.2010 r. do 20.11.2010 r., zaś automatyka, sterowanie i regulacja - do dnia 30.03.2011 r.

Najpóźniej na 7 dni przed przystąpieniem do wykonywania robót objętych umową wykonawca miał przekazać kierownikowi budowy zamawiającego propozycję harmonogramu wykonywania przedmiotu umowy, który miał być zgodny z ogólnym harmonogramem realizacji całej inwestycji. Po wprowadzeniu zmian przez kierownika budowy zamawiającego tak zatwierdzony harmonogram stać się miał załącznikiem do umowy. Kierownik budowy zamawiającego miał prawo do wprowadzania zmian w tym harmonogramie celem jego bieżącego dostosowania do potrzeb budowy, co nie stanowiło zmiany umowy. Taki harmonogram nie został przygotowany przez stronę powodową i nie stał się załącznikiem do umowy.

Stosownie do brzmienia § 11 umowy wykonawca zobowiązał się zapłacić zamawiającemu kary umowne w następujących przypadkach:

a) za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,3% wartości przedmiotu umowy za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminów określonych w § 3 ust 1.

b) za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w stosunku do terminów pośrednich w wysokości 0,3% wartości przedmiotu umowy za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminów pośrednich określonych w harmonogramie powołanym w § 2 ust 2

c) opóźnienie w usunięciu wad i usterek ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi w wysokości 0,3% wartości przedmiotu umowy za każdy dzień opóźnienia

d) za odstąpienie od umowy przez wykonawcę lub przez zamawiającego z winy wykonawcy, a także za rozwiązanie niniejszej umowy przez zamawiającego z winy wykonawcy 10% wartości przedmiotu umowy .

W związku z wykonaniem prac strona powodowa wystawiła faktury VAT o numerach: nr (...), nr (...), nr (...), nr (...), nr (...), nr (...), nr (...) i nr (...). Według wysokości kwot netto wskazanych w załączonych fakturach VAT oraz w podpisanym przez głównego księgowego pozwanego potwierdzenia salda z dnia 07.03.2012r. jak również w rozrachunku kontrahenta (...), suma pobranych przez pozwanego z przedmiotowych faktur kwot tytułem kaucji gwarancyjnych wyniosła łącznie 237.000 zł - biorąc pod uwagę, że z tytułu faktury (...)(...) pobrana została kaucja gwarancyjna w kwocie 8.000,00 zł.

Zgodnie z umową pozwany miał zwrócić powodowi połowę pobranej kaucji gwarancyjnej (połowę kwoty 237.000,00 zł = 118.500,00 zł) w ciągu 30 dni od po bezusterkowym przeglądzie inwestycji. Pismem z dnia 12 kwietnia 2012r. pozwany przyznał, że w związku z zakończeniem prac i podpisaniem odbioru końcowego zobowiązuje się do zwrotu kaucji gwarancyjnej. Wszystkie należności, objęte fakturami wystawionymi przez powoda pozwanemu w wyniku wykonania zawartej umowy zostały zapłacone - za wyjątkiem zwrotu kaucji gwarancyjnych pobranych od tych faktur (10% wartości netto każdej z faktur).

Powyższe nie dotyczy zapłaty tytułem faktury VAT nr (...), pozwany bowiem nie zapłacił w całości za tę fakturę. Faktura ta opiewa na kwotę 98.400,00 zł brutto (80.000,00 zł netto). Jak wynika z załączonego dowodu wpłaty, pozwany wpłacił z tej kwoty na rzecz powoda jedynie 34.011,95 zł. W przelewie pozwany podał, że należność pomniejszona została o pobraną kaucję gwarancyjną (czyli 10% z 80.000,00 zł = 8.000,00 zł) oraz o kwoty wynikające z protokołu negocjacyjnego. Pismem z dnia 25 kwietnia 2012r. (...) sp. z o.o., działając w imieniu powoda na podstawie zawartej z powodem umowy zlecenia oraz udzielonego przez powoda pełnomocnictwa, wezwała pozwanego do zapłaty należności objętych pozwem.

Strona powodowa wobec zaawansowania innych prac konstrukcyjnych mogła rozpocząć montaż świetlików dopiero w dniu 4 października 2010r. i w tym terminie rozpoczął wykonywanie prac montażowych.

Powód rozpoczął montaż świetlików tylko tam, gdzie było to możliwe, czyli tam gdzie ukończono montaż konstrukcji stalowej dachu. W protokole z narady koordynacyjnej z dnia 26.10.2010r. inspektor Nadzoru Budowlanego J. M. oraz przedstawiciel Inwestora (...) sp. z o.o. z/s W. G. S. wpisali do protokołu zakaz montażu świetlików na dachu bez ukończenia montażu konstrukcji stalowej. W związku z tym prace montażowe musiały zostać wstrzymane.

Pomiędzy 4.10.2010r. a 26.10.2010r. zostały zamontowane tylko 3 świetliki. Po kilku dniach prace zostały wznowione i były realizowane w miarę postępów w montażu dachu. Powód sporządzał częściowe protokoły odbioru robót, które następnie były załączane do wystawionych przez niego faktur częściowych. Faktury częściowe zostały zapłacone, chociaż protokoły odbioru nie zostały przez przedstawiciela pozwanej podpisane, gdyż pozwany twierdził, że jest to zbędne, bowiem miał podpisane protokoły odbioru przez generalnego wykonawcę, które obejmowały również montaż świetlików i tym samym generalny wykonawca nie wnosił zastrzeżeń do ich wykonania.

Ostatecznie w dniu 28.02.2011r. został sporządzony protokół końcowy montażu świetlików i została wystawiona przez powoda faktura na 90% wartości wykonanych robót. Do wykonania pozostał montaż siłowników. Zgodnie z uzgodnionym harmonogramem miał się on odbyć do dnia 30 marca 2011r., ale z uwagi na brak instalacji elektrycznej nie było możliwości odbioru funkcjonalnego siłowników i tym samym sprawdzenia działania klap dymowych stanowiących część świetlików.

Z przedstawicielem inwestora inżynierem projektu M. R. powód ustalił, że na jeden miesiąc przed montażem siłowników zostanie powiadomiony o terminie, w którym będzie to możliwe. Pismem z dnia 14 września 2011r. powód zgłosił bezpośrednio do M. R. gotowość do montażu siłowników. W dniu 15.09.2011r. odbyły się próby funkcjonalne siłowników, zaś w dniu 4 października 2011r. został sporządzony ostateczny protokół odbioru i wystawiona przez

powoda faktura na pozostałą część wykonanych już w całości robót o numerze (...). Faktura ta została przez pozwanego zapłacona częściowo. Pozostała do zapłaty kwota 56.388,05 zł.

W styczniu 2012r. nastąpił końcowy odbiór całej inwestycji przez inwestora, który nie miał żadnych zastrzeżeń do jakości i terminowości wykonanych przez powoda robót. Nie miał również żadnych zastrzeżeń w tym zakresie generalny wykonawca czyli (...) sp. z o.o.

W piśmie z dnia 17.04.2012 r. strona pozwana naliczyła kary umowne zgodnie z umową z tytułu opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy, które wyniosły 2.345.100 zł, natomiast w piśmie i nocie z dnia 30.04.2012 r. strona pozwana przyjęła korzystniejszą dla powoda wersję wycenienia, które wyniosły bowiem 1.683.600. Powód nie przyjął do wiadomości oświadczenia pozwanego o potrąceniu, uzasadniając swoje stanowisko tym, że pozwany wskutek opóźnienia powoda nie poniósł szkody oraz, że pozwany wiedząc o opóźnieniu robót powinien sporządzić aneks do umowy.

Poczynione ustalenia faktyczne sąd oparł na zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym w postaci dokumentów załączonych przez strony postępowania oraz zgłoszonych przez nie osobowych środków dowodowych w postaci dowodów z zeznań świadków. Przeprowadzony dowód z przesłuchania stron doprowadził do potwierdzenia okoliczności przywołanych i podanych przez świadków. Za okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy sąd potraktował po pierwsze treść umowy łączącej strony oraz fakt jej wykonania przez strony, w szczególności w odniesieniu do strony pozwanej – co do okoliczności zapłaty wystawionych przez powódkę faktur, w odniesieniu zaś do strony powodowej – czas wykonania przedmiotu umowy.

Oceniając ostatnią z przywołanych okoliczności sąd uznał, iż kwestia okresu opóźnienia w wykonaniu prac przez powódkę nie została przez nią zakwestionowana, jedynym aspektem kwestionowania dokonanego przez powódkę zarzutu potrącenia był aspekt zawinienia w niezachowaniu umownego terminu wykonania umowy.

Sąd oddalił wniosek dowodowy strony pozwanej w zakresie powołania dowodu z opinii biegłego celem ustalenia faktycznego zakresu robót wykonanych przez powódkę uznając, iż z jednej strony pozwana potwierdziła wykonanie poszczególnych etapów prac, czego przejawem było regulowanie faktur częściowych wystawianych przez powódkę, z drugiej zaś strony okoliczność powyższa nie miała istotnego znaczenia z punktu widzenia treści umowy łączącej strony, która przewidywała wynagrodzenie dla powódki mające charakter wynagrodzenia ryczałtowego.

W ocenie Sądu Okręgowego powództwo jako bezzasadne podlegało oddaleniu, w szczególności w aspekcie podniesionego przez pozwaną skutecznego zarzutu potrącenia należności przysługujących jej z tytułu prawa do naliczenia kar umownych za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy przez powódkę. Dokonując dalszych rozważań sąd ograniczył się wyłącznie do płaszczyzny oceny skuteczności zarzutu potrącenia dokonanego przez pozwaną.

Zgodnie z treścią art. 483 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Strony stosunku zobowiązaniowego mogą określić umownie zakres i sposób naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Instrumentem prawnym służącym dokonywaniu tego rodzaju ustaleń kontraktowych jest kara umowna.

Za podstawową funkcję kary umownej może być uznana jej funkcja kompensacyjna. Funkcja ta przejawia się w tym, że kara umowna stanowi dla wierzyciela surogat odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Pozwala ona skompensować wierzycielowi wszystkie uszczerbki wynikające dla niego z naruszenia zobowiązania przez dłużnika - zarówno uszczerbki o charakterze majątkowym, jak i uszczerbki niemajątkowe, w tym takie, które nie są w innych wypadkach uwzględniane. Celem zastrzeżenia kary umownej jest ułatwienie wierzycielowi uzyskania rekompensaty pieniężnej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Dzięki zastrzeżeniu kary w umowie następuje określenie z góry wysokości odszkodowania, co upraszcza proces jego dochodzenia przed sądem, eliminując konieczność oszacowywania

wysokości poniesionej szkody przez sąd oraz biegłych. W przypadku zastrzeżenia kary umownej wierzyciel nie jest zobligowany do wykazania wysokości szkody ani faktu jej powstania.

Funkcja stymulacyjna kary umownej wyraża się natomiast w tym, iż zastrzeżenie kary umownej ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania.

Do przedmiotowo istotnych elementów zastrzeżenia kary umownej zaliczyć należy określenie zobowiązania (albo pojedynczego obowiązku), którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary, oraz określenie świadczenia stanowiącego karę umowną. Zastrzeżenie kary umownej może odnosić się jednak wyłącznie do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania o charakterze niepieniężnym. Kara umowna może być zastrzeżona na wypadek zarówno niewykonania zobowiązania przez dłużnika, jak i na wypadek nienależytego jego wykonania. Umożliwia to zastrzeżenie kary umownej na wypadek naruszenia dowolnego obowiązku, niezależnie od tego, czy jest on funkcjonalnie związany z długiem, czy też nie, albo tego, czy prowadzi on w danej sytuacji do niewykonania zobowiązania, czy jedynie do jego nienależytego wykonania.

Możliwe jest też wskazanie sposobu, w jaki dany obowiązek powinien zostać naruszony, aby łączył się dla naruszającego go dłużnika z obowiązkiem zapłaty kary umownej. Kara umowna powinna być wyrażona w pieniądzu. Określenie wysokości kary musi nastąpić przez wskazanie takich kryteriów, za pomocą których w przyszłości będzie możliwe ustalenie sumy, którą dłużnik zobowiązany będzie zapłacić wierzycielowi. Dopuszczalne jest również ustalenie przez strony, że wysokość kary umownej zostanie określona przez osobę trzecią.

Kara umowna ma charakter akcesoryjny względem zobowiązania głównego. Skutkiem akcesoryjności kary umownej jest to, że nieistnienie, wadliwość lub wygaśnięcie zobowiązania, do którego została zastrzeżona kara umowna, pociąga za sobą nieskuteczność zastrzeżonej kary. Podobnie z chwilą następczego wygaśnięcia zobowiązania głównego wygasa także obowiązek świadczenia kary umownej. Wyjątkiem jest sytuacja, w której przed wygaśnięciem zobowiązania doszło do naruszenia przez dłużnika obowiązku obligacyjnego, za którego naruszenie zastrzeżona była kara umowna. Sama nazwa przedmiotowej instytucji prawa cywilnego nie przesądza o jej represyjnym lub kompensacyjnym charakterze. Nie należy z niej wyciągać wniosków co do jej funkcji w ogólności.

Znaczenie nazwy dla interpretacji funkcji tej instytucji podkreślają w doktrynie np. W. Katner, S. Włodyka (red.), System prawa handlowego, t. V, Warszawa 2011, s. 321-322 oraz. Radwański, Olejniczak, Zobowiązania 2008, Nb 873. Za podstawową funkcję kary umownej może być uznana jej funkcja kompensacyjna. Funkcja ta przejawia się w tym, że kara umowna stanowi dla wierzyciela surogat odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Świadczenie kary umownej prowadzi do naprawienia w całości lub części szkody powstałej po stronie wierzyciela.

Kara umowna ma więc w zamyśle stron zazwyczaj zastępować odszkodowanie lub je uzupełniać. Ta druga funkcja kary umownej widoczna jest szczególnie wyraźnie przy zastrzeżeniu kary umownej zaliczalnej. Funkcja stymulacyjna kary umownej wyraża się w tym, że zastrzeżenie kary umownej ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania (zob. Longchamps de Bériet, Zobowiązania 1939, s. 188; Ohanowicz, Górski, Zarys, s. 150; P. Drapała, [w:] System PrPryw, t. 5, 2006, s. 957).

Dłużnik musi liczyć się z góry z koniecznością świadczenia kary umownej, w ustalonej przez strony wysokości, w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność. Stąd w doktrynie podkreśla się trafnie, że kara umowna służy prewencyjnej ochronie interesu prawnego wierzyciela poprzez mobilizowanie dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania (zob. P. Drapała, [w:] System PrPryw, t. 5, 2006, s. 957).

Ta funkcja kary umownej dostrzegalna jest zwłaszcza wówczas, gdy zastrzeżona jest ona w bardzo dużej wysokości w stosunku do szkody, jaką mógłby ponieść wierzyciel przy niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania. Wówczas ma przede wszystkim skłaniać psychicznie dłużnika do tego, aby takie zobowiązanie należycie (zwłaszcza terminowo) wykonał. Jak wskazywał E. Till w uzasadnieniu do art. 65 projektu części ogólnej zobowiązań: "Poza

funkcją ustalenia wysokości szkody tzw. kara umowna często służy jako środek zapewnienia nie zwrotu szkód wynikających z niespełnienia, lecz samego spełnienia zobowiązania. W takich wypadkach ustanawiana bywa nie wedle prawdopodobnej szkody wierzyciela, lecz w takiej wysokości iżby zdolna była do wywarcia presji psychicznej na dłużnika. Ażeby użył wszelkich środków celem spełnienia umówionego świadczenia " (E. Till, Polskie prawo zobowiązań. Część ogólna. Projekt ustawy z motywami, Lwów 1923, s. 92). Zob. też uzasadnienie wyr. SA w Krakowie z 18.12.1990 r. (I ACR 117/90, OSA 1991, Nr 4, poz. 20).

Kara umowna może też być traktowana jako bodziec dla dłużnika do realnego wykonania zobowiązania. Dłużnik w wyniku zastrzeżenia kary umownej nie nabywa bowiem uprawnień wynikających z zobowiązania przemiennego i nie może zwolnić się od obowiązku wykonania zobowiązania poprzez zapłatę kary umownej. Patrząc na funkcję stymulacyjną kary umownej od strony wierzyciela dostrzec można, że ma ona stanowić dla niego swoistego typu gwarancję, że dłużnik zobowiązanie wykona. Staje się ona środkiem umocnienia zobowiązania zwłaszcza wtedy, kiedy obowiązek jej zapłaty jest niezależny od tego, czy wierzyciel w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania poniesie szkodę. Dłużnik nie może bowiem w takim wypadku liczyć na to, że wierzyciel szkody nie wykaże.

Podnosi się niekiedy argument, że zastrzeżenie kary umownej w znacznej wysokości uwidacznia nie tyle jej funkcję stymulacyjną, co funkcję represyjną, zwłaszcza w sytuacji oderwania jej od przesłanki szkody (por. E. Skowrońska-Bocian, Kara umowna, s. 183 i n.). Takie sformułowanie nie jest jednak prawidłowe, ponieważ dłużnik w wypadku zastrzeżenia niezwykle wysokiej kary umownej zawsze będzie miał możliwość podniesienia zarzutu jej rażącego wygórowania.

Kara umowna zastrzeżona w rażącej wysokości oraz wyłącznie w celu wywarcia presji psychicznej na dłużnika podlegać może sądowemu miarkowaniu, co zmniejsza faktycznie ex ante jej walor jako środka represji. Należy też zauważyć, że o stricte represyjnym charakterze kary umownej można byłoby mówić w wypadku, jeżeli ustawodawca wyłączyłby możliwość miarkowania takiej kary (nawet gdyby jej wysokość znacznie przekraczała poniesioną przez wierzyciela szkodę) lub też gdyby strony mogły wyłączyć miarkowanie kary umownej w drodze umowy. Tego jednak uczynić im nie wolno.

Kara umowna może być zastrzeżona zarówno na wypadek niewykonania zobowiązania przez dłużnika, jak i na wypadek nienależytego jego wykonania. Umożliwia to zastrzeżenie kary umownej na wypadek naruszenia dowolnego obowiązku, niezależnie od tego, czy jest on funkcjonalnie związany z długiem, czy też nie, albo tego, czy prowadzi ono w danej sytuacji do niewykonania zobowiązania, czy jedynie do jego nienależytego wykonania.

Na płaszczyźnie umowy łączącej strony w przedmiotowej sprawie należy przede wszystkim zwrócić uwagę, iż jej strony zastrzegły możliwość naliczenia kary umownej za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy przez wykonawcę [stronę powodową] w przypadku zaistnienia przesłanki opóźnienia. Opóźnienie na gruncie przepisów kodeksu cywilnego należy przeciwstawić pojęciu zwłoki, zaś podstawą różnicę w odniesieniu do każdego z pojęć stanowi aspekt winy jaką można przypisać przy niezachowaniu terminu wykonania zobowiązania. W odniesieniu do zwłoki koniecznym jej elementem jest wystąpienie zawinienia przynajmniej w formie niedbalstwa, które można przypisać dłużnikowi.

W przypadku pojęcia opóźnienia wystarczy sam upływ umówionego terminu, który pozwala na realizację określonego zobowiązania akcesoryjnego takiego jak np. naliczenie odsetek od kwoty pieniężnej czy też naliczenie kary umownej w odniesieniu do niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania o charakterze niepieniężnym.

W ostatnim z omówionych przypadków kara umowna należy się stronie uprawnionej przez sam fakt opóźnienia terminu, a więc bez względu na poniesienie szkody przez stronę żądającą kary czy przesłankę stwierdzenia, że niezachowanie terminu wykonania zobowiązania nastąpiło bez winy zobowiązanego.

Dla skuteczności potrącenia konieczne jest spełnienie przesłanek z art. 498§1 k.c.tj. m.in. złożenie oświadczenia o dokonaniu potrącenia bez konieczności złożenia oświadczenia przez adresata o przyjęciu potrącenia.

Na gruncie przedmiotowej sprawy naliczenie kary umownej z tytułu nieterminowego wykonania przedmiotu umowy nr (...) było zasadne.

Pozwana, wbrew twierdzeniom strony powodowej, nigdy nie akceptowała opóźnienia powoda w rozpoczęciu i wykonaniu przedmiotu umowy. Powód nie rozpoczął prac w terminie. W toku realizacji prac przez powoda pozwana wielokrotnie zgłaszała zastrzeżenia co do tempa prac wykonywanych przez powoda, wzywając go do przyspieszenia wykonania robót. Wyrazem tego były zapisy znajdujące się w protokołach z porad jak również fakt zgłoszenia przez pozwanego zarzutu potrącenia należności z tytułu kary umownej.

Ponadto należy podkreślić, iż dla określenia wzajemnych praw i obowiązków stron postępowania decydujące znaczenie miały postanowienia umowy łączącej strony, prawnie obojętne, a tym samym nie wywierające wpływu na zakres obowiązków powoda w niniejszej sprawie, miały relacje prawne wynikające z umowy łączącej inwestora z głównym wykonawcą. Na etapie realizacji umowy między stronami przejawem zastrzeżeń pozwanego odnośnie prawidłowości realizacji obowiązków powoda był fakt zatrzymania należności z poszczególnych faktur.

Zakres prac wykonywanych przez pozwanego na podstawie powołanej umowy wchodził bowiem w zakres przedmiotu umowy nr (...). W świetle powyższego można wskazać, iż powód co najmniej przez okres od 10.08.2011r. do 15.09.2011 r. tj. łącznie przez 37 dni, opóźnił się w wykonaniu przedmiotu umowy. Kara umowna tylko naliczona za powyższy okres – stosownie do treści § 11 ust. 1 lit. a umowy – winna zostać naliczona powodowi w wysokości 255.300,00 zł [2.300.000,00 zł x (0,3% x 37dni) = 255.300 zł]. Z tego względu powództwo – z uwagi na zgłoszony przez stronę pozwaną skutecznie zarzut potrącenia – podlegało oddaleniu. O kosztach postępowania sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c.

W złożonej apelacji strona powodowa zarzuciła :

I. nie rozpoznanie istoty sprawy, a to w wyniku błędnego przyjęcia, że fakt opóźnienia powoda w wykonaniu robót jest bezsporny, zaś sporny pozostaje jedynie okres tego opóźnienia (wskazywany przez pozwanego jako okres co najmniej od dnia 10 sierpnia 2011r. do dnia 15 września 2011r.), podczas gdy istotą sprawy było ustalenie, czy w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego (w tym także poczynionych przez sąd ustaleń stanu faktycznego sprawy) opóźnienie powoda w wykonaniu przedmiotu umowy w ogóle miało miejsce, a tym samym czy zgłoszona przez pozwanego do potrącenia wierzytelność z tytułu kar umownych istniała i skutecznie doprowadziła do umorzenia wierzytelności powoda dochodzonej w postępowaniu przed sądem I instancji w całości; dla rozstrzygnięcia sprawy istotnym zatem także było ustalenie akceptowanych przez strony, nowych terminów zakończenia prac przez powoda wobec zdezaktualizowania się terminów umownych w tym zakresie z przyczyn leżących po stronie innych uczestników procesu budowlanego, tempa innych prac mających wpływ na prace powoda, bez zakończenia których powód nie mógł przystąpić do swoich robót;

II. naruszenie prawa procesowego, co mogło mieć wpływ na wynik sprawy - art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie błędnej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, w tym nie rozważenie całokształtu okoliczności sprawy poprzez:

1. przyjęcie, że naliczenie kary umownej z tytułu nieterminowego wykonania przedmiotu umowy przez powoda było zasadne, podczas gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, wynika, iż powód zrealizował przedmiot umowy w uzgodnionych przez strony terminach, a to: montaż świetlików w terminie do dnia 31 marca 2011r. (a ściślej: 28 lutego 2011r.. tj. na miesiąc przed ustalonym terminem), zaś montaż siłowników - w terminie do dnia 13 września 2011r.;

2. przyjęcie, iż dla określenia wzajemnych praw i obowiązków stron postępowania decydujące znaczenie miały jedynie postanowienia umowy łączącej strony, zaś prawnie obojętne, a tym samym nie wywierające wpływu na zakres

obowiązków powoda w sprawie miały relacje prawne wynikające z umowy łączącej inwestora z głównym wykonawcą, podczas gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, iż relacje inwestora z generalnym wykonawcą miały decydujący wpływ na warunki realizacji umowy łączącej powoda z pozwanym, w tym kształtowały termin zakończenia przez niego prac wobec następujących kwestii:

a) nieaktualności postanowień łączącej strony umowy, skoro wykonywanie robót budowlanych przez powoda mogło być realizowane jedynie po zakończeniu etapu robót innych podmiotów, z którymi umowy łączyły inwestora lub generalnego wykonawcy;

b) praktyki pozwanego nie uczestniczenia w procesie budowlanym i akceptowanie wszelkich decyzji inwestora i generalnego wykonawcy względem powoda jako swoich własnych, za czym przemawia chociażby wypłacanie powodowi wynagrodzeń na podstawie protokołów częściowych robót, które zaakceptował inwestor, a nie pozwany, pomimo że z par. 5 ust.6 umowy z dnia 08 września 2010r. przewiduje, iż odbiory robót winien dokonać pozwany, co stanowi podstawę do wystawienia faktury VAT;

c) praktyki i zapewnienia przedstawiciela pozwanego L. S. (1) o braku konieczności pisemnych ustaleń, co potwierdzają jego zeznania (przywołane szczegółowo w uzasadnieniu apelacji);

3. przyjęcie, iż przewidziana w umowie łączącej powoda z pozwanym sankcja kary umownej z tytułu opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy rodzi odpowiedzialność powoda w każdej sytuacji niewykonania przez powoda prac w umówionym przez strony terminie, w tym także sytuacji braku możliwości realizacji przez powoda umowy wskutek takich okoliczności jak: stan zaawansowania robót na budowie, tempa prac innych uczestników procesu budowlanego mających wpływ na prace powoda, czy też decyzji generalnego wykonawcy, inspektora nadzoru, stanowiska inwestora nakazujących powodowi wstrzymanie się przez powoda z wykonywaniem robót z powodu konieczności uprzedniego zakończenia prac przez innych wykonawców;

4. pominięcie przy dokonywaniu ustaleń stanu faktycznego sprawy, iż montaż siłowników -oprócz braku instalacji elektrycznej - nie był możliwy także z uwagi na fakt zagrożenia zniszczenia siłowników i utraty gwarancji w sytuacji dokonania takiego montażu przed zakończeniem na budowie tzw. prac „brudnych” (fakt bezsporny w świetle zeznań świadków ze strony generalnego wykonawcy oraz inwestora);

5. uznanie, iż w toku realizacji prac przez powoda pozwany wielokrotnie zgłaszał zastrzeżenia co do tempa prac wykonywanych przez powoda, wzywając go do przyspieszenia wykonania robót, podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy powyższych rozważań sądu nie potwierdza. Sąd na tę okoliczność powołuje fakt potrącania przez pozwanego kwot z faktur przejściowych zapominając jednakże, iż było to dokonywane nie z powodu zastrzeżeń, lecz z uwagi na zapis par. 5 ust. 10 umowy przewidującego potrącanie z każdej faktury 10% jej wartości tytułem kaucji gwarancyjnej. Rozumowanie sądu jest tym bardziej niezrozumiałe, iż w ustaleniach faktycznych sąd sam zauważył, że zatrzymania tychże kwot było dokonywane właśnie na poczet kaucji gwarancyjnej. Nadto z samych zeznań przedstawiciela strony pozwanej L. S. (1) jednoznacznie wynika, iż nie wzywał na piśmie powoda do wykonania w terminie powoda, albowiem na budowie „nie ma czasu na rozpisywanie się w jakieś pisma. Nie było takich pism”. Nieuprawnione, niezgodne ze stanem faktycznym sprawy jest zatem przyjęcie przez sąd I instancji w/w okoliczności i nadanie jej nieprawidłowego znaczenia. Z drugiej strony zaś sąd I instancji pominął szereg udowodnionych w toku procesu okoliczności przemawiających za brakiem jakichkolwiek zastrzeżeń pozwanego co do prawidłowości wykonywania robót przez powoda (powołanych szczegółowo w uzasadnieniu apelacji);

6. przyjęcie, iż powód co najmniej przez okres od 10 sierpnia 2011r. do dnia 15 września 2011r. tj. łącznie przez 37 dni opóźnił się w wykonaniu przedmiotu umowy, podczas gdy zgodnie z protokołem z narady koordynacyjnej z dnia 06 września 2011r. ta część umowy miała zostać wykonana do dnia 13 września 2011r., który to termin powód dochował. Powód przy tym zauważa, iż nie można podzielić stanowiska sądu I instancji o niewykonaniu prac powoda w terminie co najmniej od daty 10 sierpnia 2011r., skoro elektryka w obiekcie została wykonana przez innych wykonawców dopiero we wrześniu 2011r.; podobnie dopiero w tym czasie zostały zakończone prace „brudne”;

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej - na wypadek nieuwzględnienia powyższych zarzutów apelacyjnych - strona powodowa podniosła naruszenie prawa materialnego, a to art. 483 § 2 k.c. poprzez jego nie zastosowanie tj. pominięcie wniosku powoda o zmiarkowanie kar umownych z uwagi na ich rażąco wygórowaną wysokość, jak i wykonanie umowy przez powoda w znacznym stopniu.

W konsekwencji tych zarzutów apelujący wniósł o:

1. o zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 174 888,05 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od kwot:

- 118 500,00 zł od dnia 12 kwietnia 2012r. do dnia zapłaty;

- 56 388,05 zł od dnia 13 października 2012r. do dnia zapłaty;

2. zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania za obie instancje, w tym 17 zł tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

ewentualnie

3. uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania oraz rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny uzupełniająco ustalił i zważył co następuje:

Sąd Apelacyjny podzielił i uznał za własne ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy za wyjątkiem ustaleń dotyczących ponagłania powodowej spółki przez pozwaną do terminowego wykonania umowy oraz dokonywania z racji opóźnień potrącenia kwot odpowiadających 10 % każdej wystawionej faktury. W ocenie Sądu Apelacyjnego pozwana nie udowodniła ponagłania powodowej spółki do terminowego wykonywania prac, a powoływane przez Sąd Okręgowy zatrzymywanie 10 % z każdej faktury - jak trafnie zarzucał apelujący- było wynikiem regulacji z § 5 ust10 umowy przewidującym prawo zatrzymania 10% faktury na poczet kaucji gwarancyjnej (k-29).

Wobec podniesionego w apelacji zarzutu naruszenia prawa materialnego art. 483 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie, Sąd Apelacyjny uznał za celowe poczynienie uzupełniających ustaleń faktycznych dotyczących okoliczności opóźnionego wykonania umowy zawartej przez pozwaną spółkę z generalnym wykonawcą i ustaleń dotyczących naliczenia kary umownej stronie pozwanej z racji opóźnionego wykonania prac przez (...) jako podwykonawcę pozwanej spółki, jak również przez spółkę (...), która we własnym zakresie wykonywała ślusarkę otworową i aluminiową.

Sąd ustala dodatkowo, że strona pozwana (...) zawarła w dniu 20 sierpnia 2010 roku umowę Nr (...) z generalnym wykonawcą – spółką (...). W umowie zobowiązała się do dostawy i montażu ślusarki aluminiowej ściennej oraz świetlików dachowych i klap dymowych. Pozwana spółka przyjęła na siebie obowiązek wykonania przedmiotu umowy w terminach od 20 września 2010 r. do 30 marca 2011r., przy czym świetliki S1 - S11 miały zostać wykonane w okresie od 20.09.2010 r. do 20.11.2010 r., klapy dymowe od 11.10.2010 r. do 30.11.2010r., ślusarka otworowa i aluminiowa od 25.10.2010r. do 15.01.2011r. zaś automatyka sterowanie i regulacja - do dnia 30.03.2011 r. Prace polegające na założeniu świetlików, klap dymowych oraz automatyki pozwana spółka zleciła do wykonania stronie powodowej. Obie umowy miały taką samą treść w tym co do terminów i kar umownych.(umowa z dnia 20.08.2010 r k-224-234 umowa z powodem z dnia 08.09.2010 k- 24-35)

Pozwana spółka zakończyła prace, które wykonywała we własnym zakresie na kilka tygodni przed odbiorem budynku (zeznania L. Szewko protokół rozprawy z 13 marca 2013 roku 3.40 -3:44 , zeznania R. Wilczewskiego protokół z 13 marca 2013 r. 0:47-1:00 minuta).

Generalny wykonawca po oddaniu inwestycji stwierdził, że pozwana spółka dopuściła się przekroczenia umownego terminu zakończenia robót o ponad 5 miesięcy, bo termin zakończenia ślusarki wykonywanej we własnym zakresie upłynął w 15 stycznia 2011 roku, a automatyki i sterowania zleconych powodowi upłynął w dniu 30.03 2011r. Uprawniało do spółkę (...) do naliczenia spółce (...) kary umownej około 2.000.000 zł.

R. W. (2) zdecydował o odstąpieniu od naliczenia pozwanemu takiej kary i zaproponował L. Szewce przyjęcie kary rzędu 70.000 zł netto. Kwota była uznaniowa nie wynikała z żadnego wyliczenia i traktowana była przez B. jako symboliczna. Rozmowa z L. S. (1) odbywała się na początku grudnia 2011 roku w gabinecie R. W. w obecności R. R. (2). Po przedstawieniu propozycji ugodowego ustalenia kary umownej na 70.000 zł L. S. (1) i R. R. (2) opuścili na chwilę pomieszczenie, a potem wrócili i L. S. oświadczył, że przyjmuje proponowaną karę. R. R. (2) nie wypowiadał się podczas spotkania, ale było oczywiste, że akceptuje takie rozwiązanie. L. S. w trakcie tej rozmowy zwrócił się do R. R. „Pan wie o czym tu rozmawiamy, pan wie, że te 70.000 zł będzie nam potrącone”. Kara miała być potrącona z ostatniej faktury rozliczającej prace zaniechane i dodatkowe wykonane przez spółkę (...) na rzecz spółki (...). Spółka (...) nie była kontrahentem B., a zatem wszelkie rozliczenia generalnego wykonawcy mogły być prowadzone ze spółką (...) (zeznania R. W. protokół rozprawy 13 marca 2013 roku 0:47- 1:00 minuta).

Spółka (...) współpracuje z firmą (...) od 12 lat i jej doświadczenie jednoznacznie wskazuje, że jak pada propozycja ugodowa, to korzystniej jest ją przyjąć, bo wejście w spór prowadzi do powstania gorszej sytuacji. L. S. (1) miał pełną świadomość, że opóźnienie jego spółki było mniejsze, ale przyjął zasadę podzielenia kary po 1/2 części między obie spółki (zeznania L. S. (1) protokół z 13 marca 2013 roku 3.22 -3.40).

Dokumenty mające obrazować to rozliczenie zostały przez pozwanego przedłożone w formie całkowicie nieczytelnych kserokopii (k- 244-250). Pismo stanowiące prawdopodobnie ostatnią stronę powyższego dokumentu zostało złożone również przez powoda (k- 48). Wynika z niego, że wartość prac dodatkowych wyniosła 343.376,37 zł, a prace zaniechane miały wartość 166.688,50 zł. Różnica stanowi 176.687,87 zł. Pozwany przesłał powodowi wyliczenie dotyczące kwoty potrąconej przez(...) podając, że była to suma 91.687,87 zł (176.687,87 zł- 85.000 zł). Z tej kwoty połowa stanowi 45.843,94 zł, a z powiększeniem o 23% podatku VAT stanowiło to 56.388,05 zł. Ta kwota oraz 8000 zł kaucji gwarancyjnej zostały odliczona od sumy 98.400 zł, na którą opiewała ostatnia faktura powoda o numerze 6/10 /2011. W konsekwencji strona pozwana dokonała przelewu na rzecz powódki kwoty 34.011,95zł (kserokopie pism przesłanych powódce przez pozwaną spółkę k- 49-50).

Strona pozwana wszystkie należności (...) regulowała terminowo poza ostatnią fakturą. Wyniknęło to z tego, że spółka (...) ostatnią fakturę pozwanego (obejmującą należność powoda i rozliczającą prace zaniechane i dodatkowe) rozliczała bardzo szczegółowo dokonując wszelkich sprawdzeń w zakresie rzeczywiście wykonanych prac i ich wartości. Z tej przyczyny generalny wykonawca z opóźnieniem dokonał ostatniej płatności na rzecz pozwanego, który natychmiast dokonał przelewu wyliczone w podany wyżej sposób kwoty 34.011 zł na rzecz strony powodowej (zeznania L. S. (1) protokół rozprawy z 13 marca 2013 roku 3.22 -3.40)

Przechodząc do rozważań prawnych Sad Apelacyjny stwierdza, że apelacja jest o tyle zasadna, iż prowadzi do zmiany orzeczenia.

Dochodzone przez powoda roszczenie składające się z dwóch kwot -118.500 zł jako połowy kaucji gwarancyjnej i 56.388,05 zł jako niedopłaty z faktury Nr (...) nie było przez pozwanego kwestionowane ani co do zasady, ani co do wysokości. W niniejszej sprawie spór dotyczył, tego czy istniały podstawy do naliczenia kary umownej przez pozwanego stronie powodowej i ich potrącenia z należności spółki (...).

Tej kwestii dotyczy podstawowy zarzut apelacyjny kwestionujący istnienie opóźnienia po stronie powoda i tym samym możliwość naliczenia kar umownych. Skarżący nie twierdził, że dotrzymał terminów wynikających z umowy, ale podnosił, że uległy one przesunięciu w przypadku wykonania świetlików do dnia 31 marca 2011 roku, a w przypadku założenia automatyki do 13 września 2011 roku i te terminy zostały dotrzymane.

W ocenie Sądu Apelacyjnego twierdzenia powoda o zmianie terminów zakończenia prac na późniejsze nie zostały udowodnione.

Kontrahentem powoda, a tym samym zlecającym wykonanie prac była spółka (...) i tylko z tą spółką strona powodowa mogła uzgodnić zmianę terminu zakończenia prac. Powodowa spółka nawet nie powoływała się na prowadzenie negocjacji z pozwaną w tym przedmiocie, a tym bardziej na powzięcie jakiegokolwiek uzgodnienia. Zarówno stanowisko powódki, jak i wskazane przez nią dowody zmierzały jedynie do wykazania, że na prowadzonej budowie o wszystkim decydował generalny wykonawca, a jego przedstawiciele ustalali nowe terminy wykonywania prac, odbiegające od harmonogramu budowy i terminów określonych na jego podstawie w umowach z podwykonawcami.

Nie kwestionując, że na budowie mogło dochodzić do tego rodzaju sytuacji, należy zauważyć, że w zakresie robót objętych dochodzonym roszczeniem powód nie był związany żadnym węzłem prawnym ze spółką (...) jako generalnym wykonawcą przedmiotowej inwestycji. Jest wprawdzie faktem, że spółka (...) wykonywała również prace na bezpośrednie zlecenie spółki (...), ale z punktu widzenia kontraktu będącego przedmiotem sporu, generalnego wykonawcę należy traktować jako osobę trzecią. Tym samym uzgadnianie terminów prowadzenia prac z przedstawicielami generalnego wykonawcy, bez wykazania, że skutkowało to zmianą spornej umowy nie może być uznane za prawnie skuteczne. Innymi słowy dla wzajemnych relacji stron decydujące znaczenie miały postanowienia zawartej przez nich umowy, a nie powoływane w apelacji relacje inwestora z generalnym wykonawcą i podwykonawcami.

Jakkolwiek gospodarzem budowy jest jej generalny wykonawca, a jej decydem inwestor, to jednak ich uzgodnienia nie przekładają się na zakres praw i obowiązków „podwykonawcy podwykonawcy” jakim była powodowa spółka. W tym miejscu zauważyć należy, że terminy wykonania świetlików i automatyki w umowie pozwanego ze spółką (...) były analogiczne dla terminów przewidzianych w spornej umowie. Skutkowało to tym, że tylko zmiana umowy zawartej przez (...) ze spółką (...) mogła doprowadzić do zmiany terminów określonych w umowie stron. Obie strony jako profesjonaliści musieli mieć tego świadomość. Skoro do tego nie doszło ocena terminowości wykonania prac przez powoda może opierać się wyłącznie na umowie stron. Powód nie wykazał, aby pisemna umowa z dnia 8 września 2010 podlegała jakiegokolwiek zmianie, a zatem należy przyjąć za wiążące terminy wynikające z umowy.

Dodać tu trzeba, że taką samą zasadę wyliczenia opóźnienia wykonawcy w oparciu o terminy wynikające z umowy przyjął również generalny wykonawca wobec pozwanej spółki w części prac wykonywanych we własnym zakresie to jest ślusarki otworowej i fasady aluminiowej. W umowie ustalono termin wykonania tych prac na 15 stycznia 2011 roku, a faktycznie zostały zakończone dopiero kilka tygodni przez odbiorem. Świadczy to o tym, że powoływane przez stronę powodową „uzgodnienia podejmowane na budowie podczas cotygodniowych narad” nie były traktowane przez generalnego wykonawcę jako prowadzące do zmiany terminów ustalonych w umowie pisemnej z (...). Całkowicie chybiona jest więc argumentacja apelacji, że terminy umowne ulegały przedłużeniu w drodze uzgodnień podejmowanych na budowie z przedstawicielami generalnego wykonawcy i inwestora.

Tym samym bezzasadny jest zarzut naruszenia prawa procesowego w postaci art. 233 k.p.c. przez błędne przyjęcie przez Sąd, że doszło do opóźnienia, w sytuacji, gdy akceptowane przez stronę pozwaną uzgodnienia powoda z generalnym wykonawcą doprowadziły do zmiany terminów wykonania prac przez powoda, a te nowe terminy zostały przez niego dotrzymane.

Nie można też zgodzić się z twierdzeniem strony skarżącej, że jedynie przeszkody obiektywne w postaci braku specjalnej instalacji elektrycznej, czy niewystarczającego zaawansowania robót na budowie uniemożliwiały terminowe wykonanie prac, skoro siłowniki były dostarczane dopiero w II połowie sierpnia i we wrześniu 2011 roku. Podkreślenia wymaga też to, że pozwana spółka ostatecznie naliczyła karę umowną za ostatnie 37 dni, a nie za cały okres opóźnienia. Strona powodowa nie wykazała, aby w tym czasie wskazywane wyżej przeszkody uniemożliwiały jej zamontowanie siłowników.

Jedyną przeszkodą do dokończenia pracy w I połowie sierpnia był brak siłowników. Powoływana przez stronę skarżącą okoliczność, że spółka nie chciała ich sprowadzać wcześniej, bo producent wymagał zapłaty, jest z punktu widzenia wykonania umowy całkowicie ambiwalentna. Powodowa spółka zobowiązała się do dostawy i montażu świetlików dachowych z klapami dymowymi, a zatem sprowadzenie w odpowiednim czasie elementów koniecznych do wykonania umowy było jej wewnętrzną sprawą.

W konsekwencji przedstawionego stanu rzeczy spośród zgłoszonych w apelacji sześciu przejawów naruszenia art. 233 k.p.c. za zasadne należy uznać jedynie twierdzenie, że w sprawie nie wykazano by pozwana spółka zgłaszała zastrzeżenia do tempa prac powoda i dokonywała 10 % potrąceń z faktur. To ustalenie Sądu nie ma uzasadnienia. W sprawie nie wykazano podejmowania przez pozwaną spółkę wobec strony powodowej działań ponaglących, a potrącenia wynikały z umowy i były dokonywane na poczet uzgodnionej kaucji gwarancyjnej. Powyższa nieprawidłowość nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, bo możliwość naliczenia kary umownej nie jest warunkowana uprzednimi ponagleniami wykonawcy.

W żadnym razie nie można też się zgodzić z zarzutem nie rozpoznania istoty sprawy. Opóźnienie strony powodowej w stosunku do terminów ustalonych w pisemnej umowie jest bezsporne. Z kolei twierdzenia skarżącego o przedłużeniu tych terminów i w konsekwencji o braku jego opóźnienia w świetle przytoczonych wyżej okoliczności i argumentów należy uznać za pozbawione jakiegokolwiek uzasadnienia.

Należy natomiast zgodzić się z zarzutem apelacji dotyczącym bezzasadnego pominięcia wniosku powoda o zamiarkowanie kary umownej i tym samym naruszenia art. 483 § 2 k.c.

Jakkolwiek co do zasady Sąd Apelacyjny w pełni podziela ogólne rozważania Sądu Okręgowego co do charakteru kary umownej, jej funkcji, a także możliwości jej naliczenia za samo opóźnienie, a zatem niezależnie od zawinienia strony to jednak okoliczności niniejszej sprawy nie były standardowe i wymagały rozważenia zastosowania wskazanego wyżej przepisu.

Analizując zaistniały stan rzeczy należało w pierwszym rzędzie zwrócić uwagę na zeznania świadka R. W. (2) jako właściciela spółki (...) i osoby ją reprezentującej, które nie były nie kwestionowane przez strony w zeznaniach składanych w imieniu spółek przez R. R. (2) i L. S. (1). Sąd Okręgowy nie czynił szczegółowych ustaleń w tym przedmiocie wobec czego uzupełniające ustalenia faktyczne w tym przedmiocie poczynił Sąd Apelacyjny. Wynika z nich, że opóźnienie (...) rzędu 5-6 miesięcy, mogło skutkować karami umownymi należnymi generalnemu wykonawcy w kwocie przekraczającej 2.000.000 zł. Powyższe opóźnienie dotyczyło całego zakresu prac objętego umową (...) z pozwaną spółką, czyli robót faktycznie wykonywanych przez obie strony procesu.

R. W. zdecydował o odstąpieniu od naliczania tak wysokiej kary i pobraniu symbolicznej w jego ocenie kary rzędu 70.000 zł netto. Przedłożył swoją propozycję L. S. (1), który po rozmowie z obecnym na spotkaniu R. R. przyjął zaproponowaną karę wskazując na współodpowiedzialność obu spółek.

Przedstawiony stan rzeczy skutkuje tym, że skoro pozwana spółka pozostawała wobec swego kontrahenta w takim samym opóźnieniu jak powód w stosunku do pozwanej, a zawarte umowy przewidują identyczne kary umowne, to zaniechanie naliczania wysokiej kary wynikającej z umowy przez (...) jest przesłanką do miarkowania kary naliczonej przez pozwaną spółkę wobec strony powodowej.

Przepis art. 483 § 2 k.c. przewiduje taką możliwość w przypadku wykonania zobowiązania w znacznej części, jak również rażącego wygórowania kary. W przedmiotowej sprawie obie przesłanki zostały spełnione.

Poza sporem pozostaje to, że wszystkie prace zostały przez powoda wykonane i to w czasie pozwalającym na terminowe przeprowadzenie odbioru całej inwestycji. Jest to bardzo istotna okoliczność, uwzględniona w stosunku do pozwanego przez generalnego wykonawcę, który zaniechał naliczania wobec spółki (...) kary wynikającej z umowy zawartej w dniu 20 sierpnia 2010 roku.

Ustalenia w przedmiocie ugodowego określenia kary na poziomie kilku procent kary wynikającej z zapisów umownych były podejmowane przez R. W. i L. S. w obecności i przy udziale reprezentującego powoda R. R., a z poczynionych ustaleń nie wynika, aby strony je kwestionowały. W takiej sytuacji naliczenie powodowej spółce kary w kwocie 255.000 zł stanowiącej ponad 300 % kary zaproponowanej przez generalnego wykonawcę stronie pozwanej, należało uznać w okolicznościach niniejszej sprawy za rażąco wygórowane.

Okolicznością niekwestionowaną w tej sprawie jest to, że uzgodniona kara umowna miała być potrącona z rozliczenia pozwanej ze spółką (...) obejmującego prace zaniechane i dodatkowe. Dokumenty mające obrazować to rozliczenie zostały przez pozwanego przedłożone w formie całkowicie nieczytelnych kserokopii (k- 244-250), które nie pozwalają na przeprowadzenie jakiegokolwiek analizy dotyczącej wysokości potrącenia z tytułu kary umownej.

Czytelna kserokopia jednej strony tego rozliczenia złożona przez powoda nie pozwala w ocenie Sądu Apelacyjnego na przyjęcie, że spółka (...) potrąciła pozwanemu kwotę 91.687,87 zł netto wyłącznie z tytułu kary umownej. Jest to tym bardziej wątpliwe, że z zeznań R. W. wynika, iż miała to być kwota rzędu 70.000 zł netto.

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny przyjął, że pozwana nie udowodniła swojego twierdzenia o faktycznym potrąceniu przez B. tytułem kary w kwoty 91.687,87 zł netto. Nie zostały więc wykazane przyjęte początkowo przez pozwaną spółkę podstawy do potrącenia z faktury (...) kwoty 56.388,05 zł jako połowy kary (powiększonej o podatek VAT) naliczonej pozwanej spółce przez (...)jako generalnego wykonawcę.

Mając na uwadze, że w przedmiotowej sprawie wystąpiły obie ustawowe przesłanki miarkowania kary oraz fakt, że generalny wykonawca obniżył karę umowną naliczaną stronie pozwanej do kilku procent kary wynikającej z umowy, jak również to, że spółka (...) nie wykazała wysokości rzeczywiście poniesionej kary umownej Sąd Apelacyjny zmiarkował należną od powoda karę umowną do połowy wysokości należności powoda w kwocie netto ze spornej faktury (...). Należność ta wynosiła 80.000 zł, a jej połowa -40.000 zł netto i 49.200 zł brutto. Tym samym rozliczenie ostatniej faktury wskazywałoby na konieczność zapłaty 41.200 zł, a nie kwoty 34.001,95 zł (98.400 zł – 8000 zł kaucji) – 49.200 zł= 41.200 zł).

Wobec dokonania przelewu na rzecz powoda na kwotę 34.011,05 zł ze spornej faktury (...) w dniu 3 lutego 2012 roku do dopłacenia pozostała kwota 7.188,05 zł. Jeśli chodzi o sumę 118.500 zł jako połowę kaucji gwarancyjnej podlegającej zwrotowi po bezusterkowym odbiorze, to powyższa należność w procesie nie była w żaden sposób kwestionowana, a w przedprocesowym piśmie z dnia 12 kwietnia 2012 roku (k- 46) była uznana przez pozwanego za zasadną.

Strona powodowa dochodziła w procesie zasądzenia 118.500 zł powyższej kaucji gwarancyjnej oraz potrąconej kwoty 56.388,05 zł. Uznając, że potrącenie z tytułu zmiarkowanej kary umownej powinno się zamykać kwotą 49.200 zł zasądzeniu podlegała kwota 118.500 zł z ustawowymi odsetkami od 12 kwietnia 2012 roku oraz kwota 7.188,05 zł dopłaty do faktury (...) z ustawowymi odsetkami od 3 lutego 2012 roku tj od dnia, w którym dokonano zapłaty należności z tej faktury z bezzasadnym potrąceniem 56.388,05 zł. W pozostałym zakresie powództwo podlegało oddaleniu.

Na koniec należy się jeszcze odnieść do drugiego zarzutu potrącenia zgłoszonego przez stronę pozwaną, a dotyczącego kwoty 194.000 zł z tytułu pominięcia części robót wchodzących w zakres przedmiotu umowy i związanego z tym „zaoszczędzenia wydatków” (k- 211). W ocenie Sądu Apelacyjnego w pełni zasadna była argumentacja Sądu Okręgowego, że podczas realizacji inwestycji pozwana spółka dokonywała sukcesywnego potwierdzania wykonania poszczególnych etapów prac, czego przejawem było regulowanie faktur częściowych wystawianych przez powódkę, jak również na okoliczność, że w umowie ustalono wynagrodzenie dla powódki mające charakter wynagrodzenia ryczałtowego. W tej sytuacji powyższy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W tym stanie rzeczy zaskarżony wyrok na podstawie art. 386 k.p.c. podlegał opisanej wyżej zmianie i zasądzeniu na rzecz powoda łącznej kwoty 125,688,05 zł. Wobec częściowego uwzględnienia powództwa tj. do wysokości 72 % żądania zgodnie z art. 100 k.p.c. należało zasądzić na rzecz powodowej spółki 72 % poniesionych kosztów czyli

7.887,88 zł i orzec o pokryciu przez strony wydatku na poczet zwrotu kosztów podróży świadka. W pozostałym zakresie apelacja podlegała oddaleniu jako bezzasadna (art. 385 k.p.c.). Zaskarżenie wyroku w całości skutkowało taką samą wygraną powoda w postępowaniu apelacyjnym i takimi samymi kosztami, jako że stroną powodową reprezentował inny pełnomocnik.