

Sygn. akt I ACa 1673/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 października 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Ewa Kaniok (spr.)

Sędziowie: SA Katarzyna Polańska - Farion

SO (del.) Agnieszka Wachowicz - Mazur

Protokolant: protokolant sądowy Joanna Mikulska

po rozpoznaniu w dniu 11 października 2016 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) W.

przeciwko (...) SA w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 25 maja 2015 r., sygn. akt XVI GC 1011/12

I. oddala apelację;

II. zasądza od (...) SA w W. na rzecz (...) W. kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Katarzyna Polańska - Farion Ewa Kaniok Agnieszka Wachowicz – Mazur

Sygn. akt I ACa 1673/15

UZASADNIENIE

(...) W. w dniu 11.07.2012 r., wniosło o zasądzenie od (...) spółki akcyjnej w W. (dalej: (...)) kwoty 531.300,62 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwot: 425.040,03 zł – od dnia 19.03.2011 r. do dnia zapłaty i 206.260,59 zł – od dnia 28.12.2011 r. do dnia zapłaty, oraz kosztami procesu. W uzasadnieniu wskazało, że w dniach 11.05.2010 r. i 8.06.2010 r. pozwany zawarł z powodem i (...) spółka akcyjna w W. umowy na usunięcie przez powoda kolizji realizowanej inwestycji drogowej w rejonie ul. (...). W związku ze zmianą średnicy rur przy usuwaniu kolizji istniejącej sieci ciepłowniczej, pozwany miał zwrócić powodowi nakłady wynikające z tego zwiększenia na kwotę 431.951,72 zł netto. Pozwany nie opłacił wystawionych przez powoda faktur, a poinformował, że naliczył karę umowną za opóźnienie w zakończeniu robót na sieci ciepłowniczej na kwotę 414.000,00 zł, za 138 dni i dokonał potrącenia. Takie potrącenie nie znajduje uzasadnienia, gdyż z umowy nie wynika, aby kara umowna mogła być naliczona w związku z opóźnieniem w przekazaniu oświadczenia o cesji roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi. To oświadczenie powinno zostać przekazane pozwanemu dopiero po usunięciu kolizji, czyli ostatecznym wykonaniu przedmiotu umowy. Nie został określony dokument, którego podpisanie oznaczałoby zakończenie wszystkich robót na sieci ciepłowniczej. Nadto opóźnienie w przekazaniu pozwanemu oświadczenia o dokonaniu cesji nastąpiło z przyczyn leżących po stronie pozwanego.

Autorem projektu porozumienia był pozwany i takiego projektu przekazanego w listopadzie 2010 r. nie zaakceptował B.. Kolejna wersja została przedstawiona dopiero pod koniec stycznia 2011 r. Oświadczenie o potrąceniu zostało złożone przez główną księgową, a więc osobę nieupoważnioną do składania oświadczeń woli w imieniu pozwanego.

W dniu 14.09.2012 r. został wydany nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym.

W sprzeciwie od powyższego nakazu zapłaty pozwany, działający wówczas pod firmą (...) spółka akcyjna w W., wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu

. W uzasadnieniu wskazał, że nie mogło dojść do odbiorów, gdyż powód nie dostarczył dokumentacji powykonawczej, która pozwalałaby ustalić, czy sieć została wykonana zgodnie z dokumentacją projektową i umową, jak i nie przedstawił wymaganego umową oświadczenia o dokonaniu cesji. Dopiero w dniu 30.11.2010 r. do (...) została dostarczona pierwsza wersja inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej, zaś w dniu 2.12.2010 r. przedstawiciel wykonawcy zwrócił się do pozwanego o przesłanie wzoru dokumentu cesji. W dniu 24.01.2011 r. (...) otrzymał od wykonawcy proponowany tekst porozumienia w zakresie cesji. Same porozumienia zostały podpisane w dniu 4.02.2011 r. Końcowych odbiorów z obu umów dokonano w dniu 16.11.2011 r. Główna księgową, podpisującą pisma w przedmiocie potrącenia, posiadała stosowne umocowanie. Dodatkowo złożył oświadczenie o potrąceniu z wierzytelnością powoda wierzytelności pozwanego z tytułu kar umownych za opóźnienie w całkowitym zakończeniu robót z obu umów na kwotę 2.160.000,00 zł. Kary umowne spełniły swoją rolę, gdyż zapewne inaczej nigdy nie doszłoby do przekazania pozwanemu szeregu dokumentów wymaganych do odbiorów sieci ciepłowniczej i dalszej jej bezpiecznej eksploatacji. Kary należały się z tytułu opóźnienia, a nie zwłoki, a więc zgodnie z art. 471 k.c. strony wyraźnie rozszerzyły odpowiedzialność powoda. Niemniej przyczyny opóźnienia, zarówno w zakończeniu robót w zakresie przesyłu ciepła, jak i całkowitym zakończeniu robót, leżały po stronie powoda. Inwestor był zobowiązany do całościowego przeprowadzenia inwestycji. Sam powód w piśmie z dnia 4.04.2011 r. wskazał, że jest zobowiązany do zapłaty kary umownej z tytułu opóźnienia w zakończeniu wszystkich robót na sieci ciepłowniczej. W obu przypadkach strony ustaliły, że zakończenie robót w zakresie przesyłu było związane z podpisaniem protokołów odbioru technicznego, zaś całkowite zakończenie robót z podpisaniem protokołu odbioru końcowego. Wykonawca dopiero w dniu 17.11.2010 r. zgłosił gotowość do odbioru sieci ciepłowniczej, a przedłożona dokumentacja nie była kompletna, zatem nie mogło dojść do odbioru.

Ostatecznie powód wniósł o miarkowanie kar umownych.

Wyrokiem z dnia 25 maja 2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie w punkcie pierwszym zasądził od (...) spółka akcyjna w W. na rzecz (...) W. kwotę 381.900,62 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 275.640,03 zł – od dnia 19 marca 2011 r. do dnia zapłaty, oraz od kwoty 106.260,59 zł – od dnia 28 grudnia 2011 r. do dnia zapłaty, w punkcie drugim oddalił powództwo w pozostałym zakresie. W punkcie trzecim zasądził od (...) spółka akcyjna w W. na rzecz (...) W. kwotę 22.249,80 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że (...) W. – Zarząd Miejskich Inwestycji (...) (dalej: (...)) rozbudowywało ciąg ulic (...) – (...) w W.. W związku z tym w dniu 1.10.2009 r. pomiędzy (...), jako inwestorem, a B., jako wykonawcą, została zawarta umowa nr (...) dotycząca sieci ciepłowniczej, w której wykonawca m.in. udzielił inwestorowi trzyletniej rękojmi i gwarancji na wykonywaną sieć ciepłowniczą oraz wykonywane w ramach tej umowy roboty. Pozostawienie ciepłociągów po starym przebiegu skutkowałoby tym, że ciepłociąg byłby usytuowany pod nowo budowaną jezdnią, podczas gdy był tam wybudowany przed 2003 r. przez (...) był przewidywany pod trawnik i chodnik, a inne są obciążenia, gdy znajduje się pod jezdnią. W takich sytuacjach jest podpisywana umowa na usunięcie kolizji.

Z uwagi na potrzebę usunięcia kolizji planowanej realizacji budowy „Ciąg ulic (...) – (...)” na odcinku od torów (...) do ul. (...), w dniu 11.05.2010 r. pomiędzy (...) a (...) (inwestor) i B. (wykonawca) doszło do zawarcia umowy nr (...), przedmiotem której było usunięcie przez inwestora kolizji realizowanej inwestycji drogowej w rejonie ul. (...) z istniejącą siecią ciepłowniczą (...) przy czym inwestor miał ponieść pełne koszty usunięcia kolizji z siecią ciepłowniczą (§ 1 ust. 1 i 5). Inwestor był zobowiązany m.in. do wykonania dokumentacji powykonawczej w zakresie sieci ciepłowniczej i przekazania (...) jej egzemplarza (§ 3 ust. 1 pkt 5). Podstawą odmowy dokonania przez (...) odbioru

końcowego mogło być niedostarczenie dokumentów, o jakich mowa w § 3 ust. 4-7 (§ 3 ust. 8). Zakończenie wszystkich robót na sieci ciepłowniczej w zakresie przesyłu ciepła nastąpić miało nie później niż do dnia 31.08.2010 r., zaś całkowite zakończenie robót na podstawie umowy – do dnia 15.11.2010 r. (§ 5 ust. 1 pkt 5-6). Jako zakończenie robót w zakresie przesyłu ciepła dla każdego z etapów rozumiane było podpisanie protokołu odbioru technicznego przez upoważnionych przedstawicieli stron, a jako całkowite zakończenie robót – podpisanie protokołu odbioru końcowego przez upoważnionych przedstawicieli stron (§ 5 ust. 2-3). Odbiór techniczny sieci ciepłowniczej po usunięciu kolizji miał nastąpić na podstawie protokołu odbioru technicznego i kwalifikacji do eksploatacji sieci ciepłowniczej podpisanego przez przedstawicieli stron, a do odbioru (...) miał przystąpić w terminie 3 dni od dnia zawiadomienia przez inwestora o gotowości do odbioru sieci ciepłowniczej (§ 5 ust. 9). Gotowość do odbioru technicznego sieci ciepłowniczej po usunięciu kolizji dla każdego z etapów miała nastąpić po spełnieniu szeregu warunków dla danego zakresu sieci ciepłowniczej, w tym dostarczenia dokumentacji powykonawczej i inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej w zakresie sieci ciepłowniczej, komór ciepłowniczych i kanalizacji teletechnicznej oraz oświadczenia o dokonaniu na rzecz tej spółki cesji wszelkich roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi na roboty i materiały budowlane związane z usunięciem kolizji z siecią ciepłowniczą (§ 5 ust. 10). Odbiór końcowy sieci ciepłowniczej po usunięciu kolizji miał nastąpić na podstawie protokołu odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji sieci ciepłowniczej podpisanego przez przedstawicieli stron. (...) miał przystąpić do odbiorów w terminie 7 dni od daty zawiadomienia przez inwestora o spełnieniu przez niego warunków: pomyślny odbiór techniczny, zakończenie wszystkich robót w rejonie danego zakresu sieci ciepłowniczej i przekazanie (...) kopii ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie (§ 5 ust. 11-12). Za opóźnienie w zakończeniu wszystkich robót na sieci ciepłowniczej w zakresie przesyłu oraz za opóźnienie w całkowitym zakończeniu robót na podstawie umowy, inwestor miał zapłacić kary umowne w wysokości 3.000,00 zł za każdy dzień opóźnienia. Aneksem nr (...) z dnia 1.09.2010 r. termin zakończenia wszystkich robót na sieci ciepłowniczej w zakresie przesyłu ciepła ustalono najpóźniej na dzień 16.09.2010 r.

W dniu 8.06.2010 r. między tymi samymi stronami została zawarta umowa nr (...), przedmiotem której było usunięcie przez inwestora kolizji realizowanej inwestycji drogowej w rejonie ul. (...) i od ul. (...) do ul. (...) z istniejącą siecią ciepłowniczą (...) (§ 1 ust. 1). Treść umowy była analogiczna jak w przypadku umowy z dnia 11.05.2010 r., przy czym w § 7 ustalono, że w związku ze zmianą średnicy przy usuwaniu kolizji istniejącej sieci ciepłowniczej, (...) zwróci inwestorowi nakłady wynikające ze zwiększenia średnicy tej sieci, które zostały ustalone na kwotę 431.951,72 zł netto. Rozliczenie miało nastąpić na podstawie faktur VAT wystawionych przez (...): na kwotę 345.561,00 zł netto – w terminie 14 dni od dnia podpisania protokołu odbioru technicznego i na kwotę 86.390,72 zł netto – w terminie 14 dni od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego. (...) miał je zapłacić w terminie 14 dni od dnia otrzymania. Analogicznym aneksem nr (...) z dnia 1.09.2010 r. termin zakończenia wszystkich robót na sieci ciepłowniczej w zakresie przesyłu ciepła ustalono najpóźniej na dzień 16.09.2010 r.

Jeżeli następuje tylko przesunięcie ciepłociągu w inną lokalizację, to wówczas pełne koszty pokrywa inwestor, czyli w tym przypadku (...), a jeżeli przy okazji (...) chce zwiększyć średnicę tego rurociągu, wówczas dodatkowe koszty wynikające ze zwiększenia średnicy, tj. różnica wartości między siecią wybudowaną a istniejącą, ponosi dostawca ciepła. Tu zachodziły obydwa przypadki, w związku z czym jedna umowa na usunięcie kolizji obejmowała powiększenie średnicy rur na życzenie (...) na pewnych odcinkach sieci, a więc była dla dostawcy ciepła odpłatna, a druga takiej sytuacji nie przewidywała. W umowach wskazano dokumenty, jakie powinny być przedstawione do odbioru technicznego i końcowego, przy czym odbiór techniczny miał być znacznie wcześniej niż pozwolenie na użytkowanie inwestycji. Gdy inwestor zgłasza chęć odbioru technicznego, wymagany w umowie jest stosowny komplet dokumentów na podstawie, których i dziennika budowy oraz innych czynności dozorowych, które są wykonywane w trakcie usuwania kolizji, można przystąpić do odbioru technicznego. Dzień odbioru technicznego i dzień odbioru końcowego są to dwa różne pojęcia. Odbiór techniczny warunkuje uruchomienie sieci, a odbiór końcowy zakończenie inwestycji. W trakcie odbioru sprawdzana jest jakość wykonanej sieci. Przy pozytywnym wyniku odbioru daje to pewność, że w trakcie trwania sezonu grzewczego nie będzie żadnej awarii i przerwy w dostawie ciepła. Praktycznie odbiór techniczny jest odbiorem cząstkowym, a całą inwestycję zamyka odbiór końcowy. Umowa na budowę układu drogowego opiewała na taki okres czasu, w którym można było uzyskać decyzję na użytkowanie całości zadania, łącznie z przebudowaną infrastrukturą.

Generalnym wykonawcą budowy ciągu ulic, łącznie z przebudową kolidującej infrastruktury podziemnej był B.. (...) w sposób prawidłowy usunął kolizję z istniejącą siecią ciepłowniczą (...) w ul. (...), na odcinku od ul. (...) do ul. (...). Jeżeli były jakieś zastrzeżenia do prac wykonanych przez wykonawcę, to były one korygowane, przeważnie na wezwania telefoniczne lub bezpośrednio u kierownika na budowie. W trakcie wykonywania prac została zwiększona średnica przebudowywanej sieci, która kolidowała z układem drogowym. (...) sprawował odpłatny nadzór nad przebudową. Inspektor nadzoru z jego ramienia nadzorował roboty, wiedział, jakie materiały są używane, dopuszczał je, uczestniczył w budowie na każdym jej etapie. (...) nie zgłaszał uwag technicznych dotyczących prac wykonanych przez powoda.

Generalnie prace na sieci prowadzone są do rozpoczęcia sezonu grzewczego, przed sezonem muszą się zakończyć. Zwyczajowo gotowość do sezonu grzewczego jest na początku września. Prace dotyczące przebudowy sieci ciepłowniczej zostały fizycznie zakończone w dniach 16-24.09.2010 r. Następnie odbyły się badania szczelności, płukania sieci, sprawdzanie spawów i próby na gorąco, dla etapów II – V zakończyły się w dniu 20.09.2010 r., zaś ostatnie dla etapu I – w dniu 5.10.2010 r. Odbiory były etapami, bo jest to długa sieć. Była to bardzo trudna praca, bo była wykonywana w terenie zurbanizowanym i było dużo niespodzianek, typu po odkopaniu jakiegoś fragmentu trafiano na infrastrukturę, której nie było na mapie lub była ona inaczej usytuowana niż na mapie. Konsekwencją tego były uzgodnienia w (...) i w (...).

Po zakończeniu prac wykonawca przygotował dokumentację powykonawczą, atesty na materiały, co zajęło przynajmniej miesiąc czasu. Następnie w dniu 17.11.2010 r. wykonawca zgłosił gotowość sieci ciepłowniczej do odbioru, ale gotowość była niepełna, gdyż brakowało części dokumentów, i w tym terminie nie dokonano odbioru. W związku z tym (...) wskazał na niekompletność dokumentacji powykonawczej i brak: protokołów alarmu B., inwentaryzacji powykonawczej na etap I i inwentaryzacji powykonawczej w wersji elektronicznej, błędy w inwentaryzacji powykonawczej na etapy II-IV, brak naniesienia zmian na projektach technicznych powykonawczych i nieprzedstawienie oświadczeń o dokonaniu na rzecz (...) cesji wszelkich roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi. Już pismem z dnia 15.11.2010 r. (...) oświadczył, że do dnia 9.12.2010 r. dokona na rzecz (...) cesji uprawnień wynikających z gwarancji i rękojmi udzielonych przez wykonawcę, których warunki określa porozumienie podpisane między (...), B. i (...) wezwał na dzień 26.11.2010 r. komisję odbioru technicznego wykonanej przebudowy sieci ciepłowniczej etap I, ale ją odwołał i wskazał, że do czasu dostarczenia podpisanego przez strony porozumienia, protokoły techniczne nie zostaną podpisane. Uznano, że takie oświadczenie ze strony (...) nie spełniało wymogów, potrzebna była cesja, podpisana przez (...) (...) i wykonawcę z ramienia (...) -u.

(...) mając na uwadze dobro odbiorców, którzy są podłączeni do sieci, i prośbę wykonawcy, jesienią 2010 r. uruchomił sieć, bez spełnienia warunków formalnych do odbioru technicznego. Została wyłączona stara sieć, a włączona nowa.(...) mógł użytkować tę sieć od momentu przełączenia i była ona użytkowana, ciepło było przesyłane nową, docelową siecią. W zasadzie nie ma wyłączeń w sezonie grzewczym, ale jak wykonawca zwrócił się do(...), że jest już gotowy do przełączenia, to służby eksploatacyjne (...) skontaktowały się z odbiorcami, aby wyrazili oni zgodę na takie przełączenie. Jeżeli takiej zgody by nie było, to wykonawca czekałby do wiosny przyszłego roku, aby takie przełączenie wykonać. Wówczas wykonawca drogi nie mógłby prowadzić swoich prac, byłby wstrzymany z realizacją swojej inwestycji. W tym przypadku odbiorcy wyrazili zgodę. Wyłączenie ciepła trwało 24 godziny. Nie było skarg ze strony odbiorców, że nie jest dostarczane ciepło. Postanowienia dotyczące kar umownych były standardowe. Każdy z podmiotów dokonujących przebudowy istniejących i pracujących sieci, w umowach na usunięcie kolizji ma zawarte postanowienie dotyczące kar umownych za nieterminowe lub niepełne wykonanie zadania związanego z usunięciem kolizji. Wysokość kar umownych w umowach (...) zależy od dwóch głównych rzeczy. Po pierwsze, czy chodzi o ciepłowniczą sieć magistralną, jak było w tym przypadku, czy tylko sieć rozdzielczą. Ma to znaczenie, bo z magistrali zasilanych jest dużo więcej budynków i jest to główna rura wyprowadzająca ciepło ze źródła, i w przypadku jej przecięcia wielu klientów(...) nie otrzymuje ciepła. Dużo trudniej w takim przypadku zastosować prowizoryczne rozwiązania umożliwiające dostawę ciepła do klientów. (...) musi uwzględnić rekompensatę w opłatach stałych i zmiennych dla odbiorców w wysokości równej okresowi opóźnienia. Drugim czynnikiem jest mobilizowanie wykonawcy, który przebudowuje sieć, do jak najszybszego zakończenia robót i przekazania wszystkich dokumentów

formalnych, umożliwiających przystąpienie do użytkowania tej sieci. Kwestie pozatechniczne nie miały jednak wpływu na użytkowanie sieci przez(...)

W dniu 30.11.2010 r. wykonawca dostarczył (...)inwentaryzację geodezyjną powykonawczą. Natomiast w dniu 2.12.2010 r. B. zwrócił się do(...) z prośbą o przesłanie wzoru dokumentu cesji. Stosowny tekst cesji gwarancyjnej został sporządzony przez(...). Ta cesja jest ważna dla (...) gdyż w przypadku wykonania inwestycji przez podmiot obcy, pozwala łatwiej zaspokoić ewentualne roszczenia z tytułu nieprawidłowego wykonania sieci. Gdyby nie było takiej cesji i doszłoby do nieprawidłowości lub awarii w sieci, koszt ewentualnych poprawek i napraw obciąża (...). Wydłuża to drogę do usunięcia awarii i przerwy w pracy sieci. Projekt tej umowy został przekazany do (...)u, który przekazał go wykonawcy. Zgodnie z umową, B. był zobowiązany przekazać (...)owi gwarancję i rękojmię na całą inwestycję, łącznie z przebudową infrastruktury, w tym sieci ciepłej. Jednak B. nie podpisał od razu tej umowy, tylko wniósł uwagi, które zostały przekazane do (...) Ponieważ (...) otrzymał od B. negatywną odpowiedź nt. udzielania gwarancji innemu podmiotowi, zwrócił się z prośbą o aneksowanie umów z dnia 11.05.2010 r. i 8.06.2010 r. w celu wykreślenia punktów dotyczących dostarczenia oświadczeń o dokonaniu na rzecz (...)cesji wszelkich roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi na roboty i materiały.

B. przesłał(...) w dniu 24.01.2011 r. porozumienie o cesji praw z rękojmi i gwarancji na etapy II – V. W związku z tym w dniu 4.02.2011 r. zostały podpisane przez (...), B. i (...) dwa porozumienia, na podstawie których inwestor za zgodą wykonawcy przeniósł nieodpłatnie na rzecz (...) wszelkie uprawnienia z gwarancji i rękojmi wynikające z umowy z dnia 1.10.2009 r., w wyniku czego wykonawca zobowiązał się wykonywać wszelkie zobowiązania z tego wynikające wobec (...) jako uprawnionego. Jedno porozumienie dotyczyło umowy z dnia 11.05.2011 r., zaś drugie umowy z dnia 8.06.2011 r. W dniu 9.02.2011 r. doszło do odbiorów technicznych i kwalifikacji do eksploatacji sieci ciepłowniczej etapów I – V, potwierdzonych protokołami nr (...). Natomiast w dniach 10 i 14.02.2011 r.(...) została przekazana pełna dokumentacja powykonawcza. Inwentaryzacja jest to stwierdzenie, że sieć została wykonana prawidłowo, zgodnie z dokumentami, i że została naniesiona na mapę geodezyjną W.. Ponieważ sieci ciepłowniczych nie widać, jest to jedyny dokument, który lokalizuje ich przebieg. Gdyby tego dokumentu nie było, to ktoś prowadzący roboty budowlane w pobliżu sieci mógłby ją zerwać i wówczas woda o temperaturze 130 st. C mogłaby wyrządzić wiele zniszczeń i szkód. Ta dokumentacja jest zawsze warunkiem odbioru technicznego.

(...) uznał, że pełna gotowość ze strony inwestora i wykonawcy do odbioru technicznego została osiągnięta dopiero w lutym 2011 r., w związku z czym wówczas prace zostały odebrane. Aby możliwe było dokonanie odbioru końcowego, niezbędne było oddanie ulicy do użytkowania, czyli uzyskanie decyzji o użytkowaniu.

W związku z wykonaniem zmiany średnicy rury ciepłowniczej i dokonaniem odbiorem technicznym, (...) wystawił na rzecz (...) w dniu 16.02.2011 r. fakturę VAT nr (...) na kwotę 345.561,00 zł netto, tj. 425.040,03 zł brutto, doręczoną (...) w dniu 4.03.2011 r. (faktura z dowodem doręczenia k. 28, 165).

Pismem z dnia 11.03.2011 r.(...) poinformował (...), że na podstawie § 5 ust. 2 i 13 umowy z dnia 11.05.2010 r. naliczył karę umowną w kwocie 321.000,00 zł za 107 dni opóźnienia w dostarczeniu porozumienia o cesji, które dział techniczny (...) uzyskał w dniu 2.02.2011 r. W związku z tym, w tym samym dniu wystawił notę księgową nr (...), która dotyczyła etapów II – V usunięcia kolizji (pismo, nota k. 29-30, 163-164). Pismem z dnia 14.03.2011 r.(...) poinformował (...), że wystawił notę korygującą, gdyż nie uwzględnił 31 dni października, w związku z czym opóźnienie wyniosło 138 dni, co skutkowało naliczeniem kary umownej w kwocie 414.000,00 zł. Dodatkowo pismem z dnia 15.03.2011 r.(...)poinformował (...), że na podstawie § 5 ust. 2 i 13 umowy z dnia 8.06.2010 r. naliczył karę umowną w kwocie 414.000,00 zł za 138 dni opóźnienia w dostarczeniu porozumienia o cesji, które dział techniczny(...) uzyskał w dniu 2.02.2011 r., która zostaje potrącona z faktury VAT nr (...). W związku z tym w tym samym dniu wystawił notę obciążeniową nr 2, która dotyczyła etapu I usunięcia kolizji.

Następnie pismami z dnia 24.03.2011 r. i 27.12.2011 r. (...) złożył oświadczenie o potrąceniu wierzytelności (...) z faktur VAT nr (...) z wierzytelnościami określonymi notami księgową i obciążeniową nr (...) i (...), wzywając do zapłaty

pozostaje kwoty 296.699,38 zł (pisma, pełnomocnictwo k. 59-60, 173-174). (...) nie zgodził się z tymi potrąceniami, wnosząc o anulowanie naliczonych kar.

Pismem doręczonym (...) w dniu 14.11.2011 r. (...) zgłosił pełną gotowość do odbioru końcowego przebudowanej sieci ciepłej, przesyłając decyzje w przedmiocie pozwoleń na użytkowanie ciągu ulic (...) – (...). Ten dokument był potrzebny, gdyż w pozwoleniu na budowę był obowiązek uzyskania pozwolenia na użytkowanie jezdni. W związku z tym jeszcze w tym samym dniu (...) zwołał na dzień 16.11.2011 r. komisję przeglądu przed takim odbiorem. Do odbiorów końcowych doszło w dniach 16.11.2011 r. (etapy II – V) i 28.11.2011 r. (etap I), co zostało potwierdzone protokołami nr (...). Następnie (...) ponownie złożył oświadczenie o potrąceniu. Natomiast (...), w związku z dokonanym odbiorem końcowym, w dniu 29.11.2011 r. wystawił na rzecz (...) fakturę VAT nr (...) na kwotę 86.390,72 zł netto, tj. 106.260,59 zł brutto, doręczoną (...) w dniu 13.12.2011 r.

(...) wezwał (...) do zapłaty kwot wynikających z faktur VAT, ale ponieważ (...) nie uiścił dochodzonej kwoty, (...) wystąpił z niniejszym powództwem.

W dniu 24.09.2012 r. w rejestrze przedsiębiorców KRS została wpisana zmiana firmy (...) na (...), zaś w dniu 28.01.2015 r. na (...) spółka akcyjna w W..

W ocenie Sądu Okręgowego dochodzona przez powoda kwota nie budzi żadnych wątpliwości, jak również nie była kwestionowana przez pozwanego. Znajdowała również oparcie w przedłożonych dokumentach, gdyż wynikała z treści § 7 umowy nr (...) z dnia 8.06.2010 r. łączącej (...) (aktualnie: V.) z Miastem, przedmiotem której było usunięcie przez powoda kolizji realizowanej inwestycji drogowej w rejonie ul. (...) i od ul. (...) do ul. (...) z istniejącą siecią ciepłowniczą (...) (§ 1 ust. 1). Była to druga umowa łącząca strony, gdyż pierwsza ((...)/ (...)/(...)) została zawarta w dniu 11.05.2010 r., a jej przedmiotem było usunięcie przez inwestora kolizji realizowanej inwestycji drogowej w rejonie ul. (...) z istniejącą siecią ciepłowniczą (...) przy czym inwestor miał ponieść pełne koszty usunięcia kolizji z siecią ciepłowniczą. Rozliczenie miało nastąpić na podstawie faktur VAT wystawionych przez (...): na kwotę 345.561,00 zł netto – w terminie 14 dni od dnia podpisania protokołu odbioru technicznego i na kwotę 86.390,72 zł netto – w terminie 14 dni od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego. Łącznie miała to więc być kwota 531.300,62 zł brutto, na którą opiewały faktury VAT nr (...) i nr FV (...).

Sąd I instancji podniósł, że podstawą obrony pozwanego było oświadczenie o potrąceniu dokonane przez niego jeszcze przed procesem pismami i notami księgowymi z dnia 11, 14 i 15.03.2011 r., 27.12.2011 r. i 28.06.2012 r., w których pozwany oświadczył, że dokonuje potrącenia swoich należności w kwotach ostatecznie po 414.000,00 zł z każdej z umów (po 138 dni po 3.000,00 zł za każdy dzień) z należnościami powoda z faktur VAT nr (...) i nr FV (...) (k. 29-32, 59-60, 163-164, 166-167, 173). Kwoty te zostały naliczone w związku z niedotrzymaniem przez powoda terminu, o jakim była mowa w § 5 ust. 13 umów, odwołujących się do ust. 1 pkt 5 (umowa z dnia 11.05.2010 r.) lub ust. 1 pkt 4 (umowa z dnia 8.06.2010 r.) tego paragrafu, a więc 16.09.2010 r. (ustalonego aneksami nr (...) do obydwu umów). Do odbioru technicznego prac wszystkich etapów doszło w dniu 9.02.2011 r., co zostało potwierdzone stosownymi protokołami, a więc 146 dni od terminu umownego. Pozwany wyliczył 138 dni – do dnia 2.02.2011 r., przyjmując tę datę jako datę „zakończenia wszystkich robót na sieci ciepłowniczej w zakresie przesyłu ciepła”. Osoba podpisująca pisma zawierające oświadczenia o potrąceniu legitymowała się stosownym pełnomocnictwem.

Ponadto w sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwany złożył dodatkowo oświadczenie o potrąceniu z wierzytelnością powoda swojej wierzytelności z tytułu kar umownych za opóźnienie w całkowitym zakończeniu robót z obu umów na kwotę 2.160.000,00 zł – po 360 dni po 3.000,00 zł z każdej umowy. Ta kara umowna dotyczyła § 5 ust. 14 umów, odwołujących się do ust. 1 pkt 6 (umowa z dnia 11.05.2010 r.) lub ust. 1 pkt 5 (umowa z dnia 8.06.2010 r.) tego paragrafu, gdzie jako termin „całkowitego zakończenia robót” została wskazana data 15.11.2010 r. Do odbiorów końcowych doszło jednak dopiero w dniach 16.11.2011 r. (etapy II – V) i 28.11.2011 r. (etap I), co zostało potwierdzone stosownymi protokołami i zeznaniami świadka R. R.. Sama gotowość do odbioru końcowego przebudowanej sieci ciepłej została zgłoszona (...) pismem doręczonym mu w dniu 14.11.2011 r.. Na ten ostatni dzień opóźnienie wynosiło

więc 364 dni. Mnożąc tę liczbę przez 3.000,00 zł otrzymujemy kwotę 1.092.000,00 zł, a nie 1.080.000,00 zł, jak wskazał pozwany, co nie miało jednak żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Jak stanowi 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).

Niezbędną przesłanką dochodzenia kary umownej jest tylko takie niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.c.). Dłużnik może więc dowodzić, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

W umowach były przewidziane 2 terminy, od zachowania lub niezachowania których zależała możliwość naliczania kar umownych: 1) zakończenie wszystkich robót na sieci ciepłowniczej w zakresie przesyłu ciepła, 2) całkowite zakończenie robót (na podstawie umowy – w umowie z dnia 11.05.2010 r.).

Zdaniem Sądu pierwszy termin należało utożsamiać z podpisaniem protokołu odbioru technicznego, zaś drugi z podpisaniem protokołu odbioru końcowego. Odbiór techniczny warunkuje uruchomienie sieci, a odbiór końcowy zakończenie inwestycji. W praktyce odbiór techniczny jest odbiorem cząstkowym, a całą inwestycję zamyka odbiór końcowy.

Taki też wniosek wynikał z treści umów łączących strony: 1) jako zakończenie robót w zakresie przesyłu ciepła dla każdego z etapów rozumiane było podpisanie protokołu odbioru technicznego przez upoważnionych przedstawicieli stron (§ 5 ust. 2 umów), 2) jako całkowite zakończenie robót rozumiane było podpisanie protokołu odbioru końcowego przez upoważnionych przedstawicieli stron (§ 5 ust. 3 umów).

Niewątpliwie każdy z pięciu etapów prac miał być potwierdzony dwustronnym protokołem i protokoły (protokół) obejmujące te wszystkie etapy stanowiły o wykonaniu tych dwóch umów.

W § 5 ust. 10 umów zostały określone warunki, po spełnieniu których miał nastąpić odbiór techniczny, do którego pozwany miał przystąpić w terminie 3 dni od powiadomienia go przez powoda o gotowości do takiego odbioru (§ 5 ust. 9). Wśród tych warunków znajdowały się m.in. obowiązki: - dostarczenia dokumentacji powykonawczej i inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej w zakresie sieci ciepłowniczej, komór ciepłowniczych i kanalizacji teletechnicznej, - dostarczenia oświadczenia o dokonaniu na rzecz tej spółki cesji wszelkich roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi na roboty i materiały budowlane związane z usunięciem kolizji z siecią ciepłowniczą.

Natomiast odbiór końcowy sieci ciepłowniczej po usunięciu kolizji – zgodnie z treścią § 5 ust. 11-12 umów – miał nastąpić w terminie 7 dni od daty zawiadomienia pozwanego przez powoda o spełnieniu przez niego następujących warunków: - pomyślny odbiór techniczny, - zakończenie wszystkich robót w rejonie danego zakresu sieci ciepłowniczej, - przekazanie (...) kopii ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

Sąd Okręgowy nie podzielił stanowiska powoda, jakoby o zakończeniu robót w zakresie przesyłu ciepła decydował fakt ich fizycznego zakończenia w terenie.

Na dzień 17.11.2010 r., a więc zgłoszenia pozwanemu gotowości sieci ciepłowniczej do odbioru, gotowość ta była niepełna, gdyż brakowało inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej i oświadczenia o dokonaniu na rzecz (...) cesji wszelkich roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi. Nie ulegało wątpliwości, że z tej cesji korzyść odnieść miał pozwany. Pozwala ona łatwiej zaspokoić ewentualne roszczenia z tytułu nieprawidłowego wykonania sieci. Natomiast inwentaryzacja stwierdza, że sieć została wykonana prawidłowo, zgodnie z dokumentami, a co istotniejsze – że została naniesiona na mapę geodezyjną W.. Do samego potwierdzenia faktu prawidłowości wykonania prac taka dokumentacja nie była niezbędna.

Inwentaryzacja geodezyjna powykonawcza została dostarczona pozwanemu w dniu 30.11.2010 r. Natomiast cesja, a w zasadzie dwie, zostały podpisane dopiero w dniu 4.02.2011 r.

Prace dotyczące przebudowy sieci ciepłowniczej zostały fizycznie zakończone w dniach 16-24.09.2010 r..

W odniesieniu do odbioru końcowego, Sąd wskazał, że powód nawet nie podnosił, jakie okoliczności spowodowały tak znaczne, bo roczne, opóźnienie. Pełną gotowość do odbioru końcowego przebudowanej sieci ciepłej (...) zgłosił pismem doręczonym (...) w dniu 14.11.2011 r. Co charakterystyczne, tu problem dotyczył wyłącznie decyzji w przedmiocie pozwoleń na użytkowanie ciągu ulic (...) – (...), a więc decyzji wydawanej przez jedną z jednostek Miasta. Tymczasem trwało to rok czasu, zaś powód nie wykazał, czym było to spowodowane.

Sąd Okręgowy wskazał, że po stronie powoda doszło do opóźnienia zarówno w odniesieniu do wykonania wszystkich robót w zakresie przesyłu ciepła, jak i co do całkowitego zakończenia robót w rozmiarach wskazanych powyżej, z przyczyn leżących po jego stronie. W konsekwencji pozwanemu należały się następujące kary umowne (zgodnie z literalnym brzmieniem umów):

1) umowa z dnia 11.05.2010 r.:

- 414.000,00 zł (138 dni x 3.000,00 zł),

- 1.080.000,00 zł (360 dni x 3.000,00 zł),

2) umowa z dnia 8.06.2010 r.:

- 414.000,00 zł (138 dni x 3.000,00 zł),

- 1.080.000,00 (360 dni x 3.000,00 zł).

Łącznie dało to kwotę 2.988.000,00 zł.

Sąd I instancji zwrócił uwagę, że o ile 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, a więc szkoda nie jest przesłanką dochodzenia kary umownej, to jak stanowi art. 484 § 2 k.c., jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie jest zamknięty, a ocena w tym zakresie, w zależności od okoliczności sprawy, należy do sądu orzekającego. W art. 484 § 2 k.c. wskazane zostały dwie przesłanki miarkowania kary umownej: 1) wykonanie w znacznej części zobowiązania, z którym związana jest kara, 2) rażąco wygórowanie wysokości kary. Wyliczenie zawarte w art. 484 § 2 k.c. należy uznać za wyczerpujące.

W niniejszej sprawie powód zgłosił zarzut, że kara umowna jest zdecydowanie zawyżona. Kodeks cywilny nie zawiera wskazówek co do stanów faktycznych podlegających pod hipotezę regulacji art. 484 § 2 k.c. w zakresie przesłanki „rażąco wygórowanej kary”, nie wskazuje okoliczności mogących mieć wpływ na ocenę jej zaistnienia, pozostawiając ich ustalenie uznaniu sędziowskiemu uwzględniającemu okoliczności konkretnej sprawy. Skoro kara umowna stanowi surogat odszkodowania, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej, gdy jest ona niewspółmierna do poniesionej przez wierzyciela szkody.

Sąd Okręgowy wskazał, że nie można pominąć, że (...) mając na uwadze dobro odbiorców i prośbę wykonawcy, jesienią 2010 r., niedługo po przeprowadzonych próbach, uruchomił sieć bez spełnienia warunków formalnych do odbioru technicznego. Zatem mimo pewnego opóźnienia w stosunku do umownego terminu dla odbioru technicznego (15.09.2010 r.), doszło do faktycznego przełączenia sieci na lepszą, wydajniejszą.

Wyłączenie ciepła trwało 24 godziny i nie było skarg ze strony odbiorców, że nie jest dostarczane ciepło (k. 309). Świadkowie pozwanego wspominali co prawda o dwóch rodzajach szkody, a mianowicie związanej z wyłączeniem sieci (brakiem dostaw) i koniecznością zapłaty z tego tytułu, a nadto związanej z wizerunkiem pozwanego, jednak żadne z nich nie potrafiło podać nawet przybliżonej wartości szkody, jaką miałyby ponieść (...) w związku z tą przerwą

w dostawach, a tym bardziej, aby doszło do nadszarpnięcia wizerunku. Także strona pozwana okoliczności tych nie wykazywała, a więc można przyjąć, że faktycznie szkody nie poniosła żadnej, a jeżeli już, to w minimalnym zakresie.

Celem zastrzeżenia kary umownej było mobilizowanie wykonawcy, który przebudowuje sieć, do jak najszybszego zakończenia robót i przekazania wszystkich dokumentów formalnych, umożliwiających przystąpienie do użytkowania tej sieci.

Sąd I instancji podzielił zdanie świadka P. D., że kwestie pozatechniczne nie miały wpływu na użytkowanie sieci przez (...) (k. 253). Tak naprawdę kary umowne w tej sprawie związane były niemal w całości z nieprzedstawieniem przez powoda wszystkich dokumentów, a więc z kwestiami formalnoprawnymi, które nie miały znaczenia dla samego funkcjonowania ciepłociągu. Prace zostały wykonane prawidłowo, skoro – jak była o tym mowa – odbywały się pod ciągłym nadzorem pozwanego.

Tych wszystkich okoliczności Sąd nie może pominąć przy ustaleniu właściwej kary umownej w tej sprawie. Łączna kwota kar umownych, jakich mógłby domagać się pozwany, wynosiła 2.988.000,00 zł. Mając na uwadze wskazane okoliczności, jak również samą wartość wynagrodzenia należnego powodowi (nieco ponad 530.000,00 zł), zasadnym było zmiarkowanie tej kwoty do 5%, tj. 149.400,00 zł. Kara umowna w takiej wysokości, a więc niespełna 150.000,00 zł, uwzględnia wszystkie funkcje przed nią postawione, a więc nie doprowadzi do nadmiernego wzbogacenia pozwanego, skoro po jego stronie nie doszło do powstania szkody, a okoliczność przeciwna ani co do zasady, ani co do wysokości nie została wykazana przez pozwanego. Jednocześnie taka kwota stanowi wystarczającą retorsję w stosunku do powoda, jako strony naruszającej postanowienia umowy.

W konsekwencji zasądzeniu na rzecz powoda podlegała kwota 381.900,62 zł, a więc kwota należnego powodowi wynagrodzenia pomniejszonego o kwotę 149.400,00 zł z tytułu kar umownych. Ta kara pomniejszyła należność z faktury VAT nr (...) na kwotę 425.040,03 zł, jako dalej wymagalną, co spowodowało, że do zapłaty z tej faktury pozostała kwota 275.640,03 zł. Należność z drugiej faktury VAT nr (...), tj. 106.260,59 zł, podlegała zasądzeniu w całości. W pozostałym zakresie powództwo, co do należności głównej, podlegało oddaleniu.

Zgodnie z art. 481 § 1 k.c. jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Dłużnik popada w opóźnienie, jeśli nie spełnia świadczenia pieniężnego w terminie, w którym stało się ono wymagalne, także wtedy, gdy kwestionuje istnienie lub wysokość świadczenia (por. wyrok SN z dnia 22.10.2003 r., II CK 146/02, Lex nr 82271). Zatem od zasądzonych kwot należały się powodowi ustawowe odsetki zgodnie z żądaniem pozwu, jako zgodne z treścią § 7 umowy z dnia 8.06.2010 r.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c., rozdzielając je stosunkowo pomiędzy stronami.

Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany zaskarżając go w części to jest w zakresie pkt I i III i zarzucił naruszenie:

A. art. 484 § 2 k.c. poprzez przyjęcie, że w związku z tym, iż kary umowne zastrzeżone na rzecz pozwanego w umowach stron z 11 maja 2010 r. oraz z 8 czerwca 2010 r. są rażąco wygórowane lub w związku z tym, że zobowiązania wynikające z wymienionych umów zostały w znacznej części wykonane, uzasadnione jest miarkowanie zastrzeżonych kar do 5% ich wartości wynikającej z umowy.

B. art. 353¹ k.c. poprzez przyjęcie, że dokonując miarkowania kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. Sąd może zredukować karę umowną do poziomu uwzględniającego w wyważony i bezstronny sposób interesy obu stron umowy, a nie tylko do maksymalnego poziomu powyżej, którego uzasadnione jest żądanie miarkowania kary umownej,

C. art. 233 §1 k.p.c. poprzez uznanie wbrew zgromadzonemu w sprawie materiałowi dowodowemu, że: (i) kara umowna w kwocie 149.400,00 zł stymuluje powoda w wystarczającym stopniu do wykonania umów zawartych z

pozwany zgodnie z ich treścią oraz, że (ii) kara w kwocie 149.400,00 zł jest adekwatna do wartości interesu wierzyciela, który kara ta miała zabezpieczać i stanowi wystarczającą retorsję za ryzyko, na jakie narażony został pozwany nienależytym wykonaniem umowy.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie zwrotu kosztów procesu.

Powód wniósł o oddalenie apelacji w całości i zasądzenie od pozwanego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

apelacja nie jest zasadna i podlega oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

Ustalenia faktyczne poczynione przez sąd I instancji są prawidłowe i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne. Zarzut naruszenia art. 233 par. 1 k.p.c. odnosi się jedynie do dwóch kwestii a mianowicie: a) pozwany podnosi, że kara umowna nie stymuluje powoda do wykonania umów zawartych z pozwanym zgodnie z ich treścią, oraz b), że nie jest adekwatna do wartości interesu wierzyciela, który miała zabezpieczać i nie stanowi wystarczającej retorsji za ryzyko, na jakie narażony został pozwany nienależytym wykonaniem umowy.

Zarzut ten jest chybiony. Po pierwsze celem kary umownej jest stymulowanie zobowiązanego do należytego wykonania tego zobowiązania, które kara umowna zabezpiecza a nie innych zobowiązań istniejących między stronami. Okoliczność, że powód opóźnia się z przekazywaniem pozwanemu dokumentacji powykonawczej także przy realizacji innych umów, nie może wpływać na ocenę, czy funkcje kary umownej zostały spełnione w okolicznościach konkretnej sprawy.

Zastrzeżenie kary umownej w umowie, powoduje modyfikację reguł odpowiedzialności kontraktowej albowiem wierzyciel wykazuje jedynie sam fakt zastrzeżenia kary umownej i niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Kara umowna stanowi zatem jedną z umownych sankcji kontraktowych, aktualizującą się w związku z naruszeniem zobowiązania przez dłużnika, a jej celem jest kompensacja wszystkich negatywnych dla wierzyciela konsekwencji wynikających ze stanu naruszenia zobowiązania. W ocenie Sądu II instancji, apelujący nie wykazał, że na skutek miarkowania kary umownej przez Sąd Okręgowy interes pozwanego jako wierzyciela, nie uzyskał dostatecznego zaspokojenia. Podstawowym interesem wierzyciela było uzyskanie umówionego świadczenia. Interes ten niewątpliwie został zaspokojony albowiem zobowiązanie zostało wykonane w całości. Powód wykonał sieć ciepłowniczą, sieć ta została przez pozwanego odebrana i jest przez niego eksploatowana od momentu przełączenia. Pozwany otrzymał również dokumentację geodezyjną powykonawczą i atesty na materiały oraz przelew rozszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi. Porozumienia o cesji zostały podpisane 4.02.2011r., co więcej prace wykonane zostały niewadliwie i nie zachodziła realna potrzeba skorzystania z uprawnień objętych cesją tak przed podpisaniem porozumień jak i po tym terminie. W tej sytuacji interes wierzyciela chroniony za pomocą kary umownej sprowadza się do sankcji za nieterminowe spełnienie świadczenia, zaś kara umowna służyć ma zadośćuczynieniu szkód wywołanych owym nieterminowym spełnieniem świadczenia. W niniejszej sprawie szkody te mają przede wszystkim charakter niemajątkowy i sprowadzają się do ryzyka związanego z eksploatacją sieci bez dokumentacji powykonawczej. Bezsporne jest między stronami, że kara umowna w niniejszej sprawie stanowi przede wszystkim retorsję za ryzyko, na jakie narażony został pozwany. Sąd I instancji miarkując umówioną karę umowną wziął pod uwagę w/w ryzyko i brak jest podstaw do przyjęcia, że błędnie to ryzyko oszacował. Apelujący nie wskazuje przesłanek, które mogłyby ocenę sądu I instancji podważyć. Nietrafny jest zarzut, że retorsje, które musi ponieść powód nie są wystarczające. Należy podkreślić, że prace objęte umową (...) powód wykonał nieodpłatnie a za prace objęte umową (...) zapłatę ustalono na kwotę 431.951,72 zł. netto. W tej sytuacji kara umowna w kwocie 149.400 zł. (po zmiarkowaniu), stanowi dla powoda znaczącą kwotę w jego budżecie. Kara ta wynosi około 34,6% wynagrodzenia netto z umowy (...). Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 r. IV CSK 416/13, praca wykonana, jeśli nie była świadczeniem pod tytułem darmym, wymaga wynagrodzenia. Sankcja w postaci pozbawienia wykonawcy zapłaty nie może być aprobowana, nawet wówczas gdy zostanie ustalone, że wykonawca dopuścił się zwłoki z winy umyślnej. Jako zwłokę kwalifikuje się

opóźnienie będące następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, a więc i te okoliczności, które dłużnik zawinił. Zwłoka pozwala przypisać dłużnikowi odpowiedzialność odszkodowawczą za jej skutki (art. 477 k.c.). Jeżeli więc zwłoka powstała z przyczyny zawinionej przez dłużnika, wina jest tu przesłanką tej odpowiedzialności, okolicznością kreującą tę odpowiedzialność. Na gruncie odpowiedzialności kontraktowej nie ma jednak dostatecznej podstawy, aby tę winę po raz wtóry wykorzystać, tym razem jako okoliczność wpływającą na rozmiar obowiązku odszkodowawczego, tu: rozmiar możliwego miarkowania kary umownej.

Niewątpliwie za zasadnicze kryterium oceny rażącego wygórowania kary umownej należy uznać - zgodnie ze stanowiskiem zajmowanym w art. 85 § 1 k.z. i podtrzymywanym na gruncie art. 484 § 2 k.c. - stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2007 r., II CSK 400/06, nie publ., z dnia 21 listopada 2007 r., I CSK 270/07, nie publ.). Względy aksjologiczne przemawiają bowiem za tym, że zastrzeżenie kary nie powinno prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.

Rację ma sąd I instancji, że kara umowna w większym rozmiarze nie znajduje uzasadnienia, nie można bowiem tracić z pola widzenia faktu, że pozwany w zasadzie nie poniósł szkody majątkowej a poza tym bezawaryjnie eksploatuje wykonaną przez powoda sieć od momentu przełączenia tj. od jesieni 2010r. i uzyskuje z tytułu tej eksploatacji dochody.

Termin zakończenia wszystkich robót na sieci ciepłowniczej w zakresie przesyłu ciepła ustalono na 16.09.2010r. Odbiór techniczny warunkuje uruchomienie sieci a jego celem jest sprawdzenie jakości wykonanej sieci. Prace zostały fizycznie zakończone w dniach 16-24.09.2010. W dniu 17.11.2010r. wykonawca zgłosił gotowość sieci do odbioru a odbioru nie dokonano wyłącznie z uwagi na brak części dokumentacji oraz cesji roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi. Inwentaryzacja geodezyjna powykonawcza dostarczona została 30.11.2010r. (k. 142), zaś 4.02.2011 podpisane zostało porozumienie o cesji. W dniu 9.02.2011 doszło do odbiorów technicznych. 14.11.2011r. powód zgłosił gotowość do odbioru końcowego przesyłając decyzje o pozwoleniu na użytkowanie ciągu ulic.

Kary umowne za opóźnienie dostarczenia porozumienia o cesji dla każdej z umów naliczone zostały w kwotach 414.000 zł. (razem 828.000zł.), tymczasem szkoda poniesiona przez pozwanego z tytułu owego opóźnienia jest znikoma zwłaszcza, że dopóki nie dokonano odbioru technicznego sieci ciepłowniczej, wykonawca miał obowiązek usuwania wszelkich wad i usterek. O powstaniu uprawnień z rękojmi i gwarancji można mówić dopiero po odebraniu sieci przez pozwanego a zatem najwcześniej 9.02.2011r., czyli po dokonaniu cesji. Miarkowanie kary umownej z tego tytułu do wysokości 5% tj. 41.400 zł. łącznie z obu umów jest w związku z tym, w ocenie sądu Apelacyjnego, uzasadnione.

Pozwany naliczył także karę za opóźnienie w całkowitym zakończeniu robót z obu umów licząc od umownego terminu zakończenia tj. od 15.11.2010 do 16.11.2011 tj. do odbiorów końcowych po 3000 zł. za dzień opóźnienia czyli po 1080.000 zł. od każdej z umów. Sąd Okręgowy zmiarkował w/w karę do kwoty 54.000 z każdej umowy tj. 108.000 zł. z obu umów, co równe jest karze umówionej za 18 dni zwłoki z każdej umowy. Należy mieć na względzie, że inwentaryzacja geodezyjna powykonawcza dostarczona została pozwanemu w wersji papierowej 30.11.2010r. (k. 142) oraz, że w tej dacie sieć była już przez pozwanego eksploatowana. Dokonane przez sąd I instancji miarkowanie kary umownej uwzględnia w/w okoliczności oraz funkcje przypisane karze umownej.

zgodnie z uchwałą składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03 (OSNC 2004, Nr 5, poz. 69), 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. Choć kara umowna należy się w zastrzeżonej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 k.c.), a obowiązek jej zapłaty powstaje nawet wtedy, gdy wierzyciel na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie poniósł w ogóle szkody, przepisy, które ją normują, nie pozbawiły doniosłości relacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a godnym ochrony interesem wierzyciela. W przypadkach dużej dysproporcji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a chronionym za jej pomocą interesem wierzyciela dopuszczalne jest zmniejszenie, czyli tzw. miarkowanie, kary umownej przez sąd na żądanie dłużnika. Przy ocenie, czy zastrzeżona kara umowna jest rażąco

wygórowana, nie wyklucza się uwzględnienia relacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a wysokością wynagrodzenia należnego stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej, za zasadnicze jednak kryterium tej oceny uznaje się stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 2014 r., V CSK 45/13, OSP 2015, Nr 6, poz. 56; zob. także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2007 r., IV CSK 181/07, OSNC-ZD 2008, nr B, poz. 48; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2015 r., I CSK 690/13, nie publ.).

Przy miarkowaniu kary umownej doniosłe znaczenie ma zatem szkoda doznana przez wierzyciela, a nie szkoda, której potencjalnie mógł doznać, zatem wywody apelacji, iż brak inwentaryzacji robót mógł doprowadzić do uszkodzenia sieci ciepłowniczej w przypadku gdyby w okolicy prowadzone były jakieś prace ziemne, nie mogą w znaczącym stopniu wpłynąć na podwyższenie kary. Nie zostało wykazane, że w okolicy prowadzone były takie prace ziemne i że istniało realne ryzyko uszkodzenia eksploatowanej sieci w okresie przed dokonaniem odbioru końcowego inwestycji, poza tym wykonane prace zostały zinwentaryzowane i inwentaryzacja geodezyjna powykonawcza w wersji papierowej została pozwanemu dostarczona 30.11.2010r. W stanie faktycznym nie doszło do faktycznego uszkodzenia sieci i szkoda z tego tytułu nie została poniesiona, zatem kara umowna w kwotach po 1080.000 zł. od każdej z umów jest rażąco wygórowana.

Zmniejszenie zastrzeżonej kary umownej może uwzględniać łączne stosowanie obu wskazanych w art. 484 § 2 k.c. podstaw miarkowania, gdy kara umowna, po zmniejszeniu jej z powodu wykonania zobowiązania w znacznej części, nadal pozostaje rażąco wygórowana (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 r., IV CSK 416/13, nie publ.). Sąd I instancji zastosował obie podstawy zmniejszenia kary umownej w zgodzie z art. 484 par. 2 k.c., a zatem zarzut naruszenia tego przepisu nie jest trafny. Szkoda spowodowana niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania determinuje interes wierzyciela chroniony przez zapłatę kary umownej, a przewidziane w art. 484 § 2 k. c. miarkowanie kary umownej ma przeciwdziałać dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary umownej, a godnym ochrony interesem wierzyciela, który w tym przypadku zdecydował się na eksploatację nowej sieci ciepłowniczej przed odbiorem końcowym inwestycji bo widział w tym swój interes finansowy i jak sam wskazał nie chciał utracić przychodów z eksploatacji sieci w sezonie grzewczym. Wskazana okoliczność jest istotna dla miarkowania kary umownej o tyle, iż pozwala na ocenę, że skoro pozwany zdecydował się na eksploatację sieci już jesienią 2010r., to ryzyko związane z uruchomieniem sieci pomimo braku końcowego odbioru inwestycji musiał w realiach tej sprawy oceniać jako nieznaczne.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 13.02.2014r., V CSK 45/13, 1. Przepisy art. 483 i 484 KC ujmują zastrzeżoną przez strony karę umowną jako surogat odszkodowania należnego z tytułu odpowiedzialności kontraktowej. Kara umowna pełni więc przede wszystkim funkcję kompensacyjną. Dlatego - choć należy się w zastrzeżonej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 KC), a obowiązek jej zapłaty powstaje nawet wtedy, gdy wierzyciel na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie poniósł w ogóle szkody - przepisy, które ją normują, nie pozbawiły doniosłości relacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a godnym ochrony interesem wierzyciela. W przypadkach dużej dysproporcji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a chronionym za jej pomocą interesem wierzyciela dopuszczalne jest zmniejszenie, czyli tzw. miarkowanie, kary umownej przez sąd na żądanie dłużnika. Zgodnie z art. 484 § 2 KC, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej, gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Przepis ten ogranicza autonomię woli stron w kształtowaniu kary umownej. Ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Strony zastrzegając karę umowną nie mogą wyłączyć jej miarkowania przez sąd na podstawie art. 484 § 2 KC.

2. Przy ocenie, czy zastrzeżona kara umowna jest rażąco wygórowana nie wyklucza się uwzględnienia relacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a wysokością wynagrodzenia należnego stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej, za zasadnicze jednak kryterium tej oceny uznaje się stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela.

Jak wynika z powyższego wyroku, maksymalny poziom miarkowania kary umownej wyznaczają kryteria określone w art. 484 par. 2 k.c., a nie wola stron i zasada swobody umów wyrażona w art. 353¹ k.c. Kryteria, o których mowa w

art. 484 par. 2 k.c. podlegają ocenie z uwzględnieniem wszelkich okoliczności sprawy, w tym okoliczności związanych z realizacją zobowiązania i słusznym interesem strony chronionym poprzez karę umowną. Na ocenę tego interesu niebagatelny wpływ ma wykonanie zobowiązania w całości, skoro już przy wykonaniu zobowiązania w znacznej części ustawodawca pozwala na redukcję kary.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do uwzględnienia apelacji i z mocy art. 385 k.p.c. oddalił ją.

O kosztach procesu za II instancję orzekł zgodnie z wynikiem sporu w oparciu o art. 98 par. 1 i 3 k.p.c.

SSA Katarzyna Polańska-Farion SSA Ewa Kaniok SSO Agnieszka Wachowicz-Mazur