

Sygn. akt V ACa 133/17

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 kwietnia 2017r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Olga Gornowicz-Owczarek (spr.)
Sędziowie:	SA Aleksandra Janas SO del. Katarzyna Sznajder
Protokolant:	Anna Fic

po rozpoznaniu w dniu 27 kwietnia 2017r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa Syndyka Masy Upadłości (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości w R.

przeciwko Miastu G.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach

z dnia 26 października 2016r., sygn. akt X GC 286/16

1. oddala apelację;
2. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 5.417 (pięć tysięcy czterysta siedemnaście) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

SSO del. Katarzyna Sznajder	SSA Olga Gornowicz-Owczarek	SSA Aleksandra Janas
-----------------------------	-----------------------------	----------------------

Sygn. akt V ACa 133/17

## UZASADNIENIE

Powódka (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w R. wniosła o wydanie nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym i orzeczenie nim, że pozwany Miasto G. ma jej zapłacić kwotę 155.498,31 zł z odsetkami ustawowymi od 3 czerwca 2015 r. z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane oraz koszty procesu.

W uzasadnieniu powódka wskazała, że strony łączyła umowa, na podstawie której wykonała termomodernizację budynku Przedszkola nr (...) przy ulicy (...) w G.. Należność dochodzona pozwem stanowi część należnego jej wynagrodzenia za wykonane roboty. Wskazała, że pozwany obciążył ją karą umowną w wysokości 148.135,55 zł za opóźnienie w przekazaniu przedmiotu umowy i opóźnienie w usunięciu stwierdzonych wady przy odbiorze, którą to należność potrącił z wynagrodzeniem powódki za wykonane roboty budowlane. Kwestionując zasadność naliczenia kar umownych podała, że prace wykonała z opóźnieniem, bowiem pozwany wadliwie przygotował dokumentację projektową, żądał wykonania prac dodatkowych oraz żądał odmiennego wykończenia elementów. Wskazała, że prace zakończyła 30 sierpnia 2014 r. i zgłosiła do odbioru 1 września 2014 r. Zarzuciła, że pozwany nie przystąpił do odbioru robót. Podała, że wady usuwała w terminach wskazanych w protokołach. Wniosła o miarkowanie kar umownych.

Sąd Okręgowy w Gliwicach w dniu 8 kwietnia 2016 r. wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym w całości uwzględniający roszczenie powódki.

Pozwany w sprzeciwie o nakazu zapłaty wniósł o oddalenie powództwa oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu. W uzasadnieniu wskazał, iż powódka nie wykonała w terminie robót, pomimo, iż termin realizacji zadania został wydłużony dwoma aneksami, na podstawie § 8 umowy, m. in. z uwagi na braki w dokumentacji projektowej. Podał, że formalne zawiadomienie o zakończeniu robót powódka złożyła w dniu 9 września 2014 r., natomiast odbiór całości robót nastąpił 24 listopada 2014 r. Wskazał, iż 18 września 2014 r. przystąpiono do odbioru, jednakże stwierdzono wady wykonanych prac. Zarzucił, że powódka nie rozliczyła się za zużyte media i nie wystawiła faktury końcowej za wykonane prace. Podał, że należność w kwocie 7.362,72 zł (155.498,31 zł minus 148.135,55 zł) została przekazana do depozytu sądowego. Wskazał na brak podstaw do miarkowania kar umownych.

Wyrokiem z dnia 26 października 2016 r. Sąd Okręgowy w Gliwicach zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 133.342,04 zł z ustawowymi odsetkami od 12 czerwca 2015 r. oraz kwotę 11.829,64 zł tytułem kosztów postępowania, oddalił powództwo w pozostałej części.

Sąd Okręgowy poczynił następujące ustalenia faktyczne:

Strony w dniu 13 grudnia 2013 r. zawarły umowę, na podstawie której (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w R., jako wykonawca zobowiązała się do wykonania robót budowlanych polegających na termomodernizacji i modernizacji budynku Przedszkola(...) nr (...) w G.. W § 2 umowy ustalono termin rozpoczęcia robót do 7 dni od daty zawarcia umowy, zaś termin ich zakończenia do 31 lipca 2014 r. W § 3 ustalono, że pozwany przekaze powódce w terminie 7 dni od daty zawarcia umowy, teren budowy oraz dokumentację projektową, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych określające przedmiot umowy, dane do prawidłowego wytyczenia przez powódkę obiektów oraz pozwolenie na budowę. Powódka zobowiązała się do: wykonania przedmiotu umowy z materiałów własnych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i wiedzy technicznej, wymaganiami technicznymi określonymi w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej, informowania pozwanego o wadach w dokumentacji projektowej natychmiast po ich stwierdzeniu i dokonania uzgodnień ewentualnych zmian projektowych w trakcie realizacji przedmiotu umowy, komisyjnego przekazania przedmiotu umowy, a także do sporządzenia i przekazania pozwanemu dokumentacji powykonawczej zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa budowlanego i zawartą umową oraz do przygotowania danych do protokołów przekazania środków trwałych użytkowania zgodnie z obowiązującymi w tym względzie przepisami. W § 5 umowy strony uzgodniły za wykonanie robót wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 1.288.135,27 zł brutto. Strony ustaliły rozliczenie częściowe po wykonaniu każdego elementu rozliczeniowego robót, na podstawie protokołu wykonania robót, do wysokości 90% wynagrodzenia umownego oraz rozliczenie końcowe na podstawie protokołu odbioru końcowego przedmiotu umowy. Pozwany zobowiązał się do zapłaty należności wskazanych w fakturach częściowych w terminie do 21 dni od daty ich wpływu oraz za faktury końcowe w terminie do 30 dni od daty ich wpływu. W § 8 umowy strony określiły, że przyczyną

zmiany terminu wykonania umowy oraz harmonogramu terminowo – rzeczowo - finansowego będą m. in. braki w dokumentacji projektowej lub innych dokumentach budowy. Wniosek zmiany postanowień umowy powódka była obowiązana dostarczyć do pozwanego w terminie do 14 dni przez upływem terminu wskazanego w umowie. W przeciwnym wypadku pozwany mógł pozostawić wniosek bez biegu. Zmiana umowy wymagała formy pisemnej pod rygorem nieważności. W § 10 umowy ustalono, że powódka zapłaci pozwanemu kary umowne w wysokości po 0,5% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia w przypadku opóźnienia w przekazaniu przedmiotu umowy licząc od następnego dnia po upływie terminu umownego oraz w przypadku opóźnienia w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze licząc od dnia wyznaczonego do usunięcia wad. W § 11 umowy strony ustaliły, że o zakończeniu robót budowlanych osoby określone w § 12 umowy, tj. kierownik budowy – T. P. (1), kierownik robót sanitarnych – A. R., kierownik robót elektrycznych – A. Z., kierownik robót drogowych – T. P. (1), powiadomią inspektora nadzoru, który w terminie do dwóch dni roboczych miał obowiązek potwierdzić powiadomienie go wpisem w dzienniku budowy. Powódka, po zakończeniu robót budowlanych, była obowiązana zgłosić na piśmie pozwanemu gotowość do przeprowadzenia odbioru końcowego. Do pisemnego zgłoszenia powódka była obowiązana załączyć kopię wpisów w dzienniku budowy o zakończeniu robót budowlanych wraz z potwierdzeniem tego faktu przez inspektora nadzoru. Brak potwierdzenia zakończenia robót przez inspektora nadzoru miał stanowić o bezskuteczności zawiadomienia powódki o gotowości do odbioru do czasu uzyskania tego potwierdzenia. Termin odbioru przedmiotu umowy rozpoczął bieg w dniu następnym po prawidłowym powiadomieniu pozwanego o gotowości powódki do odbioru końcowego. Pozwany miał obowiązek wyznaczyć termin i rozpocząć odbiór przedmiotu umowy w ciągu 10 dni od daty zawiadomienia go o osiągnięciu gotowości do odbioru. Powódka w dniu zgłoszenia gotowości do przeprowadzenia odbioru końcowego przedmiotu umowy zobowiązana była przekazać pozwanemu kompletną dokumentację związaną z realizacją przedmiotu umowy, dokumentację powykonawczą oraz inne dokumenty dotyczące przedmiotu umowy wraz z potwierdzeniem od zarządcy drogi uregulowania kosztów z tytułu uzyskania zezwolenia na zajęcie pasa drogowego oraz opłaty za zajęcie pasa drogowego oraz za umieszczenie urządzenia w pasie drogowym wraz z należnościami ubocznymi. Nieprzekazanie wskazanych dokumentów upoważniało pozwanego do odmowy podpisania protokołu odbioru końcowego. Z czynności odbioru miał być spisany protokół zawierający wszelkie ustalenia dokonane w toku odbioru, jak też terminy wyznaczone na usunięcie, stwierdzonych w trakcie odbioru wad. Powódka była zobowiązana do zawiadomienia pozwanego (inspektora nadzoru) o usunięciu wad oraz do żądania wyznaczenia terminu odbioru zakwestionowanych uprzednio robót. Pozwany miał wyznaczyć ostateczny termin na protokolarne stwierdzenie usunięcia wad. Pozwany mógł podjąć decyzję o przerwaniu czynności odbioru, jeżeli w czasie tych czynności ujawniono istnienie takich wad, które uniemożliwiałyby użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem aż do czasu usunięcia tych wad. W przypadku nieusunięcia przez powódkę wad w terminie 14 dni od daty wyznaczonej przez pozwanego na ich usunięcie, pozwany mógł zlecić ich usunięcie osobie trzeciej na koszt powódki (w ramach wykonawstwa zastępczego). W tym przypadku koszty usuwania wad miały być pokrywane w pierwszej kolejności z wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Problemy z dokumentacją były na bieżąco usuwane. Realizacja umowy trwała ponad 8 miesięcy i projektant wiele razy wyjaśniał różne zagadnienia na budowie, odbywały się spotkania, część wniosków powódki została uznana i zatwierdzona przez nadzór autorski. Problemy z dokumentacją nie wpłynęły na termin wykonania prac, wynika to z dokumentów płatności, prace były zaawansowane i do początku lipca 2014 r. powódka prace fakturowała terminowo. Od sierpnia 2014 r. powódka wskazywała na nieścisłości w dokumentach, dotyczące usytuowania drzew, odwodnienia okienek piwnicznych. Wynikało to z niewłaściwego wykonania prac przez powódkę, która nieprawidłowo wytyczyła i wykonała mur oporowy, co spowodowało przesunięcia nachylenia skarpy i kolizję z kanalizacją deszczową i drzewami. Powódka twierdziła, że okienka piwniczne zostały nieprawidłowo zaprojektowane, pozwany wystąpił do projektanta i między czasie powódka wykonała okienka samowolnie niezgodnie z projektem, nie czekając na stanowisko projektanta. Źle wykonane skarpy spowodowały konieczność wykonania dalszych robót.

W piśmie z 9 lipca 2014 r. powódka zwróciła się do pozwanego o zmianę terminu zakończenia prac z 31 lipca 2014 r. na dzień 18 sierpnia 2014 r. Wniosek umotywowwała niezawinionymi przez nią przerwami w wykonaniu robót spowodowanych oczekiwaniem na wymianę przyłącza energetycznego oraz nie ujęciem w dokumentacji drzew w obrębie elementów konstrukcyjnych. Na koniec lipca 2014 r. zaawansowanie prac powódki wynosiło około 90%. Dnia

4 sierpnia 2014 r. strony zawarły aneks nr (...), którym ustaliły termin zakończenia przedmiotu umowy do 18 sierpnia 2014 r. Aneks wszedł w życie z dnia 30 lipca 2014 r. Dnia 18 sierpnia 2014 r. powódka złożyła kolejny wniosek do pozwanego o zmianę terminu zakończenia prac z 18 sierpnia 2014 r. na dzień 1 września 2014 r. Wskazała na błędy w projekcie, przewrócenie drzewa oraz konieczność usunięcia drzewa kolidującego z bramą wjazdową. Dnia 26 sierpnia 2014 r. strony zawarły aneks nr (...) na podstawie, którym ustaliły termin zakończenia przedmiotu umowy do 30 sierpnia 2014 r. Aneks wszedł w życie z dnia 18 sierpnia 2014 r. Powódka nie zgłaszała zastrzeżeń co do terminu zakończenia robót wskazanego na dzień 30 sierpnia 2014 r.

Pismem z 1 września 2014 roku powódka poinformowała pozwanego, że w dniu 30 sierpnia 2014 r. zakończyła prace. Pismo wpłynęło do pozwanego 2 września 2014 r. Pieczęć z prezentatą wpływu pisma nie została podpisana. Powódka w piśmie poinformowała pozwanego, że notatka dokumentująca zakończenie prac oczekuje na podpisy inżynierów kontraktu.

Powódka nie wykonała wszystkich prac do 30 sierpnia 2014 r. Wykonane zostało więcej niż 90% prac. Powódka wskazała, że nie została założona brama. Zgodnie z umową odbiór końcowy dotyczył pełnego zakresu umowy, nie wykonanie bramy było niewykonaniem umowy. Powódka na dzień 30 sierpnia 2014 r. nie wykonała malowania balustrady, dylatacji, robót związanych ze schodami zewnętrznymi.

W dniu 3 września 2014 r. do pozwanego wpłynęło pismo powódki (datowane na dzień 30 sierpnia 2014 roku), w którym poinformowała, że prace zostały zakończone w dniu 30 sierpnia 2014 roku oraz, że zgłosiła gotowość wykonanych prac do odbioru i wniosła o wyznaczenie terminu odbioru. Inżynier Kontraktu M. S. w dniu 2 września 2014 r. uczynił na piśmie adnotację, iż nie potwierdza gotowości odbiorowej.

W wiadomości e-mailowej z 3 września 2014 r. (wpłynęła do pozwanego w dniu 4 września 2014 r.) Inżynier Kontraktu M. S. poinformował pozwanego, że z powodu niewykonania przez powódkę humusowania i siania trawy, obrobienia muru tynkiem na podjeździe dla niepełnosprawnych, nie wykonania dylatacji na murze z cegły klinkierowej, braku montażu balustrady, braku wycieraczek od strony północnej, niewyrównania schodów na taras, niepomalowania barierki, niewypełnienia dylatacji i braku wycieraczki, braku bramy wjazdowej, nieuporządkowania terenu nie potwierdza gotowości odbioru zadania. W piśmie z 5 września 2014 roku skierowanym do pozwanego (wpływ do pozwanego tego samego dnia) powódka wskazała, że większość informacji wskazanych przez inżyniera kontraktu jest nieprawdziwa.

Pomiędzy 2 a 4 września 2014 r. powódka wykonywała prace. Pan S. pokazał powódce, jakie prace nie zostały wykonane na dzień 2 września 2014 r. i powódka potwierdziła, że część tych prac nie została wykonana. Zakończyła te prace w dniu 4 września 2014 r. W piśmie z 4 września 2014 roku powódka zgłosiła gotowość wykonanych prac do odbioru. Inżynier kontraktu M. S. potwierdził 8 września 2014 r. wykonanie przez powódkę robót. Pismo wpłynęło do pozwanego 9 września 2014 r.

Dnia 18 września 2014 roku został przeprowadzony odbiór końcowy robót. W odbiorze uczestniczyli: przedstawiciel pozwanego – M. K. (1); inżynierowie kontraktu M. S., T. P. (2) i J. P.; przedstawiciele powódki T. P. (2) (kierownik budowy), A. R. i A. Z. oraz dyrektor Przedszkola Miejskiego nr (...). Podczas odbioru wskazano, iż roboty zgłoszone do odbioru zostały wykonane w okresie od 13 grudnia 2013 r. do 4 września 2014 r. Wskazano, że opóźnienie w ich wykonaniu wyniosło 4 dni. Uczestnicy odbioru robót stwierdzili, że odbiór końcowy z 18 września 2014 r. nie został zakończony, bowiem obiekt wymaga poprawek i uzupełnień. Ustalono termin usunięcia stwierdzonych podczas odbioru wad na dzień 29 września 2014 r. godz. 9 rano. W protokole stwierdzono następujące wady podczas odbioru: tereny zielone – usunięcie kamienia poprawienie humusowania , sianie trawy, nierówność chodnika od zachodniej strony, brak uchwytów pośrednich na ogrodzeniu, brak zabezpieczenia skarpy od zachodniej strony - liczne elementy betonowe, niezabetonowany słupek bramy wjazdowej, nieusunięcie nierówności parkingu, niezlikwidowanie nierówności wysokości zachodnich schodów terenowych, nieusunięcie nierówności na kostce betonowej przy wjeździe na parking, niezlikwidowanie wystających ościeży przy schodach terenowych przy murze oporowym, pęknięcie murku przy podjeździe dla niepełnosprawnych, niezamontowana balustrada przy schodach

terenowych, konieczność poprawy ościeży przy klatce schodowej przy drodze dojazdowej oraz nie zamykająca się brama wjazdowa, niewykończony taras, niewykończone schody na taras, brak zaślepek przy oknie do odprowadzenia wody.

Podczas odbioru stwierdzono widoczne liczne nierówności chodnika, nierówności parkingu, schody nierównej wysokości, brak reliefu na płytkach antypoślizgowych, źle osadzone parapety, niedziałającą lampę, zanieczyszczoną kostkę brukową i kratkę w pomieszczeniu socjalnym.

Dnia 25 września 2014 r. Powiatowy Inspektorat nadzoru budowlanego, przed wydaniem pozwolenia na użytkowanie parkingu, przeprowadził kontrolę obowiązkową budowy. Podczas kontroli ustalono zgodność obiektu budowlanego z projektem architektoniczno-budowlanym w zakresie powierzchni zabudowy oraz w zakresie wykonania zasadniczych elementów wyposażenia budowlano-instalacyjnego zapewniającego użytkowanie obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem. Obiekt zapewniał warunki do korzystania przez osoby niepełnosprawne. Wykonano wszystkie roboty objęte pozwoleniem na budowę i projektem budowlanym. Teren został uporządkowany.

Dnia 29 września 2014 r. przeprowadzono ponowy odbiór końcowy. Uznano go za niezakończony, bowiem obiekt wymagał poprawek i uzupełnień. Ustalono termin usunięcia stwierdzonych wad na dzień 14 października 2014 r. godzinę 9 rano. W protokole z 29 września 2014 roku stwierdzono następujące wady podczas odbioru: nieusunięte kamienie na terenach zielonych, niewyrównanie terenów zielonych – liczne rozlewiska, brak bramy wjazdowej, nierówności na parkingu, nierówności schodów, brak zaślepek w oknach, zanieczyszczenie kostki betonowej od strony północnej.

Dnia 15 października 2014 roku przeprowadzono kolejny odbiór końcowy prac, który nie został zakończony z uwagi na to, że obiekt wymagał poprawek i uzupełnień. Ustalono termin usunięcia stwierdzonych wad na dzień 17 października 2014 r. W protokole z 15 października 2014 r. stwierdzono następujące wady podczas odbioru: nieusunięte kamienie z terenów zielonych i parkingu, niewymienione panele i cokoliki w sali dydaktycznej, zanieczyszczone cokoliki, brak doszlifowania powierzchni tarasu na gładko, pęknięta płytka przy wejściu głównym. Dnia 17 października 2014 roku uznano odbiór końcowy za niezakończony, a obiekt za wymagający poprawek i uzupełnień. Ustalono termin usunięcia stwierdzonych wad na 22 października 2014 r. W protokole z 17 października 2014 r. stwierdzono następujące wady podczas odbioru: brak zamontowanych elementów odwodnienia na parkingu (4 szt.), niedoczyszczone elementy tarasu i ramy ościeży. Dnia 22 października 2014 roku prace zostały odebrane.

W trakcie kolejnych odbiorów prac część wad nie została usunięta oraz ujawniano nowe wady. Powódka musiała wykonać część dodatkowych prac z powodu niewłaściwego wykonania prac ujętych w dokumentacji projektowej. Powódka wykonała niezgodnie z projektem skarpe i musiała ją zabezpieczyć. Zabezpieczenie skarpy nie było ujęte w dokumentacji. Skarpa była zaprojektowana w innym nachyleniu. Termin zakończenia prac był przesuwany z uwagi na błędy projektowe i konieczność wykonania nieprzewidzianych wcześniej prac. Celem usunięcia wad projektowych na placu budowy odbywały się spotkania z projektantem, który usuwał wady w projekcie. Część wniosków była zatwierdzana w drodze nadzoru autorskiego. Powódka nie zgłaszała pozwanemu wykonania robót zanikowych. Od lipca 2014 r. powódka częściej zgłaszała wady projektowe, część usuwając bez porozumienia z nadzorem autorskim. Wartość kosztów usunięcia wad nie przekroczyła 4 tysięcy zł.

Pismem z 3 grudnia 2014 r. pozwany wezwał powódkę do wystawienia do 5 grudnia 2014 r. faktury końcowej za wykonane roboty przy realizacji zadania, które było finansowane ze środków zewnętrznych i pozwany musiał rozliczyć dotację. Powódka nie wystawiła faktury VAT, ponieważ liczyła na zawarcie z pozwanym ugody w zakresie kar. Dnia 8 grudnia 2014 r. pozwany wystawił powódce notę księgową nr (...) na łączną kwotę 148.135,55 zł, obejmującą kwotę 32.203,38 zł naliczoną, zgodnie z § 10 pkt 1A umowy, za pięciodniowe (od 31 sierpnia 2014 r. do 4 września 2014 r.), opóźnienie w przekazaniu przedmiotu umowy do odbioru oraz kwotę 115.932,17 zł za 18. dniowe (od 30 września 2014 r. do 17 października 2014 r.), zgodnie z § 10 pkt 1B umowy, opóźnienie w usunięciu stwierdzonych wad.

Pismem z 8 grudnia 2014 r. pozwany, w związku z odmową wystawienia przez powódkę faktury, nakazał wypłatę powódce kwoty 7.362,76 zł. Kwota ta została przelana powódce. Powódka w dniu 15 grudnia 2014 roku zwróciła

pozwanemu otrzymaną należność w kwocie 7.362,76 zł. Pozwany w dniu 31 grudnia 2014 r. ponownie przelał pieniądze powódce kwotę 7.362,76 zł. Pismem z 9 lutego 2015 roku pozwany zawiadomił Naczelnika Urzędu Skarbowego w R. o możliwości popełnienia przestępstwa z tytułu odmowy wystawienia przez powódkę faktury za wykonane roboty. Powódka kolejny raz zwróciła przelaną jej przez pozwanego kwotę 7.362,76 zł. Pozwany wystąpił do Sądu Rejonowego w Rybniku z wnioskiem o zezwolenie na złożenie świadczenia w wysokości 7.361,76 zł do depozytu sądowego. Postanowieniem z 17 kwietnia 2015 r. Sąd Rejonowy w Rybniku (sygn. akt II Ns 219/15) zezwolił pozwanemu na złożenie do depozytu sądowego kwoty 7.362,76 zł stanowiącej wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych w ramach zadania z zastrzeżeniem że wypłata kwoty ma nastąpić na rzecz powódki. Postanowienie jest prawomocne.

Dnia 12 maja 2015 r. powódka wystawiła pozwanemu fakturę VAT nr (...) na kwotę 155.498,31 zł z tytułu robót budowlanych na inwestycji Przedszkole Miejskie nr (...), przy ul. (...) w G. w zakresie termomodernizacji i modernizacji budynku z terminem płatności na dzień 2 czerwca 2015 r.

Pozwany poinformował powódkę, iż faktura VAT nr (...) na kwotę 155.498,31 zł została przekazana do wydziału księgowości bez realizacji jej płatności, bowiem kwota 148.135,55 zł została potrącona z wierzytelnością wzajemną pozwanego wynikającą z noty księgowej nr (...), a kwota 7.362,76 zł została przekazana do depozytu sądowego. Pozwany wskazał, że nie posiada żadnego zobowiązania wobec powódki z umowy (...).

W dniu 7 marca 2016 r. powódka złożyła wniosek do Sądu Rejonowego w Rybniku o wydanie z depozytu sądowego kwoty 7.362,76 zł złożonej przez pozwanego na podstawie postanowienia z 17 kwietnia 2015 r. w sprawie o sygn. akt II Ns 219/15. Sąd Rejonowy w Rybniku w dniu 20 lipca 2016 r. (sygn. akt II Ns 261/16) postanowił wydać powódce kwotę 7 362,76 zł złożoną do depozytu sądowego na mocy postanowienia Sądu Rejonowego w Rybniku z 17 kwietnia 2015 r. w sprawie o sygn. akt II Ns 219/15. Strony do 21 października 2016 roku nie złożyły środka odwoławczego w sprawie.

W tej sytuacji Sąd Okręgowy uznał wprawdzie, że przedstawiona do potrącenia kara umowna z należnością powódki z tytułu wynagrodzenia jest zasadna, to jednak uwzględnił wniosek powódki o miarkowanie tej kwoty i uwzględnił potrącenie jedynie w części, a w części powództwo uwzględnił.

Sąd Okręgowy podkreślił, że w § 10 punkt 1A i 1B umowy z dnia 13 grudnia 2013 r. strony zastrzegły w sposób wyraźny i jednoznaczny, że na rzecz zamawiającego (pozwanego) zastrzeżona została kara umowna za opóźnienie, a nie tylko w przypadku opóźnienia zawinionego (zwłoki). W takim zaś przypadku, w opinii Sądu Okręgowego, powódka nie mogła podnosić zarzutu, że opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy powstało na skutek okoliczności, za które jako wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, skoro roszczenie o zapłatę kary umownej powstaje w tym przypadku wobec samego faktu opóźnienia bez względu na przyczynę. Jednak przyczyny tego opóźnienia Sąd Okręgowy uznał za istotne dla miarkowania kar umownych.

Powołując się na ustalenia faktyczne Sąd Okręgowy wskazał, że niedotrzymanie terminu wykonania robót wyniknęło z przyczyn leżących po stronie powódki. Odnośnie do przyczyn nie wykonania prac w terminie powódka wskazała, iż: pozwany wadliwie przygotował dokumentację projektową, pozwany żądał wykonania prac dodatkowych (nie ujętych w SIWZ), pozwany żądał odmiennego wykończenia elementów. Ponadto podała, że prace zakończyła 30 sierpnia 2014 r. (sobota) i zgłosiła do odbioru 1 września 2014 r. (poniedziałek), a pozwany nie przystąpił do odbioru robót. Zarzuty powódki nie znalazły potwierdzenia. Termin zakończenia robót, pierwotnie ustalony na dzień 31 lipca 2014 r., na wniosek powódki był dwukrotnie przedłużany, ostatecznie do dnia 30 sierpnia 2014 r. Powódka we wnioskach o przedłużenie terminu zakończenia robót wskazywała m. in. na brak zaprojektowania zabezpieczeń skarpy i konieczność wykonania nieprzewidzianych prac. Pozwany uwzględniając stanowisko powódki przedłużył termin zakończenia prac łącznie o dwa miesiące. Tym samym brak podstaw do przyjęcia, iż przyczyną nieterminowego wykonania robót (po uwzględnieniu nowego terminu ich zakończenia) były wskazywana przez powódkę wadliwie przygotowana dokumentacja projektowa i konieczność wykonania prac dodatkowych, bowiem właśnie z tych przyczyn, na wniosek powódki, termin wykonania prac został przedłużony. Co istotne, powódka nie zgłaszała kolejnych wniosków o przedłużenie terminu wykonania prac ani też nie kwestionowała wyznaczonego na dzień 30 sierpnia 2014 r. terminu ich zakończenia, a nadto stała na stanowisku, iż w dniu 30 sierpnia 2014

r. zakończyła wszystkie prace. Strony w łączącej je umowie (§ 11) uregulowały procedurę zgłoszenia pozwanemu zakończenia prac. Procedura ta nie została zachowana, bowiem pomimo zgłoszenia przez powódkę w dniu 30 sierpnia 2014 r. zakończenia prac, nie potwierdził ich zakończenia, a tym samym gotowości odbiorowej, inspektor nadzoru branży budowlanej i wskazał prace, które nie zostały wykonane. Nie zasługuje przy tym na uwzględnienie twierdzenie powódki, iż przyczyną niepotwierdzenia wykonania prac było to, że na terenie budowy po dniu 30 sierpnia 2014 r. przebywali pracownicy powódki, bowiem inspektor podał, jakie prace pozostały do wykonania. Powódka nie kwestionowała, że nie zamontowała bramy wjazdowej. Także pozostałe prace wskazane przez inspektora nadzoru branży budowlanej wykonała. Nawet jeżeli przyczyną braku wycieraczek było to, że zostały one schowane na noc, to oprócz tego braku inspektor wskazał na szereg innych prac, które należało wykonać. Ponadto, zgodnie z § 11 punkt 5 umowy, powódka w dniu zgłoszenia prac do odbioru miała obowiązek przekazania pozwanemu kompletnej dokumentacji, w tym dokumentacji powykonawczej. Dokumentacja odbiorowa została złożona dopiero 29 września 2014 r. i już z tej przyczyny odbiór nie mógł zostać wcześniej dokonany. Ponadto osoby uczestniczące w czynnościach odbiorowych w dniu 18 września 2014 r. w protokole, który podpisały także osoby uczestniczące w tych czynności ze strony powódki (wykonawcy), wskazały iż roboty zgłoszone do tego odbioru były realizowane do 4 września 2014 r., co wprost potwierdzało, że prace nie zostały zakończone do 30 sierpnia 2014 r. i nie mogły tego dnia być skutecznie zgłoszone do ich odbioru. Tym samym powódka nie mogła skutecznie zarzucać pozwanemu, iż nie przystąpił do odbioru. Pozwany w terminie wskazanym w umowie, po potwierdzeniu gotowości odbiorowej przez wszystkich inspektorów nadzoru, przystąpił do odbioru robót.

Odnosząc się natomiast do obciążenia powódki karą umowną za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze, Sąd Okręgowy wskazał, iż z treści załączonych do każdego z protokołów wykazu wad, które były podpisane również przez przedstawiciela powódki uczestniczącego w czynnościach odbiorowych, wynika, że nie wszystkie wady były usunięte. Powódka nie twierdziła, aby zgłaszał zastrzeżenia co do wykazu wad.

Wobec tego Sąd Okręgowy przyjął, że pozwany zasadnie obciążył powódkę karami umownymi za opóźnienie w przekazaniu przedmiotu umowy (zakończeniu robót) oraz za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze, a do jej wyliczenia przyjął kwoty wskazane w umowie. Zgodnie z § 10 punkt 1A umowy naliczył powódce karę umowną za opóźnienie w przekazaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5% wynagrodzenia tj. kwoty 1.288.135,27 zł za każdy dzień, od dnia następnego po terminie umówionym na zakończenie prac, tj. od 31 sierpnia 2014 r. do 4 września 2014 r. (5 dni), w wysokości 32.203,38 zł. Pozwany także zasadnie naliczył powódce karę umowną z tytułu opóźnienia w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze w wysokości 0,5% wynagrodzenia, tj. kwoty 1.288.135,27 zł za każdy dzień, od dnia wyznaczonego do usunięcia wad tj. od 30 września 2014 r. do 17 października 2014 r. (18 dni) w wysokości 115.932,17 zł.

Tak wyliczoną karę umowną Sąd Okręgowy obniżył stosując art. 484 § 2 k.c.

Przesłanką do miarkowania kary umownej stała się okoliczność, że zdecydowana większość robót została wykonana w terminie. W dacie określonej w aneksie do umowy jako termin zakończenia robót było wykonane co najmniej 90% prac. Potwierdza to zarówno zeznanie świadka M. K. (2), który zeznał, że na koniec VII 2014 r. powódka wykonała około 90% prac oraz potwierdza to wysokość dochodzonego przez powódkę wynagrodzenia za prace, która stanowi około 12% należnego jej wynagrodzenia określonego w umowie (87,93% wynagrodzenia powódki, ustalonego w umowie, zostało jej zapłacone za wykonane roboty do 23 sierpnia 2014 r.). Zobowiązanie zostało zatem w znacznej części wykonane wcześniej (przed 30 sierpnia 2014 r.), bowiem przy umowach o wykonanie robót budowlanych, o wykonaniu umowy można mówić z chwilą przekazania całości lub części przedmiotu umowy zamawiającemu. Skoro wcześniej pozwanemu były przekazywane części robót, to tym samym są podstawy do twierdzenia, iż powódka wykonała zobowiązanie w znacznej części, co uzasadnia miarkowanie kary umownej w wysokości 32.203,38 zł, z powołaniem się na pierwszą z przesłanek miarkowania określoną w art. 484 § 2 k.c. Sąd zmiarkował zatem karę umowną za opóźnienie w przekazaniu robót o 90,06%, do wysokości jej 9,94%, mając na uwadze procent wykonanych prac (ponad 90%), tj. do kwoty 3.200,34 zł. Sąd miał także na uwadze nieznaczne opóźnienie (5 dni) oraz przypadającą w ich okresie niedzielę – dzień wolny od pracy, a także brak z tego powodu szkody po stronie pozwanego.

Sąd Okręgowy uznał także, że kara umowna za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze była rażąco wygórowana.

Została ona określona w wysokości 0,5 % wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia. Wysokość tak określonej stawki kary umownej sama w sobie nie przesądza o rażącym wygórowaniu kary umownej. Jednakże wynikająca z tej stawki i okresu opóźnienia wysokość kary umownej (kwota 115.932,17 zł) jest rażąco wygórowana, o czym świadczy przede wszystkim porównanie jej wysokości z ewentualną szkodą, jaką poniósł pozwany, któremu tak kara przypada. Ciężar dowodu co do tej okoliczności, zgodnie z art. 6 k.c. i art. 484 § 2 k.c., obciążał wykonawcę. Powódka wskazała, iż kara jest nadmiernie wygórowana powołując się na jej wysokość w odniesieniu do rodzaju stwierdzonych wad oraz okresu ich usuwania w stosunku do okresu całej umowy, co zaakceptował Sąd Okręgowy, tym bardziej, że pozwany nie wskazał, iż w związku z oddaniem przedmiotu umowy po terminie poniósł wymierne straty. W niniejszej sprawie wynagrodzenie powódki za roboty, co do których stwierdzono wady, wynosiło 155.498,31 zł, a kara umowna 115.932,17 zł, tj. około 75 % wynagrodzenia. Opóźnienie w usunięciu wad wynosiło 18 dni, co stanowi niecałe 10 % okresu realizacji przedmiotu umowy (okres umowy od 13 grudnia 2013 r. do 30 sierpnia 2014 r.). Podkreślił też Sąd Okręgowy, że pozwany z tytułu opóźnienia w wykonaniu zobowiązania nie poniósł żadnej szkody majątkowej. Zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie jest kryterium stosunku wysokości kary umownej do wysokości odszkodowania należnego wierzycielowi. Wprawdzie powstanie roszczenia zapłaty kary umownej nie jest uzależnione od powstania szkody, to jednak brak szkody po stronie wierzyciela jest przesłanką do miarkowania kary umownej zgodnie z art. 483 k.c. i art. 484 § 2 k.c. Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela. Powódka opóźniła się w usunięciu wad o 18 dni, przy czym opóźnienie nie dotyczyło robót mających wpływ na funkcjonowanie przedszkola. Wyłączony u użytkownika był jedynie teren zielony. Pozwany w toku postępowania nawet nie twierdził, iż z powodu tego opóźnienia poniósł jakąkolwiek szkodę.

W ocenie Sądu Okręgowego, kara umowna w takiej sytuacji stanowiąca 75 % wynagrodzenia za wykonane prace (co do których stwierdzono wady) prowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia pozwanego i w istocie jest nadmiernym i nieuzasadnionym obniżeniem wynagrodzenia powódki za wykonanie robót. Biorąc powyższe pod uwagę Sąd uznał, że kara umowna winna być zmiarkowana do 10 %, co odpowiada okresowi opóźnienia powódki w usunięciu wad w stosunku do ustalonego okresu realizacji robót. Kara umowna podlega zatem miarkowaniu, z uwagi na rażące jej wygórowanie o 90%, tj. do wysokości 11.593,21 zł. Sąd Okręgowy dokonując miarkowania kary umownej miał na uwadze, iż celem zastrzeżenia kary umownej nie jest stworzenie wierzycielowi warunków zmierzających do osiągnięcia celu umowy minimalnym nakładem kosztów, lecz jedynie zdyscyplinowanie dłużnika do należytego wykonania zobowiązania. Zastrzeżona w umowie kara umowna z tytułu opóźnienia w usunięciu wad chroniła interes pozwanego polegający na użytkowaniu obiektu pozbawionego wad, a stwierdzone wady nie wyłączały możliwości korzystania z budynku przedszkola zgodnie z jego przeznaczeniem. Sąd miał także na uwadze, iż w okresie usuwania wad budynek co prawda był wykorzystywany, jednakże – jak przyznała powódka – teren zielony był wyłączony od użytkowania.

Sąd Okręgowy, ustosunkowując się do zarzutu pozwanej, wyraził pogląd, że miarkowaniu kar umownych nie stoi na przeszkodzie ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie z art. 5 ust. 1 punkt 2 ustawy z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zarówno niepobranie lub niedochodzenie należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych albo pobranie lub dochodzenie tej należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia. Ustawodawca we wskazanej ustawie nie reguluje wprost kwestii możliwości miarkowania kary umownej. Możliwość miarkowania kary umownej przewidziana jest w art. 484 § 2 k.c., zgodnie z którym jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. W orzecznictwie przyjmuje się, że w sytuacji, gdy spełnione są przesłanki miarkowania kary umownej dochodzenie jej całości jest sprzeczne ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem przysługującego wierzycielowi prawa i jako takie stanowi naruszenie art. 5 k.c. W doktrynie komentatorzy dopuszczają możliwość samodzielnego miarkowania kar umownych przez jednostki samorządu terytorialnego. Przykładowo



Ryszard Szostak w artykule zatytułowanym „Gospodarka finansowa i zamówienia publiczne a kontrola w jednostkach sektora finansów publicznych” opublikowanym w roczniku Najwyższej Izby Kontroli (Kontrola Państwowa Numer 6 (335), listopad – grudzień 2010) wskazał, że wyjątkowo dopuszczalne jest miarkowanie zastrzeżonych kar umownych przez jednostkę samorządu terytorialnego. Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, iż skoro sama jednostka samorządu terytorialnego jest uprawniona do samodzielnego obniżenia kary umownej, to tym bardziej nie ma przeszkód do jej miarkowania przez sąd w przypadku spełnienia przesłanek z art. 484 § 2 k.c. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 21 listopada 2007 r. (sygn. akt: I CSK 270/07, LEX nr 530614) art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych nie wyłącza w żadnym wypadku regulacji Kodeksu cywilnego o karze umownej, w tym o jej miarkowaniu.

Mając powyższe na uwadze pozwany zasadnie mógł potrącić, w myśl art. 498 k.c., z wynagrodzenia powódki za wykonane roboty kwotę 14.793,55 zł z kwoty 155.498,31 zł i w tym zakresie powództwo podlegało oddaleniu.

Wierzytelność pozwanego wynikająca z noty księgowej nr (...) stała się wymagalna dnia 11 grudnia 2014 r. Wobec wymagalności wierzytelności pozwanego z noty księgowej nr (...) przed dniem wymagalności należności powódki z faktury VAT nr (...) potrącenie tych kwot stało się możliwe z dniem wymagalności należności powódki, tj. z dniem 12 czerwca 2015 r. (art. 499 k.c.). Z noty księgowej nr (...) skutecznie do potrącenia przysługuje pozwanemu wierzytelność w kwocie 14.793,55 zł. Sąd zaliczył tę kwotę na poczet wymagalnej należności powódki (faktura VAT nr (...)) i pomniejszył należność powódki z tej faktury o kwotę 14.793,55 zł. W tej części powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie.

Ponadto powództwo oddalono również co do kwoty 7.362,76 zł złożonej przez pozwanego do depozytu, co do której Sąd Rejonowy w Rybniku orzekł o jej wydaniu powódce, na jej żądanie. Żadna ze stron nie zaskarżyła tego postanowienia.

Pozostałą kwotę 133.342,04 zł na podstawie art. 647 k.c. Sąd Okręgowy zasądził wraz z odsetkami od 12 czerwca 2015 r. na podstawie art. 481 k.c.

O kosztach, stosunkowo je rozdzielając, Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c., art. 108 § 1 k.p.c., przepisów rozporządzeń Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

Apelację od powyższego wyroku w części uwzględniającej powództwo i orzekającej o kosztach postępowania wniosła strona pozwana domagając się jego zmiany poprzez oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania na jej rzecz, ewentualnie uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Pozwany zarzucił:

- a) naruszenie art. 484 § 2 k.c. poprzez jego zastosowanie w sytuacji nie wykazania przez powódkę okoliczności uzasadniających miarkowanie kary umownej,
- b) naruszenie art. 232 § 1 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez nie wykazanie przez powódkę okoliczności uzasadniających miarkowanie kary umownej oraz poprzez uznanie, że to na pozwanym ciążył obowiązek wykazania szkody, podczas gdy to na powódce spoczywał w niniejszej sprawie ciężar wykazania, że pozwany nie poniósł szkody na skutek opóźnienia w przekazaniu przedmiotu umowy oraz na skutek opóźnienia w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze,
- c) naruszenie przepisów ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach do-tyczących pomocy publicznej (Dz.U. 2016, poz. 1808) oraz wydanymi na jej podstawie przepisami wykonawczymi poprzez ich niezastosowanie w sytuacji, gdy przy zastosowaniu in-stytucji miarkowania kar umownych Sąd winien wziąć pod uwagę przepisy tejże ustawy,

d) naruszenie art. 102 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy pozwany zasadnie obciążył powódkę karami umownymi za opóźnienie w przekazaniu przedmiotu umowy oraz za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze.

Po wniesieniu apelacji, postanowieniem z dnia 17 stycznia 2017 r. Sąd Rejonowy w Gliwicach ogłosił upadłość powodowej spółki (sygn. akt XII GU 361/16), w wyniku czego po stronie powodowej udział w sprawie zgłosił Syndyk upadłego.

W odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego nie odniosła zamierzonego skutku i jako niezasadna podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

Poczynione przez Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne nie były kwestionowane, stąd Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne.

Zarzuty apelującego nakierowane są na zastosowaną przez Sąd Okręgowy instytucję miarkowania kary umownej.

Niezasadnie wskazuje apelacja pozwanego, iż Sąd Okręgowy wadliwie rozłożył ciężar dowodu. Sąd Okręgowy wyraźnie wskazał, iż okoliczności uzasadniające miarkowanie kary umownej musi wykazać powódka jako podmiot wywodzący z tej okoliczności korzystne dla siebie skutki prawne i powołał się na art. 6 k.c. Wnosząc pozew strona powodowa posiadała już wiedzę o powodach braku zapłaty przez pozwanego części niekwestionowanego wynagrodzenia należnego za wykonane przez upadłą roboty budowlane. Z naliczeniem kar umownych za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania oraz opóźnienie z usunięciu wad powódka się wprawdzie nie zgadzała, jednak złożyła równocześnie wniosek o miarkowanie tych kar na wypadek uznania, że zostały one nałożone na nią zasadnie. Wniosek o miarkowanie został uzasadniony niewielką zwłoką w wydaniu przedmiotu umowy, wykonaniem prac w znacznej części, rażącym wygórowaniem kar umownych i małą istotnością charakteru stwierdzonych wad. Dodała też strona powodowa, że wobec braku podnoszenia przez pozwanego jakichkolwiek argumentów o poniesieniu szkody, przyznanie kary umownej w wysokości przekraczającej 150.000 zł prowadziłoby do nieuzasadnionego wzbogacenia strony pozwanej.

W tej sytuacji Sąd Okręgowy był zobowiązany dokonać oceny wniosku dłużnika (upadłej) i to w ramach dostępnego mu materiału dowodowego. Po ustaleniu faktów, które jak powyżej zaznaczono nie są kwestionowane w żadnym zakresie, Sąd Okręgowy wyraźnie odniósł się do argumentacji strony powodowej, odwołując się do tych okoliczności, które zostały ustalone. Niezrozumiałe są zatem w chwili obecnej argumenty apelującego, że strona powodowa nie tylko nie wykazała inicjatywy dowodowej w tym zakresie, ale nawet nie powołała się na żadne okoliczności.

W odpowiedzi na żądanie i wnioski upadłego przedsiębiorstwa pozwany odwołał się jedynie do orzecznictwa, które wyraziło pogląd, iż kara umowna należy się bez względu na wysokość poniesionej przez uprawnionego szkody, do czego także przychylił się Sąd Okręgowy. Pozwany przywołał również orzeczenie zakreślające w sposób przykładowy przesłanki, jakie powinny zostać zbadane przy okazji miarkowania kary umownej, a wśród nich wymienił charakter negatywnych skutków dla strony uprawnionej do żądania kary umownej. W odniesieniu do argumentacji powódki pozwany jedynie wyraził stanowisko o braku cechy rażącego wygórowania przedstawionych do potrącenia kar umownych i ogólnie ujętych „okoliczności sprawy”. Brak jest natomiast wywiedzenia argumentacji o poniesionej przez pozwanego stracie wskutek niewłaściwego wykonania umowy przez stronę powodową lub istnieniu owych negatywnych skutków wadliwego postępowania powodowego przedsiębiorstwa. W toku procesu pozwany nigdy nie odniósł się do kwestii istnienia szkody, nie powołuje się również na nią w uzasadnieniu do środka zaskarżenia.

Słusznie w tej sytuacji Sąd Okręgowy stwierdził, że zachowanie procesowe pozwanego pozwala na przyjęcie, iż pozwany takiej wymiernej szkody nie poniósł. Brak zaprzeczenia pozwanego oraz okoliczności wynikające z postępowania dowodowego prowadziły do uznania, że fakt ten został przyznany. W myśl art. 230 k.p.c. fakty

przemilczane sądy może bowiem uznać za przyznane kierując się swoim uznaniem, wynikami całego postępowania i podobnie jak przyznane włączyć bez dowodu wprost do podstawy rozstrzygnięcia. Sąd Okręgowy wziął pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, cały materiał procesowy i doszedł do zasadnego przekonania, że strona nie zamierzała i nie zamierza zaprzeczyć istnieniu faktu przytoczonego przez stronę przeciwną. Jako jedyną negatywną konsekwencję poniesioną przez pozwanego wskutek opóźnień w wykonaniu obowiązków umownych przez upadłe przedsiębiorstwo Sąd Okręgowy wymienił niemożność korzystania z terenu zielonego przedszkola do połowy października 2014 r. Żadna inna nie została również wskazana przez stronę apelującą.

Z wywodami Sądu Okręgowego nie sposób zgodzić się jedynie z jednym stanowiskiem, a mianowicie, iż strony umowy z dnia 13 grudnia 2013 r. przewidziały kary umowne dla wykonawcy o charakterze gwarancyjnym, co miało wynikać wyłącznie z użytego określenia: „opóźnienie”. Użycie tego słowa w znaczeniu, jakie nadaje mu doktryna i orzecznictwo, czyli wykonania zobowiązania po terminie bez względu na zawinienie dłużnika w uchybieniu temu terminowi, musi wynikać wyraźnie z woli stron (art. 65 § 2 k.c.), a takich ustaleń Sąd Okręgowy nie czynił.

W granicach swobody kontraktowej (art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 473 § 1 k.c.) strony mogą umownie ukształtować zakres odpowiedzialności, kompensacji i rozkład ryzyka ponoszenia skutków niewykonania zobowiązania. Przepisy o karze umownej za niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zobowiązania niepieniężnego (art. 483 k.c.) mają charakter dyspozytywny. Od kary umownej odróżnić należy dopuszczalne zastrzeżenie o charakterze gwarancyjnym, nakładające obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania (niewłaściwego wykonania) zobowiązania wskutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, do którego nie stosuje się przepisów o karze umownej. Taki charakter będzie miało postanowienie umowne w brzmieniu "za uchybienie terminu", "bez względu na przyczynę niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zobowiązania". Kara umowna natomiast może być zastrzeżona w kontrakcie zarówno za zwłokę, jak i tzw. opóźnienie proste, polegające na niespełnieniu świadczenia w oznaczonym terminie, a w wypadku nieoznaczenia - po wezwaniu dłużnika przez wierzyciela do wykonania. Odpowiedzialność dłużnika w zakresie kary umownej bez względu na przyczynę niewykonania zobowiązania powinna być jednak w umowie wyraźnie określona, nie ma bowiem podstaw do dorozumienia rozszerzonej odpowiedzialności dłużnika.

Niemniej jednak Sąd Okręgowy poczynił ustalenia zmierzające do stwierdzenia, że opóźnienie w wykonaniu prac budowlanych, a następnie w usunięciu wskazanych wad, było zawinione przez wykonawcę. Ustalenie to stanowiło punkt wyjściowy do rozważań w zakresie miarkowania kar umownych.

Nie można zgodzić się z apelującym, iż wywody Sądu Okręgowego przychyłające się do wniosku powodowego dłużnika o miarkowanie kar umownych „ograniczyły się” do stwierdzenia, że kara umowna była rażąco wygórowana w stosunku do zakresu prac, które nie zostały zakończone w dniu oznaczonym przez strony jako dzień wydania przedmiotu umowy, nieznacznego przekroczenia terminu umownego i braku szkody po stronie pozwanej. Wszystkie te okoliczności zostały przez Sąd Okręgowy w sposób wyczerpujący opisane i uzasadnione, wobec czego ich ponowne przytaczanie w tym miejscu należy uznać za zbędne. Nie wynika natomiast z uzasadnienia apelacji, z jakich przyczyn pozwany uznaje je za bezwartościowe. Argument o braku podejmowania przez upadłe przedsiębiorstwo kolejnych prób o przedłużenie terminu do wykonania prac pozostaje bez znaczenia w sytuacji, gdy opóźnienie wynikało z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, co nie dawało jej prawa w myśl umowy do wydłużenia okresu realizacji zadania, a nadto, jak słusznie podkreślił Sąd Okręgowy, opóźnienie to sprowadzało się do pięciu dni, w tym objęło okres weekendu. Należy zwrócić uwagę, że w rzeczywistości wykonawca uważał, że zakończył prace do dnia 30 sierpnia 2014 r. i od tej daty próbował wydać przedmiot umowy, co spotkało się z negatywną oceną inspektora nadzoru. Na ocenę zasadności wniosku o miarkowanie szkody nie wpływa też fakt, że wykonawca znał treść umowy, co jest oczywiste, nie zwracał się o wyjaśnienie dotyczące wyliczenia kary umownej, co wynikało wprost z umowy i noty pozwanej. Natomiast zarzucony w apelacji brak podejmowania prób negocjacji ze strony powodowej nie jest taki jednoznaczny, jak wskazywałyby to apelujący. W realiach sprawy wykonawca nie godził się na obciążenie go karami umownymi, podejmował działania, które miały na celu uniknięcie obciążenia go tymi należnościami, nie wystawił faktury końcowej, co doprowadziło do wykorzystania instytucji depozytu sądowego, o czym wspominał Sąd Okręgowy.

Stanowisko pozwanego przy tych działaniach było jednoznaczne – absolutnie nie wyrażał zamiaru wycofania się z naliczonych kar umownych. Niejasne jest zatem stanowisko apelacji, w jakim celu miałyby być prowadzone negocjacje, a także, jakie znaczenie brak tych negocjacji ma na kwestię możliwości miarkowania kar umownych bądź jego zakres. Faktem jest również, że wykonawca przedłożył wymaganą dokumentację powykonawczą z opóźnieniem w stosunku do umownego terminu. Okoliczność ta jednak została wzięta pod uwagę przez Sąd Okręgowy, a pozwany nie zdecydował się na objęcie żądaniem zapłaty kary umownej okresu po dniu 4 września 2014 r.

W konsekwencji należy stwierdzić, że argumentacja przedstawiona w apelacji przez stronę pozwaną nie zasługuje na uwzględnienie, a zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 484 § 2 k.c. jest chybiony.

Apelujący nie wyjaśnił, z jakich przyczyn konkretna umowa stron, w ramach której zapadło skarżone rozstrzygnięcie o miarkowaniu kary umownej, podlega przepisom ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej i uchwale Rady Miejskiej w G. nr (...). Z materiału dowodowego nie sposób tego związku ustalić. Wykonawca nie starał się o udzielenie pomocy publicznej, ale żądał wypłaty należnego mu ze stosunku cywilnoprawnego wynagrodzenia. Należność przedstawiona przez pozwanego do potrącenia okazała się być nieuprawniona w znacznej części (wobec zastosowania art. 484 § 2 k.c.), co oznacza, że nie przysługuje ona pozwanemu. A skoro nie przysługuje, to nie może być mowy o przyznawaniu stronie powodowej w tym zakresie pomocy publicznej.

Sąd Apelacyjny uznał również, że w sprawie nie zachodziły szczególne okoliczności uzasadniające zastosowanie wobec pozwanego normy art. 102 k.p.c. Sąd Okręgowy dokonał stosunkowego podziału kosztów, stosownie do wyniku postępowania. Obciążenie strony, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, całością lub nawet tylko częścią kosztów procesu może w okolicznościach konkretnej sprawy pozostawać trudne do pogodzenia z poczuciem sprawiedliwości oraz zasadami współżycia społecznego. Taka sytuacja nie zachodzi w niniejszej sprawie. Wbrew twierdzeniom apelacji, pozwany także nie naruszając zasad dyscypliny budżetowej ma możliwość oceny, czy nie zachodzą szczególne okoliczności, które z zastosowaniem norm prawa cywilnego uzasadniają obniżenie kary wynikającej z zawartego stosunku cywilnego. Argumenty za takim stanowiskiem przywołał Sąd Okręgowy, a Sąd Apelacyjny je podziela.

W konsekwencji powyższych rozważań apelacja pozwanego została uznana za niezasadną.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. i obciążono nimi w całości stronę pozwaną jako stronę przegrywającą. Strona pozwana została zatem zobowiązana do zwrotu stronie powodowej poniesionych przez powoda kosztów tego postępowania, na które złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w wysokości 5.417 zł. Wysokość wynagrodzenia pełnomocnika powoda określono § 2 pkt 6 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych, przy czym zaznaczyć należy, że w postępowaniu przed Sądem drugiej instancji powodowego Syndyka upadłego przedsiębiorstwa reprezentował nowy pełnomocnik. Do wynagrodzenia doliczono opłatę za udzielenie pełnomocnictwa procesowego.

SSO del. Katarzyna Sznajder SSA Olga Gornowicz-Owczarek SSA Aleksandra Janas