

Sygn. akt I ACa 710/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 lutego 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Bogusław Dobrowolski (spr.)
Sędziowie	:	SA Jadwiga Chojnowska SA Beata Wojtasiak
Protokolant	:	Sylwia Radek - Łuksza

po rozpoznaniu w dniu 12 lutego 2014 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **w B.**

przeciwko (...) **w B.**

z udziałem interwenienta ubocznego (...) **w B.**

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 18 czerwca 2013 r. sygn. akt VII GC 129/11

1) **zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:**

a) **w pkt I kwotę 277.726,07 zł podwyższa do kwoty 477.688,72 (czteryście siedemdziesiąt siedem sześćset osiemdziesiąt osiem 72/100) zł;**

b) **w pkt III zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 2.623 zł tytułem zwrotu kosztów procesu;**

c) **w pkt IV kwotę 13.967 zł podwyższa do kwoty 23.773 zł;**

d) **w pkt V kwotę 15.749 zł obniża do kwoty 5.944 zł;**

2) **oddala apelację pozwanego oraz apelację powoda w pozostałej części;**

3) zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 11.773,53 zł tytułem zwrotu kosztów procesu w instancji odwoławczej.

UZASADNIENIE

Powód (...) w B. wniósł o zasądzenie od pozwanego(...)w B. kwoty 594.333,67 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 27 lutego 2011 r. do dnia zapłaty oraz kosztów procesu. W uzasadnieniu pozwu powód wskazał, iż zawarł z poprzednikiem prawnym pozwanego umowę na budowę budynku technicznego wraz z budową przyłączy. Termin wykonania inwestycji został przez niego przekroczony. W związku z tym powód naliczył kary umowne za opóźnienie, których dochodzi w niniejszej sprawie. Dodatkowo powód wskazał, iż (...) obecnie przekształciło się w (...) S.A.

Nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 29 czerwca 2011 r. w sprawie o sygn. VII GNc 141/11 Sąd Okręgowy w Białymstoku orzekł zgodnie z żądaniem pozwu.

W sprzeciwie od powyższego nakazu zapłaty pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie kosztów procesu. Pozwany wskazał, iż roboty zostały wcześniej zgłoszone do odbioru, co równoznaczne było z wykonaniem umowy w tym dniu. Ponadto pozwany podniósł, iż powstanie opóźnienia w realizacji inwestycji spowodowane było szeregiem okoliczności niezależnych od niego, a mianowicie: niewykonaniem przez (...)w terminie do dnia 11 sierpnia 2010 r. linii kablowej 15 kV, koniecznością wykonania robót uzupełniających, opóźnieniem w dostawie urządzeń w postaci agregatu i uszkodzeniem silnika w transporcie, robotami dodatkowymi, zwłoką powoda w podpisaniu aneksu do umowy przyłączeniowej z (...) oraz zwłoką w wykonywaniu robót objętych umową przez podwykonawców. Z ostrożności procesowej pozwany wniósł o miarkowanie kary umownej z uwagi na to, że zobowiązanie zostało wykonane w całości, a kwota kary umownej jest rażąco wygórowana w stosunku do wartości umownej i skutkowałaby wzbogaceniem powoda.

Interwenient uboczny po stronie pozwanej (...) w B. przychylił się do stanowiska (...)Podnosił, że interwenient uboczny nie ponosi odpowiedzialności za nieterminowe dostarczenie agregatu, albowiem opóźnienie w dostawie nastąpiło z przyczyn przez niego niezawinionych. Sąd Okręgowy w Białymstoku wyrokiem z dnia 18 czerwca 2013r., sygn. VII GC 129/11, zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 277.726,07 zł. wraz z ustawowymi odsetkami w stosunku rocznym od dnia 27 lutego 2011 r. do dnia zapłaty; oddalił powództwo w pozostałym zakresie; zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 4.457,54 zł. tytułem zwrotu kosztów sądowych oraz kwotę 433 zł. tytułem kosztów zastępstwa procesowego; nakazał pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa (Kasy Sądu Okręgowego w Białymstoku) kwotę 13.967 zł. tytułem nieuiszczonej przez powoda opłaty od pozwu; nakazał ściągnąć z zasądownego na rzecz powoda roszczenia na rzecz Skarbu Państwa (Kasy Sądu Okręgowego w Białymstoku) kwotę 15.749 zł. tytułem częściowej opłaty od pozwu; nakazał zwrócić na rzecz powoda kwotę 100 zł tytułem niewykorzystanej zaliczki na poczet wydatków.

Zgodnie z ustaleniami faktycznymi Sądu Okręgowego strony łączyła umowa o roboty budowlane nr (...)zawarta w wyniku rozstrzygnięcia przez powoda przetargu nieograniczonego przeprowadzonego zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113, poz. 759 ze zm.) Przedmiotem umowy było wykonanie przez pozwanego jako wykonawcę na rzecz powoda jako zamawiającego budynku technicznego wraz z budową przyłączy: wody, kanalizacji sanitarnej, kanalizacji deszczowej, doziemnej instalacji elektrycznej i gazów medycznych wraz z wewnętrznym układem komunikacyjnym dojazdu do budynku technicznego, rozbiórka budynku archiwum, budynku gospodarczego z portiernią, stacji trafo PS-867 z agregatownią, stacji paliw – zbiornika oraz dwóch garaży typu „blaszak”. W umowie strony ustaliły zakres robót, do których wykonania zobowiązał się pozwany, jako główny wykonawca oraz obowiązki leżące po stronie wykonawcy i zamawiającego. Ryczałtowe wynagrodzenie określono na kwotę 2.777.260,70 zł, w tym podatek VAT w stawce 22%. Termin wykonania zamówienia strony wyznaczyły na dzień 30 czerwca 2010 r. Aneksem do umowy z dnia 15 czerwca 2010 r. termin ten przesunięty został na dzień 31 sierpnia 2010 r. Pismem z dnia 23 sierpnia 2010 r. pozwany zwrócił się do powoda z prośbą o przedłużenie terminu wykonania zamówienia do dnia 22 października 2010 r., powołując się na załącznik nr 10 do umowy oraz konieczność wykonania robót uzupełniających. W odpowiedzi na powyższe pismo inwestor poinformował, iż nie widzi możliwości

i podstaw do przedłużenia terminu wykonania zamówienia. Pozwany realizował prace będące przedmiotem umowy, zarówno siłami własnymi, jaki i przy udziale podwykonawców, tj. przy pomocy (...) B., M. S.. Za datę wykonania umowy strony przyjęły datę podpisania przez przedstawicieli wykonawcy, zamawiającego oraz inspektorów nadzoru protokołu bezusterkowego odbioru końcowego robót. Pismem z dnia 23 listopada 2010 r. pozwany zgłosił powodowi zakończenie prac będących przedmiotem umowy i gotowość do odbioru. Protokół odbioru końcowego podpisany został w dniu 17 grudnia 2010 r. Zlecony umową zakres robót budowlanych został wykonany przez pozwanego w całości, co powód potwierdził w protokole odbioru prac. Zgodnie z § 8 ust. 1 lit. b umowy w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy wykonawca zobowiązał się zapłacić zamawiającemu kary umowne w wysokości 0,2% wartości umowy, obejmującej podatek VAT za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu zamówienia. W myśl powyższego zapisu powód naliczył kary umowne za 107 dni opóźnienia w realizacji inwestycji, w wysokości 594.333,67 zł i wezwał pozwanego do zapłaty tej kwoty. Pozwany odmówił dokonania płatności, wskazując, iż nie ponosi winy za zaistniałe opóźnienie, które było wynikiem nieterminowej dostawy agregatu. Powołał się również na pkt 6 załącznika nr 10 do umowy, który daje możliwość przedłużenia terminu realizacji inwestycji, jeżeli z przedłożonych dokumentów wynika, iż termin dostawy urządzeń uniemożliwia wykonanie zamówienia w terminie określonym umową, wskazując, iż w sposób należyty udokumentował powyższe okoliczności. Pozwany podniósł ponadto, iż zgłoszenie prac do odbioru nastąpiło w dniu 26 listopada 2010 r., który to termin stanowi datę zakończenia robót objętych umową.

Sąd Okręgowy ustalił odnośnie do niewykonania w terminie przyłączy kablowych przez (...), niepodpisania aneksu do umowy przyłączeniowej przez (...) oraz przyłączenia zasilania szpitala do nowej trafostacji, iż w dniu 10 maja 2010 r. zawarta została pomiędzy pozwanym a podwykonawcą - (...)umowa na realizację robót elektrycznych w zakresie realizacji zamówienia na rzecz powoda. W dniu 8 czerwca 2010 r. odbyło się spotkanie przedstawicieli (...) z przedstawicielami powoda i pozwanego, na którym stwierdzono niemożliwość zrealizowania umowy o przyłączenie do końca II kwartału, przewidywany termin zakończenia robót przez (...) wskazano na dzień 31 sierpnia 2010 r. W konsekwencji pomiędzy pozwanym i powodem zawarty został aneks nr (...) do umowy, w którym przesunięto termin realizacji umowy do 31 sierpnia 2010 r. W dniu 5 października 2010 r. nastąpił odbiór techniczny stacji przez (...) od (...) a w dniu 7 października 2010 r. podpisana została umowa na dostawę energii pomiędzy powodem i (...). Dnia 22 października 2010 r. zakończone zostały przez pozwanego roboty elektryczne mające związek z (...).

Sąd Okręgowy ustalił w odniesieniu do robót uzupełniających polegających na wykonaniu dodatkowego odcinka gazów medycznych, iż dnia 8 lipca 2010 r. zawarta została umowa pomiędzy pozwanym a jego podwykonawcą (...)na realizację robót związanych z wykonaniem robót sanitarnych (w tym z instalacją gazów medycznych) w zakresie umowy pomiędzy powodem i pozwanym. Termin zakończenia robót ustalono na dzień 30 września 2012 r. Pismem z dnia 23 sierpnia pozwany zwrócił się do powoda z prośbą o wydłużenie terminu realizacji umowy, jako przyczynę wskazując konieczność wykonania robót uzupełniających, tj. wykonania dodatkowego odcinka tranzytu gazów medycznych w budynku interny. W odpowiedzi, powód wskazał, iż roboty związane z tranzytem gazów medycznych nie są objęte umową z dnia 22 marca 2010 r. i zostaną przez powoda zlecone w ramach odrębnego zlecenia.

Według Sądu Okręgowego gdy chodzi o opóźnienia w dostawie agregatu prądotwórczego to dnia 21 czerwca 2010 r. podwykonawca (...)złożył zamówienie firmie (...)na dostawę agregatu, z terminem dostawy na dzień 26-31 lipca 2010 r. Pismem z dnia 24 czerwca 2010 r. producent wydłużył termin dostawy agregatu do dnia 6 sierpnia 2010 r. W dniu 30 czerwca 2010 r. zawarty został pomiędzy pozwanym a podwykonawcą aneks do umowy, w którym ustalono zakończenie realizacji robót na dzień 27 sierpnia 2010 r. W dniu 26 sierpnia 2010 r. nastąpiło kolejne wydłużenie terminu dostawy agregatu przez producenta do dnia 21 września 2010 r.

Sąd Okręgowy ustalił również, iż w dniu 17 czerwca 2010 r. pomiędzy powodem i pozwanym zawarta została umowa o roboty dodatkowe, tj. wymianę gruntu pod ławy i wymianę stycznika (...) o symbolu (...) Termin realizacji umowy ustalono na dzień 28 lipca 2010 r. Zakończenie robót dodatkowych nastąpiło 25 lipca 2010 r. Roboty dodatkowe zostały wykonane w ustalonym terminie i przed terminem zakończenia umowy podstawowej.

Okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia sprawy Sąd Okręgowy ustalił na podstawie dokumentów, opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa K. Z. oraz zeznań świadków. Wiarygodność i autentyczność dokumentów nie była przez strony kwestionowana. Sąd ten dał wiarę zeznaniom świadków R. J., D. S., K. Ś. i T. P., w zakresie w jakim zeznania te wzajemnie się uzupełniały i były ze sobą zgodne oraz znalazły potwierdzenie w opinii biegłego.

Sąd Okręgowy dla ustalenia przyczyn i zakresu opóźnień w realizacji umowy, jak i dla oceny wpływu poszczególnych czynników na nieterminowe wykonanie prac, dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa. Wskazał, iż opinia sporządzona przez biegłego sądowego J. J. (1) była nierzeczowa i niewyczerpująca i dlatego dopuścił dowód z opinii innego biegłego. W ocenie Sądu Okręgowego opinia sporządzona przez biegłego sądowego D. Z. była wiarygodna, precyzyjna, wyczerpująca i kompletna. Biegły wskazał, iż czynnikami niemającymi wpływu na realizację umowy były roboty dodatkowe oraz wykonanie dodatkowego odcinka gazów medycznych. Biegły słusznie zwrócił uwagę na długie terminy powołania kierownika robót sanitarnych przez pozwanego, powołania inspektora nadzoru przez powoda oraz zawarcia umowy przez pozwanego z podwykonawcą robót sanitarnych. Za czynnik mający decydujący wpływ na opóźnienie w wykonaniu umowy biegły uznał opóźnienie w dostawie agregatu. Biegły wskazał, iż zwłoka pozwanego w podpisaniu umowy z podwykonawcą w branży elektrycznej oraz złożenie zamówienia po 91 dniach od daty podpisania umowy z powodów spowodowały, że „termin realizacji tego elementu umowy stał się bardzo napięty, jednakże możliwy do realizacji w terminach umownych”. Nieterminowa dostawa agregatu prądotwórczego i związane z tym opóźnienie o 45 dni spowodowały, że całość przedmiotu zamówienia w sposób znaczący przesunęła termin realizacji całości zamówienia. Również niewykonanie w terminie przyłączy kablowych przez (...) miało wpływ na terminowość realizacji umowy i zostało skutecznie aneksowane przez strony umowy.

Powód naliczył kary umowne za 107 dni opóźnienia, tj. za okres od 1 września 2010 r. do 16 grudnia 2010 r., przyjmując, iż realizacja robót stanowiących przedmiot umowy zakończona została w dniu 17 grudnia 2010 r., kiedy to podpisany został protokół bezusterkowego odbioru końcowego robót. Pozwany natomiast podniósł, iż umowa wykonana została w dniu 23 listopada 2010 r. wskazując, że w tej właśnie dacie prace zostały zgłoszone do odbioru. W jego ocenie to powód w okresie od 23 listopada do 17 grudnia 2010 r. pozostawał w zwłocie w odbiorze, co nie może wpływać na zakres odpowiedzialności pozwanego. Według Sądu Okręgowego stanowisko pozwanego nie zasługiwało na uwzględnienie. Za datę wykonania umowy w myśl § 5 ust. 1 strony zgodnie przyjęły datę podpisania przez przedstawicieli wykonawcy, zamawiającego oraz inspektorów nadzoru protokołu bezusterkowego odbioru końcowego robót. Dlatego bez znaczenia dla naliczania kar umownych pozostawała data wydania przez pozwanego przedmiotu umowy. Powód w sposób prawidłowy naliczył więc karę umowną za 107 dni opóźnienia w realizacji umowy.

Z uwagi na powyższe Sąd Okręgowy podzielił co do zasady powództwo, uznając jednocześnie, iż w przedmiotowej sprawie zaistniały podstawy do miarkowania kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c.

Sąd Okręgowy stwierdził w dalszej kolejności, iż kara umowna zastrzeżona została za samo tylko opóźnienie w wykonaniu zobowiązania przez wykonawcę, które stanowi odrębną kategorię prawną od zwłoki (art. 476 k.c.) i jest oderwane od zawinienia dłużnika. Pozwala to przyjąć, że zgodnie z wolą stron wyrażoną w umowie, obowiązek zapłaty kary umownej zastrzeżonej na wypadek opóźnienia w wykonaniu robót i oddania przedmiotu umowy nie był uzależniony od zawinienia ze strony ich wykonawcy. Oznacza to, że przy niewątpliwym opóźnieniu, jakie nastąpiło, powód uprawniony był do naliczenia zastrzeżonej kary umownej. Nieuzasadnione więc okazały się twierdzenia pozwanego kwestionujące co do zasady uprawnienie powoda do naliczenia kary umownej oparte na stanowisku, że występujące opóźnienie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Okoliczności dotyczące poszczególnych przyczyn opóźnienia mogły mieć natomiast znaczenie z punktu widzenia możliwości miarkowania kary umownej. W przedmiotowej sprawie już w sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwany wniósł o miarkowanie kary umownej. Wśród okoliczności rzutujących na możliwość miarkowania kary umownej jako rażąco wygórowanej w orzecznictwie wskazuje się na brak szkody lub jej niewielki rozmiar, stosunek kary umownej do wartości spełnionego świadczenia, wartości robót ustalonej w umowie, zaś w przypadku kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie przyczyny opóźnienia w zakończeniu prac.

Sąd Okręgowy następnie zauważył, iż zobowiązanie pozwanego wynikające z zawartej umowy o roboty budowlane zostało w całości wykonane. Pozwany zrealizował prace objęte umową. Opóźnienie w realizacji umowy było częściowo niezawinione przez pozwanego i od niego niezależne - pozwany nie miał na przykład wpływu na opóźnienie w dostawie agregatu czy też terminu zawarcia przez powoda umowy z (...). Za miarkowaniem kary umownej w przypadku pozwanego przemawiał również fakt, iż w toku procesu strona powodowa nie wskazywała, iż poniosła jakąkolwiek szkodę w związku z opóźnieniem w realizacji niniejszej umowy, wobec czego Sąd przyjął, iż taka szkoda nie nastąpiła.

Według Sądu Okręgowego przemawiało to za tym, że kara umowna liczona zgodnie z § 8 ust. 1 lit. b umowy w wysokości 0,2% wartości umowy, obejmującej podatek VAT za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu zamówienia, była rażąco wygórowana, przy uwzględnieniu braku poniesienia szkody majątkowej przez powoda wskutek opóźnienia, częściowego tylko zawinienia pozwanego oraz faktu zrealizowania przez pozwanego prac stanowiących przedmiot umowy. W ocenie Sądu Okręgowego uzasadnione zatem było zmiarkowanie należnej powodowi kary umownej jako rażąco wygórowanej do kwoty 277.726,07 zł, stanowiącej 10% ustalonego w umowie wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie przedmiotu umowy.

O odsetkach Sąd Okręgowy orzekł na mocy art. 481 § 1 k.c., zgodnie z żądaniem pozwu, przyjmując iż pozwany pozostawał w opóźnieniu ze spełnieniem swojego świadczenia od dnia następnego po upływie terminu płatności wskazanego w wezwaniu do zapłaty z dnia 17 lutego 2011 r. W pozostałym zakresie powództwo jako bezzasadne zostało przez Sąd Okręgowy oddalone. O kosztach procesu Sąd ten orzekł w oparciu o zasadę stosunkowego rozdzielenia kosztów, przy założeniu, że pozwany wygrał sprawę w 53% (art. 100 k.p.c.).

Apelacje od tego wyroku wywiodły obie strony.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w części oddalającej powództwo i zarzucił mu:

1. Naruszenie prawa materialnego tj. poprzez:

a) niewłaściwe zastosowanie art. 484 §2 kc., bez uwzględnienia wszystkich okoliczności sprawy, co doprowadziło do krzywdzącego dla powoda miarkowania kary;

b) błędną wykładnię art. 484 §2 kc w zw. z art. 483 §1 kc. polegającą na dokonaniu miarkowania kary umownej w oderwaniu od elementarnych funkcji tejże kary (stymulacyjnej, kompensacyjnej i represyjnej), co skutkowało znacznym jej zmniejszeniem w porównaniu do kary przewidzianej w umowie;

c) błędną interpretację art. 484 §2 kc w zw. z art. 6 kc i przyjęcie, że strona powodowa nie wskazywała, że wystąpiła po jej stronie szkoda, podczas gdy obowiązek wykazania tego faktu spoczywa na pozwanym;

d) nie zastosowanie art. 351 kc. w zw. z art. 483 §1 kc. polegające na dokonaniu miarkowania kary w pełnym oderwaniu od okoliczności zawarcia umowy.

2. Naruszenie przepisów postępowania, tj. :

a) błąd w ustaleniach faktycznych polegających na przyjęciu, że zastrzeżona kara umowna była rażąco wygórowana, podczas gdy specyfika działalności powoda i konieczność udzielania świadczeń zdrowotnych implikuje konieczność takiego oddziaływania na wykonawców, by przedmiot umowy był zrealizowany terminowo;

b) naruszenie art. 233 §1 kpc. w zw. z art. 316 kpc. polegające na braku wszechstronnego rozważania całego materiału i nieuzasadnione przyjęcie, że:

- termin zawarcia umowy przez powoda z (...) dystrybucja miał wpływ na opóźnienie w dostawie agregatu,

- pozwany nie miał wpływu na opóźnienie w dostawie agregatu,

- niewykonanie w terminie przyłączy kablowych przez (...) miało wpływ na terminowość realizacji umowy,
- poprzez pominięcie dowodu z akt sprawy Sądu Okręgowego w Lublinie, sygn. akt IX GC 384/11, a mianowicie znaczący wpływ na brak zasadności miarkowania kary;

c) naruszenie art. 233 § 1kpc. poprzez wybiórczą i wadliwą ocenę dowodów i nieuwzględnienie wszystkich towarzyszących im okoliczności prowadzących do błędnego uznania, że opinia biegłego J. J. (1) jest rzetelna i nie można jej brać pod uwagę;

3. Naruszenie przepisu art. 100 kpc oraz art. 102 kpc poprzez niewłaściwe rozdzielanie kosztów procesu, które w żaden sposób nie usprawiedliwiały okoliczności oraz charakter sprawy, a przede wszystkim, względy słuszności oraz poprzez pominięcie przez Sąd Okręgowy okoliczności, iż zachodzą istotne podstawy do zastosowania art. 102 zd. 2 kpc.

Na podstawie tych zarzutów powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie powództwa w całości, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Z kolei pozwany zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w części uwzględniającej powództwo i zarzucił mu:

1. Naruszenie prawa procesowego, tj.:

a) art. 479¹² kpc poprzez dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów i twierdzeń powoda, zawartych w piśmie procesowym z dnia 12.03.2012 r. złożonego na rozprawie w dniu 13.03.2012 r. pomimo tego, że powód był zobowiązany do przedstawienia stosownych twierdzeń i wniosków dowodowych w pozwie, bądź powinien wskazać lub uzasadnić, że przywołanie ich nie było możliwe w pozwie lub też, że potrzeba ich powołania wynikała później, w nawiązaniu do stanowiska pozwanego przedstawionego w sprzeciwie od nakazu zapłaty złożonego przez pozwanego w dniu 18 lipca 2011 r.;

b) art. 479¹² kpc poprzez dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów i twierdzeń powoda, zawartych w pismach procesowym z dnia 04.04.2012 r. oraz z dnia 19.06.2012 r. pomimo tego, że powód był zobowiązany do przedstawienia stosownych twierdzeń i wniosków dowodowych w pozwie, bądź powinien wskazać lub uzasadnić, że przywołanie ich nie było możliwe w pozwie lub też, że potrzeba ich powołania wynikała później, w nawiązaniu do stanowiska pozwanego przedstawionego w sprzeciwie od nakazu zapłaty złożonego przez pozwanego w dniu 18 lipca 2011 r.;

c) art. 236 kpc poprzez nie rozpoznanie wniosków dowodowych powoda z dnia 12.03.2012 r., z dnia 04.04.2012 r. i z dnia 19.06.2012 r. w sytuacji, gdy Sąd Okręgowy jest zobowiązany z urzędu rozpoznać i wydać stosowne postanowienie w przedmiocie dowodów zwłaszcza w sytuacji, gdy pozwany podniósł zarzuty prekluzji dowodowej, a powód nie uzasadnił wniosku o dopuszczenie dowodów i nie wykazał, że ich powołanie w pozwie lub w terminie dwutygodniowym do złożenia sprzeciwu przez powoda, było niemożliwe lub potrzeba ich złożenia wynikała później.

2. Naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

a) art. 647 kc. w zw. z art. 65 kc. poprzez:

- uznanie, że pozwany był w zwłoce do 01.09.2010 r. do 16.12.2010 r. pomimo, że pozwany zgłosił roboty do odbioru w dniu 23.11.2010 roku;

- błędne zastosowanie i uznanie, że pozwany ponosi odpowiedzialność z tytułu kary umownej zastrzeżonej na wypadek opóźnienia w wykonaniu robót i oddania przedmiotu umowy, zgodnie z wola stron wyrażoną w umowie, niezależnie od przyczyn oraz winy ze strony wykonawcy, a spowodowanego opóźnieniem w dostawie agregatu i wykonaniem przyłącza przez (...), podczas gdy strony w umowie (załącznik nr 10 pkt 5,6,7) przewidziały możliwość przedłużenia terminu wykonania zamówienia (a co za tym idzie zwolnienia pozwanego z odpowiedzialności z tytułu

opóźnienia) w przypadku opóźnień wykonania przyłącza przez (...) do świadczy o tym, że wolą stron było wyłączenie odpowiedzialności za opóźnienie w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w załączniku nr 10 do umowy, zwłaszcza, że w okresie od 05.10.2010 r. do 22.10.2010 r. (...) wykonywała prace związane z przełączeniem zasilania i w sytuacji, gdy umowa na dostawę energii elektrycznej pomiędzy powodem, a dostawcą została podpisana dopiero w dniu 07.10.2010 roku;

b) art. 484 §1 kc poprzez zmniejszenie kary umownej w zbyt małym zakresie, zważywszy na to, że powód nie poniósł szkody, a umowa została wykonana w całości, jak również do opóźnienia doszło wskutek okoliczności za które pozwany nie ponosi odpowiedzialności.

Na podstawie tych zarzutów pozwany domagał się zmiany zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa.

Interwenient uboczny wniósł o uwzględnienie apelacji pozwanego i oddalenie apelacji powoda.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda jest częściowo zasadna, a apelacja pozwanego podlega oddaleniu.

Sąd Apelacyjny w pierwszej kolejności uznał za konieczne odniesienie się do apelacji pozwanego, która zawiera dalej idące wnioski niż apelacja powoda.

Pozwany w swej apelacji podniósł zarzuty dotyczące zarówno naruszenia przez Sąd I instancji prawa procesowego poprzez dopuszczenie dowodów z naruszeniem art. 479¹² kpc oraz naruszenie prawa materialnego poprzez uznanie jego odpowiedzialności z tytułu kary umownej. Analiza tych zarzutów powinno poprzedzić wskazanie podstawy odpowiedzialności pozwanego względem powoda, która determinuje podstawę faktyczną rozstrzygnięcia oraz zasady rozkładu ciężaru dowodów między stronami stosownie do art. 6 kc.

Przedmiotem powództwa niniejszej sprawy jest żądanie powoda zapłaty przez pozwanego kary umownej przewidzianej w § 8 ust. 1 pkt. b umowy z dnia 22 marca 2010r. Zgodnie z tym postanowieniem wykonawca zobowiązał się względem inwestora do zapłaty kary umownej w wysokości 0,2% wartości umowy, obejmującej podatek VAT, za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu zamówienia. W związku z tym postanowieniem trafnie Sąd Okręgowy w uzasadnieniu wyroku stwierdził, iż tak ustalona przez strony kara umowna odnosi się do opóźnienia w wykonaniu zobowiązania przez wykonawcę, które stanowi odrębną kategorię prawną od zwłoki przewidzianej w art. 476 kc, i jest oderwane od zawinienia dłużnika. Stanowisko to uwzględnia pogląd judykatury, zgodnie z którym odpowiedzialność dłużnika w zakresie kary umownej bez względu na przyczynę niewykonania zobowiązania powinna być w umowie wyraźnie określona (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010r., II CSK 180/10- zbiór Lex nr 970070 i z dnia 8 lutego 2013r., IV CSK 299/12- zbiór Lex nr 1314429). Wskazane wyżej treść postanowienia umowy prowadzi do wniosku, iż odpowiedzialność pozwanego względem powoda z tytułu kary umownej została przez strony, stosownie do art. 473 kc, rozszerzona. Oznacza to w niniejszej sprawie, iż na powodzie ciążył dla wykazania odpowiedzialności pozwanego dowód zastrzeżenia kary umownej na wypadek opóźnienia oraz faktu nieterminowego wykonania zobowiązania. Z kolei na pozwanych spoczywał dowód wykazania okoliczności przemawiających za miarkowaniem zastrzeżonej kary umownej. Ponadto należy mieć na uwadze stanowisko, według którego nie można przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel; kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013r., I CSK 748/12- zbiór Lex nr 1378171). Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, iż to na pozwanym spoczywał ciężar udowodnienia okoliczności skutkujących nieterminowym wykonaniem robót budowlanych, za które ponosił odpowiedzialność powód, oraz ewentualne okoliczności przemawiające za miarkowaniem kary umownej stosownie do art. 484 § 2 kc. Wskazywane w apelacji pozwanego dowody, które miały zostać przeprowadzone przez Sąd I instancji z naruszeniem przewidzianej w art. 479¹² § 1 kpc prekluzji dowodowej, nie zostały dokładnie skonkretyzowane, a przede wszystkim w apelacji tej nie podjęto

nawet próby wyjaśnienia wpływu zarzucanych uchybień na treść poczynionych przez ten Sąd ustaleń faktycznych. Z ustaleń tych wynika zaś, iż Sąd Okręgowy opierał się w zasadzie na dowodach dołączonych do pierwszych pism procesowych oraz przeprowadzonych na wniosek pozwanego opinii biegłych z zakresu budownictwa. Należy także mieć na uwadze i to, iż strona powodowa powołując się na treść umowy dotyczącej kary umownej wyłącznie na wypadek opóźnienia nie była zobligowana do zgłaszania wszystkich znanych jej dowodów w sprawie, lecz tych które dostatecznie uzasadniały jej powództwo. Późniejsze wnioski dowodowe w istocie stanowiły reakcję na przyjęta przez pozwanego linię obrony i w związku z tym należało uznać, iż potrzeba powołania dodatkowych dowodów wynikała później.

Sąd Apelacyjny nie podzielił zarzutu zawartego w apelacji pozwanego dotyczącego naruszenia przez Sąd I instancji art. 476 w zw. z art. 65 kc poprzez błędne zastosowanie i uznanie, że ponosi on odpowiedzialność z tytułu kary umownej zastrzeżonej na wypadek opóźnienia w wykonaniu robót i oddania przedmiotu umowy, niezależnie od przyczyn oraz winy ze strony wykonawcy, a spowodowanego opóźnieniem w dostawie agregatu i wykonaniem przyłącza przez (...), podczas gdy strony w umowie – załącznik nr 10 pkt 5,6 i 7 (k. 243-244) - przewidziały możliwość przedłużenia terminu wykonania zamówienia. Odnosząc się do tego zarzutu należy wskazać, iż treść umowy stron w w/w § 8 ust. 1b jednoznacznie wskazuje na to, iż przedmiotowa kara umowna została przez nie zastrzeżona na wypadek opóźnienia wykonawcy w wykonaniu zamówienia (k.16). W orzecnictwie tutejszego Sądu Apelacyjnego wyrażono pogląd, według którego przy wykładni umów zawartych w formie pisemnej między przedsiębiorcami w pierwszej kolejności należy kierować się językowymi regułami znaczeniowymi (uzasadnienie wyroku z dnia 18 czerwca 2013r., I ACa 232/13- zbiór Lex nr 1335601). Pogląd ten powinien być wzięty pod uwagę w niniejszej sprawie dodatkowo z tego względu, iż przedmiotowa umowa została zawarta także w oparciu o przepisy prawa zamówień publicznych obligujących do efektywnego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych oraz do respektowania treści sporządzonych wspólnie przez strony dokumentów. Wreszcie wskazywany przez pozwanego załącznik nr 10 wprawdzie przewidywał możliwość przedłużenia terminu wykonania zamówienia w określonych przypadkach, ale mogło to ostatecznie nastąpić w drodze uzgodnionego przez strony aneksu. Jak wynika z okoliczności sprawy strony na podstawie aneksu z dnia 15 czerwca 2010r. przesunęły termin realizacji umowy do dnia 31 sierpnia 2010r. Żądanie pozwanego z dnia 23 sierpnia 2010r. o kolejne przedłużenie nie znalazło już akceptacji powoda. Powyższe wskazuje, iż strony w umowie przewidziały możliwość zmiany terminu jej realizacji i nawet to raz uczyniły, lecz nie uzasadnia to odmiennej wykładni jednoznacznie brzmiącego postanowienia dotyczącego sankcji za niedochowanie przez wykonawcę uzgodnionego terminu.

Niezasadnie więc pozwany w swej apelacji powołuje się na okoliczności, które doprowadziły do nieterminowego zrealizowania przedmiotu umowy będące konsekwencją opóźnienia w dostawie urządzeń oraz opóźnienia wykonania przyłącza przez (...). Gdy chodzi o opóźnienia spowodowane przez podwykonawców pozwanego oraz wynikłe z nieterminowych dostaw urządzeń to nie mogą one uwolnić pozwanego od odpowiedzialności względem powoda choćby z uwagi na treść art. 474 kc, według którego dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania osób i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym zobowiązanie powierza. Wskazać w tym miejscu należy, iż interwenient uboczny w sprawie IX GC 384/11 Sądu Okręgowego w Lublinie (na którą powód mógł się powołać dopiero w trakcie procesu w niniejszej sprawie – k. 568-569) zrekompensował wobec dostawcy agregatu część swoich ewentualnych zobowiązań mogących powstać w stosunku do pozwanego. Tak samo należy ocenić zarzucane przez pozwanego opóźnienie wykonania przyłącza przez (...). Zdaje się, że Sąd I instancji w tym względzie doszedł do końcowego wniosku, iż pozwany nie miał wpływu na termin zawarcia umowy przez powoda z tym podmiotem. Stanowisko to nie znajduje oparcia w opinii obu biegłych. Mianowicie biegły J. J. (1) stwierdził, iż zakończenie wykonania linii energetycznej przez E. 1 (na zlecenie (...)) uwarunkowane było wykonaniem przez interwenienta ubocznego przyłączy kablowych niskiego napięcia ze stacji 01-867 do stacji nowej. Roboty te zostały wykonane dopiero w dniu 22 października 2010r. i wówczas można było wykonać prace – rozcięcie linii kablowej i połączenie z ułożonym kablem SN do stacji 01-XII.1943 (k. 493). Ze stanowiskiem tym koresponduje opinia biegłego K. Z., który stwierdził, iż podpisanie aneksu do umowy przyłączeniowej z (...) oraz przyłączenie zasilania szpitala do nowej trafostacji mogło się odbyć dopiero po odbiorze technicznym trafostacji przez (...), to jest po zakończeniu robót elektrycznych wykonanych przez pozwanego i miało

to ważny wpływ na opóźnienie zakończenia robót. Podkreślić jeszcze raz należy, iż według tego biegłego pozwany dopuścił się zwłoki poprzez podpisanie umowy z podwykonawcą branży elektrycznej dopiero 49 dni od chwili zawarcia przedmiotowej umowy z powodem, złożył zamówienie na dostawę agregatu przez podwykonawcę 91 dni od chwili zawarcia umowy z powodem oraz po 107 dniach uzgodnił typ agregata z inspektorem nadzoru. Ponadto opóźnienie o 45 dni w dostawie agregatu w istotny sposób wpłynęło na przesunięcie terminu realizacji zamówienia. Zdaniem biegłego nie miało wpływu na realizację umowy stron wykonanie robót dodatkowych oraz wykonanie dodatkowego odcinka gazów medycznych. Wreszcie biegły ten przyjął, iż niewykonanie w terminie przyłączy kablowych zostało uwzględnione przez strony w aneksie przedłużającym termin realizacji umowy o 62 dni. W taki sam sposób strony uregulowały kwestie dotyczące późnego ustanowienia kierownika robót elektrycznych i inspektora ds. elektrycznych (k. 539-540). Opnie obu biegłych w istocie są zbieżne co końcowych wniosków, wskazujących na to, iż po stronie powodowej nie zachodziły okoliczności skutkujące nieterminowym oddaniem robót przez pozwanego (po dniu 31 sierpnia 2010r.). Sąd Apelacyjny przy tym podziela ocenę Sądu I instancji opinii biegłego K. Z. jako wiarygodnej, wyczerpującej i kompletnej, spełniającej tym samym wymagania, o których mowa w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2000r., I CKN 1170/98- OSNC 2001/4/64.

Z uwagi na powyższe należało zgodzić się ze stanowiskiem Sądu I instancji, iż pozwany wykonał roboty budowlane z opóźnieniem i w związku z tym powód był uprawniony dochodzić wskazanej w pozwie kary umownej. Nadmienić przy tym należy, iż w świetle opinii biegłych powód nie przyczynił się tego, że pozwany nie dochował umówionego przez strony terminu. W tym stanie rzeczy powództwo należało uznać za uzasadnione.

W dalszej kolejności należy odnieść się do zarzutu apelacji pozwanego dotyczącego naruszenia art. 484 § 1 kc poprzez zmniejszenie kary w zbyt małym zakresie. Zdaniem Sądu Apelacyjnego zarzut ten wymaga ustosunkowania się łącznie z zawartym w apelacji powoda zarzutem naruszenia art. 484 § 2 w zw. z art. 483 §1 kc poprzez ich wadliwe zastosowanie i dokonania miarkowania przedmiotowej kary umownej. Jak już o tym była wyżej mowa Sąd Okręgowy uznał za zasadne żądanie pozwanego markowania kary umownej ponieważ wykonał on w całości zobowiązanie wynikające z umowy, opóźnienie w realizacji było częściowo niezawinione przez pozwanego i niezależne od niego, a ponadto strona powodowa w trakcie procesu nie wskazywała by poniosła jakąkolwiek szkodę i uzasadniało to wnioszek o tym, że taka szkoda nie nastąpiła oraz przedmiotowa kara umowna w wysokości 0,2% wartości umowy wraz z podatkiem VAT, z uwagi na te wszystkie okoliczności, jest rażąco wygórowana.

Przy ocenie zasadności markowania zastrzeżonej przez strony kary umownej należy przytoczyć stanowisko literatury przedmiotu dotyczące stosowania art. 484 § 2 kc. Zgodnie z nim możliwość miarkowania kary umownej ze względu na wykonanie zobowiązania w znacznej części powinna ograniczać się do przypadków, gdy kara umowna ustalona jest w stałej wysokości bez względu na zakres uchybień dłużnika; jeżeli zaś strony w umowie zróżnicowały karę umowną w zależności od stopnia niewykonania zobowiązania lub rodzaju i wagi konkretnego uchybienia, to dłużnik nie może powoływać się na wykonanie zobowiązania w znacznej części jako na przesłankę miarkowania. Będzie tak wówczas gdy kara umowna ustalona jest w postaci stawki dziennej lub tygodniowej. Z kolei przy przesłance rażąco wygórowanej karze umownej należy się kierować stosunkiem tej kary do należnego uprawnionemu odszkodowania, które należałoby się mu na zasadach ogólnych- a nie relacją kary do świadczenia głównego, do interesu wierzyciela oraz do szkody (J. Jastrzębski: Kara umowna, Wyd. Wolters Kluwer 2006, str. 331-332 i 334-335). Powyższe stanowisko na gruncie niniejszej sprawy prowadzi do wniosku, iż Sąd I instancji nie miał podstaw do miarkowania przedmiotowej kary umownej na podstawie art. 484 § 2 kc. Strony bowiem zróżnicowały tę karę od stopnia niewykonania zobowiązania, a konkretnie ustaliły ją w wysokości stawki dziennej od opóźnienia w oddaniu robót budowlanych i tym samym powiązały efektywną wysokość tej kary od zakresu niewykonania zobowiązania. Tak ukształtowana kara miała spełniać funkcję prewencyjną i represyjną, to znaczy wpłynąć na pozwanego, aby w terminie wykonał zaciągnięte zobowiązanie oraz stanowić sankcję za niedotrzymanie tego terminu. W okolicznościach niniejszej sprawy niesposób też uznać, iż dochodzona przez powoda kara umowna jest rażąco wygórowana. Na tę przesłankę pozwany powołał się wprawdzie już w sprzeciwie od nakazu zapłaty, ale odniósł ją do wysokości wartości kontraktu. Jak już o tym była wyżej mowa jest to niewłaściwe stanowisko ponieważ nie uwzględnia tej funkcji kary umownej, która zastępuje odszkodowanie, a nie świadczenie główne. Dopiero w trakcie postępowania strona

pozwana w piśmie procesowym z dnia 19 marca 2012r. wnosząc o miarkowanie kary umownej dodatkowo wskazała na brak szkody (k. 378). Pomijając już kwestię opóźnienia takiego twierdzenia w kontekście art. 479⁽⁽¹⁴⁾⁾ § 2 kpc to należy zauważyć, iż strona powodowa we wcześniejszym piśmie z dnia 12 marca 2012r. odmiennie wyjaśniła, że od terminu wykonania robót przez pozwanego uzależniona była realizacja innej bardzo ważnej dla Szpitala inwestycji budowy bloku operacyjnego, finansowanej z środków unijnych, które z kolei mogły być wydatkowane w określonych ramach czasowych. Ponadto opóźnienie w realizacji inwestycji spowodowałoby przesunięcie w czasie wykonywania całodobowych świadczeń zdrowotnych (k. 314). W związku z tym nie można wykluczyć, iż powód poniósł szkodę w wyniku nieterminowej realizacji inwestycji. Nie wchodząc także w szczegóły sygnalizowanej wyżej relacji „szkoda – odszkodowanie” należy w tym miejscu wskazać na ugruntowany w orzecznictwie sądowym pogląd, iż zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003r., III CZP 61/03- OSNC 2004/5/69). Zdaniem Sądu Apelacyjnego istotne jest, że w niniejszej sprawie strona pozwana nie przejawiała inicjatywy dowodowej w celu wykazania, iż wysokość dochodzonej pozwem kary umownej jest nieadekwatna do poniesionej przez powoda szkody bądź należnego mu w następstwie nieterminowego wykonania zobowiązania odszkodowania i tym samym kara ta nie spełnia funkcji kompensacyjnej.

Z wyżej przedstawionych powodów Sąd Apelacyjny uznał, iż Sąd I instancji naruszył art. 484 §2 kc miarkując przedmiotową karę umowną. W okolicznościach niniejszej sprawy brak jest bowiem dostatecznych podstaw by przyjąć, iż kara ta jest rażąco wygórowana, zaś ostateczne wykonanie zobowiązania przez pozwanego nie może przemawiać za tym miarkowaniem z uwagi na charakter zastrzeżonej kary umownej powiązanej z zakresem naruszenia obowiązków umownych. Dlatego apelacja powoda w tym zakresie podlegała uwzględnieniu.

Sąd Apelacyjny uznał za częściowo zasadny zawarty w apelacji pozwanego zarzut dotyczący konsekwencji ustalenia przez Sąd Okręgowy terminu wykonania umowy w dniu 16 grudnia 2010r. Z treści § 5 ust. 3 umowy stron wynika, iż termin wykonania zamówienia, warunkujący możliwość żądania zapłaty kary umownej, jest dniem podpisania protokołu bezusterkowego odbioru końcowego. Z kolei ust. 3 w/w postanowienia przewidywał możliwość przeprowadzenia tego odbioru nawet w ciągu dwudziestu dni, na które składało się przystąpienie do odbioru oraz właściwe czynności odbiorcze. Wreszcie według załącznika z dnia 15 czerwca 2010r. termin wykonania zamówienia został ostatecznie określony przez strony na dzień 31 sierpnia 2010r. i za termin wykonania zamówienia przyjęto datę podpisania w/w protokołu. Z dziennika budowy inwestycji wynika, iż inspektor nadzoru w dniu 26 listopada 2010r. stwierdził, iż obiekt był gotowy do odbioru. Strony na rozprawie w dniu 13 grudnia 2011r. zgodnie stwierdziły, iż kara umowna liczona do tego dnia wynosi 477.688,72 zł.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego powyższe zastrzeżenie umowne umożliwiające zgłoszenia żądania zapłaty kary umownej za okres odbioru dwudziestu dni w wysokości ponad 110 tys. zł było sprzeczne z zasadami współzycia społecznego- art. 58 § 2 i 3 kc. Postanowienie to naruszało bowiem zasadę słuszności i uczciwego obrotu ponieważ dawało podstawę do obciążenia kontrahenta za okres kiedy przedmiot umowy został już wykonany, zaś stwierdzone usterki w żaden sposób nie dyskwalifikowały go. Nie zachodziła więc uzasadniona podstawa do odmowy odbioru z uwagi na to, że przedmiot zamówienia mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013r., II CSK 476/12- zbiór Lex nr 1314394).

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny doszedł do wniosku, iż w niniejszej sprawie uwzględnieniu podlegała kara umowna w kwocie 477.688,72 zł- art. 484 § 1 kc oraz § 8 ust. 1b umowy. Dlatego na podstawie art. 386 § 1 kpc orzeczono jak w pkt. 1 sentencji, a na podstawie art. 385 kpc jak w pkt. 2.

O kosztach procesu Sąd Apelacyjny postanowił przy założeniu, że powód w postępowaniu pierwszoinstancyjnym wygrał sprawę w 80%, a w drugoinstancyjnym w 63%- art. 100 zd. 1 i art. 108 § 2 kpc, § 6 pkt 7 i § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z

urzędu (Dz. U. z 2013r., poz. 490) oraz art. 113 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. nr 167, poz. 1398 ze zm.).