

Sygn. akt V ACa 229/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 maja 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – Wydział V Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Renata Artska
Sędziowie:	SA Artur Lesiak (spr.) SA Katarzyna Przybylska
Protokolant:	stażysta Anna Machajewska

po rozpoznaniu w dniu 21 maja 2013 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa L. M. (1)

przeciwko Ł. R.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w (...)

z dnia 24 stycznia 2013 r. sygn. akt VI GC 95/12

I. zmienia zaskarżony wyrok:

a) w punkcie II (drugim) o tyle tylko, że zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 37 636 (trzydzieści siedem tysięcy sześćset trzydzieści sześć) złotych wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 9 grudnia 2011 r. do dnia zapłaty, oddalając powództwo w pozostałej części,

b) w punkcie III (trzecim) w ten sposób, że zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 2 525 (dwa tysiące pięćset dwadzieścia pięć) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;

II. oddala apelację powoda w pozostałym zakresie oraz apelację pozwanego;

III. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 2 307 (dwa tysiące trzysta siedem) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Na oryginale właściwe podpisy

Sygn. akt V ACa 229/13

UZASADNIENIE

Powód L. M. (1) wystąpił przeciwko pozwanemu Ł. R. z powództwem o zapłatę kwoty 190.654, 40 zł. z odsetkami ustawowymi od dnia 28 czerwca 2011 r. i kosztami procesu. W uzasadnieniu pozwu powód twierdził, że pozwany wykonał zlecone mu umową z 15 września 2009 r. prace drogowe z opóźnieniem w stosunku do umówionego terminu robót przypadającego na 30 września 2010 r. Z uwagi na opóźnienie w wykonaniu robót powód wyliczył kary umowne za opóźnienie, którymi obciążył pozwanego w kwocie dochodzonej pozwem.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym pozwany wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie na jego rzecz od powoda kosztów procesu. Pozwany podniósł, że nie mógł wykonać całości prac w terminie z powodu opóźnień w udostępnieniu mu przez powoda frontu robót. Prace drogowe zgłosił do odbioru 16 listopada 2010 r. Pozwany zajął stanowisko, że usterki wymienione w protokole z 30 grudnia 2010 r. usunął w wyznaczonym terminie.

W piśmie procesowym z 27 listopada 2012 r. powód cofnął pozew wraz ze zrzeczeniem się roszczenia w zakresie odsetek za opóźnienie od dochodzonej pozwem kwoty za okres od dnia 28 czerwca 2011 r. do dnia 8 grudnia 2011 r.

Wyrokiem z dnia 24 stycznia 2013 r. Sąd Okręgowy w (...) zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 31.401 zł z o z odsetkami ustawowymi od dnia 9 grudnia 2011 r. do dnia zapłaty, oddalił powództwo w pozostałej części oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 887, 20 zł tytułem kosztów procesu.

Powyższe rozstrzygnięcie zostało wydane w oparciu o następujące ustalenia i rozważania Sądu I instancji:

W dniu 14 stycznia 2009 r. między W. A. M. Oddział (...) w B. (inwestorem) a powodowym liderem konsorcjum firm Zakład (...) „L., L. M. (1) i „ (...), M. K. (wykonawca) została zawarta umowa nr (...), na podstawie której konsorcjum zobowiązało się wykonać zadanie inwestycyjne p.n., wykonanie zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. (...) w B.,,. Całość zadania-zgodnie z umową- miała być zrealizowana w dwóch etapach w ciągu 22 miesięcy od jej zawarcia t.j. do końca m-ca listopada 2010 r. W celu realizacji przedmiotu umowy powód w okresie od lutego 2009 r. do sierpnia 2010 r., zawarł umowy z szeregiem podwykonawców, w tym z pozwanym Ł. R.-właścicielem firmy (...) w T..

W umowie z 15 września 2009 r. zawartej z pozwanym postanowiono, że pozwany wykona roboty drogowe, w tym chodniki, pieszojezdnie, miejsca postojowe, placyki gospodarcze i opaski wokół budynków w dwóch etapach: I etap z terminem realizacji do 31 stycznia 2009 r. obejmował prace wokół budynków nr (...), a II etap-wokół budynków (...) miał być zakończony do 30 września 2010 r. W § 6 postanowiono, że przedmiot umowy będzie przedmiotem odbioru końcowego (ust. 1), wady ujawnione w toku czynności odbiorowych uprawniają powoda do odmowy odbioru do czasu ich usunięcia (ust. 3). Strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe i zastrzegły kary umowne m.in. za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy. Wszystkie prace prowadzone były na placu budowy o wielkiej powierzchni, liczącej prawie 2 ha.

Pozwany przystąpił do realizowania II etapu robót drogowych w m-cu maju 2010 r. pomimo, że ich rozpoczęcie planował po ustąpieniu przymrozków wczesną wiosną. W tym czasie, do września 2010 r. powód wykonywał jeszcze prace ziemne, co powodowało obawy pozwanego związane z dotrzymaniem umownego terminu wykonania umowy i przekonanie, że „powodowi nie zależało, „żebyśmy wcześniej zaczęli prace, bo mówił, że nie ma pieniędzy”. Te prace ziemne, zgromadzone na terenie budowy hałdy ziemi i gruz utrudniały prowadzenie robót drogowych.

Wobec opóźnień w wykonywaniu robót powierzonych pozwanemu i upływu terminu ich wykonania, jesienią 2010 r. powód-celem uniknięcia skutków ew. opóźnień wobec inwestora -, przystąpił do wykonania niektórych prac drogowych we własnym zakresie i prac poprawkowych w tych, które wcześniej wykonywał pozwany. Wykonał opaski wokół budynku nr (...) w całości, naprawił opaski z kostki wokół budynków (...) i obrzeża trawnikowe. Niewykonane zgodnie z harmonogramem niektóre prace drogowe uniemożliwiały wykonanie innych prac, jak „położenie zieleni,,

przy budynkach (...). W Święto Narodowe, w dniu 11 listopada 2010 r. pracownicy powoda i pozwanego pracowali wspólnie przy układaniu opasek wokół budynku nr (...).

W dniu 26 października 2010 r. św. A. P. pełniący funkcję kierownika budowy w imieniu powoda sporządził notatkę stwierdzającą, że umówione prace drogowe nie zostały wykonane w 100%, co uniemożliwia ich odbiór. Brakowało znaków drogowych, występowały miejscowe uszkodzenia krawężników drogowych oraz obrzeży i nieumocowane kostki betonowe przy wejściach do portali klatek schodowych. Pod notatką znajduje się odrębna adnotacja świadka A. P. o zapoznaniu z jej treścią świadka R. R. (1)-ojca pozwanego i jego pełnomocnika oraz doręczeniu mu ksero notatki.

Pismem z 16 listopada 2010 r. pozwany zgłosił prace drogowe do odbioru.

W notatce z 10 grudnia 2010 r. powód stwierdził nienależytą jakość tych robót, w związku z czym do wykonania pozostało: uzupełnienie spoin w krawężnikach drogowych i pomiędzy obrzeżami trawnikowymi, podniesienie zapadniętych płyt ażurowych parkingowych, poprawa mocowania znaków drogowych i poprawa ułożenia kostki betonowej przy wycieraczkach stalowych na wejściach do budynku oraz ułożenie krawężników zamykających przy dwóch wjazdach na teren osiedla.

Protokołem nr (...) z 30 grudnia 2010 r. strony wspólnie dokonały przeglądu robót wykonanych w grudniu 2010 r. W protokole rzeczowo-finansowym zaawansowania robót wymienione zostały usterki, w tym również objęte notatką z 10 grudnia 2010 r. Termin usunięcia tych usterek wyznaczono na 26 kwietnia 2011 r.

Na ponad miesiąc przed sporządzeniem protokołu z 30 grudnia 2010 r. kierownik budowy powoda św. A. P., obok daty 15.11.2010 r. zamieścił w dzienniku budowy wpis o treści: „, zakończono prace zewnętrzne na terenie budowy. Ustawiono małą architekturę oraz wykonano drogi dojazdowe zgodnie z projektem. Zgłaszam teren zewnętrzny do odbioru”. Wpis ten został potwierdzony przez inspektora nadzoru św. E. T..

Po 30 grudnia 2010 r. pozwany część usterek usunął. Naprawiał m.in. uszkodzone płyty ażurowe na parkingu.

Nie było technologicznych przeszkód do jednoczesnej realizacji robót polegających na układaniu opasek wokół budynku i elewacji. Przeszkody nie stanowiło rusztowanie umieszczone przy tylnej ścianie jednego z budynków(nr (...)) ze względu na prawie metrową odległość od miejsca układania opasek. Jeżeli zdarzały się przestoje, to wywołane warunkami atmosferycznymi.

W relacjach między inwestorem-WAM a powodem ustalono, że z uwagi na panujące warunki atmosferyczne nie jest możliwy odbiór jakościowy m.in. robót drogowych, co nastąpi z końcem kwietnia 2011 r.

Wiosną 2011 r. powód wezwał pozwanego do dokończenia usuwania usterek poprzez: zamknięcie krawężnikiem drogowym lub obrzeżem wjazdów na teren osiedla, dokończenie szpachlowania krawężników na łukach, poprawne ułożenie płyt ażurowych w miejscu zdemontowanej RB i naprawę miejscowych zaniżeń płyt ażurowych i wyznaczył mu w tym celu termin do 9 maja 2011 r.

W odpowiedzi udzielonej pismem z 7 maja 2011 r. pozwany oświadczył, że prace poprawkowe wykonał w określonym terminie do 26 kwietnia 2011 r.

Sytuacja ta, ze względu na zagrożenie obciążenia powoda przez inwestora karami umownymi za zwłokę, spowodowała wysłanie pozwanemu do wiadomości pisma inwestora z 9 maja 2011 r., a po 9 maja 2011 r. powód poinformował pozwanego, że przystąpi do dokonania napraw we własnym zakresie. Gdy chodzi o usterkę polegającą na miejscowym zaniżeniu płyt ażurowych, pozwany zajął stanowisko, że jest ono wynikiem niewłaściwej eksploatacji parkingu przeznaczonego dla aut osobowych, podczas gdy użytkowane były w okresie budowy przez auta typu TIR.

Powód wykonywał prace poprawkowe w okresie od 9 do 20 maja 2011 r. i zapowiedział obciążenie pozwanego kosztami tych prac. Prace te polegały na szpachlowaniu krawężników, poprawnym ułożeniu kostki, obrzeży, płyt ażurowych na parkingach, położeniu ziemi, zasianiu trawy

Pismem z 13 czerwca 2011 r. pozwany działając przez profesjonalnego pełnomocnika wyraził gotowość podpisania protokołu odbioru robót drogowych, od czego powód uzależnił wypłatę reszty wynagrodzenia wg faktur pozwanego nr nr (...) i (...) (dochodzonych obecnie na drodze sądowej w odrębnym postępowaniu przed Sądem Rejonowym w (...) w sprawie o sygnaturze V GC (...) v. protokół z rozprawy k. 120), co nie spotkało się z akceptacją powoda, który pismem z 20 czerwca 2011 r., z uwagi na zastępcze usunięcie usterek, uznał spotkanie stron na budowie za zbędne.

Odrębnym pismem z 20 czerwca 2011 r. powód poinformował pozwanego o obciążeniu go karą umowną z tytułu nieterminowego wykonania przedmiotu umowy w kwocie 463.746, 40 zł. (za 221 dni od 1 października 2010 r. do 9 maja 2011 r. wg. stawki dziennej 2.098, 40 zł. stanowiącej 0,2% wartości umowy) na podstawie noty księgowej z tej samej daty. Pismem z 20 kwietnia 2012 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kary umownej w tej wysokości.

Odbiór robót drogowych pod względem jakości przez inwestora nastąpił w dniu 10 października 2011 r.

W nin. postępowaniu powód przedstawił wyliczenie kary umownej na podstawie § 9 ust. 1 umowy za okres opóźnienia od 1 października 2010 r. do 20 maja 2011 r. (232 dni) wg. stawki dziennej 2.098, 40 zł. Mając jednak na uwadze przesłanki miarkowania kary umownej z art. 484 k.c., powód ograniczył swoje żądanie z tytułu kar za opóźnienie do równowartości 91 dni opóźnienia tj. do kwoty dochodzonej pozwem uznając ją za „utrzymaną w rozsądnych granicach”.

Przedstawiony wyżej stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie przedłożonych przez obie strony dokumentów i zeznań świadków zawnioskowanych przez strony, które w znacznej części były zbieżne i wzajemnie uzupełniały się w kwestiach związanych z wykonywaniem umowy z wyjątkiem dotyczącym przyczyn opóźnień w jej wykonaniu. Zasadnicze znaczenie - ze względu na pełnioną na budowie nie tylko w relacjach z pozwanym, ale przede wszystkim z inwestorem - dla tej spornej między stronami okoliczności miały zeznania świadka A. P. (2)- kierownika robót ze strony powoda, który zeznając o opóźnieniach w wykonywaniu robót drogowych, nie wskazał na konkretną ich przyczynę, zaprzeczając jednak, by stanowiły ją „inne prace wykonywane na tym zadaniu np. położenie elewacji (co związane było z ustawieniem przy budynkach rusztowań) czy zieleni”. Podobnie zeznawali świadkowie-pracownicy powoda: P. W., A. F. i R. M.. Ze względu na te opóźnienia, już po upływie umownego terminu wykonania prac drogowych, a przed nadchodzącym terminem wykonania całego zadania inwestycyjnego, do prowadzenia robót drogowych i usuwania usterek, dołączyli pracownicy powoda, która to okoliczność wynika z zeznań pracowników obu stron. Zeznanie św. A. P. uzupełniają zeznanie świadka M. K., wg którego „podwykonawca nie dysponował odpowiednią ilością ludzi do prowadzenia prac”. Przyznał jednak, że zdarzały się sytuacje, w których pozwany zgłaszał brak frontu robót, co odbierano jako wymówkę spowodowaną brakiem odpowiedniej do zakresu prac liczby pracowników. Pozostali świadkowie albo nie znali przyczyn opóźnień prac drogowych (świadek P. G.), albo pojawili się na budowie dopiero pod koniec realizacji prac II etapu „, z powodu zagrożenia terminu wykonania robót” (świadek W. W.) lub też w swoich zeznaniach skupiali się na wykonywaniu prac poprawkowych (św. św. R. M., H. S., P. M., E. M., D. Ż.). Z kolei świadkowie będący pracownikami pozwanego w swoich zeznaniach kładli nacisk głównie na brak frontu robót (stojące przy niektórych budynkach rusztowania, hałdy gruzu i ziemi w miejscu, gdzie miały przebiegać prace drogowe (św. D. F., R. K., R. J.: „dopiero przy ostatnim budynku stały rusztowania, wtedy zajęliśmy się innymi pracami, jak sypanie ziemi”, podobnie: R. R. k. 667 i pozwany k. 669).

Sąd Okręgowy uznał, że w świetle tych zeznań, nie ma żadnych podstaw do odmowy wiarygodności zeznaniom świadków, którzy przeszkody w terminowej realizacji robót drogowych upatrywali w braku frontu robót spowodowanego rusztowaniami przy budynku nr (...) (wprawdzie z technologicznego punktu widzenia wg. św. E. T. – inspektora nadzoru, można jednocześnie kłaść elewację i wykonywać opaski wokół budynku, ale niewątpliwie, co przyznał sam powód w swoich zeznaniach, stanowi to przynajmniej utrudnienie) i przedłużającymi się pracami ziemnymi na początku realizacji prac II etapu oraz zaleganiem ziemi i gruzu pod koniec tego etapu (św. R. R. „prace ziemne były prowadzone przez powoda jeszcze we wrześniu 2010 r.”). Ze strony powoda, poza zarzutem zaangażowania niewystarczającej liczby pracowników do robót drogowych, inne przyczyny opóźnienia w dotrzymaniu terminu 30 września 2010 r., nie wynikają ani z zeznań świadków, ani nawet z korespondencji i notatek sporządzanych w czasie realizacji umowy, poświęconych głównie postępowi robót i usterek. O tym, że przynajmniej do daty notatki

powoda z 26 października 2010 r. kwestia tempa robót drogowych i sukcesywnej ich realizacji nie była przedmiotem szczególnej uwagi powoda świadczy, zdaniem Sądu, fakt, o którym wspominał w swoich zeznaniach św. P. G., „nie pamiętam, żeby na naradach organizowanych przez inwestora raz w tygodniu szczególnie mówiło się o robotach drogowych”.

Stosownie do przepisu art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.), co oznacza, że dłużnik może bronić się zarzutem, że niewykonanie (lub nienależyte wykonanie) jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Przedmiot umowy, jaki stanowiły roboty drogowe tzw. „roboty zewnętrzne”- zgodnie z jej treścią- miał być wykonany do 30 września 2010 r. Postępowanie dowodowe w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wykazało, że do tego dnia prace drogowe nie zostały zakończone, co zresztą przyznał pozwany, dla którego protokół z 30 grudnia 2010 r. „ jest równoznaczny z protokołem odbioru”, inaczej niż powód stojący na stanowisku, że w relacjach między stronami odbiór końcowy robót nigdy nie nastąpił z uwagi na jego bezprzedmiotowość w sytuacji, gdy usterki zostały usunięte w maju 2011 r. „siłami” powoda, czemu dał wyraz obciążając pozwanego karami za 232 dni opóźnienia.

Sąd Okręgowy z tym drugim stanowiskiem nie zgodził się. Odbiór wykonanych robót stanowi najbardziej newralgiczną kwestię w realizacji umów o roboty budowlane, z którą wiąże się z jednej strony wymagalność roszczenia wykonawcy o zapłatę umówionego wynagrodzenia, a z drugiej bieg roszczeń zamawiającego z tytułu rękojmi za wady. W orzecznictwie Sądu Najwyższego i w doktrynie przeważa stanowisko, że na gruncie art. 647 k.c. obowiązek odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlane przez zamawiającego istnieje w oderwaniu od jakości wykonanych robót. W konsekwencji zgłoszenia przez pozwanego pismem z 16 listopada 2010 r. gotowości do odbioru prac drogowych, potwierdzonego przez zamawiającego stosownym wpisem do dziennika budowy, pomimo usterek stwierdzonych przez niego notatką z 10 grudnia 2010 r., strony wspólnie przystąpiły do odbioru, co dokumentuje protokół z 30 grudnia 2010 r. zawierający wykaz usterek i termin ich usunięcia do 26 kwietnia 2011 r. Zdaniem Sądu wszystko to przesądza jednoznacznie o dokonaniu przez strony odbioru robót w dniu 30 grudnia 2010 r. pomimo ujawnionych usterek i pomimo odmiennych zastrzeżeń dokonanych przez nie w § 6 umowy. Nie sposób bowiem, racjonalnie rozumując, inaczej ocenić charakteru protokołu z 30 grudnia 2010 r. w sytuacji, gdy -co jest bezsporne- inwestor przystąpił do użytkowania przedmiotu umowy, a kilkumiesięczny termin wyznaczony do usunięcia usterek, bez żadnego uzasadnienia oddaliłby termin odbioru robot drogowych, czy wręcz stanowił pretekst do niedokonania zapłaty wynagrodzenia za roboty.

Reasumując Sąd Okręgowy uznał, że pozwany pozostawał w opóźnieniu w wykonaniu robót drogowych przez okres 91 dni (październik, listopad do 30 grudnia 2011 r.), a wyliczona na podstawie § 9 ust. 1 tiret drugie kara umowna wg stawki dziennej wynoszącej 2.098, 40 zł. kształtuje się w wysokości 190.954, 40 zł., z czego powód dochodzi 190.654,40 zł.

Odnosząc się do zarzutu pozwanego, że opóźnienie jest skutkiem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności trzeba mieć na uwadze, że ciężar dowodu tych okoliczności spoczywa na pozwanym zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu wyrażonym w art. 6 k.c. Okoliczności te zostały udowodnione tylko częściowo poprzez zeznania świadków i pozwanego, którzy wskazywali na utrudnienia w wykonywaniu opasek wokół budynków i usuwaniu we własnym zakresie zgromadzonego gruzu i ziemi w miejscach, gdzie miały być prowadzone roboty drogowe, co miało miejsce jeszcze jesienią 2010 r., jakkolwiek czas trwania tych przeszkód nie został bliżej określony(św. R. R., pozwany); a na początku realizacji prac II etapu, których termin podjęcia nie został w umowie sprecyzowany, także późne przekazanie frontu robót spowodowane kontynuacją prac ziemnych. Ustalenia te pozwalają uznać, że pozwany nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie w wykonywaniu robót drogowych powstałe w miesiącu październiku 2010 r., co oznacza, że należna kara umowna za opóźnienie z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność wynosi kwotę 125.604,- zł. (60 dni opóźnienia). O tym, czy kara umowna w tym rozmiarze jest rażąco wygórowana w rozumieniu art.

484 § 2 k.c. decydują okoliczności konkretnego przypadku. W rozpatrywanej sprawie na rozmiar kary, którą pozwany ma być obciążony, powinien mieć wpływ nie tylko fakt, że do powstania opóźnienia przyczynił się sam zamawiający, ale również, że swoje zobowiązanie pozwany wykonał w przeważającej części, a powód nie poniósł szkody w postaci kar umownych z tytułu opóźnienia wobec inwestora, przy czym wysokości szkody o innym charakterze (w postaci kosztów utrzymania zieleni wg zeznań powoda L. M. k. 666) powód nawet nie wskazał. Nie bez znaczenia jest też okoliczność, że stawka kary umownej za opóźnienie-zgodnie z umową -liczona jest od wartości całego wynagrodzenia ryczałtowego, podczas gdy opóźnienie dotyczy wyłącznie prac II etapu. Z tych wszystkich względów Sąd uznał za uzasadnione obniżenie kary umownej o 75% tj. do kwoty 31.401,- zł.

Kara umowna stanowi surogat odszkodowania należny z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Miarkowanie jej do 25% należnej kary w ocenie Sądu w wystarczającym stopniu niweluje dysproporcję między poniesioną przez powoda szkodą wyrażającą się kosztami utrzymania zieleni, o ile sytuacja taka rzeczywiście miała miejsce, a wysokością kary.

Z tych wszystkich względów na podstawie art. 483 § 1 k.c. zasądzone od pozwanego na rzecz powoda kwotę 31.401,- zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 9 grudnia 2011 r., zgodnie ze zmodyfikowanym przez powoda w piśmie procesowym żądaniem w tym zakresie (art. 481 § 1 k.c.). W pozostałej części powództwo oddalono jako bezzasadne.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 99 i 100 zd. pierwsze k.p.c. stosownie do wyniku sporu przy uwzględnieniu, że powód wygrał sprawę w 16%, a pozwany w 84%.

Powód zaskarżył wyrok apelacją w części dotyczącej punktu II i III oraz wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 190.654,40 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w zapłacie od 9 grudnia 2011 roku do dnia zapłaty oraz kosztami procesu według norm przepisanych, i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych. Ewentualnie wniósł o uchylene wyroku Sądu Okręgowego w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w (...) do ponownego rozpoznania oraz pozostawień temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na uznaniu, że spisanie przez stron protokołu rzeczowo-finansowego zaawansowania robót w dniu 30 grudnia 2010 jest równoznaczne z „wykonaniem przez powoda przedmiotu umowy” w rozumieniu § ust. 1 umowy łączącej strony,
2. naruszenie art. 471 kc poprzez jego bezpodstawne zastosowanie skutkujące uznaniem że pozwany może bronić się zarzutem, że niewykonanie przez niego umowy v terminie jest następstwem okoliczności za które nie ponosi on odpowiedzialności w sytuacji, gdy zgodnie z umową kara umowna należy się powodowi za opóźnienie, a nie za zwłokę w realizacji umowy,
3. naruszenie przez Sąd I instancji art. 233 § 1 kpc, tj. zasady swobodnej oceny dowodów skutkujące bezpodstawnym uznaniem, że strona pozwana częściowo udowodniła, że opóźnienie w wykonaniu przez nią przedmiotu umowy wynikało przyczyn, za które pozwany nie ponosi odpowiedzialności poprzez:

> bezzasadne pominięcie w toku oceny dowodów tych okoliczności i dowodów, które prowadzą do wniosków sprzecznych z przyjętymi przez Sąd I instancji ustaleniami faktycznymi, w tym pominięcie, że **brak jest jakichkolwiek dokumentów potwierdzających wersję zdarzeń pozwanego** oraz **ominięcie zeznań świadków: A. P. (2), M. K., P. W. (2), A. F., R. M. (2) i E. T.**

- bezpodstawne nadanie waloru wiarygodności zeznaniom świadków: D. F., S. K., R. K. (2), R. J. (2) i R. R. (1) bez rzeczowego uzasadnienia tego stanowiska procesowego,

- oparcie oceny materiału dowodowego na skrótowych spostrzeżeniach, nacechowanych schematyzmem, automatyzmem i ogólnikowością, które pozostają w sprzeczności z zasadami logiki i doświadczenia życiowego,
4. naruszenie art. 6 kc w związku z art. 471 kpc poprzez bezzasadne uznanie, że to powód miał wykazać jakie były przyczyny opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy przez stronę pozwaną
5. naruszenie art. 278 kpc poprzez samodzielne dokonanie przez Sąd I instancji ustaleń wymagających wiadomości specjalnych, w tym w szczególności ustalenie, że:
- z technologicznego punktu widzenia rusztowania służące do wykonywania elewacji stanowiły przeszkodę przy kładzeniu opasek wokół budynków,
 - z technologicznego punktu widzenia roboty ziemne uniemożliwiały pozwanemu wykonanie jakichkolwiek prac na budowie,
 - pozwany nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie w wykonaniu robót, które zaistniało w październiku 2010, a więc za dokładnie 30 dni opóźnienia.
6. naruszenie art. 482 § 4 kc poprzez zupełnie dowolne miarkowanie kary umownej do wysokości 25 % jej wartości i nieuwzględnienie:
- faktu, że powód już przed wniesieniem pozwu dokonał redukcji kary umownej powołując się na wykonanie znacznej części umowy przez powoda,
 - faktu poniesienia przez powoda znacznych strat wizerunkowych w stosunku do inwestora w następstwie niewykonania przez pozwanego umowy w terminie,
 - faktu lekceważącego zachowania pozwanego, który odmówił dokończenia realizacji umowy pomimo wcześniejszego zaakceptowania przez siebie treści protokołu z 30 grudnia 2010 prac, które pozostały do wykonania,
 - faktu zaakceptowania przez pozwanego wysokości i warunków nakładów kar umownych za opóźnienie.

Pozwany zaskarżył apelacją wyrok w zakresie punktu I i III wnosząc o jego zmianę w zaskarżonej części wraz z należnościami ubocznymi, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji. Ponadto wniósł o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego zwrotu kosztów procesu w obu instancjach, według norm przepisanych.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie prawa materialnego, tj. przepisu art. 647 kc. poprzez przyjęcie, że odbiór robót wykonanych przez pozwanego nastąpił dopiero 30 grudnia 2010 r., a nie z dniem 17 listopada 2010 r. i że do daty 30 grudnia 2010 r. pozwany pozostawał w opóźnieniu z wykonaniem umowy, w konsekwencji powodowi od 18 listopada do 30 grudnia 2010 r. i przysługiwało prawo do naliczania kary umownej za opóźnienie w wykonaniu umowy,
2. naruszenie prawa materialnego, tj. przepisu art. 483 § 1 kc. poprzez przyjęcie, że sporządzenie protokołu dopiero 30 grudnia 2010 r. (według Sądu I instancji stanowiące odbiór prac wykonanych przez pozwanego, pomimo że odbiór taki nastąpił już 17 listopada 2010 r.), jest następstwem okoliczności, za które pozwany ponosi odpowiedzialność,
3. naruszenie prawa materialnego, tj. przepisu art. 6 kc. polegające na przyjęciu, że pozwany nie udowodnił, iż odbiór przedmiotu umowy po dacie 17 listopada 2010 r. jest następstwem okoliczności, za które pozwany nie ponosi odpowiedzialności,

4. naruszenie prawa procesowego, tj. przepisu art. 233 § 1 kpc. polegające na przekroczeniu swobodnej oceny dowodowej poprzez przyjęcie, że odbiór przedmiotu umowy po dacie 17 listopada 2010 r. jest następstwem okoliczności, za które pozwany ponosi odpowiedzialność,
5. naruszenie prawa procesowego, tj. przepisu art. 321 § 1 kpc, poprzez wyrokowanie ponad żądanie - podstawę faktyczną powództwa.

Strony w złożonych odpowiedziach na apelację przeciwnika, wniosły o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda zasługuje na częściowe uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty uznać należy za trafne. Z kolei apelacja pozwanego podlega oddaleniu w całości. Wprawdzie część zarzutów zawartych w apelacji pozwanego jest zasadna, jednakże wobec uwzględnienia dalej idącej apelacji powoda, nie miało to ostatecznego wpływu na wynik rozstrzygnięcia.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia i rozważania Sądu I instancji, z niżej wskazanymi modyfikacjami.

Na wstępie wypada przypomnieć, że strony zgodne były co do tego, że umowa nie została wykonana w terminie. Wobec powyższego w pierwszej kolejności należy ustalić, za jaki okres powodowi przysługuje naliczona z tego tytułu kara umowna.

Sąd Apelacyjny w pełni podziela stanowisko Sądu Okręgowego, że obowiązek odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlane przez zamawiającego istnieje niezależnie od jakości wykonanych robót. Pogląd ten jest też akceptowany w judykaturze (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 12 września 2012 r., sygn. akt I ACa 803/12, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 25 lipca 2012 r., I ACa 276/12).

Zgodnie z treścią art. 647 k.c. wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, a inwestor zobowiązuje się do odebrania obiektu i zapłaty wynagrodzenia. Jak wskazuje się w orzecnictwie, już samo zgłoszenie robót do odbioru, aktualizuje obowiązek przystąpienia przez inwestora do czynności odbiorowych (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2004 r., sygn. akt I CK 24/03). Oczywiście inwestor od dokonania tej czynności może się uchylić, ale tylko poprzez wskazanie obiektywnie istniejących i osadzonych w treści umowy bądź przepisach prawa przyczyn, czyniących to zgłoszenie nieskutecznym (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lutego 2007 r., II CNP 70/06).

W świetle powyższego nie może odnieść skutku sformułowany w apelacji powoda zarzut błędu w ustaleniach faktycznych polegającego na uznaniu, że spisanie przez strony protokołu rzeczowo – finansowego z dnia 30 grudnia 2010 r. jest równoznaczne z wykonaniem przez powoda umowy. Wbrew treści tego zarzutu, Sąd I instancji prawidłowo przyjął, że protokół z dnia 30 grudnia 2010 r. przesądza o dokonaniu przez strony odbioru robót. Przede wszystkim należy zauważyć, że skutki prawne dokumentu nie wynikają z jego nazwy, lecz z jego treści. W treści zaś przedmiotowego dokumentu wyraźnie stwierdzono, że roboty zostały wykonane zgodnie z umową. Do wniosków oczekiwanych przez powoda nie prowadzą dopiski ręczne zawarte w dokumencie, wskazujące na istniejące usterki oraz wyznaczające termin ich usunięcia. Użyte sformułowanie „usterki” wskazuje jednoznacznie na to, że przedmiot umowy został wykonany, a jedynie dotknięty jest usterkami, a nie brakami w zakresie objętym przedmiotem umowy. Potwierdzeniem tej tezy jest także treść notatki z dnia 10 grudnia 2010 r., na którą powołuje się powód. W jej treści wyraźnie bowiem zaznaczono, że zastrzeżenia dotyczą jakości wykonanych prac wchodzących w zakres umowy, a nie tego, że zakres umowy nie został wykonany w całości.

Należy odróżnić usterki (wady nieistotne), którymi dotknięty jest wykonany obiekt, od takich jego wad, które uniemożliwiają korzystanie z obiektu zgodnie z jego społeczno – gospodarczym przeznaczeniem (wady istotne). Jedynie w tym ostatnim przypadku można mówić o wadach, które oznaczają w istocie niewykonanie przedmiotu umowy. Jednak w niniejszej sprawie taki przypadek nie zachodzi, skoro powód nie wykazał, aby prace wykonane

przez pozwanego w terminie do 16 listopada 2010 r. były dotknięte tego rodzaju wadami, które mogłyby prowadzić do uznania, że świadczenie wykonawcy nie odpowiada treści zobowiązania. Z zeznań świadków wynika zaś, że prace jesienią prowadzone były z udziałem pracowników powoda, nawet w dniu 11 listopada 2010 r., aby zdążyć przed planowaną wizytą Ministra Obrony Narodowej. Nie ulega więc wątpliwości, że prace zostały wykonane zgodnie ze swoim zakresem, co nie wyłącza przyjęcia, że dotknięte były szeregiem usterek, do usunięcia których zobowiązany był wykonawca. Potwierdzeniem tej tezy jest wpis w dzienniku budowy, w którym obok daty 15.11.2010 r. kierownik budowy powoda – A. P. (2) zamieścił wpis o zakończeniu prac zewnętrznych i zgłoszeniu terenu do odbioru. Nadto w dniu 16.11. 2010 r. inspektor nadzoru E. T. dokonując wpisu do dziennika budowy także potwierdziła zakończenie robót zewnętrznych (k.85). Powyższe koresponduje więc z treścią zgłoszenia zakończenia prac z dnia 16 listopada 2010 r. Gdyby prace wbrew treści pisma z dnia 16 listopada 2010 r. nie zostały zakończone, kierownik budowy oraz inspektor nadzoru nie zamieściliby w dzienniku budowy wyżej wskazanych wpisów. O faktycznym przejęciu wykonanych robót świadczy też to, że powód ostatecznie sam usunął zgłaszane usterki.

W sytuacji zatem faktycznego przyjęcia robót przez zamawiającego, nie może on żądać kary umownej z tej tylko przyczyny, że przedmiot umowy zrealizowany przez wykonawcę dotknięty był wadami wykonawczymi.

Za uzasadnione uznać należy zawarte w apelacji pozwanego zarzuty odnoszące się do przyjęcia przez Sąd I instancji daty 30 grudnia 2010 r. jako końca okresu, za który przysługuje powodowi prawo naliczenia kary umownej. Słusznie twierdzi pozwany, że brak podstaw do naliczania kary umownej po dacie zgłoszenia robót do odbioru. Sąd Apelacyjny podziela pogląd wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2001 r. IV CKN 150/2000, zgodnie którym, gdy w akcie odbioru zostanie potwierdzone, że zgłoszony przez wykonawcę obiekt został zrealizowany zgodnie z umową, za datę wypełnienia przez wykonawcę swego zobowiązania należy uznać dzień zgłoszenia gotowości tego obiektu do odbioru. Konsekwencją tego stanowiska jest przyjęcie, że pozwany pozostawał w opóźnieniu z wykonaniem robót drogowych do dnia 16 listopada 2010 r., a nie jak przyjął Sąd Okręgowy, do dnia 30 grudnia 2010 r. W przywołanym wyżej orzeczeniu Sąd Najwyższy trafnie stwierdził, że „nie sposób bowiem przyjąć, aby w sytuacji, w której wykonawca uczynił zadość wszystkim swoim obowiązkom, datą spełnienia przez niego świadczenia był dopiero dzień dokonania późniejszej czynności, leżącej w sferze obowiązków drugiej strony”.

Przedstawione wyżej rozważania prowadzą do wniosku, że powodowi przysługuje kara umowna za okres od 1 października do 16 listopada 2010 r., tj. za 47 dni. Kara umowna wyliczona według stawki dziennej w kwocie 2.098,40 zł. wynosi więc 98.624,80 zł.

Powód natomiast trafnie zarzuca naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przyjęcie, że strona pozwana częściowo udowodniła, iż opóźnienie w wykonaniu przez nią przedmiotu umowy wynikało z przyczyn, za które pozwany nie ponosi odpowiedzialności. Ocena dowodów dokonana w tym zakresie przez Sąd I instancji jest bowiem niekonsekwentna oraz wzajemnie sprzeczna. Z jednej strony Sąd Okręgowy stwierdził, że zasadnicze znaczenie dla tej okoliczności miały zeznania świadka A. P. (2). Zaznaczył też Sąd, że świadek ten, podobnie jak pozostali świadkowie – pracownicy powoda, zaprzeczył, aby przyczyny opóźnienia tkwiły w innych pracach wykonywanych na tym zadaniu. Sąd przyjął także, że zeznania świadka M. K. uzupełniają zeznania A. P. (2). Nadto Sąd przyjął w ustaleniach faktycznych, że nie było technologicznych przeszkód do jednoczesnej realizacji robót polegających na układaniu opasek wokół budynku i elewacji (rusztowanie przy tylnej ścianie jednego z budynków). Sąd Okręgowy nie wyjaśnił jednak w uzasadnieniu, dlaczego nie dał wiary tym świadkom, że przyczyny spowodowaniu opóźnienia leżały po stronie wykonawcy, a wynikały z zaangażowania zbyt małej liczby pracowników. Dla przyjęcia tezy pozwanego nie jest wystarczające powołanie się na ten fragment zeznań świadka P. G. (2), w którym świadek powiedział, że nie pamięta, żeby podczas narad organizowanych przez inwestora szczególnie mówiło się o robotach drogowych. Jeśli zważy się, że wartość całej umowy podpisanej przez inwestora z głównym wykonawcą wynosiła 28.342.160 zł, zaś umowa podpisana między stronami opiewała na kwotę 1.049.200 zł, to oczywistym jest, że kwestia ta nie musiała budzić szczególnego zainteresowania inwestora. Tym bardziej, że dla inwestora stroną umowy był generalny wykonawca, a przy tym prace drogowe z punktu widzenia inwestycji budownictwa mieszkaniowego, nie stanowią

głównego problemu. Zrozumiałym jest więc, że nawet jeżeli kwestie te były poruszane na spotkaniach, nie zostały szczególnie zapamiętana przez świadka P. G. (2).

Z kolej oceniając zeznania świadków będących pracownikami pozwanego Sąd nie wyjaśnił, na jakiej podstawie przyjął, że problemy zapewnieniem frontu robót trwały dokładnie przez cały październik 2010 r. Żaden ze świadków nie wskazywał dokładnych dat, a wręcz twierdzili, że nie pamiętają „ile czasu trwały te utrudnienia” (k. 662), „była jesień” (k. 664). Zeznania tych świadków cechował też duży poziom ogólności: „zdarzały się też hałdy gruzu w miejscu, gdzie miały przebiegać prace” (k.662); „Było też tak, że pozwany miał usunąć jakiś gruz ale w sumie my musieliśmy go usuwać” (k. 665). Niespójne są zeznania R. R. (1), który z jednej strony twierdził, iż firma jego syna nie miała pełnego frontu robót do jesieni, a jednocześnie przyznawał, że „firma syna pracowała cały czas”. Skoro firma cały czas wykonywała roboty budowlane, to znaczy, iż miała zapewniony front robót. W przeciwnym wypadku doszłoby do przerwania prac. Gdyby więc front robót nie był zapewniony, pozwany jako profesjonalny przedsiębiorca zabezpieczyłby stosowną dokumentację na okoliczność braku możliwości wykonywania umówionych robót z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Z całą pewnością pozwany nie ograniczałby się do dokumentacji zdjęciowej w postaci trzech zdjęć, z których nie wynika ani data ich wykonania, jak również, z uwagi na brak czytelności nie można ustalić żadnych przeszkód czy utrudnień w wykonywaniu robót drogowych. Gołosłownie też brzmią zeznania tego świadka, że pozwany opóźnił rozpoczęcie drugiego etapu robót z uwagi na stanowisko powoda. Jeśli świadek obawiał się, że firma syna będzie miała zbyt mało czasu na wykonanie robót, to nie opóźniałby rozpoczęcia robót, gdyż każdy przedsiębiorca dba przede wszystkim o własny interes, który w przypadku pozwanego polegał na wykonaniu prac w terminie do 30 września 2010 r. Zeznania pozwanego oraz jego ojca świadka R. R. (1) także nie tworzą spójnej całości, skoro pozwany zeznał, że do lipca – sierpnia „było w miarę normalnie”. Oznacza to, że dowolne jest ustalenie Sądu I instancji, że do września powód wykonywał prace ziemne, co powodowało obawy pozwanego związane z dotrzymaniem umownego terminu.

Prawidłowa ocena materiału dowodowego nie pozwala zatem na dokonanie ustaleń, tak jak to uczynił Sąd I instancji, że prace ziemne, hałdy ziemi i gruz opóźniły rozpoczęcie oraz utrudniały powadzenie robót drogowych.

Zważyć należy, iż zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, pozwany winien udowodnić, że opóźnienie w wykonaniu prac jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na przyjęcie, że zachodziły utrudnienia leżące po stronie powoda, które uniemożliwiały wykonanie prac w terminie. Takich ustaleń faktycznych nie sposób dokonać na podstawie zeznań świadków – pracowników pozwanego oraz samego pozwanego, gdyż stanowią one jedynie ich subiektywne przekonanie o przyczynach opóźnień, a przy tym nie oparte są one na konkretnych faktach.

Powyższe rozważania prowadzą do konstatacji, że skoro pozwany miał obowiązek wykazania istnienia okoliczności wyłączających obowiązek zapłaty kary umownej, to nie sposób odeprzeć zarzutu powoda naruszenia przez Sąd Okręgowy w tym zakresie art. 6 k.c.

Skuteczność podniesionych przez powoda zarzutów naruszenia przepisów prawa procesowego we wskazanych wyżej zakresie powoduje, iż zasadnie także zarzuca powód naruszenie art. 471 k.c.. Należy jednak zaznaczyć, że argumentacja powoda na poparcie tego zarzutu częściowo jest błędna. Dłużnik może bowiem zwolnić się z obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli wykaże, że przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania uzasadniające naliczanie kary umownej są okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. W okolicznościach niniejszej sprawie o zasadności podniesionego zarzutu przesądza fakt, że pozwany nie wykazał, aby takie okoliczności zachodziły, a to z kolei powoduje, że nie zachodziły przesłanki art. 471 k.c. pozwalające na wyłączenie odpowiedzialności pozwanego za opóźnienie w okresie października 2010 r.

W ocenie Sądu Apelacyjnego w niniejszej sprawie istnieją przewidziane w art. 484 § 2 k.c. podstawy do miarkowania kary umownej. Częściowo zasadne są wszakże zarzuty zwarte w apelacji powoda dotyczące dowolnego miarkowania kary umownej przez Sąd I instancji.

Należy mieć na uwadze, że przepis art. 484 § 2 k.c. o możliwości miarkowania odszkodowania na żądanie dłużnika należy do przepisów tzw. prawa sędziowskiego. Skorzystanie z tej możliwości uzależnione jest od stwierdzenia określonych tym przepisem przesłanek. Stosując instytucję miarkowania, sąd powinien mieć na względzie podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczenia jej wysokości, co znakomicie ułatwia realizację dochodzonego uprawnienia (wyrok SN z dnia 30 listopada 2006 r., I CSK 259/06). Dlatego postuluje się ostrożne i powściągliwe stosowanie prawa redukcji, pamiętając, że miarkowanie osłabia skutek stymulacyjno-represyjny oraz kompensacyjny kary umownej, a nadto redukcja stanowi modyfikację treści zobowiązania określonego w umowie (wyrok SN z dnia 12 maja 2006 r., V CSK 55/06).

Sąd I instancji uzasadniając obniżenie kary umownej o 75% jako jedną z przyczyn wskazał, że pozwany wykonał swoje zobowiązanie w przeważającej części. Z tym jednak stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Badanie przesłanki „wykonania zobowiązania w znacznej części” musi się odbywać w nawiązaniu do gospodarczego celu świadczenia i znaczenia, jakie miało ono dla wierzyciela w konkretnym stosunku obligacyjnym oraz z punktu widzenia kryteriów wykonania zobowiązania ustanowionych w art. 354 k.c. Przesłanka ta będzie więc bezprzedmiotowa w przypadku zobowiązań, których częściowe wykonanie pozbawione jest znaczenia. W okolicznościach niniejszej sprawy, z punktu widzenia interesów wierzyciela, wykonanie w terminie pierwszego etapu robót, obejmującego jedynie trzy budynki, nie miało żadnego znaczenia. Pozwany był bowiem jedynie jednym w wielu podwykonawców powoda, a terminowe wykonanie całości prac przez poszczególnych podwykonawców wpływało na możliwość terminowego wykonania całego zadania inwestycyjnego i tym samym na odpowiedzialność generalnego wykonawcy (powoda) wobec inwestora. Na gruncie niniejszej sprawy nie można zatem przyjąć miarkowania kary umownej w oparciu o tę podstawę.

Prawidłowo ustalony stan faktyczny nie pozwala na przyjęcie za Sądem I instancji, aby wpływ na powstanie opóźnienia miało zachowanie powoda. Kwestia ta zastała już wyżej omówiona przy ocenie podniesionych przez powoda zarzutów naruszenia prawa procesowego. Nadto nie można pominąć tego, że powód udzielił pozwanemu wydatnej pomocy przy wykonywaniu umówionych robót, kierując do nich jesienią 2010 r. także własnych pracowników. Nie ulega wątpliwości, że w przeciwnym wypadku opóźnienie w wykonywaniu prac byłoby większe, co jednocześnie dawałoby powodowi możliwość dochodzenia kary umownej w wyższej wysokości. Skoro więc zachowanie powoda nie tylko nie miało wpływu na opóźnienie w wykonaniu umowy, ale wprost przeciwnie, przyczyniło się do zmniejszenia tego opóźnienia, nie byłoby usprawiedliwione miarkowanie kary umownej aż o 75 %.

Utrwalony jest pogląd, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody (uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów – zasada prawna z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03). Brak szkody może mieć wpływ na ograniczenie wysokości dochodzonej kary umownej (wyrok SN z dnia 19 kwietnia 2006 r., V CSK 34/06). Oznacza to jednocześnie brak automatycznego miarkowania kary umownej, ilekroć wierzyciel w wyniku niewykonania zobowiązania nie poniósł szkody. Zachodzi tutaj potrzeba indywidualizacji oceny zasadności dochodzenia zastrzeżonej kary umownej z punktu widzenia zachowania obu stron przy wykonywaniu umowy. Na aprobatę zasługuje też stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 kwietnia 2005 r., II CK 626/04: „Jakkolwiek zatem wysokość szkody, czy też należnego wierzycielowi odszkodowania stanowi istotne kryterium redukcji kary umownej, to nieuzasadnionym byłoby stwierdzenie, że miarkowanie kary umownej powinno doprowadzić ją do wysokości odpowiadającej wysokości szkody. Tego rodzaju pogląd prowadziłby bowiem do wniosku, iż kara umowna pełni w obrocie wyłącznie funkcję kompensacyjną, podczas gdy funkcje stymulacyjna i represyjna są nie mniej istotne”.

Przenosząc te ogólne rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należy mieć na uwadze przede wszystkim funkcję stymulującą kary umownej dla podwykonawców, która z punktu widzenia odpowiedzialności generalnego wykonawcy wobec inwestora ma podstawowe znaczenie. Opóźnienia w realizacji poszczególnych zakresów robót mogą bowiem

wypłynąć na harmonogram całej inwestycji. Stąd też w okolicznościach niniejszej sprawy mniejsze znaczenie ma funkcja kompensacyjna, która choć musi być także brana pod uwagę, to jednak nie przemawia za tak dużym stopniem redukcji kary umownej, jak to przyjął Sąd I instancji. Słusznie przy tym wywodzi powód podpierając się treścią wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 kwietnia 2005 r., II CK 625/04, że pojęcie szkody majątkowej musi być w przypadku kary umownej rozumiane szeroko, a więc obejmuje także szkody trudne do udowodnienia, takie jak zaufanie kontrahentów. O renomie danego przedsiębiorcy decyduje terminowość wykonywania zobowiązań. W branży budowlanej dla oceny potencjalnego generalnego wykonawcy istotne znaczenia ma jego zdolność do wyegzekwowania do podwykonawców terminowego wykonania poszczególnych zakresów robót.

Przedstawione wyżej rozważania prowadzą do wniosku, że w okolicznościach niniejszej sprawy zasadnym jest obniżenie kary umownej o 30 %. Taki stopień redukcji nie pozbawia kary umownej funkcji stymulacyjno – represyjnej, a przy tym uwzględnia fakt, że powód nie poniósł znacznej szkody majątkowej wskutek niedochowania terminu przez pozwanego.

Nie zasługują na uwzględnienie dalej idące zarzuty apelacji powoda dotyczące miarkowania kary umownej. Pozbawiony podstaw jest argument, że powód dokonał już przed wniesieniem pozwu redukcji kary umownej. Powyższe twierdzenie powoda oparte jest na jego błędnym założeniu, że nie został dokonany odbiór prac wykonanych przez pozwanego. Wyjaśnione też zostało już wyżej, że kara umowna może być naliczana wyłącznie za okres do dnia zgłoszenia odbioru prac.

Chybiony jest także zarzut zawarty w apelacji pozwanego, naruszenia art. 321 § 1 k.p.c. Wbrew twierdzeniom pozwanego, podstawa faktyczna powództwa została w sposób jasny sprecyzowana. Powód w sposób konsekwentny i jednoznaczny (choć błędnie) wywodził, że przysługuje mu kara umowna liczona za cały okres opóźnienia trwający do 20 maja 2011 r. Dokonane przez powoda miarkowanie kary umownej do kwoty 190.654,40 zł, stanowiącej równowartość opóźnienia za 91 dni, nie oznacza, że powód dochodził kary umownej ze ściśle określone dni. W przeciwnym wypadku nie dokonywałby miarkowania kary umownej lecz wskazał, że dochodzi opóźnienia za okres od 1 października 2010 r. do 30 grudnia 2010 r. To jednak klóciłoby się ze wskazanym wyżej (błędnym) stanowiskiem powoda co do okresu za którym może naliczyć karę umowną.

Przysługująca powodowi kara umowna w kwocie 98.624,80 zł., po jej miarkowaniu przez Sąd Apelacyjny o 30 %, wynosi zatem 69.037 zł. Sąd Okręgowy w zaskarżonym wyroku zasądził już na rzecz powoda z tego tytułu kwotę 31.401 zł. Z tego względu należało zasądzić na rzecz powoda dalszą kwotę 37.636 zł. W pozostałej zaś części powództwo polega oddaleniu.

Mają powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. orzekł jak w punkcie I a) sentencji.

Konsekwencją powyższego rozstrzygnięcia była też konieczność zmiany orzeczenia o kosztach procesu. Powód wygrał bowiem sprawę w 36%, zaś pozwany w 64 %. Powód poniósł koszty w łącznej wysokości 13.444,55 zł, a zatem przysługuje mu zwrot od pozwanego kwoty 4.840 zł. Pozwany poniósł koszty w wysokości 3.617 zł, a zatem przysługuje mu zwrot od powoda kwoty 2.315 zł. Po skompensowaniu tych kosztów, należało zasądzić od pozwanego na rzecz powoda kwotę 2.525 zł tytułem zwrotu kosztów procesu za I instancję, o czym orzeczono w punkcie I b) sentencji na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. i art. 100 zd. pierwsze k.p.c. stosownie do wyniku sprawy.

Natomiast dalej idąca apelacja powoda oraz apelacja pozwanego, jako bezzasadne podlegały oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c., o czym orzeczono w punkcie II sentencji.

Określona przez powoda wartość przedmiotu zaskarżenia wynosiła 159.254 zł, z tego zasądzona została na rzecz powoda kwota 37.636 zł. Oznacza to, że powód wygrał wywiedzione przez siebie postępowanie apelacyjne 24%, zaś pozwany wygrał to postępowanie w 76%. Powód poniósł koszty wywiedzionej przez siebie apelacji w łącznej kwocie 10.663 zł, na którą składała się opłata od apelacji w kwocie 7.963 zł oraz koszty zastępstwa procesowego w kwocie

2.700 zł. Powodowi przysługuje zatem od pozwanego z tego tytułu kwota 2.559 zł. Natomiast pozwany poniósł koszty zastępstwa procesowego w kwocie 2.700 zł, z czego przysługuje mu od powoda kwota 2.052 zł.

Apelacja pozwanego została oddalona w całości. Z tego tytułu powodowi przysługuje od pozwanego zwrot kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym w kwocie 1.800 zł.

Łącznie zatem powodowi przysługuje od pozwanego kwota 4.359 zł, zaś pozwanemu kwota 2.052 zł. Po skompensowaniu wzajemnych należności powodowi przysługuje od pozwanego kwota 2.307 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, o czym orzeczono w punkcie III sentencji na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. w zw. z art. 100 zd. pierwsze i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 5 i 6 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1349 ze zm.).