

Sygnatura akt VIII GC 506/14

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 września 2015 roku

**Sąd Okręgowy w Szczecinie VIII Wydział Gospodarczy**

w składzie:

Przewodniczący: SSO Leon Miroszewski

Protokolant: starszy sekretarz sądowy Emilia Marchewka

po rozpoznaniu w dniu 24 września 2015 roku w Szczecinie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.

przeciwko W. B.

o zapłatę

I. oddala powództwo;

II. ustala, że powódka zobowiązana jest zwrócić pozwanemu koszty procesu, natomiast szczegółowe ich wyliczenie pozostawia referendarzowi sądowemu.

Sygnatura akt VIII GC 506/14

## UZASADNIENIE

Strona powodowa – (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. wniosła o zasądzenie od pozwanego W. B. kwoty 83.979,00 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 27 czerwca 2014 roku oraz kosztami procesu. W uzasadnieniu powołała się na odstąpienie od umowy o roboty budowlane z dnia 19 maja 2011 roku z uwagi na nieustanowienie przez pozwanego gwarancji ubezpieczeniowej należytego usunięcia wad i usterek. W umowie tej przewidziano karę umowną w wysokości 10% wartości kontraktu brutto wynoszącej 2.873.697,40 złotych. Stwierdziła, że potrąciła wierzytelność z tytułu tej kary z wierzytelnością przysługującą pozwanemu wynikającą z nakazu zapłaty i kolejnymi wierzytelności z faktur pozwanego. W ten sposób wierzytelność powódki uległa zmniejszeniu do kwoty dochodzonej pozvem.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów procesu. Stwierdził, że wykonał wszystkie prace na podstawie zawartej z powódkę umowy, natomiast powódka pozostawała w zwłoce z zapłatą wynagrodzenia, w związku z czym po uzyskaniu przez pozwanego nakazu zapłaty strony zawarły ugodę pozasądową mającą na celu uregulowanie należności wynikających z nakazu, jak i kolejnych powstałych po odebraniu prac. W tym porozumieniu powódka zrzekła się wszelkich kar umownych. Pozwany zakwestionował prawo powódki do kary umownej, bowiem nie sporządzono protokołu końcowego, a więc nie powstał obowiązek pozwanego przedstawienia polisy gwarancyjnej, nadto ubezpieczyciele odmówili zawarcia umowy ubezpieczenia z uwagi na toczące się postępowania sądowe i egzekucyjne. Pozwany zakwestionował też skuteczność odstąpienia od umowy, bowiem brak gwarancji ubezpieczeniowej wystąpił z przyczyn, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Nadto

stwierdził, że mógłby skorzystać z prawa powstrzymania się od świadczenia wzajemnego, skoro nie otrzymał wynagrodzenia. Z ostrożności podniósł, że kara umowna jest rażąco wygórowana, co uzasadnia jej miarkowanie.

### ***Ustalenia faktyczne i wskazanie dowodów.***

W dniu 19 maja 2011 roku strony zawarły umowę o roboty budowlane nr (...), zgodnie z którą pozwany zobowiązał się wykonać roboty pod nazwą: „wykonanie stanu surowego segmentu B” budynku mieszkalnego w G. przy ul. (...). Uzgodniono wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 419.620,18 złotych, to jest 109,96 złotych za 1 metr kwadratowy wykonanej powierzchni. W § 13 umowy przewidziano zobowiązanie pozwanego do zawarcia umowy gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu oraz gwarancji ubezpieczeniowej właściwego usunięcia wad i usterek. Druga z gwarancji miała obowiązywać przez 24 miesiące od dnia podpisania protokołu, a umowa miała być dostarczona w terminie 7 dni od dnia odbioru końcowego. W razie nieprzekazania oryginałów umów gwarancji lub zawarcie tych umów na innych warunkach niż ustalone, powódce miało przysługiwać uprawnienie do odstąpienia od umowy bez żadnych konsekwencji, a pozwany miał zapłacić powódce karę umowną w wysokości 10% wartości kontraktu brutto. Zgodnie z § 16 umowy odbiór końcowy miał obejmować przedmiot umowy i nastąpić po zgłoszeniu przez pozwanego gotowości do odbioru oraz wyznaczenia terminu odbioru przez powódkę. W § 18 umowy przewidziano odpowiedzialność odszkodowawczą w postaci kar umownych innych niż kara umowna za niedostarczenie gwarancji ubezpieczeniowej.

W dniu 23 grudnia 2011 roku zawarto aneks do umowy z dnia 19 maja 2011 roku, w którym zwiększono wynagrodzenia pozwanego do kwoty 1.727,620 złotych netto, powiększone o VAT, płatne po dokonaniu odbiorów częściowych i odbioru końcowego.

W aneksie nr (...) do umowy z dnia 18 maja 2011 roku, zawartym 13 marca 2012 roku zwiększono zakres robót powierzonych pozwanemu o elewację segmentu A i B oraz podbitkę segmentu B budynku wskazanego w umowie podstawowej, za co ustalono wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 548.909 złotych.

Z kolei w aneksie nr (...) do wymienionej umowy dokonano dalszego zwiększenia robót o wykonanie izolacji cieplnej i akustycznej skosów (ścian) poddaszy segmentów A i B wymienionego budynku, za co ustalono wynagrodzenie w kwocie ryczałtowe w wysokości 205.904 złotych.

W aneksach nr 4 i nr 5 powołanej umowy zmieniono terminu zakończenia poszczególnych robót. W aneksie nr (...) wskazano nadto, że pozwany ma usunąć wady w wykonanych 7 sztukach balkonów w segmencie A.

### ***Dowody: - umowa z dnia 19 maja 2011 roku z aneksami (k. 20-24, 30-39).***

Treść umowy przygotowała U. S., ówczesny prokurent powodowej spółki.

### ***Niesporne.***

Pozwany wykonał całość przedmiotu umowy z dnia 19 maja 2011 roku z aneksami.

### ***Niesporne.***

W dniu 8 kwietnia 2014 roku powódka wezwała pozwanego do przedłożenia w terminie 3 dni oryginału dokumentu poświadczającego uzyskanie przez pozwanego gwarancji ubezpieczeniowej należytego usunięcia wad i usterek. Zagroziła, że w przypadku niedoręczenia tego dokumentu powódka odstąpi od umowy i naliczy karę umowną w wysokości 10% wartości umowy brutto.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2014 roku powódka złożyła pozwanemu oświadczenie o odstąpieniu od umowy z powodu niedostarczenia przez pozwanego gwarancji ubezpieczeniowej właściwego usunięcia wad i usterek, pomimo wcześniejszego wezwania do wykonania zobowiązania. Jednocześnie powódka naliczyła karę umowną w wysokości 287.369,74 złotych, jako stanowiącej 10% wartości brutto umowy.

Pismem z dnia 13 maja 2014 roku powódka złożyła oświadczenie o potrąceniu tej kwoty z wierzytelnością pozwanego w kwocie 157.066,35 złotych, wynikającej z nakazu zapłaty z dnia 1 kwietnia 2014 roku Sądu Rejonowego w Gorzowie Wielkopolskim, sygnatura V GNc 664/14, z nakazu zapłaty z dnia 4 kwietnia 2014 roku Sądu Rejonowego w Gorzowie Wielkopolskim, sygnatura V GNc 706/14 i z nakazu zapłaty z dnia 13 czerwca 2013 roku Sądu Okręgowego w Szczecinie, sygnatura VIII GNc 246/13 oraz postanowienia tego Sądu z dnia 25 września 2013 roku, sygnatura VIII GC 379/13. Stwierdziła, że w związku z tym potrąceniem jej wierzytelność w stosunku do pozwanego uległa obniżeniu do kwoty 130.303,39 złotych.

W piśmie z dnia 26 maja 2014 roku pozwany oświadczył powódce, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy uznaje za nieskuteczne i sprzeczne z umową. Stwierdził, że żądanie gwarancji należytego usunięcia usterek w przypadku zalegania ze znaczną kwotą wynagrodzenia za wykonane prace podstawowe jest nadużyciem prawa i nie zasługuje na ochronę. Dodał, że próbował zawrzeć umowę ubezpieczenia jednak sytuacja, w której powódka, jako zamawiający, nie posiada środków na rachunku bankowym i nie realizuje wymagalnych zobowiązań w stosunku do wykonawcy stanowi zbyt duże ryzyko dla ubezpieczyciela.

W piśmie z dnia 17 czerwca 2014 roku powódka złożyła kolejne oświadczenie o potrąceniu, tym razem kwoty 130.303,39 złotych z wierzytelnością pozwanego w łącznej wysokości 46.324,99 złotych, przez co wierzytelność powódki uległa obniżeniu do kwoty 83.978,40 złotych.

**Dowody: - pisma powódki do pozwanego (k. 49-52, 57-64);**

**- pismo pozwanego do powódki z dnia 26 05 2014 (k. 65).**

Pozwany zwracał się do pośrednika ubezpieczeniowego, u którego dokonuje ubezpieczeń majątkowych w związku z prowadzoną działalnością, o uzyskanie ubezpieczenia finansowego w postaci gwarancji należytego usunięcia wad i usterek na rzecz powódki. Otrzymał odpowiedź, że duża kwota gwarancji, długi termin jej obowiązywania, wprowadzone do umowy porozumienia i ugody, wyroki sądowe jak również działania komornicze wskazujące na istniejący spór, zostały uznane za zbyt wysokie ryzyko udzielenia gwarancji, stąd nie jest ona do uzyskania.

**Dowody: - pismo pośrednika ubezpieczeniowego M. C. (1)**

**do pozwanego z dnia 23 kwietnia 2014 roku (k. 82);**

**- zeznania świadków: P. B. (rozprawa w dniu 24 lipca 2015,**

**k. 154, 158), M. C. (2) (rozprawa w dniu 24 lipca 2015**

**roku, k. 155, 158);**

**- przesłuchanie pozwanego (rozprawa w dniu 24 września 2015 roku,**

**k. 204-205, 209).**

Powódka nie wypłacała pozwanemu wynagrodzeń na czas, mimo dokonania odbiorów prac oraz wystawienia faktur, co spowodowało wystąpienia pozwanego z pozwami przeciwko powódce o zapłatę kolejnych wynagrodzeń. Ostatni odbiór pozwany uzyskał w dniu 11 marca 2014 roku. Protokół ten został sporządzony na takim samym druku jak poprzednie, przy czym miał w tabeli adnotację o treści: „protokół końcowy”. W treści protokołu wskazano, że dotyczy on wykonania skosów z regipsu oraz ocieplenia poddasza wełną mineralną w budynku A. Stwierdzono, że roboty zostały wykonane zgodnie z umową oraz aneksami nr (...). Niżej zawarto adnotację: rozliczenie końcowe, w którym stwierdzono, że wartość końcowa została pomniejszona o wartość według załączonego kosztorysu za roboty niewykonane, po uzgodnieniu z inwestorem. Protokół tej podpisał kierownik budowy K. K.. Pozwany uzyskiwał nakazy zapłaty przeciwko powódce. Od nakazu zapłaty Sądu Rejonowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 16 maja 2014 roku, sygnatura akt V GNc 912/14 powódka wniosła zarzuty, w których uzasadnieniu między innymi stwierdziła, że

nie miał miejsce dokonanie odbioru końcowego prac pozwanego, przewidzianego w umowie, bowiem pozwany nie zgłosił zakończenia prac.

**Dowody: - protokoły odbioru i faktury wystawione przez pozwanego (k.95-113),**

**- nakazy zapłaty (k. 85-89),**

**- zarzuty od nakazu zapłaty z dnia 16 maja 2014, V GNc 912/14 (k. 114-117).**

W dniu 16 sierpnia 2013 roku powódka i pozwany zawarli porozumienie, w którym pozwany oświadczył, że przysługuje mu w stosunku do dłużnika wierzytelność w łącznej wysokości 494.358,70 złotych. Powódka oświadczyła, że powiada wobec pozwanego wierzytelność w łącznej kwocie 251.775,72 złotych tytułem kar umownych, z umowy wymienionej wyżej oraz z umowy z dnia 3 października 2012 roku. W tym porozumieniu powódka zobowiązała się uiścić na rzecz pozwanego kwoty 200.000 złotych i 132.700 złotych, w ratach, zwolniła też pozwanego z roszczenia w zakresie wymienionych kar umownych oraz zrzekła się roszczeń o zapłatę kar umownych, które naliczył lub mógłby naliczyć do dnia zawarcia porozumienia.

**Dowód: - porozumienie z dnia 16 08 2013 (k. 91-92).**

Już po złożeniu oświadczenia o odstąpieniu od umowy powódka zgłaszała pozwanemu, również w 2015 roku, wady wykonanych przez pozwanego prac oraz wzywał do ich usunięcia. Pozwany usuwał wady zgłaszane przez powódkę.

**Dowody: - przesłuchanie stron (rozprawa w dniu 24 września 2015 roku, k. 204-207,**

**209).**

**Ocena dowodów:**

Ustalenia faktyczne w zakresie podstawy faktycznej powództwa zostały dokonane na podstawie dowodów przedstawionych przez powódkę. Ponieważ powódka domagała się kary umownej, a więc świadczenia, którego obowiązywanie zależy od istnienia postanowienia umownego, podstawowym dokumentem w sprawie była umowa stron z jej aneksami. Umowa służyła nie tylko ustaleniu treści postanowień, które były istotne dla określenia treści zobowiązania pozwanego, którego niewypełnienie dało powódce asumpt do odstąpienia od umowy i żądania kary umownej w związku z tym odstąpieniem, ale też dla określenia podstawy ustalenia tej kary w świetle danych o wynagrodzeniu pozwanego.

W związku z treścią § 13 ust. 1, 3, 4 i 5 umowy z dnia 19 maja 2011 roku, określających obowiązek zawarcia przez pozwanego umowy gwarancji ubezpieczeniowej właściwego usunięcia wad i usterek, a więc obowiązek w związku z którym powódka dochodziła w niniejszej sprawie kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy wobec jego niewypełnienia, istotne było, czy obowiązek ten w ogóle powstał po stronie pozwanego. Z powołanych przepisów umowy stron wynika, że umowa gwarancji ubezpieczeniowej właściwego usunięcia wad i usterek miała być przedstawiona powódce przez pozwanego w terminie 7 dni od dnia odbioru końcowego robót (§ 13 ust. 4 umowy). Mając na uwadze to postanowienie, należało ustalić, czy miał miejsce odbiór końcowy, a jeżeli tak, to kiedy nastąpił.

Twierdzenie powódki o niewykonaniu przez pozwanego obowiązku zawarcia umowy gwarancji ubezpieczeniowej właściwego usunięcia wad i usterek wymagało, w świetle art. 3 i art. 232 k.p.c., w kontekście wzmiankowanych postanowień umowy stron z dnia 19 maja 2011 roku, przedstawienia nie tylko dowodów na tą okoliczność, ale też dania wyjaśnienia co do istotnych okoliczności sprawy. W związku z powyższym należy zauważyć, że w pozwie w ogóle nie powołano się na wystąpienie zdarzenia, od którego należało liczyć termin do złożenia przez pozwanego gwarancji ubezpieczeniowej właściwego usunięcia wad i usterek. Twierdzenie o istnieniu tego obowiązku uzasadniono jedynie treścią umowy oraz wyjaśnieniem, że wzywając pozwanego do ustanowienia wzmiankowanego zabezpieczenia powódka „chciała zabezpieczyć swoje interesy”. Odpowiada temu wyjaśnieniu treść dowodów z dokumentów wezwania przez powódkę pozwanego do złożenia gwarancji ubezpieczeniowej, o której mowa oraz oświadczenia o

odstąpieniu od umowy, w których powódka w ogóle nie powołała się na dokonanie odbioru końcowego robót, a więc zaistnienie zdarzenia, od którego zależała wymagalność dostarczenia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej właściwego usunięcia wad i usterek.

Jak widać, powódka nie tylko nie przedstawiła dowodów na okoliczność powstania obowiązku przedstawienia przez pozwanego powódce umowy gwarancji ubezpieczeniowej właściwego usunięcia wad i usterek, ale też nawet nie twierdziła, że nastąpiło przewidziane w umowie zdarzenie, od którego zależało istnienie takiego obowiązku. Tym samym powódka nie wskazała okoliczności faktycznych co do istnienia po stronie pozwanego zobowiązania do świadczenia, którego brak powódka wskazała jako podstawę do odstąpienia od umowy i żądania kary umownej, której wysokość stanowi żądanie pozwu. Nie jest więc prawdą – wbrew twierdzeniu powódki – że obowiązek umowny przedłożenia wzmiankowanej gwarancji ubezpieczeniowej nie był obwarowany żadnym innym warunkiem.

Pozwany przedłożył protokoły odbioru, w tym ostatni z protokołów, które dotyczyły jego robót, jednak powódka nie może skutecznie powoływać się na dowody pozwanego w celu wykazania roszczenia. Powódka nie wnosila o przeprowadzenie dowodów z dokumentów przedstawionych przez pozwanego, a dowodzić ma w procesie cywilnym ten kto twierdzi, a nie ten kto zaprzecza (art. 6 k.c.).

Dokument w postaci pisma pośrednika ubezpieczającego obsługującego pozwanego w zakresie jego ubezpieczeń związanych z działalnością gospodarczą pozwolił ustalić, czy pozwany starał się pozyskać gwarancję ubezpieczeniową właściwego usunięcia wad i usterek. Dowód ten nie został podważony przez powódkę, zaś okoliczności wydania oświadczenia przez pośrednika ubezpieczeniowego zostały potwierdzone również zeznaniami świadków wnioskowanych przez pozwanego. Zarówno z zeznań P. B. jak i M. C. (2), jak też z przesłuchania pozwanego wynika, że pozwany nie mógł uzyskać gwarancji ubezpieczeniowej właściwego usunięcia wad i usterek z uwagi na zaległości płatnicze po stronie powódki, a więc nadmierne ryzyko ubezpieczycieli co do odzyskania ewentualnych kwot gwarancji, jak też wątpliwości co do dokonania odbioru końcowego robót pozwanego, skoro sama powódka podnosiła, że takiego odbioru nie dokonano. Powódka nie przedstawiła żadnych dowodów przeciwnych, zaś zgodne z doświadczeniem życiowym jest przyjęcie, że ubezpieczyciele nie godzą się na udzielenie umownej gwarancji ubezpieczeniowej w sytuacji niepewności co do wypłacalności jednego z podmiotów, których gwarancja ma dotyczyć, czy to jako uprawnionego czy jako obowiązwanego, bądź też wątpliwości co do wypełnienia procedur, od których zależy powstanie i zakres obowiązku, którego zabezpieczeniu gwarancja ma służyć.

Dowody ze źródeł osobowych, wnioskowane przez powódkę, zostały przeprowadzone, jednak zeznanie świadka M. D. nie miało istotnego znaczenia dla poczynienia ustaleń faktycznych. Kwestia porozumienia pomiędzy stronami, na które pozwany się powoływał, okazała się być bez istotnego znaczenia, w sytuacji ustalenia jego treści na podstawie dokumentu tego porozumienia. Treść ta wyraźnie wskazuje na dokonanie rozliczenia na dzień zawarcia porozumienia, co dotyczy również oświadczenia powódki w sprawie kar umownych, w którym załatwiono tylko kwestię kar, które już zostały naliczone albo dochodzone. Nie ma wątpliwości, że żądanie kary umownej dochodzonej w niniejszej sprawie, nie zostało – wbrew twierdzeniom pozwanego - rozstrzygnięte w porozumieniu zawartym wiele miesięcy wcześniej.

Co do przesłuchania stron, służyły one ustaleniu stanowisk stron w sprawie rozliczenia umowy z dnia 19 maja 2011 roku, podstawy naliczenia przez powódkę kary umownej pozwanemu, wreszcie, znaczenia tego oświadczenia, zwłaszcza w kontekście dalszego wykonywania przez pozwanego obowiązków umownych dotyczących usuwania wad, oraz wezwań do tych czynności ze strony powódki. Niżej zostanie przedstawiona ocena prawna również w aspekcie skutków dalszego kontaktowania się i współpracy stron po złożeniu przez powódkę oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

Dowody w postaci nakazów zapłaty uzyskanych przez pozwanego wobec powódki pozwoliły ustalić, czy powódka wywiązywała się w ustalonych terminach z obowiązków wypłaty pozwanemu wynagrodzenia. Kwestia ta była istotna z punktu widzenia badania przyczyn niedotrzymania przez pozwanego obowiązku zawarcia umowy gwarancji ubezpieczeniowej właściwego usunięcia wad i usterek, jak też ewentualnego miarkowania kary umownej. Powódka faktom opóźnień w wypłacie wynagrodzenia pozwanemu nie zaprzeczyła. Nie zaprzeczyła też temu, że pozwany

wykonał całość prac w zakresie przedmiotu umowy z dnia 19 maja 2011 roku. Świadczy o tym niezakwestionowanie twierdzenia pozwanego o wykonaniu umowy, jak też pytania powódki do pozwanego podczas przesłuchania stron, mające potwierdzić, że pozwany wykonał umowę do marca 2014 roku. Podstawą przyjęcia bezsporności tych okoliczności jest art. 230 k.p.c.

### **Ocena prawna.**

Strony zawarły umowę o roboty budowlane, spełniającą warunki z art. 647 k.c. Postanowienie o karze umownej na podstawie umowy z dnia 19 maja 2011 roku znajduje podstawę w art. 483 § 1 i 484 § 1 k.c.

Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Powołany przepis nie określa, w jaki sposób kara umowna powinna być ustalona w umowie, a ściślej – od jakiej kwoty ma być liczona. Od treści postanowienia umownego zależy też, jakie okoliczności prowadzą do powstania uprawnienia strony umowy do żądania kary umownej.

W § 13 ust. 1 powołanej umowy postanowiono, że pozwany, jako wykonawca, zobowiązuje się między innymi do zawarcia umowy gwarancji ubezpieczeniowej właściwego usunięcia wad i usterek. W ust. 3 paragrafu 13 umowy wskazano, że ta gwarancja będzie obowiązywać przez okres 24 miesięcy od dnia podpisania protokołu końcowego. W § 13 ust. 4 umowy postanowiono, że pozwany ma przekazać powódce gwarancję ubezpieczeniową właściwego usunięcia wad i usterek w terminie 7 dni od dnia odbioru końcowego robót. Wreszcie, w § 13 ust. 5 zastrzeżono, że w razie nieprzekazania między innymi tej gwarancji powódce przysługuje uprawnienie do odstąpienia od umowy bez żadnych konsekwencji, a pozwany zapłaci karę umowną w wysokości 10% wartości kontraktu brutto.

Z powyższych postanowień wynika, że podstawą do żądania przez powódkę kary umownej było nie tylko niedostarczenie przez pozwanego wzmiankowanej gwarancji, ale też złożenie przez powódkę skutecznego oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

To uprawnienie do odstąpienia od umowy nie spełnia warunków określonych w art. 395 § 1 k.c., a więc przepisu pozwalającego na zastrzeżenia prawa do odstąpienia od umowy, bowiem nie określa terminu skorzystania z tego prawa. Jest to o tyle istotne, że oświadczenie o odstąpieniu zostało złożone przez powódkę już po wykonaniu przez pozwanego całego przedmiotu umowy. Przez to nie sposób uznać takiego oświadczenia za spełniającego warunki z art. 395 § 1 k.c. Omawiana regulacja służy ustanowieniu przez strony kompetencji do spowodowania wygaśnięcia zobowiązania przez jednostronne oświadczenie woli, bez wskazywania przyczyny tego kroku, ale w ściśle ograniczonym terminie. Istnienie możliwości takiego wygaśnięcia zobowiązania po wykonaniu umowy zaprzeczałoby istocie tej instytucji.

Zastrzeżenie odstąpienia od umowy zawarte w § 13 ust. 5 umowy z dnia 19 maja 2011 roku stanowi więc wskazanie sytuacji niewykonania zobowiązania pozwanego, które może być, z punktu widzenia przepisów o odstąpieniu od umowy na podstawie ustawy, kwalifikowane jako zwłoka w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej. Zgodnie z art. 491 § 1 k.c. w razie wystąpienia zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej druga strona może wyznaczyć dodatkowy termin do wykonania tego zobowiązania z zagrożeniem, że w razie bezskutecznego upływu terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Trzeba zauważyć, że zgodnie z art. 492 k.c. gdy uprawnienie do odstąpienia od umowy zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym, strona uprawniona może w razie zwłoki drugiej strony od umowy odstąpić bez wyznaczania terminu dodatkowego.

Należy stwierdzić, że termin do wykonania zobowiązania do złożenia przez pozwanego gwarancji ubezpieczeniowej właściwego usunięcia wad i usterek został ściśle określony (§ 13 ust. 4 umowy). Tym samym wystąpiła sytuacja odpowiadająca hipotezie art. 492 k.c.

Mimo to nie można uznać, że odstąpienie od umowy dokonane przez powódkę oświadczeniem z dnia 28 kwietnia 2014 roku było skuteczne. Skoro zaś nie można mówić o skuteczności odstąpienia od umowy przez powódkę, to nie powstało jej uprawnienie z art. 13 ust. 5 umowy do żądania kary umownej dochodzonej w niniejszym procesie.

Po pierwsze, w oświadczeniu z dnia 28 kwietnia 2014 roku w ogóle nie powołano się na upływ terminu określonego w § 13 ust. 4 umowy, lecz na wezwanie do wykonania zobowiązania, które zresztą również nie powołuje okoliczności decydującej o rozpoczęciu biegu terminu zgodnie z powołanym postanowieniem umownym (k. 49, 50). Należy przywołać ponownie przedstawione wyżej rozważania w sprawie zaniechania przez powódkę złożenia twierdzeń i dowodów w sprawie dokonaniu odbioru końcowego robót pozwanego. Sama powódka twierdziła w innych postępowaniach, że do takiego odbioru nie doszło (k. 114-117).

Po drugie, zastrzeżenie odstąpienia od umowy wskazywało na zwłokę pozwanego w wykonaniu zobowiązania złożenia gwarancji ubezpieczeniowej właściwego usunięcia wad i usterek. W świetle art. 476 k.c. zwłoka jest zawinionym opóźnieniem w spełnieniu świadczenia, nie można natomiast o niej mówić, gdy dłużnik wykaże, że opóźnienie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik nie odpowiada. Pozwany przedstawił w niniejszym procesie dowody na okoliczność niemożliwości uzyskania gwarancji ubezpieczeniowej właściwego usunięcia wad i usterek. Powódka tych dowodów nie podważyła. Zarówno z korespondencji z pośrednikiem ubezpieczeniowym będącym stałym kontrahentem pozwanego w zakresie dokonywania ubezpieczeń związanych z jego działalnością gospodarczą, jak i z zeznań świadków P. B. i T. C., wynika, że niemożliwość uzyskania przez pozwanego gwarancji ubezpieczeniowej właściwego usunięcia wad i usterek nastąpiła z przyczyn niezależnych od pozwanego. Należy przywołać przedstawioną wyżej ocenę tych dowodów.

Tym samym nie doszło do zwłoki pozwanego, w rozumieniu art. 476 k.c., w niewykonaniu zobowiązania do przedstawienia gwarancji ubezpieczeniowej właściwego usunięcia wad i usterek. Powyższe koresponduje z założeniem, że uprawnienie do żądania kary umownej co do zasady odpowiada odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika, a więc przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika co najmniej w postaci niedbalstwa (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 9 listopada 1965 roku, I CR 545/63, z dnia 2 czerwca 1970 roku, II CR 167/70, z dnia 27 stycznia 1972 roku, I CR 458/71, z dnia 13 czerwca 2003 roku, III CKN 50/01, z dnia 21 września 2007 roku, V CSK 139/07).

Po trzecie, uprawnienie powódki z § 13 ust. 5 umowy z dnia 19 maja 2011 roku określone jest jako wchodzące w grę już po wykonaniu przedmiotu umowy przez pozwanego. Nie sposób wobec tego przyjąć, że ma skutkować rozwiązaniem umowy, która już została wykonana od strony wykonawcy. Wprawdzie w umowie z dnia 19 maja 2011 roku zastrzeżono udzielenie przez pozwanego gwarancji jakości na roboty objęte tą umową (§ 17), natomiast nie sposób podstawy do ustalenia kary umownej w postaci wynagrodzenia pozwanego za wykonanie umowy powiązać z odstąpieniem od umowy gwarancji wskazanej w § 17 umowy z dnia 19 maja 2011 roku. Treść umowy została przygotowana przez prokurenta powódki U. S., co obie strony przyznały podczas rozprawy w dniu 24 września 2015 roku, toteż wszelkie jej niejasności muszą obciążać powódkę. Również niejasności co do oznaczenia umowy, której uprawnienie do odstąpienia związane jest z niedostarczeniem przez pozwanego gwarancji ubezpieczeniowej właściwego usunięcia wad i usterek, jak i ustalenia skutków tego odstąpienia.

Po czwarte, skuteczność odstąpienia od umowy z dnia 28 kwietnia 2014 roku została zniweczona przez samo działanie powódki. Jej przedstawiciel podczas rozprawy w dniu 24 września 2015 roku przyznał, że powódka kilkakrotnie wezwała pozwanego już po tej dacie do usunięcia wad i usterek, a tym samym nie respektowała własnego oświadczenia od umowy, a pozwany dokonywał usunięcia wad. Twierdzenia przedstawiciela powódki, że pozwany usunął tylko części wad, a pozostałe usunięte zostały przez inne podmioty, musi być uznane za gołosłowne, bowiem nie przedstawiono żadnych dowodów na tą okoliczność.

Biorąc pod uwagę ostatnią z wymienionych okoliczności należy stwierdzić, że żądanie kary umownej w oparciu o odstąpienie od umowy oświadczeniem z dnia 28 kwietnia 2014 roku, nawet pomijając problem jego skuteczności, stanowi nadużycie prawa, nie mogące korzystać z ochrony w świetle art. 5 k.c. Powódka z jednej strony wymaga od

pozwanego wykonywania gwarancji, co pozwany realizuje, a z drugiej strony domaga się kary umownej w związku z zaniechaniem zabezpieczenia tej gwarancji. Odstąpienie od umowy, w sytuacji późniejszego żądania jej wykonania, powinno być uznane za dążenie do uniknięcia spełnienia zobowiązania powódki do wypłaty wynagrodzenia pozwanemu.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby uznać, że powódce przysługuje roszczenie o zapłatę kary umownej na podstawie § 13 ust. 5 umowy, to słuszne jest żądanie pozwanego o miarkowanie tej kary, jako rażąco wygórowanej. Zgodnie z art. 484 § 2 k.c., jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. W przepisie tym ustawodawca wskazał dwie niezależne przesłanki zmniejszenia kary umownej. Obie przesłanki są równorzędne, stąd wystąpienie którejkolwiek z nich może stanowić podstawę miarkowania kary umownej.

Przesłanka rażącego wygórowania kary jest zwrotem niedookreślonym. W orzecznictwie analizuje się różne kryteria oceny rażącego wygórowania kary umownej. Kryteria zredukowania kary umownej dzielić można na te o charakterze wartości bezwzględnych (np. sama wysokość kary umownej), relatywizujące (np. ocena wysokości kary umownej do innych elementów, tj. wobec ogólnej wartości świadczenia, wysokości szkody poniesionej przez uprawnionego do kary umownej lub rozmiaru przysługującego mu odszkodowania), słusznościowe (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2006 roku, V CSK 55/06).

Powódka nie wskazała jakiegokolwiek szkody wynikającej z niewykonania przez pozwanego zobowiązania do przedłożenia gwarancji ubezpieczeniowej właściwego usunięcia wad i usterek, co więcej, wykorzystuje uprawnienia korzystania z gwarancji udzielonej przez pozwanego. Powyższe nie tylko wskazuje na nieistnienie związku kwoty kary umownej ze szkodą, zwłaszcza przy jej braku, ale też na zasadę słuszności – domaganie się podwójnego świadczenia od pozwanego.

W związku z tym, że kara umowna liczona jest przez powódkę od wynagrodzenia za wykonanie przez pozwanego przedmiotu umowy, natomiast nijak ma się do wartości zobowiązania pozwanego, w związku z którym żądana kara umowna została zastrzeżona, należy stwierdzić, że przedmiot umowy został w całości wykonany. Tym samym, skoro miarkowanie (obniżenie) kary umownej może być uzasadnione wykonaniem zobowiązania w znacznej części, to tym bardziej jest uzasadnione gdy zobowiązanie zostało wykonane w całości (por wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 17 lipca 2014 roku, I ACa 234/14). Warto dodać, że pozwany wykonuje również zobowiązanie wynikające z udzielonej gwarancji.

Z rażącym wygórowaniem kary umownej mamy do czynienia również wówczas, gdy do niewykonania zobowiązania doszło również z przyczyn leżących po stronie wierzyciela (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 grudnia 2008 roku, V ACa 484/08). Jak już była mowa, powódka nie stworzyła pozwanemu warunków do pozyskania gwarancji ubezpieczeniowej, skoro doprowadziła do zwiększenia ryzyka udzielenia tej gwarancji do poziomu nieakceptowalnego dla ubezpieczycieli.

Uwzględniając przedstawione okoliczności kara umowna żądana przez powódkę, abstrahując od jej dopuszczalności, jest żądana w wysokości rażąco wygórowanej. Racje ma pozwany, że wysokość kary umownej powinna uwzględniać fakt, że jej zastrzeżenie nastąpiło w sytuacji ustalenia wynagrodzenia umownego w kwocie 419.620,18 złotych, zaś następnie wprowadzono kolejne etapy robót kolejno powierzanych pozwanemu, toteż rażąco wygórowane jest żądanie kary umownej ponad kwotę 10% wynagrodzenia umownego wskazanego wyżej. Kwota ta mieści się w wysokości wierzytelności z tytułu kary umownej, co do której powódka została zaspokojona na skutek jej oświadczeń o potrąceniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, należało oddalić powództwo. O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. Powódka przegrała proces w całości i zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu jest zobowiązana do poniesienia całości kosztów pozwanego. Na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. (in fine) powierzono szczegółowe wycieszenie kosztów referendarzowi sądowemu.