

Sygn. akt I ACa 711/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 lipca 2012 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu – Wydział I Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Małgorzata Lamparska
Sędziowie:	SSA Grażyna Matuszek SSA Walter Komorek (spr.)
Protokolant:	Joanna Skuza

po rozpoznaniu w dniu 25 lipca 2012 r. we Wrocławiu na rozprawie

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

przeciwko **Powiatowi (...)**

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Legnicy

z dnia 3 lutego 2012 r. sygn. akt I C 85/11

1. **oddala obie apelacje;**
2. **koszty postępowania apelacyjnego wzajemnie znosi.**

UZASADNIENIE

Powód (...) Spółka z o.o. w G. wniósł o zasądzenie od pozwanego Powiatu (...) kwoty 385.621,07 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 28 lutego 2011 roku do dnia zapłaty oraz poniesionymi kosztami procesu, w tym kwotę 15 zł opłaty skarbowej od pełnomocnictwa i kosztami zastępstwa procesowego w kwocie 7.200 zł.

W uzasadnieniu swojego żądania powód podniósł, że strony łączyły umowy: zasadnicza oraz umowa o wykonanie prac dodatkowych, dotyczące termomodernizacji szkoły. Powód jako wykonawca opóźnił się z wykonaniem umowy o 23 dni i z tego tytułu pozwany Powiat (...) naliczył kary umowne. Zdaniem powoda, obciążenie go karami umownymi w wysokości 21,5% wartości brutto robót zasadniczych i dodatkowych jest nadmierne w stosunku do opóźnienia w wykonaniu robót. Powód domagał się odstąpienia od karania go za niezrealizowanie prac zgodnie z harmonogramem i z tego tytułu zasądzenia na jego rzecz kwoty 165.796,84 zł, obniżenia kary umownej za niedotrzymanie terminu i zasądzenia na jego rzecz z tego tytułu kwoty 147.560,13 zł. Powód domagał się także odstąpienia od karania go za nie dotrzymanie terminu wykonania umowy dodatkowej, z uwagi na trudne warunki atmosferyczne w okresie realizacji tej umowy i zasądzenia od pozwanego Starostwa dalszej kwoty 6.216,23 zł. Wniosła również o zasądzenie na

jej rzecz kwoty 66.047,87 zł tytułem wykonania robót dodatkowych, które nie zostały objęte przedmiarem, a których wykonanie było konieczne do prawidłowego wykonania umowy.

Pozwany Powiat (...) nie uznał żądania pozwu, wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych. W uzasadnieniu swego stanowiska pozwany Powiat (...) zarzucił, że roszczenie powoda uległo potrąceniu z jego należnościami, a tym samym dochodzona przez powoda wierzytelność uległa umorzeniu wskutek potrącenia dokonanego przez strony przed wniesieniem sprawy do sądu. Z tych samych względów, zobowiązanie stron wynikające z zawartych umów wygasło, gdyż powód zgodził się z dokonaniem potrącenia kar umownych w całości, bo podpisując noty obciążeniowe przyjął je bez żadnych zastrzeżeń. Pozwany podniósł także, że możliwość wystąpienia powoda o miarkowanie kar umownych także wygasła wobec dokonania zapłaty tych kar bez zastrzeżeń. Z ostrożności procesowej pozwany podniósł, że naliczone wobec powoda kary umowne nie są rażąco wygórowane i nie stanowią podwójnego karania z tego samego tytułu. Zakwestionował również żądanie w zakresie należności za prace dodatkowe zarzucając, że żadnych prac dodatkowych, za które nie zapłacono, powód nie wykonał.

Z ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Okręgowy w Legnicy wynika, iż powód (...) Spółka z o.o. w G. w dniu 8 lipca 2010 roku zawarł z pozwanym Powiatem (...) umowę nr (...), mocą której powód zobowiązał się do wykonania termomodernizacji zespołu szkół za wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 1.603.914,35 zł brutto. Termin wykonania przedmiotu umowy ustalono na dzień 3 listopada 2010 roku.

Przed podpisaniem umowy w dniu 10 czerwca 2010 roku ukazało się ogłoszenie, a w dniu 25 czerwca 2010 roku upływał termin do zgłaszania ofert w ramach zamówień publicznych. Oferta powoda została przyjęta przez stronę pozwaną. Przed jej zgłoszeniem powód miał możliwość zapoznania się z warunkami umowy, projektem, przedmiarem oraz z terenem budowy. Przed zgłoszeniem oferty powód nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń odnośnie umowy, projektu lub przedmiaru.

Następnie w dniu 5 października 2010 roku między tymi samymi stronami została zawarta umowa nr (...) o wykonanie robót dodatkowych, polegających na wyrównaniu płaszczyzn zewnętrznych budynku szkoły. Powiat (...) zobowiązał się zapłacić za wykonanie prac dodatkowych wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 54.054,12 zł brutto, a termin realizacji przedmiotu umowy ustalono na dzień 3 listopada 2010 roku.

Obie umowy przewidywały kary umowne, m.in. za zwłokę w wykonaniu umowy w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki oraz w wysokości 10% wynagrodzenia brutto przedmiotu umowy za nie dotrzymanie obowiązków wykonawcy określonych w § 5 umowy – w tym, za niezrealizowanie prac budowlanych zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym.

Umowa stron była finansowana ze środków unijnych, zgodnie z umową o dofinansowanie nr (...), mocą której beneficjentem środków przeznaczonych na termomodernizację obiektów użyteczności publicznej Powiatu (...) był pozwany powiat.

W dniu 8 lipca 2010 roku Powiat (...), reprezentowany przez głównego specjalistę Wydziału Infrastruktury Powiatu w Starostwie Powiatowym w G. M. D. w obecności inspektorów nadzoru D. G. (branża budowlana), S. Ś. (branża elektryczna) i J. K. (branża instalacyjna) oraz J. Z. - dyrektora szkoły, E. M. - kierownika gospodarczego szkoły, przekazali powodowi reprezentowanemu przez R. K., prokurenta i J. T., kierownika budowy – plac budowy. Przekazano również dziennik budowy.

W dniu 13 lipca 2010 roku przystąpiono do prac na terenie budowy. W tej dacie stwierdzono, że przed dociepleniem piwnic zachodzi konieczność rozbiórki opaski betonowej po obwodzie budynku. Ta praca nie została wymieniona w przedmiarze robót, występuje natomiast w projekcie budowlano-wykonawczym. O konieczności wykonania skucia betonów zawiadomiono inwestora. W dniu 16 lipca 2010 roku przystąpiono do prac związanych ze skuciem opaski

betonowej. Prace związane ze skuciem betonów wykonano, a ich koszt wykonawca wycenił na kwotę 32.325,64 zł brutto.

Od rozpoczęcia budowy do 30 sierpnia 2010 roku obowiązki kierownika budowy pełnił J. T., którego z dniem 1 września 2010 r. zastąpił M. M.. Obowiązki inspektora nadzoru wykonywał J. K., który kilkakrotnie dokonał wpisów w dzienniku budowy o zagrożeniu terminu realizacji umowy. W kolejnych składanych Starościę Powiatu raportach miesięcznych inspektor nadzoru informował o zagrożeniu terminu realizacji umowy oraz wskazywał na konieczność zwiększenia potencjału wykonawczego na budowie,

W dniu 20 września 2010 roku powód wystąpił do pozwanego o uznanie robót dodatkowych w zakresie równania ścian, montażu kapinosów nad oknami i wylewki parapetów, wyceniając te prace na kwotę 70.980,76 zł. Wykonawca wystąpił również o zmianę sposobu obróbki okien. Protokołem konieczności uznano konieczność wykonania pracy dodatkowej w zakresie równania ścian, określając jej wartość na kwotę 54.054,12 zł. Zakwestionowano konieczność wykonania pozostałych wnioskowanych prac. Ustalono termin realizacji robót dodatkowych na dzień 3 listopada 2010 roku. Wartość prac związanych z zastosowaniem innej metody obróbki okien, rzeczywiście wykonanych przez powoda, wyniosła 23.548,17 zł brutto.

W okresie realizacji umowy stwierdzono, że ilość okien określona obmiarem jest za mała w stosunku do ilości rzeczywistej, brakowało 9 okien, które wykonawca dodatkowo zamówił i zamontował. Pozwany Powiat (...) nie uznał montażu tych okien za robotę dodatkową. Wartość prac związanych z montażem tych okien wyniosła 10.174,06 zł brutto.

W dniu 3 listopada 2010 roku powód zgłosił pozwanemu przedmiot umowy do odbioru, informując o wykonaniu zadania. Powołana przez pozwanego komisja w dniu 15 listopada 2010 roku stwierdziła, że inwestycja nie została zakończona, nadal trwają roboty dociepleniowe, brak jest wyprawy elewacyjnej na cokole budynku szkoły oraz parapetów zewnętrznych okien piwnicznych, a teren wokół obiektu nie jest uporządkowany przez wykonawcę.

W dniu 24 listopada 2010 roku powód wystąpił do pozwanego o przedłużenie terminu wykonania inwestycji: z dnia 3 listopada 2010 roku na dzień 10 grudnia 2010 roku. Wniosek załatwiono odmownie.

Realizacja umowy zasadniczej oraz umowy o roboty dodatkowe opóźniła się o 23 dni, zakończenie robót nastąpiło w dniu 26 listopada 2010 roku. Obie umowy zostały zrealizowane prawidłowo, odbiór nastąpił bez zastrzeżeń. Uznano, że zakres robót jest zgodny z umową projektem i kosztorysem. Powód wystawił trzy faktury na kwoty 851.495 zł, 752.419,35 zł i 54.054,11 zł, obejmujące całą należność za wykonanie przedmiotu umowy zasadniczej i umowy dodatkowej.

Dwoma notami obciążeniowymi z dnia 9 grudnia 2010 roku nr (...) i (...) pozwany obciążył powódkę karami umownymi: w kwocie 344.841,59 zł z umowy podstawowej i 11.621,64 zł z umowy o roboty dodatkowe. Należności z przedłożonych faktur strona pozwana wypłaciła powódce z potrąceniem kar wynikających z obu not obciążeniowych.

W dniu 23 lutego 2011 roku powód przesłał pozwanemu Fakturę Proforma (...) na kwotę 66.589,25 zł brutto, obejmującą wartość prac w zakresie wymiany okien, obudowy ościeży okien i robót rozbiórkowych przy fosie. Równocześnie z wezwaniem pozwany odesłał bez realizacji obie noty obciążeniowe z dnia 9 grudnia 2010 roku.

W dniu 28 lutego 2011 roku Powiat (...) otrzymał od (...) Spółki z o.o. w G. wezwanie do zapłaty kwoty 385.621,07 zł tytułem zwrotu kar umownych potrąconych z należności powoda za roboty budowlane oraz tytułem nie zapłaconych należności określonych Fakturą Proforma nr (...) – w terminie 7 dni.

W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy w Legnicy uznał, iż powództwo zasługiwało na częściowe uwzględnienie. Niesporne w sprawie było, że powód wykonał roboty budowlane objęte dwoma umowami: (...)-(...) z dnia 8 lipca 2010 roku i (...)-(...) z dnia 5 października 2010 roku – 23 dni po terminie umownym, co upoważniało pozwanego do naliczenia kar umownych. Nie kwestionowano, że roboty zostały wykonane prawidłowo. Zasadność i wysokość wynagrodzenia

należnego powodowi z tytułu wykonania obu umów, objęta zakresem wystawionych kolejnych faktur VAT nr (...), nie była kwestionowana.

Powód twierdził równocześnie, że wykonał prace dodatkowe, polegające na skuciu opaski betonowej wokół budynku, wykonaniu obróbki okien oraz wstawieniu dodatkowych 9 okien, za które to prace nie otrzymał wynagrodzenia w łącznej wysokości 66.047,87 zł. Zarzucił również, że obciążenie go karami umownymi w wysokości odpowiadającej 21,5% wartości brutto robót zasadniczych i dodatkowych jest nadmierne w stosunku do opóźnienia w wykonaniu robót wynoszącego 23 dni.

Pozwany podniósł, że wszelkie należności z tytułu obu umów zostały między stronami prawidłowo rozliczone, albowiem wskazane przez powoda prace nie stanowiły prac dodatkowych, a zatem ryczałtowe wynagrodzenie wypłacone powodowi obejmuje również należność z tytułu ich wykonania.

Istota sporu sprowadza się do ustalenia:

1/ czy skucie opaski betonowej wokół budynku, obróbka okien oraz wymiana dodatkowych 9 okien stanowiły prace dodatkowe nie objęte umową stron, a zatem czy uzasadnione są roszczenia powoda o zapłatę należności z tego tytułu?

2/ czy naliczenie przez stronę pozwaną kar umownych było uzasadnione co do zasady i wysokości?

Na to pierwsze pytanie Sąd Okręgowy odpowiedział przecząco, co nie spotkało się z zarzutami apelacyjnymi stron. W odpowiedzi na drugie z kolei pytanie Sąd Okręgowy zauważył, że stosownie do § 15 pkt 3a i 3d umowy zasadniczej ((...)-(...)) z dnia 8.07.2010 r.) i §14 pkt 3a i 3 d umowy dodatkowej ((...)-(...)) z dnia 5.10.2010 r.) wykonawca zapłaci kary umowne:

1/ za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki,

2/ za niedotrzymanie obowiązku realizowania prac budowlanych zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym, określonym w załączniku nr 1 do umowy, w wysokości 10% wynagrodzenia brutto przedmiotu umowy.

Niesporne w sprawie było, że powód wykonał roboty objęte umową zasadniczą i umową dodatkową w dniu 26 listopada 2010 roku tj. 23 dni po terminie umownym, co uprawniało pozwanego do naliczenia kar umownych.

Powód nie kwestionował zasady naliczenia kar umownych za opóźnienie w wykonaniu umowy zasadniczej. Twierdził jednakże, że ich wysokość jest nadmierna i kara powinna zostać obniżona do wartości 0,1 % wartości umowy za jeden dzień zwłoki. Wskazując, że umowa powinna zawierać kary równoważne dla obu stron, powód domagał się miarkowania tej kary zgodnie z art. 484 § 2 k.c. Stosownie do dyspozycji tego przepisu, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, lub gdy kara jest rażąco wygórowana dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej.

Przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało, że powód zawierając umowę nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń do jej treści przy podpisaniu umowy. Powód jako profesjonalista znał zasady i godził się na warunki wynikające z podpisanego kontraktu. W toku realizacji umowy, jak wynika z zeznań stron oraz świadka M. D. i D. G. wielokrotnie podkreślano, że istnieje zagrożenie terminu wykonania umowy. Powód twierdził, że umowy dotrzyma, nie wystąpił nawet – w toku realizacji umowy – o przedłużenie terminu jej wykonania. Taki wniosek został złożony dopiero po upływie terminu wynikającego z umowy. W tej sytuacji nie znalazł Sąd Okręgowy żadnych okoliczności, które uzasadniałyby odstąpienie od naliczenia przez pozwanego kar umownych, przewidzianych w umowie zasadniczej z tytułu opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy. Z tych powodów naliczenie kar umownych za 23 dni zwłoki w wykonaniu umowy zasadniczej w kwocie 184.450,16 zł uznał Sąd Okręgowy za zasadne.

W odniesieniu do naliczenia kar umownych za zwłokę w wykonaniu umowy dodatkowej powód podniósł, że opóźnienie było następstwem okoliczności, za które nie odpowiada, bo termin wykonania robót był krótki, przypadał na okres, gdy występowały niekorzystne warunki atmosferyczne w postaci niskich temperatur i opadów.

Zakres odpowiedzialności z tytułu kar umownych pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontaktowej, przewidzianej w art. 471 k.c., z tym że nie jest konieczne wykazywanie szkody. To oznacza, że zastrzeżone przez strony kary należą się we wszystkich przypadkach opóźnienia wykonania zobowiązania, bez względu na przyczyny naruszenia obowiązku kontraktowego przez dłużnika. Odpowiedzialność z art. 471 k.c. oparta jest bowiem na domniemaniu winy. Dłużnik może się jednak zwolnić z tego obowiązku, jeżeli wykaże, że opóźnienie jest następstwem okoliczności za które nie ponosi odpowiedzialności. Tym samym istota rozstrzygnięcia o naliczeniu kar umownych za opóźnienie w wykonaniu umowy dodatkowej sprowadzała się do oceny wskazanych przez powoda przyczyn spóźnienia w realizacji robót dodatkowych, polegających na wykonaniu prac elewacyjnych.

Przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało, że umowa o prace dodatkowe została podpisana w dniu 5 października 2010 roku. Podpisując umowę w tym czasie, powód - jako profesjonalista - powinien przewidzieć niekorzystne warunki klimatyczne i potraktować termin jej wykonania, albo wystąpić o zmianę umowy w tym zakresie, podnosząc rozsądną argumentację. Takich działań jednak nie podjęto, a to oznacza, że strona powodowa liczyła, że uda się wywiązać z terminu wynikającego z umowy, a zatem podjęła ryzyko ukarania zgodnie z umową. W tej sytuacji – zdaniem Sądu Okręgowego – nie zaistniały okoliczności niezależne od powoda, które mogłyby go uwolnić od odpowiedzialności za zwłokę w wykonaniu umowy dodatkowej. Z tego względu naliczenie kary umownej za 23 dni opóźnienia w wykonaniu umowy dodatkowej w kwocie 6.216,23 zł jest uzasadnione. Równocześnie w ocenie Sądu pozwany nie wykazał, że nastąpiły przesłanki do naliczenia kary umownej za nie realizowanie robót budowlanych niezgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym w wysokości 160.391,43 zł z umowy zasadniczej i 5.405,41 zł z umowy dodatkowej. Analiza dołączonych do obu umów harmonogramów rzeczowo-finansowych nie precyzuje ani kolejności tych prac ani też terminów zastrzeżonych dla wykonania poszczególnych czynności. Jak wynika z zeznań stron i protokołu odbioru, powód wykonał umowę w sposób prawidłowy, nie pomijając żadnego jej elementu. Za opóźnienie w realizacji umowy naliczono stosowne kary umowne, a zatem Sąd Okręgowy nie znalazł argumentów za twierdzeniem, że prace zostały wykonane niezgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym. Za działanie niezgodne z harmonogramem trudno jest przyjąć okoliczności dotyczące obaw osób nadzorujących pracę powoda o dotrzymanie terminu umowy lub zastrzeżenia pod adresem ilości pracujących na budowie pracowników powoda. Te okoliczności niewątpliwie wpłynęły na opóźnienie, jednak nie mogą oznaczać naruszenia harmonogramu rzeczowo-finansowego.

Z tych względów obciążenie powoda karami umownymi za niezrealizowanie prac budowlanych niezgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym w wysokości 165.796,84 zł uznano za bezpodstawne.

W świetle powyższych rozważań Sąd Okręgowy zasądził od pozwanego kwotę 165.796,84 zł tytułem niesłusznie potrąconej kary umownej za rzekome niezrealizowanie harmonogramu rzeczowo-finansowego, oddalając powództwo w pozostałej części jako bezzasadne i zasądzając od pozwanego na rzecz powoda 8.313 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, znosząc wzajemnie dalsze koszty.

Powyższy wyrok zaskarżyły obydwie strony.

Pozwany zarzucił:

1/ naruszenie prawa materialnego:

1. przez niezastosowanie art. 484 § 1 k.c. w zw. z art. 65 § 2 k.c. i art. 353¹ k.c. oraz przez niezastosowanie art. 60 k.c. i art. 65 § 1 k.c. i nieuzasadnione uznanie przez Sąd I instancji, że przedstawione przez pozwanego oba harmonogramy należało sporządzić w inny sposób, nie precyzując w jaki, ale w efekcie odmienny od przedłożonych w sprawie, wbrew zgodnemu zamiarowi stron co do jego kształtu i formy oraz zgodności z przyjętym zwyczajem branżowym w sytuacji, gdy te dokumenty miały istotny wpływ na ocenę zasadności roszczeń między stronami tego sporu;

2. art. 471 k.c. poprzez przyjęcie, że pozwany nie miał prawa naliczenia kar umownych za zrealizowanie robót niezgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym z obu umów, gdy z dniem I instancji, pozwany nie wykazał, że nastąpiły przesłanki do ich naliczenia,

podczas gdy prawo pozwanego do naliczenia tych kar wynika z zastrzeżeń umownych i sprowadza się do braku osiągnięcia wymiernego efektu, tj. ukończenia inwestycji w całości w terminie tam wskazanym, tj. w dniu 03.11.2010 r.;

3. poprzez niezastosowanie art. 498 § 1 i § 2 k.c. poprzez pominięcie faktu, że pozwany dokonał potrącenia kar umownych za zgodą i wiedzą powoda na warunkach wskazanych w umowie podstawowej i umowie o roboty dodatkowe.

2/ naruszenia przepisów postępowania :

1. art. 316 § 1 k.p.c., art. 233 § 1 k.p.c. i art. 231 k.p.c. przez oparcie orzeczenia na ustaleniach sprzecznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, polegającej na bezpodstawnym przyjęciu, że:

a)

a) pozwany nie wykazał zasadności naliczenia kar umownych za zrealizowanie robót budowlanych niezgodnie z harmonogramami rzeczowo-finansowymi obu umów w wysokości 160.391,43 zł z umowy zasadniczej (podstawowej) i w wysokości 5.405,41 zł z tytułu umowy na roboty dodatkowej, zarzucając, że pozwany nie precyzuje w tych harmonogramach ani kolejności prac ani też terminów zastrzeżonych dla wykonania poszczególnych czynności, podczas gdy oba harmonogramy w rzeczywistości te elementy posiadają,

b) harmonogram rzeczowo-finansowy powinien być bardziej precyzyjny, nie wskazując na czym ta precyzyjność powinna polegać, podczas gdy harmonogramy te były bezsporne, gdzie zgodnie ze stosowanym na zasadzie dobrowolności w branży budowlanej zwyczajem jest posługiwanie się schematem podanym normach (...) do (...), w których przewidziano, aby ujmował on elementy robót składające się na uzyskanie terminowego efektu końcowego zadania, przedstawiał graficzny obraz przebiegu realizacji planowanego przedsięwzięcia inwestycyjnego w czasie i składał się m.in. z trzech zasadniczych części obejmujących zestawienie zadań rzeczowo-finansowych, graficznego przebiegu zadania i planu zadań finansowych,

c) powód wykonał umowę w sposób prawidłowy, skoro nie pominął żadnego z elementu robót, podczas gdy podstawą do naliczenia kar z obu umów ze względu na zrealizowanie robót budowlanych niezgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym w wysokości 160.391,43 zł z umowy zasadniczej i kwoty 5.405,41 zł z tytułu umowy na roboty dodatkowej wynikało z tego faktu, że na 03.11.2010 r. inwestycja nie była wykonana w całości i nie został osiągnięty efekt końcowy inwestycji w tym właśnie czasie,

d) naliczenie kar umownych ze względu na zrealizowanie robót budowlanych niezgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym z umowy zasadniczej i z tytułu umowy na roboty dodatkowej wynikało z obaw osób nadzorujących pracę powódki o dotrzymanie terminu umowy lub zastrzeżenia pod adresem ilości pracujących na budowie pracowników powódki, gdy tymczasem instytucja kar umownych ze względu na niezrealizowanie robót budowlanych zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym nie jest następstwem opóźnienia w realizacji zadania w oparciu o ilość dni opóźnienia, ale wynika z tytułu ziszczenia się przesłanek wskazanych w obu umowach tj. niewykonania inwestycji w całości na dzień 03.11.2010 r.

2. art. 100 k.p.c. oraz art. 99 k.p.c. w związku z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. poprzez wzajemne zniesienie między stronami kosztów procesu, w sytuacji, gdy taki podział jest nieuzasadniony skoro istnieje znaczna różnica kosztów poniesionych przez każdą ze stron oraz różnica w kosztach, jaką każda ze stron powinna ponieść wskutek ostatecznego wyniku procesu wynosi tj. 43: 57%,

3. art. 328 § 2 k.p.c. – poprzez niewskazanie w uzasadnieniu wyroku sposobu i przyczyn, z powodu których Sąd I instancji dokonał zniesienia kosztów zastępstwa adwokackiego, ograniczając się jedynie do wskazania podstawy prawnej rozstrzygnięcia, skoro strona powodowa wygrała proces w 43 %, zaś strona pozwana w 57 %.

Mając powyższe na uwadze, pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu w całości za obie instancje, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, przy uwzględnieniu kosztów postępowania apelacyjnego.

Powód zarzucił:

- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego poprzez odmowę dokonania zmniejszenia – miarkowania kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy z wysokości 0,5 % do wysokości 0,1 % jako rażąco wygórowanej, jak również z uwagi na fakt, że zobowiązanie powoda do wykonania zadania objętego umową zostało w znacznej części wykonane do umownego dnia zakończenia realizacji zadania.

Mając powyższe na uwadze powód wniósł o zmianę orzeczenia Sądu I instancji w pkt III i zmniejszenie kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy z wysokości 0,5 % do wysokości 0,1 % i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 147.560,13 zł (sto czterdzieści siedem tysięcy pięćset sześćdziesiąt złotych 13/100) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 28.02.2011 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie kosztów procesu za obie instancje.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Obie apelacje podlegają oddaleniu. Jeśli chodzi o apelację powoda, to w jego ocenie jedynym i prawidłowym ustaleniem powinien być fakt, że roszczenie powoda o zapłatę kwoty 147.560,13 zł wraz z ustawowymi odsetkami od 28 lutego 2011 roku tytułem zmniejszenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy z wysokości 0,5 % za każdy dzień zwłoki do wysokości 0,1%, jest zasadne. Nie można się z tym zgodzić. Strony uczestniczące w ubieganiu się o zamówienie publiczne, w tym powód, miały realną możliwość zakwestionowania warunków umowy, a w szczególności rodzaj i wysokość kar umownych. Kwestionowanie tego uprawnienia na etapie postępowania sądowego jest nieuzasadnione i przeczy obowiązującym w tym zakresie przepisom ustawy – Prawo zamówień publicznych. Częścią składową Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia był projekt umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle art. 38 ustawy – Prawo zamówień publicznych, powód miał możliwość zwrócenia się o wyjaśnienie wszystkich kwestii tam zawartych, w tym dotyczących kar umownych uregulowanych w umowie. Nikt z uczestników postępowania, w tym powód, nie zakwestionował warunków umowy i nie podnosił, że kara umowna w wysokości 0,5 % wartości przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki jest wygórowana. Strona pozwana uregulowała kary umowne zgodnie ze zwyczajami przyjętymi w branży budowlanej. Skoro strony zawarły umowę o roboty budowlane po przeprowadzeniu przetargu w trybie przepisów o zamówieniu publicznym, podstawą do określenia treści umowy była sporządzona przez powoda oferta z dnia 24 czerwca 2010 roku zgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). W niej zawarte były wszystkie elementy przyszłego kontraktu i wymogi, jakim miał sprostać powód przy realizacji zamówienia. Zawarcie umowy nastąpiło według umowy stanowiącej załącznik do SIWZ, do której załączono harmonogram rzeczowo-finansowy.

Słusznie Sąd I instancji zauważył, a powód nie kwestionuje tego w apelacji, że nie było robót dodatkowych, na które powoływano się w pozwie, a które miały pociągnąć za sobą przedłużenie końcowego terminu wykonania robót. Błędne było przeświadczenie powoda, że wykona zamówienie w terminie i nawet, gdy zdawał już sobie sprawę z tego, iż nie jest w stanie go dochować, nie zwrócił się do pozwanego o prolongatę terminu realizacji zadania. Tylko i wyłącznie z własnego zaniechania powód sprowadził na siebie ryzyko ukarania go karą umowną.

Nie jest prawdą, że Sąd I instancji nienależycie rozpatrzył materiał dowodowy i dokonał wadliwej interpretacji art. 484 § 2 k.c. Wbrew twierdzeniom apelacji, merytoryczna ocena zgromadzonych dowodów jest prawidłowa i nie budzi wątpliwości. Słusznie Sąd I instancji zauważył, że w niniejszej sprawie nie ma zastosowania wskazany przepis. Fakt ten niezbitym jest, że powód, opóźniając się z rozpoczęciem robót, powinien był jako profesjonalista przewidzieć niekorzystne warunki klimatyczne w końcowej fazie robót. Natomiast pozwany w żaden sposób nie przyczynił się do opóźnienia w realizacji zamówienia przez powoda. Nie jest prawdą również, że powód nie miał możliwości wpłynięcia na zapisy w projekcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Nie można bowiem mylić faktu złożenia oferty,

do której składa się oświadczenia i akceptuje projekt umowy, z etapem przed złożeniem oferty, kiedy to podmioty zainteresowane udziałem w przetargu publicznym na podstawie art. 38 ustawy – Prawo zamówień publicznych mogą składać zapytania do zamawiającego i wpływać na treść SIWZ, w tym na projekt umowy.

Kara umowna jest należna pozwanemu także wtedy, gdy nie poniósł szkody, tym bardziej, że pozwany nie przyczynił się do jej powstania lub zwiększenia. Wręcz przeciwnie, to po stronie powoda wystąpił brak współdziałania z pozwanym i uznanie jego roszczenia o miarkowanie zapłaconej kary umownej poprzez obniżenie jej dziennej stawki z 0,5 % do 0,1 %, byłoby uznaniem jego nierzetelnego postępowania. Naruszyłyby to słuszny interes pozwanego oraz funkcję stymulacyjną, dyscyplinującą i represyjną kary umownej.

Kara umowna miała chronić nie tylko słuszny interes pozwanego, ale przede wszystkim interes placówki oświatowej, tj. Zespołu Szkół z Oddziałami Integracyjnymi w G., w której uczą się dzieci niepełnosprawne wymagające szczególnej troski i opieki. Roboty termomodernizacyjne były prowadzone w czynnym obiekcie i takie prace jak wymiana stolarki okiennej, miały być realizowane w okresie wakacji, podczas nieobecności dzieci w szkole tak, aby nie narażać je na utrudnienia i dezorganizację pracy dydaktycznej. Z powodu opóźnienia w rzeczywistym rozpoczęciu robót wymiana stolarki okiennej przypadła na okres jesienny, a dzieci były nieustannie przenoszone z klasy do klasy celem przyspieszenia i umożliwienia powodowi wykonania robót. Pozwany czuł się w obowiązku, zarzucając powodowi złą organizację pracy, stale go monitorować. Z tych względów miarkowanie kary byłoby sprzeczne z art. 5 k.c. Byłoby nadużyciem prawa podmiotowego miarkowanie kary umownej w sytuacji, gdy nie tylko ewidentnie sam powód przyczynił się do opóźnień w wykonaniu robót, ale również w wyniku jego zaniedbań ucierpiał słuszny interes pozwanego oraz placówki oświatowej i uczących się w nich dzieci.

Postępowanie powoda na pewnym etapie było nieuczciwe. W dniu 3 listopada 2010 roku za powoda R. K. osobiście zgłosił wykonanie robót na obiekcie i wezwał pozwanego do ich odbioru, w sytuacji, gdy do tego się nie kwalifikowały. Pozwany zakwestionował zasadność zgłoszenia zakończenia robót, wskazując powodowi na niewykonanie szeregu istotnych prac. Znamienne, że powód nie kwestionował zastrzeżeń pozwanego, dokonując wpisu do dziennika budowy w dniu 15 listopada 2010 roku, prawie dwa tygodnie po zgłoszeniu robót, że ich opóźnienie jest wynikiem robót dodatkowych i złej aury. Okoliczności te strona pozwana zakwestionowała.

Przechodząc teraz do apelacji pozwanego należy zauważyć, iż domaga się on zatrzymania kary umownej w wysokości zasądzonej od niego do zwrotu, z tym uzasadnieniem, że zgodnie z § 15 ust. 3 pkt d powód nie dotrzymał obowiązków określonych w § 5, przez co powinien zapłacić karę umowną w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto przedmiotu umowy określonego w § 8 ust. 1. Zgodnie z § 5 umowy, powód zobowiązany był realizować prace budowlane zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym określonym w załączniku nr 1 do niniejszej umowy. Konieczność zasądzenia na jego rzecz kary umownej z tego tytułu pozwany tłumaczy przekroczeniem terminu zakończenia zadania: 3 listopada 2010 roku. Z harmonogramu rzeczowo-finansowego nie wynikają inne terminy, np. odnoszone do poszczególnych robót cząstkowych, z uchybieniem których powód miałby zapłacić karę umowną w wysokości 10 % wartości przedmiotu robót. A skoro tak, to ponowne zasądzenie kary umownej za przekroczenie terminu zakończenia robót natrafia na zarzut miarkowania kary umownej. Powód nazywa to dwukrotnym obciążeniem go karą umowną za to samo uchybienie – przekroczenie o 23 dni terminu zakończenia robót, a Sąd Apelacyjny, zwalniając powoda z obowiązku zapłaty kary umownej z § 15 ust. 3 pkt d umowy dokonał miarkowania kary umownej w ten sposób, że zasądził karę umowną z §15 ust. 3 pkt a umowy (za 23 – dniową zwłokę powoda w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5 % wynagrodzenia brutto określonego w §8 ust. 1 za każdy dzień zwłoki), a oddalił żądanie zasądzenia kary umownej z §15 ust. 3 pkt d za niedotrzymanie terminu określonego w §5 umowy.

Jednocześnie pozwana zarzuciła bezpodstawne wzajemne zniesienie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu I instancyjnym. Rzuciła niesłusznie, gdyż powód utrzymał się ze swym roszczeniem w 43%, co stanowi poziom przy którym można znieść wzajemne koszty postępowania.

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego uzasadniają przepisy art. 385 i 100 k.p.c.

bp