

Sygn. akt VII AGa 847/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 kwietnia 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący: SSA Marcin Łochowski (spr.)

Sędziowie: SA Aldona Wapińska

SA Magdalena Sajur - Kordula

Protokolant: sekr. sądowy Izabela Nowak

po rozpoznaniu w dniu 29 marca 2018 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. w S.

przeciwko (...) sp. z o.o. sp. k. w W.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 27 lipca 2016 r., sygn. akt XX GC 415/15

I. zmienia zaskarżony wyrok częściowo w ten sposób, że:

- 1. w punkcie pierwszym oddala powództwo w części dotyczącej kwoty 136 550,47 zł (sto trzydzieści sześć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych czterdzieści siedem groszy) wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 5 października 2014 r. do dnia zapłaty;**
- 2. w punkcie trzecim ustala, że pozwany wygrał sprawę w całości, pozostawiając szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu;**

II. oddala apelację powoda;

III. zasądza od (...) sp. z o.o. w S. na rzecz (...) sp. z o.o. sp. k. w W. kwotę 12 228 zł (dwanaście tysięcy dwieście dwadzieścia osiem złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VII AGa 847/18

UZASADNIENIE

(...) sp. z o.o. w S. wniosła o zasądzenie od (...) sp. z o.o. sp.k. w W. kwoty 199 000 zł z odsetkami ustawowymi od 5 października 2014 r. do dnia zapłaty oraz kosztów procesu.

Powód wskazał, że strony zawarły umowę, której przedmiotem była naprawa torów 270, 272, 273 oraz demontaż toru 260 na terenie Elektrowni (...) w B.. Zdaniem powoda, strona pozwana dokonała bezprawnego potrącenia z

wynagrodzenia należnego powodowi kwoty 199.000 zł z tytułu kary umownej za przekroczenie terminu realizacji prac. Przyczyną niewykonania prac w terminie były bowiem działania strony pozwanej.

(...) sp. z o.o. sp.k. wniosła o oddalenie powództwa, a także o zasądzenie kosztów procesu.

Strona pozwana zarzuciła, że roboty były realizowane wadliwie i z opóźnieniem, zagrażającym terminowej realizacji prac. Do usunięcia zgłoszonych usterek i niedoróbek doszło w dniu 29 sierpnia 2014 r. i w tym dniu dokonano zgłoszenia wszystkich prac objętych przedmiotem umowy do odbioru końcowego. Odbiór ten nastąpił w dniu 2 września 2014 r. przy udziale i akceptacji strony powodowej. Powód nie dotrzymał terminu wykonania umowy, z przyczyn leżących jedynie po jego stronie. Kara umowna została naliczona zgodnie z pkt 6 o.w.u. za okres od dnia 9 sierpnia 2014 r. do dnia 2 września 2014 r.

Wyrokiem z dnia 27 lipca 2016 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 136 550,47 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 5 października 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, oddalił powództwo w pozostałej części oraz ustalił, że powód wygrał proces w 68,5 %, zaś pozwany w 31,5 %, pozostawiając szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 22 maja 2014 r. pozwany zlecił powodowi naprawę torów 270, 272, 273 oraz demontaż toru 260. Zgodnie z pkt 2.1. ogólnych warunków umów o roboty budowlane dla podwykonawców (o.w.u.), przedmiotem umowy są wszystkie roboty dostawy i usługi konieczne dla wykonania umowy i których konieczność wykonania przez podwykonawców ujawni się w trakcie wykonywania umowy i których wykonanie będzie zgodne z dokumentacją będącą podstawą umowy. Pkt 6.7. o.w.u. przewiduje, iż w razie opóźnień w realizacji prac powód zapłaci karę umowną za każdy dzień kalendarzowy opóźnienia w stosunku do terminów określonych w umowie. Z kolei zgodnie z pkt 6.8. o.w.u., jeżeli nie ma innych ustaleń pozwany jest uprawniony do naliczenia powodowi kary umownej za niedotrzymanie któregośkolwiek terminu określonego w umowie lub harmonogramie, a zobowiązania powoda do zapłaty kary umownej powstałe wskutek uchybienia terminom umownym nie wygasają wskutek uzgodnienia nowych terminów do wykonania opóźnionych robót. Pkt 9.2 o.w.u. stanowi, iż obowiązkiem powoda jest powiadomienie pozwanego na piśmie (za potwierdzeniem dostarczenia pisma) o gotowości do odbioru robót, nie później niż na 7 dni roboczych przed datą planowanego odbioru. Zgodnie z pkt. 9.4. o.w.u. za datę odbioru końcowego przedmiotu umowy uznaje się późniejszą z dat: datę dokonania przez pozwanego końcowego odbioru robót lub datę potwierdzenia przez pozwanego usunięcia wszystkich wad stwierdzonych w protokole odbioru końcowego robót. Pkt 9.6. o.w.u. przewiduje natomiast obowiązek dostarczenia przez powoda nie później niż w dniu poprzedzającym wyznaczony przez pozwanego termin rozpoczęcia czynności odbiorowych kompletnej, powykonawczej dokumentacji budowy. Zaś wszelkie przeszkody i braki niepozwalające pozwanemu na ocenę prawidłowego wykonania robót, także brak jakiegokolwiek wymaganego dokumentu lub stwierdzenie jego niezgodności z umową lub stanem faktycznym mogły być przyczyną odmowy odbioru robót i/lub uznania opóźnienia w wykonywaniu umowy.

Pismem z dnia 23 lipca 2014 r. powód zwrócił się z prośbą o wydłużenie terminu realizacji zlecenia do dnia 8 sierpnia 2014 r. W dniu 6 sierpnia 2014 r. powód zgłosił zakończenie prac dotyczących toru 273 i zgłosił te prace do odbioru końcowego. W dniu 8 sierpnia 2014 r. pozwany zlecił powodowi wykonanie stwierdzonych usterek, następnie w tym samym dniu potwierdzono zakończenie wszystkich prac przez umieszczenie wpisu w dzienniku budowy. W dniu 19 sierpnia 2014 r. powód dostarczył pozwanemu pomiar powykonawczy toru 270 i 272. Zaś w dniu 29 sierpnia 2014 r. zgłoszono do odbioru naprawę torów 270, 272, 273. Dnia 2 września 2014 r. dokonano odbioru prac wykonanych przez powoda, który wystawił fakturę VAT, opiewającą na kwotę 2 447 700 zł.

Dnia 20 października 2014 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 2 447 700 zł z tytułu wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie prac. W dniu 5 listopada 2014 r. pozwany wskazał, że zatrzymuje kwotę 73 431 zł tytułem zabezpieczenia należytego wykonania na okres rękojmi i gwarancji, zaś kwotę 199 000 zł tytułem kary umownej za przekroczenie końcowego terminu. W tym samym dniu pozwany wezwał powoda do zapłaty kwoty 199.000 zł z tytułu

kary umownej. Następnie w dniu 12 listopada 2014 r. pozwany dokonał potrącenia kwoty w wysokości 199 000 zł tytułem kary umownej. W dniu 18 listopada 2014 r. pozwany uiścił na rachunek bankowy powoda kwotę 2 175 269 zł.

Sąd Okręgowy uznał, że powództwo zasługuje na uwzględnienie w przeważającym zakresie. Sąd pierwszej instancji zakwalifikował łączącą strony umowę jako umowę o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c.

w zw. z art. 647¹ k.c.

W ocenie Sądu pierwszej instancji, powód wykonał dodatkowe prace na rzecz pozwanego, nieobjęte przedmiotem umowy z dnia 22 maja 2014 r. Strona pozwana podczas realizacji przez powoda prac zgłaszała uwagi dotyczące ich prawidłowości, co ma odzwierciedlenie w notatkach

ze spotkań, a także w zapisach umieszczonych w dzienniku budowy. Jednakże zgłaszane niedociągnięcia były usuwane w toku realizacji całości prac, o czym świadczą zapisy znajdujące się w dzienniku budowy. W dzienniku budowy znajduje się zapis inspektora nadzoru J. K. z dnia 8 sierpnia 2014 r., który potwierdza zakończenie remontu toru 273, po usunięciu usterek i niedoróbek oraz wykonaniu dokumentacji powykonawczej. Ponadto z notatki wynika, iż całość robót nadaje się do odbioru końcowego.

Zgodnie z 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). Natomiast przepis art. 484 § 1 k.c. stanowi, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody, a żądanie odszkodowania przenoszące wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Sąd Okręgowy przyjął, że kara umowna może być zastrzeżona w umowie zarówno za zwłokę, jak i tzw. opóźnienie proste, polegające na niespełnieniu świadczenia w oznaczonym terminie. Obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

Kara umowna określona w pkt 6.7. o.w.u. należałaby się zatem pozwanemu tylko wtedy, gdyby niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez powoda, polegające na niedotrzymaniu terminu zakończenia robót, było następstwem okoliczności, za które powód ponosi odpowiedzialność, przy czym zachodzi domniemanie winy, które powód powinien obalić w celu uwolnienia się od obowiązku spełnienia żądanego przez stronę pozwaną świadczenia. Osią sporu w sprawie pozostawała okoliczność, czy we wskazanym przez pozwanego okresie, tj. od 9 sierpnia 2014 r. do dnia 2 września 2014 r. okoliczności te występowały.

W ocenie Sądu pierwszej instancji, powód nie ponosi odpowiedzialności za okoliczności, które przyczyniły się do niedotrzymania terminu ukończenia robót, gdyż skutecznie wykazał, że nienależyte wykonanie przez niego zobowiązania, nastąpiło na skutek okoliczności niezawinionych przez stronę powodową. Zarówno z zeznań świadków, jak i notatki z dnia 8 sierpnia 2014 r. załączonej do pozwu wynika, iż pozwany nie odebrał robót końcowych, zgłoszonych przez powoda w dniu 6 sierpnia 2014 r., tj. 2 dni przed upływem terminu realizacji prac. Obiór końcowy odbył się dopiero 2 września 2014 r., co potwierdza protokół nr (...).

Zdaniem Sądu Okręgowego, brak było przesłanek uzasadniających odmówienie przez stronę pozwaną w dniu 8 sierpnia 2014 r. odbioru prac. Treść art. 647 k.c., wprost nakłada na inwestora obowiązek odebrania obiektu. Materiał dowodowy nie wskazuje na istnienie rażących zaniechań ze strony powodowej, uzasadniających odmowę odebrania robót. Nie można za takowe uznać usterek wymienionych w notatce z dnia 8 sierpnia 2014 r., mających w zasadzie w kontekście całej umowy charakter wykonania prac porządkowych w obrębie terenu, na jakim odbywały się roboty. Ponadto, jak wynika z wpisu z dnia 8 sierpnia 2014 r. w dzienniku budowy prace dotyczące remontu ostatniego z torów, tj. 273, będących przedmiotem naprawy na podstawie umowy z dnia 22 maja 2014 r. zostały zakończone.

Sąd Okręgowy nie wykluczył, że w niniejszej sprawie powinno dojść do takiego rodzaju odbioru, w którym zostałyby stwierdzone wady wykonywanego dzieła, a pozwany mógłby domagać się zapłaty z tytułu rękojmi za nienależyte wykonanie, czy też z tytułu gwarancji. Jednakże wobec zakończenia wykonywania prac, stwierdzonych zgodnie przez

obie strony, przez powoda w dniu 6 sierpnia 2014 r., zaś pozwanego w dniu 8 sierpnia 2014 r., nie sposób przychylić się do twierdzeń strony pozwanej, jakoby wady realizowanego dzieła były tak istotne, że uprawniały one do dokonania odmowy ich odbioru. Strona pozwana nie przedstawiła dowodów na potwierdzenie tezy przeciwnej, tj. nie udowodniła istotności wad, które uzasadniałyby odmowę odbioru pomimo zgłoszenia ich do odbioru.

Brak zatem było podstaw do naliczenia kary umownej przez stronę pozwaną za okres od dnia 9 sierpnia 2014 r. do dnia 2 września 2014 r., gdyż postanowienia o.w.u. przewidywały możliwość nałożenia kary umownej za niedotrzymanie terminu zakończenia robót, podczas gdy w tym terminie roboty budowlane były już zakończone, a brak ich odbioru wynikał z działań podejmowanych przez pozwanego. Naliczenie kary umownej w kwocie 199 000 zł było więc niezasadne.

Sąd Okręgowy wskazał, że w związku z dokonaniem przez powoda korekty wartości całego kontraktu, który wyniósł 1 927 550,47 zł, a nie, jak pierwotnie wskazywano 1 990 000 zł, należało przyjąć, iż pozwany niezasadnie zatrzymał kwotę 136 550,47 zł tytułem kary umownej.

Z tych względów powództwo zasługuje na uwzględnienie w zakresie kwoty 136 550,47 zł, a w pozostałej części jest bezzasadne.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy rozstrzygnął na podstawie art. 108 k.p.c.

Apelacje od tego wyroku wniosły obie strony.

Powód zaskarżył wyrok w pkt II., tj. w części oddalającej powództwo, zarzucając temu wyrokowi naruszenie:

- art. 632 § 1 i 2 k.c. przez przyjęcie, że zachodzą podstawy do obniżenia wynagrodzenia powoda, a w związku z tym pozwany był uprawniony do zatrzymania kwoty 62 449,53 zł;
- art. 498 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 499 k.c. przez jego zastosowanie i przyjęcie, że może dojść do potrącenia wierzytelności przysługującej powodowi;
- art. 231 k.p.c. przez przyjęcie, że powód dokonał korekty wartości umowy;
- art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 217 § 1 i 3 k.p.c. przez przekroczenia granic zasady swobodnej oceny dowodów, polegające na przyjęciu, że dokument z k. 75 akt stanowi podstawę do uznania, że doszło do zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia.

W oparciu o te zarzuty powód wniósł o zmianę wyroku w pkt I. i uwzględnienie powództwa w całości, ewentualnie o uchylenie pkt II. wyroku i przekazanie sprawy w tej części Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Pozwany zaskarżył wyrok w pkt I. i III., tj. w części uwzględniającej powództwo oraz ustalającej, że strona powodowa wygrała proces w 68,5%, zarzucając temu wyrokowi:

- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c., polegające na dokonaniu dowolnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, skutkujące błędnymi ustaleniami faktycznymi przez: 1) pominięcie dowodu z dokumentu w postaci umowy w zakresie, w jakim w umowie tej strony uzgodniły, że za datę końcowego odbioru Przedmiotu Umowy uznaje się późniejszą z dat: datę dokonania przez (...) (pozwanego) odbioru końcowego robót, tj. całego i kompleksowego Przedmiotu Umowy lub datę potwierdzenia przez (...) (pozwanego) usunięcia wszystkich wad stwierdzonych w protokole odbioru końcowego robót (Przedmiotu Umowy) (pkt 6.6 i pkt 9.4 (...) umowy) oraz, że powód przed odbiorem obowiązany jest sprawdzić, czy jego roboty zostały wykonane w sposób kompletny i czy nie ma żadnych wad w robotach i natychmiast wykonać ewentualne roboty końcowe i poprawki (pkt 9.5. (...) umowy) oraz, że wszelkie przeszkody i braki niepozwalające (...) na ocenę prawidłowego wykonania robót przez (...) (powód), także brak jakiegokolwiek wymaganego dokumentu lub stwierdzenie jego niezgodności z umową lub stanem faktycznym mogą być przyczyną odmowy odbioru robót (...) (powoda) i/lub uznania opóźnienie (...) (powoda) w wykonaniu umowy (pkt 9.6 (...) umowy), 2) pominięcie

dowodu z zeznań świadków w zakresie, w jakim potwierdzili oni zgodnie występowanie wad i usterek objętych notatką 001/08/2014 z dnia 8 sierpnia 2014 r. oraz fakt ich usunięcia po dniu 8 sierpnia 2014 r., 3) pominięcie dowodu z zeznań świadków w zakresie, w jakim potwierdzili, że usterki i wady objęte notatką 001/08/2014 z dnia 8 sierpnia 2014 r. są wadami istotnymi, uniemożliwiającymi korzystanie z Przedmiotu Umowy, a zatem, że prace kompleksowo ujęte Przedmiotem Umowy nie nadają się do odbioru końcowego, 4) wadliwą ocenę treści wpisu w dzienniku budowy z dnia 8 sierpnia 2014 r., sprowadzającą się do błędnego ustalenia, że wpis ten potwierdza zakończenie wszystkich prac objętych Przedmiotem Umowy oraz, że przed datą 8 sierpnia 2014 r. nastąpiło usunięcie usterek i niedoróbek oraz wykonanie dokumentacji powykonawczej, 5) wadliwą ocenę treści notatki 001/08/2014 z dnia 8 sierpnia 2014 r., skutkującą błędnym uznaniem, iż całość robót nadaje się do odbioru końcowego oraz, że wskazane w niej usterki i niedoróbki są wadami nieistotnymi, umożliwiającymi korzystanie z przedmiotu umowy, a zatem, że wszystkie prace stanowiące Przedmiot Umowy nadają się do odbioru końcowego w dacie 8 sierpnia 2014 r. oraz, że wskazane usterki i niedoróbki nie potwierdzają nienależytego wykonania umowy przez powoda;

- sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego skutkującą bezpodstawnym przyjęciem, że: 1) wpis do dziennika budowy z 8 sierpnia 2014 r. potwierdza niewadliwe wykonanie całości robót objętych Przedmiotem Umowy, 2) wady i usterki wskazane w notatce 001/08/2014 z dnia 8 sierpnia 2014 r. nie uzasadniały odmowy dokonania odbioru całego Przedmiotu Umowy, 3) wady i usterki wskazane w notatce 001/08/2014 z dnia 8 sierpnia 2014 roku były wadami nieistotnymi, umożliwiającymi korzystanie z Przedmiotu Umowy, oraz że nie stoją na przeszkodzie w uznaniu, iż powód w sposób należyty wykonał swoje obowiązki na gruncie łączącej go z pozwanym umowy, 4) na podstawie uzgodnionej i zawartej umowy, w szczególności postanowień punktów 6.6, 9.4, 9.5, 9.6 (...) umowy, pozwany nie był uprawniony do odmowy dokonania odbioru końcowego Przedmiotu Umowy z uwagi na wady i braki wskazane w notatce 001/08/2014 z dnia 8 sierpnia 2014 r., za które powód ponosi odpowiedzialność, 5) przyczyn, dla jakich powód nie wykonał w terminie prac obciążają pozwanego, pomimo braku ku temu przesłanek;

- naruszenie art. 56 k.c. w zw. z 353⁽¹⁾ k.c. i art. 65 § 2 k.c. przez ich niewłaściwe zastosowanie i nieuzasadnione pominięcie całokształtu skutków, jakie strony w punktach 6.6, 9.4, 9.5, 9.6 (...) umowy przypisały wszelkim wadom, brakom, niezgodnościom z umową w pracach wykonywanych przez powoda, jak również pominięcie uprawnienia pozwanego do odmowy dokonania odbioru robót w przypadku wadliwości prac realizowanych przez powoda, jak też pominięcie uzgodnień stron, które odbiór końcowy łączyły z usunięciem wszystkich wad stwierdzonych w wykonywanych pracach;

- naruszenie art. 359 § 2 k.c. i art. 481 § 2 k.c. przez ich niewłaściwe zastosowanie i zasądzenie na rzecz powoda od dnia 1 stycznia 2016 r. odsetek ustawowych za opóźnienie (wg. art. 481 k.c. w brzmieniu po 1 stycznia 2016 r.) w sytuacji, kiedy powód wnosił wyłącznie o zasądzenie odsetek ustawowych (wg. art. 359 k.c. w brzmieniu po 1 stycznia 2016 r.).

W konsekwencji pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa w zaskarżonej części oraz zasądzenie kosztów procesu.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:

Apelacja powoda jest bezzasadna, natomiast apelacja pozwanego jest zasadna.

Sąd Apelacyjny podziela większość ustaleń Sądu Okręgowego i przyjmuje je za własne. Nie można jednak zgodzić się z wywodami Sądu pierwszej instancji co do wykonania przez powoda wszystkich prac uzgodnionych w umowie do dnia 8 sierpnia 2014 r. W tym zakresie zarzut apelacji sprzeczności ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego jest trafny. Ten błąd w ustaleniach faktycznych, w powiązaniu z naruszeniem art. 65 § 2 k.c. przy dokonywaniu wykładni umowy łączącej strony, doprowadził do wadliwego uwzględnienia powództwa. Co więcej, Sąd pierwszej instancji ustalając wysokość należnego powodowi wynagrodzenia w rażący sposób naruszył art. 321 § 1 k.p.c. Suma tych uchybień skutkowałą koniecznością częściowej zmiany zaskarżonego wyroku i oddalenia powództwa w całości.

Mając na względzie, że żądaniu zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace pozwany przeciwstawił wierzitelność wzajemną z tytułu naliczenia kary umownej w kwocie 199 000 zł, wymaga rozważania, czy pozwany miał podstawy do naliczenia takiej kary. To z kolei jest uzależnione od ustalenia, czy powód wykonał prace, zgodnie z treścią umowy w ustalonym terminie.

Niesporne jest, że na wniosek powoda z dnia 23 lipca 2014 r. termin wykonania prac został przedłużony do dnia 8 sierpnia 2014 r. Sąd Okręgowy przyjął, że do dnia 8 sierpnia 2014 r. powód zakończył wykonywanie wszystkich uzgodnionych prac, co znajduje potwierdzenie w treści wpisu w dzienniku budowy. W tym dniu inspektor nadzoru dokonał w dzienniku budowy wpisu o treści: „Potwierdzam zakończenie remontu toru 273. Po usunięciu usterek i niedoróbek oraz wykonaniu dokumentacji powykonawczej proszę zgłaszać całość robót do odbioru końcowego”. Trafnie zarzuca pozwany, że z tego wpisu nie sposób wywieść, iż w dniu 8 sierpnia 2014 r. prace zostały zakończone zgodnie z umową. Nie budzi wątpliwości, iż inspektor nadzoru wskazał na istniejące w pracach „usterki i niedoróbki”, polecając zgłoszenie robót do odbioru po ich usunięciu. Nadto, z treści późniejszych wpisów w dzienniku budowy wynika, że całość prac została zgłoszona do odbioru w dniu 29 sierpnia 2014 r. (k.205). Niezrozumiałe byłoby zgłaszanie prac do odbioru w dniu 29 sierpnia 2014 r., gdyby prace zostały wykonane w sposób zgodny z umową do dnia 8 sierpnia 2014 r. Z treści notatki z dnia 8 sierpnia 2014 r. (k.210-211) wynika, że w tym dniu istniało szereg prac do wykonania (np. asfaltowanie przejazdów) oraz usterek do usunięcia. Nie było jeszcze przy tym wykonanej dokumentacji powykonawczej.

Rację ma zatem Sąd Okręgowy przyjmując, że na dzień 8 sierpnia 2014 r. zasadnicza część prac została wykonana. Z pewnością jednak istniały wówczas usterki, które powód zobowiązał się usunąć (jak wynika z notatki z dnia 8 sierpnia 2014 r. do dnia 13 sierpnia 2014 r.) oraz nie była w tym dniu sporządzona dokumentacja powykonawcza. Konieczna jest wobec tego ocena, czy taki sposób spełnienia świadczenia – w kontekście ustaleń stron – pozwalał na przyjęcie, że powód wykonał umowę na dzień 8 sierpnia 2014 r.

Strony ustaliły, iż datą wykonania umowy będzie data dokonania przez pozwanego odbioru usuniętych przez powoda wszystkich wad stwierdzonych w protokole końcowego odbioru (pkt 6.6. o.w.u. – k.38). Z postanowieniem tym koresponduje treść pkt 9.5. o.w.u., zgodnie z którym przed odbiorem powód powinien sprawdzić, czy jego roboty zostały wykonane w sposób kompletny i czy nie ma żadnych wad w robotach i natychmiast wykonać ewentualne roboty końcowe i poprawki. Zgodnie z pkt 9.4. o.w.u. za datę odbioru końcowego przedmiotu umowy uznaje się późniejszą z dat: datę dokonania przez pozwanego końcowego odbioru robót lub datę potwierdzenia przez pozwanego usunięcia wszystkich wad stwierdzonych w protokole odbioru końcowego robót. Z kolei pkt 9.6. o.w.u. przewiduje obowiązek dostarczenia przez powoda nie później niż w dniu poprzedzającym wyznaczony przez pozwanego termin rozpoczęcia czynności odbiorowych kompletnej, powykonawczej dokumentacji budowy.

Zestawienie tych postanowień prowadzi do jednoznacznego wniosku, że dopiero po zakończeniu wszystkich prac, ewentualnym usunięciu usterek i przekazaniu przez powoda dokumentacji powykonawczej, możliwe jest przyjęcie, iż doszło do wykonania umowy. Przed odbiorem prac powód powinien usunąć wszystkie usterki (pkt 9.4. o.w.u.) oraz przedstawić dokumentację powykonawczą (pkt 9.6. o.w.u.). Data wykonania umowy – to moment usunięcia usterek stwierdzonych w protokole odbioru (pkt 6.6. o.w.u.). Natomiast, datą końcowego odbioru, jeżeli przy odbiorze zostały stwierdzone usterki, może być dopiero moment po ich usunięciu (pkt 9.4. o.w.u.).

Według Sądu Apelacyjnego, tego rodzaju postanowienie umowy o roboty budowlane, uzależniające przyjęcie, że doszło do wykonania umowy w razie bezusterkowego wykonania prac lub dopiero po usunięciu usterek mieści się w granicach swobody umów zakreślonych przez art. 353¹ k.c. To samo dotyczy powiązania wykonania umów z przekazaniem dokumentacji powykonawczej. Powód powinien tak zaplanować prace, aby usunięcie ewentualnych usterek i sporządzenie dokumentacji powykonawczej nastąpiło w terminie określonym w umowie na zakończenie prac. Co więcej, powód powinien zgłosić prace do odbioru końcowego odpowiednio wcześniej, aby sam odbiór mógł odbyć się w terminie do dnia 8 sierpnia 2014 r.

Pominięcie tego zagadnienia w rozważaniach Sądu Okręgowego jest jednoznaczne z naruszeniem art. 65 § 2 k.c. przez pominięcie celu i zamiaru stron przy konstruowaniu treści stosunku prawnego stron.

Skoro w dniu 8 sierpnia 2014 r. prace wykonane przez powoda były dotknięte usterkami, a nadto nie została sporządzona dokumentacja powykonawcza, to wykluczone jest przyjęcie, że w tym dniu mogło dojść do końcowego odbioru w rozumieniu pkt 9.4. o.w.u. Nie doszło też w tym dniu do wykonania umowy w rozumieniu pkt 6.6. o.w.u.

W pkt 6.7. o.w.u. postanowiono, iż w razie opóźnień w realizacji prac powód zapłaci karę umowną za każdy dzień kalendarzowy opóźnienia w stosunku do terminów określonych w umowie. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, pojęcie „opóźnienie w realizacji prac” nie może być interpretowane w oderwaniu od postanowień pkt 6.6. i 9.4. o.w.u. Zatem, dla ustalenia, czy powód popadł w opóźnienie istotna jest ocena, czy końcowy odbiór (w znaczeniu nadanym w pkt 9.4. o.w.u.) nastąpił w ustalonym w umowie terminie na wykonanie prac. Nie ma sporu, że odbiór końcowy nastąpił dopiero w dniu 2 września 2014 r., po zgłoszeniu prac do odbioru w dniu 29 sierpnia 2014 r.

Powód nie wykazał, że po dniu 23 lipca 2014 r., a więc po dniu złożenia wniosku o przedłużenie terminu na wykonanie umowy, zaszły tego rodzaju okoliczności – niezależne od powoda, które uniemożliwiły zakończenie prac w terminie. Z treści wniosku o przedłużenie terminu wynika bowiem, że, w ocenie powoda, w dniu 23 lipca 2014 r. istniała możliwość zakończenia prac do dnia 8 sierpnia 2014 r.

Nawet, jednak, gdyby takie okoliczności zostały wykazane, to – jak słusznie wskazuje pozwany – kara umowna została zastrzeżona za opóźnienie, a nie za zwłokę (zawinione opóźnienie). Sąd Okręgowy trafnie przyjął, że zastrzeżenie kary umownej za opóźnienie jest dopuszczalne. Tym samym, powód nie może się zwolnić z odpowiedzialności za opóźnienie w wykonaniu prac, wykazując, że nastąpiło to na skutek okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (zob. art. 471 k.c.). Stanowisko Sądu pierwszej instancji, dopuszczające takie zwolnienie od odpowiedzialności, w kontekście przyjęcia, że strony zastrzegły karę umowną za opóźnienie zwykle, jest niekonsekwentne.

Okoliczności te nie mają jednak większego znaczenia, ponieważ powód nie wskazał przyczyn, dla których usunięcie usterek oraz sporządzenie dokumentacji powykonawczej (co warunkowało przyjęcie, że umowa została wykonana) nie nastąpiło przed dniem 29 sierpnia 2014 r.

Pozwany był uprawniony do naliczenia kary umownej za okres od dnia 8 sierpnia 2014 r. do dnia 2 września 2014 r. na podstawie pkt 6 protokołu negocjacji w zw. z pkt 6.7. o.w.u. w kwocie 199 000 zł. Tym samym, zarzut potrącenia okazał się skuteczny, a wierzytelności stron uległy umorzeniu do wysokości wierzytelności niższej (art. 498 § 2 k.c.).

Według Sądu Apelacyjnego, brak jest podstaw do miarkowania kary umownej. Zgodnie z 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. W wypadku zastrzeżenia kary umownej na wypadek opóźnienia w wykonaniu umowy, nie jest możliwe powoływanie się na wykonanie zobowiązania w całości lub w części. Kara umowna za opóźnienie ma bowiem pełnić przede wszystkim funkcję motywującą do wykonania umowy w terminie.

Należy zauważyć, że powód był podwykonawcą niewielkiej części prac, natomiast pozwany jest głównym wykonawcą inwestycji o wartości 11,5 mld zł, a kara umowna obciążająca pozwanego za każdy dzień zwłoki wynosi nawet 35 000 000 zł (odpowiedź na pozew – k. 178). Przekonuje argumentacja pozwanego, że kara umowna, którą został obciążony pozwany – nieprzekraczająca 10% wynagrodzenia – jest adekwatna do konsekwencji opóźnienia podwykonawcy, które w efekcie może ponieść pozwany jako główny wykonawca.

Z tych przyczyn apelacja pozwanego jest zasadna, co czyni zbędnym odnoszenie się do pozostałych zarzutów apelacji pozwanego. Jednocześnie, z tych samych względów bezzasadna jest apelacja powoda.

Konieczne jest jednak wskazanie, że Sąd Okręgowy w sposób rażący naruszył art. 321 § 1 k.p.c. ustalając, że w związku z dokonaniem przez powoda korekty wartości całego kontraktu, który wyniósł 1 927 550,47 zł, a nie, jak pierwotnie wskazywano 1 990 000 zł, pozwany niezasadnie zatrzymał kwotę 136 550,47 zł tytułem kary umownej. Ustalenie to

nastąpiło w całkowitym oderwaniu od twierdzeń stron. Górną granicą kary umownej było bowiem 10% wynagrodzenia ryczałtowego należnego powodowi (k.29). Żadna ze stron nie podnosiła, że doszło do ustalenia odmiennej wysokości wynagrodzenia powoda niż wskazywał to powód w pozwie. Wysokość wynagrodzenia powoda była więc bezsporna (art. 229, 230 k.p.c.). Sąd pierwszej instancji, nie mógł zatem w oparciu o znajdujący się w aktach dokument ustalić, że doszło do zmiany wysokości wynagrodzenia powoda. W szczególności, iż z dokumentu wskazanego przez Sąd Okręgowy wnioski takie nie wynikają.

Sąd pierwszej instancji mógł, co najwyżej, mając wątpliwości co do tej okoliczności (zob. art. 229 k.p.c.), zwrócić się do stron o zajęcie stanowiska w tej kwestii. Dopiero po ustosunkowaniu się przez strony do tego zagadnienia – podjęć stosowne czynności.

Uchybienie to nie miało jednak wpływu na wynik sprawy, skoro inne okoliczności dawały podstawę do oddalenia powództwa w całości.

Dlatego też, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok częściowo w ten sposób, że w pkt 1. w oparciu art. 498 § 2 k.c. w zw. z art. 483 k.c. oddalił powództwo w części dotyczącej kwoty 136 550,47 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 5 października 2014 r. do dnia zapłaty, a w pkt 3. na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. ustalił, że pozwany wygrał sprawę w całości, pozostawiając szczegółowe wyliczenia kosztów procesu referendarzowi sądowemu. Jednocześnie, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację powoda.

Nadto, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. oraz § 10 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 265) – w brzmieniu obowiązującym do dnia 27 października 2016 r. – zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 12 228 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Wobec powyższego Sąd Apelacyjny orzekł, jak w sentencji.