

Sygn. akt I ACa 731/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 sierpnia 2012 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu – Wydział I Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Franciszek Marcinowski
Sędziowie:	SSA Iwona Biedroń (spr.) SSA Janusz Kaspryszyn
Protokolant:	Joanna Skuza

po rozpoznaniu w dniu 9 sierpnia 2012 r. we Wrocławiu na rozprawie

sprawy z powództwa **Gminy K.**

przeciwko (...) **S.A. w W.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu

z dnia 17 kwietnia 2012 r. sygn. akt I C 70/11

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej 5400 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Opolu w punkcie I zasądził od pozwanej (...) SA w W., na rzecz powódki Gminy K. kwotę 255 047,94 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 11.02.2011 r. do dnia zapłaty oraz kwotę 20 179,69 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 7 200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, w punkcie II w pozostałym zakresie powództwo oddalił. (k. 248)

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny: dnia 13.10.2008 r. Gmina K. jak Zamawiający zawarła z (...) SA w W. jako Wykonawcą umowę o roboty budowlane nr (...), w efekcie rozstrzygniętego dnia 11.09.2008 r. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na podstawie tej umowy Zamawiający zlecił, a Wykonawca przyjął do wykonania „Monitoring miasta K.”, a także zobowiązał się do: zapewnienia nadzoru archeologicznego przy robotach zabytkowych, wykonania dokumentacji powykonawczej, organizacji, zagospodarowania i likwidacji placu budowy, sporządzenia planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, organizacji ruchu i oznakowania budowy, zajęcia pasa drogowego, remontu i naprawy zniszczonej nawierzchni w ulicach i chodnikach, próby i odbioru z

udziałem wymaganych instytucji państwowych, inwestora i użytkownika, wykonania zaleceń pokontrolnych takich instytucji jak: PIP, PIS, PSP, wywozu materiałów rozbiórkowych, przywrócenia terenu po zakończeniu robót do stanu pierwotnego.

Umawiające się strony ustaliły, iż przekazanie placu budowy nastąpi do 30 dni od daty podpisania umowy, rozpoczęcie robót nastąpi z chwilą przekazania placu budowy, a zakończenie inwestycji – w ciągu 90 dni od daty przekazania placu budowy.

Wynagrodzenie Wykonawcy ustalono na zryczałtowaną kwotę 524 790,32 zł brutto. Dopuszczono możliwość rozliczenia zadania fakturami częściowymi, których suma nie mogła przekroczyć 80 % wartości umówionego wynagrodzenia.

W umowie tej przyznano Zamawiającemu prawo domagania się od Wykonawcy kar umownych m.in. za opóźnienie w oddaniu przedmiotu zamówienia, w wysokości 0,2 % wynagrodzenia umownego, za każdy dzień opóźnienia.

Protokolarne przekazanie placu budowy nastąpiło dnia 30.10.2008 r.

Dnia 30.10.2008 r. (...) SA w W. zawarła z (...) Sp. z o.o. w K. umowę o podwykonawstwo w zakresie robót budowlanych.

Dnia 26.01.2009 r. strony dokonały odbioru częściowego robót elektryczno – teletechnicznych „Monitoring miasta”. W oparciu o protokół tego odbioru Komisja odbiorowa uznała, iż zachodzą podstawy do rozliczenia finansowego stron. Powódka wypłaciła wówczas pozwanej 80 % umówionego wynagrodzenia.

Dnia 20.02.2009 r. strony podpisały aneks do umowy z dnia 13.10.2008 r., którym przesunęły datę zakończenia robót na dzień 31.03.2009 r.

Pismem z dnia 27.03.2009 r. (...) SA zgłosiła powódce gotowość do obioru końcowego.

Dnia 10.04.2009 r. strony przystąpiły do odbioru końcowego przedmiotu umowy. W trakcie czynności odbioru przedstawiciele wykonawcy i inwestora ustalili, że jakość robót jest dobra, choć stwierdzono liczne usterki w tych robotach. Wyznaczono wykonawcy termin na ich usunięcie do 20.04.2009 r. W dniu 20.04.2009 r. w trakcie odbioru Komisja ujawniła nadal liczne usterki w przedmiocie umowy, które uniemożliwiały prawidłowe funkcjonalnie systemu. Wyznaczono po raz kolejny Wykonawcy dodatkowy termin na usunięcie usterek do dnia 23.04.2009 r. Dnia 23.04.2009 r. system monitoringu nadal wykazywał usterki.

W piśmie z dnia 23.04.2009 r. powódka poinformowała pozwaną, iż Komisja odbiorowa, z przyczyn nie leżących po stronie Inwestora, nie mogła dokonać odbioru robót. W odbieranym systemie monitoringu bowiem nagminnie występowały usterki oraz przerwy w działaniu, co zostało odnotowane w raportach dziennych Straży Miejskiej Urzędu Miasta. Powódka wymieniła nadto braki wpływające na niemożność zakończenia odbioru, a to:- brak zabezpieczeń przy kamerach,- brak dokumentacji powykonawczej,- brak pełnej instrukcji obsługi stanowiska Operatora systemu,- brak pomiarów impedancji pętli zwarcia zamontowanych urządzeń (...),- niezgodny z dokumentacją projektową sposób montażu PK-10 przy ul . (...),- ponowne występowanie zjawiska pikselowości po uruchomieniu systemu monitoringu,

Powódka jednocześnie powiadomiła pozwaną, że wstrzymuje odbiór końcowy zadania, który zostanie wznowiony dnia 30.04.2009 r. o godzinie 10.00 po usunięciu ww. usterek.

Dnia 30.04.2009 r. przystąpiono do kontynuowania czynności odbioru końcowego, ale czynności te wstrzymano z uwagi na utrzymującą się awarię systemu.

W piśmie z dnia 15.05.2009 r. powódka poinformowała pozwaną, że system monitoringu praktycznie nie działa od dnia 08.05.2009 r. (braki w łączności, awarie kamer, brak możliwości sterowania) i w związku z tym wezwała pozwaną

do usunięcia usterek systemu w ostatecznym terminie do 22.05.2009 r. Uprzedzając jednocześnie, że awaryjne działanie systemu po dniu 22.05.2009 r. spowoduje przerwanie odbioru końcowego i konieczność ponownego zgłoszenia zadania do odbioru końcowego.

W piśmie do pozwanej z dnia 1.06.2009 r. powódka, wobec całkowitego zaprzestania działania systemu monitoringu, stwierdziła brak podstaw do przeprowadzenia odbioru końcowego zadania i oświadczyła, że odstępuje od odbioru końcowego, jednocześnie oczekuje na ponowne zgłoszenie zadania do odbioru końcowego.

W okresie od 10.04.2009 r., czyli od dnia rozpoczęcia czynności odbioru końcowego Wykonawca – na żądanie Inwestora - cały czas usuwał usterek w systemie monitoringu.

W piśmie do pozwanej z dnia 5.11.2009 r. powódka stwierdziła, że system monitoringu nadal nie działa bezusterkowo, na dowód czego przedstawiła pozwanej ekspertyzę techniczną. Jednocześnie wyznaczyła ostateczny i nieodwołalny termin naprawy, usunięcia usterek mechanicznych, oprogramowania oraz uruchomienia gotowego systemu do dnia 30.11.2009 r. Niedoprowadzenie do prawidłowego funkcjonowania systemu monitoringu w ww. terminie lub ponowne stwierdzenie wad i usterek w tym systemie, niespełnienie warunków Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i dokumentacji projektowej po zgłoszeniu zadania do odbioru, skutkowało odstępniem przez powódkę od umowy.

W odpowiedzi na to ostatnie pismo, pozwana w piśmie z dnia 30.11.2009 r. poinformowała powódkę o czynnościach wykonanych w celu usunięcia usterek systemu monitoringu, zgodnie ze wskazówkami ekspertyzy technicznej. Jednocześnie zapewniła, że system ten spełnia warunek poprawnego działania i funkcjonowania. Zaproponowała więc odbiór końcowy na dzień 14.12.2009 r.

W dniach od 15.12.2009 r. do 28.12.2009 r. powódka dokonała jednostronnego odbioru przedmiotu umowy. Spisany wówczas protokół przesłała pozwanej pocztą. Protokół ten został przez przedstawiciela pozwanej podpisany. W protokole tym wskazano, że wykonane roboty wskazują wady trwałe, a jakość wykonanych robót oceniono na dostateczną. Do protokołu dołączono załącznik ze wskazaniem wniosków, wad systemu oraz dokumentacją fotograficzną wad fizycznych w poszczególnych punktach kamerowych systemu.

W piśmie z dnia 23.12.2009 r. pozwana – odnosząc się do Raportu z Procedury Sprawdzającej wykonanie monitoringu wizyjnego miasta K. zgodnie z SIWZ – oświadczyła, że wykona poprawki dotyczące elektryczności, kabli i szafek, a w razie konieczności dokona wymiany elementów.

Pismem z dnia 18.02.2010 r. powódka powiadomiła pozwaną, że odbiera przedmiotowe roboty wraz z ich wadami stwierdzonymi w Raporcie z procedury sprawdzającej wykonanie monitoringu wizyjnego miasta K., stanowiącym załącznik do protokołu odbioru tych robót dokonanego w dniach 15.12.2009 r. do 28.12.2009 r., a także – na podstawie art. 637 § 2 w zw. z art. 656 § 1 k.c. i postanowieniem § 14 umowy, żąda obniżenia wynagrodzenia ustalonego umową dla Wykonawcy o kwotę 100.000 zł oraz żąda – na podstawie § 10 ust. 1 pkt 3.1. umowy – zapłaty kary umownej za zwłokę w wykonaniu robót objętych umową w łącznej wysokości 255.048,08 zł wyliczonej w sposób wskazany w nocie księgowej.

W odpowiedzi na to wezwanie, pozwana w piśmie z dnia 25.03.2010 r. przyznała, że roboty wykonane przez jej podwykonawcę były złej jakości, że dobór części materiałów montażowych powinien być zgodny z wymaganiami, a po 10 miesiącach okazał się nieprawidłowy. Pozwana przyznała także, że w trakcie odbioru robót z dnia 26.01.2009 r., po którym otrzymała 80 % wynagrodzenia, nie wykryła wad, które – jako Wykonawca – powinna była zauważyć. Zapewniła jednocześnie, że wady te jako nietrwale nadają się do usunięcia. Zadeklarowała także gotowość usunięcia wszelkich wad i użycia materiałów odpowiedniej jakości. Pozwana wskazała nadto, że na dzień 27.03.2010 r. ma umówione spotkanie z podwykonawcą i zapowiedziała powódcie ustalenie szczegółowego planu działania z tym podwykonawcą, a po 7.04.2010 r. zapowiedziała rozpoczęcie prac montażowych. Pozwana zaznaczyła, iż z uwagi na jej zaangażowanie w proces inwestycyjny prosi o odstąpienie od obniżania wartości umowy i o jego wypłacenie w pełnej kwocie po usunięciu wszystkich usterek. Jednocześnie pozwana przyznała, że dopuściła się zwłoki w wykonaniu

przedmiotu umowy i uznała zasadność naliczenia kar umownych. Zaproponowała też podjęcie rozmów celem zawarcia ugody.

W piśmie z dnia 20.04.2010 r. powódka nie wyraziła zgody na ugodowe zakończenie rozliczeń z pozwaną. Podtrzymała żądanie obniżenia ceny i zapłaty kar umownych za zwłokę w oddaniu zadania.

Przy takich ustaleniach faktycznych, Sąd Okręgowy ocenił, że powództwo zasługiwało na uwzględnienie w zasadniczej części.

Sąd Okręgowy dokonując kwalifikacji prawnej roszczenia powołał się na przepisy art. 647 k.c. oraz art. 354 § 1 k.c. oraz ocenił, że z zebranych dowodów, a także okoliczności przyznanych przez strony, wynika, że powódka wywiązała się w całości z obowiązków przyjętych w umowie z pozwaną, pozwana natomiast nie wykonała w terminie zleconych jej prac.

Sąd Okręgowy nie podzielił stanowiska strony pozwanej, iż dnia 10.04.2009 r. miał miejsce odbiór końcowy wszystkich prac, a odbiór z dnia 15-28.12.2009 r. obejmował jedynie potwierdzenie usunięcia usterek w odebranych pracach.

Sąd Okręgowy wskazał, że przeciwko takiemu stanowisku przemawia treść protokołu odbioru z dnia 10.04.2009 r wraz z załącznikami, korespondencja stron a także zeznania świadków: B. D., W. N., T. S., A. O.. Z dowodów tych wynika niespornie, że w dacie 10.04.2009 r. kiedy to powódka – po otrzymaniu od pozwanej zgłoszenia robót do odbioru – przystąpiła do odbioru końcowego, przedmiot umowy nie był wykonany w całości przez pozwaną oraz zawierał liczne wady i usterki, które uniemożliwiały korzystanie z systemu monitoringu. Od tej daty, co potwierdzili wszyscy wyżej wymienieni świadkowie, wykonawca stale usuwał kolejne, ujawniające się usterki i awarie. Mimo tego system monitoringu, który miała wykonać pozwana, nie nadawał się do użytku.

Sąd Okręgowy przyjął, że do odbioru robót doszło dopiero z dniem 30.11.2009 r., gdyż mimo, że powódka przystąpiła do czynności odbiorczych w dniu 10.04.2009 r. to jednak z uwagi na ujawniające się w trakcie odbioru wady systemu do odbioru przedmiotu zamówienia nie doszło. Dopiero po ponownym zgłoszeniu robót do odbioru końcowego co nastąpiło pismem pozwanej z dnia 30 listopada 2009 r. powódka odebrała prace objęte umową.

Sąd Okręgowy wskazał, że zarówno występowanie wad systemu monitoringu jak i zwłoka w oddaniu przedmiotu umowy oraz zasadność naliczenia kar umownych nie była kwestionowana przez pozwaną, o czym świadczy treść pisma pozwanej z dnia 25.03.2010 r.

Niekwestionowanym przez strony był także zapis zawartej przez nie umowy, zgodnie z którym powódka miała prawo domagać się kary umownej za opóźnienie w oddaniu zamówienia w terminie, w wysokości 0,2 % wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki.

Powódka przyjęła, że okres opóźnienia w oddaniu przedmiotu zamówienia przypada na czas od 1.04.2009 r. do 29.11.2009 r., a zatem obejmuje 243 dni zwłoki. Przyjmując, że podstawą obliczenia kary umownej jest wynagrodzenie brutto zastrzeżone w umowie dla Wykonawcy tj. 524 790,32 zł, kara umowna przysługująca powódce wynosi 255 047,94 zł ($524\ 790,32\ \text{zł} \times 0,2\% = 1\ 049,58\ \text{zł} \times 243\ \text{dni} = 255\ 047,94\ \text{zł}$) i taką kwotę Sąd Okręgowy zasądził od pozwanej. Powództwo ponad tę kwotę zostało oddalone, ponieważ – w ocenie Sądu Okręgowego – powódka błędnie wylczyła przysługującą jej karę na kwotę 255 048,08 zł.

Apelację od wyroku złożyła strona pozwana, która zaskarżyła wyrok w całości i zarzuciła:

1.naruszenie przepisów prawa materialnego przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie:

1) art. 471 k.c. przez to, że Sąd Okręgowy nie uwzględnił okoliczności wykonania i odbioru w całości przez pozwanego przedmiotu umowy nr (...) z dnia 10 kwietnia 2009 r. wraz z aneksem nr (...) zawartej między stronami na wykonanie monitoringu miasta K. zgodnie z protokołem odbioru końcowego robót z dnia 10 kwietnia 2009 r.,

2) art. 354 § 1 i 2 k.c. przez to, że Sąd Okręgowy bezpodstawnie przypisał źródła usterek w wadliwym działaniu monitoringu tylko pozwanej, w sytuacji gdy wykonała ona zobowiązanie w sposób poprawny, zgodnie z dostarczoną jej dokumentacją techniczną oraz najnowszą wiedzą techniczną w tym zakresie a poważniejsze usterek w odbiorze obrazu wynikały z przyczyn leżących tylko po stronie powódki, która przedłożyła do wykonania pozwanej nieprzemyślany plan radiowy usytuowania anten i ukierunkowania ich działania,

3) art. 637 § 1 i 2 k.c. przez bezpodstawne przyjęcie przez Sąd Okręgowy, że wykonany monitoring przez pozwaną, od strony technicznej jego wykonania w zakresie objętym umową, posiada usterek obciążające pozwaną, których nie można usunąć.

4) art. 5 k.c. polegające na tym, że powódka wykorzystując swoją przewagę nad pozwaną w przedmiotowym stosunku prawnym jako zamawiająca w zamówieniu publicznym, stwarzała sztucznie sytuacje do obciążania pozwanej usterkami w wykonaniu dzieła, które w rzeczywistości nie występowały lub za które ponosi odpowiedzialność tylko powódka, po to by przypisać pozwanej zapłatę kary umownej sięgającej połowy wartości całego zamówienia,

5) art. 484 § 2 k.c. w zw. z § 10 ust. 1.3 umowy nr (...) z dnia 10 kwietnia 2009 r. zawartej między stronami na wykonanie przedmiotowego monitoringu, z uwagi na to, że nie zaszły okoliczności w stanie faktycznym sprawy do naliczenia przez powódkę kary umownej,

2. naruszenia przepisów prawa procesowego przez błędną ich wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, które miały istotny wpływ na rozstrzygnięcie, tj.:

1) art. 233 § 1 i 2 k.p.c. przez to, że Sąd Okręgowy zbyt dowolnie, z naruszeniem zasady wszechstronności dokonał oceny materiału dowodowego,

2) art. 232 k.p.c. przez to, że Sąd Okręgowy oddalił dowód z opinii biegłego zawnioskowany przez pozwaną dla stwierdzenia istotnego faktu w sprawie, czym naruszył zasadę kontrydiktoryjności stwarzając korzystną sytuację procesową powódcę,

3) błędy w ustaleniach faktycznych polegające na tym, że Sąd Okręgowy przyjął jednostronnie, że odbiór przedmiotu umowy nastąpił w dniu 28 grudnia 2009 r., a nie w dniu 10 kwietnia 2009 r.

W oparciu o powyższe zarzuty, strona pozwana wniosła o zmianę wyroku w całości poprzez oddalenie powództwa w całości wraz z orzeczeniem o kosztach postępowania za obie instancje. Ewentualnie strona pozwana wniosła o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Opolu do ponownego rozpoznania wraz z orzeczeniem o kosztach postępowania za obie instancje.

W odpowiedzi na apelację strona powodowa wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja była nieuzasadniona.

Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego, które przyjął za własne. Przy takich ustaleniach Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do zmiany zaskarżonego wyroku.

W pierwszej kolejności Sąd Apelacyjny odniósł się do zarzutu pominięcia wniosku dowodowego z opinii biegłego, który strona pozwana zgłosiła w związku z zarzutem naruszenia art. 232 k.p.c.

Na uwzględnienie wskazanego zarzutu nie pozwala treść art. 162 k.p.c. Strona pozwana w toku sprawy przed Sądem I instancji nie wniosła o wpisanie zastrzeżenia do protokołu w trybie art. 162 k.p.c. o uchybieniu przez Sąd Okręgowy przepisom postępowania polegającym na niedopuszczeniu dowodów. Nie pozwala to skutecznie zarzucać w apelacji

tego uchybienia (por. wyrok SN z dnia 3.02.2010 r., II CSK 286/09, LEX nr 577532, wyrok s.apel. w Szczecinie z dnia 5.11.2009 r., IACa 613/09, LEX nr 580543, wyrok z SN z dnia 10.02.2010 r., VCSK 234/09, LEX nr 589835, wyrok s.apel. w Katowicach z dnia 27.05.2010 r., VSCa 597/09, LEX nr 686895).

Strona pozwana zastrzeżenia tego typu nie złożyła w trakcie rozprawy z dnia 17 kwietnia 2012 r., mimo że była wówczas obecna wraz z pełnomocnikiem (k.246,247).

Potwierdza to treść sporządzonego w tym dniu protokołu rozprawy. Protokół rozprawy jest dokumentem urzędowym, w rozumieniu art. 244 k.p.c. i stanowi dowód tego co zostało w nim urzędowo zaświadczone. Jednocześnie z akt sprawy nie wynika, aby strona pozwana żądała sprostowania lub uzupełnienia protokołu w trybie art. 160 k.p.c.

Sąd Apelacyjny zobligowany był więc ocenić zarzuty apelacji z pominięciem zarzutu dotyczącego nieprzeprowadzenia dowodu z opinii biegłego.

Kluczowa dla oceny kiedy doszło do oddania robót zamawiającemu była kwestia kiedy strona pozwana przekazała stronie powodowej prace w taki sposób, że strona powodowa miała obowiązek ich odebrania. Obowiązek oddania prac przez wykonawcę skorelowany jest z obowiązkiem odbioru prac przez zamawiającego. Zamawiający nie może odmówić odbioru robót powołując się na okoliczności nieistotne, chcąc uniknąć odpowiedzialności związanej z odbiorem robót. Oddanie jednak robót winno wiązać się z określonym stanem tych robót. Oddanie robót do odbioru końcowego winno nastąpić w sytuacji gdy roboty są ukończone, a dzieło zdatne do użytku.

Nie ulega wątpliwości, że już w marcu 2009 r. strona pozwana po raz pierwszy zgłosiła roboty do odbioru. Należało więc ustalić i ocenić, czy w kwietniu 2009 r. po stronie powodowej istniał obowiązek odbioru robót, tj. czy roboty były wówczas w takim stanie, że strona powodowa mogła z nich korzystać, zgodnie z ich przeznaczeniem.

Ciężar wykazania tej okoliczności, zgodnie z art. 6 k.c., spoczywał na stronie pozwanej. To również na stronie pozwanej spoczywał obowiązek wykazania, że wady oddawanych robót nie istniały lub miały charakter nieistotny lub, że odpowiedzialną za ich istnienie była strona powodowa. To bowiem strona pozwana wywodziła z tych okoliczności korzystne dla siebie skutki prawne.

Strona powodowa (wierzyciel) nie musi bowiem udowadniać, że wykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Zgodnie z domniemaniem wynikającym z art. 471 k.c. niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania następuje na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Jednocześnie z art. 476 k.c. wynika domniemanie zwłoki, a więc zawinonego przez dłużnika opóźnienia. To na dłużniku – a więc na stronie pozwanej - spoczywa ciężar obalenia domniemania zwłoki oraz udowodnienia, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona pozwana (dłużnik) nie ponosi odpowiedzialności (por. uchwała SN z dnia 25 lutego 2010 r., VCSK 297/09, wyrok SN z dnia 18 stycznia 2008 r., II CSK 385/07, LEX nr 627267, wyrok SN z dnia 11 lutego 1999 r., II CKN 166/98, LEX nr 521867, wyrok SN z dnia 31 marca 2004 r., II CK 446/02, LEX nr 585806, wyrok SN z dnia 8 lipca 2004 r., IV CK 583/03, LEX nr 137571).

W ocenie Sądu Apelacyjnego strona pozwana okoliczności zwalniających jej z odpowiedzialności nie wykazała. Z materiału dowodowego należało wyprowadzić wnioski wręcz przeciwne niż prezentowane przez stronę pozwaną.

Powyższe stanowisko ma istotne znaczenie dla oceny zasadności zarzutów naruszenia art. 233 k.p.c. i zarzutu błędnych ustaleń faktycznych, które Sąd Apelacyjny rozpoznał łącznie. Oba zarzuty zmierzały do zakwestionowania poprawności ustaleń Sądu Okręgowego w zakresie terminu w jakim dokonano odbioru końcowego. W ocenie strony pozwanej miało to miejsce w dniu 10 kwietnia 2009 r., a późniejsze odbiory miały charakter odbioru prac polegających na usunięciu usterek w trakcie eksploatacji systemu monitoringu. Stanowiska skarżące nie można podzielić.

Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przez Sąd przepisu art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego. Oznacza to wykazanie dysharmonii pomiędzy

materiałem dowodowym a konkluzją do jakiej doszedł Sąd, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu Sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu (orzeczenie SN z 6 listopada 1998 r., II CKN 4/98; orzeczenie SN z 10 kwietnia 2000 r., V CKN 17/2000 oraz z 5 sierpnia 1999 r., II UKN 76/99).

W ocenie Sądu Apelacyjnego takich uchybień jak opisane powyżej w zakresie dokonanej przez Sąd Okręgowy oceny wiarygodności i mocy dowodowej zawnioskowanych i przeprowadzonych dowodów postawić nie można. W konsekwencji należało ocenić, że Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił datę oddania prac na koniec listopada 2009 r.

W wyniku pierwszego zgłoszenia robót do odbioru w marcu 2009 r. strona pozwana przystąpiła do czynności odbiorczych. Jak wynika z protokołu odbioru strony nie ukończyły odbioru wskazując w protokole jedynie datę rozpoczęcia odbioru w dniu 10 kwietnia 2009 r. (k. 92). Z protokołu tego wynika jednoznacznie, że strona powodowa wskazała usterki do usunięcia do dnia 20 kwietnia 2009 r. Strony nie wskazały w treści protokołu daty upływu 36-miesięcznego okresu gwarancji lub daty, od której ten termin miał być liczony. Brak w protokole daty upływu okresu gwarancji potwierdza, że wolą stron nie było wówczas odebranie prac z usterekami. Jednocześnie z załącznika do protokołu rozpoczętego dnia 10 kwietnia 2009 r. spisanego w dniu 20 kwietnia 2009 r. (k. 243) wynika, że również w tym dniu nie doszło do odbioru robót, a komisja odbiorowa ustalił ostateczny dzień odbioru na 23 kwietnia 2009 r., a następnie na dzień 30 kwietnia 2009 r. (k.244). W dniu 30 kwietnia 2009 r. strony spisały załącznik do protokołu odbioru rozpoczętego w dniu 10 kwietnia 2009 r. podając, że czynności odbiorowe zostały wstrzymane i, że pięciodniowe bezawaryjne działanie systemu będzie podstawą do wyznaczenia terminu odbioru (k.245). W trakcie czynności odbiorowych w kwietniu 2009 r. byli obecni przedstawiciele strony pozwanej, którzy nie wnosili o wpisanie do protokołu danych pozwalających na przyjęcie, że w tym czasie roboty oddane roboty były w takim stanie, który uzasadniał ich odbiór przez stronę powodową (k. 92, 243-245).

Treść protokołu z załącznikami pozwala przyjąć, że usterki systemu w kwietniu 2009 r. były tego typu, że nie pozwalały na odbiór robót mimo ich przedstawienia do odbioru przez stronę pozwaną. Wykazany w drodze dowodu z protokołu i załączników do protokołu przebieg czynności podjętych w kwietniu 2009 r. potwierdza, że próba oddania robót była wówczas przedwczesna. Żaden z dowodów przeprowadzonych w sprawie nie uzasadnia zaś twierdzeń, że wówczas po stronie powodowej zaktualizował się obowiązek odbioru dzieła.

Powyższe stanowisko potwierdza także korespondencja stroną prowadzona w okresie późniejszym.

Przede wszystkim w piśmie z dnia 1 czerwca 2009 r. strona powodowa jednoznacznie zakomunikowała stronie pozwanej, że brak jest podstaw do dokonania odbioru robót oraz podniosła, że dopiero po zrealizowaniu przedmiotu umowy należy dokonać ponownego zgłoszenia prac do odbioru (k. 98). Strona pozwana nie zaprzeczyła w żadnym swoim piśmie takiemu stanowisku, w szczególności nie podniosła, że doszło już do skutecznego oddania robót stronie powodowej. Przeciwnie, w piśmie z dnia 30 listopada 2009 r. zgłosiła propozycję odbioru końcowego w dniu 14 grudnia 2009 r. (k. 25-26).

Także sporządzony przez stronę powodową protokół odbioru robót (k.28) jaki odbył się w dniach od 14 do 28 grudnia 2009 r. został przez przedstawiciela strony pozwanej podpisany bez zastrzeżeń do zawartych w protokole ustaleń, w tym dotyczących czasu wykonania robót (od 30 października 2008 r. do 30 listopada 2009 r.) i daty rozpoczęcia okresu gwarancji(od dnia 28 grudnia 2009 r.). Jeżeli roboty były wykonane w okresie do końca marca 2009 r. to nie znajduje uzasadnienia okoliczność potwierdzenia przez stronę pozwaną, że roboty te były wykonywane aż do 30 listopada 2009 r. oraz, że roboty będą objęte gwarancją w okresie dłuższym niż to przewidywała umowa i to o ponad 7 miesięcy. Nieracjonalne byłoby w tej sytuacji również ponowne zgłaszanie robót do odbioru.

Znamienne w sprawie jest, że również po wystosowaniu przez stronę powodową do strony pozwanej pisma i noty księgowej z dnia 18 lutego 2010 r. (k. 44,45), z których wynikało, że strona powodowa żąda kary umownej na podstawie § 10 ust. 1 pkt 1.3 umowy za okres od dnia 1 kwietnia do 29 listopada 2009 r. w kwocie 255 048,08 zł strona pozwana wystosowała do strony powodowej pismo z dnia 25 marca 2010 r. (k. 46), w którym podała, że zwłoki nie kwestionuje.

W tym samym piśmie strona pozwana zaproponowała zawarcie ugody w sprawie i przyznała, że roboty były złej jakości, dobór części materiałów montażowych był nieprawidłowy, a wydruk zdjęć był jak podała pozwana „ogromnym zaskoczeniem i wprawił nas w szok”. W piśmie tym strona pozwana nie tylko przyznała, że doszło do przekroczenia terminu w jakim miało nastąpić oddanie robót, ale również przyznała, że to z jej winy doszło do takiego stanu. Strona pozwana podała bowiem, że jest w zwłoce, a więc zgodnie z art. 476 k.c. opóźnieniu, za które strona pozwana ponosi odpowiedzialność. § 10 ust. 1 pkt 1.3 umowy przewiduje sankcję w postaci kary umownej już za opóźnienie w oddaniu robót, a więc przekroczenie terminu oddania robót nie wynikające z przyczyn leżących po stronie pozwanej. Skoro strona pozwana przyznała, że była w zwłoce to ww. postanowienie umowne niewątpliwie ma w sprawie zastosowanie.

Przeprowadzone dowody z dokumentów w sposób jednoznaczny potwierdziły, iż w marcu 2009 r. nie doszło do oddania robót w sposób obligujący stronę powodową do ich odbioru. Próba oddania robót w tym czasie nie znajdowała potwierdzenia w zakresie i jakości wykonanych wówczas robót i ich przydatności do umówionego użytku.

Dowody z zeznań przesłuchanych w sprawie świadków i przesłuchania strony pozwanej potwierdziły wersję zdarzeń wynikającą z dokumentów. Wynika to przede wszystkim z zeznań B. D. (k. 216-219), który potwierdził, że w kwietniu 2009 r. trwały procedury odbiorowe, które się nie zakończyły oraz z wyjaśnień w charakterze strony pozwanej J. T., który w trakcie wyjaśnień nie przeczył, że doszło do podpisania protokołu z odbioru z grudnia 2009 r. oraz potwierdził otrzymanie pisma powoda z dnia 15 maja i 1 czerwca 2009 r. oraz, że to on sporządził i podpisał pismo z dnia 25 marca 2010 r. (k.223-224)

Strona pozwana nie wykazała więc, że do skutecznego oddania robót doszło w kwietniu 2009 r. oraz, aby w tym czasie po stronie powodowej istniał obowiązek odbioru tych robót.

Zgromadzony materiał dowodowy potwierdził, że do oddania robót doszło dopiero w listopadzie 2009 r., a w dacie pierwszego zgłoszenia robót do odbioru roboty te były obarczone takimi wadami, które nie mogły być uznane za nieistotne lub, że przyczyna ich powstania leżała po stronie powodowej. Nie potwierdziło się stanowisko, że w kwietniu 2009 r. strona powodowa w sposób nieuzasadniony uchyliła się od odbioru robót.

Należało także uwzględnić, że sama strona pozwana była niekonsekwentna w podnoszonych zarzutach, bowiem zarzucała bądź, że wad nie było, bądź że wady były, ale odpowiedzialność za ich zaistnienie należy przypisać stronie powodowej.

Zgromadzony materiał dowodowy, oceniony w świetle normy art. 233 k.p.c., prowadzi do wniosku, że strona pozwana nie zdołała wykazać, iż zwolniła się z odpowiedzialności i nie jest zobowiązana do zapłaty kary umownej ustalonej w § 10 ust. 1 pkt 1.3 umowy.

Strona pozwana nie udowodniła, aby źródło usterek oraz nieterminowego wykonania umowy leżało po stronie powodowej. Strona pozwana nie wykazała także braku współdziałania strony powodowej przy wykonywaniu zobowiązania. Nie potwierdził się więc zarzut naruszenia art. 354 § 1 i 2 k.c.

Wady istotne w rozumieniu art. 637 § 2 k.c. to wady czyniące dzieło niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiające się wyraźnie umowie (por. wyrok SN z dnia 14 lutego 2008 r., II CNP 70/06, LEX nr 255597, wyrok SN z dnia 26 lutego 1998 r., I CKN 520/97, OSNC 1998/10/167). W rozstrzyganej sprawie wadom wykonywanego systemu, istniejącym do listopada 2009 r. należało przypisać właśnie taki charakter. Do czasu ich usunięcia system monitoringu nie działał, a przeprowadzone dowody potwierdziły, że odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi strona pozwana.

W sprawie nie zaszyły również przesłanki do miarkowania kary umownej obliczonej na podstawie § 10 ust. 1 pkt 1. 3 umowy.

Art 484 § 2 k.c. przewiduje dwie przesłanki miarkowania kary umownej - wykonanie zobowiązania w znacznej części i rażące wygórowanie kary. Miarkowanie kary umownej następuje na wniosek dłużnika, co oznacza, że to dłużnik (strona pozwana) winien udowodnić przesłanki do miarkowania kary umownej, zgodnie z art. 6 k.c., powtórzonym

na gruncie prawa procesowego w art. 232 k.p.c. Dłużnik bowiem z tych okoliczności wywodzi dla siebie korzystne skutki (por. wyrok SN z dnia 30 listopada 2006r., ICSK 259/06, LEX nr 398369, wyrok SN z dnia 11 października 2007 r., IV CSK 181/07, OSNC-ZD 2008/2/48). Okoliczności uzasadniających zmniejszenie kary umownej strona pozwana nie wykazała. Nie ma materiału dowodowego, który pozwalałby na jednoznaczne ustalenia co do zakresu w jakim prace były wykonane w terminie i jaka była ich rzeczywista wartość. Niewątpliwie w terminie była wykonana część prac, lecz ich wykonanie nie pozwalało na korzystanie przez stronę powodową z systemu monitoringu, który był przedmiotem umowy. Jak wynika z materiału dowodowego po pierwszym zgłoszeniu prac do odbioru okazało się, że zachodzi m.in. konieczność wymiany części użytych materiałów, które były nieodpowiedniej jakości a liczne awarie nie pozwalały nawet pięciodniowe normalne użytkowanie systemu. Strona powodowa nie mogła korzystać z systemu np. w zakresie monitoringu określonych części miasta. Dopiero ukończenie prac wraz z końcem listopada 2011 r. pozwalało na użytkowanie przedmiotu umowy przez stronę powodową. W takiej sytuacji nie można uznać, że zasądzona kara umowna była rażąco wygórowana, skoro to z winy strony pozwanej doszło do kilkumiesięcznej zwłoki z wykonaniem prac, a ostatecznie wysokość kary umownej nie przekraczała połowy umówionego wynagrodzenia.

W sprawie nie miał zastosowania art. 5 k.c. Strona pozwana nie wykazała przesłanek uzasadniających zastosowanie tego przepisu. Z przeprowadzonego postępowania dowodowego wynika, że strona pozwana nie wykonała robót w terminie, a zawierając umowę wiedziała o rygorach związanych z przekroczeniem terminu do oddania robót i na takie konsekwencje się godziła.

Sąd Apelacyjny nie podziela stanowiska skarżącej, że na skutek podstępnych działań powódki nie doszło do odbioru robót w dniu 10.04.2009 r. Ani przepisy ustawy ani zasady współzycia społecznego nie obligują zamawiającego do odebrania dzieła, które obciążone jest wadami czyniącymi je niezdatnym do umówionego użytku. Tym samym zachowaniu powódki, która domagała się w istocie spełnienia przez pozwaną podstawowych obowiązków określonych w umowie nie można skutecznie postawić zarzutu naruszenia zasad współzycia społecznego. Strona pozwana nie wykazała też żadnych okoliczności, które przemawiałyby za uznaniem, że przekroczenie terminu wiązało się z jakimiś szczególnymi okolicznościami, które uzasadniałyby zastosowanie art. 5 k.c. Brak inicjatywy dowodowej po stronie pozwanej w celu wykazania okoliczności uzasadniających zastosowanie art. 5 kc nie pozwala na uwzględnienie jej zarzutów dotyczących naruszenia tego przepisu.

Z tych względów w punkcie I wyroku Sąd Apelacyjny oddalił apelację jako nieuzasadnioną, na podstawie art. 385 k.p.c.

W punkcie II wyroku orzeczono o kosztach postępowania apelacyjnego i na podstawie art. 98 k.p.c., zwrot kosztów w kwocie 5 400 zł zasądzono na rzecz strony powodowej, która wygrała to postępowanie. Na zasądzoną kwotę złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika obliczone w kwocie minimalnej na podstawie § 12 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 6 pkt 7 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 (Dz.U. Nr 163, poz. 1349, z póź. zm.).

mw