

Sygn. akt I ACa 234/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 lipca 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Maria Iwankiewicz
Sędziowie:	SA Mirosława Gołuńska (spr.) SA Edyta Buczkowska-Żuk
Protokolant:	sekr. sądowy Justyna Kotlicka

po rozpoznaniu w dniu 17 lipca 2014 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa Województwa (...)

przeciwko (...) Spółce Akcyjnej w B.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 31 stycznia 2014 r., sygn. akt I C 694/13

I. z urzędu prostuje oczywistą niedokładność w oznaczeniu siedziby pozwanej w zaskarżonym wyroku w ten sposób, że w miejsce – K. wpisuje B.,

II. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. zasądza od pozwanej (...) Spółki Akcyjnej w B. na rzecz powoda Województwa (...) kwotę 44678 (czterdzieści cztery tysiące sześćset siedemdziesiąt osiem) złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 15 grudnia 2012 r.,

2. oddala powództwo w pozostałej części,

3. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 3539 (trzy tysiące pięćset trzydzieści dziewięć) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu,

III. oddala apelację w pozostałej części,

IV. zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 2086 (dwa tysiące osiemdziesiąt sześć) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu.

UZASADNIENIE

Województwo (...) w pozwie z 16 maja 2013 roku wniosło o zasądzenie od pozwanej (...) S.A. w K. kwoty 446 781,09 złotych z odsetkami ustawowymi od 15 grudnia 2012 roku tytułem kary umownej za nieterminowe wykonanie umowy łączącej strony .Nadto powód domagał się zasądzenia od pozwanej kosztów postępowania.

W uzasadnieniu powód podał, że 12 października 2010 roku zawarł z pozwaną umowę nr (...), o wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pod nazwą „Przebudowa drogi wojewódzkiej Nr (...) na odcinku K.-I.” ,z ostatecznie ustalonym terminem zakończenia robót na dzień 31 sierpnia 2012 roku. W dniu 31 sierpnia 2012 roku kierownik budowy zgłosił zakończenie robót budowlanych i gotowość do odbioru. Jednak inżynier projektu w piśmie z 3 września 2012 roku stwierdził brak podstaw do rozpoczęcia odbioru, a w piśmie z 6 września 2012 roku wskazał szczegółową listę uchybień niepozwalających rozpocząć procedury odbiorowej .Pozwana podtrzymywała stanowisko, że nie ma przeszkód do odbioru końcowego wykonanych robót. W piśmie z 10 września 2012 roku skierowanym do powoda inżynier projektu, po dokonaniu kolejnych oględzin na terenie budowy , potwierdził wykonanie przedmiotu łączącej strony umowy z dniem 6 września 2012 roku. Ostatecznie powód wyliczył karę umowną za 6 dni w wysokości 446 781,09 zł wystawiając z pozwanej notę obciążeniową nr (...) z 26 listopada 2012 roku. Pozwana w piśmie z 7 grudnia 2012 roku zakwestionowała zasadność obciążenia jej karą umowną i do dnia wniesienia pozwu nie uiściła kwoty wynikającej z noty obciążeniowej nr (...) z 26 listopada 2012 roku. Powód prezentuje stanowisko ,że pozwana z zawinionych przyczyn nie wykonała robót w terminie co uprawniało go na podstawie § 13 ust 1 pkt 1 warunków umowy do żądania zapłaty kary umownej.

Sąd Okręgowy w Szczecinie w dniu 12 czerwca 2013 r. wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym uwzględniając roszczenie powoda w całości.

Pozwana w sprzeciwie z 10 czerwca 2013 roku od nakazu zapłaty z 22 maja 2013 roku wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda kosztów procesu.

Pozwana w sprzeciwie wskazała na istniejące braki formalne w umocowaniu pełnomocnika powoda. Dalej podniosła, że „Warunki umowy” do umowy nr (...) z 12 października 2010 roku są opatrzone jedynie podpisem Dyrektora Oddziału pozwanej Spółki – (...). Oznacza to, że brak podstawy kontraktowej do naliczania kary umownej, ze względu na niekontrasygnowanie „Warunków umowy” przez powoda. Pozwana podniosła , że odbiór bezusterkowy występuje w obrocie gospodarczym w zakresie robót budowlanych, lecz aby obowiązywał niezbędne jest jego zastrzeżenie w umowy , którego tu brak , a to oznacza , że odbiór robót między stronami powinien odbywać się według zasad ogólnych wynikających z art. 647 k.c. Pozwana przekonywała , że w sytuacji zgłoszenia przez wykonawcę gotowości do odbioru rzeczą inwestora jest przystąpienie do czynności odbiorowych ,inaczej dojdzie do zwłoki wierzyciela. Według pozwanej zamawiający winien odebrać obiekt nawet przy zastrzeżeniu nieprawidłowego wykonania wszystkich objętych umową robót. Jedynie w przypadku stwierdzenia określonych wad istotnych uniemożliwiających użytkowanie wykonanego obiektu budowlanego zamawiający mógł odmówić dokonania odbioru i stwierdzenia - przy udziale wykonawcy, że z uwagi na istniejące wady przedmiot umowy nie został wykonany, co by rodziło obowiązek wykonawcy usunięcia stwierdzonych istotnych wad i ponownego zgłoszenia wykonanego obiektu. Zamawiający tych czynności nie wykonał, natomiast subiektywnie rozstrzygnął, że stwierdzone wady mają charakter istotny. Według pozwanego wady i zastrzeżenia opisane przez inżyniera wpisem do dziennika budowy z 3 września 2012 roku nie uniemożliwiały eksploatacji wykonanego przez pozwaną zadania drogowego, czego dowodzi oddanie drogi do użytku już 1 września 2012 roku. Pozwana twierdziła również, że § 15 ust 3 umowy dotyczy nie rozpoczęcia, lecz zakończenia odbioru robót. Pozwana zarzuciła powodowi brak konsekwencji gdyż w przypadku innych inwestycji drogowych, w takiej samej sytuacji, przystępował do czynności odbioru. Twierdziła nadto , że takie same wady istniały po wpisie inżyniera projektu o zakończeniu robót i przystąpieniu do odbioru. Wady te zostały ujawnione w późniejszym załączniku

do protokołu odbioru nr (...) z 26 września 2012 roku. Pozwana kwestionowała również to by nie usunęła części usterek w terminie do 6 września 2012 roku i ich powielenie w protokole usterek stanowiącym załącznik do protokołu nr (...) z 26 września 2012 roku. Pozwana wskazała na roboty dodatkowe, które pojawiły się po 16 sierpnia 2012 roku podkreślając, że zgodnie z § 13 ust 1 pkt 1 Warunków umowy kary umowne należą się jedynie w przypadku zwłoki. Podniosła brak zawinienia, gdyż ewentualne niedotrzymanie terminu umownego wywołane było przyczynami leżącymi po stronie zamawiającego i przekazanej przez niego dokumentacji projektowej.

Z ostrożności procesowej pozwana wniosła o miarkowanie przez Sąd kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. do kwoty nie wyższej niż 5000 złotych. Jako argumenty za takim rozwiązaniem pozwana wskazała, że zobowiązanie zostało wykonane, tak że obiekt mógł być eksploatowany. Nadto zarzuciła rażąco i nieuzasadnioną wysokość kary umownej oraz przyczynienie się powoda jako zamawiającego do opóźnienia.

Powód w piśmie wniesionym w odpowiedzi na sprzeciw wyjaśniał kwestię umocowania swojego pełnomocnika oraz odniósł się do zarzutu braku kontrasygnaty dokumentu „Warunki umowy” wskazując na treść § 1 pkt 4 ppkt 2 umowy nr (...), gdzie ten dokument został wskazany jako załącznik stanowiący część samej umowy. To według powoda oznacza, że podpis pod umową odsyłającą do wskazanego w niej załącznika jest wystarczający. Poza tym - umowa i załączniki były dostępne dla wykonawców na etapie publikacji SIWZ, a złożenie podpisu pod warunkami umowy przez przedstawiciela pozwanej jest równoznaczne ze złożeniem oświadczenia woli o akceptacji ich treści. Według powoda pozwana nie wykonała umowy w terminie co oznacza, że jako inwestor nie miał obowiązku przystąpienia do czynności odbiorowych, taki obowiązek aktualizuje się pod warunkiem zakończenia wszystkich robót budowlanych objętych umową. W ocenie powoda trzeba odróżnić sytuację gdy obiekt jest ukończony, a nie posiada jedynie żądanych parametrów, od takiej gdy ukończony nie został, jak w niniejszej sprawie. Świadczenie wykonawcy winno obejmować wszystkie zlecane prace - powód wskazał na zapisy Warunków umowy, gdzie znajduje się definicja legalna daty zakończenia robót, pojęcie wady w robotach budowlanych. Powód zaznaczył również, że zgodnie z punktem 1.3 § 15 Warunków umowy odbioru końcowego dokonuje się po całkowitym zakończeniu wszystkich robót składających się na przedmiot umowy.

Powód sprzeciwił się miarkowaniu kary umownej. Zaznaczył, że umowa była wielokrotnie anektowana, a wykonawca miał 22 miesiące na realizację przedmiotu umowy; którą wykonywała w pierwszym roku opieszale, w związku z realizacją prac na rzecz innych podmiotów, co doprowadziło do opóźnienia. Dodał, że kara umowna stanowi zaledwie 1,2 % wynagrodzenia umownego.

Sąd Okręgowy w Szczecinie wyrokiem z dnia 31 stycznia 2014 r. : powództwo oddalił (pkt I) i zasądził od powoda Województwa (...) na rzecz pozwanej (...) Spółki Akcyjnej w K. kwotę 7217 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (pkt II).

Orzeczenie to zostało oparte na następujących ustaleniach :

(...) S.A. w K. w dniu 12 października 2010 roku zawarli umowę nr (...). Umowa ta została zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 4 845 000 euro na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym oferta złożona przez wykonawcę została uznana za najkorzystniejszą. W ramach umowy zamawiający powierzył a wykonawca zobowiązała się do wykonania robót budowlanych w ramach projektu pod nazwą „Przebudowa drogi wojewódzkiej Nr (...) na odcinku K. – I.”. Strony postanowiły, że słowa i zwroty użyte w niniejszej umowie będą miały takie znaczenie, jak przypisano im odpowiednio w słowniczku znajdującym się w Warunkach umowy, stanowiącej jej załącznik Nr (...) . Termin zakończenia realizacji umowy strony oznaczyły na 15 maja 2012 roku; wynagrodzenie na 37 231 757,58 złotych brutto. Wykonawca zobowiązał się do udzielenia pisemnej gwarancji jakości wykonanych robót na okres 60 miesięcy. Zgodnie z postanowieniami Warunków umowy datą zakończenia robót jest data wpisu kierownika budowy do dziennika budowy o zakończeniu robót potwierdzona wpisem do dziennika budowy przez inspektora nadzoru a potwierdzona następnie w protokole odbioru końcowego; przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie robót budowlanych w zakresie podanym w załącznikach do umowy; wada w robotach to wykonanie

danych robót lub ich części niezgodnie z umową, z dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej. W § 13. Warunków umowy na wykonawcę nałożony został obowiązek zapłaty kary umownej w przypadku zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w określonym w umowie terminie zakończenia robót w wysokości 0,2% całkowitej ceny brutto podanej w ofercie za każdy dzień zwłoki. Zgodnie z § 15 Warunków umowy odbiór końcowego dokonuje się po całkowitym zakończeniu wszystkich robót składających się na przedmiot umowy. Wykonawca zgłasza inżynierowi projektu zakończenia prac do ich odbioru końcowego po spełnieniu wszystkich czynności przewidzianych przepisami prawa budowlanego. Odbiór robót dokonuje komisja powołana przez przedstawiciela zamawiającego przy udziale wykonawcy, zespołu inżyniera projektu oraz ewentualnie innych upoważnionych przedstawicieli zamawiającego w terminie do 14 dni od daty zgłoszenia przez wykonawcę zakończenia robót. Rozpoczęcie procedury odbioru końcowego winno być nastąpić niezwłocznie po zgłoszeniu inżynierowi projektu zakończenia wszystkich robót składających się na przedmiot umowy i potwierdzeniu przez inżyniera projektu gotowości odbioru. Zgodnie z § 15.2 Warunków umowy, jeżeli ze względu na niekorzystne warunki atmosferyczne nie ma możliwości usunięcia wad stwierdzonych przy końcowym odbiorze, a są to wady nie mające wpływu na wydanie ewentualnego pozwolenia o użytkowaniu oraz na bezpieczeństwo życia i zdrowia ludzi, Komisja odbiorowa może sporządzić protokół końcowy z załącznikiem obejmującym wykaz usterek i wad z wyznaczonym realnym terminem ich usunięcia. Wykonawca zagwarantował dobrą jakość wykonanych robót oraz zastosowanych materiałów, zapewniających trwałość i bezpieczeństwo użytkowania wykonanego projektu. Gwarancja obejmowała bezpłatną naprawę ujawnionych wad oraz wymianę uszkodzonych elementów wbudowanych w ramach wykonywanego projektu w okresie 60 miesięcy od następnego dnia od daty odbioru końcowego bezusterkowego wykonania robót lub daty protokołu usunięcia wad i usterek stwierdzonych podczas odbioru końcowego. Usunięcie wad miało zostać dokonane w ciągu miesiąca, w przypadku wystąpienia niesprzyjających warunków atmosferycznych – bezzwłocznie, gdy warunki na to pozwolą.

Strony umowy sporządziły i przyjęły trzy aneksy - z 24 kwietnia , 27 lipca i 16 sierpnia 2012 roku, dotyczące zmiany terminu zakończenia realizacji przedmiotu umowy. Ustalano termin zakończenia robót -na 30 lipca 2012 roku, na 16 sierpnia 2012 roku i ostatecznie na 31 sierpnia 2012 roku. Nadto, w aneksie z 16 sierpnia 2008 roku wynagrodzenie brutto zostało ustalone na kwotę 37 039 608,12 złotych. Przed zakończeniem robót wystąpiły problemy związane z realizacją niektórych elementów projektu w tym zjazdu nr (...) Konieczność wykonania tego zjazdu została wyartykułowana w protokole z budowy nr (...) z 2 sierpnia 2012 roku, jednak sposób wykonania został przez zamawiającego określony dopiero 10 września 2012 roku. Problemy techniczne wynikały głównie z poszerzeniem pasa drogowego oraz podniesieniem poziomu drogi. Wykonawca spotkał się nadto z protestami właścicieli sąsiadujących posesji dotyczących ich ogrodzeń, przesuniętych w związku z poszerzeniem drogi.

W piśmie z 31 sierpnia 2012 roku (...) S.A. w K. jako wykonawca robót zgłosiła do odbioru końcowego zakończenie robót wykonanych zgodnie z umową nr (...) z 12 października 2012 roku oraz na podstawie ww. aneksów i aneksu nr (...) z 25 lutego 2011 roku. W odpowiedzi w piśmie z 3 września 2012 roku inżynier projektu – Przedsiębiorstwo Usług (...) Sp. z o.o. oświadczył, że nie potwierdza faktu zakończenia robót na zadaniu pod nazwą „Przebudowa drogi wojewódzkiej Nr (...) na odcinku K. – I.” i jednocześnie wezwał do zakończenia wszystkich robót i ponownego zgłoszenia zadania do odbioru. Oświadczenie inżyniera projektu było oparte o wizję lokalną terenu budowy udokumentowaną w dzienniku budowy. W piśmie z 4 września 2009 roku, skierowanym do inżyniera projektu, wykonawca oświadczył, że wyrażone przez niego stanowisko w przedmiocie odmowy dokonania odbioru obiektu nie może być uwzględnione. W jego ocenie obiekt będący przedmiotem umowy został wykonany w przyjętym na dzień 31 sierpnia 2012 roku terminie, a ewentualne zastrzeżenia przeciwne nie znajdują poparcia w okolicznościach sprawy. W odpowiedzi na pismo pozwanego wykonawcy inżynier projektu, w piśmie z 6 września 2012 roku , podtrzymał stanowisko co do odmowy odbioru i wskazał listę niezakończonych robót, w skład których wchodziły:

- brak bramy i furtki przy posesji nr (...) w G. w km 0+502,40SP,
- brak balustrady (...) a na odcinku od km 0+300 do km 0+350SL,

- brak profilowania i humusowania z obsiewem trawą skarp umocnionego rowu na odcinku od km 0+710 do km 0+740SP,
- nie dokończone ogrodzenie przy posesji nr (...) w G. w km 1+265SP,
- brak wykonania rowu na odcinku od km 0+925 do km 0+950SP
- nie wyprofilowane, nie zahumusowane i nie obsiane skarpy przy przepuście w ton 2+308,70
- nie oczyszczony rów melioracyjny na długości 50mb w km 3+588SP,
- brak wykonania nawierzchni na zjazdach z kruszywa łamanego gr. 20 cm na dowiązaniu z istniejącym terenem w km 6+611SP; 3+656,2SP; 3+653SL,
- brak chodnika i dojścia do posesji w km 4+125SL,
- nie przestawione ogrodzenie i brak wyprofilowania i utwardzenia mieszanką kruszywa łamanego gr. 20 cm drogi gminnej na dł. 16 mb,
- brak osadnika przed studnią wpadową w km 4+400SP i 4+990 SP,
- brak umocnienia darnią rowu na odcinku od km 4+990 do km 5+023SP
- nie dokończone ogrodzenie przy skrzyżowaniu na K. (budynek byłej poczty w S.)
- brak schodów i dojścia do budynku byłej poczty w S.,
- brak nasypu i wyprofilowania terenów zielonych (poboczy i skarp za obrzeżem chodnika i ścieżki rowerowej) na odcinku od km 5+906 do km 5+940SL oraz od km 5+940 do km 5+955SP,
- brak wyprofilowania nasypu i skarp oraz humusowania z obsianiem za ścieżką rowerową i chodnikiem na odcinku od km 5+970 do km 6+470SP,
- brak balustrady (...) na odcinku od km 6+140 do km 6+219SP,
- brak ogrodzenia na odcinku od km 6+310 do km 6+330SL,
- brak wykonania nawierzchni zjazdu z kostki betonowej gr. 8cm do granicy pasa drogowego w km 6+300,40SL; 6+372,30SL; 6+392,50SL; 6+441,20 SL,
- brak wykonania powierzchniowego drena francuskiego w km 7+150,
- brak ścieku skarpowego w km 7+208,20 SL,
- brak zamontowania punktowych elementów odblaskowych na całym zadaniu (kocie oczka).

Następnie inżynier projektu w piśmie z 10 września 2012 roku do (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich w K. potwierdził zakończenie robót na ww. odcinku drogi z dniem 6 września 2012 i prosił o wyznaczenie terminu odbioru końcowego. Procedura odbioru końcowego robót została rozpoczęta 18 września 2012 roku. Komisja odbiorcza stwierdziła, że datą rozpoczęcia robót był 12 października 2012 roku, datą zgłoszenia do odbioru - 31 sierpnia 2010 roku, a datą potwierdzenia zakończenia robót – 6 września 2012 roku. Ustalenie co do daty potwierdzenia zakończenia robót było konsekwentnie podtrzymane w toku trwania czynności odbiorczych.

Roboty drogowe umówione między stronami zalicza się do kategorii większych. W związku z przebudową drogi wojewódzkiej nr (...) na odcinku K. - I. od km 0+012,6 do km 10+349 zakres robót obejmował: wykonanie bitumicznej

nakładki wzmacniającej na istniejącej nawierzchni drogi z wykorzystaniem konstrukcji istniejącej nawierzchni oraz na wykonaniu nowej konstrukcji nawierzchni w miejscach rozbiórki i na poszerzeniach; wykonanie rozbiórki istniejącego poszerzenia na podbudowie z gruntocementu a także lokalne rozbiórki całej konstrukcji nawierzchni na odcinkach przechodzących przez zwartą zabudowę miejscowości oraz w związku z przebudową istniejących obiektów mostowych i przepustów; wykonanie chodników i ścieżek rowerowych, kanalizacji deszczowej w miejscowościach oraz budowę i przebudowę zatok autobusowych i przepustów; przebudowę dwóch obiektów mostowych na rzekach (...) na (...) rozebrano stary a w jego miejsce wykonano nowy przepust; wycinkę drzew przydrożnych kolidujących z inwestycją i w to miejsce wykonanie nowych nasadzeń drzew i krzewów ramach kompensacji przyrodniczej; usunięcie kolizji z infrastrukturą energetyczną i telekomunikacyjną. Długość przebudowanych dróg wojewódzkich wyniosła 10,337 km; liczba przebudowanych skrzyżowań - 10 sztuk; liczba wybudowanych zatok autobusowych - 7 sztuk; liczba przebudowanych zatok autobusowych - 2 sztuk, długość wybudowanych chodników/ścieżek rowerowych/ciągów pieszo-rowerowych - 9,6 km; długość przebudowanych chodników/ścieżek rowerowych/ ciągów pieszo-rowerowych - 0,5 km; długość wybudowanej kanalizacji deszczowej - 1,4 km, liczba przebudowanych obiektów mostowych/wiaduktów/estakad/tuneli - 2 szt. Komisja odbioru w dniach od 18 września 2012 roku do 26 września 2012 roku przeprowadziła przegląd wykonanych robót, z przeglądu został sporządzony wykaz usterek. Termin odbioru usunięcia usterek został oznaczony na 19 października 2012 roku.

W piśmie z 2 października 2012 roku do pozwanej, w odpowiedzi na pismo z 4 września 2012 roku, inżynier kontraktu podtrzymał swoje stanowisko i wskazał na zapisy § 15 ust 1.3 Warunków umowy. Twierdził, że fakt możliwości użytkowania odcinka drogi nie miał wpływu na ziszczenie się warunku umożliwiającego odbiór. Wskazał, że jego uwagi nie są wskazaniem nieprawidłowości, lecz stanowią niewykonany zakres robót objętych umową. Część tych prac została wykonana po terminie zgłoszenia w związku, z czym potwierdzenie zakończenia prac można było dokonać w dniu 6 września 2012 roku. Analogiczne stanowisko zajął powód jako zamawiający w piśmie z 11 października 2012 roku skierowanym do pozwanego wykonawcy. Zamawiający wskazał, że wpis kierownika budowy o zakończeniu robót jest warunkiem koniecznym, ale nie wystarczającym do rozpoczęcia procedury odbiorowej. Jednocześnie zamawiający wskazał za inżynierem projektu listę niewykonanych prac na dzień 3 września 2012 roku. Zamawiający oświadczył, że za zakończenia robót przyjmuje dzień 6 września 2012 roku. Uznając, że wystąpiła sześciodniowa zwłoka w wykonaniu przedmiotu umowy, powód jako zamawiający naliczył karę umowną w wysokości 446 781,09 złotych. Odbiór końcowy robót objętych ww. umową wraz z aneksami nastąpił 27 listopada 2012 roku. 26 listopada 2012 roku powód jako zamawiający wystawił dla pozwanego wykonawcy notę obciążeniową nr (...) na kwotę 446 781,09 złotych z tytułu nieterminowego wykonania przedmiotu umowy z 12 października 2010 roku. Wskazana nota była jednocześnie wezwaniem do zapłaty.

Pozwany wykonawca w piśmie z 7 grudnia 2012 roku powołując się na swoje wcześniej przedstawione stanowisko odmówił zapłaty i zwrócił notę obciążeniową uznając ją za opartą o niezasadne roszczenie. Wskazał, że działania zamawiającego związane z ww. umową odbiegały od praktyki stosowanej między zamawiającym, a pozwanym wykonawcą w związku z innymi inwestycjami, gdzie występowały analogiczne postanowienia umowne i podobne usterki. W takich sytuacjach powód jako zamawiający przystępował do odbioru udzielając pozwanemu jako wykonawcy skwitowania z wykonanego zadania. Istniejące w dniu 31 sierpnia 2012 roku wady nie przeszkadzały w oddaniu drogi do eksploatacji. Te same wady, które w ocenie zamawiającego powoda 3 września 2012 roku uniemożliwiały przystąpienie do czynności odbiorowych w dalszym toku czynności odbiorowych zostały zaaprobowane, jako nie warunkujące odbioru robót i nie stanowiące w konsekwencji przyczyny odmowy odbioru.

Po tak poczynionych ustaleniach faktycznych ,dokonując ich kwalifikacji prawnej, Sąd roszczenie powoda oparte na przepisie art. 483 k.c. uznał za pozbawione zasadności. Sąd wskazał, że powód swoje roszczenie o zapłatę kary umownej za zwłokę w wykonaniu umowy o roboty budowlane z 12 października 2010 r. opierał na tym, że pozwana jako wykonawca nie zakończyła wszystkich robót w umówionym terminie. Pozwana jako wykonawca z kolei prezentowała stanowisko, że w ustalonym stanie faktycznym sprawy zakres niewykonanych w części robót oznacza, że umowa została wykonana w terminie, ale z wadami. To z kolei oznacza według pozwanej, że powód jako wykonawca nie miał podstaw do naliczania kary umownej za czas usuwania wad po wykonaniu robót.

W ocenie Sądu powód nie wykazał by pozwany nie wykonał umowy w umówionym terminie. Według Sądu na gruncie ogólnych przepisów nawet daleko idące niewykonanie robót budowlanych stanowi ich wadę. Oddanie robót nawet bez wykonania ich części stanowi bowiem odpowiednik „wydania w stanie niezupełnym” w rozumieniu art. 556 § 1 k.c. Powyższy przepis ma w rozpoznawanej sprawie odpowiednie zastosowanie na podstawie art. 638 k.c. z zw. z art. 656 § 1 k.c. Przechodząc następnie do oceny kontraktu łączącego strony Sąd zauważył, że Warunki umowy do umowy z 12.10.2010r. przewidywały, że odbioru końcowego dokonuje się po „całkowitym zakończeniu wszystkich robót składających się na przedmiot umowy” (§ 15.1.3). Tak więc brak wykonania części robót oznacza zwłokę w ich wykonaniu i uprawnia powoda do żądania kary umownej przewidzianej w § 13.1.1. Warunków. Sąd uznał następnie, że Warunki ...wprowadzają rozróżnienie pomiędzy całkowitym zakończeniem wszystkich robót a całkowitym zakończeniem wszystkich robót, ale z wadami.

W świetle § 15.2 Warunków całkowicie wykonane roboty to roboty z takimi wadami, które nie mają wpływu na wydanie pozwolenia o użytkowaniu oraz na bezpieczeństwo życia i zdrowia ludzi. To oznacza, że dopóki takie wady istnieją nie można mówić o całkowitym zakończeniu wszystkich robót, kwalifikującym się do odbioru końcowego, a powód może żądać kary umownej za zwłokę wykonaniu przedmiotu umowy. Sąd dostrzegł, że zasadniczo § 15.2 Warunków mówi wprost tylko o sytuacjach, gdy nie ma możliwości usunięcia wad ze względu na niekorzystne warunki atmosferyczne, to jednak według Sądu rozróżnienie wprowadzone w tym przepisie ma zastosowanie do wszystkich sytuacji. Zapis ten stanowi o wadach stwierdzonych dopiero przy „odbiorze końcowym.” Tym samym zgodnie z literalnym jego brzmieniem o możliwości naliczania kar umownych decydowałby element niepewny i przypadkowy w postaci warunków pogodowych prognozowanych na okres usuwania wad po końcowym odbiorze. Nadania prognozowanym warunkom pogodowym znaczenia decydującego dla oceny przesłanek naliczenia kary umownej nie można uzasadnić względami celowościowymi. W rezultacie § 15.2 powinien mieć zastosowanie do wszystkich wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym – to jest niezależnie od prognozowanych warunków pogodowych. Powód mógł domagać się więc kary umownej tylko za okres do czasu całkowitego zakończenia wszystkich robót - polegającego na doprowadzeniu przedmiotu umowy do stanu pozwalającego na wydanie pozwolenia na użytkowanie oraz nie zagrażającego bezpieczeństwu życia i zdrowia ludzi. Nie może natomiast domagać się kary umownej za okres usuwania wad, które nie mają wpływu na wydanie pozwolenia na użytkowanie oraz na bezpieczeństwo życia i zdrowia ludzi.

Tak wykładając umowę łączącą strony uznał Sąd, że to powód powinien wykazać, że wady wskazane w jego piśmie z 6 września 2012 r., stanowiącym wykaz robót nie zakończonych na 3 września 2012 r., są wadami mającymi wpływ na wydanie pozwolenia na użytkowanie lub na bezpieczeństwo życia i zdrowia ludzi. Wykazanie powyższych okoliczności wymaga niewątpliwie wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 278 k.p.c. Uznał Sąd, że lakoniczne powołanie się przez powoda w pozwie na okoliczności ujawnione podczas oględzin, stwierdzenia świadków nie jest wystarczające. W celu udowodnienia tych okoliczności powód powinien wnieść o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Zgodnie z art. 232 k.p.c. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Powód zakładał, że istnienie jakichkolwiek wad oznacza, że nie doszło do całkowitego zakończenia wszystkich robót. Sąd takiej oceny nie podzielił, a sam nie skorzystał z możliwości dopuszczenia dowodu z opinii biegłego z urzędu uznając, że by to prowadziło do naruszenia zasady równości stron procesu. Sąd jednocześnie podzielił stanowisko powoda co do tego, że Warunki umowy są dla stron wiążące z uwagi na wyraźne odesłanie zawarte w § 1 ust. 4 pkt 2 umowy z 12 października 2010 r., nie było potrzeby dodatkowego ich podpisywania przez strony. Sąd uznał również, że umocowanie pełnomocnika powoda jest prawidłowe.

Na koniec Sąd omówił przeprowadzone dowody zaznaczając, że pominął jedynie wnioskowany przez pozwanego dowód z dokumentacji powykonawczej oraz z opinii biegłego jako nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Sąd przesłuchał zawnioskowanych świadków - W. S., A. M., A. L., Z. Ś., R. K., B. S., T. D. i B. G.. Zeznania świadków potwierdziły, że pozwany nie wykonał robót wskazanych piśmie z 6 września 2012 r. częściowo z przyczyn przez siebie niezawinionych co ostatecznie nie miało znaczenia dla kierunku rozstrzygnięcia sprawy. Sąd powództwo bowiem oddalił ponieważ powód nie wykazał, że wady wskazane były tego rodzaju, że miały wpływ na wydanie pozwolenia na użytkowanie lub na bezpieczeństwo życia i zdrowia ludzi.

O kosztach procesu Sąd rozstrzygnął mając na uwadze jego wynik .

Apelacja od wyroku Sądu Okręgowego wniósł powód.

Zarzucił on temu wyrokowi -

1) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. w szczególności:

- art. 3 ust. 1 pkt b) ustawy Prawo budowlane poprzez pominięcie, że zgodnie z definicją ustawową za obiekt budowlany należy traktować budowlę stanowiącą całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami;

- art. 6 k.c. poprzez błędne przyjęcie, że powód nie wykazał w toku postępowania, iż pozwany dopuścił się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z uwagi na brak wniosku powoda o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego oraz, że to na powodzie, a nie na pozwanym spoczywał obowiązek wnioskowania o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego;

- art. 353¹ k.c. poprzez błędną jego interpretację i dokonanie wykładni rozszerzającej § 15.2 Warunków umowy, co narusza zasadę swobody zawierania umowy;

- art. 476 k.c. poprzez błędne przyjęcie, że pozwany nie dopuścił się zwłoki w wykonaniu na rzecz powoda zobowiązania, podczas gdy pozwany nie wykonał wszystkich robót budowlanych w umówionym terminie;

- art. 484 § 1 k.c. poprzez błędne przyjęcie, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzą przesłanki do zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda kary umownej, podczas gdy zobowiązanie w zastrzeżonym umowie terminie nie zostało przez pozwanego wykonane;

- art. 556 § 1 k.c. poprzez jego błędne zastosowanie na gruncie niniejszej sprawy, gdyż powód nie dochodził od pozwanego roszczenia z tytułu wadliwego wykonania zobowiązania, lecz kary umownej za jego niewykonanie w terminie przewidzianym umową;

- art. 647 k.c. poprzez błędne przyjęcie, że uchybienia pozwanej w realizacji przedmiotu umowy nie stanowiły o niewykonaniu zobowiązania w umówionym terminie, podczas gdy oddanie przewidzianego w umowie obiektu może odbyć się jedynie, gdy jest on wykonany zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej;

2) naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało istotny wpływ na wynik

postępowania, a mianowicie:

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie swobody dowodowej oraz nie wyczerpujące przeprowadzenie postępowania dowodowego, dokonanie dowolnych i błędnych ustaleń faktycznych, polegających na przyjęciu że, wady zawarte w wykazie robót nie zakończonych, były wadami nie mającymi znaczenia przy wydaniu pozwolenia na użytkowanie lub na bezpieczeństwo życia i zdrowia ludzi, co z kolei ma rzekomo wpływ na zasadność dochodzonego przez powoda roszczenia.

W konsekwencji tak sformułowanych zarzutów „szeroko uzasadnionych”, powód wniósł o zmianę wyroku i rozstrzygnięcie sprawy co do istoty poprzez zasądzenie od pozwanej na jego rzecz kwoty 446,781,09 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 15 grudnia 2012 roku do dnia zapłaty

ewentualnie z ostrożności procesowej o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania oraz rozstrzygnięcie o kosztach procesu.

Pozwana w odpowiedzi na apelację powoda wniosła o jej oddalenie wnosząc nadto o zasądzenie od powoda kosztów postępowania apelacyjnego, szczegółowo przy tym odniosła się do poszczególnych zarzutów apelacyjnych.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył , co następuje :

apelacja powoda okazała jest uzasadniona co do zasady, skutkowało to wydaniem orzeczenia reformatoryjnego , roszczenie powoda zostało ostatecznie jednak uwzględnione jedynie w części ,w zasadniczym zakresie apelacja została oddaleni .

Wynikający z art. 378 § 1 k.p.c. obowiązek rozpoznania sprawy w granicach apelacji oznacza zarówno zakaz wykraczania poza te granice, jak i nakaz rozważenia wszystkich podniesionych w apelacji zarzutów i wniosków. Sąd odwoławczy musi zbadać okoliczności wskazujące na ewentualną nieważność postępowania, przebieg i wyniki czynności procesowych sądu pierwszej instancji stosownie do zarzutów zgłoszonych przez apelującego, a w pełnym zakresie ocenić prawidłowość zastosowania w sprawie prawa materialnego (por. uchwałę Sądu Najwyższego z 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008, Nr 6, poz. 55). Sąd odwoławczy ma więc obowiązek zastosować właściwe przepisy prawa materialnego, a więc także usunąć ewentualne błędy prawne sądu pierwszej instancji, niezależnie od tego, czy zostały one wyknięte w apelacji. W tej sprawie nieważności nie zarzucano , a Sąd drugiej instancji z urzędu jej się nie dopatrywał.

Przed przejściem do zarzutów apelacyjnych Sąd Apelacyjny w pierwszej kolejności- dla uporządkowania sprawy - zauważa ,że siedzibą pozwanej spółki jest miejscowość - B. (k.137) , a nie K. jak to wynika z zaskarżonego wyroku i jego pisemnego uzasadnienia .

Co do stanowisk prezentowanych strony przed Sadem pierwszej instancji : powód konsekwentnie prezentował stanowisko ,że pozwana jako wykonawca na dzień 31 sierpnia 2012 r., pomimo zgłoszenia zakończenia wykonywania robót oraz gotowości do ich ostatecznego odbioru , nie wykonała na ten czas istotnej części umówionych robót (objętych umową - projektem , specyfikacją, rozliczeniem) .To zaś oznacza ,że powód był on uprawniony odmówić przystąpienia do odbioru końcowego robót ; powód podkreślał ,iż nie mógł przecież potwierdzić zakończenia wykonania wszystkich robót we wskazanym przez wykonawcę terminie skoro tak przecież nie było. Pozwana z kolei równie konsekwentnie przekonywała , że nie miała miejsca zwłoka w wykonaniu przez nią zobowiązania , dokonanie końcowego odbioru prac w dniu 31 sierpnia 2012 roku przez powoda było bowiem możliwe, nawet przy nieprawidłowym wykonaniu wszystkich robót objętych umową. Mając na uwadze takie stanowiska obu stron procesu Sąd pierwszej instancji doszedł do wniosku , że powód nie udowodnił ,iż pozwana nie wykonała zobowiązania w umówionym terminie. Według Sądu Okręgowego powód w ogóle nie wykazał by wady wskazane w jego piśmie z dnia 6 września 2012 roku były wadami mającymi wpływ na wydanie pozwolenia na użytkowanie lub na bezpieczeństwo życia lub zdrowia ludzi , co oznacza że nie wykazał podstaw dla odmowy odbioru robót , a skoro tak to nie wykazał w istocie by pozwana nie wykonała umowy w terminie.

Przedmiotem procesu było i jest obecnie ustalenie czy powodowi przysługuje roszczenie o zapłatę przez pozwaną kary umownej z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania - przez jej wykonanie po upływie wyznaczonego terminu . Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. strony mogą zastrzec, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się w zastrzeżonej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 k.c.). Z przepisów tych wynika, że roszczenie o zapłatę kary umownej powstaje wówczas, gdy dłużnik nie wykonał lub nienależycie wykonał swoje zobowiązanie, a więc gdy powstaje po jego stronie odpowiedzialność kontraktowa (art. 471 i nast. k.c.). By ustalić czy pozwana nie wykonała umowy w terminie należało uprzednio przesądzić czy na dzień 31 sierpnia 2012 r. tj. w dacie zgłoszenia zakończenia obiekt budowlany był w całości zrealizowany - jak twierdzi pozwana czy też zakończenie robót budowlanych nastąpiło po kilku dniach od zgłoszenia , tj. w dniu 6 września 2012 r.

Wobec treści zarzutów apelacyjnych należy zacząć od wskazania, odwołując się przy tym do treści art. 471 k.c. oraz uwzględniając art. 6 k.c. , że przy odpowiedzialności kontraktowej ciężar dowodu rozkłada się następująco :

wierzyciel ma wykazać istnienie stosunku zobowiązaniowego oraz jego treść, fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, jak również poniesioną szkodę. Nie musi natomiast udowadniać, że wykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (a więc przede wszystkim winy dłużnika). W art. 471 k.c. zawarte jest, bowiem domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Tym samym na dłużnika przerzucony został obowiązek wykazania, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Z reguły oznacza to konieczność wykazania, że taka sytuacja wystąpiła, jako skutek zdarzeń niezawinionych przez dłużnika. **Wierzyciel**, dla którego zastrzeżona została kara umowna nie ma obowiązku wykazywać faktu poniesienia szkody i o tyle jego sytuacja dowodowa jest lepsza. To jednak zamawiającego - inwestora obciąża dowód wykazania istnienia i treści umowy o roboty budowlane oraz dowód, że umówiony rezultat nie nastąpił lub wprawdzie nastąpił, ale nie odpowiada treści umowy (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2005 r. V CK 869/04, LEX nr 150649).

Przenoszą powyższe do sprawy trzeba przyjąć ,że powód dla realizacji przysługującego mu roszczenia o zapłatę kary umownej powinien wykazać :

1/ istnienie i treść zobowiązania łączącego go z dłużnikiem oraz

2/ fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. O tym czy w przedmiotowej sprawie obowiązek opisany w pkt 2 przeszedł na wykonawcę poniżej. Pozwaną obciążał natomiast dowód ,że niewykonanie umowy w terminie (po wykazaniu tego przez powoda) nastąpiło na skutek niezawinionych przez nią okoliczności. Tyle tytułem ogólnych uwag dotyczących ciężaru dowodzenia w przedmiotowej sprawie .

Co do zarzutów apelacyjnych - powód w apelacji zarzucał uchybienie przepisom prawa materialnego jak i prawa procesowego, których to naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Powód zarzucał Sądowi pierwszej instancji , że ten po pierwsze - błędnie wyłożył warunki kontraktu przyjmując ,że jedynym kryterium przesądzającym o tym , że roboty nie zostały zakończone jest wykazanie , że niewykonano takich elementów obiektu budowlanego (w dniu zgłoszenia przez kierownika budowy gotowości do odbioru) , które mają wpływ na wydanie pozwolenia na użytkowanie oraz zagrażają życiu i zdrowiu ludzi ; po drugie powód zarzucał ,że tak interpretując zawartą przez strony umowę Sąd całkowicie pomija ,że zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 1) b) ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane przez obiekt budowlany należy rozumieć budowlę stanowiącą całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami. To zaś oznacza ,że przedmiot umowy zawierający rozliczne i istotne braki nie może być za taką całość techniczno-użytkową uznany. Powód kwestionował w konsekwencji zastosowanie przez Sąd Okręgowy do sprawy zapisu § 15.2 Warunków umowy .Ten punkt Warunków stanowi , że jeżeli „Ze względu na niekorzystne warunki atmosferyczne nie ma możliwości usunięcia wad stwierdzonych przy końcowym odbiorze, a są to wady nie mające wpływu na wydanie ewentualnego pozwolenia o użytkowaniu oraz na bezpieczeństwo życia i zdrowia Komisja odbiorowa może sporządzić protokół końcowy Paragraf 15 Warunków dotyczy w ogóle odbioru robót - ust.1 dotyczy odbioru różnych robót; ust. 2 zajmuje się ustaleniem czynności odbiorowych w razie stwierdzenia wad już w trakcie odbioru końcowego (różnicując je) - przy braku możliwości ich usunięcia z uwagi na warunki atmosferyczne. Taki zapis Warunków w ocenie Sądu odwoławczego rzeczywiście nie przystaje do sytuacji będącej przedmiotem oceny w tej sprawie . Stąd uzasadniony jest zarzut powoda o błędnym wyłożeniu warunków umowy, w każdym razie z dokonaniem wykładni rozszerzającej , wbrew literalnemu zapisowi umowy. Takie rozumie nie umowy w istocie stanowi naruszenie art. 353¹ k.c. przez jego pominięcie.

Co do przepisu art. 3 1)b ustawy z dnia 7.07.1994 roku Prawo budowlane (D.U. 2010 r.,Nr 243,poz.1623 z późn. zm.) : stanowi on ,że przez obiekt budowlany należy rozumieć w przypadku budowli - całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami. Definicję budowy zawiera art. 3 pkt 6 ,w pierwszej kolejności ustawodawca określił tu ,że budową jest wykonanie obiektu budowlanego w określonym miejscu. O robotach budowlanych ustawodawca stanowi w art. 3 pkt 7 pr.bud. zaliczając do nich budowę , przebudowę , montaż, remont lub rozbiórkę obiektu budowlanego. Art. 17 ustawy wskazuje uczestników procesu budowlanego (inwestor, inspektor nadzoru inwestorskiego, projektant

oraz kierownik budowy lub kierownik robót). Obowiązki i uprawnienia inwestora określone są w art. 18 ustawy. Należy do nich m.in. zapewnienie wykonania i odbioru robót. Podkreśla się w piśmiennictwie, że nie jest do końca jasne co ustawodawca miał na myśli mówiąc o odbiorze robót budowlanych. W prawie budowlanym wielokrotnie wspomina się o odbiorach częściowych i końcowych, nie wyjaśniając bliżej charakteru tych czynności. Przyjmuje się więc, że czynności te można utożsamiać z odbiorem i częściowym przyjmowaniem robót budowlanych przez inwestora od wykonawcy przewidzianych w przepisach Kodeksu cywilnego o umowie o roboty budowlane (art. 647, 654). Są to czynności z zakresu prawa cywilnego, będące częścią wzajemnych praw i obowiązków stron umowy o roboty budowlane (inwestora i wykonawcy) ale nie powinno dziwić, że wspomina się o nich także w akcie administracyjnym, jakim jest ustawa – Prawo budowlane. Zgodnie bowiem z art. 647 i art. 648 § 2 zakres zobowiązań wykonawcy i roszczeń inwestora w umowie o roboty budowlane określa się za pomocą projektu budowlanego. Wykonawca, jak wynika wprost z art. 647 k.c., zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem, który w myśl art. 648 § 2 k.c. jest częścią umowy. Ponadto w umowie o roboty budowlane wzajemne zobowiązania i roszczenia wykonawcy i inwestora określa się przez odwołanie do wiedzy technicznej (art. 647 k.c.). Prawo budowlane wymaga by projektowanie i budowanie obiektów budowlanych było zgodne z zasadami wiedzy technicznej (art. 5 ust. 1 pr.bud.), co osiągnie się m.in. poprzez staranne wykonanie obiektu budowlanego zgodnie z projektem (zob. Prawo budowlane - komentarz pod red. A. Despot-Mładanowicza i innych, LexisNexis, Warszawa 2012 r., s.140-142). Tak więc przedmiot umowy łączącej strony - przebudowa drogi to roboty budowlane, w przypadku budowli (tu - drogi) o wykonaniu obiektu budowlanego można mówić w razie wykonania całości techniczno-użytkowej wraz z instalacjami i urządzeniami, przy czym obiekt budowlany powinien być wykonany zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Jeżeli przedmiot umowy będzie mógł być zakwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania to zaistnieją podstawy do odmowy odbioru. Zachodzi tu więc niewątpliwie potrzeba rozróżnienia niewykonania zobowiązania z nienależytym wykonaniem zobowiązania, kiedy zachowanie dłużnika jedynie częściowo pozostaje sprzeczne z treścią zobowiązania. Brak podstaw do utożsamiania sytuacji gdy roboty budowlane nie zostały wykonane z sytuacją gdy są one dotknięte wadami. Podstawową przesłanką odpowiedzialności wykonawcy budowlanego z tytułu rękojmi jest istnienie wady (art. 556 k.c.). Z wadą fizycznego obiektu (robót) budowlanego mamy do czynienia wtedy, gdy obiekt został wykonany niezgodnie z umową, projektem budowlanym a także przepisami obowiązującymi w zakresie wykonawstwa robót budowlanych, a jednocześnie z uwagi na nieprawidłowe wykonanie, ma zmniejszającą wartość lub użyteczność ze względu na cel w umowie oznaczony.

Przenosząc powyższe do sprawy - powód, jak to już wyżej zaznaczono, prezentował stanowisko, że z uwagi na zakres niewykonanych elementów obiektu budowlanego (budowli) należało mówić o niewykonaniu umowy jako na dzień 31 sierpnia 2012 r. Dla wykazania tego, przy niekwestionowaniu przez strony procesu istnienia umowy o roboty budowlane oraz jej treści, w tym ustalonego w umowie terminu dla jej wykonania, istota sprawy sprowadza się w rozróżnieniu sytuacji wykonania obiektu budowlanego z wadami od wykonania tegoż obiektu jedynie w części.

Nieterminowe spełnienie świadczenia umownego przez wykonawcę budowlanego stanowi nienależyte wykonanie zobowiązania. Jeżeli bezterminowe spełnienie przez niego świadczenia umownego jest skutkiem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności, mamy wówczas do czynienia z opóźnieniem. Nieterminowe spełnienie świadczenia umownego przez wykonawcę budowlanego za powodu okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność, stanowi przypadek kwalifikowanego opóźnienia, zwłokę (art. 476 k.c.).

Sąd Odwoławczy ostatecznie zgadza się z powodem, że zakres niewykonanych elementów obiektu budowlanego pozwalał na wniosek, że roboty budowlane nie zostały wykonane w całości, a nie że były one dotknięte jedynie wadami. Stąd brak było podstaw do oceny wykonania umowy w oparciu o przepisy o rękojmi. Co istotne powód nie opierał przepisach o rękojmi w ogóle roszczenia dochodzonego w tym procesie. Powód po dokonaniu odbioru końcowego robót stwierdził wystąpienie wad, które następnie przez wykonawcę zostały w ustalonym terminie usunięte, stąd powód z rękojmi roszczeń żadnych nie dochodził. Dodać w tym miejscu trzeba, że jakkolwiek Sąd pierwszej instancji te przepisy przywołał (art. 656 w zw. z art. 638 i art. 556 k.c.), to ostatecznie ich w sprawie nie zastosował, aczkolwiek oceniał wykonanie umowy pod kątem wad obiektu budowlanego. Stąd słuszny jest zarzut apelacyjny obrazu prawa

materialnego przez ocenę roszczenia powoda w oparciu o przepisy o rękojmi, to wynikało z kolei z błędnej wykładni samej umowy łączącej strony, o czym mowa była już wyżej.

Dla uzasadnienia wniosku, że pozwana nie wykonała umowy w terminie konieczne jest sięgnięcie do Warunków umowy stanowiącej załącznik do umowy z 12.10.2010 r. Same strony postanowiły bowiem, że dla potrzeb zawartego kontraktu w sporządzonym słowniczku w Warunkach zawrą definicje istotnych dla wykonywania umowy pojęć. Definicje legalne dotyczą m.in. pojęcia wad w robotach budowlanych i odbioru końcowego. I tak:

- „**wada w robotach** to wykonanie danych robót lub ich części niezgodnie z umową, z dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną, z zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej” (punkt 1.28),

- **odbioru końcowego** dokonuje się po całkowitym zakończeniu wszystkich robót składających się na przedmiot umowy. Wykonawca zgłasza pisemnie Inżynierowi projektu zakończone roboty do odbioru końcowego po spełnieniu wszystkich czynności przewidzianych przepisami prawa budowlanego... Rozpoczęcie procedury odbioru końcowego następuje po potwierdzeniu przez Inżyniera Projektu gotowości do odbioru (punkt 1.3 § 15).

Zgodzić trzeba się z powodem, że o wadzie można mówić w razie stwierdzenia wykonania danej roboty, natomiast niedopuszczalnym jest kwalifikowanie jako wady sytuacji, w której dana robota nie została w ogóle (w części) wykonana. Niewykonanie obiektu budowlanego, o czym już była mowa wyżej, zgodnie z projektem, pominięcie pewnego zakresu robót oznacza, że obiekt budowlany nie osiągnął gotowości do odbioru. Taka sytuacja miała miejsce w rozpoznawanej sprawie co wynika z dowodów zaofiarowanych przez powoda i przez Sąd pierwszej instancji przeprowadzonych, aczkolwiek nie wykorzystanych dla konstruowania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia z uwagi na inną kwalifikację sprawy przez ten Sąd (do oceny powyższych dowodów Sąd powróci). Skoro więc przedmiot umowy nie został wykonany na 31 sierpnia 2012 r. zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, o których mowa w art. 647 k.c., to niemożliwym było dokonanie przez powoda na ten dzień czynności rozpoczęcia jego odbioru. Odmienne ocena ustalonego stanu faktycznego stanowi naruszenia art. 647 k.c. Dodać można, że z uwagi na ramowy charakter regulacji umowy o roboty budowlane (art. 647-658), brak w niej norm określających dokładniej powinności odbioru, wyjąwszy szczególny przypadek odbioru robót częściowych (art. 654). ...Dostrzegalna tu luka prawna powinna być usuwana przez zastosowanie per analogiam zasad wypracowanych w tym zakresie dla umowy o dzieło. Obowiązek odbioru odnosi się do obiektu (rezultatu robót budowlanych) wykonanego co do zasady zgodnie z zobowiązaniem i zaofiarowanego inwestorowi. Zgodność tę należy oceniać, biorąc pod uwagę treść zawartej umowy, elementy dopełniające stosunek prawny z mocy ustawy (art. 56 k.c.), a także ogólne kryteria prawidłowego wykonania zobowiązania (art. 354§1 k.c.) ... Dokonanie odbioru obiektu przez inwestora stwarza domniemanie faktyczne, że prace zostały wykonane zgodnie z umową (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1.12.2006 r., I CSK 276/06)-zob. Komentarz do kodeksu cywilnego pod. red. Jacka Gudowskiego, t.III, cz.2 LexisNexis, Warszawa 2013, s.308-309. Tak więc czynność odbioru- oprócz elementu faktycznego - składa się z elementu wolicjonalnego obejmującego oświadczenie inwestora, że obiekt został wykonany zgodnie z umową. Jeżeli oddawany obiekt nie jest w części wykonany, przy określeniu w umowie jakie warunki muszą być spełnione dla domagania się rozpoczęcia odbioru końcowego, inwestor jest uprawniony do odmowy odbioru.

Powód zarzucał Sądowi pierwszej instancji, że ten błędnie przyjął, iż to na nim spoczywał ciężar wykazania, że w ogóle zaistniały okoliczności, które uprawniały go do odmowy dokonania odbioru robót budowlanych. Powód wskazywał, że już w oparciu o dowody z dokumentów (w tym - z fotografii, protokołów, pism stron) oraz dowody osobowe wykazał, że pozwana nie wykonała umowy w terminie. W tej sytuacji, argumentował, to na pozwaną, tak wykazanym przez niego faktem zaprzeczającą, przeszedł obowiązek wykazania - poprzez uzyskanie wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 278 k.p.c., że uchybienia w przedmiocie umowy nie wynikały z jej zawinienia, czy też że w ogóle nie uprawniały one zamawiającego powoda do odmowy dokonania odbioru.

Stanowisko powoda jedynie w części jest uzasadnione, powód nie ma bowiem racji o tyle gdy twierdzi, że to pozwanego obciążał obowiązek wykazania faktu niewykonania umowy (nienależytego jej wykonania). Co w sprawie istotne pozwana kwestionowała roszczenie co do zasady, sama wysokość naliczonych kar umownych nie była

podważana (czym innym jest wnoszenie o miarkowanie kary). W sprawie nie może być pomocne ,dla określania ciężaru rozkładu dowodzenia , jak to proponował powód zastosowanie art. 476 k.c.

Powód ma rację gdy zarzuca Sądowi pierwszej instancji naruszenie art. 233§1 k.p.c. poprzez przekroczenie swobody dowodowej oraz niewyczerpujące przeprowadzenie postępowania dowodowego , i dokonanie w konsekwencji dowolnych i błędnych ustaleń faktycznych . W tak skonstruowanym zarzucie apelacyjnym powód błędne ustalenia zasadniczo łączył z przyjęciem przez Sąd Okręgowy ,że z umowy stron wynika ,że jedynie w przypadku wad mających wpływ na wydanie pozwolenia na użytkowanie lub na bezpieczeństwo życia i zdrowia ludzi inwestor mógł odmówić rozpoczęcia odbioru końcowego. Natomiast w uzasadnieniu powyższego zarzutu powód wskazywał ,że Sąd Okręgowy nie zbadał w sposób prawidłowy całokształtu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a swoje stanowisko oddalające powództwo oparł wyłącznie na stwierdzeniu, że powód zaniechał powołania dowodu z opinii biegłego. W związku z powyższym powód podkreślał , przywołując dla wzmocnienia swojej argumentacji wyrok Sądu Najwyższego z 9 lipca 1971 r. ,że brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia jakiejś formalnej hierarchii środków dowodowych z punktu widzenia ich wiarygodności i mocy .

Co do zasady dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233§1 k.p.c. niezbędne jest wykazanie - przy użyciu argumentów jurydycznych - że sąd naruszył ustanowione w nim zasady oceny wiarygodności i mocy dowodów, a więc że uchybił podstawowym regułom logicznego myślenia, zasadzie doświadczenia życiowego i właściwego kojarzenia faktów oraz że naruszenie to mogło mieć wpływ na wynik sprawy. Przy ocenie dowodów istotne jest przy tym ,że jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Sprawdzeniem tego, czy sąd należycie wykonał obowiązek wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego jest uzasadnienie orzeczenia, w którym winien się on m.in. wypowiedzieć co do faktów, które uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł i przyczyn dla których innym dowodem odmówił wiarygodności i mocy dowodowej - art. 328 § 2 k.p.c. Przedmiotem dowodu są przy tym jedynie fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 227 k.p.c.). Selekcji faktów dokonuje Sąd uwzględniając zasadę prawdy materialnej i kontradiktoryjności. W ostatecznym wyniku istotność faktu jest oceniana przez sąd z punktu widzenia prawa materialnego .

Sąd Odwoławczy zgadza się z apelującym powodem ,że nie ma podstaw by generalnie przyjmować ,że dowód z opinii biegłego przewyższa zawsze inne dowody - czy to z zeznań świadków czy też dowody z dokumentów. Oczywiście są sytuacje gdy dowód z opinii biegłego jest niezbędny z uwagi na potrzebę zasięgnięcia wiadomości specjalnych (art. 278 §1 k.p.c.) . W tej sprawie ostatecznie nie był on niezbędny dla ustalenia czy na dzień 31 sierpnia 2012 r. całość umówionych robót wykonano (aczkolwiek ma rację powód co do niekonsekwencji Sądu - wniosek o dowód z opinii biegłego na okol. ustalenia nieistotności zgłoszonych zastrzeżeń przez inżyniera projektu był w sprawie zgłoszony, a Sąd pierwszej instancji ten dowód oddalił jako bezzasadny by potem powodowi zarzucać , że to on takiego wniosku dowodowego nie złożył) . Generalnie to od faktu ,który ma być wykazany zależy przywołany na jego potwierdzenie dowód . Powód w apelacji zarzucał, że Sąd pomimo przeprowadzonych w sprawie dowodów osobowych (zeznania świadków wskazanych przez obie strony procesu) oraz dowodów z dokumentów dowodów tych nie wykorzystał dla konstruowania podstawy faktycznej orzeczenia (stąd też zaniechanie ich oceny). Te ostatnie zarzuty są też uzasadnione . Obecnie gdy sąd odwoławczy jest sądem merytorycznym uprawniony jest do wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału i to z uwzględnieniem wszystkich przeprowadzonych w postępowaniu dowodów (w tym przeprowadzonych przed sądem pierwszej instancji). W rozpoznawanej sprawie Sąd Apelacyjny stwierdził ,że Sąd pierwszej instancji części przeprowadzonych dowodów - osobowych i z dokumentów - w ogóle nie ocenił , nie uznał ich po prostu istotnych dla ustalenia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia. W konsekwencji Sąd Apelacyjny ustalając na nowo podstawę faktyczną rozstrzygnięcia dokonał nie tyle odmiennej oceny przeprowadzonych dowodów lecz po raz pierwszy je ocenił .Stąd nie zachodziła potrzeba ponowienia dowodów już przeprowadzonych .

Powód dowodami z dokumentów (przywołanych i wyszczególnionych w pozwie) oraz osobowymi wykazał ,że pozwana na datę 31 sierpnia 2012 r. nie wykonała wszystkich robót objętych umowa, w tym m.in. bezspornie

stwierdzony został - brak zamontowania punktowych elementów odblaskowych na całym zadaniu, brak było balustrad, niewykonane były zjazdy z kostki betonowej. Sąd zgadza się w konsekwencji z powodem, że w ustalonym stanie faktycznym, w przypadku gdy fakt fizycznego niewykonania znacznego zakresu robót był wykazany, nie było w istocie potrzeby zasięgnięcia wiedzy biegłego w tym przedmiocie dla ustalenia czy mamy do czynienia z niewykonaniem umowy czy też z wadliwym wykonaniem (z wadami nieistotnymi). Taki zaś wniosek nie wynika z faktu, że strony zawarły klauzulę niewadliwego wykonania umowy lecz, że postanowiły, iż odbiór końcowy zostanie rozpoczęty po zakończeniu wszystkich robót.

Z Warunków umowy do umowy z 12.10.2010 r. wynika, że datą zakończenia robót jest data wpisu kierownika budowy do dziennika budowy o zakończeniu robót potwierdzona wpisem do dziennika budowy przez inspektora nadzoru, a potwierdzona następnie w protokole odbioru końcowego (pkt 1.3). Po zgłoszeniu Inżynierowi Projektu zakończenia wszystkich robót powinien on potwierdzić gotowości do odbioru. W tej sprawie kierownik budowy B. I. Projektu zgłosił zakończenie robót w dniu 31 sierpnia 2012 r., o godzinie 16.27, w piątek (k.58). Inżynier Projektu do czynności sprawdzających zakres wykonania robót przystąpił w dniu 3 września 2012 r. (poniedziałek), w piśmie z tej daty (k.59, sprzed godziny 14-ej) skierowanym do wykonawcy oświadczył, że nie potwierdza wykonania całości robót. B. S. w trakcie przesłuchania w charakterze świadka zeznał, że na dzień 31 sierpnia niektóre elementy z tabeli elementów rozliczeniowych były wykonane. Potwierdził nadto, że roboty były kontynuowane przez wykonawcę jeszcze 1 i 2 września, czyli w dni wolne - w sobotę i w niedzielę. Z tego wynika w sposób oczywisty, że po dacie zgłoszenia zakończenia robót były one kontynuowane. Stąd wniosek, iż na ten dzień faktycznie zakres robót niewykonanych był większy niż ustalony w dniu 3 września. Świadek R. K., inspektor nadzoru z zakresu robót drogowych zeznał, że wykonawca początkowo w minimalnym stopniu angażował się w ogóle w realizację umowy, pracował w innych budowlach. Zeznał on też, że po zgłoszeniu zakończenia robót ustalił, iż dane z dziennika budowy nie odpowiadają stanowi faktycznemu na budowie. Dlatego Inżynier Projektu odmówił przystąpienia do odbioru końcowego. Świadek K. zeznał, że od 1 września był na budowie każdego dnia - zaobserwował, że wykonawca od 31 sierpnia do 6 września pracował na budowie bardzo intensywnie, według jego wiedzy roboty były prowadzone prawie 24 godziny na dobę. Dla zobrazowania, w jakim zakresie umowa nie była wykonana sporządził dokumentację zdjęciową niewykonanych w ogóle elementów budowli (dokumentacja zdjęciowa jest z dnia 2 i 5 września), dokonał odpowiednich wpisów do dziennika budowy. Potwierdził też, że niewykonane elementy budowli były objęte dokumentacją projektową, specyfikacją, przedmiarem robót sporządzonym przez wykonawcę. Świadek Z. Ś., inżynier projektu, zeznał również, że z tego co on pamięta w kwietniu 2012 r. wykonawca miał 43% zaawansowania finansowego budowy, wykluczył by zmiany na budowie wpływały na przedłużenie wykonywania umowy. Zaznaczył, że w większości były to zmiany nieistotne. Potwierdził niewykonanie umowy na datę zgłoszenia, odniósł się do prac niewykonanych oraz wad stwierdzonych w protokole odbioru końcowego. Niewykonane elementy zostały wyszczególnione dokładnie w piśmie z dnia 6.09.2012 (k.66-73) i zarejestrowane w dokumentacji zdjęciowej. Z dokumentacji zdjęciowej - nawet przy braku wiedzy specjalnej - można ustalić, że pewne elementy budowli nie były wykonane, a nie że były wykonane z wadami. Pozwana odnosząc się do wykazu tych niewykonanych elementów budowli podniosła: nieistnienie braku z poz. 20; co do trzech pozycji (pkt 5, 9 i 14) wskazała, że wykonanie tych elementów wymagało współpracy inwestorów, co do pozostałych kilkunastu przyznała fakt ich późniejszego wykonania (w terminie do 5 września 2012 r.). Obrona pozwanej, że przy realizacji innych podobnych umów postawa tego samego zamawiającego była mniej rygorystyczna co do kwalifikowania niewykonanych elementów jako wad nie może wpłynąć na ocenę rozpoznawanej sprawy, podobnie jak praktyka, że inwestor z reguły nie przystępuje tak sprawnie jak tej sprawie do sprawdzenia czy zgłoszona do odbioru budowla została w całości wykonana. Skoro pozwany twierdzi, że zakończył roboty w piątek 31 sierpnia 2012 r., w godzinach popołudniowych to zasadnym jest pytanie - jakie to roboty wykonywał w sobotę i niedzielę, i to jeszcze przed zarzuceniem że czegoś nie zrobił (czy też jak on sam uważa - najwyżej zrobił wadliwie)? Przecież gdyby powód zakończył budowlę (obiekt budowlany) w całości to w praktyce nie powinien już mieć żadnych prac do wykonania. Tu było inaczej. Zamawiający ma nie tylko prawo realizować swoje uprawnienia z umowy, powinien to traktować w przypadku dróg jako obowiązek. Wszyscy jesteśmy uczestnikami ruchu drogowego, czy to jako kierujący pojazdem czy jako piesi. W praktyce doświadczamy uciążliwości - droga niby zakończona, oficjalnie odebrana a przez szereg miesięcy roboty kontynuowane uniemożliwiają spokojne w pełni z niej korzystania. Wbrew więc wnioskowi Sądu pierwszej instancji brak wskazanych elementów budowli mógł stanowić nawet zagrożenie dla bezpiecznego

korzystanie z drogi przez uczestników ruchu drogowego , w tym przez pieszych . Nie ma racji oczywiście pozwana twierdząc ,że wykaz niewykonanych elementów z umowy o roboty budowlane pokrywa się następnie z wykazem wad stwierdzonych w protokole odbioru końcowego. Przecież sama pozwana wykonując jeszcze przez kilka dni po 31 sierpnia 2012 roku roboty budowlane w dniu 6 września 2012 r. zdawała budowlę (drogę) w innym stanie niż na dzień 31 sierpnia 2012 roku . Sama jednoznacznie przyznała ,że wykonała określone elementy zadania po 31 sierpnia.

Po takich ustaleniach , dokonując ich oceny prawnej, Sąd Apelacyjny stwierdza ,że podziela stanowisko powoda , że miał on prawo dochodzić kary umownej ,stąd jego powództwo oparte o art. 484 § 1 k.c. należało ocenić jako zasadne. Zgodnie z § 13 Warunków umowy na wykonawcę nałożony został obowiązek zapłaty kary umownej w przypadku zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w określonym w umowie terminie zakończenia robót w wysokości 0,2% całkowitej ceny brutto podanej w ofercie za każdy dzień zwłoki. Rachunkowe wyliczenie kary umownej nie budziło wątpliwości stron. W tym miejscu zasadne jest jeszcze dodanie ,że w ocenie Sądu drugiej instancji , pozwana nie wykazała braku swojego zawinienia w terminowym wykonaniu umowy . Nie wynika to również z treści zeznań świadków przez nią wskazanych (a oddalone wnioski dowodowe dotyczyły wykazania innych faktów).

Wobec żądania przez pozwaną miarkowania naliczonej kary umownej zasadne jest krótkie omówienie instytucji kary umownej .Strony stosunku zobowiązaniowego mogą mianowicie w ramach autonomii woli określać umownie zakres i sposób naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania . Podstawowym instrumentem prawnym służącym dokonywaniu tego rodzaju kontraktowych ustaleń jest właśnie kara umowna, określana też jako kara konwencjonalna czy kara wadialna (art. 483-484 k.c.). Kara umowna jest instrumentem o znacznym stopniu elastyczności .W modelu kary umownej przyjętym w kodeksie cywilnym prymat należy przyznać funkcji kompensacyjnej. Oddziaływanie przymuszającej i represyjnej pozostają skutkami wtórnymi, często faktycznymi i refleksowymi. Sprowadzają się do ubocznego, ekonomicznego lub psychologicznego efektu, wiążącego się z perspektywą konieczności świadczenia sumy pieniężnej lub z samym jej uiszczeniem. Kara umowna jest odszkodowaniem ,którego swoistość polega na uprzednim zryczałtowaniu (Kara umowna , Jacek Jastrzębski ,Oficyna ,2006r., s.177). Pogląd ,że w razie zastrzeżenia kary umownej za zwłokę w spełnieniu świadczenia ,kara umowna w zasadzie nie powinna podlegać miarkowaniu został poddany krytyce w nowszych wypowiedziach piśmiennictwa , do tej oceny przyłączył się również Sąd Najwyższy . W wyroku z dnia 19 kwietnia 2006 r., V CSK 34/06 (Lex nr 195426) stwierdził mianowicie ,że wykonanie w uzgodnionym terminie większości robót może uzasadnić obniżenie kary, której wysokość została ustalona w odniesieniu do całości robót. Podobny pogląd został zaprezentował też w późniejszych orzeczeniach : w wyroku z dnia 21.09.2007 r.,VCSK 139/07 (Biuletyn SN 2008/1/15) stwierdził ,że miarkowanie kary umownej zastrzeżonej na wypadek zwłoki dłużnika w spełnieniu całości świadczenia jest co do zasady dopuszczalne także ze względu na wykonanie przez dłużnika zobowiązania w znacznej części. Podobny pogląd został wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26.01.2011 r.,II CSK 318/10 (OSNC-ZD 2011/4/80). Oznacza to ,że w sytuacji gdy dłużnik w znacznej części wykonał zobowiązanie , a opóźnił się jedynie z częścią świadczenia , zastrzeżona w umowie kara za zwłokę o sztywnej wysokości może zostać zredukowana w oparciu o pierwszą z przesłanek art. 484 § 2 k.c. Podkreśla się ,że dla dłużnika jest to niewątpliwie okoliczność dużo łatwiejsza do wykazania w porównaniu do udowodnienia ,że kara jest rażąco wygórowana. Kształtowanie kary umownej za zwłokę w ten sposób ,że dłużnik jest zobowiązany do zapłaty tej samej kwoty niezależnie od tego ,czy opóźnił się z całością ,czy jedynie z częścią świadczenia , jest w obrocie bardzo rozpowszechniony ,co nie oznacza wszakże ,że w pełni uzasadnione. Niewątpliwie biorąc pod uwagę jedną z podstawowych funkcji kary umownej-funkcję kompensacyjną - bardziej adekwatne byłoby wiązanie kary z niespełnioną na czas częścią świadczenia . Dotyczy to zwłaszcza zwłoki w spełnieniu świadczenia podzielnego : na ogół z chwilą spełnienia jego części wierzyciel zaspokaja także proporcjonalnie swój interes jaki ma w wykonaniu zobowiązania; kara umowna za zwłokę także powinna być zatem proporcjonalna .Przywrócenie karze proporcjonalności pozostaje w zgodzie także z inną jej funkcją - nakłaniającą dłużnika do świadczenia w terminie. Jeżeli bowiem dłużnik ma zapłacić tę sama karę umowną niezależnie od tego ,czy na czas wykona połowę czy większość zobowiązania czy też nie wykona go w ogóle, kara za zwłokę nie zachęca do terminowego wykonania świadczenia. Jeżeli natomiast częściowe wykonanie zobowiązania nie ma dla wierzyciela w ogóle znaczenia ,albo ma znaczenie ,ale niewielkie wówczas kara może mieć tę sama wysokość, niezależnie od tego , z jaką częścią zobowiązania dłużnik popadł w zwłokę.

Dla powoda wykonanie robót budowlanych nawet nie w całości lecz w znacznej przecież części , z uwagi na charakter obiektu budowlanego – droga publiczna , było przydatne , zaspokajało jego podstawowy interes - przejezdność drogi o dobrym stanie technicznym .

Ocena, czy kara jest w konkretnych okolicznościach rażąco wygórowana może uwzględniać szereg okoliczności, w tym : stosunek między wysokością kary umownej , a wartością zobowiązania, której dłużnik wykonał z opóźnieniem ; relację między wysokością kary umownej i wartością robót ustaloną w umowie, w której kara umowna została zastrzeżona ; stosunek kary umownej do odszkodowania ,które należałoby się wierzycielowi na zasadach ogólnych ; okres opóźnienia w terminowym wykonaniu umowy do czasu jej trwania. Dla potwierdzenia poprawności takiego wykładania omawianego przepisu Sąd Odwoławczy za właściwe uznał przywołanie orzeczeń Sądu Najwyższego tej materii dotyczących . I tak w wyroku z dnia 23.05.2013 r. ,IV CSK 644/12 (Lex nr 1365722) Sąd Najwyższy stwierdził ,że : dopuszczalne jest uwzględnianie stosunku między wysokością kary umownej a wartością wykonanego z opóźnieniem zobowiązania jako miernika oceny wysokości kary umownej. Jeżeli kara umowna jest równa bądź zbliżona do wartości zobowiązania, można ją uznać za rażąco wygórowaną. W wyroku z 16 .07.1997 r. ,II CKN 271/97 (LEX nr 1170565) Sąd Najwyższy uznał ,że za rażąco wygórowaną można uznać dochodzoną karę umowną ,jeżeli równa się ona bądź jest zbliżona do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono . Z kolei w wyroku z dnia 20.05.1980 r., I CR 229/80 (OSNC 1980/12/243) stwierdził ,że o tym czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej nie może samo przez się decydować jej wysokość procentowa przyjęta w określonym akcie prawnym ,lecz przede wszystkim stosunek , w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania , w związku z którym ją zastrzeżono , można ją uważać za rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484§ 2 k.c.

W rozpoznawanej sprawie okres opóźnienia wykonawcy w oddaniu całości prac objętych umową wyniósł 6 dni (lub nawet 5 - por. zeznania świadka A. M.) ; uzgodniony przez strony czas trwania umowy obejmował okres prawie 23 miesiące , a zatem okres opóźnienia w relacji do zaplanowanego czasu trwania prac remontowych nie był szczególnie długi, przekroczenie było w istocie nieznaczne. Stosunek kary umownej do umówionego wynagrodzenia przedstawiał się następująco : kwota 31 113 501, 54 do 446 781,09 zł , co oznacza że kara umowna była odczuwalna . Powódka po terminie wykonała prace drobne, porządkujące i porządkowe , a więc już o niedużej wartości. To z kolei wpływa na stosunek między wysokością kary umownej , a wartością zobowiązania wykonanego po terminie , z tego punktu widzenia kara była również rażąco wygórowana . Strony w umowie nie przewidziały okoliczności zwalniających wykonawcę od odpowiedzialności za nieterminowe zakończenie robót. Przy ocenie możliwości miarkowania tak skonstruowanej kary umownej nie sposób jednak pominąć oceny tego nieterminowe wykonanie umowy mogło być spowodowane w jakimś procencie również zachowaniem właścicieli posesji , które to posesje stanowiły w określonym zakresie plac budowy , ustalenia faktyczne poczynione w tym zakresie są niepełne ale niesporne jest , że dla wykonawcy czynienie tych uzgodnień stanowiło pewien problem , było czasochłonne. Niesporne jest też , że pozwana w ostatnich dniach zrobiła wiele by minimalnie przekroczyć umówiony termin zakończenia remontu .

Przy ocenie istnienia przesłanek do obniżenia kary umownej nie można też pomijać, o czym była mowa już wyżej , skutków opóźnienia dla zamawiającego roboty. Możliwość dochodzenia kary umownej nie jest wprawdzie uzależniona od wystąpienia szkody związanej z nienależytym wykonaniem zobowiązania, jednakże ocena zaistniałej z tego powodu szkody może mieć wpływ na ograniczenie wysokości dochodzonej kary umownej. Pogląd ,że to wysokość szkody powinna stanowić podstawowe kryterium pozwalające stwierdzić rażąco wygórowany charakter kary umownej, zdecydowanie dominuje w judykaturze (zob. uzasadnienie uchwały Sadu Najwyższego z dnia 6.11.2003 r., (III CZP 61/03 ,uchwała 7 -osobowego składu , zasada prawna, OSNC 2004/5/69) . Tak więc szkoda poniesiona przez zamawiającego - tu prace remontowe (niezależnie od jej ostatecznego ujęcia w sensie kwotowym lub wskazania tylko jej realnej postaci) - stanowi jedno z kilku kryteriów, jakie mogą być brane pod uwagę przy ocenie wygórowanego charakteru kary umownej w świetle art. 484 § 2 k.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2009 r., III CSK 198/08 (LEX nr 523684) . W orzecznictwie przyjmuje się konsekwentnie ,że choć dochodzenie kary umownej nie jest uzależnione od wystąpienia szkody związanej z nienależytym wykonaniem zobowiązania , to ocena zaistniałej

z tego powodu szkody może mieć wpływ na ograniczenie wysokości dochodzonej szkody .W związku z podniesionym zarzutem miarkowania kary trzeba niewątpliwie wziąć pod uwagę istnienie szkody oraz jej rozmiar, zwłaszcza ze przesłanka „rażącego wygórowania „ implikuje istnienie znacznej dysproporcji między poniesioną szkoda , a żądana karą (wyrok SN z dnia 21.11.2007 r., I CSK 270/07, Lex nr 530614). Brak szkody lub jej znikomość może uzasadniać w okolicznościach sprawy - miarkowanie kary umownej (wyrok SN z dnia - 11.01.2007 r., II CSK 400/06, Lex nr 610076 ; z dnia 21.06.2002 r., V CKN 1075/00, Lex nr 566024 czy też z dnia 2.06.1970 r., II CR 167/70, OSNC 1970/11/214) . W piśmiennictwie kryterium to jest uszczegółowiane poprzez wskazanie ,że proste przełożenie wysokości poniesionej przez wierzyciela szkody nie zawsze może stanowić automatyczną podstawę do redukcji kary konwencjonalnej (por. Kara umowna -Jacek Jastrzębski ,Oficyna ,2006r., s. 334 i następne).

Z twierdzeń obu stron wynika ,że przebudowywana droga była przejezdna i użytkowana w pierwszym tygodniu września 2012 r. bez żadnych utrudnień w ruchu drogowym . Oznacza to , że powód w praktyce nie poniósł wskutek nieterminowego wykonania umowy żadnej szkody . Zresztą sam powód nie twierdził by poniósł wskutek nieterminowego wykonania remontu drogi jakąkolwiek szkodę . Brak po stronie powoda szkody uprawniał niewątpliwie do miarkowania z tej przyczyny naliczonej kary umownej. W wyroku z dnia 13.06.2003 r. , III CKN 50/01 (M Praw.2011/7/380) Sąd Najwyższy stwierdził ,że nawet kara umowna równa wysokości szkody może być rażąco wygórowana , jeżeli nadmiernie przekracza sumę ,która należałaby się wierzycielowi z tytułu odszkodowania dochodzonego na zasadach ogólnych . W orzecznictwie sądowym przyjmuje się nadto ,że kryterium oceny rażącego wygórowania kary umownej może być relacja jej wysokości do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych (wyrok SN z dnia 11.10.2007 r., IV CSK 181/07, OSNC-ZD 2008/2/48). Powód skoro nie poniósł wskutek nienależytego wykonania umowy żadnej szkody (rozumiejąc przez to wszelkie negatywne konsekwencje niewykonania zobowiązania) nie miałby podstaw by na zasadach ogólnych dochodzić od pozwanej odszkodowania.

Podsumowując poczynione powyżej ustalenia Sąd Apelacyjny podkreśla , że strony nie kwestionowały faktu zawarcia umowy jak i jej warunków , a w szczególności umówionego wynagrodzenia , terminu zakończenia remontu , sposobu odbioru, wysokości oraz podstaw naliczania kar umownych . Pozwana nie obaliła , o czym szerzej była mowa wyżej ,domniemania zawinięcia w nienależywym (nieterminowym) wykonaniu umowy.

Sąd Apelacyjny w konsekwencji uznał ,że w sprawie istniały obie przesłanki do miarkowania kary umownej naliczonej przez powoda , co już szerzej uzasadnił wyżej . Przepis art. 484 § 2 k.c. określa przesłanki, które mogą stanowić podstawę miarkowania kary umownej. Przepisy nie uzależniają w żaden sposób możliwości obniżenia kary umownej od przyjętego przez strony sposobu określenia jej wysokości. Pogląd, wedle którego miarkowaniu kary sprzeciwia się powiązanie jej wysokości z wartością nie wykonanej tylko części zobowiązania nie znajduje żadnego uzasadnienia (por .wyrok SN z dnia 25.03.2011r. , IV CSK 401/10, LEX nr 1108517). Co istotne katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie jest zamknięty, przepisy prawa nie określają szczegółowych przesłanek miarkowania kary umownej. Miarkowanie kary umownej jest instytucją tzw. prawa sędziowskiego .Ocena w tym zakresie, w zależności od okoliczności sprawy, należy więc do sądu orzekającego. Nie może mieć przy tym decydującego znaczenia jedynie jedno kryterium , np. relacja stawek umówionych przez strony oraz stawek stosowanych w obrocie (wyrok SN z dnia 5.10.2011r., IV CSK 659/10 , LEX nr 1102547). Mając to wszystko na uwadze ,uwzględniając okoliczności faktyczne sprawy , Sąd Apelacyjny ostatecznie uznał , że uzasadnione jest miarkowanie kary umownej do jej 1/10 . Sąd oczywiście ma świadomość , że jest to bardzo duża redukcja , jednak w okolicznościach tej sprawy , ostatecznie uzasadniona , w szczególności z uwagi na stosunek wysokości kary umownej do wartości zobowiązania wykonanego z opóźnieniem, a przede wszystkim fakt wykonania w terminie zobowiązania w znakomitej części . Już tylko marginalnie Sąd miał na uwadze, że sam zamawiający swoim niekonsekwentnym postępowaniem w innych umowach o roboty budowlane z tym samym wykonawcą dał mu w pewien przyzwolenie na zgłaszania do odbioru końcowego robót budowlanych w toku , z drobnymi pracami wykończeniowymi.

Roszczenie o zapłatę kwoty wyliczonej kary umownej staje się wymagalne po wezwaniu - art. 455 k.c. Powód wezwał pozwaną do zapłaty notą obciążeniową ,które to wezwanie dotarło adresatki w dniu 30.11.2012r. , z wyznaczeniem 14-dni na zapłatę , sąd data początkowa naliczanie odsetek biegnie od dnia 15.12.2012 r.

Mając na uwadze tak ustalony stan faktyczny , po dokonaniu na nowo jego kwalifikacji prawnej , Sąd Apelacyjny - po pierwsze w oparciu o art. 350 k.p.c . z urzędu sprostował oczywistą niedokładność w oznaczeniu siedziby pozwanej w zaskarżonym wyroku w ten sposób, że w miejsce : K. wpisał B. ; następnie w oparciu o przepis art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądził od pozwanej (...) Spółki Akcyjnej w B. na rzecz powoda Województwa (...) kwotę 44 678 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 15 grudnia 2012 r. (pkt II. 1) , oddalił powództwo w pozostałej części (pkt II. 2) oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 3539 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt II.3) ; w pozostałej części apelacja powoda - w oparciu o art. 385 k.p.c.- została oddalona (pkt III). Nadto Sąd zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 2086 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Rozstrzygając o kosztach procesu za obie instancje Sąd miał na uwadze wynik procesu – art. 98 §1 i § 3, art. 99 , art. 108§1 i art. 91 §1 k.p.c. oraz przepisy rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez Radcę prawnego ustanowionego z urzędu -§6i §12 (powód wygrał proces w 10 % , pozwana w 90 % , na koszty powoda składały się - opłata od pozwu ,opłata od apelacji oraz wynagrodzenie profesjonalnego pełnomocnika za pierwszą instancję w kwocie 7200 zł + opłata skarbową od pełnomocnictwa oraz kwota 5400 zł za drugą instancję ; na koszty pozwanej składało się wynagrodzenie jej profesjonalnego pełnomocnika za obie instancje – w wysokości jak wyżej podana.)

Mirosława Gołuńska Maria Iwankiewicz Edyta Buczkowska-Żuk